



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 13.06.2007

Saksnr.: 05-156780ASI-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Svein Kristensen
Harald Georg Nyhus
Eystein F. Husebye

Meddommere:

Professor
Sivilingeniør

Harsha Ratnaweera
Svein Endresen

- I Anke
Ankende part Fredrikstad kommune Advokat Guttorm
Jakobsen
- Ankemotpart If Skadeforsikring NUF Advokat Jørgen
Svartebekk
- II Anke
Ankende part Fredrikstad kommune Advokat Guttorm
Jakobsen
- Ankende part Klp Skadeforsikring AS Advokat Guttorm
Jakobsen
- Ankemotpart Sparebank 1 Advokat Eivind Kogstad
Skadeforsikring AS
- III Motanke
Ankende part If Skadeforsikring NUF Advokat Jørgen
Svartebekk
- Ankende part Sparebank 1 Advokat Eivind Kogstad
Skadeforsikring AS

Ankematpart

Fredrikstad kommune

Advokat Guttorm
Jakobsen
Advokat Guttorm
Jakobsen

Ankematpart

Kip Skadeforsikring AS

6

Saken gjelder spørsmålet om Fredrikstad kommune er erstatningsansvarlig for skader som følge av tilbakeslag i det kommunale avløpsnett.

7. september 2002 passerte et sterkt regnvær Fredrikstad. Kommunens avløpsnett tok ikke unna vannmengdene, og dette medførte at vann trengte inn i en rekke kjellere og påførte skade på ca 250 eiendommer. Flere forsikringsselskaper, som har erstattet skader for til sammen ca 14,5 millioner kroner, har i ulike søksmål fremmet regresskrav overfor Fredrikstad kommune som ansvarlig for avløpsnett.

Ved stevning 4. juni 2004 fremmet Sparebank 1 Skadeforsikring AS, et regresskrav mot Fredrikstad kommune og kommunens forsikringsselskap, KLP forsikring, som følge av 87 vannskader. Ved stevning 30. juni 2004 fremmet If Skadeforsikring AB, nå If Skadeforsikring NUF, et regresskrav for 89 eiendommer. Både Fredrikstad kommune og KLP forsikring har bestridt regresskravene.

Under saksforberedelsen for tingretten ble de to søksmålene forent til felles behandling. Videre ble forsikringstakernes krav på dekning av egenandelen til forsikringsselskapene medtatt i saken, etter at kravene var transportert til selskapene.

4. juli 2005 avsa Fredrikstad tingrett dom med slik domsslutning:

Fredrikstad kommune dømmes til å betale erstatning til If Skadeforsikring AB v/Generalagent Tom Melbye Eide med kroner 2 201 654,50 – tomillionertohundreogettusensekshundreogfemtifire 50/100- med tillegg av egenandeler kroner 142 500 – ethundreogførtitotusenfemhundre- innen 2 –to- uker med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 1. juli 2003 til betaling skjer.

Fredrikstad kommune v/ordføreren og KLP Forsikring dømmes in solidum til å betale erstatning til Sparebank 1 Skadeforsikring AS v/styrets formann med kroner 1 776 188,50 – enmillionsyvhundreogsyttisekstusenettihundreogåttiåtte 50/100- med tillegg av egenandelene kroner 76 500 – syttisekstusenfemhundre- innen 2 –to- uker, samt forsinkelsesrenter fra 12.9.03 til betaling skjer.

Fredrikstad kommune og KLP forsikring har i rett tid påanket tingrettens dom. Sparebank 1 Skadeforsikring AS og If Skadeforsikring NUF har erklært aksessorisk motanke.

Ankeforhandling ble avholdt 2. – 15. mai 2007. Retten ble satt med fagkyndige meddommere. Det ble avhørt 17 vitner og foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

Under ankeforhandlingene ble det klarlagt at KLP Forsikring kun er saksøkt av Sparebank 1 Skadeforsikring AS. Etter lagmannsrettens syn er det derfor en feil i tingrettens domsslutning at KLP Forsikring i forhold til If Skadeforsikring NUF er gjort solidarisk ansvarlig med Fredrikstad kommune.

De ankende parter, **Fredrikstad kommune** og **KLP Forsikring**, har i det vesentlige anført:

Prinsipalt anføres at forurensningsloven § 24 a ikke rammer enhver skade som avløpsanlegg volder, heller ikke alle skader i form av tilbakeslag fra offentlig avløpsledning og inn i abonnentenes kjeller. Bestemmelsen er en videreføring av vassdragsloven § 47 nr. 2 og 115 nr. 2 hva gjelder ansvar for avløpsledninger, og må tolkes i lys av hvordan disse bestemmelsene er blitt forstått. I rettspraksis og teori er vassdragsloven §§ 47 nr. 2 og 115 i stor grad blitt forstått slik at det ikke foreligger ansvar dersom det er ekstraordinær nedbør som er årsaken til at ledningen har gått full.

De ankende parter vil hevde at tilsvarende må gjelde for ansvaret etter forurensningsloven § 24 a. Videre gjøres gjeldende at nedbøren må anses for ekstraordinær når det regner mer enn det ledningsnett i den enkelte kommune er dimensjonert for og at normen for tilstrekkelig dimensjonering vil være de kravene som gjaldt på dimensjoneringstidspunktet. Dersom disse kravene er fulgt, må forurensningsloven § 24 a fortolkes slik at det ikke er utilstrekkelig dimensjonering av ledningen – men det usedvanlig kraftige regnværet med dertil resulterende flom i avløpsnett – som har forårsaket skadene. En slik forståelse av forurensningsloven § 24 a harmonerer med det resultatet Høyesterett kom frem til i sin dom av 19. mars 2007 i saken mellom Stavanger kommune og If Skadeforsikring NUF.

For 19 eiendommers vedkommende anføres at det under enhver omstendighet ikke foreligger årsakssammenheng mellom de inntrufne skadene og kommunens ansvar for hovedledningene. Det gjøres i den forbindelse gjeldende at det ikke kan ha vært kommunalt tilbakeslag som har vært årsak i skadene på disse eiendommene. Årsaken er enten feil eller mangler ved abonnentenes egen stikkledning, eller at det har funnet sted direkte inntrengning av vann fra vei, gårdsplass eller terreng og inn i de skadede kjellerne. Dette har ikke kommunen ansvar for etter forurensningsloven § 24 a.

Kommunen er heller ikke ansvarlig for oversvømmelse fra veisluk. For slike sluk gjelder det vanlige uaktsomhetsansvaret for veiholder. Men ankemotpartene har i denne saken ikke hevdet at kommunen har utvist uaktsomhet. De har heller ikke anført at det foreligger ansvar på ulovfestet objektivt grunnlag for veiholder.

Det gjøres videre gjeldende at det for skade på 7 eiendommer foreligger samvirkende årsaker, som innebærer at kommunen bare kan gjøres ansvarlig for halvparten av skaden. For disse tilfellene har skaden oppstått som en kombinasjon av feil og mangler ved egen stikkledning, inntrengning av overflatevann som abonnenten svarer for og ved oppstuvning fra kommunal ledning som kommunen svarer for.

I utgangspunktet er begge parter solidarisk ansvarlig ved samvirkende årsaker. Siden den andre part i dette tilfellet er skadelidte må det få den praktiske konsekvens at kommunen i realiteten bare kan holdes ansvarlig for en halvdel av skaden. Det samme resultatet følger også av bestemmelsen om skadelidtes medvirkning i skadeserstatningsloven § 5-1.

Dersom lagmannsretten skulle finne at forurensningsloven § 24 a i utgangspunktet er anvendelig og at det foreligger årsakssammenheng, anføres som et selvstendig frifinnelsesgrunnlag at kommunens ansvar er fraskrevet i normalreglementets pkt. 3.9 første ledd, som fastsetter at kommunen bare vil være ansvarlig dersom det er utvist uaktsomhet fra kommunens side.

Tingretten har feilaktig underkjent denne ansvarsfraskrivelsen under henvisning til avtaleloven § 36. Det følger av Høyesteretts dom av 19. mars 2007 at det skal svært mye til før en slik ansvarsfraskrivelse kan underkjennes med hjemmel i avtaleloven § 36.

Den svikt i avløpssystemet som finner sted når et ledningsnett tilføres større vannmengder enn det er dimensjonert for, og således volder skade i form av tilbakeslag, faller inn under ordlyden i normalreglementets pkt. 3.9 første ledd. Ansvarsfraskrivelsen er i et slikt tilfelle åpenbart saklig og forsvarlig, jf. Høyesteretts dom. Det er heller ikke uvanlig med ansvarsfraskrivelser av objektivt ansvar, og i rettspraksis har man godtatt ansvarsfraskrivelser som rammer ikke bare egen uaktsomhet men endog grov uaktsomhet i enkelte tilfelle.

Det vises også til svensk og dansk rett, hvor vannverkseier ikke er gjort ansvarlig dersom det regner mer enn det ledningsnett er dimensjonert for. I Sverige er dette også fastsatt i en ny lov fra 2006 om "allmänna vatten och avloppsanläggningar". Det at svensk og dansk rett har valgt en slik løsning underbygger at den ansvarsfraskrivelsen som Fredrikstad kommune har innarbeidet i sitt sanitærreglement ikke kan anses som urimelig.

Subsidiært, i den grad pkt. 3.9 første ledd ikke skulle komme til anvendelse, gjør de ankende parter gjeldende at ansvaret i stor grad er fraskrevet i normalreglementets pkt. 3.9 annet ledd. Av bestemmelsen følger at kommunen ikke er ansvarlig dersom "det private avløpssystem og – anlegg i alle deler ikke er i samsvar med sanitærreglementets administrative og tekniske bestemmelser." I tilknytning til denne bestemmelsen gjøres gjeldende at en rekke av de skadede eiendommene ikke tilfredsstillende gjeldende krav til overhøyde over topp hovedledning, og at ansvarsfraskrivelsen derfor kommer til anvendelse.

For så vidt gjelder spørsmålet om hvilke høydekrav som skal legges til grunn anføres prinsipielt at normalreglementets krav til overhøyde som trådte i kraft i Fredrikstad kommune i 1995 skal anvendes på alle eiendommene da skaden inntraff i 2002, vel 7 år etter at reglementet ble vedtatt. Dette følger også uttrykkelig av reglementet selv pkt. 1.3

med overskrift "Plikt til å overholde reglementet", som fastsetter at eiere av boliger tilknyttet det kommunale ledningsnett "er ansvarlig for at anlegget er i forskriftsmessig stand, og at de til enhver tid gjeldende bestemmelser om bruken av anlegget blir fulgt."

Dette innebærer at alle abonnenter etter reglementet har en plikt til å påse at deres eiendom følger høydekravet på 900 mm, selv om det skulle ha vært gjeldende et mindre høydekrav på det tidspunkt eiendommen ble tilknyttet nettet. Selv om det ikke direkte er utferdiget noe pålegg om dette, er konsekvensen av at en eiendom ikke tilfredsstillende høydekrav at ansvarsfraskrivelsen kommer til anvendelse.

Tingretten har underkjent dette under henvisning til avtaleloven § 36. Det er ikke korrekt rettsanvendelse sett i forhold til Høyesteretts dom av 19. mars 2007.

Atter subsidiært gjøres det gjeldende at ansvaret under enhver omstendighet er fraskrevet for de eiendommene som ikke tilfredsstilte høydekravet på oppføringstidspunktet. Dette er både ankende parter og ankemotpartene enige i, men man er uenige om hvilke krav som gjaldt på hvilke tidspunkt.

De ankende parter vil gjøre gjeldende at det gjaldt et 30 cm krav frem til årsskiftet 1952/53 etter kloakkreglementet fra 1909, dernest et 120 cm krav i tråd med rørleggerreglementet fra 1946 § 46 nr. 2, som ble tatt i bruk/praktisert i Fredrikstad kommune fra dette tidspunkt.

Det gjøres videre gjeldende at Oslo kommunes reglement fra 1971 ble praktisert fra dette tidspunkt og frem til vedtagelsen av NKF-norm nr. 8 i 1976. Deretter ble denne fulgt til sanitærreglementet fra 1980, ble vedtatt i Fredrikstad kommune i 1995 med krav om 90 cm overhøyde. Kravet til overhøyde i Oslo-reglementet og NKF-norm nr. 8 var formelt 50 cm for rene avløpsledninger med et tillegg på 10 cm for vannstand i kummer og tanker som måtte ligge minst 10 cm over innvendig topp hovedkloakkledning målt i stikkledningens forgreining på denne.

For eiendommer som også hadde overvannsledninger eller kombinerte ledninger måtte i tillegg overhøydekrav i byggeforskriftene knyttet til dreneringen følges. Her gjaldt byggeforskriften fra 1969 kapittel 42:5 om høydekrav knyttet til dreneringen. Kravet var her at drensledning skulle ligge minst 200 mm under overkant tilliggende guly, regnet til det nivå der vannet er forutsatt å trenge inn i drensledningen, samt krav til drensledningens fall.

De fleste av de aktuelle eiendommene har overvannsledninger og drenering slik at høydekravet sammenlagt blir tilnærmet likt de 90 cm som ble vedtatt som gjeldende fra 1995 i Fredrikstad kommune.

Som et selvstendig frifinnelsesgrunnlag anføres regn- og flomhendelsen må anses som en force majeure begivenhet som kommunen ikke under noen omstendighet kan være erstatningsansvarlig for. Det gjøres gjeldende at forurensningsloven § 24 a, selv om den i utgangspunktet etter sin ordlyd skulle ramme et tilfelle som det foreliggende i Fredrikstad, må tolkes i lys av de nå opphevede bestemmelsene i vassdragsloven § 47 nr. 2 og 115. Etter disse bestemmelsene var det et unntak for ansvar ved force majeure situasjoner.

Regnværet som falt over Fredrikstad den 7. september 2002 i tidsrommet kl. 12.00 til kl. 17.00 og den flommen det resulterte i på avløpsnettet var så kraftig at det må anses for å utgjøre ansvarsbefriende force majeure hendelse.

Det gjøres prinsipielt gjeldende at grensen for ansvarsbefriende force majeure må settes lik det gjentaksintervall som ledningsnettet i kommunen er dimensjonert for. Subsidiært anføres at kravet i alle tilfelle ikke settes høyere enn til et gjentaksintervall på maksimalt 50 år. Det er svært vanskelig å dokumentere nedbørhendelser og dertil tilhørende flom for større gjentaksintervall enn 50 år. Dersom det oppstilles enda strengere krav til det ekstraordinære ved nedbør- og flomhendelser ville kommunene i mange tilfeller bli avskåret fra å kunne dokumentere at det har funnet sted en force majeure hendelse.

Både selve regnhendelsen og for den resulterende flommen hadde et gjentaksintervall på over 50 år. Nedbøren for tidsvarigheter fra 90 minutter og opp til 5 timer oversteg 50 års gjentaksintervall. Gjentaksintervallet for nedbøren og den resulterende flommen i avløpsnettet i mindre avløpsfelt med kortere konsentrasjonstid hadde også et gjentaksintervall på mer enn 50 år, som følge av den markante økningen i avrenningskoeffisienten som finner sted ved langvarige regn.

For det tilfellet at de ankende parter ikke er helt ansvarsfri på grunnlag av det som foran er anført gjøres gjeldende at erstatningsansvaret må reduseres fordi det for en rekke eiendommers vedkommende har vært foretatt en ulovlig ombygging av kjellere. Av plan- og bygningsloven av 18. juni nr. 7 1965 § 93, jf. § 87 sammenholdt med byggeforskriften av 1. august 1969 kapittel 31 følger at det foreligger søknadsplikt ved omgjøring av rom godkjent for midlertidig opphold, for eksempel råkjeller, til rom for varig opphold som for eksempel kjellerstuer. Plikt til å søke om tillatelse inntrådte i alle fall fra tidspunktet for byggeforskriftens ikrafttredelse den 1. april 1970.

For en rekke av de skadede eiendommene har det vært foretatt endring fra råkjeller til kjellerstue uten at det har vært søkt om tillatelse til dette. Det gjøres gjeldende at eierne av eiendommer hvor de aktuelle rommene er tatt i bruk som kjellerstuer uten tillatelse har medvirket til at skadeomfanget har blitt vesentlig større enn den ville blitt uten omdisponeringen. Dette mertapet har oppstått som en følge av en form for ulovlig bruk, og kan ikke ha erstatningsrettslig vern.

Kostnadene med å sette kjellerne i stand til det de lovlig kan brukes til, lar seg ikke så godt beregne nøyaktig. Det gjøres derfor gjeldende at en må basere seg på erfaringstall, og at det legges til grunn en gjennomsnittsbetraktning basert på SINTEFS undersøkelser av merkostnader. På denne bakgrunn har tingretten korrekt i samsvar med ankende parts påstand lagt til grunn 50 % avkortning for de eiendommer der det ble konstatert ulovlige kjellerstuer. Dette anføres også for lagmannsretten av de ankende parter.

I den grad retten finner godtgjort tilstrekkelig årsakssammenheng, og heller ikke frifinner på grunnlag av en tolkning av forurensningsloven § 24 a, ansvarsfraskrivelse i normalreglementet eller som følge av force majeure, gjøres gjeldende at kravet må nedsettes for enkelte eiendommer som følge av skadelidtes medvirkning i skadeserstatningsloven § 5-1.

Ankemotpartene må i denne saken identifiseres med de direkte skadelidte boligeierne. Boligeiernes unnlattelse består i at de ikke har iverksatt tiltak for å begrense mulighetene for vannskader forårsaket av tilbakeslag, ved montering av tilbakeslagsventil og /eller pumpekum. Slike skadeforebyggende tiltak må ligge innenfor skadelidtes plikt til i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade, eller etter beste evne å begrense skaden, for de eiendommer som i utgangspunktet ikke tilfredsstillers normalreglementets høydekrav.

Det gjøres atter subsidiært gjeldende krav om at kommunens erstatningsansvar må lempes med 50 % i medhold av skadeserstatningsloven § 5-2. I denne saken gjør det seg gjeldende særlige rimelighetsgrunner som tilsier lempning. Det er tale om ansvar for skade som skyldes svikt i den offentlige servicevirksomhet på områder hvor skadelidte har eller burde ha forsikret sin interesse, og hvor det kan dreie seg om ansvar for katastrofeskader, dvs. skader i et usedvanlig stort omfang.

Det vises også til forurensningsloven § 61 som uttrykkelig viser til skadeerstatningsloven § 5-2 med den presisering at det ved vurderingen etter skl. § 5-2 kan tas hensyn til om de skadede eiendommene tåler særlig lite. For de eiendommer som ikke tilfredsstillers gjeldende krav til overhøyde gjøres gjeldende at de er svært sårbare for denne type ekstraordinære regnhendelser.

For så vidt gjelder den konkrete erstatningsutmålingen gjør de ankende parter gjeldende at det for så vidt gjelder nærmere angitte skadetilfelle under enhver omstendighet må foretas en reduksjon av erstatningen i forhold til de som er krevet. Dette fordi det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon for de underliggende tapsposter.

Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring AS har i saken mot Sparebank 1 Skadeforsikring AS nedlagt slik påstand:

1. Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring AS frifinnes.
2. Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring AS tilkjennes saksomkostninger for Fredrikstad tingrett og for lagmannsretten med tillegg av rente etter forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd fra 14 - fjorten - dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

I saken mot If Skadeforsikring NUF har Fredrikstad kommune nedlagt slik påstand:

1. Fredrikstad kommune frifinnes.
2. Fredrikstad kommune tilkjennes saksomkostninger for Fredrikstad tingrett og for lagmannsretten med tillegg av rente etter forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd fra 14 - fjorten - dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

Ankemotpartene, **Sparebank 1 Skadeforsikring AS** og **If Skadeforsikring NUF**, har i det vesentlige anført:

Fredrikstad kommune er erstatningsansvarlig i medhold av forurensningsloven § 24 a. Bestemmelsen fastsetter et objektivt ansvar for den som eier ledningsnett – i dette tilfellet kommunen – så fremt skaden skyldes at "kapasiteten ikke strekker til eller fordi vedlikeholdet har vært utilstrekkelig". I denne saken skyldes skaden at det kommunale avløpsnett ikke klarte å ta unna det vannet som det ble tilført. Kommunen er følgelig ansvarlig for den skade som derved er påført.

Det er ikke grunnlag for Fredrikstad kommunes anførsel om at det ikke foreligger ansvar etter forurensningsloven § 24 a, dersom vannmengden som tilføres ledningsnett overstiger den mengden kommunen har dimensjonert for. En slik forståelse av lovbestemmelsen har ingen støtte, verken i ordlyden eller i forarbeidene til bestemmelsen.

Det er heller ikke grunnlag for de ankende parters anførsel om at det for 19 eiendommers vedkommende ikke foreligger årsakssammenheng. Problemstillingen er her i hovedsak om den vannskade som har inntrådt på de enkelte eiendommer, skyldes tilbakeslag i det offentlige avløpsnett, eller feil på den private stikkledningen.

Forut for tingrettens domsavsigelse hadde partene kommet til enighet om årsaksspørsmålet for en rekke eiendommer. Av de eiendommer hvor årsaksspørsmålet ble pådømt av tingretten, fant tingretten at det forelå årsakssammenheng for en lang rekke av disse, men også at det ikke forelå årsakssammenheng for en del eiendommer. De ankende parter aksepterer tingrettens avgjørelse av årsaksspørsmålet både hva gjelder de eiendommer hvor

det ble lagt til grunn at det forelå årsakssammenheng og hva gjelder de eiendommer hvor retten fant at det ikke forelå årsakssammenheng.

For så vidt gjelder de eiendommene hvor Fredrikstad kommune har påanket tingrettens dom for så vidt gjelder spørsmålet om årsakssammenheng anfører ankemotpartene at tingrettens vurdering av at disse skadene skyldes et ansvarsbetingende forhold hos kommunen, er korrekt, dvs. at det foreligger årsakssammenheng.

I tillegg til de 19 eiendommene hvor Fredrikstad kommune bestrider at det foreligger årsakssammenheng anfører kommunen at det foreligger samvirkende årsaker for ytterligere 7 eiendommer. Ankemotpartene gjør gjeldende at det også for disse eiendommene er avløpsnettet som var årsak til skadene, og bestrider derfor at det foreligger samvirkende årsaker. Dessuten, selv om det skulle foreligge samvirkende årsaker, bestrides at kommunen bare kan gjøres ansvarlig for halvparten av det tapet som er en følge av skaden. Den alminnelige regel i erstatningsretten er at skadevolder hefter fullt ut ved samvirkende årsaker. Dette må også gjelde i forhold til de eiendommene hvor det eventuelt foreligger samvirkende årsaker.

Tingretten har korrekt lagt til grunn at bestemmelsen i normalreglementet pkt. 3.9 første ledd er urimelig, at det derfor følger av avtaleloven § 36 at ansvarsfraskrivelsen ikke kan gjøres gjeldende i forhold til ankemotpartene.

Spørsmålet om ansvarsfraskrivelsen er i strid med avtaleloven § 36 må avgjøres på grunnlag av en konkret helhetsvurdering, hvor det blant annet må legges vekt på ansvarsfraskrivelsens innhold. Kommunen har etter normalreglementet pkt. 3.9 første ledd fraskrevet seg ethvert erstatningsansvar med mindre det foreligger uaktsomhet. Fredrikstad kommunes ansvarsfraskrivelse innebærer i realiteten at kommunen er uten ansvar for alle skader som oppstår. Dette innebærer en total tilsidesettelse av det objektive erstatningsansvaret som lovgiver har pålagt kommunen gjennom forurensningsloven § 24 a.

I dette tilfellet er skadekostnadene betydelige i forhold til de avgiftene som boligeierne betaler. Det ville forrykke balansen i kontraktsforholdet mellom kommunen og boligeierne dersom ansvarsfraskrivelsen som Fredrikstad kommune har vedtatt skulle kunne gjøres gjeldende i en sak som dette.

Ved vurderingen av holdbarheten av ansvarsfraskrivelsen må det også tas hensyn til at partenes stilling. Kommunen er i en monopolsituasjon, og innbyggerne har tvungen tilknytning til ledningsnett. Den enkelte innbygger har ingen mulighet for å forhandle med kommunene om vilkårene eller for å velge noen alternativ tjenesteleverandør. Denne ubalansen i partenes stilling tilsier at domstolene sensurerer de vilkårene som kommunen, som er den sterke part, ensidig fastsetter. I motsatt fall vil dette kunne føre til at alle

kommuner helt generelt vil fraskrive seg ethvert ansvar med mindre det foreligger uaktsomhet.

Tatt i betraktning at kommunen selv har anledning til å tegne ansvarsforsikring er det ikke grunn til å legge vesentlig vekt på boligeiernes muligheter for å forsikre seg. Dersom Fredrikstad kommunens ansvarsfraskrivelse skulle bli stående vil dette kunne få som konsekvens at forsikringspremiene vil måtte økes eventuelt at forsikringsvilkårene må endres slik at det ikke lenger blir dekning for tilbakeslagsskader. Det ville således få uheldige praktiske konsekvenser dersom ansvarsfraskrivelse som dette ble akseptert. Forøvrig var det først i 1985 at det kom inn i forsikringsvilkårene at innbo- og bygningsforsikring også omfattet skader som følge av tilbakeslag. Årlig utbetales betydelige beløp – anslagsvis ca. kr. 100 mill fra norske kommuner og deres forsikringsselskap til de forsikringsselskapene som har utbetalt forsikringer under sine bygnings- og innboforsikringer.

Også samfunnsøkonomiske betraktninger tilsier en tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelsen. Dette fordi kommunene da vil få et incitament for å foreta en oppgradering av sine avløpsanlegg.

Det bestrides at lovreguleringen av nettselskapenes ansvar for overføring av elektrisk energi i forbrukerkjøpsloven – og forarbeidene til denne reguleringen – gir støtte for det synet at ansvarsfraskrivelsen er rimelig. For øvrig gjøres gjeldende at et slikt kontrollansvar som nettselskapene har også vil innebære at kommunen ville være ansvarlig for den type tilbakeslagsskader som saken gjelder. Nordisk rett gir heller ikke støtte for kommunens standpunkt.

Det følger av en langvarig rettspraksis, jf. blant annet Rt. 1905, at kommunene er pålagt å bære risikoen for skader som skyldes manglende kapasitet. Både rettspraksis, jf. Rt. 1975 side 1081, og juridisk teori, jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2003), underbygger at det skal mye til for å kunne fraskrive seg et slikt objektivt ansvar som det her er tale om.

Høyesteretts dom av 19. mars 2007, som gjelder Stavanger kommune, er ikke avgjørende for spørsmålet om Fredrikstad kommunes ansvarsfraskrivelse er rimelig. Fredrikstad kommunes ansvarsfraskrivelse er vesentlig mer omfattende enn ansvarsfraskrivelsen som Stavanger hadde. Fredrikstad kommunes ansvarsfraskrivelse innebærer i realiteten at kommunen er uten ansvar for alle skader som oppstår. I Stavanger var det tale om en begrenset ansvarsfraskrivelse. Kommunen hadde kun fraskrevet seg ansvaret for nedbørshendelser som oversteg det avløpsnettets dimensjonerte for. I motsetning til den generelle og altomfattende ansvarsfraskrivelsen som Fredrikstad kommune har vedtatt, innebærer en slik begrenset og konkret angitt ansvarsfraskrivelse en saklig og forsvarlig regulering av ansvarsforholdene.

I dommen som gjelder Stavanger ble det for øvrig lagt til grunn at det aktuelle ledningsnettets også tilfredstilte gjeldende krav til dimensjonering. Dette må forstås slik at Høyesterett åpner for at resultatet kunne blitt et annet dersom ledningsnettets kun overholdt kravene som gjaldt da nettet ble bygget, men ikke dagens krav. De økonomiske konsekvensene av ansvarsfraskrivelsen i Stavanger var dessuten vesentlig mindre enn i Fredrikstad. I Stavanger gjaldt tvisten dessuten en enkeltstående eiers mulighet for å få satt til side en ansvarsfraskrivelse som følge av mangelfull informasjon til ham. I Fredrikstad er det tale om en ansvarsfraskrivelse som påberopes i forhold til en større gruppe.

6

Avtaleloven § 36 gir også grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelsen i Normalreglementets pkt. 3.9. andre ledd. Kommunen har i denne bestemmelsen fraskrevet seg erstatningsansvaret dersom det private avløpssystemet ikke er i samsvar med sanitærreglementets tekniske bestemmelser. Disse bestemmelsene stiller blant annet krav til en viss høydeforskjell mellom boligens sluk i underetasjen og det stedet den privat ledningen er koblet på det offentlige røret.

Ankemotpartene vil hevde at alle de aktuelle boligene tilfredsstillter Fredrikstad kommunes krav til overhøyde, og at de ankende parter ikke kan høres med at det foreligger andre krav til overhøyden enn hva den enkelte bolig faktisk er oppført med.

I forbindelse med byggesaksbehandlingen da boligene ble oppført, godkjente bygningsmyndighetene i kommunen plasseringen av boligene og den tilhørende private avløpsledningen. Forut for godkjennelsen ble byggetomten inspisert av en ingeniør fra kommunen. Denne inspeksjonen fant sted før rørgroften ble fylt igjen for å kunne vurdere om leggingen av den private avløpsledningen frem til den offentlige ledningen var utført på tilfredsstillende måte. Tatt i betraktning at kommunen i forbindelse med inspeksjonene ikke på noe vis tilkjennega at det gjaldt andre krav til overhøyde enn hva som faktisk ble etablert på den enkelte eiendom, må det legges til grunn at kommunen gjennom den bygningsmessige godkjennelsen aksepterte at avløpsledningen ble etablert med tilstrekkelig overhøyde.

Dersom kommunen i forbindelse med en inspeksjon, hvis formål blant annet er å besiktige den etablerte rørledning, ikke informerer om at denne er utført i strid med kommunens krav, må dette betraktes som erstatningsbetingende uaktsomt av kommunen.

Subsidiært, dersom forholdet skal bedømmes etter høydekravet i normalreglementet, må det høydekravet som gjaldt på det tidspunktet den enkelte bolig ble oppført legges til grunn. Det er således ikke grunnlag for de ankende parters anførsel om at den enkelte bolig må ombygges for å overholde de økende krav til overhøyde som har blitt vedtatt av kommunen etter at boligen ble oppført. Dette er bare mulig dersom man enten foretar en heving av boligens grunnmur, eller fyller opp kjelleren med betong. Et slikt krav vil være

urimelig, jf. avtaleloven § 36. Avgjørende vil derfor være det høydekravet som var vedtatt i kommunen på byggetidspunktet.

Partene er enige om at Fredrikstad kommunes kloakkreglement av 1909 hadde et høydekrav på 30 cm. Dette kravet må anses som gjeldende frem til vedtakelsen av reglementet i 1976. For boliger bygget etter 1976 er kravet 50 cm.

De ankende parter anfører om at det ved vurderingen av spørsmålet om hvilket høydekrav som skal legges til grunn også må tas hensyn til det høydekrav som gjaldt for dreneringer må prekluderes, jf. tvistemålsloven § 375 annet ledd. Anførselen, som først ble framsatt i de ankende parter sluttinnlegg, er basert på et nytt rettsfaktum. En imøtegåelse av anførselene forutsetter ytterligere bevisførsel, som ankemotpartene ikke har kunnet skaffe til veie før ankeforhandlingen.

For så vidt gjelder kommunens anførsel om at regnhendelsen 7. september 2002 må anses som en ansvarsbefriende force majeure begivenhet anføres prinsipielt at det objektive ansvaret etter forurensningsloven § 24 a er absolutt, og at det ikke gjelder noe unntak for særskilt kraftige regn- og flomhendelser. I den utstrekning det er behov for å fritta kommune for ansvar vil dette kunne ivaretas gjennom reglene om lempning.

Det bestrides ikke at det før vedtakelsen av forurensningsloven § 24 a – da ansvaret for avløpsanlegg ble regulert av vassdragsloven § 47 nr. 2 og § 115 nr. 2 – trolig gjaldt et force majeure unntak. Men ordlyden i forurensningsloven § 24 a inneholder ingen begrensninger med hensyn til kommunens ansvar, og gir derfor ikke støtte for det syn at det i dag foreligger ansvarsfrihet for force majeure hendelser. I tillegg kommer at det fremgår av forarbeidene til forurensningsloven § 24 at ansvaret etter denne bestemmelsen skulle være mer omfattende enn etter de tidligere bestemmelsene i vassdragsloven. Dette tilsier at lovgiver har ment at det ikke lenger skal gjelde noe unntak for force majeure.

En slik forståelse underbygges også av forarbeidene til vannressursloven, jf. Ot. prp. nr. 39 1998-99. Her fremgår det uttrykkelig at for vannledninger skal spørsmålet om ansvarsfrihet for force majeure fortsatt overlates til rettspraksis. Dersom det hadde vært lovgivers mening at tilsvarende skulle gjelde for avløpsledninger, er det grunn til å forvente at dette ville ha blitt uttalt i forarbeidene til forurensningsloven. Forarbeidene inneholder imidlertid ingen slike uttalelser, hvilket i seg selv tyder på at lovgiver har ment at det ikke skal gjelde noe unntak for force majeure. Også Lyngdal Tingretts dom av 14. oktober 2004 og Bjørnebye og Steen, Ansvar for skader forårsaket av vann- og kloakkverk, underbygger dette standpunktet.

For det tilfellet at retten skulle komme til at det gjelder et force majeure unntak anføres at betingelsen for dette ikke er oppfylt i denne saken. En force majeure situasjon kjennetegnes ved at det inntreffer noe uventet, noe som det ikke er mulig å forutse. Regn-

og flomhendelsen i Fredrikstad 7. september 2002 var ikke av en slik karakter. Det man her står overfor er et regnvær som selv etter Fredrikstad kommunes egen pretensjon forekommer om lag hvert 50 år. Et regnvær som oppstår med et bestemt statistisk gjentaksintervall, oppstår ikke uventet. Det er tvert i mot forutsigbart og ligger innenfor det kommunen kan ta høyde for. Et regnvær som det statistisk sett kan beregnes gjentaksintervallet for kan derfor ikke være en force majeure hendelse.

Dersom det aksepteres at også statistisk påregnelige hendelser kan anses som force majeure, må det under enhver omstendighet kreves at det er tale om hendelser med et gjentaksintervall på vesentlig mer enn 50 år. Regn- og flomhendelsen 7. september 2002, som denne saken gjelder, tilfredstiller ikke et slikt krav.

Ankemotpartene bestrider for øvrig at regn- og flomhendelsen 7. september 2002 har hatt et så stort gjentaksintervall som det de ankende parter hevder. Det er kommunen som har bevisbyrden for at det foreligger en ansvarsbefriende force majeure hendelse, og det må stilles strenge krav til bevisene. Denne bevisbyrden kan bare oppfylles ved en beregning av flomhendelsen, ikke ved beregning av regnintensiteten.

Kommunen har imidlertid ikke ført tilstrekkelig bevis, og har følgelig ikke oppfylt sin bevisbyrde. Den rasjonelle formel som delvis er benyttet kan bare brukes til å beregne flom i små avrenningsområder. I tillegg kommer at flere skadetilfeller ligger utenfor de områdene hvor det er foretatt bergninger. I forhold til eiendommene i disse områdene kan derfor kommunen uansett ikke anses for å ha oppfylt sin bevisbyrde.

Det er også en svakhet ved kommunens beregninger at statistikkgrunlaget tidsmessig er begrenset til 20 år. En så kort tidsperiode er lite egnet som grunnlag for beregning av gjentaksintervall som overstiger 50 år. Målinger fra Halden og fra Oslo viser for øvrig en økning i årsmiddelnedbøren for regn med varighet over 2 timer. Dette, samt det forhold at Børstads statistikk for 9 års glidende middelnedbør økte betydelig fra 1996 underbygger at gjentaksintervallet for slike hendelser som denne sakene gjelder ikke er så høyt som det kommunen hevder.

Beregningen av avløpsnettets hydrauliske kapasitet som Lindholm har foretatt på vegne av Fredrikstad kommune gir ikke riktige resultater i forhold til regnet den 7. september 2002. Beregningen er for øvrig beheftet med flere svakheter. For det første ble det benyttet en begrenset periode for å foreta kalibrering av målingene. Det er ikke tatt tilstrekkelig hensyn til at deler av nettet har en dårlig tilstand og følgelig redusert kapasitet.

Det statistiske grunnlaget for Lindholms modell har vært begrenset og beheftet med usikkerhet. En vesentlig svakhet er at det er benyttet regnmålinger fra Brannstasjonen til å modellere områder som ligger nord for dette målestedet. Værradarens målinger av nedbørsintensiteten viser at flere av de modellerte områdene hadde en lavere intensitet enn

det som er målt på Brannstasjonen. Det må derfor legges til grunn at regnintensiteten utenfor det modellerte området har vært klart lavere enn for brannstasjonen.

Ankemotpartene bestrider at det er grunnlag for å redusere erstatningen fordi kjellerrom er ominnredet fra et ordinært oppbevaringsrom til kjellerstue. For øvrig anføres at kommunen i begrenset utstrekning har dokumentert at de enkelte boliger ikke har byggemeldt arbeider, slik plan- og bygningsloven krever.

Videre bestrides at det er grunnlag for å anvende skadeserstatningsloven § 5-1.

Det at skadelidte ikke har installert pumpekum og tilbakeslagsventil kan ikke anses som medvirkning til skaden. I Norge er det svært få husstander som har slike innretninger, og uttalelser fra bransjehold viser de kun gir begrenset sikkerhet mot skader. På denne bakgrunn kan det ikke anses klanderverdig at de enkelte huseierne i Fredrikstad ikke har installert slike innretninger.

Det er heller ikke grunnlag for lemping av erstatningsansvaret under henvisning til skadeserstatningsloven § 5-2. Kommunen har i dette tilfelle valgt å tegne ansvarsforsikring i KLP forsikring. Denne forsikringen har en forsikringssum på kr. 5 mill. Standard ansvarsforsikring i If Skadeforsikring NUF er en forsikringssum på kr 10 millioner, og høyere forsikringssum kan oppnås etter særskilt avtale. Tatt i betraktning at andre forsikringsmuligheter er tilgjengelige, kan kommunen ikke stilles i en særstilling etter skadeserstatningsloven § 5-2 som en følge av at den har valgt å tegne en forsikring med en lav beløpsgrense.

For så vidt gjelder den konkrete erstatningsutmålingen aksepteres ankemotpartene at det – med ett unntak – må foretas en reduksjon av erstatningen i forhold til de som er krevet for så vidt gjelder enkelte nærmere angitte skadetilfeller. Unntaket er skaden som gjelder Villaveien 10, hvor If Skadeforsikring NUF fastholder kravet i sin helhet.

Sparebank 1 Skadeforsikring AS har nedlagt slik påstand:

1. Fredrikstad kommune v/ordføreren og KLP Forsikring AS dømmes in solidum til å betale erstatning og tiltransporterte egenandeler til Sparebank 1 Skadeforsikring AS fastsatt etter rettens skjønn, dog samlet begrenset oppad til kr 2.700.000,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 12.09.2003 til betaling skjer.
2. Sparebank 1 Skadeforsikring AS tilkjennes sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett med tillegg av rente etter forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd, fra 2 - to- uker etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

IF Skadeforsikring NUF har nedlagt slik påstand:

1. Fredrikstad kommune betaler erstatning til If Skadeforsikring NUF med et beløp fastsatt etter rettens skjønn begrenset oppad til kr. 3.604.272,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 01.07.2003 til betaling skjer.
2. If Skadeforsikring NUF tilkjennes sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Lagmannsrettens bemerkninger:

Lagmannsrettens flertall – lagdommer Kristensen, lagdommer Nyhus, ekstraordinær lagdommer Husebye og meddommer Ratnaweera – er kommet til et annet resultat en tingretten og finner at de ankende parter må frifinnes.

Som det vil fremgå av drøftelsen nedenfor er flertalletsstandpunkt dels begrunnet med den ansvarsfraskrivelsen som er inntatt i normalreglementet pkt. 3.9 første ledd. For så vidt gjelder eiendommer knyttet til de deler av ledningsnettene hvor det ikke har vært tilstrekkelig vedlikehold er frifinnelsen begrunnet med at regn- og flomhendelsen etter flertallets oppfatning må anses som en force majeure begivenhet. Før det redegjøres nærmere for de to frifinnelsesgrunnlagene vil lagmannsretten ta stilling til de ankende parters prinsipale anførsel, som er knyttet til fortolkningen av forurensningsloven § 24 a

Fortolkning av forurensningsloven § 24 a

De ankende parter har prinsipalt anført at det følger direkte av en fortolkning av forurensningsloven § 24 a at det ikke foreligger objektivt erstatningsansvar for kommunen, dersom det regner mer enn det ledningsnettene i den enkelte kommune er dimensjonert for. I tilknytning til denne anførselen gjør de ankende parter gjeldende en ledning må anses tilstrekkelig dimensjonert i relasjon til forurensningsloven § 24 a, dersom den tilfredstiller de kravene som gjaldt på dimensjoneringstidspunktet. I den grad disse kravene er fulgt, må forurensningsloven § 24 a fortolkes slik at det ikke er utilstrekkelig dimensjonering av ledningen – men det usedvanlig kraftige regnværet med dertil resulterende flom i avløpsnettene – som har forårsaket skadene.

Slik lagmannsretten ser det gir verken ordlyden, forarbeidene, rettspraksis eller andre rettskilder støtte for det syn at forurensningsloven § 24 a må fortolkes slik at det ikke foreligger ansvar dersom det regner mer enn det ledningsnettene er dimensjonert for. Bestemmelsen synes heller ikke å ha vært forstått slik av norske kommuner, som i en rekke tilfeller har utbetalt erstatning for flomskader som følge av at det har regnet mer enn avløpsledningen har vært dimensjonert for.

Lagmannsretten legger således etter dette enstemmig til grunn at de ankende parter ikke kan få medhold i sin prinsipale anførsel.

Ansvarsfraskrivelsen i normalreglementet pkt. 3.9 første ledd

Spørsmålet blir etter dette om kommunen kan påberope seg normalreglementet pkt. 3.9 første ledd. Denne bestemmelsen lyder:

”Kommunen er uten ansvar for ulemper eller skader hos abonnenter (herunder leieboere o.l) eller på private sanitæranlegg som skyldes svikt i vanntilførselen eller i avløpssystemet, med mindre svikten skyldes forsettlig eller uaktsomt forhold fra kommunens side.”

Partene er enige om kommunen ikke kan gjøres erstatningsansvarlig dersom denne ansvarsfraskrivelsen kommer til anvendelse. Tingretten har imidlertid underkjent ansvarsfraskrivelsen under henvisning til avtaleloven § 36.

Ved vurderingen av spørsmålet om det er urimelig å gjøre bestemmelsen i normalreglementet pkt. 3.9 første ledd gjeldende i forhold til de erstatningskravene som forsikringsselskapene har fremmet, finner lagmannsrettens flertall – lagdommer Kristensen, lagdommer Nyhus, ekstraordinær lagdommer Husebye og meddommer Ratnaweera – det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i Høyesteretts dom av 19. mars 2007, nedenfor også omtalt som Stavangerdommen. I dommen, som er avsagt etter tingrettens dom i denne saken, fastslo Høyesterett enstemmig at den ansvarsbegrensningen som Stavanger kommune hadde inntatt i sitt sanitærreglement ikke kunne anses urimelig etter avtaleloven § 36.

Det er flere likheter mellom Stavangersaken og denne saken. Begge sakene gjelder en kommunes ansvar for skader som følge av tilbakeslag i et avløpsnett med et stort antall tilknyttede eiendommer, anslagsvis 35 000 i Stavanger og 30 000 i Fredrikstad. I begge tilfellene skyldes tilbakeslaget uvanlig store nedbørmengder. Spørsmålet blir om det likevel – dvs. på tross av likhetene – foreligger forskjeller mellom de to sakene, som tilsier at ansvarsfraskrivelsen som gjelder Fredrikstad likevel må anses urimelig, slik ankemotpartene hevder.

I Stavanger hadde kommunen fraskrevet seg ansvaret:

”For oversvømmelse som følge av nedbør som overstiger de forutsetninger som er lagt til grunn ved dimensjonering av avløpsledninger.”

Som ankemotpartene har anført er dette en mindre omfattende ansvarsfraskrivelse enn den generelle ansvarsfraskrivelsen som Fredrikstad kommune har vedtatt. Men lagmannsrettens flertall kan ikke se at dette i seg selv kan begrunne at Fredrikstad kommunes ansvarsfraskrivelse anses urimelig i vår sak. I relasjon til avtaleloven § 36 vil det ikke være avtalebestemmelsens generelle rekkevidde som vil være avgjørende for gyldigheten, men om det er urimelig ”å gjøre den gjeldende” – dvs. påberope

bestemmelsen – i det enkelte tilfellet. Dette er også lagt til grunn i Stavangerdommen, hvor det uttales at det er ”virkningen for den konkrete avtale” domstolene skal ta stilling til.

For så vidt gjelder slike standardklausuler som det her er tale om må det således foretas en konkret vurdering av den situasjonen hvor klausulen påberopes. Det at en generelt formulert og vidtrekkende ansvarsfraskrivelse kan være urimelig i forhold til enkelte situasjoner er ikke tilstrekkelig til å begrunne en tilsidesettelse, dersom anvendelsen i det konkrete tilfellet ikke er det.

Som lagmannsretten vil komme nærmere tilbake til nedenfor var regn- og flomhendelsen i Fredrikstad den 7. september 2002 av usedvanlig karakter. Etter lagmannsrettens syn fremstår den som mer ekstraordinær enn den tilsvarende hendelsen i Stavanger 29. juni 2003. Sett i et slikt perspektiv kan det etter flertallets mening ikke anses mer urimelig å gjøre ansvarsfraskrivelsen i Fredrikstad gjeldende for skader forårsaket av manglende kapasitet i ledningsnett.

Ankemotpartene har anført at det ved vurderingen av Stavangerdommens betydning må legges vekt på at de økonomiske konsekvensene av ansvarsfraskrivelsen i Stavanger var vesentlig mindre enn i Fredrikstad. Videre har de vist til at Stavangerdommen gjaldt en enkeltstående eiers mulighet for å få satt til side en ansvarsfraskrivelse, mens det i Fredrikstad er tale om en ansvarsfraskrivelse som påberopes i forhold til en rekke skadelidte og deres forsikringsselskap.

Etter flertallets syn reduserer ikke de forholdene som ankemotpartene viser til Stavangerdommens relevans i særlig grad. De forskjeller som er påberopt gjelder forhold som ikke kan sees å ha noen sentral plass i Høyesteretts begrunnelse. I tillegg kommer at de prinsipielle betraktningene som Høyesterett synes å ha lagt avgjørende vekt på – med ett unntak – i det alt vesentlige synes å gjøre seg tilsvarende gjeldende i forhold til ansvarsfraskrivelsen i Fredrikstad. Unntaket, som gjelder ansvar for tilbakeslag som skyldes utilstrekkelig vedlikehold, vil bli nærmere omtalt nedenfor.

På bakgrunn av ovennevnte kan lagmannsrettens flertall, dvs, lagdommer Kristensen, lagdommer Nyhus, ekstraordinær lagdommer Husebye og meddommer Ratnaweera, ikke se at det – for så vidt gjelder rimeligheten av ansvarsfraskrivelsene i forhold til utilstrekkelig dimensjonering – foreligger forskjeller mellom Stavanger og Fredrikstad som kan begrunne at ansvarsfraskrivelsen i denne saken vurderes annerledes i forhold til avtaleloven § 36 enn den ansvarsfraskrivelsen som Høyesterett tok stilling til i Stavangerdommen. Dette innebærer at det ikke kan anses urimelig å gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende i forhold til de eiendommer som er tilknyttet rør med manglende dimensjonering.

Et flertall bestående av lagdommer Kristensen, ekstraordinær lagdommer Husebye og meddommer Ratnaweera er derimot kommet til at det vil være urimelig å gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende i forhold til skader som skyldes utilstrekkelig vedlikehold. For ordens skyld bemerkes at det ikke er anført at kommunen har opptrådt uaktsomt. I likhet med hva som gjelder for dimensjonering er det kun spørsmål om kommunen skal ha anledning til å fraskrive seg sitt objektive erstatningsansvar.

Etter dette flertallets oppfatning står ansvaret for utilstrekkelig vedlikehold i en annen stilling enn ansvaret for utilstrekkelig dimensjonering. For vedlikehold er kommunen vesentlig nærmere til å bære ansvaret enn for dimensjoneringen. Å frata kommunen muligheten for å fraskrive seg ansvaret for utilstrekkelig vedlikehold vil indirekte være et incitament til å gjennomføre et godt vedlikehold.

Det vil dessuten være langt mindre belastende for kommunen økonomisk sett å ha objektivt ansvar for skader på grunn av manglende vedlikehold enn for skader som gjelder for liten kapasitet på ledningsnett. Ansvarsfraskrivelsen Stavanger kommune hadde vedtatt og som ble vurdert i Høyesteretts dom av 19. mars 2007 gjaldt for eksempel ikke skader som skyldtes feil på ledningsnett. Slike skader ble erstattet av Stavanger kommune.

Stavangerdommen tar således kun stilling til ansvarsfraskrivelse som gjelder utilstrekkelig dimensjonering og kan derfor etter flertallets syn ikke anses avgjørende for spørsmålet om det er urimelig at en kommune fraskriver seg ansvaret for utilstrekkelig vedlikehold. Ut fra en samlet vurdering, hvor det legges særlig vekt å at kommunen har et løpende ansvar for vedlikeholdet, finner flertallet at det vil være urimelig å gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende overfor eiere av eiendommer som er tilknyttet ledninger med utilstrekkelig vedlikehold.

Personell ved Teknisk drift i Fredrikstad kommune har systematisert og gjennomgått alle inspeksjonsrapporter/filmer som har vært tilgjengelig og klassifisert alle rør i forhold til transportevne. Rørene er delt inn i tre klasser, rør helt uten hindringer eller feil, rør hvor det er registrert feil, men hvor dette har liten betydning for kapasiteten og rør hvor det er registrert feil som reduserer kapasiteten. Der hvor det er oppstått skader på eiendommer som er tilknyttet rør i klasse tre, er det nærliggende å anta at den reduserte kapasiteten på rørene er den dominerende skadeårsak. Det er anført fra kommunens side at flommen var så voldsom den 7. september 2002 at rørene uansett ikke ville tatt unna vannet. Etter flertallets mening er det ikke tilstrekkelig grunnlag for en slik slutning.

I Stavangerdommen sier Høyesterett at det skal mye til for at en eller noen få eiere av tilknyttede eiendommer ved hjelp av avtaleloven § 36 kan få omfordelt rettigheter og byrder i fellesskapet. Etter flertallets mening vil det ikke være rimelig å anvende dette synspunktet overfor de som påføres skader på grunn av manglende vedlikehold fra

kommunens side, som har medført nedsatt kapasitet på ledningsnett. Disse eiere påføres da skade fordi ledningsnett forbi deres eiendommer er dårligere enn hos de øvrige.

Ved rimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36 bør man etter flertallets mening heller ikke se helt bort fra at Stortinget i forbindelse med vedtagelse av forurensningsloven § 24 a fant at objektivt ansvar for kommunene var det riktigste.

Oppsummeringsvis er flertallet etter dette kommet til at Fredrikstad kommune kan fraskrive seg objektivt ansvar for skader som skyldes at ledningsnett har for dårlig kapasitet til å ta unna ekstraordinære regn- og flomhendelser, men ikke kan fraskrive seg objektivt ansvar for manglende vedlikehold som har medført redusert kapasitet i ledningsnett. Flertallet har ikke uttalt seg om hvor mye som skal til før en regn- og flomhendelse er ekstraordinær, men har kun funnet det bevist at hendelsen 7. september 2002 var det. Det ligger i flertallets standpunkt at ansvarsfraskrivelsen i normalreglementet pkt. 3.9 slik den lyder i dag er videre enn det som er rimelig og at den bør revideres i medhold av avtaleloven § 36.

Et mindretall bestående av lagdommer Nyhus er ikke enig med flertallet i at det vil være urimelig å gjøre ansvarsfraskrivelsen gjeldende i forhold til de eiendommene som er tilknyttet rør med manglende vedlikehold. På bakgrunn av de prinsipielle betraktningene som er lagt til grunn av Høyesterett i Stavangerdommen kan dette mindretallet ikke se noen avgjørende forskjell mellom utilstrekkelig dimensjonering og utilstrekkelig vedlikehold for så vidt gjelder rimeligheten av en slik ansvarsbegrensning som den som er inntatt i normalreglementet pkt. 3.9 første ledd, og som gjelder kommunens objektive ansvar.

Av Stavangerdommen fremgår at det skal "mye til" for å anses en ansvarsfraskrivelse som urimelig dersom den er basert på "et saklig og forsvarlig skjønn". I dommen er det videre lagt til grunn at det må være "hevet over tvil" at det ikke er urimelig at en kommune fraskriver seg ansvaret for utilstrekkelig dimensjonering. Standpunktet ble blant annet begrunnet med prinsipielle betraktninger omkring fordeling av rettigheter og forpliktelser i et slikt fellesskap som ledningsnett representerer. Disse betraktninger – herunder det synet at det er den enkelte abonnent som har best forutsetninger for å sørge for tilfredstillende forsikring – har tilsvarende vekt i forhold til utilstrekkelig vedlikehold.

Ved ikke å akseptere ansvarsfraskrivelsen pålegges eiere av avløpsnett et absolutt objektivt ansvar for utilstrekkelig vedlikehold. Dette er vesentlig strengere enn det som gjelder etter dansk og svensk rett, jf. blant annet Østre Landsretts dom av 22. juni 2006.

Dersom kommunen fratras muligheten for å fraskrive seg ansvaret for utilstrekkelig vedlikehold vil kommunen enten direkte – eller indirekte gjennom tegning av ansvarsforsikring – måtte dekke skader som kommunen i praksis ofte ikke vil kunne unngå

uansett hvor omfattende vedlikeholdet er. Kostnadene ved skadene må i så fall forutsettes å bli belastet abonnentene gjennom økning av kloakkavgiften. Dette vil i realiteten innebære at de abonnentene som har eiendommer og eiendeler som er mindre verdt enn det som er vanlig, vil måtte være med på å finansiere en "forsikringsdekning" for de som har eiendommer eller eiendeler som er mer verdt enn gjennomsnittet. Etter dette mindretallets syn er en slik konsekvens urimelig og i strid med Høyesteretts prinsipielle betraktninger i Stavangerdommen.

På bakgrunn av ovennevnte er dette mindretallets konklusjon at det ikke er urimelig at Fredrikstad kommune har fraskrevet seg sitt objektive ansvar for manglende vedlikehold.

Et annet mindretall – meddommer Endresen – er av den oppfatning at ansvarsbegrensningen i normalreglementet pkt. 3.9 første ledd verken kan påberopes i forhold til manglende dimensjonering eller i forhold til utilstrekkelig vedlikehold. Etter dette mindretallets syn må det ved vurderingen av rimeligheten av en slik ansvarsfraskrivelse tas utgangspunkt i bestemmelsens generelle rekkevidde og ikke i anvendelsen i det konkrete tilfellet. Slik normalreglementet pkt. 3.9 første ledd er formulert har kommunen generelt fraskrevet seg ansvaret for enhver kjelleroversvømmelse som ikke skyldes uaktsomhet eller forsett. Etter dette mindretallets syn er en så vidtgående ansvarsfraskrivelse urimelig og i strid med avtaleloven § 36.

Force majeure

Som et selvstendig grunnlag for ansvarsfrihet har de ankende parter påberopt seg force majeure. Ankemotpartene har prinsipielt bestridt at det forligger noe slik grunnlag. Subsidiært har de anført at betingelsene i dette tilfellet uansett ikke er oppfylt. Nedenfor vil lagmannsretten først ta stilling til spørsmålet om det generelt gjelder et force majeure unntak for det objektive ansvaret som følger av forurensningsloven § 24 a.

Lagmannsretten legger til grunn – hvilket ankemotpartene heller ikke har bestridt – at det gjaldt et ulovfestet fritak for force majeure da ansvaret for avløpsanlegg ble regulert av vassdragsloven. Det vises her til NOU 1994:12 Lov om vassdrag og grunnvann side 259. Spørsmålet blir om dette fortsatt gjelder etter at ansvaret for avløpsanlegg er regulert av forurensningsloven § 24 a. Denne problemstillingen er ikke særskilt drøftet i forarbeidene til forurensningsloven, jf. NOU 1994:12 Lov om vassdrag og grunnvann side 259 og Ot. prp. nr. 39 (1998-99). For så vidt gjelder vannledninger står det imidlertid i Ot. prp. nr. 39 (1998-99) side 360 at spørsmålet om ansvarsfritak ved force majeure "bør som hittil overlates til rettspraksis".

Lagmannsretten kan ikke se at den manglende omtalen av force majeure i forhold til avløpsledninger sammenholdt med de konkrete uttalelsene om force majeure i forhold til vannledninger må forstås slik at det etter forurensningsloven § 24 a ikke lenger skal gjelde noe slikt unntak. Heller ikke uttalelsene i Ot. prp. nr. 39 (1998-99) side 262 om at utvalget

gikk inn for at forurensningsloven § 24 a skulle "gå lengre enn gjeldende lovbestemmelser" og om at lovforslaget trolig innebar "en utvidelse av erstatningsansvaret etter gjeldende rett" kan forstås slik. Dette fordi uttalelsene ikke er relatert til spørsmålet om force majeure, men til andre problemstillinger.

Tatt i betraktning at det før vedtakelsen av forurensningsloven § 24 a gjaldt et ulovfestet force majeure unntak og at forarbeidene til denne bestemmelsen ikke gir holdepunkter for å anta at lovgiver har ment å gjøre noe endring på dette, legger lagmannsretten grunn at det fortsatt gjelder et slikt unntak fra det objektive ansvar.

Det blir etter dette nødvendig å ta stilling til hva som kreves for at en regn- og flomhendelse skal kunne anses som force majeure.

De ankende parter har anført at det foreligger ansvarsbefriende force majeure dersom det regner mer enn det ledningsnett er dimensjonert for. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for et slikt syn. Ansvarsfrihet for force majeure må forutsette at den relevante hendelsen hva gjelder art eller omfang avviker kvalifisert fra det som er påregnelig. Et regn som avviker fra de dimensjoneringsnormene som er lagt til grunn for utbygging av de flomrammende områdene i Fredrikstad tilfredstiller ikke et slikt krav. Det er således ikke grunnlag for de ankende parters prinsipale anførsel om hvilke krav som skal stilles til en force majeure begivenhet.

Lagmannsretten er heller ikke enig med de ankende parter i at vanskeligheten med å bevise gjentaksintervallets størrelse må tillegges betydning ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til gjentaksintervallets størrelse. Noe annet er at bevisproblemene vil kunne få betydning for hvilke krav som skal stilles til bevisenes styrke.

Det finnes få rettskilder som gir klar veiledning om hva som kreves for at en begivenhet skal kunne anses om force majeure i forhold til en eiers objektive ansvar for avløpsanlegg. I en dom inntatt i RG 1992 side 1158 har Gulating lagmannsrett lagt til grunn at et gjentaksintervall på 15 år ikke kan karakteriseres som "så ekstraordinær eller av slik katastrofelignende karakter at det kan karakteriseres som et force majeuretilfelle". I NOU 1994:12 Lov om vassdrag og grunnvann side 259 brukes denne dommen som eksempel på at det "skal etter praksis mye til" for at det foreligger force majeure.

Frostating lagmannsrett har i en dom inntatt i RG 1982 side 180 lagt til grunn at et regnvær ikke kunne karakteriseres som "uvanlig eller ekstraordinært" når det i løpet av en 10 års periode var målt flere målinger med tilsvarende høyde. Lagmannsretten er enig i dette. For øvrig bemerkes at dommen ikke gjaldt ansvar for en skade som oppstod som følge av utilstrekkelig dimensjonering av rør, men fordi et jerngitter, som ble anlagt i forbindelse med at en bekk ble lagt i kulvert, ble tett. Dette førte til at vannet som normalt fulgte bekken rant andre veier og herunder inn i et bolighus. Det at skaden hadde tilknytning til

ombygging av et opprinnelig og naturlig avløp, hvor det kan være grunn til å stille et strengere krav til hva som bør tas i betraktning innebærer at saksforholdet er noe annerledes enn i vår sak. For øvrig fremgår det av dommen at skaden kunne vært avverget ved bedre vedlikehold, og at i saken "grenser kommunens forhold opp mot det uaktsomme".

Fredrikstad tingrett har i en dom av 20. oktober 2004 uttalt at dersom det skal antydes et gjentakintervall som nedre grense for force majeure, "så bør dette være nærmere 100 år enn 50 år." I en dom fra Kristiansand byrett av 23. oktober 2001 er det lagt til grunn at et gjentakintervall på mer enn 50 år må vurderes som så ekstraordinært at det må kunne karakteriseres som en force majeure situasjon. Denne dommen ble påanket men senere forlikt.

De ovennevnte dommer har begrenset rettkildemessig betydning for spørsmålet om hvor høyt gjentakintervall som må kreves. Sett i sammenheng gir de slik lagmannsretten ser det likevel en viss støtte for det må kreves mer enn 15 år men ikke så mye som 100 år.

Juridisk teori gir ikke særlig veiledning. Her blir force majeure ofte beskrevet som "ekstraordinære og upåregnelige omstendigheter". V. Hagstrøm, Offentligrettslig erstatningsansvar (1987) side 406 uttaler at force majeure-begrepet tar sikte på ansvarsfritak for "omstendigheter som kan sies å være utenfrakommende, vanskelige å forutse, sjeldent forekommende og ha helt gjennomgripende betydning for muligheten for å oppfylle en avtale". Slike karakteristika er imidlertid ikke tilstrekkelig som utgangspunkt for en nærmere fastsetting av hvilket gjentakintervall som skal oppstilles for en flomhendelse. Dette fordi spørsmålet om en hendelse er "ekstraordinær", "upåregnelig", eller "sjeldent forekommende" er et terminologisk spørsmål, dvs. avhengig av hva man legger i begrepene. Noen vil mene at et 50-års regn ikke er ekstraordinært, andre at sannsynligheten for et slikt regn er så vidt liten at man kan se bort i fra den, og at et slikt regn derfor er ekstraordinært.

Slik lagmannsretten ser det kan spørsmålet om hva som skal til for at det foreligger en force majeure situasjon derfor ikke alene løses ut fra en fortolkning av slike begrep som "uforutsigbar", "sjeldent forekommende" eller lignende. Man må i tillegg foreta en konkret vurdering av hvilke forhold som den ansvarlige burde ha tatt i betraktning. Med et slikt utgangspunkt vil spørsmålet om hva som er force majeure ikke kunne besvares helt generelt, men vil i en viss utstrekning også måtte relateres til den type virksomhet og det konkrete anlegget det er tale om.

Etter lagmannsrettens syn kan det være grunn til å stille strengere krav til hvilke forhold som må tas i betraktning jo større farepotensial som er knyttet til virksomheten og det konkrete anlegget. Et slik syn underbygges av "Anbefalte dimensjonerende hyppigheter" som fremgår av Norsk Standard NS-EN 752-2 "Utvendige stikklednings- og hovedledningssystemer – 1997". Her varierer dimensjonerende oversvømmelseshyppighet

fra 1 i løpet av 10 år for landbruksområder til 1 i løpet av 50 år for undergrunnsbaner og underganger. Variasjonene har sammenheng med forskjellene i potensialet for skade eller fare for folks helse. Jo større fare- og skadepotensial – jo strengere krav.

I vår sak blir problemstillingen hvilken oversvømmelseshyppighet som bør tas i betraktning for så vidt gjelder avløpsnett i boligområder. Gjeldene standard tilsier at avløpsledningene i slike områder minimum bør dimensjoneres for 10 års regn. Etter lagmannsrettens syn tilsier dette at det for slike områder ikke kan stilles krav om at kommunen tar i betraktning flomhendelser i ledningsnettets som har et gjentaksintervall på mer enn 50 år.

På bakgrunn av ovenstående er lagmannsrettens flertall – lagdommer Kristensen, lagdommer Nyhus, ekstraordinær lagdommer Husebye og meddommer Ratnaweera – kommet til at i relasjon til de aktuelle boligområdene i Fredrikstad vil en regn- og flomhendelse som har et gjentaksintervall på mer enn 50 år være så ekstraordinær at den må anses som en ansvarsbefriende force majeure begivenhet i forhold til det objektive ansvaret etter forurensningsloven § 24 a.

Mindretallet – meddommer Endresen – er ikke enig med flertallet i dette. Slik mindretallet ser det kan også en hendelse som har et gjentaksintervall som overstiger 50 år være så forutsigbar at den ikke kan anses som noen ansvarsbefriende force majeure begivenhet.

Avgjørende for flertallet blir etter dette om flomhendelsen i Fredrikstad 7. september 2002 har hatt et gjentaksintervall som overstiger 50 år. Før flertallet går over til å drøfte denne problemstillingen bemerkes at bevismessig står saken på dette punktet i en annen stilling for lagmannsretten enn den gjorde for tingretten. De ankende parter engasjert sakkyndige, som har utarbeidet flere rapporter og som har avgitt forklaringer for lagmannsretten.

Regnet som ble målt ved Fredrikstad Brannstasjon, bestod dels i et "forregnet" som varte fra ca. kl. 12.00 – 1500, og som ble målt til ca. 13 mm. Deretter gikk "forregnet" over i et "hovedregnet" som varte fra ca. kl. 1500 – 1630, og som ble målt til ca. 40 mm. Til sammen falt det i løpet av 24 timer 56,4 mm nedbør. Dette er sammen med nedbøren 30. august 1950, hvor det falt 55,7 mm nedbør og 8. august 1951, hvor det falt 68,2 mm nedbør, en av de tre største målingene som er registrert i Fredrikstad siden 1915.

Lagmannsrettens flertall legger til grunn at også "forregnet" har bidratt til å gi flomhendelsen ekstrordinær karakter. Det er to årsaker til dette. Den ene er at "forregnet" førte til at grunnen var mettet med vann da "hovedregnet" startet. I Fredrikstad består grunnarealene av hav- og fjordavsetninger, marin strandavsetning og bart fjell. Grunnen har derfor generelt liten infiltrasjonsevne. Ved en viss nedbørmengde blir den mettet, og det er lite porevolum eller overflategroper for tilbakeholding av regnvannet. Dette medfører at avrenningskoeffisienten kan øke betydelig over tid. Også det forhold at det i

alle områder er til dels betydelige innslag av tette flater, slik som veier og tak, bidrar til å øke avrenningskoeffisienten. Den andre årsaken til at "forregnet" fikk betydning er at avrenningen fra "forregnet" ennå ikke var avsluttet da "hovedregnet" startet. Dette innebar at ledig volum i avløpsnettet var vesentlig redusert i forhold til tørrvær, hvilke igjen bidro til å øke flomtoppen.

Som nevnt ovenfor har det for lagmannsretten vært fremlagt flere nye rapporter som omhandler gjentaksintervallet for regn- og flomhendelsen 7. september 2002. Blant annet har Norconsult v/Einar Markhus i notat av 7. februar 2006 sammenholdt nedbørsmålingene i Fredrikstad med trender i nedbøren målt ved Blindern i Oslo. Det fremgår av notatet at for varigheter fra drøye 3 timer til 7 timer er nedbørstilfellet ved Fredrikstad Brannstasjon 7. september 2002 større enn noe som er registrert ved Blindern i 1968 – 2004, ved Gardermoen i 1967 – 2000 og ved Fredrikstad i 1970 – 1995. For varigheter fra drøye 1 time og opp til og med 3 timer er nedbørstilfellet i Fredrikstad nesten på høyde med det største nedbørstilfellet som er målt ved Blindern og større en de størst hendelsene målt ved Fredrikstad og Gardermoen. Videre fremgår det at hendelsen ved Fredrikstad Brannstasjon den 7 september 2002 har det største gjentaksintervallet for så vidt gjelder regn med varighet fra 2 timer til og med 7 timer. Notatet fra Norconsult inneholder følgende oppsummering:

"Vi kan ut fra dette konkludere med at nedbørtilfellet målt 7.9.2002 ved Fredrikstad brannstasjon har vært et ekstremt kraftig nedbørstilfelle med gjentaksintervall over 50 år ved varigheter mellom 2 og 7 timer. I tillegg har det et høyt gjentaksintervall også for kortere varigheter. Den mest intense delen av nedbørstilfellet kommer først etter at det har falt 15,4 mm nedbør. Dette gjør at tilhørende avløpshendelse trolig får et større gjentaksintervall enn den intensive delen av nedbørshendelsen."

Aqua Rosim AS har foretatt beregninger av gjentaksintervall for kjelleroversvømmelser basert på en såkalt "MOUSE modell". I sin rapport av 12. mai 2006 konkluderer Aqua Rosim AS med at det er

"overveiende sannsynlig at flomsituasjonene den 7. september for de aktuelle kjellerne må ha hatt et høyere gjentaksintervall enn 50 år."

Også Gunnar Mosvoll har i sitt notat 7. februar 2007 konkludert med at flomvannstanden i avløpsnettet hadde "et gjentaksintervall på minst 50 år."

Det bevismaterialet som er gjennomgått ovenfor, og som er blitt ytterligere utdypet i de sakkyndiges muntlige forklaringer under ankeforhandlingen, konkluderer med at regn- og flomhendelsen den 7. september 2002 hadde et gjentaksintervall som oversteg 50 år.

Flertallet er enig med ankemotpartene i at det er en svakhet ved beregning av gjentaksintervallet for regnhendelsen at beregningsgrunnlaget er tidsmessig begrenset. Men flertallet kan likevel ikke se at denne usikkerheten innebærer at beregningen blir uten bevismessig betydning.

Flertallet er også enig med ankemotpartene i at det knytter seg en viss usikkerhet til det forhold at de sakkyndige vurderingene tar utgangspunkt i målingene på Brannstasjonen. Regnværet den 2. september 2002 var et såkalt konvektivt nedbørstilfelle, hvilket innebærer at det kan være til dels store variasjoner i nedbørsintensitet over relativt korte avstander. Dette fremgår for så vidt også av de værradarobservasjonene som er fremlagt, og som viser at i flere områder – på enkelte kart inntegnet som ruter – har nedbørsintensiteten i flere av de modellerte områdene var lavere enn det som er målt på Brannstasjonen. Flertallet kan likevel ikke se at dette er tilstrekkelig til å motbevise at flomhendelsen i de andre område sannsynligvis har hatt et gjentaksintervall som overtiger 50 år.

For det første må det tas i betraktning at det knytter seg usikkerhet til målingene fra værradaren. Dette fordi radaren kun måler nedbøren i et kort øyeblikk hvert femtende minutt. I periodene mellom måletidspunktene kan regnintensiteten være både høyere og lavere. Det ligger også en mulig feilkilde i det forhold at radaren måler nedbørsintensiteten ca. 2 000 meter over bakken. Dersom det er vind, vil nedbøren ikke falle rett ned, og det er følgelig ikke mulig å trekke noen sikker konklusjon mht. hva som har vært nedbørsintensiteten på bakken under målepunktet.

Dessuten, selv om det legges til grunn at nedbøren i andre områder har vært mindre enn ved Brannstasjonen, har Cowi v/Bjørn S. Børstad i notat av 25. januar 2007 konkludert med at det i "alle nedbørsfelt" oppstod en flom som minst tilsvarende en 50-års flom med nær 100 % sannsynlighet." Cowi har kommet frem til denne konklusjonen etter først å ha analysert og sammenholdt kortidsnedbørdata fra målestasjonen på Brannstasjonen med en oppskalering av målingene fra værradaren. Deretter har Cowi beregnet hvor mye avrenningskoeffisienten må øke i de ulike værradarrutene for at avrenningen som oppstod den 7. september 2002 skal tilsvare avrenningen ved et 50 års regn med varighet 15 min, vs. 220 l/s*ha. Beregningene viser at det er tilstrekkelig med en økning som varierer fra 15 – 155 % for de ulike værradarrutene. Ut fra en gjennomgang av felldata, kapasitetsberegninger, befaringer og kartstudier legger Cowi til grunn at for alle felt økte avrenningskoeffisienten "med minst den %-andelen som er oppgitt for hvert felt."

I en sammenfatning i Cowis notat uttales følgende:

"Alle forhold tatt i betraktning synes det dokumentert at regnhendelsen i seg selv var et regn med et gjentaksintervall på mer enn 50 år for varigheter mer enn 120 minutter. Den resulterende flommen har et enda større gjentaksintervall.

På grunn av regnets spesielle forløp, og avrenningsforholdene med øket avrenningskoeffisient og delfylte rør, ble det skapt en flomsituasjon som det er nær 100 % sannsynlig har et gjentaksintervall på mer enn 50 år for regn fra 15 minutter til 7 timers varighet.

Dette understøttes av de kapasitetsberegningene som er gjennomført og som dokumenterer at store deler av nettet har kapasitet til å transportere en 50-års flom.”

Hovedreglen i sivilprosessen er overvektprinsippet. Domstolene skal bygge sine avgjørelser på det faktum som er mest sannsynlig. Dette må også gjelde i denne saken. For lagmannsretten er det fremlagt et omfattende bevismateriale som konkluderer med at regn- og flomhendelse den 7. september 2002 har hatt et gjentaksintervall som overstiger 50 år. Selv om det knytter seg usikkerhet til flere av de elementene som inngår i beregningene av gjentaksintervallet, kan flertallet ikke se at ankemotpartene har sannsynliggjort at grunnlaget for konklusjonen er beheftet med feil eller så stor grad av usikkerhet at den ikke kan legges til grunn. Flertallet er derfor av den oppfatning at de sakkyndige vurderingene som kommunen har fremlagt sannsynliggjør at regn- og flomhendelse den 7. september 2002 har hatt et gjentaksintervall som overstiger 50 år.

Selv om det ikke har hatt avgjørende betydning for flertallets standpunkt skal tilføyes at det også er andre bevis som støtter opp om de sakkyndiges konklusjon. Det vises i den forbindelse til fremlagte avisartikler, og vitenutsagn vedrørende regnets ekstraordinære karakter. Videre vises det til at kapasitetsberegninger synes å dokumentere at store deler av nettet har kapasitet til å transportere en 50-års flom og til at skadene etter regnet 7. september 2002 utgjør mer enn 50 % av det totale antallet flomskader som er registrert i perioden 1996 – 2005.

Ut fra en samlet vurdering av bevisene legger lagmannsrettens flertall derfor til grunn at regn- og flomhendelsen 7. september 2002 må anses som en force majeure situasjon som innebærer at Fredrikstad kommune ikke er objektivt ansvarlig for de skader som oppstod som følge av den flommen som regnet medførte. Fredrikstad kommune må derfor frifinnes for erstatningskravene fra ankemotpartene.

Mindretallet, meddommer Endresen, er ikke enig med flertallet i at regn- og flomhendelsen 7. september 2002 kan anses som en ansvarsbefriende force majeure begivenhet. Dette fordi mindretallet, som nevnt ovenfor, er av den oppfatning at også hendelser som har et statistisk beregnelig gjentaksintervall som overstiger 50 år må anses som forutsigbare.

Dom blir etter dette å avsi i samsvar med flertallets syn. Det blir etter dette unødvendig for lagmannsretten å ta stilling til partenes øvrige anførsler, og til ankemotpartenes krav om

preklusjon av de ankende parter anførsel om at det ved fastsetting av høydekrav for sluk også må tas hensyn til de høydekrav som gjaldt for drensledning.

Sakskostnader

Anken har ført frem.

Lagmannsrettens flertall – lagdommer Kristensen, lagdommer Nyhus, ekstraordinær lagdommer Husebye og meddommer Ratnaweera – finner at de ankende parter må tilkjennes omkostninger for lagmannsretten i samsvar med i tvistemålsloven § 180 annet ledd, jf. § 172 første ledd, idet det ikke foreligger omstendigheter som tilsier at det gjøres unntak fra hovedregelen om erstatningsplikt.

Med det resultatet flertallet er kommet til bør ankemotpartene også erstatte de ankende parter saksomkostninger for tingretten. Etter flertallets vurdering foreligger det heller ikke forhold som tilsier at de ankende parter ikke skal få dekket sine saksomkostninger for begge instanser når de er frifunnet i det søksmålet som har vært anlagt mot dem.

I søksmålet anlagt av Sparebank 1 Skadeforsikring AS skal både Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring AS ha dekket sine omkostninger. For tingretten og for lagmannsretten har Fredrikstad kommune til sammen krevet kr 1 016 735,50 i saksomkostninger fra Sparebank 1 Skadeforsikring AS. Kravet fra KLP Skadeforsikring AS er i utgangspunktet det samme. Men fordi selskapet ikke har fradragsrett for inngående merverdiavgift kommer i tillegg 25 % merverdiavgift, slik at samlet krav utgjør kr. 1 270 919,31. I søksmålet anlagt av If Skadeforsikring NUF har Fredrikstad kommune til sammen krevet kr 2 025 943 i saksomkostninger for tingretten og for lagmannsretten. De samlede omkostninger for tingretten og lagmannsretten i begge søksmålene utgjør således kr 4 313 598,12. Ankegebyret og godtgjørelsen til de fagkyndige meddommerne kommer i tillegg til de foran angitte beløp.

Av de totale kostnadene utgjør salæret til kommunens prosessfullmektig for begge instanser kr 1 440 673, hvorav salæret for lagmannsretten utgjør kr 984 317. Utgifter til sakkyndige utgjør anslagsvis kr 1,9 millioner, hvorav kr 1,1 million for lagmannsretten. De ankende parter har krevet erstatning med kr. 647 896, herunder kr 446 400 for lagmannsrett i utgiftsdekning for ansatte i kommunen som har arbeidet med saken. Merverdiavgift utgjør kr 254 148. For øvrig består omkostningskravet av en rekke mindre kostnadsposter.

Begge ankemotpartene har reist innvendinger mot de ankende parter omkostningskrav, og har anført at kravet i vesentlig grad overstiger det som er nødvendig for å få saken betryggende utført.

De ankende parter hadde lagt opp til en grundig og hensiktsmessig fremstilling av saken under ankeforhandlingen. Det må videre tas i betraktning at de ankende parter har måttet nedlegge mer arbeid og omkostninger enn ankemotpartene. Likevel finner lagmannsretten at de fremsatte omkostningskravene er for høye. Det er da sett hen til at de ankende parter har gjort saken noe mer omfattende enn det som har fremstått som nødvendig, blant annet ved å påberope seg anførsler som ikke har ført frem og som delvis fremstår som unødvendige. Selv om det som en følge av ankemotpartens anførsler og tingrettens dom har vært grunn til å engasjere sakkyndige synes også kostnadene ved dette å blitt høyere enn det som synes nødvendig. Videre er det tatt hensyn til at kostnadene knyttet til kommunens egen saksbehandling, og som til sammen utgjør kr 647 896, bare i begrenset grad kan kreves dekket av motpartene. De ankende parters omkostningskrav reduseres derfor skjønnsmessig med 20 %, både hva gjelder salær og dekning av andre kostnader.

Etter en reduksjon på 20 % tilkjennes Fredrikstad kommune kr 813 388, hvorav kr 288 135 er salær, og KLP Skadeforsikring AS kr 1 016 735, hvorav kr 288 135 er salær, i saksomkostninger i søksmålet anlagt av Sparebank 1 Skadeforsikring AS. Etter tilsvarende reduksjon tilkjennes Fredrikstad kommune kr 1 620 754, hvorav kr 576 270 er salær, i søksmålet anlagt av IF Skadeforsikring NUF.

I tillegg til nevnte beløp kommer lagmannsrettens gebyr ved de to ankene, som til sammen utgjør kr 62 540, og som fordeles med et like stort beløp, dvs. kr 31 270, på hver av de to ankemotpartene. Av beløpet som Sparebank 1 Skadeforsikring AS skal betale i den saken som selskapet har anlagt, tilkjennes Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring hver en halvpart, dvs. kr 15 635. Beløpet på kr 31 270, som IF Skadeforsikring NUF skal betale, tilkjennes i sin helhet Fredrikstad kommune.

Under henvisning til ovenstående tilkjennes Fredrikstad kommune kr 813 388 + kr 15 635, dvs. kr 829 023 i omkostninger i søksmålet anlagt av Sparebank 1 Skadeforsikring AS. I den samme saken tilkjennes KLP Skadeforsikring AS kr 1 016 735 + kr 15 635, dvs. kr 1 032 370. I søksmålet anlagt av IF Skadeforsikring NUF tilkjennes Fredrikstad kommune kr 1 620 754 + kr 31 270, dvs. kr 1 652 024.

Utgiftene til de fagkyndige meddommerne, som først fastsettes senere, vil i sin helhet bli belastet ankemotpartene, fordelt med like store beløp på hver av dem.

Dommen er avsagt med de dissenser som fremgår av premissene.

D o m s s l u t n i n g :

I saken mellom Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring AS og Sparebank 1 Skadeforsikring AS:

1. Fredrikstad kommune og KLP Skadeforsikring AS frifinnes.
2. I saksomkostninger for lagmannsrett og tingrett betaler Sparebank 1 Skadeforsikring AS til Fredrikstad kommune 829 023 - åttehundreogtjuenitusenogtjuetre - kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 14 - fjorten - dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.
3. I saksomkostninger for lagmannsrett og tingrett betaler Sparebank 1 Skadeforsikring AS til KLP Skadeforsikring AS 1 032 370 - enmillionogtrettitotusentrehundreogstytti - kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 14 - fjorten - dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

I saken mellom Fredrikstad kommune og IF Skadeforsikring NUF:

1. Fredrikstad kommune frifinnes.
2. I saksomkostninger for lagmannsrett og tingrett betaler IF Skadeforsikring NUF til Fredrikstad kommune 1 652 024 - enmillionsekshundreogfemtittotusenogtjuefire - kroner med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 14 - fjorten - dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

Svein Kristensen Harald Georg Nyhus Eystein F. Husebye

Harsha Ratnaweera Svein Endresen

Bekreftes for
Førstelagmannen:

