

Ansvarlige foretaks erstatningsansvar ved brudd på offentligrettslige plikter etter plan- og bygningsloven

*Om Høyesteretts regeldanning ved
tredjemenns rene formuestap*

Kandidatnummer: 76

Antall ord: 13 253



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	2
1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.2 Rettskildebilde og metode	3
1.3 Videre fremstilling.....	4
2 Rettslige utgangspunkt	5
2.1 Sentrale hensyn i erstatningsretten	5
2.2 Grunnvilkår og sentrale begrep	6
2.3 Erstatningsrettslig vernet interesse	8
3 Bori- og Protector-dommene.....	11
3.1 Utgangspunkt.....	11
3.2 Rt. 2015 s. 276 (Bori)	11
3.3 HR-2017-1834-A (Protector)	14
3.4 Hvilke vurderingstema kan utledes fra dommene?	17
4 Delikterstatning ved brudd på offentligrettslige plikter.....	19
4.1 Hvilke interesser er vernet etter sin art?	19
4.2 I hvilke tilfeller står man overfor en vernet skadelidt?.....	20
4.3 Betydningen av skadevolders klanderverdighet	23
4.3.1 Pliktbruddets karakter	23
4.3.2 Hvem skal pliktbruddet vurderes i relasjon til?	24
4.3.3 Kan det oppstilles et vilkår om kvalifisert uaktsomhet?	26
4.3.4 Uaktsomhetsnormen ved brudd på offentligrettslige plikter.....	28
5 Forholdet til andre rettsregler – rettssystematikk	31
5.1 Offentligrettslige håndhevingsregler	31
5.1.1 Hvordan kan eller bør skadelidtes interesse ivaretas?.....	31
5.1.2 I hvilken grad er deliktreglene egnet til å ivareta skadelidtes behov for vern?..	32
5.1.3 Vil erstatningsansvar bidra til en mer effektiv håndhevelse av reglene?.....	33
5.2 Alternative kontraktsrettslige ansvarsgrunnlag	35
5.2.1 Et utgangspunkt om konkurrens?.....	35
5.2.2 Når vil et alternativt kontraktansvar utelukke et deliktkrav?	37
6 Avsluttende betraktninger.....	40
6.1 Deliktansvaret i praksis	40
6.2 Bori- og Protector-dommenes prejudikatsverdi	42
Kilderegister	45

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Ved alle større byggetiltak må den som tiltaket utføres på vegne av (tiltakshaver) engasjere foretak med ansvarsrett (ansvarlige foretak) som innestår for at tiltaket oppfyller tekniske krav fastsatt i eller i medhold av plan- og bygningsloven.¹ Ansvarlige foretaks ansvar gjelder overfor offentlig bygningsmyndighet, og foretakets ansvarsrolle oppstår etter avtale med tiltakshaver.²

Et ansvarlig foretak som misligholder sine plikter risikerer dermed å bli sanksjonert av tiltakshaver og bygningsmyndighet etter henholdsvis kontraktsrettslige og offentligrettslige regler. Plan- og bygningsloven inneholder ingen regler om erstatning overfor skadelidte som ikke står i et kontraktsforhold til det ansvarlige foretaket (tredjemenn).

Det følger av nyere rettspraksis at et slikt ansvar kan følge av regler om erstatning utenfor kontrakt (delikt). Dette ble først konstatert av Høyesterett i Rt. 2015 s. 276 (Bori-dommen). Etter flertallets oppfatning var spørsmålet om den skadelidte tredjemann *burde* kunne kreve sitt tap erstattet av det ansvarlige foretaket. Det ble uttalt at svaret:

«vil måtte bero på en bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå.»³

Dommen er fulgt opp i HR-2017-1834-A (Protector-dommen), hvor ansvarsregelen ble delvis modifisert og nyansert. Flertallet uttalte at:

«Vurderingen må bygge på den faktiske situasjonen, de hensynene som gjør seg gjeldende, og de rettslige utgangspunktene som følger blant annet av Bori-dommen.»⁴

Disse to avgjørelsene danner utgangspunktet for den videre fremstillingen. Oppgavens overordnede problemstilling er i hvilken utstrekning skadelidte tredjemenn kan påberope seg ansvarlige foretaks brudd på offentligrettslige plikter etter plan- og bygningsloven som grunnlag for erstatning utenfor kontrakt.

¹ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) kapittel 23.

² Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om plan- og bygningsloven s. 119.

³ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 26.

⁴ HR-2017-1834-A avsnitt 37.

1.2 Rettskildebilde og metode

Siktemålet med oppgaven er å klargjøre utstrekningen av ansvarlige foretaks erstatningsansvar overfor tredjemenn. For å besvare problemstillingen har jeg foretatt en analyse av ansvarsregelen oppstilt i Bori- og Protector-dommene, hvor det sentrale har vært å forstå ansvarsregelens innhold og virkeområde sammenholdt med det samlede rettskildebildet.

Den aktuelle ansvarsregelen befinner seg i skjæringspunktet mellom flere rettsområder. Erstatningsretten er i hovedsak utviklet gjennom teori og rettspraksis, mens ansvarlige foretaks virksomhet er underlagt de positivrettslige reglene i plan- og bygningslovgivningen. I tillegg er forholdet mellom et ansvarlig foretak og tiltakshaver regulert gjennom kontrakt, i motsetning til en skadelidt tredjemann som ikke står i et kontraktsforhold med det ansvarlige foretaket. Problemstillingen får dermed en forbindelse til kontraktsretten og forholdet mellom ansvar i og utenfor kontrakt.

En metodisk utfordring er at tapet som den skadelidte tredjemann påføres som følge av ansvarlige foretaks pliktbrudd, oppstår uten tilknytning til fysisk skade. Tapet angår kun skadelidtes økonomiske stilling, og man står dermed overfor et såkalt *rent formuestap*.⁵ Erstatningsretten er derimot i hovedsak utviklet på bakgrunn av *integritetskrenkelser* (tings- og personskader).⁶

Mens integritetskrenkelsene i sin alminnelighet nyter erstatningsrettslig vern, er det i noen utstrekning *rettmessig* å påføre andre rene formuestap.⁷ For eksempel er det ikke erstatningsbetingende å føre opp et bygg i tråd med en gitt byggetillatelse, selv om det kan medføre prisfall på tilgrensende tomter. Et slikt utgangspunkt er nødvendig for moderne markedsøkonomi.⁸

At rene formuestap ikke er erstatningsrettslig vernet i sin alminnelighet, innebærer at det må påvises et særskilt grunnlag for at et slike tap kan kreves erstattet. Illustrerende er Rt. 1991 s. 1335, hvor det på side 1342 leses at "[n]år det er tale om rene formuestap, kan det oppstå [sic] spørsmål om det overhodet er erstatningsrettslig vernet".

⁵ Kjelland (2019) s. 289; Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 121.

⁶ Simonsen (2015) s. 22; Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 52.

⁷ Se for eksempel Rt. 2015 s. 385 avsnitt 22.

⁸ Wilhelmssen og Hagland (2017) s. 59; Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 121.

Dermed blir spørsmålet om tapet har *erstatningsrettslig vern* gjerne et mer integrert tema for rene formuestap. Som konsekvens vil de øvrige erstatningsvilkårene bli mer sammensatte og kan vanskelig behandles helt adskilt fra hverandre.

1.3 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen består av fem deler. I del 2 redegjøres det for sentrale rettslige utgangspunkt ved deliktansvar for rene formuestap, herunder kravene til ansvarsgrunnlag, rettslig årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern.

I del 3 behandles Bori- og Protector-dommene, hvor det redegjøres for bakgrunnen for avgjørelsene og Høyesteretts resonnementer. I del 4 og 5 går det nærmere inn på ansvarsregelen oppstilt av Høyesterett. I del 4 utdypes regelens ulike momenter og vurderingstemaer i lys av de rettslige utgangspunktene som er skissert i del 2, og i del 5 vurderes ansvarsregelen i en rettssystematisk kontekst.

I del 6 foretas noen refleksjoner rundt ansvarsregelen slik den er fremstilt i oppgaven. I den forbindelse vurderes det hvor godt regelen kan fungere i praksis og hvordan den er blitt anvendt i enkelte etterfølgende underrettsavgjørelser. Avslutningsvis knyttes noen betraktninger til Bori- og Protector-dommenes prejudikatsverdi.

2 Rettslige utgangspunkt

2.1 Sentrale hensyn i erstatningsretten

Når erstatningsretten utvikles gjennom rettspraksis bygger resonnementene ofte på reelle hensyn. Dette er i stor grad erstatningsrettens overordnede hensyn, og for å kunne forstå og analysere det nærmere innholdet av rettsregelen som Høyesterett oppstiller i Bori- og Protector-dommene, er det nødvendig å ha oversikt over sentrale hensyn i erstatningsretten.

Mest sentralt i erstatningsretten er hensynet til reparasjon. Erstatning har til hensikt å gjenopprette en skade, ved at skadelidte settes i den samme økonomiske stillingen vedkommende ville vært i uten den skadevoldende handling. At skadelidtes tap i utgangspunktet skal erstattes fullt ut er et særlig uttrykk for reparasjonshensynet.⁹

Reparasjonshensynet er nært knyttet til alminnelige rettferdighetsbetraktninger, og norsk erstatningsrett preges av korreksjons- og fordelingsrettferdighet.¹⁰ Korreksjonsrettferdighet går ut på at skadevolders ansvar i utgangspunktet skal tilsvare tapet på skadelidtes hånd, mens fordelingsrettferdighet innebærer at partenes interesser og pulveriseringsmuligheter kan inngå i ansvarsvurderingen.¹¹

Tradisjonelt har også prevensjonshensyn blitt ansett som et sentralt hensyn i erstatningsretten. Erstatningsplikt kan skjerpe aktsomheten og dermed forebygge skadeforvoldelse.¹² I samme retning kan erstatningsregler bidra til å sikre at rettsregler blir overholdt. Et eksempel på dette finnes i EU-retten, hvor erstatning aktivt benyttes som et virkemiddel for å sikre effektiv gjennomføring av de underliggende rettsnormene.¹³

Domstolene tilstreber å oppnå forsvarlige og fornuftige resultater i den enkelte sak. Det kan imidlertid oppstå et spenningsforhold mellom hensynet til konkret rimelighet og bredere systembetraktninger. Domstolenes praksis legger føringer for fremtidige tvister, og et resultat

⁹ Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges grunnlov (Grunnloven) § 105.

¹⁰ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 21.

¹¹ Se lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) §§ 5-1 og 5-2.

¹² Kjelland (2019) s. 32 flg.; Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 50 flg.

¹³ Kjelland (2019) s. 180; Hjelmeng (2016) s. 227.

som fremmer konkret rimelighet i én sak, kan gi et urimelig utslag i en annen. I tillegg vil en individuell tilnærming kunne svekke forutberegnelighet.

Erstatningsretten er et komplekst rettsområde, og de enkelte hensynene vil kunne vektes forskjellig i ulike sammenhenger. Ved konkret rettsanvendelse vil derfor vekten av de ulike hensynene avhenge av sakens faktiske forhold og det samlede rettskildebildet.

2.2 Grunnvilkår og sentrale begrep

I oppgaven behandles kun *deliktansvar*, som er erstatningsansvar basert på erstatningsregler utenfor kontraktsforhold. Det følger av langvarig rettspraksis at erstatningsansvar beror på tre grunnvilkår. Det må foreligge (1) et ansvarsgrunnlag, (2) et økonomisk tap, og (3) en årsakssammenheng. At man står overfor rene formuestap aktualiserer også et spørsmål om erstatningsrettslig vern, og dette behandles særskilt i punkt 2.3 nedenfor.

Med *ansvarsgrunnlag* forstås det rettslige grunnlaget for at erstatningsansvar kan knyttes til en skadevoldende handling. Ettersom oppgaven omhandler ansvarlige foretaks deliktansvar overfor tredjemenn, er det nødvendig å se nærmere på det alminnelige ansvarsgrunnlaget - *culpaansvaret*.

Culpaansvar inntreffer ved *uaktsom* forvoldelse av skade, og er derfor kjent som den subjektive skyldregel i erstatningsretten. For å avgjøre om skadevolder har opptrådt uaktsomt, må det først etableres en aktsomhetsnorm på det konkrete livsområdet. Dersom skadevolders opptreden avviker fra denne normen, og vedkommende er å bebreide for dette, har skadevolder opptrådt uaktsomt.¹⁴

Det nærmere innholdet av aktsomhetsnormen beror på en sammensatt vurdering av blant annet skadesituasjonen, skadevolders personlige forutsetninger og skadevolders tilknytning til den skadelidte.¹⁵ Culpaansvar gjelder for både integritets- og formuesskader, men ved rene formuestap preges aktsomhetsnormen av at slike tap i sin alminnelighet ikke er vernet.

En skadevolder kan bare holdes ansvarlig for å ha påført andre et formuestap dersom tapet er erstatningsrettslig vernet. Det må derfor påvises at skadevolder *ikke* var berettiget til å påføre

¹⁴ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 126; Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 87 flg.

¹⁵ Kjelland (2019) s. 100; Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 87 flg.

skadelidte det aktuelle tapet. Det må derfor alltid vurderes hvorvidt det kan oppstilles aktsomhetsplikter til vern for det rene formuestapet.¹⁶

I juridisk teori er det argumentert for at det avgjørende i vurderingen er en såkalt forventingsvurdering. Vurderingen innebærer at omfanget av skadevolders aktsomhetsplikt beror på hvilke *forventninger* skadelidte var berettiget til å ha til at skadevolder skulle unnlate å skade de aktuelle formuesinteressene.¹⁷

Ettersom man i utgangspunktet ikke kan forvente at en skadevolder avstår fra å forvolde rene formuestap, må slike forventninger i stor grad knyttes til hvilke *øvrige handlenormer* skadevolder er underlagt. *Wilhelmsen og Hagland* skriver på denne bakgrunn at aktsomhetsnormen for rene formuestap "*filtreres gjennom de allerede definerte handlenormene*" som skadevolder er underlagt.¹⁸ Man skal kunne forvente at handlenormer overholdes, og særlig lovbestemte plikter er relevante for aktsomhetsnormen ved rene formuestap.

I vurderingen av hva den enkelte skadelidte er berettiget å forvente er også den faktiske relasjonen mellom skadevolder og skadelidte sentral. Vurderingen av aktsomhetsnormen får dermed en side til kravet til *årsakssammenheng*, som går ut på at det må foreligge en tilstrekkelig kvalifisert forbindelse mellom det aktuelle tapet og det påberopte ansvarsgrunnlaget.¹⁹

For rene formuestap er særlig kravet til *rettslig årsakssammenheng* viktig. Kravet innebærer at skadevolder ikke holdes ansvarlig for tap uten rimelig nær sammenheng med den skadevoldende handling. I Rt. 2007 s. 172 er det uttalt at erstatningsansvar skal avgrenses mot tap som er "*en så upåregnelig, fjern og avledet følge av den skadevoldende handling at det ikke er rimelig å knytte ansvar til den*".²⁰

Kravet begrunnes med rimelighetshensyn. I Rt. 1973 s. 1268 fremgår det på side 1271 at:

«Det synes åpenbart at det [...] må settes en grense for erstatningspliktens mulige ringvirkninger. Ellers vil en måtte regne med at erstatningsplikten ofte kan komme til å gi seg

¹⁶ Thorson (2011) s. 78.

¹⁷ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 132; Hjelmeng (2013) s. 292; Thorson (2011) s. 91 flg.

¹⁸ Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 125. Aktsomhetsnormen er likevel autonom i den forstand at brudd på handlenormer ikke automatisk er erstatningsbetingende uaktsomt, se Thorson (2011) s. 192.

¹⁹ Thorson (2011) s. 322; Kjelland (2019) s. 237 flg.

²⁰ Rt. 2007 s. 172 avsnitt 66.

urimelige, urettferdige og for den enkelte skadevolder helt ruinerende utslag [...]. Skadens uberegnelighet og under ugunstige omstendigheter ruinerende omfang er et annet og reelt moment av betydning som gjør det betenkelig å trekke grensene for erstatningsplikten for vidt.»

En slik avgrensning av ansvaret er særlig viktig ved rene formuestap. Tap uten tilknytning til fysisk skade oppstår gjerne på en mer abstrakt og upåregnelig måte sammenlignet med integritetskrenkninger, og et ubegrenset ansvar ville fort gi urimelige utslag overfor skadevolder.

Et særpreg ved den generelle erstatningsretten er at de ulike vilkårene for erstatningsansvar kan overlappe. Det er særlig tilfellet ved vurderingen av erstatningsansvar for rene formuestap, ettersom spørsmålet om erstatningsrettslig vern kan oppstå i forbindelse med flere ulike vurderingstema. Dermed vil de ulike vilkårene for erstatning som her er nevnt, ikke alltid kunne behandles helt adskilt i praksis.²¹

2.3 Erstatningsrettslig vernet interesse

Kravet til *erstatningsrettslig vernet interesse* innebærer at skaden må ramme en interesse som er beskyttet av erstatningsreglene. I rettspraksis er dette formulert som et spørsmål om "*interessen fortjener rettsordenens beskyttelse*".²²

Hvorvidt et rent formuestap er erstatningsrettslig vernet beror for det første på om det aktuelle tapet er *vernet etter sin art*. Ettersom rene formuestap ikke nyter erstatningsrettslig vern i sin alminnelighet, må det foreligge særlige holdepunkter for å knytte erstatningsansvar til den ellers berettigede handlingsmåten. Dersom spørsmålet ikke er avgjort i lov eller gjennom rettspraksis, må den aktuelle tapstypens vern vurderes konkret og på bakgrunn av alminnelige erstatningsrettslige hensyn.²³

Illustrerende for disse utgangspunktene er HR-2017-2352-A. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt ransofre kunne kreve erstatning for tapte prostitusjonsinntekter, og det ble uttalt at:

*«Hvorvidt en interesse har erstatningsrettslig vern er [...] avgjort etter en bred helhetsvurdering [...]. Den vil måtte bero på en konkret bedømmelse av hensynet til de skadelidtes og samfunnets interesser vurdert generelt.»*²⁴

²¹ Thorson (2011) s. 321.

²² HR-2017-2352-A avsnitt 36. Se også Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 50.

²³ Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 67; Hjelmeng (2007) s. 175 flg.

²⁴ HR-2017-2352-A avsnitt 37.

Sentralt i Høyesteretts vurdering var avveiningen mellom skadelidtes behov for tapsdekning og den allmenne rettsfølelse. Hadde Høyesterett kommet til at tapte prostitusjonsinntekter var erstatningsvernet, ville det kunne ha bidratt til å alminneliggjøre et kriminalisert prostitusjonsmarked og svekke effektiviteten av straffelovens forbud mot kjøp av seksuelle tjenester.²⁵ Høyesterett kom til at den allmenne rettsfølelse måtte vektlegges tyngst, og utfallet i saken ble at de tapte prostitusjonsinntektene ikke hadde erstatningsrettslig vern.²⁶

Videre kan det oppstå spørsmål om man står overfor en *vernet skadelidt*. Vurderingen overlapper delvis med culpaansvaret og kravet til rettslig årsakssammenheng, ettersom man også i disse sammenhengene vurderer skadelidtes tilknytning til den skadevoldende handling.²⁷ Spørsmålet kan imidlertid by på problemer hvor skaden er forvoldt ved *brudd på lovregler*. For at en skadelidt skal kunne påberope seg lovbrudd som grunnlag for erstatning, må den overtrådte regelen være ment å ivareta den skadelidtes interesser. Med andre ord må skadelidte inngå i en *personkrets* som kan utlede beskyttelse fra de interessene som reglene verner om.²⁸

Slike betraktninger ble satt på spissen i Rt. 1957 s. 426. I saken hadde et rederi lidt tap som følge av en losstreik. Det var uomtvistet at losene hadde misligholdt sine lovpålagte forpliktelser overfor staten som arbeidsgiver, men det skadelidte rederiet var ikke part i dette tjenesteforholdet. Spørsmålet var om rederiet likevel hadde erstatningsrettslig vern. Dette ble besvart bekreftende, under henvisning til at det aktuelle lovverket også tok sikte på å verne de som brukte lostjenestene.

I disse tilfellene utleder den skadelidte et selvstendig erstatningsrettslig vern fra interessen lovreglene har til formål å beskytte. Den skadelidte betegnes likevel som *tredjemann* i en slik kontekst ettersom vedkommende ikke selv er part i det rettsforholdet som påberopes som grunnlag for erstatning. Situasjonen skiller seg imidlertid fra såkalte *tredjemannstap*, som angår formuestap avledet fra en integritetsskade påført en annen part.²⁹

Som det foregående viser, kan spørsmålet om et rent formuestap er erstatningsrettslig vernet til dels overlappe med vurderingene av culpaansvar og rettslig årsakssammenheng. I juridisk teori

²⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 316.

²⁶ I samme retning Rt. 2007 s. 425 avsnitt 37.

²⁷ Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 75; Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 84-85.

²⁸ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 132.

²⁹ Kjelland (2019) s. 289 flg.; Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 50.

er det derfor omdiskutert hvorvidt kravet om erstatningsvern skal behandles som et selvstendig grunnvilkår,³⁰ eller om det skal vurderes i forbindelse med de øvrige vilkårene for erstatning.³¹

Det gis ikke uttrykk for en entydig tilnærming til spørsmålet i rettspraksis,³² og rettskildebildet for øvrig legger ikke klare føringer for hvordan erstatningsrettslig vern skal vurderes. Som fremholdt av *Perland* kan dette imidlertid oppfattes som et spørsmål om rettssystematikk som ikke nødvendigvis er av materiell betydning. Så lenge spørsmålet faktisk blir behandlet anser han det som "*nærliggende å legge til grunn at faktorenes orden er likegyldig*".³³

En slik tilnærming innebærer at kravet om erstatningsrettslig vern ikke nødvendigvis må skilles ut som et separat vurderingstema. I så fall kan vurderingen bedre tilpasses forholdene ved den enkelte sak, noe som kan være hensiktsmessig på et såpass pragmatisk rettsområde. Særlig ved rene formuestap kan de ulike erstatningsvilkårene gli over i hverandre,³⁴ og det kan være upraktisk å holde de ulike vurderingstemaene adskilt på en kategorisk måte.

Dermed *kan* spørsmålet om erstatningsvern vurderes som et separat grunnvilkår for erstatningsansvar, mens det ved rene formuestap kan være fordelaktig å behandle spørsmålet i forbindelse med vurderingen av ansvarsgrunnlag eller årsakssammenheng.³⁵ Det avgjørende er hva som er hensiktsmessig i den enkelte sak.

³⁰ Hjelmeng (2007) s. 24; Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 54; Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 63.

³¹ Thorson (2011) s. 321; Perland (2013) s. 171; Tande (2018) s. 201.

³² I HR-2017-2352-A avsnitt 36 omtales erstatningsvern som et "grunnvilkår", mens det i Rt. 2008 s. 1078 behandles i forbindelse med ansvarsgrunnlag.

³³ Perland (2013) s. 170.

³⁴ Thorson (2011) s. 321.

³⁵ I samme retning Perland (2013) s. 170; Thorson (2011) s. 77; Wilhelmsen og Hagland (2017) s. 66.

3 Bori- og Protector-dommene

3.1 Utgangspunkt

Spørsmålet om ansvarlige foretaks erstatningsansvar har oppstått som følge av byggesaksreformen fra 1995.³⁶ Reformen avskaffet kommunal bygningskontroll og innførte dagens ordning, som innebærer at tiltakshaver engasjerer ansvarlige foretak som innestår overfor bygningsmyndighetene for at byggetiltaket oppfyller offentligrettslige krav.

I henhold til plan- og bygningsloven skal visse oppgaver ved tiltaket utføres av ansvarlige foretak.³⁷ Det gjelder koordinering av byggesøknaden (ansvarlig søker), prosjektering og utførelse av byggetiltaket (ansvarlig prosjekterende og ansvarlig utførende) og kontrollering av at tiltaket prosjekteres og utføres i henhold til lovgivning og byggetillatelse (ansvarlig kontrollerende).³⁸

I hvilken utstrekning skadelidte tredjemenn kan påberope seg brudd på disse offentligrettslige pliktene som grunnlag for erstatning, er nært knyttet til Rt. 2015 s. 276 (Bori) og HR-2017-1834-A (Protector). Spørsmålet er ikke behandlet i andre høyesterettsavgjørelser, og dommene danner derfor det rettskildemessige utgangspunktet for oppgavens problemstilling. Før det nærmere innholdet av den aktuelle ansvarsregelen gjennomgås, vil det redegjøres for avgjørelsens bakgrunn og Høyesteretts resonnementer.

3.2 Rt. 2015 s. 276 (Bori)

Saken inntatt i Rt. 2015 s. 276 gjaldt krav om erstatning som følge av mangler ved en totalrenovert bygning. For renoveringsprosjektet hadde Bori Boligbyggelag (heretter "Bori"), etter avtale med entreprenøren, Bogo Eiendom, påtatt seg rollen som ansvarlig utførende og kontrollerende foretak overfor bygningsmyndighetene. Etter prosjektet var gjennomført overdro Bogo Eiendom bygget til Lørenfallet Borettslag.

³⁶ Se Ot.prp. nr.39 (1993-1994) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven.

³⁷ Plan- og bygningsloven § 23-1, jf. §§ 20-1 og 20-3.

³⁸ Plan- og bygningsloven §§ 23-4 til 23-7 henholdsvis.

Etter overdragelsen ble det konstatert omfattende mangler ved bygget. Det var ikke omtvistet at Bori, på uaktsomt vis, hadde misligholdt de plikter som pålå dem som ansvarshavende foretak i forbindelse med renoveringen.

Bori og Lørenfallet Borettslag sto ikke i noe kontraktsforhold til hverandre. Spørsmålet var om borettslaget likevel kunne kreve erstatning for manglene av Bori, og da på deliktsgrunnlag, som følge av foretakets pliktbrudd overfor bygningsmyndighetene.

I tingretten ble Bori frifunnet, mens lagmannsretten kom til motsatt resultat.³⁹ Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt det forelå et ansvarsgrunnlag for borettslagets krav. Dommen ble avsagt under dissens.

Etter flertallets oppfatning var sakens overordnede problemstilling om:

«Bori BBL likevel ikke er erstatningsansvarlig overfor Lørenfallet Borettslag fordi forsømmelsen gjelder offentligrettslige plikter som ikke kan påberopes av tredjemann som grunnlag for erstatning.»⁴⁰

Flertallet fant ikke støtte for en slik avgrensning i positive rettskilder. Det ble heller ikke ansett avgjørende at pliktene var offentligrettslige eller at skaden var et rent formuestap. Spørsmålet var i stedet om borettslaget *burde* kunne kreve sitt tap erstattet av det ansvarshavende foretaket. Svaret måtte, etter flertallets vurdering, bero på:

«en bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevings synspunkter vil inngå.»⁴¹

Flertallet fremholdt at de aktuelle pliktene, og plan- og bygningslovgivningen som sådan, ivaretok både private og samfunnsmessige interesser. Tredjemenn måtte kunne innrette seg etter at pliktene ble utført riktig, og i den foreliggende sak hadde borettslaget "*rimelig og berettiget grunn*" til å stole på at informasjonen i kontrollerklæringen inngitt av Bori var riktig.⁴²

Videre ble det vektlagt at en erstatningsadgang for skadelidte tredjemenn kunne utgjøre "*et nyttig privatrettslig supplement til det offentlige håndhevingsregimet*".⁴³ Til tross for potensielle

³⁹ TNERO-2011-193959 og LE-2013-146339.

⁴⁰ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 24.

⁴¹ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 26.

⁴² Rt. 2015 s. 276 avsnitt 31.

⁴³ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 32.

koordineringsproblemer ble det ansett hensiktsmessig, ettersom det ville styrke boligkjøperes vern og forbedre kvaliteten på de aktuelle offentligrettslige oppgavene.

Flertallet kom derfor til at kravet kunne fremmes, noe som ble ansett å være i samsvar med den alminnelige rettsutviklingen for svikt i kontrollfunksjoner og et strengt profesjonsansvar. Førstvoterende minnet om at han hadde for øyet:

«situasjonen der den ansvarlige uaktsomt har gått god for et bygg som har så store lovmessige mangler at de ville gitt grunnlag for heving.»⁴⁴

Førstvoterende tok ikke stilling til hvorvidt borettslaget kunne ha fremmet direktekrav etter reglene i kontraktlovgivningen. Han uttalte likevel at:

«Derimot vil jeg fremholde, som et mer gjennomgående prinsipp, at den som har flere grunnlag for et krav kan velge hvilket av disse han vil gjøre gjeldende [...]. En begrensning av denne valgfriheten må, slik jeg oppfatter hovedlinjen i Høyesteretts praksis, bygge på noenlunde klare holdepunkter i det samlede rettskildematerialet.»⁴⁵

Mindretallet hadde en annen tilnærming til saken. Etter annenvoterendes syn ga verken lov eller forarbeider holdepunkter for at en privat skadelidt skulle kunne håndheve offentligrettslige plikter. Foretakets ansvar etter plan- og bygningsloven ble ansett å gjelde utelukkende overfor bygningsmyndighetene, og misligholdet kunne ikke danne grunnlag for private erstatningskrav.

Mindretallet tok avstand fra at alvorligheten av pliktbruddet overfor bygningsmyndighetene kunne være avgjørende i vurderingen. Annenvoterende fremholdt at:

«Lovgiverne har [...] forutsatt at privatrettslige konsekvenser av byggefeil fullt ut skulle reguleres av kontraktslovgivningen.»⁴⁶

Til støtte for et slikt syn ble det vist til at Stortinget nylig hadde nedstemt et forslag om å innføre garanti- og forsikringsordninger for byggefeil i plan- og bygningsloven. Forslaget ble nedstemt under henvisning til slike ordninger burde gjennomføres ved endringer i kontraktlovgivningen.

Av reelle hensyn ble det vist til at domstolene og bygningsmyndighetene kunne ha ulike oppfatninger om byggetekniske krav, og at parallell håndheving kunne forårsake "nokså kaotiske tilstander".⁴⁷ Det ble også påpekt at et deliktansvar kunne bidra til å undergrave

⁴⁴ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 34.

⁴⁵ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 36.

⁴⁶ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 50.

⁴⁷ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 52.

kontraktlovgivningens eget sanksjonssystem, samt gripe inn arbeidsfordelingen mellom domstolene og forvaltningen. Etter mindretallets oppfatning burde domstolenes rolle være begrenset til etterfølgende kontroll av forvaltningsvedtak.⁴⁸

På denne bakgrunn konkluderte mindretallet med at private skadelidte *ikke* skulle ha anledning til å søke erstatning på grunnlag av brudd på offentligrettslige plikter. Borettslagets krav måtte, etter mindretallets oppfatning, i stedet bygge på kontraktsrettslig ansvar.

3.3 HR-2017-1834-A (Protector)

Skadelidte tredjemenns adgang til å påberope seg offentligrettslige pliktbrudd ble igjen tema for Høyesterett i Protector-saken i HR-2017-1834-A. Bakgrunnen for saken var at en tømrer (A) hadde påtatt seg ansvaret som ansvarlig søker, utførende og kontrollerende overfor bygningsmyndighetene ved oppføringen av en enebolig, etter avtale med tiltakshaver (B).

Boligen hadde separat hybelleilighet, og etter avtale med B ble det laget hull i et påkrevd brannskille mellom boligen og leiligheten. Ved ferdigstillingen i 2006 erklærte A likevel at det ikke forelå noen offentligrettslige feil eller mangler ved bygget. Det ble utstedt ferdigattest og bygget ble tatt i bruk av B. I 2008 solgte B boligen til C, som i 2012 solgte denne videre til D.

Ved begge overdragelsene ble det tegnet eierskifteforsikring hos Protector Forsikring. Den manglende brannsikringen ble først oppdaget av D i 2013, og Protector utbetalte et prisavslag i samsvar med eierskifteforsikringen. Protector krevde deretter dette erstattet av A på grunnlag av hans mislighold av ansvarsretten etter plan- og bygningslovgivningen.

I både ting- og lagmannsretten ble det konstatert at A hadde handlet uaktsomt, men at det ikke var tilstrekkelig rettslig årsakssammenheng mellom handlingen og tapet.⁴⁹ I Høyesterett delte dommerne seg i et flertall og et mindretall, og dissensen knyttet seg i hovedsak til ulik forståelse av rettsregelen oppstilt i Bori-dommen.

Etter flertallets syn gjaldt saken et spørsmål om erstatningsvernets rekkevidde. Førstvoterende for flertallet uttalte at Bori-dommen avklarte at brudd på offentligrettslige plikter kan gi

⁴⁸ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 52-54.

⁴⁹ TFOLL-2015-68109 og LB-2016-27677.

grunnlag for deliktansvar overfor skadelidte tredjemenn., også dersom skadelidte har mulighet til å fremme krav etter kontraktlovgivningen. Det ble samtidig uttalt at:

«Det må likevel undergis en nærmere vurdering om det er grunnlag for erstatning i dette tilfellet. Vurderingen må bygge på den faktiske situasjonen, de hensynene som gjør seg gjeldende, og de rettslige utgangspunktene som følger blant annet av Bori-dommen.»⁵⁰

Etter å ha vist til at Bori-dommen ga anvisning på en bred avveining, vurderte førstvoterende hvordan kravet hadde oppstått i den foreliggende sak. Erstatningskravet var et regresskrav for prisavslag i forbindelse med det siste salget av boligen. Førstvoterende anså det som nært knyttet til avtaleforholdet mellom andre og tredje eier (C og D), og det ble uttalt at:

«Det alminnelige kontraktrettslige utgangspunktet er at en kjøper må forholde seg til sin kontraktspart, selgeren. Både avhendingslova og andre kontraktrettslige lover har imidlertid regler som åpner for at krav som følge av mangler kan gjøres gjeldende mot tidligere selgere eller andre tidligere avtaleparter.»⁵¹

Flertallet påpekte videre at feilen hadde en nær sammenheng med hvordan den konkrete boligen ble disponert. Dersom den faktiske bruken hadde vært annerledes, ville ikke lenger den manglende brannsikringen nødvendigvis utgjort en mangel.

Videre ble det uttalt at avgjørelsen i Bori-dommen var "nært knyttet til situasjonen som forelå i den saken", herunder at de offentligrettslige feilene ville gitt borettslaget grunnlag for heving av kjøpet.⁵² Det ble også påpekt at situasjonen i Bori-dommen medførte direkte og alvorlige konsekvenser for borettslaget ettersom bygget overhodet ikke kunne tas i bruk.

Flertallet i Protector-saken anså det klart at A hadde begått et grovt brudd på sine plikter overfor bygningsmyndighetene. Vurdert opp mot tiltakshaveren (B), kunne imidlertid ikke As opptreden anses "grovt uaktsom". Dette blant annet fordi fremgangsmåten ble bestemt i samråd med B.⁵³

Videre ble det påpekt at konsekvensene av As feil kunne utbedres med "relativt begrensede kostnader", til forskjell fra hva som var tilfelle i Bori-dommen. I tillegg ble det vektlagt at huset i den foreliggende sak var solgt flere ganger, og at det var lenge siden A utførte oppdraget.⁵⁴

⁵⁰ HR-2017-1834-A avsnitt 37.

⁵¹ HR-2017-1834-A avsnitt 47.

⁵² HR-2017-1834-A avsnitt 48.

⁵³ HR-2017-1834-A avsnitt 51.

⁵⁴ HR-2017-1834-A avsnitt 52-53.

Førstvoterende påpekte også at pliktbruddets karakter og de øvrige forholdene skilte seg vesentlig fra Bori-dommen. For det første var ikke skadelidte D kommet i noen "*svært vanskelig stilling*", og for det andre hadde verken skadelidte eller Protector like "*rimelig og berettiget grunn*" til å stole på ferdigattesten sammenlignet med borettslaget i Bori-dommen.⁵⁵

Etter flertallets oppfatning tilsa derfor den brede avveiningen anvist i Bori-dommen at det ikke var grunnlag for erstatning utenfor kontrakt. Skadelidte måtte i stedet forfølge kravet etter kontraktsrettslige regler.

Annenvoterende var enig i flertallets resultat, men ønsket å begrunne sitt standpunkt nærmere i et særvotum. Hun presiserte at hun anså det:

«naturlig å ta utgangspunkt i at lovgiver har gitt egne bestemmelser om boligkjøpers adgang til å kreve erstatning direkte fra tidligere eier eller hans avtalepart [...]. Et omfattende ansvar på deliktsgrunnlag for brudd på offentligrettslige forpliktelser vil [...] i praksis undergrave de vilkårene som er satt i loven for å kunne fremme direktekrav mot tidligere selger og hans avtaleparter.»⁵⁶

Hun påpekte også at lovgiver nylig hadde tatt stilling til hvorvidt det burde foretas endringer i kontraktslovgivningen, og uttalte at:

«Selv om forslagene ikke direkte gjaldt rekkevidden av erstatningsansvaret i saker som vår, ga lovgivers beslutning om ikke å utvide boligkjøperes rettigheter likevel føringer for hvor langt domstolene bør gå på dette området.»⁵⁷

Mindretallet, bestående av én dommer, hadde en annen innfallsvinkel til spørsmålet. Etter tredjevoterendes syn avklarte den brede avveiningen i Bori-dommen at den aktuelle *kravstypen* var erstatningsrettslig vernet, mens vurderingen for øvrig måtte bero på alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.⁵⁸

Ansvarsgrunnlaget i den foreliggende saken skulle derfor være culpa og alminnelig uaktsomhet. Ettersom As forpliktelser overfor bygningsmyndighetene lå til grunn for den utstedte ferdigattesten, og dermed også for den informasjonen boligkjøperne var gitt om byggets

⁵⁵ HR-2017-1834-A avsnitt 54.

⁵⁶ HR-2017-1834-A avsnitt 62.

⁵⁷ HR-2017-1834-A avsnitt 63.

⁵⁸ HR-2017-1834-A avsnitt 67.

tilstand, måtte aktsomhetsvurderingen foretas ut fra disse forpliktelsene. I denne sammenheng var ikke As forhold til B av betydning.

Ettersom A var klar over at kontrollerklæringen var uriktig og feilen angikk sikkerhetsregler av betydning for liv og helse, anså mindretallet det som utvilsomt at tømmeren hadde handlet grovt uaktsomt. De øvrige erstatningsvilkårene ble vurdert med utgangspunkt i det ulovfestede informasjonsansvaret, og mindretallet mente boligkjøperne hadde både rimelig og berettiget grunn til å stole på at informasjonen i kontrollopgaven var riktig.

Avslutningsvis påpekte mindretallet at det ikke kunne gjelde et krav om kvalifisert skadeomfang for slikt erstatningsansvar. Etter tredjevoterendes oppfatning ble spørsmålet holdt åpent i Bori-dommen, men verken lovens forarbeider eller formål tilsa at så kunne være tilfellet. Det ble i stedet fremhevet at et slikt krav ville svekke beskyttelsen av private interesser og stride mot det som ellers gjelder på informasjonsansvarets område.

3.4 Hvilke vurderingstema kan utledes fra dommene?

Høyesteretts avgjørelser i Bori- og Protector-dommene avklarer at brudd på offentligrettslige plikter kan være ansvarsbetingende overfor skadelidte tredjemenn på deliktgrunnlag. Dette gjelder selv om skadelidte har mulighet til å fremme krav etter kontraktlovgivningen.

Det overordnede vurderingstemaet for slikt erstatningsansvar er om den skadelidte *bør* kunne kreve sitt tap erstattet av det ansvarshavende foretaket. Svaret beror på "*en bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå*".⁵⁹ Som presisert i Protector-dommen, må vurderingen i tillegg bygge på "*den faktiske situasjonen [og] de hensynene som gjør seg gjeldende*", herunder hvordan tapet i den konkrete saken er oppstått.⁶⁰

I Bori-dommen ble temaet drøftet i forbindelse med spørsmålet om det forelå ansvarsgrunnlag. Spørsmålet der var om tapet *likevel ikke* var erstatningsrettslig vernet, og flertallet forutsatte dermed at kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng i utgangspunktet forelå.⁶¹ I Protector-dommen ble temaet drøftet under et spørsmål om erstatningsansvarets rekkevidde.⁶²

⁵⁹ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 26.

⁶⁰ HR-2017-1834-A avsnitt 37.

⁶¹ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 24.

⁶² HR-2017-1834-A avsnitt 1.

Dermed fremstår vurderingen av om skadelidte bør kunne kreve sitt tap erstattet, i begge dommene, som et spørsmål om skadelidtes interesse har erstatningsrettslig vern.

For å analysere det nærmere innholdet av denne ansvarsregelen, vil jeg i det videre knytte vurderingstemaene som Høyesterett her angir, til de alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktene som det ble redegjort for i del 2. I denne drøftelsen vil spørsmålet om vernet interesse stå sentralt. Som nevnt beror spørsmålet om erstatningsvern på forhold ved skadens art, den konkrete skadelidte og det konkrete tapet. Dette danner utgangspunktet for den videre drøftelsen.

I punkt 4.1 drøftes hvilke interesser som etter sin art er vernet av de aktuelle bestemmelsene i plan- og bygningsloven. I punkt 4.2 drøftes i hvilke tilfeller man står overfor en vernet skadelidt, mens det i punkt 4.3 redegjøres for hvilken grad av klanderverdighet skadevolder må ha utvist for at erstatningsansvar kan være aktuelt. I punkt 5.1 og 5.2 drøftes betydningen av at pliktbruddet kan håndheves etter henholdsvis offentligrettslige og kontraktsrettslige regler.

Spørsmålet om det foreligger erstatningsvern beror på en helhetlig vurdering og vil måtte ses i sammenheng med de øvrige erstatningsvilkårene om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Det avgjørende er om forholdene samlet sett tilsier at tapet skal ha erstatningsrettslig vern.

4 Delikterstatning ved brudd på offentligrettslige plikter

4.1 Hvilke interesser er vernet etter sin art?

Spørsmålet om ansvarlige foretaks erstatningsansvar overfor tredjemenn ved brudd på offentligrettslige plikter, hadde ikke blitt satt på spissen i forkant av Bori- og Protector-dommene. Høyesterett måtte derfor først ta stilling til om slike tap var vernet *etter sin art*.

I Bori-dommen vurderte flertallet hvorvidt borettslagets interesser kunne utlede et erstatningsvern fra plan- og bygningslovens bestemmelser om ansvarlige foretak. Høyesteretts flertall redegjorde i den forbindelse for lovens formål, bakgrunnen for byggesaksreformen og lovgivers intensjoner med den aktuelle ansvarsordningen. Førstvoterende konkluderte med at:

«Så vel loven som det aktuelle regelsettet og de konkrete offentligrettslige pliktene som er brutt av [boligbyggelaget] tar altså sikte på å beskytte også de private interessene knyttet til et bygg, herunder de interessene [borettslaget] gjør gjeldende i saken her.»⁶³

Bestemmelsene ble forstått slik at de også ga beskyttelse til tredjemenn som overtok det aktuelle bygget. Flertallets slutning er på dette punktet videreført i etterfølgende praksis. Det er dermed avklart at *private* interesser knyttet til et bygg nyter direkte vern av plan- og bygningslovens regler om ansvarlige foretak.

Spørsmålet er så *hvilke* private interesser som omfattes av ansvarsregelen. I helhetsvurderingen av hvorvidt den skadelidte bør kunne kreve sitt tap erstattet, er "*karakteren [...] av de interesser som beskyttes*" fremhevet som et sentralt moment.⁶⁴ Førstvoterende i Bori-dommen presiserte også at det var de private interessene som ble gjort gjeldende "*i saken her*" som var beskyttet av lovbestemmelsene.⁶⁵ Dette kan tas til inntekt for at det skal foretas en nærmere vurdering av arten av de interessene som er skadet i den enkelte sak.

Flertallets drøftelse i Bori-dommen knyttes tett opp mot hensynet til "*den enkelte forbruker*", og særlig forbrukerbeskyttelse er tema i de fremhevede forarbeidsuttalelsene.⁶⁶ I juridisk teori

⁶³ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 30.

⁶⁴ Rt. 2015. s. 276 avsnitt 26.

⁶⁵ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 30.

⁶⁶ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 28 flg.

er det tatt til orde for at ansvaret bør begrenses til nettopp forbrukerforhold og byggetiltak med private boligformål.⁶⁷

Det fremstår imidlertid som lite skjønnsomt å operere med slike kategoriske rammer for ansvaret. Siden erstatningsrettslig vern for rene formuestap oppstilles særskilt for det enkelte tilfellet, flyter vilkårene om vernet interesse og vernet skadelidt i stor grad over i hverandre. Det avgjørende er en helhetlig vurdering av forholdene, og i den sammenheng virker det kunstig å oppstille absolutte krav til skadelidtes stilling eller til formålet med byggetiltaket.⁶⁸

At en forbruker kan ha større behov for å gå til sak enn en profesjonell aktør, eller at erstatning kan ha større betydning for private boligkjøpere, vil i stedet kunne inngå som momenter i det overordnede spørsmålet om den skadelidte *bør* kunne kreve sitt tap erstattet. En forbruker vil også kunne ha høyere forventninger til at et ansvarlig foretak opptrer aktsomt, noe som har betydning for vurderingen av om det foreligger culpaansvar.⁶⁹

Ansvarsregelen oppstilt i Bori- og Protector-dommene kan dermed etter mitt skjønn best forstås til å omfatte alle private interesser knyttet til et bygg, mens skadelidtes nærmere stilling og behov for erstatning i stedet vil inngå som momenter for ansvar i den konkrete helhetsvurderingen.

4.2 I hvilke tilfeller står man overfor en vernet skadelidt?

Selv om Bori- og Protector-dommene avklarer at plan- og bygningslovens regler om ansvarlige foretak også verner om private interesser, må det enkelte tilfellet *"likevel undergis en nærmere vurdering om det er grunnlag for erstatning"*.⁷⁰

Det kan være aktuelt å se nærmere på om man står overfor en *vernet skadelidt* i den aktuelle saken. I tråd med de alminnelige utgangspunktene for erstatningsrettslig vern, er det avgjørende om den skadelidte inngår i en personkrets som kan utlede vern fra interessene som lovreglene verner om.⁷¹ Hvorvidt en skadelidt tredjemann kan utlede vern fra de private interessene som

⁶⁷ Skoghøy (2016) s. 210.

⁶⁸ Det kan også innvendes at et borettslag som i Bori-dommen ikke er en forbruker i henhold til f.eks. Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad (bustadoppføringslova) § 2.

⁶⁹ Se nærmere del 2.2 ovenfor. Se også Thorson (2011) s. 128 flg.

⁷⁰ HR-2017-1834-A avsnitt 37.

⁷¹ Se nærmere punkt 2.3 ovenfor.

er beskyttet av plan- og bygningslovens regler om ansvarsrett, beror på en sammensatt vurdering av situasjonen.

Vurderingen har en side til culpaansvaret, som ved rene formuestap beror på om den skadelidte var berettiget til å forvente at skadevolderen skulle ivareta de aktuelle formuesinteressene. I denne sammenheng fremheves det i Bori-dommen at lovgiver forutsatte at også private tredjemenn skulle kunne stole på at ansvarspliktene ble overholdt. Førstvoterende uttalte at:

«Den som overtar et nytt eller et totalrehabilitert bygg har [...] både rimelig og berettiget grunn til å stole på den informasjonen om byggets tilstand som ligger i at det er gitt brukstillatelse på grunnlag av gjennomført sluttkontroll.»⁷²

I Protector-dommen ble det derimot påpekt at den omtvistede boligen var solgt flere ganger, og at det var gått flere år siden den ansvarshavende tømmeren utførte arbeidene. Flertallet mente derfor at boligkjøperne og Protector ikke hadde en like "*rimelig og berettiget grunn*" til å stole på ferdigattesten sammenlignet med forholdene i Bori-dommen.⁷³

Flertallet i begge avgjørelsene vektlegger også hvilke *konsekvenser* de offentligrettslige pliktbruddene fikk for boligkjøperne. I helhetsvurderingen av hvorvidt den skadelidte bør kunne kreve sitt tap erstattet, er også "*tapssituasjonen*" fremhevet som et sentralt moment.⁷⁴

I Bori-dommen bestod pliktbruddet av omfattende og alvorlige feil, og flertallet fremholdt at disse fikk direkte og alvorlige konsekvenser for borettslaget som skulle overta bygget. Boligkjøperne i Protector-dommen ble ikke påvirket i samme grad. Flertallet la vekt på at den aktuelle feilen kunne utbedres ved relativt lave kostnader og at boligkjøperne ikke ble satt i noen "*svært vanskelig stilling*" som følge av feilen.⁷⁵

Dommene kan forstås i retning av at den skadelidtes tapssituasjon må ha vært av et *kvalifisert omfang* for at vedkommende skal være vernet av plan- og bygningslovens bestemmelser om ansvarlige foretak. Et slikt synspunkt har støtte i juridisk teori,⁷⁶ og tilsvarende krav om vesentlighet er oppstilt blant annet i forbindelse med rene formuestap ved brudd på anbudsreglene.⁷⁷

⁷² Rt. 2015 s. 276 avsnitt 31.

⁷³ HR-2017-1834-A avsnitt 54.

⁷⁴ Rt. 2015. s. 276 avsnitt 26.

⁷⁵ HR-2017-1834-A avsnitt 52-54.

⁷⁶ Pedersen mfl. (2018) s. 327; Lie (2016) s. 599.

⁷⁷ HR-2018-1736-U og Rt. 2001 s. 1062.

Et krav til kvalifisert skadeomfang er også i tråd med utgangspunktet for rene formuestaps erstatningsrettslige vern. Siden vernet fastsettes særskilt, ut fra en konkret avveining av skadevolder og skadelidtes interesser, vil et mindre vesentlig tap innebære at hensynet til reparasjon blir mindre fremtredende. Det blir dermed mer nærliggende å falle tilbake på utgangspunktet om at rene formuestap *ikke* har erstatningsrettslig vern.⁷⁸

Dommene antyder også et vilkår om at de underliggende manglene må kunne gi boligkjøperen grunnlag for kontraktsrettslig heving. I Bori-dommen presiserte førstvoterende både innledningsvis og avslutningsvis at de aktuelle offentligrettslige manglene ville gitt boligkjøperen hevingsgrunnlag.⁷⁹ Tømreren i Protector-dommen ble derimot *ikke* holdt erstatningsansvarlig, blant annet under henvisning til at feilene ikke var av et slikt omfang at det kunne kreves heving.

Dette kan forstås som at ansvarsregelen begrenses til tilfeller hvor tapssituasjonen ville gitt skadelidte grunn til å heve kjøpet. En slik oppfatning støttes av etterfølgende underrettspraksis: I samtlige publiserte avgjørelser hvor erstatningsansvar har blitt oppstilt på bakgrunn av Bori- og Protector-dommene, ville de underliggende manglene gitt de skadelidte grunnlag for heving.⁸⁰

Høyesterett har likevel ikke uttrykkelig tatt stilling til spørsmålet om hvilket skadeomfang som kreves, og den nærmere grensen for erstatningsansvaret var tema verken i Bori- eller Protector-dommene. I tillegg ble førstnevnte avgjørelse avsagt under skarp dissens, mens dissenterende dommer i sistnevnte sak uttrykkelig presiserte at han vanskelig kunne se hevingsgrunnlag som et vilkår for ansvar.⁸¹

Selv om dommene kan tas til inntekt for en høy terskel for ansvar, fremstår det som unaturlig å knytte deliktansvar til hvorvidt skadelidte ville fått medhold i et eventuelt hevingskrav overfor kontraktsparten. Dette skyldes for det første at erstatningsretten skal ivareta erstatningsrettslige hensyn, herunder reparere en inntruffet skade og bidra til å forebygge ny skadeforvoldelse.⁸²

⁷⁸ I samme retning leses i Rt. 2006 s. 690 avsnitt 59 at "[f]ormuestapene for de enkelte skadelidte i vår sak er stort sett små, noe som kan tale for ikke å anse dem erstatningsmessige".

⁷⁹ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 21 og 34.

⁸⁰ Det gjelder LB-2014-33500, LB-2017-184360 og LF-2018-91155.

⁸¹ HR-2017-1834-A avsnitt 78.

⁸² Se nærmere punkt 2.1 ovenfor.

Heving er derimot en kontraktsrettslig misligholdsbeføyelse som medfører at partenes rettigheter og plikter til å oppfylle avtalen bortfaller.⁸³

For det andre innebærer et vilkår om hevingsadgang at rekkevidden av foretakets deliktansvar beror på det nærmere innholdet av avtalen mellom den skadelidte og selgeren av eiendommen (medkontrahenten). Dette strider mot prinsippet om kontrakters relativitet, som innebærer at bare avtalepartene kan utlede rettigheter og plikter fra et bestemt avtaleforhold.⁸⁴

Videre taler også rettstekniske hensyn mot et slik vilkår. Selgeren er ikke nødvendigvis part i saken mellom den skadelidte og det ansvarshavende foretaket og det kan være vanskelig å vurdere hvorvidt den skadelidte ville hatt hevingsgrunn overfor selger. I tillegg beror hevingsadgang på en sammensatt vurdering etter kontraktsrettslige regler, og det vil neppe være skjønnsomt å operere med et slikt krav i den ellers brede vurderingen av om en skade er erstatningsrettslig vernet.

Det kan dermed vanskelig konkluderes med at det i rettspraksis er oppstilt et *vilkår* om at tapssituasjonen må være så vesentlig at den tilsvarer en hevingsgrunn.⁸⁵ At skadelidtes tap er så omfattende at vedkommende ville hatt grunnlag for å heve i den konkrete saken, vil i stedet kunne være et *moment* for at erstatning bør innrømmes.

Disse betraktningene gir likevel uttrykk for at det kreves et tap av en viss størrelse for at man står overfor en vernet skadelidt. I lys av det foregående er det nærliggende å forstå dommene slik at tapssituasjonen må være av et *kvalifisert omfang* for at en skadelidt kan forfølge et erstatningskrav basert på brudd på offentligrettslige plikter.

4.3 Betydningen av skadevolders klanderverdighet

4.3.1 Pliktbruddets karakter

I vurderingen av hvorvidt skadelidte *bør* kunne kreve sitt tap erstattet er "*karakteren av pliktbruddet*" fremhevet som et sentralt moment.⁸⁶

⁸³ Lov 03. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova) § 4-4 og bustadoppføringslova § 21.

⁸⁴ Tørum (2017) punkt 3.1 med videre henvisninger.

⁸⁵ Se i samme retning LB-2016-27677. I motsatt retning Skoghøy (2016) s. 210.

⁸⁶ Rt. 2015. s. 276 avsnitt 26.

I både Bori- og Protector-dommene var det uomtvistet at skadevolderne hadde overtrådt reglene om ansvarsrett på kvalifisert uaktsomt vis. Boligbyggelaget og tømmeren ble ansett å ha opptrådt henholdsvis klart og grovt uaktsomt.⁸⁷ I Protector-dommen kunne imidlertid tømmerens opptreden ikke anses å ha vært grovt uaktsomt vurdert overfor hans kontraktsmotpart, tiltakshaveren, og tømmeren ble frifunnet for erstatningsansvar.⁸⁸

Høyesteretts avgjørelser indikerer dermed at graden av skadevolders klanderverdighet er relevant for vurderingen av om det foreligger en erstatningsrettslig vernet skade. Dommene etterlater likevel tvil om skadevolders handlemåte skal vurderes overfor tiltakshaver, bygningsmyndighet eller den skadelidte tredjemann. Det er også uklart hvorvidt det kan oppstilles et *krav* om kvalifisert uaktsomhet eller om det utgjør et *moment* i den brede helhetsvurderingen av om det foreligger erstatningsvern.

Disse spørsmålene drøftes i punkt 4.3.2 og 4.3.3 nedenfor. I punkt 4.3.4 redegjøres for uaktsomhetsnormen ved brudd på offentligrettslige plikter.

4.3.2 Hvem skal pliktbruddet vurderes i relasjon til?

Det første som må avklares er hvem pliktbruddet skal vurderes i relasjon til. Ettersom skadelidte tredjemenn utleder selvstendig erstatningsvern fra plan- og bygningslovens regler om ansvarlige foretak, er det naturlig at skadevolders handlinger vurderes fra den *skadelidte tredjemanns* perspektiv. Skadevolders lovbestemte handlenormer inngår nemlig i vurderingen av hvilke forventninger den skadelidte er berettiget å ha til skadevolders opptreden.⁸⁹

Både i Bori- og Protector-dommene blir imidlertid skadevolders opptreden vurdert også fra bygningsmyndighetens perspektiv. Det kan forklares med at ansvarlige foretak står direkte til ansvar overfor bygningsmyndighetene, hvor det er en høy forventning om at de ansvarlige foretakene skjøtter sine plikter på forsvarlig vis.

Ved også å ta i betraktning bygningsmyndighetenes forventninger i spørsmålet om det foreligger erstatningsvern, kan man vurdere forholdene på skadevolders side mer nyansert i den

⁸⁷ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 42 og HR-2017-1834-A avsnitt 50 henholdsvis.

⁸⁸ HR-2017-1834-A avsnitt 51.

⁸⁹ Dette følger av utgangspunktet om at culpaansvaret beror på skadelidtes forventninger til skadevolder, se nærmere punkt 2.2 ovenfor.

konkrete interesseavveiningen. Det kan dermed tas i betraktning hvorvidt det ansvarshavende foretaket har opptrådt klanderverdig i ulike relasjoner.

I Protector-dommen ble den ansvarshavende tømmerens opptreden også vurdert overfor tiltakshaveren, som var tømmerens oppdragsgiver. Flertallet uttalte at:

«Selv om de løsningene som ble valgt, var i samsvar med oppdragsgivernes ønsker, må [tømmeren] etter mitt syn sies å ha opptrådt klanderverdig også i forhold til dem. Slik omstendighetene var, kan jeg likevel ikke se at [tømmerens] opptreden har vært grovt uaktsom når den vurderes i forhold til hans kontraktsparter, [oppdragsgiveren].»⁹⁰

Mindretallet mente derimot at vurderingen utelukkende skulle foretas ut fra det ansvarlige foretakets forhold til bygningsmyndighetene. Tredjevoterende uttalte på den bakgrunn at:

«Jeg kan ikke se at As forhold til [oppdragsgiveren] har noen betydning for aktsomhetsvurderingen. Denne må skje på bakgrunn av hans forpliktelse overfor bygningsmyndigheten som kontrollør. Det er denne som har betydning for kommunens utstedelse av ferdigattest og den informasjonen som dermed gis overfor brukerne om boligens tilstand.»⁹¹

Flertallet i Protector-dommen tok likevel hensyn til både ansvarsforholdet mellom det ansvarlige foretaket og bygningsmyndighetene, og avtaleforholdet med tiltakshaver, ved fastsettelsen av foretakets erstatningsansvar overfor den skadelidende tredjemann.

Til en slik tilnærming kan det innvendes at det tilsynelatende oppstår motstrid med enkelte grunnprinsipper i erstatningsretten. Den skadelidte har ikke hatt mulighet til å påvirke det nærmere innholdet av disse forholdene, og både utgangspunktet for culpaansvaret og prinsippet om kontraktens relativitet tilsier at skadelidtes rett på erstatning ikke bør begrenses av skadevolders øvrige avtaleforhold.

Flertallets løsning må likevel forstås i lys av at man her drøfter et overordnet spørsmål om erstatningsvern. Det avgjørende i denne sammenheng er en konkret interesseavveining av både skadelidte og skadevolders forhold. For i tilstrekkelig grad å ta høyde for rimelighets-, rettferdighets- og prevensjonshensyn, kan det tidvis være nødvendig å vurdere skadevolders opptreden såpass konkret som flertallet i Protector-dommen gjorde.

⁹⁰ HR-2017-1834-A avsnitt 51.

⁹¹ HR-2017-1834-A avsnitt 70.

På bakgrunn av det foregående, tolker jeg Høyesteretts praksis på dette punkt slik at karakteren av skadevolders pliktbrudd må vurderes konkret, både i lys av skadevolders forpliktelser overfor bygningsmyndighetene og i lys av det nærmere avtaleforholdet mellom foretak og tiltakshaver.

4.3.3 Kan det oppstilles et vilkår om kvalifisert uaktsomhet?

Spørsmålet er så om det kan oppstilles et *vilkår* om at det ansvarlige foretaket må ha utvist kvalifisert uaktsomhet for at erstatningsansvar overfor skadelidte tredjemenn kan være aktuelt. Ansvar etter culpanormen inntreer i utgangspunktet ved alminnelig uaktsomhet, men uttalelser i Bori- og Protector-dommene kan antyde at dette ikke gjelder for deliktansvar ved brudd på offentligrettslige plikter.

Det ansvarshavende boligbyggelaget i Bori-dommen hadde misligholdt sine offentligrettslige plikter på *klart uaktsomt vis*, og ble holdt erstatningsansvarlig overfor borettslaget.⁹² Tømreren i Protector-dommen ble ansett å ha opptrådt grovt uaktsomt overfor bygningsmyndighetene og *klanderverdig* overfor oppdragsgiveren. Opptreden overfor oppdragsgiveren ble likevel ikke ansett å være *grovt uaktsomt*, og tømreren ble frifunnet for erstatningsansvar.⁹³

Sammenholdt tilsier dommene at graden av uaktsomhet i hvert fall inngår som et *moment* i ansvarsvurderingen. I juridisk teori er det argumentert for at dommene oppstiller *vilkår* om kvalifisert uaktsomhet.⁹⁴

Etterfølgende underrettspraksis kan tilsi at det gjelder et vilkår om at det ansvarlige foretaket må ha utvist kvalifisert uaktsomhet for å kunne ilegges erstatningsansvar. En gjennomgang av avgjørelser fra lagmannsrettene viser at erstatningsansvar kun er konstatert hvor skadevolder har opptrådt på en kvalifisert klanderverdig måte.⁹⁵

Sammenholdt med de erstatningsrettslige utgangspunktene skissert i del 2, kan det imidlertid fremstå som anstrengt å oppstille et særskilt krav om at skadevolder må ha utvist kvalifisert uaktsomhet.

⁹² Rt. 2015 s. 276 avsnitt 42.

⁹³ HR-2017-1834-A avsnitt 51.

⁹⁴ Lie (2016) s. 608; Tørum (2017) punkt 3.3.

⁹⁵ I LF-2018-91155 og LB-2017-183460 ble pliktbruddet ansett henholdsvis "klart" og "grovt" uaktsomt. I LB-2014-33500 markerte foretakets svikt "et klart avvik fra forsvarlig opptreden".

De brede vurderingene som ble gjennomført i Bori- og Protector-dommene synes nemlig å angå et selvstendig spørsmål om det foreligger erstatningsvern. Det forutsetter, slik spørsmålet er blitt behandlet i disse dommene, at det allerede foreligger culpaansvar. I den sammenheng vil skadevolders aktsomhet overfor den skadelidte allerede ha blitt vurdert.

Videre beror vurderingen av rene formuestaps erstatningsrettslige vern på en konkret avveining av skadelidte og skadevolders interesser. Som redegjort for ovenfor, tillater dette utgangspunktet at rekkevidden av skadevolders erstatningsansvar overfor skadelidte tredjemenn fastsettes i lys av skadevolderens øvrige forpliktelser og avtaleforhold. Dette gjelder også forhold som ikke har vært synlige for den skadelidte part.

Disse utgangspunktene fra Bori- og Protector-dommene innebærer at det allerede er oppstilt en markant høyere terskel for at skadelidte kan nå frem med krav om deliktansvar sammenlignet med alminnelig erstatningsrett. At det i tillegg oppstilles et krav om kvalifisert uaktsomhet *både* i relasjon både til bygningsmyndighetene *og* til oppdragsgiver, vil i praksis uthule det erstatningsvernet Høyesterett etablerte for skadelidte tredjemenn i Bori-dommen. I tillegg vil en slik forståelse stride med det erstatningsrettslige hensynet til reparasjon, som tidvis omtales som erstatningsrettens hovedformål.⁹⁶

Dommene må tolkes og anvendes i lys av det rettskildebildet de inngår i, og det virker etter mitt skjønn ikke å foreligge rettskildemessig dekning til å utlede et *krav* om kvalifisert uaktsomhet fra Bori- og Protector-dommene. Dersom erstatningsregelen forstås å inneholde et vilkår om grov uaktsomhet, vil man i realiteten fravike de utgangspunktene som ble oppstilt i Bori-dommen.⁹⁷ De her nevnte forholdene tilsier derimot at graden av skadevolders uaktsomhet utvilsomt kan utgjøre et *moment* i vurderingen av om det foreligger erstatningsvern.

Til denne drøftelsen kan det innvendes at det ikke nødvendigvis er av stor betydning hvorvidt det oppstilles et *krav* om kvalifisert uaktsomhet. Det avgjørende for erstatningsvern er en bred helhetsvurdering av de interessene som gjør seg gjeldende, og i en slik vurdering vil skadevolders grad av uaktsomhet kunne stå sentralt. Illustrerende for et slikt synspunkt er uttalelsen i Borgarting lagmannsretts dom av 25. mars 2019:⁹⁸

⁹⁶ Se for eksempel NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningslovgivningen s. 23.

⁹⁷ For at dette formelt kunne blitt gjort måtte Høyesterett ha behandlet Protector-saken med forsterket rett iht. Lov 13. august 1918 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 5. Se nærmere Øie (2016) s. 97-99.

⁹⁸ LB-2018-11980.

«Flertallets syn i HR-2017-1834-A kan muligens leses slik at ansvar først er aktuelt ved grov uaktsomhet fra den ansvarshavende. For lagmannsretten er det ikke nødvendig å ta stilling til dette, da det uansett følger av Høyesteretts avgjørelser at det må foretas en bred helhetsvurdering eller avveining.»

I tillegg kan det tenkes at den strenge profesjonsnormen som ansvarlige foretak er underlagt innebærer at det uansett ikke skal mye til før et pliktbrudd er å anse som grovt. Uaktsomhetsnormen behandles nærmere i neste punkt.

4.3.4 Uaktsomhetsnormen ved brudd på offentligrettslige plikter

Gjennomgangen ovenfor viser at det av Høyesteretts praksis ikke kan utledes et absolutt krav om at skadevolder må ha utvist kvalifisert uaktsomhet i forbindelse med pliktbruddet. Skadevolders grad av uaktsomhet vil likevel inngå som et sentralt moment i drøftelsen, og i det følgende vil det redegjøres for uaktsomhetsnormen ved brudd på offentligrettslige plikter.

Som redegjort for i punkt 2.2, er en handlemåte uaktsom når skadevolders opptreden i tilstrekkelig grad avviker fra hva den skadelidte er berettiget å forvente i den gitte situasjonen. Pliktbruddet vil være kvalifisert dersom det utgjør et *markert* avvik fra forventet handlemåte og skadevolder er *vesentlig mer* å klandre enn ved alminnelig uaktsomhet.⁹⁹

I denne sammenheng er det av betydning hvorvidt skadevolder opptrer i kraft av å inneha en særlig faglig kompetanse. I så fall underlegges skadevolderen det såkalte profesjonsansvaret, som er en betegnelse på at virksomheter og andre profesjonelle aktører underlegges en skjerpet uaktsomhetsnorm innenfor sin faglige kompetanse.¹⁰⁰

I henhold til plan- og bygningsloven må et ansvarlig foretak godkjennes av bygningsmyndighetene.¹⁰¹ Godkjenning er betinget av at foretaket oppfyller kravene til kvalifikasjoner, pålitelighet og dugelighet gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven.¹⁰² Foruten faglig kompetanse, kreves blant annet at foretaket har etablerte rutiner for å sikre og dokumentere at byggetiltak oppfyller alle offentligrettslige krav.¹⁰³

⁹⁹ HR-2017-1977-A og Rt. 1989 s. 1318.

¹⁰⁰ Ifølge Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 105 oppstiller profesjonsansvaret "nærmest likhetstegn mellom faglige feil og uaktsomhet".

¹⁰¹ Plan- og bygningsloven kapittel 22.

¹⁰² Plan- og bygningsloven § 22-1 jf. § 23-3.

¹⁰³ Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften) § 5-5.

Ansvarlige foretak forutsettes derfor å inneha særlig faglig kompetanse i arbeidet de utfører. Det fremgår av flertallets votum i Bori-dommen at dette ble tatt i betraktning da regelen først ble oppstilt. Førstvoterende uttalte at:

«Når jeg går inn for denne løsningen er det også i lys av den mer alminnelige rettsutviklingen med hensyn til erstatningsansvar for svikt i kontrollfunksjoner og et strengt profesjonsansvar, også for tredjemanns rene formuestap.»¹⁰⁴

Parallelt med utviklingen av profesjonsansvaret er det etablert en lære om at det tidvis gjelder en mildere aktsomhetsnorm ved utøvelsen av offentligrettslige plikter.¹⁰⁵ Det innebærer at det må konstateres et større avvik mellom skadevolders utviste og forventede adferd enn hva som er tilfellet for den alminnelige culpanormen, for at opptreden kan være erstatningsbetingende.

Synspunktet bygger på konsekvensbetraktninger. Et for strengt erstatningsansvar vil kunne føre til at forvaltningen blir for tilbakeholden i sin myndighetsutøvelse, som i tur kan medføre at viktige samfunnsmessige hensyn blir skadelidende.¹⁰⁶ Hensynet bak regelen er at det offentlige har begrensede ressurser, og at domstolene ikke skal overprøve stortingets prioriteringer gjennom erstatningsretten.

I situasjonen som behandles i denne fremstillingen utøves de offentlige pliktene av private foretak. I juridisk teori er det antydnet at også private aktører bør innrømmes et visst slingringsmonn ved utøvelsen av offentligrettslige plikter. Blant annet skriver Lie at

«Det er vel rimelig å anta at private som feiltolker offentligrettslige pliktregler, også må innrømmes en viss adgang til å gjøre feil før det anses uaktsomt [...]. Her vil det antakelig måtte opereres med et visst rom for unnskyldelige feilvurderinger, i tråd med det som gjelder når det offentlige feiltolker rekkevidden av en hjemmelslov.»¹⁰⁷

Ansvarlige foretak driver imidlertid sin virksomhet i næringsøyemed, og det offentligrettslige ansvaret overfor bygningsmyndighetene påtas etter avtale med tiltakshaver. Dermed aktualiseres ikke de samme konsekvens- og ressursbetraktningene som kan begrunne et mildere ansvar for det offentlige. Hensynene bak en mild norm for det offentlige som skadevolder er derfor ikke treffende for ansvarlige foretak.

¹⁰⁴ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 34.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) Om lov om skadeserstatning i visse forhold s. 79.

¹⁰⁶ Rt. 2010 s. 291 avsnitt 34. Se også Bjerkan (2019) s. 292.

¹⁰⁷ Lie (2016) s. 601.

Det er på den bakgrunn neppe holdbart å hevde at en eventuell mildere aktsomhetsnorm kan få betydning for ansvarlige foretaks virksomhet. Det innebærer at det ikke skal lempes på den strenge aktsomhetsnormen som foretakene underlegges i kraft av profesjonsansvaret, av den grunn at det pliktene som utøves er offentligrettslige.

Den nærmere vurderingen av om pliktbruddet anses kvalifisert uaktsomt, beror på forholdene i den enkelte sak. Det kan blant annet være av betydning hvorvidt pliktbruddet medfører fare for liv eller helse,¹⁰⁸ og om skadelidte eller tiltakshaver kan bebreides for at skaden oppstod.¹⁰⁹ Det faller utenfor rammen av oppgaven å gå nærmere inn på forhold som mer generelt kan virke inn på aktsomhetsvurderingen.

Det foregående viser at et offentligrettslig pliktbrudd er å anse som kvalifisert uaktsomt dersom skadevolder i særlig stor grad kan klandres for ikke å ha opptrådt i samsvar med det som var forventet i den gitte situasjonen. Ansvarlige foretak er etter plan- og bygningsloven underlagt en streng profesjonsnorm, men den nærmere aktsomhetsvurderingen må foretas konkret ut fra den aktuelle situasjonen.

¹⁰⁸ Rt. 2011 s. 991. I Protector-dommen avsnitt 50 vektlegges at de overtrådte reglene gjaldt brannsikkerhet.

¹⁰⁹ Se skadeserstatningsloven § 5-1. I Protector-dommen avsnitt 51 vektlegges at tiltakshaverne medvirket til tømmerens pliktbrudd. Se tilsvarende i LB-2018-11980.

5 Forholdet til andre rettsregler – rettssystematikk

5.1 Offentligrettslige håndhevingsregler

5.1.1 Hvordan kan eller bør skadelidtes interesse ivaretas?

I det overordnede spørsmålet om den skadelidte bør kunne kreve sitt tap erstattet, har Høyesterett fremhevet "*håndhevingssynspunkter*" som et sentralt vurderingsmoment. Det er dermed aktuelt å vurdere hvorvidt skadelidtes interesse kan, eller bør, håndheves ved deliktansvar. Dersom en krenkelse i stedet burde vært forfulgt etter andre regler, vil det tale mot at skadelidte har en beskyttelsesverdig interesse for vern på deliktgrunnlag.

Denne fremstillingen angår brudd på offentligrettslige plikter etter plan- og bygningsloven, og ulovlighetsoppfølging reguleres særskilt i lovens femte del. Etter § 32-1 første ledd skal bygningsmyndighetene forfølge overtredelser av plan- og bygningslovens bestemmelser, men forfølgingsplikten er ikke absolutt. Etter annet ledd kan myndighetene avstå fra å forfølge overtredelser som er "*av mindre betydning*", og det fremgår av forarbeidene at reelle forhold som kompetanse, ressurser og kapasitet kan medføre at ulovligheter ikke følges opp i praksis.¹¹⁰

De aktuelle offentligrettslige sanksjonene er pålegg om retting, stans og opphør av bruk, samt forbud mot fortsatt virksomhet.¹¹¹ Sanksjonene kan følges opp med tvangsmulkt og eventuelt gjennomføres ved forelegg.¹¹² Dersom overtredelsen innebærer at foretaket ikke lenger oppfyller lovgivningens krav til pålitelighet og dugelighet, kan myndighetene i tillegg trekke tilbake foretakets ansvarsrett.¹¹³

Bygningsmyndighetene kan dermed iverksette håndhevingsregler og offentligrettslige sanksjoner i kraft av plan- og bygningsloven. Loven inneholder ingen bestemmelser om erstatningsansvar overfor skadelidte tredjemenn, slik at erstatningsansvaret som behandles i denne oppgaven kommer i tillegg til lovens håndhevingssystem.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling s. 352.

¹¹¹ Plan- og bygningsloven §§ 32-3 og 32-4.

¹¹² Plan- og bygningsloven §§ 32-5 til 32-7.

¹¹³ Plan- og bygningsloven §§ 22-2 jf. 22-1.

I Bori-dommen var spørsmålet derfor om deliktansvar burde oppstilles *til tross for* at loven allerede forutsatte at overtredelser skulle håndheves av det offentlige. For førstvoterende var det sentralt at privatrettslig ansvar kunne styrke reglernes gjennomslagskraft. Det ble uttalt at:

«Den ansvarliges mulige erstatningsplikt overfor en skadelidt tredjemann vil [...] utgjøre et nyttig privatrettslig supplement til det offentligrettslige håndhevingsregimet, som kan bidra til å styrke rettsvernet nettopp for de interesser på privat hånd som loven og de aktuelle regler også tar sikte på beskytte. Muligheten for erstatningsansvar vil anspore til kvalitet ved utførelsen av oppdraget som ansvarlig.»¹¹⁴

Førstvoterende foretok også en prinsipiell vurdering av hvorvidt løsningen var hensiktsmessig til tross for potensielle koordineringsproblemer ved et to-spolet håndhevingsystem. Fordelene med en selvstendig adgang for privat håndhevelse ble ansett å veie tyngre enn slike innvendinger, og etterfølgende rettspraksis har lagt til grunn denne slutningen.¹¹⁵

Det er dermed avklart at offentligrettslige pliktbrudd kan håndheves ved privatrettslige erstatningskrav. Spørsmålet er så hvordan slike håndhevings synspunkter kan innvirke på vurderingen av erstatningsvern i den enkelte sak. Det avgjørende blir i så måte hvor godt deliktreglene er *egnet* til å ivareta skadelidtes behov for vern i den aktuelle tapssituasjonen, og om erstatningsansvar kan bidra til en *mer effektiv håndhevelse* av de aktuelle reglene i plan- og bygningsloven. Disse to spørsmålene vil bli behandlet i det følgende.

5.1.2 I hvilken grad er deliktreglene egnet til å ivareta skadelidtes behov for vern?

I hvilken grad deliktreglene er *egnet* til å ivareta skadelidtes behov for vern beror for det første på hvilke tiltak det offentlige foretar etter plan- og bygningslovgivningen. Selv om deliktansvar kan påberopes på selvstendig grunnlag, vil skadelidtes behov for vern bortfalle i den utstrekning bygningsmyndighetene selv forfølger det offentligrettslige bruddet.

Det offentlige er som nevnt underlagt en plikt til å forfølge ulovligheter etter plan- og bygningsloven § 32-1 første ledd, men denne er ikke absolutt. Førstvoterende i Bori-dommen er inne på dette når han uttaler:

¹¹⁴ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 32.

¹¹⁵ Se likevel annenvoterende dommers særsvotum i HR-2017-1834-A avsnitt 61-63.

«Og skulle det gå galt, har den skadelidte tredjemann mulighet for å sikre seg mot å bli sittende med tapet, uavhengig av hvilke pålegg og sanksjoner de kommunale bygningsmyndighetene finner grunnlag for, og har kapasitet til, å iverksette.»¹¹⁶

Det kan derfor legges til grunn at deliktreglene er egnet til å ivareta skadelidtes behov i den utstrekning det offentlige selv ikke forfølger overtredelsene. Det faller utenfor rammene av oppgaven å gå nærmere inn på i hvilke tilfeller det offentlige kan avstå fra å forfølge overtredelser.

Skadelidtes behov for vern i deliktsammenheng kan også avhenge av mulige kontraktsrettslige beføyelser. En skadelidt kan ikke kreve erstattet tap som allerede er gjort opp gjennom kontraktsrettslige beføyelser, og betydningen av kontraktsforhold behandles nærmere i punkt 5.2 nedenfor.

5.1.3 Vil erstatningsansvar bidra til en mer effektiv håndhevelse av reglene?

Hvorvidt deliktansvaret kan bidra til *mer effektiv håndhevelse* av de aktuelle reglene i plan- og bygningsloven må vurderes konkret og på bakgrunn av de grunnleggende formålene bak erstatningsretten.

Generelt sett kan det hevdes at nærværet av en erstatningsplikt oppfordrer potensielle skadevoldere til å avstå fra å opptre på erstatningsbetingende vis. Dette er grunntanken bak det erstatningsrettslige hensynet til prevensjon.¹¹⁷ I juridisk teori er det imidlertid tatt til orde for at offentligrettslige pliktbrudd bare bør kunne håndheves ved privatrettslige sanksjoner dersom det kan anses viktig for å styrke reglenes gjennomslagskraft. I *Hagstrøm og Stenvik* leses at:

«I tillegg til å se på hvilke interesser som reglene først og fremst tar sikte på, må man ta i betraktning om privatrettslige sanksjoner er ønskelig og viktig for å effektivisere håndhevelsen av de normene som er overtrådt.»¹¹⁸

Dette kan tilsi at erstatningsansvar etter Bori- og Protector-dommene bør begrenses til tilfeller hvor det i vesentlig grad vil kunne bidra til at plan- og bygningslovgivningens bestemmelser overholdes.

¹¹⁶ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 32.

¹¹⁷ Se nærmere punkt 2.1 ovenfor.

¹¹⁸ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 84.

Slike betraktninger om effektivisering stod sentralt i prosedyrene holdt i forbindelse med Frostating lagmannsretts dom av 19. februar 2019.¹¹⁹ Saken gjaldt feil ved nyoppførte eneboliger, og boligeierne hadde fremmet erstatningskrav mot arkitektfirmaet som var *ansvarlig søker* for prosjektet. Arkitektfirmaet mente derimot at ansvarsregelens virkeområde måtte være begrenset til tilfeller hvor det aktuelle foretaket hadde påtatt seg rollen som *ansvarlig utførende* eller *ansvarlig kontrollerende* for byggetiltaket.

I Bori-dommen hadde det ansvarshavende boligbyggelaget påtatt seg rollene som ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende, og den ansvarshavende tømreren i Protector-saken var ansvarlig søker, utførende og kontrollerende. En gjennomgang av øvrig underrettspraksis viser også at regelen utelukkende er anvendt overfor foretak med rollen som ansvarlig kontrollerende, eventuelt i kombinasjon med øvrige ansvarsroller.¹²⁰

Rollen til ansvarlig søker innebærer i hovedsak å opptre som tiltakshavers representant overfor bygningsmyndighetene. Ansvarlig prosjekterende og ansvarlig utførende har derimot fagansvar for tiltaket, mens det ansvarlig kontrollerende foretaket innestår for at tiltaket utføres på forsvarlig vis og av foretak med ansvarsrett.¹²¹

En ansvarlig søker er dermed mindre involvert i gjennomføringen av byggeprosjektet sammenlignet enn de øvrige ansvarsrollene. Det kan tenkes at effektivitetsbetraktninger ikke i like sterk grad gjøres gjeldende i tilfeller hvor det ansvarlige foretaket *ikke* innehar rollen som ansvarlig kontrollerende eller ansvarlig utførende. I så fall kan det utgjøre et moment mot erstatningsansvar på deliktgrunnlag.

Etter Frostating lagmannsretts oppfatning var arkitektfirmaets pliktbrudd som ansvarlig søker likevel av avgjørende betydning for kvalitetskontrollen for byggeprosjektet. Boligkjøpernes erstatningskrav ble derfor tatt til følge, og dommen gir uttrykk for at også en ansvarlig søker er underlagt ansvarsregelen. Saken er anket og tillatt fremmet til behandling i Høyesterett.¹²²

I lys av disse betraktningene kan det likevel tenkes at delikterstatning ved en ansvarlig søkers pliktbrudd i mindre grad er egnet til å effektivisere plan- og bygningslovens regler, enn hva som er tilfellet for de øvrige ansvarsrollene.¹²³ Et slikt synspunkt vil innebære at det må stilles

¹¹⁹ LF-2018-91155.

¹²⁰ Det gjelder LB-2014-33500, LB-2016-27677, LB-2017-45727, LB-2017-184360 og LB-2018-11980.

¹²¹ De ulike ansvarsrollene reguleres i plan- og bygningsloven §§ 23-5 til 23-7.

¹²² Saken behandles i avdeling 21. og 22. januar 2020, jf. HR-2019-1374-U.

¹²³ Simonsen (2015) s. 22 påpeker at regelen kan forstås å være begrenset til rollen som ansvarlig kontrollerende.

høyere krav til de øvrige momentene i den brede helhetsvurderingen før en ansvarlig søker kan holdes erstatningsansvarlig overfor en skadelidt tredjemann.

5.2 Alternative kontraktsrettslige ansvarsgrunnlag

5.2.1 Et utgangspunkt om konkurrans?

Et annet spørsmål som kan oppstå, er hvilken betydning det har for vurderingen av skadelidtes erstatningsrettslige vern at det finnes alternative ansvarsgrunnlag for det aktuelle tapet. I denne sammenheng er særlig deliktansvarets forhold til kontraktsrettslige erstatningskrav aktuelt, og dette behandles i det følgende.

I norsk rett har det tradisjonelt vært antatt at en skadelidt kan velge fritt mellom ulike ansvarsgrunnlag for et erstatningskrav.¹²⁴ I tråd med dette utgangspunktet har deliktansvaret eksistert uavhengig fra, og parallelt med, andre alternative ansvarsgrunnlag, i såkalt *konkurrens*.

Ansvarsområdene for erstatning i og utenfor kontrakt kan imidlertid overlappe. Det gjelder særlig ved med rene formuestap, ettersom slike tap ofte er nært knyttet til kontraktsforhold. Delikterstatning begrenses imidlertid ikke av avtalte eller lovregulerte ansvarsbegrensninger eller reklamasjons- og foreldelsesfrister. Dersom delikterstatning tilkjennes i tilfeller hvor den skadelidte kunne forfulgt et kontraktsrettslig erstatningskrav, risikerer man at risikofordelinger fastsatt i lov eller etter avtale derved omgås.

I lys av dette er det i juridisk teori tatt til orde for at deliktansvar for rene formuestap bør avskjæres i den utstrekning tapet kan kreves erstattet etter reglene for kontraktansvar.¹²⁵ En regel om at et kontraktsansvar kan *konsumere* et deliktansvar innebærer at det må foretas en nærmere vurdering av om skadelidte kan påberope seg deliktansvaret i slike tilfeller.¹²⁶

På denne bakgrunn anførte boligbyggelaget i Bori-dommen at et eventuelt deliktansvar måtte bli konsumert av skadelidtes adgang til å fremme direktekrav etter kontraktslovgivningen. En

¹²⁴ Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 31-33; Skjefstad (2018) s. 234.

¹²⁵ Tørum (2007) s. 528-529 og 534.

¹²⁶ Tørum (2017) skriver i punkt 5.4 at skadelidte må ha "særlige grunner" for å kunne forfølge et deliktansvar.

annen løsning ville etter boligbyggelagets mening omgå kontraktskjeden og begrense partenes avtalefrihet.¹²⁷

Flertallet tok ikke stilling til hvorvidt boretslaget hadde grunnlag for å fremme et slikt direktekrav. Førstvoterende uttalte likevel at:

«Derimot vil jeg fremholde, som et mer gjennomgående prinsipp, at den som har flere grunnlag for et krav kan velge hvilket av disse han vil gjøre gjeldende [...]. En begrensning av denne valgfriheten må, slik jeg oppfatter hovedlinjen i Høyesteretts praksis, bygge på noenlunde klare holdepunkter i det samlede rettskildematerialet.»¹²⁸

Flertallet anså ikke at det forelå slike holdepunkt, og boligbyggelagets anførsel ble ikke tatt til følge. Dommen gir dermed uttrykk for at en skadelidt kan velge mellom å forfølge sitt krav etter enten delikt- eller kontraktsrettslige regler, med mindre det foreligger *noenlunde klare holdepunkter* for det motsatte.¹²⁹

I den etterfølgende Protector-dommen stod likevel betraktninger om konkurrens og konsumpsjon sentralt i partenes prosedyrer. Flertallet presiserte at Bori-dommen avklarte at brudd på offentligrettslige plikter kunne være ansvarsbetingende overfor skadelidte tredjemenn, selv om skadelidte kunne ha mulighet til å fremme krav etter kontraktlovgivningen.

I vurderingen av hvorvidt det skadelidte forsikringsselskapet burde kunne kreve sitt tap erstattet av den ansvarshavende tømmeren, drøftet flertallet hvordan erstatningskravet hadde oppstått. Kravet var et regresskrav for prisavslag som forsikringsselskapet hadde utbetalt til den siste eieren av boligen som følge av et kontraktsrettslig mangelskrav etter avtalen med selger. Flertallet påpekte at erstatningskravet dermed var nært knyttet til denne salgsavtalen.

Førstvoterende fremholdt at det kontraktrettslige utgangspunktet er at en kjøper skal forholde seg til sin selger, eller eventuelt fremme direktekrav etter reglene i kontraktslovgivningen.¹³⁰ Etter en konkret vurdering konkluderte flertallet med at den kontraktsrettslige mangelen som tømmerens misligholdt utgjorde, bare kunne forfølges etter kontraktsrettslige regler.

¹²⁷ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 10.

¹²⁸ Rt. 2015 s. 276 avsnitt 36.

¹²⁹ Uttalelsen er tatt til følge i blant annet LB-2014-117026.

¹³⁰ HR-2017-1834-A avsnitt 47.

Høyesterett vurderte ikke hvorvidt det forelå klare holdepunkt for å fravike et utgangspunkt om konkurrens, slik flertallet i Bori-dommen tydelig forutsatte.¹³¹ I stedet inngår argumentene mot konkurrens i de brede avveiningene av om det foreligger ansvarsgrunnlag, noe som kan knyttes til førstvoterendes bemerkninger i Protector-dommen om at vurderingen må bygge på den "faktiske situasjonen [og] de hensynene som gjør seg gjeldende".¹³²

I denne forbindelse kan det vurderes hvorvidt skadelidte har *reelt behov* for å fremme et delikterstatningskrav, eller om kravet fremstår som motivert av *omgåelseshensyn*. En slik innfallsvinkel er også i tråd med øvrig rettspraksis om rekkevidden av rene formuestaps erstatningsrettslige vern. Uttalelsen i Rt. 2010 s. 24 er illustrerende:

«Spørsmålet om deliktansvar må vurderast ut frå dei faktiske omstenda som ligg føre. Kontrakten [...] kan likevel prinsipielt sett få innverknad på rekkevidda av skadebotansvaret utanfor kontrakt.»¹³³

Sammenholdt gir Bori- og Protector-dommene uttrykk for at det fremdeles gjelder et utgangspunkt om konkurrens. En skadelidt kan derfor reise krav om erstatning på deliktgrunnlag selv om kravet kunne blitt forfulgt etter kontraktsrettslige regler. Hensynene som taler for konsumpsjon vil imidlertid inngå i den brede vurderingen av om tapet nyter erstatningsrettslig vern, men da på en mer integrert og konkret måte knyttet til sakens faktiske situasjon.

5.2.2 Når vil et alternativt kontraktansvar utelukke et deliktkrav?

Det foregående viser at skadelidtes mulighet til å påberope seg alternative ansvarsgrunnlag kan inngå som et kvalifiserende moment i vurderingen av deliktansvarets rekkevidde.

Vekten av et slikt moment beror på hvordan argumentene for og mot å tillate konkurrens gjør seg gjeldende i det enkelte tilfelle. Som fremholdt av *Tørum*, blir det overordnede spørsmålet hvordan erstatnings- og kontraktsretten best kan samkjøres i den konkrete situasjonen.¹³⁴

¹³¹ Se nærmere Skjefstad (2018) s. 235-236.

¹³² HR-2017-1834-A avsnitt 37.

¹³³ Rt. 2010 s. 24 avsnitt 43.

¹³⁴ Tørum (2017) punkt 4.7.1.

Løsningen må bero på en vurdering av de to regelsettenes virkeområder og bakenforliggende hensyn. Systembetragtninger og reelle hensyn kan imidlertid tilsi at deliktansvaret bør konsumere kontraktansvaret.

Konkurrensspørsmålet må vurderes i lys av at det ansvarlige foretaket står i et kontraktsforhold med *tiltakshaver*. Lovgiver har vedtatt regler i kontraktlovgivningen som gir uttrykk for en bestemt risikoplassering mellom partene, og i forbindelse med denne fremstillingen er det aktuelt å se nærmere på reglene om direktekrav. En direktekravadgang gir den skadelidte part (A) mulighet til å fremme krav mot sin medkontrahent (B) sin medkontrahent (C), for kontraktsbrudd som C har begått overfor B.¹³⁵

Direktekrav innebærer dermed at skadelidte trer inn i sin medkontrahents – forutsetningsvis tiltakshavers – kontraktposisjon overfor skadevolderen. Dermed bevares den fremforhandlede balansen mellom tiltakshaver og det ansvarshavende foretaket, noe som ivaretar hensynet til foretakets behov for forutsigbarhet. Dette er bakgrunnen for at direktekravreglene bygger på et slikt *subrogasjonssynspunkt*.¹³⁶

Subrogasjon innebærer i slike tilfeller at den skadelidtes tapsdekning reduseres i den utstrekning skadevolders ansvar, overfor det mellomliggende avtaleleddet (tiltakshaver), er begrenset i medhold av lov eller kontrakt. Selv om en slik begrensning strider med utgangspunktet om at skadelidtes tap skal erstattes fullt ut, harmonerer likevel denne løsningen best med den nærliggende lovgivningen på området.

Direktekravreglene inngår nemlig i et finstemt system i kontraktlovgivningen. Partenes balanseforhold er nøye regulert gjennom blant annet regler om mislighold, reklamasjon og foreldelse. Deliktansvaret gjelder uavhengig av slike regler, og dersom skadelidte fritt kan velge mellom å påberope seg deliktansvar fremfor kontraktsansvar, vil kontraktlovgivningens regler kunne uthules.¹³⁷

En utstrakt adgang til å fremme krav i konkurrans vil også kunne skape uforutsigbarhet. Ansvarsregelen som anvist i Bori- og Protector-dommene er utpreget skjønnsmessig, slik at deliktansvar i stor grad vil bero på en sammensatt vurdering av den enkelte sak. I tillegg omgår deliktansvaret kontraktlovgivningens strengere foreldelses- og reklamasjonsregler. Disse

¹³⁵ Bustadoppføringslova § 37 og avhendingslova § 4-16.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom s. 113.

¹³⁷ Tørum (2017) punkt. 3.1; Skjefstad (2018) s. 235; Skoghøy (2016) s. 206.

forholdene kan medføre at regelen blir prosessdrivende, slik at også flodbølgebetraktninger kan tilsi at ansvaret bør avgrenses av hensyn til skadevolderen.¹³⁸

Et utvidet ansvar hos ansvarshavende foretak kan også få bredere samfunnsøkonomiske følger ved at det blir dyrere både å engasjere og å forsikre ansvarlige foretak. Ved en uklar ansvarsfordeling oppstår en risiko for overforsikring, og som konsekvens kan det bli mer kostbart å gjennomføre entreprisprosjekter.¹³⁹ Til dette kan det innvendes at et *lempeligere* ansvar vil kunne medføre flere feil, noe som på sikt kan tenkes å påvirke for eksempel prisen på eierskifteforsikringer.

Disse betraktningene yter imidlertid mindre motstand for tilfeller hvor skadevolder har utvist *grov skyld*. Av bustadoppførings- og avhendingslovene fremgår at reklamasjonsreglene ikke gjelder ved grov uaktsomhet, og i juridisk teori er det antatt at det samme gjelder for ansvarsfraskrivelser.¹⁴⁰ Som påpekt i punkt 4.3.1, kan det neppe oppstilles et krav om at skadevolder må ha utvist grov uaktsomhet for å komme i ansvar, men i den utstrekning så er tilfellet, vil skadevolder ikke kunne påberope ansvarsfraskrivelser eller reklamasjonsregler på samme vis.

Dermed taler flere systembetraktninger og reelle hensyn for at deliktansvar i konkurrans med kontraktansvar bør begrenses. Illustrerende er også bakgrunnen for forsikringsselskapets søksmål i Protector-dommen. Den absolutte reklamasjonsfristen i bustadoppføringslova § 30 var utløpt, og den ansvarshavende tømreren ble ikke ansett å ha opptrådt grovt uaktsomt overfor tiltakshaveren. Et deliktansvar ville derfor ha innebåret en omgåelse av bustadoppføringslovens regler om direktekrav.¹⁴¹

De systembetraktninger og reelle hensyn som her er trukket frem kan tilsi at en skadelidt kun unntaksvis bør kunne påberope seg deliktansvar i konkurrans med kontraktansvar. På den måten kan ansvarsregelen på en bedre måte kunne fungere med det etablerte systemet av rettsregler den inngår i.

¹³⁸ Sml. Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 61-62 med videre henvisninger.

¹³⁹ Se Lie (2015) s. 613-614.

¹⁴⁰ Se henholdsvis bustadoppføringslova § 30 fjerde ledd, avhendingslova § 4-19 tredje ledd og Hagstrøm (2011) s. 652-654 med videre henvisninger.

¹⁴¹ Illustrerende er også Bori-dommen, hvor stevning ble inngitt etter foreldelsesfristene i henhold til lov 18. mai 1979 nr. 18 (foreldelsesloven) §§ 9 og 10 var utløpt. Se nærmere lagmannsrettens dom i LE-2013-146339.

6 Avsluttende betraktninger

6.1 Deliktansvaret i praksis

Det foregående viser at Høyesterett har avklart at brudd på offentligrettslige plikter etter plan- og bygningsloven kan danne grunnlag for en tredjemanns erstatningskrav, også for tilfeller hvor skadelidte har kunnet forfølge kravet etter kontraktsrettslige regler. Det avgjørende for deliktansvar er hvorvidt den skadelidte i den enkelte sak *bør* kunne holde det ansvarlige foretaket ansvarlig.

Det er ikke åpenbart hvor ansvarsregelen skal plasseres i den erstatningsrettslige rettssystematikken. Det er nærliggende å tolke dommene dithen at regelen gjelder et spørsmål om skaden og den skadelidte nyter erstatningsrettslig vern. Erstatningsvernet vurderes i utgangspunktet løsrevet fra de øvrige erstatningsvilkårene, men som vist kan ikke vurderingen av den grunn foretas isolert. I tråd med de alminnelige utgangspunktene for rene formuestap må de ulike vilkårene vurderes i lys av hverandre, og i flere sammenhenger omfatter spørsmålet om erstatningsvern også vurderinger av årsakssammenheng og culpaansvar.

Innholdet i Høyesteretts regel er ikke umiddelbart enkelt å få grep på, og i Bori- og Protectordommene fremheves flere momenter som skal legge føringer for vurderingen. Momentene er likevel utpreget skjønnsmessige og tilfører isolert sett lite til generell rettsanvendelse. Ansvarsregelen, og de ulike momentene, må derfor forstås og anvendes på bakgrunn av et relativt komplekst rettskildebilde i krysningen mellom alminnelig erstatningsrett, kontraktsrett og offentlig rett.

Den nærmere vurderingen beror på en konkret og sammensatt avveining av ikke bare skadelidtes og skadevolders interesser, men også bredere systembetraktninger og samfunnshensyn. En slik helhetlig tilnærming er ikke uvanlig for rene formuestap, selv om ansvarsregelen oppstilt i disse avgjørelsene fremstår som særlig, og kanskje unødvendig, kompleks.

Høyesteretts regel inneholder også flere kompliserte og til dels omfattende vurderingstemaer. Som ledd i ansvarsvurderingen må rettsanvenderen blant annet ta stilling til skadevolders utviste skyld, overtredelsens grovhet, skadelidtes behov for delikterstatning og vekten av de ulike reelle hensynene som gjør seg gjeldende. Regelen preges også av et fremtredende element

av konkret rimelighet, ettersom utfallet i det enkelte tilfellet beror på en vurdering av skadelidtes behov, tapssituasjonen og andre hensyn som gjør seg gjeldende.

Disse forholdene kan gjøre det krevende å vurdere rekkevidden av dette ansvaret, og ansvarshavende foretak kan vanskelig beregne sin rettsstilling ut fra det gjeldende rettskildebildet. En sammensatt, uforutsigbar og utpreget skjønnsmessig regel vil også kunne virke prosessdrivende.

Et eksempel på at ansvarets virkeområde kan være vanskelig å fastslå i praksis, finnes i den nevnte Frostating lagmannsretts dom av 25. februar 2019.¹⁴² Spørsmålet var om ansvarsregelen oppstilt i Bori- og Protector-dommene var begrenset til ansvarlig kontrollerende eller utførende foretak, eller om også ansvarlig søkende foretak var omfattet av et slikt ansvar. Lagmannsretten kom til at en ansvarlig søker kunne holdes ansvarlig på bakgrunn av disse dommene, men anke i saken er tillatt fremmet. I januar 2020 vil derfor Høyesterett på ny vurdere grensene for ansvaret etablert gjennom Bori- og Protector-dommene.¹⁴³

Illustrerende er også Borgarting lagmannsretts dom av 06. juli 2018.¹⁴⁴ Spørsmålet i saken var hvorvidt et ansvarlig foretak kunne holdes erstatningsansvarlig overfor et skadelidt sameie som følge av konstruksjonsfeil. Både foretaket og sameiet prosederte på rekkevidden av ansvarsregelen oppstilt i Bori- og Protector-dommene, men etter lagmannsrettens oppfatning var ikke dommene av betydning for saken. Det var ikke noe kontraktsforhold mellom sameiet og det ansvarshavende foretaket, og lagdommerne anså det unødvendig å gå nærmere inn på Bori- og Protector-dommene.¹⁴⁵

Videre har regelens anvendelsesområde klart nok blitt innsnevret gjennom den høye terskelen for ansvar som Protector-dommen kan tas til inntekt for.¹⁴⁶ Lest på bakgrunn av det øvrige rettskildebildet, tolkes denne avgjørelsen slik at deliktansvar betinger at den skadelidte må ha opplevd en kvalifisert tyngende tapssituasjon, og at skadevolder har opptrådt klanderverdig overfor både skadevolder, bygningsmyndighetene og tiltakshaver. I tilfeller hvor offentlige myndigheter selv tar affære, vil den skadelidte sjeldent ha behov for erstatningsrettslig vern, og

¹⁴² LF-2018-91155.

¹⁴³ HR-2019-1374-U.

¹⁴⁴ LB-2017-45727.

¹⁴⁵ Foretakets anke i saken ble ikke tillatt fremmet til behandling i Høyesterett jf. HR-2018-2294-U.

¹⁴⁶ Skoghøy (2017) punkt 2.3 forstår Protector-dommen som et forsøk på å "isolere" Bori-dommen og plassere sistnevnte på et "sidespor for ekstremtilfeller".

det samme kan hevdes å være tilfellet dersom det finnes alternative kontraktgrunnlag for erstatningskravet.

Majoriteten av underrettsdommene som det er henvist til i denne oppgaven er likevel avsagt i etterkant av Protector-dommen, og det kan stilles spørsmål om Høyesteretts signaler om en høy terskel for ansvar har fått gjennomslag. Det er også en tendens til at det i underrettene foretas grundige drøftelser av skadesituasjonen og karakteren av foretakenes pliktbrudd, mens skadelidtes *behov* for å fremme krav om delikterstatning er lite drøftet.¹⁴⁷ Dette kan muligens forklares ved at Høyesterett ikke uttrykkelig har tatt opp sistnevnte forhold, men at dette bare fremgår forutsetningsvis av det relativt komplekse rettskildebildet som ansvarsregelen inngår i.

Disse innvendingene til tross, ser man at de brede helhetsvurderingene Bori- og Protector-dommene gir anvisning på er karakteristiske for vurderingen av tredjemenns rene formuestap. Systemorienterte argumenter finner man igjen i drøftelsen av rene formuestap i blant annet Rt. 2007 s. 425, og som fremholdt av *Hjelmeng* tilrettelegges det gjerne for at instrumentelle forhold kan vektlegges i større grad ved rene formuestap enn det man typisk gjør ved integritetskrenkninger.¹⁴⁸

6.2 Bori- og Protector-dommenes prejudikatsverdi

Ansvarsregelen etablert i Bori-dommen er videreført i Protector-dommen, men enkelte forhold ved Høyesteretts avgjørelser kan tilsa at senere rettspraksis kan tenkes å begrense ansvarsregelens utstrekning. I det følgende knyttes noen betraktninger til avgjørelsens *prejudikatsverdi* (rekkevidde).

Høyesterett er en prejudikatsdomstol, og avgjørelser avsagt av Høyesterett er i stor grad bindende for etterfølgende praksis.¹⁴⁹ Rettsspørsmål skal derfor løses i samsvar med den rettsoppfatning som kommer til uttrykk i Høyesteretts praksis.¹⁵⁰ I tråd med alminnelig rettskildelære kan likevel rekkevidden av Høyesteretts avgjørelser begrenses dersom særlige forhold tilsier det.¹⁵¹

¹⁴⁷ Se for eksempel LB-2017-184360, LB-2018-11980 og LF-2018-91155.

¹⁴⁸ *Hjelmeng* (2007) s. 177.

¹⁴⁹ Grunnloven § 88 forutsetningsvis; NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning s. 128–129.

¹⁵⁰ Høyesterett kan fravike prejudikater ved forsterket rett jf. domstoloven § 5. Se nærmere Øie (2016) s. 97 flg.

¹⁵¹ Bårdsen (2016) s. 281; Nygaard (2004) s. 330; Skoghøy (2015) s. 272-273.

Som fremholdt av *Nygaard* beror rekkevidden av en høyesterettsdom blant annet på allmenn rettsoppfatning og øvrige samfunnssyn. Han påpeker for eksempel at en avgjørelse kan "*vera så sterkt kritisert at det blir uvisst om den kan ha prejudikatverdi*".¹⁵² I samme retning presiserer *Bårdsen* at:

«*Vurderingen av om prejudikatet står seg, vil alltid måtte være nokså konkret, og vil blant annet bero på hvor sterke grunner det er som taler for at det bør vike, avgjørelsestypen, hva slags norm prejudikatet gjelder, hvor klart, fullstendig og nyansert Høyesterett har uttalt seg, hvor viktig den aktuelle rettssetningen var for resultatet i saken, hvor stort innhugg i prejudikatet det er tale om å gjøre, om avgjørelsen er enstemmig, og om vi står foran en mer omfattende praksis.*»¹⁵³

Ansvarsregelen oppstilt i Bori- og Protector-dommene har vært gjenstand for omfattende kritikk i juridisk teori. Regelen er blant annet kritisert for å være vag, uklar og vanskelig å praktisere. På denne bakgrunn har *Tørum* fremholdt at ansvarsregelen inneholder "*åpenbare retts tekniske utfordringer*",¹⁵⁴ mens *Skoghøy* har uttalt at Protector-dommen gir "*et vesentlig større bidrag til rettsforvirring enn til rettsavklaring*".¹⁵⁵

Videre er avgjørelsene kritisert for å gå langt i å oppstille nye rettsregler i situasjoner hvor Høyesterett muligens burde vært mer tilbakeholden i sin virksomhet. Blant annet har *Lie* tatt til orde for at spørsmålet burde blitt avklart av lovgiver, og etter hans mening må det "*muligens [...] få som konsekvens at prejudikatsverdien [...] generelt begrenses*".¹⁵⁶

Ansvarsregelen er også kritisert for å avvike fra alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. For eksempel påpeker *Simonsen* at regelen i stor grad beror på partsspesifikke kontraktsnormer, mens deliktretten normalt angår mer generelle adferdsnormer.¹⁵⁷

I tillegg kan det vektlegges at Bori- og Protector-dommene er avsagt under dissens. Uenighetene mellom Høyesteretts flertall og mindretall knytter seg til materielle forhold, noe som gir uttrykk for at spørsmålet har vært omdiskutert. Sprikende begrunnelser taler for at det skal mindre til for å begrense rekkevidden av en avgjørelse.¹⁵⁸

¹⁵² *Nygaard* (2004) s. 328-330.

¹⁵³ *Bårdsen* (2016) s. 281.

¹⁵⁴ *Tørum* (2017) punkt 4.5.

¹⁵⁵ *Skoghøy* (2017) punkt 2.3.

¹⁵⁶ *Lie* (2016) s. 609. I samme retning *Skoghøy* (2016) s. 205-206.

¹⁵⁷ *Simonsen* (2015) s. 22.

¹⁵⁸ *Nygaard* (2004) s. 322.

Ansvarsregelen som kom til uttrykk i Bori-dommen er dessuten allerede beskåret i Protector-dommen. Som påpekt i punkt 5.2.1 fravek flertallet i realiteten Bori-dommens klare utgangspunkt om at deliktkrav kunne fremmes i konkurrens med kontraktskrav, og som vist i punkt 4.3.3 gir Protector-dommen anvisning på en svært høy terskel for at ansvarsregelen kommer til anvendelse.¹⁵⁹

Oppsummert hefter det usikkerhet både til innholdet i og utstrekningen av Høyesteretts ansvarsregel slik den er oppstilt i Bori- og Protector-dommene. Dommene er avsagt under dissens og har vært gjenstand for omfattende kritikk i juridisk teori. Dette kan innebære at Høyesterett ser behov for enten å presisere eller fravike regelen i kommende avgjørelser.

¹⁵⁹ Skoghøy (2017) punkt 2.3 oppfatter Protector-dommen slik at Bori-dommen «ble søkt "isolert" og plassert på et "sidespor" for ekstremtilfeller».

Kilderegister

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges grunnlov (Grunnloven)

Lov 13. august 1918 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

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

Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse (foreldelsesloven)

Lov 03. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.
(bustadoppføringslova)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften)

Forarbeider

NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningslovgivningen

NOU 2001:32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning

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

Ot.prp. nr. 4 (1972-1973) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom

Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven

Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

HR-2017-1834-A	HR-2017-1977-A	HR-2017-2352-A
HR-2018-1736-U	HR-2018-2294-U	HR-2019-1374-U
Rt. 1957 s. 426	Rt. 1973 s. 1268	Rt. 1989 s. 1318
Rt. 1991 s. 1335	Rt. 2001 s. 1062	Rt. 2006 s. 690
Rt. 2007 s. 172	Rt. 2007 s. 425	Rt. 2008 s. 1078
Rt. 2010 s. 24	Rt. 2010 s. 291	Rt. 2011 s. 991
Rt. 2012 s. 1444	Rt. 2015 s. 276	Rt. 2015 s. 385

Lagmannsrettspraksis

LB-2014-33500	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 27. mars 2015</i>
LB-2014-117026	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 04. juni 2015</i>
LB-2016-27677	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 05. desember 2016</i>
LB-2017-45727	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 06. juli 2018</i>
LB-2017-184360	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 18. februar 2019</i>
LB-2018-11980	<i>Borgarting lagmannsretts dom av 25. mars 2019</i>
LE-2013-146339	<i>Eidsivating lagmannsretts dom av 23. mars 2014</i>
LF-2018-91155	<i>Frostating lagmannsretts dom av 19. februar 2019</i>

Tingrettspraksis

TFOLL-2015-68109	<i>Follo tingretts dom av 18. desember 2015</i>
TNERO-2011-193959	<i>Nedre Romerike tingretts dom av 03. april 2013</i>

Litteratur

Fagbøker

- Hagstrøm og Stenvik (2015) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget 2015
- Hjelmeng (2007) Hjelmeng, Erling, *Revisors erstatningsansvar: En analyse av ansvarsnormen*, Fagbokforlaget 2007
- Kjelland (2019) Kjelland, Morten, *Erstatningsrett – en lærebok*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004
- Pedersen (2018) Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audvar Os, *Plan- og Bygningsrett: Del 2 Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Perland (2013) Perland, Olav Fr., *Tilretteleggeransvar: Verdipapirforetaks erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner*, Cappelen Damm Akademisk 2013
- Thorson (2011) Thorson, Bjarte, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, Gyldendal Akademisk 2011
- Tørum (2007) Tørum, Amund Bjøranger, *Direktekrav: Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entrepris. Formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Universitetsforlaget 2007
- Wilhelmsen og Hagland (2017) Wilhelmsen, Trine og Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett: Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Gyldendal Norsk Forlag 2017

Juridiske artikler, avhandlinger og foredrag

- Bjerkan (2019) Bjerkan, Gøril, *Offentligrettslig erstatningsansvar – virkeområde og ansvarsnorm: Basert på en presisering av offentlig servicevirksomhet og myndighetsutøvelse*, Doktoravhandlinger forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo (2019) nr. 132
- Bårdsen (2016) Bårdsen, Arnfinn, "De nordiske høyesterettene som prejudikatdomstoler – et perspektiv fra Norges Høyesterett", *Lov og rett*, 55 (2016) nr. 5, s. 259-282
- Hjelmeng (2013) Hjelmeng, Erling Johan, "Normkonkurransen i erstatningsretten?", *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*, Kirsten Ketscher, Kåre Lilleholt, Eivind Smith og Aslak Syse (red.), Gyldendal Juridisk 2013, s. 287-300
- Hjelmeng (2016) Hjelmeng, Erling, "Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – To høyesterettsdommer", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 13 (2016) nr. 3, s. 211-222
- Lie (2016) Lie, Markus Hoel, "Mellom delikt og kontrakt – En analyse og vurdering av dommen publisert i Rt-2015-276 (Bori boligbyggelag)", *Lov og rett*, 55 (2016) nr. 10, s. 593-614
- Simonsen (2016) Simonsen, Lasse, "Privatrettslig ansvar som følge av brudd på reglene etter plan- og bygningsloven", *Nytt i privatretten*, 17 (2015) nr. 3, s. 18-23
- Skjefstad (2018) Skjefstad, Arnt E., "Metodiske utfordringer i erstatningsretten – Noen grunntrekk og refleksjoner", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 15 (2018) nr. 4, s. 220-260

- Skoghøy (2015) Skoghøy, Jens Edvin A., "I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?", *Lov – Sannhet – Rett, Norges Høyesterett 200 år*, Schei, Skoghøy og Øie (red.), Universitetsforlaget 2015, s. 269-288
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A., "Forholdet mellom ansvar overfor kommunen etter plan- og bygningsloven og ansvar overfor private i og utenfor kontrakt", *Jussens venner*, 51 (2016) nr. 4, s. 189-211
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Høyesterett som politisk organ*, foredrag i Den norske avdeling av Det nordiske administrative forbund 30. november 2017, Oslo
- Tande (2018) Tande, Knut Martin, "Morten Kjelland: Erstatningsrett – En lærebok", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 15 (2018) nr. 2-3, s. 193-212
- Thorson (2010) Thorson, Bjarte, "De rene formuestapene som en ny æra i erstatningsretten", *Tidsskrift for erstatningsrett*, 7 (2010) nr. 3, s. 117-120
- Tørum (2017) Tørum, Amund Bjøranger, *Forholdet mellom kontrakts- og deliktansvar*, foredrag på Det 41. nordiske juristmøte 24. august 2017, Helsingfors
- Øie (2016) Øie, Toril, "Storkammer", *Rettsavklaring og Rettsutvikling – festskrift til Tore Schei*, Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), Universitetsforlaget 2016, s. 88-116