

Netteiers erstatningsansvar for brudd på tilknytningsplikten etter energiloven § 3-4 a

Sammendrag

I et forsøk på å sikre bedre koordinering i energisektoren ble det i 2010 innført en tilknytningsplikt for nettselskaper som pålegger dem å knytte kraftproduksjon til nettet. Ved brudd på plikten risikerer kraftprodusenter å lide et økonomisk tap, og dette skaper behov for å plassere bestemmelsen i en erstatningsrettslig kontekst. Det er lite veiledning å hente i energilovens regulering eller forarbeider, og i mangel på nærmere regulering blir mer generelle retningslinjer utledet av høyesterettspraksis en sentral kilde.

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for artikkelen er om brudd på tilknytningsplikten etter energiloven § 3-4 a kan gi grunnlag for et erstatningskrav fra kraftprodusentene mot nettselskapene.¹ Dette reiser flere spørsmål: Kan det etableres et objektivt ansvar ved brudd på plikten, eller må ansvar baseres på alminnelig uaktsomhetsansvar? Dersom ansvaret må baseres på uaktsomhet – hvilken betydning har tilknytningsplikten som handlingsnorm for fastleggelsen av nettselskapenes ansvar? Spørsmålene forutsetter samtidig en drøftelse av om et innteksttap ved brudd på plikten utgjør en erstatningsrettslig vernet interesse.

Energiloven § 3-4 a første ledd fastsetter at

«[a]lle som innehar konsesjoner for nettanlegg etter dette kapittel, har plikt til å tilknytte nye anlegg for produksjon av elektrisk energi og om nødvendig investere i nettanlegg».

Plikten etter enl. § 3-4 a retter seg mot nettselskapene, og pålegger dem å gi kraftprodusentene tilknytning til kraftnettet. Dette omtales som *tilknytningsplikten*.

Tilknytningsplikten er videre presisert i § 3-3 i forskrift om nettregulering og energimarkedet (NEM-forskriften).² Dersom det ikke er driftsmessig forsvarlig å gi tilknytning til eksisterende nett, innebærer tilknytningsplikten etter NEM § 3-3 at alle berørte konsesjonærer må utrede, søke konsesjon og gjennomføre nødvendige investeringer i sine nett for å kunne gi tilknytning, uten ugrunnet opphold.

Hverken loven eller forarbeidene til enl. § 3-4 a drøfter spørsmålet om et brudd på bestemmelsen kan føre til et erstatningsansvar for netteier. Spørsmålet er behandlet i tingrettsdommen TALST-2014-

¹ Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (enl.).

² Forskrift 24. oktober 2019 nr. 1413 om nettregulering og energimarked.

79595, som har beskjedent vekt som rettskilde. Helgeland Kraft AS ble her funnet erstatningsansvarlig overfor utbyggeren av et småkraftverk etter å ha brutt tilknytningsplikten. Det er likevel et behov for å konkretisere pliktens erstatningsrettslige betydning, og fremstillingens mål er å være et bidrag til dette.

1.2 Nærmere om reguleringen av nettilgang

Som et ledd i myndighetenes satsing på å øke utbyggingen av fornybar energi skulle tilknytningsplikten bedre koordineringen mellom investeringer i nett og kraftproduksjon.³

Bestemmelsen må ses i lys av energilovens overordnede formål om å sikre at all bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, jf. enl. § 1-2.

Et av virkemidlene for å sikre samfunnsmessig rasjonell ressursbruk innenfor kraftsektoren var å åpne for konkurranse på kraftmarkedet. En forutsetning for en slik markedsbasert omsetning av kraft som energiloven legger opp til, er at aktørene sikres adgang til kraftnettet, som er et naturlig monopol.⁴ Før innføringen av tilknytningsplikten var det ingen særskilt regulering av kraftprodusenters adgang til kraftnettet. Med henvisning til energilovforskriftens tidligere krav om at netteiere skulle «sørge for markedsadgang for alle som etterspør nettjenester», var det i juridisk teori lagt til grunn at tilknytning – ved ledig kapasitet i nettet – skulle skje «temmelig raskt».⁵ Dersom det ikke var ledig kapasitet i nettet, manglet myndighetene hjemmel til å pålegge nettselskapene å investere i nettanlegg for å møte inn ny produksjon.⁶ Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) mente i 2007 at manglende koordinering i sektoren var et hinder for utbyggingen av fornybare energikilder.⁷

Behovet for økt koordinering mellom nett og produksjon skyldes til dels at investeringer i både produksjon og overføring av energi er kapitalkrevende. Sikkerhet rundt nettilknytning kan ofte være sentralt for muligheten til å finansiere en utbygging siden en forutsetning for kraftverkets inntekter er at det har nettilknytning. Større vann- og vindkraftprosjekter krever eksempelvis ofte ekstern finansiering, hvor lånet forutsetningsvis nedbetales med inntektene fra kraftsalget. Samtidig medførte myndighetenes satsing på fornybar energi en økt utbygging av småskala fornybar kraftproduksjon, og denne utviklingen skapte også et økt behov for koordinering mellom ulike prosjekter.⁸

1.3 Energiloven § 3-4 a i et privatrettslig perspektiv

Rent praktisk må alle som planlegger ny eller økt kraftproduksjon, undersøke kapasitetsforhold med nettselskapet før de søker konsesjon. Før en tilknytning tillates, må det berørte nettselskapet avklare

³ Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 25.

⁴ Jf. Line Ramm Bjerke, «Energiloven § 3-4: Nettilknytning og koordinering i kraftsektoren», *Marlus* 422, s. 14 med videre henvisninger (Bjerke 2013).

⁵ Jf. Ingvald Falch, *Rett til Nett*, Universitetsforlaget, 1. utgave 2004, s. 26 (Falch 2004).

⁶ Jf. Bjerke (2013) s. 29.

⁷ Jf. utredningen fra NVE-arbeidsgruppe: «Investeringsplikt?» (2007), s. 19, og Bjerke 2013, s. 30 flg. Utredningen er ikke offentlig tilgjengelig og må bestilles fra NVE.

⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 32 hvor det er omtalt som «avgjørende» å få koblet produksjon fra småkraft og vindkraft til overføringsnettet.

om tilknytningen er driftsmessig forsvarlig eller om den planlagte tilknytningen utløser et investeringsbehov i deres nettanlegg.⁹ Eventuelle kostnader som utløses av kraftverkets tilknytning, skal dekkes av produsenten gjennom et anleggsbidrag, som reguleres i forskrift om kontroll av nettvirksomhet (kontrollforskriften) kapittel 16.¹⁰ Partene må inngå en avtale om anleggsbidrag, som blant annet skal inneholde et «estimert tidspunkt for ferdigstillelse av nettanlegget», jf. § 16-4.

Motstykket til produsenters rett til nettilknytning er en kontraheringsplikt for netteiere med mindre de mener at tiltaket ikke er samfunnsmessig rasjonelt.¹¹ I så fall må nettselskapet søke NVE om fritak fra plikten og begrunne hvorfor investeringen i nett og produksjon samlet sett ikke er samfunnsmessig rasjonell.¹² Den kontraktsrettslige siden av enl. § 3-4 a illustreres ved TOSLO-2016-157620, hvor retten mente Statnett på avtalerettslig grunnlag var forpliktet til å iverksette midlertidige tiltak for å ta imot kraften fra en produsent. Med henvisning til Statnetts unnlattelse av å handle ble de funnet ansvarlig på objektivt grunnlag for det oppståtte produksjonstapet. Retten tok ikke stilling til produsentens subsidiære anførsel om at Statnett var ansvarlig som følge av uaktsomhet og brudd på enl. § 3-4 a.

Rettens vurdering i TOSLO-2016-157620 gjelder Statnetts unnlattelse av å følge opp en kontraktsforpliktelse, og ansvaret ble følgelig begrunnet i det objektive avviket mellom Statnetts handlemåte og avtalen. Dette skiller saken fra den tidligere nevnte tingrettsdommen fra Alstahaug (TALST-2014-79595) hvor retten mente at netteier uaktsomt hadde påført produsenten et inntektstap. Til tross for de ulike ansvarsgrunnlagene er det enkelte fellestrekk ved avgjørelsene. I begge avgjørelsene var det kraftverkenes økonomiske tap som følge av bortfalt produksjon som ble erstattet, og det ansvarsbetingende forhold i begge tilfellene var nettselskapenes unnlattelser underveis i tilknytningsprosessen. I TOSLO-2016-157620 ble netteiers unnlattelse vurdert opp mot produsentens krav på handling etter avtalen, mens i TALST-2014-79595 var utgangspunktet hva produsenten rimeligvis kunne forvente av handlinger fra nettselskapet gjennom tilknytningsprosessen.

1.4 Energiloven § 3-4 a i et myndighetsperspektiv

Hovedansvaret for kraftnettet, som er en av landets viktigste infrastrukturer, ligger hos nettselskapene som både eier, forvalter og utvikler nettet.¹³ Den store samfunnsmessige betydning av nettet og nettselskapenes naturlige monopol på overføring av elektrisitet begrunner den offentlige kontrollen med nettvirksomheten.¹⁴ Kontrollen utøves både økonomisk ved regulering av inntektene og gjennom

⁹ Ibid., s. 35.

¹⁰ Forskrift 11. mars 1999 nr. 302 om kontroll av nettvirksomhet.

¹¹ Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 34 fastslår at produsenter gis en rett til nett. Om tilknytningsplikten som kontraheringsplikt, se Bjerke 2013, s. 61, og Falch 2004, s. 31 og 162 flg.

¹² Jf. Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 35. Konesjonsmyndigheten gjør da en etterfølgende vurdering av om produksjons- og nettprosjektet samlet sett er samfunnsmessig rasjonelt.

¹³ Jf. Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 6.

¹⁴ Ibid., s. 11.

tilsyn hos nettselskapene. Kontrollen foregår også ved bruk av direktereguleringer, som tilknytningsplikten er et eksempel på. Funksjonen til disse beskrives i forarbeidene:

«[R]eguleringene uttrykker myndighetenes krav og forventninger til nettselskapene og legger rammen for hvilke forhold nettselskapene må tilfredsstille [...]. Regjeringen foreslår i denne proposisjonen å skjerpe reguleringen av nettselskapene ved å innføre en tilknytningsplikt.»¹⁵

Offentlige markedsinngrep i form av direktereguleringer begrunnes i forarbeidene med at de er nødvendige ved ulike former for markedssvikt.¹⁶ Koordineringsutfordringene i kraftsektoren kan eksempelvis betraktes som en utilsiktet konsekvens av markedsliberaliseringen av sektoren på 90-tallet. Et bredt aktørbilde med mange uavhengige produsenter gjør det krevende å koordinere nett, produksjon og forbruk. Det understrekes riktignok i forarbeidene at det også tidligere var koordineringsutfordringer da nett og produksjon var samme selskap.¹⁷ Tilsvarende utviklingstrekk finner man i flere nettbundne sektorer som blant annet jernbane- og telekommunikasjonssektoren samt andre markeder med et naturlig monopol hvor målet er å sikre konkurranse og effektiv utnyttelse av ressursene.¹⁸ Flere nettbundne sektorer har derfor regler om tredjepartsadgang for å sikre aktører tilgang til det aktuelle markedet.¹⁹ En generell tredjepartsadgang til eksisterende nettanlegg ble som tidligere nevnt ikke funnet tilstrekkelig innenfor kraftsektoren, og lovgiver har dermed gått et steg lenger ved å gi produsenter en lovfestet rett til tilknytning av produksjonsanlegg til nett.

2. Erstatningsrettslig vern

2.1 Innledning

Før det vurderes om tilknytningsplikten kan gi grunnlag for et objektivt ansvar, er det nødvendig å vurdere det erstatningsrettslige grunnvilkåret om at det må foreligge en erstatningsrettslig vernet interesse. Produsentens økonomiske tap ved uteblitt produksjon vil være et rent formuestap, og slike tap er ikke nødvendigvis vernet.²⁰

Med rene formuestap menes økonomisk tap som ikke står i noen direkte sammenheng med skader på person eller ting (integritetskrenkelser).²¹ Spørsmålet om slike tap utgjør en vernet interesse, er i høyesterettspraksis behandlet på noe ulike måter.²² Rt. 1991 s. 1335 (*Sjekdommen*) stiller imidlertid

¹⁵ Ibid., s. 16.

¹⁶ Ibid., s. 13.

¹⁷ Ibid., s. 20.

¹⁸ Se bl.a. Falch 2004, hvor ulike nettbundne sektorer behandles.

¹⁹ Se bl.a. lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet § 4-8 og lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) kapittel 4.

²⁰ Se Hagland og Wilhelmsen, *Om erstatningsrett*, Gyldendal, 1. utg. 2017, s. 59 flg. (*Hagland og Wilhelmsen 2017*).

²¹ Se Erling Hjelmeng, «Interessevern og rene formuesskader – i lys av Rt-2007-425», *Tidsskrift for erstatningsrett* 2007, s. 169–180, på s. 171 (*Hjelmeng 2007*).

²² Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget, 2. utg. 2019, s. 61 flg. (*Hagstrøm og Stenvik 2019*).

opp et utgangspunkt: Spørsmålet var om en bank kunne holdes ansvarlig for ikke å ha hindret at en bankkunde utstedte sjekker uten dekning. Førstvoterende uttalte at når det gjaldt rene formuestap, «kan det oppstå spørsmål om det overhodet er erstatningsrettslig vernet» (s. 1342). Tilsvarende fremholder Wilhelmsen og Hagland at slike tapsposter ikke har erstatningsrettslig vern med mindre det finnes særlige holdepunkter for noe annet.²³

Det er få konkrete retningslinjer for vurderingen av hvilke rene formuestap som nyter vern.²⁴ Hjelmeng mener en forklaring kan være at saker om rene formuesskader hovedsakelig gjelder innenfor lovregulert virksomhet og at det derfor ofte eksisterer en kontraktsregulering av ansvaret eller erstatningssanksjonerte handlenormer i lov.²⁵ Dette gjelder som nevnt ikke for tilknytningsplikten etter enl. § 3-4 a.

2.2 Tap ved brudd på energiloven § 3-4 a som en vernet interesse

Med *Sjekkdømmens* utgangspunkt om at det må foretas en konkret vurdering av det aktuelle formuestapet, er spørsmålet hvilke særlige holdepunkter det er for at et rent formuestap ved brudd på enl. § 3-4 a er en vernet interesse. Slike holdepunkter kan etableres på grunnlag av lov, avtale eller ulovfestet rett, eventuelt en kombinasjon.²⁶

Energiloven § 3-4 a er derfor et naturlig utgangspunkt i drøftelsen av inntektstapets interessevern. At bestemmelsen gir produsenter en rett til nett, kan hevdes å være et holdepunkt for at et tap ved pliktbrudd er en vernet interesse. En slik konsekvensbetraktning har en viss støtte i en dom inntatt i Rt. 1915 s. 122, hvor retten vektla skadevolders kontraheringsplikt i spørsmålet om erstatning. Saken gjaldt et skip som, i strid med konsesjonsvilkårene, hadde sløffet en annonsert anløpshavn, og spørsmålet var om rederiet kunne holdes ansvarlig for tapet selgeren av et fiskeparti led som følge av forsinkelsen. Skipets kontraheringsplikt, og skadelidtes innrettelse etter denne, ble tatt til inntekt for at rederiet var ansvarlig for den skadelidtes økonomiske tap.²⁷

I likhet med situasjonen i dommen er produsenter avhengige av netteieres etterlevelse av kontraherings- og tilknytningsplikten. At rederiets kontraheringsplikt fulgte av konsesjonen fremfor lov, bør ikke være avgjørende i denne sammenheng. Overføringsverdien ligger i at både rederiet og netteiere er pålagt en kontraherings- og handleplikt som skadelidte innretter seg etter. Parallellen til en kontraktsparts oppfyllelsesinteresse er nærliggende, og Rt. 1915 s. 122 brukes av Hagstrøm og Stenvik

²³ Wilhelmsen og Hagland 2017, s. 63.

²⁴ Hagstrøm og Stenvik (2019) fremholder eksempelvis at det ofte kan være en smakssak om problemet stilles som et spørsmål om erstatningsrettslig vern eller som et spørsmål om skaden er en adekvat følge av ansvarsgrunnlaget (s. 60).

²⁵ Hjelmeng 2007, s. 171.

²⁶ Ibid., s. 175.

²⁷ Dommen ses i sammenheng med informasjonsansvaret av Hagstrøm og Stenvik. Begrepet referer til rene formuestap som har oppstått som følge av uriktig eller villende informasjon, og er nærmere omtalt i Hagstrøm og Stenvik 2019, s. 62 flg.

som illustrasjon på at rettspraksis har gått langt i å statuere ansvar i tilfeller hvor partene har en kontraktliggende relasjon.²⁸ Produsenters og netteieres kontraktsrettslige relasjon er nærmere beskrevet i punkt 1.3, og forarbeidene forutsetter en nær samhandling mellom partene.²⁹ Tapets vern kan derfor utledes av både tilknytningsplikten og partenes kontraktsrettslige relasjon ved en tilknytningsprosess.

De ulike tilnærmingene i rettspraksis til spørsmålet om interessevern for rene formuestap gjør likevel drøftelsen av tapets vern noe mindre opplagt. Tilnærmingen i Rt. 1992 s. 453 (*Furunkulose*) til problemstillingen vil som eksempel ikke nødvendigvis innebære at tapet uten videre er vernet. Her fant Høyesterett holdepunkter i selve lovgrunnlaget for at tapet utgjorde en vernet interesse. En rekke lakseoppdrettere fikk medhold i krav mot staten om erstatning for tap de var blitt påført ved at importert laksesmolt hadde sykdommen furunkulose. Før aktsomheten ble vurdert, fant førstvoterende det «nødvendig å ta stilling til om oppdretterne i det hele er vernet av fiskesykdomsloven med forskrifter» (s. 476). Spørsmålet ifølge Høyesterett var om fiskesykdomsloven med forskrifter etablerte «utelukkende et samfunnsvern i videre forstand, eller beskytter loven også den enkelte næringsdrivende» (s. 476).

I motsetning til *Furunkulose*, hvor forarbeidene ga uttrykk for at et av siktemålene med loven også var å beskytte «det enkelte anlegg» (s. 477), gir ikke forarbeidene til enl. § 3-4 a holdepunkter for at tilknytningsplikten har noe beskyttelsesformål. Tilknytningspliktens forarbeider peker på at det er «myndighetenes krav og forventninger» som direktereguleringen gir uttrykk for.³⁰ Uttalelsen må leses i sammenheng med tilknytningspliktens tiltenkte formål som et virkemiddel på myndighetenes hånd for å sikre at samfunnsmessig rasjonelle fornybarprosjekter ble gjennomført.

Det er heller ingen regler i energiloven som statuerer erstatningsansvar mellom private parter, og loven gir kun hjemmel til offentligrettslige sanksjoner i form av overtredelsesgebyr og straff.³¹ Til sammenligning går havenergiloven lenger i å regulere privatrettslige sanksjoner.³²

Relevansen av *Furunkulose* begrenses imidlertid av at de skadelidte oppdrettsanleggene ikke var rettighetssubjekter i det aktuelle hjemmelsgrunnlaget. Dermed svekkes også relevansen av Høyesteretts argument om at skadeomfanget og muligheten for en katastrofeartet utvikling kunne tale mot å tilkjenne vern.³³ Et brudd på tilknytningsplikten vil i første rekke kun reise spørsmål om erstatning mellom den enkelte netteier og produsent.

²⁸ Jf. Hagstrøm og Stenvik 2019, s. 66.

²⁹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 35 om at bedre koordinering forutsetter et nærmere samarbeid mellom aktørene.

³⁰ Ibid., s. 36.

³¹ Jf. energiloven kapittel 10.

³² Se bl.a. kapittel 9 i lov 4. juni 2010 nr. 21 om fornybar energiproduksjon til havs (havenergiloven) hvor forholdet mellom utbygger og berørte fiskere reguleres.

³³ Se dommen s. 477.

Furunkulose synes dermed ikke å kunne endre forståelsen av at det økonomiske tapet ved brudd på tilknytningsplikten er en vernet interesse.

3. Objektivt ansvar

3.1 Nærmere om grunnlaget for et objektivt ansvar

Temaet her er hvilke holdepunkter det er i rettskildebildet for at enl. § 3-4 a etablerer et objektivt grunnlag for å ilegge nettselskapene erstatningsansvar. Det alminnelige utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det kreves skyld som grunnlag for erstatningsansvar. Utover uaktsomhetsansvaret er det i rettspraksis etablert et objektivt ansvar for det som ble ansett som «farlig bedrift». Eksempelvis er det gjennom høyesterettspraksis slått fast at netteiere har et helt eller delvis objektivt ansvar for skade som oppstår som følge av drift av høyspenningsanlegg, jf. Rt. 1940 s. 16 (*Klatredom I*).

Mens det ulovfestede objektive ansvaret gjelder person- og tingsskader og er forbeholdt virksomhet som representerer en «stadig, typisk og ekstraordinær risiko», vil tapet kraftprodusenter risikerer å lide som følge av brudd på tilknytningsplikten, være et rent formuestap.³⁴ Dette innebærer at de nevnte kriteriene er lite egnet til å besvare spørsmålet om et objektivt ansvar, da det ikke foreligger noen risiko for person- eller tingsskade å ta utgangspunkt i.

Tapets karakter gjør det mer relevant å knytte spørsmålet til høyesterettspraksis som gjelder rene formuestap. Netteieres kontraheringsplikt fremstår i denne sammenheng som særlig relevant, og denne vurderes derfor først under en kontraktsrettslig synsvinkel i 3.2. Deretter skal et brudd på kontraheringsplikten vurderes under en forvaltningsrettslig synsvinkel, og knyttes i 3.3 til høyesterettspraksis som gjelder rene formuestap for uhjemlet myndighetsutøvelse.

3.2 Kontraktsrettslig synsvinkel: HR-2016-1235-A (*Røldal-Suldal*)

Forutsetningen for drøftelsen av et objektivt ansvar tar utgangspunkt i at en produsent på uriktig grunnlag nektes tilknytning og lider tap fordi netteier mener tiltaket ikke er samfunnsmessig rasjonelt. I slike tilfeller skal nettselskapet søke om fritak, og tiltaket vil deretter vurderes av konsesjonsmyndigheten.³⁵

Dersom netteier på uriktig grunnlag mener seg fritatt fra kontraheringsplikten, vil pliktbruddet dermed skyldes en feiloppfattelse av egen forpliktelse. Dette gjør *Røldal-Suldal* interessant for vurderingen siden Høyesterett her statuerte objektivt ansvar for en kraftprodusents feiloppfattelse av egen leveringsplikt av konsesjonskraft. Grunnet et sammenbrudd i en rørledning mente produsenten seg fritatt fra leveringsforpliktelsen. Høyesterett fremhevet det kontraktsrettslige utgangspunktet om at

³⁴ Illustreres ved TALST-2016-106975 som gjaldt utmålingen av et kraftverks tap som følge av brudd på tilknytningsplikten. Om formuestap, se følgende dommer: Rt. 1972 s. 965, Rt. 1983 s. 552 og Rt. 2009 s. 1237.

³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 7.

feiloppfatning av egen leveringsplikt ikke fritar fra plikten selv, eller et eventuelt erstatningsansvar ved mangelfull oppfyllelse. Videre uttalte retten:

«I saka no er det tale om ei leveringsplikt grunna eit offentleg vedtak, der kommunane er gitt rett til levering av kraft. Ei slik leveringsplikt har stor likskap med leveringsplikt med grunnlag i kontrakt» (avsnitt 49).

Produsenten var derfor ansvarlig på objektivt grunnlag for brudd på leveringsforpliktelsen, etter at Høyesterett mente unntaket for force majeure ikke ga fritak fra plikten. Spørsmålet er om også netteiers feiloppfatning av egen kontraherings- og tilknytningsplikt må være underlagt et objektivt ansvar.

Dette forutsetter at plikten kan likestilles med en kontraktsforpliktelse, slik at synspunktet fra *Røldal-Suldal* må gis tilsvarende anvendelse. I denne vurderingen synes ikke den retts tekniske ulikheten mellom å ha leveringsplikt som et vilkår for konsesjon og å la kontraherings- og tilknytningsplikten følge direkte av loven å være avgjørende. Kontraherings- og tilknytningsplikten gjelder for alle som har «konsesjon for nettanlegg», slik at den praktiske betydningen av de to ulike måtene å regulere på er svært liten. Den kontraktsrettslige likheten som retten vektla i *Røldal-Suldal*, kan derfor tas til inntekt for at det gjelder et objektivt ansvar for netteiers feiloppfattelse av egen kontraheringsplikt etter enl. § 3-4 a.

Det er likevel flere forskjeller som taler mot å oppstille et objektivt ansvar. En klar innvending mot å oppstille et objektivt ansvar på grunnlag av *Røldal-Suldal* er den brede interesseavveiningen som netteiers kontraheringsplikt avhenger av. Forarbeidene viser at det er en sammensatt vurdering, hvor blant annet visuelle virkninger, påvirkning på biologisk mangfold og en rekke andre hensyn er relevante.³⁶ Denne vurderingen skiller kontraherings- og tilknytningsplikten etter enl. § 3-4 a fra mer kontraktsrettslige forpliktelser, og den aktuelle leveringsforpliktelsen i *Røldal-Suldal*. Karakteren av konsesjonsvilkårene, og dermed produsentens leveringsforpliktelse, fordret ingen bredere avveining av både private og offentlige interesser. Dermed kan heller ikke dommen begrunne et objektivt ansvar for netteiers vurdering av egen kontraherings- og tilknytningsplikt etter enl. § 3-4 a.³⁷

3.3 Parallell til det offentliges ansvar

3.3.1 Innledning

Netteiers vurdering av om et tiltak er samfunnsmessig rasjonelt, og om netteier selv er underlagt en tilknytningsplikt, gjør det relevant å se hen til det offentliges ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse. Nettselskapers myndighet i kraft av å eie, forvalte og drifte kraftnettet i Norge kan begrunne en slik

³⁶ Ibid., s. 25.

³⁷ Eksisterende produksjonsanlegg vil være ansett som samfunnsmessig rasjonelt av konsesjonsmyndigheten da dette er et krav for å få konsesjon, jf. enl. § 3-1 jf. § 1-2. Spørsmålet er derfor først og fremst relevant ved tilknytning av nye produksjonsanlegg.

parallel til forvaltningens ansvar. Nettselskaper er i all hovedsak eid av kommuner og fylkeskommuner, og fungerer i en viss grad som redskap for offentlig politikk.³⁸ Det offentlige styringsbehov overfor sektoren ivaretas ikke lenger ved drift i regi av stat og kommune, men ved regulering. Eksempelvis var tilknytningsplikten ment å støtte opp om myndighetenes satsing på fornybar energi.

Lovavdelingens tolkningsuttalelse av 26. mars 1998 er illustrerende for vurderingen. Her kom Lovavdelingen – under tvil – til at et nettselskap var omfattet av offentleglova, og begrunnet resultatet i det offentlige eierskapet og nettselskapets monopol.³⁹ Samtidig er det offentlige ansvar i rettspraksis ikke kun forbeholdt direkte myndighetsutøvelse, som HR-2018-1950-A (*Spiraldommen*) illustrerer. Høyesterett fant det her ubetenkelig å stautere objektivt ansvar for en kommune som sa opp en fastlege fordi hun av samvittighetsgrunner ikke ønsket å sette inn en spiral som prevensjonsmiddel.

Førstvoterende pekte på at forholdet hadde et «kontraktsrettslig preg» (avsnitt 96), og at fastlegeordningen inneholdt «elementer av offentlig myndighetsutøvelse» (avsnitt 98). Som tidligere nevnt er forholdet mellom netteiere og produsenter til dels kontraktsregulert, mens netteiers vurdering av om et prosjekt er «samfunnsmessig rasjonelt», har enkelte likheter med myndighetsutøvelse. Selv om nettselskapene ikke utøver offentlig myndighet, gjør disse likhetene det naturlig å drøfte netteiers ansvar under en tilsvarende synsvinkel.

3.3.2 Rt. 2010 s. 291 (*Vangen*)

Det offentlige ansvar for ulovhemlet myndighetsutøvelse er drøftet i flere nyere avgjørelser, hvor *Vangen* er ansett som den mest prinsipielle.

Saken gjaldt spørsmål om en kommunes erstatningsansvar for et ugyldig vedtak om å nekte bruksendring etter plan- og bygningsloven. Kommunens vedtak ble kjent ugyldig på grunn av manglende lovhjemmel, men Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for et objektivt ansvar for ulovhemlet myndighetsutøvelse innenfor plan- og bygningsretten.

Av særlig interesse er avsnitt 33 hvor førstvoterende fastslår at det ikke er grunnlag for en generell regel om objektivt ansvar, men uttaler videre at ulovhemlet myndighetsutøvelse «som består i at forvaltningen har feiltolket en hjemmelslov, står imidlertid i en særstilling, og det kan reises spørsmål om det offentlige bør hefte på objektivt grunnlag for feil av denne karakter». I den konkrete saken kom Høyesterett til at det ikke forelå «tilstrekkelig tungtveiende grunner» for at det offentlige skulle pålegges et objektivt ansvar (avsnitt 35).

³⁸ Se Eivind Smith, «Offentlighetslovens anvendelse på energiselskaper», *Tidsskrift for forretningsjus* 1999, s. 5–24.

³⁹ Lovavdelingens tolkningsuttalelse sak 98/2490 E. Se også dom fra Bergen tingrett av 23. november 2020 om anvendelsen av offentleglova på morselskap i energikonsern.

Dette utgangspunktet ble fulgt opp i HR-2019-2396-A (*Frøybas*) som gjaldt Fiskeridirektoratets omgjøring av et vedtak om deltakeradgang til fiske i nord. Lagmannsretten kom til at vedtaket om omgjøring var ugyldig. Denne avgjørelsen ble rettskraftig. Selskapet reiste deretter sak mot staten med krav om erstatning for tap som følge av det ugyldige forvaltningsvedtaket. Høyesterett frifant staten, og sluttet seg til den generelle rettssetningen fra *Vangen*. Høyesterett kom til at det innenfor fiskeriforvaltningen ikke forelå «særlige hensyn som gir grunnlag for at staten i vår sak bør ha et objektivt ansvar» (avsnitt 60).

3.3.3 Vurdering av de ulike momentene fra rettspraksis

Temaet videre er om det foreligger slike «særlige hensyn» som kan begrunne et objektivt ansvar for netteiere ved brudd på enl. § 3-4 a.

i) Konsekvenshensyn

I *Frøybas* talte det mot et objektivt ansvar at «fiskerimyndighetenes ivaretagelse av formålene bak regelverket – å sørge for en bærekraftig utnyttelse av begrensede fiskeressurser og å ivareta distriktspolitiske hensyn – kan bli skadelidende dersom det etableres et objektivt ansvar for omgjøringsvedtak» (avsnitt 64).

En slik konsekvensbetraktning vil – overført til kraftsektoren – reise spørsmål om et objektivt ansvar vil kunne medføre overinvesteringer i sektoren. Dette advares det mot i forarbeidene, som peker på at den økonomiske reguleringen av nettselskaper ikke må gi incentiver til overinvesteringer.⁴⁰

Det er dermed uklart hvilken vekt en slik konsekvensbetraktning som retten foretok i *Frøybas*, har, og i hvilken retning den trekker. Vurderingen synes å avhenge av om et objektivt ansvar vil medføre bedre koordinering i kraftsektoren, eller økt risiko for utvikling av lite samfunnsmessig rasjonelle prosjekter.

ii) Pulverisering

Temaet her er nettselskapers adgang til å pulverisere et erstatningskrav, og i hvilken grad et slikt hensyn er relevant å vektlegge.

En slik pulveriseringsmulighet har vært vektlagt i saker om det ulovfestede objektive ansvaret, jf. blant annet *Klatredom I*. Synspunktet er at statistisk påregnelige skader kan dekkes inn som driftsomkostninger.⁴¹ I *Vangen* viste førstvoterende til at der hvor myndighetene tar feil av en lovhjemmel, kan det anføres at slike omkostninger bør bæres av samfunnet da dette har karakter av å være driftsomkostninger (avsnitt 34).

⁴⁰ Jf. Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 17.

⁴¹ Wilhelmsen og Hagland 2017, s. 232.

Hensynet er dermed relevant å trekke inn i vurderingen, og spørsmålet er om nettselskaper har adgang til å pulverisere et slikt erstatningsansvar. Vurderingen tar utgangspunkt i inntektsreguleringen av nettselskaper, slik den fremgår av kontrollforskriften.

Kontrollforskriften § 7-1 første punktum fastslår at nettvirksomhetens tillatte inntekter ved salg av nettjenester består av en årlig inntektsramme med tillegg av enkelte særlig definerte kostnader og fratrullet avbruddskostnader.

Den årlige inntektsrammen for nettvirksomheten blir fastsatt av NVE ved enkeltvedtak etter utgangen av det enkelte år i henhold til bestemmelsene i kontrollforskriften kapittel 8, jf. kontrollforskriften § 7-2 første ledd. Den årlige inntektsrammen skal «fastsettes slik at inntekten over tid skal dekke kostnadene ved drift og avskrivning av nettet, samt gi en rimelig avkastning på investert kapital, gitt effektiv drift, utnyttelse og utvikling av nettet», jf. kontrollforskriften § 7-2 tredje ledd.

Kostnadsgrunnlaget knytter seg til det enkelte nettselskaps faktiske kostnader, og blir fastsatt med utgangspunkt i selskapets innrapporterte verdier for regnskapsåret to år tidligere, jf. kontrollforskriften § 8-1.

Ved å inkludere erstatningskrav i kostnadsgrunnlaget vil kravet til dels kunne dekkes gjennom belastning av kundene da det vil resultere i økt nettleie grunnet den forhøyete inntektsrammen. Avgjørende for netteiers pulveriseringsmulighet er dermed om netteier har adgang til å føre slike kostnader i kostnadsgrunnlaget.

Hvilke kostnader som kan inngå i kostnadsgrunnlaget, begrenses av kontrollforskriften § 8-1 fjerde ledd, hvor det heter at «[k]ostnader som er pådratt som følge av overtredelse av lov [...] skal ikke inngå i kostnadsgrunnlaget».

Ordlyden begrenser netteiers pulveriseringsmulighet dersom «kostnaden» er en konsekvens av en lovovertrødelse. Spørsmålet synes derfor å være om årsakssammenhengen mellom bruddet på enl. § 3-4 a og et eventuelt erstatningskrav er klar nok til at ordlydens krav er oppfylt, jf. pådratt «som følge av» en overtredelse. Ordlyden kan sies å gi en viss støtte for en slik tolkning, og erstatningskravet vil da rent økonomisk likestilles med et overtredelsesgebyr ilagt av NVE, jf. enl. § 10-7. Dette vil gi nettselskaper en begrenset adgang til å pulverisere tapet, slik at et erstatningsansvar må dekkes av andre inntektskilder eller av eierne gjennom belastning av egenkapitalen.

iii) Innrettelseshensyn

I *Frøybas* viste Høyesterett til *innrettelseshensynet* i sin vurdering av et objektivt ansvar. Spørsmålet var om staten var erstatningsansvarlig overfor en reder for tapte inntekter som følge av et ugyldig forvaltningsvedtak. Førstvoterende viste til at en «vesentlig del av kjøpesummen, og dermed også finansieringen, var knyttet til verdien av disse fiskerettighetene. Selskapet handlet altså i tillit til

myndighetstillatelsen» (avsnitt 61). Videre fremhevet førstvoterende at selskapet heller ikke kunne sikre seg ved forsikring eller andre preventive tiltak mot risikoen for at myndighetene omgjorde vedtaket.

Tilgangen til fisket, og at de verdiene dette representerte var helt avgjørende for finansieringen, har visse likhetstrekk med et kraftverks tilknytning til nettet. Som tidligere understreket er nettilknytning en betingelse for et vann- eller vindkraftverks inntekter. Lignende synspunkter ble også fremhevet i forarbeidene til enl. § 3-4 a, hvor departementet uttalte:

«Investeringer i energisektoren er store og har lange levetider. De som skal investere ser på inntektene og utgiftene ved å bygge et energianlegg over en lang tidsperiode når de tar beslutninger. Det lange tidsperspektivet og de store investeringene gjør at det er spesielt viktig at utbyggere av energianlegg kjenner rammevilkårene og er trygge på hvordan rammevilkårene vil være framover.»⁴²

Høyesterett foretar likevel en relevant nyansering i *Frøybas*, og nedjusterer betydningen av innrettelseshensynet fordi

«[fiskerettighetene] er imidlertid en konsekvens av en omforent politisk målsetting om stabile rammevilkår for fiskeflåten, og ikke utslag av en rettighet i vanlig forstand» (avsnitt 62).

Resultatet var at innrettelseshensynet «ikke kan vurderes løsrevet fra karakteren, styrken og varigheten av den aktuelle tillatelsen», jf. samme avsnitt.

Innrettelseshensynets vekt må derfor vurderes ut fra pliktens karakter og styrke. Høyesteretts angivelse av fiskerirettighetene som en konsekvens av «en omforent politisk målsetting om stabile rammevilkår for fiskeflåten» er særlig relevant. Som tidligere beskrevet skulle tilknytningsplikten sikre produsenter forutsigbarhet omkring nettilgangen og støtte opp om den politiske målsettingen om økt utbygging av vann- og vindkraftverk. Videre er rettigheten betinget av at tiltaket er samfunnsmessig rasjonelt, og er derfor i mindre grad sammenlignbart med tilfellet i *Frøybas* hvor skadelidte var gitt en rettighet.

Tilknytningspliktens legislative begrunnelse kan derfor tas til inntekt for at innrettelseshensynet til kraftprodusentene må tillegges liten vekt, jf. *Frøybas*.

3.4 Oppsummering av objektivt ansvar

Gjennomgangen av rettspraksis gir lite støtte for å etablere et objektivt ansvar for nettselskapene for brudd på kontraherings- og tilknytningsplikten etter enl. § 3-4 a. Et slikt ansvar har verken støtte i analogibetraktninger fra *Røldal-Suldal* eller i rettspraksis om forvaltningens ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse.

⁴² Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 12.

4. Culpaansvaret

4.1 Innledning og presisering av rettslig utgangspunkt

Temaet her er anvendelsen av tilknytningsplikten i relasjon til arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1. Ansvarsgrunnlagets utstrekning fremgår av bestemmelsens første ledd:

«Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt.»

Vurderingen av om skaden er voldt «uaktsomt», beror i utgangspunktet på den alminnelige culpanormen, som innebærer at det må etableres en aktsomhetsnorm som netteiers handlemåte må vurderes mot.⁴³ I etableringen av normen angir skl. § 2-1 at hensyn skal tas til om «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt».

Anvendelsen av skadeevnekriteriet i fastleggingen av culpanormen ved integritetskrenkelser er mindre relevant ved rene formuestap.⁴⁴ Dette skyldes at det ikke foreligger en skadeevne som skadevolders ulike handlingsalternativer kan vurderes mot. Utgangspunktet for å fastlegge skadevolders aktsomhetskrav må heller tas i de krav som med rimelighet kan stilles til skadevolder på det konkrete livsområdet.⁴⁵ Dette gjør enl. § 3-4 a til det sentrale grunnlaget for å etablere aktsomhetsnormen. Dette har også støtte i juridisk teori, hvor det er fremholdt at ved rene formuestap vil etablerte atferdsnormer normalt utgjøre tyngdepunktet i vurderingen.⁴⁶

Pliktens relevans drøftes i 4.2 mens i 4.3 er målsettingen å fastlegge culpanormen som netteiers handlinger må vurderes opp mot.

4.2 Pliktens relevans

En forutsetning for det skisserte utgangspunktet om at enl. § 3-4 a utgjør tyngdepunktet i etableringen av aktsomhetsnormen, er at bestemmelsen er *relevant*. Kravet om *relevans* innebærer at tilknytningsplikten må ta sikte på å verne om skadelidtes interesser.⁴⁷ Lover og forskrifter som er utferdiget med sikte på ivaretagelse av offentlige interesser, er eksempelvis antatt å ikke være relevante for å avgjøre hva som utgjør en erstatningsbetingende krenkelse av private interesser.⁴⁸

Som tidligere vist har tilknytningsplikten en offentligrettslig begrunnelse ved at den blant annet er ment å støtte opp om myndighetenes satsing på fornybar energi.⁴⁹ I lys av formålet bak innføringen av

⁴³ Om aktsomhetsnormen for rene formuestap, se Wilhelmsen og Hagland 2017, s. 98 flg.

⁴⁴ Jf. Hjelmeng, *Revisors erstatningsansvar – en analyse av ansvarsnormen*, s. 68.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 69.

⁴⁶ Se bl.a. Wilhelmsen og Hagland 2017, s. 98.

⁴⁷ Hagstrøm og Stenvik 2019, s. 91.

⁴⁸ Jf. Bjarte Thorson, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, Gyldendal 2011, s. 195 (*Thorson 2011*).

⁴⁹ Jf. gjennomgangen i punkt 1.4.

tilknytningsplikten – å bedre koordineringen ved tilknytningen av produksjonsanlegg – er det behov for å vurdere nærmere pliktens relevans for fastsettelsen av culpanormen.

Til tross for pliktens samfunnsmessige begrunnelse gir rettskildebildet flere holdepunkter for å anse den som relevant for fastsettelsen av culpanormen. Dette følger blant annet av flertallets uttalelser i Rt. 2015 s. 276 (*Bori I*), som innebærer at det er tilknytningspliktens *faktiske betydning* som må være avgjørende for pliktens relevans. Saken gjaldt et boligbyggelag som hadde påtatt seg oppgaven som ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende for ombyggingen av en eldre bygning til leiligheter, organisert som et borettslag. Etter ombyggingen ble det avdekket klare mangler ved bygget. Høyesteretts flertall kom til at denne forsømmelsen ikke bare hadde offentligrettslige virkninger, men at den også kunne medføre ansvar for tredjemanns tap som følge av pliktbruddet, jf. skadeserstatningsloven § 2-1.

I sin vurdering pekte flertallet på at selv om loven skulle ivareta samfunnsinteresser, hadde den også «viktige sider mot den enkelte», og at regelverket hadde «stor betydning for private» (avsnitt 27). Det avgjørende for pliktens relevans var dermed hvilken betydning den hadde for skadelidte, og flertallet fremholdt videre at en rubrisering av pliktene som offentligrettslig ga «temmelig lite veiledning» for vurderingen av pliktens relevans (avsnitt 26).⁵⁰

Tilknytningspliktens offentligrettslige begrunnelse er i lys av *Bori I* mindre interessant for vurderingen av pliktens relevans. Det avgjørende må være pliktens faktiske virkning og betydning for kraftprodusenter, og dette gjør den dermed relevant for culpanormen.

4.3 Fastlegging av culpanormen

4.3.1 Innledning

Når enl. § 3-4 a er funnet relevant for fastleggingen av culpanormen, er det nevnte utgangspunktet at lovreguleringen utgjør tyngdepunktet for hvilke krav som kan stilles til netteiers aktsomhet. Dette skulle tilsi at en overtredelse av tilknytningsplikten normalt vil være ansvarsbetingende, dersom det ikke foreligger objektive eller subjektive unnskyldningsgrunner. En slik kategorisk tilnærming fremstår imidlertid som mindre hensiktsmessig i lys av tilknytningspliktens egenart. Med dette menes de offentlige interessene som plikten også er ment å ivareta, jf. forarbeidenes presisering av at plikten er uttrykk for «myndighetenes krav og forventninger». I lys av uttalelsen kan ikke normeringen av netteiers plikter i enl. § 3-4 a uten videre antas å sammenfalle med culpanormens krav til netteiers aktsomhet.⁵¹

⁵⁰ Wilhelmsen og Hagland (2017) behandler dommen og kravet om relevans på s. 104 flg.

⁵¹ Se bl.a. Thorson 2011, s. 203.

For ytterligere veiledning i fastleggingen av culpanormen skal tilknytningsplikten undersøkes nærmere, samt hvilke krav som kan stilles til netteiere som pliktsubjekter.

4.3.2 Aktsomhetskravet i lys av energiloven § 3-4 a

I den nærmere vurderingen av hvilket aktsomhetskrav som kan utledes av enl. § 3-4 a, tas det utgangspunkt i forarbeidenes uttalelse om at netteier plikter å «utrede, omsøke og eventuelt bygge nett uten ugrunnet opphold». Ordlyden indikerer at de ulike pliktene må gjennomføres så snart som mulig, og at eventuelle opphold må kunne begrunnes i konkrete forhold.⁵² Problemstillingen er om de til dels strenge kravene til netteiere sammenfaller med culpanormen.

I rettspraksis er det flere eksempler på at normbrudd ikke nødvendigvis er ansvarsbetingende, fordi culpanormen, etter en nærmere vurdering, ikke er ansett å sammenfalle med lov- eller forskriftsverkets krav. Rt. 2001 s. 1062 (*Nucleus*) er relevant i denne sammenheng.⁵³ Saken gjaldt en anbyder som mente seg forbigått i en anbudskonkurranse, og Høyesterett mente fylkeskommunen var ansvarlig for den positive kontraktsinteressen. Høyesterett mente at et brudd på saksbehandlingsreglene ikke var tilstrekkelig til å konstatere uaktsomhet, og mente både typen feil, størrelsen og andre forhold måtte trekkes inn i vurderingen. Grunnen til dette er ifølge Thorson at reglene rundt offentlige anskaffelser ble ansett som for strenge til at brudd på dem uten videre kunne medføre culpaansvar.⁵⁴ Videre peker han på at de relevante faktiske forholdene ofte er kompliserte, slik at ikke enhver feilvurdering kan utløse ansvar.

At brudd på saksbehandlingsregler alene ikke er ansvarsbetingende, og at de faktiske forholdene må trekkes inn i aktsomhetsvurderingen, er relevant for fastleggingen av netteiers aktsomhetskrav.

I forvaltningspraksis har saksbehandlingen i forbindelse med tilknytningsprosessen ofte vært tema. Saksbehandlingen ble også vurdert av retten i TALST-2014-79595, og retten mente netteiers tidsbruk i forbindelse med konsesjonssøknaden var uforsvarlig. Samtidig gir *Nucleus* holdepunkt for at pliktbrudd ved saksbehandlingen alene ikke kan være ansvarsbetingende. Det samme følger av Rt. 2006 s. 1519 (*Pioner*) som behandles nærmere i punkt 4.3.3 nedenfor. Høyesterett kom her til at et brudd på folketrygdlovens krav om at saker om ytelser skal «forberedes og avgjøres uten ugrunnet opphold», ikke alene kunne begrunne ansvar for staten, jf. avsnitt 37.

Samtidig kan de faktiske og tekniske forholdene i en tilknytningsprosess være utfordrende. TALST-2014-79595 illustrerer problemstillingen: Utbygger mente her at nettselskapets valg av nettløsning var ansvarsbetingende. Det forelå ulike påkoblingsløsninger for tilknytningen, og retten bemerket at valget nettselskapet foretok, fremstod som «hovedårsaken til at nettilknytningen ble forsinket». Retten mente

⁵² Se Bjerke 2013, s. 50 flg. om det materielle innholdet.

⁵³ Thorson 2011, s. 204.

⁵⁴ Ibid., s. 204.

imidlertid at netteier i en erstatningsrettslig sammenheng måtte tilkjennes et «betydelig handlingsrom» for sine vurderinger.

Synspunktet har støtte i rettspraksis fra tilgrensende sektorer. En dom fra Borgarting lagmannsrett vedrørende telekommunikasjonssektoren er relevant ved at netteier (her Telenor) har en monopollignende stilling som har skapt behov for å gi andre aktører tilgang til Telenors mobilnett.⁵⁵

Dommen gjaldt Telenors overholdelse av en pålagt plikt til ikke-diskriminering mellom eksterne kjøpere av tilgang til Telenors mobilnett. Pålegget var fastsatt i medhold av ekomloven § 4-7 som gir myndighetene kompetanse til å pålegge en tilbyder med «sterk markedsstilling» å tilby samband og tilgang til eksterne brukere. Spørsmålet var om Telenor var ansvarlig ved å ha brutt plikten som fulgte av enkeltvedtaket om å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang til mobilnettet og ikke diskriminere med hensyn til pris, og dermed erstatningsansvarlig overfor selskapet som hadde krav på tilgang til mobilnettet. Dommens overføringsverdi ligger i rettens drøftelser av Telenors uaktsomhetsansvar.

Spørsmålet for lagmannsretten var om Telenor kunne klandres for ikke å ha hatt tilstrekkelig kunnskap om detaljene i plikten til ikke-diskriminering mellom eksterne virksomheter. Retten viste til at det gjaldt brudd på en rettsregel der spørsmålet om skadevolder kan klandres, ikke inngår som et element i vurderingen av om rettsregelen er brutt. Retten fremholdt at ved slike regler utgjør pliktbrudd i prinsippet bare ett av flere momenter i skyldansvarsvurderingen.

Retten mente videre at Telenor ikke hadde handlet erstatningbetingende uaktsomt, og fremholdt at der en «handleplikt beror på skjønnsmessige vurderinger der det er uklart hvilken tilnærming som er den riktige, må det være rom for å trå feil uten at feilen utløser erstatningsansvar».

Dommen har begrenset rettskildevekt, men synspunktene om monopolistens handlingsrom for feil før det utløses erstatningsansvar, er relevante. I lys av denne dommen må netteier tilkjennes et visst slingringsmonn ved de mer skjønnsmessige vurderingene etter enl. § 3-4 a. Rekkevidden av dommen er imidlertid uklar. Dette skyldes blant annet at pliktens innhold fulgte av lov, men var også presisert i et enkeltvedtak. Det kan innvendes at det må legges en annen terskel til grunn ved plikter som følger av enkeltvedtak, enn det som gjelder for tilknytningsplikten som er fastsatt ved lov og forskrift.

Avslutningsvis synes skadeevnekriteriet, slik det benyttes ved integritetskrenkelser, å være relevant å trekke inn. Det ble innledningsvis i punkt 4.1 presisert at skadeevnekriteriet som utgangspunkt ikke gir særlig veiledning for rene formuestap. Når kriteriet likevel trekkes inn i vurderingen, skyldes dette at risikoen for økonomisk tap er nær forbundet med tidspunktet kraftverket kan mate strøm inn på nettet. Dette ble blant annet fremhevet i TALST-2014-79595, hvor netteiers aktsomhet ble sett i sammenheng med kraftverkets ferdigstilling. Denne sammenhengen mellom netteiers aktsomhetskrav og

⁵⁵ LB-2015-23344.

kraftverkets forespeilede produksjon samsvarer dermed godt med skadeevnekriteriet, som bygger på at jo større og tydeligere risiko for skade, desto strengere krav til aktsomhet kan stilles.

Tilknytningsplikten ble som nevnt ikke innført med hensyn til en spesiell risiko for skade, men det er samtidig klart at et produksjonstap vil fremstå som mer nærliggende jo nærmere man kommer den planlagte driftsstartdatoen.

4.3.3 Aktsomhetskravet i lys av netteiere som pliktsubjekt etter energiloven § 3-4 a

Temaet videre er hvordan netteiere som pliktsubjekt påvirker forventningene som kan stilles til deres aktsomhet. Drøftelsen tar utgangspunkt i to hensyn retten vektla i TALST-2014-79595: ressurshensyn og netteiers monopolposisjon.

i) Ressurshensyn

Et særtrekk ved nettselskaper er den strenge myndighetskontrollen som blant annet utøves gjennom den økonomiske reguleringen til NVE. I forvaltningspraksis har det i spørsmål om tilknytningsplikten blitt lagt til grunn at nettselskaper må sørge for å utnytte ressursene effektivt, og at «[m]anglende ressurser vil normalt ikke være en gyldig grunn til å utsette en handling».⁵⁶ Uttalelsen gjør det interessant å vurdere hvilken betydning netteiers ressurser har i en erstatningsrettslig kontekst, herunder om ressurshensyn påvirker forventningene som kan stilles netteiers aktsomhet.

Hvilke ressurser skadevolder har til rådighet, er i flere avgjørelser fremhevet som relevant for hvilke krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten, jf. skl. § 2-1 første ledd.⁵⁷ Avgjørelsene gjelder det offentliges ansvar, men ressurshensynet har likevel overføringsverdi til nettvirksomheten. Dette skyldes til dels at nettselskapene ved å være underlagt en generell tilknytningsplikt ikke kan velge hvem de vil kontrahere med, og til dels de økonomiske rammene nettselskapene er underlagt gjennom inntektsrammereguleringen. Det ble av flere høringsparter vist til at det måtte gjøres nødvendige endringer i inntektsrammereguleringen slik at nettselskapene fikk økonomiske rammer til å gjennomføre tilknytningene.⁵⁸ Hensynet ble vektlagt i TALST-2014-79595, hvor retten mente at det måtte stilles strenge krav til netteier, med henvisning til at det var et «stort kraftselskap med betydelige ressurser».

Rt. 1991 s. 954 (*Spanor*) er interessant for den nærmere vurderingen av hensynets relevans og vekt. Høyesterett mente, under henvisning til skadeserstatningslovens forarbeider, at Forbrukerombudet ikke hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt ved blant annet å vise til ombudets mange oppgaver og beskjedne stab (side 959).⁵⁹ Hvilken betydning ombudets mange gjøremål og begrensede

⁵⁶ NVE-sak 201903448-6 gjaldt tilknytning av forbruk, men NVE viste til at en «tilsvarende plikt ved tilknytning av forbruk må innfortolkes i energiloven § 3-4, noe som også er forutsatt i forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 62 (2008-2009) s 37». Dermed har vedtaket relevans for forståelsen av tilknytningsplikten ved produksjon.

⁵⁷ Se bl.a. Rt. 1991 s. 954 (*Spanor*), Rt. 1992 s. 453 (*Furunkulose*) og Rt. 2000 s. 253 (*Asfaltkant*).

⁵⁸ Jf. Ot.prp. nr. 62 (2008–2008) s. 32.

⁵⁹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 45 (1965–1966) s. 79.

ressurser hadde for aktsomhetskravet, ble av annenvoterende sammenfattet med en henvisning til at det da «ikke kunne forventes oppfølging fra ombudets side på alle mulige henvendelser» (side 960).

I likhet med Forbrukerombudet i *Spanor* er netteiere pålagt en rekke plikter og oppgaver i lov- og forskriftsverket. Netteiere har ansvaret for planlegging og utbygging av nett, løpende koordinering av produksjon og forbruk samt håndtering av kundehevendelser og utføring av el-tilsyn. Sammen med den økonomiske reguleringen av nettselskapene innebærer disse likhetene at ressurs hensynet, slik det benyttes i *Spanor*, er relevant for drøftelsen av hvilke forventninger som kan stilles til netteiers aktsomhet.⁶⁰

Hvilken vekt hensynet tillegges, synes å bero på finansieringen av virksomheten, jf. Bjerkan som mener hensynet gis størst vekt «der virksomheten er rent tjenesteytende overfor borgeren og der det ikke betales – eller betales et lite – vederlag for tjenesten».⁶¹ Rt. 1991 s. 858 (*Otterbech*) illustrerer vederlagets betydning. Saken gjaldt en mors krav på erstatning for inntektstapet som følge av at barnehagen hvor datteren gikk, var stengt grunnet personalmangel. Høyesterett innledet med at forholdet mellom foreldrene og kommunen lå i grenseland mellom offentlig- og privatrett og inneholdt både kontraktsrettslige og privatrettslige elementer. Retten avviste kravet om erstatning og bemerket at betalingen fra foreldrene utgjorde «en beskjeden del av utgiftene» (side 862).

I spørsmålet om ressurs hensynets vekt må anleggsbidraget produsenten betaler, trekkes inn i vurderingen. Netteier skal fastsette og kreve anleggsbidrag for blant annet å fordele kostnadene mellom kunden som utløser investeringene, og nettselskapets øvrige kunder, og innkrevingen har et kontraktsrettslig grunnlag i avtalen om anleggsbidrag.⁶² Dette gjør det nærliggende å sammenligne anleggsbidraget med et kontraktsvederlag. Synspunktet har støtte i et høringsnotat fra NVE der de skriver at «nettselskapers arbeid med nettilknytninger og forsterkninger er sammenliknbart med håndverkertjenester og avtaler om oppføring av boliger til forbrukere».⁶³

Selv om anleggsbidraget ikke skal dekke mer enn de faktiske påløpte kostnadene, innebærer den kontraktsrettslige reguleringen, og den korresponderende motytelsen anleggsbidraget representerer, at ressurs hensynet ikke er et tungtveiende argument for å stille mindre krav til netteieres aktsomhet.

ii) Netteiers monopolposisjon

Et spørsmål videre er hvilken innvirkning netteiers monopol på å levere nettilknytning har for forventningene som kan stilles til deres aktsomhet. Spørsmålet er om netteiers monopolposisjon kan begrunne at det stilles strengere krav til aktsomheten.

⁶⁰ Se punkt 1.4.

⁶¹ Se Gøril Bjerkan, *Det offentligrettsliges erstatningsansvar* (2019), s. 194 (*Bjerkan 2019*).

⁶² Jf. NVEs nettveileder «Anleggsbidrag».

⁶³ Høringsdokument 6/2018: Forslag til endring i forskrift om kontroll av nettvirksomhet, s. 47.

I TALST-201479595 mente retten at nettselskapets monopolposisjon var med på å skjerpe hvilke forventninger kraftprodusenten kunne stille. Retten viste til vitneforklaringen fra administrerende direktør i produksjonsselskapet, som forklarte at

«samarbeidet med nettselskap [var] helt avgjørende for realisering av småkraftprosjekt. Herunder viste [direktøren] til at realisering av slike prosjekter krever en helt annen tilnærming til fremdrift og kostnadsfokus enn hva større kraftselskap normalt har. [Direktøren] brukte i sin forklaring begrep som at utbyggere var "prisgitt" nettselskap som monopolist på kraftnett».

I Rt. 2006 s. 1519 (*Pionerdykker I*) ble også styrkeforholdet mellom skadelidte og skadevolder trukket frem. Staten ble funnet erstatningsansvarlig fordi sen saksbehandling hos trygdekontoret førte til at en tidligere dykkers søknad om uførepensjon ble avvist. Retten vurderte skadelidtes relasjon til trygdekontoret og pekte på at denne var preget av at trygdekontoret satt i en maktposisjon hvor det ensidig gjennom sin prioritering kunne bestemme utfallet av saken. Bjerkan peker på trygdekontorets monopol på å behandle saken og at styrkeforholdet mellom partene bidro til at kravene til trygdeforvaltningen ble skjerpet.⁶⁴

Pionerdykker I tilsier at skjevheten i maktforholdet mellom netteier og produsent er relevant å vektlegge. Dommens overføringsverdi begrenses imidlertid av at skadelidte i *Pionerdykker I* befant seg i en særlig sårbar situasjon. Kraftprodusenter på sin side utgjør en sammensatt gruppe, og kan være alt fra mindre lokale foretak til store internasjonale selskaper. Dette gjør det vanskelig å si noe generelt om hvilken vekt styrkeforholdet mellom produsent og netteier må gis i vurderingen av netteiers aktsomhetskrav.

4.3.4 Avsluttende om netteiers aktsomhetskrav

Etter gjennomgangen i 4.3 er det klart at tilknytningsplikten danner det sentrale grunnlaget for å fastlegge kravet til aktsomhet for netteier. Samtidig gir ikke rettskildebildet holdepunkter for at produsenters forventninger til netteiers aktsomhet sammenfaller med lovens krav til netteiere. Den nærmere fastleggingen av culpanormen er imidlertid usikker. Selv om åpenbare unnlatelser eller mangelfull oppfølging fort vil lede til ansvar, er det klart at ikke ethvert brudd på tilknytningsplikten er ansvarsbetingende. Den nærmere fastleggingen må blant annet skje i lys av på hvilket stadium partene er i tilknytningsprosessen.

Samtidig er det grunnlag for å vurdere styrkeforholdet mellom partene i enkelte tilfeller, mens den økonomiske reguleringen av nettselskaper i mindre grad synes relevant. Netteier må videre gis et til

⁶⁴ Bjerkan 2019, s. 210.

dels vidt handlingsrom når det gjelder de nærmere skjønsmessige avveiningene som inngår i vurderingen av tilknytningen.

5. Avsluttende kommentarer

Utbyggingen av vindkraft til lands har aktualisert temaet om netteiers erstatningsansvar, og på sikt vil også lignende spørsmål kunne melde seg for offshore vindkraftverk med behov for tilknytning til fastlandsnettet. Spørsmålet om netteiers erstatningsansvar for forsinket tilknytning av offshore vindkraftverk har allerede oppstått i andre land.⁶⁵ Som forarbeidene understreker, vil det fremover bli et økende behov for nettinvesteringer grunnet aldrende nett, mer ekstremvær og økt utbygging av kraft fra fornybare kilder.⁶⁶ Det påpekes at disse forholdene gjør det nødvendig å se på den samlede reguleringen av kraftnettet for å sikre at reguleringen er hensiktsmessig og gir de rette incentivene til nettselskapene. Erstatningsrettens rolle fremstår i den forbindelse som noe som burde hensyntas i den kommende utviklingen av et nettregime til havs. Erfaringene fra Tyskland viser eksempelvis at en revisjon av TSOs (Transmission System Operator) tilknytningsplikt var nødvendig i forbindelse med tilknytningen av offshore vindkraftverk.⁶⁷ I den reviderte tilknytningsplikten er skyldkravet presisert, tapsutmålingen ved forsinkelser standardisert, og aktørene gitt mer konkrete rammer for *når* tilknytningen vil skje.⁶⁸

Enkelte forhold taler for at tilknytningspliktens erstatningsrettslige rolle burde vært utredet nærmere i lys av risikoen for økonomisk tap i forbindelse med tilknytningen av kraftverk. Slike risikobetraktninger spiller en stor rolle når investeringsbeslutninger skal tas, og en nærmere avklaring av risikoplasseringen kunne bidratt til økt trygghet blant investorer og utbyggere. Behovet for forutsigbarhet påpekes også i forarbeidene, hvor det heter at «[i]nvesteringer i energisektoren trenger stabile og langsiktige rammer».⁶⁹

Sektorregulering av tilknytningsplikten ved lov og forskrift slik man har valgt etter energiloven, kan bidra til økt forutberegnelighet og mer effektiv håndhevelse av regelverk enn der sektorreguleringen hjemler fastsetting av pliktene gjennom enkeltvedtak. Falch peker på at utstrakt bruk av enkeltvedtak kan innebære at investeringsviljen blir svakere og nye aktører mer forsiktige.⁷⁰

Samtidig har gjennomgangen vist at lovfestingen av tilknytningsplikten i enl. § 3-4 a har gitt opphav til usikkerhet i erstatningsrettslig sammenheng, både om pliktens faktiske innhold og om dens erstatningsrettslige betydning. En regulering i form av enkeltvedtak vil i større grad kunne ta høyde for

⁶⁵ Se for eksempel omtalen av det tyske regimet og utfordringene der i Zimmer, Meinzenbach og Restrepo-Rodríguez, «The German Offshore Transmission Grid – (Finally) A Success Story?» *Renewable Energy Law and Policy Review* 4, no. 1/2013, s. 32–41 (Zimmer, Meinzenbach og Restrepo-Rodríguez 2013).

⁶⁶ Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 15.

⁶⁷ Om utfordringene med det tidligere nettregime, se Zimmer, Meinzenbach og Restrepo-Rodríguez 2013, s. 35.

⁶⁸ Ibid., s. 36–41.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 62 (2008–2009) s. 15.

⁷⁰ Falch 2004, s. 215.

særlige omstendigheter i den enkelte sak, slik at plikten tilpasses aktørenes konkrete behov. En mer konkret fastleggelse av pliktens innhold vil gjøre det enklere å etterleve plikten, og spørsmål om erstatningsansvar som sanksjon ved brudd kan bli mindre fremtredende.