

# **Kommunen sitt kontraktrettslege og erstatningsrettslege ansvar for ordføraren sine handlingar**

Rettleiar: Professor dr. juris Jan Fridthjof Bernt

Kandidatnr: 159021

Leveringsfrist: 01.06.2009

Til saman 11458 ord

31.05.2009

# Innhald

<b><u>1</u></b>	<b><u>ORDFØRARVERVET</u></b> .....	<b><u>2</u></b>
<b>1.1</b>	<b>INNLEIING</b> .....	<b>2</b>
<b>1.2</b>	<b>ORDFØRAREN SIN POSISJON I KOMMUNALFORVALTNINGA</b> .....	<b>3</b>
1.2.1	KORT OM HISTORISK BAKGRUNN.....	4
1.2.2	ORDFØRAREN SIN KOMPETANSE ETTER GJELDANDE LOVGJEVING.....	6
1.2.2.1	Rolla som kommunens rettslege representant.....	6
1.2.2.2	Kompetansen til å signere på vegne av kommunen .....	8
1.2.2.3	Tildelegert vedtakskompetanse.....	10
<b><u>2</u></b>	<b><u>NÆRARE OM LEGITIMASJON I OFFENTLEGRETTSLEGE FORHOLD</u></b> .....	<b><u>13</u></b>
<b>2.1</b>	<b>INNLEIING OG PROBLEMSTILLING</b> .....	<b>13</b>
<b>2.2</b>	<b>OVERORDNA OMSYN: SKILJET MELLOM PRIVAT OG OFFENTLEG RETT</b> .....	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>UTVIKLING I RETTSPRAKSIS OG TEORI</b> .....	<b>15</b>
2.3.1	TREDELING AV PROBLEMATIKKEN ETTER CASTBERG SIN MODELL.....	15
2.3.1.1	Legitimasjon ved utøving av offentleg myndigheit .....	16
2.3.1.2	Legitimasjon ved privatrettslege avtalar med offentlege myndigheiter.....	19
2.3.1.3	Legitimasjon ved forvaltningskontraktar .....	23
<b><u>3</u></b>	<b><u>SKADEBOTANSVAR VED OVERSKRIDING AV PERSONELL</u></b> <b><u>KOMPETANSE</u></b> .....	<b><u>30</u></b>
<b>3.1</b>	<b>FORHOLDET MELLOM SKADEBOT OG LEGITIMASJON</b> .....	<b>30</b>
<b>3.2</b>	<b>VAL AV ANSVARSRUNNLAG</b> .....	<b>31</b>
<b>3.3</b>	<b>LØYSINGSMODELLAR VALDE I RETTSPRAKSIS</b> .....	<b>33</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b> .....	<b><u>38</u></b>

# 1 Ordførarvervet

## 1.1 Innleiing

Tema for oppgåva er overskriding av personell kompetanse i kommunalretten, forsøkt konkretisert gjennom ordførarvervet.<sup>I</sup> Hovudproblemstillinga er om det er rom for avtalerettslege legitimasjonssynspunkt i tillegg til den nokså strenge forvaltningsrettslege ugyldigheitslæra. Med ”legitimasjon” i avtalerettsleg forstand vert det normalt sikta til det ytre skin av rett ein person har til å gjennomføre visse rettslege disposisjonar.<sup>II</sup> Det er altså eit spørsmål om innslagstyngda av privatrettslege reglar eller analogiar av desse i forvaltningsrettsleg samanheng.

I privatretten er det eit gjennomgåande prinsipp at medkontrahent som er i god tru om motparten sin rett har ei verneverdig interesse, sjå avtl. § 10 andre ledd, tingl. § 27, ekstl. § 2 etc. I mange tilfelle vil det derfor vere avgjerande for binding at avgjevar ovanfor motparten objektivt sett framstår som rette vedkommande til å inngå avtale. At legitimasjon må vere objektivt underbygd inneber at den må byggje på eit attomliggjande rettsforhold. Dette kan vere i kraft av den posisjon eller stilling avgjevaren har, eller at vedkommande handlar som fullmektig på vegne av andre. For ordførarvervet kan begge problemstillingar vere aktuelle. Vervet sin rettslege posisjon i kommunalforvaltninga vil derfor vere av stor betydning for legitimasjonsspørsmålet, og dessutan spørsmålet om eventuell skadebot for overskriding av kompetanse.

Eg vil derfor i det følgjande gjere greie for dei hovudtrekk som karakteriserer ordførarvervet, for å gje eit bakgrunnstepp for problemstillingane ovanfor. Fokuset for framstillinga er som nemnt å gje eit oversyn over stillinga sin rettslege posisjon, under dette særleg forhold som er

---

<sup>I</sup> For generelt om kompetansereglane, sjå Bernt i Bernt og Rasmussen, s. 65 – 69; Bernt, Overå og Hove, s. 62 – 66.

<sup>II</sup> Gisle m.fl., s. 191

eigna til å gje eit bakgrunnsbilete av ordføraren si evne til å forplikte sin eigen kommune. Dette medfører at ikkje alle kompetanseområde vil bli dekt, slik som leing og saksstyring i kommunestyre og formannskap, og retten til deltaking i andre kommunale organ, jf. koml. § 9 nr. 3 og 4.

I framstillinga vert det med ”ordførar” først og fremst meint ordførar i primærkommunane. På same måte vert det utelukkande nytta terminologi som kommunestyre, formannskap og administrasjonssjef, sjølv om delar av stoffet vil ha direkte overføringsverdi til dei tilsvarande organ på fylkeskommunalt nivå.

## 1.2 Ordføraren sin posisjon i kommunalforvaltninga

Ordførarvervet har ein sær sentral og tradisjonsrik posisjon i den norske og nordiske kommunalretten elles. Tofte definerer ordføraren som ein kommunal tillitsmann.<sup>I</sup> Som kommunale tillitsmenn reknar han alle verv som vert valde av kommunalt organ med rett eller plikt til å gjennomføre slikt val. Ordførar vert vald av kommunestyret blant formannskapet sine medlemmar, der alle som utgangspunkt har plikt til å ta imot vervet, sjå koml. § 9 nr.1. Sidan vervet er pliktig, reknar han også ordføraren som ombodsmann i tradisjonell forstand.

Andre<sup>II</sup> har villa karakterisere ordføraren som eit sjølvstendig kommunalt organ. Til støtte for eit slikt syn kan det førast at ordførar på same måte som administrasjonssjef vart rekna opp som nærmast sjølvstendig institusjon ved sida av kommunestyre og formannskap etter den gamle lova.<sup>III</sup> Tilsvarande i dagens lovgjeving, der § 9 om ordførar er plassert under lova sitt kapittel 2, ”De kommunale og fylkeskommunale organ”. Det vil nok likevel vere for teknisk og formalistisk å leggje avgjerande vekt på dette. Det går ikkje fram av førearbeida at motivet med lovteknikken er å rubrisere ordføraren sin rolle på noko bestemt måte. Det er høgst usikkert om lova gir noko rettleiing på dette punktet i det heile.

---

<sup>I</sup> Tofte, s.21.

<sup>II</sup> Noss, JV 1995 s. 359, s. 377.

<sup>III</sup> Kommunelov 12. november 1954 nr.1 § 3.

Enkelte uttalingar i rettspraksis gir eit litt delt bilete. I Rt. 1992 s. 1642 var spørsmålet om ein kommune kunne bli erstatningsansvarleg, då ordføraren hadde gått utanfor sin kompetanse ved garantistilling til lån. Førstvoterande uttaler følgjande om ansvarsgrunnlaget:

”Såvidt jeg kan se, er det mye som tale for at det, slik forholdene ligger an, foreligger ansvar fordi ordføreren, som her har handlet, er ett av *kommunens viktigste organer*... Men erstatningsansvar kan også begrunnes etter skadeerstatningsloven § 2-1, jf. bestemmelsens nr. 3 annet punktum om at like med arbeidstaker regnes *ombudsmann i offentlig virksomhet*” (mine kursiveringar).<sup>I</sup>

Høgsterett valde å byggje på arbeidsgjevaransvaret. Dette viser at synet på ordføraren som kommunal tillitsmann er akseptert av Høgsterett, og kanskje eit signal om at det er det mest treffande.

### 1.2.1 Kort om historisk bakgrunn

Grunnlaget for det moderne kommunale sjølvstyret vart lagt ved formannskapslovene av 1837. Før dette var også det lågaste forvaltningsnivået ein del av statens verksemd. Formannskapet vart det sentrale organ<sup>II</sup>, og ordføraren sin rolle som politisk leiar kom klart til uttrykk gjennom dei oppgåver som var lagt til vervet. Han skulle mellom anna stå for administrering av sakshandsaminga og innkalle til og leie møte i formannskap og representantskap. På landet var han dessutan kommunen sin representant i møte med den statlege forvaltning, representert ved embetsmenn.<sup>III</sup> Ordføraren skulle personleg utferdige, underskrive og ekspedere vedtak frå formannskap og representantskap. Utgangspunktet var likevel framleis at dei statlege embetsmennene skulle setje vedtaka i verk. Sjølv om dei folkevalde organa i praksis fekk meir makt enn tiltenkt etter lova<sup>IV</sup>, og då særleg på landet, bidreg denne oppgåvefordelinga til å styrke biletet av ordføraren som ein politisk frontfigur med mindre mynde ved den utøvande del av kommunalforvaltninga.

---

<sup>I</sup> Rt. 1992 s. 1642, s. 1648.

<sup>II</sup> Sjøå lfl. § 21 og bkl. § 17 om formannskapet sitt ansvarsområde.

<sup>III</sup> lkl. §§ 30, 36, 40 og bkl. §§ 26. I byane var det meir direkte kontakt mellom formannskap og magistrat, sjå bkl. §§ 20, 29.

<sup>IV</sup> Tofte, s. 19.

Tidleg på 1900-talet kom ei rekkje proposisjonar i samband med oppheving av embetsmannstillingane fogd og magistrat. Det bør framhevast at ein i fleire av desse<sup>I</sup> gjekk inn for ei vesentleg utviding av utøvande makt for ordføraren i det tomrommet som oppstod. Av ulike grunnar førte ingen av desse fram til realitetsavgjerd, og ved vedtaking av dei nye lovene i 1921<sup>II</sup> gjekk ein i staden inn for å opprette borgarmeister som administrativ leiar i byane. Synet var at ein ikkje trong slik stilling i landkommunane, men også her var det høve til å opprette stillingar ved behov og statleg samtykke. Dette synet vart vidareført i lova frå 1938<sup>III</sup>. Sjølv om rådmannstillinga først var lovpålagt for alle kommunar i 1980<sup>IV</sup>, var den klare utvilking ei stadig sterkare kommunaladministrasjon under eigen tilsett leiar. Tanken om ordføraren som overordna for dei kommunale tenestemenn vart altså forlaten i 1921.

Ei nyare vending når det gjeld dei kommunale organ er innføringa av kommunal parlamentarisme som alternativ ordning til den klassiske formannskapsmodellen.<sup>V</sup> Essensen i ordninga er at det administrative leiaransvaret vert overført frå administrasjonssjefen til eit kollegialt samansett kommuneråd. Departementet gjekk dessutan inn for å erstatte ordførarvervet med eit reint møteleiarverv som også skulle overta ordføraren sine meir eksterne funksjonar. Synspunktet var at ordføraren ville få redusert politisk betyding ved parlamentarismemodellen, og at ein burde ha klare kompetanseforhold:

”Departementet viser til at opprettholdelse av ordfører-/fylkesordførervervet kan bidra til å skape ukklarhet om kompetanse- og ansvarsforholdene i kommunen/fylkeskommunen fordi ordfører/fylkesordfører rent faktisk – om ikke rettslig – får en annen posisjon ved innføring av parlamentarisk styreform. I likhet med utvalgets flertall legger departementet vekt på at det vil være en naturlig konsekvens av overgang til parlamentarisk styrefom at vervet som kommunerådet/fylkesrådet blir det fremste politiske verv i kommunen/fylkeskommunen”<sup>VI</sup>

Stortinget var derimot av motsett oppfatning, og gjekk inn for å oppretthalde ordførarvervet i kommunar med parlamentarismemodell. Stortinget tok same standpunkt som mindretalet i

---

<sup>I</sup> Ot.prp. nr. 16 (1909), Ot.prp. nr. 3 (1910), Ot.prp. nr. 26 (1911).

<sup>II</sup> Lov 30. september 1921 nr. 2 og 3.

<sup>III</sup> Lov 10. juni 1938 nr. 5 § 39.

<sup>IV</sup> Lov 18. april 1980 nr.7.

<sup>V</sup> Sjå koml. kapittel 3.

<sup>VI</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 107

lovutvalet. Ein la vekt på at kommunestyret framleis var det øvste organ i kommunen og at kommunerådet sin kompetanse ut over administrasjonsleiinga var avhenging av delegasjon<sup>I</sup>:

”...Det [er] derfor naturleg at lederen av disse organ etter loven har den same formelle rettslige posisjon her som elles, selv om ordføreren nok i praksis vil kunne spille en noe meir tilbaketrukket rolle under parlamentarisk styringsmodell.”<sup>II</sup>

Ein er altså samd i at ordføreren reint faktisk vil få redusert betyding. Sjølv om dette ikkje endrar ordføreren sin rettslege stilling i forhold til dei andre organa er det eit vesentleg moment når ein skal ta stilling spørsmålet om legitimasjon, og den private si verneverdige interesse ved overskriding av personell kompetanse.

## 1.2.2 Ordføreren sin kompetanse etter gjeldande lovgjeving

Den sentrale føresegna om ordførarens stilling etter dagens lovgjeving er koml. § 9. I motsetnad til tidlegare lover har gjeldande lov ei eiga føresegn som direkte utpeiker kommunestyret som det øvste vedtaksføre organ i kommunen, sjå koml. § 6. Det er derimot ikkje tvilsamt at situasjonen var den same også tidlegare. Etter førearbeida er føresegna meint å fange opp essensen i dei aktuelle føresegnene i 1954-lova<sup>III</sup>.

### 1.2.2.1 Rolla som kommunens rettslege representant

Etter koml. § 9 nr. 3 er ordføreren ”rettslig representant” for kommunen. I dette ligg det for det første at ordføreren er rett saksøkt ved sivile søksmål mot kommunen, smln. dl. § 191. Kompetansen til å gjere vedtak om å ta rettargangskritt på kommunen si vegne ligg elles hjå kommunestyret, så langt ikkje anna føl av delegasjonsvedtak etter § 6 andre punktum. Derimot har ordføreren si stilling som rettsleg representant medført at ein reknar han som legitimert til å ta slike skritt, utan omsyn til sin faktiske kompetanse. Legitimasjonen rekk

---

<sup>I</sup> Sjøå koml. § 20 nr. 3.

<sup>II</sup> NOU 1990 nr. 13 s. 364, sjå også Innst. O. nr 95 (1991-1992) s. 32.

<sup>III</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 265.

veldig langt på dette punktet. Det er blitt hevda at ein domstol utan vidare må bygge på rettargangskritt frå ordførar så fram det ikkje vert kalla attende av kommunestyret.<sup>I</sup>

Frå rettspraksis har me fleire døme på at ordførar har erklært anke utan vedtak frå kommunestyret. I Rt. 1958 s.1045 godkjente heradsstyret ordføraren sin avgjerd om anke og hadde dermed reparerende effekt. Reparasjonssynspunktet vart gjeve avgjerande vekt, sjølv om ankefristen på dette tidspunktet var ute.

I same linje er Rt. 1988 s. 1034. Der kuriøse med denne saka er derimot at kommunestyret ynskte å trekke anken, og at lagmannsretten var kjend med dette. Anken vart likevel ikkje trekt, då kommunen trudde ein måtte vente på samtykke frå finansdepartementet. Staten på si side løyste problemet ved sjølv å tre inn i saka som sterk hjelpeintervent. Retten kom til at ordførarens stilling som rettsleg representant medførte at hans prosesshandlingar måtte kallas attende ved prosesskrift. Faktisk kunnskap om kommunens standpunkt kunne ikkje medføre avvising ex officio.

Endå vidare går Rt.1992 s. 1339. Her var anke teken ut av fylkesordførar, og feil organ (fylkesutvalet) gjorde sidan vedtak om den nødvendige fullmakt. Til trass for at det ikkje førelåg noko reparasjonssynspunkt, la kjæremålsutvalet kategorisk til grunn at retten ikkje skal ta stilling til kompetansespørsmålet, men byggje på ordføraren sin legitimasjon, idet ein legg vekt på praktiske omsyn. Held ein dette saman med reparasjonssynspunktet vert slutninga at retten kan ta omsyn til underliggande forhold til kommunen sin favør for å fremme saka, men ikkje disfavør.

Ei mogleg avgrensing i legitimasjonen er likevel antyda i RG. 1982 s. 847 (Norhordland heradsrett). Retten la avgjerande vekt på at det ikkje var tale om ankesak, men å reise søksmål. Det var dermed ingen prosessuelle fristar, ”...og da må man etter herredsrettens oppfatning i høyere grad overholde de formelle vedtaksregler”.<sup>II</sup> Rett nok var det gjort kommunestyrevedtak 14 dagar før hovudforhandling, men retten såg bort frå dette då det ikkje førelåg kvalifisert fleirtal. Etter mitt syn er dette ei god avgrensing i ordførarens prosessuelle legitimasjon, sidan korkje praktiske eller reparasjonsomsyn gjer seg gjeldande i ei slik sak. Synspunktet er nok likevel i strid med det som er hevda elles, og i kommentarutgåver til noverande og tidlegare lovgjeving er det nokså kategorisk lagt til grunn at ordføraren også er legitimert til å reise søksmål.<sup>III</sup> Eg viser i denne samanheng også til HR-2001-

---

<sup>I</sup> Overå i Bernt, Overå og Hove s. 367.

<sup>II</sup> RG. 1982 s. 847, s. 849.

<sup>III</sup> Dybsfjord; s. 152, Hammer s. 144; Overå og Bernt s. 74.



556, der dommane ovanfor vart tekne til inntekt for at retten, som ved anke, ikkje kan prøve om det føreligg gyldig vedtak om søksmålanlegg. Det verker likevel noko lettvindt å dra ei slik slutning av to saker som begge gjaldt reparasjon ved mangelfull anke.

### 1.2.2.2 Kompetansen til å signere på vegne av kommunen

Det føl vidare av koml. § 9 nr. 3 at ordføraren underskriver på kommunens vegne. Føresegna slår dermed fast at det er ordføraren som forpliktar kommunen juridisk i alle tilfelle der kompetansen ikkje er tildelt andre. Slik delegasjon kan gjerast av kommunestyret og skjer i praksis ofte til fordel for administrasjonssjefen. Sjølv om ordføraren etter lova er den som formelt forpliktar kommunen går det klart fram av førearbeida at kompetansen til å signere *ikkje* medfører kompetanse til å treffe vedtak eller inngå bindande avtale.<sup>I</sup> Denne kompetansen ligg etter lova si normalordning til kommunestyret, sjå ovanfor 1.2.2. I det heile er det eit særteikn at lova ikkje inneheld konkrete føresegner som gjev ordføraren direkte vedtakskompetanse.

Ved første augekast kan dermed stillast spørsmål om kvifor signeringskompetansen er lagt til ordførarvervet. Det kan verke som ei klarare ordning om det etter lova låg til administrasjonssjefen, som dessutan er ansvarleg for å setje vedtak i verk, koml. § 23 nr. 2. Svaret heng klart nok saman med den tradisjonelle oppfatninga av ordførarvervet som politisk frontfigur både internt, men kanskje endå viktigare, utover. Internt bidreg kompetasen til å styrke ordføraren sin posisjon som bindeledd mellom administrasjon og dei folkevalde organ. Eksternt, det vil seie ovanfor andre forvaltningsorgan og private partar, bidreg det å markere ordføraren som kommunen sin offisielle representant. Det gir med andre ord eit ytre skin utover ordføraren sin reelle kompetanse.

Til trass for dette er det tradisjonelle utgangspunktet at ordføraren heller ikkje er legitimert til å forplikte kommunen ved si underskrift i privatrettslege saker.<sup>II</sup> Dette står i skarp kontrast til den vide legitimasjonsregel som eksisterer ved prosessuelle forhold, jf. ovanfor 1.2.2.1.

---

<sup>I</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 267.

<sup>II</sup> Bernt, Overå og Hove s. 369, Hov s. 405, Eckhoff/Smith s. 168; sjå også Graver s. 248.

Det markante skillet til den privatrettslege legitimasjonsregel kan nok best forklarast ved at dei folkevalde organ sin kompetanse byggjer på lov og ikkje fullmakt, slik situasjonen vil vere for dei private juridiske personar. Når kompetansen i utgangspunktet kviler på eit offentlegrettsleg grunnlag bør ein truleg vere varsam med å nytte analogiar frå privatretten. Det prinsipielle skillet mellom privat og offentleg rett tilseier at privatrettslege reglar om fullmakt og legitimasjon vil ha avgrensa overføringsverdi.<sup>I</sup>

Førearbeida til kommunelova er knappe på dette punktet, men uttaler at

”[s]pørsmålet om kommunen/fylkeskommunen blir bundet hvis ordfører/fylkesordfører går utover sin kompetanse her, må - på samme måte som i dag - avgjøres utfra den forvaltningsrettslige og kontraktsrettslige ugyldighetslære, avhengig av disposisjonens karakter. Tilsvarende gjelder spørsmål om eventuelt erstatningsansvar eller andre rettsvirkninger av kompetanseoverskridelsen”.<sup>II</sup>

Med dette er det antyda ein mogleg forskjell i regelbruken avhenging om den aktuelle avtalen omhandlar utøving av offentleg myndigheit, eksempelvis pålegg, dispensasjonar eller bevillingar, eller på den andre sida har eit meir eller mindre privatrettsleg preg.

Problemstillinga om binding kjem i så fall på spissen i dei saker med element av begge deler, særleg dei tilfelle kommunen gjer privatrettslege avtalar med tilsegn om bestemte forvaltningsvedtak, den såkalla forvaltningsavtalen. Slike avtalar er ikkje upraktiske og førekjem til dømes ved kommunale utbyggingsavtalar med privat utbyggjar, og då gjerne med tilsegn om bevilling, dispensasjon eller regulering av område på bestemt måte som motyting frå kommunalt hald.

Det er ikkje uproblematisk at eit mangelfullt vedtak til gunst for parten er ubetinga ugyldig grunna personell kompetansesvikt, medan den privatrettslege motytinga må angripast med påstand om ugyldigheit etter reglane om brestande føresetnader, eventuelt avtl. § 36.<sup>III</sup>

Dersom den private part har hatt utgifter eller tap, oppstår dessutan spørsmålet om erstatning. Eg vil sjå nærare på desse spørsmåla nedanfor. Førebels er det tilstrekkeleg å konkludere med at ordføraren etter lova ikkje har myndigheit til å binde kommunen ut over sin materielle rett, anna enn ved rettslege steg.

---

<sup>I</sup> Sjå også nedafor, punkt 2.2.

<sup>II</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 267

<sup>III</sup> Sjå Bernt, s. 192 – 193 om tilsvarende problemstilling der kommunen er ubunden av anna årsak.

### 1.2.2.3 Tildelegert vedtakskompetanse

I utkastet til noverande kommunallov gjekk lovutvalet inn for å utvide høvet til å delegere vedtakskompetanse til ordføraren. Ein uttaler at praksis har vist behovet for å delegere slik myndigheit, utan å spesifisere nærare kva som ligg i dette.<sup>I</sup> Det er nok først og fremst sakshandsaming i samband med ferietid ein tek sikte på. Vidare viser ein til det ”paradoks” at både leiar av nemnd og administrasjonssjef kan tildelegerast større vedtakskompetanse enn ordførar. Om sjølve råma for forslaget uttaler ein nokså vagt at ”...delegasjonsadgangen bør være relativt vid. Den ytre ramen for delegasjonsadgangen bør være rimelig fleksibel, og på samme måte som i forhold til administrasjonssjefen foreslås adgang til delegasjon av avgjørelsesmyndighet i enkeltsaker eller typer av saker som ikke er av prinsipiell betydning”.

Ein så vid delegasjonsheimel er ikkje derimot ikkje uproblematisk med tanke på ordføraren sin rolle som politisk leiar i kommunalforvaltninga, sjå ovanfor 1.2.1 og 1.2.2. Departementet påpeikte at det, med unntak av feriar og hastesaker, neppe vil vere behov for delegasjon til ordføraren. På prinsipielt grunnlag la ein dessutan vekt på at eit snevrare delegasjonsregel ville ”...også være best i samsvar med kollegieprinsippet om at avgjørelser bør ligge til de folkevalgte organene som sådanne”.<sup>II</sup>

Her oversåg altså lovutvalet dei karakteristiske trekk ved ordførarvervet. Som politisk leiar i kommunen er ordføraren sitt saksområde for det langt meir komplekst og detaljrikt enn leiar av noko nemnd. Ein slik delegasjonsheimel til ordførar vil dermed kunne binde kommunen i langt fleire typar saker. Kommunaldepartementet framheva denne skilnaden i sitt lovframlegg og gjekk dermed imot lovutvalet på dette punktet. Vidare uttrykte departementet stor skepsis mot å gjere høvet til delegasjon for ordførar lik med administrasjonssjefen. Ein legg vekt på at dette vil føre til ”uklare ansvarsforhold og kompetansestrid”. Vidare uttaler ein at: ”Selv om det vil være opp til kommunestyret/fylkestinget å fastsette de konkrete rammene for den delegerte myndighet i sine delegasjonsvedtak, vil man etter departementets mening

---

<sup>I</sup> NOU 1990 nr. 13 s. 131.

<sup>II</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 84

vanskelig kunne unngå at det i praksis vil kunne føre til uklare ansvarsforhold innad i kommunen/fylkeskommunen”.<sup>I</sup>

Ein tenkjer altså først og fremst på forhold internt i forvaltninga. Det bør nok likevel framhevast at kommunal forvaltningspraksis de facto kan variere ganske mykje, og at ordføraren særleg i mindre kommunar blir tillagt meir utøvande kompetanse enn tiltenkt etter kommunelova.

Utanom dette kan det også påpeikast at det vert uklart for den private part kven som er rette forhandlingspartnar ved avtalar med kommunen. Det tradisjonelle syn om at ordføraren ikkje kan forplikte kommunen utover sin rett kviler som nemnt på at forvaltningskompetanse spring ut av lov, ikkje fullmakt. Ei vesentleg utviding av delegert myndigheit rokkar ved dette synet. Det kan lett tenkjast at ein kommune legg vide fullmakter til ordføraren innanfor ein bestemt sakstype, men at vedkommande innanfor saksområdet tek seg større fridomar enn kommunestyret først hadde intensjon om. I slike tilfeller bør det nok vere større rom for å nytte legitimasjons- og fullmaktssynspunkt også for ordføraren.

Kommunaldepartementet erkjente likevel behovet for å delegere myndigheit til ordførar, men først og fremst knytt til feriar og liknande periodar med lang tid mellom kvart møte i dei folkevalde organa. Dette behovet meinte ein derimot ville vere ivareteke ved lovutvalet sitt forslag om å gje ordføraren utvida myndigheit i hastesaker, jf. lovframlegget § 12 nr. 2.<sup>II</sup> På denne måten ville departementet utvide ordføraren sin vedtakskompetanse, men berre på strenge vilkår og for å tilfredstille eit konkret behov. Ein slik regel ville harmonere godt med dei andre reglar me har om ordførarens vedtaks- og bindingskompetanse, samstundes som ein fekk oppretta lovheimel for den ukultur som rådde i kommunane med diverse ”feriefullmakter”.

Slik gjekk det likevel ikkje sidan stortingskomiteen slutta seg til Kommunelovutvalet. Dei tok derfor inn at ein delegasjonsregel til fordel for ordføraren i lovframlegget § 9 nr. 5. Pussig nok gjekk komiteen også inn for å fjerne § 12 nr. 2 om ordføraren sin vedtakskompetanse i hastesaker. Slik delegasjon må dermed skje etter kompl. § 9 nr. 5. Den føresegna som gav best uttrykk for bakgrunnen for delegasjonsregelen og best rettleiing om korleis denne burde nyttast, var dermed borte. Attende står ein generell delegasjonsregel som byggjer på same

---

<sup>I</sup> Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 84

<sup>II</sup> sjå Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 269-270

modell som delegasjon til leiar av nemnd og administrasjonssjef, sjå koml. §§ 10 nr. 4 og 23 nr. 4. Ein oppnådde altså den situasjon departementet ville unngå.

## 2 Nærare om legitimasjon i offentlegrettslege forhold

### 2.1 Innleiing og problemstilling

Som vist ovanfor har ordføraren etter kommunelova ingen kompetanse til å forplikte kommunen på eiga hand. Dersom ordføraren likevel skulle gå ut over sin rett og slutte avtale på vegne av kommunen, føreligg altså ingen alminneleg vedtakskompetanse som medkontrahenten kan byggje eventuelle legitimasjonssynspunkt på. Denne mangelen på attomliggjande rettsforhold er eit av kjerneargumenta mot at ordførar kan vere legitimert i kraft sin stilling.

På den andre sida har vi ordføraren sin rett til å opptre på kommunen si vegne i samband med avtaleslutning, jf. koml. § 9 nr. 3. Hov kallar dette for representasjonskompetansen.<sup>I</sup> For private juridiske personar kan det bli tale om legitimasjon med bindande verknad dersom personar eller organ med representasjonskompetanse opptre utanfor sin rett ved avtaleslutning,<sup>II</sup> men her er altså regelen motsett for ordføraren sin representasjonskompetanse, jf. 1.2.2.2 ovanfor. Spørsmålet blir dermed kvifor rettsverknaden ved personelle kompetansemanglar er fundamentalt annleis for ordførarvervet enn det for private samanslutningar i tilsvarende situasjon, kva som er grunngevinga for eit slikt skilje, og dernest om unntak kan tenkjast ved særlege omstende.

### 2.2 Overordna omsyn: Skiljet mellom privat og offentleg rett

---

<sup>I</sup> Hov, s. 388

<sup>II</sup> Sjøå asl./asal. § 6-33, sel. § 2-22 (2), stiftl. § 39

Bernt definerer kommunalrett som dei rettsreglane som gjeld for organ knytt til kommunalt eller fylkeskommunalt forvaltningsnivå<sup>I</sup>. Slike rettsreglar om organisering av lokal forvaltning høyrer klart nok inn under offentleg rett.

Offentleg rett er ei samlenemning på rettsreglar som regulerer forholdet mellom staten og individet, samt forholdet mellom dei ulike styresmakter og offentlege organ. Eksempel på sentrale komponentar i offentleg rett er mellom anna statsforfatningsrett, forvaltningsrett, strafferett og prosessreglar. Det karakteristiske for offentleg rett er betydinga av samfunnsmessige og kollektive omsyn. Dette medfører at omsyn til den private part stundom må vike for omsyn av ein meir overordna karakter. Gjennom prosessen har me reglar om offentleg rettshandheving og bruk av tvangsmiddel, og i forvaltningsretten har styresmaktene kompetanse til å binde private einsidig ved lov, forskrifter og enkeltvedtak. Det er nettopp bruken av slik heteronom kompetanse som særpregar utøving av offentleg myndigheit. Men offentlegrettslege rettsreglar rekk lenger enn dette. Det er ikkje berre utøving av offentleg myndigheit ovanfor private som går inn under forvaltningsretten. Også problemstillingar om organisering og løysing av forvaltningsoppgåver, under dette personelle og prosessuelle kompetansenormer, høyer til forvaltningsretten og den offentlege rett. I praksis vil dette seie at overordna samfunnsmessige omsyn som kollektivistisk orden og omsynet til forutbereknelege, uniforme sakshandsamingsreglar og konsekvens må vege inn også ved overskriding av slike kompetansenormer.

Vår problemstilling oppstår ved at grensa mellom privat og offentleg rett ikkje alltid er like klar. Det er openbart at inngåing av privatrettslege avtaler er ein nødvendig komponent for at ein kommune skal kunne utføre sine oppgåver på forsvarleg vis. Like klart er det at spørsmål om partane sine forpliktingar etter kontrakten må løysast etter privatrettslege reglar. Spørsmålet om kven som har kompetanse til å forplikte kommunen og spørsmålet om det avtalesluttande organet sin rett og legitimasjon, vert derimot ei problemstilling av offentlegrettsleg art.<sup>II</sup> Samfunnsmessige omsyn spelar altså ikkje berre ved avgjerda om forvaltninga har høve til å gjennomføre ein privatrettsleg avtale av ein bestemt art, men også ved spørsmålet om binding skal oppstå der organet har overskride kompetansenormene ved

---

<sup>I</sup> Bernt i Bernt, Overå og Hove, s. 27

<sup>II</sup> Sjå Castberg, s. 6, om tilsvarande tematikk mellom stat og individ.

avtaleslutning. Etter ein slik tankegang vert det nødvendigvis mindre rom for å nytte ein legitimasjonstankegang ved sidan av dei forvaltningsrettslege reglar om ugyldigheit.

## 2.3 Utvikling i rettspraksis og teori

### 2.3.1 Tredeling av problematikken etter Castberg sin modell

I følge Hagstrøm er Castberg rekna som opphavsmann bak læra om legitimasjonsreglane sin manglande gjennomslagskraft i offentlegrettslege spørsmål.<sup>I</sup> Castberg presiserer at spørsmålet om legitimasjon for offentlege organ kan oppstå i tre ulike variantar.<sup>II</sup> Eg nyttar meg av denne inndelinga når eg no freister å teikne eit oversiktsbilete om legitimasjon i offentlegrettslege forhold generelt, og ordførarstillinga sin posisjon spesielt.

For det første påpeiker Castberg at overskriding av kompetanse kan skje i samband med ein-sidedig utøving av offentleg myndigheit, altså dei reine forvaltningsvedtak. Dernest viser han til situasjonen han kallar forvaltningskontraktar. Med denne terminologien vert det meint avtalar om offentlegrettslege forhold. Problemstillinga om legitimasjonsverknad kjem opp både der det aktuelle forvaltningsorganet er direkte part, og der organet har ytt bistand til eller godkjent ein offentlegrettsleg avtale mellom private partar. Den tredje kategorien er dei privatrettslege avtalar som forvaltninga inngår i samband med drift eller som ledd i utføring av forvaltningsoppgåver, til dømes innkjøp av forbruksmateriell eller sal kommunal eigedom. Dette er avtalar som forvaltningsorgan inngår i kraft av sin private autonomi, men som samtidig inngår som ledd i utføring av forvaltningsoppgåver.

Me ser altså at det er ein glidande skala i desse tre kategoriane. Ein går frå dei utelukkande offentlegrettslege forvaltningsavgjerder til forvaltningskontraktar med eit visst ytre privatrettsleg preg, og endeleg til dei reine privatrettslege transaksjonar. Innslagstyngda av offentlegrettslege omsyn vil nødvendigvis variere noko etter kva disposisjon det er tale om.<sup>III</sup> Problemstillinga vert dermed om det er mogleg å tale til eit tilsvarende differensiert innslag av

---

<sup>I</sup> Note 5 i Hagstrøm, TfR. 1996 s. 1.

<sup>II</sup> Castberg, s. 77 flg.

<sup>III</sup> Bernt, s. 61 – 62 med tilvisingar.



privatrettslege legitimasjonssynspunkt på dei ulike områda, og i så fall i kva grad og på kva vilkår.

### 2.3.1.1 Legitimasjon ved utøving av offentleg myndigheit

Under utøving av offentleg myndigheit treff kommunale organ ei mengde forvaltningsvedtak som er einsidige bestemmande for rettar eller plikter til private personar. Som døme på kompetanseoverskriding ved slike høve nyttar Castberg eksempelet med at det vert gitt byggjeløyve i strid med lovgjeving. Det er openberre prinsipielle innvendingar mot at det enkelte forvaltningsorgan skal kunne stifte bindande rett for private i direkte motstrid med lovføresegner. Ved slike materielle kompetanseoverskridingar vil vedtaket derfor praktisk talt alltid vere ugyldig, også til skade for part. Nokon binding ved legitimasjon kan ikkje kome på tale, med enkelte moglege unntak for tilsegner frå dei heilt sentrale statsmakter.<sup>I</sup>

Castberg held det også som ein alminneleg regel at brot på personelle kompetansenormer nesten alltid medfører ugyldigheit.<sup>II</sup> Denne siste tilnærminga er nok for dogmatisk og mest truleg uttrykk for eit forelda synspunkt. I dag er det alminneleg lære at vedtak frå eit overordna organ ofte vil vere gyldig, så framt ein har same kompetanse eller instruksjonsmyndigheit ovanfor det kopetente organ. Eckhoff viser mellom anna til at ein allereie i Rt. 1940 s. 122 og Rt. 1950 s. 278 godtok vedtak gjort av kommunestyret, sjølv om vedtakskompetansen var lagt til formannskapet etter lova.<sup>III</sup>

Ved vedtak av sideordna og underordna organ vil ein lettare tale om ugyldigheit, men dertil kjem reglane om ugyldigheit til skade for part, prinsippet om feilen sin innverknad på resultatet og dessutan reparasjon ved etterfølgjande vedtak frå rette organ.

I nyare teori har Graver talt for den tradisjonelle oppfatninga om at ugyldigheit hovudsakleg vert resultatet ved brot på personelle kompetansenormer, men også han modererer dette

---

<sup>I</sup> Enkelte uttalingar i Rt. 1992 s. 1235 tyder på at ein held døra open for dette, men viser samtidig at det meir truleg vil bli tale om skadebotansvar i slike saker.

<sup>II</sup> Castberg, s. 195 flg.

<sup>III</sup> Eckhoff/Smith s. 448.

utgangspunktet for hierarkisk overordna organ.<sup>I</sup> Han viser til Rt. 1990 s. 1001, der eit vedtak om å nekte byggjeløyve var gjort av bygningsråd, mens lova kravde at slike saker skulle leggjast fram for formannskapet. Vedtaket vart kjent ugyldig sjølv om feilen truleg ikkje hadde hatt innverknad på resultatet, jamfør prinsippet i fvl. § 41. Slik sett kan dommen oppfattast som at personelle kompetansemanglar er ein absolutt ugyldigheitsgrunn ved utøving av offentleg myndigheit. Høgsterett har seinare moderert dette; i Rt. 2002 s. 683 uttaler ein direkte at også personelle kompetansemanglar skal vurderast etter fvl. § 41. Den konkrete vurderinga er derimot nokså knapp og kategorisk:

”At vedtaket er truffet av et organ på et lavere nivå enn det som er kompetent etter loven, hører med til de feil som ofte leder til ugyldighet. I dette tilfelle er det åpenbart at det ikke forelå noen delegasjonsadgang, og jeg kan da ikke se at det er noe grunnlag for å anse vedtaket for gyldig tross feilen.”<sup>II</sup>

Premissane stiller altså opp ein ganske sterk presumsjon for at vedtak fatta av underordna organ, er ugyldige.<sup>III</sup> Det er imidlertid vert å merkje seg at desse sakene gjaldt ugyldigheit til gunst for part. Sentrale omsyn bak sakshandsamingsreglane er å sikre lik fordeling, hindre urett mot private og sørge for at private skal kunne framskrive sin eigen rettstilling. Desse omsyna vege ekstra tungt i ein situasjon som Rt. 2002 s. 683, der den private part fekk tapsbringande avslag som direkte følgje av kommunen sine sakshandsamingsfeil. Ugyldigheit til gunst for part er då ei naturleg slutning.

Den motsette situasjon kan også tenkjast; det vil seie eit saksforhold der forvaltningsorganet vil pårope seg eigen mangelfull sakshandsaming for å gjere vedtak eller avtale ugyldig til skade for part. Her må vurderinga etter fvl. § 41 etter mitt syn bli meir finmaska. Det vil då ha betydning om feilen berre gjeld prosessuelle og personelle kompetansemanglar, og ikkje det faktiske avgjerdsgrunnlaget i saka. Dersom gyldigheit ikkje er til skade for tredjepart bør det truleg meir enn berre personelle kompetansemanglar til for å konstatere ugyldigheit i slike tilfelle. Ein alminneleg regel om ugyldigheit kan nok heller ikkje grunnjevast utelukkande ut i frå offentlege omsyn, og ei slik grunngeving vitnar dessutan om rein forvaltningsrettsleg ansvarsfråskriving i forhold til eiga sakshandsaming. Eg vil også vise til det offentlege si

---

<sup>I</sup> Graver, s. 589- 591.

<sup>II</sup> Rt. 2002 s. 683, s. 690 – 691.

<sup>III</sup> Eckhoff /Smith s. 448 og Lie i Haagensen, Johansen og Lie, s. 238.

interesse av at brot på sakshandsamingsreglar bør få reelle følgjer, og ei viss ”oppdragande” effekt på norske kommunar.

Ein kan derfor stille spørsmålet om Castberg har rett når han vel å ikkje skilje mellom materielle og personelle kompetansemanglar i forhold til legitimasjonsspørsmålet, men i staden argumenterer for ein alminneleg regel om ugyldigheit i begge tilfelle. Frihagen har gjort seg til talsmann for ei meir nyansert oppfatning. Han viser til at vedtak gjort av feil organ kan bli gyldige der ugyldigheit er til skade for part, ut ifrå omsyn til status quo. I fortsettinga hevdar han at det er ”... nærliggende at det same må gjelde der avgjørelsen er truffet av en underordnet tjenestemann uten fullmakt, der avgjørelsen i det ytre fremtrer som truffet på regulær måte, og organet selv har tilstrekkelig kompetanse”.<sup>I</sup>

Vi overfører dette til vår problemstilling. Dermed får vi spørsmålet om ordføraren sin kompetanse er eigna til å gje det aktuelle vedtak ei slik ytre framtoning at det framstår som gjennomført på korrekt måte. Dette altså ei vurdering som særst tett opp til den vi kjenner frå reglane om avtalerettsleg legitimasjon.

I dei saker vedtakskompetansen ligg til kommunestyret vil ordføraren ofte framstå som rette vedkommande til å effektuere vedtaket ovanfor den tilgodesette. Dette gjeld særleg om vedtaket framstår som kurant, og då i lys den vidtgåande delegasjonsregelen til fordel for ordførar etter koml. § 9 nr. 5.<sup>II</sup> Etter mitt syn bør ikkje slik forplikning utelukkast på generelt grunnlag slik som førearbeida til kommuneloven § 9 nr. 3 gir uttrykk for.<sup>III</sup> Ugyldigheit bør ikkje bli resultatet utelukkande basert på omsyn til sakshandsamingsreglane sin effektivitet og autoritet. Oppfatninga om at brot på personelle kompetansenormer er absolutt ugyldige synest å byggje på eit slikt syn, og dette blir for lite nyansert. Ein må i staden, som elles når spørsmålet kjem opp i offentlegrettslege samanhengar og vist i det følgjande, foreta ei konkret vurdering der særleg rettsområde, arten av feil, vedtaket sin karakter og eventuelle tredjepartsinteresser vil vere heilt sentrale moment.

---

<sup>I</sup> Frihagen, s. 238 – 239. Eckhoff sluttar seg til synspunktet når det gjeld omgjerung til skade for part (Eckhoff/Smith s. 455- 457 med tilvisingar), medan Graver meir moderat hevdar at forvaltninga *ikkje har plikt* til omgjerung i slike tilfelle (Graver s. 610 – 611).

<sup>II</sup> Sjå ovanfor, 1.2.2.3

<sup>III</sup> Jf. ovanfor 1.2.2.2

Ein kan velje å sjå dette som ein forvaltningsrettsleg regel om at slike vedtak kan bli gyldige trass personelle og prosessuelle sakshandsamingsfeil. Alternativt kan ein karakterisere det som eit utslag av avtalerettslege legitimasjonssynspunkt i kommunalretten. Dette blir langt på veg eit terminologisk spørsmål.

### 2.3.1.2 Legitimasjon ved privatrettslege avtalar med offentlege myndigheiter

Ein vesentleg del av dei kommunale vedtak vil ikkje vere treft under utøving av offentlig myndigheit, men i kraft av privat autonomi. Vi skal no gå over til spørsmålet om legitimasjon kan oppstå ved reine privatrettslege avtalar slik som låneavtalar, innkjøp av driftsmateriell og kjøp og sal av kommunal eigedom. Også her er utgangspunktet at ordførar ikkje kan binde kommunen utover sin rett.<sup>I</sup> Medan ein går ut både storting, regjering og dei ulike departementa har forvaltningsmessig kompetanse til å forplikte staten kontraktrettsleg, er regelen altså motsett for ordføraren i forhold til kommunen.

Det første klare prejudikat for at ordførar ikkje er legitimert til å forplikte sin eigen kommune kontraktrettsleg har vi i Rt. 1933 s. 385. Saka gjaldt prøving om ordføraren sin representasjonskompetanse etter dåverande landkommunelov § 35. Det faktiske forhold var at ordføraren i Sveio kommune hadde teke opp fleire lån i kommunens namn.<sup>II</sup> Denne saka gjaldt imidlertid berre det eine av dei, eit lån ordføraren hadde oppnådd ved å leggje falsk dokumentasjon frå heradsstyret og fylkesmannen fram for banken. Lånet vart brukt til private formål, slik at saka hadde eit vesentleg element av svik mot kommunen frå ordføraren side. Faktum er altså noko ekstraordinært og utypisk for annan vanleg kompetanseoverskriding. Kristiansen meiner at dommen sin rekkevidde må sjåast i lys av dette, då ein ikkje kan utelukke at avgjerda er påverka av omsyn til eit rimeleg resultat, medan mellom anna Eckhoff og Hov held avgjerda som eit sikrere prejudikat mot legitimasjon.<sup>III</sup>

---

<sup>I</sup> Sjå ovanfor 1.2.2.2

<sup>II</sup> Sjå også Rt. 1937 s. 424.

<sup>III</sup> Kristiansen, s. 224; Eckhoff, s. 168; Hov, s. 405.

Eit særleg spørsmål er om forsømming eller konkludent åtferd frå kommunestyret skal vege inn på spørsmålet om biding, og eventuelt spørsmålet om erstatning. Det er klart nok at etterfølgjande kommunestyrevedtak kan reparere kompetansemanglar med sikte på å få eit vedtak gyldig. Ei anna problemstilling er det om feil eller klanderverdige forhold frå kommunestyret kan tilseie binding sjølv ved brot på personelle kompetansenormer etter modellen om binding ved passivitet i privatrettslege forhold,<sup>I</sup> alternativt om dette utløyser erstatningsansvar for kumulative feil.<sup>II</sup>

Spørsmålet kom opp i Rt. 1937 s. 424. Saka gjaldt den same ordførar og kommune som ovanfor, men eit anna lån. Lånet var innført i kommunen sitt rekneskap, som i sin tur vart godkjent av heradsstyret på vanleg måte. Høgsterett la likevel vekt på at dette var intern handsaming som ikkje var retta mot banken, og ueigna til å binde kommunen. Det synes nokså klart at kommunen sjølv vurderte seg som forplikta, ved at kommunen ved heradskasseraren betalte renter og avdrag på lånet. Paradoksalt nok vart det utbetalt til ordføraren, som underslo beløpet. Betaling ikkje var altså ikkje skjedd, smln. finansavtl. § 28 jf. § 39, og kommunen var dermed heller ikkje bunden av sin handlemåte. Når det gjeld erstatningsspørsmålet kritiserer retten formannskapet for manglande kontroll, men konstaterer likevel manglande årsaksamanheng mellom svikten og banken sitt tap. Det lét altså til at etterfølgjande feil og forsømming frå kommunen ikkje reparerer kompetansespørsmålet, men i høgda kan medføre erstatningsansvar.

I teorien meiner derimot Lassen at ein kommune kan bli bunden i formuerettslege saker, ikkje berre i lys av stillingsfullmakt, men også ved såkalla toleransefullmakt.<sup>III</sup> Med nemninga toleransefullmakt vert det nettopp meint passivitet, stillteiande aksept eller annan konkludent åtferd frå det fullmaktsgevande organ.<sup>IV</sup> I vår problemstilling vil det vere kommunestyret. Lassen sitt synspunktet er ikkje utan vidare i tråd med det som vert antyda i Rt. 1937 s. 424.

---

<sup>I</sup> Hov, s. 84; Krüger s. 120-121

<sup>II</sup> Nygaard, s. 247 – 248.

<sup>III</sup> Lassen, s. 49

<sup>IV</sup> Lassen s. 33 flg. Sjå også Hov, s. 338.

I linje med Lassen er også ei uttaling frå justisdepartementet om *når* ein kommune er bunden av eit vedtak om å stille garanti.<sup>1</sup> Departementet uttaler at binding skjer ved meddeling til den begunstiga, men held etter mitt syn døra open for binding både ved legitimasjon og tolleransefullmakt: "...Svaret beror derfor på om myndigheten til å forplikte kommunen utad i slike saker her er overdratt til andre [enn ordføreren].... *selv om den begunstigete bare har fått melding om vedtaket fra inkompetente tjenestemenn, kan det tenkes at kommunen etter noen tid blir bundet av vedtaket eller alminnelige avtalerettslige regler om passivitet*"<sup>II</sup> (mi kursivering).

Det er dessverre ei kjennsgjering av sakshandsaminga ikkje vert gjennomført likt i alle kommunar, og særleg i mindre kommunar kan det vere vanleg å forhandle avtalar direkte med ordførar. Dette føreset normalt fullmakter frå kommunestyret, og med dagens delegasjonsregelen i koml. § 9 nr. 5 kan ordføraren også treffe vedtak i enkelte saker. Frå dette er vegen kort til vide fullmakter og etterfølgjande "godkjenningsvedtak" i kommunestyret. Det kan vere tvil om eit slik vedtak er ei reell godkjenning, eller rein sandpåstrøing i samband med orientering om vedtak til kommunestyret. Vidare kan det oppstå tvist om kommunestyret faktisk har gitt ordføraren endeleg avgjerdsmyndigheit eller meir avgrensa fullmakt til å forhandle på kommunen si vegne. Som vi ser kan det oppstå mange variasjonar ved uryddig sakshandsaming, og det spørst om det alltid vil være heldig med ein kategorisk regel om manglande legitimasjon for ordføraren. Dette er i tråd med Lassens sitt synspunkt om toleransefullmakt i formuerettlege avtaleforhold.

Eit viktig aspekt er imidlertid arten av den privatrettslege disposisjon. I følgje Dommane frå trettitalet er legitimasjon nærast avskore ved vesentlege finansielle disposisjonar som låneopptak. Etter desse dommane vert kommunen heller ikkje skadebotansvarleg dersom ordføraren handlar illojalt eller svikefullt. Finansielle disposisjonar kan ha stort omfang og påføre kommunen byrdefull oppfyltingsplikt i lang tid. Som regel vil det også ha presumsjonen mot seg at ordførar framstod som legitimert til å gjennomføre slike disposisjonar på eiga hand. For den private part er det uansett lettare å skaffe seg oversikt over

---

<sup>1</sup> Det skal imidlertid påpeikast at offentleg garantistilling trass i sin formuerettslege karakter ikkje er ein privatrettsleg avtale, men ei einsegn frå det offentlege si side.

<sup>II</sup> JDLOV-1985-809

kompetanseforholdet ved slike betydelege finansielle disposisjonar enn elles, og då taler allereie dette mot binding ved legitimasjon. Dette må særleg sjåast i lys av kommunelova sine detaljerte føresegner om låneopptak, garantistilling og pantsetting.<sup>I</sup> I teorien har Lassen hevda at det primært er eksistensen av desse føresegnene som er til hinder for legitimasjon:

”De tredjemenn som kontraherer med offentlige myndigheter eller med disses representanter må finne seg i å bli behandlet som om de kjente disse reglene, selv om de ikke er blitt gjort oppmerksomme på dem, f. eks. ved at...kommunens representant uttrykkelig har opplyst av avtalen inngås med forbehold om de bevilgende myndigheters godkjennelse”.<sup>II</sup>

Det er altså eit aktsemdskrav i forhold til den private sin kunnskap om lovverket som avskjer binding, ikkje noko prinsipiell lære om legitimasjon i offentlegrettslege forhold. Lassen antyder vidare at det ikkje er alltid sakshandsamingsreglane utelukkar binding:

”I spørsmålene om når [offentlegrettslige saksbehandlingsregler] skal få avgjørende betydning, f. eks. slik at reglene om stillingsfullmakt må vike, råder det nok atskillig usikkerhet”.<sup>III</sup>

Hagstrøm inntek det motsette standpunkt. Han hevdar at den offentlege rett i det heile tatt ikkje kjenner til legitimasjonsreglar i særleg grad, heller ikkje ved tilsegner av meir privatrettsleg karakter. I fortsettinga gir han derimot uttrykk for det eksisterer eit aktsemdskrav til den private part, eit synspunkt som ligg nært opptil det Lassen står for: ”...Skulle [løftemottakeren] her vært på den sikre siden, måtte det således undersøkes om ordføreren virkelig hadde handlet etter vedtak frå rette organ”.<sup>IV</sup> Med ein slik regel vil aktsemdskravet vere innfridd der ordføraren legg fram falsk dokumentasjon.

Medkontrahenten vil dermed ha ei underbygd og verneverdig interesse. Når resultatet i Rt. 1933 s. 385 vart motsett, kan dette skuldast at banken bygde sin påstand om legitimasjon åleine på ordføraren sin representasjonskompetanse etter lova.<sup>V</sup>

Ved meir alminnelege disposisjonar som innkjøp av materiell bør nok ikkje regelen praktiserast like strengt. Tofte viser til at avtaler om slike daglegdagse forhold vil skje på

---

<sup>I</sup> Sjå koml. kapittel 9.

<sup>II</sup> Lassen, s. 49.

<sup>III</sup> Sjå dessutan i same retning Bernt i Bernt og Rasmussen, s. 69, som gir uttrykk for at spørsmålet om legitimasjon ved offentleg kompetansesvikt er til dels uavklart.

<sup>IV</sup> Hagstrøm, TfR. 1996 s. 1, s. 8.

<sup>V</sup> Kristiansen, s. 223 – 224.

grunnlag av eit vedteke budsjett i motsetning til konkretisert sakshandsaming i kommunestyret. Det vil derfor vere uråd for den private part å ha oversikt over ordføraren sin rett i det konkrete tilfelle. Det er neppe grunnlag for å krevje framlagt fullmakter i slike tilfelle, og desse ville uansett vere generelt utforma. Tofte hevdar derfor at kommunen bør bli bunden i slike saker.<sup>1</sup>

### 2.3.1.3 Legitimasjon ved forvaltningskontraktar

Den tredje kategorien Castberg nemner er forvaltningskontraktar. Dette er korkje utøving av offentleg myndigheit eller reine privatrettslege disposisjonar, men kan samtidig ha innslag av begge deler. Det privatrettslege element kan vere meir eller mindre framtrudande, alt etter om det er tale om einsidige tilsegner, avkall på offentlegrettslege rettar, eller gjensidig byrdande avtalar om utøving av forvaltningsmyndigheit mot motyting.

Etter mitt syn gir ingen av døma Castberg nyttar nokon fullgod dekning for læra om at legitimasjonsverknader ikkje kan oppstå i avtalar om offentlegrettslege forhold. Avgjerda i Rt. 1932 s. 733 gjaldt ein heradskasserar som forhandla kommunen sitt skattekrav med ein privat bank. For ein profesjonell bank må ein setje høge krav til kunnskap og aktsemd, og det måtte såleis vere synleg for banken at ein heradskasserar ikkje var rette vedkommande til å binde kommunen. Dommen gir derfor liten rettleiing for den situasjon at kommunen sin representant har eit meir kvalifisert ytre skin av vedtakskompetanse.

Vidare vert det vist til Rt. 1937 s.18 som eit klarare prejudikat. Saka gjaldt ein avtale mellom foreldre om utbetaling av underhaldsbidrag kontant ein gong for alle. Lova si ordning var derimot faste utbetalingar per måned etter elastiske satsar. Etter rettens vurdering var det derfor ikkje mogleg å føreta noko neddiskontering av bidraget, og retten uttaler om forholdet at "[i] § 23 bestemmes at moren med samtykke av fylkesmannen kan gi avkall på sine krav. Derimot kan vergen ikke gi avkall på den rett barnet har til opfostring".<sup>II</sup> Avtalen var dermed ulovleg, sjølv om fylkesmannen hadde gitt si tilslutning. Synspunktet er nok at offentleg godkjenning ikkje kan reparere ein ulovleg avtalekonstruksjon om forhold som etter lova er

---

<sup>1</sup> Tofte s. 75. Synspunktet er også akseptert av Overå i Bernt, Overå og Hove, s. 369 – 370.

<sup>II</sup> Rt. 1937 s. 18, s. 20.



indispositive av omsyn til barnet. Sjølv om det er klart at det ikkje bli tale om reparerande legitimasjon i ein sak som er indispositiv av omsyn til sterke tredjepartsinteresser, er heller ikkje dette noko prinsipielt prejudikat for at legitimasjonsverknader ikkje kan oppstå i offentlegrettslege forhold.

Castberg viser også til Rt. 1922 s. 731. Her var det var gitt midlertidig byggjeløyve til brakkeverk mot at utbyggjaren samtidig gav samtykke til å fjerne brakkeverket innan rimeleg tid på varsel frå lokale bygningsmyndigeiter. Bygningslova hadde imidlertid eigen heimel for tilbakekall av dispensasjon, slik at tolking av utbyggjaren si erklæring var unødvendig. Det var aldri hevda at myndigheitene hadde avtalt seg bort frå lova si ordning ved å krevje ekstra erklæring frå utbyggjaren. Dommen omhandlar altså ikkje legitimasjonsspørsmålet, og kan ikkje takast til inntekt for noko alminneleg lære.

Av annan praksis har vi den kjente avgjerda i Rt. 1971 s. 228 om Råkollveien. Saka gjaldt makeskifteavtale med kommunen og etterfølgjande oreigning av den nye eigedomen til fordel for vegutbygging. Høgsterett uttaler at det har ”formodningen mot seg at kommunens represenanter kunne stille til utsikt at kommunestyret ville binde seg til å sørge for at veien ikke ble lagt over Raagaards eidenom”.<sup>1</sup> Uttalinga kan forståast slik at det måtte vere synleg for saksøkjaren at ordføraren hadde gått ut over sin rett når han lova at vegen ikkje ville gå over eigedomen som vart gitt i makeskifte. Ein oppstiller altså eit vesentleg krav til aktsemd hjå den private part, paradoksalt nok større enn til kommunens egne tenestemenn. Spørsmålet om skadebot for brestande føresetnader eller avtalerevisjon etter § 36 kom ikkje opp, sidan desse reaksjonane var uinteressante for saksøkjaren i den konkrete sak. Uttalinga ovanfor bør nok likevel forståast som at tilsegn frå ordføraren ikkje er egna til å skape verneverdig interesse hjå den private part der kompetanseoverskridinga er relativt klar. I teorien er dommen blitt teken til inntekt for at det skal meir til for å konstatere avtalerettsleg binding om utøving av offentlig myndigheit, enn for å konstatere avtalerettsleg binding på andre område.<sup>II</sup> Dette er nok ein korrekt observasjon, slik at det vert tilvarande høg terskel for legitimasjon ved forvaltningskontraktar.

Spørsmålet om legitimasjon ved offentlegrettslege kontraktar heng nøye saman med ei anna prinsipielt viktig problemstilling, nemleg forvaltninga si emne til å binde framtidig utøving av

---

<sup>1</sup> Rt. 1971 s. 228, s. 231 – 232.

<sup>II</sup> Lie i Haagensen, Johansen og Lie, s. 238

myndigheit. Her vil situasjonen vere at den private part inngår det han trur er bindande avtale med kommunen, med løfte om eit bestemt forvaltningsvedtak som motyting.

Ein dom som særleg illustrerer samanhengen mellom dette og legitimasjon i offentlegrettslege forhold er Rt. 1956 s. 1180 (Lillestrøm Industri). Saka gjaldt gyldigheita av avtale mellom kommunen og eit aksjeselskap om skattefritak i fem år i samband med bygging av fabrikk i kommunen. Formålet med avtalen var å sikre framtidige arbeidsplassar i kommunen, eit formål som det klart nok måtte vere legitimt å ta omsyn til for forvaltninga. Kommunen meinte seinare at ein hadde gått imot gjeldande skattereglar ved ein slit arrangement og påstod seg dermed ubunden av avtalen. Høgsterett kom derimot til at det var utan betyding om økonomisk støtte vart gitt på vanleg måte eller ved skattefrådrag;

”...Jeg er klar over at det kan reises den særlige innvending mot å gi støtten form av skattefritagelse, at man da ikke har full oversikt over støttens størrelse, men denne rent faktiske forskjell kan jeg ikke tillegge prinsipiell betydning.”<sup>I</sup>

Dissenterande dommar Hiorthøy inntok det motsette standpunkt, og vektlegg at ein på prinsipielt grunnlag ikkje bør la ein kommune disponere over framtidige skatteinntekter på ein måte som går på tvers av skattelovgjevinga sitt system.<sup>II</sup> Det oppsiktsvekkande ved votumet er at Hiorthøy likevel kom til at kommunen var bunden ved legitimasjon, alternativt ved dei alminnelege kontraktrettslege reglar:

”... Jeg legger for så vidt særlig vekt på at det dreier seg om et kontraktspreget forhold av gjensidig bebyrdende natur. Holdbarbeten av arrangementet berodde visstnok på et ganske tvilsomt lovfortolkningsspørsmål, men selv om begge parter var i god tro, hva jeg må anta, er kommunens vedkommende unektelig nærmere til å bære risikoen for et mistak. Videre tillegger jeg det betydning at det alene er tale om tilsidesettelse av en kompetanseregel som angår pengeverdier og ikke engasjerer vesentlige offentligrettslige interesser. Noe direkte inngrep i forhold til utenforstående private interesser er det ikke spørsmål om. Hva enten en

---

<sup>I</sup> Rt. 1956 s. 1180, s. 1183.

<sup>II</sup> Rt. 1956 s. 1180, s. 1185. Dei prinsipielle motføresegnene mot å la kommunar disponere framtidige skatteinntekter med bindande verknad førte seinare til eit eksplisitt forbod mot slike ordningar, sjå noverande sktl. § 1-3.

bygger avgjørelsen på et legitimasjonssynspunkt eller på alminnelige kontraktsrettslige regler, må kommunens forpliktelse etter min mening gå ut på oppfyllelsesinteressen.”<sup>I</sup>

Generelt skal ein vere varsam med å utleie retningslinjer om prinsipielle spørsmål ut frå eit dissenterande votum. Hiorthøy sine uttalingar kan likevel ikkje forståast på annan måte enn at han meiner legitimasjonssynspunkt kan nyttast ved sida av den forvaltningsrettslege ugyldigheitslæra på visse område. Sjølv om votumet er konkret utforma med tanke på det aktuelle faktum er det mogleg å identifisere enkelte framtreidande moment ved argumentasjonen hans.

Det er særleg tre forhold som Hiorthøy fokuserer på for å underbygge bruken av privatrettslege reglar. For det første lét det til å vere ein føresetnad at forholdet har preg av ein privatrettsleg gjensidig byrdande avtale. Eit slikt syn harmonerer med oppfatninga om at det først og fremst er ved utøving av offentleg myndigheit at legitimasjon er utelukka.

Vidare har det ifølgje votumet betyding at partane er i god tru med tanke på lova sitt innhald, og at lovtolkinga er uklar. Dette representerer for så vidt ikkje noko nytt, men er i realiteten ei transformering av privatrettslege kontraktomsyn inn i eit ”privat” offentlegrettsleg kontraktsforhold. Det er nok likevel eit vesentleg moment at tvisten gjaldt eit komplisert lovtolkingsspørsmål, sidan aktsemdsnorma vil vere svært høg i forhold til lovregulerte spørsmål. Ved klarare motstrid med materielle rettsreglar vil avtalen i all hovudsak verte ugyldig til skade for part,<sup>II</sup> og dette vil dessutan ha innverknad på spørsmålet om skadebot. Eit anna vesentleg poeng er at saka gjaldt legitimasjon i forhold til eit materielt lovtolkingsspørsmål, og ikkje brot på personelle kompetansenormer. Problemstillinga vert dermed om det er grunn til å skilje mellom desse variantane. Under tilvising til Lassen reiser Kristiansen spørsmålet om privat part nokosinne kan vere i god tru med tanke på lovgjeving i garantisaker, men argumenterer samtidig for eit skilje mellom personelle og materielle manglar.<sup>III</sup> Generelt skal det nok meir til meir til før det oppstår tvil om det materielle innhaldet i dei personelle sakshandsamingsreglane. Dersom lovregelen sin uklarheit er ein føresetnad for binding taler det dermed mot legitimasjon ved personell kompetanseoverskriding.

---

<sup>I</sup> Rt. 1956 s. 1180, s. 1185.

<sup>II</sup> Eckhoff s. 447 og 455.

<sup>III</sup> Kristiansen, s. 202

Det må likevel vere ei grense for kor langt sakshandsamingsreglane skal kome forvaltninga ”til hjelp” i slike tilfelle. Det førekjem at enkelte kommunar har eit lettsindig forhold til sakshandsamingsreglar, eller at ein har lagt seg til ein delegasjonspraksis som er i gråsona eller på sida av det kommunelova opnar for. Dersom det kompetente organ, som regel kommunestyret, sjølv kan leggjast mykje til last for feilen som har oppstått bør det ikkje utelukkast at resultatet kan bli bindande avtale. Dette kan skje både ved manglande kontroll, men kanskje meir praktisk ved uklar eller for vid bruk av delegasjonsvedtak til fordel for ordføraren.

Det siste og truleg viktigaste momentet i resonnementet til Hiorthøy er at kompetansesvikten gjeld formuerettslege spørsmål, eit typisk område der det vil vere naturleg å gje privatrettslege synspunkt større gjennomslagskraft. Her vil eg imidlertid understreke at grensa mellom offentlegrettslege kontraktar på den eine side, og meir privatrettsleg prega avtalar om utøving av bestemt forvaltingsmyndigheit på den andre, ofte vil vere uskarp. Etter forholda kan det oppstå tvil om kva som er det mest framtrædande element i den aktuelle avtalen, og ein må då foreta ei konkret vurdering av arten av det aktuelle forvaltningsvedtak, den private motyting og formålet med avtalen. I den aktuelle saka var det eksempelvis i det ytre tale om eit offentlegrettsleg forhold, nemleg fritaking for kommuneskatt. Det er nok likevel riktig, som rettens fleirtal påpeikte, at ein i realiteten stod ovanfor økonomisk stønad mot at selskapet etablerte seg i kommunen, slik at det ikkje var tale om ei einseitig tilsegn frå kommunen si side. Tvert om kunne det virke støytande for den alminnelege rettsoppfatning dersom kommunen kunne oppnå dei fordelar det representerer å tilknyte seg industri, og deretter bli fri for si motyting på grunn av eiga feiltolking av regelverket.

I eit slikt gjensidig forhold gjer dei tunge offentlege omsyna seg ikkje direkte gjeldande, den tid det ikkje er tale om utøving av offentleg myndigheit, samt at tredjepartsinteresser ikkje vil bli skadelidande, jf. ovanfor om Rt. 1937 s. 18. I sin omtale av Lillestrøm Industri karakteriserer Bernt dette som at forholdet er sterkt privatrettsleg prega i *positiv og negativ* forstand.<sup>1</sup> Han meiner vidare at votumet kan forståast slik at hovudregelen om at legitimasjonsverknader er utelukka i offentlegrettslege spørsmål vert søkt avgrensa til tradisjonelle tilfelle av myndigheitsutøving, og uttaler vidare:

---

<sup>1</sup> Bernt, s. 301

”...I andre situasjoner avgjøres spørsmålet om tilsagnets bindende kraft ut frå en mer åpen og udogmatisk betrakningsmåte, hvor beslutningens form, tilblivelsesmåte og innhold avgjør i hvilken utstrekning det er adgang til å trekke inn og legge avgjørende vekt på privatrettslig fargete legitimasjonssynspunkter. Med dette utgangspunkt fortøner det seg som et nærliggende løsningsprinsipp å anvende en interesseavveining av den type vi kjenner fra avgjørelsen av spørsmålet om ugyldighet til skade pga. ”tilblivelesesmanger”, som saksbehandlingsfeil, faktisk villfarelse, utenforliggende hensyn m.m. Den nyanserte vurdering dette muliggjør, fremtrer på mange måter som en attraktiv og hensiktsmessig måte å løse en konflikt som denne.”

Ei slik interesseavveiging vil i stor grad kvile på ei konkret vurdering av kriteria eg har identifisert over. Etter mitt syn har Hiorthøy si løysing mykje for seg når det kjem til avtalekonstruksjonar som ligg noko utanfor den lokale forvaltninga sine lovbundne oppgåver, og då særleg der det privatrettslege element er framtrédande.

Sjå også TOslo-2001-9168 (Oslo tingrett) der ein byråd hadde gjort vesentleg overskriding av salsfullmakt. Retten presiserte at ved tilfelle av ”...mer privatrettslig enn forvaltningsrettslig karakter er en binding som følge av legitimasjon ikke utelukket”. Under tvil kom ein likevel til at kommunen var ubunden. Ein la særleg vekt på to forhold; for det første at fullmaktoverskridinga var vesentleg og synleg for den private part, og for det andre at det ikkje var eit gjensidig byrdande forhold – det private selskapet var ikkje bunde og kunne trekkje seg. Saka vart anka, men lagmannsretten avgjorde spørsmålet gjennom avtaletolking, utan å gå vegen om legitimasjonsspørsmålet, sjå LB-2003-10693.

For oversikts skuld vil eg likevel presisere at Bernt i sitt arbeid konkluderer med at avtalar om offentleg utøving av myndigheit må avgjerast på grunnlag av offentlegrettslege rettsreglar og prinsipp, ikkje ut frå privatrettslege rettsreglar eller analogiar frå desse.<sup>1</sup> Grunngevinga er at avtalar om offentlegrettslege forhold krev eit sjølvstendig offentlegrettsleg heimla kompetansegrunnlag, på same måte som situasjonen er for andre materielle, personelle og prosessuelle reglar i forvaltningsretten. Når avtalen byggjer på eit slikt kompetansegrunnlag, må ein etter hans syn også byggje på offentlegrettsleg grunnlag ved spørsmål om tolking, sakshandsamingsreglar og binding. Avgjerda i Rt. 1956 s. 1180 viser likevel at grensene

---

<sup>1</sup> Bernt, s. 320

mellom privat og offentlig rett kan vere flytande, og at legitimasjonssynspunkt truleg ikkje kan utlukkast ved særlege omstende.

### 3 Skadebotansvar ved overskriding av personell kompetanse

#### 3.1 Forholdet mellom skadebot og legitimasjon

Eit alternativt syn til å tillegge ordføraren sine handlingar legitimasjonsverknad er at dei private interesser først og fremst bør ivaretakast ved skadebotreglane, ved sida av ugyldigheitslæra. Skadebotansvar vert dermed ei kompromissløyning mellom privatrettslege legitimasjonssynspunkt og den forvaltningsrettslege ugyldigheitsæra. Der avgrensinga i kompetansen er sett ut frå tredjepartsinteresser gir det eit godt resultat at tapslidande part får restitusjon for negativ eller positiv kontraktinteresse, i staden for å få medhald i form av gyldig vedtak.

Her er det imidlertid grunn til å understreke at restitusjon i pengar i enkelte tilfelle vil representere eit sjølvstendig tap for den tilgodesette part. Den aktuelle interessa vil ofte bestå i å halde fram med den aktivitet som den mangelfulle dispensasjon eller bevilling gav høve til. Skadebot for negativ eller positiv interesse gir derfor ikkje full oppreising samanlikna med å gjere rett gjeldande etter vedtaket. I enkelte sakstypar om utøving av offentleg myndigheit må nok likevel den private parten avfinne seg med skadebot, sidan ein prinsipielt ikkje bør gjere innhogg i forvaltninga sitt behov for å kunne treffe dei vedtak som til ei kvar tid framstår som best eigna til å ivareta allmenne fellesinteresser.<sup>I</sup>

Det bør også understrekast at ugyldigheit ikkje er noko absolutt vilkår for skadebot. Frihagen viser til at eit vedtak kan lide av manglar og vere tapsbringande for ein part, utan at feilen medfører ugyldigheit.<sup>II</sup> Ved overskriding av personell kompetanse vil likevel den normale situasjonen enten vere bindande vedtak eller ugyldigheit, eventuelt med spørsmål om skadebot ved lidt tap. Skadebotreglane bør med dette sjåast på som eit sjølvstendig regelsett

---

<sup>I</sup> Bernt, s. 193; Bernt og Krüger, s. 99 – 100.

<sup>II</sup> Frihagen, s. 185 – 186.

som supplerer reglane om legitimasjon og ugyldigheit til skade for part, og ikkje trer i staden for desse. Skadebot som reparasjonsmiddel passar derfor best der offentlege omsyn og tredjepartsinteresser tilseier ugyldigheit, sidan det er ved slike tilfelle legitimasjonsreglar etter mitt syn må vike til fordel for ugyldigheitslæra, jf. ovanfor punkt 2.3.1.1.

Ein dom som viser kor uheldig det kan slå ut for den private part, er Rt. 1971 s. 228. Avtale om makeskifte var framforhandla med kontorsjef og ordførar, der sistnemnte gav tilsegn om at den nye eigedommen ville bli urørt av ein planlagd vegtrasé. Det var klart for alle partar at dette var hovudformålet med avtalen frå saksøkar si side, og det berande element for at avtalen kom i stand. Året etter vart det likevel vedteke reguleringsplan med planlagt vegstrekning over den nye eigedommen. Det påståtte løftet om at vegen skulle leggjast utanfor eigedommen var uforpliktande for kommunen, sidan ordføraren åleine ikkje kunne forplikte kommunestyret til å utøve myndigheit på ein bestemt måte. Rett nok var ikkje dette direkte utøving av offentlig myndigheit, men eit forsøk på å gjere avtale om framtidige vedtak. Dommen viser likevel at skadebotreglar ikkje kjem den private part til hjelp ved feil i oreigningssaker. Her var nettopp formålet å bevare det gode som eigedomen representere for grunneigaren og unngå restitusjon ved pengar, som uansett ville normalordninga ved oreigning av privat eigedom.

Ved overskriding av personell kompetanse kan den private part altså velje om ein vil nedleggje påstand om at vedtaket eller avtalen er gyldig, skadebot for positiv eller negativ interesse, eller begge deler.

Delkonklusjonen med skadebotreglane som supplerande regelsett ved sida av ugyldigheitslæra, er likevel ikkje uproblematisk. Ved saker om offentlege midlar som låneopptak og pantsetting vil resultatet bli det same, uavhenging om ein byggjer på at avtalen er bindande ved legitimasjon eller at kommunen har skadebotansvar for ordføraren sine handlingar. Skadebotansvar i slike tilfelle reiser dermed ei vesentleg slagside mot dei offentlege omsyn som tradisjonelt har blitt brukt som grunngeving for at kommunen bør vere ubunden, og vi får ei problemstilling relatert til harmoni- og konsekvensomsyn i regelbruken.

### 3.2 Val av ansvarsgrunnlag

Ei anna problemstilling er korleis skadebotansvaret skal rubriserast. Ved statuering av skadebotansvar er det eit alminneleg vilkår at det føreligg eit kvalifisert ansvarsgrunnlag. Med tanke på val av ansvarsgrunnlag er det fleire moglege måtar å vurdere ordføraren sin overskriding av kompetanse på. Dette heng nøye saman med korleis syn ein har på ordføraren



sin posisjon i forvaltninga generelt.<sup>I</sup> Den eine måten er å statuere arbeidsgjevaransvar for kommunen etter modellen i skadebotlova § 2-1, med dei avgrensingar dette inneber.<sup>II</sup> Eit anna synspunkt er å gjere kommunen objektivt ansvarleg for tenestemannen sine feil og forsømmingar. Eit slikt synspunkt har openberre manglar der feilen består i avtaleinngåing, jf. harmoniseringsproblemet med ugyldigheitslæra ovanfor, og passar truleg best når det gjeld feil ved forvaltningsvedtak om avslag eller inngrep ovanfor privat part.<sup>III</sup>

Det tredje alternativet er at ein byggjer på ordføraren sin sentrale posisjon i kommunalforvaltninga og organansvaret, det vil seie at ordføraren og hans handlingar vert direkte identifisert som kommunens eigne. Førearbeida til skadebotlova er vage på dette punktet, ein avgrensar seg til at ordføraren ”trolig” er omfatta av organansvaret ved sidan av kommunestyret og formannskapet.<sup>IV</sup> I teorien stiller Eldøy seg kritisk til eit slikt synspunkt. Han grunngjev dette med at det harmonerer dårleg med rettstillinga ellers å rubrisere ordføraren sine handlingar som gjort av kommunen, når ein tek i betraktning den restriktive læra om manglande legitimasjon for vervet:

”Det er ikke ordføreren som er øverste organ i kommunen; det er kommunestyret.

Ordførerens legitimasjon utad er sterkt begrenset, noe Gamvikdommen er et eksempel på. I en kommune som Oslo er også ordførerens politiske rolle redusert etter innføringen av byparlamentarisme. Jeg mener derfor at det ikke lenger er selvsagt at kommunen som sådan vil identifiseres med ordførerens handlingar. Dette må vurderes konkret, ut fra de samme retningslinjer som gjelder for andre organer og enkeltpersoner i kommunen”.<sup>V</sup>

I same retning har Nygaard hevda at organansvaret omfattar ordføraren når han handlar som ordførar i relasjon til skadelidne.<sup>VI</sup> Formuleringa tyder på ei rimelegheitsavgrensing tilsvarande føresegna i skadebotlova § 2-1 andre punktum. Det er kanskje derfor ikkje avgjerande kva modell ein landar på, men Eldøy sitt synspunkt om at ansvarsgrunnlaget bør harmonere med ordføraren sin faktiske posisjon framstår som velgrunna.

---

<sup>I</sup> Sjå ovanfor, punkt 1.2

<sup>II</sup> Skl. § 2-1 nr.1, andre punktum.

<sup>III</sup> Nygaard, s. 245 - 246, sjå også Frihagen s. 187 - 189

<sup>IV</sup> Ot.prp. nr. 48 (1965 – 66) s. 64.

<sup>V</sup> Eldøy. LoR 1997 s. 377, s. 380-381.

<sup>VI</sup> Nygaard, s. 228 - 229.

### 3.3 Løysingsmodellar valde i rettspraksis

I låneopptakdommen, Rt. 1930 s. 385, løyser retten harmoniseringsproblemet mellom ugyldigheit og skadebot ved å hevde at ordføraren ikkje handlar som offentleg tenestemann når han overskrider sin kompetanse på svikefullt vis. Frå heradsrettens grunngeving, inntektdommen, uttaler rettens formann at ordføraren i ein slik situasjon "...beveger sig helt utenfor sin stilling som ordfører. Han handler da som privatmann, og kommunen kan ikke ha noget ansvar for hans handlingar som saadan".<sup>1</sup> Løysinga inneber altså at kommunen i tillegg til å vere ubunden heller ikkje vert erstatningsrettsleg ansvarleg. Argumentasjonen minner veldig om avgrensingsregelen vi i dag har om arbeidsgjevaransvar, ved at ansvar er betinga av at arbeidstakaren ikkje går utanfor det som er rimeleg å rekne med av verksemda, saksområdet og karakter av arbeidet.

Baksida ved ei slik løysing er at heile tapet for den ugyldige avtalen vert velta over på den private part. Det framstår som velgrunna å verne fellesskapet mot svik frå den enkelte tenestemann eller ombodsmann. Det kan derimot stillast spørsmål om dette er den beste løysinga i meir tvilsame tilfelle, der ordføraren i alle fall sjølv oppfattar sin handlemåte som lojal i forhold til kommunestyret. I slike tilfelle skal det nok også vesentleg meir til for å kunne hevde at ordføraren har gått utanfor det som er rimeleg å rekne med, kommunane sitt vide arbeidsområde teke i omsyn.

Ein nyare dom som har fått mykje merksemd i teorien er Rt. 1992 s. 1642 (Gamvik). Saka gjaldt kommunal garantstelling frå Gamvik kommune om låneopptak hjå ein privat bank til fordel for eit lokalt fiskeriselskap. Sakshandsaminga var høgst irreguler frå start til slutt. Særleg viste ordføraren, som var inhabil, stor kreativitet og engasjement for å få garantistillinga gjennomført utan nødvendige kommunestyrevedtak. Rett nok var saka drøfta i kommunestyret, men utan at det var gjennomført formelt vedtak eller bokføring av dette i etterkant. Høgsterett la vekt på formålet med sakshandsamingsreglane, herunder omsyn til klårleik og notoritet, og kom til at det ikkje førelåg noko vedtak. Retten uttalte også obiter dictum at ordføraren sin inhabilitet og sentrale rolle i prosessen truleg ville ført til ugyldigheit på sjølvstendig grunnlag.

---

<sup>1</sup> Rt.1933 s. 385, s. 388.

Avgjerda inneheld ingen inngåande drøfting av legitimasjon, då partane var samde om at ordføraren ikkje hadde nokon slik forpliktingskompetanse ut over sin rett. Derimot har dommen ei interessant tilnærming til spørsmålet om skadebotansvar. Det vart konstatert arbeidsgjevaransvar for ordføraren, men retten antyder dessutan obiter dictum at organansvar er eit mogleg alternativ.<sup>I</sup> Til trass for ordføraren si sær s spesielle og illojale opptreden i saka kom retten til at han ikkje hadde gått utanfor det som var rimeleg å rekne med, altså motsett Rt. 1933 s. 385.

Eit anna oppsiktsvekkande poeng ved Gamvikdommen er at retten stadfestar at skadebotreglane har eit sjølvstendig grunnlag, og at skadebotansvar derfor "...ikke innebærer en omgåelse av de rettsregler som regulerer kommunale organers myndighetutøvelse". Harmoniseringsproblematikken mellom skadebotreglar og ugyldigheitslæra løyser ein nokså lettvindt ved å understreke at resultatet ikkje nødvendigvis "...betyr at banken stilles i samme stilling som om det hadde foreligget en gyldig kausjon. Her kommer for eksempel reglene om skadelidtes medvirkning inn".<sup>II</sup>

I LG-1991-1266 (Gulaing lagmannsrett) som også gjaldt garantistilling la mindretalet opp til same linje som Rt. 1992 s. 1642, altså skadebotansvar med lemping.<sup>III</sup> Om aktsemdskravet, det vil seie skadelidne sin medverknad, uttaler mindretalet følgjande under tilvising til Gamvikdommen:

"...Kommunen er selv nærmere til å ta risikoen for lovligheten av sine organers handlinger enn kommunens medkontrahent... På den annen side må en finansieringsinstitusjon være klar over de særlige kompetansebegrensninger som gjelder for en kommune. Det er ikke anført at SR-Finans A/S har avklart kompetansespørsmålet med kommunen, eksempelvis ved at delegasjonsvedtakene er forevist før lånet ble utbetalt".

Denne argumentasjonen er nærast identisk med Lassen si grunngeving på kvifor legitimasjon ikkje kan oppstå i saker om finansiell forvaltning av offentlege midlar.<sup>IV</sup> Det kan knappast bli tydlegare at ein brukar skadebotreglane som ei kompromissløyising på eit saksområde det legitimasjon er utelukka.

---

<sup>I</sup> Rt.1992 s. 1642, s. 1648. Sjå også omtalen ovanfor, punkt 1.2.

<sup>II</sup> Rt.1992 s. 1643, s. 1649.

<sup>III</sup> Fleirtalet fann derimot at garantistillinga var gyldig og tok ikkje stilling til det subsidiære skadebotkravet.

<sup>IV</sup> Gjort greie for ovanfor, punkt 2.3.1.2

Første moderering av denne kompromissløyninga skulle komme i form av ein voldgiftsdom leia av Brækhus, innteke i RG. 1994 s. 117. Også i denne saka hadde kommunen handla klanderverdig, men voldgiftsretten viste til at forholda ikkje var så ekstreme som i Gamvikdommen, og ein antyder ein nærast overberande tone at Høgsterett let seg styre av resultatorienterte omsyn i den saka:

”At Høyesterett har følt behov for å kunne reagere med et visst økonomisk ansvar for en kommune hvis saksbehandlingsrutiner ligger på et slikt nivå, er forståelig. I den sak voldgiftsretten skal avgjøre, ligger forholdene annerledes ann...”<sup>I</sup>

Voldgiftretten tek dessutan eit oppgjer med Høgsterett sitt standpunkt om at idømming av skadebot ikkje er ei omgåing av ugyldigheitslæra og sakshandsamingsreglane om kommunal utøving av myndighet:

”...[H]vis en uaktsomhet av denne art skal påføre Kommunen et ansvar for et større eller mindre del av det lån garantiene skulle dekke, vil det bety en vesentlig uthuling av den beskyttelse som kommunestyrelovens saksbehandlingsregler og regler om statlig kontroll skal gi kommunene. Voldgiftsretten antar derfor at kommunestyrelovens regel som spesialbestemmelser må medføre en viss innsnevring av området for de rent erstatningsrettslige reaksjoner, og at erstatningsansvar derfor ikke kan gjøres gjeldende mot Kommunen i det foreliggende tilfelle.”

Ein tek altså avtand frå å nytte modellen med skadebotansvar som kompromissløyning. I staden argumenterer ein med bortfall av skadebotansvar for kommunen, og nyttar tilnærma same grunngjeving som den tradisjonelle oppfatninga for at legitimasjon ikkje kan oppstå i slike tilfelle. Uttalinga om at kommunale sakshandsamingsreglane har som formål å verne kommunane mot sin eigen inkompetanse, er i beste fall kontroversiell. Det er uttrykk for eit påstått legislativt omsyn som ikkje kjem til uttrykk korkje gjennom lov eller førearbeider. Når ein i tillegg nærast skuldar Høgsterett for nytte seg av Gamvikdommen til å ta eit oppgjer med slappe sakshandsamingsrutinar i norske kommunar, skrumpar voldgiftsretten sin argumentasjon inn til ei dårleg kamuflert rettspolitisk oppfatning.<sup>II</sup>

---

<sup>I</sup> RG. 1994 s. 117, s. 138.

<sup>II</sup> Paradoksalt nok er Brækhus sett på som den som sterkast og mest konsekvent har argumentert for privatrettslege prinsipp sin gjennomslagskraft ved bedømminga av avtale om offentlig myndighetsutøving, sjå Bernt, s. 62 med tilvisingar.

Høgsterett følgde snart etter, og allereie i Rt. 1995 s. 1688 modererer ein utgangspunktet i Gamvikdommen noko. Saka gjaldt avtale mellom Vadsø kommune og Finnmark fylkeskommune om deling av byggjekostnader for Vadsø helsesenter.

Legitimasjonsspørsmålet kom heller ikkje på spissen i denne saka, men retten uttaler obiter dictum at det "...nepe kan være plass for legitimasjonssynspunkter, dersom et offentlig organ overfor et annet offentlig organ skulle opptre klart utenfor sin kompetanse...".<sup>I</sup> Dette er det aktsemdskrav som vert lagt til grunn ved forhandling med offentlege organ, og som me kjenner frå tidlegare avgjerder.

Når det gjeld skadebotspørsmålet legg ein til grunn ei liknande oppfatning:

"Vadsø kommune...hadde imidlertid selv oppfordring til å sikre seg at det forelå vedtak fra det kompetente organ i fylket... Hvis det gis erstatning ved kompetanseoverskridelser, ville dette kunne innebære en uthuling av reglene".<sup>II</sup>

Her er det tydeleg at Høgsterett har adoptert synspunktet frå RG. 1994 s. 117. Dommen understrekar derimot forholdet mellom to offentlege organ. Om ein stiller same krav til aktsemd der ein privat part forhandlar med eit offentleg organ, kjem ikkje direkte til uttrykk.

Den førebels siste dom om dette spørsmålet vart avsagt i 2005 ved Hålogaland lagmannsrett.<sup>III</sup> Saka gjaldt kommunen sitt ansvar for eit banklån gitt til eit kommunalt eigd eigedomsselskap, og spørsmålet om legitimasjon og skadebot kom opp:

"Dersom det er naturlig å oppfatte ordførerens opptreden slik at bindende avtale mellom kommunen og banken er inngått, har ordføreren således overskredet sin kompetanse.... Imidlertid må ordføreren handle innenfor sin kompetanse dersom kommunen skal bli bundet... Selv om det i juridisk litteratur ikke utelukkes situasjoner hvor ordføreren kan binde kommunen utover de fullmakter han er gitt, har lagmannsretten kommet til at dette ikke kan gjelde i en sak som den foreliggende....[B]anken [fikk] fortløpende oversendt de relevante kommunestyrevedtakene, og således hadde full informasjon om grunnlaget for ordførerens fullmakt". Vi står altså attende med eit høgt aktsemdskrav til den private part som er til hinder for legitimasjon og skadebot. Tanken om at det offentlege organ er nærast til å ta risikoen for lovmessigheita av sine egne representantar sine handlingar synes å vere forlaten.

---

<sup>I</sup> Rt. 1995 s. 1688, s. 1694.

<sup>II</sup> Rt. 1995 s. 1688, s. 1696.

<sup>III</sup> LH-2005-57450.

Avgjerda vart anka vidare, men kjæremålsutvalet kom einstemmig til at korkje saka si prinsipielle betyding eller andre forhold ga grunn for å prøve saka for Høgsterett.<sup>1</sup> Dermed er siste ord om legitimasjon og skadebotansvar for ordføraren si overskriding av personell kompetanse førebels sagt.

---

<sup>1</sup> HR-2005-1837-U

## 4 Litteraturliste

- Bernt Jan Fridtjof Bernt: Avtaler med stat og kommune. Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter, Bergen, Oslo, Tromsø 1981.
- Bernt og Krüger Samfunn, rett, rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoff, s. 86 – 130, Oslo 1986.
- Bernt og Rasmussen Frihagens forvaltningsrett. Bind I: Innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring, Bergen 2003.
- Bernt, Overå og Hove Jan Fridtjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove: Kommunalrett, 4. utg., Oslo 2002.
- Castberg Frede Castberg: Innledning til forvaltningsretten, 3. utg., Oslo 1955.
- Dybsfjord Arnold Dybsfjord: Lov om kommunestyre på landet av 10 juni 1938 med kommentarer, Oslo 1938.
- Eckhoff/Smith Torstein Eckhoff/Eivind Smith: Forvaltningsrett, 8. utg., Oslo 2006.
- Eldøy Ragnar Eldøy: Oppreisningskrav mot det offentlige – organansvaret i lys av Rt-1995-209, LoR 1997 s. 377.

- Frihagen Arvid Frihagen: Forvaltningsrett. Bind III: Omgjøring, kontroll og ugyldighet, 4. utg., Bergen 1992.
- Gisle, m. fl. Jon Gisle: Jusleksikon, 3. utg., Oslo 2007.
- Graver Hans Petter Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 3. Utg., Oslo 2007.
- Hagstrøm Viggo Hagstrøm: Arbeidsgiveransvar ved overskridelse av fullmakt – refleksjoner etter en høyesterettsdom, TfR 1996 s. 1.
- Hammer Helge Hammer: Lov om styret i herreds og bykommunene av 12. november 1954 med kommentarer 3. utg., Oslo 1984.
- Hov Jo Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, 3. utg., Oslo 2002.
- Kristiansen Toril Kristiansen: Kommunale garantier, Oslo 1998.
- Krüger Kai Krüger: Norsk kjøpsrett, 4. utg., Bergen 1999.
- Lassen Birger Stuevold Lassen: Kontraktrettslig representasjon, 2. utg., Oslo 1992.
- Noss Amund Noss: Arbeidsgiveransvar ved overskridelse av fullmakt, JV 1995 s. 359.
- Nygaard Nils Nygaard: Skade og ansvar, 6. utg.: Bergen 2007.
- Overå og Bernt Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107 med kommentarer, Oslo 2006.
- Tofte Einar Tofte: Ordførerens og administrasjonssjefens stilling i kommunalforvaltningen, Oslo 1981.