



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

# Myndighetsmisbrukslærens anvendelse på avtaler inngått av forvaltningen i kraft av sin private autonomi

*I lys av nyere rettsutvikling og Rt. 2015 s. 795*

**Lars Buan**

*Liten masteroppgave i Rettsvitenskap våren 2017*





# Innhold

1. Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling .....	4
1.2 Aktualitet.....	5
1.3 Metode og rettskildebildet.....	6
1.4 Veien videre .....	7
2. Utgangspunkter og rammer for avhandlingen.....	7
2.1 Myndighetsmisbrukslæren .....	8
2.2 Forvaltningsorganer og forvaltningsvirksomhet .....	9
2.3 Offentlig myndighetsutøvelse .....	10
2.4 Privatautonomi og forvaltningens avtaler .....	10
3. Rettskildebildet frem til 2000-tallet .....	11
4. Rettsutviklingen i nyere tid .....	17
4.1 Rt. 2000 s. 806.....	17
4.2 Rt. 2009 s. 1356.....	20
4.3 Rt. 2012 s. 1444.....	23
4.4 Tilleggsbetraktninger .....	26
5. Analyse av Rt. 2015 s. 795.....	29
5.1 Sakens faktiske side .....	29
5.2 Saksgang.....	30
5.3 Rettslige problemstillinger og utgangspunkter .....	30
5.3.1 Havnevesenets myndighetsutøvelse og forretningsdrift .....	31
5.4 Spørsmålet om myndighetsmisbrukslæren kan komme til anvendelse i saken .....	32
5.5 Rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren.....	35

5.5.1 Førstvoterendes syn på rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren .....	36
5.5.2 Annenvoterendes syn på rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren.....	39
5.5.3 Skoghøys syn på rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren .....	43
5.6 Dommens betydning for myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningens privatrettslige avtaler.....	48
5.6.2 Dommens betydning i senere rettspraksis .....	49
6. Avslutning .....	50
Litteraturliste .....	52

# 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Forvaltningens avtalekompetanse er et tema som etter norsk rettstradisjon anses som utfordrende og komplekst.<sup>1</sup> Dette kan begrunnes i de sterke demokrati- og samfunnshensyn som er gjeldende ved siden av alminnelige avtalerettslige prinsipper. I tillegg til dette befinner man seg i krysningpunktet mellom avtaleautonomi og offentlig myndighetsutøvelse.

Utgangspunktet er allikevel greit: forvaltingsorganer har kompetanse til å inngå avtaler på rent privatrettslig grunnlag i regi av deres private autonomi<sup>2</sup>. For slike avtaler vil den alminnelige avtaleretten ligge som et rettslig utgangspunkt. Samtidig har slike avtaler enkelte ganger elementer av myndighetsutøvelse. Det oppstår da spørsmål om – og i hvilken grad – det offentlige vil være bundet av offentligrettslige regler ved avtaler inngått i næringsvirksomhet.

Ett eksempel på dette finner vi innenfor havnevesenets ansvarsområde. I dommen inntatt i Rt. 2015 s. 795 tok Høyesterett stilling til om Hurtigruten AS var forpliktet til å betale et passasjerlederlag til Stranda Havnevesen KF<sup>3</sup>. Dommen hadde dissens, og gyldigheten av passasjerlederlaget ble av Høyesterett besvart med ulike rettslige tilnærminger som vil gjennomgå avhandlingens kapittel 5. Til tross for en ulik tilnærming av dommerne i saken, så var det enighet om at den kommunale havnen vil være bundet av "visse offentligrettslige skranker" ved innkreving av avgifter i regi av deres private autonomi.<sup>4</sup> En følge av dette er at den forvaltningsrettslige myndighetsmisbrukslæren<sup>5</sup> kan komme til anvendelse når et kommunalt organ inngår avtaler på grunnlag av deres private autonomi.

Det å la myndighetsmisbrukslæren komme til anvendelse også på forvaltningens privatrettslige avtaler innebærer en markant utvidelse av anvendelsesområdet til læren,

---

<sup>1</sup> Erik Magnus Boe og Geir Woxholth: *Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delene?* Festskrift til Jan Fridtjof Bernt, 2013 s. 81.

<sup>2</sup> Om begrepet "privat autonomi", se punkt 1.4.2.

<sup>3</sup> Se Lov 25. september 1992 nr. 102 om kommuner og fylkeskommuner kap. 11. Et kommunalt foretak er ikke en egen juridisk person, men del av kommunen som rettssubjekt.

<sup>4</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30, 51 og 74, med videre henvisning til Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444.

<sup>5</sup> Om begrepet "myndighetsmisbrukslæren", se punkt 2.1.

sammenlignet med hva man tradisjonelt har lagt til grunn.<sup>6</sup> I tillegg innebærer en slik utvidelse at man kan ta i bruk et nytt regelsett på et område som allerede er regulert av privatrettslige regler.

I denne avhandlingen vil jeg se på *om* myndighetsmisbrukslæren kan komme til anvendelse på forvaltningens privatrettslige avtaler. Dette krever en analyse av relevante kilder, og særlig Rt. 2015 s. 795, hvor temaet blir behandlet inngående.

Videre vil avhandlingen søke å besvare *rekkevidden* av en slik lære. Som det vil fremgå av avhandlingen, så har Høyesterett lagt til grunn en relativisering av myndighetsmisbrukslærens gjennomslagskraft.<sup>7</sup> Et annet aspekt vedrørende rekkevidden til misbrukslæren er hvilke rettslige konsekvenser det har at en avtale er i strid med misbrukslæren.

Én enkelt uttalelse fra Høyesterett er ikke tilstrekkelig for å fastslå begrunnelsen bak en utvidelse av misbrukslærens anvendelsesområde. Med en analyse av rettsutviklingen forut før Rt. 2015 s. 795, vil jeg se nærmere på hvilke hensyn og momenter som har blitt vektlagt for å utvide lærens anvendelsesområde. Avhandlingen vil dermed også ta sikte på belyse *hvorfor* misbrukslæren skal fungere som en skranke for forvaltningens privatrettslige avtaler.

## 1.2 Aktualitet

Myndighetsmisbrukslæren utgjør utvilsomt et sentralt emne i den alminnelige forvaltningsretten. Lærens anvendelse og rekkevidde på avtaler av privatrettslig karakter har imidlertid ikke blitt behandlet av Høyesterett før de avsa dommen inntatt i Rt. 2015 s. 795. Til tross for at dommen snart er to år gammel, så har den ennå ikke blitt analysert i publiserte artikler eller i annen juridisk teori. Dette tilsier at en analyse av denne dommen er særlig aktuelt.

---

<sup>6</sup> Jf. Torstein Eckhoff: *Legalitetsprinsippet*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1963 s. 225-285 (Eckhoff 1963) på side 277, Frede Castberg: *Innledning til forvaltningsretten*, 3. utgave, Oslo 1955 (Castberg 1955) side 3 og Erik Boe: *Innføring i juss*, 1993 s. 808.

<sup>7</sup> Se for eksempel Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30: "Jo større likhet det er mellom næringsvirksomheten og vanlig forvaltning, eller desto mer forretningsdriften i realiteten innebærer forvaltning, jo større grunn vil det være til å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse". Dette gjennomgås nærmere i punkt 5.5.

Som avhandlingen vil vise så er rettskildebildet av temaet forut før dommen i Rt. 2015 s. 795 preget av en usikker rettstilstand under utvikling. Med avgjørelsene i Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444, ble misbrukslærens anvendelse på forvaltningens disposisjoner med hjemmel i privatautonomien bragt på dagsordenen. Bortsett fra Hopsnes sin omtale av disse dommene, har heller ikke disse dommene vært videre analysert i den rettslige litteratur.<sup>8</sup>

Etter at Hurtigruten AS fikk medhold av Høyesterett i saken mot Stranda Hamnevesen KF har det fulgt en rekke tilbakebetalingskrav mot flere kommunale havner i Norge. Saken mellom Hurtigruten AS og Bodø havn tar opp et spørsmål om prisvilkårene havnen benyttet overfor Hurtigruten var i strid med misbrukslæren.<sup>9</sup> Lagmannsretten foretok en full prøving etter myndighetsmisbrukslæren, men kom frem til at prisvilkårene var gyldige.

Hurtigruten AS har i tillegg reist tilbakebetalingskrav mot 24 andre havner som anvender et tilsvarende system for fastsettelsen av prisvilkårene.<sup>10</sup> Disse sakene er lagt i bero inntil det kommer en rettskraftig dom i saken mellom Bodø havn og Hurtigruten. Uavhengig av hva resultatet blir til slutt, viser havnesakene at misbrukslærens anvendelse på forvaltningens privatrettslige avtaler er viktig å få belyst.

### 1.3 Metode og rettskildebildet

Hoveddelen av avhandlingen søker å fastslå hva gjeldende rett er gjennom analyser av relevante kilder. Avhandlingen vil følgelig ha et rettsdogmatisk perspektiv.

I Rt. 2015 s. 795 anvender Høyesterett to tidligere dommer som rettslig grunnlag for misbrukslærens utvidede anvendelsesområde.<sup>11</sup> Disse dommene innehar svært generelle rettssetninger vedrørende misbrukslærens anvendelsesområde, noe som nødvendiggjør en nærmere analyse av hva dommene baserer seg på.<sup>12</sup> En konsekvens av disse omstendighetene,

---

<sup>8</sup> Se Roald Hopsnes: *Myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningens avtaleinngåelser?* Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe 2013 s. 173-202 (Hopsnes 2013). Dommene er ikke nevnt i Eckhoff/Smith 2014, men Graver har en kortfattet bemerkning til disse, se Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave Oslo 2014 (Graver 2014) s. 62.

<sup>9</sup> Jf. LH-2016-133696.

<sup>10</sup> <https://www.nrk.no/nordland/vinner-hurtigruten-kan-det-bli-dyrt-for-flere-havner-1.13321208>. Utskrift tatt 15. mars 2017.

<sup>11</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30, 51 og 73, jf. Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444.

<sup>12</sup> Se Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31 og Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 53.

er at en analyse av eldre praksis og juridisk teori ikke bare utgjør historiske perspektiver, men analyser av kilder med rettskildemessig verdi. Jeg har dermed valgt å foreta en grundig gjennomgang av eldre praksis i punkt 3.2. Ved å foreta en analyse av rettsutviklingen så vil avhandlingen også inneha enkelte normative elementer.

Myndighetsmisbrukslæren som en rettslig skranke for forvaltningens privatrettslige disposisjoner, er en rettslig norm som har utviklet seg gjennom praksis fra Sivilombudsmannen og juridisk teori. De argumenter som kan utledes fra ombudsmannen og juridisk teori vil utgjøre verdifulle bidrag ettersom det ikke foreligger lovgivning om temaet.

De første sporene av at det kunne foreligge hensyn som begrunnet en utvidelse av misbrukslærens anvendelsesområde er fra Eckhoff på 1960-tallet.<sup>13</sup> Fra den tid og til i dag har ikke temaet vært særlig belyst i alminnelig forvaltningsrettslig litteratur. Roald Hopsnes publiserte i 2013 artikkelen: *Myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningens avtaleinngåelser?* Artikkelen omhandler kjerneområdet for min avhandling, og vil ofte tjene som et støttemoment i analysene som foretas i fravær på andre kilder.

## 1.4 Veien videre

Avhandlingens punkt 2 vil sette rammene for den videre avhandlingen. Her vil det redegjøres for sentrale begreper som vil anvendes kontinuerlig i avhandlingen. Punkt 3 og 4 består av redegjørelser og analyser av relevante rettskilder i en kronologisk fremstilling. Disse fremstillingene danner også grunnlaget for analysen av Rt. 2015 s. 795 i punkt 5. Punkt 6 utgjør avslutningen på avhandlingen.

## 2. Utgangspunkter og rammer for avhandlingen

I dette kapittelet vil det redegjøres for sentrale begreper og rettslige forhold som er av betydning for avhandlingens tema. Målet med denne gjennomgangen er å sette rammer for hva som skal analyseres videre. Samtidig skal kapittelet bidra til å plassere avhandlingens tema i en rettslig kontekst.

---

<sup>13</sup> Eckhoff, Torstein: *Legalitetsprinsippet*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1963, s. 225-285 (Eckhoff 1963) s. 277.

## 2.1 Myndighetsmisbrukslæren

Etter norsk forvaltningsrett anses myndighetsmisbrukslæren tradisjonelt som en samlebetegnelse på fire forbud som forvaltningsorganer er bundet av. Forbudene har utviklet seg gjennom rettspraksis og juridisk teori og anses som overordnede forvaltningsrettslige prinsipper.

Forvaltningen kan ikke ta *utenforliggende hensyn* når de utøver skjønnsmessig kompetanse. I dette ligger det at forvaltningen må utøve sin skjønnsutøvelse basert på hensyn som etter kompetansegrunnlaget anses saklige.<sup>14</sup>

Videre innebærer forbudet mot å treffe avgjørelser bygget på *usaklig forskjellsbehandling* at forvaltningen ikke kan foreta forskjellsbehandling, med mindre det foreligger tilstrekkelig grunn for det, jf. Rt. 1996 s. 78.<sup>15</sup>

Forvaltningen må også avstå fra å treffe *vilkårlige avgjørelser*. Med dette forstås avgjørelser hvor det er utøvd et skjønn, men hvor sentrale hensyn er utelatt eller tillagt overdreven vekt.<sup>16</sup>

Misbrukslæren omfatter også et forbud mot å treffe avgjørelser som etter sitt innhold er *åpenbart urimelig*.<sup>17</sup>

Myndighetsmisbrukslæren som begrep på de forannevnte forbud har fått kritikk i juridisk teori.<sup>18</sup> Kritikken knytter seg til at begrepet kan gi en misvisende forståelse av hva misbrukslæren gjelder.<sup>19</sup> En slik kritikk er velbegrunnet med tanke på at ordet "misbruk" har en subjektiv betydning.

---

<sup>14</sup> Jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 10 utgave, Oslo 2014 s. 385 (Eckhoff/Smith 2014)

<sup>15</sup> *Ibid.* s. 401.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.* s. 399.

<sup>18</sup> *Ibid.* s. 406

<sup>19</sup> Se slik også Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007 side 112-113 (Graver 2007), Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove: *Kommunalrett*, 4 utgave, Oslo 2002 side 92 (Bernt/Overå/Hove 2002)



Begrepet *myndighetsmisbrukslæren* har imidlertid godt innarbeidet i eldre teori.<sup>20</sup> I tillegg anvender Høyesterett begrepet, noe som gir gode holdepunkter for å holde fast ved det.<sup>21</sup> I tillegg har begrepet festet seg godt i den juridiske terminologi og språkbruk som en samlebetegnelse på de fire ovennevnte forbud. I denne avhandlingen vil begrepet myndighetsmisbrukslæren følgelig anvendes som en samlebetegnelse på de nevnte forbud.

## 2.2 Forvaltningsorganer og forvaltningsvirksomhet

Som en rettslig skranke begrenser myndighetsmisbrukslæren seg til *forvaltningen* som pliktsubjekt. Forvaltningen er et vidt begrep som noen ganger sikter til *forvaltningsorganene*, men også til *virksomheten* disse organene driver med.<sup>22</sup> Forvaltningsorganer er typisk Kongen i statsråd (Regjeringen), departementer og direktorater, kommuner og fylkeskommuner. Videre anses også kommunestyre, fylkesting og Sametinget som forvaltningsorganer. Stortinget med tilhørende organer og domstolene faller imidlertid utenfor betegnelsen.

Begrepet *offentlige organer* brukes som en betegnelse på alle organer for stat og kommune (forvaltningen, domstolene, Stortinget mv.). Høyesterett har som et eksempel formulert seg slik i Rt. 2015 s. 795: "[e]t offentlig organ som driver næringsvirksomhet, vil være bundet av "visse offentligrettslige skranker"". Uttalelsen var generell, men samtidig ment å dekke Stranda Hamnevesen KF, som da omfattes av begrepet offentlig organ.<sup>23</sup> Eksemplet illustrerer også at *virksomhetsbegrepet* knytter seg til hva organet driver med. Av hensyn til språk og flyt i denne avhandlingen vil begrepene forvaltningsorgan og offentlige organer brukes om hverandre.

---

<sup>20</sup> Jf. Castberg 1955 s. 3 og Torstein Eckhoff: *Forvaltningsrett*, 1. utgave, Oslo 1987 side 153 og 246-247 (Eckhoff 1987).

<sup>21</sup> Se f. eks. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30 hvor flertallet viser til "offentligrettslige skranker" i tillegg til "alminnelige forvaltningsrettslige regler". Mindretallet anvender i avsnitt 51 begrepet "myndighetsmisbrukslæren" direkte i likhet med dommer Skoghøys særmerknad i avsnitt 71.

<sup>22</sup> Eckhoff/Smith 2014 s. 28

<sup>23</sup> Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30.

## 2.3 Offentlig myndighetsutøvelse

Bakgrunnen for at begrepet *offentlig myndighetsutøvelse* tas opp er for å fastslå et ytterpunkt for avhandlingens problemstillinger. Med offentlig myndighetsutøvelse forstås gjerne det offentliges adgang til å fatte bindende normeringer for borgerne uten deres samtykke.<sup>24</sup> I forarbeidene og i rettspraksis er det presisert at uttrykket primært omfatter avgjørelser som forvaltningen treffer ensidig, og hvor den som et vedtak retter seg mot, ikke trenger å bidra til normfastsettelsen.<sup>25</sup> Offentlig myndighetsutøvelse kan videre omfatte tilfeller hvor det offentlige fordeler goder eller stiller vilkår ved begunstigende vedtak.<sup>26</sup>

## 2.4 Privatautonomi og forvaltningens avtaler

Den enkeltes kompetanse til å foreta rettslige disposisjoner omtales som en persons *private autonomi*.<sup>27</sup> Som en del av forvaltningens materielle kompetanse om hva de kan bestemme, så har også offentlige organer privatautonomi.<sup>28</sup> Det offentlige er eiere av eiendom og andre rettigheter og kan i utgangspunktet inngå avtaler i samme grad som private rettssubjekt. I forlengelsen av denne råderetten vil offentlige aktører også utøve næringsvirksomhet. Et eksempel på dette, er kommunalt eide havner, som i kraft av eierrådigheten tar betalt for leie av kai og andre tjenester i havnen.

For å sette forvaltningens avtaler i et perspektiv kan man dele avtalene i tre forskjellige kategorier, basert på avtalens innhold. De to første kategoriene vil være lovfestede- og ulovfestede avtaler om utøvelse av offentlig myndighet.<sup>29</sup> Typiske lovfestede avtaler om utøvelse av offentlig myndighet vil være forhåndsbinding av ulike former for dispensasjonskompetanse som for eksempel fiskerikvoter,<sup>30</sup> forurensningstillatelser eller

---

<sup>24</sup> Jf. forvaltningsloven § 2 jf. Markus Hoel Lie: *Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøvelse?* Lov og rett 2012 s. 407-432 (Lie 2012) s. 409.

<sup>25</sup> *Ibid.* s. 410 jf. NUT 1958:3 s. 432 og Rt. 1999 s. 1682.

<sup>26</sup> Lie 2012 s. 410.

<sup>27</sup> Jf. Geir Woxholt: *Avtalerett*, 9 utgave, Oslo 2014 s. 26 (Woxholt 2014).

<sup>28</sup> Eckhoff/Smith 2014 s. 343.

<sup>29</sup> Roald Hopsnes: *Myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?* Festskrift til Erik Magnus Boe 2013 s. 175-176 (Hopsnes 2013).

<sup>30</sup> Jf. Rt. 1992 s. 1235 på s. 1240.

fremtidig skatte- og avgiftsregulering.<sup>31</sup> Videre omfatter vilkåret om "utøving av offentlig myndighet" også normeringer som ikke har grunnlag i lov. Dette vil for eksempel være støtteordninger og andre tildelinger av naturallytelse. Også når begunstigende vedtak som er "utøving av offentlig myndighet" etter forvaltningsloven<sup>32</sup> § 2 bokstav b inngår i en avtale, så vil ikke avtaleformen frata avgjørelsen karakteren av å være utøving av offentlig myndighet.<sup>33</sup> For begge disse avtaletypene om henholdsvis lovfestet- og ulovfestet utøving av offentlig myndighet er det en alminnelig oppfatning at myndighetsmisbrukslæren gjelder.<sup>34</sup>

Den tredje kategorien omhandler avtaler som offentlige organer inngår uten at avtalen innebærer noen utøving av offentlig myndighet slik definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a lyder. Dette gjelder alminnelige avtaler, som kjøp og salg av eiendom, varer og tjenester. Det er denne kategorien avtaler som er tema for denne avhandlingen. Ettersom disse avtalene ikke innebærer noen utøvelse av offentlig myndighet, så er det mer betenkelig at også myndighetsmisbrukslæren skal komme til anvendelse på disse avtalene. Når forvaltningen inngår slike avtaler vil det ofte omtales som offentlig nærings- eller forretningsvirksomhet.<sup>35</sup>

### 3. Rettskildebildet frem til 2000-tallet

Som nevnt i punkt 1.3, innehar de nyere avgjørelsene fra Høyesterett, forut før Rt. 2015 s. 795, svært generelle rettssetninger.<sup>36</sup> En annen svakhet med uttalelsene, er at de ikke bygger på andre rettskilder. Dette medfører at det er vanskelig for rettsanvenderen å forstå hvilke hensyn og momenter uttalelsene baseres på. Det vil derfor være hensiktsmessig å se nærmere på hvordan læren har utviklet seg frem til Høyesterett avsa dommen inntatt i Rt. 2000 s. 806.

---

<sup>31</sup> Jf. Rt. 1956 s. 1180 hvor en avtale om skattefritak mellom et aksjeselskap og en kommune ble antatt å være gyldig.

<sup>32</sup> Se Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

<sup>33</sup> Jf. Hopsnes s. 176 som viser til blant annet SOMB-2009-4 og SOMB-2001-8. Også arbeidsavtaler i det offentlige faller under denne kategorien.

<sup>34</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1319 avsnitt 70 hvor spørsmålet var om en kommune hadde begått feil ved tildeling av avtalehjemmel etter kommunehelsetjenesteloven § 4-2 om driftstilskudd til fysioterapeut. Videre ble det i Rt. 2004 s. 76 avsnitt 46 lagt til grunn at de "generelle forvaltningsrettslige prinsipper" kommer til anvendelse ved omgjøring av et ansettelsesvedtak.

<sup>35</sup> Se f. eks. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 51.

<sup>36</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31 og Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 53.

Myndighetsmisbrukslæren med de tilhørende forbudene er viet mye oppmerksomhet i juridisk teori. Lærens anvendelsesområde på privatrettslige avtaler er imidlertid viet lite oppmerksomhet i rettslitteraturen. Castberg begrenset anvendelsesområdet for læren til *forvaltningsakter*, et begrep som i alle fall ikke var videre enn forvaltningslovens vedtaksbegrep.<sup>37</sup> I forvaltningskomiteens innstilling er lærens anvendelsesområde begrenset til å gjelde for all myndighetsutøvelse.<sup>38</sup> De første sporene av at myndighetsmisbrukslæren også skal gjelde utenfor forvaltningens myndighetsutøvelse, finner man i Eckhoffs arbeider fra 1960-tallet:<sup>39</sup>

"Staten og kommunene har mange bedrifter som driver vanlig ervervsvirksomhet – ofte i konkurranse med private bedrifter av samme art. I slike tilfelle får hverken misbrukslæren eller legalitetsprinsippet anvendelse. Det er imidlertid flytende overganger mellom ervervsvirksomhet og myndighetsutøvelse, og det byr på atskillig tvil hvordan en skal avgrense de nevnte prinsippers anvendelsesområder.

Hvorvidt det offentlige har monopol for ytelsene, er derimot et moment av vesentlig betydning. Særlig ved rettslige monopoler, men også i noen grad ved faktiske, vil det ofte foreligge hensyn som tilsier at den forvaltningsrettslige misbrukslære får anvendelse".

Som et utgangspunkt fremhever han at myndighetsmisbrukslæren ikke skal gjelde ved vanlig ervervsvirksomhet. At det foreligger rettslig eller faktisk *monopol* er en omstendighet som kan begrunne en utvidelse av myndighetsmisbrukslærens anvendelsesområde etter Eckhoffs syn. Det er gode grunner for et slikt synspunkt, da det vil være lettere for en virksomhet som befinner seg i en faktisk monopolsituasjon å inngå avtaler som kan komme i konflikt med forbudene i misbrukslæren. Den andre part vil i slike tilfeller ikke ha noen alternativer, noe som gjør at forhandlingssituasjonen bli asymmetrisk.

Av interesse for avhandlingens tema er også erkjennelsen av at det foreligger en flytende overgang fra vanlig ervervsvirksomhet til myndighetsutøvelse. Det er en vesentlig forskjell på

---

<sup>37</sup> Castberg 1955 s. 205.

<sup>38</sup> Jf. NUT 1958:3 s. 376 andre spalte.

<sup>39</sup> Eckhoff 1963 s. 277

de helt dagligdagse avtalene om kjøp av rekvisita, til avtaler om kaivederlag ved liggetid i en kommunal havn.

Senere tok Frihagen til orde for at misbrukslæren også skal gjelde utenfor forvaltningens myndighetsutøving:

"Utgangspunktet må nok i det hele tatt være at mange forvaltningsregler og prinsippet legger bånd på de sider av myndighetenes virksomhet som ikke innebærer myndighetsutøving, eller kan sies å være av offentligrettslig art. Myndighetene vil således ikke her stå like fritt som private til usaklig forskjellsbehandling, til å ta utenforliggende og usaklige hensyn, eller til å unnlate å utrede og behandle sakene på en forsvarlig og 'fair' måte."<sup>40</sup>

Som uttalelsen viser, så er Frihagen av den oppfatning at myndighetenes virksomhet ikke skal stå like fritt som private parter, men at myndighetsmisbrukslæren også skal gjelde utenfor forvaltningens myndighetsutøvelse. Som støtte for sitt syn viser han til SOMB-1973-35 som tar for seg en klage fra Ensliges parti, som mente seg diskriminert for ikke å ha fått deltatt på radio- og fjernsynsprogrammene i forbindelse med stortingsvalget høsten 1973.

Sivilombudsmannen kom først frem til at det var under ombudsmannens kompetanse å undersøke om NRK hadde foretatt "... ugrunnet forskjellsbehandling, slik det ble påstått i nærværende sak, eller om det er tatt utenforliggende hensyn eller usaklige hensyn ellers"

Etter en konkret vurdering kom imidlertid Sivilombudsmannen frem til at skjønnsutøvelsen som NRK hadde vist ikke var i strid med de relevante forbud.<sup>41</sup>

De synspunkter Eckhoff og Frihagen hadde om anvendelsesområdet for misbrukslæren ble videreført av Bernt:

"Også avgjørelser som ikke er "vedtak" etter forvaltningslovens regler – vedrørende f. eks. kjøp og salg, tjenesteytelser eller rent administrative spørsmål – vil etter omstendighetene kunne være ugyldige pga. ulovlige formål."<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Jf. Arvid Frihagen: *Forvaltningsrett. Bind I. 2. utgave*, Bergen 1977 s. 30 (Frihagen I 1977).

<sup>41</sup> SOMB-1973-35 på s. 66-67. Se også punkt 4.4 om prøvingskompetansen til Sivilombudsmannen.



Bernt tar i sin artikkel for seg forbudet mot å ta utenforliggende hensyn. Som grunnlag for den ovennevnte uttalelsen viser han til blant annet til Rt. 1974 s. 149 uten noen nærmere utdypning. Dommen omhandlet kommunal renovasjon og spørsmålet i saken var om to bedrifter kunne bli avkrevd for en høyere avgift enn hva andre huseiere måtte betale. Frem til 1958 besørget bedriftene renovasjonen på egen hånd. På grunn av et påbud om bruk av lukket søppelbil, og de ekstra kostnadene dette medførte, så inngikk kommunen en muntlig avtale med bedriftene om betaling av renovasjonsavgift.<sup>43</sup> Dette i motsetning til de andre huseierne som var omfattet av et vedtak hvor de ble avkrevd en renovasjonsavgift i medhold av lov til en lavere sats.<sup>44</sup> Bedriftene sa opp den muntlige avtalen og mente at de hadde krav på å betale den samme avgiften som de andre huseierne i kommunen. Flertallet på tre dommere kom frem til følgende:

"Selv om det dreier seg om en ordning som har bestått lenge, og ikke betegner noen alvorlig økonomisk belastning for bedriftene, antar jeg at når forholdet først er tatt opp, kan en forskjellsbehandling med hensyn til betaling for en vanlig kommunal tjenesteytelse ikke opprettholdes uten klare saklige grunner. Når det ikke kan påvises, må lik behandling kunne kreves".

Hopsnes viser til at dommen gjerne blir brukt i juridisk teori som et eksempel på anvendelse av myndighetsmisbrukslæren som skranke for kommunens avtalefrihet, slik at likebehandlingsprinsippet medfører at kommunen får en plikt til å inngå en avtale med et bestemt innhold.<sup>45</sup> Han er imidlertid av den oppfatning at dersom dommen tolkes slik at myndighetsmisbrukslæren skal danne grunnlag for privatrettslig kontraheringsplikt, så ville dommen også bygget på en klar utvidelse av anvendelsesområdet for læren.<sup>46</sup>

Det er gode grunner for en slik argumentasjon. Når Høyesterett først finner at bedriftene rettmessig kunne si seg fra avtalen med kommunen, så befinner kommunen seg i en rettslig

---

<sup>42</sup> Jan Frifthjof Bernt, *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241-348 (Bernt 1978). Se note 10 for henvisninger til Eckhoff og Frihagen.

<sup>43</sup> Jf. Rt. 1974 s. 149 på s. 155.

<sup>44</sup> Lov 16. mai 1860 om sunnhetskommisjoner. Loven er opphevet.

<sup>45</sup> Hopsnes 2013 s. 182 med videre henvisninger til Bernt 1978 s. 245 og Kristoffer Aasebø: *Saklighetskrav til forretningsavtaler i et marked med rettslige etableringssperre*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2001 s. 789-869 (Aasebø 2001).

<sup>46</sup> *Ibid.*

posisjon hvor andre kompetansegrunnlag enn privatautonomien skal anvendes.<sup>47</sup> Det foreligger altså en lovhjemmel hvor kommunene gis anledning til å vedta tvungen renovasjon, slik kommunen gjorde overfor huseierne. Når kommunen da skal kreve bedriftene for renovasjonsavgift, vil det dreie seg om en avgift med hjemmel i lov. En følge av dette er at kommunens innkreving innebærer myndighetsutøvelse. Dommen kan følgelig ikke tjene som et eksempel på at myndighetsmisbrukslæren begrenser kommunens avtalefrihet.

Fra tiden etter dommen i Rt. 1974 s. 149 og frem til år 2000, ble ikke temaet om myndighetsmisbrukslærens anvendelse på privatrettslige avtaler behandlet av Høyesterett. Det finnes imidlertid flere uttalelser fra Sivilombudsmannen som gir støtte for at misbrukslæren også gjelder når det offentlige opptrer med hjemmel i privatautonomien.<sup>48</sup> I SOMB-1979-43 påpekte Sivilombudsmannen i en sak om leieavgifter i en havn:

"Slik jeg ser det skal et kommunestyrevedtak som innebærer en urimelig og usaklig forskjellsbehandling – uavhengig av prislovens regler – erklæres ugyldig av fylkesmannen når han utfører legalitetskontrollen etter kommunelovens § 60".

Kommunens fastsettelse av prisvilkår i havnen ble av Sivilombudsmannen ansett som en usaklig forskjellsbehandling. Saken ble forelagt kommunestyret på nytt uten at de endret sin praksis. Sivilombudsmannen legger således til grunn, uten noen nærmere redegjørelse, at forbudet mot å foreta usaklig forskjellsbehandling kommer til anvendelse når en kommunal havn fastsetter sine prisvilkår.

Temaet ble drøftet langt mer inngående i SOMB-1998-94, hvor Oslo kommune nektet å inngå forretninger med Sparebanken NOR. Ombudsmannen poengterer at temaet har vært omdiskutert i juridisk teori og viser til flere forfattere.<sup>49</sup> Eckhoff og Boe var av den oppfatning at misbrukslæren ikke får anvendelse ved offentlig forretningsdrift. Et motsatt syn hadde

---

<sup>47</sup> Se punkt 1.4.3.

<sup>48</sup> Jf. SOMB-1979-43, SOMB-1997-12 og SOMB-1998-94.

<sup>49</sup> Se Eckhoff 1963 s. 277 som omtalt ovenfor og Erik Boe: *Innføring i juss*, 1993 s. 808. Begge disse la til grunn at misbrukslæren i utgangspunkt ikke gjelder ved privatrettslige avtaler. Videre henvises det til Arvid Frihagen: *Forvaltningsrett Bind I*, 1991, s. 26, Bernt, Overå, og Hove, *Kommunalrett*, 3. utgave, 1994 (Bernt/Overå/Hove 1994) s. 80 og Graver: *Materiell forvaltningsrett*, 1996 s. 108.

Frihagen, Graver og Bernt/Overå/Hove.<sup>50</sup> Før ombudsmannen tok stilling til rettsregelen, viste han til en uttalelse fra Lovavdelingen:

"Lovavdelingen *antar* at de ulovfestede prinsipper om at forvaltningens avgjørelser ikke må bygge på usaklige eller utenforliggende hensyn, også får anvendelse på en kommunes avtaler med private entreprenører"(min kursivering).

51

Uten noen nærmere analyse av de ovennevnte uttalelser, kommer sivilombudsmannen frem til at det "ikke [kan] være tvilsomt at det må oppstilles enkelte ulovfestede krav til forvaltningens forretningsvirksomhet." Dernest viser han til SOMB-1977-69 som støtte for sitt synspunkt.<sup>52</sup> Til slutt i sitt avgjørende premiss uttaler ombudsmannen:

"Utgangspunktet vil likevel være at det offentlige har betydelig frihet i sin forretningsdrift. Også en kommune må således kunne legge vekt på de hensyn som den anser for forretningsmessig forsvarlig. Hvorvidt kommunen har holdt seg innenfor det som kan anses forretningsmessig forsvarlig, må vurderes konkret."

Med denne bemerkningen kommer ombudsmannen med en nyansering av misbrukslærens anvendelse som ikke har vært belyst tidligere. Uttalelsen representerer en mer balansert tilnærming av misbrukslæren som skranke for forvaltningens disposisjoner foretatt med hjemmel i privat autonomien.

Som redegjørelsen i dette punktet har vist, så foreligger det flere uttalelser i juridisk teori som berører misbrukslærens anvendelse når det offentlige opptrer gjennom privatautonomien. På grunn av delte meninger blant forfatterne vil det imidlertid være betenkelig å legge for mye vekt i uttalelsene. Sivilombudsmannen har derimot ført en relativt entydig praksis hvor det legges til grunn at misbrukslæren også gjelder forvaltningens myndighetsutøvelse. Til tross for dette, foreligger det ikke avgjørelser fra Høyesterett hvor en avtale har blitt satt til side med hjemmel i myndighetsmisbrukslæren. Tvert i mot, foreligger det avgjørelser hvor læren

---

<sup>50</sup> *Op.cit.* Bernt/Overå/Hove 1994 s. 108.

<sup>51</sup> Wilhelm Matheson og Geir Woxholth, Lovavdelingens uttalelser 1990 s. 337. Uttalelse fra 1. november 1978. Spørsmålet i saken var om en instruks fra Orkdal kommunestyre kom i konflikt med misbrukslærens forbud om utenforliggende hensyn og usaklig forskjellsbehandling.

<sup>52</sup> Se SOMB-1977-67, Ombudsmannens årsmelding for 1977 på s. 146. Uttalelsen gjaldt en anbuds sak.

kunne vært et aktuelt rettsgrunnlag, uten at Høyesterett har tatt stilling til temaet.<sup>53</sup> Samlet sett fremstår likevel gjeldende rett på dette tidspunktet at myndighetsmisbrukslæren kan komme til anvendelse også når forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien.

## 4. Rettsutviklingen i nyere tid

I dette delpunktet av avhandlingen vil jeg foreta analyser av tre dommer fra Høyesterett som omhandler myndighetsmisbrukslærens anvendelsesområde. Målet for disse analysene er å se hvordan Høyesterett stiller seg til misbrukslærens anvendelsesområde, og for å se om det er mulig å trekke noen linjer i Høyesteretts argumentasjon.

### 4.1 Rt. 2000 s. 806

I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 806 behandlet Høyesterett et spørsmål om prisen for konsesjonskraft i en avtale mellom Oslo Energi Produksjon AS (OEP) og Hol kommune. OEP krevde en økning av avtalt pris for konsesjonskraft på grunn merkostnader i forbindelse med en ny produksjonsavgift som ble innført.<sup>54</sup> Som grunnlag for prisendringen anførte de at avtalen om konsesjonskraft innebar myndighetsmisbruk fra kommunen.<sup>55</sup> På side 813 i dommen presiserer førstvoterende:

"Det anføres at levering av konsesjonskraft til en særlig lav pris kan likestilles med en skatt eller avgift, og at det er myndighetsmisbruk fra kommunen å kreve inn en ytelse langt utover det som følger av loven. - Jeg bemerker først at selv om kraftutbyggerens plikt etter vassdragsreguleringsloven til å levere konsesjonskraft til kommunen er offentligrettslig, innebærer ikke det at kommunen er et myndighetsorgan etter denne loven når prisen skal fastsettes. Jeg kan da ikke se at det er plass for noe spørsmål om myndighetsmisbruk her."

---

<sup>53</sup> Jf. Hopsnes 2013 s. 178-179 med videre henvisninger til Rt. 1907 s. 139, Rt. 1931 s. 882, Rt. 1939 s. 728 og Rt. 1940 s. 327.

<sup>54</sup> Jf. Lov 8. januar 1993 nr. 3 om produksjonsavgift på elektrisk kraft.

<sup>55</sup> Jf. Rt. 2000 s. 806 på s. 809. I tillegg ble det vist til avtalerettslige tolkningsmomenter, generelle kontraktsrettslige prinsipper om lojalitetsplikt, bristende forutsetninger og til slutt avtaleloven § 36, lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

Hopsnes nevner dommen i sin artikkel og legger til grunn at:

"Selv om uttalelsen trolig kan tolkes på flere måter, er en nærliggende forståelse at misbrukslæren ikke var anvendelig, fordi avtalen mellom kraftprodusenten og kommunen ikke var *offentligrettslig*" (min kursivering).<sup>56</sup>

En slik forståelse av avsnittet innebærer å oppstille et vilkår om at avtalen må være offentligrettslig for at misbrukslæren skal komme til anvendelse. Denne tolkningen innebærer følgelig at Høyesterett tar avstand fra at misbrukslæren skal kunne anvendes på tilfeller hvor forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien.<sup>57</sup> Ettersom Hopsnes utelater førstvoterendes kommentar om at "kommunen [ikke] er et myndighetsorgan", så fremstår hans tolkning knapp og uten en kontekstuell tilnærming

En annen fremgangsmåte for å tolke avsnittet, er å se nærmere på at hva førstvoterende legger i at kommunen ikke er et *myndighetsorgan* etter loven når prisen skal fastsettes.

Konsesjonstildelingene etter vassdragsressursloven<sup>58</sup> foretas av konsesjonsmyndighetene, i dette tilfellet Olje- og energidepartementet og Norges vassdrags- og energidirektorat. Disse vil følgelig være myndighetsorgan etter loven. Kommunen vil i en slik konsesjonssak fremstå som en tredjepart hvor de tilgodeses en fastsatt prosent av kraftproduksjonen mot at de svarer et beløp til regulanten<sup>59</sup>. Med denne tilnærmingen ser man at kommunens disposisjon ikke innebærer noen form for myndighetsutøvelse. En konsekvens av dette er at OEP ikke kan påberope myndighetsmisbruk overfor kommunen. At kraftutbyggerens plikt til å levere konsesjonskraft til kommunen er offentligrettslig, vil fortsatt forstås som et vilkår for at misbrukslæren skal komme til anvendelse. Også denne måten å forstå Høyesteretts premiss på, medfører at retten legger til grunn at myndighetsmisbrukslæren kun kommer til anvendelse ved forvaltningens myndighetsutøvelse.

Etter at førstvoterende slår fast at det ikke er rom for noe myndighetsmisbruk, tar han stilling til om loven legger opp til en begrensning i avtalefriheten mellom OEP og kommunen. Ved å tolke lovteksten og forarbeidene, kom førstvoterende frem til at det ikke gjaldt noen *spesielle*

---

<sup>56</sup> Hopsnes 2013 s. 184.

<sup>57</sup> Hopsnes 2013 s. 183.

<sup>58</sup> Lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer.

<sup>59</sup> Innehaveren av konsesjonen. I denne saken Oslo Energi Produksjon AS.



*begrensninger* for avtaler om konsesjonspris.<sup>60</sup> I lys av dommens avsnitt ovenfor, bidrar denne uttalelsen til å støtte tolkningsresultatet om at myndighetsmisbrukslæren ikke gjelder når forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien.

Uavhengig av hvilken tolkningsmåte som anvendes, så innebærer uttalelsen at Høyesterett ser bort fra at myndighetsmisbrukslæren kan komme til anvendelse på en avtale mellom en kommune og et selskap. Et slikt resultat innebærer videre at Høyesterett tar avstand fra tidligere praksis fra Sivilombudsmannen.<sup>61</sup> Når temaet har blitt nevnt i juridisk teori og behandlet i Sivilombudsmannens årsmeldinger, kunne man likevel forventet en noe grundigere behandling av Høyesterett.

Slik saken synes å være lagt opp av partene i saken, kan det reises tvil om Høyesterett i det hele tatt hadde forutsett de tolkningsresultat som uttalelsen gir grunnlag for. Ved å se på hva partene har anført, kan man se på hvilke rettslige problemstillinger som ble lagt frem for retten. Dersom temaet ikke ble problematisert under behandlingen i Høyesterett, vil det være et moment som kan svekke den rettskildemessige vekten til uttalelsen.<sup>62</sup>

Som vist til ovenfor, anførte OEP at avtalen partene inngikk innebar myndighetsmisbruk fra kommunens side. Videre anførte de at konsesjonskraftprisen kunne likestilles med en skatt eller avgift og at det følgelig var tale om et offentligrettslig rettsforhold.<sup>63</sup> Med en slik argumentasjonsstrategi fra OEP sin side, er det mye som tyder på at det aldri ble problematisert under behandlingen om misbrukslæren også kan gjelde utenfor de klare tilfeller av myndighetsutøvelse. Når OEP selv legger til grunn at saken må utgjøre et offentligrettslig rettsforhold for at misbrukslæren skal komme til anvendelse, har det formodningen mot seg at Høyesterett skal strekke dette enda lengre. Dette vil særlig gjøre seg gjeldene på et slikt tema som ikke har vært bearbeidet av Høyesterett tidligere, og kun blitt sporadisk nevnt i juridisk teori og i praksis fra Sivilombudsmannen. Selv om retten står fritt

---

<sup>60</sup> Jf. Rt. 2000 s. 806 på side 813-814 med videre henvisninger.

<sup>61</sup> Som redegjort for i punkt 2.2.

<sup>62</sup> Jens Edvin A. Skoghøy: *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*, Nybrott og odling – Festskrift til Nils Nygaard 2002 s. 323-343 (Skoghøy 2002) på s. 339. Hvor det legges til grunn et det er av betydning for den rettskildemessige vekten av uttalelsen hvor inngående rettsspørsmålet har vært prosedert.

<sup>63</sup> Rt. 2000 s. 806 på side 809.

og har ansvar for rettsanvendelsen, jf. tvisteloven § 11-3, så er det ingen automatikk i at Høyesterett har oversikt over slike mindre belyste problemstillinger.

Foruten Hopsnes sin knappe analyse av dommen, så er den ikke nevnt i nyere alminnelig forvaltningsrettslig litteratur.<sup>64</sup> Slik Høyesterett har formulert seg i premissene, så gir dommen uansett gode holdepunkter for at misbrukslæren ikke skal gjelde utenfor forvaltningens myndighetsutøvelse. Sett i lys av min analyse i ovennevnte avsnitt, så svekkes imidlertid vekten av Høyesteretts uttalelse.

#### **4.2 Rt. 2009 s. 1356**

Høyesterett kom med uttalelser om misbrukslærens anvendelsesområde i dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1356. Dommen ble anvendt som et rettslig grunnlag for at misbrukslæren også gjelder når forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien i Rt. 2015 s. 795. En nærmere analyse av dommen er følgelig svært relevant for avhandlingens tema. Saken stod mellom Nordea Bank Norge ASA (Nordea) og Staten v/Skattedirektoratet og gjaldt foreldelse av krav på fradrag for inngående merverdiavgift. Spørsmålet for Høyesterett var om staten var avskåret fra å gjøre foreldelse gjeldende, eller var erstatningsansvarlig for å ha opptrådt uaktsomt i forbindelse med at kravet ikke ble fremmet før utløpet av foreldelsesfristen.

Etter merverdiavgiftsloven<sup>65</sup> § 21 kunne næringsdrivende ved anskaffelse av varer og tjenester til bruk i avgiftspliktig virksomhet, kreve fradrag for inngående avgift. Slike fradragskrav foreldes etter de alminnelige foreldelsesreglene.<sup>66</sup> Bakgrunnen for tvisten var at Nordea avstod fra å kreve fradrag i en lengre periode, ut fra det som ble oppfattet som en uklar rettstilstand.<sup>67</sup> Skattemyndighetene hadde til vanlig ført en praksis hvor de frafalt den alminnelige foreldelsesfristen. Praksisen ble imidlertid endret og det ble fattet et vedtak hvor deler av fradragskravet til Nordea ble avslått som følge av foreldelse.<sup>68</sup> Nordea anførte at statens handlemåte hadde skapt en berettiget forventning om at staten var avskåret fra å gjøre foreldelse gjeldende.

---

<sup>64</sup> Hverken Eckhoff/Smitt 2014 eller Graver 2014 omtaler dommen.

<sup>65</sup> Lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift. Loven er opphevet.

<sup>66</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 2.

<sup>67</sup> *Ibid* avsnitt 4.

<sup>68</sup> *Ibid* avsnitt 13.

I avsnitt 31 angir førstvoterende noen rettslige utgangspunkter med stor relevans for temaet. Først konstateres det at frafallelse av foreldelse hører under statens private autonomi. En følge av dette vil være at staten blir bundet av relevante privatrettslige regler. Videre fremgår det av avsnitt 31 at:

"Handlefriheten for staten vil i tillegg være begrenset av en del *offentligrettslige skranker*, både når det gjelder kompetanse, saksbehandling og innhold. Jeg nevner - som eksempler - de alminnelige regler om habilitet og veiledningsplikt, det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling, og myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet. I det hele har jeg som utgangspunkt at staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk. Ut fra mitt syn på saken har jeg ikke foranledning til å utvikle dette ytterligere" (min kursivering).

Høyesterett kommer her med klare føringer om at deler av myndighetsmisbrukslæren gjelder som en skranke for forvaltningen når den opptrer gjennom privat autonomien.<sup>69</sup> Til tross for denne uttalelsen, så foretar ikke Høyesterett noen prøving av om statens manglende frafall av foreldelse innebærer myndighetsmisbruk. Den eneste offentligrettslige skranken som behandles, er om langvarig praksis hadde gitt grunnlag for en rettsregel som krevde lov eller forskriftsvedtak for å fravikes.<sup>70</sup> Avsnittet utgjør sånn sett et obiter dicta.<sup>71</sup>

Uttalelsen bryter med Høyesteretts standpunkt i Rt. 2000 s. 806. Det har da formodningen mot seg at Høyesterett ikke forankrer standpunktet i andre rettskilder. Man kunne forventet en større avveining av hensyn og andre kilder, dersom intensjonen til Høyesterett var å stadfeste at misbrukslæren gjelder som skranke når forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien.

Tradisjonelt sett, så har man lagt mindre vekt på obiter dicta, enn uttalelser som har vært nødvendige for å begrunne resultatet. Tidligere hadde disse uttalelsene mer karakter av slengbemerkinger med lavere rettskildemessig vekt.<sup>72</sup> Tendensen i nyere tid er – i følge Skoghøy – at Høyesterett nå vektlegger rettsavklaring og rettsutvikling i større grad enn før.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Slik også Hopsnes 2013 s. 184.

<sup>70</sup>Jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 39.

<sup>71</sup> Jf. Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen: *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 172 (Eckhoff/Helgesen 2001) og Skoghøy 2002 s. 335

<sup>72</sup> Se særlig Eckhoff/Helgesen 2001 s. 172 mener disse "kan bli tillagt en viss vekt" (min kursivering).

<sup>73</sup> Jf. Skoghøy 2002 s. 337.

Analyserer man uttalelsen i lys av Høyesteretts rolle som rettsutvikler, gir uttalelsen gode holdepunkter for hvilken retning retten ønsker å ta.

Rettsutvikling gjennom Høyesteretts obiter dicta byr imidlertid på flere problemer.<sup>74</sup> Som Jakhelln påpeker, har slike uttalelser en tendens til å bli for generelle.<sup>75</sup> Førstvoterendes uttalelse i avsnitt 31 kan utvilsomt regnes som generell. Når man uttaler seg generelt, vil det være langt vanskeligere å vurdere konsekvensene av et generelt utformet standpunkt på et rettsområde under sterk utvikling. Det samme gjelder på rettsområder hvor sterke interessenotsetninger gjør seg gjeldende.<sup>76</sup>

Graver har i sitt siste standardverk vist til Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31 og lagt til grunn at

"det generelt [er] *antatt* at den private part kan påberope seg reglene om myndighetsmisbruk overfor offentlig virksomhet, også der hvor selvstendige rettssubjekter yter tjenester eller driver forretningsdrift i kraft av *enerett*, se særlig Rt. 2009 s. 1356." (min kursivering)<sup>77</sup>

Til tross for at Graver ikke har tatt et klart standpunkt til temaet, så synes han likevel å oppstille et vilkår om *enerett* for at misbrukslæren også skal gjelde for forvaltningens privatrettslige avtaler.

Med *enerett* forstås en rettslig beskyttet adgang til å utnytte et formuesgode med utelukkelse av andres tilsvarende rådighet. Det kan være rettslige monopoler som kan bygge på lov eller avtaler, for eksempel ved eneforhandleravtaler, varemerke eller patent.<sup>78</sup> En slik argumentasjon om *enerett* har støtte i Eckhoffs artikkel fra 1963.<sup>79</sup> Eckhoff brukte imidlertid offentlig monopol som et viktig moment i en større vurdering, og ikke som et vilkår, slik Graver gjør. I tillegg begrenset ikke Eckhoff seg til rettslige monopoler, men viste til at også faktiske monopol kunne tilsi at misbrukslæren kunne komme til anvendelse.

---

<sup>74</sup> Se Henning Jakhelln: *Obiter dicta – nei takk!* Lov og rett 1998 s. 129-130 (Jakhelln 1998), som er svært kritisk til Høyesteretts bruk av obiter dicta.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Graver 2014 s. 62

<sup>78</sup> <https://jusleksikon.no/wiki/Enerett>

<sup>79</sup> Jf. Eckhoff 1963 s. 227

Til tross for at Høyesteretts obiter dicta kan kritiseres rettskildemessig, så bidrar uttalelsen til å sette misbrukslærens anvendelsesområde på dagsorden. Med denne dommen har også Høyesterett foretatt et veivalg for hvilken retning de ønsker å ta. Myndighetsmisbrukslærens forbud om usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet kan etter dette komme til anvendelse når forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien. Hva gjelder rekkevidden til misbrukslæren – i hvilken grad misbrukslæren kommer til anvendelse – så kommer ikke Høyesterett med noen føringer.

### 4.3 Rt. 2012 s. 1444

Høyesteretts resonnement fra Rt. 2009 s. 1356 ble gjengitt i Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 53.<sup>80</sup> Saken omhandler tilbakebetaling av trygd. I forbindelse med avhandlingens tema, er den interessante problemstillingen om staten kan kreve renter av kravet. Høyesterett kom først frem til at tilbakebetalingsregelen i folketrygdløven<sup>81</sup> § 22-15 ikke var til hinder for at urettmessig mottatt trygd også kan kreves tilbakebetalt med grunnlag i det alminnelige erstatningsrettslige skyldsansvaret.<sup>82</sup> I strid med tidligere praksis, krevde staten i tillegg renter med grunnlag i forsinkelsesrenteløven<sup>83</sup>.

Høyesterett konkluderte med at forsinkelsesrenteløven i prinsippet kommer til anvendelse når det kreves tilbakebetaling av urettmessig mottatt trygd med grunnlag i den alminnelige erstatningsrett. Retten uttalte videre i avsnitt 53:

"Forvaltningen *kan* imidlertid være bundet av *visse offentligrettslige* skranke også når den handler i kraft av privatrettslig autonomi, jf. Rt-2009-1356 avsnitt 31. Særlig må det gjelde når det som her er en nær forbindelse mellom kravet og offentlig myndighetsutøvelse: Ikke bare ble pengene som kreves tilbakebetalt, utbetalt i henhold til et offentligrettslig regelverk, men dette offentligrettslige regelverket har selv regler om tilbakebetaling. Som nevnt dekker folketrygdløven § 22-15 første ledd og det alminnelige skyldsansvaret i praksis de samme handlinger og unnlater" (min kursivering).

---

<sup>80</sup> Se Graver 2014 s. 62 som henviser til dommen uten å belyse den betydning nevneverdig.

<sup>81</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.

<sup>82</sup> Jf. Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 43. Bakgrunnen for at staten tilbakebetaling med grunnlag i det alminnelige skyldsansvaret, var fordi kravet etter folketrygdløven var foreldet.

<sup>83</sup> Lov 17. desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling m.m.



Som avsnittet viser, så henviser førstvoterende til det som ble uttalt i Rt. 2009 s. 1356. Det angis derimot ikke særskilt hvilke *offentligrettslige skranker* det siktes til. Ettersom dette ikke kommenteres ytterligere, er det mest nærliggende å tolke uttalelsen som en henvisning til de offentligrettslige skrankene som ble angitt i Rt. 2009 s. 1356, herunder myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet.

I forlengelsen av dette foretok førstvoterende en gjennomgang av den praksisen staten tidligere hadde ført, vedrørende tilbakebetalingskrav og renter. Det ble påpekt at det ikke tidligere hadde blitt reist slike krav tidligere, og at staten ikke kunne forklare hvorfor A ble stilt i en særstilling.<sup>84</sup> I avsnitt 57 konkluderer Høyesterett:

"På denne bakgrunn er jeg blitt stående ved at rentekravet mot A må anses som en *forskjellsbehandling* som forvaltningen var uberettiget til å foreta. Følgelig kan rentekravet i dette tilfelle ikke opprettholdes" (min kursivering).

I motsetning til dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1356, så utgjør misbrukslæren i dette tilfellet den *anførte ratio decidendi*.<sup>85</sup> Konklusjonen til Høyesterett viser også at *konsekvensen* av myndighetsmisbruk blir at kravet faller bort i sin helhet.

Utgangspunktet er da at rettssetningen tillegges høy rettskildemessig vekt. Ettersom uttalelsen er såpass generell, så er det nødvendig med føringer på når misbrukslæren gjør seg gjeldende.

Førstvoterendes uttalelse i avsnitt 53 innehar en nærmere begrunnelse for at de angitte skrankene skal komme til anvendelse. De offentligrettslige skrankene gjør seg særlig gjeldende "når det som her er en *nær forbindelse mellom kravet og offentlig myndighetsutøvelse*" (min kursivering). Et slikt standpunkt fremstår rimelig og naturlig, ettersom misbrukslæren i utgangspunkt er forbeholdt forvaltningens myndighetsutøvelse. Et annet sentralt moment ved denne setningen, er at den også *relativiserer* misbrukslærens rekkevidde og gjennomslagskraft. Dersom det ikke er nær sammenheng mellom kravet og myndighetsutøvelse, så vil ikke de hensyn som begrunner misbrukslæren stå like sterkt. Og motsatt, dersom det er nær sammenheng mellom kravet og myndighetsutøvelsen, så vil hensynene bak misbrukslæren stå sterkere. Denne relativiseringen innebærer også at

---

<sup>84</sup> Jf. Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 54-56.

<sup>85</sup> Jf. Eckhoff/Helgesen 2001 s. 165 og Skoghøy 2002 s. 335.

Høyesterett kommer med føringer som bidrar til å gjøre anvendelsesområdet for misbrukslæren klarere.

Bergsåker foretok i 2012 en analyse av dommen med fokus på foreldelsesreglene. Han kom også med en knapp kommentar til måten Høyesterett avskar rentekravet fra staten:

"Det ligger i dommen at forvaltningsrettslige regler kan avskjære det offentlige fra å gjøre gjeldende formuerettslige rettigheter eller innsigelser som kreditor eller debitor etter vanlige pengekrav."<sup>86</sup>

Bergsåkers resonnement innebærer en nærmere presisering av hvordan misbrukslæren fungerer som en skranke for forvaltningen. I denne saken er det trygdemyndighetenes innsigelser som kreditor som faller under forvaltningens private autonomi.

Lovavdelingen kom med en uttalelse 12. mai 2014 om enkeltvedtaksbegrepet i forbindelse med beslutning om å nekte fartøyer adgang til havn, jf. havne- og farvannsloven § 39.<sup>87</sup> I sine avsluttende bemerkninger ble det også lagt til grunn følgende:

"For kommunene gjelder også myndighetsmisbrukslæren, jf. for eksempel Rt-2012-1444 (avsnitt 53) og Rt-2009-1356 (avsnitt 31). Spørsmålet om en kommunal havneeier har overtrådt disse begrensningene, kan i utgangspunktet bringes inn for domstolene."

Lovavdelingen viser til de nevnte dommene og legger til grunn at myndighetsmisbrukslæren også kommer til anvendelse for de deler av havnevirksomheten som ikke omfattes av enkeltvedtaksbegrepet, herunder offentlig myndighetsutøvelse. Selv om dommene ikke kommenteres nærmere er uttalelsen klar, og bidrar til å støtte rettsoppfatningen om at misbrukslæren også gjelder når forvaltningen opptrer gjennom privatautonomien.

På grunn av Høyesteretts generelle tilnærming, er det imidlertid vanskelig å fastslå konkret hvilke konsekvenser dommen har for avhandlingens tema. I motsetning til Rt. 2009 s. 1356, så innehar Rt. 2012 s. 1444 i alle fall en nærmere begrunnelse for når misbrukslæren også kan

---

<sup>86</sup> Trygve Bergsåker: Tilbakebetaling av trygdeytelser – foreldelse og renter – Rt-2012-1444, Nytt i privatretten nr. 4 2012 s. 4-5

<sup>87</sup> Lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann

gjelde. Desto nærmere disposisjonen er offentlig myndighetsutøvelse, desto større grunn vil det være at misbrukslæren skal gjelde som en skranke for forvaltningen.

Uttalelsen etterlater seg også flere tolkningsspørsmål som byr på tvil. En problemstilling er for eksempel hvor langt Høyesterett ønsker å strekke de offentligrettslige skrankene, når de henviser til forvaltningens private autonomi. Det er ikke opplagt at Høyesterett har ment at også de offentligrettslige skrankene også skal gjelde ved avtalebinding. Det er en vesensforskjell på en endring av praksis ved inndrivelse av pengekrav som i denne avgjørelsen, og avtalerettslig ugyldighet som er kjerneområdet for denne avhandlingen.<sup>88</sup>

#### 4.4 Tilleggsbetraktninger

Som redegjørelsen og analysene i punkt 3.2 til 3.4 har vist, er den rådende rettsoppfatning at myndighetsmisbrukslæren utgjør en begrensning for forvaltningen når den opptrer med hjemmel i privat autonomien. Til det som er gjennomgått, vil jeg komme med en sammenfatning og noen bemerkninger som er viktige å ha med seg videre til analysen av Rt. 2015 s. 795, og for den normative vurderingen i punkt 7.

Uttalelsene fra den *juridiske teori* danner et spredt bilde av misbrukslærens anvendelsesområde.<sup>89</sup> Både Eckhoff og Graver poengterer at monopol fra forvaltningens tjeneste er av betydning for om misbrukslæren skal komme til anvendelse eller ikke. At en offentlig virksomhet har monopol, vil gjøre det lettere for virksomheten å komme i en situasjon hvor det inngås avtaler i strid med myndighetsmisbrukslæren.<sup>90</sup> Foruten Hopsnes grundige gjennomgang, så har det ikke blitt problematisert noe videre om misbrukslæren også skal gjelde som en ugyldighetsregel på de privatrettslige avtalene. Hva gjelder *de lege lata*, er Hopsnes av den oppfatning at misbrukslæren kommer til anvendelse når det offentlige opptrer gjennom privat autonomien.<sup>91</sup> Om misbrukslæren også skal gjelde som skranke for de privatrettslige avtalene er han imidlertid usikker på. Han er uansett svært kritisk til at

---

<sup>88</sup> Mer om dette i punkt 3.5

<sup>89</sup> Se punkt 3.2.

<sup>90</sup> Se punkt 3.3.4 hvor det også vises til Eckhoff 1963 s. 227 og Graver 2014 s. 62.

<sup>91</sup> Jf. Hopsnes 2013 s. 184, hvor han viser til Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444.

misbrukslæren skal kunne fungere som en generell skranke for forvaltningens privatrettslige avtaler.<sup>92</sup>

I årsmeldingene fra *Sivilombudsmannen* har det blitt ført en klar og entydig praksis, hvor det legges til grunn at misbrukslæren også kommer til anvendelse når forvaltningen opptrer med hjemmel i privat autonomien. Disse uttalelsene har samlet sett, lagt til rette for en praksis som utvilsomt har rettskildemessig relevans. Det er imidlertid enkelte forhold vedrørende praksis fra ombudsmannen som krever en kommentar.

Etter sivilombudsmannloven<sup>93</sup> § 10 annet ledd fremgår det at ombudsmannen kan gi uttrykk for at en avgjørelse "må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis". Med dette er det lagt til grunn at ombudsmannen i en viss grad kan ta stilling til skjønnsspørsmål som domstolene ikke har anledning til.<sup>94</sup> Ved bruk av ombudsmannens uttalelser i den juridiske argumentasjon, bør man følgelig være varsom med å tillegge dem for mye vekt dersom domstolenes prøvelseskompetanse er tema. En annen svakhet ved ombudsmannens uttalelser, er at de ikke er rettslig bindende for domstolene.<sup>95</sup>

*Høyesterett* har med sine uttalelser i Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444, lagt til grunn at myndighetsmisbrukslæren gjelder som en offentligrettslig skranke når forvaltningen opptrer gjennom privat autonomien. Som mine analyser i punkt 3.3 viser, bærer uttalelsene preg av å være generelle meningsyttringer i forbindelse med Høyesteretts rettsutvikling. Dette bidrar til å svekke deres vekt.<sup>96</sup> En generell rettskildemessig svakhet ved dommene er at de ikke bygger på andre rettskilder. Dersom Høyesteretts hensikt er at misbrukslæren også skal gjelde som skranke for forvaltningens privatrettslige avtaler, bør det foretas en grundigere avveining av relevante hensyn hvor også konsekvenser av en slik lære hensyntas. Det kom imidlertid frem et sentralt moment vedrørende misbrukslærens anvendelse og rekkevidde i Rt. 2012 s. 1444 i avsnitt 53: ved nær forbindelse mellom kravet og offentlig myndighetsutøvelse gjør

---

<sup>92</sup> Jf. Hopsnes 2013 s. 201

<sup>93</sup> Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen

<sup>94</sup> Jf. Eckhoff/Smith 2014 s. 512, Graver 2015 s. 567 og Hopsnes 2013 s. 180 med videre henvisninger.

<sup>95</sup> Et eksempel på dette er SOMB-1979-43 – som nevnt i punkt 3.2 – hvor ombudsmannen kom frem til at prisvilkårene innebar en "urimelig og usaklig forskjellsbehandling". Kommunestyret innrettet seg imidlertid ikke etter ombudsmannen og saken fikk heller ingen andre konsekvenser mellom partene.

<sup>96</sup> Jf. Skoghøy 2002 s. 334, hvor det påpekes at vekten delvis avhenger av hvor klar og fullstendig formulert rettssetningen er.

læren seg særlig gjeldende. Til tross for uttalelsen ikke oppstiller noe vilkår eller andre momenter, så bidrar det til å presisere anvendelsesområdet for læren.

Begge avgjørelsene inntatt i Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444 omhandler et forvaltningsorgan som endrer en tidligere praksis og retningslinjer overfor en privat part.<sup>97</sup> I tillegg bør det påpekes at tilbakebetalingskravet i Rt. 2012 s. 1444 baserte seg på et enkeltvedtak om trygd i utgangspunktet. Selv om disse disposisjonene lå innenfor forvaltningsorganenes private autonomi, så er det en sterk vesensforskjell mellom slike disposisjoner og en avtale mellom en offentlig virksomhet og en privat part. Dette kan illustreres på følgende måte:

Når det hører under forvaltningsorganets private autonomi å frafalle foreldelse eller kreve renter i strid med tidligere praksis, så er det en disposisjon organet kan foreta uavhengig av hva den private part måtte mene. Her vil ikke den private part ha noen vektige rettslige innsigelser i behold. Følgelig kan man se et misforhold mellom partenes styrkeforhold. En annen sak er at praksisen også har skapt en berettiget forventning hos den private part. Rt. 2009 s. 1356 demonstrerer dette på en god måte, ettersom Nordea avstod fra å gjøre fradrag for merverdiavgiften, i påvente av en rettslig klargjøring fra avgiftsmyndighetene.<sup>98</sup> Disse omstendighetene begrunner at misbrukslæren skal fungere som en skranke i slike tilfeller.

Ved de privatrettslige avtalene stiller dette seg annerledes. I disse tilfellene har man inngått en avtale som skal holdes.<sup>99</sup> Videre vil den private part være beskyttet av privatrettslige regler i tillegg.<sup>100</sup> De hensyn som begrunner at misbrukslæren skal komme til anvendelse gjør seg ikke særlig gjeldende for disse tilfellene. Den private part velger selv om han vil inngå avtalen eller ikke. Her kan det likevel tenkes at den private part ikke har en slik valgfrihet på grunn av monopol hos det offentlige. Med dette resonnementet ser man hvorfor monopol hos det

---

<sup>97</sup> Henholdsvis frafall av foreldelse ved fradragsskrav i Rt. 2009 s. 1356 og tillegg av renter ved tilbakebetaling av trygd i Rt. 2012 s. 1444.

<sup>98</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1356.

<sup>99</sup> Jf. Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-1, og prinsippet om at avtaler skal holdes som bestemmelsen gir uttrykk for.

<sup>100</sup> Som for eksempel avtaleloven § 36. Dette vil behandles grundigere i punkt XXX.



offentlige, har blitt brukt som et argument i rettslitteraturen for at misbrukslæren kan komme til anvendelse.<sup>101</sup>

At misbrukslæren gjelder som en skranke for forvaltningen når den opptrer gjennom privat autonomien må etter dette anses som gjeldende rett. Hvorvidt læren også skal gjelde som en skranke for de privatrettslige avtalene, finner jeg langt mer betenkelig. Det er på det rene at forvaltningens avtaler av privatrettslig karakter faller inn under privat autonomien som begrep og kompetansegrunnlag. Slik Høyesterett har formulert seg i de analyserte dommene, så har de likevel lagt til rette for at misbrukslæren *kan* utgjøre en skranke for de *privatrettslige avtalene*.

## **5. Analyse av Rt. 2015 s. 795**

### **5.1 Sakens faktiske side**

Partene i saken var Stranda Hamnevesen KF (heretter kommunen) og Hurtigruten AS.<sup>102</sup> Hurtigruten seiler innom Geiranger fra slutten av april til begynnelsen av september. Skipene til Hurtigruten ligger ikke til kai, men ankrer opp i havneområdet utenfor havnen som eies av Stranda kommune. Hurtigruten har inngått en avtale med Geiranger Fjordservice AS, som frakter Hurtigrutens passasjerer med fartøyet Geirangerfjord. Omlag 30 prosent av hurtigrutepassasjerene benyttet seg av kaien, de øvrige 70 prosentene ble ombord.

Geiranger Fjordservice AS leier båt plass på årsbasis fra kommunen. Kommunen krever et passasjervederlag av skipene som ankommer Geiranger, herunder hurtigruteskipene. Passasjervederlaget utgjør betaling for bruk av havneanlegget og ble beregnet ut fra antall passasjerer om bord i hurtigruteskipene, uavhengig av hvor mange passasjerer som gikk i land. Vederlaget er en del av kommunens næringsdrift for havnen.

---

<sup>101</sup> Slik Eckhoff 1963 s. 277 og Graver 2014 s. 62.

<sup>102</sup> Se kommuneloven kap. 11. Et kommunalt foretak er ikke en egen juridisk person, men del av kommunen som rettssubjekt.

Da Hurtigruten stanset betaling av fakturert passasjervederlag og anløpsavgift, stevnet kommunen Hurtigruten for Sunnmøre tingrett. Kommunen nedla påstand om betaling av skyldig passasjervederlag og anløpsavgift for 2012 og 2013.

Partene i saken anla sammenfallende påstander vedrørende anløpsavgiften i lagmannsretten, denne påstanden var følgelig ikke tvistetema for Høyesterett. I motsetning til passasjervederlaget og leie av båtplass, så innebærer anløpsavgiften utøvelse av offentlig myndighet, jf. havneloven<sup>103</sup> § 25.

## 5.2 Saksgang

Sunnmøre tingrett avsa dom 3. januar 2014 hvor Hurtigruten ble frifunnet for kommunens krav. I forbindelse med kravet om passasjervederlag, la retten til grunn at det ikke forelå noen avtale mellom kommunen og Hurtigruten. Kommunen hadde da ikke ytt noen tjenester til Hurtigruten utover det som var tilgjengelig for allmennheten.

Kommunen anket dommen til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten avsa dom hvor de forkastet anken, se LF-2014-45166. I motsetning til tingretten, kom lagmannsretten frem til at det var inngått en avtale mellom kommunen og Hurtigruten. Når skipene valgte å seile til Geiranger, vel vitende om de vilkår kommunen hadde satt for dette, hadde de også akseptert prisvilkårene.

Lagmannsretten kom imidlertid frem til at prisingen av passasjervederlaget – og dets forhold til kaivederlaget – innebar at Hurtigruten ble usaklig forskjellsbehandlet. En konsekvens av dette ble at kravet om passasjervederlag var ugyldig etter myndighetsmisbrukslæren.

## 5.3 Rettslige problemstillinger og utgangspunkter

De sentrale spørsmål som søkes besvart i avhandlingen vil danne utgangspunktet for denne analysen av Rt. 2015 s. 795. Det første spørsmålet vil følgelig være om myndighetsmisbrukslæren *kan* komme til anvendelse på en privatrettslig avtale. Dernest blir spørsmålet hvilken *rekkevidde* myndighetsmisbrukslæren har. Videre oppstår det et spørsmål om hva *konsekvensen* er dersom det foreligger myndighetsmisbruk.

---

<sup>103</sup> Lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann.

Jeg skal i punkt 5.4 foreta en analyse av Høyesteretts premisser og de relevante problemstillinger som dommen reiser. Høyesterett er satt i avdeling med fem dommere. Dommen har dissens, hvorav Skoghøy som tilhører flertallet, også har forfattet en særmerknad.

Før den videre analysen starter, vil jeg klargjøre noen rettslige rammer som Stranda Hamnevesen KF vil være bundet av. Ved å belyse forholdet mellom havnevesenets myndighetsutøvelse og forretningsdrift vil det være lettere å forstå hvorfor myndighetsmisbrukslæren kan være relevant i denne saken og hvilken rekkevidde den skal ha.

### **5.3.1 Havnevesenets myndighetsutøvelse og forretningsdrift**

Etter havneloven § 9 har kommunen forvaltningsansvar og myndighet etter loven. Forvaltningsansvaret kommer særlig frem etter §§ 23-25.<sup>104</sup> Etter disse bestemmelsene kan kommunen kreve inn ulike avgifter som knytter seg særskilt til havnevesenets forvaltningsansvar om sikkerhet og fremkommelighet. Avgiftene er fastsatt i lov og innebærer myndighetsutøvelse.

Havneloven § 42 sjette ledd gir departementet anledning til å gi kommunene tillatelse til å dekke kostnadene til havnedriften gjennom å innkreve havneavgift. Fra denne bestemmelsen er det gitt en forskrift om kommunenes beregning og innkreving av kai-, vare- og passasjeravgift.<sup>105</sup> Forskriften er ikke benyttet, slik at man står igjen med kommunens eierrådighet og private autonomi som kompetansegrunnlag.

Havneloven § 42 fjerde ledd nevner retten til å ta betalt for de forskjellige tjenestene som ikke omfattes av de offentligrettslige avgiftene i §§ 23-25:

"Den som tilbyr havne- og transporttjenester fastsetter pris og andre forretningsvilkår. Departementet kan i forskrift fastsette prinsipper for prisfastsettelsen."<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Loven § 23 gir hjemmel for å innkreve *kystavgift* til staten, som skal dekke statens utgifter til drift og utbedring av farleder, som for eksempel vedlikehold av fyrlykter, merking og andre navigasjonshjelpemidler. § 24 gir hjemmel for innkreving av statlig *sikkerhetsavgift*.

<sup>105</sup> Forskrift 19. desember 2012 nr. 1331 om kommunenes beregning og innkreving av kai-, vare- og passasjeravgift.

<sup>106</sup> Departementet har ikke laget noen forskrift.

Med tanke på eierrådigheten kommunen har over havnefasilitetene, så tilføyer ikke bestemmelsen noe nytt. Passasjervederlaget som er gjenstand for uenighet i denne saken, omfattes av de tjenestene kommunen tilbyr i kraft av eierrådigheten og følgelig dens private autonomi. Man ser således at havnevesenets virksomhet er todelt, hvorav den ene siden utgjør myndighetsutøvelse, og den andre er næringsvirksomhet.

#### **5.4 Spørsmålet om myndighetsmisbrukslæren kan komme til anvendelse i saken**

Som overskriften viser, skal jeg i dette punktet se på hvordan Høyesterett tar stilling til om myndighetsmisbrukslæren kan utgjøre en skranke for Stranda Hamnevesen KF. Ettersom det er tre ulike tilnærminger til dette spørsmålet, vil disse tre presenteres.

*Flertallets vota* er skrevet av dommer Webster, som kom frem til at Hurtigruten ikke kunne kreves for passasjervederlag. Konklusjonen baserte hun på at det ikke forelå noen avtale mellom kommunen og Hurtigruten. Denne konklusjonen kunne hun kommet frem til uten å redegjøre for myndighetsmisbrukslærens anvendelse i saken. Når hun likevel tar stilling til misbrukslærens anvendelse, tilsier det at temaet har vært viktig for Høyesterett å få belyst.

Etter en gjennomgang av havnevesenets rettslige rammer etter havneloven går hun videre til spørsmålet om de offentligrettslige skrankene setter begrensninger for kommunen. Fra avsnitt 30 siteres:

"Et offentlig organ som driver næringsvirksomhet, vil være bundet av «visse offentligrettslige skranker», jf. Rt-2012-1444 avsnitt 53, med videre henvisninger.

Førstvoterende viderefører her uttalelsen fra Rt. 2012 s. 1444. Hun er følgelig av den oppfatning at misbrukslæren kan fungere som en skranke på kommunens næringsvirksomhet.

*Mindretallets votum* er ført i pennen av Ringnes, som kom frem til at anken fra kommunen førte frem. I motsetning til førstvoterende, la han til grunn at det var inngått avtale mellom Hurtigruten og kommunen, og at denne var basert på havnevesenets prisvilkår.<sup>107</sup>

I avsnitt 51 starter annenvoterende med å se på om passasjervederlaget er rettstridig. Hva gjelder anvendelsen av misbrukslæren i et tilfelle som dette, er annenvoterende enig med førstvoterende:

"I Rt-2009-1356 avsnitt 31 og Rt-2012-1444 avsnitt 53 er det forutsatt at myndighetsmisbrukslæren får anvendelse når det offentlige handler i kraft av privatrettslig autonomi, noe også jeg legger til grunn."

I motsetning til førstvoterende, så uttaler imidlertid Ringnes at "myndighetsmisbrukslæren" kommer til anvendelse. Han tar således ikke et forbehold om at det kun var forbudet mot usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling som gjelder, men alle forbudene som følger av læren.<sup>108</sup>

*Skoghøy* har tatt ut en særmerknad i dommen. Han kom i likhet med førstvoterende frem til at det ikke forelå noe privatrettslig grunnlag for at kommunen skulle kunne kreve Hurtigruten for passasjervederlaget.

Hva gjelder anvendelsen av misbrukslæren, så starter *Skoghøy* med å vise til flere uttalelser fra Sivilombudsmannen.<sup>109</sup> Disse uttalelsene nevner han som eksempler på at myndighetsmisbrukslæren også gjelder når forvaltningen utøver forretningsvirksomhet eller på annen måte opptrer gjennom privat autonomien. Han legger videre til grunn at

"[d]enne rettsoppfatningen er blitt bekreftet av Høyesterett i Rt-2009-1356 avsnitt 31 og Rt-2012-1444 avsnitt 53. Det må etter dette anses som *sikker rett* at myndighetsmisbrukslæren også gjelder når offentlige organer opptrer med hjemmel i privatautonomien" (min kursivering).

---

<sup>107</sup> Jf. Rt. 2015 s. 765 avsnitt 46-47.

<sup>108</sup> Se punkt 5.4.1 om førstvoterendes uttalelse i Rt. 2015 s. 795 avsnitt 31.

<sup>109</sup> Som eksempler viser han til SOMB-1979-43 (se punkt 3.2), SOMB-1998-94 (se punkt 3.2). Han viste også til SOMB-2009-4 og SOMB-1997-12 hvor Sivilombudsmannen kom med helt generelle ytringer som ikke hadde betydning for ombudsmannens standpunkt i saken, se særlig SOMB-2009-4 s. 66 siste spalte.

Fra de mer nøytrale uttalelser fra først- og annenvoterende, så anser Skoghøy at misbrukslæren kommer til anvendelse på forvaltningens disposisjoner med hjemmel i privat autonomien som *sikker rett*. Avgjørende for hans syn, virker å være det standpunkt Høyesterett tok i dommene fra 2009 og 2012.<sup>110</sup>

Skoghøy kom med noen oppsummerende setninger vedrørende myndighetsmisbrukslæren i avsnitt 75.<sup>111</sup> De forbud i misbrukslæren som var relevante for saken var

"kravet om likebehandling og kravet om at offentlige organer ikke skal ta *usaklige hensyn*. Disse kravene gir uttrykk for grunnleggende etiske retningslinjer for hva som er akseptabel opptreden av offentlige organer, og må klart gjelde for havnevesenets forretningsvirksomhet" (min kursivering).

I motsetning til de øvrige vota, så legger Skoghøy til grunn at forbudet mot å ta *usaklige hensyn* kommer til anvendelse i tillegg til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.<sup>112</sup> Hvilke forbud av misbrukslæren som kan komme til anvendelse har ikke vært nærmere problematisert tidligere. I dommen fra 2009 ble det kun vist til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet.<sup>113</sup> Det vil fremstå som usammenhengende dersom bare deler av misbrukslæren skulle komme til anvendelse. Hvilket forbud som kan være relevant i den konkrete sak vil variere, noe som tilsier at alle forbudene skal kunne fungere som en skranke. At Skoghøy anvender forbudet mot å ta usaklige hensyn, må følgelig kunne sies å være i tråd med den rettsoppfatning som råder.

Til dette kan det tilføyes at både først- og annenvoterende la særlig vekt på departementets forutsetning om at havnevesenet forretningsdrift skulle følge alminnelige markedsmekanismer og fri prisdannelse.<sup>114</sup> I forlengelsen av dette la de videre til grunn at det offentlige skulle ha *betydelig frihet* i sin forretningsdrift, og at en kommune må legge vekt på de hensyn den finner *forretningsmessig*

---

<sup>110</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 73, jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31, jf. Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 53.

<sup>111</sup> Jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 102.

<sup>112</sup> Se Rt. 2015 s. 795 avsnitt 31 og 57 hvor først- og annenvoterende angir at reglene om usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling kan komme til anvendelse

<sup>113</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31 og Rt. 2012 s. 1444 som viste til uttalelsen fra 2009.

<sup>114</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 29 og 52, jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 102.

*forsvarlig*.<sup>115</sup> Med et slikt standpunkt, fremstår det også naturlig at de ikke anser forbudet mot å ta usaklige hensyn relevant i denne saken.

Slik de ulike vota har blitt presentert kan man med sikkerhet slå fast at myndighetsmisbrukslæren kommer til anvendelse når forvaltningen foretar disposisjoner på grunnlag av privatautonomien.

Som fremholdt tidligere i avhandlingen, er det likevel en vesensforskjell på de disposisjoner forvaltningen foretok i avgjørelsene inntatt i Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444, og tilsidesettelse av en avtale.<sup>116</sup> Dette til tross for at også forvaltningens privatrettslige avtaler tilhører forvaltningens private autonomi som kompetansegrunnlag. Høyesterett har imidlertid ikke tatt stilling til denne nyanseringen. Ettersom det i denne saken er gyldigheten til en privatrettslig avtale som er tema, så må Høyesteretts standpunkt forstås slik at læren *også* omfatter forvaltningens privatrettslige avtaler.

Det kan dermed konkluderes med at myndighetsmisbrukslæren *kan* komme til anvendelse på forvaltningens privatrettslige avtaler.

Hvorvidt misbrukslæren faktisk kommer til anvendelse i den konkrete sak, og hvilken gjennomslagskraft den har på avtalen, avhenger av lærens rekkevidde.

## **5.5 Rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren**

For oversikten sin del, vil jeg presisere nærmere med hva jeg legger i *rekkevidden* til misbrukslæren. Bakgrunnen for den valgte terminologi er måten Høyesterett har gått frem i premissene. Etter å ha fastslått at misbrukslæren utgjør et relevant rettsgrunnlag på forvaltningens privatrettslige avtaler, blir spørsmålet i hvilken grad læren kommer til anvendelse i en *konkret* sak. I hvilken grad misbrukslæren kommer til anvendelse avhenger av rekkevidden. Et aspekt ved misbrukslærens rekkevidde, er at gjennomslagskraften øker i takt med rekkevidden.

---

<sup>115</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30 og 51.

<sup>116</sup> Se punkt 4.5.

*Gjennomslagskraften* kan illustreres slik: Skoghøy som fastslo at misbrukslæren hadde stor rekkevidde i saken, la videre til grunn at misbrukslæren kom til anvendelse "på *samme måte* som ved regulær myndighetsutøvelse" (min kursivering).<sup>117</sup> Annenvoterende kom derimot til at misbrukslæren hadde liten rekkevidde i saken. Han uttalte følgelig at dette måtte tilsi at terskelen for å gripe inn "må ligge *relativt høyt*" (min kursivering).<sup>118</sup>

Høyesterett la til grunn et utgangspunkt for fastsettelsen av rekkevidden til misbrukslæren i Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 53, hvor det fremgikk at misbrukslæren gjør seg særlig gjeldende når det er nær forbindelse mellom kravet og offentlig myndighetsutøvelse. Det som nå skal analyseres er hvordan dommerne går frem for å fastsette rekkevidden av misbrukslæren i denne saken, og hvilke momenter som vektlegges.

### **5.5.1 Førstvoterendes syn på rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren**

Like etter å ha fastslått at læren kan komme til anvendelse, starter førstvoterende med å ta stilling til rekkevidden av misbrukslæren i saken. I avsnitt 30 fremgår det at:

"Som fremholdt av Sivilombudsmannen i sak SOMB-1998-94, må imidlertid utgangspunktet være at det offentlige har betydelig frihet i sin forretningsdrift."

Sivilombudsmannens uttalelse som ble gjennomgått i punkt 3.2 var langt mer grundig gjennomarbeidet enn uttalelsene fra Høyesterett i Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444. Når førstvoterende i denne saken anvender SOMB-1998-94 som støtteargument, bidrar det til å styrke den rettslige argumentasjonen. Førstvoterende fortsetter med den mer nyanserte tilnærmingen til misbrukslærens anvendelsesområde som fant sted i Rt. 2012 s. 1444 og SOMB-1998-94, og bygger videre på denne i avsnitt 30:

"Hvor langt alminnelig forvaltningsrettslige regler kommer til anvendelse ved siden av de privatrettslige, vil variere fra saksområde til saksområde. Jo større likhet det er mellom næringsvirksomheten og vanlig forvaltning, eller desto mer forretningsdriften i realiteten innebærer forvaltning, jo større grunn vil det være til å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse."

---

<sup>117</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 74.

<sup>118</sup> *Ibid.* avsnitt 54.



Her kommer førstvoterende med en konstatering om at lærens anvendelse ved siden av privatrettslige regler, vil variere. Dernest foretar hun en presisering av et moment hun mener man må ta utgangspunkt i, for å fastslå lærens rekkevidde. Dersom den offentlige forretningsdriften i realiteten innebærer forvaltning – og desto større likhet mellom driften og forvaltning – så vil det være naturlig å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse. Rent språklig, er dette en ny måte å angi metoden for å fastslå anvendelsesområdet til læren. I realiteten er dette innholdsmessig svært likt uttalelsen i Rt. 2012 s. 1444 avsnitt 53, hvor det legges til grunn at lærens anvendelsesområde kan begrunnes særlig, dersom det er nær forbindelse mellom kravet og offentlig myndighetsutøvelse.

En annen side ved uttalelsen til førstvoterende, er hvordan at hun legger opp til at de offentligrettslige skrankene skal kunne komme til anvendelse *ved siden* av de privatrettslige. Man står således overfor to forskjellige regelsett som kan komme til anvendelse, noe som reiser særskilte rettskildemessige problemstillinger.

I avsnitt 31 drøfter førstvoterende om Stranda Hamnevesen KFs næringsvirksomhet er av en slik offentligrettslig art at forvaltningsrettslige regler kan komme til anvendelse:

"I dette tilfellet forvalter Stranda Hamnevesen KF et *knapphetsgode*, en offentlig havn som skal *dekke generelle samfunnsbehov*. Dette trekker i retning av at forvaltningsrettslige regler kan komme til anvendelse" (min kursivering).

Her angir førstvoterende forhold som hun mener er av betydning for om de forvaltningsrettslige reglene kan komme til anvendelse i saken. At kommunen forvalter et *knapphetsgode* har klare likheter til faktisk monopol.<sup>119</sup> Selv om ikke førstvoterende foretar en slik sammenligning, så utgjør det et moment som tilsier at læren skal komme til anvendelse i denne saken.

At kommunens virksomhet også skal *dekke generelle samfunnsbehov*, er et nytt bidrag til den rettslige vurderingen. Dette er et naturlig moment i vurderingen, ettersom det å disponere over midler som skal komme befolkningen til gode, har et klart offentligrettslig preg.

I samme avsnitt påpeker hun likevel følgende:

---

<sup>119</sup> Slik som Eckhoff 1963 s. 227. For øvrig vises det til redegjørelsen om monopol i punkt 3.2 og 4.4.

"På den andre siden forutsettes det i proposisjonen at det i første rekke er de privatrettslige skrankene som gjelder for prising av vederlag for bruk av tjenestene. Både ut fra virksomhetens forretningsmessige karakter og bemerkningene i proposisjonen er det naturlig at spørsmålet om kravet på passasjerlederlag må settes til side, primært må løses ut fra privatrettslige regler."

Proposisjonen til havneloven var klar på at havnens forretningsdrift skulle følge alminnelige markedsmekanismer og fri prisdannelse, noe førstvoterende her viser til.<sup>120</sup>

Havnevirksomhetens *forretningsmessige karakter* og den generelle *næringsfriheten* begrenser således anvendelsen og rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren.

På bakgrunn av denne avveiningen kom førstvoterende frem til at spørsmålet primært må løses ut fra privatrettslige regler. Med dette kan det fastslås at førstvoterende legger til grunn at misbrukslærens rekkevidde i denne saken er lav.

Til tross for et slikt syn på lærens rekkevidde i saken, legger hun likevel til grunn at

"[d]e offentligrettslige reglene, blant annet reglene om usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling, vil komme supplerende inn i den grad det er naturlig ut fra havnevirksomhetens forvaltningsmessige karakter."

Sett i lys av førstvoterendes uttalelse i avsnitt 30, hvor hun poengterte at de forvaltningsrettslige reglene kommer til anvendelse ved siden av de privatrettslige, så utgjør dette en naturlig avslutning på den rettslige fremstillingen. En viktig side av denne uttalelsen er at det ikke oppstår en konkurranse mellom to ulike regelsett. De privatrettslige reglene vil uansett ligge i bunn og regulere rettsforholdet, og misbrukslæren får anvendelse ut fra dens rekkevidde og gjennomslagskraft i saken.<sup>121</sup>

En annen bemerkning til uttalelsen, er formuleringen "blant annet", ved henvisning til reglene om usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling. I likhet med Høyesteretts premiss i Rt. 2009 s.

---

<sup>120</sup> Jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 179 og s. 101.

<sup>121</sup> Se for øvrig Boe og Woxholth: *Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delene?* Festskrift til Jan Fridtjof Bernt 2013 s. 81-84, hvor det ulike grenselandsspørsmål drøftes i relasjon til myndighetsavtaler.

1356, så viser hun kun til forbudene mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet.<sup>122</sup> Den mest naturlige måten å forstå førstvoterendes uttalelse på, er at hun legger opp til at det kun er misbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet som kan komme til anvendelse. Slik at disse forbud kommer til anvendelse i tillegg til de alminnelige reglene om for eksempel habilitet og veiledningsplikt.

### **5.5.2 Annenvoterendes syn på rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren**

Annenvoterendes syn på rekkevidden av misbrukslæren starter i avsnitt 51. Etter å ha slått fast at misbrukslæren kan komme til anvendelse uttaler han følgende:

"Som førstvoterende antyder må imidlertid rekkevidden av et slikt offentligrettslig regelsett variere alt etter hvilket saksområde anvendelsen gjelder, og slik at gjennomslagskraften øker jo nærmere virksomheten er tilknyttet offentlig myndighetsutøvelse."

Her gir annenvoterende uttrykk for at han deler det utgangspunkt som førstvoterende har vedrørende rekkevidden til misbrukslæren. Videre viser også annenvoterende til SOMB-1998-94 og presiserer at det offentlige har betydelig frihet i sin forretningsdrift.

I likhet med førstvoterende, viser også annenvoterende til proposisjonens side 101 og 179, hvor det forutsettes at havnevirksomheten skal følge ordinære markedsmekanismer og fri prisdannelse.<sup>123</sup> Annenvoterende går imidlertid lengre, og viser i tillegg til proposisjonens s. 102 hvor departementet videre bemerker at

"prisfastsettelsen vil underlegges de samme rettsregler og kontroll som annen prising i næringslivet. Det vil i utgangspunktet ikke være noe forbud mot for eksempel å innrømme rabatter og lignende, så lenge dette er i tråd med de alminnelige konkurranse- og prisrettslige regler".

Ved å henvise til de alminnelige konkurranse- og prisrettslige regler, så gir annenvoterende uttrykk for at departementet la til grunn at misbruk av en dominerende markedsposisjon må

---

<sup>122</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31 hvor Høyesterett uttalte at handlefriheten til staten i tillegg ville være begrenset av blant annet "myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet".

<sup>123</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 52, jf. Ot.prp. nr. 75 (2007-2008) s. 101 og 179.

vurderes etter konkurranselovens regler, jf. konkurranseloven<sup>124</sup> § 11. Departementets uttalelse er – for sakens problemstilling – den eneste autorative skriftlige kilden som gir noen anvisning på hvilket regelsett man skal anvende.<sup>125</sup> Når annenvoterende vektlegger departementets syn i sin argumentasjon, vil det i utgangspunktet anses som en velbegrunnet og forsvarlig rettskildebruk. En fare ved å ta departementets syn på ordet, er at man anvender uttalelsen på en juridisk problemstilling som var vanskelig for lovkonsipistene å forutse. Proposisjonen er dessuten utferdiget ett år før Høyesterett avsa dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1356. Det har da formodningen mot seg at de skulle komme med bemerkninger om at også misbrukslæren skulle fungere som en skranke for de kommunale havnene. Dette må tilsi at forarbeidenes anvisning på regelsett ikke bør tillegges avgjørende vekt. Etttersom annenvoterende vektlegger uttalelsen i retning av at misbrukslærens rekkevidde er lav, fremstår dette momentet heller tvilsomt.

Innsigelsene fra Hurtigruten knyttet seg hovedsakelig til at prisen innebærer en usaklig forskjellsbehandling av Hurtigruten i forhold til andre kunder. I avsnitt 53 bemerker annenvoterende at det etter hans syn først og fremst er konkurranseloven § 11 som setter rammene for dette spørsmålet. Etter dette kommer annenvoterende frem til at spørsmålet om kravet på passasjervederlag, primært må løses ut fra privatrettslige regelsett og konkurranseloven.<sup>126</sup>

Etter å ha tatt et standpunkt, gir annenvoterende likevel føringer på rekkevidden av misbrukslæren i avsnitt 54. Først konstaterer han at det ikke kan utelukkes at misbrukslæren kan utgjøre et supplement for kommuners havnevirksomhet, noe som støtter førstvoterendes konklusjon. Dernest presiserer han imidlertid at

"det forholdet at denne virksomheten av lovgiver er forutsatt å skulle utøves på rent kommersielt grunnlag, må tilsi at terskelen for å gripe inn overfor den pris og øvrige forretningsvilkår som settes, må ligge relativt høyt. Dette må gjelde selv om havnevirksomhet til dels kan sies å ligge tett opp til ordinær forvaltningsmyndighet, blant annet gjelder det mottakplikten etter havneloven § 39".

---

<sup>124</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

<sup>125</sup> Se Skoghøy 1994 s. 840, hvorav autorative rettskilder defineres som "rettsakter som bygger på en eller annen form for myndighet til å gi bestemmelser som er bindende for borgerne eller offentlige organer".

<sup>126</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 53.

Annenvoterende har ikke vist til andre forhold enn mottakplikten som tilsier at havnevirksomheten ligger tett opp til ordinær forvaltningsmyndighet. Dette medfører at det er vanskelig å fastslå med sikkerhet hvilke forhold han har vektlagt ved vurderingen av rekkevidden til misbrukslæren.

Hva gjelder havneloven § 39, så innebærer bestemmelsen at eiere og operatører av havner har "plikt til å motta fartøy i det omfang plassforholdene tillater det".

Ved å oppsette en plikt for havnevesenet, innebærer det også en rettighet for fartøyene, herunder Hurtigruten. Et slikt rettighets- og pliktforhold – fastsatt med hjemmel i lov – medfører at virksomheten får et klart preg av myndighetsutøvelse. Når det i tillegg er bred enighet om at misbrukslærens rekkevidde avhenger av hvor nært virksomheten er forbundet med myndighetsutøvelse, taler gode grunner for å tillegge mottakplikten vekt.<sup>127</sup>

Til tross for det offentligrettslige preg mottakplikten innebærer, så mente annenvoterende at lovgivers forutsetninger i proposisjonen likevel måtte veie tyngre. Annenvoterende har således – i likhet med førstvoterende – fastslått at misbrukslæren har liten rekkevidde i saken.

Han finner det derfor mest naturlig å prøve gyldigheten av passasjerlederlaget etter konkurranseloven § 11. I avsnitt 56 uttaler han imidlertid:

"Når Hurtigruten AS ikke har søkt å dokumentere at passasjerlederlaget er i strid med denne bestemmelsen, finner jeg ikke å kunne ta stilling til om passasjerlederlaget som avkreves Hurtigruten AS, innebærer en utilbørlig utnyttelse av en dominerende markedsstilling".<sup>128</sup>

En naturlig forståelse av uttalelsen innebærer at annenvoterende ville løst sakens problemstilling basert på en prøving etter konkurranseloven § 11, men fordi dette ikke var tilstrekkelig dokumentert, både rettslig og faktisk, så kunne han ikke foreta en slik prøving.

---

<sup>127</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30, 51 og 73.

<sup>128</sup> Se også avsnitt 55, hvor annenvoterende viser til Hurtigrutens anførsler om at passasjerlederlaget var i strid med avtaleloven § 36 og pristiltaksloven § 2 (Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak). Fordi han ikke fant at passasjerlederlaget var i strid med misbrukslæren, kunne han heller ikke se at lederlaget var i strid med disse bestemmelsene.

Uttalelsen bidrar også til å synliggjøre et spørsmål av interesse av handlingen: er det behov for at misbrukslæren skal fungere som et alternativt rettsgrunnlag for ugyldighet.<sup>129</sup>

Etter å ha gått bort fra de privatrettslige regler, starter annenvoterende i avsnitt 58 med å vurdere om kravet på passasjervederlag, " må karakteriseres som usaklig eller vilkårlig forskjellsbehandling etter myndighetsmisbrukslæren". Til den påfølgende subsumsjonen som annenvoterende foretar i avsnitt 58-63 vil jeg vise hvilken *gjennomslagskraft* annenvoterende tillegger misbrukslæren i saken.

På grunn av virksomhetens karakter, var det mest naturlig å sammenligne Hurtigruten med cruiseskipene som benyttet seg av havnefasilitetene, i stedet for Geiranger Fjordservice AS.<sup>130</sup> Til tross for at cruisepassasjerene benyttet en teknisk mer omfattende kai, som også var mer kostbar for kommunen, så kunne ikke annenvoterende underkjenne en manglende prisdifferensiering mellom cruiseskipene og Hurtigruten.<sup>131</sup> Avgjørende for annenvoterende var proposisjonens forutsetning om at havnevirksomheten skulle driftes etter fri prisdannelse, noe som medfører at havnen kunne ta den prisen markedet var villig til å betale. Med en slik argumentasjon ser man hvor lite gjennomslagskraft annenvoterende gir misbrukslæren i denne saken.

Hurtigruten hadde anført at de ble diskriminert fordi de måtte betale for samtlige passasjerer om bord, og ikke utelukkende for de som gikk i land. Dette tilsvarte omtrent 30 prosent av passasjerene.<sup>132</sup> Annenvoterende erkjente at det var en *vesentlig* forskjell i bruken av kaianlegget mellom hurtigrutepassasjerene og cruisepassasjerene. Til tross for dette, hadde han vanskelig for å se at dette representerte en rettsstridig diskriminering av Hurtigruten. Ringnes la til grunn at det ut fra forretningsmessige hensyn måtte være adgang til å ha sjablongmessige beregninger av passasjeravgiften.<sup>133</sup>

Etter dette konkluderte annenvoterende med at det ikke var foretatt noen diskriminering og at kommunens anke førte frem.

---

<sup>129</sup> Se punkt 7.

<sup>130</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 58-59.

<sup>131</sup> *Ibid.* avsnitt 60-61. På grunn av internasjonale sikkerhetskrav etter ISPS-regelverket, så stilles det strengere sikkerhetskrav til cruiseskip som seiler internasjonalt.

<sup>132</sup> *Ibid.* avsnitt 62.

<sup>133</sup> *Ibid.* avsnitt 63.

Annenvoterende førte vurderte havnevirksomheten på en slik måte at det ikke lå til rette for at myndighetsmisbrukslæren skulle komme til anvendelse. Denne vurderingen gjenspeiles i hvor lite gjennomslagskraft han gir læren i denne saken.

### 5.5.3 Skoghøys syn på rekkevidden av myndighetsmisbrukslæren

Som fremholdt ovenfor, kom Skoghøy frem til at det ikke forelå privatrettslig grunnlag for å kreve passasjerlederlaget fra Hurtigruten.<sup>134</sup> Ettersom Skoghøy allerede har konkludert med at kommunens krav ikke kan føre frem, så utgjør de påfølgende premisser den *konstruerte ratio decidendi*.<sup>135</sup>

Etter å ha lagt til grunn at det er sikker rett at misbrukslæren kommer til anvendelse på forvaltningens disposisjoner i regi av privatautonomien, foretar Skoghøy en kjent nyansering av lærens rekkevidde:

"Hvor strengt myndighetsmisbrukslæren skal håndheves ved utøvelse av offentlig næringsvirksomhet, avhenger av virksomhetens karakter og hvor nært den er forbundet med utøvelse av offentlig myndighet."

Rent språklig, skiller formuleringen til Skoghøy seg fra både først- og annenvoterende.<sup>136</sup> Det rettslige innholdet i han gir uttrykk for, er likevel den samme. Samtlige dommere tar følgelig utgangspunkt i en *relativ* glideskala ved fastsettelsen av rekkevidden for lærens anvendelsesområde.

Det som skiller Skoghøys vota fra de andre, er hvordan han fastsetter rekkevidden til misbrukslæren i havnevesenets tilfelle. I avsnitt 74 innledes denne vurderingen:

"Mellom havnevesenets myndighetsutøvelse og forretningsdrift er det en nær sammenheng. Dette kommer blant annet til uttrykk i havneloven § 25 første ledd, som oppstiller som vilkår for at kommunen skal kunne kreve anløpsavgift, at kommunens kostnader til myndighetsutøvelse og til å legge til rette for sikkerhet og fremkommelighet

---

<sup>134</sup> Se punkt 5.4 og Rt. 2015 s. 795 avsnitt 71-72.

<sup>135</sup> Jf. Skoghøy 2002 s. 335 og Eckhoff/Helgesen 2001 s. 165. Med "konstruert ratio decidendi" menes rettssetninger som retten ikke har benyttet som begrunnelse, men som kunne ha vært benyttet.

<sup>136</sup> Se Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30 og 51.

i kommunens sjøområde, ikke kan kreves dekket ved betaling for tjenester som ytes i havnen."

Dette utgjør en interessant tilnærming som de øvrige vota har utelatt. Som Skoghøy påpeker, så vil inntektene som havnen får av de vanlige tjenestene i havnen, som for eksempel kai- og passasjervederlag, direkte påvirke hvor mye kommunen kan kreve i anløpsavgift. Å kreve anløpsavgift innebærer som nevnt i punkt 5.1 (petitavsnittet) offentlig myndighetsutøvelse. Når størrelsen på anløpsavgiften avhenger av hvor mye man tjener på den forretningsmessige delen av havnevirksomheten, ser man at det foreligger en nær sammenheng mellom kommunens myndighetsutøvelse og næringsvirksomhet. Dette taler for at misbrukslæren kommer til anvendelse med stor gjennomslagskraft.<sup>137</sup>

Videre i avsnitt 74 finner Skoghøy det relevant å vektlegge at

"Stranda Hamnevesen befinner seg i en *faktisk monopolsituasjon*, og at eiere og operatører av havner og havneterminaler etter havneloven § 39 har plikt til å motta fartøy i det omfang plassforholdene tillater det" (min kursivering).

Med denne uttalelsen ser man at Skoghøy anvender *faktisk monopolsituasjon* som et moment av betydning for misbrukslærens rekkevidde. Til tross for at først- og annenvoterende ikke tok opp dette momentet, har en slik tankegang uansett støtte i juridisk teori. Som påpekt i avhandlingens punkt 3.2, utgjorde monopol et rimelig og velbegrunnet moment for at misbrukslæren skal få et utvidet anvendelsesområde.<sup>138</sup>

Som nevnt ovenfor, har mottaksplikten etter havneloven § 39 klare offentligrettslige elementer.<sup>139</sup> I motsetning til annenvoterende, så legger imidlertid Skoghøy stor vekt på mottaksplikten. Til sammen tilsa disse forhold etter Skoghøys mening

"at myndighetsmisbrukslæren her må komme til anvendelse på *samme måte* som ved regulær myndighetsutøvelse" (min kursivering).<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Her kan det imidlertid bemerkes at desto større inntekt kommunen får gjennom næringsvirksomheten til havnen, desto mindre kan de kreve i anløpsavgift, jf. havneloven § 25, jf. §§ 47-48.

<sup>138</sup> Se punkt 4.2 hvor det også vises til Eckhoff 1963 s. 227 og Graver 2014 s. 62. Også Aasebø 2001 s. 805 har lagt til grunn en slik argumentasjon i sin artikkel: *Saklighetskrav til forretningsavtaler i et marked med rettslige etableringssperre*. Som tittelen viser, avgrensner han imidlertid mot rettslige monopoler.

<sup>139</sup> Jf. analysen i punkt 5.5.2.



Skoghøys standpunkt innebærer følgelig at misbrukslæren har slik en rekkevidde at den gir samme gjennomslagskraft som ved alminnelig myndighetsutøvelse. Sett i lys av de andre vota i saken, utgjør dette naturligvis et diskutabelt standpunkt.

Både førstvoterende og annenvoterende la vekt på proposisjonens forutsetning om at havnevesenets næringsvirksomhet skulle basere seg på fri prisdannelse og alminnelige markedsmekanismer.<sup>141</sup> Disse forutsetningene fra departementet har Skoghøy utelatt fra sitt votum, noe som kan tilsi at hans standpunkt i relasjon til misbrukslærens rekkevidde og gjennomslagskraft svekkes. Sett i lys av hans resonnement om Stranda Hamnevesens monopolsituasjon, anløpsavgiften og mottakplikten etter havneloven § 39, synes han imidlertid å legge til grunn at disse momentenes betydning trumfer departementets forutsetning. Slik Skoghøys uttalelser er analysert i dette punkt, fremstår hans synspunkt såpass velbegrunnet at en slik rettsanvendelse kan forsvares.

Selv om Skoghøy tok et standpunkt til misbrukslærens rekkevidde i avsnitt 74, så kommer han med en kommentar til proposisjonens føringer om at konkurranseloven skulle gjelde.<sup>142</sup> Til dette hadde annenvoterende vist til at det var forutsatt at konkurranseloven § 11 skulle komme til anvendelse.<sup>143</sup> Skoghøy på sin side, påpekte at:

"Dette kan imidlertid selvsagt ikke forstås slik at det offentlige på dette området ikke er bundet av myndighetsmisbrukslæren. Konkurranselovgivningen og myndighetsmisbrukslæren har *forskjellige formål*. Mens konkurranselovgivningen skal sikre effektiv ressursutnyttelse og sunn konkurranse mellom næringsdrivende, stiller myndighetsmisbrukslæren krav til hvordan offentlige organer kan opptre overfor borgerne" (min kursivering).

Slik Skoghøy har formulert seg her, så kan det virke som det foreligger en uenighet mellom annenvoterende og Skoghøy, hva gjelder forståelsen av proposisjonen. Når annenvoterende tilføyer at proposisjonen henviser til konkurranselovgivningen, så legger han til grunn at dette er det primære regelsett som setter skranke for havnevirksomheten. Han utelukker dermed

---

<sup>140</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 74.

<sup>141</sup> Jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 101 og s. 179.

<sup>142</sup> Jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 102.

<sup>143</sup> Se Rt. 2015 s. 795 avsnitt 53-54.

ikke at misbrukslæren også kan fungere som et supplement. I relasjon til en angivelig uenighet mellom dommerne, så fremstår Skoghøys bemerkning noe unødvendig.

Det som likevel er svært interessant med Skoghøys uttalelse, er at han viser til at misbrukslæren har *forskjellige formål* fra konkurranselovgivningen. Ved å utelate misbrukslæren fra den rettslige behandlingen vil man således kunne havne i en posisjon hvor partene i en sak har beskyttelsesverdige interesser som ikke blir dekket av de gjeldende regelsett. Å påpeke at de forskjellige regelsett har forskjellige formål, fremstår følgelig som et hensiktsmessig syn. Dette trenger naturligvis ikke å gjelde i alle situasjoner. En slik formålsorientert tilnærming forutsetter imidlertid at de formål misbrukslæren søker å ivareta, gjør seg gjeldende i den konkrete saken.

Etter å ha avfeid de synspunkter som kan utledes fra proposisjonen, så angir Skoghøy noen oppsummerende setninger vedrørende myndighetsmisbrukslæren i avsnitt 75.<sup>144</sup> De forbud i misbrukslæren som var relevante for saken var

"kravet om likebehandling og kravet om at offentlige organer ikke skal ta *usaklige hensyn*. Disse kravene gir uttrykk for grunnleggende etiske retningslinjer for hva som er akseptabel opptreden av offentlige organer, og må klart gjelde for havnevesenets forretningsvirksomhet" (min kursivering).

I motsetning til de øvrige vota, så legger Skoghøy til grunn at forbudet mot å ta *usaklige hensyn* kommer til anvendelse i tillegg til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.<sup>145</sup> Hvilke forbud av misbrukslæren som kan komme til anvendelse har ikke vært nærmere problematisert tidligere. I dommen fra 2009 ble det kun vist til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet.<sup>146</sup> Det vil fremstå som usammenhengende dersom bare deler av misbrukslæren skulle komme til anvendelse. Hvilket forbud som kan være relevant i den konkrete sak vil variere, noe som tilsier at alle forbudene skal kunne fungere som en skranke. At Skoghøy anvender forbudet mot å ta usaklige hensyn, må følgelig kunne sies å være i tråd med den rettsoppfatning som råder.

---

<sup>144</sup>Jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 102.

<sup>145</sup> Se Rt. 2015 s. 795 avsnitt 31 og 57 hvor først- og annenvoterende angir at reglene om usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling kan komme til anvendelse

<sup>146</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 31 og Rt. 2012 s. 1444 som viste til uttalelsen fra 2009.

Til dette kan det tilføyes at både først- og annenvoterende la særlig vekt på departementets forutsetning om at havnevesenet forretningsdrift skulle følge alminnelige markedsmekanismer og fri prisdannelse.<sup>147</sup> I forlengelsen av dette la de videre til grunn at det offentlige skulle ha *betydelig frihet* i sin forretningsdrift, og at en kommune må legge vekt på de hensyn den finner *forretningsmessig forsvarlig*.<sup>148</sup> Med et slikt standpunkt, fremstår det også naturlig at de ikke anser forbudet mot å ta usaklige hensyn relevant i denne saken.

Den konkrete drøftelsen vedrørende gyldigheten av passasjerlederlaget finner sted i avsnitt 76 til 83. Til denne drøftelsen vil jeg komme med noen bemerkninger som viser hvilken gjennomslagskraft Skoghøy tillegger misbrukslæren.

I motsetning til annenvoterende, finner Skoghøy det relevant å sammenligne Hurtigruten med Geiranger Fjordservice.<sup>149</sup> At kommunen vektla, på et tidligere stadium av saken, at Geiranger Fjordservice hadde lokal forankring, var et klart usaklig hensyn.<sup>150</sup>

I relasjon til de øvrige cruiseskip som ankrer opp og betaler passasjerlederlag, kom Skoghøy frem til at Hurtigruten også var blitt forskjellsbehandlet på en usaklig måte. I avsnitt 78 viser han til at den tjenesten som tilbys av cruisepassasjerer ved havnen er av en helt annen karakter, hvor det fremheves at hurtigrutepassasjerenes bruk er langt mer beskjeden. Videre i avsnitt 79 til 82 tar Skoghøy for seg den beløpsmessige prisingen – sammenholdt med utgiftene til havnen – og kom frem til at prisen Hurtigruten måtte svare for innebar en usaklig forskjellsbehandling. Skoghøy behandler de samme faktiske omstendigheter som annenvoterende. Dommerne kom likevel frem til at misbrukslæren hadde ulik rekkevidde og gjennomslagskraft i saken, noe som vises svært godt i den påfølgende prøvingen.

Han konkluderer videre med at kravet på passasjerlederlag faller bort i sin helhet.<sup>151</sup>

Med dette ser man at Skoghøy legger til grunn at *konsekvensen* av brudd på misbrukslæren innebærer ugyldighet, og at kravet bortfaller i sin helhet.<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 29 og 52, jf. Ot.prp.nr. 75 (2007-2008) s. 102.

<sup>148</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30 og 51

<sup>149</sup> *Ibid.* avsnitt 58, hvor annenvoterende la vekt på at Geiranger Fjordservice sin virksomhet ikke hadde slike likhetstrekk til Hurtigrutens virksomhet at de måtte undergis de samme regler for passasjerbetaling.

<sup>150</sup> *Ibid.* avsnitt 77.

<sup>151</sup> *Ibid.* avsnitt 84.

<sup>152</sup> I likhet med Rt. 2012 s. 1444

## 5.6 Dommens betydning for myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningens privatrettslige avtaler

Som analysene i punkt 5.4 til 5.5 viser, har Høyesterett foretatt en grundig behandling av både anvendelsen til myndighetsmisbrukslæren, og dens rekkevidde. Gjennom de ovennevnte analyser har jeg søkt å få frem de momenter og hensyn som har begrunnet at misbrukslæren kan komme til anvendelse, og lærens rekkevidde og gjennomslagskraft. Disse utgjør nye bidrag til temaet og vil følgelig være relevante i den videre rettsanvendelse.

Jeg vil i dette punktet gi noen avsluttende bemerkninger av dommens betydning for myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningens privatrettslige avtaler.

*Dissensen* mellom først- og annenvoterende knytter seg til om det var inngått avtale eller ikke. Hva gjelder de rettslige utgangspunkter for anvendelsen og rekkevidden av misbrukslæren, førte samtlige vota en sammenfallende linje.<sup>153</sup> Uenigheten mellom annenvoterende og Skoghøy knyttet seg til de hovedsakelig til de faktiske omstendigheter

I motsetning til dommene inntatt i Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444, så omhandler saksforholdet i Rt. 2015 s. 795 en *avtale*. Som påpekt ovenfor, er det vesensforskjeller mellom forvaltningens disposisjoner med hjemmel i privat autonomien.<sup>154</sup> Når samtlige vota i dommen er enige om at misbrukslæren *kan* komme til anvendelse også på en avtale, må konsekvensen bli at det også utgjør gjeldende rett.

Flertallet i saken kom frem til at det ikke forelå noe privatrettslig grunnlag for kommunen å gjøre gjeldende passasjerlederlaget. Det er følgelig uvisst hvordan de øvrige dommerne i flertallet ville løst tvisten etter myndighetsmisbrukslæren. De konkrete drøftelsene av misbrukslæren er gjort av Skoghøy, i form av en *ratio decidendi*, og mindretallet. Disse forhold vil normalt tilsi at uttalelsene tillegges mindre vekt. Dette bidrar til at å skape en usikkerhet i tilknytning til misbrukslærens rekkevidde og gjennomslagskraft, særlig med tanke på at annenvoterende og Skoghøy vurderte havnevirksomheten vidt forskjellig.

---

<sup>153</sup> Jf. Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30, 51 og 73.

<sup>154</sup> Se analysen av Rt. 2009 s. 1356 i punkt 4.2 og Rt. 2012 s. 1444 i punkt 4.3.

Dommen står imidlertid i en særstilling som den eneste avgjørelsen fra Høyesterett hvor misbrukslæren anvendes på forvaltningens privatrettslige avtaler. At det bare er mindretallet og Skoghøy som tar stilling til gyldigheten av avtalen får dermed mindre betydning. I tillegg kommer det at begge vota fremstår velbegrunnede og godt bearbeidet.

### 5.6.2 Dommens betydning i senere rettspraksis

Rt. 2015 s. 795 har blitt gjengitt i to avgjørelser fra lagmannsretten, hvorav LH-2016-133696 belyser avhandlingens tema på en god måte.<sup>155</sup> Dommen fra Hålogaland lagmannsrett er som nevnt innledningsvis ikke rettskraftig ennå.<sup>156</sup> Lagmannsrettens tilnærming til myndighetsmisbrukslæren er uansett av interesse for avhandlingens tema, ettersom den reiser flere problemstillinger vedrørende lærens rekkevidde og gjennomslagskraft.

Spørsmålet i saken var blant annet om kaivederlaget Hurtigruten måtte betale til Bodø Havn var i strid med myndighetsmisbrukslæren, konkurranseloven §§ 10 og 11, pristiltaksloven § 2 og avtaleloven § 36.<sup>157</sup> Lagmannsretten viser til proposisjonen og Rt. 2015 s. 795, og bemerker at

"det i første rekke er privatrettslige regler som setter skranker for prising av vederlag for bruk av kai, selv om havnene forvalter et *knapphetsgode* som skal dekke *generelle samfunnsbehov*. I saken her kommer imidlertid i tillegg at Bodø Havn er i en *monopolsituasjon* overfor Hurtigruten. Etter lagmannsrettens syn får dette betydning både for anvendelsen av de privatrettslige regler og *for hvor strengt* læren om myndighetsmisbruk skal håndheves, jf. dommer Skoghøys særvotum i Rt-2015-795 avsnitt 74" (min kursivering).<sup>158</sup>

Lagmannsretten gir her uttrykk for de samme rettslige utgangspunkter som Høyesterett gjorde i Rt. 2015 s. 795. Som det fremgår av uttalelsen, så synes lagmannsretten å legge til grunn at

---

<sup>155</sup> Se også LA-2015-13881, hvor Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30 ble brukt som eksempel på at forvaltningsrettslige regler burde komme til anvendelse fordi Avinors virksomhet hadde offentligrettslig preg. Den sterke tilknytningen til myndighetsutøvelse fikk betydning for om det var inngått avtale mellom partene eller ikke.

<sup>156</sup> Dommen ble avsagt og forkynt partene den 3. april 2017. På grunn av rettsferie i forbindelse med påsken er det fortsatt litt tid igjen av fristen som i utgangspunktet er én måned jf. tvisteloven § 29-5 første ledd.

<sup>157</sup> Se punkt 5.3.1 om havnevesenets myndighetsutøvelse og forretningsdrift. De samme rammene gjør seg gjeldende i denne saken som i Rt. 2015 s. 795.

<sup>158</sup> Se LH-2016-133696 s. 29 i utskrift siste avsnitt.

Bodø Havn har en sterkere monopolsituasjon enn hva Stranda Hamnevesen hadde. På grunn av Kystavtalen med staten, så er Hurtigruten forpliktet til å legge til kai i Bodø daglig.<sup>159</sup> Med dette ser man at monopolsituasjonen blir sterkere.

På grunn av lagmannsrettens syn på saken, ble det uttalt at de *ikke* fant det

"nødvendig å ta stilling til om læren skal anvendes på *samme måte* som ved regulær myndighetsutøvelse" (min kursivering).<sup>160</sup>

Lagmannsretten kom frem til at misbrukslærens forbud *ikke* ble overskredet av Bodø Havn. Det virker dermed som om lagmannsretten knytter spørsmålet om lærens rekkevidde utelukkende til de rettslige følger som myndighetsmisbruk innebærer. Dette i motsetning til Skoghøy, som brukte rekkevidden til å fastslå hvor strengt de ulike forbudene skulle håndheves.<sup>161</sup>

Måten lagmannsretten tar utgangspunkt i misbrukslærens anvendelsesområde harmonerer med Rt. 2015 s. 765, noe som bidrar til å støtte opp Høyesteretts avgjørelse. Derimot synes lagmannsretten å ha feiltolket deler av Skoghøys vota, noe som ikke bør videreføres i senere praksis.

## 6. Avslutning

Avhandlingens tema har knyttet seg til myndighetsmisbrukslærens anvendelse på avtaler inngått av forvaltningen i kraft av deres private autonomi. Slik Høyesterett har formulert seg i premissene kan det for det første konkluderes med at misbrukslæren utgjør et relevant rettsgrunnlag også på forvaltningens privatrettslige avtaler.

Hva gjelder lærens rekkevidde og gjennomslagskraft tar den utgangspunkt i en relativ glideskala. Med dommen inntatt i Rt. 2015 s. 795, har Høyesterett tatt i bruk flere momenter og hensyn som gjør det lettere å fastslå konkret hvilken rekkevidde og gjennomslagskraft læren har for de ulike virksomhetene.

---

<sup>159</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/5c2e127112c743e48bed5c06a02f25a4/konkurransegrunnlag-kystruta-2012-2019.pdf> Se avtalens punkt 4.6 for kravet om rutetilbud.

<sup>160</sup> LH-2016-133696 s. 29 i utskrift siste avsnitt.

<sup>161</sup> Jf. Rt. 2015 s.795 avsnitt 74.

Selv om samtlige vota i Rt. 2015 s. 795 tok utgangspunkt i at læren også kan anvendes på forvaltningens privatrettslige avtaler, så er det fortsatt flere ubesvarte spørsmål. Dette gjelder særlig for konsekvensene av at det blir konstatert myndighetsmisbruk. Er det kun kontraktsmotparten som skal kunne gjøre gjeldende ugyldighetsinnsigelser, eller skal også tredjemenn, eller forvaltningen selv kunne påberope myndighetsmisbruk.<sup>162</sup>

Sett fra et normativt perspektiv finner jeg det tvilsomt om det er en god løsning at misbrukslæren også skal fungere som en lempningsregel. Gjennom analysene i denne avhandlingen har det fortsatt ikke vært belyst hvorvidt læren utgjør et nødvendig supplement til de privatrettslige reglene. Dersom det er et udekket behov for regulering, så kan jeg forstå at misbrukslæren utgjør et nødvendig supplement. Det ville vært formålstjenlig om også Høyesterett tok stilling til forskjellene mellom å gjøre gjeldende innsigelser som kreditor ved tvist, og det å inngå en avtale med en privat part.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> Se Hopsnes 2013 s. 198, hvor han viser til forvaltningsloven § 28 hvor de med rettslig klageinteresse har en beskyttet posisjon.

<sup>163</sup> Se punkt 4.4 hvor vesensforskjellene mellom avtaler og kreditorinnsigelser drøftes.

## **Litteraturliste**

### **Lover**

Lov 16. mai 1860 om sunnhetskommisjoner og om foranstaltninger i anledning av epidemiske og smittsomme sykdommer

Lov 14. desember 1917 nr. 17 om vasdragsreguleringer

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåter i forvaltningssaker

Lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift

Lov 17. desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling m.m.

Lov 8. juni 1984 nr. 51 om havner og farvann m.v.

Lov 8. januar 1993 nr. 3 om produksjonsavgift for elektrisk kraft

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann

### **Lovforarbeider**

### **Stortingsdokument**



NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning

### **Proposisjoner**

Ot.prp. nr. 75 (2007-2008) Om lov om havner og farvann

### **Juridisk teori**

Aasebø, Kristoffer: *Saklighetskrav til forretningsavtaler i et marked med rettslige etableringssperre*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2001 s. 789-869

Bernt, Jan Fridthjof, Overå, Oddvar og Hove, Harald: *Kommunalrett*, 4. utgave, Oslo 2002  
Tano

Bernt, Jan Fridthjof, Overå, Oddvar og Hove, Harald: *Kommunalrett*, 3. utgave, Oslo 1994  
Tano

Bernt, Jan Fridthjof, *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241-348

Boe, Erik Magnus og Woxholth, Geir: *Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delene?* Festskrift til Jan Fridtjof Bernt 2013 s. 81-97: (FEST-2013-jfb-81) Fagbokforlaget

Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten*, 3. utgave, Oslo 1955

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*, 10 utgave, Oslo 2014  
Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-02299-4

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E.: *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001  
Universitetsforlaget

Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 1. utgave, Oslo 1987

Universitetsforlaget

Eckhoff, Torstein: *Legalitetsprinsippet*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1963, s. 225-285 (TFR-1963-225) Universitetsforlaget

Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett Bind I*, 2. utgave, Bergen 1977

Graver, Hans Petter: *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1996

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007

Universitetsforlaget

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave Oslo 2015

Universitetsforlaget

Hopsnes, Roald: *Myndighetsmisbrukslæren som skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?* Festskrift til Erik Magnus Boe, 2013 s. 173-202 (FEST-2013-emb-173) Universitetsforlaget

Jakhelln, Henning: *Obiter dicta – nei takk!* Lov og rett 1998 s. 129-130

Markus Hoel Lie: *Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøving?* Lov og rett 2012 s. 407-432

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse, Nybrott og odling – Festskrift til Nils Nygaard* s. 323-343 (FEST-2002-nn-323)

Fagbokforlaget

Stub, Marius: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirkomshet*, Oslo 2011

Universitetsforlaget

Woxholt, Geir: *Avtalerett*, 9 utgave, Oslo 2014

Gyldendal Norsk Forlag, ISBN 978-82-05-45719-5

## **Høyesterettspraksis**

Rt. 1907 s. 139

Rt. 1931 s. 882

Rt. 1939 s. 728

Rt. 1940 s. 327

Rt. 1992 s. 1235

Rt. 1996 s. 78

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2009 s. 1356

Rt. 2012 s. 1444

Rt. 2015 s. 795

### **Underrettspraksis**

LF-2014-45166

LA-2015-138821

LH-2016-133696

### **Sivilombudsmannen**

SOMB-1979-43

SOMB-1997-12

SOMB-1998-94

SOMB-2001-8

SOMB-2009-4

## **Internett**

<https://jusleksikon.no/wiki/Enerett>

<https://www.regjeringen.no/contentassets/5c2e127112c743e48bed5c06a02f25a4/konkurranse-grunnlag-kystruta-2012-2019.pdf>

**Antall ord: 15492**

Avhandlingen med fotnoter, men uten forside, innholdsfortegnelse og kildeliste: