

**Domstolenes kompetanse etter forvaltningsrettens
vilkårslære:**

Kumulasjon av vilkår til den private parts fordel

Kandidatnummer: 184

Antall ord: 12 271



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.6.2015

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
2 Presisering av problemstilling.....	4
3 Praksis	5
3.1 Høyesterettspraksis	5
3.2 Sivilombudsmannspraksis	13
3.3 Oppsummering så langt.....	16
3.4 Forvaltningspraksis.....	17
4 Reelle hensyn	19
5 Juridisk litteratur	22
6 Rettsvirkningene der vilkår finnes ugyldige etter kumulasjon.....	24
7 Konklusjoner	27
8 Referanser	29

1 Innledning

Vilkårslæren gir forvaltningen kompetanse til å stille betingelser for begunstigende forvaltningsvedtak, forutsatt at vedtaket er truffet på bakgrunn av forvaltningsskjønn. Vilkår anvendes som en mellomløsning og et styringsmiddel for å nyansere en tillatelse ut over de mulighetene innvilgelse og avslag gir.¹ Vilkårslæren har vært utviklet på bakgrunn av teori og praksis, hvor Høyesterett har levert råmaterialet og juridisk teori har stått for detaljene.² Dette innebærer at vilkårslæren i utgangspunktet er ulovfestet, men vilkårsadgangen kommer også til uttrykk gjennom en rekke særlover.³ Der vilkårsadgangen kommer til uttrykk i lovgivningen må dens rekkevidde fastlegges med utgangspunkt i hjemmelsloven, men med den ulovfestede vilkårslæren som tolkingsbidrag.⁴ At vilkårslæren i utgangspunktet er ulovfestet innebærer at domstolenes kompetanse må fastsettes med utgangspunkt i høyesterettspraksis, supplert med andre rettskildefaktorer.

I tillegg til at vilkårslæren gir forvaltningsorganer kompetanse til å stille tyngende vilkår ved ellers begunstigende vedtak, setter den også grenser for hvilke vilkår som kan stilles. For det første må det foreligge saklig sammenheng mellom godet som tildeles og vilkår som stilles for det. For det andre må de vilkår som stilles være egnet til å realisere vedkommende hjemmelslovs formål. Vilkår som ikke oppfyller disse kravene anses for å være begrunnet i utenforliggende hensyn. For det tredje må vilkår som stilles være forholdsmessige sammenlignet med det aktuelle godet som tildeles. Vilkår som må anses uforholdsmessige eller begrunnet i utenforliggende hensyn er ugyldige.⁵

De forholdsmessighets- og saklighetsbegrensninger som er trukket opp over er av kvalitativ karakter. De angår spørsmål om hvilket innhold et vilkår kan ha. Hva gjelder kvantitative begrensninger – hvor mange vilkår forvaltningen kan stille i forbindelse med et vedtak – er ikke vilkårslæren egnet til å danne en generell regel som begrenser forvaltningens kompetanse. Spørsmålet i denne oppgaven er om slike kvantitative betraktninger er relevante når domstolene vurderer gyldigheten av vilkår stilt med hjemmel i den alminnelige vilkårsadgangen. Kan domstolene kumulere effekten av flere vilkår til fordel for den private part?

¹ Reusch: *Adgangen til å stille vilkår ved tillatelser etter plan- og bygningsloven*, s. 14, jf. Frihagen: *Forvaltningsrett. Bind I: Forvaltning og kompetanse*, s. 310.

² Se blant annet: Aulstad: *Bør en større del av den alminnelige forvaltningsretten lovreguleres?*, s. 602.

³ Se blant annet; Plan- og bygningsloven § 19-2, første ledd, andre punktum; Konesjonsloven § 11, første ledd, første punktum og; Forurensingsloven § 16, første ledd, første punktum.

⁴ Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 264.

⁵ For en generell innføring i vilkårslæren se; Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, kapittel 16 og; Eckhoff og Smith: *Forvaltningsrett*, kapittel 25.

2 Presisering av problemstilling

Hva som skal oppfattes som et vilkår kan være vanskelig å fastslå. Overgangen mellom flere vilkår kan være glidende. Tenk at en butikkeier får tillatelse til å drive sin virksomhet på nærmere bestemte vilkår om åpningstider. Åpningstidene som gjelder er fra 10:00 til 20:00 hverdager og lørdager. Butikken må holde stengt på søndager. For det første kan det ses på som tre vilkår, et om tid for åpning, et om tid for stengning, og et siste hva angår søndager. For det andre kan det dreie seg om to vilkår, et om åpningstider de dager virksomheten skal holde åpent, og et om at den må holde stengt søndager. For det tredje kan det hele ses som et vilkår om åpningstider. Hvilket alternativ som er riktig er vanskelig å fastslå generelt. Det kan tenkes at et av disse vilkår anses uforholdsmessig, mens de andre er innenfor de rettslige begrensninger som følger av vilkårlæren. Samtidig kan det tenkes situasjoner hvor den samlede byrde står i et misforhold til den begunstigende effekt vedtaket som helhet har.

Sett at forvaltningen i eksempelet over velger å gi vilkårene i en klart definert nummerert liste slik det første alternativet foreslår. I slike tilfeller kan det vise seg vanskelig å kjenne et enkelt vilkår ugyldig fordi det isolert bidrar lite opp mot den begunstigende effekten muligheten til å drive næringsvirksomhet tilbyr. Motsatt kan det tenkes tilfeller hvor noen klar oppdeling av vilkår ikke er foretatt av forvaltningen (alternativ tre). Hva gjelder tilfellene der vilkår kommer til uttrykk i sammensatt tekst kan det være vanskelig å vurdere om – og i tilfelle hvordan – vilkåret skal stykkes opp i mindre enkeltstående vilkår. Spørsmålet er om de vurderinger som er lagt til grunn av forvaltningen skal være bestemmende for hvordan vedtaket vurderes etter rettsreglene.

Hvordan domstolene forholder seg til forvaltningens vilkårsstillelse kan i denne sammenhengen plasseres på en skala fra formell til pragmatisk. En formell tilnærming til forvaltningens vilkårsstillelse innebærer at de vurderinger som er lagt til grunn av beslutningsorganet er avgjørende for domstolenes syn på vilkårsstillelsen. Med en streng formell tilnærming vil forvaltningen kunne omgå ugyldighetsreglene ved å stille flere, isolert sett mindre tyngende vilkår. I motsatt ende av skalaen vil en pragmatisk holdning til forvaltningens vilkårsstillelse innebære at domstolene ikke ser seg bundet av forvaltningens deling av vilkår. Selv om forvaltningen velger å oppstille vilkårene i en nummerert liste, kan domstolene gjennom en pragmatisk tilnærming sammenfatte vilkårene når de skal vurdere deres lovlighet.

En sentral vurdering etter vilkårlæren er å vurdere en nærmere definert byrde i forhold til den begunstigende effekt godet representerer. I eksempelet med åpningstider over ser vi tre ulike måter å tolke den samme byrde på. Hva som skal oppfattes som en byrde er ikke nødvendigvis sammenfallende med hva som er å anse som ett vilkår. Vi kan tenke oss vilkårsformuleringer som inneholder flere separate byrder for den private, uten at forvaltningen har funnet grunn til å stille mer enn ett vilkår. Når oppgaven her tar sikte på å drøfte domstolenes adgang til å kumulere vilkår til fordel for den private part er det sentralt å undersøke hvordan ulike organer forholder seg til den byrde som blir pålagt gjennom vilkårsstillelsen. Spørsmålet i

denne sammenhengen er om det som kan anses som flere byrder blir kumulert i vurderingen av vilkårs gyldighet.

I lys av de vurderingstemaer som er trukket opp over vil oppgaven ta sikte på å analysere rettskildene høyesterettspraksis i punkt 3.1, sivilombudsmannspraksis i 3.2, forvaltningspraksis i 3.4, reelle hensyn i 4 og juridisk teori i 5. Videre skal oppgaven sammenfatte en adgang til å kumulere vilkår med vilkårslærens ugyldighetsregel i punkt 6. Endelig vil oppgaven under punkt 7 samle trådene med det siktemål og nå en konklusjon på spørsmålet om domstolene har adgang til å kumulere flere vilkår til fordel for den private part.

3 Praksis

3.1 Høyesterettspraksis

De fleste saker angående vilkårsstillelse som har vært oppe til behandling i Høyesterett har omhandlet spørsmål om gyldigheten av et relativt klart definert vilkår. Unntakene fra dette skal behandles i det følgende. Hva gjelder vurderinger av vilkårenes oppdeling er ikke disse foretatt eksplisitt, men drøftelsene som er foretatt kan kaste lys over Høyesteretts syn på vilkårsstillelsen.

I Rt.1956.821 hadde Laila Kolvik fått bevilling til å drive gjestgiveri på vilkår om at søsteren, Anny Christensen, som tidligere hadde drevet virksomheten, ikke skulle være involvert i driften og gi avkall på sine økonomiske interesser i den. Anny Christensen hadde etter krigen mistet sin stemmerett som følge av medlemskap i Nasjonal Samling. Som en følge av dette hadde hun også mistet sin bevilling. Kolviks søknad ble innvilget med følgende ordlyd:

”På grunnlag av Deres erklæring i brev av 25. februar 1946 og vedliggende kontrakt ble Deres søknad innvilget. - Det er en absolutt betingelse at kontraktens bestemmelser blir overholdt. - Videre er bevillingen gitt på vanlige vilkår - at De retter Dem etter nugjeldende og senere vedtekter og pålegg vedkommende herberge- og bevertningssteder.”⁶

Kontrakten det vises til er en erklæring på at Anny Christensen ikke lengre hadde noe med driften av gjestgiveriet å gjøre, eller hadde økonomiske interesser i den. Kontrakten hadde flere punkter. Kun ett var av interesse for spørsmålet i saken:

”Anny Christensen skal intet ha med Gjestgiveriets drift å gjøre og hverken delta i dekning av utgifter hermed eller oppebære noe av inntektene ved driften.”⁷

Anny Christensen saksøkte kommunen og krevde erstatning som følge av at hun på rettsstridig vis var blitt presset ut av driften. I dette tilfellet kommer vilkåret til uttrykk gjennom en kontrakt som ikke er utferdiget av kommunen selv, men av Anny Christensen, Laila Kolvik og hennes mann. Kontrakten i seg selv var nummerert punktvis. Hva gjelder det punkt i kontrakten sitert over kan det være tvilsomt hvor

⁶ Rt.1956.821, s. 826-827, brev fra ordføreren i Mo kommune av 2. mars 1946.

⁷ Rt.1956.821, s. 826, kontrakt mellom Anny Christensen og Laila Kolvik.

mange vilkår som er stilt. Det hele kan ses på som et vilkår om at Anny Christensens interesser i gjestgiveriet må opphøre. Videre kan det ses på som to vilkår. Ett om at hun ikke kan være delaktig i driften av gjestgiveriet og ett om at hun ikke kan ha økonomiske interesser i gjestgiveriet.

Hva gjelder Høyesteretts behandling av det vilkår som er stilt i saken er det vanskelig å fastslå om førstvoterende ser betingelsene som ett eller flere vilkår rettslig sett. Når førstvoterende først nevner betingelsene kommer uttalelsen i denne form:

”På dette trinn av utviklingen formulerer kommunen sin betingelse slik at den krever sikkerhet for at Anny Christensens interesser i bedriften er opphørt - et vilkår som også ville være dekket ved en reell avtale tilsvarende den som var blitt truffet mellom de to søstre og broren.”⁸

Uttalelsen bærer preg av at kravet om at Anny Christensen sier fra seg sine interesser i Gjstgiveriet ses på som et enkelt vilkår. Videre i sin vurdering uttaler Høyesterett:

”I denne sammenheng er det også grunn til å understreke at det ikke er hevdet at hoteldriften ble skadelig påvirket av de vilkår kommunen satte, eller at de to søstres fortjeneste sammenlagt ble forminsket.”⁹

Dette sitatet tyder på at det er tale om flere tyngende vilkår. I dommen kommer det ikke til uttrykk hvorfor formuleringene er forskjellige. Det kan tenkes at det første sitatet viser til det ene vilkåret om at Anny Christensen skal si fra seg sine interesser, og at det andre sitatet er beskrivende for alle betingelser som kom til uttrykk i vedtaket. Videre kommer førstvoterende med enda en uttalelse hvor vilkårsstillelsen blir nevnt:

”Under enhver omstendighet var kommunen berettiget til å stille slike vilkår for å overføre bevillingen fra den ene av søstrene til den annen, at denne overføringen ikke ble en rent utvendig form uten reell betydning.”¹⁰

I det siste sitatet taler igjen Høyesterett om flere vilkår. Det er imidlertid uklart om det siktes til det omtvistede vilkår i saken, eller alle vilkår som ble stilt for bevillingen.

Uttalelsene til førstvoterende er tvetydige med tanke på om det omtvistede vilkår ses som ett eller flere. Til tross for dette kan det samlede inntrykket av drøftelsen kaste lys over hvilket syn Høyesterett hadde på vilkårsstillelsen. Høyesterett avgjør saken på bakgrunn av en problemstilling. Det foretas ingen oppstyking fra en byrde til en annen. Høyesteretts vurdering av forholdet skjer med utgangspunkt i en bred helhetsvurdering hvor det ikke skilles mellom de vilkår som kan sies å være stilt i saken. På bakgrunn av dette er det nærliggende å hevde at Høyesterett forholder seg formelt til den opprinnelige oppdeling av vilkåret slik det kommer til uttrykk i kontrakten. Hva gjelder de byrder vilkåret kan sies å representere er saken en annen. Da vilkåret kan sies å være sammensatt av to mindre byrder – en hva gjelder økonomiske interesser og en hva gjelder deltaking i driften – taler dommen for at effekten av flere byrder blir kumulert i vurderingen av vilkårets gyldighet.

⁸ Rt.1956.821, s. 822.

⁹ Rt.1956.821, s. 822.

¹⁰ Rt.1956.821, s. 823.

I Rt.1964.256 hadde det blitt gitt tillatelse til å lagre bensin ved en bensinstasjon på følgende vilkår:

”Tankanlegget fjernes eller flyttes på eierens bekostning, om dette av hensyn til veivesenets interesser blir forlangt, jfr. Veilovens §§ 39 og 41.”¹¹

Spørsmålet i saken gjaldt gyldigheten av dette vilkår. Dommen ble avsagt under dissens fire dommere mot en. Vilkårsstillelsen i saken kan ses på to måter. For det første kan det ses på som et vilkår om fjerning eller flytting. Alternativt kan det ses på som to vilkår. Ett hva gjelder flytte-/fjerningsplikt og ett hva gjelder bekostningsplikt. Angående vilkårsstillelsen i saken uttaler førstvoterende

”Hovedspørsmålet i saken er tolkningen og gyldigheten av det forbehold som ble tatt i punkt 4 i de vilkår som etter foranledning av Akershus Fylkes Veivesen var inntatt i den første lagringstillatelse av 4. januar 1932.”¹²

Førstvoterendes bruk av ”forbehold” i entall tyder på at den byrde bensinstasjonen var pålagt i saken ses på som et vilkår. Videre anvender også førstvoterende entallsformen når det uttales:

”Under ingen omstendighet kan imidlertid henvisningen innebære noen innskrenkning i selve vilkåret. Jeg finner det videre klart at uttrykket «tankanlegget» også omfatter pumper m.v., og at uttrykket «på eierens bekostning» nødvendigvis må innebære at han heller ikke kan kreve erstatning for driftstap som følge av at anlegget må flyttes.”¹³

I sitatets andre setning anerkjenner førstvoterende at uttrykket ”på eierens bekostning” innebærer en større byrde for eieren, enn det et rent flytting- eller fjerningspålegg kan sies å innebære. Til tross for dette finner ikke førstvoterende grunn til å skille mellom de to ulike byrder vilkåret kan sies å representere for den private parten.

Mindretallet kommer til den konklusjon at vilkåret var ulovlig. Mindretallets syn på vilkårsstillelsen synes å bære preg av å være lik den forståelse lagt til grunn av førstvoterende når det uttales:

”Men jeg mener at det er ulovlig å stille et sådant vilkår som betingelse for å gi lagringstillatelse etter ildsfarlighetsloven, og å benytte dette til å spare veivesenet for en økonomisk utgift som det etter våre rettsregler skal bære ved ekspropriasjon.”¹⁴

Også her tyder bruken av entallsformen – ”et sådant vilkår” – på at den omtvistede byrde ses på som en enhet. Videre uttaler mindretallet:

”Jeg kan ikke se at noen alminnelige rettsregler gir hjemmel for å oppstille et sådant vilkår som det her gjelder, og som betegner et meget vesentlig inngrep i

¹¹ Rt.1964.256, s. 257.

¹² Rt.1964.256, s. 257.

¹³ Rt.1964.256, s. 257-258.

¹⁴ Rt.1964.256, s. 260.

eierens rett til sin eiendom. Det dreier seg her om et løst og altomfattende forbehold, (...) Klausulen benyttes her utelukkende til å skaffe veivesenet en økonomisk fordel som det etter våre vanlige rettsregler - således også etter bygningsloven - ikke er berettiget til. Jeg anser derfor klausulen for ulovlig.”¹⁵

Vi ser av de sitater som er gjennomgått at vilkåret omtales i entallsform gjennom begge drøftelser i sin helhet.

Begge voterende sammenfatter de byrder vilkåret kan sies å representere i sin vurdering av vilkårets gyldighet. Det er interessant at den byrde som er pålagt eierne av bensinstasjonen anses for å være ett vilkår fordi det er nærliggende å anta at flytting/fjerning av anlegget representerer en annen byrde for den private enn det kostningsplikten gjør. Igjen taler praksis for at de ulemper vilkåret representerer for den private blir kumulert. Høyesterett forholder seg formelt til forvaltningens deling av vilkår, da den samme oppdeling blir lagt til grunn som på vedtakstidspunktet.

I *Løvenskiolddommen*¹⁶ ble det gitt byggetillatelse for Handelsstedet Bærums Verk på følgende vilkår:

”Ny gang- og sykkelvei skal være opparbeidet og godkjent av Statens vegvesen Akershus før brukstillatelse for nytt varehus gis.”¹⁷

Når Høyesterett tar stilling til spørsmålet om vilkårets lovlighet er det særlig opparbeidings- og kostningsplikten som er tvilsomt. Dette gjelder til tross for at noen kostningsplikt ikke kommer klart til uttrykk i vedtaket sitert over. Kostningsplikten var falt på Løvenskiold, og fulgte etter Høyesteretts syn av forhandlingene partene hadde hatt i forkant av vedtaket.¹⁸ Vilkårene kan i saken ses på som to vilkår. Ett vilkår om byggeplikt og ett vilkår om kostningsplikt. Alternativt kan den byrde som er pålagt Løvenskiold ses på som et vilkår om plikt til å føre opp gang- og sykkelvei.

Først tar Høyesterett stilling til om vilkåret om opparbeidingsplikt har saklig begrunnelse. For dette vilkårets vedkommende ble det ikke hevdet at vilkåret var uforholdsmessig tyngende. Etter å ha stadfestet opparbeidingspliktens saklighet går Høyesterett videre til vurderingen av kostningspliktens lovlighet. Høyesterett konkluderer med at vilkåret er lovlig etter både saklighets- og forholdsmessighetskravet.

Ved første øyekast ser det ut til at Høyesterett ikke kumulerer den byrde vilkårene representerer, da det skilles mellom opparbeidelsesplikt på den ene siden og kostningsplikten på den andre. Det er interessant at det her blir skilt mellom en plikt til å utføre et arbeid på en side og plikt til å bekoste arbeidet på den andre, når det ikke ble gjort i Rt.1964.256. Vi må imidlertid gå Høyesteretts argumentasjon nærmere i sømmene før vi kan trekke slutninger fra dommen. Avgjørende for Høyesteretts syn på opparbeidelsesplikten er samtykkebetraktninger:

”Slik jeg ser det, må det nemlig være avgjørende for gyldigheten av vilkåret for gang- og sykkelvei at valg av fremgangsmåte i vår sak - dispensasjon og

¹⁵ Rt.1964.256, s. 260.

¹⁶ Rt.2003.764.

¹⁷ LB.2001.1733, plan- og bygningsetatens vedtak av 30. september 1996.

¹⁸ Rt.2003.764, premiss 74-80.

endring etter § 28-1 nr. 2 i stedet for ny reguleringsplan - skjedde med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til, Løvenskiold.”¹⁹

Hva gjelder vilkåret om bekostningsplikt kan denne også sies å følge av partenes forhandlinger, men ikke i en ren samtykkebetraktning slik som tilfellet var angående opparbeidelsesplikten. Statens Vegvesen Akershus (SVA) hadde i møter med Løvenskiold uttalt at de ikke hadde midler til å bekoste gangveien.²⁰ Videre fremgår det av referatet fra Løvenskiolds møte med Bærum kommune at det ikke ble tatt stilling til bekostningen av veien. Etter Høyesteretts syn ”[var] Løvenskiold [...] klar over dette.”²¹ Videre uttales det:

”På bakgrunn av møtet med SVA 29. mai 1996 finner jeg intet grunnlag for at Løvenskiold kunne forutsette at veiutgiftene skulle refunderes av SVA. Det fremgår videre av vitneforklaringene i saken at Løvenskiold ikke tok noe skritt for å avklare SVAs holdning før refusjonskravet ble varslet et halvt år etter at approbasjonen var gitt, 18. mars 1997. (...) På denne bakgrunn antar jeg at Løvenskiold i alle fall burde ha regnet med at selskapene selv måtte bære den økonomiske kostnad ved veien. Uklarhet på dette punkt må slå tilbake på Løvenskiold ved at det ikke ble sørget for å foreta en avklaring av forholdet.”²²

Som det fremgår av det siterte over begrunner Høyesterett sitt standpunkt med at uklarheten måtte slå tilbake på Løvenskiold selv. Vi ser at Høyesterett begrunner vilkårenes saklighet ulikt. Dette kan begrunne at Høyesterett ser seg nødt til å skille mellom vilkårene i sin begrunnelse. Det som begrunner et vilkår er ikke tilstrekkelig begrunnelse for det andre, og motsatt. En sammenfatning av vurderingene i dette tilfellet ville trolig resultere i en lite poengtert og uoversiktlig vurdering fra Høyesterett.

Vi ser at de to vilkårene som behandles i saken ikke kommer til uttrykk i ett vilkår, men i et skriftlig formulert vilkår og et implisitt vilkår. Høyesterett forholder seg til vilkårsstillelsen på en formell måte, der den oppdelingen som synes å være lagt til grunn før saken ble tatt opp gjennomføres i dommen. Hva gjelder den byrde som er pålagt Løvenskiold foretar Høyesterett en deling av denne også. Dette skiller seg fra de dommer gjennomgått til nå, og taler imot en adgang for å kumulere de byrder den private blir pålagt gjennom vilkårsstillelse.

I Rt.2008.1110 hadde Asker kommune pålagt Hafslund

”(...) som eier av ledninger i og luftstrekk langs Nesbruveien, for egen regning å flytte ledningene til den andre siden av veien, og legge ledningene i plastrør i bakken.”²³

Dette er Høyesteretts egen gjengivelse av vilkåret, ikke gjengivelsen i vedtaket. Asker kommune var – etter forespørsel fra undertegnede – ikke i stand til å finne vedtaket basert på den informasjonen som er tilgjengelig gjennom dommen. Hva gjelder

¹⁹ Rt.2003.764, premiss 71.

²⁰ Rt.2003.764, premiss 75, av Løvenskiolds referat fra møtet.

²¹ Rt.2003.764, premiss 77.

²² Rt.2003.764, premiss 79-80.

²³ Rt.2008.1110, premiss 2.

vilkårsstillelsen kan den ses på som et vilkår om flytting av kablene. Alternativt kan det ses på som to vilkår. Ett om flytting av kablene, og ett om bekostning av arbeidet. Slik som i Rt.1964.256 og i *Løvenskiolddommen* er vi igjen inne på et tilfelle hvor en plikt til å utføre et arbeid blir fulgt opp av en plikt til å bekoste arbeidet.

Hva gjelder vilkåret i saken uttaler Høyesterett:

”Hafslund Nett AS har hatt tillatelse - stilltiende - etter § 32 til å ha elektriske ledninger med feste langs den aktuelle veistrekningen. Denne tillatelsen har imidlertid falt bort i og med utvidelsen av veien, og ny tillatelse er gitt på det vilkår at ledningen legges på ny anvist plass og i rør. Spørsmålet er derfor om kommunen som veimyndighet ved vedtak etter vegloven § 32 kan sette som vilkår at ledningen skal legges i rør i grunnen.”²⁴

Uttalelsen tyder på at Høyesterett ser saken slik at det er tale om ett omtvistet vilkår, da de uttaler at tillatelsen er gitt på ”det vilkår”. Videre i dommen uttales det:

”Det springende punkt her er om vilkåret har saklig sammenheng med tillatelsen. Dette gjør det nødvendig først å undersøke hvilke hensyn vilkåret om at ledningen skal legges i rør i grunnen, skal ivareta.”²⁵

I det siterte bruker Høyesterett igjen ”vilkåret” i entallsform. Dette tyder på at Høyesterett ser den byrde som er pålagt Hafslund som ett vilkår. Høyesterett går så videre til å vurdere vilkårets saklighet, uten å skille mellom bekostningsplikt på den ene siden, og flytteplikten på den andre. Det tas utgangspunkt i begrunnelsen for at vilkåret er stilt når problemstillingen formuleres:

”Men er det saklig å legge vekt på miljøhensyn, hensynet til estetikk og til ønske om samordning av ulike typer infrastruktur når det fastsettes vilkår for tillatelse etter vegloven § 32?”²⁶

I denne uttalelsen er det usikkert om det er tale om et eller flere vilkår. Etter å ha stilt opp sin problemstilling fokuserer Høyesterett på forvaltningens motiver for vilkårsstillelsen, uavhengig av antallet stilte vilkår. De ulike byrder den private part pålegges som følge av vilkåret behandles samlet av Høyesterett. Hva gjelder vilkårets saklighet konkluderes det med at

”(…) vilkåret om nedgraving av kablene i rør har den nødvendige saklige sammenheng med tillatelsen.”²⁷

Igen viser entallsformen at Høyesterett ser det som ett vilkår. Hva gjelder forholdsmessighetskravet uttaler Høyesterett:

”Det er ikke anført at vilkåret er uforholdsmessig tyngende i dette tilfellet, men pekt på at utbredte krav til overgang fra luftstrek til jordkabel kan bli svært tyngende for nettselskapene, og i neste omgang kundene.”²⁸

²⁴ Rt.2008.1110, premiss 23.

²⁵ Rt.2008.1110, premiss 24.

²⁶ Rt.2008.1110, premiss 28.

²⁷ Rt.2008.1110, premiss 31.

Nok en gang anvender Høyesterett entallsform når vilkåret omtales. Det er nærliggende å tolke Høyesteretts uttalelser i saken dit at flytte- og bekostningsplikten ses på som et vilkår. Det uttales aldri eksplisitt at det er tale om flere vilkår. Bruken av entallsformen når det refereres til vilkåret er gjennomgående, sett bort fra i formuleringen av problemstillingen.

Det er vanskelig å peke på hvilken holdning Høyesterett har til den opprinnelige vilkårsstilteisen når den nøyaktige formuleringen i vedtaket ikke har vært mulig å oppdrive. Det er imidlertid interessant at det i denne dommen ikke skilles mellom flytte-/opparbeidingsplikt på den ene siden og bekostningsplikten på den andre når det ble gjort i *Løvenskiolddommen*. Høyesterett har en helhetlig tilnærming til den byrde vilkåret representerer når disse to plikter behandles samlet. Dette taler for at den byrde som blir pålagt den private part kan kumuleres. I denne sammenhengen må det påpekes at både flytteplikten og bekostningsplikten var begrunnet i samme hensyn i både Rt.2008.1110 og Rt.1964.256. I *Løvenskiolddommen* var ikke det samme tilfellet. Dette kan forklare hvorfor metoden som er anvendt i *Løvenskiolddommen* avviker fra de to andre tilfellene hvor vilkåret var satt sammen av arbeids- og bekostningsplikt.

I *Sårstelldommen*²⁹ hadde en pasient ved Akerselva sykehjem motsatt seg stell og sårstell. I denne forbindelse ble det fattet vedtak

”(...) om at det skulle utføres «vanlig stell samt sårstell», og at dette skulle skje «uavhengig av pasientens ønsker».”³⁰

Igen er dette Høyesteretts egen gjengivelse av vedtaket. Heller ikke i forbindelse med denne saken hadde beslutningsorganet mulighet til å finne vedtaket basert på informasjonen gjengitt i dommen. Hva gjelder vilkårsstilteisen kan den tolkes på to måter. For det første kan det tolkes dit hen at det er stilt et vilkår om stell overfor pasienten. For det andre kan det sies å være stilt to vilkår hvor det ene vilkåret er vanlig stell og det andre angår sårstell. Spørsmålet i saken var om det var anledning til å stille slike vilkår, slik at stell mot pasientens vilje var tillat i situasjoner hvor det var strengt nødvendig. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende. Dommen ble avsagt under dissens tre mot to dommere. Fra pasientens side kan det tyde på at det her er flere vilkår som kjennes byrdefulle når det anføres at ”Slike vilkår er (...) uforholdsmessig tyngende for ham.”³¹

Flertallet drøfter vilkåret etter kravene om saklighet og forholdsmessighet. Kravet om saklig sammenheng mellom vedtak og vilkår mener førstvoterende er oppfylt under henvisning til at

”(...) det er tale om naturlige konsekvenser av institusjonsoppholdet.”³²

Hva gjelder forholdsmessighetskravet uttaler førstvoterende at

²⁸ Rt.2008.1110, premiss 32.

²⁹ Rt.2010.612.

³⁰ Rt.2010.612, premiss 3, jf. Akerselva sykehjems vedtak av 30. januar 2007.

³¹ Rt.2010.612, premiss 14.

³² Rt.2010.612, premiss 32.

”Det står for øvrig som helt klart for meg at gjennomføring av vask, skifting av sengetøy og sårstell ikke er urimelig byrdefullt for A.”³³

Ut over å skille mellom vilkårets saklighet og forholdsmessighet skilles det ikke mellom de byrder som er pålagt pasienten. Førstvoterende forholder seg helhetlig til de ulike byrder som er representert i vilkåret da disse behandles samlet.

Mindretallet ser saken i et annet lys. Hva gjelder vilkårsstillelsen i denne saken uttaler annenvoterende at

”(…) jeg nok mener det er forskjell på behandling av As sår, som han beskriver som meget smertefullt, og på den annen side kroppsvask og klesskift. Kroppsvask og klesskift mot As vilje oppfatter han som plagsomt og krenkende. Sårstellet er åpenbart langt mer belastende (…)”³⁴

I fortsettelsen går ikke annenvoterende inn på sontringen mellom de to vilkår, da det

”(…) uansett ikke foreligger rettslig grunnlag for å bruke tvang for å sørge for at A opptrer i forhold til de underforståtte hygienekravene.”³⁵

Vi ser av votaene at vilkårsstillelsen i saken tolkes ulikt. Førstvoterende går ikke inn på sontringen mellom vask og sårstell når det legges til grunn at det foreligger proporsjonalitet og saklighet. Førstvoterendes standpunkt kan her forstås på to ulike måter. For det første kan vilkårenes kumulative effekt være lagt til grunn, og det konkluderes med at den samlede byrde ikke er uforholdsmessig tyngende for pasienten. For det andre kan standpunktet være at ingen av vilkårene alene er uforholdsmessig tyngende, og at uttalelsen er ment å gi uttrykk for dette. Uttalelsen er i dette henseende tvetydig, men da alle vilkår sidestilles, både i uttalelsen og i drøftelsen for øvrig, er det første alternativ mest nærliggende. Dette alternativ styrkes ved at annenvoterende aktivt skiller mellom vilkårene grunnet deres ulike inngrepsstyrke. Det synes nærliggende at det også må ha vært førstvoterende bekjent at en slik oppdeling var mulig, da de hadde ulik inngrepsgrad. Det skal imidlertid påpekes at mindretallets uttalelse om de ulike inngrepsstyrkene i saken var et *obiter dicta* uten direkte betydning for deres standpunkt. Til tross for at det ikke kan utelukkes at et *obiter dicta* har betydning for senere saker,³⁶ er det nærliggende å anta at uttalelsen har begrenset rettskildemessig vekt. Flertallet inntar en helhetlig tilnærming til de byrder som er pålagt pasienten, da det må antas at sårstell er mer belastende enn kroppsvask. Likevel sammenfattes disse to byrder når Høyesterett vurderer vilkårets lovlighet.

Høyesteretts tilnærming til vilkårs læren i *Sårstelldommen* kan kritiseres blant annet på bakgrunn av rettsikkerhetsmessige betraktninger som forholdet til legalitetsprinsippet.³⁷ Høyesterett konstruerte også et rettsgrunnlag på bakgrunn av flere regler som i seg selv ikke var tilstrekkelig til å skape hjemmel for tvang, noe

³³ Rt.2010.612, premiss 33.

³⁴ Rt.2010.612, premiss 43.

³⁵ Rt.2010.612, premiss 45.

³⁶ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 115.

³⁷ Se; Andersen og Wallevik: «*Huleboerdommen*» (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?.

som også har vært gjenstand for kritikk.³⁸ Det kan i tillegg anføres at vilkårlæren blir brukt til "(...) kvasivilkår, og dermed utanfor sitt tradisjonelle område."³⁹ Videre var det ikke i saken formulert slike vilkår forut for tildelingen av sykehjemsplassen. Vilråene ble først vedtatt etter at pasienten hadde fått plass, og de hygieniske problemer hadde fått utløp, uten at tilfellet ble vurdert etter de alminnelige regler om omgjøring av vedtak til skade for pasienten. Dommen må sies å ha usikker prejudikatsverdi, og dens rettssetninger bør anvendes med varsomhet. Til tross for denne kritikk er dommen illustrerende for hvilken allsidighet som ligger i vilkårlæren, noe oppgaven kommer tilbake til i punkt 4.

3.2 Sivilombudsmanns praksis

Saken referert i SOMB-2008-79 gjaldt spørsmålet om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen. Søker hadde fått innvilget dispensasjon til å bygge flytebrygge på følgende vilkår:

"Det settes som vilkår for dispensasjonen at flytebryggas retning endres, og legges med vinkel mot nord slik den opprinnelig lå. Bryggas totale lengde på ca 21 meter må videre ikke overskrides."⁴⁰

Vilkårene i vedtaket kommer til uttrykk som helhetlig tekst, ikke som en nummerert liste over betingelser for godkjennelse. Ut fra vedtakets ordlyd gjelder vilkårene to forhold. Det første forholdet er den vinkel bryggen skal ha fra land. Det andre forholdet er en begrensning i bryggens lengde. Vilråene var i all hovedsak begrunnet i naboens tilflottsrett, da bryggen kunne vanskeliggjøre tilkomsten til naboens brygge. Søkeren klagde til Sivilombudsmannen, og gjorde gjeldende at vilråene var ugyldige fordi de regulerte forholdet mellom private. Saken gjaldt spørsmål om vilråenes saklighet.

Under behandlingen av vilråene innleder Sivilombudsmannen med:

"De øvrige vilråene i kommunens vedtak, det vil si vilråene om plassering og lengde, er etter det opplyste begrunnet i et ønske om å bedre manøvreringsplassen mellom bryggene."⁴¹

I uttalelsen her anerkjenner Sivilombudsmannen at det i saken er tale om flere vilkår. Dette til tross for at vilkåret kommer til uttrykk som ett vilkår gitt i helhetlig tekst. Dette tyder på at Sivilombudsmannen har en pragmatisk holdning til

³⁸ Se; Andersen og Wallevik: «Huleboerdommen» (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?; Aasen og Kjellebold: *Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem*: Rt. 2010 s. 612 og; Syse: «Huleboerdommen» (LoR 2011 s. 283) – feil navn og uklart innhold? – En kommentar.

³⁹ Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Østenstad: *Vilkårlæra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa*, s. 120-121. Jf. Østenstad: *Sårstelldommen* (Rt.2010.612) – prejudikat for kva?.

⁴⁰ Bygningsseksjonen i Sandefjord kommunes vedtak av 6.12.2006, ref: 06/3741-17/GNR 108/142, s. 1.

⁴¹ SOMB-2008-79, s. 316.

beslutningsorganets vurderinger av vilkårsstillelsen, og at han ikke ser seg bundet av deres oppdeling av vilkår. Videre i behandlingen av vilkårene drøfter Sivilombudsmannen vilkårenes saklighet uten å skille dem fra hverandre når det uttales:

”Nabohensyn er et relevant moment i vurderingen etter flere av bestemmelsene i plan- og bygningsloven, eksempelvis plbl. § 70 nr. 1. Også i dispensasjonssaker vil nabohensyn kunne være et moment som kan tilsi at dispensasjon nektes eller at det stilles vilkår.”⁴²

Også i den avsluttende vurderingen behandles vilkårene samlet:

”Vilkårene synes alt i alt å være saklig begrunnet i plan- og bygningslovens bestemmelser og de hensyn disse skal ivareta, det synes å være en naturlig sammenheng mellom dispensasjonen og vilkårene og de kan ikke sees å være uforholdsmessige.”⁴³

Både under saklighets- og forholdsmessighetskravet foretar Sivilombudsmannen en samlet drøftelse uten å skille mellom de to vilkår bygningsseksjonen har stilt. Sivilombudsmannens formulering i det siste sitatet tyder på at det er foretatt en bred helhetsvurdering uten at vilkårene har blitt skilt fra hverandre jf. uttalelsen ”alt i alt”.

Angående den byrde vilkårene representerer behandles denne også samlet av Sivilombudsmannen. Dette gjelder både for kravet til saklig sammenheng og forholdsmessighet. Sivilombudsmannen har en helhetlig tilnærming til vilkårenes byrde for den private part når disse sammenfattes i drøftelsen. Den samlede behandlingen kan imidlertid skyldes andre forhold enn kumulasjon av deres negative effekt. Behandlingen kan skyldes at begge vilkår hadde nær sammenheng med hverandre – begge var knyttet til bryggens form. Videre var vilkårene begrunnet i samme hensyn – hensynet til naboens tilflottsrett. Hensynet i denne saken kan vanskelig tilegnes en størrelse som øker ved en samlet behandling av vilkårene. Sagt på en annen måte: Sammenhengen mellom bryggens form og naboens tilflottsrett blir ikke større eller mindre ved å behandle vilkårene samlet. En samlet vurdering vil sikre enkelhet i avgjørelsen, fordi konklusjonen må bli den samme for begge vilkår.

Det samme kan på den andre siden ikke sies om ulempene klageren her opplever som følge av vilkårene. Ulemper den private part påføres som følge av vilkår vil i alle tilfeller kunne tillegges en størrelse som blir større dersom virkningen av flere vilkår legges sammen. I denne saken vil vilkåret om bryggens vinkel representere en ulempe. Begrensningen i lengde vil representere en annen. Disse ulemper er uavhengig av hverandre. Fjernes den ene vil den andre stå ved lag. I denne saken konkluderer ombudsmannen med at forholdsmessighet foreligger etter at vilkårene er behandlet samlet. Dette tyder på at vilkårenes negative effekt for den private parten ble kumulert. Kravet til forholdsmessighet var imidlertid ikke problematisert av klager. Det kan derfor sies å være unødvendig å skille vilkårene fra hverandre på dette punkt.

Sivilombudsmannen har en pragmatisk holdning til beslutningsorganets vilkårsstillelse, da det innledningsvis skilles mellom vinkel og lengde selv om dette ikke ble gjort av beslutningsorganet på tidspunktet for vedtaket. Dette tilsier at

⁴² SOMB-2008-79, s. 316.

⁴³ SOMB-2008-79, s. 316.

Sivilombudsmannen ikke anser seg bundet av forvaltningens oppdeling av vilkårene. Sivilombudsmannen har også en helhetlig tilnærming til den byrde vilkårene representerer når det anerkjennes at det er stilt flere vilkår før disse vilkårene drøftes samlet.

I SOMB-2008-82 angikk spørsmålet igjen gyldigheten av vilkår stilt som følge av dispensasjon fra byggeforbudet i 100-meterssonen. Det var i saken tale om flere tiltak, blant annet utedo, båthus, brygge og sandpåføring på strand. Dispensasjonssøknaden ble, etter Fylkesmannens behandling, innvilget på fire vilkår:

- ”1. Det plantes stedsvegetasjon for å markere stien over plen.
2. Det anlegges og skiltes adkomst på tvers av bukten syd for båthuset til bruk for allmennheten som tilkomst til områdene nord og øst på eiendommen (Ferja).
3. Flaggstang på odden må fjernes.
4. Naust på odden rives ned i sin helhet før røsting av tak på båthus og bod/utedo.”⁴⁴

I saken ble det klaget over vilkårenes sammenheng med vedtaket. Det ble anført at vilkår 3 og 4 var ugyldige fordi vilkårene var knyttet til andre innretninger enn de dispensasjonen gjaldt. Odden med flaggstang og naust lå på en annen del av eiendommen enn der tiltakene skulle gjennomføres. Igjen var spørsmålet om vilkårene hadde saklig sammenheng med vedtakets begunstigende deler.

Angående vilkårenes sammenheng med vedtakets begunstigende deler uttaler Sivilombudsmannen:

”Vilkårene i denne saken er knyttet til andre innretninger enn de dispensasjonen gjelder. Naustet og flaggstangen som kreves fjernet, er opplyst å ligge om lag 160 meter unna hovedhuset (men på samme eiendom og langs samme strandlinje). Videre har flaggstangen en annen funksjon enn de øvrige innretningene. Disse forholdene taler isolert sett *mot* at det foreligger tilstrekkelig sammenheng. På den annen side kan naustet på odden sies å ha (delvis) tilsvarende funksjoner som båthuset på stranden og/ eller bod/ utedo på tunet (for eksempel lagring). Fylkesmannen har videre lagt til grunn at flaggstangen og naustet, i likhet med tiltakene det er søkt om, har en privatiserende effekt, og at vilkåret om fjerning *kompenserer* for ulemper dispensasjonen medfører.”⁴⁵

Det siterte viser at vilkår nummer tre og fire til dels blir sidestilt i drøftelsen. I den første setningen er de betraktet som to ulike vilkår. Videre behandles vilkårene hver for seg før de sammenfattes i sitatets siste setning når Sivilombudsmannen uttaler ”(...) at vilkåret om fjerning *kompenserer* for ulemper (...)”⁴⁶

I konklusjonen sidestiller Sivilombudsmannen alle vilkår når han uttaler:

”Således fremstår hensynene vilkårene skal ivareta, som helt sentrale for bestemmelsene fylkesmannen har dispensert fra. Den konkrete avveiningen har jeg som nevnt ikke grunnlag for å gå inn på. Etter en gjennomgang av

⁴⁴ SOMB-2008-82, s. 325.

⁴⁵ SOMB-2008-82, s. 326-327.

⁴⁶ SOMB-2008-82, s. 327.

saken i lys av fylkesmannens redegjørelse hit, har jeg ikke funnet grunn til å rette avgjørende rettslige innvendinger mot fylkesmannens fastsetting av vilkår knyttet til flaggstang og naust.⁴⁷

Dette er imidlertid Sivilombudsmannens avsluttende vurdering hvor en oppdeling er mindre naturlig. I denne saken har Sivilombudsmannen en mer formell holdning til vilkårsstillelsen enn i SOMB-2008-79. Den oppdeling som er foretatt av forvaltningen blir her til en viss grad opprettholdt. Det kan skyldes at vilkårene i denne saken ikke har like nær sammenheng med hverandre som i SOMB-2008-79. Det pekes blant annet på at flaggstangen har ”en annen funksjon” enn de øvrige innretningene.⁴⁸ Når det tales om at vilkårene er begrunnet i innretningenes privatiserende effekt sammenfattes vilkårene i Sivilombudsmannens drøftelse.

Sivilombudsmannens tilnærming til vilkårsstillelsen i denne saken er ikke utpreget formalistisk, men heller ikke utpreget pragmatisk. Vurderingen av de vilkår som er stilt ligger en plass mellom disse to ytterpunktene. Det som synes klart er imidlertid at når begrunnelsen for vilkårene er lik, sammenfattes vurderingene.

3.3 Oppsummering så langt

Den høyesterettspraksis som er gjennomgått tyder på at Høyesterett forholder seg formelt til forvaltningens oppdeling av vilkår. I alle saker opprettholder Høyesterett den oppdeling av vilkår som er foretatt av beslutningsorganet. Dette trekker i retning av at de vurderinger foretatt av forvaltningen er bestemmende for hvordan tilfellet vurderes etter rettsreglene, og at domstolene ikke har adgang til å kumulere effekten av flere vilkår. Samtidig viser høyesterettspraksis at domstolen tillater seg å ha en helhetlig holdning til de byrder som er pålagt den private parten når vilkår vurderes opp mot vilkårslærens rettslige skranker. Høyesterett foretar ingen oppdeling ut fra hvilke byrder den private parten kan sies å være pålagt. At ulike byrder sammenfattes i praksis taler for at domstolene kan kumulere vilkår til fordel for den private part. Praksis fra Sivilombudsmannen etterlater et noe annet inntrykk. Til forskjell fra Høyesterett synes Sivilombudsmannen å være mindre bundet av den deling av vilkår som er lagt til grunn av forvaltningen. Hva gjelder de ulike byrder vilkårene kan sies å representere etterlater sivilombudsmannspraksis det samme bildet som praksis fra Høyesterett: Ulike byrder sammenfattes i vurderingen av vilkårs lovlightet.

I de fleste sakene som er gjennomgått har den omtvistede byrde kommet til uttrykk gjennom helhetlig tekst, ikke som en klart definert liste hvor hver byrde er representert ved ett vilkår. Der vilkårsstillelsen kommer til uttrykk gjennom helhetlig tekst kan det være til den private parts fordel å forholde seg til forvaltningens oppdeling av vilkår, fordi det omtvistede vilkår da vil representere en større byrde. I denne sammenhengen kan det være større sjanse for at det omtvistede vilkår kjennes uforholdsmessig. Det kan derfor anføres at å innta en formell holdning til vilkårsstillelsen i disse tilfellene ikke utelukker en pragmatisk holdning i tilfeller der vilkårene kommer til uttrykk gjennom en definert liste over de byrder som pålegges. Den praksis som er gjennomgått kan tyde på at dette er tilfellet. I SOMB-2008-82 så vi at Sivilombudsmannen hadde en noe pragmatisk holdning til vilkårene der de var kommet til uttrykk i en definert liste over byrder.

⁴⁷ SOMB-2008-82, s. 327.

⁴⁸ SOMB-2008-82, s. 327.

Felles for de sakene som er gjennomgått er at vilkårene ble kjent gyldige. Hva gjelder kravet til saklig sammenheng kan det sies å være unødvendig og stykke opp de aktuelle vilkår der konklusjonen blir at vilkårene er gyldige, så langt de er motivert av samme hensyn, fordi en oppstyking er en mer tidkrevende prosess og begge prosesser vil føre til samme resultat. I slike saker kan en oppdeling av de byrder vilkåret representerer være tidkrevende og føre til at hensynet til enkelhet i beslutningene undergraves. Dette trekker i retning av at domstolene kan vurdere flere vilkår samlet gitt at de er begrunnet i samme hensyn. Hva gjelder kravet til forholdsmessighet har ikke dette vært omtvistet i alle sakene. I de saker hvor forholdsmessighetsspørsmålet har vært omtvistet har rettsanvenderen avfeid anførselen uten å drøfte spørsmålet grundig. Dette fører til at rettstilstanden under kravet til forholdsmessighet er mer uklar enn under kravet til saklighet.

Der et vilkår representerer flere byrder tyder det samlede inntrykket på at effekten av disse byrder kumuleres til fordel for den private part. På bakgrunn av at det i disse tilfellene også kan ses som ett vilkår – og derfor én byrde – kan vi argumentere for at det ikke har vært foretatt en kumulasjon. All den tid praksis er taus om sine vurderinger angående dette spørsmålet er det vanskelig å trekke en entydig konklusjon. At vilkårets byrder kumuleres til fordel til den private part synes imidlertid å være den løsningen som har de beste grunner for seg. Dersom byrdene behandles samlet, uten at deres negative effekt kumuleres vil dette bety at rettsanvenderen i liten grad synliggjør hvilke premisser som ligger til grunn for de foretatte vurderinger. Å vurdere byrdene samlet rent formelt, uten at dette har praktiske konsekvenser, har i denne sammenhengen formodningen mot seg fordi det kan skape en lite transparent rettsanvendelse. Dette kan videre bidra til å skape en uklar rettstilstand. Godtar vi at byrdene behandles samlet, samtidig som deres negative effekt holdes atskilt, kan det også være vanskelig å utlede hvor hvert vilkår står i forhold til ugyldighetsreglene. Dersom lignende vilkår blir satt overfor en annen part i fremtiden kan det være vanskelig å forutberegne rettstilstanden som følge av den aktuelle avgjørelsen.

3.4 Forvaltningspraksis

Vi skal nå se på beslutningsorganers eget syn på vilkårsstillelsen i noen av de saker som er gjennomgått over. Denne fremstillingen er ikke egnet til å gi et fullstendig bilde av forvaltningens syn på vilkårsstillelsen. Til det kreves et større arbeid. Videre er det ikke alle vedtak som er egnet til å kaste lys over temaet. Flere vedtak gir kun uttrykk for at betingelser stilles for vedtakets begunstigende deler, uten at det formuleres noe som kaster lys over hvordan forvaltningen ser de byrder som pålegges den private parten.

I det vedtak som er referert i forbindelse med *Løvenskiolddommen* over fremgikk det også at

”Tillatelsen med sine vilkår og mulige dispensasjoner danner et samlet hele, og forutsetter at arbeidet/tiltaket gjennomføres i sin helhet slik det er søkt om. F. eks. vil gitte dispensasjoner i utgangspunktet falle bort ved endrede planer.”⁴⁹

⁴⁹ LB.2001.1733, plan- og bygningsetatens vedtak av 30. september 1996.

At vilkår og dispensasjoner danner en helhet tyder på at Bærum kommune har tatt i betraktning den samlede effekt vilkårene har for den private part, og vurdert dem opp mot den samlede begunstigende effekt vedtaket representerer. At tiltaket må ”gjennomføres i sin helhet” er nærliggende å tolke dit hen at vedtaket – sett fra kommunens side – som helhet ikke er forholdsmessig med mindre alle vilkår respekteres og tiltak gjennomføres. Dette forutsetter at synet på den byrde som pålegges den private til en viss grad er pragmatisk, da alle vilkår sidestilles i utsagnet.

Inntrykket utsagnet gir er imidlertid mer nyansert. Uttalelsen kan ses som en påminnelse til Løvenskiold om at vilkårene må oppfylles før godkjenning skal kunne gis. Etter en slik forståelse gir ikke utsagnet uttrykk for at kommunens syn på vilkårsstillelsen er at alle vilkår må ses samlet for å danne et bilde av vedtaket som er forholdsmessig. Snarere kan det være en forutsetning om at alle vilkår må oppfylles for at tillatelsen skal stå ved lag. Den mest nærliggende tolkningen er likevel at kommunen ser pragmatisk på vilkårsstillelsen, fordi en påminnelse om at vilkårene må gjennomføres kan sies å følge av vilkårene i seg selv.

Hva gjelder saken referert i SOMB-2008-82 uttalte Fylkesmannen i Østfold i forbindelse med vedtaket:

”Ser man alle tiltakene under ett vil disse tiltakene virke avvisende på allmennheten og av den grunn medvirke til en privatisering av området.

(...)

En fjerning av flaggstang og naust vil bedre allmennhetens tilgang og bruk av området nord og øst på eiendommen. Både naustet og flaggstangen har en avvisende effekt.

(...)

Vilkårene om riving av naustet og flaggstangen for å få tillatelse vil dermed til en viss grad oppveie for de tiltak som vil virke avvisende for allmennhetens tilgang til området.”⁵⁰

Av det siterte ser vi at tiltakenes privatiserende effekter ses under ett i Fylkesmannens behandling av saken. Videre ser vi at den kompensierende effekt rivningen av naust og flaggstang representerer kumuleres når det uttales at det vil ”til en viss grad” veie opp for tiltakene. Dette gjøres til tross for at det kommer til uttrykk gjennom to separate vilkår i vedtaket jf. over i punkt 3.2. Dette taler for at Fylkesmannen har en pragmatisk holdning til vilkårsstillelsen, og at vilkårenes kumulative effekt legges til grunn når de sammenlignes med vedtakets begunstigende deler. Videre uttaler Fylkesmannen:

”De mange tiltak, som det er anbefalt gitt dispensasjon for, gjør at eiendommen fremstår som vesentlig mer privatisert enn tidligere. For å tilfredsstille de rikspolitiske retningslinjer for Oslofjordregionen om å opprettholde, og helst forbedre tilgjengelighet og opphold i strandsonen, må det etter Fylkesmannens vurdering helt klart settes klare vilkår i dispensasjonsvedtaket for å oppveie den økende privatiseringen som ellers ville skjedd. (...) Ved å fjerne flaggstangen og naustet vil odden fremstå som mindre privat og mer tilgjengelig for allmennheten.”⁵¹

⁵⁰ SOMB-2008-82, s. 325, av Fylkesmannen i Østfolds vedtak.

⁵¹ SOMB-2008-82, s. 325, av Fylkesmannen i Østfolds vedtak.

Også av denne uttalelsen er det nærliggende å slutte at Fylkesmannen ser vilkårene som en samlet kompensasjon for tiltakenes privatiserende effekt.

Inntrykket de forvaltnings saker som er gjennomgått etterlater er at vilkårenes samlede ulempe vurderes opp mot vedtakets samlede begunstigende effekt. Dette forutsetter at forholdsmessighetsvurderingen forvaltningen foretar når de fatter vedtak er basert på den totale forholdsmessighet mellom begunstigende og inngripende deler. Grunnen til dette kan være at det å vurdere forholdsmessigheten av et enkelt vilkår opp mot vedtakets begunstigende deler er å anse som risikabelt, fordi det etterlater en større mulighet for at vilkåret skal kjennes ugyldig ved en etterfølgende kontroll. Praksis viser at det ikke er gitt hvordan vilkårsstillelsen tolkes av et kontrollorgan. Det er ingen garantier for at domstolene eller klageorgan vil operere med den samme oppdeling av vilkår som er lagt til grunn på vedtakstidspunktet. En sammenfatning av vilkår på vedtakstidspunktet kan føre til at det er mindre sjanse for at vilkåret blir kjent ugyldig i en kontrollbehandling, uavhengig av hvordan kontrollorganet velger å dele vilkårene som er stilt. På denne måten er det å se vilkårene samlet på tidspunktet for vedtaket en sikkerhetsmekanisme for forvaltningen.

Den forvaltnings praksis som er gjennomgått her tyder på at beslutningsorganer vurderer vedtaket på den måte som er til størst gagn for borgeren. Alternativet ville vært at forvaltningsorganer vurderer forholdsmessigheten for hvert enkelt vilkår, uten å trekke inn sammenhengen i hele vedtaket. I et rettssikkerhetsperspektiv er dette gunstig fordi forvaltningen vurderer forholdsmessigheten på en måte som er skånsom for den private. Overført til spørsmålet angående kumulasjon av vilkår til fordel for den private part taler den praksis som er gjennomgått her for en adgang til å kumulere virkningen av flere vilkår.

4 Reelle hensyn

Legitimeringsgrunnlaget for vilkårlæren er at

”(...) vilkårsstilling kan vere eit sterkt verkemiddel på forvaltninga si hand (...)”⁵²

Dette henger sammen med at den private part ofte står i et avhengighetsforhold til forvaltningen hva gjelder løyvetildelinger og lignende. Dette innebærer at forvaltningen kan anvende det aktuelle godet som pressmiddel for å få gjennomslag for vilkår som er ugunstige for parten. I slike tilfeller er den kontroll som følger av vilkårlæren en mekanisme som begrenser forvaltningens mulighet til å stille vilkår. I dette avsnittet er målet å avdekke om reelle hensyn taler for at denne begrensningen også skal omfatte muligheten til å kumulere vilkår til forvaltningens ugunst.

Både under saklighets- og forholdsmessighetskravet kan det være tvilsomt om det vilkår som er stilt ligger innenfor de rettslige grenser vilkårlæren representerer. Når et vilkår befinner seg i ytterkanten av det saklige har det blitt tatt til orde for at

⁵² Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Østenstad: *Vilkårlæra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa*, s. 143.

forholdsmessighetskontrollen intensiveres.⁵³ I slike saker vil den private parten ha større behov for rettssikkerhet, sammenlignet med situasjoner hvor vilkåret er motivert av hensyn som ligger i sentrum av lovens formål. Dette er på grunn av at inngrepets karakter grenser mot det usaklige. Følger vi denne tankerekken kan vi se for oss tilfeller hvor flere vilkår knyttet til det samme begunstigende vedtak befinner seg i ytterkanten av det som rettslig sett kalles saklig. I en slik situasjon kan det være hensiktsmessig at kontrollen med vilkårets forholdsmessighet intensiveres ytterligere. En kumulasjon av vilkår under kravet til saklig sammenheng vil i dette henseende skape et strengere forholdsmessighetskrav.

Motsatt kan vi se for oss tilfeller hvor den totale forholdsmessigheten, etter en kumulasjon av vedtakets inngripende deler, er i ytterkanten av det den private bør tåle. I slike tilfeller kan det være hensiktsmessig å ytterligere skjerpe kravet til saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak. Det er imidlertid vanskeligere å se for seg at påvirkningsforholdet går denne veien. Hva som er saklig kan vanskelig påvirkes av utenforliggende faktorer som forholdsmessighet. Når det tas til orde for at hensyn begrunnet i ytterkanten av det saklige påvirker vurderingen av vilkårenes forholdsmessighet er dette fordi usaklighet i seg selv kan oppleves som en byrde for den private part. Denne byrde kan tillegges en verdi ved vurderingen av vedtakets forholdsmessighet. Byrden blir større jo lengre vi beveger oss bort fra kjerneområdet for det saklige, og hvor mange vilkår som er begrunnet i dette hensynet. Det samme kan ikke sies motsatt vei. Dersom et vilkår befinner seg i utkanten av hva som er forholdsmessig er det vanskelig å se for seg situasjoner hvor det er bestemmende for om vilkåret er saklig begrunnet.

En tilnærming hvor saklighetskravet påvirker vurderingen av vilkårs forholdsmessighet fordrer innslag av pragmatisme. Dette gjelder i enda større grad dersom vi forutsetter at det er flere vilkår som er begrunnet i ytterkanten av det saklige. Den effekt vilkår representerer må i slike tilfeller kumuleres for å fastsette hvor stor påvirkning vilkårenes saklighet har overfor forholdsmessighetskravet. I dette henseende må vurderingen av vilkårenes rettmessighet til en viss grad sammenfattes og vil bære større preg av en helhetlig vurdering enn det en rent formalistisk tilnærming fordrer. I denne sammenhengen vil en formell holdning tilsi at vi skiller vurderingen av vilkårs saklighet fra forholdsmessighetsvurderingen kategorisk. En slik pragmatisk tilnærming kan by på problemer. Dersom et påvirkningsforhold som skisseres her realiseres kan vurderingen av vilkårenes saklighet og forholdsmessighet til en viss grad sammenfattes. På grunn av deres gjensidige påvirkningsforhold, vil det føre til en mer komplisert vurdering. Skillet mellom kravene kan i ytterste konsekvens viskes ut, og det vi står igjen med er en helhetsvurdering som er mer kompleks enn forholdsmessighets- og saklighetsvurderingene alene.

Hva gjelder en streng formell holdning til vilkårlæren krever det en kategorisk oppstyking av vilkårene som er stilt for vedtakets begunstigende deler. Dette vil spesielt gjelde der vilkårene har form av en nummerert liste. I tilfeller hvor vilkårene kommer til uttrykk i sammenhengende tekst kan tolkningsalternativer føre til mer eller mindre oppstyking av vilkår. Dersom alle vilkår må ses uavhengig av hverandre i vurderingen av om de er saklige og forholdsmessige vil dette åpne en mulighet for forvaltningen å omgå vilkårlærens rettslige skranker. Forvaltningen vil da gis anledning til å foreta en unaturlig oppstyking av vilkår i tilfeller der hvert

⁵³ Se blant annet; Tvedt m.fl.: *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett*, s. 68. Dette kommer vi tilbake til i punkt 5 under.

vilkår isolert sett er saklig og lite tyngende for den private parten. I et slikt henseende vil ikke vedtakets helhet ha betydning for vilkårenes rettmessighet innenfor de begrensninger vilkårlæren legger på forvaltningens materielle kompetanse. I et rettssikkerhetsperspektiv er det med andre ord ugunstig med en utpreget formell tilnærming til vilkårlæren.

Vi kan ikke anvende rettssikkerhetsargumentet i det uendelige. Selv om de begrensningene som ligger på forvaltningens vilkårsadgang er begrunnet i rettssikkerhetsbetraktninger, bidrar også forvaltningen til å skape rettssikkerhet for borgerne, men i en større sammenheng. Forvaltningens rolle er å være ressursforvalter i samfunnet. Domstolene bør ikke gå lengre enn nødvendig i å overta disse funksjonene. Der domstolene ser seg kompetente til å gjøre dette, er det på bakgrunn av individets behov for rettssikkerhet.⁵⁴ I normaltilfellene er imidlertid den rettssikkerhet forvaltningens virksomhet tilbyr tilstrekkelig. Vilårsstillelse er en effektiv form for ressursforvaltning fordi forvaltningen ofte kan

«(...) få gjennomført sine ønskemål lettere og mer friksjonsfritt ved å sette betingelser enn ved å utferdige særskilte påbud eller forbud.»⁵⁵

En utvidet adgang til å kjenne vilkår ugyldige kan undergrave forvaltningens posisjon som ressursforvalter i samfunnet.

Jeg er likevel av den oppfatning at svekket domstolskontroll hva gjelder vilårsstillelse er en lite hensiktsmessig vei å gå i lys av den nyere rettsutvikling. I *Sårstelldommen* ble vilkårlæren anvendt for å hjemle etterfølgende vilkår med tvangselementer overfor en pasient på institusjon. At vilkårlæren har blitt anvendt for å hjemle etterfølgende vilkår er ikke noe nytt. I *Glacier Blue*-dommen⁵⁶ ble vilkårlæren anvendt for å legitimere etterfølgende vilkår om å lakkere en begravesbil sort. At vilkårlæren legitimerer tvang er imidlertid nytt. Som sitert av Østenstad over er vilkårlæren anvendt utenfor sitt tradisjonelle område i *Sårstelldommen*.⁵⁷ Dommen er en indikasjon på at området for legitim vilårsstillelse er i utvikling.⁵⁸ Området hvor inngrep i den private rettsfære kan gjøres med hjemmel i vilkårlæren utvides. Formålet med domstolskontrollen er å være en motvekt til det virkemiddelet – og noen ganger pressmiddelet – vilårsstillelse representerer for forvaltningen. Vi må sikre borgernes rettssikkerhet ved å etablere skranker for forvaltningens anvendelse av sin materielle kompetanse. Som et ledd i å bygge opp sterkere rettssikkerhet i forbindelse med inngripende vedtak truffet i medhold av den alminnelige vilårsadgang, kan kumulasjon av vilkårenes negative effekt bidra til at individet står i en styrket stilling i forhold til forvaltningen.

⁵⁴ Bekkedal: *Om dom for realiteten i forvaltningssaker. Grunnlag for en ny teori om domstolenes kontroll med forvaltningens maktutøvelse.*

⁵⁵ Eckhoff: *Legalitetsprinsippet*, s. 243.

⁵⁶ Rt.1961.297.

⁵⁷ Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Østenstad: *Vilkårlæra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa*, s. 120-121. Jf. Østenstad: *Sårstelldommen (Rt.2010.612) – prejudikat for kva?*

⁵⁸ For betraktninger hva gjelder *Sårstelldommens* betydning for legitim vilårsstillelse se; Andersen og Wallevik: «*Huleboerdommen*» (Rt. 2010 s. 612) – *riktig diagnose, feil medisin?*, LoR 05/2011.

5 Juridisk litteratur

Hva gjelder spørsmålet om kumulasjon av vilkår til fordel for den private part har ikke dette blitt vurdert i juridisk teori direkte. Noen fremstillinger har imidlertid betraktninger som er relevante for hvordan vi forholder oss til de rettslige begrensningene vilkårlæren stiller opp.

Østenstad har foretatt en analyse av hvor intervensjonsterskelen etter vilkårlæren ligger. Angående spørsmålet om når det er legitimt å intervenere mot tyngende vilkår uttaler han at

”(…) situasjonane er så mangfoldige at det er svært vanskeleg å gje ein generell karakteristikk langs aksene inngripande–ikkje-inngripande tiltak. (...) Den løysinga som etter dette peikar seg ut, er at intervensjonsterskelen må fastleggjast heilt konkret ved legalitetskontroll av vilkår.”⁵⁹

Her tas det til orde for at intervensjonsterskelen må fastsettes i hvert enkelt tilfelle. En slik tilnærming bærer preg av å fokusere på helhetlige vurderinger basert på det konkrete tilfellet, noe som forutsetter en viss grad av pragmatisme. Sammenfattes dette synspunktet med vilkårlærens funksjon som rettssikkerhetsmekanisme kan det ikke utelukkes at tilfeller kan forekomme hvor den private part har et stort behov for beskyttelse. Det kan dermed heller ikke utelukkes at individets behov for rettssikkerhet er så stort i en enkeltsak at intervensjonsterskelen bør senkes ned til et nivå hvor den samlede effekt av vilkårene kan kumuleres til fordel for den private.

At intervensjonsterskelen ikke kan fastsettes generelt har også vært antydning av andre forfattere. Som oppgaven var inne på i punkt 4 kan ikke saklighetskravet og forholdsmessighetskravet ses uavhengig av hverandre. Flere har tatt til orde for et relativt forholdsmessighetskrav, basert på de av forvaltningen tatte hensyns nærhet til den aktuelle hjemmelslov. Dette antydes av Kjelle vold når det uttales at det i vilkårlærens forholdsmessighetskrav

”(…) ligger en forutsetning om at kontrollen av vilkårets materielle forsvarlighet intensiveres etter hvor langt vi beveger oss fra lovens kjerneområde.”⁶⁰

Tvedt m.fl. synes å gå enda lengre i å antyde at kravene har betydning for hverandre da det uttales:

”Disse to vurderingene under vilkårlæren må også sees i sammenheng. Det er et slags gjensidig påvirkningsforhold mellom kravene til saklighet og forholdsmessighet: Jo mindre saklig sammenheng vilkåret har med vedtaket, desto større må kravet til forholdsmessighet overfor borgeren være.”⁶¹

At det her antydes et gjensidighetsforhold innebærer at også vedtakets forholdsmessighet har betydning for hvor strengt kravet til saklig sammenheng er i

⁵⁹ Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Østenstad: *Vilkårlæra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa*, s. 144.

⁶⁰ Kjelle vold: *Sosialhjelp på vilkår*, s. 90.

⁶¹ Tvedt m.fl.: *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett*, s. 68.

den aktuelle saken. Reglene kan imidlertid tyde på å være mindre elastiske denne veien, slik oppgaven var inne på i punkt 4. Her vil jeg nøye meg med å gjenta at sammenkoblet med et rettssikkerhetsperspektiv kan en kumulasjon av vilkår begrunnet i ytterkanten av det saklige kunne intensivere forholdsmessighetskravet.

Søvig tar til orde for at en relativisering ikke nødvendigvis er av det gode. Hva angår forholdsmessighetsbegrensninger uttaler Søvig at en relativisering vil skape rettsusikkerhet:

”En innvending mot å la forholdsmessighetsvurderinger følge en glideskala er faren for rettsusikkerhet. Vurderingen er så konkret at verken borgerne eller forvaltningen i forkant fullt ut kan beregne saksutfallet.”⁶²

Utsagnet gjelder forholdsmessighetsvurderinger generelt, men Søvigs synspunkt kan også ha betydning for en relativisering under vilkårlærens forholdsmessighetskrav. Det er nærliggende å forstå Søvig slik at en relativisering av forholdsmessighetskrav vil tilføre en kompliserende faktor i en allerede komplisert, konkret og skjønsmessig vurdering. Dersom vilkår kumuleres til fordel for den private part kan dette skape ytterligere rettsusikkerhet hva gjelder intervensjonsterskel. Det er videre i den samme fremstillingen pekt på at

”Forvaltningen kan riktig nok opprette en ”buffersone” i form av å avstå fra inngrep som kan være potensielt unødig inngripende, men regelmessig vil kryssende hensyn komme inn her.”⁶³

Ulempen ved en slik tilnærming er at en buffersone medfører bortfall av forvaltningsmyndighet. Om forvaltningen systematisk skal fatte vedtak med materielt innhold som er mindre tyngende for individet enn deres kompetanse tillater vil muligheter for offentlig forvaltning falle bort. Dette vil igjen føre til en lite optimal bruk av offentlige ressurser. Det pekes også på at

”(…) en slik konkret tilnærming gir domstolene stor frihet til å fastsette hvor grensene kan gå og kan bidra til å forskyve arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene.”⁶⁴

Vi ser at arbeidsfordelingen mellom domstoler og forvaltningen bør balanseres for å unngå at for mye kompetanse faller over på domstolene. En streng pragmatisk holdning til vilkårlæren vil medføre ulemper. Det vil med andre ord virke mot sin hensikt å utvide domstolenes kompetanse etter vilkårlæren i en så omfattende grad at læren blir for uoversiktlig og komplisert. Gjør vi det vil det i seg selv true borgernes rettssikkerhet.

Vi kan likevel ikke ta Søvigs argumenter fullstendig på ordet når han argumenterer mot relativisering av forholdsmessighetskrav. Jeg vil hevde at en relativisering hva gjelder vilkårlærens forholdsmessighetskrav er mer anerkjent enn

⁶² Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Søvig: *Avslutning*, s. 347.

⁶³ Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Søvig: *Avslutning*, s. 347.

⁶⁴ Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Søvig: *Avslutning*, s. 347.

for andre forholdsmessighetsbegrensninger i forvaltningsretten, som for eksempel forbudet mot grovt urimelige forvaltningsavgjørelser. Dette illustreres av at Østenstad, Kjellevold og Tvedt m.fl. tar til orde for en relativ intervensjonsterskel. Forholdsmessighetsbegrensninger har utgangspunkt i balansen mellom de positive og negative følger av et vedtak. Dersom en relativisering i sammenheng med vilkår kategorisk søkes unngått undergraves vedtakets individuelle karakter. Alle vedtak representerer forskjellig grad av ulemper og fordeler. Sett at to stykker får drosjeløyve på vilkår om at de må kjøre fra en bestemt drosjesentral. I utgangspunktet er vedtaket likt for de to sjåførene. Bortsett fra at vedtakene retter seg mot forskjellige personer, kan ordlyden være identisk. Den ulempe vilkåret representerer for vedkommende sjåfør avgjøres av individuelle forhold. Sett at den ene sjåføren bor 30 minutter unna sentralen. Ulempen for denne sjåføren vil være større enn for den sjåføren som bor ti minutter unna. Motsatt vil de fordeler et vedtak representerer oppleves ulikt, basert på den private parts behov for det aktuelle godet. Relativisering hva gjelder vilkårlærens forholdsmessighetskrav er uunngåelig.

6 Rettsvirkningene der vilkår finnes ugyldige etter kumulasjon

I denne delen av oppgaven forutsettes det at vilkårene, etter kumulasjon, er funnet å gå ut over de rettslige skranker vilkårlæren stiller opp. Rettspraksis uttaler ikke eksplisitt at vilkår har blitt kjent ugyldige etter at deres kumulative effekt har blitt lagt til grunn. Det er usikkert hva rettsfølgene av ugyldighet som følge av kumulasjon er. Dette er i seg selv et argument mot at domstolene kan kumulere vilkår til fordel for den private part.

Forutsatt at en kumulasjonsadgang foreligger, kan flere alternative rettsvirkninger tenkes. For det første kan det tillegges domstolene å avgjøre hvilket eller hvilke vilkår som skal strykes som ugyldig. Det kan tenkes at det finnes flere alternativer i samme sak hvor alle vil bidra til å bringe vedtaket innenfor de rettslige skranker vilkårlæren stiller opp for forvaltningens myndighet. I et slikt tilfelle vil domstolene avgjøre hvordan dette skal gjennomføres. For det andre er det en mulighet at alle vilkår faller bort. Et tredje alternativ er å sende saken tilbake til forvaltningen, og la beslutningsorganet avgjøre hvilket eller hvilke vilkår som skal strykes fra det endelige vedtaket. I denne delen av oppgaven skal spørsmålet om rettsvirkninger av kumulasjon sammenfattes med de ugyldighetsregler som gjelder for vilkårlæren.

Utgangspunktet hva gjelder ugyldige vilkår er at vilkåret strykes, mens resten av vedtaket – både inngripende og begunstigende deler – blir stående som de var. Hos Graver kommer dette til uttrykk ved at

”Oppfatningen i den juridiske teori er at hvis et vilkår faller bort som uhjemlet, så blir likevel det begunstigende vedtak som vilkåret er knyttet til, stående uten vilkåret.”⁶⁵

Det første alternativet – at domstolene avgjør hvilket eller hvilke vedtak som skal strykes – innebærer at vi gir domstolene i oppgave å fastsette det materielle innholdet i vedtaket. Dette skyldes at det kan tenkes flere alternative løsninger som ligger innenfor de rettslige rammer. Et slikt alternativ kan stride mot domstolenes

⁶⁵ Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 270.

oppgave som legalitetskontrollør av forvaltningens avgjørelser. Igjen er vi inne på et spørsmål om formalisme eller pragmatisme. En streng formell holdning til forholdet mellom forvaltning og domstoler fordrer at fastleggelsen av materielt innhold i et vedtak, og de rettslige begrensninger som følger av vilkårlæren holdes atskilt. Motsatt vil et pragmatisk synspunkt være mindre begrenset av kompetansefordelingen mellom domstoler og forvaltning.

Høyesterett har inntatt en restriktiv holdning hva gjelder å fastsette vedtaks materielle innhold. Dette illustreres av de senere års høyesterettspraksis angående spørsmålet om realitetsdom, en adgang som er meget snever.⁶⁶ Vi kan imidlertid ikke sidestille realitetstilfellene fullstendig med vilkårstilfellene. Hva gjelder realitetsavgjørelse vil domstolene ta stilling til hvilket materielt innhold et vedtak *skal* ha. For vilkårstilfellene gjelder det motsatte: Domstolene tar stilling til et materielt innhold vedtaket *ikke kan* ha. Den formelle kompetansefordelingen mellom domstoler og forvaltning som gjelder i spørsmål om realitetsdom kan dermed ikke opprettholdes i sin rene form for vilkårstilfellene. For vilkårstilfellene kan vi tillate oss en mer pragmatisk holdning.

Den løsning som gjelder når domstolene kjenner et enkelt vilkår ugyldig har innslag av denne pragmatiske holdningen. Når domstolene kjenner et vilkår ugyldig, og fjerner dette fra det endelige vedtaket kan vi ikke slutte at det ikke finnes andre løsninger som vil opprettholde balansen mellom partene bedre. Mindre tyngende vilkår, som ikke overgår den private tålegrense, kan i mange tilfeller tenkes. Løsningen som er valgt – at hele vilkåret faller bort – er valgt på grunnlag av forvaltningens urettmessige bruk av vilkårsstillelse som pressmiddel.⁶⁷ Når forvaltningen har brukt sin kompetanse til å presse inngripende deler inn i et ellers begunstigende vedtak bør feilen ramme dem selv og ikke den private som er offer for maktoverskridelsen. Denne tankegangen kan overføres til kumulasjonstilfellene. Den private part bør ikke lide unødvendig grunnet forvaltningens overdrevne bruk av et pressmiddel. Dette kan tilsi at alle vilkår faller bort i kumulasjonstilfellene.

Løsningen at alle vilkår faller bort er det alternativet som er minst gunstig for forvaltningen, ved at alle deres fordeler ved å gi tillatelsen faller bort. Det må i denne sammenhengen påpekes at forvaltningen i slike tilfeller ikke vil være fullstendig avskåret fra å gjøre om på vedtaket i ettertid. Alminnelige forvaltningsrettslige regler åpner for omgjøring til skade for den private part. Dette krever imidlertid at de hensyn som taler for omgjøring veier vesentlig tyngre enn de hensyn som taler imot.⁶⁸ For vilkårstilfellene stiller Graver opp unntak i tilfeller hvor private skal disponere kompetanse eller ressurser på vegne av forvaltningen, der vilkårene er satt for å begrense skadevirkninger tiltaket medfører eller der en tredjeparts interesser ikke har blitt tilstrekkelig ivaretatt gjennom det opprinnelige vedtaket.⁶⁹ Denne oppramsing synes ikke å være uttømmende. Videre vil det være i den private interesse at saken avgjøres ved domstolene med endelig virkning. At saken blir sendt fra myndighet til

⁶⁶ Se; Rt.2001.995; Rt.2009.170 og; Rt.2009.560.

⁶⁷ For en innføring i hvorfor denne løsningen er valgt se; Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 270 flg. og; Bernt: *Hvorvidt er det hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?*.

⁶⁸ Se; Eckhoff & Smith: *Forvaltningsrett*, s. 309; Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 495; Bernt og Rasmussen: *Frihagens forvaltningsrett*, s. 335 uttaler at det må foreligge en ”markert interesseovervekt”, uten at det synes å forutsettes at terskelen er annerledes.

⁶⁹ Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 270-271.

myndighet kan være en tidkrevende prosess. Når saken har gått til domstolene er det nærliggende å anta at den allerede har gått flere runder i forvaltningsapparatet. Hensynet til effektive beslutningsprosesser taler for at saken avgjøres ved domstolene.

Alternativ tre – at vedtaket sendes tilbake til forvaltningen – er det alternativ som innebærer størst fordel for det beslutningsorgan som har fattet vedtaket. Forvaltningen kan da ta stilling til den løsningen som er best for dem. Også her må beslutningsorganet være bundet av reglene om omgjøring til skade for den private part. Alternativ tre er det minst gunstige for den private parten. I et rettssikkerhetsperspektiv er det betenkelig at vedtaket skal sendes tilbake til det organet som allerede har gått ut over sin myndighet i det opprinnelige vedtaket. Dersom domstolene tar stilling til spørsmålet med endelig virkning er det grunn til å tro at resultatet i større grad vil favorisere den private part. Dette er i seg selv en rettssikkerhetsmekanisme.

I et vidt perspektiv kan vi ikke automatisk sammenfatte en adgang for domstolene til å avgjøre saken med økt rettssikkerhet for borgerne. For det første kan det pekes på at domstolene mangler faglig ekspertise som forvaltningen innehar, noe som har vært avgjørende for hvor intensivt Høyesterett har vært villig til å prøve forvaltningsavgjørelser tidligere.⁷⁰ For det andre, hva gjelder politiske og moralske spørsmål

”(…) har forvaltningen gjennom sin underordning under de politiske organer en legitimitet domstolene ikke har.”⁷¹

Domstolene kan ikke stilles politisk til ansvar for sine standpunkt, slik forvaltningen kan. Innenfor et rettsområde med store politiske motsetninger kan domstolene bli oppfattet som at de tar parti, uten at mekanismene for politisk ansvar er tilstede for å bøte på de feil som blir gjort. Dette kan svekke domstolenes tillit i samfunnet.

For det tredje har domstolene stort fokus på individuelle saker. Dette er noe annerledes enn det fokuset forvaltningen inntar når de fatter beslutninger. En sak ført for domstolene vil bli utførlig belyst av sakens parter, men sakens betydning for det bredere samfunnsbilde vil mest sannsynlig ikke bli vektlagt i stor grad. I en forvaltningsbehandling vil ikke fokuset være like stort på den enkelte parts interesser i saken. Saken i et helhetlig samfunnsbilde vil ha større fokus. Graver illustrerer dette med følgende eksempel:

”I en sak om skjenkebevilling til et lokale i et boligmiljø står kanskje nærings- og nabointeresser mot hverandre. For forvaltningen kan det imidlertid være sakens generelle alkoholpolitiske sider som er avgjørende, og sammenhengen mellom dette skjenkestedet og byens øvrige skjenkesteder. Slike forhold medvirker til at domstolene har en tendens til å bli mer individualiserende i sin tilnærming enn forvaltningen.”⁷²

Slik individualisering har også forekommet i praksis. I en undersøkelse foretatt at Eckhoff og Graver på begynnelsen av 1990-tallet fremgår det at domstolene oftere gir naboer medhold i protester mot byggeprosjekter enn det forvaltningen gjør.⁷³ Selv om

⁷⁰ Se blant annet; Rt.1975.603 og; Rt.1995.1427.

⁷¹ Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 109.

⁷² Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 110.

⁷³ Eckhoff og Graver: *Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak*, s. 104-105.

denne undersøkelsen er gammel, illustrerer den et selvstendig poeng angående de ulike metodene domstoler og forvaltning legger til grunn for sitt arbeid, uavhengig av om den fortsatt er beskrivende for virkeligheten hva gjelder protester i byggesaker. Øker vi vekten som legges på naboens interesser, må vi redusere vekten som tillegges utbyggers interesser tilsvarende. Dette kan føre til mindre utbyggingspress i området hvor den klagende naboen bor, men større press i andre områder. Dette vil igjen føre til at ressursforvaltningen i samfunnet må forandres.

Hva gjelder strykning av vilkår som følge av ugyldighet er det igjen grunn til å tro at domstolene vil bli individualiserende i sin tilnærming. Av saksforholdet i SOMB-2008-82 ser vi at vilkårene er satt som et ledd i samspillet mellom grunneieren og samfunnet for øvrig. Til tross for at tiltakene som skulle gjennomføres kan sies å ha vært på et annet område enn der vilkårene rammet, ble det av forvaltningen sett som forholdsmessig å bøte på de negative virkninger et annet sted enn kun i umiddelbar nærhet til tiltaket. Den nevnte avhandling av Eckhoff og Graver viser at et slikt bredt perspektiv kan mistes av syne i en domstolsbehandling.

En annen karakteristikkk ved domstolenes kontroll med forvaltningen er at den må oppfordres til.⁷⁴ Domstolenes kontroll med forvaltningen blir initiert av søksmål fra den private part. Dette medfører at faktorer som den private tilgang på ressurser, lovkyndighet etc. kan være bestemmende for hvilke saker som blir gjenstand for domstolskontroll. Kontrollen bærer preg av å være en stikkprøvekontroll som i liten grad blir uttømmende. Dermed er det svært vanskelig for domstolene å ha tilstrekkelig kunnskap om den lokale ressursforvaltning til å kunne avgjøre hva som er det beste resultatet materielt sett.

Til tross for at domstolene ikke kan sies å ivareta ethvert rettssikkerhetsbehov er det likevel nærliggende å falle ned på det alternativ som ligger tettest opptil den løsning som gjelder når et enkelt vilkår kjennes ugyldig. Hensynet til effektive beslutningsprosesser og at den private parten ikke bør lide som følge av forvaltningens maktoverskridelse er her en sentral begrunnelse. Dessuten viser praksis at forvaltningen ikke alltid ivaretar borgerens rettssikkerhet på en adekvat måte. Det trengs mekanismer som ivaretar borgernes rettssikkerhet i disse tilfellene. Dersom alle vilkår strykes som ugyldige i kumulasjonstilfellene sikres nærheten til dagens hovedregel, samtidig som at forvaltningens muligheter til å gjøre om vedtaket i etterkant er de samme som i tilfeller der ett vilkår kjennes ugyldig. Denne løsningen vil også innebære at det ikke er fare for at domstolene trer inn i forvaltningens sko når de avsier sine dommer.

7 Konklusjoner

Vi ser av praksis at tilfeller hvor vilkårsstillelse er legitimt er mangfoldige. I *Sårstelldommen* var etterfølgende vilkår med tvangselementer berettiget. I *Løvenskiolddommen* ble vilkår som ikke var formulert i vedtaket godtatt. I Rt.1956.821 ble vilkår som var formulert i en avtale mellom de private parter godtatt. I sakene fra Sivilombudsmannen ble det gjort inngrep i den private eiendomsretten med hjemmel i vilkårs læren. Vilklårlæren må være i stand til å takle det brede spekteret saker, samtidig som hensynet til borgernes rettssikkerhet ivaretas.

Praksis viser at flere byrder sammenfattes under vurderingen av vilkårs lovlighet. Dette trekker i retning av at domstolene kan kumulere effekten av flere

⁷⁴ Bernt og Rasmussen: *Frihagens forvaltningsrett*, s. 351.

vilkår. Hva gjelder kravet til saklig sammenheng viser praksisen som er gjennomgått at vurderingene sammenfattes der vilkårene er motivert av samme hensyn. Det foreligger med andre ord en nærhet mellom vilkårene som gjør det naturlig å behandle dem samlet. Der vilkårene ikke er begrunnet i de samme hensyn har vi sett at det har blitt skilt mellom dem. Hva angår kravet til forholdsmessighet ser vi også at flere byrder vurderes samlet opp mot de rettslige skranker. Det er vanskelig å påvise en nærhet mellom vilkår under forholdsmessighetsvurderingen, slik vi kan gjøre i forbindelse med saklig sammenheng. Dette er fordi saklighet angår begrunnelsen for å stille vilkårene, forholdsmessighet på den andre siden angår den byrde de representerer. Flere vilkår kan ha den samme saklige begrunnelse, men de kan ikke representere den samme byrde for den private. Den mest nærliggende forklaringen på at byrdene behandles samlet er at deres effekt overfor den private parten kumuleres.

Av den forvaltningspraksis som er gjennomgått ser vi at vilkårenes negative virkning kumuleres til fordel for den private part når vedtakets forholdsmessighet vurderes. Dette taler for en adgang til å kumulere vilkår. Til tross for at denne tilnærmingen er skånsom for den private parten ser vi at det kommer opp tvilstilfeller. Det innebærer at den rettssikkerhet forvaltningen representerer ikke alltid er tilstrekkelig.

Hva gjelder reelle hensyn er utgangspunktet for kontrollen at vilkårsstillelse kan være et sterkt virkemiddel på forvaltningens hånd.⁷⁵ Det må derfor på plass mekanismer som ivaretar borgernes rettssikkerhet. Dette behovet synliggjøres av det store sakstilfang som faller inn under vilkårs læren. Med dette utgangspunktet må kontrollen med vilkår tilpasses etter det konkrete tilfellet, hvor den private parts behov for rettssikkerhet står sentralt som bestemmende for kontrollens intensitet. Med et slikt utgangspunkt kan vi ikke utelukke at tilfeller kommer opp for domstolene hvor den private parts behov for rettssikkerhet tilsier at intervensjonsterskelen senkes til et nivå som tillater kumulasjon.

I litteraturen er det tatt til orde for at vilkårs lærens krav om saklighet og forholdsmessighet er relative, og avhenger av hverandre. Avhengig av hvor langt vi er fra kjernen av det rettmessige i saklighetskravet, intensiveres forholdsmessighetskontrollen. Denne relativiteten kan overføres til en kumulasjon av vilkårene til fordel for den private parten. Vi må likevel ikke strekke strikken for langt. Som påvist av Søvig er relativisering en kompliserende faktor. Relativisering kan i seg selv begrense borgernes rettssikkerhet.

Videre er det usikkert hva som er følgene av ugyldighet etter kumulasjon av vilkårs negative effekt. Hva gjelder spørsmålet angående følgene av ugyldighet etter kumulasjon er det nærliggende å velge den løsning som ligger tettest opptil løsningen etter dagens ugyldighetsregler. At vilkåret i sin helhet faller bort er valgt som en løsning på bakgrunn av at forvaltningen har brukt sitt pressmiddel på en måte som ikke kan forsvares rettslig. Overført til en situasjon med kumulasjon av vilkår bør alle vilkår falle bort som ugyldige. Den private part behøver ikke lide grunnet forvaltningens urettmessige bruk av pressmidler. At kumulasjonstilfellene kan løses på samme måte som de vanlige vilkårsstilfellene taler for at en kumulasjonsadgang foreligger.

⁷⁵ Søvig (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*; Østenstad: *Vilkårs læra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misbruks læra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa*, s. 143.

Rettskildene peker mot en pragmatisk anvendelse av vilkårs læren i den rettslige kontrollen med vilkårs gyldighet. En slik tilnærming legitimerer kumulasjon av vilkår der det er en nødvendig rettssikkerhetsmekanisme.

8 Referanser

Aasen, Henriette Sinding og Kjelle vold, Alice: *Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612*, *Tidsskrift for erstatningsrett forsikringsrett og velferdsrett*, 2011, s. 50 flg.

Andersen, Njål Wang og Walle vik, Karl O.: «*Huleboerdommen*» (*Rt. 2010 s. 612*) – *riktig diagnose, feil medisin?*, *LoR* 05/2011, s. 283 flg.

Aulstad, Johan Greger: *Bør en større del av den alminnelige forvaltningsretten lovreguleres?*, *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, 2007, s. 594 flg.

Bernt, Jan Fridthjof: *Hvorvidt er det hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?*, *TfR* 1981, s. 104 flg.

Bekkedal, Tarjei: *Om dom for realiteten i forvaltningssaker. Grunnlag for en ny teori om domstolenes kontroll med forvaltningens maktutøvelse*, *Jussens Venner* 4/2012, s. 217 flg.

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett*, Bind. 1, 2. utgave, 2010.

Eckhoff, Torstein: *Legalitetsprinsippet*, *TfR* 1963, s. 225 flg.

Eckhoff, Torstein & Graver, Hans Petter: *Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak*, 1991.

Eckhoff, Torstein & Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*, 10. Utgave, 2014.

Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett. Bind I: Forvaltning og kompetanse*, 3. utgave, 1991.

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

Kjelle vold, Alice: *Sosialhjelp på vilkår*, 1995.

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, 2004.

Reusch, Marianne: *Adgangen til å stille vilkår ved tillatelser etter plan- og bygningsloven*, *LoR* 1/2014, s. 14 flg.

Syse, Aslak: «*Huleboerdommen*» (*LoR* 2011 s. 283) – *feil navn og uklart innhold?* – *En kommentar*, *LoR* 10/2011, s. 628 flg.

Søvig, Karl Harald (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, 2015.

Tvedt, Morten Walløe m.fl.: *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett*, 2005.

Østenstad, Bjørn Henning: *Sårstelldommen (Rt.2010.612) – prejudikat for kva?*, LoR 8/2014, s. 484 flg.

Rt.1956.821.

Rt.1961.297.

Rt.1964.256.

Rt.1975.603.

Rt.1995.1427.

Rt.2001.995.

Rt.2003.764.

Rt.2008.1110.

Rt.2009.170.

Rt.2009.560.

Rt.2010.612.

LB.2001.1733.

SOMB-2008-79.

SOMB-2008-82.