

**UTREDNING AV FORSKJELLEN MELLOM
OFFENTLIG OG PRIVAT UTØVELSE AV
TILSYNSMYNDIGHET FOR TAUBANER**

Oppdragsgiver:

Samferdselsdepartementet

Ansvarlig og utførende utreder:

Advokat Sigmund Sandall MNA

P.b. 1338 Vika, 0112 Oslo

Sentralbord: 2283 5000

Faks.: 2283 0766

Mobil: 9587 3323

E-post: sandall@thornes.no

Avgitt dato:

21.01.2008

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	4
1.1.	Bakgrunn.....	4
1.2.	Notatets oppbygning.....	4
2.	Mandatet.....	5
2.1.	Mandatutformingen.....	5
2.2.	Mandatet – begrepspresiseringer.....	5
2.2.1.	Generelt.....	5
2.2.2.	"Taubaner".....	5
2.2.3.	"Tilsynsmyndighet".....	6
3.	Hovedmodeller.....	7
3.1.	Generelt.....	7
3.2.	"Offentlig" utøvelse.....	7
3.3.	"Privat" utøvelse.....	8
3.4.	Delt offentlig / privat utøvelse.....	8
4.	Konsekvenstyper og –adressater.....	9
5.	Offentlig modell - relevante konsekvenser.....	9
5.1.	Rettslige konsekvenser.....	9
5.1.1.	Generelt.....	9
5.1.2.	Forfatnings- / forvaltningsrett.....	9
5.1.3.	Erstatningsrett.....	10
5.1.4.	Strafferett.....	16
5.1.5.	Arbeidsrett.....	18
5.2.	Styrings- og kontrollmessige konsekvenser.....	19
6.	Privat modell – relevante konsekvenser.....	21
6.1.	Rettslige konsekvenser.....	21
6.1.1.	Generelt.....	21
6.1.2.	Forfatnings- / forvaltningsrett.....	21
6.1.3.	Erstatningsrett.....	23
6.1.4.	Strafferett.....	24
6.1.5.	Arbeidsrett.....	25
6.1.6.	Kontraktsrett.....	25
6.1.7.	Offentlige anskaffelser.....	34
6.1.8.	Insolvensrett – konkurs.....	34

6.2.	Styrings- og kontrollmessige konsekvenser.....	34
7.	Sårbarhet – offentlig og privat modell.....	36
8.	Andre konsekvenser.....	38
8.1.	Generelt.....	38
8.2.	Risiko – offentlig og privat modell.....	38
8.3.	Økonomi – offentlig og privat modell.....	40
9.	Delt offentlig / privat modell.....	42
9.1.	Delt offentlig / privat utøvelse av tilsynsmyndighet.....	42
9.2.	Bruk av private til <i>annet</i> enn myndighetsutøvelse.....	43
10.	Sammenfatning – hovedkonklusjoner.....	44
10.1	Generelt.....	44
10.2.	Rettslige konsekvenser.....	44
10.2.1.	Forfatnings- / forvaltningsrett.....	44
10.2.2.	Erstatningsrett.....	45
10.2.3.	Strafferett.....	46
10.2.4.	Arbeidsrett.....	46
10.2.5.	Kontraktsrett.....	46
10.2.6.	Offentlige anskaffelser.....	47
10.2.7.	Insolvensrett - konkurs.....	47
10.2.8.	Hovedkonklusjon – rettslige konsekvenser.....	48
10.3.	Konsekvenser mht. styrings- og kontroll.....	48
10.4.	Konsekvenser mht. sårbarhet.....	48
10.5.	Konsekvenser mht. risiko.....	49
10.6.	Konsekvenser mht. økonomi.....	49
10.7.	Konsekvenser delt offentlig / privat modell.....	50
	Litteraturfortegnelse.....	51

1. INNLEDNING

1.1. Bakgrunn.

Samferdselsdepartementet kunngjorde 24.09.2007 anbudskonkurranse om

"... utredning om forskjellen mellom på den ene siden å la et privat organ utøve tilsyn for taubaner på vegne av det offentlige, og på den andre siden at det offentlige selv utøver tilsynet... utredningen skal være del av departementets beslutningsgrunnlag for valg av framtidig tilsynsform for tilsyn med taubaner..".¹

Kunngjøringen ble lagt ut på "Doffin" (databasen for offentlige innkjøp) med anbudsfrist 12.10.2007 kl. 1200. Oppdraget ble tildelt undertegnede / advokat Sigmund Sandall med kontraktsinngåelse 29.10.2007. Frist for endelig rapport ble satt til 21.01.2008.

Faktagrunnlaget for utredningen er innhentet gjennom samtaler med Samferdselsdepartementet (møter 29.10.2007, 03.12.2007, 09.01.2008), Det Norske Veritas (møte 06.11.2007) og Alpinanleggenes Landsforening (07.11.2007). Undertegnede har også gått igjennom diverse dokumentasjon som for en stor del ble fremlagt i møtene.

Undertegnede har videre gjennomgått den spesiallovgivningen som er av betydning for taubanetilsyn, samt diverse publikasjoner og litteratur. Det vises til litteraturfortegnelsen bak.

Utredningen har flate mot flere fagdisipliner, og omhandler en rekke deltemaer. Hvert av disse kan være (og har til dels vært) emne for egne avhandlinger. Denne utredningen pretenderer imidlertid ikke å behandle stoffet utover det som er nødvendig for å oppnå siktemålet med oppdraget: Å synliggjøre for departementet konsekvenser på visse områder ved offentlig contra privat utøvelse av tilsynsmyndighet for taubaner.

Utredningen er foretatt av advokat Sigmund Sandall.

1.2. Notatets oppbygning.

Hovedavsnittene 2 – 4 (side 5-9) omhandler *mandatet*, og inneholder også en klarlegging av enkelte *nøkkelbegreper*.

Hovedavsnittene 5 – 9 (side 9 - 44) utgjør den substansielle hovedtyngden av notatet.

I hovedavsnitt 10 (side 44 - 50) gis det en *konsentrert sammenfatning* av de "funn" som er avdekket, med angivelse av *konklusjoner*. Avsnitt 10 tjener også som et *sammendrag* av notatet.

Bakerst (side 51) er det en *litteraturfortegnelse*. De publikasjoner som er angitt i fortegnelsen har dels tjent som generelt kildemateriale. Sammendragene / gjengivelsene fra dette materialet står for undertegneds regning. I notatet er det også inntatt en del konkrete henvisninger til enkelte av de oppførte publikasjonene.

¹ Jfr. konkurransegrunnlaget side 2.

2. MANDATET.

2.1. Mandatutformingen.

I møte 29.10.2007 mellom Samferdselsdepartementet og advokat Sandall ble mandatet konkretisert som følger:

Det skal fremlegges en skriftlig utredning om forskjellene mellom på den ene siden en modell der et privat organ utøver tilsynsmyndighet for taubaner på vegne av det offentlige, og på den annen side en modell der det offentlige utøver tilsynsmyndigheten selv. I den grad det fremtrer som relevant å drøfte (en) modell(er) der tilsynsutøvelsen fordeles mellom det offentlige og et privat organ, kan også dette medtas i utredningen.

Tilsynsbegrepet skal oppfattes relativt vidt. I prinsippet skal det omfatte hele "begivenhetsskjeden" med regelgivning, regelhåndhevelse, dokumentbesiktigelse, stedlige inspeksjoner, sanksjonsbruk mv.

Utredningen skal inneholde de konsekvenser som valg av de alternative hovedmodeller får for Samferdselsdepartementet mht. styrings- og oppfølgingsmuligheter, sårbarhet, erstatningsansvar og ev. andre rettslig betonte konsekvenser. Økonomiske konsekvenser for Samferdselsdepartementet og konsekvenser mht. risiko- / sikkerhetsnivå for taubaner forutsettes ikke behandlet i samme grad.

Utredningen skal fokusere på påregnelige, objektive konsekvenser og utslag ved valg av ulike modeller. Det skal ikke gis konkrete råd mht. valg av modell for fremtidig organisering av taubanetilsynet.

2.2. Mandatet - begrepspresiseringer.

2.2.1. Generelt.

Som det fremgår under pkt. 2.1, skal utredningen behandle forskjellen på offentlig og privat utøvelse av "tilsynsmyndighet for taubaner". Følgelig oppstår spørsmålet om hva som ligger i begrepene "taubaner" og "tilsynsmyndighet". En presisering av dette gis i avsnittene 2.2.2. og 2.2.3. nedenfor.

2.2.2. "Taubaner".

Med "taubaner" menes her som utgangspunkt de transportinnretninger som faller inn under ansvarsområdet til Det Norske Veritas (DNV) i henhold til kontrakt av 01.10.1988 med Samferdselsdepartementet.

I kontraktens § 1 er ansvarsområdet angitt som "... de taubaner (herunder skitrekke) som er gitt konsesjon etter taubaneloven av 14. januar 1912 (feilskrift for 14. juni 1912, min tilføyelse) og senere tilleggslover, og med kabelbaner som er gitt konsesjon etter jernbaneloven av 12. august 1848 og senere tilleggslover".

Etter at kontrakten mellom Samferdselsdepartementet og DNV ble inngått er jernbaneloven av 1848 erstattet med jernbaneloven av 11.06.1993. Det er også vedtatt flere nye forskrifter med hjemmel i den nye jernbaneloven og i taubaneloven fra 1912. I forhold til emneavgrensningen for dette notatet gjelder derfor følgende:

Med "taubaner" menes transportinnretninger som faller inn under ansvarsområdet til DNV i henhold til kontrakt av 01.10.1988, med tilpasninger for senere tillegg / endringer i lover og forskrifter, og for vedtak fra Samferdselsdepartementet.

I praksis omfatter dette taubanebegrepet skitau, skitrekke, stolheiser, kabelbaner, totausbaner, kabelkraner, godstaukaner samt visse særvarianter som departementet har vedtatt faller inn under DNVs ansvarsområde: Vannskitrekke, sykkeltrekk, elvestoler, rodelbane visse kabelkraner og godstaukaner.

2.2.3. "Tilsynsmyndighet"

Innen samfunnssektorer der "sikkerhet" og "risiko" er fokusområder, er målsettingen med "tilsyn" gjerne å bidra til at "risikoen" ved bestemte aktiviteter holdes på et "akseptabelt nivå".

Med "risiko" menes i dette notatet (unyansert) sannsynligheten for at uønskede hendelser skal inntre, sammenholdt med konsekvensene (skade- / tapsomfanget) av slike uønskede hendelser².

Ut fra dette kan "tilsyn" sies å omfatte aktiviteter som utføres av en tredjeperson (tilsynsinstansen) overfor et annet foretak (tilsynsobjektet), i den hensikt å bidra til at risikoen ved tilsynsobjektets virksomhet holdes på et akseptabelt nivå, og eventuelt bidra til at risikoen kontinuerlig reduseres.

Ofte er tilsynsinstansens virksomhet forankret i lov / forskrift. Dette kan gi tilsynsvirksomheten karakter av *offentlig myndighetsutøvelse*: På basis av formell lovgivning blir tilsynsobjektene tildelt rettigheter eller pålagt plikter, søknader innvilges eller avslås, brudd på regelverk kan føre til at gitte tillatelser begrenses eller inndras, eventuelt i kombinasjon med andre typer sanksjoner.

Ofte ser tilsynsorganet det som en tilsynsoppgave å bidra til at holdninger og kultur hos tilsynsobjektene påvirkes i risikoreducerende retning. Dette kan skje gjennom ikke-formelle aktiviteter som informasjon og veiledning, foredrag, løpende dialog og relasjonspleie m.v.

Utøvelsen av tilsynsmyndigheten kan skje ("fysisk") dels hos tilsynsinstansen ved for eksempel søknadsbehandling, dokumentgjennomgang- / kontroll o.l. Tilsynsvirksomheten kan også foretas hos tilsynsobjektet i form av systemrevisjoner, dokumentgjennomgang og eventuelt på-stedet-inspeksjoner med varierende grad av "nuts and bolts-kontroller".

Tilsynsaktivitetene utføres fortrinnsvis på basis av visse kriterier og ved anvendelse av visse *metodikker*. Disse kan variere i praksis. Generelt vil det ofte være en målsetting at tilsynet prioriterer områder der behovet for tilsyn er størst, og hvor den anvendte metodikken gir god effekt mht. risikoreduksjon ("risikobasert tilsyn" – "RBT")³.

Hvorvidt et tilsyn også reelt sett fortjener betegnelsen "risikobasert" er avhengig av flere faktorer. Ofte vil et formelt regelverk (lov / forskrift) stille krav til hvordan tilsynsutøvelsen skal gjennomføres, og denne type regelverk er ikke alltid utpreget "RBT-forankret". Også innenfor det handlingsrom som regelverket gir mht. tilsynsutøvelsen, kan det av flere årsaker

² Se for eksempel *SINTEF* side 19 med henvisning til NS 5814.

³ Se for eksempel *SINTEF* side 59-60.

(typisk begrenset / mangelfullt statistisk faktagrunnlag) være problematisk å etablere et velfundert grunnlag for reelt, risikobasert tilsyn.

Trass i et (ofte) forutsatt risikoreduserende regelverk og en løpende håndhevelse av dette, skjer det ulykker og andre uønskede hendelser. Det er et poeng for tilsynsmyndighetene å få klarlagt årsaken til slike ulykker og hendelser, bl.a. for å se om det bør foretas endringer av regler / prosedyrer / praksis slik at lignende ulykker ikke gjentar seg.

Etter dette menes i dette notatet følgende med utøvelse av "tilsynsmyndighet":

- *Frembringelse og vedlikehold av et forutsatt risikoreduserende lovforankret regelverk,*
- *Metodisk håndhevelse av dette regelverket overfor utøverne / operatørene av den risikoforbundne virksomhet (tilsynsobjektene), herunder initiering eller iverksettelse av sanksjoner overfor tilsynsobjekter som bryter regelverket,*
- *"Ikke-formelle" sikkerhetsfremmende holdnings- og kulturpåvirkende tiltak overfor tilsynsobjekter,*
- *Medvirkning til å avdekke årsaker til ulykker og hendelser, og eventuelt iverksettelse av korrigerende tiltak for å unngå lignende ulykker og hendelser.*

Det er ikke gitt at alle disse delfunksjoner utføres av samme instans, jfr. nærmere om dette i hovedavsnittene 3 og 9 nedenfor.

3. HOVEDMODELLER.

3.1. Generelt.

I notatet tas det som utgangspunkt at ansvaret (i betydningen overordnet / lovforankret / politisk) for at det faktisk utøves tilsynsmyndighet på et angitt område, er tillagt et departement. Det ligger i sakens natur at dette overordnede ansvaret *ikke* kan delegeres.

Både prinsipielt og praktisk kan imidlertid selve *utøvelsen* av tilsynsmyndigheten organiseres på forskjellig vis. I punkt 3.2 og 3.3 nedenfor kommenteres kort de organisatoriske modellene som legges til grunn for den videre drøftelse. I punkt. 3.4. nedenfor gis det noen foreløpige kommentarer vedr. "mellomformer" for privat og offentlig utøvelse.

For ordens skyld presiseres følgende: Det som drøftes i dette notatet er tenkte modeller. Den ordning som faktisk praktiseres i dag vil i varierende grad ha likhetstrekk med de modeller som behandles. Dette forhindrer likevel ikke at de konklusjoner som trekkes i dette notatet er kun ment å gjelde i forhold til de modeller som er beskrevet. Det ligger *ikke* i mandatet – og notatet pretenderer heller ikke – å gi en vurdering av dagens kontraktsbaserte ordning med DNV.

3.2. "Offentlig" utøvelse.

For enhver modell der alle tilsynsfunksjonene blir ivaretatt av offentlige organer er det språklig dekkende å tale om "offentlig utøvelse av tilsynsmyndighet". Aktuelle deltagere i en slik modell kan være departementer, fagetater direkte underlagt et departement (direktorater el.l.), fylkesmenn, fylkeskommuner, primærkommuner etc.

I prinsippet kan utøvelsen tenkes foretatt kun av det organ som er tillagt det overordnede "politiske ansvaret" (et departement, jfr. avsnitt 3.1. ovenfor).

Alternativt kan tilsynsutøvelsen fordeles på flere forvaltningsorganer. Eksempelvis kan kompetansen til å gi forskrifter på det aktuelle fag- / tilsynsområdet i sin helhet "bli værende" i et departement, mens den løpende forskriftshåndhevelsen delegeres til et separat forvaltningsorgan (generelt eller i tilsynssammenheng underlagt det aktuelle departement). Endelig kan ulykkesoppfølgingen tenkes tillagt et tredje organ.

Med "offentlig" utøvelse av tilsynsmyndighet for taubaner menes i dette notatet følgende:

- a) *Samferdselsdepartementet (SD) har det overordnede politisk betonte ansvaret for at det utøves tilsynsmyndighet for taubaner.*
- b) *SD har generell forskrifts- og håndhevingskompetanse på taubaneområdet. Denne kompetansen er helt eller delvis delegert til ett forvaltningsorgan (tilsynsorganet) som generelt er direkte underlagt SD.*
- c) *Tilsynsorganet utøver forskriftskompetanse, samt håndhevingskompetanse i første instans i henhold til SDs delegering, samt tilsynsmyndighet forøvrig i henhold til retningslinjer og / instruksjoner fra SD.*

3.3. "Privat" utøvelse.

Som den klare hovedregel er utøvelse av offentlig myndighet forbeholdt offentlige organer. Det har likevel lenge vært klart at kompetanse til å utøve offentlig myndighet i noen grad kan delegeres til private foretak. Om enkelthetene omkring dette vises til avsnitt 6.1.2. nedenfor.

Med "privat" utøvelse av tilsynsmyndighet for taubaner menes i denne utredningen følgende:

- a) *Samferdselsdepartementet (SD) har det overordnede politisk betonte ansvaret for at det utøves tilsyn med taubaner.*
- b) *På basis av kontrakt mellom SD og ett organ som er etablert i henhold til privatrettslige regler (tilsynsorganet), delegerer SD all forskrifts- og håndhevingskompetanse til tilsynsorganet.*
- c) *Tilsynsorganet er ut fra kontraktsforankrede styrings- og kontrollrutiner direkte underlagt SD. Tilsynsorganet utøver forskriftskompetanse, samt håndhevingskompetanse i første instans, i henhold til SDs delegering, samt tilsynsmyndighet forøvrig i henhold til retningslinjer fra SD⁴.*

3.4. Delt offentlig / privat utøvelse.

Med de mange delfunksjoner som tilsynsmyndigheten rommer ligger det i sakens natur at en fordeling av myndighetsfunksjonene mellom ett eller flere forvaltningsorganer, og ett eller flere private organer, kan tenkes lagt opp på en rekke forskjellige måter. I dette notatet tar ikke drøftelsen utgangspunkt i "kun én tenkt offentlig-privat modell". Det anses mer meningsfylt å drøfte enkelte problemstillinger som antas å være relevante for enhver

⁴ Slik "tilsynsmyndighet" er definert (side 7) åpner både den "offentlige" og "private" modellen for at ett og samme organ står for regelutvikling, regelhåndhevelse, - samt for klarlegging av ulykkesårsaker. Prinsipielt er dette uheldig. Hvorvidt gjeldende regler og håndhevelsen av disse har vært medvirkende til en ulykke, bør vurderes av et annet organ enn det som har frembrakt og håndhevet disse reglene. Men dette forholdet antas ikke å ha betydning for konsekvensene av en "offentlig" contra "privat" modell.

offentlig-privat modell, uavhengig av hvordan enkeltfunksjonene i detalj er fordelt. Det vises til hovedavsnitt 9 nedenfor.

4. KONSEKVENSTYPER OG -ADRESSATER.

Valg av hovedmodell for utøvelse av tilsynsmyndigheten kan få konsekvenser av forskjellig art, og for flere berørte parter. Aktuelle *berørte parter / adressater* er eksempelvis brukerne av taubaner (passasjerer), de som utfører / tilbyr taubanetjenester (eiere og drivere av alpinanlegg, forsvarer, entreprenører), nåværende tilsynsinnsans DNV og Samferdselsdepartementet.

Aktuelle *konsekvenstyper* kan gå på risikonivå, ansvarsproblematikk og andre rettslige problemstillinger, styrings- og kontrollmuligheter, økonomi, politiske konsekvenser o.a.

I praksis kan det være vanskelig å operere med vanntette skott mellom de ulike konsekvenstyper, og mellom de ulike adressatgrupper. I utgangspunktet og på kort sikt kan man eksempelvis hevde at øket risikonivå kun angår brukerne og tilbyderne av taubanetjenester. I praksis vil imidlertid et øket risikonivå med stadig flere ulykker og tilhørende hyppigere og "krassere" offentlig omtale, etter hvert påvirke også tilsynsinnsans og departementets virksomhet.

I tråd med mandatet vil dette notatet primært ha fokus på *Samferdselsdepartementet* som konsekvensadressat. Øvrige interessenter vil i liten grad bli direkte omtalt. Av de konsekvenstyper som primært berører Samferdselsdepartementet vil hovedfokus være på rettslige forhold, styrings- og kontrollmessige konsekvenser samt på sårbarhet. På et mer generelt plan berøres konsekvenser mht. risikonivå og økonomi. Øvrige konsekvenstyper berøres ikke.

5. OFFENTLIG MODELL – RELEVANTE KONSEKVENSER.

5.1. Rettslige konsekvenser.

5.1.1. Generelt.

Ved offentlig utøvelse av tilsynsmyndigheten synes det aktuelt å kommentere følgende rettsområder, - om enn i ulik grad: Forfatnings- / forvaltningsrett, erstatningsrett, strafferett og arbeidsrett.

5.1.2. Forfatnings- / forvaltningsrett⁵

Sammen med statsforfatningsretten gir forvaltningsretten *det rettslige grunnlag* for å gripe inn i "borgernes rettsfære". Samtidig setter disse reglene *grenser* for det offentlige handlingsfrihet. Forvaltningen / det offentlige må alltid kunne påvise et rettslig grunnlag for sine disposisjoner. Ofte må slikt rettslig grunnlag ("hjemmel") være lovforankret (legalitetsprinsippet).

Innenfor de rammer grunnloven setter har Stortinget myndighet til å gi (*delegere*) kompetanse til forvaltningsorganer mht. å treffe *individuelle* avgjørelser (for eksempel "si ja eller nei til konkrete enkeltsøknader"). Stortinget har også en vidtgående adgang til å gi forvaltningsorganer kompetanse til å gi *generelle bestemmelser*. Vi taler da om delegasjon av materiell lovgivningsmyndighet (i praksis kompetanse til å gi forskrifter).

⁵ Generell hovedkilde for avsnitt 5.1.2. er *Eckhoff / Smith*.

Når Stortinget har gitt "Regjeringen" eller "Kongen" myndighet til å treffe individuelle avgjørelser (treffe enkeltvedtak) eller vedta forskrifter, er det alminnelig antatt at regjeringen innenfor vide rammer kan *delegere* denne kompetansen til et annet offentlig organ, typisk et departement. At regjeringen *ikke* skal ha slik delegasjonsadgang må ha positiv hjemmel, for eksempel ved at Stortinget bruker uttrykk som "Kongen i statsråd".

Ofte vil det *fremgå direkte av Stortingets vedtak* (lovteksten) at kompetansen legges direkte til "vedkommende departement" (hvilket departement er det opp til regjeringen å bestemme).

Den kompetanse et departement er tillagt – det være seg til å treffe individuelle avgjørelser / enkeltvedtak eller å vedta forskrifter - kan departementet normalt *delegere videre* til et offentlig organ underlagt departementet. I den grad aktuell tilsynslovgivning gir Samferdselsdepartementet kompetanse til å vedta forskrifter eller utøve offentlig myndighet forøvrig, står det m.a.o. departementet normalt fritt å delegere hele eller deler av denne kompetansen til et underordnet forvaltningsorgan. Denne delegasjonen kan når som helst *trekkes tilbake*.

"Sidelengs" delegering av kompetanse fra et departement til et annet departement (uten regjeringens mellomkomst) krever derimot hjemmel i lov. Tilsvarende antas å gjelde for delegering fra et departement til et organ underordnet et (el. flere) andre departementer, og til kommunale og fylkeskommunale organer.

Gjennom formell lov og ulovfestet praksis er det nedfelt et sett gjeldende forvaltningsrettslige grunnprinsipper / hovedregler som angir *hvordan* offentlige organer skal gå frem når det utøver myndighet. Stikkordsmessig nevnes reglene om forsvarlig saksbehandling, nøytralitet, saklighet, likebehandling, forholdsmessighet, offentlighet etc.

Ved offentlig tilsyn vil alle de ovennevnte reglene og prinsippene "velte inn med full tyngde", og gis anvendelse på alle ledd av tilsynsvirksomheten. Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven (LOV 1967-02-10) og offentlighetsloven (LOV 1970-06-19 nr. 69)⁶ vil få anvendelse, (eventuelt) supplert med regler i relevant forvaltningsrettslig spesiallovgivning.

At offentlig tilsynsutøvelse er underlagt et forfatnings- / forvaltningsrettslig regime kan ikke sees å gi grunnlag for spesielle kommentarer for øvrig.

5.1.3. Erstatningsrett⁷

Det faktiske utgangspunkt for drøftelsen er at en fysisk person som er ansatt i det offentlige tilsynsorganet, gjennom en tjenesterelatert handling eller unnlatelse har påført en annen (skadelidte) et økonomisk tap. Eksempler på aktuelle skadelidte kan være en taubanepassasjer, passasjerens etterlatte, et tilsynsobjekt eller et foretak som søker om tillatelse til å starte opp taubanevirksomhet. Spørsmålet som skal drøftes er i hvilken grad den skadelidte kan nå frem med et erstatningskrav mot "skadevoldersiden". Vi forutsetter at det ikke eksisterer noe kontraktsforhold mellom skadelidte og skadevolderen.

For at et erstatningskrav skal kunne nå frem er det generelle rettslige utgangspunktet at det må foreligge en handling eller unnlatelse som på rettsstridig vis har forårsaket et økonomisk tap for en annen person.

⁶ Ny offentlighetslov (LOV 2006-05-19 nr. 16) er pr. 21.01.2008 ikke trådt i kraft.

⁷ Generell hovedkilde for avsnitt 5.1.3. er *Lødrup*.

I "forårsaket" ligger at det må være en årsakssammenheng mellom den aktuelle handlingen / unnlatelsen og det økonomiske tap. Det må imidlertid være en viss *nærhet* mellom handlingen / unnlatelsen og det oppståtte tapet, - man svarer ikke for enhver følgeskade. Det sies gjerne at det må være *adekvat årsakssammenheng*.

Forutsetningen om rettsstrid anvendes (i tilfelle) for å tydeliggjøre at en handling som er ment å påføre en annen person økonomisk skade *kan* være fullt ut legitim og kanskje samfunns-messig ønskelig. Standardeksempelen er oppstart av konkurrerende forretningsvirksomhet, som selvsagt ikke utløser noe erstatningskrav.

For at et erstatningskrav skal nå frem må det også foreligge et *ansvarsgrunnlag*. Her går det et hovedskille mellom *skyldansvar* (skadevolderen hefter bare dersom han har opptrådt uaktsomt eller med forsett), og *objektivt ansvar* (skadevolderen hefter også om han ikke er å bebreide / har opptrådt aktsomt og forsvarlig). Hovedregelen i norsk rett er *skyldansvar*.

Ut fra hovedregelen om skyldansvar er det på det rene at for eksempel en skadelidt passasjer vil kunne ha et krav mot den uaktsomme fysiske person / tilsynsansatte. Ofte vil imidlertid et slikt krav være økonomisk uinteressant (den ansatte er ikke søkegod). Da vil et mulig krav mot det offentlige være desto mer interessant.

Et slikt krav mot "det offentlige" kan for det første tenkes å være forankret i *det objektive arbeidsgiveransvaret* ("husbondansvaret"). Det generelle utgangspunkt er at arbeidsgiver er ansvarlig uten hensyn til egen skyld (objektivt ansvar) for de skader en arbeidstaker ved forsett eller uaktsomhet volder under sitt arbeid. Dette følger av skadeserstatningsloven (LOV 1969-06-13 nr. 26) § 2-1. Annerledes uttrykt: Arbeidsgiver har selv opptrådt uklanderlig, mens arbeidstaker har opptrådt uaktsomt; - arbeidsgiver hefter da for den skade arbeidstaker har forårsaket. Det er flere begrunnelse for denne regelen⁸; - én av disse er skaden springer ut av en aktivitet i prinsipalens / arbeidsgivers interesse. Det er da rimelig at arbeidsgiver holdes ansvarlig.

Dette objektive arbeidsgiveransvaret gjelder både for private arbeidsgivere og for *det offentlige* som arbeidsgiver.

Arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven favner vidt: Det omfatter fast ansatte i full stilling, deltidsansatte, midlertidig ansatte, åremålsansatte og i atskillig grad rent leilighetsarbeid av kortvarig karakter m.v.

Hvor arbeidsgiver er en juridisk person (for eksempel aksjeselskap, stat, kommune og lignende) må arbeidstakerbegrepet avgrenses mot de fysiske personer som representerer *den juridiske personen som sådan* (typisk ledelsen i det aktuelle organet). Skaden anses da i tilfelle å være forårsaket av organet / institusjonen som sådan. Vi taler da om et *organansvar*, jfr. nærmere om dette på side 13 nedenfor.

Arbeidstakerbegrepet må videre avgrenses mot selvstendige oppdragstakere⁹.

⁸ Se *Askeland* side 53 flg. generelt om begrunnelsene for erstatningsrettslig identifikasjon mellom "den direkte skadevolder" og den som skadevolderen opptrer på vegne av.

⁹ Grensedragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere kan tidvis by på utfordringer. Denne grensedragningsproblematikken er ikke spesielt interessant i vår sammenheng. Der det – som under en privat modell – inngås en kontrakt med et separat privat organ, er vi klart utenfor arbeidsgiverbegrepet og over i en oppdragssituasjon. Dette behandles i avsnitt 6.1.6. nedenfor.

Arbeidsgivergiveransvaret omfatter også ansvar for s.k. *anonyme feil* og *kumulative feil*. I dette ligger at det ikke er nødvendig for å fastslå ansvar at man finner frem til konkrete fysiske personer som har gjort feil. Og selv om hver enkelt feil som blir gjort er for ubetydelig til å kunne karakteriseres som erstatningsbetingende, så kan summen av slike små feil føre til et så uforsvarlig resultat at ansvar likevel foreligger.

Arbeidsgiveransvaret forutsetter som nevnt at den ansatte har opptrådt "*uaktsomt*". Da oppstår spørsmålet om *hvor grensen går* mellom den uaktsomme (og ansvarsutløsende) handlemåte, og den aktsomme (ansvarsfriende) handlemåte.

Normen er for så vidt gitt i skadeerstatningsloven § 2-1 nr. 1. Her fremgår det at det skal tas hensyn til "*... om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt...*". Ut fra denne generelle normen og saksforholdet i den enkelte sak må det tas konkret stilling til om det foreligger uaktsomhet eller ikke.

Det er imidlertid antatt at selve *aktsomhetsnormen kan variere*, avhengig av på hvilket samfunnsområde man befinner seg. Med utgangspunkt i den s.k. "*Tirrannadommen*" (Rt. 1970 side 1154)¹⁰ har det vokst frem en lære om at for det offentlige gjelder en *mildere aktsomhetsnorm* i favør av det offentlige / disfavør av skadelidte (mao. at "*terskelen*" for å nå frem med et søksmål mot det offentlige er "*høyere enn normalt*").

Saksforholdet i Tirrannadommen var i korthet at M/S Tirranna grunnstøtte og totalforliste fordi gassbeholderen i en lysbøye var gått tom. Dette skyldtes en svikt fra tilsynsmannens side. Høyesterett la til grunn som et faktum at flytende sjømerker er utsatt for vær og vind og er derfor ikke nødvendigvis pålitelige. Skipsfarten kan følgelig ikke stole fullt og helt på dem ved navigeringen. Spørsmålet var imidlertid om dette kunne føre til ansvarsfrihet for staten *også* i tilfeller der en klar menneskelig svikt hadde ført til at sjømerket ikke fungerte. Høyesterett (dissens 4-1) besvarte dette spørsmålet bekræftende, og frifant staten. Begrunnelsen var følgende: "*... Skipsfartens folk må når som helst være forberedt på at slike lysbøyer kan være ute av funksjon, de kan ikke gjøre dem til avgjørende forutsetninger for en sikker navigasjon. Tar de en slik risiko, må de bære den selv...*".

Denne dommen er senere fulgt opp både fra lovgiverhold og i senere rettspraksis, i det minste der det er tale om det offentliges utøvelse av "*service- og bistandsoppgaver*".

Læren om en "*mild aktsomhetsnorm*" for det offentlige er imidlertid omstridt. Det har bl.a. vært hevdet¹¹ at man som utgangspunkt må operere med en *normal aktsomhetsnorm* også for det offentlige, i den forstand at *det er anvendelsen av den milde normen som krever særskilt begrunnelse*.

Dette synspunktet er begrunnet bl.a. med henvisning til "*Furunkulosedommen*" (Rt. 1992 side 453). Saken gjaldt forsvarligheten av et vedtak fra Landbruksdepartementet om å godkjenne import av smolt som viste seg å være smittet av furunkulose. Staten gjorde gjeldende at kravet til aktsomhet måtte settes markert lavere hvor det offentlige i beskyttelseshensikt har påtatt seg "*kontroll- eller serviceoppgaver*", enn på andre områder av det offentliges virksomhet.

modell - inngås en kontrakt med et separat privat organ, er vi klart utenfor arbeidsgiverbegrepet og over i en oppdragssituasjon. Dette behandles i avsnitt 6.1.6. nedenfor.

¹⁰ "Rt": Rettstidende, - publikasjon med avgjørelser fra Høyesterett.

¹¹ Lødrup, side 165.

Staten ble imidlertid kjent erstatningsansvarlig. Høyesterett (dissens 3-2) avviste *ikke* at det gjelder en lavere aktsomhetsnorm for "... visse service-virksomheter, rednings- og bistandsytelser og rådgivningstjenester av forskjellig slag...". Det aktuelle importvedtaket ble imidlertid ansett å ligge utenfor det området der lav aktsomhetsnorm kan være aktuelt.

Ut fra bl.a. denne dommen synes det fortsatt å være grunnlag for å skille mellom på den ene side det offentliges service- / bistandsvirksomhet (der det antagelig gjelder en *mild* aktsomhetsnorm i det offentliges favør), og annen offentlig virksomhet der det gjelder en "normal" aktsomhetsstandard.

Men denne grensen er langt fra stringent, jfr. bl.a. "Asfaltkantdommen" (Rt. 2000 side 253): Statens Vegvesen ble erstatningsansvarlig fordi det var uaktsomt ikke å sette opp et varselsskilt for asfaltkanter ved utkjørselen fra en tunnel. I dommen heter det bl.a. at også på områder der den milde norm har anvendelse, må man i det konkrete tilfellet vurdere den generelle skaderisikoen på det aktuelle området, hvilke ressurser som står til myndighetens rådighet, arten av de skadedes interesser og hvilke muligheter skadelidte har til å forsikre seg mot skade.

Foreløpig oppsummering: For det offentlige gjelder det objektive arbeidsgiveransvar. Dette innebærer at det offentlige - uten hensyn til egen skyld - må erstatte skade som er voldt ved uaktsomhet eller ved forsett fra en offentlig ansatt. Aktsomhetsnormen kan variere etter hvilket samfunnsområde man befinner seg på, og hva slags type offentlig virksomhet det er tale om. For offentlig service- / bistandsvirksomhet *antas* det å gjelde en mildere aktsomhetsnorm i favør av det offentlige. Grensen mellom service- / bistandsvirksomhet og annen offentlig virksomhet er ikke klar. Herunder er det tvilsomt om utøvelse av tilsynsmyndighet i vår relasjon faller innenfor eller utenfor området der den milde aktsomhetsnorm i tilfelle gjelder.

Organansvar: På side 11 ovenfor ble det nevnt at ledelsen for et foretak anses å handle på vegne av foretaket / institusjonen i seg selv. De aktuelle personer *identifiseres* med den institusjon de leder. Det er da selve organet som sådan som betraktes som ansvarlig skadevolder. Normalt vil det ha liten betydning for skadelidte om en aktuell skadevoldende institusjon er ansvarlig ut fra arbeidsgiveransvaret eller ut fra organansvaret. I visse sammenhenger kan imidlertid sondringen ha betydning, - bl.a. i forhold til økonomisk oppreisning og nok også når det gjelder lempning av ansvaret.

Mht. "*hvilke fysiske personer*" som i forhold til organansvaret identifiseres med institusjonen, er det *ikke* avgjørende hvorvidt vedkommende ut fra vanlige selskapsrettslige og organisasjonsmessige normer er å anse som "leder". Avgjørende er hvorvidt vedkommende har den øverste kompetansen til å treffe beslutninger på det enkelte saksområdet (Rt. side 1995 side 206). At lederen for et separat offentlig tilsynsorgan kan utløse organansvar er derfor klart, - det samme kan gjelde for annet tilsynspersonell avhengig av hvilke fullmakter de har.

Et spørsmål som oppstår i forbindelse med offentlig myndighetsutøvelse er hvilket ansvar det offentlige har for *ugyldige forvaltningsvedtak*. Eksempelvis er en driftstillatelse inndratt på feil faktisk eller feil rettslig grunnlag, og søkeren er derfor påført et økonomisk tap. Det har vært hevdet at i slike tilfelle må den som er part i saken - dvs. den som har vært direkte utsatt for det ugyldige forvaltningsvedtaket - kunne kreve erstatning på objektive grunnlag. Det er her i tilfelle tale om et objektive ansvar *utenfor* rammen av arbeidsgiveransvaret. Spørsmålet

er m.a.o. om det offentlige kan være ansvarlig for et ugyldig forvaltningsvedtak *selv om* den offentlige saksbehandleren *ikke* er å bebreide.

På dette området er det *uenighet* i faglitteraturen¹², og rettspraksis er noe sprikende. På den ene side foreligger flere høyesterettsdommer der kommuner er blitt frifunnet på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse (dvs. at kommunene hadde tolket loven feil uten at dette kunne bebreides dem). I tråd med dette heter det i Rt. 1999 side 1273 at det *ikke* gjelder "... *noen helt generell objektiv regel om objektivt ansvar for kommuners myndighetsutøvelse...*".

På den annen side har man en høyesterettsdom (Rt. 2005 side 416) om statens ansvar for ugyldig forvaltningsvedtak som gjaldt feilaktig inndragning av advokatbevilling. Staten hevdet at det gjaldt et skyldansvar (uaktsomhet), mens skadelidte hevdet at det gjaldt et objektivt ansvar for staten. I dommen heter det bl.a.: "... *Jeg finner det unødvendig å ta et generelt standpunkt til vilkårene for ansvar i de tilfeller der et statlig organ har grepet feil i forståelsen av de reglene organet forvalter, med den konsekvens at det er truffet et ugyldig vedtak. Nærværende sak dreier seg om en uhjemlet myndighetsutøvelse som fratok A hans mulighet for å utøve sitt yrke, og der avslaget ... hadde et pønant preg. I et slikt tilfelle mener jeg at staten må ha et objektivt ansvar ...*".

Oppsummeringsmessig om ugyldige forvaltningsvedtak: Det gjelder et objektivt ansvar for staten for ugyldige forvaltningsvedtak som krenker / begrenser skadelidtes muligheter for å ivareta eller utøve vesentlige interesser (som for eksempel yrkesutøvelse). Hvorvidt staten har et objektivt ansvar for andre typer ugyldige forvaltningsvedtak, er uvisst.

Et spørsmål som er spesielt aktuelt for offentlige tilsyns- og kontrollorganer, er *i hvilken grad et erstatningskrav kan begrunnes med at tilsynsorganet har lagt opp sin virksomhet på en uhensiktsmessig / "gal" måte*. Motsetningsvis: Hadde tilsynsorganet lagt opp tilsynsvirksomheten på en mer profesjonell måte, ville den skadeforvoldende begivenhet vært unngått. Dette spørsmålet er *viktig*, fordi svaret gir føringer for noen mer allmenne prinsipper mht. ansvarsforholdene i "trekanten" mellom tilsynsmyndighet, tilsynsobjekt og skadelidte. Drøftelsen tar utgangspunkt i "Partnairdommen" (Oslo byretts dom 09.01.1998 sak 96-00879-A71, ble ikke anket).

Kort om Partnairsaken: Den 8. september 1989 tok et norsk passasjerfly tilhørende Partnair AS av fra Fornebu for en chartret flyging til Hamburg. Da flyet befant seg over Skagerak havarerte det, og samtlige 55 personer om bord omkom. Det ble senere fastslått (av Havarikommisjonen for Sivil Luftfart) at havariet skyldtes tekniske feil ved flyet.

De etterlatte reiste søksmål mot Staten v / Samferdselsdepartementet med krav om erstatning. Kravet var dels bygget på en påstand om *objektivt ansvar* for angivelig feilaktig / ugyldig forvaltningsvedtak (tilsynsmyndighetens / Luftfartsverkets utstedelse og fornyelse av luftdyktighetsbeviset). Videre var kravet bygget på et *skyldansvar* relatert både til forvaltningsvedtaket og til *måten* Luftfartsverket mer generelt hadde utført sine tilsynsoppgaver på. Annerledes uttrykt: Hadde tilsynsorganet utført bedre tilsyn, ville feilen vært oppdaget i forkant og havariet vært unngått.

Staten ble frifunnet. Domstolen avviste for det første at det var grunnlag for objektivt ansvar for et ev. feilaktig forvaltningsvedtak. Dette fordi et slikt objektivt ansvar i tilfelle bare får

¹² Lødrup side 6: "... Kildematerialet trekker klart i retning av et slikt ansvar..." (dvs. objektivt ansvar, tilføyd her).

anvendelse for krav reist av den som var *part i den aktuelle forvaltningssaken* (og saksøkerne / de etterlate var naturlig nok ikke part i forvaltningssaken om fornyelse av luftdyktighetsbeviset).

Retten drøftet dernest om det – ut fra statens objektive arbeidsgiveransvar - var grunnlag for å påvise at statens / tilsynsorganets tjenestemenn hadde opptrådt uaktsomt i sin utøvelse av tilsynsvirksomheten. I denne sammenheng var det bl.a. et spørsmål om man *"...skal sette spesielt lave krav til aktsomheten, fordi virksomheten er en del av statens kontroll- og servicevirksomhet..."*.

Retten konstaterte (bl.a. under henvisning til "Tirrannadommen", jfr. ovenfor) at det på visse av statens områder gjelder *"en mild aktsomhetsnorm"* (annerledes uttrykt en høy terskel for å nå frem mot et krav mot det offentlige). Ut fra de konkrete forhold i Partnersaken kom retten til at tilsynsorganet / Luftfartsverket hadde levd opp til *"vanlig aktsomhetsnorm"*. Det var derfor ikke nødvendig for retten å drøfte om det i denne saken gjaldt en *"mild aktsomhetsnorm"*.

Retten kom dernest med enkelte mer generelle betraktninger rundt *"tilsynsansvaret"*. I dommen side 43 flg. heter det bl.a. (stavefeil opprettholdt i sitatet): *"... Det er i utgangspunktet opp til staten å fastlegge hvilket system for kontroll av flyselskaper og flyverksteder som samlet, og innenfor de ressurser Luftfartsverket hadde fått tildelt, er det mest effektive. Ut fra slike hensyn har staten gradvis gått over til et system som bygger på egenkontroll og kvalitetssikring. Dette har forskjøvet det direkte tilsyn staten driver fra å gjelde det enkelte fly, til å gjelde forsvarligheten av aktørenes ettersyn av flyene. Dette er en utvikling som har vært nødvendig på grunn av det store omfang luftfarten i dag har..."*

...De endringer som her har funnet sted, er derfor ikke bare fullt forsvarlige, men også den mest forsvarlige utvikling. Det er videre ikke tvilsomt at den enkelte operatør, og det enkelte godkjente verksted, har et selvstendig ansvar for flysikkerheten..."

...Dette betyr at man ikke kan se på ansvarsfordelingen som et hierarkisk system hvor alle har ansvar for det samme, og hvor staten har det overordnede ansvar. Operatøren og verkstedene har ansvaret for driften inkludert vedlikehold og flysikkerhet ved flyoperasjoner. Staten har bare et tilsynsansvar for at operatøren og verkstedene utfører dette på forsvarlig måte. På den annen side har staten full kompetanse til å foreta de undersøkelser de finner nødvendig, og de har selvsagt også et ansvar for å følge opp slike undersøkelser, hvis disse gir mistanke om feil og svakheter. Rettens vurderingstema ... er om staten har gjort dette på en forsvarlig måte. Svaret på dette finnes best ved å gå rett på forsvarlighetsvurderingen ved de enkelte påståtte handlinger, feil og mangler. Betraktninger om tilsynssystemets generelle organisering gir lite veiledning ved den konkrete vurdering..."

I erstatningsrettslig sammenheng har disse uttalelsene neppe mindre relevans i dag enn de hadde i 1998. Mer konkret kan man vel konkludere som følger:

For det første at tilsynsobjektet – som det klare utgangspunkt - ikke med ansvarsbefriende virkning kan påberobe seg overfor en skadet bruker at tilsynsmyndigheten ikke hadde påpekt det skadeforårsakende negative avviket.

For det andre at tilsynsobjektet – som det klare utgangspunkt - ikke med ansvarsbefriende virkning kan påberope seg overfor tilsynsmyndigheten at "siden Tilsynet ikke så denne feilen, så kan det ikke rettes kritikk eller iverksettes sanksjoner mot meg".

For det tredje at tilsynsmyndighetens ansvar – som det klare utgangspunkt - er begrenset til et ansvar for å påse - på en hensiktsmessig måte innenfor tilgjengelige økonomiske og ressursmessige rammer - at tilsynsobjektene har innrettet sin virksomhet i samsvar med gjeldende regler og alminnelige krav til sikkerheten. Det betydelige rom for skjønn som ligger i dette, innebærer bl.a. at det er en relativt høy terskel for at skadelidte skal kunne nå frem med et krav mot tilsynsinstanden om at tilsynsinstanden har lagt opp sine tilsynsoppgaver på "en uhensiktsmessig måte".

5.1.4. Strafferett¹³

Strafferettslige problemstillinger kan oppstå både i forhold til den enkelte arbeidstaker i det offentlige tilsynsorganet, og i forhold til *det offentlige tilsynsorganet* som sådant ("foretaksstraff").

a) *Den enkelte arbeidstaker*: For den enkelte offentlige tjenestemann / -kvinne er det banale utgangspunkt at disse selvsagt omfattes av straffelovgivningen som enhver annen. Dette fordrer ikke ytterligere kommentar. Enkelte straffebud har imidlertid spesiell aktualitet for "tilsynsansatte". Fremstillingen omhandler enkelte av disse mer spesielle straffebudene.

Straffeloven (LOV 1902-05-22 nr. 10) § 29 første ledd nr. 1 lyder:

"Den som kjennes skyldig i en straffbar handling, kan når almene hensyn krever det, idømmes:

1. Tap av offentlig stilling som den skyldige ved den straffbare handling har vist seg uskikket eller uverdig til".

Bestemmelsen omfatter ansatte i kommunal, fylkeskommunal og statlig virksomhet. Videre omfattes visse ombud samt valgte tillitsverv. Uttrykket "straffbar handling" omfatter både forseelser og forbrytelser. Så vel aktive handlinger som unnlatelser kan gi grunnlag for stillingstap. Som den klare hovedregel må både de objektive straffbarhetsvilkår ("hva som faktisk er gjort eller unnlatt") og de subjektive ("skyld") vilkår være oppfylt.

Kriteriet "uskikket" refererer hovedsakelig til vedkommendes kvalifikasjoner. Kriteriet "uverdig" går mer på etiske forhold¹⁴. Tap av stilling kan idømmes som eneste straff, eller i kombinasjon med annen straffereaksjon (fengsel, bøter).

Rettspraksis om tap av offentlig stilling er relativt rikholdig, - strl. § 29 første ledd nr. 1 er m.a.o. ingen sovende bestemmelse.

Likevel må straffeloven § 148¹⁵ anses som mer interessant i vår sammenheng. Fra § 148 hitsettes:

¹³ Generell hovedkilde for avsnitt 5.1.4. er *Karnov*.

¹⁴ Det kan nevnes at ved visse sedelighetsforbrytelser plikter retten å vurdere tap av offentlig stilling.

¹⁵ Også kalt "mordbrannparagrafen".

"... Den som volder ildebrann,jernbaneulykke eller luftfartsulykke hvorved tap av menneskeliv eller utstrakt ødelæggelse av fremmed eiendom lett kan forårsakes, eller som medvirker hertil, straffes med fengsel fra 2 år inntil 21 år, men ikke under 5 år såfremt noen på grunn av forbrytelsen omkommer eller får betydelig skade på legeme eller helbred."

Denne bestemmelsen må sammenholdes med straffeloven § 150 der det bl.a. heter:

"...Med fengsel inntil 6 år straffes den som fremkaller slik fare som nevnt i § 148 ... ved å unnlate å utføre en ham påhvilende særlig plikt, ..."

M.a.o.: Hvis en "tilsynsperson" ved forsett eller uaktsomhet unnlater å utføre sine tilsynsplikter, og det som følge av dette oppstår for eksempel en jernbaneulykke, så er vedkommende "tilsynsperson" straffansvarlig.

Det nevnes at i tilknytning til "Partnairulykken" (jfr. ovenfor) innledet politiet etterforskning bl.a. for å avdekke om det var grunnlag for å ta ut tiltale for overtredelse av strl. § 150 jfr. § 148. I forhold til tilsynspersonalet ble saken henlagt etter bevisets stilling.

Uttrykket "jernbane"(ulykke) i strl. § 148 omfatter skinnegående transportmiddel enten det er tale om person- eller godstransport. Trikk og T-bane omfattes også. Det er neppe avgjørende om transportmiddelet selv har motor, eller om det trekkes frem med wire. Det er antatt¹⁶ at § 148 også omfatter "berg- og dalbane på et tivoli". Ut fra dette må det kunne legges til grunn at de "ordinære varianter" av det som faller inn under vårt taubanebegrep¹⁷, omfattes av § 148.

Uttrykket "ulykke" innebærer at skade må oppstå plutselig. Straffebestemmelsen kan komme til anvendelse både i de tilfelle hvor skaden voldes på "jernbanen" selv, og hvor "jernbanen" volder skade på andres person eller eiendom.

b) *Foretaksstraff*: Foretaksstraff innebærer at straffesanksjonen ikke rettes mot den fysiske person som står for et konkret lovbrudd, men mot den juridiske personen (selskap, foretak, institusjon m.v.) som den fysiske personen opptrådte på vegne av da lovbruddet ble begått. Slik sett er foretaksstraff et strafferettslig arbeidsgiver- og organansvar. Foretaksstraffen rekker likevel videre fordi også selvstendige *oppdragstakeres* lovbrudd (ikke bare arbeidstakeres) kan medføre foretaksstraff for oppdragsgiveren.

Reglene om foretaksstraff er i straffeloven kap. 3a. Den mest sentrale bestemmelsen er § 48a som lyder:

"Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen.

Med foretak menes her selskap, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.

Straffen er bøter. Foretaket kan også fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former..."

Foretaksstraff forutsetter mao. at handlingen er straffesanksjonert (i den alminnelige straffelov eller i særlovgivningen), samt at de objektive vilkår for straff i straffebudet er overtrådt.

¹⁶ Karnov.

¹⁷ Se avsnitt 2.2.2. foran.

Foretaksstraff forutsetter videre at skyldkravet i det aktuelle straffebudet (hovedregel forsett, mer unntaksvis uaktsomhet) er oppfylt. Dette betyr likevel ikke at det må være grunnlag for å straffe noen enkeltperson. Foretaksstraff kan m.a.o. være aktuelt der det foreligger anonyme eller kumulative feil (smln. side 12 ovenfor).

Kriteriet "på vegne av" innebærer at den aktuelle "direkte lovbrøyteren" må ha en klar og direkte hjemmel for å opptre på vegne av foretaket (lov, avtale eller sedvane). Det er ikke noe krav at "den direkte lovbrøyteren" er en fysisk person, - slik sett kan det bli aktuelt med foretaksstraff både for det organet som direkte sto for lovbruddet, og det foretaket det ble opptrådt på vegne av.

Kretsen av juridiske personer som kan ilegges foretaksstraff er vid. Den omfatter bl.a. aksjeselskaper, andelslag, samvirkeforetak, kommandittselskaper, ansvarlige selskaper, enkeltpersonforetak (med ansatte eller med oppdragstakere), selveiende institusjoner, allmenninger m.v.

Uttrykket "offentlig virksomhet" omfatter virksomhet som staten, fylkeskommunen eller en kommune driver direkte (m.a.o. forvaltningsbedrifter og lignende).

Ansaret omfatter også feil begått i ordinære forvaltningsorganer, men med et visst forbehold. I lovforarbeidene heter det¹⁸: "... Også for feil foretatt i regulære forvaltningsorganer vil det ... i prinsippet kunne idømmes foretaksstraff. Men departementet antar at dette er lite aktuelt i praksis, i hvert fall når det gjelder feil under utøvelse av forvaltningsmyndighet".

I straffeloven § 48 b gis det nærmere føringer for i hvilke tilfelle foretaksstraff bør anvendes. De samme føringene / kriteriene har relevans også i forhold til straffeutmålingen. Jeg går ikke nærmere inn på denne bestemmelsen.

Den normale sanksjonstypen er bøter (fengsel er av naturlige grunner ikke aktuelt). Unntaksvis kan det også komme på tale med rettighetstap.

Som eksempler på bruk av foretaksstraff nevnes at sporveisselskaper ved flere anledninger er ilagt bøter i kjølvannet av alvorligere ulykker. I forbindelse med Åstaulykken i januar 2000 vedtok Jernbaneverket et forelegg på kr. 10,0 mill som foretaksstraff. Under henvisning til sitatet fra lovforarbeidene ovenfor nevnes at Jernbaneverket i stor grad er en "serviceprovider" (i motsetning til utøver av offentlig myndighet).

5.1.5. Arbeidsrett¹⁹

Der den offentlige tilsynsmyndigheten utøves av statlige organer, vil de tilsynsansattes arbeidsforhold på lovplanet være regulert av arbeidsmiljøloven (LOV 2005-06-17 nr. 62) og av tjenestemannsloven (LOV 1983-03-04 nr. 3).

Forholdet mellom de to lover går i korthet på at arbeidsmiljøloven ikke gjelder på de områder hvor tjenestemannsloven har egne regler. Dette innebærer bl.a. at for statlige tilsynsansatte gjelder tjenestemannslovens regler mht. stillingsvern, ordensstraff, avskjed, suspensjon etc.

¹⁸ Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 29 flg.

¹⁹ Generell hovedkilde til avsnitt 5.1.5. er *Karnov*.

På sitt område er det til dels betydelige ulikheter mellom arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. I praksis har området for disse ulike regelsettene gradvis blitt mindre, i takt med seneste års tendens til å skille ut statlig virksomheter i separate, offentlige eide eller kontrollerte virksomheter. Unyansert kan det sies at tjenestemannsloven i dag har størst betydning i forhold til ansatte i den sentrale statsforvaltning (departementer) og i direkte underliggende forvaltningsorganer (direktorater, tilsyn).

For øvrig synes det ikke i vår sammenheng å foreligge spesielle arbeidsrettslige problemstillinger av betydning.

5.2. Styrings- og kontrollmessige konsekvenser.²⁰

Formålet med et departements styring og kontroll av en underliggende etat kan angis på forskjellig vis. En mulig formålsangivelse er som følger²¹:

- sikre at underliggende virksomheter bidrar til å oppnå **politiske mål og prioriteringer**
- sikre at tildelte ressurser utnyttes i henhold til fastsatte krav til **produktivitet og kvalitet**
- sikre at virksomheten opererer innenfor de **lovene, reglene og rammene** som er satt for virksomheten
- bidra til at virksomheten utnytter og utvikler **organisasjonens potensiale**.

Av denne formålsangivelsen følger for så vidt også en mulig *definisjon* av *etatsstyring*, nemlig

- (et departements) planlagte og systematiske aktiviteter overfor en underliggende etat for å fremme realisering av ovennevnte formål²².

Utrykket "planlagte og systematiske aktiviteter" leder hen til spørsmålet om hvilke virkemidler som står til departementets rådighet i etatsstyringsprosessen. Annerledes uttrykt: Hvilket handlingsrom har departementet mht. valg av virkemidler ved styringen av en underliggende offentlig etat?

De ytre formelle grensene for dette handlingsrommet trekkes opp av rettsregler (lover, forskrifter, ulovfestet rett / sedvanerett). Disse rettslige normene gir i prinsippet et *betydelig spillerom* for departementet. Eksempelvis er det rettslig sett (jfr. Grunnloven § 3 og sedvanerett) klart²³ at departementet har en vidtgående instruksjonsrett overfor underliggende organer. Denne instruksjonsretten omfatter både administrative anliggender, og utførelsen av de faglige oppgaver som det underliggende organet er pålagt. Det underliggende organet er bundet av departementets instruksjoner både mht. lovforståelse og skjønnsutøvelse. Instruksene kan gjelde en konkret sak, eller være generelle. Hvis departementet har delegert myndighet til det underordnede organ, kan departementet instruere om hvordan den delegerte myndigheten skal utøves. Og den delegerte myndigheten kan når som helst trekkes tilbake.

Rettslig sett kan m.a.o. departementet nærmest på detaljnivå regulere den løpende administrative og faglige virksomheten til et underliggende organ.

²⁰ Generell hovedkilde for avsnitt 5.2. er *Eckhoff / Smith*, de fire Statskonsultpublikasjonene som er angitt i litteraturfortegnelsen, samt til dels *Mydske, Claes, Lie*.

²¹ *Statskonsult, Etatsstyring* side 12 (uthevelsene er Statskonsults).

²² Smln. *Statskonsult, Etatsstyring* side 12.

²³ *Eckhoff / Smith* side 130.

I praksis vil imidlertid valg av styringsvirkemidler også være utslag av andre føringer, - til dels av mindre formell karakter enn tradisjonelle rettsregler. Det siktes her til allmenne prinsipper og hovedføringer for departementers styring av underliggende etater, samt forvaltningsinterne instruksjer og retningslinjer.

Ut fra de allmenne styringsprinsipper for offentlig sektor som har vært gjeldende de senere år synes det generelt akseptert at departementene i atskillig grad skal fungere som *politiske sekretariater*. Oppmerksomheten skal være rettet mot overordnede problemstillinger og mål, mens det løpende driftsansvaret for sektorfaglig virksomhet overlates til ev. underliggende organer²⁴.

Hva spesielt gjelder tilsynsvirksomheter er det i tråd med ovenstående anført²⁵: "... Å gi tilsynsorganer større autonomi i enkeltsaker er i tråd med de generelle prinsippene som gjelder for arbeidsdelingen mellom departementene og underlagte organer. Det har lenge vært en retningslinje at departementene som hovedsak skal være sekretariater for den politiske ledelsen og delegere behandling av enkeltsaker til underordnede organer".

Og i tråd med dette²⁶: "...Fra midten av 1980-tallet har det vært lagt økende vekt på å gi den enkelte statlige virksomhet utvidet handlefrihet og flere fullmakter knyttet til ressursdisponering innenfor fastsatte rammer.... Reformene fremstår som et resultat av økt bruk av mål- og resultatstyring der målet har vært å stimulere til en mer effektiv ressursbruk..."²⁷.

Disse allmenne prinsipper og føringer finner man mer konkretiserte utslag av i ulike forvaltningsinterne regelverk og instruksjer. Sentralt står "Bestemmelser om økonomistyring i staten - kap. 1 Departementets styring av virksomheter", der det bl.a. heter:

"Departementet har overordnet ansvar for at:

- a) virksomheten gjennomfører aktiviteter i tråd med Stortingets vedtak og forutsetninger og departementets fastsatte mål og prioriteringer*
- b) virksomheten bruker ressurser effektivt*
- c) styringsdialogen mellom departementet og virksomheten fungerer på en hensiktsmessig måte*
- d) virksomheten rapporterer relevant og pålitelig resultatinformasjon*
- e) det gjennomføres kontroll med virksomheten og at virksomheten har forsvarlig intern kontroll*
- f) evalueringer gjennomføres*

Departementet skal sørge for at det foreligger instruksjer som beskriver myndighet og ansvar mellom departementet og virksomheten, herunder de innbyrdes forhold mellom departementet, eventuelt styre og virksomhetslederen.

Departementet skal ha kompetanse samt interne systemer og rutiner slik at underliggende virksomheter kan følges opp på forsvarlig vis. Departementets systemer og rutiner skal være tilpasset risiko og vesentlighet".

²⁴ Statskonsult, 2006:10 side 17-18. Se også Mydske, Claes, Lie side 90 flg.

²⁵ Statskonsult, 2002:12 side 5.

²⁶ Statskonsult 2006:10 side 19.

²⁷ Dette er ingen særnorsk trend. I et internasjonalt perspektiv har imidlertid utviklingen her i landet ikke vært spesielt radikal. Jfr. Mydske, Claes, Lie side 90 om Norge som "ein relativt nølande reformator".

For Samferdselsdepartementet spesielt vises til "Hovedinstruks for Samferdselsdepartementets økonomiforvaltning og etatsstyring" (fastsatt av Samferdselsdepartementet 16.12.2004 endr. 11.09.2006) del III.

Hovedpoenget i vår sammenheng er at departementet under et *offentlig* tilsynsregime vil ha til rådighet *hele spekteret av ordinære forvaltningsmessige styrings- og kontrollvirkemidler* overfor tilsynsorganet. I den offentlige tilsynsmodellen ligger det i seg selv få begrensninger mht. departementets muligheter til å styre og kontrollere tilsynsorganet gjennom: Fastsetting av hoved- og delmål for tilsynsorganet, påvirke tilsynsorganets prioriteringer, tildele / begrense økonomiske ressurser, gi generelle instruksjoner og retningslinjer, gi konkrete pålegg, delegere, trekke tilbake delegert myndighet, hente ut informasjon etc. etc.

Rammene er vide. Hvordan virkemidlene innenfor disse rammer bør benyttes, er i stor grad et hensiktsmessighetsspørsmål.

6. PRIVAT MODELL – RELEVANTE KONSEKVENSER.

6.1. Rettslige konsekvenser.

6.1.1. Generelt.

I forbindelse med *privat* utøvelse av tilsynsmyndighet er det følgende rettsområder som synes aktuelle å kommentere, - om enn i sterkt varierende grad: Forfatnings- / forvaltningsrett, erstatningsrett, strafferett, arbeidsrett, kontraktsrett, reglene om offentlige anskaffelser og insolvensrett.

6.1.2. Forfatnings- / forvaltningsrett²⁸.

I avsnitt 5.1.2. foran er det redegjort for de begrensninger og hovedføringer som gjelder for det offentliges myndighetsutøvelse og inngripen i borgernes rettssfære. Av fremstillingen fremgikk bl.a. at offentlige forvaltningsorganer (for eksempel departementer) i stor grad kan *delegere* sin kompetanse til andre (underliggende) *offentlige organer*.

Ved *privat* tilsynsmodell oppstår spørsmålet i hvilken grad det offentlige kan delegere kompetanse til *private organer*. Det faktiske utgangspunktet for drøftelsen er at Samferdselsdepartementet innehar "all kompetanse" mht. taubanetilsyn, men ønsker å delegere (hele) denne kompetansen til et privat organ.

Tradisjonell lære er at delegasjon fra det offentlige til et privat foretak fordrer *særskilt hjemmel*, - typisk i lov. Rundt om i lovgivningen finnes en rekke eksempler der det åpnes for at ulike typer offentlig myndighet legges til et privat organ.

I råfiskloven (LOV 1951-12-14 nr. 3) er visse former for myndighetsutøvelse delegert til fiskesalgslag. Skipssikkerhetsloven (LOV 2007-02-16 nr. 9) § 13 tillegger myndighet til "*tilsynsmyndigheten eller den departementet bestemmer*". Et annet eksempel har man i forsyningsloven (LOV 1956-12-14 nr. 7) § 17. Mer nærliggende eksempler har vi i taubaneloven (LOV 1912-06-14 nr. 1) §§ 1a og 1b, og i jernbaneloven (LOV 1993-06-11 nr. 100) §15.

Fra ulike juridiske hold har den tradisjonelle læren om særskilt hjemmel som forutsetning for delegering til privat organ vært kritisert²⁹. Det har vært hevdet at slik delegering i atskillig

²⁸ Generell hovedkilde for avsnitt 6.1.2. er *Eckhoff / Smith*.

²⁹ I følge *Eckhoff / Smith* side 156.

grad må godtas selv om konkret lovhjemmel for delegering *ikke* kan påvises. Den rådende oppfatning synes imidlertid å være at dersom det (som i vårt forutsatte tilfelle) er tale om delegering av inngripende vedtakskompetanse (det være seg individuelle enkeltvedtak eller kompetanse til å gi forskifter), så kreves det *hjemmel i lov*.

For øvrig beror det på en konkret tolkning av de aktuelle materielle, og de delegasjons-hjemlende lovbestemmelser hvor langt delegeringskompetansen går. Her må man ta utgangspunkt i den myndighet som ligger hos det delegerende organ. Dette organet kan (som den helt klare hovedregel) ikke delegere myndighet utover den myndighet det selv har.

Dernest må den delegasjonshjemlende bestemmelsen tolkes, - det er ikke gitt at det aktuelle "øvre" forvaltningsorgan har kompetanse til å delegere *all* den myndighet det selv er tillagt.

For endelig å avgjøre i hvilken grad det *rent faktisk er delegert* myndighet til et privat organ, må man tolke den konkrete delegeringsrettsakten (delegeringsvedtaket, avtalen el.a.). Delegeringshjemmelen alene innebærer selvsagt ikke i seg selv noen faktisk gjennomført delegering.

Når et offentlig organ får tildelegert myndighet, vil det ved utøvelsen av denne myndigheten være underlagt vanlige ulovfestede og lovfestede forvaltningsmessige regler (forvaltningsloven og offentlighetslov mv.). Hvor et privat organ er tildelegert myndighet oppstår spørsmålet om – og i tilfelle i hvilken grad – det private organet skal følge lov- og ulovfestede forvaltningsrettslige regler.

Et stykke på vei er spørsmålet løst i formell lov. Hva spesielt gjelder forvaltningsloven (LOV 1967-02-10) heter det i § 1 tredje punktum at "... *Privat rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift*".

En tilsvarende regel har man i offentlighetsloven (LOV 1970-06-19 nr. 69) § 1.³⁰

M.a.o.: Forvaltningsloven og offentlighetsloven *gjelder ikke generelt* for slike private organer, men *bare* når de utøver delegert myndighet til å treffe individuelle enkeltvedtak eller gi forskrifter. For andre typer oppgaver gjelder *ikke* forvaltnings- og offentlighetsloven for private rettssubjekter.

Det finnes også bestemmelser i særlovgivningen der det er regulert i hvilken grad forvaltningsloven kommer til anvendelse for det private organet. Se for eksempel råfiskloven (LOV 1951-12-14 nr. 3) §§ 5 og 6. Her er det presisert hvilke deler av forvaltningsloven som skal gjelde / ikke gjelde når salgslaget utøver ulike typer myndighet.

For øvrig kan det innenfor rammen av ufravikelig lovgivning reguleres i en *avtale* med et privat organ, hvilke saksbehandlingsregler og prosedyrer som skal følges der forvaltningsloven og offentlighetsloven ikke får direkte anvendelse.

Generelt gjelder at en lovbestemmelse / et delegeringsvedtak / en avtale om at privat organ skal følge forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler, i praksis fordrer forvaltningsrettslig kompetanse hos det private organet.

³⁰ En tilsvarende regel finner man i den nye / kommende offentleglova (LOV 2006-05-19 nr. 16 § 2 første ledd bokstav b).

6.1.3. Erstatningsrett³¹

6.1.3.1. *Generelt.* Det faktiske utgangspunkt for avsnitt 6.1.3. er at Samferdselsdepartementet inngår en avtale / kontrakt med et privat organ om utøvelse av "alle tilsynsmyndighetsfunksjoner". Dette faktiske utgangspunktet skaper i prinsippet *tre* tenkbare erstatningsrettslige konstellasjoner:

- a) Forholdet mellom det private tilsynsorganet og skadelidte.
- b) Forholdet mellom det offentlige / Staten ved Samferdselsdepartementet og skadelidte.
- c) Forholdet mellom det offentlige / Staten ved Samferdselsdepartementet og det private tilsynsorganet.

I tråd med mandatet er det pkt. b og c som behandles i dette notatet. Pkt. b omhandles i avsnitt 6.1.3.2. nedenfor. Pkt. c behandles mest naturlig under den kontraktsrettslige fremstillingen i hovedavsnitt 6.1.6. nedenfor.

6.1.3.2. *Forholdet mellom det offentlige / Staten ved Samferdselsdepartementet og skadelidte.* Vi legger her til grunn at det private tilsynsorganet har pådratt seg et erstatningsansvar overfor skadelidte. Av ulike grunner (for eksempel fordi det private foretaket ikke har økonomi til å dekke kravet) ønsker skadelidte å rette kravet mot det offentlige / departementet. Spørsmålet er i hvilken grad skadelidte kan nå frem med et slikt krav. Eller annerledes uttrykt: I hvilken grad kan det private tilsynsorganet tjene som en ansvarsmessig "buffer" for departementet?

Som et generelt utgangspunkt kan det hevdes at mht. *det objektive arbeidsgiveransvaret* er det et "vanntett skott" mellom det offentlige som oppdragsgiver, og et privat organ som oppdragstaker. Arbeidsgiveransvar for det private organet vil som den klare hovedregel *ikke* påføre det offentlige noe ansvar. Dette følger av skadeserstatningsloven § 2-1, der det forutsettes at den umiddelbare skadevolderen er "arbeidstaker" (i motsetning til oppdragstaker) hos den som ansvaret rettes mot.

Dette ansvarsmessige "vanntette skott" mellom det offentlige og den private oppdragstaker er relativt klart betont fra lovgiverhold. I lovforarbeidene drøftes "vanntett-skott-problematikken" med utgangspunkt i ansvaret for private skipsklassifikasjonsforetak(!). Det heter bl.a.³²:

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

Dette betyr likevel *ikke* at (staten v /) Samferdselsdepartementet er erstatningsrettslig "immun" under et privat tilsynsregime. For det første er det klart at departementet ut fra *den ordinære skyldregelen* "på vanlig måte" kan bli ansvarlig overfor den skadelidte for departementets *egne* uaktsomme disposisjoner. Dette ansvaret kan inntre for eksempel ved at

³¹ Generell hovedkilde for avsnitt 6.1.3. er Lødrup.

³² Ot.prp. nr. 48 (1965-66) side 59 (Justisdepartementets merknader).

departementet inngår tilsynsavtale med en *inkompetent privat institusjon*, ved *mangelfull instruksjon* om hvordan oppdraget skal utføres, eller ved *mangelfull kontroll* med hvordan oppdraget utføres. På disse punktene har det gjennom domspraksis utviklet seg en relativt streng uaktsomhetsnorm (dvs. i det offentliges disfavør).

Og det er mulig man må trekke dette lenger. Også etter vedtagelsen av skadeserstatningsloven er det reist spørsmål³³ om det kan inntre ansvar for oppdragsgivere (generelt, private og offentlige) dersom deres oppdragstakere utfører tjenester som *normalt hører inn under det oppdragsgiveren selv utfører* (dvs. ansvar for s.k., "non delegable duties", - eksempelvis at en gårdeier setter ut på oppdrag å holde tak fri for snø og is).

I forlengelsen av dette er det hevdet³⁴ at *det offentlige risikerer å hefte hvis det setter ut til private, oppgaver som primært utføres av det offentlige*. Utsetting av tilsynsmyndighet til private kan nok være et eksempel her. Dette synet kan begrunnes med at mht. "tradisjonelle offentlige kjerneoppgaver", ville det være urimelig om det offentlige skulle kunne "organisere seg vekk" fra det ansvar det ellers ville hatt overfor skadelidte borgere. Hvor langt man kan trekke et slikt ansvar for det offentlige er imidlertid uklart.

Drøftelsen ovenfor om graden av ansvarsmessig "buffer" mellom det offentlige, og en privat oppdragstaker, er foretatt i lys av en mulig utvidende tolkning av skadeserstatningsloven § 2-1 ("husbondansvaret"). Synspunktene – så langt de rekkes – må anses å ha tilsvarende gyldighet i forhold til *organansvaret*; - i vår sammenheng må det være likegyldig om uaktsomheten er utvist av det private tilsynsorganets ordinære ansatte eller av en leder.

Oppsummeringsmessig om "bufferproblematikken": Generelt må det kunne hevdes at jo nærmere man befinner seg det man normalt karakteriserer som tradisjonelle, offentlige "kjerneoppgaver", dess lavere er terskelen for å holde det offentlige ansvarlig for det private organets feilaktige myndighetsutøvelse. Å utarbeide og vedta forskrifter, fatte enkeltvedtak og eventuelt iverksette sanksjoner ved regelbrudd, vil vel de fleste karakterisere som offentlige kjerneoppgaver, - med de følger dette måtte få i vår sammenheng. Men igjen: Den rettslige situasjonen (de lege lata) er her uvis.

6.1.4. Strafferett.

Under et privat tilsynsregime kan strafferettslige problemstillinger tenkes å oppstå for den enkelte privatansatte tilsynsperson (a nedenfor), for det private tilsynsorganet (b) og for det offentlige (c) som har inngått avtale med det private tilsynsorganet.

a) *Den privatansatte tilsynsperson*: En privat ansatt tilsynsperson vil som enhver annen være omfattet av straffelovgivningen. Av mer spesielle straffebud av interesse for privat tilsynspersonell nevnes straffeloven § 29 første ledd nr. 2. Fra § 29 hitsettes:

"Den som kjennes skyldig i en straffbar handling, kan når almene hensyn krever det, idømmes:....."

1.

2. *Tap for en bestemt tid av inntil 5 år eller for alltid av retten til å inneha stilling eller utøve virksomhet eller beskjeftigelse som den skyldige ved den straffbare handling har vist seg uskikket til eller må fryktes å ville misbruke eller som i særlig grad krever almen tillit....."*

³³ Lødrup side 152 flg.

³⁴ Lødrup side 153 med henvisninger.

Straffeloven § 29 nr. 2 har som man ser mange fellestrekk med § 29 nr. 1 som er kommentert på side 16 foran. Forskjellen er primært at nr. 1 kun gjelder tap av offentlig stilling, mens nr. 2 gjelder tap av stilling generelt (offentlig og privat). For offentlig ansatte har imidlertid nr. 2 begrenset praktisk betydning.

Om kriteriet "uskikket" vises til side 16 foran. Kriteriet "tap av offentlig tillit" ligger nær opp til "uverdigg-kriteriet" i nr. 1, se side 16 foran.

Det må også antas at en privat ansatt tilsynsperson kan fanges inn av straffeloven § 148 jfr. § 150 (ved unnlatelse å ha forårsaket for eksempel en jernbaneulykke), jfr. side 16 - 17 foran. Den rettsakt (avtale eller annet) som danner basis for det private organets tilsynsmyndighet, vurdert i sammenheng med personens ansettelsesforhold, må mao. anses som tilstrekkelig for å konstatere at den private tilsynspersonen har "*.. en ham påhvilende særlig plikt...*" i relasjon til strl. § 148. Det vises for øvrig til kommentarene på side 17 foran.

b) *Det private tilsynsorganet*: Et privat tilsynsorgan kan bli gjenstand for foretaksstraff dersom de aktuelle betingelsene i straffeloven § 48a er oppfylt. Det vises til kommentarene på side 17 flg. som gjelder tilsvarende for et privat foretak.

c) *Det offentlige*: Av omtalen av foretaksstraff på side 17 foran fremgår at det ikke er noe krav at den "direkte lovbryster" er en fysisk person. Som nevnt kan det følgelig *i prinsippet* komme på tale både med foretaksstraff for det private tilsynsorganet, og for staten (som det private organet handler på vegne av). I praksis er det lite aktuelt med slik foretaksstraff for departementet, jfr. side 18 foran.

6.1.5. Arbeidsrett.

Ved utsetting av tilsynsfunksjonen til en privat organisasjon, vil arbeidsmiljøloven på vanlig måte regulere ansettelsesforholdet som de ansatte har med det private tilsynsorganet. Uten særskilt hjemmel i avtale vil det ikke oppstå noe arbeidsrettslig forhold mellom det offentlige og det privatansatte tilsynspersonellet (og selvsagt heller ikke mellom det offentlige og den private avtalemotparten / tilsynsorganet).

Det private tilsynsregimet kan for øvrig *ikke* sees å reise spesielle arbeidsrettslige problemstillinger for departementet.

6.1.6. Kontraktsrett.

6.1.6.1. *Generelt*. Offentlige organer inngår på løpende basis et stort antall avtaler. Innholdsmessig spenner disse over et bredt spekter. Meget grovt kan avtalene deles inn i tre hovedgrupper³⁵:

Den ene gruppen er *avtaler av utpreget privatrettslig karakter*. Med dette menes at det offentlige i forbindelse med inngåelse og oppfyllelse av avtalen opptrer "som enhver annen" i forbindelse med kjøp og salg av ordinære handelsvarer, leie, ansettelser etc. Hvis staten velger å kjøpe inn et parti PC'er, så gjelder ordinære kjøpsrettslige regler³⁶.

³⁵ Eckhoff / Smith side 400 flg. Se også Graver side 6.

³⁶ Men i tillegg må staten følge vanlige forvaltningsrettslige regler (for eksempel om habilitet), og eventuelt reglene om offentlige anskaffelser.

Den andre hovedgruppen er *avtaler av rent offentligrettslig karakter*. Med dette menes at gjenstand for avtalen ("det det inngås avtale om") er forhold som ikke har direkte flate mot private rettssubjekter, og hvor private rettssubjekter ikke er avtalepart. Eksempelvis nevnes folkerettslige avtaler, avtaler mellom offentlige organer om avgrensning av tilstøtende ansvarsområder etc.

Endelig har man som tredje hovedgruppe avtaler som det offentlige inngår med private, – *nettopp i egenskap av å være offentlig myndighet* / dvs. som innehaver av "den offentlige overhøyhetsrett". En avtale mellom Samferdselsdepartementet og et privat organ om utsetting av tilsynsmyndighet hører inn under denne kategorien.

Den siste avtalekategorien ligger i *skjæringspunktet mellom offentlig og privat rett*, og reiser en rekke spørsmål. Enkelte av disse vil bli behandlet nedenfor, men i til dels begrenset grad. Temaene som berøres er:

- Den formelle kompetanse på statens side til å inngå avtaler med private (6.1.6.2.).
- Den formelle avtalekompetansen hos det private foretaket (6.1.6.3.)
- Materielle / innholdsmessige begrensninger for staten (6.1.6.4.).
- Materielle / innholdsmessige begrensninger for det private foretaket (6.1.6.5.)
- Tolkning av avtaler mellom det offentlige og private foretak 6.1.6.6).
- Opphør av avtaleforholdet (6.1.6.7).
- Misligholdsbeføyelser med hovedvekt på erstatning (6.1.6.8).

6.1.6.2. *Formell / "personell" avtalekompetanse på statens side*. Det er regjeringen som har generell kompetanse til å inngå avtaler på vegne av staten. Denne kompetansen kan *delegeres*. Dette er gjort i meget stor grad, - dels gjennom uttrykkelige delegasjonsvedtak, dels ved utforming av stillingsfullmakter. Den kompetanse et departement har til å inngå avtaler med private vil mao. ofte være forankret i en (form for) delegasjon fra regjeringen.

Et departements avtalekompetanse kan imidlertid også være (direkte) *forankret i et stortingsvedtak*, typisk et lovvedtak. Et eksempel på dette har man i taubaneloven (LOV 1912-06-14 nr. 01) § 1a. Her fremgår det at departementet kan inngå avtale om nærmere angitte temaer med en privat institusjon. (*Hvilket departement som skal ha denne myndigheten er det opp til regjeringen å bestemme*).

Et annet eksempel på lovforankret avtalekompetanse er jernbaneloven (LOV 1993-06-11 nr.100) § 15. I denne bestemmelsen gis departementet adgang til å delegere sin myndighet etter loven til et privat eller offentlig institusjon. Det står rett nok intet om *hvordan* denne delegeringen skal skje. Et underliggende offentlig organ kan f.eks. "påtvinges" slik kompetansetildeling gjennom et ensidig vedtak fra departementets side. Overfor private foretak er imidlertid slike ensidige delegasjonsvedtak ikke egnet, - her vil avtaleformen (oftest) være (eneste) alternativ. At § 15 derfor også hjemler en avtaleinngåelse med et privat foretak, er ikke tvilsomt.

6.1.6.3. *Den formelle avtalekompetansen hos det private foretaket*.

En bindende avtale mellom departementet og et privat organ fordrer naturlig nok at de som signerer avtalen på privat side har *rettslig handleevne / fullmakt* til å inngå avtalen.

Reglene om *hvem* (på privat side) som har hvilken rettslig handleevne varierer noe med hva slags type privat organ man står overfor (aksjeselskap, ansvarlig selskap, stiftelse el.a.). Dette

kan også variere innen de ulike foretaksformer. Jeg går ikke inn på enkelthetene, men nevner kun noen fellestrekk.

Hvis foretaket har et *styre*, innehar styret normalt s.k. *signatur*, dvs. rettslig handleevne til binde foretaket ved enhver disposisjon som ligger innenfor foretakets formål (og vedtektene for øvrig). De(n) fysiske personen som undertegner i kraft av signaturretten opptre formelt sett *ikke på vegne av* foretaket, - de "er" på sett og vis foretaket som dermed bindes direkte.

Som hovedregel kan et styre også gi *fullmakter* "nedover i systemet" på avgrensede områder, herunder til å inngå avtaler med andre personer / foretak.

En lovregulert fullmaktsform er *prokurafullmakten* (jfr. prokuraloven, LOV 1985-06-21 nr. 80). Den som innehar prokura kan binde foretaket i alle anliggender innenfor selskapets formål, med unntak av salg og beheftelse av fast eiendom og realregistrerbart løsøre (skip, fly).

Har foretaket en *daglig leder* vil denne regulært i kraft av sin stilling ha fullmakt til på vegne av foretaket å foreta enhver disposisjon (avtaler o.a.) som inngår i "den daglige ledelse". Hva "daglige ledelse" innebærer varierer med selskapets størrelse, art og kompleksitet, og må avgjøres konkret.

Det vil fremgå av *Foretaksregisteret* hvem som har signatur eller prokura. For øvrig må fullmakter godtgjøres ved fremleggelse av den aktuelle *fullmaktsdokumentasjonen*.

6.1.6.4. *Innholdsmessige begrensninger for staten*. De avtaler som et formelt kompetent statsorgan inngår må innholdsmessig holde seg innen de rammer som følger av grunnloven, annen aktuell lovgivning og sedvanerett. Dette gir likevel bare et utgangspunkt. Grensene for det offentliges "handlingsrom" på dette området er ikke eksakte, og en rekke tilknyttede typespørsmål har over tid vært diskutert.

Ett av disse temaene har vært *i hvilken grad staten gjennom avtale kan forhåndsbinde seg til hvordan den på et område skal utøve (og ikke utøve) sin myndighet*. Hvor grensen går er uklart, bl.a. fordi domstolene i atskillig grad har valgt å "tolke seg forbi" problemstillingen. Jeg kommer nærmere inn på dette spørsmålet under avsnitt 6.1.6.6. om tolkning av avtaler inngått mellom staten og private.

Et annet spørsmål er hvor langt det offentlige kan gå i å bruke *avtaler med private som alternativ til ensidig myndighetsutøvelse*. Ofte er situasjonen at et offentlig organ har kompetanse til å treffe enkeltvedtak eller vedta forskrift på et område. Av ulike årsaker (fleksibilitet, samarbeidsrelasjoner med det aktuelle private miljøet el.a.) kan det imidlertid synes mer tjenlig med en avtale, der den private parten på nærmere angitte vilkår blir "enig" med det offentlige om å opptre "slik det offentlige ønsker".

Hvor adgangen til slik avtaleinngåelse er direkte lovhjemlet er saken klar. Hvis uttrykkelig lovhjemmel *ikke* finnes, er det bred enighet om at det like fullt er *en viss* adgang til å inngå slike avtaler. Men det er delte meninger om *hvor langt* denne retten går³⁷.

³⁷ Eckhoff / Smith side 411 flg.

En helt annen avtalekategori har man – som i vårt forutsatte tilfelle – der det offentlige inngår avtale med et privat organ om at *det private organ skal utøve offentlig myndighet overfor andre private rettssubjekter*. Det er rimelig sikkert at inngåelse av denne type avtaler – hvor et privat organ direkte involveres som myndighetsutøvende institusjon med fullmakt til å treffe enkeltvedtak og vedta forskrifter – *krever uttrykkelig hjemmel i lov*. Jeg går ikke inn i noen nærmere diskusjon om dette ut fra den hjemmel som finnes i jernbaneloven § 15 og taubaneloven § 1a.

6.1.6.5. *Materielle / innholdsmessige begrensninger for det private foretaket*. For private foretak gjelder i prinsippet *full avtalefrihet*. Så lenge de inngåtte avtaler ligger innenfor foretakets formålsangivelse, er det ikke spesielle begrensninger mht. hva man kan inngå avtale om.

For fullstendighets skyld nevnes at både i forbindelse med avtaleinngåelsen og den senere oppfyllelse / praktisering av avtalen, må foretaket holde seg innenfor lovgitte rammer, herunder de selskapsrettslige bestemmelser som gjelder for den aktuelle foretaksformen (dvs. allmennaksjeloven ev. aksjeloven ev. selskapsloven, ev. stiftelsesloven el.a.).

Det kan ikke sees at dette reiser problemstillinger som fordrer spesiell kommentar i vår sammenheng.

6.1.6.6. *Tolkning av avtaler mellom det offentlige og private*. I tokningslæren går det et hovedskille mellom "subjektiv tolkning" og "objektiv tolkning". Ved *subjektiv tolkning* tar man utgangspunkt i ordlyden i det dokument som skal tolkes, men med det siktemål å nå frem til forfatterens subjektive mening. Vet man at forfatter(e)n(e) brukte et ord i en annen betydning enn den "normale", så skal man under et subjektivt tolkningsregime legge til grunn det utsagnsgiveren mente. Typeeksempelet (i Norge) på når man skal tolke subjektivt, er læren om testamenttolkning.

Motsatsen er *objektiv tolkning*. Her følger man (strengt) ordlydens objektive, normale betydning uten å skjele til omstendigheter "utenfor dokumentet"³⁸. I dag finner man klare innslag av objektiv tolkningslære særlig innen angloamerikansk rett. Lærens hovedbegrunnelse er hensynet til forutberegnelighet.

I norsk rettstradisjon gjelder en *mellomvei*: Naturlig nok tar man utgangspunkt i kontraktens "normale" ordlyd. Men hvor ordlyden ikke gir tilstrekkelig veiledning ser man hen til forhold "utenfor dokumentet" som bransjeforhold og kutyme, partenes forutsetninger, uttalelser under forhandlingene og lignende. En viktig føring i denne tolkningsprosessen er å nå frem til et rimelig, forstandig resultat.

Gjennom årene har det i Norge vært uenighet om *hvilke tolkningsprinsipper som skal gjelde for avtaler mellom det offentlige og private*. Det ble lenge hevdet (Knoph, Castberg) at avtaler med det offentlige skulle tolkes (strengt) objektivt. Også rettspraksis trekker til dels i retning av objektiv tolkning (Rt. 1971 side 228 og Rt. 1975 side 620).

Men rettspraksis er ikke konsekvent: I Rt. 1975 side 882 tar Høyesterett direkte avstand fra læren om objektive tolkning av avtaler med det offentlige. Ut fra dette har enkelte

³⁸ Det klassiske eksempelet er den gamle romer som satt i sitt hus og signerte en kontrakt der han solgt sitt hus og alt deri, og dermed ble ansett å ha solgt seg selv som slave.

rettsteoretikere³⁹ hevdet at det ikke gjelder noen særregler for tolkning av avtaler der det offentlige er part. Man skal m.a.o. følge det normale norske tolkningsregimet for kontrakter som er nevnt ovenfor.

Denne "tolkningslærestriden" kan i noen grad henge sammen med at domstolene har vært *tilbakeholdne* med å konstatere at det offentlige gjennom avtale har *bundet sin myndighet fremover i tid*. Enkelte har hevdet at det offentlige overhodet ikke kan binde sin myndighet gjennom avtale. Domstolene har veket unna dette prinsipielle spørsmålet ved nesten generelt å legge til grunn at "det har det formodningen mot seg" at det offentlige har villet binde seg. Når domstolene i en slik grad lar ønsket om et bestemt resultat være førende, blir det problematisk å utlede noe sikkert om hvilken "tolkningslære" domstolene egentlig anvender⁴⁰.

En måte å se dette på er at det er legitimt ved *enhver* kontraktstolkning å se hen til hensyn som gjør seg spesielt gjeldende på det samfunnsområdet / i den "bransjen" kontrakten gjelder. De generelt betenkelige sider ved å la det offentlige binde seg mht. fremtidig myndighetsutøvelse kan slik sett betraktes som et "bransjehensyn" innen offentlig sektor. Dette bransjehensynet er det legitimt å vektlegge ved kontraktstolkningen, - i prinsippet på linje med andre typer "bransjehensyn". Slik sett kan man kanskje konkludere som Huser, - at det *ikke* gjelder særregler for tolkning av avtaler der det offentlige er part.

6.1.6.7. *Opphør av avtaleforholdet*. Avtaler kan avvikles på ulike måter. Dels kan avtalen *avvikles gjennom sin forutsatte oppfyllelse*: Staten avtaler kjøp av en bil, bilen leveres, staten betaler, bilen fungerer, begge parter er fornøyd. For alle praktiske formål kan avtaleforholdet etter dette anses som avvirket (selv om det selvsagt fortsatt eksisterer som "en historisk kjensgjerning").

Opphør av avtaleforholdet kan også inntre som direkte *konsekvens av avtalens innhold*; typisk ved tidsbestemte avtaler. Avtalen opphører da uten videre å gjelde når det angitte opphørstidspunkt inntreffer.

Videre kan det være avtalt adgang for den ene eller begge parter til å *si opp avtalen*, oftest da med en frist som må iakttas.

Endelig har man mer *irregulære avviklingsformer*, - typisk ved at den ene part misligholder avtalen, eventuelt at det inntreffer omstendigheter partene ikke kontrollerer ("force majeure"/ "Act of God") som setter en strek over avtaleforholdet.

Også for avtaleforholdets opphør kan det oppstå særspørsmål for avtaler mellom det offentlige og private. Dette gjelder bl.a. når det i avtalen ligger delegering av myndighet til den private avtalepart. Som tidligere nevnt (side 10 foran) ligger det nærmest i delegeringens natur at den når som helst kan trekkes tilbake. Det er mao. overhodet ikke tvilsomt at myndighet som et departement delegerer til et underordnet forvaltningsorgan, når som helst kan trekkes tilbake med øyeblikkelig virkning (i forholdet mellom departementet og det underliggende organ).

Spørsmålet er om dette gjelder like ubetinget når myndigheten er delegert til et *privat* organ.

³⁹ Eckhoff / Smith side 406 med henvisning bl.a. til Huser, Avtaletolkning, 1983.

⁴⁰ Eckhoff / Smith side 406 – 407 med hensving bl.a. til Bernt, Avtaler og Frihagen i Jussens Venner 8/1989. Bernt og Frihagen fremhever begge at domstolene avpasser tolkningsmetoden etter det resultat som ønskes oppnådd.

For å finne svaret er det naturlig å ta utgangspunkt i den aktuelle avtalen. Hvis løsningen ikke kan leses direkte ut av avtalen, og det ikke er spesielle holdepunkter for en løsning ut fra kontraktsforhandlingene eller andre uttrykte forutsetninger mellom partene, aktualiseres spørsmålet om "spesielle bransjehensyn" (jfr. ovenfor) innenfor offentlig sektor kan gi føringer for en løsning.

Her er det relevant å peke på at en (nærmest) generell forutsetning for selve delegasjonsinstituttet er prinsippet om "når som helst å kunne trekke tilbake delegasjonen". Ut fra dette har det generelt "formodningen mot seg" at en avtale om delegering skulle innebære at den delegerte myndighet ikke når som helst kan trekkes tilbake. Den omvendte løsningen ville føre til at det offentlige rettslig og faktisk i atskillig grad har lagt bindinger på sin fremtidige myndighetsutøvelse. Slike bindinger har domstolene som nevnt vært skeptiske til. Slik sett er det mye som taler for at den private avtalepart som det klare utgangspunkt må akseptere at en avtale om delegering i seg selv *ikke* er til hinder for tilbaketrekning av delegasjonen når som helst (og med øyeblikkelig virkning i forholdet mellom avtalepartene).

Hvor avtalen inneholder en generell oppsigelsesklausul ("denne avtalen kan sies opp av hver av partene med x måneders varsel") bør utgangspunktet etter mitt skjønn være det samme – hva gjelder isolert adgangen til å trekke delegeringen tilbake. Men oppsigelsesklausulen vil selvsagt kunne få betydning for avviklingen av andre elementer i avtalen.

6.1.6.8. *Misligholdsbeføyelser – særlig om erstatning*⁴¹. Det faktiske utgangspunkt for denne drøftelsen er at det er inngått en gyldig *kontrakt* mellom det offentlige og det private tilsynsorganet. Spørsmålet er i hvilken grad mislighold av denne kontrakten kan gi grunnlag for s.k. misligholdsbeføyelser (for eksempel erstatning).

Misligholdsbeføyelsene kan gå "begge veier": Hvor det er departementet som forsømmer seg aktualiseres for eksempel et erstatningskrav fra det private organet mot staten. Hvis det private organet har forsømt seg aktualiseres for eksempel et erstatningskrav fra staten mot det private organet.

Grunnkravet for å kunne gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende er at det foreligger et *mislighold*, - dvs. at en kontraktspart ikke leverer *den avtalte ytelse*. For å avgjøre om det foreligger mislighold må man mao. få klarlagt *hva som skulle ytes* i følge avtalen (dernest må man holde denne kontraktsforpliktelsen opp mot *hva som faktisk er ytet*). Hvorvidt det foreligger et mislighold beror mao. på en *tolkning av kontrakten*. Det vises her til avsnitt 6.1.6.6. ovenfor.

Mislighold kan være av forskjellig art og opptre i forskjellig grad: Den kontraktsparten som typisk skal levere "varen" (for eksempel utføre tilsynsoppgavene) kan helt eller delvis unnlate å levere, eller levere for sent, og det kan være kvalitetsmessige mangler ved ytelsen etc. Den kontraktspart som typisk skal yte "betalingen" (for eksempel departementet i den grad tilsynskostnadene tenkes dekket ved direkte overføringer over statsbudsjettet), kan misligholde ved helt eller delvis å unnlate å betale, han kan betale for sent eller betalingen skjer ikke på den avtalte måte (mht. valuta, overføringsform, betalingssted etc.).

Ved mislighold har den "krenkede" kontraktsparten i utgangspunktet flere mulige sanksjoner (beføyelser) til sin rådighet. Disse kan etter omstendighetene anvendes parallelt (flere

⁴¹ Generell hovedkilde for avsnitt 6.1.6.8. er *Hov* kap. 13 og 15.

sanksjoner for samme mislighold). Er det eksempelvis "selgeren av varen" som misligholder kan motparten ("kjøperen") *heve* avtalen (dvs. si opp avtalen med øyeblikkelig virkning) hvis misligholdet er vesentlig. Videre kan det være aktuelt å kreve *retting* av mangelen, forholdsmessig *prisavslag* eller *erstatning*. I det følgende er det kun *erstatning* som behandles.

I likhet med hva som gjelder for erstatning utenfor kontraktsforhold (dvs. der det ikke er noen kontrakt mellom skadevolder og skadelidte, jfr. gjennomgangen i avsnitt 5.1.3. ovenfor) gjelder følgende alminnelige forutsetninger for å nå frem med et erstatningskrav i kontraktsforhold: Det må foreligge et *ansvarsgrunnlag*, det må ha oppstått et *økonomisk tap* og at det må være adekvat *årsakssammenheng* (mellom misligholdet og det økonomiske tapet). I vår sammenheng er det primært reglene om *ansvarsgrunnlag* og om *hva som kan kreves erstattet* som er av interesse.

I praksis vil man ofte se at erstatningsspørsmålene er regulert i kontrakten. Fremstillingen nedenfor faller derfor naturlig i to deler: Først (A) behandles de regler som gjelder der erstatningsspørsmålene *ikke* er regulert i avtalen. Dernest (B) drøftes situasjonen der erstatning er *regulert i avtalen* mellom partene.

A) *Erstatningsspørsmålene er ikke regulert i avtalen*: Det faktiske utgangspunkt for dette avsnittet (A) er at den ene kontraktspart er påført et tap som følge av den andre kontraktspartens mislighold. Spørsmålet er i hvilken grad den skadelidte kontraktsparten kan nå frem med et erstatningskrav.

All den stund avtalen forutsetningsvis ikke sier noe om erstatningsproblematikken, må man falle tilbake på de regler som følger av formell lov og av ulovfestet rett (primært domspraksis).

For å begynne med et par kjente begreper: Også for ansvar i kontraktsforhold kan vi ta utgangspunkt i *skyldansvaret*, og i det *objektive ansvaret*. Og vi kan som generell hovedregel fastslå at dersom det påvises *skyld* / *uaktsomhet* i forbindelse med misligholdet, så er kravet om ansvarsgrunnlag (i kontraktsforhold) oppfylt. Dette gir likevel bare et utgangspunkt.

I løpet av de siste 20 år er det gjennom en rekke særlover⁴² vokst frem nye regelsett om ansvarsgrunnlaget som til dels fjerner seg fra den tradisjonelle sondringen mellom skyldansvar og objektivt ansvar. Disse "nye" lovfestede ansvarsreglene⁴³ omtales under samlebetegnelsen "kontrollansvaret". I kortversjon innebærer det lovfestede kontrollansvaret at misligholderen er erstatningsansvarlig, *med mindre* samtlige av de følgende vilkår er oppfylt:

- For det første må det foreligge en *hindring* for oppfyllelse *som ikke kunne unngås eller overvinnes*. Med dette menes (sjablongmessig) at oppfyllelsen må ha blitt betydelig mer vanskelig en forutsatt, - likevel slik at det ikke kreves umulighet i streng forstand.
- For det andre må hindringen være *utenfor misligholderens kontroll*. Med dette menes (sjablongmessig) at erstatningsansvar inntreffer dersom det gjennom planlegging og styring ville vært mulig å unngå hindringen.

⁴² Kjøpsloven, Håndverkstjenesteloven, Avhendingslova, Pakkereiseloven, Bustadoppføringslova, Husleieloven o.a.

⁴³ De har sin bakgrunn i FN-konvensjonen om internasjonale kjøpsavtaler – CISG.

- For det tredje må hindringen ha vært *uforutsebar*. Med dette menes (sjablongmessig) at hindringen ikke med rimelighet kunne ventes å ha blitt tatt i betraktning på det tidspunkt avtalen ble inngått.

Kontrollansvaret er som det fremgår forankret i en rekke *lover*. Ingen av disse lovene dekker imidlertid det feltet som er vårt tema – nemlig kontrakt om utsetting av offentlig tilsynsmyndighet. Vi befinner oss slik sett i et "lovtomt rom", og spørsmålet blir hvilke regler vi da skal falle tilbake på.

Her er meningene delte. Noen juridiske forfattere⁴⁴ antar at de lovfestede reglene om kontrollansvar må anvendes analogisk i de tilfelle der den avtalte "varen" er s.k. generisk bestemt⁴⁵. I øvrige tilfelle (ved s.k. spesiekjøp, jfr. note 39) er det den alminnelige skyld- / uaktsomhetsregelen som skal gjelde.

Andre forfattere⁴⁶ synes å gi avkall på (den gamle) sontringen mellom genus- og spesie. I stedet antas at kontrollansvaret kan anvendes analogisk i de kontraktstilfelle som innholdsmessig ligger nær opp til de nevnte spesiallovene hvor kontrollansvaret er nedfelt. Hvor slik innholdsmessig nærhet ikke foreligger, er det naturlig å falle tilbake på *hovedregelen om skyldansvar / uaktsomhet*.

Det nevnes spesielt at i de tilfelle det er tale om tjenester som har et personlig preg ev. kombinert med en berettiget forventning om utpreget grad av profesjonalitet / spesialkompetanse (advokater, tekniske konsulenter og lignende), så gjelder det en *streng aktsomhetsnorm i tjenesteyterens disfavør*. Det må kunne legges til grunn at et privat tilsynsforetak som "selger seg inn" på grunnlag sikkerhets-/ tilsyns-/ forvaltningsmessig kompetanse vil bli fanget inn av denne *streng aktsomhetsnormen*.

For fullstendighets skyld nevnes at det for flere enkeltyper av mislighold gjelder et rent objektivt ansvar. Ut fra hva som antas å være den lettest tenkbare mislighetsform for departementet, begrenser jeg meg til å nevne at det gjelder et *objektivt ansvar* for pengemangel / manglende betaling.

Hvis man etter dette konstaterer at det i et konkret tilfelle foreligger et ansvarsgrunnlag, så oppstår spørsmålet om *hva* den skadelidte mer konkret har krav på å få erstattet.

Tradisjonelt har regelen vært at ved mislighold av en gyldig inngått kontrakt kan den skadelidte kreve å bli stilt i *samme økonomiske posisjon som om avtalen var blitt riktig oppfylt*. Man uttrykte dette gjerne slik at skadelidte hadde krav på å få erstattet det som svarte til "oppfyllelsesinteressen" eller den "positive kontraktsinteresse". Erstatningen for positiv kontraktsinteresse utgjorde m.a.o. forskjellen mellom den økonomiske situasjon skadelidte ville vært i ved normal oppfyllelse, og den situasjon skadelidte faktisk ble brakt i som følge av misligholdet.

⁴⁴ Selvig og Hagstrøm, jfr. henvisningen til disse hos *Hov* side 207.

⁴⁵ Generisk = artsbestemt. Typisk "poteter", - normalt er det likegyldig hvilke individuelle poteter som leveres. Dette i motsetning til spesiekjøp, der nettopp den individuelle / spesielle gjenstanden er av avgjørende betydning – for eksempel et originalmaleri. Sontringen genus / spesie har sin bakgrunn i regler som gjaldt forut for fremveksten av kontrollansvaret.

⁴⁶ *Hov* side 208.

De før omtalte særlover som ble introdusert fra 1988 og utover har også røkket ved læren om oppfyllelsesinteressen. I stedet er det gjennom disse lovene introdusert to nye begreper, - "direkte tap" og "indirekte tap". Tanken var at "direkte tap" skulle utgjøre en slags normalerstatning, mens indirekte tap omfattet poster som var mer fjerntliggende og mindre kalkulerbare. Lovenes utgangspunkt er at ut fra *kontrollansvaret* følger kun et krav på å få erstattet "direkte tap". "Indirekte tap" har skadelidte bare krav på hvor misligholderen har utvist *uaktsomhet* / skyld.

De nye reglene med sonndring mellom direkte og indirekte tap har vært til dels skarpt kritisert⁴⁷. For vår del kan vi imidlertid på ny konstatere at de nevnte særlover *ikke* omfatter vårt tema, - nemlig kontrakt om utsetting av offentlig tilsynsmyndighet. Ut fra dette bør en relativt trygt kunne falle tilbake på alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper, og legge til grunn at den skadelidte kontraktsparten - det være seg staten eller det private tilsynsorganet - som den klare hovedregel kan kreve erstattet det vi ovenfor har betegnet som oppfyllelsesinteressen.

Særreglene om (beløpsmessig) lempning av erstatningen ser jeg som lite relevante i vårt tilfelle.

B) *Erstatningsspørsmålene er regulert i avtalen*: I underpunkt A ovenfor er det gitt en gjennomgang av de erstatningsregler som gjelder i kontraktsforhold, men hvor erstatningsproblematikken *ikke* er regulert i avtalen. Spørsmålet som behandles i dette underpunktet (B) er hva som gjelder i de tilfelle der spørsmålet om erstatning er omhandlet i kontrakten.

Befinner man seg - som i vårt tilfelle - utenfor området for forbrukerforhold, er *utgangspunktet* klart: Spørsmålet om erstatning kan innenfor vide rammer, *fritt reguleres* av partene i kontraktsforholdet.

Avtaleregulering av erstatningsspørsmålet er svært vanlig. Reguleringen kan gå på flere forhold: For det første kan man regulere *vilkårene* for å kreve erstatning (for eksempel ved å angi spesifikt hva som regnes som mislighold og hva som *ikke* regnes som mislighold). Videre kan man regulere hva som skal gjelde mht. *ansvarsgrunnlaget* (objektivt ansvar / simpel uaktsomhet / grov uaktsomhet etc), i hvilket *omfang* et tap kan kreves dekket (beløpsbegrensninger) m.m.

I den grad disse avtaleklausulene setter en kontraktspart i en gunstigere stilling enn hva som ville fulgt av vanlige, fravikelige rettsregler (jfr. A ovenfor), taler vi om "ansvarsbegrensning" eller "ansvarsfraskrivelse".⁴⁸

Erstatningsklausulene (som resten av kontrakten) må imidlertid holde seg innenfor rammen av ufravikelig lovgivning. Slik ufravikelig lovgivning finnes på enkelte felt også utenfor området

⁴⁷ Hov side 223 : "... Etter min oppfatning har lovgiveren ... ikke hatt noen særlig heldig hånd med grensedragningen - skillet fremstår i en god del tilfelle som irrasjonelt - på grensen til det ubegripelige..".

⁴⁸ Som illustrasjon vises til kontrakten av 01.10.1988 mellom Samferdselsdepartementet og Det Norske Veritas. I kontraktens § 8 er det en ansvarsbegrensning i DNVs favør som går på *ansvarsgrunnlaget*: DNV (og dets ansatte) er ikke ansvarlig for tap som staten påføres som følge av vanlig / simpel uaktsomhet fra DNVs / de ansattes side. Overfor staten hefter DNV og dets ansatte - i følge kontrakten - kun for grov uaktsomhet ev. forsett. Kontrakten inneholder ingen beløpsbegrensning.

for forbrukerforhold. Ett eksempel har vi husleieloven (LOV 1999-03-26 nr. 17) som ikke kan fravikes i leietagers disfavør.

For fullstendighets skyld nevnes også § 36 i avtaleloven (LOV 1918-05-31 nr. 4) som opererer med en generell "urimelighetsstandard". Det er imidlertid en "høy terskel" for å sette til side en avtale(klausul) i medhold av § 36.

6.1.7. Offentlige anskaffelser.

Ved de fleste typer anskaffelser over visse verdier plikter det offentlige som innkjøper å følge bestemte prosedyrer. Disse ligger nedfelt (bl.a.) i lov om offentlige anskaffelser (LOV 1999-07-16 nr. 69) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOR 2006-04-07 nr. 402).

Samferdselsdepartementet (ethvert departement for den saks skyld) tilhører *den krets av innkjøpere / oppdragsgivere* som regelverket retter seg mot. Gitt et omfang på tilsyn for taubaner som i dag, er det heller ingen tvil om at man befinner seg *over de minste verdier* som i seg selv tilsier at reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Spørsmålet som gjenstår er om (anskaffelse av) ressurser og kompetanse for utøvelse av tilsynsmyndighet for taubaner er en type *objekt* som faller inn under anskaffelsesregelverket.

Dette regelverket gjelder bl.a. for anskaffelse av "tjenester", jfr. loven § 3 og forskriften § 1-3. Hva som konkret ligger i begrepet "tjenester" fremgår ikke direkte av loven. Definisjonene i forskriften §§ 1-4 og 1-5 gir også begrenset veiledning i vårt tilfelle. Det er imidlertid på det rene at forståelsen av tjenestebegrepet i det norske anskaffelsesregelverket som det klare utgangspunkt må oppfattes i tråd med hva som følger av det aktuelle EU-regelverk herunder anskaffelsesdirektivet (Parlaments- og Rådsdirektiv 2004 / 18 / EF).

Et hovedpoeng med dette direktivet er å legge til rette for et indre marked for offentlige kontrakter. I dette ligger (bl.a.) at det primært sikter seg inn mot tjenestetyper som vanligvis er gjenstand for "handel og vandel". Dette synes å innebære at det må foretas en avgrensning mot den type tjenester som fullt ut eller i det vesentlige går på offentlig myndighetsutøvelse. Det er fremhevet⁴⁹ at tjenester som utsettes av det offentlige som direkte ledd i *utøvelse av offentlig myndighet* ikke er gjenstand for ordinær omsetning, og at denne type tjenester derfor faller *utenfor* området for anskaffelsesregelverket

Det må etter dette antas at utsetting av kontrakt om utøvelse av tilsynsmyndighet faller *utenfor* anskaffelsesregelverket.

6.1.8. Insolvensrett – konkurs.

Som det klare utgangspunkt kan alle insolvente private rettssubjekter slås konkurs. Man kan mao. tenke seg en situasjon der departementet inngår avtale med et privat tilsynsorgan som senere slås konkurs. De konsekvenser dette får for departementet er mer av praktisk enn rettslig natur. Denne situasjonen drøftes derfor i avsnitt 7 (om sårbarhet).

6.2. Styrings- og kontrollmessige konsekvenser.

Departementets ansvar for tilsynsorganets bidrag til realisering av politiske målsettinger, produktivitet, kvalitet etc (jfr. avsnitt 5.2 foran) må i prinsippet antas å være *det samme* hva enten det er tale om et underliggende *offentlig* organ, eller et "underliggende" *privat* organ.

⁴⁹ Prof. Hans Petter Graver i Aftenposten 05.12.2007, prof. Finn Arnesen i Aftenposten 06.12.2007.

De virkemidler (styrings- og kontrolltiltak) som står til departementets rådighet overfor et *privat* organ vil i atskillig grad kunne være de samme som overfor et underliggende *offentlig* organ. Det *formelle grunnlaget* for virkemiddelbruken vil imidlertid være forskjellig.

I forhold til et *offentlig* tilsynsorgan har departementet ikke noe utpreget behov for å konkretisere i det enkelte tilfelle hvilke styringsmidler som kan tas i bruk. Dette følger av vel innarbeidede rettsregler, prinsipper og praksis, jfr. avsnitt 5.2. foran.

Hvor tilsynsorganet er *privat*, er det ikke i utgangspunktet etablert et "ferdig sett" med virkemidler som departementet kan ta i bruk overfor det private organet. I praksis vil derfor *kontrakten mellom departementet og det private organet* måtte utgjøre (mye av) grunnlaget for, og gi anvisning på virkemiddelbruken.

For å sikre at avtalen innholdsmessig er godt egnet som basis for departementets styring og kontroll av det private foretaket, kan man mht. angrepsvinkel tenke seg to ytterpunkter. Ett ytterpunkt er en ren kasuistisk tilnærming der man i avtalen detaljert inntar bestemmelser om alle de enkeltvirkemidler man ønsker å anvende: Rutiner for fastsettelse av hovedmål og delmål, virksomhetsplaner, budsjett rutiner, regnskapsrutiner, rapporteringsomfang og -intervaller, møtestruktur, generelle retningslinjer for driften, bestemmelser som hjemler adgang for å gi pålegg, trekke tilbake myndighet etc.

Hensiktsmessig utformet gir dette partene klarhet og forutberegnelighet. Faren ligger i en "overregulering" som gir liten fleksibilitet, og som innbyr til antitetisk tolkning ("siden man uttrykkelig nevner virkemidlene a-x, så har ikke departementet adgang til å bruke virkemiddel y").

Den motsatte ytterlighet kan være en kort, generell bestemmelse i kontrakten om at departementet i forhold til det private organet "så langt det passer" er berettiget til å anvende ethvert styrings- og kontrollvirkemiddel som et departement generelt kan bruke overfor et underliggende forvaltningsorgan. Dette gir departementet stor fleksibilitet og fullt register av virkemidler. Ulempen ligger i at representanter for et privat foretak ikke nødvendigvis er fortrolig med hva som konkret ligger i en slik klausul, og at den derfor gir den private parten begrenset "kjøreveiledning".

I praksis synes det derfor hensiktsmessig at man i et kontraktsdokument i atskillig grad angir de aktuelle spilleregler mellom departementet og det private organet, og herunder konkretiserer styrings- og kontrollvirkemidlene.

Oppsummeringsmessig: Ved en privat tilsynsmodell må departementet være beredt på ta "ekstraarbeidet" med å etablere et kontraktsforankret styrings- og kontrollsystem. Det kan være en utfordring å gi avtalen en god utforming på dette punkt. Det kan også ligge styrings- og kontrollmessige "spenninger" i at et privat organ må forholde seg til både offentlig- og privatrettslige spilleregler. Men *modellen* – en avtalebasert privat tilsynsutøvelse – kan i seg selv ikke sees å være til hinder for å kunne etablere velfungerende kontraktsforankrede kontroll- og styringssystemer.

7. SÅRBARHET – OFFENTLIG OG PRIVAT MODELL.

Sårbarhet kan generelt sees som uttrykk for de problemer et system vil få med å fungere når det utsettes for en uønsket hendelse, samt de problemer systemet får med å gjenoppta sin virksomhet etter at hendelsen har inntruffet. Ut fra dette vil en sårbarhetsanalyse gjerne fokusere på kartlegging og systematisering av mulige uønskede hendelser / trusler, de påregnelige konsekvenser av at en eller flere av disse truslene inntreffer, samt aktuelle forebyggende og skadebegrensende tiltak.

Relatert til vårt tema – ”offentlig contra privat utøvelse av tilsynsmyndighet for taubaner” – blir spørsmålet om det er trusler med tilhørende negative konsekvenser som blir spesielt influert av eller aktualisert, nettopp pga. av valg av hovedmodell (offentlig vs. privat).

Hovedformålet med et taubanetilsyn er som nevnt å bidra til at risikoen ved å benytte taubaner er på et akseptabelt – og om mulig – på et stadig lavere nivå. Tilsynsorganets bidrag i så måte er *kompetanse* (taubaneteknisk, taubaneoperativt, tilsynsfaglig, forvaltningsmessig), og *ressurser* (mennesker og penger, slik at kompetansen i praksis kan utnyttes til å begrense / redusere risikonivået).

De negative *konsekvenser* av at det inntreffer forhold som begrenser eller reduserer kompetansen eller ressursene, kan vanskelig sees å variere med valg av tilsynsmodell. Annerledes uttrykt: Hvis for eksempel et *offentlig* tilsynsorgans kompetanse og ressurser over natten blir radert bort, vil konsekvensene for sikkerhetsnivået neppe bli annerledes enn om den samme grad av kompetanse og ressurser til et *privat* tilsynsorgan forsvant over natten. Spørsmålet blir da om *sannsynligheten* for å miste tilsynsressurser og kompetanse / om mulighetene for å *avverge tap* av ønsket tilsynskompetanse /-ressurser varierer med valg av tilsynsmodell.

Under et *offentlig tilsynsregime* vil den formelle ”bindingen” mellom tilsynsorganet og de tilsynsansatte være forankret i tjenestemannsloven, til dels arbeidsmiljøloven, samt i kollektive og individuelle avtaler om ansettelsesforholdet. Den reelle bindingen (eller kanskje bedre det ”reelle limet” i forholdet mellom ansatt og offentlig arbeidsgiver) vil være den ansattes opplevelse av hvor attraktiv i vid forstand jobbsituasjonen er mht. faglige utfordringer, økonomisk kompensasjon og muligheten for å innpasse jobben i forhold til private preferanser. I den grad en individuell ansatt opplever at den reelle ”lim-effekten” svikter, så spiller den formelle bindingen tilnærmet ingen rolle for den enkelte ansattes disposisjoner. For den offentlige arbeidsgiver vil ”beskyttelsen” kun ligge i oppsigelsestidens lengde.

I praksis vil sårbarheten for det offentlige like fullt være begrenset fordi de ansatte sjelden ”disponerer på samme måte til samme tid”. I en normalsitasjon vil det foregå en rullering som over tid gir det offentlige som arbeidsgiver mulighet til å hyre inn og utvikle nye ansatte i noenlunde samme grad som folk søker seg ut. Det synes problematisk å peke på ytre forhold med spesiell relevans for en offentlig arbeidsgiver, som aktualiserer trusselen om ”kollektiv utmarsjering” av ansatte.

Snarere gjelder for offentlige arbeidsgivere som for enhver privat arbeidsgiver, - at de bør ”beskytte seg mot seg selv”: Hvis arbeidsgiver velger å foreta disposisjoner som den overveiende del av de ansatte opplever som sterkt negative for egen situasjon, så er det en reell fare for at man mister store deler av de ansatte over natten. Dét har skjedd i privat sektor, og det har skjedd i offentlig sektor. Slik sett er denne typen trussel ”modellnøytral”.

Det som er nevnt ovenfor om sårbarhet under en offentlig modell vil i stor grad også ha gyldighet i *forholdet mellom det private tilsynsorganet og dets ansatte*. Trusselen om (brått) å miste ("mange") ansatte eksisterer for den private arbeidsgiver som for den offentlige. Men det forhold at arbeidsgiver er privat kan ikke i seg selv sees å påvirke sannsynligheten for at trusselen aktualiseres.

Under et *privat tilsynsregime* "henger" imidlertid de samlede tilsynsressursene og – kompetansen i én "link", - nemlig kontrakten mellom departementet og tilsynsorganet. Brister denne ene linken, er departementet grovt sett i samme situasjon som om samtlige individuelt ansatte skulle bli radert bort over natten.

Linken mellom det offentlige og det private tilsynsorganet kan tenkes å bli brutt enten ved at det private tilsynsorganet *opphører å eksistere* (gjennom en konkurs eller styrt avvikling), eller ved at kontrakten *sies opp* (i en sårbarhetssammenheng for departementet, - av det private organet). En kontraktsoppsigelse fra det private organets side kan typisk tenkes å ha to hovedårsaker; - enten at kontrakten ikke lenger er *økonomisk* attraktiv (nok), eller at tilsynsvirksomheten utfases av *strategiske* grunner ("vi skal ikke drive med tilsyn lenger").

Ved en privat tilsynsmodell hefter det mao. en sårbarhetstrussel som ikke eksisterer ved en offentlig tilsynsmodell. Det naturlige oppfølgingsspørsmål er hvilke *beskyttelsestiltak* som står til rådighet for departementet overfor denne trusselen.

Mht. opphørs- / insolvensscenariet er løsningen i prinsippet enkel nok: *Før kontraktsinngåelse* foretas en bred gjennomgang av kandidaten (økonomisk / finansielt, organisasjon / struktur, ressurser, kompetanse, generell leveringsdyktighet, omdømme etc). *Etter kontraktsinngåelse*: Løpende tett oppfølging og kontroll av organet for å avdekke faresignaler man kan forholde seg til før situasjonen blir kritisk.

Måten "å forholde seg til" faresignalene på vil vel for departementet være ett av to: Enten ved tiltak *rettet mot tilsynsorganet* (krav / press mht. bedring av rutiner, kapitalinnsprøyting fra eventuelle eiere o.a.). Alternativt ved å *orientere seg vekk fra det aktuelle tilsynsorganet* ved å koble inn konkurrerende private foretak (hvis slike finnes), eller ved at det offentlige selv overtar tilsynsrollen. Dette kan tenkes å skje ved å bygge opp et nytt offentlig separat tilsynsorgan, eller ved å legge taubanetilsyn inn i et eksisterende offentlig tilsynsmiljø.

I en situasjon hvor kontrakten sies opp av tilsynsorganet av økonomiske grunner (ikke god nok lønnsomhet) er botemiddelet i teorien like innlysende som det i praksis kan være vanskelig: Det offentlige kan øke lønnsomheten gjennom økning av egne bidrag eller ved å godkjenne prisøkning i forhold til tilsynsobjektene. Det ligger i dagen at det her er grenser for hvor langt departementet kan gå, - både prinsipielt og økonomisk.

Hvor oppsigelsen er strategisk begrunnet ("tilsyn skal ikke lenger være en del av vårt forretningsområde") er det for så vidt lite det offentlige kan gjøre, - utover å bruke oppsigelsestiden optimalt mht. å knytte kontakt med en annen privat organisasjon – hvis slik finnes - eller etablere en offentlig tilsynsvariant.

Uavhengig av oppsigelsesgrunn sier det seg selv at *oppsigelsestidens lengde* er av betydning for sårbarhetsgraden. Sett fra departementets side er oppsigelsesfristen et vesentlig poeng ved inngåelse av og ved eventuell senere reforhandlinger av en kontrakt. Det bør vel være et krav

at oppsigelsestiden har en varighet som gir departementet reell mulighet til å etablere en (om enn midlertidig / provisorisk) løsning før oppsigelsen trer i kraft.

8. ANDRE KONSEKVENSER.

8.1. Generelt.

Dette hovedavsnittet omhandler konsekvenser mht. risikonivå og økonomi. I tråd med mandatet holdes drøftelsen på et til dels generelt nivå.

8.2. Risiko – offentlig og privat modell.

Med "risiko" menes her (noe upresist) *sannsynligheten* for at uønskede hendelser inntreffer, sammenholdt med *konsekvensene* av slike uønskede hendelser⁵⁰.

Temaet for dette avsnittet er om risikonivået for bruk av taubaner vil bli påvirket av om man velger en privat eller offentlig tilsynsmodell.

Ingen av disse to modellene skal fungere i et politisk "vakuum", men inngå som ledd i politisk styrte prosesser. Det kan derfor være hensiktsmessig å la drøftelsen ta utgangspunkt i aktuelle *politiske mål*, samt i *departementets ansvar* for *effektiv ressursbruk* i underliggende etater (jfr. avsnitt 5.2. foran).

Det kan ikke sees å foreligge noen klart uttrykte *politiske mål* for taubanetilsynsvirksomheten spesielt. Men i den grad taubaner anses som en transportform, er vel nullvisjonen⁵¹ et politisk uttrykk for at risikonivået for bruk av taubaner i Norge skal være "så lavt som mulig".

Departementets ansvar for *effektiv ressursutnyttelse* (hos de underliggende organer) fremtrer som et krav om kostnadseffektivitet. Graden av kostnadseffektivitet er i vår sammenheng en funksjon av to størrelser: *Kostnadene* ved tilsynet, og *nytten* av tilsynet. Den første størrelsen er lett målbar. Den siste størrelsen er ikke lett å måle⁵².

"Nytten" av tilsyn kan sjablongmessig angis som "reduksjon av risiko som følge av tilsynet". Utfordringene med å måle denne nytten gjør seg gjeldende på flere fronter. For det første vil det i praksis være problematisk å fastslå / "kvantifisere" et faktisk risikonivå, - bl.a. på grunn av (antatt) begrenset omfang og kvalitet på inngangsdata ("antall ulykker er for få til å utlede noe sikkert om risikonivå"). Og ikke minst er det problematisk å påvise / "måle" graden av *årsakssammenheng* mellom de utførte tilsynsaktiviteter og utviklingen i risikonivå.

En alternativ tilnærming kan være å basere seg på estimer, overslag og ulike former for bench-marking. Men kanskje mer fruktbart er det – ut fra vårt formål som kun er modellvalg – å se om det er *særtrekk* ved hver av de to aktuelle hovedmodeller som er / må anses å være spesifikt risikoøkende eller risikoreduserende (og i tilfelle "veie hver av disse risikoøkende og -reduserende elementer for den respektive modell opp mot hverandre for å se "nettoeffekten" for hver av de to modeller).

⁵⁰ Jfr. eksempelvis *SINTEF* side 19 med henvisning til NS 5814 og *Terje Aven*, Pålitelighets- og risikoanalyse, 1991.

⁵¹ Nasjonal transportplan NTP 2006 - 2015.

⁵² *SINTEF* side 8 og 44-46. Se også *Sparrow* side 12 og side 109 flg.

Innenfor rammen av dette oppdraget er det imidlertid vanskelig å påvise rent objektive særtrekk ved hver av de to tilsynsmodeller som må anses å ha direkte effekt på risikonivået. Av større betydning er formodentlig den kompetanse og de ressurser man velger å legge inn i de respektive modeller. Men et forhold av mer "psykologisk – kulturell" karakter kan kanskje være verdt å nevne.

Generelt må det kunne legges til grunn at et tilsynsorgan – det være seg offentlig eller privat – vil legge vekt på å synliggjøre for departementet at tilsynsetaten "leverer det som leveres skal". Men som vi har vært inne på, - "nyttens av tilsyn" er problematisk å måle / det er vanskelig å måle i hvilken grad foretaket faktisk "leverer det som leveres skal".

I denne sammenheng kan det umiddelbart være nærliggende å slutte at "fravær av ulykker og hendelser" er et uttrykk for at "tilsynet fungerer som det skal" / "leverer den forutsatte "nytte". Og selvsagt; - fravær av ulykker og hendelser over noe tid *kan* for en stor del nettopp skyldes et godt fungerende tilsynsforetak. Men det *kan* også helt eller delvis skyldes andre forhold: Det *kan* skyldes teknologiske fremskritt hos leverandørene av utstyret, det *kan* skyldes operatørenes selvinitierte tiltak mht. kompetanse og trening, og det *kan* for den del skyldes flaks, - den gunstige utviklingen er tilfeldig.

En situasjon hvor det er problematisk å påvise at "den reelle vare er levert", skaper behov for å introdusere alternative - helst målbare - kriterier for å gi "bestilleren en formening" om hvorvidt den forutsatte varen / nytten er levert. I tilsynssammenheng vil enhver seriøs "tilsynsbestiller" (departementet) og enhver seriøs "tilsynsleverandør" (tilsynsforetaket) da benytte seg av kriterier som innholdsmessig / saklig sett er sikkerhetsfaglig forankret ("...det skal utføres x antall årlige tilsyn for hvert anlegg av type y..."). Dette forhindrer likevel ikke at man i praksis er hensatt til varierende grader av *antagelser* mht. de aktuelle kriterienes reelle innvirkning på risikonivået ("...hva er egentlig den reelle risikogevinsten ved x ganger i året å inspisere alle anlegg av type y...?").

Hvis bestilleren og leverandøren har fastlagt hvilke sikkerhetsfaglige kriterier (hvor gode eller dårlige de nå må være i praksis) som skal anvendes ved målingen av leverandørens ytelse, er situasjonen for så vidt grei i den forstand at partene forholder seg til rasjonelle / saklig sett "riktige" kriterier.

Nyttemålingsproblemene kan imidlertid åpne for fremvekst av kriterier som ikke er så greie. En *mulig* fare er at tilsynsforetaket mer eller mindre bevisst lar tilsynsvirksomheten bli farget *også* av det man oppfatter som kundens (departementets) bilde av "hvordan et vellykket tilsyn" generelt skal fremtre. Oppfatter tilsynsforetaket – rett eller galt – at kunden / departementet anser "ro" som et tegn på at tilsynsvirksomheten fungerer bra ("ingen hør- eller synbare problemer på taubanefronten"), - så kan dét bidra til at tilsynsvirksomheten legges opp på en måte som "pleaser" tilsynsobjektene (og dermed departementet). Omvendt; hvis tilsynsforetaket – rett eller galt – oppfatter at departementet anser "ro på taubanefronten" som tegn på et defensivt og passivt tilsyn, så kan dét bidra til en dreining av tilsynsutøvelsen over i et mer konfronterende leie i forhold til tilsynsobjektene.

Om slike forhold gjør seg gjeldende er selvsagt vanskelig å påvise i praksis, og forholdene er som nevnt ikke "modellspesifikke": Under et *offentlig tilsynsregime* vil slike "ikke-greie" holdninger om "å gi departementet hva departementet vil ha" kunne være drevet frem som ledd i en kamp om budsjettmidler, ut fra karrierehensyn el.a. Under et *privat tilsynsregime* vil ønsket om å beholde en økonomisk lukrativ kontrakt kunne være en motiverende faktor.

Poenget i vår sammenheng er at aktørene (departementet og det offentlige eller private tilsynsorganet) er seg bevisst de utfordringer mht. valg av "riktige målekriterier" som gjelder for de fleste sikkerhetstilsyn, og at spesielt departementet er innstilt på å skape miljøer og rammebetingelser som i størst mulig grad tilrettelegger for aktiv bruk av sikkerhets- og tilsynsfaglig kompetanse.

Sammenfatningsvis: "Nytten" av tilsyn er generelt problematisk å måle / kvantifisere. Innenfor rammen av dette oppdraget er det vanskelig å peke på forhold som tilsier at risikonivået for bruk av taubaner vil bli påvirket av hvilken tilsynsmodell (offentlig eller privat) som velges. Av større betydning er formodentlig den kompetanse og de ressurser man velger å legge inn i de respektive modeller.

8.3. Økonomi – offentlig og privat modell.

I dette avsnittet berøres kort tre deltemaer: *Kostnader, kostnadseffektivitet og finansiering.*

For å ta det siste først: Både en offentlig og en privat tilsynsmodell kan tenkes å være fullfinansiert ved overføringer fra departementet. Begge modeller kan også tenkes å være fullfinansiert av brukerne / tilsynsobjektene. Og for begge tilsynsmodeller kan man tenke seg mellomløsninger med delfinansiering fra det offentlige og fra tilsynsobjektene.

De økonomiske konsekvensene for departementet er slik sett mer avhengig av *finansieringsform* enn valg av tilsynsmodell. I yttertilfellet med full brukerfinansiering er det økonomiske sett i prinsippet likegyldig for departementet om tilsynsvirksomheten er offentlig eller privat.

Departementet er en sentral premissleverandør mht. valg av finansieringsform. Slik sett har departementet under begge tilsynsmodeller gode muligheter til å "styre" de økonomiske konsekvensene for egen del.

Kostnadene ved tilsynet er av betydning for departementet i den grad disse skal finansieres ved offentlige overføringer. Både ved en privat og en offentlig tilsynsmodell kan departementet sette rammer for eget finansieringsbidrag, og derved påvirke hvor mye markedet / tilsynsobjektene skal bidra med.

Hvilke rammer / beløp som departementet fastsetter mht. eget bidrag kan være avhengig av flere forhold: *Tilgjengelige økonomiske midler* for departementet totalt sett, departementets *prioriteringer* innenfor sitt samlede ansvarsområde, *tilsynsobjektene*s "tålegrense" m.v.

Og kanskje hva gjelder sikkerhetstilsyn mer spesifikt: Innen hvilken sektor (jernbane, luftfart, taubane...) er det størst "behov" (sikkerhetsfaglig, ev. politisk, ev. ut fra internasjonale forpliktelser etc) for å sette inn tilsynsressurser? Eventuelt: Innen hvilken tilsynssektor får vi "mest sikkerhet igjen for pengene"?

Men igjen: Departementet har også på dette området i prinsippet gode muligheter til å kontrollere de økonomiske konsekvensene for egen del, - og det uavhengig av tilsynsmodell.

Én ting er kostnadene, - en annen ting er hva man får igjen for det som betales. Som kjent⁵³ har departementet et overordnet ansvar bl.a. for at underliggende virksomheter bruker

⁵³ Jfr. side 20 foran.

ressursene effektivt. Dette gjelder åpenbart hvor den underliggende virksomhet er et offentlig organ, og bør vel (i det minste) ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv også gjelde når den underliggende virksomhet er et privat organ.

Vi har tidligere berørt de kost- / nytteutfordringer som gjelder både for privat og for offentlig tilsyn (avsnitt 8.2). Men selv om nyttemålingsproblemet ligger der for begge modeller, kan det være relevant å undersøke om det for de to tilsynsmodeller er ulike muligheter for å fremme det man i det minste skjønns- og erfaringsbasert vil oppfatte som *kostnadseffektivitet*.

Mulighetene for å fremme rasjonell og effektiv drift gjennom tradisjonelle styrings- og kontrolltiltak anses som nevnt å være i hovedsak de samme for de to modellene (selv om basis for, og til dels teknikkene kan variere for de to modellene, jfr. avsnitt 6.2). Når det gjelder mulighetene for å benytte *økonomiske incentiver* for å fremme effektiv og rasjonell drift, så synes imidlertid valg av hovedmodell å kunne spille en rolle.

Under et *offentlig tilsynsregime* er manøvreringsmulighetene – ut fra gjeldende økonomiregelverk – på dette punktet begrenset. (Og de bør kanskje være det, - det er et tema for seg i hvilken grad økonomiske incentiver er hensiktsmessige eller prinsipielt "ønskelige" i offentlig sektor).

Under et *privat tilsynsregime* har derimot departementet et videre handlingsrom mht. å bruke mekanismer som (forutsetningsvis) "belønner effektivitet og straffer ineffektivitet".

Som premissetter har departementet her i *prinsippet* to alternative innfallsvinkler: *Enten* innenfor en *gitt økonomisk ramme* å ta i bruk mekanismer som gir "mest og (antatt) best mulig tilsyn", *eller* ut fra et *gitt tilsynsprodukt* (med angivelse av forutsatt tilsynsvolum og – kvalitet) å ta i bruk mekanismer som gir lavest mulig pris for det bestilte / "gitte" tilsynsproduktet. Begge innfallsvinkler åpner for et element av *økonomisk risiko* som gir muligheter for "en sunn fortjeneste" for tilsynsorganet når de aktuelle målekriteriene er oppfylt, - og i motsatt fall risiko for tap.

I praksis vil mulighetene for å etablere et slikt (til dels) incentivpreget regime selvsagt være avhengig av forhandlingssituasjonen i vid forstand. Herunder vil det ha betydning i hvilken grad departementet har realistiske "tilsynsalternativer". Slike alternativer kan foreligge i form av konkurrerende private foretak (hvis slike finnes), eller i å etablere en offentlig tilsynsordning. Et offentlig tilsyn for taubaner kan bygges opp som et nytt separat offentlig tilsynsorgan, event. kan man legge taubanetilsyn inn i et eksisterende offentlig tilsynsmiljø. En mulig *fare* ved sistnevnte modell er at taubanefagmiljøet er så begrenset i omfang at det i en event. større tilsynsorganisasjon risikerer å lide ressurs- og fokusmessig. En mulig *fordel* ved en slik "bredere offentlig tilsynsmodell" er muligheten for synergier mht. kostnadsnivå, og på det generelt risiko-, tilsyns- og forvaltningsfaglige området.

Oppsummeringsmessig: For departementet er de økonomiske konsekvenser mer avhengig av finansieringsformen, enn av modellene som sådanne. Mht. kostnads- og aktivitetsnivå har departementet under begge regimer gode påvirkningsmuligheter. Spillerommet for å bruke økonomiske incentiver for å fremme en rasjonell tilsynsdrift er i prinsippet større ved et privat enn ved et offentlig regime. De praktiske muligheter for å etablere et incentivregime er til dels avhengig av faktorer departementet ikke kontrollerer fullt ut.

9. DELT OFFENTLIG / PRIVAT MODELL.

9.1. Delt offentlig / privat utøvelse av tilsynsmyndighet.

Drøftelsene ovenfor har tatt utgangspunkt i to yttermodeller. Unyansert:

- En offentlige yttermodell der Samferdselsdepartementet har et overordnet politisk ansvar for den tilsynsmyndighet som utøves, og hvor all tilsynsmyndighet innehas og utøves av Samferdselsdepartementet og et forvaltningsorgan direkte underlagt departementet.
- En privat yttermodell der Samferdselsdepartementet har det samme overordnede ansvaret, men hvor all utøvelse av tilsynsmyndighet er delegert til et privat organ på basis av en kontrakt med departementet.

Mellom disse to ytterformer kan det tenkes en rekke mellomløsninger: Felles for disse vil være at departementet stadig har det overordnede ansvaret, men at *deler* av den kompetanse som ved den private yttermodell er delegert til det private organ, forblir liggende / "udelegert" i departementet eller tillegges et annet offentlig organ (underlagt departementet).

En slik delvis delegering av kompetanse kan innrettes på forskjellig vis. For eksempel:

- "Det offentlige" (dvs. Samferdselsdepartementet alene, eventuelt sammen med et underliggende forvaltningsorgan) beholder all forskriftskompetanse samt kompetansen til å treffe enkeltvedtak i første instans i saker av særlig betydning. All annen tilsynsmyndighet utøves av et privat organ.
- Det offentlige (som angitt) har all forskriftskompetanse, mens all annen tilsynsmyndighet utøves av et privat organ.
- Det offentlige (som angitt) har kompetansen til å gi overordnede forskrifter, mens kompetansen til å gi andre (teknisk / operativt mer detaljerte) forskrifter, samt all annen utøvelse av tilsynsmyndighet utøves av det private organet.

Et *fellestrekk* ved disse mellomløsninger er at de i likhet med den private yttermodellen (i praksis) forutsetter inngåelse av en *kontrakt* mellom departementet og et privat organ. Dette innebærer at alle de *typer* problemstillinger som aktualiseres ved den private kontraktsbaserte yttermodell, også aktualiseres ved de mellomformer som er skissert. Men *betydningen* og mulige *konsekvenser* av at disse problemstillinger aktualiseres, vil kunne variere sterkt avhengig av i hvilken grad det er lagt kompetanse og funksjoner hos de offentlige resp. den private tilsynsaktøren.

Eksempelvis: Det ekstra "sårbarhetselement" som kontraktslinken utgjør ved den private yttermodellen, er aktuell for enhver modell der tilsynskompetanse ved kontrakt er tillagt et privat organ. Men dess flere og dess viktigere funksjoner som er blitt liggende i den offentlige sfære, dess mer begrenset betydning vil det få for departementet om "kontraktslinken" brister, - dess mindre "sårbar" er departementet.

Mht. økonomi: Mulighetene for å bruke økonomiske incentiver for å fremme kostnadseffektivitet hos det private organet, foreligger i prinsippet for enhver kontraktsbasert mellomform. Men dess færre, og dess mindre viktige og kostnadskrevende funksjoner som er tillagt det private organet, dess mindre praktisk / økonomisk betydning vil slike økonomiske incentiver ha.

Sammenfatningsvis: De særregler og spesielle problemstillinger som gjelder for den private yttermodell i forhold til den offentlige yttermodell har i prinsippet aktualitet for enhver kontraktsbasert mellommodell. Men dess færre funksjoner som ligger hos det private organet, dess mindre betydning vil disse særreglene / problemstillingene gjennomgående ha for Samferdselsdepartementet.

9.2. Bruk av private til *annet enn myndighetsutøvelse*⁵⁴.

Med "delt modell" ovenfor har vi i tråd med mandatet fokusert på fordeling av *myndighetsfunksjoner* mellom det offentlige og private organer. For fullstendighets skyld nevnes imidlertid at det finnes "samspillsvarianter" hvor det offentlige lar private foretak utføre arbeidsoppgaver som ledd i det offentliges virksomhet, men *uten at de private foretak utøver offentlig myndighet*. Det er m.a.o. tale om utsetting av oppgaver som ikke innvirker direkte på privates (for eksempel tilsynsobjektenes) rettigheter og plikter.

Som eksempel på en slik arbeidsdeling innenfor et "tilsynsbeslektet område" kan nevnes ordningen med periodisk kontroll med kjøretøyer. Denne ordningen har utgangspunkt i Rådsdirektiv 96/96/EF, jfr. forskrift om periodisk kontroll og utekontroll av kjøretøy (FOR 2002-08-08 nr. 875).

Av § 4 i denne forskriften fremgår at periodisk kontroll kan utføres av "*...kontrollorgan godkjent av regionvegkontoret...*".

Regionvegkontorene er offentlige organer som regelmessig godkjenner bl.a. private bilverksteder som kontrollorgan. Kontrollorganenes / de godkjente bilverkstedenes kontrolloppgaver er særskilt spesifisert / regulert i forskrift om gjennomføring av periodisk kontroll av kjøretøy (FOR 1997-12-15 nr. 1488).

Resultatet av den kontrollen det private kontrollorganet / verkstedet utfører skal rapporteres av verkstedet / kontrollorganet til (det offentlige) regionvegkontoret, med gjenpart til kjøretøyets eier ("tilsynsobjekt").

På basis av denne informasjonen fra det private verkstedet avgjør det offentlige regionvegkontoret om det kontrollerte kjøretøyet kan godkjennes.

Rollefordelingen og partskonstellasjonene er m.a.o. som følger:

- Lovgivningen åpner for at det offentlige regionale vegkontoret kan godkjenne private verksteder som kontrollorgan.
- Det offentlige regionale vegkontorets godkjenning av et privat verksted som kontrollorgan, er et ordinært begunstigende enkeltvedtak.
- Mellom bileieren ("tilsynsobjekt") og det offentlige, eksisterer intet kontrakts- eller avtaleforhold.
- Mellom det private verkstedet og bileieren inngås en ordinær privatrettslig avtale om at verkstedet skal utføre kontroll for regning av bileieren. Hvis bileieren er misfornøyd

⁵⁴ Jfr. bl.a. *Graverside* 10 flg.

med det produktet han mottar, kan han i prinsippet gjøre vanlige misligholdsbeføyelser gjeldende overfor det private verkstedet.

- Selve *myndighetsutøvelsen* overfor bileieren foretas i første instans av det offentlige regionale vegkontoret ved å godkjenne kjøretøyet, eventuelt gi påbud om utbedringer, eventuelt nedlegge bruksforbud.
- I den grad bileieren er utilfreds med vegkontorets vedtak, kan dette påklages (til Vegdirektoratet).

Ordningen er m.a.o. uttrykk for et samspill mellom det offentlige og private kontrollorganer, men likevel slik at all myndighetsutøvelse overfor "tilsynsobjektene" / bileierne ligger hos det offentlige. For øvrig: Bileierens ansvar overfor det offentlige (og for så vidt overfor eventuelle skadelidte) for kun å bruke godkjente kjøretøy, ligger fast. I den grad det forelå skadeforårsakende feil ved kjøretøyet som ikke ble avdekket av kontrollorganet, er dette i utgangspunktet et forhold mellom bileieren og kontrollorganet.

10. SAMMENFATNING – HOVEDKONKLUSJONER.

10.1. Generelt.

I dette hovedavsnittet foretas det en konsentrert sammenstilling av de "funn" som er gjort for de aktuelle tilsynsmodeller, med angivelse av *hovedkonklusjoner*. Gjennomgangen har hovedfokus på konsekvensene for Samferdselsdepartementet. Gjennomgangen følger i hovedsak samme emnemessig systematikk som i hovedavsnittene foran.

For ordens skyld understrekes at den sammenfattende formen i dette hovedavsnittet innebærer at deltemaer, detaljer og nyanser i originalavsnittene ikke nødvendigvis blir fanget opp i det følgende. For så vidt vises til den fullstendige fremstilling i avsnittene 5-9.

10.2. Rettslige konsekvenser.

10.2.1. Forfatnings- / forvaltningsrett

a) Innenfor sitt område må departementet, *under begge regimer*, opptre i samsvar med allment gjeldende forfatnings-/forvaltningsrettslige regler.

b) Under et *offentlig tilsynsregime* kan departementet innenfor vide rammer *delegere* forskriftskompetanse og kompetanse til å treffe enkeltvedtak til et underliggende offentlig organ. En slik delegasjon kan departementet når som helst trekke tilbake med øyeblikkelig virkning.

Delegering av kompetanse fra departementet til et *privat* foretak antas å kreve hjemmel i lov, idet minste når det – som under en privat tilsynsmodell - er tale om delegering av inngripende vedtakskompetanse. Slik delegasjonshjemmel finnes i dag (bl.a.) i taubaneloven §§ 1a og 1b, og i jernbaneloven §15. Departementet har m.a.o. i prinsippet idag samme adgang til å delegere kompetanse til et privat taubanetilsynsorgan, som til et offentlig tilsynsorgan. Det samme antas å gjelde mht. når som helt å *trekke slik delegering tilbake*.

c) Et *offentlig* tilsynsorgan vil for hele sin virksomhet være underlagt alminnelige forfatnings- og forvaltningsrettslige regler.

Et *privat* tilsynsorgan vil i kraft av eksisterende lovgivning være underlagt forvaltningsloven og offentlighetsloven *bare* i saker hvor det utøver delegert myndighet til å treffe enkeltvedtak eller gi forskrifter. For sin øvrige virksomhet er ikke et privat organ underlagt forvaltnings- og offentlighetsloven. Innenfor rammen av ufravikelig lovgivning kan det inngås avtale med det private tilsynsorganet om hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde for det private organet.

Delkonklusjon forfatnings-/forvaltningsrett: Utover den "ekstra oppgave" som ligger i at man for et *privat* organ event. bør angi hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde (i andre saker enn der det treffes vedtak), kan det ikke sees at det foreligger forfatnings-/forvaltningsrettslige konsekvenser av betydning for departementet.

10.2.2. Erstatningsrett

a) En *offentlig tilsynsmodell* og en *privat tilsynsmodell* vil som utgangspunkt være underlagt de samme erstatningsrettslige regler. Grunnforutsetningene for å bli kjent ansvarlig er de samme for det offentlige / departementet som for et privat tilsynsorgan: Skadelidte må være påført et *økonomisk tap*, det må være adekvat *årsakssammenheng* mellom den skadevoldende / rettsstridige adferd og det oppståtte tap, og det må foreligge et *ansvarsgrunnlag*. Mht. ansvarsgrunnlag gjelder en hovedregel om utvist *skyld*, dvs. *uaktsomhet* (eller forsett).

b) For *begge modeller* gjelder imidlertid et *objektivt* arbeidsgiveransvar for tilsynsorganet qua arbeidsgiver. Dette ansvaret utløses dersom en arbeidstaker i tilsynsorganet har opptrådt uaktsomt, - selv om organet selv ikke er å bebreide. For *begge modeller* gjelder også at uaktsomhet hos visse "ledelsespersoner" kan pådra selve tilsynsorganet som sådan et s.k. "organansvar".

c) Hvorvidt den konkrete tilsynsansatte (privat eller offentlige) har opptrådt uaktsomt eller ikke, må for *begge regimers vedkommende* avgjøres konkret.

For *offentlige* organer antas å gjelde en *mildere* aktsomhetsnorm enn for private organer hvor det er tale om statens "kontroll-/ service-/ bistandsvirksomhet". Det er (i praksis) en høy terskel for å nå frem med et erstatningskrav mot det offentlige basert på at tilsynsvirksomheten er uhensiktsmessig lagt opp.

d) Det er omstridt hvorvidt det *offentlige* har et objektivt ansvar overfor den som har vært utsatt for et *ugyldig forvaltningsvedtak*. Et slikt objektivt ansvar *antas* imidlertid å gjelde for ugyldige vedtak som begrenser skadelidtes muligheter til å ivareta vesentlige interesser (yrkesutøvelse og lignende).

e) En *privat* tilsynsmodell aktualiserer spørsmålet om det private organet kan representere en erstatningsmessig "buffer" for departementet. M.a.o. om "utløfting" av tilsynsoppgavene til et privat organ også innebærer en korresponderende "utløfting" av risikoen for å bli holdt erstatningsansvarlig.

Departementet kan uansett holdes ansvarlig på basis av den generelle *skyldregelen*. Dette kan for eksempel gjelde hvis departementet har inngått kontrakt med et inkompetent privat organ, eller ikke gitt gode nok instruksjoner eller unnlatt å følge opp det private organet i tilstrekkelig grad. Videre er det *hevdet* at det offentlige hefter på *objektivt* grunnlag (uten hensyn til skyld) i de tilfelle det er inngått kontrakt med et privat organ om å løse *typiske myndighetsoppgaver* ("non delegable duties"). Hvor langt dette gjelder, er uvisst.

Delkonklusjon erstatningsrett: Samlet sett er det vanskelig å peke på erstatningsrettslige konsekvenser for departementet som gir avgjørende føringer for valg av offentlig contra privat tilsynsmodell.

10.2.3. Strafferett

Under *begge tilsynsregimer* kan straffansvar oppstå for *den individuelle tilsynsansatte*, og for *selve tilsynsorganet* (organstraff). For et *offentlig tilsynsorgan* anses imidlertid foretaksstraff i praksis å være lite aktuelt; - i det minste så lenge det er tale om utførelse av rene myndighetsoppgaver.

Delkonklusjon strafferett: Det vanskelig å peke på strafferettslige konsekvenser for departementet som gir klare føringer for valg av den ene modell fremfor den annen.

10.2.4. Arbeidsrett

a) Under et *privat tilsynsregime* vil arbeidsmiljøloven regulere forholdet mellom tilsynsorganet og den enkelte ansatte.

b) Under et *offentlig tilsynsregime* vil tjenestemannsloven innenfor sitt område (stillingsvern etc) gå foran arbeidsmiljølovens regler. Med det sterke stillingsvern som ligger nedfelt i tjenestemannsloven, har en "misligholdende tilsynsansatt" et sterkere vern ved en offentlig modell enn ved en privat modell. For departementet antas dette å ha begrenset praktisk betydning.

Delkonklusjon arbeidsrett: Det er vanskelig å peke på arbeidsrettslige konsekvenser for departementet som gir klare føringer for valg av den ene modell fremfor den annen.

10.2.5. Kontraktsrett

a) Under et *privat tilsynsregime* oppstår en rekke kontraktsrettslige problemstillinger og konsekvenser for departementet som alle er *uaktuelle* ved en *offentlig tilsynsmodell*:

b) Avtale med et privat organ fordrer at departementet har fått tildelt *kompetanse* (gjennom delegasjon eller med direkte hjemmel i lov) til å inngå slik kontrakt. Slik avtalekompetanse har departementet i dag mht. taubanetilsyn.

c) Departementet må klarlegge at den som representerer medkontrahenten / det private organet har nødvendig rettslig handleevne / *fullmakt* til å inngå den aktuelle kontrakt.

d) Kontrakten departementet inngår må *innholdsmessig* være innenfor de rammer som lovgivning og sedvanerett representerer. Det kreves for eksempel hjemmel i lov for å tildele (gjennom kontrakt el.a.) et privat organ kompetanse til å utøve offentlig myndighet. Slik hjemmel finnes i aktuell taubanelovgivning.

Det er omdiskutert i hvilken grad departementet (gjennom en avtaleforankret delegasjon av kompetanse til et privat organ) kan binde seg mht. den fremtidige myndighetsutøvelse. Domstolene har vært tilbakeholdne med å konstatere at det offentlige i det hele tatt *har inngått* noen avtale som innebærer begrensninger mht. fremtidig myndighetsutøvelse.

For det private organet gjelder få innholdsmessige begrensninger.

e) Historisk har det vært omdiskutert hvilke prinsipper som gjelder for *tolkning* av avtaler mellom det offentlige og private. I den grad det i dag gjelder spesielle regler på dette området, antas disse i praksis å ha begrenset betydning for departementet.

f) *Opphør* av et avtaleforhold kan generelt skje gjennom regulær *oppfyllelse* av avtalen, ved *utløpet* av en eventuell angitt varighetsperiode for avtalen, ved *oppsigelse* av avtalen hvis slik oppsigelsesadgang er avtalt, samt gjennom "*irregulære*" *avviklingsformer* som force majeure eller ved at den private kontraktsparten opphører å eksistere.

g) I fall departementet *misligholder* sine avtaleforpliktelser kan dette utløse et krav fra tilsynsorganet mot departementet, og omvendt. Ved *mislighold av kontrakten* vil den krenkede kontraktsparten regelmessig kunne gjøre gjeldende flere misligholdssanskjoner.

Det er stor grad av *avtalefrihet* mht. å regulere hva som skal gjelde i misligholdssituasjoner, for eksempel med et mulig *erstatningsansvar*. Slik avtaleregulering er vanlig i praksis, og forekommer gjerne ved ulike former for ansvarsbegrensning / -fraskrivelse.

I de tilfelle det *ikke* er bestemmelser i avtalen om misligholdsbeføyelser må man falle tilbake på aktuell lovgivning og ulovfestet rett / domspraksis. Både mht. ansvarsgrunnlag og mht. erstatningens omfang er rettslige bildet til dels sammensatt. Som utgangspunkt kan det legges til grunn at ved (simpel) uaktsomhet fra misligholderens side, vil den skadelidte nå frem med et krav om å bli stilt i samme økonomiske situasjon som om misligholdet ikke hadde skjedd. Selve aktsomhetsnormen er til dels streng for profesjonelle tjenesteytere (advokater, tekniske konsulenter og lignende). Denne strenge aktsomhetsnormen må antas å gjelde også for et privat organ som utøver tilsynsmyndighet på basis av kontrakt.

Delkonklusjon kontraktsrett: En *privat tilsynsmodell* reiser en rekke kontraktsrettslige og kontraktsrelaterte problemstillinger og utfordringer. Disse er *uaktuelle* ved en *offentlig modell*. Flere av problemstillingene er av spesiell natur, idet de ligger i grenselandet mellom privat og offentlig rett. Problemstillingene med tilhørende mulige konsekvenser er i atskillig grad "kontrollér- og styrbare" for departementet.

10.2.6. Offentlige anskaffelser

Regelverket om offentlige anskaffelser kan i prinsippet tenkes å ha interesse ved en *privat tilsynsmodell*. Det antas imidlertid at ved utsetting av offentlige myndighetsoppgaver får ikke det aktuelle regelverket anvendelse.

Delkonklusjon offentlige anskaffelser: Ved utsetting av offentlig tilsynsmyndighet har ikke anskaffelsesregelverket noen relevans for departementet.

10.2.7. Insolvensrett – konkurs.

Insolvensretten kan tenkes å ha interesse ved en *privat tilsynsmodell*. For departementet er imidlertid konsekvensene av insolvens / konkurs for det private tilsynsorganet mer av praktisk enn rettslig natur. Det vises til avsnitt 10.4. nedenfor.

Delkonklusjon insolvensrett: Konsekvensene for departementet er mer av praktisk enn rettslig natur. Ingen spesielle rettslige (i snever forstand) konsekvenser for departementet.

10.2.8. Hovedkonklusjon - rettslige konsekvenser

I praksis er det særlig på det *kontraktsrettslige området* at det oppstår spesielle problemstillinger for departementet.

Disse problemstillingene aktualiseres kun under en *privat* tilsynsmodell.

Problemstillingene er viktige. De har flate mot flere tilstøtende rettsområder, herunder forfatnings-/ forvaltningsrett og erstatningsrett. Problemstillingene er imidlertid i atskillig grad "styr- og kontrollérbare" for departementet.

10.3. Konsekvenser mht. styring- og kontroll.

a) Departementet vil under *begge tilsynsregimer* ha et overordnet ansvar for tilsynsorganets bidrag til realisering av politiske målsettinger, produktivitet, kvalitet etc.

b) Under et *offentlig* tilsynsregime vil departementet "automatisk" ha til rådighet hele registeret av vel innarbeidede styrings- og kontrollvirkemidler overfor det underliggende offentlige tilsynsorganet.

c) Under et *privat* tilsynsregime er det i utgangspunktet ikke etablert på forhånd et tilsvarende "ferdig sett" med virkemidler som departementet uten videre kan ta i bruk overfor tilsynsorganet. Virkemiddelbruken overfor et privat organ må beskrives særskilt (generelt event. mer eller mindre kasuistisk). *Basis* for bruken av de angitte virkemidlene blir typisk *kontrakten* mellom departementet og det private tilsynsorganet.

d) I forhold til det *private* organet er det få begrensninger mht. hva en slik avtaleforankret "virkemiddelpakke" kan inneholde. Generelt gjelder imidlertid at et privat organ må holde seg innenfor rammen av aktuell næringslovgivning. Et privat organ må også ta hensyn til faktiske og til dels lovgitte krav om økonomisk inntjening / soliditet.

Konklusjon styrings- og kontrollmessige konsekvenser: Sammenlignet med en offentlig modell representerer den private modellens kontraktsforutsetning en "ekstra utfordring". Det er ikke nødvendigvis forbundet med vesentlige problemer for departementet å utforme en velfungerende avtaleforankret styrings- og kontrollmodell.

10.4. Konsekvenser mht. sårbarhet.

a) For en *privat tilsynsmodell* representerer kontrakten mellom departementet og tilsynsorganet et sårbarhetselement som *ikke* foreligger ved en *offentlig modell*: "Brister kontrakten" (grunnet tilsynsorganets oppsigelse, avvikling / konkurs el.a.) er konsekvensene for departementet i prinsippet de samme som om samtlige tilsynsansatte i et offentlig tilsynsorgan hadde sluttet samtidig.

b) Sannsynligheten for at "den ene kontraktslinken" brister, kan departementet i noen grad påvirke: Dels ved på forhånd / før kontraktsinngåelse å klarlegge tilsynskandidatens leveringsdyktighet i vid forstand. I den grad den senere inngåtte kontrakt står i fare grunnet *økonomiske* forhold hos tilsynsorganet, kan departementet i prinsippet og i noen grad kompensere for dette (egne overføringer, godkjenne høyere gebyrer overfor tilsynsobjektene, kreve kapitaltilførsel fra ev. eierhold). Hvor *strategiske* forhold ligger bak oppsigelsen ("vi skal ikke drive med tilsyn mer"), er departementets påvirkningsmuligheter begrenset.

Generelt vil *oppsigelsestidens lengde* være av vesentlig betydning for sårbarhetsgraden.

Generelt vil *oppsigelsestidens lengde* være av vesentlig betydning for sårbarhetsgraden.

Konklusjon sårbarhetsmessige konsekvenser: I forhold til en offentlig modell har en privat modell et ekstra sårbarhetselement representert ved kontrakten mellom departementet og det private foretaket. Departementet har i en viss grad muligheter for å påvirke sannsynligheten for at dette sårbarhetselementet aktualiseres. Oppsigelsesfristens lengde er en viktig faktor mht. sårbarhetsgraden.

10.5. Konsekvenser mht. risiko.

a) Taubanetilsyn er et sikkerhetstilsyn: Den forutsatte "nyttens" av et tilsyn er et sikkerhetsnivå som er høyere enn det ville vært om tilsyn ikke hadde vært utført.

b) For *begge tilsynsmodeller* gjelder at "nyttens" av tilsyn er problematisk å måle. Det er generelt en utfordring å finne kriterier som er tjenlige for å gi holdepunkter for å avgjøre om departementet som "oppdragsgiver / bestiller av tilsynstjenestene" mottar den forutsatte "nyttens".

c) Det er vanskelig å peke på forhold som tilsier at risikonivået for bruk av taubaner vil bli påvirket av om man velger offentlig eller privat tilsynsmodell.

Konklusjon risikomessige konsekvenser: Det er vanskelig å peke på forhold som tilsier at risikonivået for bruk av taubaner vil bli påvirket av valg av tilsynsmodell. Av større betydning er formodentlig den kompetanse / de ressurser man velger å legge inn i de respektive modeller.

10.6. Konsekvenser mht. økonomi.

a) For departementet vil de økonomiske konsekvenser i større grad være avhengig av *finansieringsform* enn av tilsynsmodell: Forutsettes kostnadene å være fullfinansiert av tilsynsobjektene er det økonomisk sett likegyldig for departementet om det velges en offentlig eller privat tilsynsmodell.

b) Departementet vil under *begge tilsynsregimer* være den sentrale premissetter; - både mht. angivelse av *hva slags tilsyn* som ønskes og mht. fastsettelse av *økonomiske rammer* for virksomheten. Slik sett er de økonomiske konsekvenser for departementet under begge tilsynsregimer i stor grad styrbare.

c) Under *begge tilsynsregimer* antas departementet å ha et overordnet ansvar for å påse at det underliggende organet har effektiv ressursbruk / drives kostnadseffektivt.

d) For å oppnå effektiv ressursbruk i tilsynsorganet vil departementet under *begge tilsynsregimer* kunne bruke tradisjonelle kontroll- og oppfølgingsvirkemidler.

e) Under en *privat modell* er det et i prinsippet et visst handlingsrom mht. å bruke økonomiske incentiver for å fremme kostnadseffektivitet ("belønne effektivitet, straffe ineffektivitet"). I den grad det er prinsipielt ønskelig å bruke slike incentiver under en *offentlig modell*, gir gjeldende økonomiregelverk mer begrensede muligheter.

f) Forhandlingssituasjonen i vid forstand vil virke inn på mulighetene for i praksis å introdusere incentivpregede løsninger. Forhandlingssituasjonen vil igjen være preget av hvilke alternativer departementet har i form av konkurrerende private "tilsynsforetak", eller

mht. muligheter for å introdusere en offentlig tilsynsmodell. En slik offentlig modell kan gå på etablering av nytt, separat offentlig organ for taubanetilsyn, eller ved å legge taubanetilsyn inn i et større, eksisterende offentlig tilsynsmiljø.

Konklusjon økonomiske konsekvenser: De økonomiske konsekvenser for departementet er i større grad avhengig av finansieringsform enn av tilsynsmodell. Under begge tilsynsregimer (offentlig og privat) har departementet gode styringsmuligheter mht. hvilke økonomiske utslag valg av modell vil gi for departementet.

10.7. Konsekvenser - delt offentlig / privat modell.

a) *Mellom* de to beskrevne hovedmodeller for offentlig og privat utøvelse av tilsynsmyndighet, kan det tenkes en rekke mellomformer med varierende fordeling av enkeltfunksjoner mellom offentlig(e) og privat(e) organer.

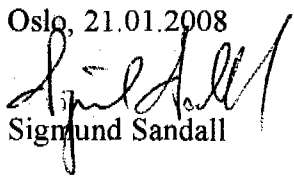
Et fellestrekk ved disse mellomformer er at de i likhet med den beskrevne private hovedmodellen, i praksis fordrer en *kontrakt* mellom departementet og et privat organ.

Dette fellestrekket – kontrakten – innebærer at problemstillinger som aktualiseres ved den private hovedmodellen, også aktualiseres ved mellommodellene. Men betydningen / utslagene av disse problemstillingene vil kunne variere sterkt. Dess færre funksjoner som ligger i den private sfære, dess mindre betydning vil disse problemstillingene ha for departementet.

b) Notatet har i tråd med mandatet hovedfokus på offentlig og privat utøvelse av tilsynsmyndighet. For fullstendighets skyld nevnes at det forekommer modeller for funksjonsdeling mellom offentlige og private organer hvor *all myndighetsutøvelse* er forbeholdt *offentlige* organer. En variant av dette er ordninger med offentlig godkjenning av private foretak som kontrollorganer. Disse private foretakene utfører konkrete arbeids-/ kontrolloppgaver, men uten å utøve offentlig myndighet. Ett eksempel på en slik modell er ordningen med periodisk kontroll av kjøretøyer. Her foretas selve kontrollen av private verksteder, mens den forvaltningsrettslige / myndighetsmessige oppfølging av kontrollene ivaretas av offentlige organer.

Konklusjon – delt offentlig / privat modell: Problemstillingene som aktualiseres ved den private yttermodell, aktualiseres også ved de ulike mellomformer. Konsekvensene / utslagene for departementet vil variere med i hvilken grad de enkelte funksjoner er lagt i den private eller offentlige "sfære". – På andre samfunnsområder anvendes det samspillvarianter mellom det offentlige og private som innebærer at de private aktører *ikke* utøver offentlig myndighet.

Oslo, 21.01.2008


Sigmund Sandall

LITTERATURFORTEGNELSE

Askeland: Bjarne Askeland, Erstatningsrettslig identifikasjon, Cappelen 2002.

Eckhoff/ Smith: Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, Universitetsforlaget 8. utg. 2006.

Graver: Hans Petter Graver, Arena Working Papers WP 02/1, Formålstjenlige privatrettslige former for offentlig virksomhet.

Hov: Jo Hov, Avtalebrudd og partsskifte, Kontraktsrett II, Papinian 2002.

Karnov: Karnov Norsk Lovkommentar.

Lødrup: Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, Gyldendal, 5. utg. 2005.

Mydske, Claes, Lie: Per Kristen Mydske, Dag Harald Claes, Amund Lie, Nyliberalisme – ideer og politisk virkelighet, Universitetsforlaget 2007.

SINTEF: SINTEF Rapport "Risiko på tvers" (RPT), rapportnr. STF38 A01435, 2002.

Sparrow: Malcolm K. Sparrow, The Regulatory Craft – Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000.

Statskonsult, Etatsstyring: Etatsstyring Erfaringer og utfordringer, temahefte 1997.

Statskonsult, Organisering av etatsstyring: Organisering av etatsstyringsfunksjonen i departementene, temahefte 1997.

Statskonsult, 2002:12: Statskonsult, Rapport nr. 2002:12 (Be)Grep om tilsyn.

Statskonsult, 2006:10: Utviklingstrekk i forvaltningspolitikken og forvaltningen fra ca 1990, Rapport nr. 2006:10.