

Erstatningsansvaret ved svikt i anlegg for overvannshåndtering

– hvilken ansvarsmodell bør velges?

Steinar Taubøll

Vitenskapelig bedømt (refereed) artikkel

Steinar Taubøll: Liability for failure of stormwater management systems – Which model should be chosen?

KART OG PLAN, Vol. 76, pp. 99–112, POB 5003, NO-1432 Ås, ISSN 0047-3278

Climate change has increased the number of extreme rainfall situations, and creates a need for effective stormwater management, especially in urban areas. This can be done through traditional sewerage systems or using structures specifically designed for handling stormwater. As a result of climate change such structures will become a more significant part of our infrastructure. If they fail they can cause damage, and the victims can claim compensation for their economic losses. With a starting point in Official Norwegian Report NOU 2015:16 the central question in this article is whether current law has an appropriate liability model for the handling of stormwater, and which model that might be better.

This article provides an overview of four different rules, which regulates liability connected to stormwater: Pollution Control Act § 24a, Water Resources Act § 47, Planning and Building Act §28-1 and landowners' responsibility towards neighbours according to Granelova § 9. In light of general principles of tort law the article discusses the selection of future regulations, and concludes by recommending a general culpa rule with a strict regulated standard.

Key words: Stormwater management, urban planning, climate change adaptation, liability, flooding, sewerage,

Steinar Taubøll, Professor, Institute for Landscape Architecture and Spatial Planning, Norwegian University of Life Sciences. POB 5003, NO-1432 Ås. E-mail: steinar.tauboll@nmbu.no

1 Innledning

Endringer i klimaet har økt normalnebøren og antall ekstreme nedbørsituasjoner. Dermed øker behovet for effektiv bortledning av vann på bakken, særlig i urbane områder. Dette kan skje via tradisjonelle avløpsnett eller ved hjelp av anlegg spesielt laget for håndtering av overvann. Slike anlegg kan utformes på flere måter, og bestå av grøfter, renner, rør, bassenger mm. NOU 2015:16 «Overvann i byer og tettsteder» analyserer framtidens behov for overvannshåndtering og inneholder en rekke anbefalinger og lovendringsforslag. Som følge av klimaendringene vil overvannsanlegg bli en stadig

mer nødvendig og tydelig del av vår infrastruktur. Mange overvannsanlegg vil være nært knyttet til veier og vassdrag¹. En stor del av anleggene vil bli eid og driftet av offentlige enheter, men etter utvalgets forslag vil private i stigende grad bli pålagt å etablere egne overvannsanlegg.²

Hvis bortledningen av overvann svikter kan det føre til skader og krav om erstatning for de økonomiske tapene. Det sentrale spørsmål som er utgangspunkt for denne artikkelen er om man i gjeldende rett har en formålstjenlig og godt gjennomtenkt ansvarsmodell for overvannsanlegg, og hvilken modell som eventuelt bør komme i stedet. NOU 2015:16

1. Jfr. NOU 2015:16 kap. 16 og 17.

2. Jfr. NOU 2015:16 kap. 12–15.

drøfter ansvarsreglene på dette feltet,³ men kommer ikke med en klar anbefaling i og med at utvalget på dette punktet har en dissens med fire delvis ulike standpunkter.

Mye av dissensen i utvalget kan skyldes at man har lagt stor vekt på å analysere og justere på gjeldende rett om avløpsanlegg i stedet for å fristille seg fra gamle begreper og se nærmere på sammenhengene med andre nærliggende regelsett. Vi står i dag i oppstarten av en ny tenking om overvannshåndtering, og gamle begreper og regler tilpasset kommunale kloakkanlegg er ikke nødvendigvis et optimalt utgangspunkt når man skal utmåle et ansvar for dimensjonering og vedlikehold av den framtidige infrastrukturen for overvann og for den nødvendige oppgraderingen av dagens anlegg for at funksjonen skal opprettholdes. Når man med urbane forhold i fokus, som i NOU 2015:16, fastsetter generelle ansvarsregler for overvannsanlegg må det også vurderes om lovens definisjoner utilsiktet kan komme til å omfatte dreneringssystemer av andre slag, for eksempel veier og landbruksområder.

Et særpreg ved overvannsanleggene sammenlignet med avløpsanleggene er at de i stadig større grad vil bestå av flere samvirkende anlegg og ulike funksjoner. For eksempel kan bortledningen av vann i et område skje via rør, grøfter, bekker, veier, ballplasser og parkanlegg med ulike eiere. I et slikt heterogent bortledningssystem kan det være vanskelig å forutse hva som vil bli systemets svakeste ledd under stor belastning. Dette tilsier at man bør ha rimelige og forutsigbare ansvarsregler for hele systemet.

I denne artikkelen gjøres det først rede for ansvaret for overvannsanlegg etter forurensningsloven § 24a, og historikken bak denne lovens regler. I og med at lovgiver ennå ikke har hatt til hensikt å utforme et homogent erstatningsansvar for flomskader⁴ er det av prinsipiell interesse å sammenligne ansvaret for overvannsanlegg etter gjeldende rett med tre andre lovfestede ansvarsgrunnlag: tiltakshavers ansvar for vassdragstiltak et-

ter vannressursloven § 47, kommunens ansvar for tilstrekkelig sikkerhet mot flom og andre naturfarer ved godkjenning av byggetomt etter plan- og bygningsloven § 28-1 og grunneieres ansvar i forhold til naboer etter grannelovas § 9 jfr. § 2.

I lys av de fire ulike ansvarssystemene drøfter artikkelen deretter momenter til vurdering av framtidig ansvarsregulering for overvannsanlegg. Dette omfatter samfunnsmessige aspekter ved alternative ansvarstyper; herunder anleggseiers muligheter til forebygging, økonomiske pulveriseringsmuligheter, rettferdighetshensyn og fordelingsvirkninger. Artikkelen konkluderer med å anbefale et alminnelig culpa-ansvar knyttet til en streng teknisk forsvarlighetsnorm.

2 Ansvarssystemene

2.1 Ansvarssystemet for avløps- og overvannsanlegg etter forurensningsloven § 24a

2.1.1 Utviklingen fram til dagens rettstilstand

Det norske rettssystemet har gjennom de siste 150 år fulgt opp den tekniske utviklingen med adekvate regler om erstatningsansvar. I tillegg til det alminnelige ansvar for uaktsomme handlinger (culpa-ansvaret) ble det etter industriens oppblomstring på slutten av 1800-tallet i rettspraksis og lovgivning utviklet et såkalt objektivt ansvar. Etter denne ansvarsmodellen skulle eieren av den risikofylte virksomhet være erstatningsansvarlig uten hensyn til om det var utvist noen uaktsomhet. Tanken bak dette var for det første at eieren av farlige innretninger skulle ha et insitament til god planlegging og godt vedlikehold. Dessuten var det mulig for eieren å innkalkulere erstatningsutgiftene i driften, og på den måten pulverisere utgiftene, for eksempel ved å spre dem ut på alle kundene via produktprisen.

Når det gjaldt avløp og overvannshåndtering var situasjonen rundt 1900 at kloakk-

3. NOU 2015:16 kap. 19.

4. Begrepet flom brukes i denne artikkelen både om pluvial flom (overvannsflom) og fluvial flom (flom i vassdrag). Skader ved svikt i overvannsanlegg har mye til felles med andre vannskader når det gjelder omfang og skadetype. Denne artikkelen er fokusert på skadene, og det legges derfor ikke vekt på å skille mellom flomskader fra vassdrag og oversvømmelser som skyldes nedbørøpsamling utenfor vassdrag.

ledninger hovedsakelig førte kloakk, som i dag kalles spillvann⁵. Etter hvert ble det stadig vanligere at overvann ble ledet bort gjennom de samme ledningene, særlig i tettbygde strøk der det fantes kommunale avløpsnett. I slike fellessystemer gir økning av overvannsmengden økt fare for at helseskadelig spillvann kommer ut av kontroll. Antagelig som et svar på utbredelsen av fellessystemer utvidet lovgiver i 1981 definisjonen av avløpsvann til å omfatte overvann. Men allerede i 1970 hadde man stort sett sluttet å bygge fellesanlegg. I stedet gikk man over til separatanlegg der de to typene vann holdes i adskilte ledningsystemer.⁶ I slike systemer er forurensningsfaren langt større fra spillvannsdelen, og overbelastninger på overvannsdelen har ikke betydning for denne risikoen. Det er først og fremst farene ved det forurensede spillvannet som grunngir det strenge anleggseieransvaret i dagens forurl § 24a: «Anleggseieren er ansvarlig uten hensyn til skyld for skade som et avløpsanlegg volder fordi kapasiteten ikke strekker til eller fordi vedlikeholdet har vært utilstrekkelig.» Innholdet i denne regelen vil bli nærmere drøftet nedenfor.

Da overvann ble tatt inn i forurensningslovens definisjon av «avløpsvann» i 1981 hadde lovgiver tydelig fokus på å gi regler for de kommunale avløpsnettene. I forarbeidene⁷ ble det uttrykt at man ønsket å følge fagterminologien for vann og avløp, og erstattet begrepet kloakk med avløp for å understreke at reglene skulle gjelde «alle typer brukt vann enten det er forurenset eller ikke». I tråd med dette foreslo man at avløpsvann skulle brukes som samlebetegnelse for sanitært/industrielt avløpsvann og overvann. Videre i proposisjonen ble det tydelig fokusert på vann «som ledes til kommunalt nett». Det ble framhevet at reglene skulle gjelde både for fellessystem og separatsystem, og helt kort ble det tilføyd at reglene «omfatter vanligvis ikke drensledninger». Videre ble det sagt at

skulle en ledning også være bestemt for andre formål, ville den gå inn under reglene i det aktuelle kapittel «bare dersom den i hovedsak er bestemt for avløpsvann».

Selv om det objektive ansvaret i forurl § 24a er begrepsmessig definert til å gjelde alle anlegg for overvannstransport er det liten tvil om at ansvarsmodellen er valgt for å passe til de kommunale avløpsnettene. I forarbeidene⁸ heter det at «De fleste avløpsanlegg eies og drives i dag av kommuner, som ofte kan utligne merutgiftene gjennom vann- og kloakkavgiften». Dette forholdet framgår også av uttalelser fra Høyesterett. I Rt. 2011 s. 1304 (Alta) premiss nr 35 peker retten på at § 24a er et resultat av bevisste overveielser om plassering av risiko og den nære innbyrdes sammenhengen det er mellom denne paragrafen og §§ 23-25 om tilknytningsplikt, vedlikeholdsplikt og kloakkavgift. Retten oppsummerer dette med å si: «Disse bestemmelsene viser at erstatningsansvars-plasseringen inngår i en balansert modell for drift av avløpsanlegg». Det samme synspunktet gjentas av Høyesterett i Rt. 2014 s. 656 (Molde) premiss nr 24 samtidig som det pekes på at det objektive ansvaret i § 24a er «først og fremst begrunnet i hensynet til en rimelig risikoplassering, anleggseierens mulighet for pulverisering og prevensjonsbetraktninger, langt på vei i tråd med grunnlaget for det ulovfestede objektive ansvaret som allerede var etablert for skade ved vann- og avløpsledninger før vassdragsloven 1940, jf. særlig Rt.1905 s.715 (vannledning) og Rt. 1935 s. 218 (kloakkledning)».

Mye tyder altså på at lovgiver ikke hadde bevisste intensjoner om å innføre et nytt generelt ansvarsregime for overvannsbortledning i 1981. Desto viktigere er det at man i dagens situasjon ikke automatisk bygger videre på gamle regler, men velger en gjennomtenkt ansvarsmodell tilpasset dagens behov og reglene på tilstøtende områder, spesielt reglene for vassdrag, veier og flomsikring.

5. Forurensningsloven bruker begrepene «sanitært og industrielt avløpsvann» om det som tidligere ble kalt kloakk. I NOU 2015:16 s.6 defineres dette som «spillvann». Videre i artikkelen her brukes begrepet spillvann om den delen av «avløpsvann» som ikke er «overvann».

6. Det skal tilføyes at mange byer etter hvert erfarte at det var vanskelig å få gjennomført fullstendig separering av ledninger. Det ble ofte lagt separatsystem i nye utbyggingsområder, men på den siste distansen til rensanlegget kunne de to ledningene bli ført inn på samme fellesledning. Feilkoblinger av takvann og veivann er et annet forhold som kan gjøre separering mindre effektiv.

7. Ot.prp. nr.11 (1979-80) s. 126.

8. NOU 1994:12 s. 262.

Lovgiver ønsket å pålegge et strengt ansvar for dem som eide og driftet kloakkledninger og renseanlegg. Ledningene måtte ha tilstrekkelig kapasitet og forsvarlig vedlikehold, jf. vassdragsloven av 1940 §§ 47 nr. 2 og 115 nr. 2. Det objektive ansvaret som ble utviklet på slutten av 1800-tallet passet godt her. Dessuten var det mulig for kommunale eiere å innkalkulere erstatningsutgiftene i driften, og på den måten pulverisere utgiftene via kloakkavgift eller skatteinngang. Det gamle kloakk-begrepet har bokstavelig talt har blitt utvannet og området for det strenge ansvaret har blitt større etter at forurl § 21 andre ledd nå bestemmer følgende: «Med avløpsvann forstås både sanitært og industrielt avløpsvann og overvann». I tråd med denne definisjonen heter det i bestemmelsens første ledd at man med «avløpsanlegg» forstås «anlegg for transport og behandling av avløpsvann»⁹. Når disse definisjonene er gitt følger det ganske logisk at også sluk, sandfangkummer og rister for inntak av overvann utgjør en del av avløpsanlegget.¹⁰

2.1.2 Dagens rettsstilstand

Forurl § 24a sammenholdt med kommunale abonnementsvilkår, definisjonmessige uklarheter¹¹ og ulovfestet rett har gitt opphav til ganske rikelig, til dels sprikende, rettspraksis de senere år. En komplett fremstilling av gjeldende rett på feltet faller utenfor denne artikkelens siktemål.¹² Sentralt i rettspraksisen står Rt. 2007 s. 431 (Stavanger). Saken gjaldt kjelleroversvømmelse i forbindelse med ekstremregn, og skadeårsaken var manglende kapasitet i avløpsanlegget. Retten godtok at kommunen kunne fraskrive seg det objektive ansvaret gjennom abonnementsvilkårene som ble regnet som en standardkontrakt. Kommunen som eier av anlegget ble da stående med et van-

lig culpa-ansvar med hensyn til kapasitetsmangel.

I Rt. 2011 s. 1304 (Alta) gjaldt saken ikke kapasitet, men vedlikehold. Her kom retten under dissens¹³ til at man ikke kunne godta kommunens forsøk på å fraskrive seg det objektive ansvaret i abonnementsvilkårene. Dette ble blant annet begrunnet med kommunens mulighet til å pulverisere tapet, og til at man ikke ville fjerne insentiv til «forsvarlig» vedlikehold, jf. dommens avsnitt 36.¹⁴ Etter min mening er det systematisk uheldig at Høyesterett bruker ordet «forsvarlig» i denne sammenhengen, da det vanligvis brukes for å betegne et normalt aktsomhetsnivå som assosieres med culpa-ansvaret. Her brukes det for å beskrive en tjenestekvalitet som overstiger dette.

I og med at svært mange kommuner benytter anledningen til å begrense ansvaret via abonnementsvilkårene har vi i dag en rettsstilstand der det er objektivt ansvar for skader som skyldes sviktende vedlikehold og vanlig culpa-ansvar når det gjelder dimensjonering, på tross av at lovgiver mente å gi en enhetlig regel. Rettsstilstanden gir grunnlag for noen kritiske refleksjoner. For det første at man lett vil komme opp i vanskelige bevisituasjoner; var det så mye sand i røret at det kunne forklare hele skaden eller hadde røret så liten diameter at det ville vært for trangt selv om det var perfekt rensert? For det andre spørsmålet om det objektive ansvaret i det hele tatt gir bedre vedlikehold enn culpa-ansvaret, og i så fall om denne økte ressursbruken er samfunnsøkonomisk lønnsom. En nærmere drøftelse av disse spørsmålene i forhold til spillvann faller utenfor artikkelens siktemål, men diskusjonen har stor overføringsverdi til overvannsanleggene.

Da ansvaret for avløpsanlegg ble regulert av vassdragsloven gjaldt et ulovfestet fritak

9. I bestemmelsens forarbeider, Ot.prp. nr.11 (1979-80) s. 126, framgår det at det ikke bare er ledninger og renseanlegg som regnes som avløpsanlegg, men også «pumpestasjoner og annet utstyr i tilknytning til ledningsnett og renseanlegg».

10. Jfr. Steinar Taubøll «Virkeområdet for forurensningsloven § 24a om avløpsanlegg, særlig i forhold til overvann og veier» i Kart og Plan 2010 s. 166, samt Rt. 2012 s. 820 (Fosen)

11. Objektivt ansvar for «utilstrekkelig» vedlikehold er en ordlyd som kan gjøre det usikkert om lovgiver egentlig har tenkt seg et rent objektivt ansvar. Denne usikkerheten har også vært en driver for rettspraksis. Det samme gjelder usikkerheten om hvilke fysiske enheter som etter loven er inkludert i et «avløpsanlegg».

12. Se NOU 2015:16 kap. 19 med videre henvisninger.

13. Mindretallet gikk ganske langt i å kritisere flertallet for å fravike etablert praksis fra Rt. 2007 s. 431 (Stavanger).

14. Jfr. Rt. 2011 s. 1304 (Alta) premiss nr. 36.

for force majeure.¹⁵ Forarbeidene til dagens lov sier ikke noe direkte om hva som skal gjelde for avløpsanlegg, men for vannledninger sies at ansvarsfritak ved force majeure «bør som hittil overlates til rettspraksis»¹⁶. Borgarting lagmannsrett la i RG 2007 s. 1281 (Fredrikstad) til grunn at det også i forhold til forurl § 24a fortsatt gjelder et slikt unntak fra det objektive ansvaret.

2.1.3 Forurensningsloven § 24a og forholdet til veiers dreneringssystem

NOU 2015:16 definerer i sin ordliste at «overvann» skal bety «Overflateavrenning som følge av nedbør eller smeltevann», og «overvannsanlegg» skal bety «anlegg for oppsamling, avledning og eventuelt behandling av overvann». Det oppgis ingen geografisk begrensning eller avgrensning mot drenering av for eksempel veier og jordbruksarealer.¹⁷ Slike dreneringssystemer vil ofte bestå delvis av komponenter som omfattes av legaldefinisjoner for overvannsanlegg.

Generelle regler for overvannsanlegg vil dermed omfatte mange typer anlegg, også de som er svært forskjellige fra kloakkanlegg. Etter gjeldende rett er avløpsanlegg definert til å omfatte overvannsanlegg, og ansvarsreglene for spillvannsanlegg, forurl § 24a, kommer derfor til anvendelse her også. Et godt eksempel er saken som ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2012 s. 820 (Fosen). Langs en fylkesvei var det et dreneringssystem som skulle lede bort vannet fra et jorde på oversiden av veien. Dette besto av en åpen grøft, og i denne var det plassert en kum for å lede vannet ned i en stikkledning under veien og ut i en åpen bekk. Kummen ble under et uvær tettet av is og snø, og vannet rant dermed nedover veien og skadet et bolighus på nedsiden. Høyesterett kom til at forurensningslovens regler for avløpsanlegg omfattet dette anlegget.

Norge hadde i 2012 ca. 90.000 km offentlig veg med ca. 50.000 km vegggrøfter og ca.

4.000 km lukket drenering langs veg.¹⁸ Det meste av dette vil etter gjeldende rett anses som avløpsanlegg. I tillegg kommer all bortledning av drens vann fra jordbruksarealer og andre eiendommer. Mange vil nok mene at en så vid bruk av reglene for avløpsanlegg ikke var tilsiktet når lovgiver tok inn overvann i definisjonen av avløpsvann¹⁹. Høyesteretts dom i Fosen-saken ble avsagt under dissens, og mindretallet pekte på at alle de øvrige bestemmelsene i det relevante lovkapitlet synes å være utformet med tanke på kommunalt eide anlegg for spillvannstransport med tilhørende rensing.²⁰ Flertallet kom imidlertid til at ordbruken i rettskildene ikke var til å komme forbi, og stemte for bruk av det objektive ansvaret. Når det gjelder veier har vi pr i dag altså et strengt objektivt ansvar for vannet i grøfter, kummer og rør, mens det for øvrig vedlikehold av veien gjelder et culpa-ansvar som etter Høyesteretts syn skal praktiseres mildt. I Rt. 2000 s. 253 (asfaltkant) viste retten blant annet til Rt. 1970 s. 1154 (Tiranna), og kom til at vegvesenets arbeid kom inn under en mild aktsomhetsnorm, særlig når det gjaldt vanskelige naturforhold. Det ble vist til skadelidtes mulighet for forsikring og til faglig/politisk prioritering. Retten uttalte i Rt. 2000 s. 253: «Der det er ytre rammevilkår som gjør at det finst risikofaktorer, er eg enig i at det ikkje utan vidare vil vere slik at vegvesenet vert ansvarleg for skade. Sjølv om risikoen ved ytre tilhøve ofte kan avhjelpast gjennom større løyvingar, vil det vere tale om ei samfunnsmessig prioritering som ikkje høver godt for rettsleg overprøving.» Videre uttalte retten om veienes vedlikehold at «når det er gjort ei fagmessig vurdering av risikomomenta og rette vedkomande har funne at ei ordning er forsvarleg, skal det mykje til før ei slik vurdering i ettertid vert sett til sides som aktlaus frå domstolane si side».

I juridisk teori har det vært mye diskutert om det i det hele tatt gjelder en generell mildere aktsomhetsnorm for offentlige ser-

15. Jfr. NOU 1994:12 s. 259.

16. Ot.prp.nr.39 (1998-1999) s. 360.

17. De generelle definisjonene i innledningen til NOU 2015:16 kan og bør antagelig presiseres i lovgivningen, jfr. for eksempel forslagene til de enkelte bestemmelsene, s. 249-250.

18. Opplyst i Rt. 2012 s. 820 (Fosen) premiss nr. 60.

19. Jfr. Rt. 2011 s. 1304 (Alta) premiss nr. 35 og Rt. 2014 s. 656 (Molde) premiss nr. 24 som nevnt ovenfor.

20. Rt. 2012 s. 820 (Fosen) premiss nr. 44-67.

vicetjenester,²¹ og Høyesterett har i Rt. 2011 s. 991 (Brannslukning) langt på vei bekreftet at en slik mild norm er vanskelig å identifisere generelt,²² og i den konkrete saken fant retten at brannvesenet måtte «innrømmes et visst rom for feilvurderinger» før kommunen kom i erstatningsansvar. Videre uttalte retten at «hvor stort dette rommet er, må bero på de konkrete omstendighetene».

Poenget med å trekke inn culpa-normens anvendelse på veivedlikehold her er imidlertid ikke å avklare nøyaktig denne normens strenghet, men å vise at dagens rettsstilstand gir to svært ulike ansvarsregler for vedlikehold av vei og veiens drenering, og at de to ansvarsmodellene hviler på ganske ulike hensyn. Dette er en utfordring når man skal lage helhetlige ansvarsregler for veieierens arbeid med overvannsanlegg.

2.2 Ansvarssystemet for vassdragstiltak etter vannressursloven § 47

Som nevnt er et særpreg ved overvannsanleggene at de kan bestå av mange samvirkende anlegg og ulike funksjoner, for eksempel ved at vann i et område ledes bort via grøfter, bekker, rør, veier og uteanlegg med forskjellige eiere. De fleste grøfter og rør omfattes i dag av forurensningslovens regler, jfr ovenstående avsnitt. Bekker, dammer og enkelte grøfter vil imidlertid falle inn under vannressursloven.²³ Det framgår av lovens § 2 første ledd at som vassdrag regnes «alt stillestående eller rennende overflatevann med årssikker vannføring» samt «vannløp uten årssikker vannføring dersom det atskiller seg tydelig fra omgivelsene». Videre fastsetter § 2 andre ledd at lovens regler for vassdrag også gjelder for «kunstige vannløp med årssikker vannføring unntatt ledninger og tunneler» og «kunstige vannmagasiner som står i direkte samband med grunnvan-

net eller et vassdrag». Årssikker vannføring er i lovens § 3 første ledd punkt c definert som «vannføring som ved middeltemperatur over frysepunktet ikke tørker ut av naturlige årsaker oftere enn hvert tiende år i gjennomsnitt».

Det synes klart at en rekke av elementene i et system for overvannshåndtering omfattes av disse definisjonene, og at overvannet på sin vei til resipienten dermed kan skifte flere ganger mellom å renne i «vassdrag» og «avløpsanlegg».

For menneskelige inngrep i et vassdrag gjelder egne ansvarsregler knyttet til «vassdragstiltak». Vrl § 3 første ledd punkt a definerer vassdragstiltak som: «vassdragsanlegg og alle andre tiltak i vassdraget som etter sin art er egnet til å påvirke vannføringen, vannstanden, vassdragets leie eller strømmens retning og hastighet eller den fysiske og kjemiske vannkvaliteten på annen måte enn ved forurensning»

Vrl § 47 første ledd fastsetter et alminnelig culpa-ansvar for tiltakshaver²⁴, mens § 47 andre ledd lovfester en noe spesiell form for objektivt ansvar.²⁵ Reglene skal ikke gjennomgås i alle detaljer her²⁶, men det skal framheves at den objektive ansvarsregelen i §47 andre ledd bokstav a henviser til paragrafer som til en viss grad begrenser det objektive ansvaret.

For det første gjelder dette henvisning til vrl § 5 andre ledd, som pålegger tiltakshaver at planlegging og gjennomføring av vassdragstiltak skal være til «minst mulig skade og ulempe» og at denne plikten gjelder «så langt som det kan oppfylles uten uforholdsmessig utgift eller ulempe». Videre henviser vrl § 47 til § 5 tredje ledd som fastsetter at vassdragstiltaket skal fylle alle de krav «som med rimelighet kan stilles til sikring». § 47 henviser dessuten til § 37 første ledd som på-

21. Se eksempelvis Lødrup Lærebok i erstatningsrett, 6. utgave 2009 s. 223 og Nygaard Skade og ansvar, 6. utgave 2007 s. 242.

22. Rt. 2011 s. 991 (Brannslukning) premiss nr. 22-32.

23. Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann.

24. Vrl § 47 første ledd: «Tiltakshaveren kan bli ansvarlig etter alminnelige erstatningsregler ved overtredelse av §§ 5 første ledd og 46 første ledd».

25. Vrl § 47 andre ledd punkt a: «Tiltakshaveren er ansvarlig uten hensyn til skyld ... for skade eller ulempe fra vassdragstiltak1 som skyldes feil eller mangler ved tiltakets utførelse etter § 5 annet og tredje ledd eller tiltakets vedlikehold etter § 37 første ledd eller i forbindelse med brudd på konsesjonsplikten etter § 8 eller vilkår i konsesjon etter § 26».

26. Lovens erstatningsregler har en sammensatt og retts teknisk komplisert bakgrunn, ikke minst på grunn av samspillet med naboretten. For videre fordykning henvises det til Ot.prp.nr.39 (1998-1999) kap. 18.2 og NOU 1994:12 kap. 18.2.

legger tiltakshaver at vassdragstiltaket skal holdes «i forsvarlig stand». Det kommer til uttrykk i forarbeidene²⁷ at begrensningen «uten uforholdsmessig utgift eller ulempe» er en objektiv norm, slik at tiltakshavers aktsomhet ikke er avgjørende for ansvar. Det samme sies om «forsvarlig stand».

I NOU 1994:12 drøftes valget mellom objektivt og subjektivt ansvar for vassdragstiltak.²⁸ Utvalget peker blant annet på behovet for å harmonisere erstatningsreglene forurensningslovens regler, noe som ville tale for objektivt ansvar. I motsatt retning mener utvalget at en slik generell regel kan favne for vidt, og uttaler: «I forhold til næringsvirksomhet kan synet til risikospredning tilsi et objektivt ansvar uansett, men mange næringsvirksomheter som utfører vassdragstiltak kan være relativt små. Dessuten utføres mange vassdragstiltak utenfor næring. Mens forurensning generelt bør unngås står vassdragstiltak i en annen stilling. Det skadepotensiale et vassdragstiltak har behøver heller ikke skille seg vesentlig fra vassdrage- ne i naturlig tilstand». Dette synspunktet synes ikke å ha blitt videre utdypet i proposisjonen, og i og med at departementet endret noen av regelforslagene det kan dermed være usikkert hvilken vekt det skal legges på uttalelsen. Etter min mening har den høy relevans for de vassdragstiltakene som inngår i et overvannsanlegg.

Ordlyden i §§ 5 og 37 og deres forhistorie viser at det objektive ansvaret i § 47 andre ledd bokstav a er av en annen type enn både forurensningslovens § 24a og det ulovfestede objektive ansvaret. Vannressurslovens regler kommer snarere inn under det man kan kalle objektivt ansvar for forsvarlig ordning. Etter min mening fremstår disse reglene i hovedsak som et strengt culpa-ansvar snarere enn et helt objektivt ansvar. Så lenge tiltakshaver kan bevise at anlegget objektivt vurdert er «minst mulig» til skade og ulempe og at en høyere sikkerhetsgrad ikke kan oppnås uten «uforholdsmessig utgift eller ulempe» er han ansvarsfri etter § 47 jfr. § 5 andre

ledd, og dersom det er bevist at anlegget er holdt i «forsvarlig stand» er han ansvarsfri etter § 47 jfr. § 37 første ledd. Det framgår dessuten av lovens forarbeider²⁹ at lovgiver har åpnet for ansvarsfrihet ved force majeure og overlatt til rettspraksis å utvikle dette videre.

Uansett hvordan man klassifiserer ansvarsgrunnlaget etter vrl § 47 andre ledd er det av interesse å se hvordan regelen forholder seg til risikoplassering, vedlikeholdssentiver og pulverisering. Risikoen er i utgangspunktet plassert hos tiltakshaver som forutsettes å være den som har nytte av vassdragstiltaket. Dette harmonerer med det objektive ansvaret for farlige bedrifter som kom inn i det norske rettssystemet ved industrialiseringen, og som er videreført for avløpsanlegg i forurensningslovens § 24a. For vassdragstiltakene synes det imidlertid som at lovgiver ønsket å gjøre en samfunnsøkonomisk modifikasjon, i og med at det objektive ansvaret ikke strekker seg lenger enn til en forsvarlig standard som ikke krever uforholdsmessige utgifter eller ulemper for ham. Allerede i dette ligger det en ansvarsfrihet for følgene av de uventede ekstreme hendelsene, noe som etter mitt syn gjør det unødvendig å operere med force majeure- unntak i tillegg til kravet om forsvarlig standard.³⁰

For den skadelidte innebærer begrensningene i vannressurslovens ansvar at force majeure-skader må bæres av ham selv eller hans forsikring. Ser man på pulveriseringshensynet innebærer de nevnte reglene at tiltakshaver, som forutsettes å ha den økonomiske nytten av tiltaket, må innkalkulere og pulverisere sine erstatningsutgifter på driften, men dette gjelder altså bare under normale forhold.

Dersom man sammenligner ansvarsmodellene i vannressursloven med de gjeldende ansvarsreglene for overvannsanlegg kan man først peke på en grunnleggende ulikhet, nemlig at overvannsanleggene i svært liten grad kan sies å inngå i tiltakshavers næ-

27. Ot.prp.nr.39 (1998-99) s. 252-253.

28. NOU 1994:12 s. 260-261.

29. Ot.prp.nr.39 (1998-99) s. 359.

30. Dette harmonerer for øvrig godt med Høyesteretts uttalelse om vedlikehold av veier i Rt. 2000 s. 253 (asfaltkant): «når det er gjort ei fagmessig vurdering av risikomomenta og rette vedkomande har funne at ei ordning er forsvarleg, skal det mykje til før ei slik vurdering i ettertid vert sett til sides som akklous frå domstolane si side».

ringsvirksomhet. Det er den dominerende hensikten å forebygge mot skade, uavhengig av om det er kommunalt eller privat etablerte overvannsanlegg. Dette momentet trekker etter min mening i retning av å distansere seg enda mer fra det objektive ansvaret enn hva tilfelle er i vannressurslovens § 47.

Et klart likehetstrekk mellom vassdrags tiltakene og overvannsanleggene er at de kan bli utsatt for ekstreme nedbørshendelser som det ville være tilnærmet umulig å ta høyde for i planlegging og drift. I hvert fall ville det bli uforholdsmessig dyrt. Det er vanskelig å se de store ulikhetene mellom vannskadene fra et sviktende vassdragstiltak og vannskadene fra et sviktende overvannsanlegg. Det kan tale for en harmonisering av disse reglene.

2.3 Ansvarssystemet i naboretten

Skader fra manglende eller sviktende overvannsanlegg kan også tenkes erstattet etter naborettsens regler. Grannelova § 2 inneholder forbud mot å «ha, gjera eller setja i verk noko som urimeleg eller uturvande er til skade eller ulempe på granneeigedom». Bestemmelsen omfatter både handlinger og unnlatelser. Økonomisk skade som har oppstått som følge av brudd på gl § 2 er grunneieren etter § 9 pliktig til å erstatte uten hensyn til skyld. Dette er altså et objektivi ansvar, men det inneholder visse modifikasjoner i og med at det kun er skader som er urimelige og unødvendige som skal erstattes.

De naborettslige reglene har sitt opphav i samme tidsepoke som det objektive ansvaret for farlige bedrifter, altså på slutten av 1800-tallet. Inntil vedtagelsen av naboloven av 1887 gjaldt den vanlige culpa-normen i forholdet mellom naboer. Den tekniske og økonomiske utviklingen førte til at grunneiere i økende grad tok i bruk eiendommen på nye måter som kunne skape ulemper for naboene. Mange av reglene fra 1887-loven er vide-reført i den loven som nå gjelder, nemlig grannelova av 1961. I forarbeidene³¹ til denne loven går det fram at naborettsens regler søker å balansere forholdet mellom naboer

slik at det skjer en best mulig utnyttelse av eiendommene samtidig med at alle grunneiere skal få nyte sin eiendomsrett uten ødeleggelse fra naboer. Lovgiver har ønsket å legge til rette for lønnsom drift av eiendommer og det kommer til uttrykk i forarbeidene³² at det er om å gjøre å «få lagt rettsreglane såleis til rette at dei vert mest mogeleg til nytte for eigarane og dermed for samfunnet i det heile».

Formålet med den naborettslige regelen har en viss likhet med det objektive ansvaret for farlig bedrift, men også ulikhet. Likheten er at man tar sikte på å avbøte og begrense skadelige effekter fra utvidet næringsdrift. Dessuten ønsker man å gjøre en interesseavveging slik at den som ønsker tiltaket gjennomført også bør bære konsekvensen når det oppstår en svikt. Ulikheten ligger i at det objektive bedriftsansvaret også fokuserer mye på eierens kontrollmuligheter mens den naborettslige regelen mer preget av hensynet til å fremme den generelle samfunnsutviklingen.

Et tydelig tegn på at ansvaret etter gl § 9 ikke er et rent objektivi ansvar er at gl § 2 annet ledd fastsetter at det skal «leggjast vekt kva som er teknisk og økonomisk mogeleg å gjera for å hindra eller avgrensa skaden eller ulempe». Dette er formuleringer som er nært beslektet med vannressurslovens erstatningsregler, der § 47 jfr. § 5 annet ledd fastsetter at plikten til å unngå skade og ulempe ved gjennomføring av vassdragstiltak «gjelder så langt den kan oppfylles uten uforholdsmessig utgift eller ulempe». Selv om det kan finnes tydelige likhetstrekk mellom tankene bak det naborettslige ansvaret og det objektive ansvaret for uforvarlig ordning i vannressursloven oppstiller de to ansvarsformene temmelig ulike vilkår, i og med at man for eksempel trekker inn hva som er nødvendig og hva som er ventelig på stedet.³³

Det naborettslige erstatningsansvaret er antagelig den modellen som er mest komplisert og minst tilpasset bygging og drift av overvannsanlegg. Av retstekniske hensyn ville det derfor vært en fordel om lovgiver

31. NUT 1957:3 Rådsegn 2 – Om eigedomsretten i grannehøve, del A kap IV.

32. NUT 1957:3 Rådsegn 2 s.17.

33. For en dypere drøftelse av forholdet mellom den naborettslige erstatningsregel og culpanormen se Bjarte Aske-land «Uturvanderegelen i naboloven § 2 første ledd» i Jussens venner 1996 s. 337.

hadde fastsatt eksplisitt at grannelovas regler ikke fikk anvendelse på overvannsanlegg. Dette ville harmonere med lovens forarbeider³⁴ der det sies at forhold som kommer under «særskild regulering og områdeplanlegging» stort sett ikke vil høre under grannelova. De fleste overvannsanlegg, enten de bygges av private eller offentlige aktører, vil være bygget og driftet etter offentlige pålegg og reguleringer på samme måte som veier og annen infrastruktur. Det skal også pekes på at overvannsanleggene i stor grad vil bli bygget for å ivareta offentlige interesser og at naborettens avveining mellom likestilte naboer som regel vil passe dårlig som ansvarsnorm.³⁵

Poenget med å trekke fram den naborettslige erstatningsregelen og de nevnte modifikasjonene i det objektive ansvaret er å vise at overvannshåndtering kommer i berøring med minst fire ulike ansvarsmodeller med hver sine modifikasjoner. Det siktes her til forurensningsloven § 24 a, vannressursloven § 47, skadeserstatningsloven § 2-1 jfr. plan- og bygningsloven § 28-1 samt grannelova § 9 jfr. § 2. I tillegg vil det generelle culpa-ansvaret gjelde for alle som arbeider med overvannshåndtering, og det kan i spesiell tilfeller bli aktuelt å anvende ulovfestet objektivistisk ansvar.³⁶ Det er en åpenbar risiko for at denne mengden av ulike og delvis overlappende erstatningsregler vil svekke forutberegneligheten og være prosessdrivende. For å få til et effektivt arbeid med overvannshåndtering er det etter min mening nødvendig å forenkle ansvarsformene og vilkårene mest mulig.

2.4 Ansvarssystemet for flomsikkerhet etter plan- og bygningsloven § 28-1

I og med at vannskader fra svikt i overvannsanlegg har mye tilfelles med vannska-

der fra flom i bekker og elver er det også av prinsipiell interesse å se hvilket erstatningsansvar som påhviler kommunen når det gjelder sikkerhet mot flom. Foreløpig er det slik at mange overvannsanlegg planlegges og driftes av kommunen³⁷. Etter plan- og bygningslovens § 28-1 har kommunen også ansvar for å klarere tomter for bygging i forhold til flomfare. Bestemmelsen fastsetter at grunn bare kan bebygges dersom det er «tilstrekkelig sikkerhet» mot naturfare³⁸. Regelen i § 28-1 inneholder ikke i seg selv noe ansvarsgrunnlag for erstatning, men må leses i sammenheng med skadeserstatningsloven § 2-1 som fastsetter at en arbeidsgiver, herunder kommunen, har et objektivistisk ansvar for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt av de ansatte. I denne vurderingen skal det også tas hensyn til hvilke krav skadelidte «med rimelighet» kan stille til virksomheten. Når det gjelder sikkerhet mot naturfare, herunder flom, skal kommunens innsats vurderes etter en vanlig culpa-norm.³⁹

Den ansattes ansvar kanaliseres til arbeidsgiver som må svare overfor skadelidte. Selv om aktsomhetsvurderingen for erstatningsansvar og nivået for «tilstrekkelig sikkerhet» i § 28-1 prinsipielt er to forskjellige vurderinger vil de ofte framstå som sammenfallende. Det skyldes for det første at et sentralt moment i aktsomhetsvurderingen er om lover og forskrifter er overholdt, og når det gjelder naturfarer er det akseptable risikonivået for flere faretyper spesifisert i forskrift, TEK10 kap. 7.

Prinsipielt sett gir § 28-1 anvisning på en forsvarlig utførelse av skadeforebygging. Kommunen må påse at faren er godt nok vurdert. Hvis det er oppdaget en uakseptabel risiko skal faren forebygges ved å nekte

34. NUT 1957:3 Rådsegn 2 s.17.

35. Det kan likevel tenkes overvannsskader som vil falle inn under grannelova. Da ikke som skade fra overvannsanlegg, men skade fra tiltak på nabogrunn. For eksempel avledning av vann fra tett gårdsplass og påfølgende skader på nabos hage eller grunnmur. Eksempler på terrenginngrep som har ført til overvannsskader på naboeiendom finnes også i RG 1980 s. 598 og RG 1973 s. 683.

36. I Rt. 2014 s.656 (Molde) premiss nr. 32-40 drøfter Høyesterett anvendelsen av ulovfestet objektivistisk ansvar på skader fra avløpsanlegg, og kommer til at dette gjelder i tillegg til forurl § 24a. Saken gjaldt tilbakeslagsskade på et bolighus etter at en stor stein på uforklart måte hadde kommet inn i kommunale avløpsnett.

37. Andelen private overvannsanlegg vil antagelig øke i tiden framover i og med at NOU 2015:16 legger opp til dette.

38. For en videre drøftelse av denne regelen, se Steinar Taubøll «Sikkerhetskrav og kommunalt erstatningsansvar ved bygging i fareområder» i Kart og plan 2015 nr. 1.

39. Høyesteretts vurdering av aktsomhet i Rt. 2015 s. 257 (Nissegården) tyder ikke på at det skal gjelde noen mildere norm i slike tilfeller. Dette skiller seg altså noe fra det som gjelder for vegvesenets vedlikeholdsplikt, jf. Rt. 2000 s. 352 (asfaltkant).

bebyggelse. Hva som er forsvarlig skadeforebyggelse mot flom vil framgå av TEK10 § 7-2. Eksempelvis gjelder det for middels sikkerhetsklasse og konsekvens et krav om at største nominelle årlige sannsynlighet for flom ikke må være større enn 1/200. Ved større risiko eller mulighet for tap av liv setter forskriften enda strengere krav.

Poenget med å trekke inn disse reglene i drøftelsen av ansvaret for overvannsanlegg er at lovgiver på dette området har latt det gjelde et vanlig culpa-ansvar knyttet til et strengt regelverk. Det kan være fruktbart å sammenligne dette systemet med reglene i vannressursloven nevnt ovenfor. For begge ansvarsmodellene gjelder en objektiv komponent som kanalisierer ansvaret. Felles for de to reglene er at handlepliktene er begrenset til en forsvarlig standard. Tiltakshaver er objektivt ansvarlig for at tiltaket er i forsvarlig stand. Kommunen som arbeidsgiver er objektivt ansvarlig for at byggesaker blir avgjort på aktsom måte etter TEK10. Til grunn for denne standarden ligger samfunnsøkonomiske betraktninger. Det er altså ikke et krav om absolutt sikkerhet. Her ligger en viktig prinsippforskjell sammenlignet med det objektive ansvaret for farlig bedrift som forurensningsloven § 24a springer ut av. Ansvaret etter § 24a kan langt på vei karakteriseres som et krav om sikkerhet under alle forhold, uten hensyn til nytte og kostnad.

3 Vurderingsmomenter ved valg av framtidig ansvarsregulering for overvannsanlegg

3.1 Forholdet til generelle hensyn bak skadeserstatningsregler

Litt forenklet kan man si at erstatningsregler hviler på tre hovedhensyn som griper inn i hverandre: reparasjon, prevensjon og pulverisering.⁴⁰ Reparasjonstanken innebærer at den skadelidte bør få kompensasjon av den som har forårsaket skaden; altså en rettferdighetsbetraktning. Tanken om pre-

vensjon tar sikte på at den som potensielt kan volde skade skal skremmes av erstatningsreglene slik at han i større grad forebygger skade. Pulveriseringstanken blir aktuell når skadevolderen har mulighet til å spre sine erstatningsutgifter på en større krets av personer, typisk ved innkalkulering i normale driftskostnader, bruk av ansvarsforsikring, og for offentlige enheter dekning via beskatning.

Når det gjelder ansvaret for overvannsanlegg er utgangspunktet at slike anlegg eksisterer nettopp for å forebygge skade. Fra et opprinnelig utgangspunkt om at hver enkelt har ansvar for å ta vare på seg selv og ikke skape ulemper for andre⁴¹ har det i dag blitt en hovedsakelig offentlig oppgave å håndtere overvannet. Et sentralt hensyn bak dette synes å være omfordeling av belastningen med overvannshåndtering. Denne tanken er man i NOU 2015:16 delvis på vei bort fra ved å ville overlate håndtering av overvann fra egen eiendom til den enkelte.

Muligheten til økonomisk pulverisering av ansvaret har flere viktige koblinger til prevensjonshensynet. For det første kan pulveriseringen redusere den økonomiske truselen, slik at insitamentet til skadeforebyggende arbeid svekkes. For det andre kan pulveriseringsmuligheten være ulik for ulike aktører.⁴² For overvannsanlegg kan man for eksempel tenke seg at en kommunal eier ganske enkelt kan ta inn økte utgifter via gebyrer og beskatning. En større industribedrift kan antagelig velte kostnadene over på kundene via produktprisene, mens en liten bedrift eller privatperson har svært begrensede muligheter til pulverisering. I dette eksemplet vil altså insitamentet til forebygging eksistere i temmelig ulik grad.

I tillegg har man bade på skadevolder- og skadelidtesiden anledning til å tegne forsikring. Situasjonen i dag er derfor at det i stor grad er forsikringsselskapene som diskuterer ansvarsforholdene.

For de mest alvorlige tilfellene av svikt i overvannsanlegg ville det være mulig å styr-

40. Se for eksempel Nils Nygaard: Skade og ansvar (2007) s. 17.

41. Jfr. vassdragsretten og naborettsens utforming på slutten av 1800-tallet.

42. Sml. uttalelsen i NOU 1994:12 s. 260-261, nevnt ovenfor, der man drøfter valget mellom objektivt og subjektivt ansvar for vassdragstiltak.: «I forhold til næringsvirksomhet kan hensynet til risikospredning tilsi et objektivt ansvar uansett, men mange næringsvirksomheter som utfører vassdragstiltak kan være relativt små. Dessuten utføres mange vassdragstiltak utenfor næring».

ke insitamentet med trussel om straffefølgning, men dette faller utenfor denne artikkelens tema.⁴³ Det er mer vesentlig å unngå svikt i anlegget, altså vektlegge preven sjonshensynet, og det er antagelig de økonomiske konsekvensene som virker mest truende, og spørsmålet om dette ansvaret for anleggseier oppleves som truende nok til å påvirke praksis.

3.2 Faregrad, forebyggelse og kontrollmuligheter

Det objektive ansvaret kan være det optimale når faren er av alvorlig art, slik som ved giftutslipp og eksplosjoner, og eieren av anlegget har en teoretisk mulighet til å fullt ut å ha kontroll på sikkerheten. Disse to kjennetegnene for det objektive ansvaret, farlighet og kontrollmulighet, slår imidlertid ikke til når det gjelder overvannsanlegg. Vannskadene fra overvannsflom utgjør ingen utpreget stor fare sammenlignet med andre ulykker i samfunnet, og ingen eiere av overvannsanlegg kan ha full kontroll over hva som kan komme av nedbørsmengder. Det objektive eieransvaret passer etter disse kriteriene ikke særlig godt på overvannsanlegg.

Et alternativt utgangspunkt for å velge objektivt ansvar er at der det er mulig for eieren å få kontroll på sikkerheten vil et culpaansvar være tilstrekkelig, og at det objektive ansvaret kommer til sin rett der det kan inn treffe hendelser som den ansvarlige ikke har mulighet til å forutse eller kontrollere. Da er tanken i så fall å plassere risikoen der man mener at den samfunnsøkonomisk hører hjemme, typisk hos den som har nytte av anlegget. For overvannsanlegg er det snarere fellesskapet en eieren som har nytten. Så heller ikke denne synsmåten leder til å velge det objektive ansvaret her.

Når det gjelder spillvann er det objektive eieransvaret mer nærliggende i og med at utslipp representerer en langt større helserisiko og at eieren i mange tilfeller kan ha en stor grad av kontroll med belastningen på anlegget. Det skal imidlertid pekes på at kontrollmuligheten er svekket for fellesanleggene hvor spillvannsledninger også mottar ukontrollert mengde av overvann.⁴⁴ Så lenge slike anlegg eksisterer kan det på grunn av forurensningsfaren være naturlig å opprettholde det objektive ansvaret for disse. På bakgrunn av erfaringene med fellesanlegg de siste tiårene er det grunn til å tro at man i framtiden vil få langt færre slike. Utviklingen går som nevnt innledningsvis i retning av å rendyrke spillvannsanlegg og overvannsanlegg som helt ulike typer infrastruktur både med tanke på utforming og finansiering.⁴⁵

Mulighetene til å forebygge vil være begrenset av fysiske forhold og økonomi. Som en enkel tankemodell kan man i denne sammenheng dele de potensielle skadene inn i tre grupper. For det første skader som rimelig enkelt kan unngås med det man i dag ser på som et forsvarlig opplegg for bygging og drift, altså innenfor vanlig teknisk norm og vanlig aktsomhetsnorm (culpa-normen). For det andre har man de skadene som kan unngås hvis man skjerper den tekniske normen merkbart. Culpa-normen vil være den samme, men relaterer seg til en strengere standard. Dette innebærer markert økning i kostnader per forbygget skade, og er avhengig av vilje og evne til å bære disse ekstraavgiftene⁴⁶.

Den tredje gruppen er de skadene som det på grunn av fysiske eller økonomiske forhold er umulig å forebygge mot. For overvannsanleggene snakker vi da om de mest ekstreme nedbørsepisodene. I disse tilfellene vil det være helt utenfor normal ressursbruk å unngå skader.⁴⁷ Skulle man tatt høyde for dette i

43. Et eksempel på straffefølgning etter sviktende beskyttelse er jordskjelvet i L'Aquila i Italia 6.4.2009. Syv personer, de fleste geologiekspertene, ble dømt for uaktsomt drap fordi de hadde undervurdert risikoen og bidratt til at det ikke ble satt i gang evakuering i tide. Ankeinstansen frifant geologene, men det er antagelig ikke siste gang man ser denne typen rettsak.

44. Enkelte forhold er også ukontrollerbare i separate spillvannsanlegg, for eksempel ved at gjenstander kastes i avløpet.

45. I NOU 2015:16 foreslås innføring av et overvannsgebyr som en slags parallell til avløpsgebyret. Det pekes også på at overvannsanleggene bør samfunnsfunksjonere ved bekker, elver og terrengformasjoner av ulike slag. Dette innebærer en stadig større ulikhet mellom overvannsanlegg og spillvannsanlegg.

46. Sml. sitatet fra Rt. 2000 s. 253 (asfaltkant) ovenfor.

47. Her fokuseres det på kostnadene ved å lede bort ekstremnedbøren ved hjelp av overvannsanlegg. En annen sak er at skadeforebygging også kan skje ved å bygge hus og infrastruktur på en måte som tåler oversvømmelse bedre.

all bygging og drift måtte investering i overvannsanlegg prioriteres høyere enn all annen samfunnsinfrastruktur, inkludert sykehus og nødetater. Antagelig vil sikkerhetskravene til overvannsanlegg bli differensiert i forhold til sårbarheten i de aktuelle områdene på tilsvarende måte som kravene til flom- og skredssikkerhet. Dette foreslås i NOU 2015:16 kap. 9.3.1.

I og med at forebygging mot absolutt alle hendelser ikke kommer til å skje vil man for de mest ekstreme overvannssituasjonene ha tre valg med hensyn til økonomisk byrdefordeling: a) skaden må dekkes av den skadelidte eller hans forsikring, b) skaden må dekkes av anleggseier eller dennes ansvarsforsikring, forutsatt at det gjelder et objektivi ansvar, c) skaden kan dekkes av et offentlig fond.

3.3 Ansvarsgrunnlagenes betydning for anleggseiers vilje til forebygging

NOU 2015:16 peker i retning av at mange overvannsanlegg i framtiden vil bli bygget og driftet av private aktører, enten frivillig eller etter offentlig pålegg. De private grunneierne må påregne ganske store utgifter til dette, og for noen kan det bli spørsmål om å utsette bygging eller nedskalere anlegg for å spare penger. Man kan spørre hvilke erstatningsregler som gir best insentiv til bygging.

Hvis det knyttes et strengt objektivi ansvar til vedlikehold av anlegget og det gjelder et vanlig culpa-ansvar ved å unnlate bygging kan anleggseieren bli utsatt for et strengere erstatningsansvar ved å bygge enn å ikke bygge. En slik løsning kan tenkes å stoppe en del frivillig bygde anlegg. Sett fra anleggseiers side vil det være et bedre insentiv til bygging dersom han ved etablering av anlegget i hvert fall ikke økte sin risiko for å møte erstatningskrav.

3.4 Force majeure som ansvarsfritak?

Hvis overvannsanleggene i Norge skulle dimensjoneres og driftes for å tåle absolutt alle typer ekstremvær ville det innebære

enorme ekstrainvesteringer som ikke sto i forhold til nytten, og prioriteringen ville blitt uforsvarlig i forhold til andre investeringer i samfunnsikkerhet. I og med at et ufeilbarlig system for overvannshåndtering ikke er målet er det u hensiktsmessig å la det gjelde et unntaksfritt objektivi ansvar for overvannsanleggene.⁴⁸ Mengden innkommende nedbør er helt utenfor anleggseierens kontroll,⁴⁹ og for at ikke det objektive ansvaret skal bli urimelig tyngende eller føre til uforholdsmessige påkostninger kunne man som et alternativ innføre en regel som fritar eieren for ansvar i force majeure-tilfellene og eventuelt også lempe ansvaret etter alminnelige regler i skadeerstatningsloven. Dette vil føre til mye vanskelig bevisføring om hvor mye regn som falt på ulike arealer til ulik tid og ved ulik avrenningshastighet. Bevistemaet vil bli hva slags vær det har vært snarere enn hvor solid anlegget har vært.⁵⁰ Force majeure-vurderinger har vært framme i flere rettssaker knyttet til avløpsanlegg uten at man har kommet fram til noen gode operasjonelle kriterier for grensen. I RG-2007-1281 kom Borgarting lagmannsrett til at det forelå ansvarsbefriende force majeure i og med at det var sannsynliggjort at et regnvær av den aktuelle typen forekom sjeldnere enn hvert 50. år. Omtalen av beregningsmodellene i saken viser hvor vanskelig det er å sette slike kriterier. Antagelig ville det retts-teknisk være enklere å håndtere en culpa-vurdering. Dette er en velkjent juridisk operasjon med atskillig mer rettsmateriale tilgjengelig.

I lys av dette ville det bli retts-teknisk enklere er å «bake inn» force majeure-vurderingen i forskriftene for konstruksjon og drift av overvannsanleggene. Retts-teknisk og prosessøkonomisk vil det være en fordel om partene slipper å forholde seg til force majeure-begrepet i det hele tatt. Spørsmålet bør være om forskrifter er aktsomt fulgt av de ansvarlige, og forskriftenes strenghet bør være en faglig og politisk vurdering på samme måte som for naturfare.

48. Dette kommer også til uttrykk i NOU 2015:16 kap. 19. Det var dissens i utvalget når det gjaldt ansvaret for overvann, men også den fraksjonen som foreslo objektivi ansvar ønsket å lovfeste et unntak for force majeure.

49. Selv om det finnes innretninger som gjør at anleggseier kan regulere hvor mye vann som tas inn i et anlegg vil dette være et kapasitetsproblem som eier etter gjeldende rett har ansvar for.

50. Force majeure-begrepet brukes en del i entrepriser- og kontraktsrett, men kriteriene her har relativt lite til felles med de vurderinger som er relevante for overvannsanlegg.

3.5 Pulveriseringsmuligheter, rettferdighet og fordelingsvirkninger

En grunn tanke som har ligget bak de objektive ansvarsgrunnlagene er at eventuelle skader skal erstattes av den part som har nytten av tiltakene, enten dette gjelder vassdragstiltaket, naboens tiltak eller den farlige bedriften. Man har sett det slik at den som planlegger et tiltak for sin egen nytte også er nærmest til å forebygge ulempe og betale erstatning hvis det går galt. Selv om denne tankegangen ikke passer direkte på tiltak som er bygget av det offentlige til allmenhetens nytte har det i mange tilfeller gitt god mening å bruke det objektive ansvaret på enkelte typer offentlig eid infrastruktur, for eksempel avløpsanlegg. Det faktum at tradisjonelle avløpsanlegg er eid av det offentlige gjør det mulig å si at det som er til nytte for fellesskapet også skal betales av fellesskapet over skatteseddel eller abonnentavgift.⁵¹

Denne logikken svikter imidlertid når det gjelder private som blir pålagt å bygge overvannsanlegg som skal beskytte fellesskapet, ikke tiltakshaver.⁵² Disse anleggseierne, som etter forslagene i NOU 2015:16 vil utgjøre en økende andel, kan pådra seg store erstatningskrav som ikke kan dekkes av skatteinngang eller abonnementsavgifter. De er dermed henvist til egen ansvarsforsikring. Hvis man fastholder et objektivi ansvar for overvannsanlegg vil det bli langt enklere å nå fram med regresskrav overfor anleggseiere, og dette vil formodentlig bidra til å øke prisen på denne typen ansvarsforsikring. Ulike typer av private anleggseiere kan ha høyst ulik evne til å betale slik ansvarsforsikring. Slik sett kan det oppstå en ganske ulik byrdefordeling når man skal etablere et anlegg til fellesskapets beste. Overføring av byrder til private ligger allerede i ordningen med at de etter lovforslaget må finansiere og eie en rekke tiltak som kommunen tidligere hadde ansvaret for. Erstatningsreglene kan forsterke denne effekten.

NOU 2015: 16 er etter min mening noe uklar på forutsetningene for pålegg om priva-

te tiltak. I merknadene⁵³ til ny pbl. § 28-9 uttales det: «En forutsetning for at åpne overvannsanlegg er omfattet av definisjonen av avløpsanlegg i [forur] § 21, er imidlertid at det enkelte anlegg gjennom kommuneplan eller reguleringsplan er særskilt definert som et anlegg for å samle opp og avlede overvann på en trygg måte, eller særskilt etablert og/eller konstruert for å håndtere en bestemt mengde overvann.»⁵⁴ Tilsvarende resonnement synes også å ligge i og merknadene⁵⁵ til forurensningsloven § 22a. Det virker retts-teknisk tungvint å ha en vid lovdefinisjon for overvannsanlegg, og deretter modifisere den med kommunale vedtak. Etter min mening ville det gitt bedre forutberegnelighet å gå motsatt vei, nemlig å la de kommunale vedtakene definere hva som omfattes av anleggene, og så knytte ansvaret til dette.

Overvannsanleggene vil uansett ofte bestå av flere samvirkende komponenter med ulike eiere. Dersom det skal gjelde et privatisert ansvar for de enkelte delene av bortledningssystemet kan et objektivi ansvar slå urimelig hardt ut for det svakeste ledd.

Det gir etter mitt syn større forutberegnelighet og rettferdighet å bruke et culpa-ansvar som innebærer at den enkelte anleggseier må følge alle forskrifter og gjøre en normalt aktsom innsats for å kunne være ansvarsfri ved skade. Kravet til aktsomhet kan gjerne være knyttet til en streng teknisk norm, men å strekke kravet helt til et objektivi ansvar vil etter min mening medføre en slags loddtrekning om hvilken anleggseier som skal dekke skadene når alle har utført sine oppgaver forsvarlig.

Et annet forhold som taler for harmonisering av ansvarsreglene er at det kan være flere samvirkende årsaker som har ført til skaden. Det kan være kostbart å finne delårsakene til skaden, og hvis de kommer fra ulike deler av anlegget kan svikten bli sanksjonert med ulikt ansvar; for eksempel hvis noe av vannet i en kjeller kommer fra en tiltettet stikkrenne og noe fra en kunstig dam som har gått over sine bredder.

51. Jfr. pkt. 3.2 andre avsnitt ovenfor.

52. En del private tiltak kan nok også ha positive effekter for tiltakshaver, men dimensjonering og vedlikehold vil i de fleste tilfeller måtte skje i forhold til fellesskapets behov.

53. NOU 2015:16 s. 250.

54. Se også NOU 2015:16 kap. 15.2.1 og 15.3.1.

55. NOU 2015:16 s. 252.

3.6 Kompensasjonsmulighetene sett fra skadelidtes side

Sett fra den potensielt skadelidte sin side er det vesentlige at det finnes forsvarlige sikringsnormer som blir etterlevet og at han hvis anlegget svikter får dekket sine skadekostnader uavhengig av om skaden skyldes uaktsomhet eller ekstremt vær.

Etter norsk rett gjelder det et alminnelig ansvar for uaktsomme handlinger. For den skadelidte innebærer det at kun vannskader som skyldes noens uaktsomhet erstattes av skadevolder eller hans ansvarsforsikring. For andre skader må den skadelidte bære tapet selv eller bli kompensert av skadeforsikring eller en type naturskadefond. I denne sammenheng skal det pekes på at forsikringsordninger for vassdragstiltak og avløpsanlegg er temmelig ulike.

Dersom det gjelder et rent objektivt ansvar for alle komponenter i et overvannsanlegg vil alle skader bli erstattet av skadevolder/ansvarsforsikring, og skadeforsikring/fond blir unødvendig. Begrenses det objektive ansvaret med et generelt unntak for force majeure eller en type abonnementsvilkår vil vannskader som skyldes ekstrem nedbør ikke bli dekket av skadevolder/ansvarsforsikring.

Slik jeg tolker flertallet i NOU 2015:16 s. 212 ønsker man å ha et force majeure-unntak. Sett fra skadelidtes side blir derfor uansett nødvendig å være dekket av skadeforsikring/fond. Spørsmålet blir bare hvilke skader som skal dekkes på denne måten. Bare force majeure-skadene eller i tillegg de vannskadene som skyldes annen svikt enn uaktsomhet, typisk overbelastning av anlegget uten at været defineres som force majeure.

Hvis man fra skadelidte/skadeforsikrings-siden mener at et culpa-ansvar etter dagens forhold gir for mange skader i denne gruppen vil det, som tidligere nevnt, være tenkelig at myndighetene kan oppjustere de tekniske kravene som culpa-normen er knyttet til. Dette kan redusere antall skader. Men det ligger en begrensning i at ikke alle skader er samfunnsøkonomisk lønnsomme å forebygge mot. Etter min mening bør definisjonen av tilstrekkelig sikkerhet på dette området defineres etter samme tankegang som for flomsikkerhet etter pbl § 28-1. En ekstra gevinst ved å velge culpa-ansvaret, sett fra skadelidtes side er at behovet for force majeure-vurdering bortfaller. Dette vil antagelig øke forutberegneligheten og bidra til lavere prosesskostnader.