

Det offentlige oppdragsgiveransvar

Kandidatnummer: 33

Antall ord: 14 718



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3.juni 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 INNLEDNING	3
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	3
1.2 Avgrensninger og begrepsavklaringer	4
1.3 Fremgangsmåte og fremstillingen videre	5
2 GJELDENE RETT	7
2.1 Utgangspunktet: Oppdragstakeren er ansvarlig.....	7
2.2 Lovforarbeider	7
2.2.1 Introduksjon	7
2.2.2 Statsansvarsutredningen 1958	8
2.2.3 Innstilling II.....	10
2.2.4 Ot.prp.nr. 48 (1965-1966)	12
2.2.5 Lovforarbeidenes bidrag til problemstillingen og rettskildemessig vekt	15
2.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis	16
2.3.1 Introduksjon	16
2.3.2 Rt. 2000 s. 253 (Asfaltkant)	16
2.3.3 RG 1953 s. 389.....	19
2.3.4 Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 s. 76 flg.....	20
2.3.5 Rettspraksis sitt bidrag til problemstillingen.....	21
2.4 Juridisk litteratur.....	22
2.4.1 Introduksjon	22
2.4.2 Rettsoppfatningen i juridisk litteratur	22
2.4.3 Juridisk litteraturs bidrag til problemstillingen	25
2.5 Sammenfatning og konklusjon	26
3 NÅR BØR DET OFFENTLIGE HOLDES ANSVARLIG FOR SELVSTENDIGE OPPDRAGSTAKERES SKADEFORVOLDELSE?	28
3.1 Innledning.....	28
3.2 Konstante hensyn og argumenter	29
3.2.1 Skadelidtes dekningsmuligheter og insolvensrisiko	29
3.2.2 Risikofordeling.....	29
3.2.3 Bevis- og prosesshensyn	30

3.2.4	Prevensjonshensynet	30
3.2.5	Likebehandling	31
3.2.6	Sammenfatning	32
3.3	Variable hensyn og argumenter	32
3.3.1	Skadelidtes forventninger	32
3.3.2	Tilknytning	33
3.3.3	Plikter	35
3.3.4	Oppgavens karakter	38
3.3.5	Delegeringshjemmel	40
3.3.6	Risiko	41
3.4	Sammenfatning og konklusjon	42
4	AVSLUTNING	45
5	KILDELISTE	46

1 INNLEDNING

1.1 Problemstilling og aktualitet

Oppgavens problemstilling er når det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar for skade på tredjepersoner som voldes av selvstendige oppdragstakere.

Utgangspunktet i norsk rett er at kun den som forårsaker skade kan holdes erstatningsansvarlig.¹ Fra dette utgangspunkt er det gjort enkelte unntak, blant annet gjennom regler om aktiv identifikasjon, som innebærer at et rettssubjekt kan holdes erstatningsansvarlig for andre rettssubjekters skadevoldende handlinger. Spørsmålet om aktiv identifikasjon aktualiseres særlig i de tilfeller hvor skadevolderen ikke er søkegod, for eksempel hvor skadevolderen er konkurs, eller utenlandsk og inndriving av kravet derfor er problematisk.

Et lovfestet eksempel på aktiv identifikasjon er arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1.² Bestemmelsen hjemler at arbeidsgiver på visse vilkår kan bli objektivt ansvarlig for arbeidstakerens skadevoldende handlinger. Selvstendige oppdragstakere faller imidlertid utenfor arbeidstakerbegrepet i skl. § 2-1, og omfattes derfor ikke av arbeidsgiveransvaret.³ Bakgrunnen for dette er at tilknytningen mellom arbeidsgiveren og oppdragstakeren presumeres å være svakere enn mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren.⁴ Det finnes heller ingen annen lov som oppstiller et generelt oppdragsgiveransvar for det offentlige. Et eventuelt oppdragsgiveransvar for det offentlige må derfor oppstilles på ulovfestet grunnlag.

I lovforarbeidene til skadeserstatningsloven ble det drøftet om arbeidsgiveransvaret skulle utvides til også å omfatte selvstendige oppdragstakere.⁵ I den forbindelse ble det antydnet at det offentlige – på visse områder – ikke kunne sette bort oppgaver til selvstendige oppdragstakere med ansvarsbefriende virkning.⁶ Det ble imidlertid ikke gitt noen fullstendig avklaring av når det offentlige eventuelt kunne pålegges ansvar for selvstendige oppdragstakeres skadeforvoldelse, og problemstillingen er heller ikke avklart i rettspraksis.

¹ Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 17.

² Lov om skadeserstatning av 13.juni 1969 nr. 26 (skadeserstatningsloven).

³ Askeland (2002) s. 144 og Hagstrøm (1987) s. 431.

⁴ En selvstendig oppdragstaker er som regel ikke underlagt oppdragsgiverens instruksjon og kontroll. Se også Askeland (2002) s. 144 om dette.

⁵ Statsansvarsutredningen 1958 s. 36, *Innst.* II s. 23-28 og Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 40-42.

⁶ Statsansvarsutredningen 1958 s. 36 og Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 59. Se også punkt 2.2.1 og 2.2.3.

Det er således uavklart om, og eventuelt når, det offentlige kan identifiseres med selvstendige oppdragstakere.

Formålet med fremstillingen er derfor å avklare rettstilstanden for det offentliges oppdragsgiveransvar. Fremstillingen har også en ambisjon om å gjøre en rettspolitisk vurdering av når et slikt oppdragsgiveransvar eventuelt *bør* pålegges.

1.2 Avgrensninger og begrepsavklaringer

I norsk erstatningsrett må tre grunnvilkår være oppfylt for at skadevolder skal pålegges erstatningsansvar.⁷ Det må foreligge et økonomisk tap (skadevilkåret), et ansvarsgrunnlag og en adekvat årsakssammenheng mellom disse. Fremstillingen behandler det ulovfestede oppdragsgiveransvaret, som plasseres under vilkåret om ansvarsgrunnlag. Grunnvilkårene om økonomisk tap og årsakssammenheng behandles derfor ikke.

Heller ikke culpaansvaret eller det ulovfestede objektive ansvaret, som er alternative ansvarsgrunnlag, behandles i oppgaven. Rettspraksis viser at Høyesterett, ved behandling av erstatningsspørsmål i oppdragsforhold, strekker seg langt for å avgjøre saken på alternative ansvarsgrunnlag. Illustrerende er blant annet Høyesteretts avgjørelser inntatt i Rt. 1967 s. 597 (Asfaltklump) og Rt. 1967 s. 697 (Lier), hvor Høyesterett anvendte en streng culpanorm for manglende kontroll og oppfølging av oppdragstakeren, fremfor å vurdere om det offentlige kunne identifiseres med sin selvstendige oppdragstaker.⁸ For å konsentrere fremstillingen rundt spørsmålet om identifikasjon mellom det offentlige og deres oppdragstakere, vil kun situasjoner hvor ansvar etter disse alternative ansvarsgrunnlagene er utelukket behandles.⁹

Fremstillingen avgrenser i utgangspunktet mot det lovfestede oppdragsgiveransvaret i petroleumsløven § 10-9 og sjøloven § 151.¹⁰ Det vil imidlertid trekkes paralleller til bestemmelsen der disse kan gi bidrag til oppgavens problemstillinger.

Med *selvstendige oppdragstakere* menes i denne fremstillingen private aktører som er engasjert av det offentlige for å utføre resultatbestemte enkeltoppdrag. Ansvar for

⁷ Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 17.

⁸ Se også Lødrup (2005) s. 153.

⁹ Se også Eidsivatings lagmannsretts avgjørelser i RG 1953 s. 237 og RG 1955 s. 215. Det er nærliggende å anta at disse avgjørelsene ville vært rammet av arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 i dag, ettersom arbeidet ble utført i det offentliges tjeneste.

¹⁰ Lov om petroleumsvirksomhet av 29.november 1996 nr. 72 (petroleumsløven) og Lov om sjøfarten av 24.juni 1994 nr. 39 (sjøloven).

arbeidstakere etter skl. § 2-1 faller i utgangspunktet utenfor fremstillingens rammer. Nyansene mellom arbeidstakerbegrepet og oppdragstakerbegrepet, og arbeidsgiveransvaret og oppdragsgiveransvaret, vil likevel påpekes der dette er hensiktsmessig for å belyse oppgavens problemstilling.¹¹

Med *det offentlige* menes i denne fremstillingen statlige og kommunale organer. Fremstillingen fokuserer på det offentlige som oppdragsgiver ettersom relasjonen mellom det offentlige og borgerne aktualiserer større prinsipielle spørsmål og hensyn som ikke gjør seg gjeldende på samme måte når oppdragsgiver er en privat aktør (se særlig punkt 3.3).

1.3 Fremgangsmåte og fremstillingen videre

Fremstillingens hoveddel er to-delt; første del inneholder en analyse av det foreliggende rettskildebildet hvor hensikten er å fastlegge når det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar, andre del inneholder en rettspolitisk drøftelse av når et slikt ansvar eventuelt *bør* pålegges.

I første del undersøkes om, og eventuelt når, det kan oppstilles et oppdragsgiveransvar for det offentlige. Hvorvidt et oppdragsgiveransvar kan pålegges det offentlige, vil kunne variere fra typetilfelle til typetilfelle. For å illustrere eventuelle forskjeller i ulike typetilfeller, vil analysen ha særlig fokus på to konkrete typetilfeller hvor det offentlige har for vane å bortsette oppgaven til selvstendige oppdragstakere; 1) veivedlikehold og 2) skipskontroll. Bakgrunnen for valget av disse typetilfellene er at disse eksplisitt nevnes i flere av rettskildene som behandles.

Som analysen av det foreliggende rettskildebildet vil vise, finnes det begrenset med rettskilder som gir *direkte* bidrag til oppgavens problemstilling. Dette har gjort det utfordrende å avgjøre hvilke rettskilder som hører med under fastleggelsen av gjeldende rett, og hvilke rettskilder som hører med under den rettspolitiske drøftelsen.

Under fastleggelsen av gjeldende rett er det valgt å fokusere på lovforarbeider, rettspraksis og forvaltningspraksis og juridisk litteratur. Bakgrunnen for dette fokuset er først og fremst at disse rettskildene positivt behandler problemstillingen. Rettskilder som ikke positivt

¹¹ Grensen mellom arbeidstakerbegrepet og oppdragstakerbegrepet er flytende og en rettslig diskusjon i seg selv, jf. *Innst. II* s. 27. Se også Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 211 med videre henvisninger og Nygaard (2007) s. 224 flg.

behandler problemstillingen, herunder rettskilder på tilgrensende rettsområder og utenlandsk rett, behandles i den rettspolitiske drøftelsen. Reelle hensyn vil i hovedsak være styrende for den rettspolitiske drøftelsen, men de hensyn som kommer til uttrykk i rettskildene under fastleggelsen av gjeldende rett, vil naturligvis behandles også der. Hvilken relevans og vekt hver enkelt rettskilde tillegges, drøftes etter hvert som rettskildene behandles.

I det følgende foretas en analyse av det foreliggende rettskildematerialet innenfor fremstillingens område, med hensikten å fastlegge rettstilstanden for det offentliges oppdragsgiveransvar (kapittel 2).

Deretter foretas en rettspolitisk drøftelse av når et slikt ansvar eventuelt *bør* pålegges (kapittel 3), før det gis en avsluttende bemerkning (kapittel 4).

2 GJELDENE RETT

2.1 Utgangspunktet: Oppdragstakeren er ansvarlig

Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at kun den som forårsaker skade kan holdes erstatningsansvarlig. I forlengelsen av dette prinsippet følger et utgangspunkt om at det kun er selvstendige oppdragstakere som kan holdes erstatningsansvarlige for skader de påfører tredjepersoner i forbindelse med utførelsen av arbeid for oppdragsgiveren. Dette utgangspunktet er lagt til grunn i lovforarbeidene til skadeserstatningsloven, følger forutsetningsvis av Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1986 s. 1386 (Block Wathne) og er lagt til grunn i juridisk litteratur.¹² Utgangspunktet følger også av en antitetisk tolkning av skl. § 2-1. For denne oppgavens problemstilling innebærer dette at det offentlige – som et utgangspunkt – ikke kan holdes erstatningsansvarlig for skade som påføres tredjepersoner av deres selvstendige oppdragstakere.

At det offentlige i disse tilfellene ikke kan holdes erstatningsansvarlig, er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Det offentlige vil kunne holdes ansvarlig for sine selvstendige oppdragstakers skadeforvoldelse dersom det foreligger tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for en slik slutning.¹³

2.2 Lovforarbeider

2.2.1 Introduksjon

Spørsmålet om en oppdragsgiver kan identifiseres med sine selvstendige oppdragstakere var gjenstand for drøfting i alle lovforarbeider som ble produsert i forbindelse med vedtakelsen av skadeserstatningsloven i 1969. Komiteen tok opp spørsmålet første gang i Statsansvarsutredningen i 1958, deretter i *Innst. II* i 1964 og siste gang i Ot.prp. nr. 48 (1965-66) i 1966.¹⁴ I det følgende analyseres disse lovforarbeidene i tidskronologisk rekkefølge. En oppsummering og samlet vurdering av lovforarbeidene gis i punkt 2.2.4.

¹² *Innst. II* s. 23. Rt. 1986 s. 1386, side 1394. Askeland (2002) s. 144. Se også Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 247, hvor det uttales at det ikke finnes holdepunkter for et generelt oppdragsgiveransvar i norsk rett.

¹³ Se også Askeland (2002) s. 146.

¹⁴ Se Statsansvarsutredningen 1958 s. 36, *Innst. II* s. 23-28 og Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 40-42.

2.2.2 Statsansvarsutredningen 1958

I Statsansvarsutredningen 1958 reiser komiteen tilsvarende problemstilling som i denne oppgaven:¹⁵

«Den neste situasjon som skal omtales, gjelder den mulighet at det offentlige på et eller annet område overlater utførelsen av et arbeid til en entreprenør, med den følge at entreprenøren ved uforsvarlig virksomhet påfører tredjemann skade. I en slik situasjon kan det spørres om det offentlige blir ansvarlig for skadeforvoldelsen.»

Spørsmålet reises i forbindelse med forståelsen av utkastet til lovens § 1, hvor et vilkår for å identifisere oppdragsgiver med selvstendig oppdragstaker var at sistnevnte hadde «opptrådt på det offentliges vegne». Til spørsmålet uttaler komiteen:¹⁶

«Dette kan i alminnelighet ikke antas. Visstnok er det ingen tvil om at entreprenørens virksomhet er igangsatt etter det offentliges tilskyndelse og foregår i det offentliges interesse. Men dette er ikke ensbetydende med at arbeidet utføres «på det offentliges vegne», i den forstand at det faller inn under lovutkastets § 1. Entreprenørens arbeid kan ikke oppfattes som et ledd i eller en del av det offentliges egen virksomhet.»

Komiteens utgangspunkt er tilsynelatende at det offentlige ikke kan holdes erstatningsansvarlig for skade som forårsakes av deres selvstendige oppdragstakere. At arbeidet er igangsatt av det offentlige, og at arbeidet utføres i det offentliges interesse, er etter komiteens oppfatning ikke alene tilstrekkelig for å identifisere det offentlige med deres selvstendige oppdragsgivere. Komiteen ser ut til å stille som vilkår for identifikasjon at arbeidet må være en del av «det offentliges egen virksomhet», men uttaler ikke nærmere hva som ligger i denne formuleringen.

Formuleringen «det offentliges egen virksomhet» indikerer oppgaver og arbeid som det offentlige har ansvar for å utføre. Hva som er begrunnelsen bak et slikt vilkår for identifikasjon mellom oppdragsgiver og oppdragstaker nevnes ikke. Komiteens videre uttalelser gir imidlertid noe anvisning på hva som kan være begrunnelsen bak et slikt vilkår, og hvilke retningslinjer som er av betydning ved vurderingen av om og når det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar:¹⁷

¹⁵ Statsansvarsutredningen 1958 s. 36.

¹⁶ Ibid s. 36.

¹⁷ Ibid s. 36.

«Særlige forhold kan imidlertid tilsi en annen bedømmelse. Omstendighetene kan ligge slik an at erstatningsrettslig sterke grunner taler for å se entreprenørens arbeid som et utslag av det offentliges egen virksomhet. Som eksempel kan nevnes at Staten finner det hensiktsmessig for en kortere eller lengere tid å overlate vedlikeholdet av sentrale deler av landets veinett til private entreprenører. I et slikt tilfelle vil det kunne være erstatningsrettslig grunnlag for å anta at de private entreprenørers veivedlikehold skjer på det offentliges vegne. Det virker nemlig anstrengt og urealistisk å fastslå at dette vedlikehold opphører å være det offentliges anliggende, utelukkende fordi man av hensiktsmessighetsgrunner for kortere eller lengere tid lar private entreprenører stå for det.»

Uttalelsen er interessant av flere grunner. For det første åpner komiteen tilsynelatende opp for at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar i visse tilfeller. I denne sammenheng trekkes det offentliges veivedlikehold frem som et konkret eksempel på når det kan foreligge erstatningsrettslig grunnlag for å identifisere det offentlige med selvstendige oppdragstakere. Selv om uttalelsen er avgitt under forbehold, trekker den konkrete eksemplifiseringen av veivedlikehold i retning av at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar på dette området.

Mer interessant er imidlertid hvilke hensyn og begrunnelser som ser ut til å være styrende for at komiteen trekker frem veivedlikehold som et område hvor det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar. Komiteen ser ut til å mene at tilstedeværelse av «erstatningsrettslige sterke grunner» er en forutsetning for at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar. I uttalelsene om veivedlikeholdet synes komiteen å vektlegge at dette er «det offentliges anliggende», og argumenterer videre med at det virker «anstrengt og urealistisk» å fastslå at dette opphører å være det offentliges anliggende ved delegering til en privat oppdragstaker.

At noe virker «anstrengt og urealistisk» er i utgangspunktet lite overbevisende argumentasjon fra komiteens side, særlig med hensyn til at de selv krever erstatningsrettslige sterke grunner for å konstituere oppdragsgiveransvar. Fokuset på at oppgaven må være det offentliges anliggende, underbygger imidlertid at det må dreie seg om oppgaver som det offentlige har ansvar for å utføre.¹⁸ Ser man formuleringen «anstrengt og urealistisk» i lys av dette, er det nærliggende å anta at situasjonen må vurderes fra skadelidtes perspektiv og hvilke forventninger hun eller han har. Skadelidte vil i tilfeller hvor skade påføres i forbindelse med arbeid som det offentlige har ansvaret for å utføre, kunne ha en berettiget forventning om at det offentlige erstatter skaden. Dette vil kunne være tilfellet når en skade oppstår i forbindelse

¹⁸ Se over i punkt 2.2.2.

med vedlikehold av landets veinett. En slik forventning vil derimot være mindre fremtredende i situasjoner hvor skadelidte påføres skade i forbindelse med arbeid som det offentlige ikke har ansvar for, eller hvor det offentliges tilknytning til arbeidet er svakere.¹⁹ Ut fra komiteens uttalelser er det derfor grunn til å anta at skadelidtes forventinger til at det offentlige kan holdes ansvarlig, er en av de sterke grunnene som kan tilsi at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar, og særlig på området for veivedlikehold.

På denne bakgrunn kan komiteens uttalelser i Statsansvarsutredningen 1958 tas til inntekt for at visse oppgaver ikke kan delegeres fra det offentlige til private aktører med ansvarsbefriende virkning. Hvilke oppgaver dette er, beror tilsynelatende på om oppgaven er av en slik art og karakter at skadelidte har grunn til å forvente at det offentlige kan holdes erstatningsansvarlig for skaden. Uttalelsene om veivedlikeholdet trekker i alle fall i retning av at dette er et område hvor det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar.

2.2.3 Innstilling II

I *Innst. II* drøftet komiteen ulike forslag som innebar å utvide arbeidsgiveransvaret til også å omfatte ansvar for selvstendige oppdragstakere.²⁰ Det ble foreslått å gjøre (1) oppdragsgiver ansvarlig i de tilfeller «oppdragstakerens virksomhet går inn som naturlig ledd i oppdragsgiverens ervervsvirksomhet», (2) hovedentreprenøren ansvarlig for alt arbeid i en entreprise og (3) byggherren ansvarlig for skader som oppstår under utføringen av arbeidet.²¹ Forslagene gjaldt ikke det offentliges oppdragsgiveransvar konkret, men innebar lovfesting av en generell regel om oppdragsgiveransvar for både private og offentlige oppdragsgivere. Ingen av forslagene ble fremmet, men komiteens uttalelser under drøftingen av det førstnevnte forslaget er likevel av interesse for oppgavens problemstilling:²²

«En utvidelse av ansvaret etter linjer som antydnet under bokstav a foran, kan synes tiltalende. Det er en rimelig utvidelse som ikke strekker arbeidsgiverens ansvar lenger enn til det arbeid som kan anses som et naturlig ledd i hans ervervsvirksomhet. For så vidt kan utvidelsen sies å innebære en naturlig justering av arbeidsgiveransvaret etter gjeldende rett. Hvis arbeidsgiveren setter arbeidet bort til økonomisk solide medhjelpere, eller betinger seg at disse dekker mulig ansvar ved forsikring, løper han

¹⁹ Slik ser komiteen også ut til å effektivt hindre at det offentliges oppdragsgiveransvar ikke blir for vidtgående.

²⁰ *Innst. II* s. 23 flg.

²¹ *Ibid* s. 24-25.

²² *Ibid* s. 25.

liten risiko. Og skulle han likevel komme i ansvar, kan det hevdes at han ikke stilles verre enn om han hadde utført arbeidet med sine egne arbeidstakere, slik som han i alminnelighet ville ha gjort.»

Umiddelbart ser komiteen ut til å stille seg positiv til en utvidelse av arbeidsgiveransvaret. Begrunnelsen for dette er tilsynelatende at slikt ansvar ikke innebærer noen forverring av oppdragsgiverens posisjon: Oppdragsgiveren vil kunne sikre seg gjennom valg av oppdragstaker og tegning av forsikring, og vil ikke stilles verre enn om arbeidet ble utført av hennes eller hans egne oppdragstakere. Selv om uttalelsen knytter seg til lovfesting av en generell regel, er dette hensyn og argumenter som kan få betydning i tilfeller hvor det offentlige opptrer som oppdragsgiver.

Komiteen utdyper imidlertid ikke nærmere hva som ligger i vilkåret «naturlig ledd i ervervsvirksomhet» og når slikt ansvar vil inntre. Formuleringen indikerer oppgaver som ligger innenfor oppdragsgiverens naturlige virksomhet. I kjernen av formuleringen ligger derfor oppgaver som vanligvis utføres av oppdragsgiveren. Vilkåret synes i noen grad å bli konkretisert av komiteen på side 45, hvor det fremholdes at man ikke «bør kunne slippe unna det ansvar han [oppdragsgiveren] ellers ville ha ved å overlate til andre å oppfylle sine plikter».²³ Dette tyder på at det avgjørende er om oppgaven som er satt bort til en selvstendig oppdragstaker, er noe oppdragsgiver var forpliktet til å utføre.

En slik tolkning har flere fellestrekk med at oppgaven må ligge innenfor det som er å regne som det «offentliges anliggende» i Statsansvarsutredningen 1958.²⁴ Slik sett er det nærliggende å anta at komiteen også i *Innst. II* vektlegger hensynet til skadelidtes forventninger. Det må imidlertid utvises forsiktighet med å trekke paralleller mellom disse uttalelsene, ettersom Statsansvarsutredningen 1958 gjaldt det offentliges oppdragsgiveransvar konkret, og *Innst. II* behandler en generell lovfesting av oppdragsgiveransvaret. Følgelig er det uklart når komiteen i *Innst. II* mente et oppdragsgiveransvar kunne pålegges.

Også komiteen fremholdt at vilkåret var uklart, og at forslaget derfor heller ikke kunne fremmes: Ordningen ville «neppe [gi] tilstrekkelig klare linjer med hensyn til hvem arbeidsgiveren^[25] blir ansvarlig for».²⁶ Vilkårene var etter komiteens oppfatning for

²³ *Innst. II* s. 45.

²⁴ Se punkt 2.2.2. I Statsansvarsutredningen 1958 er imidlertid ikke forpliktelseelementet like fremtredende.

²⁵ Komiteens bruker formuleringen «arbeidsgiveren» ettersom det er snakk om å utvide arbeidsgiveransvaret til også å omfatte ansvar for selvstendige oppdragstakere.

²⁶ *Innst. II* s. 25.

«skjønnsbetonte» og ville kunne virke prosessskapende.²⁷ Komiteen stiller seg imidlertid avslutningsvis positiv til å pålegge et oppdragsgiveransvar på visse områder: «Et annet spørsmål er hvorvidt domstolene i større eller mindre grad vil kunne tenkes å praktisere den på ulovfestet grunnlag».²⁸

På bakgrunn av denne uttalelsen, og at komiteen av retts tekniske grunner ikke fremmet forslaget, fremstår det nokså klart at komiteen i *Innst. II* åpner for et ulovfestet oppdragsgiveransvar på enkelte områder. Uttalelsene på side 45 i innstillingen kan tyde på at dette i alle fall gjelder hvor oppdragsgiveren er underlagt en plikt til å utføre en viss oppgave. Dette har gode grunner for seg, all den tid en motsatt regel ville innebåret at oppdragsgiveren kunne omgå sine plikter ved å sette de bort til selvstendige oppdragstakere. Utover dette gir *Innst. II* begrenset med retningslinjer for når et oppdragsgiveransvar kan pålegges det offentlige.

2.2.4 Ot.prp.nr. 48 (1965-1966)

I proposisjonen behandler også Justisdepartementet spørsmålet om arbeidsgiveransvaret skal utvides til å omfatte selvstendige oppdragstakere:²⁹

«Selv om det i og for seg kan være en del som taler for en viss utvidelse av området for arbeidsgiveransvaret i den retning som er foreslått i innstilling II, § 2, kan det ikke sies å være påvist noe påtrengende behov for en slik utvidelse. Man kjenner ikke til at det i praksis har vært følt som noen mangel at reglene om arbeidsgiveres erstatningsansvar ikke har en slik videre rekkevidde som foreslått.»

I motsetning til komiteen i *Innst. II*, synes det som om Justisdepartementet ikke ser grunn til å etablere en lovfestet regel på grunn av manglende behov.³⁰ Slik virker det som om departementet, i denne delen av uttalelsen, stiller seg negativ til å pålegge det offentlige et oppdragsgiveransvar. Uttalelsen gjelder imidlertid lovfesting av et generelt oppdragsgiveransvar, og kan av den grunn ikke anses som avgjørende i relasjon til spørsmålet om det offentlige kan pålegges et oppdragsgiveransvar på ulovfestet grunnlag.

²⁷ *Innst. II* s. 25.

²⁸ *Ibid* s. 25.

²⁹ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42.

³⁰ Komiteen fremmet ikke forslag om lovfesting på grunn av retts tekniske hensyn, se punkt 2.2.3.

Justisdepartementets videre uttalelser åpner imidlertid for at domstolene i visse tilfeller kan pålegge det offentlige et oppdragsgiveransvar.³¹

Hvorvidt det kan tenkes særlige tilfelle hvor forholdene ligger slik an at domstolene på annet grunnlag vil holde det offentlige/arbeidsgiveren ansvarlig for slik skade, finner man ikke grunn til å gå nærmere inn på i denne sammenheng.»

Justisdepartementet er tilbakeholden med å konkretisere når slikt ansvar eventuelt kan pålegges på ulovfestet grunnlag, og ser ut til å overlate denne oppgaven til domstolene. Departementets uttalelser i forbindelse med drøftelsen av oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll, kan imidlertid gi anvisning på noen retningslinjer for hva som er relevante momenter ved vurderingen. Etter først å ha fremholdt at det offentlige som et utgangspunkt ikke kan identifiseres med private klassifikasjonsselskap som foretar skipskontroll, uttaler departementet:³²

«Det kan imidlertid tenkes anført at når det er en statsoppgave å forestå skipskontrollen, kan staten ikke bli fri det ansvar den ellers skulle ha hatt, ved å overlate kontrollen til private, selvstendige oppdragstakere. Noen bindende slutning er dette likevel ikke. Statens oppgave må først og fremst være å sørge for at det blir gjennomført en betryggende ordning når det gjelder sjødyktighetskontrollen. Er det etablert en forsvarlig ordning med kontroll gjennom private klassifikasjonsselskaper, foreligger det neppe legislativt grunnlag for å holde staten ansvarlig om det i enkelttilfelle skulle påvises svikt i den kontroll som de private selskaper utøver.»

I første del av uttalelsen kan det virke som om oppgaver som kan karakteriseres som *statsoppgaver*, ikke kan settes bort til private aktører med ansvarsbefriende virkning. Det gis ikke noen nærmere avklaring av hva som menes med statsoppgaver, men det er nærliggende å tolke dette som oppgaver som i utgangspunktet er det offentliges ansvar å utføre, slik som skipskontrollen.³³

Departementets videre uttalelser trekker imidlertid klart i retning av at det offentlige ikke kan pålegges oppdragsgiveransvar, dersom skipskontrollen er delegert til en selvstendig oppdragstaker på en «forsvarlig» måte.³⁴ Dette etterlater inntrykket av at hvorvidt oppgaven som delegeres er en statsoppgave, kun er et moment i en større vurdering av om det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar. Departementets argumentasjon på dette punkt er uansett

³¹ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42.

³² Ibid s. 59.

³³ Se Lov om skipssikkerhet av 16.februar 2007 nr. 9 (skipssikkerhetsloven) kapittel 7.

³⁴ Se også Hagstrøm (1987) s. 435.

lite overbevisende, all den tid det ikke gis retningslinjer for når det foreligger en forsvarlig delegeringsordning. Det kan også reises spørsmål om det i det hele tatt er forsvarlig å bortsette oppgaver hvis dette innebærer en fare for at tredjepersoners dekningsmuligheter svekkes.

Når departementet inntar et negativt standpunkt til problemstillingen på området for skipskontroll, selv om dette er en statsoppgave, kan det spørres om dette har med skipskontrollens karakter som statsoppgave å gjøre. Skipskontrollen går ut på at det føres kontroll med sjødyktigheten til større skip.³⁵ Dersom skipet ikke består kontrollen, kan tilsynsmyndigheten utøve en rekke offentligrettslig beføyelser overfor rederen, blant annet å gi pålegg om tiltak rederen må foreta for å bestå kontrollen eller å nekte skipet å forlate havn.³⁶ Departementets uttalelser kan således gi inntrykk av at det offentlige ikke kan pålegges oppdragsgiveransvar hvis det dreier seg om oppgaver som har et offentligrettslig preg.

En slik tolkning av departementets uttalelser er interessant å sammenholde med komiteens uttalelser i Statsansvarsutredningen 1958, hvor veivedlikehold ble trukket frem som et område hvor det faktisk var aktuelt å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar. Selv om veivedlikehold isolert ikke bærer preg av å være offentligrettslig, er ansvaret for de offentlige veiens tilstand offentligrettslig.³⁷ Ut fra dette er det vanskelig å si om skipskontrollens karakter er bestemmende for at departementet ikke vil pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll.

Det kan derimot spekuleres i om det også her er hensynet til skadelidtes forventninger som er bakenforliggende for departementets uttalelser. Når et skip gjør skade på en tredjeperson, vil den umiddelbare forventningen være at rederen kan holdes ansvarlig, ikke det offentlige. Det skyldes at det offentliges tilknytning til skadesituasjonen i disse tilfellene ikke er synlig for skadelidte. Dessuten utføres skipskontrollen i rederens egen interesse, og har ikke til hensikt å fritta rederen fra ansvaret i sjøloven § 151.³⁸

Det offentliges tilknytning til skade som oppstår under vedlikehold av landets veinett er derimot mer fremtredende, blant annet fordi det offentlige eier veien vedlikeholdet utføres på.

³⁵ Store Norske Leksikon: <https://snl.no/skipskontroll>.

³⁶ Skipssikkerhetsloven kapittel 7, særlig §§ 49 og 52.

³⁷ Jf. Lov om vegar av 21.juni 1963 (veglova) § 1 jf. § 20. Se også Holle (2013) s. 131.

³⁸ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 58.

Forventningene til at det offentlige kan holdes ansvarlig for skaden vil i slike tilfelle være større. Slik ser vi at hensynet til skadelidtes forventning kan begrunne forskjellen som gjøres mellom veivedlikehold og skipskontroll i lovforarbeidene.³⁹ Det må imidlertid understrekes at verken departementet eller komiteen eksplisitt fremholder hensynet til skadelidtes forventninger i sine uttalelser.

Departementets uttalelser i Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) taler tungt mot å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll. I likhet med de andre lovforarbeidene som er behandlet over, ser imidlertid også departementet ut til å åpne for at et oppdragsgiveransvar kan pålegges det offentlige i visse tilfeller. Uttalelsene gir inntrykk av at det ved vurderingen er relevant om det dreier seg om en statsoppgave og i hvilken grad skadelidte kan forvente at det offentlige erstatter skaden.

2.2.5 Lovforarbeidenes bidrag til problemstillingen og rettskildemessig vekt

Sammenholdt åpner de analyserte lovforarbeidene opp for at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar på ulovfestet grunnlag.⁴⁰ Lovforarbeidene er imidlertid sparsomme med å gi klare retningslinjer for når et slik ansvar kan pålegges, og overlater den nærmere avgrensningen av når slikt ansvar kan pålegges til domstolene.⁴¹

Samlet gir lovforarbeidene likevel uttrykk for at skadelidtes forventninger til om det offentlige kan holdes ansvarlig er av betydning. Lovforarbeidene gir også inntrykk av at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar på området for veivedlikehold, men ikke på området for skipskontroll.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved om det skal utvises forsiktighet med å gi lovforarbeidene rettskildemessig vekt av betydning under problemstillingen. For det første overlater både komiteen og departementet til domstolene å utvikle rammene for oppdragsgiveransvaret. Det kan derfor argumenteres for at lovforarbeidene ikke bør tillegges vekt av betydning før domstolene har behandlet problemstillingen.

For det andre er lovforarbeidene gamle og skrevet på bakgrunn av andre økonomiske og sosiale betingelser enn de som eksisterer i dag. Ved vedtakelsen av skadeserstatningsloven i

³⁹ Statsansvarsutredningen 1958 s. 36 og Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 59.

⁴⁰ Se punkt 2.2.1, 2.2.2 og 2.2.3 over. Se også Hagstrøm (1987) s. 434 og Askeland (2002) s. 145.

⁴¹ *Innst. II* s. 25 og Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42.

1969 var delegering av oppgaver fra det offentlige til det private langt mindre utbredt enn det er i dag. Samtidig var det ikke vanlig å saksøke det offentlige for skade som var forårsaket av andre. I 1969 var det offentlige videre stilt langt svakere økonomisk enn i dag, noe som gjorde at det heller ikke var ønskelig å holde det offentlige erstatningsansvarlig for skader som var forårsaket av oppdragstakere. I dag står det offentlige langt sterkere økonomisk, og premissene lovforarbeidene bygger på er derfor ikke like relevante for samfunnet slik forholdene er i dag.⁴² Ettersom erstatningsretten er dynamisk, og utvikles i tråd med samfunnet, bør det på denne bakgrunn utvises forsiktighet med å tillegge lovforarbeidene for stor vekt ved fastleggelsen av gjeldende rett.⁴³

2.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis

2.3.1 Introduksjon

Som nevnt i punkt 1.3 foreligger det begrenset norsk rettspraksis som behandler oppgavens problemstilling. En av årsakene til dette kan være at erstatningsspørsmål i oppdragsforhold har latt seg løse på andre grunnlag.⁴⁴

I det følgende foretas en analyse av rettspraksis som gir bidrag til problemstillingen. I analysen er ikke avgjørelser som er løst på annet grunnlag, eller som er svært gamle, behandlet.⁴⁵ Hvilke slutninger som kan trekkes fra de rettsavgjørelsene som behandles, presenteres fortløpende etter hvert som rettsavgjørelsene analyseres. En oppsummering og samlet vurdering av rettspraksis gis i punkt 2.2.4.

2.3.2 Rt. 2000 s. 253 (Asfaltkant)

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 253 er den mest sentrale rettsavgjørelsen innenfor fremstillingens tema. Saken gjaldt spørsmål om Statens vegvesen kunne holdes erstatningsansvarlig for at en motorsyklist veltet og døde på en veistrekning. Kjernen i saken var om noen Statens vegvesen svarte for hadde handlet uaktsomt ved asfaltlegging i

⁴² Høyesterettspraksis viser dessuten at ansvaret på andre områder for aktiv identifikasjon utvides, herunder også hvor prinsipalen er det offentlige. Se kapittel 4 for henvisninger.

⁴³ Rt. 2015 s. 475 (Haavind), avsnitt 68.

⁴⁴ Se punkt 1.2.

⁴⁵ Rt. 1874 s. 145 (Bølgeslag) brukes av blant annet Askeland (2002) s. 157 og 177 til å utpensle argumentasjonslinjer for når et oppdragsgiveransvar kan pålegges. Avgjørelsen er imidlertid svært gammel og oppdragsgiver var heller ikke det offentlige.

kjøresporene eller ved manglende skilting av risiko. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende, og kom til at Statens vegvesen kunne holdes ansvarlig for trafikkulykken som følge av manglende skilting av vanskelig veiforhold.

Utbedringen av den aktuelle veistrekningen hadde Statens vegvesen satt bort til en privat entreprenør. Spesielt for denne saken var imidlertid at staten på forhånd hadde akseptert at den heftet for feil som var begått av entreprenøren. Om ansvarsspørsmålet uttaler annenvoterende og flertallets talsmann:⁴⁶

«Etter min oppfatning må det etter dette legges til grunn at det ved utgangen av tunnelen burde ha vært satt opp fareskilt for langsgående asfaltkanter og/eller for glatt veg ved våt vegbane. Når dette ikke ble gjort, finner jeg at det er grunnlag for ansvar for staten etter skadeserstatningsloven § 2-1. Siden arbeidsgiveransvaret ikke bare omfatter feil fra identifiserte arbeidstakere, men også anonyme og kumulative feil, og staten har akseptert at den også hefter for feil som er begått av veientreprenøren, finner jeg ikke grunn til å gå inn på hvem som burde ha sørget for at det ble satt opp skilt.»

Premissene til flertallet tyder på at staten kunne holdes erstatningsansvarlig, uavhengig av om det var entreprenøren eller staten selv som burde sørget for skilting av de vanskelige forholdene. Dette er lite oppsiktsvekkende ettersom staten positivt aksepterte ansvar for feil begått av veientreprenøren.

Hagstrøm og Stenvik tar imidlertid til orde for at avgjørelsen må tillegges rettskildevekt under spørsmålet om det offentlige kan identifiseres med sine selvstendige oppdragstakere, og begrunner dette med at domstolene ikke er bundet av partenes anførsler om rettssspørsmål.⁴⁷ Det følger av tvisteloven § 11-3 at retten av eget tiltak anvender rettsregler.⁴⁸ Regelen innebærer at retten er ubundet av partenes anførsler for så vidt gjelder hvilke rettsregler som får anvendelse og forståelsen av disse.⁴⁹ Dersom Høyesterett mente at det ikke var rettslig grunnlag for identifikasjon mellom det offentlige og veientreprenøren, kunne de sett bort fra at staten aksepterte ansvar for feil begått av veientreprenøren. Når Høyesterett derimot ikke gjør dette, hevder Hagstrøm og Stenvik at Høyesterett aksepterer en regel om oppdragsgiveransvar på området for veivedlikehold. Det er betenkeligheter ved et slikt resonnement.

⁴⁶ Rt. 2000 s. 253 på side 267

⁴⁷ Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 248

⁴⁸ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17.juni 2005 nr. 90 (tvisteloven)

⁴⁹ NOU 2001:32 A. Se også Schei m.fl. (2013) s. 393-394 og Wittemann note 585A.

En slik tilnærming er først og fremst betenkelig fra et prosessuelt synspunkt, ettersom partene ikke uttalte seg om dette spesifikke rettsspørsmålet. Selv om domstolene har ansvaret for rettsanvendelsen, bør det vises tilbakeholdenhet med å trekke inn rettslig materiale som partene ikke har uttalt seg om.⁵⁰ Det bør derfor utvises forsiktighet med å gi avgjørelsen for stor rettskildemessig vekt innenfor oppgavens tema.

Å tillegge Asfaltkantdommen for stor rettskildemessig vekt under problemstillingen, er betenkelig også med hensyn til flertallets begrunnelse. Av flertallets premisser fremgår at staten pålegges ansvar etter skl. § 2-1.⁵¹ Som gjennomgangen av lovforarbeidene viste, omfatter ikke arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 ansvar for selvstendige oppdragstakere. Å tillegge avgjørelsen vekt, slik Hagstrøm og Stenvik gjør, innebærer en utvidelse av arbeidsgiveransvaret. Det har formodningen klart mot seg at Høyesterett mente å utvide arbeidsgiveransvaret i strid med uttalelser i lovforarbeidene til bestemmelsen, uten å drøfte dette nærmere.⁵²

Hagstrøm og Stenviks forståelse av avgjørelsen vil i tillegg være et enkeltstående unntak fra utgangspunktet i norsk rett om at oppdragsgivere ikke identifiseres med selvstendige oppdragstakere. Det kan vanskelig tenkes at Høyesterett mente å fravike denne hovedregelen uten ytterligere begrunnelse. Som nevnt i punkt 2.1 krever dette tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag.⁵³

At Høyesterett pålegger det offentlige erstatningsansvar på området for veivedlikehold, kan umiddelbart tyde på at Høyesterett gir en viss støtte til komiteens uttalelser i Statsansvarsutredningen 1958.⁵⁴ Høyesterett nevner imidlertid ikke uttalelsene på dette punkt, og det ser ikke ut som Høyesterett overhodet behandler spørsmålet om identifikasjon mellom det offentlige som oppdragsgiver og selvstendige oppdragstakere.⁵⁵ På denne bakgrunn kan ikke Høyesteretts avgjørelse i Asfaltkantdommen gis nevneverdig rettskildevikt i relasjon til fremstillingens tema.

⁵⁰ Se i denne sammenheng også Graver (2008) s. 167.

⁵¹ Rt. 2000 s. 253 på side 267.

⁵² Se punkt 2.2.

⁵³ Se også Askeland (2002) s. 146.

⁵⁴ Se punkt 2.2.2.

⁵⁵ I avgjørelsen behandler Høyesterett deler av komiteens uttalelser i Statsansvarsutredningen 1958, men kun de delene som gjelder spørsmålet om det kan legges til grunn en mildere aktsomhetsnorm på området for veivedlikehold.

2.3.3 RG 1953 s. 389

I RG 1953 s. 389 fra Eidsivating lagmannsrett var spørsmålet om staten kunne holdes erstatningsansvarlig for skade som var påført en pasient av en reserveleges underordnede. Reservelegen utførte undersøkelsen i egenskap av å være privatpraktiserende lege. Den underordnede hadde i forbindelse med undersøkelsen forvekslet bilder av pasientens lunger, slik at pasienten ble gitt feilaktig diagnose og ble utsatt for alvorlig sykdomsutvikling.

Lagmannsretten konkluderte med at staten kunne holdes erstatningsansvarlig for den underordnedes handlinger. Avgjørende for lagmannsrettens konklusjon var den sterke tilknytningen mellom reservelegens praksis og sykehuset, som blant annet inneholdt bruk av sykehusets lokaler og ansatte, men også hvordan tilknytningen fremsto for publikum:⁵⁶

«Derved har denne private praksis fått et halvoffisielt preg og en organisert tilknytning til det offentlige hospital hvorfra – og i hvis navn – den drives. [...] Den tidligere nevnte vanlige henvisningsform som brukes når pasienter henvises til Rikshospitalets røntgenavdeling gir i seg selv en indikasjon om publikums oppfatning av denne private praksis»

Avgjørelsen kan tas til inntekt for at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar når privatpraktiserende sykehusleger påfører pasienter skade. Det er imidlertid grunnlag for å være tilbakeholden med å gi avgjørelsen særlig rettskildevekt. Som lagmannsretten bemerket i sine premisser forelå det et «halvoffisielt preg» mellom den privatpraktiserende legen og sykehuset. Det var dermed ikke snakk om noe tradisjonelt oppdragsgiver-oppdragstakerforhold.

Videre var det ikke den privatpraktiserende legen, men den underordnede, som handlet uaktsomt i denne saken. Selv om lagmannsrettens premisser gir inntrykk av at resultatet ville blitt det samme dersom det var den privatpraktiserende legen som hadde handlet uaktsomt, svekker det faktum at den underordnede var ansatt hos sykehuset avgjørelsens vekt.

Avgjørelsens vekt svekkes også av at den er avsagt i lagmannsretten, ettersom underrettspraksis ikke i seg selv er rettsnormerende.⁵⁷ Underrettspraksis er imidlertid egnet til å illustrere hvordan problemstillingen løses i praksis. Av den grunn er det interessant at

⁵⁶ RG 1953 s. 389 på side 399.

⁵⁷ Skoghøy (2018) s. 227. Rettskildevekten til underrettspraksis diskuteres også av Nygaard (1999) s. 168 og Monsen (2012) s. 39. Sammenliknet med Skoghøy, er disse mer tilbøyelige til å gi underrettspraksis rettskildemessig vekt.

lagmannsretten tilsynelatende vektlegger statens tilknytning til skadesituasjonen og skadelidtes forventninger gjennom hvordan ordningen fremsto for publikum.⁵⁸

2.3.4 Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 s. 76 flg.

Saken gjaldt en bileier som klaget til ombudsmannen over at trafikketaten i kommunen avviste krav om erstatning for karosseriskade oppstått under inntauing av bil. Inntauingen var utført i tråd med vegtrafikkloven § 37.⁵⁹ Trafikketaten hadde satt bort utføringen av slike inntauinger til private inntauingsselskaper, og hevdet at de dermed ikke kunne holdes ansvarlig for skade oppstått under inntauingen.

I sin kommentar adresserer ombudsmannen tilsvarende problemstilling som i denne oppgaven, men konkret rettet mot skader som oppstår i forbindelse med offentlig myndighetsutøvelse.⁶⁰

«Foreliggende sak gjelder skade skjedd i forbindelse med handling som er ledd i offentlig myndighetsutøvelse. [...] Spørsmålet er da om kommunen blir ansvarsfri ved å overlate virksomheten til en selvstendig nærings- drivende. Jeg går ut fra at det er forretnings/ administrative grunner som har ført til at borttauinger foretas av nevnte private firma.»

Også Ombudsmannens konklusjonen bærer preg av at rettskildeomfanget på oppgavens område er begrenset:⁶¹

«Det alminnelige prinsipp hos oss er ellers at oppdragsgiveren ikke er ansvarlig for oppdragstakerens skadegjørende handling. Dette gjelder også når det offentlige står som oppdragsgiver. Og det er ikke gjennom praksis eller teori nedfelt noe unntak fra dette der skade oppstår i forbindelse med offentlig myndighetsutøvelse - f. eks. ved gjennomføring av enkeltvedtak. [...] Jeg kan derfor ikke gi Dem medhold i Deres kritikk av kommunens standpunkt til erstatningsspørsmålet.»

Også Ombudsmannen legger altså til grunn utgangspunktet om at det offentlige ikke kan identifiseres med selvstendige oppdragstakere, og at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for å oppstille et unntak fra dette i rettspraksis og juridisk litteratur. Konklusjonen er ikke overraskende med hensyn til den sparsomme rettspraksisen som er gjennomgått over.⁶² Det er likevel noe oppsiktsvekkende at Ombudsmannen ikke drøfter lovforarbeidene til

⁵⁸ Hvordan ordningen fremstår for publikum har flere paralleller til hva skadelidte kan forvente.

⁵⁹ Lov om vegtrafikk av 18.juni 1965 nr. 4 (vegtrafikkloven)

⁶⁰ Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 s. 76 flg. på side 77.

⁶¹ Ibid s. 77.

⁶² Merk at Asfaltkantdommen, inntatt i Rt. 2000 s. 253, ble avsagt etter 1983.

skadeserstatningsloven, ettersom disse er sentrale kilder under problemstillingen. Hagstrøm finner dette særlig bemerkelsesverdig med hensyn til at den gamle bestemmelsen i NL-3-21-2 opprinnelig statuerte et delegasjonsansvar ved offentlig myndighetsutøvelse.⁶³ Følgelig fremstår Ombudsmannens behandling er noe ufullstendig.

Forvaltningspraksis har i utgangspunktet lav rettskildevekt, og når behandlingen er ufullstendig kan Ombudsmannens uttalelser vanskelig gis vekt under problemstillingen. Ombudsmannens uttalelser gir imidlertid et interessant blikk på hvordan problemstillingen løses i lavere konfliktløsningsorganer.

2.3.5 Rettspraksis sitt bidrag til problemstillingen

Som gjennomgangen overfor viser, er det svært få rettsavgjørelser i norsk rett som konkret behandler oppgavens problemstilling. Domstolene har ved flere anledninger hatt saker inne til behandling, hvor faktum har lagt til rette for en avklaring, men slik avklaring har likevel uteblitt. Dette skyldes i all hovedsak at sakene har latt seg løse på annet grunnlag, mens det i andre tilfeller er små nyanser i sakens faktum som gjør at avgjørelsen ikke er direkte relevant for oppgavens problemstilling.⁶⁴

Det kan imidlertid være et selvstendig poeng at domstolene velger å løse sakene på annet grunnlag. På den ene siden kan dette trekke i retning av at det overhodet ikke eksisterer et oppdragsgiveransvar for det offentlige.⁶⁵ Dette må ses i lys av Høyesteretts rolle som rettsavklarende og rettsutviklende instans. Dersom Høyesterett mente det forelå et behov for et oppdragsgiveransvar, er det nærliggende at de etablerte dette når de hadde muligheten. På den annen side er det normalt at domstolene strekker på et allerede etablert ansvarsgrunnlag, fremfor å etablere et nytt ansvarsgrunnlag. Følgelig kan ikke manglende domstolsbehandling utelukke et oppdragsgiveransvar for det offentlige.

Begrenset rettspraksis knyttet til problemstillingen gjør det imidlertid vanskelig å si noe konkret om når det offentlige bør pålegges erstatningsansvar for selvstendige oppdragstakeres

⁶³ Hagstrøm (1987) s. 437, med videre henvisning til Thøger Nielsen: Studier over ældre dansk Formuesretspraksis, København 1951 s. 304 flg. Hagstrøm er imidlertid enig i at den sparsomme rettspraksisen trekker i retning av at det ikke er ansvar.

⁶⁴ Se Rt. 1967 s. 597 (Asfaltklump) og Rt. 1967 s. 697 (Lier). Se også RG 1953 s. 237 og RG 1955 s. 215.

⁶⁵ I Rt. 1967 s. 597 (Asfaltklump) og Rt. 1967 s. 697 (Lier) ser Høyesterett ut til å strekke seg forholdsvis langt for å avgjøre saken på vanlig culpagrunnlag. Culpalnormen som legges til grunn er relativt streng, se også Lødrup (2005) s. 153. Askeland (2002) s. 154 uttaler på den andre siden: «I begge sakene var oppdragstakerne nærmest å sammenligne med amatører i forhold til den oppgaven de skulle utføre.»

skadevoldende handlinger. Selv om avgjørelsene over viser at flere av momentene som følger av lovforarbeidene er relevante, gir avgjørelsene begrenset bidrag til problemstillingen. Den analyserte rettspraksis og forvaltningspraksis bidrar således med lite avklaring for når det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar for skade på tredjepersoner som voldes av selvstendige oppdragstakere.

2.4 Juridisk litteratur

2.4.1 Introduksjon

I fravær av bedre rettskilder som direkte behandler problemstillingen, trer rettsoppfatninger i juridisk litteratur frem som en aktuell rettskilde ved fastleggelsen av gjeldende rett.

Rettskildeverdien til juridisk litteratur beror på kvaliteten av analysene og vurderingene som foretas. I det følgende, under punkt 2.4.2, foretas en gjennomgang av juridisk litteratur i norsk rett som er egnet til å gi bidrag til problemstillingen. Under punkt 2.4.3 oppsummeres de bidrag juridisk litteratur gir til problemstillingen

2.4.2 Rettsoppfatningen i juridisk litteratur

I norsk juridisk litteratur er det kun Hagstrøm som inngående behandler det offentlige oppdragsgiveransvar.⁶⁶ Problemstillingen nevnes imidlertid kort av en rekke andre forfattere. Det ser ut til å være en felles oppfatning om at det offentlige *kan* pålegges erstatningsansvar for skade på tredjepersoner som voldes av deres selvstendige oppdragstakere.⁶⁷ Juridisk litteratur gir imidlertid få retningslinjer for *når* det kan bli aktuelt å pålegge et slikt ansvar.⁶⁸

Litteraturen fremhever likevel enkelte momenter og hensyn som er av særlig betydning under problemstillingen. Hagstrøm tar til orde for at spørsmålet må avgjøres på bakgrunn av en avveining av de reelle hensyn, hvor hensynet til skadelidtes dekningsmuligheter står mot hensynet til utvidelse av det offentlige ansvarsområde.⁶⁹

⁶⁶ Hagstrøm (1987) s. 430-441.

⁶⁷ Se blant annet Hagstrøm (1987) s. 434 og 439, Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 249, Lødrup (2005) s. 153 og Askeland (2002) s. 146 smh. s. 170.

⁶⁸ Askeland (2002) s. 146. Merk at Askeland i all vesentlighet behandler oppdragsgiveransvaret på generelt grunnlag.

⁶⁹ Hagstrøm (1987) s. 436-437. Også Nygaard (2007) fokuserer i særlig grad på hensynet til skadelidte ved vurderingen av om oppdragsgiveransvar kan pålegges, se side 251.

«Som påpekt av erstatningslovkomitéen tilsier hensynet til skadelidtes dekningsmuligheter at ansvaret utvides. Og det virker ikke urimelig at arbeidsgiverens ansvar omfatter arbeid som må ansees som et naturlig ledd i virksomheten. Det offentlig blir ikke verre stillet enn om det hadde utført arbeidet med sine egne arbeidstakere, slik det i alminnelighet måtte forventes. Gode grunner taler derfor etter mitt skjønn for at det burde være ansvar.»

Uttalelsen knytter seg i utgangspunktet til klagesaken i Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 (se punkt 2.3.5). Dette trekker i retning av at det offentlige kan holdes erstatningsansvarlig for skade som voldes av selvstendige oppdragstakere ved inntauing av bil. Med hensyn til hvor generell uttalelsen er, sammenholdt med at inntauing av bil er en offentligrettslig oppgave, trekker uttalelsen også i retning av at det offentlige bør identifiseres med selvstendige oppdragstakere når de bortsetter offentligrettslige oppgaver.

Hagstrøms standpunkt ser ut til å være begrunnet i at borgerne ofte vil ha forventninger om at slik virksomhet forstås av det offentlige selv.⁷⁰ Hensynet til borgernes forventninger fremheves også av Hagstrøm og Stenvik, som hevder at borgerne vil kunne ha forventninger om at skader som oppstår i forbindelse med virksomhet som skal forstås av det offentlige, erstattes av det offentlige.⁷¹ Det er nærliggende at det er dette hensynet også Askeland vektlegger, når han fremholder at «[d]et offentliges plikt overfor borgerne kan nok etter omstendighetene utgjøre et sterkt argument for oppdragsgiveransvar».⁷² Dette indikerer at hensynet til borgernes forventninger er et viktig moment under problemstillingen.

Når borgerne vil ha slike forventninger er imidlertid vanskelig å fastsette. Hagstrøm ser ut til å mene at slike forventninger vil oppstå i forbindelse med utføringen av «offentligrettslige gjøremål», men konkretiserer ikke nærmere hvilke gjøremål dette er eller hva som ligger i dette.⁷³ Hagstrøm og Stenvik synes å mene at slike forventninger oppstår både i forbindelse med myndighetsutøvelse og offentlig servicevirksomhet, og skiller således ikke mellom disse. De trekker spesifikt frem områdene «veivedlikehold og pleietjenester» hvor slike forventninger gjør seg gjeldende.⁷⁴ Uttalelsen gir derfor inntrykk av at det ikke er avgjørende om det dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse eller offentlige serviceytelser. Uttalelsen

⁷⁰ Hagstrøm (1987) s. 439.

⁷¹ Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 249.

⁷² Askeland (2002) s. 170.

⁷³ Hagstrøm (1987) s. 439.

⁷⁴ Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 249.

indikerer derimot at dette er områder hvor det kan være aktuelt å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar.

I hvilken grad borgerne kan forvente at det offentlige erstatter skaden, henger tett sammen hvor sterk det offentliges tilknytning til skadesituasjonen er. Askeland fremholder at oppdragsgivers tilknytning til arbeidet som utføres, den skadevoldende personen eller tingen og det skadde rettsgodets eksponering for skaderisiko, er styrende argumenter for om oppdragsgiveransvar kan pålegges.⁷⁵ Disse tilknytningsargumentene knytter seg til oppdragsgiveransvaret generelt, men det er vanskelig å se hvorfor de ikke kan gjøres gjeldende i tilfeller hvor det offentlige er oppdragsgiver. Grunnlaget for å pålegge oppdragsgiveransvar vil være størst der tilknytningsargumentene opptrer i kumulasjon.⁷⁶

Tilknytningen mellom borger og det offentlige vil være særlig sterk der det offentlige er underlagt en plikt overfor borgerne. Askeland ser ut til å hevde at pliktelementet er et sterkt argument for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar.⁷⁷ Pliktelementet skaper på flere sett en kontraktliknende relasjon mellom det offentlige og borgerne, og vil som en konsekvens av dette kunne skape sterke forventninger om at det offentlig skal erstatte skade som oppstår i forbindelse med pliktoppfyllelsen. Dette taler for at det offentlige ikke med ansvarsbefriende virkning kan delegere pliktene sine overfor borgerne.⁷⁸

Et annet moment som trekkes frem i teorien er hvorvidt det foreligger hjemmel for det offentlige til å delegere arbeidet til en selvstendig oppdragstaker. Under drøftingen av om et oppdragsgiveransvar kan pålegges det offentlige på området for skipskontroll, uttaler Hagstrøm:⁷⁹

«Det må nemlig være helt på det rene at det offentlige ikke kunne pålegges arbeidsgiveransvar om loven direkte hadde lagt skipskontrollen til private institusjoner. [...] Og det kan vanskelig skjønnes at saken skal komme i en helt annen stilling når loven i stedet gir hjemmel til å delegere til private.»

⁷⁵ Askeland (2002) s. 151-175. Askeland oppstiller tilknytningsargumentene på bakgrunn av en analyse av rettspraksis på området.

⁷⁶ Ibid s. 176.

⁷⁷ Ibid s. 170.

⁷⁸ Både Lødrup (2005) s. 251 og Nygaard (2007) s. 250 ser også ut til å hevde at oppdragsgiver ikke kan delegere egne plikter til selvstendige oppdragstakere med ansvarsbefriende virkning. Drøftelsen gjelder imidlertid ikke det offentliges oppdragsgiveransvar, men oppdragsgiveransvaret generelt.

⁷⁹ Hagstrøm (1987) s. 435.

Dette kan tas til inntekt for at det offentlige ikke kan pålegges oppdragsgiveransvar for skade som oppstår i forbindelse med oppgaver som er delegert fra det offentlige til private oppdragstakere i henhold til lovhjemmel. Hagstrøm gir ingen begrunnelse for sin holdning, men det kan tenkes at en delegeringshjemmel vil kunne senke borgernes forventninger til at det offentlige skal erstatte skaden. På den måten kan det virke som om Hagstrøm implisitt tar hensyn til skadelidtes forventninger. Det må på den annen side anses høyt tvilsomt om borgerne har kunnskap om slike bestemmelser og om de vil innrette seg etter slike.

Selv om slik delegeringshjemmel foreligger på området for skipskontroll, ser ikke Hagstrøm og Stenvik ut til å ta hensyn til dette når de hevder at Justisdepartementets uttalelser i lovforarbeidene taler avgjort mot at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll.⁸⁰ Hagstrøm hevder det samme, men synes å vektlegge delegeringshjemmelen i noe større grad.⁸¹ Uttalelsene taler i alle fall for at det offentlige ikke kan pålegges oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll.

2.4.3 Juridisk litteraturs bidrag til problemstillingen

Det følger av den ovenstående analysen at juridisk litteratur er positiv til å pålegge det offentlige erstatningsansvar for selvstendige oppdragstakere på ulovfestet grunnlag. Det er imidlertid uklart i rettslitteraturen når det offentlige kan pålegges slikt ansvar.⁸²

Analysen viser imidlertid at enkelte momenter er gjennomgående ved vurderingen. Dette gjelder særlig det offentliges tilknytning til skadesituasjonen, borgernes forventning til at det offentlige erstatter skaden og om det foreligger et pliktforhold mellom det offentlige og borgerne. At disse momentene også kunne trekkes ut av en analyse av lovforarbeidene, taler for at momentene er relevante ved fastleggelsen av gjeldende rett.

Juridisk litteratur på sin side er imidlertid tilbakeholden med å presentere konkrete typetilfeller for når disse momentene gjør seg tilstrekkelig gjeldende til at ansvar kan pålegges. Det virker å være enighet om at det på området for skipskontroll ikke foreligger grunnlag for å pålegge det offentlige et oppdragsgiveransvar. På den annen side kan det se ut

⁸⁰ Lov om skipssikkerhet av 16.februar 2007 nr. 9 (skipssikkerhetsloven) § 41. Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42. Se også Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 248, og punkt 2.2.4.

⁸¹ Hagstrøm (1987) s. 435.

⁸² Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 249 sier at rettstilstanden er «usikker». Hagstrøm (1987) s. 439 og Lødrup (2005) s. 153 oppfatter rettstilstanden som henholdsvis «diskutabel» og «uklar».

som om ansvar kan pålegges på området for veivedlikehold og pleietjenester. Disse typetilfellene nevnes imidlertid bare kort, og det gis ingen begrunnelse for hvorfor akkurat disse typetilfellene trekkes frem.

Selv om den juridiske litteraturen gir anvisning på rettsområder og momenter som er av betydning ved vurderingen av om det offentlige kan pålegges et oppdragsgiveransvar, gis det liten veiledning om vilkårene for når slikt ansvar kan pålegges. Juridisk litteratur nyter heller ikke autoritet på samme måte som lovforarbeidene og rettspraksis og kan derfor ikke gis for stor vekt ved fastleggelsen av gjeldende rett.⁸³

2.5 Sammenfatning og konklusjon

Lovforarbeidene til skadeserstatningsloven åpner for at det offentlige kan pålegges et oppdragsgiveransvar, men avklarer ikke nærmere rekkevidden av et slikt ansvar. Fastleggelsen av rekkevidden til et slikt ansvar overlates til domstolene, men det finnes ikke rettspraksis som avklarer problemstillingen.⁸⁴ I juridisk litteratur er det enighet om at det offentlige i visse tilfeller kan pålegges oppdragsgiveransvar, og tilsynelatende også enighet om at bestemte hensyn og argumenter er relevante for vurderingen. Imidlertid svikter også juridisk litteratur i å konkret avklare når et oppdragsgiveransvar inntreffer.

På denne bakgrunn må det konkluderes med at det ikke foreligger tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å oppstille et generelt oppdragsgiveransvar for det offentlige i norsk rett.

Komiteens uttalelser i Statsansvarskomiteen 1958 tyder på at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar på området for veivedlikehold, noe som støttes av Hagstrøm og Stenvik. Lovforarbeidsuttalelsen er imidlertid forbeholden, og Hagstrøm og Stenviks uttalelse er ikke begrunnet. Følgelig foreligger det heller ikke rettskildemessig grunnlag for å konkludere med at det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar på området for veivedlikehold.

Konklusjonen må bli den samme på området for skipskontroll, all den tid det er klart at det ikke foreligger rettskildemessig grunnlag for å konstituere oppdragsgiveransvar på dette området.

⁸³ Monsen (2012) s. 50.

⁸⁴ *Innst. II* s. 25 og Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42.

Med hensyn til at et stort antall oppgaver delegeres fra det offentlige til private aktører, er det oppsiktsvekkende at denne oppgavens problemstilling verken er behandlet eller avklart i rettspraksis. Fravær av rettspraksis gjør det nærliggende å stille spørsmål ved om det er behov for å pålegge det offentlige et oppdragsgiveransvar.

Det er nærliggende å anta at fraværet av rettspraksis blant annet skyldes eksistensen av alternative ansvarsgrunnlag i norsk erstatningsrett. Mange skjønnsmessige ansvarsgrunnlag medfører at saksfaktum lar seg løse på ulike grunnlag, og at det ikke har vært nødvendig å etablere et oppdragsgiveransvar for å avgjøre saken i ønsket retning.⁸⁵ En annen grunn til at det offentliges oppdragsgiveransvar sjelden havner i domstolene, kan være at selvstendige oppdragstakere som regel er solvente og at de har tegnet ansvarsforsikring, slik at problemstillingen sjelden kommer på spissen.

I de tilfeller hvor oppdragstakeren verken er søkegod eller har tegnet ansvarsforsikring, og ingen andre ansvarsgrunnlag er relevante, kan det imidlertid hevdes at det eksisterer et behov for et oppdragsgiveransvar for det offentlige. Når et oppdragsgiveransvar *bør* pålegges det offentlige, behandles i kapittel 3.

⁸⁵ Se blant annet Rt. 1967 s. 597 (Asfaltklump) og Rt. 1967 s. 697 (Lier) i punkt 1.2.

3 NÅR BØR DET OFFENTLIGE HOLDES ANSVARLIG FOR SELVSTENDIGE OPPDRAGSTAKERES SKADEFORVOLDELSE?

3.1 Innledning

I dette kapittelet foretas en rettspolitisk drøftelse av om, og eventuelt når, det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar.

Det offentlige opptrer som oppdragsgiver i forskjellige kontekster og på ulike områder. Det er da naturlig at ulike hensyn og argumenter gjør seg gjeldende avhengig av hvilket område man befinner seg på. Av den grunn er det utfordrende å gi et generelt svar på om det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar. Hvorvidt et oppdragsgiveransvar bør pålegges det offentlige, må etter min mening avgjøres på bakgrunn av en sammensatt vurdering av de hensyn og argumenter som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.⁸⁶

I slike sammensatte vurderinger, er det enkelte hensyn og argumenter som alltid vil gjøre seg gjeldende, uavhengig av hvilket typetilfelle man står overfor. Disse hensynene og argumentene er generelle, i betydningen at de gjør seg gjeldende med lik vekt i hvert typetilfelle. I denne fremstillingen kalles disse konstante hensyn og argumenter.

Andre hensyn og argumenter vil gjøre seg gjeldende med ulik vekt, avhengig av hvilket typetilfelle man står overfor. I denne fremstillingen vil disse betegnes som variable hensyn og argumenter.

For å få frem nyansene mellom de konstante og variable hensynene og argumentene, vil disse gjennomgås separat. Hvorvidt det offentlige bør pålegges et generelt oppdragsgiveransvar, avgjøres av de konstante hensynene og argumentene. Hvorvidt det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar i det konkrete tilfellet, vil derimot avgjøres av de variable hensynene og argumentene. For å illustrere ulikheten i måten de variable hensynene og argumentene gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet, vil disse anvendes på de typetilfellene som ble analysert i fremstillingens kapittel 2; veivedlikehold og skipskontroll.

⁸⁶ Se også Hagstrøm (1987) s. 437.

3.2 Konstante hensyn og argumenter

3.2.1 Skadelidtes dekningsmuligheter og insolvensrisiko

Et av hovedhensynene bak arbeidsgiveransvaret og identifikasjonsregelen i skl. § 2-1, var at skadelidte i langt større grad ville oppnå dekning for tapet hos arbeidsgiver.⁸⁷ Bakgrunnen for dette er arbeidsgiver presumptivt har større evne til å dekke tapet enn arbeidstakeren.

Dette utgangspunktet er ikke like selvfølgelig i oppdragsforhold. En oppdragstaker vil presumptivt være stilt økonomisk sterkere enn en arbeidstaker. Oppdragstakeren driver dessuten i de fleste tilfeller egen virksomhet og har tegnet egen forsikring. Således er risikoen for insolvens langt mindre aktuell. Det vil naturligvis uansett være en risiko for at oppdragstakeren er eller blir insolvent, men slik risiko er tilstedeværende i alle erstatningssaker. Skadelidtes dekningsmuligheter og insolvensrisiko utgjør således ikke et argument for at det offentlige bør identifiseres med selvstendige oppdragstakere.⁸⁸

3.2.2 Risikofordeling

Hensynet til risikofordeling er et annet hensyn som ligger til grunn for arbeidsgiveransvaret.⁸⁹ I arbeidstakerforhold utføres arbeidet i arbeidsgiverens økonomiske interesse, og som regel under arbeidsgiverens kontroll og instruksjoner. Arbeidsgiveren er dessuten den som oftest sitter på den beste kunnskapen om hvordan risikoen skal kontrolleres, og det er således naturlig at ansvaret plasseres hos arbeidsgiveren.

I motsetning til i arbeidstakerforhold, vil oppdragsgiveren vanligvis ikke kontrollere og instruere oppdragstakeren under arbeidet. Dette skyldes at oppdragstakeren ofte vil være et spesialisert selskap som sitter på den beste kunnskapen om hvordan risikoen ved arbeidet skal fordeles og kontrolleres.⁹⁰ Samtidig kan det vanskelig hevdes at arbeidet eller oppgaven som delegeres, utføres i det offentlige økonomiske interesse. Arbeidet utføres som oftest fordi det offentlige har ansvaret for, eller er forpliktet til å utføre arbeidet, ikke på grunn av økonomisk

⁸⁷ *Innst. II s. 23.*

⁸⁸ Komiteen ser ut til å mene at hensynet til skadelidtes dekningsmuligheter taler for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar i *Innst. II s. 23.*

⁸⁹ *Innst. II s. 23.*

⁹⁰ Det gjelder naturligvis ikke uten unntak. Det offentlige vil i noen tilfeller være den som sitter på best kunnskap om risikoen, for eksempel hvor det offentlige delegerer rengjøringsoppgaver til oppdragstakere og utstyrrer disse med farlige rengjøringsstoffer.

fortjeneste. På denne bakgrunn taler også hensynet til risikofordeling mot at det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar.⁹¹

3.2.3 Bevis- og prosesshensyn

Også bevishensyn er et av hensynene som begrunner arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven.⁹² Når tredjeperson påføres skade, kan det være vanskelig å avgjøre konkret hvem skaden er voldt av, selv om det er klart at skaden er voldt av en arbeidstaker.⁹³ I arbeidsforhold taler derfor bevishensyn for at skadelidte kan holde arbeidsgiveren ansvarlig.

Selv om oppdragstakeren i oppdragsforhold ofte vil utføre hele arbeidet, eller en bestemt del av et større arbeid, kan det oppstå situasjoner hvor oppdragstakerens ansatte jobber sammen med det offentliges egne ansatte. Om skade oppstår i slike situasjoner, vil det kunne være vanskelig eller umulig å avgjøre om skaden er forårsaket av oppdragstakerens ansatte eller av det offentliges egne ansatte. Et oppdragsgiveransvar for det offentlige ville i slike tilfeller rydde problemet av veien, og skape en effektiv og forutsigbar løsning av spørsmålet. I denne sammenheng hører det til at det offentlige ikke stilles verre enn om arbeidet kun ble utført av egne ansatte. I en sammensatt vurdering taler følgelig bevis- og prosesshensyn for at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar.

3.2.4 Prevensjonshensynet

Prevensjonshensynet er et av grunnhensynene i norsk erstatningsrett. Prevensjonshensynet innebærer en tanke om at det vil ha en preventiv effekt å pålegge ansvar.⁹⁴ Å pålegge det offentlig e et oppdragsgiveransvar vil kunne sørge for at det offentlige i større grad iverksetter tiltak for å unngå skade på tredjeperson. Dette kan være alt fra at oppfølging og kontroll av oppdragstakeren skjerpes, til at det offentlige stiller som vilkår for tildeling av oppdraget at oppdragstakeren tegner forsikring. Disse virkningene er ønskelige, all den tid de styrker skadelidtes erstatningsrettslige vern. Prevensjonshensynet taler derfor for at det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar.

⁹¹ Liknende resonnement legges til grunn av komiteen i *Innst. II* s. 24.

⁹² Skadeserstatningsloven § 2-1.

⁹³ Komiteen ser også ut til å vektlegge bevishensyn i *Innst. II* s. 24. Se også denne problematikken i blant annet Rt. 2000 s. 253 (Asfaltkant).

⁹⁴ Se til illustrasjon Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2000 s. 211, hvor prevensjonshensynet ble fremhevet som ledd i begrunnelsen for å pålegge en bank ansvar for en ansatts underslag.

3.2.5 Likebehandling

Hvorvidt det offentlige benytter seg av muligheten til å delegere oppgaver til private aktører vil bero på konkrete omstendigheter og behov i det enkelte offentlige organ. På noen områder vil organet kunne ha behov for å benytte seg av private aktører, og på andre områder vil organet benytte egne ansatte. Med hensyn til de mange kommunene i Norge, innebærer dette at vi kan få ulik praksis på tvers av de offentlige organer i de ulike kommunene.

Mangel på et oppdragsgiveransvar vil kunne medføre at like tilfeller blir behandlet ulikt, avhengig av om det offentlige har brukt egne ansatte eller selvstendige oppdragstakere ved utføringen av den enkelte oppgave. Dette kan illustreres med inspirasjon fra saken i Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 s. 76 flg.:⁹⁵

I to nabokommuner beslutter trafikketatene at en bil skal inntaues etter vegtrafikkloven § 37. I kommune A utfører kommunen inntauingen med egne ansatte, mens i kommune B blir inntauingen utført av et privat inntauingsselskap på oppdrag fra kommunen. Under begge inntauingene oppstår det skade på bilen. Skadelidte i kommune A vil ha et krav mot det offentlige ved trafikketaten, mens skadelidte i kommune B vil ha et krav mot det private inntauingsselskapet. Dersom inntauingsselskapet ikke er søkegodt, sitter B igjen med et tap som ikke lar seg erstatte.⁹⁶

Eksempelet illustrerer at manglende oppdragsgiveransvar for det offentlige kan slå ut vilkårlig for borgerne. At like tilfeller behandles ulikt, kan også virke urimelig for borgerne, og bidrar til en uforutsigbar rettstilstand. Vilkaerligheten vil ikke bare kunne gjøre seg gjeldende på tvers av kommuner – som i eksempelet, men også innad i samme kommune.⁹⁷ Slik virker fraværet av et oppdragsgiveransvar for det offentlige også betenkelig med hensyn til det etablerte ønsket om likebehandling i norsk rett, som blant annet uttrykkes i Grunnloven § 98.⁹⁸ Likebehandlingshensynet taler etter min mening med tyngde for at det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar.

⁹⁵ Se punkt 2.3.5.

⁹⁶ Eksempelet er særlig egnet til å belyse problematikken på et teoretisk plan. Det kan tenkes at kommunen stiller som vilkår for engasjement av oppdragstaker at denne tegner forsikring. Da vil eksempelets praktiske relevans forsvinne noe.

⁹⁷ Det kan for eksempel tenkes at den samme kommunen bortsetter inntauingen av en bil til et privat inntauingsselskap i ett tilfelle, men utfører inntauingen selv i et annet.

⁹⁸ Grunnloven § 98 forbyr også uforholdsmessig forskjellsbehandling. Se også EMK art. 14 og skrankene mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten.

3.2.6 Sammenfatning

Som gjennomgangen over viser, finnes det konstante hensyn og argumenter som trekker i begge retninger ved vurderingen av om det offentlige kan pålegges et oppdragsgiveransvar. Selv om prevensjonshensynet og særlig likebehandlingshensynet taler med tyngde for at det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar, foreligger det etter min mening ikke tilstrekkelig med konstante hensyn og argumenter for å fravike utgangspunktet om at det offentlige ikke kan holdes ansvarlig for oppdragstakerens skade. Følgelig foreligger det ikke grunnlag for å hevde at det offentlige bør pålegges et generelt oppdragsgiveransvar.

Om det offentlige i konkrete tilfeller kan pålegges oppdragsgiveransvar, er imidlertid et annet spørsmål. Relasjonen mellom det offentlige og borgerne aktualiserer i noen tilfeller særlige hensyn og argumenter som potensielt kan gi grunnlag for identifikasjon mellom det offentlige og deres oppdragstakere. Om det finnes konkrete tilfeller hvor det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar, må tas stilling til på bakgrunn av de variable hensyn og argumenter.

3.3 Variable hensyn og argumenter

3.3.1 Skadelidtes forventninger

Skadelidtes forventninger er et hensyn som fremholdes i juridisk litteratur som særlig relevant for problemstillingen, og som også virker å være underliggende for de uttalelser som fremsettes i de analyserte lovforarbeidene.⁹⁹ Det kan reises spørsmål om skadelidtes forventninger til at det offentlige skal holdes ansvarlig for skaden, blir så betydelige at disse utgjør et selvstendig argument for at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar.

At skadelidtes forventninger er relevant ved vurderingen av om ansvar skal pålegges, er allerede et kjent premiss i norsk erstatningsrett. Hensynet til skadelidtes forventninger er blant annet et lovfestet moment ved vurderingen av om skyldkravet i arbeidsgiveransvaret er oppfylt.¹⁰⁰

«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».

⁹⁹ Se henholdsvis punkt 2.4 og 2.2.

¹⁰⁰ Skadeserstatningsloven § 2-1.

I artikkelen *Skadebot for bortfall av forventede gode*, går Nygaard enda lengre når han, etter en analyse av høyesterettspraksis, hevder at bortfall av et forventet gode etter omstendighetene kan anses som en skade som gir grunnlag for erstatning.¹⁰¹

Å bruke skadelidtes forventninger som argument for aktiv identifikasjon, er imidlertid noe annet enn å gi forventningene relevans ved fastleggelsen av om skyldkravet i skl. § 2-1 er oppfylt, eller å anvende forventningene som selvstendig grunnlag for erstatning (Nygaards teori). Når skadelidtes forventninger kan utgjøre et selvstendig grunnlag for erstatning, er det likevel vanskelig å se innvendinger mot at skadelidtes forventninger kan utgjøre et moment ved vurderingen av når det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar. Skadelidtes forventninger til hvem som skal erstatte skaden vil på mange måter gi uttrykk for hvem det er rimelig at bærer risikoen for skade.¹⁰² På denne bakgrunn er det etter min mening gode grunner for å anse skadelidtes forventninger som et relevant argument under problemstillingen.

Når skadelidte vil ha berettigede forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden, vil bero på de konkrete omstendighetene i det enkelte tilfellet. Om og når skadelidtes forventninger tilsier at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar eller ikke, må derfor avgjøres med hensyn til de andre variable hensyn og argumenter, ettersom disse vil styre hvilke forventninger skadelidte kan ha. Når disse gjennomgås i det følgende, vil det derfor understrekes hvilken påvirkning disse har på skadelidtes forventninger. Hvor skadelidte har sterke forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden, utgjør dette etter min mening et sterkt argument for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar.

3.3.2 Tilknytning

Under spørsmålet om når det offentlige bør pålegges ansvar for selvstendige oppdragstakers skadeforvoldelse, er tilknytning til skadesituasjonen et sentralt argument. For å kunne foreta identifikasjon mellom det offentlige og de selvstendige oppdragstakere, må det forutsettes at det offentlige har en viss grad av tilknytning til skadesituasjonen. Det har formodningen mot seg å holde det offentlige ansvarlig for en skade det har ingen eller svak tilknytning til.

¹⁰¹ Nygaard, *Skadebot for bortfall av forventede gode* (2007) s. 792-799. Dommene som behandles er Rt. 1981 s. 462 (Malvik) og Rt. 2006 s. 1519 (Pionerdykker).

¹⁰² Hvem det er rimelig at skal bære risikoen for skaden er en bakenforliggende retningslinje i alle erstatningsrettslige saker.

Tilknytning er likevel bare et moment i en større vurdering. I de tilfeller det offentliges tilknytning til skadesituasjonen er svak, må det følgelig kreves sterke holdepunkter i andre hensyn og argumenter for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar. Sterk tilknytning til skadesituasjonen taler på den annen side for å pålegge det offentlige et oppdragsgiveransvar, blant annet fordi dette gir skadelidte en sterkere forventning om at det offentlige skal erstatte skaden.¹⁰³

Det offentliges tilknytning til skadesituasjonen kan materialisere seg i ulike former. Askeland skiller mellom tilknytning til oppdragstakerens gjøremål, til den skadevoldende personen eller tingen og til skadelidte i sin drøftelse av når oppdragsgiveren bør pålegges ansvar.¹⁰⁴

Det offentlige vil som oftest ha en viss form for tilknytning til oppdragstakerens gjøremål. Skaden oppstår ofte under utførelsen av arbeid som det offentlige har ansvaret for eller er forpliktet til å utføre, og som er igangsatt etter det offentliges instruks. Unntak fra dette kan likevel tenkes i tilfeller der skaden forårsakes i forbindelse med et gjøremål som faller på siden av oppdraget.¹⁰⁵ På området for arbeidsgiveransvaret viser høyesterettspraksis at skadevoldende handlinger foretatt på siden av arbeidsoppgavene, også kan medføre identifikasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁰⁶ En vesentlig forskjell fra en arbeidstakers oppgaver, er imidlertid at en oppdragstakers oppgaver er konkret definert i kontrakt.¹⁰⁷ Av den grunn skal det etter min mening atskillig mer til å foreta identifikasjon i oppdragstakerforhold enn i arbeidstakerforhold, dersom skaden oppstår i forbindelse med et gjøremål som faller på siden av oppdraget.

Også det offentliges tilknytning til den personen eller gjenstanden som volder skaden vil være relevant i relasjon til når det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar. Vi kan tenke oss at en entreprenør har fått i oppdrag av Statens vegvesen å utbedre en veistrekning, men bruker vegvesenets maskiner og materialer til å utføre oppdraget fremfor egne. Om det er noe feil

¹⁰³ Se også Nygaard, Skadebot for bortfall av forventede gode (2007) s. 793.

¹⁰⁴ Merk at Askeland kun drøfter spørsmålet på generelt grunnlag, og ikke spesifikt hvor oppdragsgiver er det offentlige. Inndelingen er likevel hensiktsmessig også for det offentliges oppdragsgiveransvar.

¹⁰⁵ Askeland (2002) s. 153: Askeland bruker et eksempel hvor en vinduspusser for moro skyld forsøker å hoppe fra et stillas til et annet, og ved uforsiktighet faller ned og påfører en tilfeldig fotgjenger skade.

¹⁰⁶ Se særlig Rt. 2008 s. 755 (Hjemmehjelp), hvor det offentlige ble holdt ansvarlig etter at en hjemmehjelp hadde stjålet og misbrukt en brukers kontantkort, selv om hjemmehjelpen ikke involverte hjelp med økonomiske gjøremål. Høyesterett begrunnet påleggelse av ansvar med tilknytningen mellom arbeidsoppgavene og handlingen.

¹⁰⁷ At en arbeidskontrakt ikke inneholder de spesifikke oppgavene som en arbeidstaker skal utføre, gjelder ikke uten forbehold, men er i all vesentlighet det normale.

med maskinene eller materialene, og denne feilen fører til at tredjeperson påføres skade, vil det offentlige ha direkte tilknytning til skadesituasjonen gjennom eiendelene sine. Argumentet for identifikasjon vil i et slikt tilfelle være større enn om det var entreprenørens egne maskiner og materialer som påførte skaden.

Det offentliges tilknytning til den skadevoldende gjenstanden er imidlertid som oftest ikke synbar for skadelidte. Skadelidte vil i de fleste tilfeller ha få forutsetninger for å vite om de skadevoldende gjenstandene eies av det offentlige eller en selvstendig oppdragstaker. Direkte tilknytning mellom det offentlige og den skadevoldende gjenstanden er følgelig ikke ensbetydende med at skadelidte forventer at det offentlige skal erstatte skaden. Hvor det offentliges tilknytning til den skadevoldende gjenstanden derimot *er* synbar, vil skadelidtes forventninger om at det offentlige erstatter skaden styrkes.

Den mest sentrale formen for tilknytning under problemstillingen er tilknytningen mellom det offentlige og skadelidte. Eksistensen av kontraktshjelperansvaret i norsk rett er i seg selv en bekreftelse på at tilknytning mellom oppdragsgiver og skadelidte er et relevant forhold ved identifikasjonsspørsmål.¹⁰⁸ Som Askeland fremholder, kan «[d]et forhold at hovedregelen ved kontraktsforhold er identifikasjon, [...] begrunne at det pålegges et oppdragsgiveransvar hvor det foreligger kontraktsliknende forhold».¹⁰⁹ I mange situasjoner har det offentlige en kontraktsliknende relasjon til borger, som er spesielt egnet til å gi borgerne forventninger om at det offentlige kan holdes ansvarlig for skade som oppstår. Hvorvidt det foreligger slik kontraktsliknende relasjon mellom det offentlige og borgerne, beror imidlertid på de konkrete omstendighetene i den enkelte sak, herunder særlig hvorvidt det foreligger en plikt for det offentlige å yte noe (punkt 3.3.3) og oppgavens karakter (punkt 3.3.4).

3.3.3 Plikter

På enkelte områder er det offentlige forpliktet ved lov til å utføre en bestemt oppgave eller et bestemt type arbeid. Helse- og omsorgshelsetjenesteloven § 3-1 fastslår for eksempel at kommunen «skal» sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester.¹¹⁰ Når det offentlige ved lov forpliktes til å yte slike tjenester til

¹⁰⁸ Se Askeland (2002) s. 178: «Kontraktshjelperansvaret gir kreditor for en ytelse rett til erstatning når debitors forpliktelse er misligholdt og dette skyldes en av hans kontraktshjelperes forhold». Se også Askeland (2002) s. 159.

¹⁰⁹ Ibid s. 159.

¹¹⁰ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24.juni 2011 nr. 30.

borgerne, skapes en kontraktsliknende relasjon mellom dem: Det offentlige er forpliktet til å yte en tjeneste, som borgerne kan kreve. Om skade skulle oppstå i forbindelse med utførelsen av denne forpliktelsen, innebærer ikke denne kontraktsliknende relasjonen bare at det offentlige får en særlig tilknytning til skadesituasjonen, den kontraktsliknende relasjonen er også egnet til å gi borgerne særlige forventninger om at det offentlige kan holdes ansvarlig for skaden.

Tilstedeværelse av en kontraktsliknende relasjon mellom det offentlige og borgerne er imidlertid ikke betinget av at det foreligger en lovpålagt plikt for det offentlige til å yte noe til borgerne. En rekke av de oppgaver det offentlige utfører, finansieres gjennom borgernes innbetaling av skatt og avgifter. Slik «betaler» borgerne på sett og vis det offentlige for utførelsen av en tjeneste, og det oppstår også slik et kontraktsliknende forhold mellom det offentlige og borgerne. Dersom skade påføres tredjeperson i forbindelse med utførelsen av en slik oppgave, er det på bakgrunn av den kontraktsliknende relasjonen nærliggende å forvente at det offentlige kan holdes ansvarlig.¹¹¹ Det vil stride mot den alminnelige rettsfølelsen om det offentlige kunne delegere slike oppgaver til selvstendige oppdragstakere med ansvarsbefriende virkning.

For å illustrere hvordan den kontraktsliknende relasjonen spiller inn på tilknytningen mellom det offentlige og borgerne, og hvilke forventninger dette skaper hos borgerne, kan vi se for oss følgende eksempel: Det offentlige ansetter et privat busselskap til å frakte skolebarn til skolen. Ettersom skoletransport er en ytelse som finansieres gjennom skatteseddelen, vil barna – oftest representert ved deres forsørgere – være i et kontraktsliknende forhold med det offentlige, hvor det offentlige skal frakte dem til skolen. Dersom et skolebarn påføres skade som følge av det private busselskapets uaktsomme kjøring, vil forventningen være at det offentlige må erstatte skaden.

Om bussen i samme situasjon påfører en tilfeldig tredjeperson skade, vil det offentliges tilknytning til skadelidte være langt svakere, og det vil ikke foreligge noen kontraktsliknende relasjon dem imellom. Det er vanskelig å se hvordan skadelidte i denne situasjonen kan forvente at han eller hun kan holde det offentlige ansvarlige for skaden.

¹¹¹ Dette har en side til oppgavens karakter, som behandles under punkt 3.3.4.

På området for veivedlikehold slår veglova § 1 jf. § 20 fast at det offentlige, ved veimyndighetene, har vedlikeholdsplikt for offentlige veier.¹¹² Veivedlikehold er dessuten en oppgave som finansieres gjennom skatteseddelen og bomavgifter. På dette området er dermed den kontraktsliknende relasjonen mellom det offentlige og borgerne fremtredende, som gir grunnlag for å forvente at det offentlige erstatter skader som oppstår. Pliktelementet og den kontraktsliknende relasjonen taler følgelig for at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar på området for veivedlikehold. Slik argumentasjon er gjenkjennbar i dansk rett, hvor det offentliges plikt og ansvar for å vedlikeholde veien har vært et av hensynene som har begrunnet oppdragsgiveransvar for det offentlige på området for veivedlikehold.¹¹³

Hva gjelder området for skipskontroll, følger det av skipssikkerhetsloven § 42 jf. § 43 at det «skal føres tilsyn med sikkerhetsstyringssystem» i alle norske skip. Bestemmelsen pålegger det offentlige en plikt til å utføre skipskontroll, men det kan spørres om plikten gjelder i det offentliges forhold til borgerne på samme måte som veivedlikeholdsplikten. Skipskontrollen utføres i all vesentlighet i rederens egen interesse, og plikten til å utføre skipskontrollen knytter seg således konkret mot rederen, mer enn mot borgerne i videre forstand.¹¹⁴ Det oppstår dermed ingen klar kontraktsliknende relasjon mellom det offentlige og borgerne.

Om feil i skipskontrollen fører til at rederens skip påføres skade, er den kontraktsliknende relasjonen mellom det offentlige og rederen egnet til å gi rederen forventinger om at det offentlige skal erstatte skaden. Dersom tredjeperson skades som følge av feil i skipskontrollen, foreligger det imidlertid ingen like fremtredende kontraktsliknende relasjon mellom det offentlige og skadelidte. Skadelidte vil i disse tilfellene forvente at rederen skal erstatte tapet, ikke det offentlige. Dette underbygges av at skipskontrollen ikke har til hensikt å fritta rederen for ansvaret sitt etter sjøloven § 151.¹¹⁵ På denne bakgrunn kan ikke pliktelementet og den kontraktsliknende relasjonen tas til inntekt for at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll.

¹¹² Det tilligger imidlertid den enkelte kommune som veimyndighet å avgjøre hvilke vedlikeholdstiltak som skal utføres, se Gauer, Arnulf (1998) s. 101. Denne vurderingen er skjønnsmessig, jf. Sivilombudsmannens årsmelding 2005 s. 309 (SOMB-2005-86).

¹¹³ Se blant annet avgjørelsen i 1928.953 H, hvor retten uttalte at det offentlige kunne holdes ansvarlig for veientreprenørens feil ettersom det offentlige hadde «Raadigheden over og Tilsynet med Vejen».

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 58.

¹¹⁵ Ibid s. 58. Se også punkt 2.2.4.

3.3.4 Oppgavens karakter

Det offentlige utfører svært mange ulike oppgaver i sin daglige virksomhet. Innenfor rammene av denne oppgaven vil det ikke være mulig å ta stilling til om det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar i forbindelse med utførelsen av alle disse oppgavene. Spørsmålet er derfor om mer overordnede karaktertrekk ved oppgavene kan tillegges betydning under problemstillingen.

I svensk rett er oppgavens karakter avgjørende for om det offentlige kan pålegges oppdragsgiveransvar. Skadeståndslagen 3 kap 2 § fastslår at det offentlige kan holdes erstatningsansvarlig for skade som oppstår «vid myndighetsutøvelse».¹¹⁶ Formålet bak begrepet var ifølge lovforarbeidene til bestemmelsen å avgrense mot skader som oppstår i virksomhet som ikke har offentligrettslige særtrekk.¹¹⁷

Med hensyn til skadelidtes forventninger, kan det umiddelbart virke hensiktsmessig å løse problemstillingen på samme måte som i svensk rett. Skadelidtes forventninger til at det offentlige skal erstatte skaden vil naturligvis være størst i de tilfeller skaden oppstår i forbindelse med oppgaver som har særlige offentligrettslige trekk. En lovregulering av problemstillingen er dessuten egnet til å skape en klar og forutberegnelig rettsstilstand. Samtidig er svensk rett en rettsorden med klare likhetstrekk til norsk rett, og lik regulering kan ha gode grunner for seg.¹¹⁸

Det er imidlertid grunn til å være kritisk til hvordan problemstillingen er løst i svensk rett. Myndighetsutøvelse et vagt begrep, og man har heller ikke lyktes i å presisere bestemmelsens virkeområde i lovforarbeidene.¹¹⁹ Følgelig er det vanskelig å forutse når et oppdragsgiveransvar faktisk kan pålegges det offentlige i svensk rett. Dette underbygges av at det i svensk juridisk litteratur er uenighet om hvilken rekkevidde bestemmelsen har.¹²⁰

At en tilsvarende løsning i norsk rett kunne fungert dersom det ble trukket opp tydelige grenser for ansvarets rekkevidde er mulig, men å trekke denne grensen er utfordrende. Til det

¹¹⁶ Skadeståndslagen (1972:207) 3 kap 2 §.

¹¹⁷ *Prop. 1989/90:42* s. 4.

¹¹⁸ Under vedtakelsen av skadeserstatningsloven samarbeidet lovkomiteen med komiteer fra øvrige nordiske land, og tilpasset seg deres standpunkt, se blant annet *Innst. II* s. 26. Det ble heller ikke i svensk rett lovfestet noen regel om oppdragsgiveransvar på dette tidspunkt. Regelen har vokst frem i ettertid.

¹¹⁹ *Prop. 1989/90:42* s. 4. I de samme lovforarbeidene uttales at man ønsket å avgrense ansvaret mot skader som «har et visst samband med myndighetsutøvelse men ändå inte har uppkomitt «vid» själva myndighetsutövningen». Også denne avgrensningen er lite oppklarende og forutberegnelig.

¹²⁰ Se blant annet Kleinemann (1991) s. 69 med videre henvisninger. Se også Holle (2013) s. 177.

er skillet mellom virksomhet med og uten offentligrettslige særtrekk for vanskelig å trekke. Samme utfordringen gjelder for offentlig myndighetsutøvelse og offentlig servicevirksomhet, som tradisjonelt har vært sonderingen i norsk juridisk litteratur.¹²¹ Det hører nemlig til sjeldenhetene at man står overfor rene tilfeller av den ene eller den andre kategorien.¹²²

Skipskontrollen må for eksempel som et utgangspunkt anses som offentlig myndighetsutøvelse, all den tid manglende oppfyllelse av krav åpner for at tilsynsmyndigheten kan vedta pålegg og tvangstiltak, som er klare offentligrettslige beføyelser.¹²³ Samtidig har skipskontrollen fellestrekk med servicevirksomheten ettersom det offentlige – delvis i samfunnets interesse – har påtatt seg denne oppgaven uten å få direkte vederlag for den.¹²⁴ Heller ikke veivedlikehold kan plasseres under kun én av kategoriene. Veivedlikehold er i seg selv en serviceyelse som det private kan utføre på lik linje med det offentlige, men ansvaret for veienes tilstand er offentligrettslig.¹²⁵ Denne flytende overgangen mellom offentlig myndighetsutøvelse og offentlig servicevirksomhet gjør det lite hensiktsmessig å operere med myndighetsutøvelse som et avgjørende vilkår for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar.

Etter mitt skjønn er imidlertid oppgavens karakter et viktig moment ved vurderingen av om det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar, ettersom oppgavens karakter – som antydnet over – i stor grad er egnet til å påvirke skadelidtes forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden. Desto større preg av offentligrettslig virksomhet oppgaven bærer, desto større vil skadelidtes forventning om at det offentlige skal erstatte skaden være.

Skade som forårsakes av selvstendige oppdragstakere i forbindelse med virksomhet og oppgaver av helt privatrettslig karakter, vil neppe gi skadelidte forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden. Vi kan tenke oss at det offentlige engasjerer et privat malerfirma for å male et offentlig bygg, og at en av malerfirmaets ansatte uaktsomt mister et malingsspann fra en høyde slik at en tilfeldig forbipasserende påføres en skade. Ettersom malingsarbeid er en typisk privatrettslig oppgave, uten offentligrettslig preg, vil oppgavens

¹²¹ Se blant annet Hagstrøm (1987) s. 437 og Hagstrøm, Stenvik (2015) s. 249. Med myndighetsutøvelse menes virksomhet som innebærer bruk av tvang og makt. Med servicevirksomhet menes øvrig virksomhet.

¹²² I dansk rett opererer en rekke forfattere med liknende skille under karakteristikkene «det offentliges eksklusive skadevolderområde» og «det fælles skadevolderområde». Se blant annet Holle (2013) s. 128 flg. Jeg har imidlertid problemer med å bruke uttrykket «eksklusive», all den tid bortsetting av oppgaver forutsetter at oppgaven kan utføres av andre enn den den er eksklusiv for.

¹²³ Se skipssikkerhetsloven kap. 8.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 58.

¹²⁵ Jf. veglova § 1 jf. § 20. Se også Holle (2013) s. 131 og punkt 2.2.4.

karakter være lite egnet til å gi skadelidte forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden.

Til forskjell fra dette eksempelet kan vi tenke oss et tilfelle hvor politiet beslaglegger en båt i forbindelse med etterforskning av en straffesak om økonomisk kriminalitet, og engasjerer et privat skipsverft til å oppbevare båten. Beslagleggelse av andres personlige eiendeler innebærer bruk av makt, og er således en oppgave av offentligrettslig karakter som private aktører ikke kan utføre. Dersom båten påføres skade i beslagsperioden, er oppgavens karakter egnet til å gi særlige forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden.

Spesielt i de tilfeller hvor det offentlige driver virksomhet som private aktører ikke har kompetanse til å utføre, vil skadelidtes forventninger om at det offentlige skal erstatte skaden være størst. Dette er typisk oppgaver i forbindelse med virksomhet som er bestemmende for rettighetene og pliktene til enkeltpersoner, som for eksempel å nedlegge forbud, gi pålegg, gi eller avslå dispensasjoner eller annen utøvelse av makt og tvang. Slik virksomhet vil ofte være ensidig bebyrdende for borgeren, og således ha karakter av inngrep. Slik virksomhet kan heller ikke utføres av private aktører, og det ville være særlig betenkelig om det offentlige kunne bortsette oppgaver i forbindelse med slik virksomhet til selvstendige oppdragstakere med ansvarsbefriende virkning.

Dette underbygges av prinsippene som ligger til grunn for samfunnskontrakten mellom det offentlige og borgerne.¹²⁶ I og med samfunnskontrakten har borgerne gitt opp en del av sin frihet til det offentlige, i bytte mot beskyttelse og andre rettigheter. Dette innebærer at borgerne har gitt det offentlige eksklusiv kompetanse til å bestemme over subjektene, blant annet gjennom bruk av makt og tvang, men også ved å gi det offentlige ansvaret for utførelsen av en rekke oppgaver. Samfunnskontrakten gir på den måten også forventninger til skadelidte om at det offentlige erstatter skade som oppstår ved slik virksomhet.

3.3.5 Delegeringshjemmel

Enkelte av oppgavene det offentlige utfører er lovregulerte og inneholder bestemmelser som gir det offentlige tillatelse til å delegere oppgaven til selvstendige oppdragstakere. Et

¹²⁶ Samfunnskontrakten brukes som en betegnelse på en tenkt kontrakt mellom borgerne i et samfunn og statsmakten.

spørsmål er om tilstedeværelse av slik delegeringshjemmel bør tillegges vekt ved vurderingen av om det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar.

På den ene siden kan det tenkes at en delegeringshjemmel vil kunne senke borgernes forventning om at det offentlige skal erstatte skaden, ettersom loven eksplisitt gir tilgang til å sette bort oppgaven. Til dette kommer at en lovhjemmel har forankring i folkesuvereniteten, og slik sett også hos borgerne selv.

På den annen side kan det innvendes at det i realiteten er tvilsomt i hvilken grad borgerne har kunnskap om slike bestemmelser og om de vil innrette seg etter slike.

Tilstedeværelse av en delegeringshjemmel er heller ikke ensbetydende med at lovgiver har akseptert at oppgaven kan delegeres med ansvarsbefriende virkning. Delegeringshjemler vil også kunne være begrunnet i hensynet til effektiv oppgaveutførelse, og uten hensikten å endre ansvarsforholdet. Hvor ikke hensikten bak delegeringshjemmelen fremgår av denne eller lovforarbeidene, kan følgelig ikke tilstedeværelse av delegeringshjemmel etter min mening tillegges for stor vekt under problemstillingen.

På området for skipskontroll foreligger slik delegeringshjemmel i skipssikkerhetsloven § 41, men verken bestemmelsen eller lovforarbeidene nevner noe om det var meningen å unnta oppdragsgiveren for ansvar. Slik delegeringshjemmel foreligger ikke på området for veivedlikehold. Det er således liten grunn til å nyansere mellom de ulike typetilfellene i relasjon til dette momentet.

3.3.6 Risiko

Et resultat av at det offentlige utfører et stort antall ulike oppgaver, er at noen oppgaver vil innebære høyere risiko for skade. Hva slags skade det er risiko for, vil også variere. Spørsmålet er om risikomomentet spiller inn på vurderingen av når det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar.

Desto høyere risiko oppgaven innebærer, desto mer betenkelig vil det være om det offentlige kan bortsette oppgaven til selvstendige oppdragstakere med ansvarsbefriende virkning.¹²⁷

¹²⁷ Et sentralt hensyn bak det lovfestede oppdragsgiveransvaret i sjøloven § 151 var at rederivirksomhet ble oppfattet som farlig i seg selv. Askeland s. 149 peker i denne forbindelse på motivene til den svenske sjøloven av 1891, hvor det ble uttalt at «Den som bedriver en för andra så farlig näring, bör ock stå i ansvar för den skada som av den personal, han använder, kan tillfogas andra».

Etter min mening foreligger det også sterkere grunner til å pålegge det offentlige et oppdragsgiveransvar i de tilfeller risikoen knytter seg til personskade, fremfor i de tilfeller risikoen knytter seg til tingsskade.¹²⁸

For fremstillingens gjennomgående typetilfeller vil dette kunne gjøre utslag. På området for skipskontroll vil risikoen vanligvis knytte seg til materielle skader på skip. Risikoen for at skadeomfanget blir stort, er imidlertid fremtredende ettersom skip representerer betydelige verdier. Samtidig kan det tenkes at skipet frakter mennesker. Feil med skipskontrollen vil i slike tilfeller kunne påføre mange mennesker skade. Risikomomentet taler i begge disse tilfellene for at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar, men sterkest i det siste tilfellet, hvor risikoen særlig knytter seg til personskade. Slik ser vi at risikomomentet kan nyanseres innenfor det samme området.

På området for veivedlikehold vil risikoen for personskade som et utgangspunkt være mer fremtredende. Svært mange mennesker i Norge benytter veiene når de ferdes, og bruk av veiene er ofte forbundet med høy fart. Mangelfullt veivedlikehold medfører således en risiko for en større personkrets. At risikoen retter seg mot en større personkrets har vært avgjørende for dansk Højesteret i flere saker hvor det offentlige har blitt pålagt oppdragsgiveransvar for skade oppstått i forbindelse med veivedlikehold.¹²⁹ Denne løsningen i dansk rett kan underbygge en oppfatning om at tilsvarende løsning er velbegrunnet i norsk rett. Etter min mening utgjør risikoen som gjør seg gjeldende på området for veivedlikehold et argument for at det offentlige også i norsk rett bør pålegges et oppdragsgiveransvar.

3.4 Sammenfatning og konklusjon

Som det fremgår av punkt 3.2, foreligger det ikke tilstrekkelig med hensyn og argumenter til å hevde at det bør etableres et generelt oppdragsgiveransvar for det offentlige i norsk rett. Gjennomgangen av de variable hensyn og argumenter i punkt 3.3, viser imidlertid at det foreligger en rekke momenter som kan begrunne oppdragsgiveransvar for det offentlige i konkrete tilfeller. Spørsmålet som gjenstår er likevel når disse hensynene, hver for seg eller samlet, bør føre til at det offentlige pålegges oppdragsgiveransvar.

¹²⁸Se i denne sammenheng Utredning om: «Medvirkningsansvar og identifikasjonsansvar for skade voldt av tillitspersoner i aksjeselskap eller allmennaksjeselskap» 2004 av Magnus Aarbakke, punkt 3.3.3: «Rene formuesskader er i mindre grad vernet av erstatningsreglene».

¹²⁹ Se blant annet avgjørelsene i 1974.670 H og U 2000.1440 V.

Hvorvidt skadelidte har grunnlag for å forvente at det offentlige skal erstatte skaden er et sentralt moment ved vurderingen.¹³⁰ Som gjennomgangen har vist, defineres skadelidtes forventninger i stor grad av de øvrige hensyn og argumenter som er behandlet i fremstillingen, og forventningene representerer derfor på mange måter oppsummeringen av om hensynene taler for eller mot oppdragsgiveransvar i det enkelte tilfellet. Desto sterkere grunnlag som foreligger for at skadelidte kan forvente at det offentlige skal erstatte skaden, desto sterkere vil argumentet være for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar. I tilfeller hvor skadelidte ikke har grunnlag for å forvente at det offentlige erstatter skaden, er det av den grunn vanskelig å se for seg at et oppdragsgiveransvar bør pålegges det offentlige.

Etter min mening må det være en forutsetning for å pålegge det offentlige oppdragsgiveransvar, at skaden oppstår i forbindelse med oppgaver av offentligrettslig karakter. I tilfeller hvor skaden oppstår i forbindelse med ren privatrettslig virksomhet, hvor det offentlige opptrer på lik linje som private aktører, er det vanskelig å se gode grunner for å behandle det offentlige annerledes.¹³¹ Når skade oppstår i forbindelse med ren privatrettslig virksomhet, vil dessuten skadelidtes forventninger til at det offentlige skal erstatte skaden være svekket.

At skaden oppstår i forbindelse med offentligrettslig virksomhet er imidlertid ikke alene tilstrekkelig til å hevde at det offentlige bør holdes ansvarlig. Dette ville medført at det offentlige ble ansvarlig for samtlige som ble påført skade i forbindelse med utføringen av oppgaven. Etter min mening bør pålegging av oppdragsgiveransvar kreve at det også foreligger en form for tilknytning mellom det offentlige og skadelidte. Slik tilknytning vil særlig foreligge hvor det offentlige og skadelidte er i et kontraktsliknende forhold, oftest som følge av at det offentlige er lovpålagt å yte noe overfor borgerne, eller fordi oppgaven er finansiert over skatteseddelen. I et slikt tilfelle gir både oppgavens karakter og den kontraktsliknende relasjonen skadelidte forventninger om at det offentlige må kunne holdes ansvarlig, samtidig som tilknytningen mellom det offentlige og skadelidte er sterk. Etter min mening bør det offentlige pålegges oppdragsgiveransvar i slike tilfeller.

Ved å kreve at skaden oppstår i forbindelse med offentligrettslig virksomhet, og at det foreligger en kontraktsliknende relasjon mellom det offentlige og skadelidte, vil man avgrense

¹³⁰ Se punkt 2.2, 2.3, og 2.4.

¹³¹ Jf. utgangspunktet i norsk rett om at oppdragsgiveren ikke kan identifiseres med oppdragstakeren. Se punkt 2.1.

ansvaret til områder og oppgaver hvor det offentlige gjennom samfunnskontrakten fungerer som en overordnet forvalter. En avgrensning som dette utvider etter mitt skjønn ikke det offentliges ansvar utover det rimelige, og har i tillegg holdepunkter i det positive rettskildematerialet som ble analysert i kapittel 2.

Konklusjonen over innebærer at det ikke er et avgjørende moment at oppgaven er risikofylt. At oppgaven er risikofylt vil likevel være et støttemoment for at det offentlige bør holdes ansvarlig. Dette er tilfellet på området for veivedlikehold, hvor det også er snakk om offentligrettslig virksomhet og det foreligger en kontraktsliknende relasjon mellom det offentlig og borgerne. Dette innebærer at det offentlige bør pålegges oppdragsgiveransvar på området for veivedlikehold.¹³²

På området for skipskontroll er derimot den kontraktsliknende relasjonen mellom det offentlige og borgerne avledet. Skadelidte vil således ha markant lavere forventninger til at det offentlige erstatter skade som oppstår på dette området, og etter min mening bør det derfor ikke pålegges oppdragsgiveransvar på området for skipskontroll.

¹³² En slik løsning vil være i tråd med dansk rett, se punkt 3.3.3 og 2.2.6. Det er også grunn til å tro at også svenske domstoler ville pålagt ansvar, all den tid ansvaret for veiene er offentligrettslig.

4 AVSLUTNING

Med hensyn til et begrenset rettskildebilde, er det utfordrende å fastsette når det offentlige bør pålegges et oppdragsgiveransvar. I det enkelte tilfellet kan det være andre hensyn og argumenter enn de som er behandlet i oppgaven som gjør seg gjeldende, og som vil påvirke vurderingen. De retningslinjer som gis i punkt 3.4, må av den grunn anses som et utgangspunkt for vurderingen.

Fremstillingen har vist at det er grunn til å stille spørsmålsteget ved behovet til et oppdragsgiveransvar for det offentlige. Selv om problemstillingen er noe behandlet i lovforarbeider og juridisk litteratur, foreligger det ikke rettsavgjørelser som direkte behandler problemstillingen.¹³³ Høyesterett har flere ganger hatt muligheten til å behandle problemstillingen, men har i stedet avgjort sakene på annet grunnlag.¹³⁴ At det ikke foreligger domstolsbehandling av problemstillingen utover dette, har mest sannsynlig å gjøre med at det offentliges oppdragstakere oftest er solvente eller har tegnet forsikring.

Det offentliges økende mengde av oppgaver som bortsettes til selvstendige oppdragstakere, gjør det likevel tenkelig at spørsmålet kan komme på spissen i domstolene i nærmeste fremtid. Høyesterett har de siste årene utvidet ansvarsområdene til arbeidsgiveransvaret og organansvaret, som er andre ansvarsgrunnlag som bygger på aktiv identifikasjon.¹³⁵ Tendensen i Høyesterett gir grunnlag for å spekulere i om det offentlige hadde blitt pålagt oppdragsgiveransvar dersom spørsmålet kom på spissen i dag.

¹³³ Kun i Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 s. 76 flg. behandles problemstillingen konkret.

¹³⁴ Rt. 1967 s. 597 (Asfaltklump) og Rt. 1967 s. 697 (Lier).

¹³⁵ Se særlig avgjørelsene i Rt. 2008 s. 755 (Hjemmehjelp) og Rt. 2015 s. 475 (Haavind) for arbeidsgiveransvarsområdet og Rt. 1995 s. 209 (Incest) for organansvarsområdet.

5 KILDELISTE

Lovregister

Lov om rettshøve mellom grannar av 16.juni 1961 nr. 15 (grannelova)

Lov om vegar av 21.juni 1963 (veglova)

Lov om vegtrafikk av 18.juni 1965 nr. 4 (vegtrafikkloven)

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

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

Lov om sjøfarten av 24.juni 1994 nr. 39 (sjøloven)

Lov om petroleumsvirksomhet av 29.november 1996 nr. 72 (petroleumsloven)

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17.juni 2005 nr. 90 (tvisteloven)

Lov om skipssikkerhet av 16.februar 2007 nr. 9 (skipssikkerhetsloven)

Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24.juni 2011 nr. 30 (helse- og omsorgstjenesteloven)

Utenlandske lover

Skadeståndslagen 2. juni 1972 (Sverige)

Lovforarbeider

Statsansvarsutredningen 1958

NUT 1958:8 Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar

Innst. II

NUT 1964:3 Innstilling om lov om Det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m. Innstilling II.

Ot.prp. nr. 48 (1965-1966)

Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) Om lov om skadeserstatning i visse forhold

NOU 2001:32 A

NOU 2001:32 A Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Meld. St. 33 (2016-2017)

Meld. St. 33 (2016-2017) Melding til Stortinget, Nasjonal transportplan 2018-2019

Prop. 1989/90:42

Regjeringens proposition - Prop. 1989/90:42 - om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen (Sverige)

Domsregister og forvaltningspraksis

Kronologisk register

Rt. 1874 s. 145 (Bølgeslag)

Rt. 1981 s. 462 (Malvik)

Rt. 1986 s. 1386 (Block Wathne)

Rt. 1995 s. 209 (Incest)

Rt. 2000 s. 211 (Bank)

Rt. 2000 s. 253 (Asfaltkant)

Rt. 2006 s. 1519 (Pionerdykker)

Rt. 2008 s. 755 (Hjemmehjelp)

Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp)

Rt. 2015 s. 475 (Advokatpartner)

HR-2017-2292-A (Uloba)

RG 1953 s. 237

RG 1955 s. 215

Sivilombudsmannens årsmelding 2005 s. 309 (SOMB-2005-86)

Stortingets Ombudsmanns årsmelding 1983 s. 76 flg.

Litteratur

- | | |
|--------------------------|--|
| Andersen (1970) | Andersen, Kristen, <i>Skadeforvoldelse og erstatning</i> , 1970 |
| Askeland (2002) | Askeland, Bjarte, <i>Erstatningsrettslig identifikasjon</i> , 2002 |
| Gauer, Arnulf (1998) | Gauer, Erik, Otto Arnulf, <i>Vegloven: med kommentarer</i> , 3.utgave, 1998 |
| Graver (2008) | Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode?: Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», <i>Tidsskriv for Rettsvitenskap</i> , vol. 121, 2/2008 |
| Hagstrøm (1987) | Hagstrøm, Viggo, <i>Offentligrettslig erstatning</i> , 1987 |
| Hagstrøm, Stenvik (2015) | Hagstrøm, Viggo, Are Stenvik, <i>Erstatningsrett</i> , 2015 |
| Holle (2013) | Holle, Marie-Louise, <i>Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemænd; - med særligt henblik på offentlige opgaver</i> , 2013 |
| Kjelland (2016) | Kjelland, Morten, <i>Erstatningsrett</i> , 2016 |

- Kleinemann (1991) Kleinemann, Jan, *De offentlige rettssubjektenes skadestandsansvar – offentligrettslig reglering med privatrettslig metod*, JT 1991-92 s. 63-80.
- Lødrup (2005) Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 5.utgave, 1.opplag, 2005
- Lødrup (2009) Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6.utgave,
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1.utgave, 2012
- Nygaard (1999) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 1999
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6.utgåve, 2007
- Nygaard, Skadebot for bortfall av forventede gode (2007) Nygaard, Nils, «Skadebot for bortfall av forventede gode», *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, 2007 s. 787-799.
- Selvig (1968) Selvig, Erling, *Det såkalte husbondansvar*, 1968
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, 2018
- Schei m.fl. (2013) Schei, Tore, Bårdsen, Nordén, Reusch, Øie, *Tvisteloven: Kommentarutgave, Bind I*, 2.utgave, 2013
- Ussing (1947) Ussing, Henry, *Erstatningsrett*, 6.utgave, 1962 (København)

Vinding Kruse (1989)

Vinding Kruse, A., med medvirkning av
Jens Møller, *Erstatningsretten*, 5.udgave,
1989 (København)

Øvergaard (1951)

Øvergaard, Jørgen, *Norsk erstatningsrett*,
2.utgave, 1951

Wittemann

Elisabeth Wittemann, Norsk
Lovkommentar, note 585A (rettsdata.no)