

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Betingelser for ugyldighet – belyst med Forvaltningslovutvalgets forslag til ugyldighetsregel

ANDERS LØVLIE

*Professor ved Institutt for offentlig rett, Juridisk fakultet ved Universitetet i Oslo. Har vært advokat (H), samt medlem av Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker og utvalgssekretær.
anders.lovlie@jus.uio.no*

SAMMENDRAG Artikkelen omhandler den forvaltningsrettslige læren om ugyldighet. Siktemålet er å klargjøre betingelsene for å anse enkeltvedtak som er beheftet med materielle, personelle eller prosessuelle feil, som ugyldige, i betydningen at vedtaket ikke gis virkning etter sitt innhold. Betingelsene utdypes ved at Forvaltningslovutvalgets forslag til ny regel om ugyldighet analyseres og kritiseres terminologisk, strukturelt og substansielt.

NØKKEORD forvaltningsrett, forvaltningsloven, enkeltvedtak, feil, innvirkning, gyldighet, ugyldighet, Forvaltningslovutvalget

ABSTRACT This article addresses the consequences of breaches of regulations in Norwegian administrative law, more specific the criteria for invalidity of individual administrative decisions. These criteria are clarified through an analysis and critic of terminological, structural and substantial aspects of The Law Commission on the Public Administration Act proposal for a new rule on invalidity.

KEYWORDS administrative law, Norwegian Public Administration Act, individual administrative decisions, errors, validity, invalidity, The Law Commission on the [Norwegian] Public Administration Act

KRITISK JUSS. ÅRGANG 47 nr. 1-2, s. 56–80

© 2021 UNIVERSITETSFORLAGET

1 Innledning¹

Forvaltningslovutvalget har i forslaget til ny forvaltningslov inntatt en bestemmelse om ugyldighet ved feil ved enkeltvedtak. Behovet for å lovfeste og klargjøre gjeldende ugyldighetslære er utvilsomt, og utvalget har levert et grundig og gjennomarbeidet forslag til hvordan reglene kan gis et samlet uttrykk i loven.

I det følgende er siktemålet å vurdere forslagets terminologiske, strukturelle og substansielle sider opp mot gjeldende rett. Betingelsene klargjøres med utgangspunkt i reguleringsformålet til regelen som er brutt, og det skilles således mellom brudd på henholdsvis materielle, personelle og prosessuelle regler.

Først, i punkt 2, gis det en kort og konsentrert fremstilling av gjeldende lære om ugyldighet som følge av feil. Punkt 3 gir et utsyn til dansk og svensk rett. Utvalgets lovforslag presenteres og vurderes i punkt 4, herunder utdypes dessuten enkelte sider ved gjeldende rett. Til slutt, i punkt 5, har jeg noen oppsummerende betraktninger og gir et alternativt forslag til lovtekst.

2 Gjeldende rett

2.1 Feil med relativ virkning

Betingelsene for ugyldighet som følge av feil, forstått som at vedtaket ikke kan gjøres gjeldende etter sitt innhold, er dels ulovfestede og dels lovfestede. Den sentrale lovbestemmelsen er forvaltningsloven § 41, som uttrykker en regel om gyldighet ved å fastslå at selv om det foreligger brudd på lovens personelle og prosessuelle bestemmelser, er enkeltvedtak «likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold».²

Med utgangspunkt i § 41 er det i rettspraksis og teori formulert en regel om ugyldighet. Kriteriene for ugyldighet knyttes da direkte til bestemmelsen eller til det underliggende prinsippet regelen er utslag av, se for eksempel mindretallet i HR-2020-2472-P:

«Utgangspunktet i norsk rett er at et vedtak ikke blir ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil med mindre feilen kan ha virket inn på vedtakets innhold, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41. Vedtaket vil være ugyldig hvis det er en ikke helt fjernliggende mulighet for at feilen kan ha virket inn på vedtaket [...]»³

-
1. Tusen takk for nyttige innspill fra stipendiat Nils Gunnar Skretting og anonym fagfelle.
 2. Se Innst. O. nr. II (1966–67) *Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*, s. 16.
 3. HR-2020-2472-P avsnitt 276. Se også avsnitt 207 og 243, HR-2017-2376-A avsnitt 24 og 25, Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2019, s. 562, og Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 2018, s. 468.

Begrunnelsen for å stille krav om innvirkning for ugyldighet er at lovens personelle og prosessuelle regler kun er ment å legge til rette for riktige avgjørelser. De har, som det heter i forarbeidene, «ikke noe mål i seg selv», og derfor skal også «feilens innflytelse på innholdet» være avgjørende for om den gis virkning.⁴

Betingelsene for å gi materielle feil virkning følger av ulovfestet rett. Dersom vedtakets innhold er innenfor hjemmelsgrunnlaget, kreves det at feilen «kan ha virket inn» på vedtakets innhold. Det er blant annet uttrykt i Rt. 2009 s. 851, som gjaldt avslag på arbeids- og oppholdstillatelse, og hvor det ikke var tatt i betraktning at søkeren, som var skilt, kasteløs og uten profesjonsutdannelse, ikke kunne forsørge seg selv i en indisk by: «[F]eilen kan ha virket bestemmende inn på avgjørelsens innhold. Dette innebærer at vedtakene [...] må kjennes ugyldig[e].»⁵ Det er vanskelig å se noen grunn til at det bør gjelde en annen terskel for materielle feil i form av skjønsmangler, og i juridisk teori er det lagt til grunn at vurderingen er av «samme art som etter fvl. § 41».⁶

For enkelte rettsområder og for enkelte situasjoner legger det øvrige rettskildet bildet nærmere føringer for betingelsene for ugyldighet, herunder også for kravet til innvirkning. Et eksempel er ved alvorlig kontradiksjonssvikt: «[Det] stilles [...] ikke store krav til mulighetene for innvirkning på vedtaket. Slike feil er alltid grove og vil lett kunne ha virket inn på avgjørelsen [...]»⁷ Et annet eksempel er Grunnlovens § 104 første ledd annet punktum som fastslår at barn har «rett til å bli hørt», og som verner om barns opplevelse av å være involvert «i saker som gjelder dem selv», og hvor det i rettspraksis er holdepunkter for at det skal lite til før manglende involvering fører til ugyldighet.⁸

2.2 Feil med absolutt virkning

Det er noen feil som fører direkte til ugyldighet – de gis absolutt virkning. For materielle feil er det regelen når enkeltvedtaket er gitt et innhold som ligger utenfor hjemmelsgrunnlaget. Når det aktuelle grunnlaget er lov, innebærer en slik feil et brudd på kravet om legalitet og den institusjonelle forutsetningen om at Stortinget

4. Innstilling fra komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (1958), s. 298.

5. Rt. 2009 s. 851 avsnitt 86. Se også NOU 2019: 5 s. 540 og Rt. 1965 s. 712 på s. 716.

6. Eckhoff og Smith (2018), s. 473. Se også Graver (2019), s. 561.

7. Graver (2019), s. 563.

8. Se avsnitt Rt. 2015 s. 1388 P avsnitt 301 sammenholdt med avsnitt 286–300 (mindretallet). Se også Rt. 2015 s. 93 avsnitt 48.

fastsetter rammene for forvaltningens offentlige myndighetsutøvelse, jf. Grunnloven §§ 49 og 75 flg. I en sak om et vedtak som bygde på «feil faktum», heter det således: «Forvaltningsrettens klare utgangspunkt er at slike innholdsmangler medfører ugyldighet».⁹

Det er også enkelte prosessuelle feil som gis absolutt virkning, noe som ble klart forutsatt allerede i forarbeidene til forvaltningsloven: «[A]lle [vil nok] være enig i at vedtak truffet av en i saklig eller stedlig henseende inkompetent myndighet alltid må føre til opphevelse.»¹⁰ Dette er også fulgt opp i rettspraksis, og i Rt. 1990 s. 1001 som gjaldt en sak om byggetillatelse, heter det:

«I praksis er [...] prinsippet i § 41 anvendt som et generelt prinsipp ved saksbehandlingsfeil i forvaltningen. Det er imidlertid ikke gitt at bestemmelsen skal legges til grunn på alle områder og uavhengig av hvilke feil som er begått. Når [...] det ikke foreligger nødvendig samtykke fra et annet organ [...] kan gyldigheten [...] ikke avhenge av hva en måtte mene om sannsynligheten for at angjeldende organ ville imøtekommet en søknad eller ikke.»¹¹

Også i juridisk teori fremheves den absolutte virkningen av enkelte personelle feil. Eckhoff/ Smith skriver at tillatelser og fritakelser er nulliteter når vedtaket er truffet av et organ som «ikke i noe tilfelle kan treffe slike vedtak»,¹² og at «grove kompetansemangler» kan føre til at andre typer vedtak anses som nulliteter.¹³ Graver skriver at hovedregelen for vedtak truffet av inkompetent organ er ugyldighet «[...] uten at det er nødvendig å gå nærmere inn på en vurdering av om dette har hatt noen betydning for innholdet».¹⁴ Det kan nok være noe usikkerhet om hvordan denne gruppen feil skal avgrenses, men det avgjørende synes å være graden av avvik fra forvaltningens institusjonelle oppbygning.¹⁵

For prosessuelle feil er det klare utgangspunktet at det kreves innvirkning for ugyldighet, men det er også noen slike feil med absolutt virkning. Det er ikke plass

9. HR-2016-2017-A avsnitt 73. Se også Sivilombudsmannens uttalelse 12. juni 2019 (SOM-2018-4232), Lovavdelingens uttalelse 11. april 2017, NOU 2019: 5 s. 540, Eckhoff og Smith (2018), s. 462, og Graver (2019), s. 555.

10. Innstilling (1958) s. 298.

11. Rt. 1990 s. 1001 på s. 1006–1007.

12. Eckhoff og Smith (2018), s. 482.

13. Eckhoff og Smith (2018), s. 483. Kursivert i original.

14. Graver (2019), s. 556.

15. Se eksempler i NOU 2019: 5 s. 539.

til å forfølge i detalj spørsmålet om når prosessuelle feil får absolutt virkning, isteden pekes på to eksempler til illustrasjon. Det første er feil som består i at den skriftlige begrunnelsen for vedtaket ikke er tilstrekkelig til å kontrollere lovanvendelsen. Selv om virkningen av slike feil gjerne sies å bero på et spørsmål om innvirkning og det i drøftelsene vises til regelen i forvaltningsloven § 41,¹⁶ er det reelle vurderingstemaet om det ut fra den skriftlige begrunnelsen er mulig å kontrollere lovanvendelsen som ligger til grunn for vedtaket. Det stilles da ikke krav om innvirkning, fordi en eventuell uriktig regelforståelse ikke trenger å ha sin årsak i feilen.

Et annet eksempel på at en prosessuell feil er vurdert til å ha absolutt virkning, er mindretallets votum i HR-2020-2472-P. I saken var det blant annet et spørsmål om det var begått en utredningsfeil i tilknytning til en konsekvensutredning av betydning for en kongelig resolusjon om tildeling av utvinningstillatelser for petroleum, og hvilken virkning det eventuelt skulle få. Flertallet la til grunn at det ikke var begått feil, og la dessuten til i et obiter dictum at vedtakene uansett var gyldige, med henvisning til «prinsippet i forvaltningslova § 41».¹⁷

Mindretallet mente derimot at det var begått feil, og at det «uansett [var] for snevert å anlegge en ren innvirkningsvurdering i denne saken».¹⁸ Det at feilen skulle gis absolutt virkning, ble forankret i forvaltningsloven § 41 og uttalelser i forarbeidene om at bestemmelsen i «en viss grad» åpner for å trekke inn andre omstendigheter enn innvirkning, herunder «betydningen av at saksbehandlingsreglene på vedkommende saksområde håndheves særlig strengt».¹⁹

Behovet for streng håndhevelse ble begrunnet i tre forhold. For det første borgeres rett til informasjon i saker om klima etter Grunnloven § 112 annet ledd.²⁰ For det andre EØS-forpliktelsen Norge har etter artikkel 3 og plandirektivet til å rette opp brudd på direktivets utredningsbestemmelser «så langt det er mulig etter nasjonal rett».²¹ For det tredje at virkningene av at vedtakene ikke kunne gjøres gjeldende etter sitt innhold, kun var at spørsmålet om leting måtte avgjøres på nytt, og da baseres på en ny konsekvensutredning. Det innebar at «hensynet til løyvehaverne [ikke] på avgjørende måte [talte] imot at tildelingene kjennes ugyldige».²²

Flertallet bygde som nevnt på tradisjonell lære om at manglende utredning er en relativ feil, men avgrenset samtidig eksplisitt mot spørsmålet om EØS-avtalen

16. Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 202 og Rt. 1981 s. 745 på s. 748.

17. HR-2020-2472-P avsnitt 243.

18. HR-2020-2472-P avsnitt 279.

19. Se Innst. O. nr. II (1966–67) s. 16.

20. HR-2020-2472-P avsnitt 281.

21. HR-2020-2472-P avsnitt 286–287.

22. HR-2020-2472-P avsnitt 288.

gir plikt for domstolene til å rette opp feil så langt det er mulig.²³ Derfor kan det ikke helt utelukkes at mindretallets argumentasjon kan få gjennomslag i fremtidige saker hvor det er av betydning om feil som omfattes av EØS-avtalen, gis absolutt eller relativ virkning. Dertil kommer at det kan tenkes at EØS-forpliktelser kan ha absolutt virkning etter forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2.²⁴

Mindretallet i HR-2020-2472-P må kritiseres. For det første for ikke å drøfte betydningen av Rt. 2009 s. 661 som prejudikat for virkningen av mangelfull utredning etter norsk rett. For det andre for å benytte uttalelser i forarbeidene som er knyttet til virkeområdet til en regel om gyldighet til å oppstille kriterier for ugyldighet uten nærmere drøftelse. For det tredje for å bruke presumsjonsprinsippet uten å klargjøre innholdet i den folkerettslige regelen som det presumeres mot. For det fjerde for ikke å trekke frem motforestillinger, herunder avgrensingsproblemer, mot en regel om absolutt virkning når det gjelder utredningskrav. Ikke desto mindre viser votumet at det ikke anses utelukket å gi prosessuelle feil absolutt virkning etter norsk rett dersom det er behov for at reglene på saksområdet «håndheves særlig strengt».

2.3 Supplerende gyldighetsregler

De ulovfestede reglene om ugyldighet ved feil og den lovfestede gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41 suppleres etter rettspraksis av ulovfestede gyldighetsregler til vern om borgernes innrettelse i tråd med forvaltningens normeringer. Før det statueres ugyldighet til ugunst for en part, skal det derfor ses hen til «hvor lang tid som har gått og i hvilken grad parten har innrettet seg etter vedtaket».²⁵ I en sak om omgjøring på grunn av uriktige faktiske forhold, som bygger på de samme momenter for spørsmålet om gyldighet, er vurderingen utdypet slik:

«Det må foretas en interesseavveining hvor relevante momenter vil være feilens art og omfang, hvorvidt ugyldighet er til gunst eller skade for parten, hvor lang tid som har gått, partens innrettelse og om parten selv er å bebreide for feilen.»²⁶

Gyldighetsstandarden må praktiseres i lys av rettkildebildet for øvrig, og særlig er det av betydning hvilket materielt rettsområde vedtaket omhandler, hva slags feil

23. HR-2020-2472-P avsnitt 245.

24. Christoffer Conrad Eriksen og Halvard Haukeland Fredriksen, *Norges europeiske forvaltningsrett – EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling*, Oslo 2019, s. 144.

25. HR-2016-2017-A avsnitt 73. Se også Sivilombudsmannens uttalelse 12. juni 2019 (SOM-2018-4232), Lovavdelingens uttalelse 11. april 2017, NOU 2019: 5 s. 540, Eckhoff og Smith (2018), s. 462 og Gra-ver (2019), s. 555.

26. Sivilombudsmannens uttalelse 12. juni 2019 (SOM-2018-4232). Se også Se Henriette Tøssebro, *Omgjøring utenfor klagesak*, Universitetet i Oslo 2020, s. 384 flg. og NOU 2019: 5 s. 540.

som er begått, og om andre er berørt av vedtaket. For enkelte rettsområder er det gitt særskilte formelle gyldighetsregler til vern om innrettelse i spesiallovgivningen, se for eksempel statsborgerloven § 26 annet ledd som begrenser adgangen til tilbakekall av statsborgerskap som er bygget på uriktige eller ufullstendige opplysninger.

Dessuten vil trinnhøyere rettsnormer kunne stå i veien for eller begrense bruken av gyldighetsstandarden. Et eksempel er at det EØS-rettslige kravet om effektivitet kan være til hinder for å opprettholde vedtak som er i strid EØS-rettslige bestemmelser, som for eksempel et ulovlig tilskudd eller en ulovlig støtteordning. I Lucchini-saken var det utbetalt statsstøtte uten at denne var godkjent av EU-kommisjonen, noe det ble lagt til grunn at Lucchini, som en stor stålprodusent i Italia, ikke kunne innrette seg etter.²⁷ Praksis fra EU-domstolen viser imidlertid også at det tas hensyn til innrettelse, ved at det ses hen til forvaltningens rolle, karakteren av villfarelsen om EU-regelverket og hvor hardt tilbakebetalingskravet rammer.²⁸

3 Dansk og svensk rett

3.1 Tema og opplegg

Det er en lang og solid tradisjon for å se hen til lovgivningen i andre skandinaviske land ved lovrevisjoner. Forvaltningsutvalget gir også en generell fremstilling av nordisk rett, og trekker på andre lands rett i drøftelsen av flere enkeltspørsmål.²⁹ Det gjelder likevel ikke for forslaget til ugyldighetsregel, noe som antagelig skyldes det at siktemålet først og fremst var å lovfeste gjeldende rett.

I og med at den kommende vurderingen av lovforslaget har et visst rettspolitisk tilsnitt, redegjøres det i det følgende kort for betingelsene for å gi feil virkning i dansk rett (punkt 3.2) og svensk rett (punkt 3.3). Formålet er å undersøke om det er forhold som kan tjene til inspirasjon for norsk rett, og som det kan trekkes vekslers på i vurderingen av utvalgets lovforslag.

3.2 Dansk rett

I dansk rett er betingelsene for å gi feil virkning regulert ut fra et vilkår om vesentlighet. Ved brudd på garantiforskrifter, som er regler som har til formål å tilrette-

27. Se sak C-119/05 Lucchini.

28. Se Niels Fenger, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*, 3. udgave, København 2018, s. 74.

29. NOU 2019: 5 s. 126–133.

legge for riktige avgjørelser, må feilen være «generelt væsentlig» for å kunne få virkning. Det vil si at feilen etter sin art skal være egnet til å påvirke vedtakets innhold, og vilkåret avgrenser med det hvilke typer feil som i det hele tatt kan få virkning. For de fleste slike feil gjelder dessuten et tilleggskrav om at feilen må være «konkret væsentlig», som Folketingets ombudsmann har beskrevet slik i en sak om inhabilitet:

«[R]etspraksis kan muligvis beskrives således, at væsentlighedsbedømmelsen som utgangspunkt er generell, men at formelle mangler, som etter en generell vurdering må betraktes som væsentlige, alligevel ikke medfører ugyldighet, når det er fastslået, at mangelen ikke har haft betydning for forvaltningsaktens indhold».³⁰

Dette kravet synes langt på vei sammenfallende med den tradisjonelle forståelsen av forvaltningsloven § 41, se punkt 2.1.³¹ Virkeområdet er også langt på vei sammenfallende,³² men det kan synes som om den danske regelen har et noe videre personelt nedslagsfelt, ettersom den også får anvendelse når et vedtak er truffet av en myndighet som overhodet ikke har myndighet til å treffe slike vedtak.³³

I dansk rett er det også feil med absolutt virkning. Det gjelder ved brudd på garantiforskrifter når de anses som «grove kompetence- og formmangler», og eksempler på dette er manglende partsavhør og inhabilitet.³⁴ Dessuten gis brudd på «ordensforskrifter», dvs. regler som ikke har til formål å tilrettelegge for riktige avgjørelser, absolutt virkning, for eksempel ved mangelfull begrunnelse og manglende veiledning om adgangen til klage.³⁵ Dertil kommer at det gjelder en sikkerhetsventil på tvers av de nevnte regelsett, for «grove rettlige mangler» som utgjør «grov tilsidesættelse af grundlæggende krav til forvaltningens sagsbehandling».³⁶

Dansk rett har også gyldighetsregler til vern om innrettelse, og i likhet med norsk rett er de forankret i en ulovfestet gyldighetsstandard. På samme måte som i

30. Sitat fra Steen Rønsholdt, *Forvaltningsret – Retssikkerhed, proces, sagsbehandling*, København 2018, s. 520. Se også Karsten Revsbech, «Domstolskontrol med forvaltningen», i Revsbech mfl., *Forvaltningsret – Almindelige emner*, København 2016, s. 448–449.

31. Niels Fenger, «Hvornår medfører overtrædelser af forvaltningslovens garantiforskrifter, at en afgørelse bliver ugyldig?», i Baumbach mfl. (red.), *Ret på flere felter. Forvaltning, Governance, Retssikkerhed – Festskrift til Carsten Henriksen*, København 2015, s. 271–287.

32. Se Nils Fenger, *Inhabilitet mv.*, i Nils Fenger (red.), *Forvaltningsret*, København 2018, s. 951–952. Se også s. 281–283, 287, 292, 543–544, 574–576 og 598.

33. Rønsholdt (2018), s. 524–525.

34. Rønsholdt (2018), s. 527.

35. Rønsholdt (2018), s. 504–507 og 529.

36. Rønsholdt (2018), s. 529, og Revsbech (2016), s. 448–449. Se også U.2005.397S.

norsk rett tas det utgangspunkt i nærmere angitte momenter for gyldighet, såkalte tertiære momenter, utviklet i rettspraksis og teori. Momentene svarer til dem som definerer gyldighetsstandarden i norsk rett, herunder skal det ses hen til graden av innrettelse, tiden som er gått, ond tro, samfunnsmessig nytte, mv.³⁷

Samlet viser dette at det er betydelige likhetstrekk mellom norsk og dansk rett når det gjelder struktureringen av og innholdet til betingelsene for ugyldighet. Det er imidlertid to særtrekk i dansk rett som det er grunn til å ta i betraktning ved utformingen av en norsk regel om ugyldighet. Det ene er at virkningen av feil knyttes til regelens formål og institusjonelle betydning med bruken av skillet mellom garantiforskrifter og ordensforskrifter. Det andre gjelder at det i dansk rett synes å være en sterkere forankring av ordningen med absolutt virkning, noe som blant annet kommer til uttrykk i sikkerhetsventilen om «grov tilsidesettelse af grundlæggende krav til forvaltningens sagsbehandling».

3.3 Svensk rett

Svensk forvaltningsrett skiller seg organisatorisk fra norsk forvaltningsrett på en måte som er av betydning for betingelsene for ugyldighet ved feil. I Sverige behandles nemlig klage over forvaltningsvedtak i egne forvaltningsdomstoler, også i førsteinstans. Hovedregelen ved kontroll av vedtak er prosessformen förvaltningsbesvär, som vil si at det skal foretas full kontroll av vedtaket.³⁸ Og siden det etter slik «sakprövning» skal treffes ny avgjørelse, får betingelsene for å gi feil virkning mindre betydning, på samme måte som i norsk rett når klageinstansen, og i noen saker domstolene, har full kompetanse. Den samlede overføringsverdien fra svensk rett på dette området er således nokså begrenset.

Det er to unntak fra ordningen med full prøving. For det første ved kommunalbesvär, hvor kontrollen er begrenset av hensyn til det kommunale selvstyret, og for det andre ved rättsprövning, hvor kontrollen er begrenset av hensyn til å verne om politiske overveielser. For begge disse sakstypene må feil ha hatt betydning for vedtakets innhold for å få virkning.³⁹ Det heter for eksempel i kommunallagen kapittel 13 § 9: «Om ett fel har saknat betydelse för ärendets utgång, behöver beslutet inte upphävas.»⁴⁰ Dette forutsetter en innvirkningsvurdering på samme måte som i norsk rett.

37. Revsbech (2016), s. 444–447 og 450–453.

38. Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, *Overprövning – av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Oslo 2014, s. 293–294.

39. Se Kommunallag (2017:725) kapittel 13 §§ 8 og 9 og Lag om rättsprövning av vissa regeringsbeslut (2006:304) § 7.

40. Se nærmere Bragdø-Ellenes (2014), s. 296–297, 303 og 328.

4 Forvaltningslovutvalgets ugyldighetsregel

4.1 Tema og opplegg

Forvaltningslovutvalgets forslag til en regel om ugyldighet ved feil konsumerer gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41, er inntatt i et eget kapittel om «ugyldighet», har overskriften «Ugyldighet», og lyder:

«(1) Et enkeltvedtak som mangler nødvendig lovhjemmel, er ugyldig. Dette innebærer blant annet at det ikke får virkning etter sitt eget innhold. I helt særlige tilfeller kan vedtaket likevel bli opprettholdt av hensyn til en part som i god tro har innrettet seg etter det.

(2) Dersom andre feil kan ha påvirket vedtakets innhold, kan avgjørelsen bli ugyldig. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på hva slags feil som er begått, hvor grov feilen er, og om ugyldighet er til gunst eller skade for parten.»⁴¹

Bestemmelsen tar opp i seg tre regelsett fra gjeldende ugyldighetslære: 1) en ugyldighetsregel som bestemmer at noen feil skal ha absolutt virkning, jf. «er ugyldig» i første ledd, 2) en ugyldighetsregel som bestemmer at noen feil skal ha relativ virkning ut fra en innvirkningsvurdering, jf. «kan ha påvirket vedtakets innhold, kan [...] bli ugyldig» i annet ledd, og 3) en gyldighetsregel til vern om borgernes innrettelser, som fastslår at vedtak kan opprettholdes selv om de er beheftet med feil som ellers skulle ført til ugyldighet, jf. «vedtaket [kan] likevel bli opprettholdt» i første ledd og «kan [...] bli ugyldig» i annet ledd.⁴²

I det følgende undersøkes det nærmere hva som ligger i rettsvirkningen «ugyldig» (punkt 4.2). Deretter diskuteres betingelsene for ugyldighet, herunder feil med absolutt virkning (punkt 4.3), feil med relativ virkning (punkt 4.4), og til slutt gyldighetsregelen om at det i noen tilfeller skal ses bort fra den regulære virkningen av feil (punkt 4.5).

4.2 Rettsvirkning – «ikke får virkning etter sitt eget innhold»

Virkningen av ugyldighet er etter lovforslaget sagt å være at vedtaket «blant annet [...] ikke får virkning etter sitt eget innhold», jf. første ledd annet punktum. Det at forvaltningsvedtak ikke kan gjøres gjeldende etter sitt innhold, er én typisk virkning av ugyldighet, men det kan stilles spørsmål om ikke bestemmelsen kunne vært

41. NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, s. 39 og 625–626, § 74 annet ledd.

42. NOU 2019: 5 s. 626.

utformet klarere på dette punkt. For det første er «blant annet» tveetydig, for det kan forstås som en pedagogisk påminnelse om at også andre rettsgrunnlag aktualiserer rettsvirkninger som følge av feil, men også som at det er én av flere mulige rettsvirkninger av feil etter loven. Spesialmerknaden gjør det klart at uttrykket er ment som en påminnelse: «Bestemmelsen regulerer ikke andre virkninger av ugyldighet. Hvorvidt feilen i tillegg leder til tjenestemessige reaksjoner, erstatning eller straff, vil bero på reglene om det.»⁴³

Det følger for så vidt av forvaltningslovens virkeområde at det vil være den eneste mulig lesningen av lovforslaget for de rettsvirkningene utvalget nevner. Derimot er det ikke opplagt at «blant annet» kun kan leses som en pedagogisk påminnelse for øvrige rettsvirkninger etter loven. For dersom det begås feil ved behandlingen som fører til at enkeltvedtak ikke kan gjøres gjeldende etter sitt innhold, vil det også utløse andre rettsvirkninger etter loven. Det følger av lovforslagets § 62 annet ledd at forvaltningsorganet «skal» omgjøre ugyldige vedtak. Det kan diskuteres om det er heldig at det er en pliktbestemmelse, men poenget her er bare å få frem at virkningene av ugyldighet er flere enn det utvalget har forutsatt for ugyldighetsbestemmelsen.

Videre kan det stilles spørsmål om utformingen av forslaget vil bidra til klarhet i læren om ugyldighet, eller om det isteden vil bygge opp under et allerede mangefasettert og omdiskutert ugyldighetsbegrep.⁴⁴ Dette fordi forslaget allerede i første ledd benytter to begreper om ugyldighet, og det i én og samme regulering: Dels betegner ugyldighet en konkret rettsvirkning, jf. «ikke får virkning etter sitt [...] innhold», og dels benyttes ugyldighet som et rettpedagogisk koblingsord for å snakke samlet om typiske virkninger av feil, jf. «blant annet».

Begrepet om ugyldighet blir heller ikke klarere av at lovforslaget i § 62 første ledd bokstav a og annet ledd benytter «ugyldighet» i en tredje betydning, nemlig som en betingelse for rettsvirkningen omgjøring.⁴⁵ Ytterligere et kompliserende forhold for forståelsen av det forvaltningsrettslige begrepet om ugyldighet er dessuten at

43. NOU 2019: 5 s. 626.

44. Se blant annet Henriette N. Tøssebro, «Alminnelige oppfatninger om ugyldighetskonseptet i norsk forvaltningsrett» og «Forvaltningsrettens ugyldighetsbegrep – Spenninger i eksisterende ugyldighetsterminologi», i Henriette N. Tøssebro (red.), *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Oslo 2019, s. 21–30 og 33–56, og Jan Fridthjof Bernt, «Hvorvidt er det hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?», i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1981, s. 104–139, og Arvid Frihagen, *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*, Oslo 1966.

45. Slik også i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, som fastslår at vedtak kan omgjøres av forvaltningen etter eget tiltak når vedtaket «må anses ugyldig».

forslaget, om det vedtas, skal virke sammen med lovgivning om domstolskontroll av enkeltvedtak. I disse regelsettene benyttes «ugyldighet» som rettslig karakteristikk uten angivelse av konkrete rettsvirkninger, ved at det kan reises sak for domstolene om gyldigheten av et forvaltningsvedtak uten å konkretisere nærmere hvilke rettsvirkninger dette skal få, jf. tvisteloven §§ 1-3 første ledd, 1-4 a første ledd og 1-5.

4.3 Feil med absolutt virkning – «mangler nødvendig lovhjemmel»

Ugyldighetsregelen i forslaget første ledd første punktum retter seg mot enkeltvedtak som «mangler nødvendig lovhjemmel», og det er bestemt at slike vedtak «er» ugyldige. Regelen er ment å gjelde for materielle feil som går ut på at det ikke var rettslig eller faktisk grunnlag for avgjørelsen, og for personelle feil når avgjørelsen er truffet av et organ eller en person som er uten kompetanse. Det forutsettes en kvalifisert hjemmelssvikt i form av fravær av formell lov, eller at loven er i strid med overordnede rettsnormer.

Forslaget lovfester med dette et rettslig skille som er kjent fra domstolsprosessen, men som til nå har vært formelt underkommunisert i forvaltningsretten, nemlig todelingen mellom feil med absolutt virkning og feil med relativ virkning, se punkt 2.1 og 2.2. Utvalget begrunner at hjemmelssvikt skal ha absolutt virkning, med henvisning til legalitetsprinsippet for vedtak til ugunst, mens det for vedtak til gunst vises til likhetshensyn.⁴⁶ Det fremgår ellers at regelen bæres av tanker om maktfordeling og tanker om at forvaltningens virksomhet bør være lovformelig, altså at forvaltningsmyndigheten alltid bør utøves i tråd med sine institusjonelle forutsetninger.⁴⁷

For *materielle feil* viderefører bestemmelsen gjeldende rett ved å la det være avgjørende for gyldigheten at vedtakets innhold kan forankres i et kompetansegrunnlag.⁴⁸ Ordlyden «nødvendig lovhjemmel» gir først og fremst assosiasjon i retning av legalitetsprinsippet og kravet om hjemmel i lov for inngrep, men det er altså klart at regelen også er ment for begunstigende vedtak. Slik forslaget er utformet, fanges dessuten ikke betydningen av forvaltningens kompetanseoverskridelse av andre rettsgrunnlag. Spørsmålet om rekkevidden av forvaltningens kompetanse må uansett løses på nivået for rettsregler, ikke på nivået for lovttekst.

46. NOU 2019: 5 s. 625.

47. NOU 2019: 5 s. 538–539.

48. HR-2019-1198-A avsnitt 124. Se også HR-2017-1258-A avsnitt 89 og HR-2016-2521-A avsnitt 63–64.

For *personelle feil* stiller forslaget strengere krav enn de som gjelder i dag. Enkeltvedtak truffet av organer uten kompetanse anses ugyldige uten nærmere vurdering, så på det punktet videreføres gjeldende rett.⁴⁹ Men etter rettspraksis synes – som det fremgikk i punkt 2.2 – også enkelte andre personelle feil å få absolutt virkning, blant annet når det mangler nødvendig samtykke fra et annet organ,⁵⁰ og ved inhabilitet når det treffes skjønnsbaserte avgjørelser.⁵¹ Slike feil og situasjoner vil altså falle utenfor reguleringen etter lovforslaget.

For *prosessuelle feil* er forslaget i samsvar med utgangspunktet etter gjeldende rett, ved at disse ikke har absolutt virkning, jf. prinsippet bak forvaltningslovens § 41. Det er imidlertid, som det fremgikk i punkt 2.2, enkelte prosessuelle feil som gis absolutt virkning. Det gjelder blant annet for feil som består i at den skriftlige begrunnelsen for vedtaket er utilstrekkelig til å kontrollere vedtaket opp mot hjemmelsgrunnlaget. Selv om det formuleres som et spørsmål om innvirkning om slike feil skal gis virkning, er det egentlige temaet om det er mulig å utøve kontrollen. I dansk rett og i domstolsprosessen forstås det som feil med absolutt virkning, se punkt 3.2. og 4.4.

Ovennevnte forhold gir grunn til å problematisere om forslagens vurderingskriterium «overhodet ikke har kompetanse» er egnet til å fange inn og avgrense alle feil som i dag gis absolutt virkning, og om det er egnet til å fange inn alle feil som bør ha absolutt virkning. For det første fordi forvaltningens kompetansegrunnlag kan være sammensatt, slik at det ikke lar seg redusere til et enten-eller- spørsmål om hva som faller inn under lovens ord. For det andre fordi også andre hensyn enn legalitet og lovformelighet kan tilsa at feil bør gis absolutt virkning, blant annet av hensyn til kontroll med vedtakets innhold, tilliten til forvaltningens behandling, partsdeltakelse mv.; se punkt 2.2 og straks nedenfor.

Det er av stor praktisk betydning for forvaltningen og borgerne å få klaggjort om en feil har absolutt virkning eller ikke. For det avgjør om det er nødvendig å iverksette undersøkelser og sikre bevis for feilens eventuelle virkning på vedtakets innhold. For enkeltvedtak som pålegger byrder eller fastsetter forbud, kan skillet mellom absolutte og relative feil dessuten tenkes å være bestemmende for om borgeren har plikt til å respektere vedtaket.⁵² Siden den prinsipielle og praktiske betydningen av denne kategorien feil er så stor, er det grunn til å drøfte om den, i større grad enn i forslaget, bør løftes frem og få et formelt uttrykk i lovgivningen.

49. Rt. 2004 s. 76 avsnitt 55 og Rt. 2002 s. 683 på s. 690–691.

50. Rt. 1990 s. 1001 på s. 1006–1007.

51. Sivilombudsmannens uttalelse av 12.05.14 (SOM-2013-1263).

52. Se HR-2019-2400-A avsnitt 30.

Forvaltningslovutvalget anbefalte ikke det: «Etter utvalgets syn passer det ikke med slike regler i forvaltningsloven. Dersom en feil ikke kan ha påvirket avgjørelsens innhold, er det ikke grunn til å kjenne avgjørelsen ugyldig.»⁵³ Det samme er uttrykt i forarbeidene til dagens forvaltningslov, hvor det heter at det å regne opp bestemte slags feil som alltid skal føre til ugyldighet, «ikke [er] mulig».⁵⁴

Det siste er en påstand som vanskelig kan tas på ordet. Rett nok kan det være krevende å avgjøre hvilke feil som eventuelt bør ha absolutt virkning, men det er utvilsomt mulig å uttrykke i loven at det stilles enkelte absolutte og ubetingede krav til behandlingen av enkeltvedtak. Hvorvidt noe «passer» i forvaltningsloven, beror derimot på perspektivet og erkjennelsesinteressen.

Det er flere argumenter som taler for å løfte frem og lovfeste feil med absolutt virkning, forutsatt at gjeldende rett i det vesentlige er ment videreført. For det første taler pedagogiske hensyn for at det gjøres klart hvilke feil det gjelder, fordi det vil sikre tilgjengelighet, klargjøre reglens systematikk og bidra til bevissthet om betingelsene for å gi feil virkning.⁵⁵ Det er et klart behov for å få bukt med vaghet på dette området. Et eksempel er at Høyesterett i domspremissene tidvis omtaler feil som relative og med innvirkningsvurdering, mens realiteten er at domstolen gir feilene absolutt virkning uten innvirkningsvurdering.⁵⁶ Et annet eksempel er at Forvaltningslovutvalget selv velger å holde det åpent om noen feil har absolutt virkning:

«Hvis det er beskjedne krav til innvirkning, kan man spørre om realiteten er at visse feil ubetinget skal lede til ugyldighet, uten krav om årsakssammenheng mellom feilen og utfallet. Prosesslovgivningen har slike regler om ubetinget virkning av visse saksbehandlingsfeil i tvisteloven § 29-21 annet ledd og straffeprosessloven § 343 annet ledd. Det har ikke vært vanlig å hevde at det gjelder tilsvarende regler i forvaltningsretten, selv om det nok finnes avgjørelser som muligens kan ses under en slik synsvinkel.»⁵⁷

Et annet argument for detaljert lovfesting er at det vil tvinge lovgiveren til å vurdere og ta stilling til hvilke institusjonelle minstekrav som bør stilles til forvaltningens behandling. Dermed vil regler som over lang tid har vokst frem i rettspraksis, få

53. NOU 2019: 5 s. 540. Se også s. 626.

54. Innstilling (1958) s. 298.

55. Se imidlertid Frihagen (1966), s. 83–88.

56. Se Rt. 2002 s. 683 på s. 690–691 og Rt. 1998 s. 1398 på s. 1411.

57. NOU 2019: 5 s. 536.

demokratisk forankring, og derigjennom også gi rettssamfunnet et normativt styringsverktøy til å avklare fremtidige grensespørsmål om betingelsene for å gi feil virkning.

Det er – som det fremgår i punkt 2 – for grovkornet å avgjøre virkningen ut fra typen feil, slik at avgrensningsspørsmålene må besvares ved en nærmere avstemming av kryssende hensyn. Det kan blant annet illustreres for feil i form av inhabilitet. For skjønsmessige avgjørelser som er truffet av enkeltpersoner, vil hensynet til forvaltningens tillit tale sterkt for å gi alle former for inhabilitet absolutt virkning,⁵⁸ mens det ikke er like påtrengende ved strengt lovbundne avgjørelser. For avgjørelser i store kollegiale organer, som for eksempel kommunestyre, vil dessuten hensynet til effektivitet tale for å kreve innvirkning, slik at inhabilitet hos ett medlem ikke stopper en tung politisk prosess når vedtaket uansett ville blitt det samme.⁵⁹

Poenget er altså at en lovfesting vil bidra til bevissthet om og klargjøre de underliggende hensyn som gjør seg gjeldende for betingelsene for å gi feil virkning. I dansk rett er for eksempel betingelsene til dels knyttet til et skille mellom garantiforskrifter og ordensforskrifter, noe som gjør reglens formål og institusjonelle betydning styrende for virkningen (se punkt 3.2). På samme måte er det i norsk rett grunn til å tydeliggjøre de relevante interessene og avgjøre hvilket gjennomslag de bør ha, herunder ta hensyn til forvaltningens institusjonelle rammer, arbeidsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene, vern om demokratisk behandling, behov for disiplinerende effekt ved feil, bevisvansker, avgrensingsvansker, mv.

Et tredje argument er at hensynet til konsekvens tilsier at like tilfeller bør reguleres likt, også på tvers av rettsområder. I tvisteloven og straffeprosessloven er det tydeliggjort at enkelte feil har absolutt virkning.⁶⁰ Det ble sett hen til reguleringsene i domstolsprosessen ved utarbeidelsen av forvaltningsloven, og det var – som det har fremgått – et bevisst valg ikke å ta inn reguleringer om absolutt virkning selv om slike også da fantes i lovgivningen for domstolsprosessen.⁶¹ Men selv om forvaltningsprosessen på flere områder skiller seg betydelig fra domstolsbehandling, er det også flere av reguleringsene som i stor grad sammenfaller og verner om samme interesser, for eksempel regler om habilitet og krav til skriftlige begrunnelser.

58. Se Sivilombudsmannens uttalelse av 12.05.14 (SOM-2013-1263).

59. Se Rt. 1996 s. 64 på s. 69–70.

60. Se tvisteloven § 29-21 første ledd og straffeprosessloven § 343 annet ledd.

61. Innst. O nr. II (1966–67) s. 16 og Ot.prp. nr. 38 (1964–65) *Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*, s. 120–121. Se også Innstilling (1958), s. 297–298.

Reglene i tvisteloven § 29-21 om «ubetinget» virkning av enkelte saksbehandlingsfeil gjelder riktignok kun for det ordinære rettsmiddelet anke, mens det ved bruk av det ekstraordinære rettsmiddelet gjenåpning stilles krav om at feilen kan ha hatt betydning, jf. § 31-3, jf. § 31-5 tredje ledd. Det samme gjelder for gjenåpning etter straffeprosessloven, jf. §§ 390 og 391 nr. 1. s regler om ugyldighet kan sies å omfatte ordinære så vel som ekstraordinære situasjoner. Dette illustrerer at det er behov for å klargjøre når feil skal gis absolutt virkning i forvaltningsprosessen, og mer konkret at det kan være grunn til å avgrense virkeområdet til enkelte absolutte feil i tid.

For det fjerde vil en liste over feil med absolutt virkning være et viktig bidrag til forståelsen av og innholdet i gyldighetsreglene til vern om borgernes innrettelse. Disse går i hovedsak går ut på å avstemme det offentlige interesse i korrekt saksbehandling mot privates interesse i at feil ikke gis virkning (se punkt 4.5). Derfor er det også grunn til å forstå og utvikle disse reglene i lys av de institusjonelle minstekravene som stilles til forvaltningens behandling, ettersom de vil kaste lys over hvor sterkt interessen i korrekt og formiktig saksbehandling står.

Samlet taler det ovennevnte for at det klargjøres hvilke feil som skal gis absolutt virkning, og lar det komme til uttrykk i loven. Dette bør gjøres med en viss presisjon, men det er nok ikke realistisk med en detaljert opplisting utbrodert i detalj; til det er forvaltningens virksomhet for mangefasettert og typetilfellene for mange. Rettspraksis fra domstolsprosessen har imidlertid vist at en opplisting av sentrale feil ikke står i veien for en dynamisk utvikling hvor det tas høyde for skiftende institusjonelle interesser.⁶²

Dessuten er det mulig å la loven legge til rette for skiftende forhold, ved å angi en restkategori feil som skal gis absolutt virkning, formulert som et krav om at «grunnleggende forutsetninger» for å behandle saken alltid skal etterleves, eller lignende.⁶³ En slik regulering vil kunne svare til sikkerhetsmekanismen etter dansk rett om «grov tilsidesættelse af grundlæggende krav til forvaltningens sagsbehandling», se punkt 3.2, som er et forsvarlighetskrav vi også finner i norsk rett.

4.4 Feil med relativ virkning – «andre feil»

Ugyldighetsregelen for relative feil følger av forslagetets annet ledd første punktum, som fastslår at feil etter omstendighetene «kan» føre til ugyldighet. Uttrykket «andre feil» viser tilbake til og kontrasteres mot feilene nevnt i første ledd, og

62. Anders Løvlie, «Saksbehandlingsfeil med ubetinget virkning», i *Straff & frihet: Til vern om den liberale rettsstat, Festskrift til Tor-Aksel Busch*, Oslo 2019, s. 445–460.

63. Se NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 436, og utkastet § 39-10 første ledd annet punktum.

omfatter således materielle feil i form av feil lovtolkning og feil ved skjønnsutøvelsen, personelle feil som ikke omfattes av første ledd, og prosessuelle feil.⁶⁴

For de materielle feilene lovfester forslaget ugyldighetsregelen etter ulovfestet rett.⁶⁵ For personelle og prosessuelle feil vil forslaget – om det vedtas – innebære en endring, ved at feil ikke lenger skal «utløse» spørsmål om hvorvidt gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41 får anvendelse, men isteden utløse krav om innvirkning for ugyldighet. Utvalget begrunner formaliseringen av ugyldighetsperspektivet slik:

«Etter *utvalgets* syn vil forvaltningsloven [...] gi best veiledning om den gir en regel om ugyldighet. Det vil gjøre at ulovfestede regler om ugyldighet blir lovfestet og lettere tilgjengelige, og at loven gir et mer fullstendig bilde av rettstilstanden som kan motvirke misforståelser. Hvis en lovfesting i tillegg kan gjøre reglene klarere, er det ytterligere en fordel.»⁶⁶

Det er lett å være enig i at kriteriene for ugyldighet per i dag har en nokså uklar forankring og med fordel kan tydeliggjøres, og det er allerede slik at § 41 fremstilles med et ugyldighetsperspektiv, se punkt 2.1. I forslaget er imidlertid selve vilkåret for å gi feil virkning formulert i nokså vage ordelag, jf. feilen «kan ha» påvirket vedtakets innhold. Vagheten skyldes nok at terskelen for innvirkning er forutsatt relativ:

«Innvirkningskravet er oppfylt der det er sannsynlig at avgjørelsen ville ha blitt en annen om feilen tenkes borte. Kravet kan imidlertid også være oppfylt selv om sannsynligheten er noe lavere enn det, men bare dersom det foreligger en reell mulighet for at feilen kan ha virket inn.»⁶⁷

Meningen er altså at det som et utgangspunkt skal kreves sannsynlighetsovervekt for at feilen har innvirket, men at terskelen etter omstendighetene kan lempes. Det er ikke sagt direkte hva som skal avgjøre terskelgraden. Det påfølgende kan-skjønn skal imidlertid etter ordlyden utøves med utgangspunkt i momentene i annet ledd annet punktum, som vil si typen feil, feilens grovhet og om ugyldighet er til gunst eller skade. Det taler for at det også for terskelgraden kan tas hensyn til disse, herunder betydningen av at reglene for behandlingen etterleves, og betydningen av partenes adferd.

64. NOU 2019: 5 s. 626.

65. Rt. 2009 s. 851 avsnitt 86.

66. NOU 2019: 5 s. 537. Kursivert i original.

67. NOU 2019: 5 s. 626.

Vilkåret om innvirkning er solgt inn som et pedagogisk tiltak, jf. bruken av honnørordene «gi best veiledning», «lettere tilgjengelige», «motvirke misforståelser» og «klarere». Lovteknisk ville nok regelen vært enklere og klarere om rettsvirkningen fulgte direkte av vilkåret «kan ha påvirket», istedenfor av det påfølgende skjønnsvilkåret «kan [...] bli ugyldig». Dessuten kompliserer det bestemmelsen ytterligere at kan-skjønnnet er gitt en dobbel funksjon i annet ledd, ved at det også skal ta opp i seg gyldighetsreglene til vern om innrettelse (se punkt 4.5).

En substansiell og mer alvorlig innvending er at utvalget i begrunnelsen og redegjørelsen for forslaget underkommuniserer at bestemmelsen holdt opp mot gjeldende rett endrer betingelsene for å gi feil virkning (se punkt 2.1). Om forslaget vedtas, skjerpes kravet til innvirkning i normaltilfellene fra «ein reell moglegheit for at feilen har fått tyding» til «det er sannsynlig at avgjørelsen ville ha blitt en annen», altså fra de helt lave grader av sannsynlighet til såkalt sannsynlighetsovervekt.⁶⁸

Den reelle betydningen av en slik semantisk innstramning vil bero på flere forhold, blant annet om det i det hele tatt er mulig å fastslå grader av sikkerhet for innvirkning med et detaljert presisjonsnivå. Uansett gir skjerpningen av innvirkningsterskelen, fra de helt lave sannsynlighetsgrader til et krav om sannsynlighetsovervekt, et klart uttrykk for økt aksept for å opprettholde enkeltvedtak beheftet med feil, og dermed også økt risiko for materielt uriktige avgjørelser.

En slik betydelig endring og verdimessig forskyvning bør ikke selges inn som et rent pedagogisk tiltak, men forankres i en drøftelse av relevante hensyn for utforming av kravet til innvirkning, herunder en tydelig og overveid avstemming av forvaltningens styringsinteresser mot borgernes interesser i korrekt behandling og riktige avgjørelser. Dessuten er det i forlengelsen av dette også grunn til å klargjøre hva en slik endring vil bety for bevisbyrden, altså hvem som skal bære risikoen dersom kravet til innvirkning ikke innfris.

Det som er sagt om bevisbyrden i spesialmerkningen til forslaget, er at tvil om hvorvidt innvirkningskravet er innfridd, skal avklares ved hjelp av «de alminnelige beviskravreglene i forvaltningsretten».⁶⁹ Hva det innebærer, er ikke nærmere klargjort, og de «alminnelige» bevisreglene i forvaltningsretten er langt fra entydige.⁷⁰ Den alminnelige regelen i sivilprosessen er imidlertid at bevisbyrden i utgangs-

68. HR-2017-2376-A avsnitt 25.

69. NOU 2019: 5 s. 626.

70. Graver (2019), s. 459 flg.

punktet påligger den som påstår at vedtaket er ugyldig, med mindre det er holdepunkter for noe annet.⁷¹

En regel om at bevisbyrden pålegges den som påstår at vedtaket er ugyldig, vil avvike fra bevisbyrderegelen under forvaltningsloven § 41, som lest isolert og i sin sammenheng peker mot at den som ønsker å opprettholde vedtak beheftet med feil, må godtgjøre at gyldighetsregelen får anvendelse. Slik håndteres også ugyldighetsspørsmålet i rettspraksis, se for eksempel Rt. 2009 s. 661 hvor det først slås fast at pliktig konsekvensutredning ikke er gjennomført, og deretter drøftes om reguleringstiltaket likevel kan anses som gyldig, og forvaltningen godtgjør at behandlingen har vært forsvarlig.⁷²

Det er forhold som tilsier at denne reglen bør bestå, altså at det er «holdepunkter» for å fravike det sivilrettslige utgangspunktet om bevisbyrden. For det første har forvaltningen det overordnede ansvaret for at behandlingen er forsvarlig, er subjekt for lovens pliktregler om behandlingen, og er nærmest til å ha informasjon om betydningen av eventuelle feil. For det andre vil forvaltningen ofte være nærmest til å sikre bevis om feilens betydning, og av rettspraksis og teori følger at «bevistvil [må] gå utover [sic] den part som kunne og burde ha sikret beviset».⁷³ Dette er forhold som taler for at forvaltningen som et utgangspunkt bør godtgjøre betydningen av feil, og bære risikoen om det ikke påvises at den er uten betydning.

Spørsmålet om bevisbyrden er såpass viktig for en ny bestemmelse om ugyldighet at det burde vært drøftet og tatt stilling til hvem som i utgangspunktet skal bære risikoen når innvirkningskravet ikke innfris, herunder om regelen skal variere beroende på om ugyldighet er til gunst eller ugunst for borgeren. Dersom det gis en ugyldighetsregel uten at bevisbyrden samtidig klargjøres og tilpasses, kan situasjonen bli at forvaltningen ved klage eller søksmål kan forholde seg passiv, uten å bære risikoen for en eventuell usikkerhet om feilens betydning.

4.5 Supplerende gyldighetsregler – «helt særlige tilfeller»

Forslaget til ugyldighetsbestemmelse inneholder en gyldighetsregel for materielle og personelle feil i første ledd tredje punktum, jf. «[i] helt særlige tilfeller kan vedtaket likevel bli opprettholdt». Vurderingskriteriene er borgerens «innrettelse» og «god tro», og avveiiingen som skal foretas, er utdypet slik i spesialmerknoten:

71. Rt. 2015 s. 1246 avsnitt 35.

72. Rt. 2009 s. 661 avsnitt 70–71, 77 og 85.

73. Rt. 2009 s. 920 avsnitt 36.

«Ved vurderingen av om vedtaket skal opprettholdes, må hensynet til parten avveies både mot hensynet til andre berørte og mot ulike samfunnsmessige hensyn. Det vil i den forbindelse også måtte legges vekt på hvor lang tid som har gått siden vedtaket ble truffet.»⁷⁴

For «andre feil» følger gyldighetsregelen av annet ledd første punktum, jf. «kan [...] bli ugyldig», hvor vurderingskriteriene for skjønnet er løftet frem i annet ledd annet punktum, jf. «feilens art og omfang» og «gunst og skade». Av spesialmerknadene fremgår at det under momentet «skade» skal tillegges betydning om parten har «innrettet seg etter avgjørelsen eller ikke».⁷⁵ Utvalget fremhever også i andre sammenhenger at det har betydning «hvor lang tid som er gått, og i hvilken utstrekning parten har innrettet seg etter avgjørelsen».⁷⁶ Regelen er ment å videreføre gjeldende rett.⁷⁷

Etter forslagetets ordlyd synes terskelen for gyldighet ved feil etter første ledd høyere enn etter annet ledd, jf. kravet om «helt særlige tilfeller» i første ledd og «kan» i annet ledd. Et slikt skille synes også forutsatt i utvalgets drøftelse av reglens innhold.⁷⁸ For feil etter annet ledd er normen formulert ut fra en frekvensbeaktning om at «avgjørelsen unntaksvis kan være gyldig på tross av feilen».⁷⁹ For feil etter første ledd mente utvalget at uheldige virkninger av ugyldighet i første omgang bør søkes begrenset på andre måter enn ved gyldighetsregler til vern om innrettelse, med følgende begrunnelse:

«En slik begrensning av ugyldighetsregelen vil bety at parten kan få en rettsposisjon som han eller hun ikke har krav på, og som andre ikke får på grunn av loven. Det kan betraktes som uheldig i et demokratisk perspektiv, og kan bli oppfattet som urettferdig overfor dem som får avslag i tråd med loven.»⁸⁰

Det er klart at hensynet til maktfordeling gjør seg sterkt gjeldende, og at det derfor må gjelde strenge vilkår for gyldighet ved materielle feil i form av manglende hjemmel. Det er likevel usikkert om gjeldende rett skiller like skarpt som forslaget mellom gyldighetsreglene for materielle feil i form av manglende hjemmel og

74. NOU 2019: 5 s. 625.

75. NOU 2019: 5 s. 626.

76. NOU 2019: 5 s. 540. Se også 407.

77. NOU 2019: 5 s. 626.

78. NOU 2019: 5 s. 537–540.

79. NOU 2019: 5 s. 540.

80. NOU 2019: 5 s. 538–539.

materielle feil i form av mangler ved forvaltningsskjønnet. Inntrykket rettspraksis gir, er at det styrende for spørsmålet om gyldighet først og fremst er rettsområdet vedtaket gjelder, altså hvilke underliggende offentlige interesser som er i spill. En slik tilnærming kan for så vidt også spores i utvalgets egen drøftelse, ettersom utformingen av den strenge terskelen er begrunnet med henvisning til en sak som gjaldt en «grov og alvorlig innholdsmangel».⁸¹

Utvalget vurderte om omgjøringsadgangen burde være tidsbegrenset, men holdt fast ved at tidsforløpet – som i dag – kun bør være et moment i en større helhetsvurdering av om vedtaket skal opprettholdes.⁸² Det er lett å forstå at en sektorovergripende lov for norsk forvaltning vanskelig kan inneholde generelle og absolutte frister. Men det at det ikke inntas generelle frister i forvaltningsloven, bør derfor heller ikke tjene som rettesnor for lovgiving eller praksis på forvaltningsområder hvor det er grunnlag for å ha faste regler om betydningen av at tiden går, eller på områder hvor slike frister eller klare retningslinjer har utviklet seg i rettspraksis.⁸³

Dagens gyldighetsregler til vern om innrettelse følger utelukkende av rettspraksis, og de blir utvilsomt lettere tilgjengelige for det rettssøkende publikum om forslaget til ugyldighetsregel vedtas. Det er imidlertid enkelte forhold som tilsier at reglene kunne fått et tydeligere uttrykk enn det forslaget legger opp til. For det første kunne reglenes virkningsside vært angitt likt, istedenfor å si at vedtaket «oppretholdes» i første ledd, og at det «kan bli ugyldig», underforstått at det kan opprettholdes som gyldig, i andre ledd. For det andre burde vurderingskriteriene «god tro» og «innrettelse» vært løftet frem også i annet ledd, ettersom det først og fremst er disse forholdene som begrunner gyldighetsreglene og at vedtak kan opprettholdes tross feil.⁸⁴

For det tredje er forslaget uklart ved at første ledd er formulert som at det kun er aktuelt med gyldighet til gunst, jf. «oppretholdt av hensyn til en part», mens annet ledd er formulert i tråd med dagens gyldighetsstandard, og peker på at det skal vurderes om ugyldighet er til «gunst eller skade». Forutsetningen er nok at gyldighet i utgangspunktet kun er aktuelt når ugyldighet er til skade for en part, men situasjonen kan da være at ugyldighet vil være til gunst for andre som berøres av vedtaket. Det gjelder også for feil som omfattes av første ledd.

For det fjerde er gyldighetsregelen i annet ledd vanskelig tilgjengelig som følge av at den rettslige markøren «kan [...] bli ugyldig» har en dobbel funksjon ved at den også regulerer betydningen av feilens innvirkning (se punkt 4.4). Den lovtekniske

81. NOU 2019: 5 s. 538.

82. NOU 2019: 5 s. 411.

83. Sivilombudsmannens uttalelse 20. mai 2015 (SOM-2014-3496). Se også Sivilombudsmannens uttalelse 22. november 2012 (SOM-2012-1080).

84. Sivilombudsmannen, Høringssvar – NOU 2019:5 Ny forvaltningslov, 02.12.19 (2019/2256), s. 23.

løsningen gjør at todelingen mellom kravet om innvirkning for ugyldighet og kravet om innrettelse mv. for gyldighet ikke får en tydelig markering. Dette kan tenkes å føre til at kravene forstås og omtales samlet, ikke minst fordi innvirkningskravet er relativt og bygger på samme momenter som gyldighetsreglene (se punkt 4.4). I juridisk teori finnes det eksempler på at kravene har vært sammenblandet i fremstillingen av forvaltningsloven § 41.⁸⁵

For det femte opprettholder også denne delen av forslaget ugyldighetsbegrepets tvetydighet ettersom det etterlater et uklart forhold mellom ugyldighetsbestemmelsen og omgjøringsbestemmelsen for vedtak som er «ugyldig». Sistnevnte bestemmelse skal gjelde både for substansielle endringer i vedtakets innhold og for endringer av formell art i den skriftlige begrunnelsen for vedtakets innhold.⁸⁶ Det er uklart ut fra omgjøringsbestemmelsens utforming og lovens system om «ugyldig» skal forstås snevert, som et krav om at det er begått feil som kan gi virkning, eller vidt, som at det er begått feil som kan gi virkning og at ingen gyldighetsregel får anvendelse. Denne uklarheten kommer også til uttrykk i utvalgets egen omtale av samspillet mellom regelen om ugyldighet og regelen om omgjøring. Utvalget har forutsatt at «ugyldighet» skal forsås vidt, og at omgjøringsbestemmelsen skal tolkes «innskrenkende» for vedtak som «oppretholdes» som gyldige etter ugyldighetsbestemmelsen.⁸⁷ Dette for å motvirke at «partens stilling blir for usikker».⁸⁸ Et ytterligere kompliserende forhold er at et vedtak som opprettholdes etter gyldighetsreglene, fortsatt må karakteriseres som «ugyldig» når det skal foretas rettelser i den skriftlige begrunnelsen etter omgjøringsbestemmelsen.⁸⁹

5 Avslutning

Det er all grunn til å klargjøre betingelsene for ugyldighet ved å lovfeste gjeldende ugyldighetslære, og herunder løfte frem skillet mellom feil med henholdsvis absolutt og relativ virkning og reglene om gyldighet på grunn av innrettelse. I en sektorovergripende forvaltningslov må bestemmelsene utformes generelt og til dels i vage ordelag for å kunne ta høyde for alle sider ved forvaltningens sammensatte

85. Arvid Frihagen, *Inhabilitet etter forvaltningsloven*, 1985, s. 524. Se også s. 513 og Frihagen (1966), s. 93.

86. Se NOU 2019: 5 s. 36 og s. 617–618, § 62.

87. NOU 2019: 5 s. 541.

88. NOU 2019: 5 s. 626.

89. NOU 2019: 5 s. 618.

virksomhet, og det gjelder også for betingelsene for ugyldighet ved materielle, personelle og prosessuelle feil. Ugyldighetsbestemmelsen som er foreslått av Forvaltningslovutvalget, fanger opp de vesentlige sidene ved betingelsene for ugyldighet, men det kan være grunn til å justere forslaget noe av hensyn til klarhet og for å fange opp alle nyanser. I det følgende sammenfattes hovedtrekk av kritikken fra punkt 4, før det gis et konkret forslag til en alternativ utforming av ugyldighetsbestemmelsen.

Til rettsvirkning (punkt 4.2): Forvaltningslovutvalgets ugyldighetsbestemmelse bidrar til å opprettholde mangetydigheten til begrepet om ugyldighet, ettersom «ugyldighet» benyttes som betegnelse for rettsvirkninger, som betingelser for rettsvirkninger, og som rettslig karakteristikkk uten konkretisering av rettsvirkninger. Idealet om klarhet er kanskje tjent med at betingelsene og rettsvirkningene angis konkret, istedenfor å benytte «ugyldighet» som koblingsord og terminologisk mellomstasjon. Første ledd første og andre punktum kunne for eksempel formuleres slik: «Et enkeltvedtak uten hjemmel i lov eller annet rettsgrunnlag får ikke virkning etter sitt innhold.»

Til feil med absolutt virkning (punkt 4.3): Ved å løfte frem skillet mellom feil med absolutt virkning og feil med relativ virkning, tydeliggjør forslaget en grunnleggende, men nokså utematisert dikotomi i norsk forvaltningsrett. Det er et spørsmål om todelingen burde utkrystalliseres ytterligere med en katalog over feil med absolutt virkning i loven. En slik liste kan være mer og mindre konkret, men vil uansett bidra til å tydeliggjøre og løfte frem at det stilles institusjonelle minstekrav til forvaltningsprosessen. Utvalgets forslag fanger ikke opp at slike institusjonelle krav også kan gjøre seg gjeldende for personelle og prosessuelle regler. Listen kan for eksempel inntas i forlengelsen av første ledd: «Det samme gjelder når vedtaket er truffet a) av et forvaltningsorgan uten myndighet, b) av en person som er inhabil etter [...], det gjelder likevel ikke for [...],⁹⁰ c) uten at det lar seg kontrollere mot rettsgrunnlaget ut fra den skriftlige begrunnelsen, eller d) i strid med andre grunnleggende forutsetninger for behandling av vedtak.»

Til feil med relativ virkning (punkt 4.4): Forslagets innvirkningsvilkår står i et spenningsforhold til gjeldende rett, noe som til dels kan forklares med at utvalget ikke tar opp til drøftelse betydningen det har for vilkårsleddet å endre rettsvirkningen fra gyldighet til ugyldighet. Lovforslaget bærer preg av at utvalget allerede har forutsatt ugyldighetsperspektivet i drøftelsen,⁹¹ noe som nok kan forklares med at

90. Se punkt. 4.3.

91. NOU 2019: 5 s. 536.

det i rettspraksis er nokså vanlig å knytte en regel om ugyldighet til gyldighetsregelen i § 41. Utvalget begår en unnlattelse når innvirkningskravet heves fra «ein ikkje heilt fjerntliggande moglegheit» til «sannsynlig at avgjørelsen ville ha blitt en annen», uten nærmere drøftelse. Det er også uheldig at spørsmålet om bevisbyrde ikke er drøftet nærmere. Frem til det er lagt frem argumenter som taler for å endre gjeldende terskel for innvirkning, er det grunn til å opprettholde dagens krav til innvirkning. En slik regel kunne vært formulert og inntatt som et tillegg til listen over absolutte feil, for eksempel slik: «Det samme gjelder når vedtaket er truffet [...] e) etter at det er begått feil ved behandlingen og det er en reell mulighet for at det har påvirket vedtakets innhold.»

Til supplerende gyldighetsregler til vern om innrettelse (punkt 4.5): Gyldighetsreglene etter lovforslaget er – som etter gjeldende rett – vagt formulert, men med klart angitte vurderingskriterier. Begrunnelsen for forslaget synes å ha slag-side mot å gi hensynet til lovformelighet gjennomslag overfor hensynet til borgerne innrettelse i tillit til forvaltningens normeringer, men det er vanskelig å si om det vil føre til endringer i praksis. Rent lovteknisk kunne den skjønnsbaserte gyldighetsnormen uansett vært formulert likt for alle typer feil, fordi den i alle tilfeller skal praktiseres relativt ut fra typen feil som er begått, jf. vurderingskriteriene «hva slags feil som er begått» og «hvor grov feilen er». Substansielt er det grunn til å fremheve i loven at vedtakets utforming og rettsområdet er av betydning for gyldighetsreglenes gjennomslag. En mulig utforming kunne være: «Vedtaket kan likevel opprettholdes når en part har innrettet seg etter det. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på hvilket rettsområde vedtaket gjelder, vedtakets karakter, hva slags feil som er begått, hvor grov feilen er, om parten har handlet i god tro, og om opprettholdelsen vil være til gunst eller skade for parten eller andre.»

En alternativ utforming av bestemmelsen om ugyldighet er altså:

«Et enkeltvedtak uten hjemmel i lov eller annet rettsgrunnlag får ikke virkning etter sitt innhold. Det samme gjelder når vedtaket er truffet

- a) av et forvaltningsorgan uten myndighet,
 - b) av en person som er inhabil etter [...], det gjelder likevel ikke for [...],
 - c) uten at det lar seg kontrollere mot rettsgrunnlaget ut fra den skriftlige begrunnelsen for vedtaket,
 - d) i strid med andre grunnleggende forutsetninger for behandling av enkeltvedtak,
- og
- e) etter at det er begått feil ved behandlingen og det er en reell mulighet for at det har påvirket vedtakets innhold.

Vedtaket kan likevel opprettholdes når en part har innrettet seg etter det. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på hvilket rettsområde vedtaket gjelder, vedtakets karakter, hva slags feil som er begått, hvor grov feilen er, om parten har handlet i god tro, og om opprettholdelsen vil være til gunst eller skade for parten eller andre.»