



NORGES HØYESTERETT

Den 13. september 2018 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Utgård, Webster og Berglund i

HR-2018-1736-U, (sak nr. 18-077187SIV-HRET), sivil sak, anke over dom:

I.

AtB AS

(advokat Goud Helge Homme Fjellheim)

mot

Fosen-Linjen AS

(advokat Anders Tholfsen Thue – til prøve)

II.

Fosen-Linjen AS

(advokat Anders Tholfsen Thue – til prøve)

mot

AtB AS

(advokat Goud Helge Homme Fjellheim)

Anmodning om deltakelse etter

tvisteloven § 30-13:

Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten v/advokat Helge Røstum)

(Rettslig medhjelper:
advokat Pål Wennerås)

truffet slik

B E S L U T N I N G :

- (1) AtB AS og Fosen-Linjen AS har hver for seg anket Frostating lagmannsretts dom 2. mars 2018 i sak nr. 15-187242ASD-FROS. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. juni 2018 ble ankene tillatt fremmet.
- (2) Saken gjelder blant annet hvorvidt direktiv 89/665/EØF (Håndhevelsesdirektivet) artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for oppdragsgivers erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse.

- (3) Ved prosesskriv 31. august 2018 begjærte staten v/Justis- og beredskapsdepartementet deltakelse i saken etter tvisteloven § 30-13. Fosen-Linjen AS og AtB AS har hver for seg inngitt bemerkninger til statens prosesskriv.
- (4) *Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet* viser til at lov om offentlige anskaffelser § 10 er forstått slik at den ikke åpner for et objektivt erstatningsansvar, i alle fall ikke for positiv kontraktsinteresse. Dersom Høyesterett kommer til at ansvar for positiv kontraktsinteresse ikke er betinget av at det foreligger vesentlige feil, vil erstatningsbestemmelsen bli tolket vesentlig innskrenkende, og lovgivers fremtidige handlingsrom vil være begrenset.
- (5) Videre anføres det at de sentrale hensyn som lå til grunn for innføringen av tvisteloven § 30-13, tilsier at vilkårene for statlig deltakelse i saken er oppfylt. Det er vist til at bestemmelsen ifølge forarbeidene er ment å omfatte de tilfeller som var til behandling i Rt-1998-1372 og Rt-2000-1332.
- (6) *Fosen-Linjen AS* bestrider at vilkårene i tvisteloven § 30-13 første ledd er oppfylt. Selskapet anfører at lov om offentlige anskaffelser § 10 ikke oppstiller noe vilkår for erstatning, slik at det ikke vil innebære noen tilsidesettelse eller innskrenkende tolking av loven dersom Høyesterett kommer til at det gjelder et objektivt ansvar for brudd på anskaffelsesregelverket.
- (7) Tilfellene som var til behandling i Rt-1998-1372 og Rt-2000-1332 er ikke sammenlignbare med situasjonen i vår sak.
- (8) *AtB AS* gjør gjeldende at staten har rett til deltakelse etter tvisteloven § 30-13. Dette begrunnes med at dersom ansvar ikke gjøres betinget av vesentlige feil, vil dette innebære en vesentlig innskrenkning av den regelen som lovgiver har oppstilt, og en tilsidesettelse av den rettspraksis som har utviklet seg med utgangspunkt i lov om offentlige anskaffelser § 10. Formuleringen "regler" i § 30-13 første ledd kan ikke tolkes som "bestemmelsens ordlyd".
- (9) *Høyesteretts ankeutvalg* viser til at ankesaken reiser spørsmål om å fortolke anskaffelsesloven § 10, som har følgende ordlyd:

"Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven."

- (10) Anskaffelsesloven 1999 § 11 hadde tilnærmet tilsvarende ordlyd. Bestemmelsene gir ingen nærmere angivelse av hvilke brudd på lov eller forskrift som kan gi grunnlag for erstatning. I Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) side 68 forutsatte lovgiver at

"man etter gjeldende rett ikke kan få erstatning ved helt bagatellmessige brudd på regelverket, men at det kreves vesentlige feil. Det heller ikke ønskelig at enhver feil skal pådra oppdragsgiver et erstatningsansvar. Uansett er man avhengig av å ha lidt et tap for å få erstatning, og dette tapet må stå i årsakssammenheng med den begåtte feilen. Dersom det er lidt et tap, vil det ofte innebære at feilen ikke kan sies å være av bagatellmessig karakter. Etter departementets oppfatning er dette likevel noe domstolene må vurdere i den enkelte sak og i tråd med gjeldende prinsipper i erstatningsretten."

- (11) Lovgiver overlot altså den nærmere utpenslingen av vilkårene for erstatning til rettspraksis. I Rt-2001-1062 (Nucleus) ble ansvar for den positive kontraktsinteressen, i tråd med forarbeidenes forutsetninger, begrenset til de tilfellene der oppdragsgiveren har begått vesentlige feil.

- (12) Ved innføringen av någjeldende lov fremgår det av forarbeidene at lovgiver tok sikte på å videreføre praksis på dette punktet, selv om den generelle formuleringen i anskaffelsesloven ble videreført. Se blant annet NOU 2010: 2 "Håndhevelse av offentlige anskaffelser" side 174, der det vises til uttalelsen i Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) side 68 som er sitert ovenfor.
- (13) Lovgiver har altså forutsatt at anskaffelsesloven skal suppleres med de vilkårene som er oppstilt i forarbeidene og fulgt opp i rettspraksis. Ordlyden i anskaffelsesloven § 10 reflekterer med andre ord ikke fullt ut lovgiverens intensjon med bestemmelsen.
- (14) EFTA-domstolen har lagt til grunn at håndhevelsesdirektivet krever at ethvert brudd på anskaffelsesregelverket utløser erstatningsansvar, såfremt de øvrige vilkår for erstatning er oppfylt. Saken reiser dermed spørsmål om innholdet i anskaffelsesloven § 10 er i strid med EØS-retten.
- (15) Tvisteloven § 30-13 første ledd lyder:
- "Når det i sak fremmet for Høyesterett reises spørsmål om å sette til side eller fortolke innskrenkende regler gitt ved lov, provisorisk anordning eller stortingsbeslutning fordi reglene kan være i konflikt med Grunnloven eller med bestemmelser Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid, skal Høyesterett varsle staten ved Justisdepartementet om saken. Staten har rett til å opptre i saken så langt det er nødvendig for å ivareta det offentlige interesser ved den mulige regelkonflikt."**
- (16) Tvisteloven § 30-13 forutsetter således at staten har rett til å opptre i saken hvis det er spørsmål om å "sette til side eller fortolke innskrenkende regler gitt ved lov" mv. I Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 482 omtales alternativene nærmere:
- "Tilsidesetting av for eksempel en lovregel betyr at den settes helt ut av betraktning, det vil si at den ikke skal anvendes. Å 'fortolke innskrenkende' innebærer at bestemmelsen får et snevrere anvendelsesområde eller rekkevidde enn det ordlyden tilsier."**
- (17) Forarbeidene til tvisteloven gir ikke holdepunkter for hva som skal anses som "regler gitt ved lov" i tvisteloven § 30-13's forstand. Det som faller inn under en naturlig forståelse av ordlyden vil klart være omfattet. Videre vil den tolkning av ordlyden som lovgiver gir anvisning på i forarbeidene måtte anses som omfattet av uttrykket "regler gitt ved lov". I dette tilfellet er det spørsmål om staten skal kunne opptre for å ivareta regler som lovgiver har forutsatt som en del av lovregelen, men som ligger på utsiden av ordlyden.
- (18) Formålet med tvisteloven § 30-13 er at staten skal kunne opptre i saken for å ivareta offentlige interesser ved en mulig regelkonflikt. Staten må da kunne ivareta den materielle regelen i loven, ikke bare det som strengt følger av ordlyden.
- (19) På denne bakgrunn har ankeutvalget kommet til at staten bør tillates å opptre i saken så langt det er nødvendig for å "ivareta det offentlige interesser ved den mulige regelkonflikt".
- (20) Beslutningen er enstemmig.

S L U T N I N G :

Begjæringen om deltakelse etter tvisteloven § 30-13 tas til følge.

Bergljot Webster
(sign.)

Karl Arne Utgård
(sign.)

Cecilie Østensen Berglund
(sign.)

Riktig utskrift: