

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Omgjøring av enkeltvedtak utenfor klagesak

En rettsdogmatisk og empirisk analyse av forvaltningens  
omgjøringskompetanse

Kandidatnummer: 535

Leveringsfrist: 25. november 2020

Antall ord: 17 273



# Innholdsfortegnelse

<b>DEL I INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
<b>1 INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1 Introduksjon av oppgavens tema og problemstillinger .....	1
1.2 Begrepsavklaringer for fremstillingen .....	2
1.3 Avgrensninger .....	3
<b>2 HENSYN.....</b>	<b>4</b>
2.1 Generelle hensyn bak forvaltningens adgang til å omgjøre.....	4
2.2 Særlige hensyn ved omgjøring av vedtak i landbruksforvaltningen.....	7
<b>3 RETTSKILDEBILDET OG MIN METODE .....</b>	<b>8</b>
3.1 Del II – den rettsdogmatiske delen .....	8
3.2 Del III – den empiriske delen.....	10
<b>DEL II OMGJØRINGSKOMPETANSENS INNHOLD .....</b>	<b>12</b>
<b>4 OM FORVALTNINGENS OMGJØRINGSKOMPETANSE ETTER § 35 ER DISKRESJONÆR .....</b>	<b>12</b>
4.1 Modaliteten som utgangspunkt for forvaltningens vurderingsfrihet.....	12
4.2 Forvaltningens omgjøringsfrihet som rettslig utgangspunkt .....	15
<b>5 ULOVFESTET PLIKT TIL Å OMGJØRE? .....</b>	<b>17</b>
5.1 Skillet: revurderingsplikt og omgjøringsplikt.....	17
5.2 Spørsmål om rettskildebildet gir grunnlag for å oppstille en ulovfestet omgjøringsplikt .....	18
5.2.1 Innledning.....	18
5.2.2 Omgjøringsplikt når forvaltningen er kjent med at primærvedtaket er ugyldig og omgjøring vil være til gunst.....	19
5.2.3 Omgjøringsplikt etter en helhetsvurdering.....	22
5.2.4 Konklusjon: Min vurdering av om det foreligger en ulovfestet omgjøringsplikt .....	23
<b>6 RETNINGSLINJER FOR «KAN-SKJØNNET» I § 35 .....</b>	<b>26</b>
6.1 Bakgrunnen til de relevante momentene i vurderingen .....	26
6.2 Omgjøringsgrunnen som moment i «kan-vurderingen» .....	28

6.3	Feilens art.....	29
6.4	Tidsmomentet.....	30
6.5	Innrettelsesmomentet .....	31
6.6	Skyldmomentet .....	32
<b>DEL III «KAN-VURDERINGEN» I PRAKSIS.....</b>		<b>34</b>
<b>7</b>	<b>UTGANGSPUNKTER FOR ANALYSEN.....</b>	<b>34</b>
<b>8</b>	<b>VEDTAK HVOR «KAN» BLE VURDERT .....</b>	<b>35</b>
8.1	Betydningen av at primærvedtaket var ugyldig for om omgjøringskompetansen ble brukt .....	35
8.1.1	Feil faktum.....	35
8.1.2	Lovtolkningsfeil.....	37
8.2	Betydningen av at det forelå offentligrettslige interesser som tilsa omgjøring .....	38
<b>9</b>	<b>OPPSUMMERING AV FUNN.....</b>	<b>40</b>
<b>DEL IV NOEN AVSLUTTENDE BERKNINGER .....</b>		<b>41</b>
<b>10</b>	<b>OPPSUMMERING OG MINE KONKLUSJONER .....</b>	<b>41</b>
<b>11</b>	<b>MIN KONKLUSJON SETT I LYS AV NYTT LOVFORSLAG .....</b>	<b>43</b>
<b>LITTERATURLISTE.....</b>		<b>46</b>

# DEL I INNLEDNING

## 1 Innledning

### 1.1 Introduksjon av oppgavens tema og problemstillinger

Den offentlig forvaltning er som administrativt statsapparat ansvarlig for fordeling og bruk av samfunnets ressurser. Mesteparten av forvaltningens virksomhet skjer med hjemmel i lov på bakgrunn av hvordan lovgiver har ønsket at ressursene skal administreres. En måte den gjør dette på er ved å treffe enkeltvedtak.

Et enkeltvedtak etablerer rettsposisjoner.<sup>1</sup> Det vil derfor kunne oppstå forventninger knyttet til innholdet av vedtaket, ved at man for eksempel får tildelt en rettighet. Utgangspunktet er derfor at «bindende forvaltningsvedtak gjelder i samsvar med sitt innhold».<sup>2</sup> Den som har hatt rimelig grunn til å innrette seg i tillit til vedtaket, må beskyttes mot at vedtaket senere endres.<sup>3</sup>

På den annen side hender det at forvaltningen treffer vedtak som lider av feil og mangler, som kan føre til uheldige avgjørelser. Slike avgjørelser bør det finnes adgang til å korrigere. Til tross for at forvaltningen treffer vedtak hvor det oppstår forventninger, kan ikke enhver forventning sies å være beskyttet. Det offentlige behov for politisk og administrativ handlefrihet tilsier at disse forventningene til tider må vike for de offentlige interesser.<sup>4</sup> Lovgiver har derfor gitt forvaltningen kompetanse til å omgjøre sine opprinnelige vedtak. Et av forvaltningens kompetansegrunnlag for å omgjøre enkeltvedtak er reglene om omgjøring utenfor klagesak.

Kompetansen til å omgjøre utenfor klagesak fremgår til dels av forvaltningsloven § 35 og dels av alminnelige rettsgrunnsetninger.<sup>5</sup> Til tross for at forvaltningsloven § 35 oppstiller ulike betingelser for omgjøring, legger bestemmelsen etter sin ordlyd valget om å omgjøre til forvaltningen selv. Lovens ordlyd presiserer dette ved bruk av ordet «kan» som uttrykk for denne typen kompetansegrunnlag. Dette skaper problemer for forvaltningstjenestemannens praktiske rettsanvendelse.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Jf. forvaltningsloven definisjon av et enkeltvedtak § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

<sup>2</sup> Eckhoff (2018) side 308.

<sup>3</sup> Dette fremgår blant annet i NUT 1958:3 s. 236.

<sup>4</sup> Graver (2019) s. 512–513.

<sup>5</sup> Graver (2019) s. 513.

<sup>6</sup> Se til illustrasjon SOM-2014-3496, der Sivilombudsmannen kritiserte forvaltningens vurdering av om det ugyldige vedtaket måtte medføre omgjøring.

«Kan-skjønn» i forvaltningsloven § 35 kan bli vurdert under ulike perspektiver. Det kan undersøkes fra et statsrettslig perspektiv. Da blir spørsmålet om det er adgang for den type myndighetsdelegasjonen «kan» i forvaltningsloven § 35 gir grunnlag for, sett i lys av maktfordelingsprinsippet. Jeg skal derimot undersøke «kan-skjønn» fra et forvaltningsrettslig perspektiv. Spørsmålet blir da hvordan det modale hjelpeverbet «kan» i forvaltningsloven § 35 har betydning for forvaltningens vurdering av om omgjøringsadgangen bør brukes, og eventuelt hva som styrer denne vurderingen.

En overordnet problemstilling for denne oppgaven er: *Står forvaltningen fritt til å vurdere om omgjøringsadgangen skal brukes?* Og i forlengelsen av det, *der vilkårene for omgjøring presumtvt er oppfylt, hvilke føringer kan oppstilles for hvordan forvaltningen skal utøve sin omgjøringsadgang?*

Når loven åpner for en skjønnsmessig vurdering, hvordan blir dette forutsetningsvis anvendt i forvaltningen? Jeg vil analysere praksis fra Landbruksdirektoratet for å undersøke hvordan «kan-kompetansen» brukes i praksis. Valget av rettsområdet er dels begrunnet i at det er en del av den spesielle forvaltningsretten, men på et område hvor det er lite særregulering av den skjønnsmessige kompetansen. I tillegg er landbruksforvaltningen preget av en sterk hierarkisk styring som igjen kan påvirke hvordan «kan-kompetansen» brukes. Valget er også motivert av at jeg hadde tilgang til denne praksisen noe som muliggjorde en slik type undersøkelse.

Den andre overordnede problemstillingen for oppgaven jeg derfor vil undersøke er: *Gjør Landbruksdirektoratet en selvstendig vurdering av om omgjøringsadgangen bør brukes når det foreligger omgjøringskompetanse?* Og hvis ja: *Hvilke momenter inngår i deres vurdering av om omgjøringskompetansen bør brukes? Herunder i ordninger om produksjonstilskudd til profesjonelle næringsdrivende i landbruket.*

## **1.2 Begrepsavklaringer for fremstillingen**

Jeg vil i fremstillingen undersøke den offentlige forvaltnings «kan-kompetanse» ved omgjøring av *enkeltvedtak*. Bestemmelsen står i lovens kapittel 5, som i utgangspunktet kun kommer til anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak.<sup>7</sup> Definisjonen av et enkeltvedtak fremgår av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, sammenholdt med bokstav a. Formålet med definisjonen er å avgrense mot «generelle vedtak». Et enkeltvedtak er et «vedtak» som er «bestemmende for rettigheter eller plikter» til «en eller flere bestemte ... private ...

---

<sup>7</sup> Se forvaltningsloven § 3 første ledd, og NOU 2019:5 s. 402. Likevel antatt at bestemmelsen kan komme indirekte til anvendelse på andre typer avgjørelser enn enkeltvedtak, se Graver (2019) s. 51.

personer».<sup>8</sup> Enkeltvedtaksbegrepet består av flere definisjoner som åpner for tolkning, noe som i praksis har skapt misforståelser og tvil omkring hva som skiller enkeltvedtak fra andre individuelle avgjørelser.<sup>9</sup> Jeg vil i fremstillingen legge til grunn lovens definisjon av enkeltvedtaksbegrepet. Begrepet er imidlertid behandlet grundig i teorien, og jeg nøyer meg derfor med vise til denne.<sup>10</sup>

Forvaltningslovens § 35 virkeområde er som del av forvaltningsloven, definert i lovens § 1. Loven gjelder «virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov». Ordlyden er vid, men det vidtfavnende utgangspunkt må ses i sammenheng med de begrensninger som følger av forvaltningsloven § 4 og de som følger av særlovgivningen. Forvaltningsloven § 35 er en kompetanseregulering som gir forvaltningsorganer (enten vedtaksorganet selv eller overordnet organ) kompetanse til å omgjøre. Når jeg i fremstillingen bruker begrepet «forvaltning» eller «forvaltningen» sikter jeg til de organer som er tillagt omgjøringskompetanse etter bestemmelsen. Med det sikter jeg til den offentlige forvaltning som både omfatter statsforvaltningen og kommuneforvaltningen.<sup>11</sup>

Jeg vil i fremstillingen benytte meg av begrepet «primærvedtak» når jeg viser til det vedtaket som ønskes omgjort.<sup>12</sup> Til tross for at begrepet «primært» også kan ha andre betydninger enn hva jeg legger i begrepet i min fremstilling, synes jeg begrepsvalget gjør det lettere å skille det opprinnelige vedtaket fra omgjøringsvedtaket.

### 1.3 Avgrensninger

En naturlig avgrensning i behandlingen av oppgavens problemstillinger følger implisitt av oppgavens tittel. Fremstillingen avgrenser mot omgjøring som skjer som ledd i klageomgang. Forvaltningen står i utgangspunktet fritt til å behandle en sak på nytt når omgjøringskompetansen er hjemlet i § 35.<sup>13</sup> Denne friheten har forvaltningen derimot ikke når omgjøringskompetansen utløses på bakgrunn av en klage.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Jf. forvaltningsloven første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

<sup>9</sup> Særlig å avgjøre om en avgjørelse faller inn under vedtaksbegrepet krever nærmere tolkning, se for eksempel Rt. 1999 s. 1517. Til sak 2015/3270 og sak 2015/3275 (felles uttalelse) vurderte Sivilombudsmannen om Riksantikvarens presiseringsdokumenter i forbindelse med gjennomgangen av alle vedtaksfredninger kunne anses som enkeltvedtak.

<sup>10</sup> Blant annet Graver (2015) s. 364–377, Woxholth (2011) s. 97–103, Eckhoff (2018) s. 264–266, og Tøssebro (2020) s. 22–27.

<sup>11</sup> Forvaltningsloven gjelder «forvaltningsorganers virksomhet», og forvaltningsorganer er definert som «et hvert organ for stat eller kommune», jf. forvaltningsloven § 1 første og annet punktum.

<sup>12</sup> Begrepet er hentet fra Wallevik (2015) s. 147.

<sup>13</sup> Se punkt 5.1 for spørsmålet om forvaltningens revurderingsplikt.

<sup>14</sup> Jf. Forvaltningsloven § 33 annet ledd første punktum.

Jeg vil i fremstillingen undersøke i hvilken grad uttrykket «kan» i § 35 gir uttrykk for når det bør treffes endrende vedtak i saken. Problemstillingene må derfor avgrenses mot spørsmål som omhandler når det foreligger omgjøringskompetanse. Innholdet av betingelsene for omgjøring vil derfor ikke bli behandlet.

Av samme grunn må det foretas en avgrensning mot følgene av omgjøringsvedtaket. Med det mener jeg omgjøringsvedtakets innhold (hva vedtaket går ut på), og hvilke absolutte skranker og kvalitative krav som stilles til vedtakets innhold.<sup>15</sup>

Fremstillingen vil også avgrenses så langt det lar seg gjøre mot alternative rettsmidler.<sup>16</sup> Når forvaltningen vurderer om den skal omgjøre ugyldige vedtak, vil også andre reaksjoner kunne vurderes slik som strafferettslig forfølgelse, erstatning, administrativ sanksjon og andre reaksjonsformer.<sup>17</sup> Hvorvidt et rettsmiddel skal brukes til fordel for omgjøring vil imidlertid kunne påvirke «kan-vurderingen». Det vil derfor ikke være mulig å avgrense fullstendig mot disse alternativene til omgjøring.<sup>18</sup>

Jeg har ikke til formål å undersøke rekkevidden av eventuelle begrensninger i omgjøringsadgangen som settes av internasjonale kilder. Likevel er det klart at dersom våre forpliktelser etter EMK og EU-retten påvirker «kan-vurderingen», vil det ikke være mulig å gjøre en fullstendig avgrensning mot de internasjonale rettskildene. Reglene er en del av norsk rett, men på bakgrunn av de tidsmessige og plassmessige grensene av prosjektet vil jeg ikke gå i dybden av disse reglene.

## **2 Hensyn**

### **2.1 Generelle hensyn bak forvaltningens adgang til å omgjøre**

Et av formålene bak opprettelsen av forvaltningsloven var blant annet å sikre ivaretagelse av borgernes rettsikkerhet, samtidig som forvaltningsoppgavene ble gjennomført på en tilfredsstillende måte.<sup>19</sup> Som grunnleggende verdier utgjør de også utgangspunktet for de

---

<sup>15</sup> Tøssebro (2020) s. 403.

<sup>16</sup> Som jeg skal undersøke i del II, er omgjøringsadgangen en konkret avveining av flere momenter hvor blant annet alternative reaksjoner vil være et moment. Derfor er det ikke mulig å gjøre en fullstendig avgrensning.

<sup>17</sup> Tøssebro (2020) s. 76.

<sup>18</sup> Momenter som påvirker «kan-vurderingen» er tema i punkt 6.

<sup>19</sup> NUT 1958:3 s. 14.

interesseavveininger mange av lovens bestemmelser legger opp til.<sup>20</sup> Paragraf 35 er et eksempel på en bestemmelse som legger opp til en bred interesseavveining. I spørsmål om omgjøringsadgangen etter § 35 skal brukes, er det nettopp en interesseavveining med utgangspunkt i lovens underliggende formål som har betydning for hvordan «kan-skjønn» bør utøves.

Det er mange hensyn som kan ha betydning i forvaltningens vurdering av om det bør treffes omgjøringsvedtak. Jeg har ikke til formål å lage en uttømmende liste over alle hensyn som begrunner omgjøringsreglene i seg selv. Gitt avhandlingens emne, er det først og fremst naturlig å forsøke å si noe om de hensyn som begrunner hvorfor det er begrepet «kan» som er valgt i en regel som i forvaltningsloven § 35. I tillegg vil jeg forsøke å belyse de underliggende hensynene bak momentene som er relevante i utøvelsen av «kan-skjønn».

Spørsmålet er hvilke hensyn som begrunner «kan» fremfor «må». Dette er et spørsmål som omhandler lovgivers lovtekniske valg og som svært sjelden fremgår av lovteksten selv. Likevel vil de hensyn som begrunner lovens opplistede omgjøringsgrunner, langt på vei være sammenfallende med de hensynene forvaltningen rent konkret ser hen til når de føler at de må omgjøre vedtaket selv om det ikke foreligger en rettslig plikt.

Et hensyn som taler mot omgjøringsplikt («skal» omgjøre) er ressurs hensyn. Hvis forvaltningen skulle pålegges en omgjøringsplikt, ville det krevd vesentlig med tid og ressurser for å utarbeide en uttømmende regulering for hvert enkelt tilfelle som skulle tilsi at omgjøringsadgangen skulle bli benyttet. Det ville mest sannsynlig heller ikke blitt tilfredsstillende. Mesteparten av forvaltningen skjer i den spesielle forvaltningsretten, og det er særlig her konkrete problemstillinger reises. Lovgiver står langt unna disse situasjonene. En delegasjon av myndighet til å vurdere hvilke tilfeller som tilsier omgjøring (jf. «kan»), sparer både ressurser og sikrer mer treffende gjennomføring av lovens underliggende formål som jeg skal belyse nedenfor. «Kan» er et uttrykk for at lovgiver ser forvaltningen som best egnet til å gjøre vurderingen av hvilke situasjoner som nødvendiggjør et omgjøringsvedtak.

Delegasjonen av omgjøringskompetansen krever også at det stilles krav til forvaltningens forutgående undersøkelser i saken. Hensynet til tilfredsstillende utredning har derfor betydning for «kan-vurderingen». De som står nærmest borgerne har i større grad mulighet til å gjøre tilfredsstillende undersøkelser og treffe materielt riktig avgjørelser. Det er i seg selv et moment som taler mot at overinstansen overprøver underinstansens skjønn. På den annen side

---

<sup>20</sup> Se for eksempel forvaltningsloven § 11 om forvaltningens veiledningsplikt, § 17 om utredningsplikt, og § 31 om oppreisning.



kan man tenke seg at forvaltningsorganet som står tett på saken lettere kan bli påvirket av hensyn som kun beskytter den private part, og i mindre grad se hvilke overordnede offentlige interesser som må ivaretas fordi de har særlig nærhet til parten. Det begrunner at forvaltningsområder hvor det gjør seg gjeldende sterke offentlige interesser, i større grad kan åpne for en overprøving av skjønnet.<sup>21</sup>

Hensynet til fleksibilitet tilsier også at forvaltningen på eget initiativ bør kunne bestemme om en avgjørelse må endres eller oppheves.<sup>22</sup> Det er nødvendig at statlige organer i en viss grad har handlingsrom slik at politiske målsettinger kan bli nådd. Hensynet kommer til uttrykk i lovforarbeidene hvor det pekes på at «spørsmålet om adgang til å endre eller rette vedtak av så sammensatt og kompleks karakter at man bør avstå fra en fullstendig regulering».<sup>23</sup> Det viser for det første til at forvaltningen skal kunne stå fritt til å vurdere hvilke situasjoner som kan tilsi omgjøring jf. § 35 fjerde ledd, men også fleksibiliteten som ligger i «kan» som gir forvaltningen valget om den vil benytte seg av sin omgjøringskompetanse.

Fleksibilitet sikrer også konkret rimelighet. Ved la forvaltningen ha omgjøringsfrihet kan man i større grad sikre at avgjørelsens utfall ikke blir urimelig fordi det kan ses hen til andre aktuelle interesser i saken. Forvaltningen kan komme til at primærvedtaket er ugyldig, men la vedtaket stå fordi hensynet til partens innrettelse med stor tyngde taler for å la vedtaket stå. Dette er spesielt tydelig hvis ugyldigheten skyldes feil fra forvaltningens side. Derimot vil skyld fra den privates part side medføre at deres interesser ikke lenger kan tillegges samme vekt.<sup>24</sup>

Det som imidlertid kan tale mot «kan-kompetansen» er hensynet til likbehandling. Selv om det gjelder et overordnet prinsipp om at forvaltningen skal behandle like tilfeller likt vil det være ulike personer som skal foreta «kan-vurderinger». «Kan» krever for det første at den som gjør vurderingen har tilstrekkelige ferdigheter til å avbalansere de aktuelle hensynene i saken. Retningslinjene for skjønnet følger ikke av loven selv, og er lite tilgjengelig i autorative rettskilder. I tillegg kommer det faktum at den enkelte rettsanvender i ulik grad vil være styrt av lojalitet til andre organer i forvaltningshierarkiet. Hvordan «kan»-vurderingen gjøres kan derfor bli ganske forskjellig fra rettsanvender til rettsanvender, og fra forvaltningsorgan til forvaltningsorgan. En slik ulikeartet praksis vil være i strid med hensynet

---

<sup>21</sup> NUT 1958:3 s. 240.

<sup>22</sup> Tøssebro (2020) s. 427.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 97.

<sup>24</sup> Et eksempel på at innrettelseshensynet blir tillagt mindre vekt på grunn av partens egen bebreidelse ser man i SOM-2014-3496.

til forutberegnelighet. Både de som anvender reglene og de reglene blir anvendt mot kan bli usikre på hva som er gjeldende rett.

Likevel er det noen retningslinjer rettsanvenderen må følge ved utøvelsen av «kan-kompetansen». Oppramsingen av en rekke betingelser i forvaltningsloven § 35, er uttrykk for situasjoner lovgiver har ansett som aktuelle for å begrunne bruk av omgjøringskompetansen. De taler derfor i utgangspunktet med stor tyngde for at forvaltningen bør benytte seg av adgangen til å omgjøre dersom de foreligger. Likevel er det begrepet «kan» som har blitt brukt, noe som indikerer at det ikke må omgjøres i alle saker hvor det foreligger en omgjøringsgrunn. En omgjøringsgrunn kan være et nødvendig vilkår, men ikke en tilstrekkelig grunn til å begrunne omgjøring. Vurderingen krever nærmere avveining. Momentene som inngår i helhetsvurderingen, er tema i punkt 6.

## **2.2 Særlige hensyn ved omgjøring av vedtak i landbruksforvaltningen**

Mine analyser i del III er gjort av vedtak hvor Landbruksdirektoratet har behandlet klager på Fylkesmennes omgjøringsvedtak. Vedtakene gjelder tilskuddsordninger i landbruket. Landbruksforvaltningen og særlig produksjonstilskuddsordningen er et forvaltningsområde hvor det kan sies å foreligge sterke offentligrettslige hensyn. Det overordnede formålet med produksjonstilskuddene er «å bidra til et aktivt og bærekraftig jordbruk innenfor de målsettinger Stortinget har trukket opp».<sup>25</sup> Landbruket benytter seg av samfunnets felles naturressurser. Det gis tilskudd til blant annet dyrkning av mark, dyrehold for produksjon av mat som resten av befolkningen skal konsumere, og drift av et økologisk landbruk.<sup>26</sup> Samfunnet har derfor sterke interesser i at tilskuddene utbetales til foretak som overholder regelverk som sikrer hensyn til særlig miljø og dyrevelferd.<sup>27</sup>

Som følge av de sterke offentligrettslige hensynene som gjør seg gjeldende, vil kommunens «kan-kompetanse» i større grad være styrt av overordnede organer. Det har også sammenheng med at produksjonstilskuddsordningen er en tilskuddsordning finansiert av statlige midler.<sup>28</sup> På forvaltningsområder hvor midlene kommunen fordeler er kommunens egne vil instruksjonsmyndigheten være begrenset som følge av det kommunale selvstyret. I

---

<sup>25</sup> Forskrift om produksjonstilskudd og avløsertilskudd i jordbruket § 1.

<sup>26</sup> Landbruksdirektoratet (2020).

<sup>27</sup> At hensynet til forsvarlig bruk samfunnets midler har stor betydning i produksjonstilskuddsordningen, har sammenheng med at tilskuddsordningen underlagt statens økonomireglement, «Reglement for økonomistyring i staten» se særlig kapittel 6. Etter dette regelverket er direktoratet som tilskuddsutbetaler pliktet til å sørge for at bruk av statens midler skjer i tråd med lover og forskrifter, og ha rutiner som sikrer tilbakebetaling der det blir betalt ut for mye tilskudd.

<sup>28</sup> Se det årlige jordbruksoppgjøret og den tilhørende jordbruksavtalen.

landbruksforvaltningen, og særlig produksjonstilskuddsordningen vil staten ha en ekstra sterk interesse i at tilskuddene blir fordelt i tråd med gjeldende regelverk og politiske målsettinger.

Produksjonstilskuddsordningen er en ordning hvor private landbruksforetak selv sender inn søknad om støtte. For det første tilsier en aktiv søknad at det må stilles visse krav til de som søker og de opplysninger som inngis. Selv om kommunen har en utredningsplikt, vil dette hensynet i mindre grad være aktuelt når vedtaket treffes på bakgrunn av opplysninger søker aktivt har gitt. I tillegg vil søker som profesjonell part stilles større kjennskap til regelverket enn hva man kan for eksempel kreve av en «vanlig» person som søker om sykepenger hos NAV.<sup>29</sup> Hensynet til hvem som er å bebreide vil derfor være særlig aktuelt i spørsmål om omgjøringsadgangen skal brukes i de vedtakene jeg har undersøkt.

### **3 Rettskildebildet og min metode**

#### **3.1 Del II – den rettsdogmatiske delen**

Oppgaven er inndelt i fire deler. Del II omhandler «kan-kompetansen» i forvaltningsloven § 35 etter gjeldende rett, og er knyttet opp mot den første overordnede problemstillingen. Denne delen tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk analyse. Den rettsdogmatiske analysen er den måten jurister analyser rettskildebildet for å besvare rettsspørsmål. I den forbindelse oppstår det imidlertid et metodisk spørsmål; når lovgiver har eksplisitt forutsatt at omgjøringsadgangen er diskresjonær (jf. «kan»), kan den alminnelige lovtolkningslære anvendes for å fastlegge retningslinjer for hvordan denne kompetansen skal brukes? Jeg vil forsøke å besvare problemstillingen i følgende.

Hvor fritt forvaltningen står til å vurdere om, og på hvilken måte, omgjøringskompetansen skal brukes, er tema i del II. Grensene for forvaltningens frihet til å vurdere om kompetansen skal brukes, må fastlegges på bakgrunn av alminnelig juridisk metode. Hvis man etter en tolkning kommer til at forvaltningen står fritt til å vurdere om det skal omgjøres, vil «kan-skjønnet» fremdeles ikke være helt fritt. Forvaltningslovens forarbeider gir anvisning på noen hensyn og momenter som har betydning for hvordan kompetansen bør brukes. Disse utgjør retningslinjer for den skjønnsmessige vurderingen. Det samme gjelder andre rettskilder hvor hensynene blir vurdert. Likevel utgjør ikke disse rettskildene begrensninger for omgjøringskompetansen. Lovgiver har gitt forvaltningen vurderingsfrihet. Det tilsier at den

---

<sup>29</sup> Det stilles imidlertid krav om kjennskap til regelverk og deres opplysningsplikt til de som søker om ytelser fra folketrygden også. Likevel oppstilles ikke en like streng aktsomhetsnorm som for de profesjonelle næringsdrivende som søker om direktetilskudd i landbruket.

står fritt til å vektlegge også andre hensyn så lenge de er aktuelle i den konkrete sak, og ikke kommer i strid med læren om utenforliggende hensyn.<sup>30</sup>

Forvaltningen «kan» omgjøre hvis det foreligger en omgjøringsgrunn. Utover dette gir ordlyden lite veiledning for i hvilke situasjoner omgjøring er aktuelt, og hva som må vektlegges i vurderingen av om det bør treffes endrende vedtak. Jeg har i fremstillingen derfor måtte bygge på andre rettskilder for å vurdere i hvilken grad «kan» gir uttrykk for at det bør omgjøres.

Selv om det eksisterer en rekke lovforarbeider til forvaltningsloven, fremgår det i liten grad hvordan forvaltningen skal bruke sin omgjøringskompetanse i konkrete tilfeller. De gir imidlertid uttrykk for generelle og spesielle lovhensyn som utgjør utgangspunktet for den skjønsmessige avveiningen av om omgjøringskompetanse skal anvendes. Med generelle lovhensyn mener jeg forvaltningslovens overordnende formål, mens de spesielle er de hensyn særlig § 35 bygger på. Mer konkrete retningslinjer for skjønnet må likevel søkes utenfor lovforarbeidene.

I den sammenheng må også min bruk av lovutkastet til *Ny forvaltningslov* (NOU 2019:5) kommenteres. Etersom det nå kun er kommet et lovutkast som er det første formelle steget i lovgivningsprosessen, vil det etter min mening anses som et etterarbeid. Etterarbeider har i seg selv begrenset vekt.<sup>31</sup> Jeg vil likevel bruke det hvor det gir uttrykk for gjeldende rett. Dessuten vil det være interessant å se på hvordan lovforslaget stiller seg i forhold til de konklusjoner jeg treffer i undersøkelsen av forvaltningens omgjøringskompetanse som er tema i punkt 11.

Rettspraksis vil bli benyttet i fastleggelsen av gjeldende rett, men likevel i mindre grad enn det som ellers er vanlig i den alminnelige lære. Ordlyden må etter den alminnelige lære tillegges stor vekt og uttrykket «kan» legger vurderingen i utgangspunktet ikke til domstolen, men til forvaltningen. Likevel vil jeg anvende rettspraksis i den grad det finnes, vekten vil derimot kunne svekkes av andre kilder som på dette område må tillegges større vekt. Det må likevel nevnes at det finnes svært lite rettspraksis som eksplisitt omhandler «kan-vurderingen» i forvaltningsloven § 35. Det kan ha sammenheng med at domstolen tar avstand fra å prøve dette spørsmålet nettopp fordi det er opp til forvaltningen å gjøre avveiningen «kan» legger opp til.

---

<sup>30</sup> Graver (2015) s. 254–255.

<sup>31</sup> Bergo (2019) s. 192 med videre referanser.

På grunn av et relativt begrenset rettskildebilde og sammenhengen dette har med «kan» som markør for forvaltningens diskresjonære kompetanse, vil forvaltningspraksis anvendes mye i fremstillingen. Med «forvaltningspraksis» sikter jeg til «uttalelser om rettsspørsmål som kommer til uttrykk i forvaltningens virksomhet».<sup>32</sup> I Torstein Eckhoffs *Rettskildelære* ble det foretatt en analyse hvilke kriterier Høyesterett så hen til når de vektla forvaltningspraksis. De oftest uttrykte kriteriene er at praksisen må ha en viss varighet, omfang og konsekvens.<sup>33</sup> Andre kriterier som har blitt trukket frem er tilgjengelighet, klarhet, private parters interesser og berettigede forventinger, rettsoppfantingsens kvalitet og praksisens art.<sup>34</sup>

Jeg analyserer også forvaltningspraksis i del III. Denne praksisen vil jeg imidlertid ikke vektlegge som rettskilde i undersøkelsen av gjeldende rett i del II. Forsjellen i mitt metodiske valg i å utelate praksis fra Landbruksdirektoratet i del II er begrunnet i kriteriene som gjennomgått i forregående avsnitt.

Når det gjelder Sivilombudsmannens praksis tilsier organets funksjon som forvaltningsrettslig kontrollorgan at avgjørelsene må ha en viss tyngde. Samtidig befinner man seg på et rettsområde hvor rettskildebildet allerede er spinkelt noe som kan tilsi at vekten av disse uttalelsene i noen grad vil bli større. De momenter som trekkes frem i uttalelsen vil kunne utgjøre retningslinjer for «kan-skjønnet» som forvaltningstjenestens ansatte kan vise til i sine vurderinger. På den måten bidrar praksisen til rettsikkerhet og etterlevelse av likhetsprinsippet. Et annet moment som tilsier at denne praksisen må tillegges en del vekt er at de fleste forvaltningsrettslige saker heller klages inn til andre kontrollorganer slik som Sivilombudsmannen, fremfor inn for domstolene.<sup>35</sup> Likevel kan ikke praksisen tas til inntekt for å oppstille klare begrensinger for hvordan omgjøringskompetansen skal brukes fordi ordlyden ikke gir grunnlag for en slik tolkning. Med det mener jeg at det for eksempel ikke kan å sette opp absolutte tidsfrister for omgjøringsadgangen. En slik frist eller begrensning for bruken av omgjøringskompetansen må i så fall ha støtte i andre autorative rettskilder.

### **3.2 Del III – den empiriske delen**

Del III omhandler hvordan landbruksforvaltningen gjør «kan-vurderingen» i praksis, og knytter seg til den andre overordnede problemstillingen. Til forskjell fra del II vil jeg bruke en

---

<sup>32</sup> Eriksen (2019) s. 293.

<sup>33</sup> I Rt. 1995 s. 54 ble praksisen varighet tillagt betydelig vekt, derimot i Rt. 2006 s. 991 oppfylte praksisen ikke dette kravet og ble følgelig ikke tillagt vekt. Omfanget av praksisen har blant annet blitt vektlagt i HR-2016-2017-A, men kun i en viss grad, og motsetningsvis Rt. 2007 s. 801 hvor tre ganger ble ansett som for spinkel praksis. Kravet om konsekvent praksis har blitt oppstilt i bla. Rt. 1975 s.992 og Rt. 2008 s. 688 hvor praksisen i de to sakene ikke kunne sies å være klar nok.

<sup>34</sup> Eriksen (2019) s. 320 – 330.

<sup>35</sup> Eriksen (2019) s. 295–296.

empirisk analyse for å undersøke hvordan «kan-kompetansen» faktisk utøves i vedtak fattet av Landbruksdirektoratet. I del IV vil jeg forsøke å sammenstille funnene jeg gjør i del III opp mot gjeldende rett som undersøkt i del II.

I motsetning til en analyse av praksis som ligger tilgjengelig på Lovdata hvor man kan legge inn søkeord for å finne frem relevant praksis, måtte jeg begrense denne analysen på en annen måte fordi praksisen ikke lå i en systemisert database. Analysen tok utgangspunkt i Landbruksdirektoratets nyeste praksis av vedtak truffet i medhold av produksjonstilskuddsforskriften.<sup>36</sup> Jeg undersøkte alle saker fra 2019 til 2020 hvor det hadde blitt truffet omgjøringsvedtak etter § 35. I 2019 ble det truffet totalt 71 vedtak hvorav 15 omhandlet § 35. I 2020 er det per oktober truffet 72 vedtak hvor 21 omhandlet § 35.

Underveis i analysen ble det tydelig at rettsanvenderen ikke alltid hadde et bevisst forhold til at det i teorien er snakk om to vurderinger: i) spørsmål om det foreligger omgjøringskompetanse og ii) om kompetansen skulle brukes i den konkrete sak. For eksempel i saker som omhandlet § 35 første ledd bokstav c var det ofte vanskelig å skille ut hvilke momenter som hørte under direktoratets vurdering av «kan», og hvilke som ble vektlagt i ugyldighetsvurderingen. For å skille ut hvilke vedtak som var relevante for «kan-vurderingen» måtte jeg derfor tolke vurderingene som ble gjort. Hvis de ga uttrykk for en bredere interesseavveining enn kun vurderingen av om det forelå omgjøringsgrunn, anså jeg vedtaket for å tilfredsstille kravet til selvstendig vurdering av «kan».

De vedtakene jeg har undersøkt er truffet i klageomgang. Landbruksdirektoratet er overordnet organ til både kommunene og Fylkesmennene. «Kan-kompetansen» tilkommer både vedtaksorganet og overordnet organ.<sup>37</sup> Vurderingen av «kan» vil derfor kunne utspille seg ulikt i de forskjellige organene. Samtidig er det skjønnlagt til vedtaksorganet selv, noe som skulle tilsi en viss tilbakeholdenhet ved prøvelse av underordnet organs skjønn. Likevel vil ikke overordnet organs myndighet begrenses i samme grad hvor det foreligger særlige offentlige interesser.<sup>38</sup> Som behandlet under punkt 2.2 er produksjonstilskuddsordningen en særlig landbruksordning basert på statlige midler, noe som nødvendiggjør større grad av kontroll (og adgang til å styre «kan-vurderingen» av overordnet organ).

Spørsmålet i vedtakene som er analysert er om Fylkesmannen har hatt kompetanse til å omgjøre etter § 35, og om interessene i den konkrete sak etter en skjønnsmessig helhetsvurdering tilsier at vedtaket bør omgjøres. Direktoratet prøver saken fullt ut, ofte med

---

<sup>36</sup> Forskrift om produksjonstilskudd mv. i jordbruket.

<sup>37</sup> Jf. § 35 andre ledd, jf. første ledd.

<sup>38</sup> Se punkt 2.1.

utgangspunkt i de momenter Fylkesmannen har trukket frem i sin vurdering. Likevel er det direktoratets vurdering av omgjøringsadgangen jeg har analysert.

Analysen jeg har gjort vil kunne vise en tendens i praksis, men den er ikke uten svakheter og feilkilder. Disse svakhetene og mulige feilkildene vil jeg kort påpeke i det følgende.

Analysen har en kvalitativ tilnærming. Jeg har ikke gått gjennom et stort nok utvalg avgjørelser for å kunne si at det er et fullstendig representativt utvalg. Fokus i analysen er om det gjøres «kan-vurderinger», og i så fall hvilke momenter som blir brukt for å begrunne at kompetansen bør eller ikke bør brukes.

Perioden jeg har undersøkt er ikke veldig lang. Det vil ha betydning for blant annet spørsmål om praksisen kan tas til inntekt som uttrykk for en ulovfestet omgjøringsplikt, jeg viser til punkt 3.1 hvor kravene for forvaltningspraksis som rettskilde gjennomgås.

## **DEL II OMGJØRINGSKOMPETANSENS INNHOLD**

### **4 Om forvaltningens omgjøringskompetanse etter § 35 er diskresjonær**

#### **4.1 Modaliteten som utgangspunkt for forvaltningens vurderingsfrihet**

Det har i juridisk teori blitt hevdet at rettsregelen som utgangspunkt består av to elementer, vilkårssiden og følgessiden.<sup>39</sup> Vilkårssiden angir hvilke vilkår som må foreligge for at rettsregelens følgesside skal inntreffe. Den andre delen kalt følgessiden, angir hva som blir den mulige virkningen av at vilkårene på vilkårssiden foreligger.

De rettslige normene inndeles på grunnlag av om de oppstiller et rettslig grunnlag for plikt, kompetanse eller kvalifiseringen.<sup>40</sup> Normene er behandlet nærmere av Torstein Eckhoff og Eivind Smith i læreboken «Forvaltningsrett» på side 47 følgende. Her fremgår det blant annet at hvis rettsregelen angir hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge kompetanse, står man ovenfor en kompetansenorm. De definerer *kompetanse* som evnen til å «etablere nye rettsposisjoner».<sup>41</sup> Hvis kompetansenormen er kombinert med en pliktregel<sup>42</sup>, vil kompetansegrunnlaget også si noe om hvorvidt det foreligger en plikt, eller en frihet til å

---

<sup>39</sup> Sml. Boe (2010) s. 39.

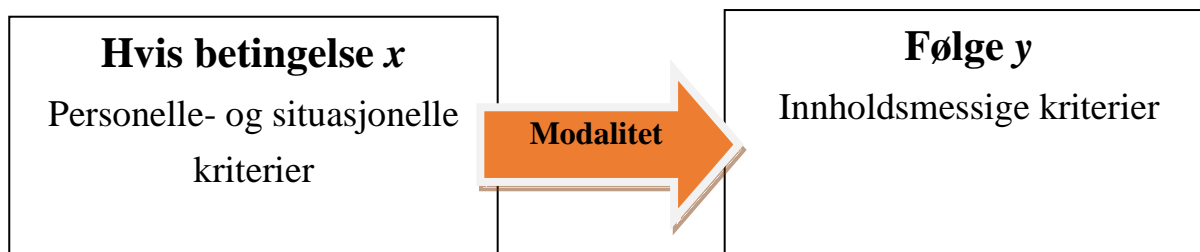
<sup>40</sup> Se for eksempel Eckhoff (2018) s. 47.

<sup>41</sup> Graver (2015) s. 201 definerer kompetanse som «evne til å fastsette normer». I Tøssebro (2020) s. 364 er definisjonen av kompetanse presisert som «en evne til å treffe avgjørelser som er rettslig bindende».

<sup>42</sup> Definert som rettslige normer angir *hva man har eller ikke har plikt til*, se Eckhoff (2018) s. 47.

velge når og hvordan kompetansen skal brukes.<sup>43</sup> Ved bruk av modale hjelpeverb gir lovgiver uttrykk for nødvendigheten av at kompetansen brukes.<sup>44</sup>

**Figur 1:** Engelsk beskrivelse av kompetansenormene.<sup>45</sup>



Kompetansenormene kan derfor sies å bestå av tre elementer: hvis betingelse *x* (vilkårsiden), *modalitet* (kan/skal/må/bør), rettsfølge *y* (følgessiden). Når *x* foreligger på vilkårsiden, er det modaliteten som uttrykker lovgivers syn på nødvendigheten av at *y* skal inntreffe. De vanligste modale hjelpeverbene, er «skal» eller «må»<sup>46</sup>, og «kan»<sup>47</sup> og «bør»<sup>48</sup>. Hvilket modalt hjelpeverb som er brukt sier noe om utsagnet er et pliktutsagn, kompetanseutsagn eller noe annet.<sup>49</sup> Modaliteten gir derfor uttrykk for om og hvordan kompetansen i en kompetansenorm skal brukes.

Uttrykket «skal» gir uttrykk for en sterk grad av nødvendighet, så sterk nødvendighet at det ikke gir rom for valg eller avveielser. Det samme gjelder «må». Ytringen må tolkes som en «plikt til å handle når lovens forutsetninger foreligger».<sup>50</sup> Forvaltningen er dermed gitt kompetanse til å foreta seg noe, men ikke gitt kompetanse til å vurdere om og når kompetansen som følger av kompetansenormen skal brukes. Når både vilkårsiden og følgessiden fullt ut er regulert av kompetansegrunnlaget står man ovenfor lovbundne vedtak.<sup>51</sup>

---

<sup>43</sup> Tøssebro (2019), s. 194.

<sup>44</sup> Store norske leksikon (2017).

<sup>45</sup> Basert på en tolkning av Eng (2007) s. 41 og 87-90

<sup>46</sup> Tøssebro (2019) s. 194, og også Moen (2018) s. 37.

<sup>47</sup> Se for eksempel LH-2005-119464.

<sup>48</sup> Eksempler fra lovgivningen finner man blant annet i forurensningsloven § 34, og naturmangfoldloven §§ 23 og 49.

<sup>49</sup> Eng (2007) s. 41–42.

<sup>50</sup> Tøssebro (2019) med videre henvisninger.

<sup>51</sup> Graver (2015) s. 254



Dersom loven bruker uttrykket «kan», åpnes det for bruk av skjønn.<sup>52</sup> Hjemmelen for skjønn er uttrykket «kan».<sup>53</sup> Stortinget har forutsatt at forvaltningen i slike tilfeller som utgangspunkt står fritt til å vurdere om og hvordan kompetansen skal brukes.<sup>54</sup> Denne kompetansefriheten er i praksis og teorien kalt forvaltningens diskresjonære kompetanse.<sup>55</sup> Dette står som en klar motsetning til de tilfeller hvor kompetansen er løvbundet, jf. avsnittet over. Hvis loven bruker uttrykket «bør», vil det kunne anses å være en mellomting mellom «skal» og «kan».<sup>56</sup>

Tema for denne fremstillingen er modaliteten i forvaltningens omgjøringskompetanse som hjemlet i forvaltningsloven § 35. Felles for de alternative omgjøringsgrunnlagene etter denne bestemmelsen er det modale hjelpeverbet «kan». Foreligger vilkårene som gir omgjøringskompetanse (vilkårssiden), «kan» (modalitet), forvaltningen omgjøre vedtaket (følgessiden). Bestemmelsens utforming gir derfor etter sin ordlyd forvaltningen *vurderingsfrihet*.<sup>57</sup>

Ordlyden «kan» er uklar og gir kun et utgangspunkt for rekkevidden av skjønn. Grensene må fastlegges ut fra flere rettskilder. Noen ganger fremgår det direkte av loven momenter eller hensyn som forvaltningen må se hen til når den vurderer om og hvordan kompetansen skal brukes.<sup>58</sup> Andre ganger må rekkevidden av forvaltningens skjønnsfrihet fastlegges på bakgrunn av en tolkning av det øvrige rettskildebildet.<sup>59</sup>

I § 35 oppstilles det kun hvilke betingelser som må foreligge for at kompetansen til å omgjøre skal foreligge. Det fremgår ingen retningslinjer for «kan-vurderingen» i selve lovbestemmelsen. Av den grunn er interessant å undersøke om det øvrige rettskildebildet underbygger lovens ordlyd som grunnlag for forvaltningens vurderingsfrihet og omgjøringsfrihet, og dette er tema i neste punkt.

---

<sup>52</sup> Tøssebro (2019) 195–196 betegner dette som et *modalitetskjønn*.

<sup>53</sup> Boe (1981) s. 40–41.

<sup>54</sup> NUT 1958:3 s. 374–375.

<sup>55</sup> Se blant annet Rt. 2013 s. 484 i avs. 33, og Eckhoff (2018) s. 364 og 376. Hvis skjønn til å vurdere om forvaltningen skal ta i bruk sin kompetanse er fritt, har forvaltningen blitt utstyrt med en diskresjonær kompetanse, jf. nevnte kilder.

<sup>56</sup> Tøssebro (2019) s. 196.

<sup>57</sup> Graver (2007) s. 366–367.

<sup>58</sup> For eksempel forurensningsloven § 18.

<sup>59</sup> Graver (2015) s. 254.

## 4.2 Forvaltningens omgjøringsfrihet som rettslig utgangspunkt

Med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden «kan» i forvaltningsloven § 35 vil ordlyden gi grunnlag for to ulike tolkningsalternativer. For det første vil «kan» kunne være uttrykk for at forvaltningen har *kompetanse* til å omgjøre dersom det foreligger en omgjøringsgrunn. «Kan» vil da være et rent uttrykk for at det foreligger kompetanse.<sup>60</sup> Med det som utgangspunktet vil omgjøringsadgangen bli begrenset av de vilkårene bestemmelsen oppstiller.

For det andre vil «kan» kunne være uttrykk for at forvaltningen har *frihet til å velge* om den skal treffe endrende vedtak. I det ligger det en frihet til å velge hvorvidt kompetansen til å omgjøre vedtak skal brukes, forutsatt at betingelsene for å bruke denne kompetansen foreligger. Nærmest en språklig forståelse av ordlyden ligger dette tolkningsalternativet.

Selv om ordlyden «kan» i forvaltningsloven § 35 indikerer at forvaltningen står fritt til å vurdere om omgjøringskompetansen skal brukes, finnes det eksempler på at bestemmelser i forvaltningslovens som gir uttrykk for valgfrihet likevel fortolkes som «må».<sup>61</sup> Hvilket tolkningsalternativ «kan» i § 35 gir uttrykk for, må fastlegges på bakgrunn av det øvrige rettskildebildet.

Til støtte for at «kan» i § 35 må tolkes som uttrykk for valgfrihet, underbygges av uttalelser i et av lovens forarbeider.<sup>62</sup> Her fremgår det at omgjøringsreglene gjelder rettingsadgangen forvaltningen er tildelt, ikke en plikt til å treffe omgjøringsvedtak. Uttalelsen underbygger at forvaltningen derfor som utgangspunkt står fritt til å vurdere om den vil benytte seg av omgjøringskompetansen.

Også rettspraksis underbygger at «kan» må forstås etter sin ordlyd og at forvaltningen derfor som utgangspunkt har omgjøringsfrihet.<sup>63</sup> I dommen inntatt i Rt. 2006 s. 1382 ga førstvoterende uttrykk for at kompetansefordelingen som følger av § 35, tilsier at forvaltningen selv må gjøre vurderingen av om vedtaket bør omgjøres:

---

<sup>60</sup> Eckhoff (2018) s. 48.

<sup>61</sup> For eksempel forvaltningsloven § 25 tredje ledd. Det fremgår at forvaltningen «bør» nevne de hensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn. I Høyesteretts kjennelse Rt. 2008 s. 96 ble det uttalt at «[s]elv om bestemmelsen bruker uttrykket «bør», er den forstått slik at det i en viss utstrekning – avhengig av vedtakets karakter – er et krav at begrunnelsen omfatter disse elementene». Det stilles derfor krav til at de viktigste hensynene i begrunnelsen *må* nevnes til tross for at ordlyden er «bør».

<sup>62</sup> Ot.prp.nr.3 (1976–1977) s. 98. Dette synes også forutsatt i NOU 2019:5 s. 402, sml. s. 417.

<sup>63</sup> Se for eksempel HR-2019-2396-A i avsn. 75, og LB-2005-172949, LA-2007-64532, og LH-2015-167189.

«Forvaltningslova § 35 andre ledd jf. første ledd gir høve til omgjerung av ugyldige vedtak, men fastset inga plikt til det. Om domstolane i slike tilfelle la til grunn omgjerung, ville det vere å gå inn i plassen til forvaltninga og vurdere kva som er tenleg eller nødvendig som omgjeringsgrunnlag. Det verken bør eller kan domstolane gjere». <sup>64</sup>

Det samme utgangspunktet har blitt fremført i forvaltningspraksis. <sup>65</sup> Sivilombudsmannen har i flere saker lagt til grunn at «kan» i § 35 hjemler forvaltningens kompetanse til å fritt vurdere om den vil omgjøre vedtak. <sup>66</sup> Særlig gir uttalelsen fra 2018 klart uttrykk for at «kan» er et uttrykk for vurderingsfrihet:

«Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c gir i utgangspunktet Fylkesmannen «fritt skjønn» for vurdering av om et ugyldig vedtak skal omgjøres. Fylkesmannen har etter § 35 ingen plikt til å omgjøre et ugyldig vedtak». <sup>67</sup>

I juridisk teori har det også blitt hevdet at forvaltningen har frihet til å bruke sin omgjøringskompetanse. <sup>68</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith skriver i sin lærebok:

«Og selv om resultatet av en slik vurdering blir ugyldighet til skade for den private part, følger det ikke av § 35 første ledd bokstav c at omgjøring skal skje. Bestemmelsen gir bare frihet til dette («kan»), noe som åpner for å la vedtak som i utgangspunktet er ugyldige, bli stående likevel». <sup>69</sup>

Paragraf 35 er en generell omgjøringsregel. På noen forvaltningsområder finnes omgjøringsregler som ikke åpner for at forvaltningen selv kan vurdere om omgjøringskompetansen bør brukes. <sup>70</sup> Om lovgiver bevisst har gått inn for å fjerne vurderingsfriheten på alle forvaltningsområder hvor det foreligger hensyn som tilsier at forvaltningen ikke bør ha denne friheten, har jeg ikke undersøkt i dette prosjektet. Likevel kan det ses på som et generelt utgangspunkt at den alminnelige regelen i § 35 som gjelder på alle forvaltningsområder gir forvaltningen omgjøringsfrihet. Derimot der det foreligger spesielle

---

<sup>64</sup> Rt. 2006 s. 1382 i avsn. 60.

<sup>65</sup> Se for eksempel TUDEP-2019-2614-8.

<sup>66</sup> Se for eksempel SOM-2012-1080, SOM-2013-385, SOM-2014-3496, SOM-2017-597, og SOM-2019-12.

<sup>67</sup> Jf. SOM-2017-597.

<sup>68</sup> Se blant annet Graver (2015) s. 490 og Tøssebro (2020) s. 370.

<sup>69</sup> Eckhoff (2018) s. 312.

<sup>70</sup> Se for eksempel luftl. § 5-6 hvor forvaltningen «skal» tilbakekalle sertifikat ved overtredelse av plikten til avhold etter luftl. § 6-12.

hensyn som ikke er egnet for forvaltningsmessige overveielser, er forvaltningens omgjøringskompetanse lovbundet.<sup>71</sup>

Samlet er det mange tungtveiende rettskilder som trekker i retning av «kan» i § 35 gir uttrykk for at forvaltningen også har kompetanse til å vurdere om den skal benytte seg av omgjøringsadgangen. I tillegg til at et slikt tolkningsalternativ nærmest ligger nærmest lovens ordlyd, underbygges tolkningsalternativet av andre autorative rettskilder som forarbeidsuttalelser og Høyesterettspraksis noe som får avgjørende betydning for hvilket tolkningsalternativ som må legges til grunn.

Selv om lovens ordlyd og underbyggende rettskilder oppstiller et utgangspunkt med omgjøringsfrihet, er tema for neste punkt om rettskildebildet på ulovfestet grunnlag i visse situasjoner likevel har oppstilt en omgjøringsplikt.

## **5 Ulovfestet plikt til å omgjøre?**

### **5.1 Skillet: revurderingsplikt og omgjøringsplikt**

Forvaltningens omgjøringskompetanse kan ses på som todelt. Den har for det første kompetanse til å revurdere enkeltvedtak, og for det andre kompetanse til å omgjøre enkeltvedtak. Når forvaltningen vurderer om og hvordan omgjøringskompetansen skal brukes, kan det derfor stilles spørsmål om hva som i utgangspunktet fikk forvaltningen til å ta saken inn til ny behandling. I undersøkelsen av forvaltningens omgjøringskompetanse, kan det reises to spørsmål: i) om forvaltningen har en revurderingsplikt og ii) om forvaltningen har en omgjøringsplikt.

Revurderingsplikten har betydning for spørsmål om omgjøringsplikten fordi en eventuell plikt til å omgjøre forutsetter at forvaltningen først har blitt klar over at det foreligger forhold ved primærvedtaket som kan tilsi at det bør gjøres endringer. Med revurderingsplikt mener jeg en eventuell plikt forvaltningen har til å vurdere saken på nytt, og til å vurdere om det er behov for å treffe endrende vedtak.<sup>72</sup> Forvaltningen må derfor først ta stilling til om den faktisk skal vurdere saken på nytt, før den eventuelt kan bli forpliktet til å omgjøre. Det er først når forvaltningen har vurdert saken på nytt, den blir klar over hvilket behov det er for å treffe endrende vedtak.

---

<sup>71</sup> Når kompetansen er lovbundet med for eksempel uttrykket «skal», se punkt 4.1.

<sup>72</sup> Frihagen (1992) s. 38–39.

Tema for avhandlingen omhandler forvaltningens vurdering av om den skal benytte seg av sin omgjøringskompetanse, *etter* at det er fastlagt at det foreligger omgjøringskompetanse. Av den grunn faller spørsmålet om forvaltningen har en revurderingsplikt, og eventuelt når en slik plikt inntre, litt utenfor avhandlingens tema. Med tanke på prosjektets tids- og plassmessige grunner, nøyer jeg meg derfor med å kun vise til at det er et skille i omgjøringskompetansen som reiser to ulike spørsmål. I neste punkt vil jeg derimot undersøke det andre spørsmålet – om det eksisterer en ulovfestet omgjøringsplikt.

## **5.2 Spørsmål om rettskildebildet gir grunnlag for å oppstille en ulovfestet omgjøringsplikt**

### **5.2.1 Innledning**

Når forvaltningen har bestemt seg for å ta saken opp til ny behandling, blir det neste spørsmålet om og hvordan forvaltningen skal bruke sin omgjøringskompetanse. Hvis det er konstatert at det foreligger en omgjøringsgrunn ved primærvedtaket, er utgangspunktet etter § 35 at forvaltningens omgjøringskompetanse etter loven er diskresjonær.<sup>73</sup> I teorien har det likevel blitt stilt spørsmål om lovens utgangspunkt i noen situasjoner må fravikes. Spørsmålet i inneværende punkt er om rettskildebildet gir grunnlag for å oppstille en ulovfestet omgjøringsplikt.

Selve begrepet omgjøringsplikt har blitt definert som en plikt til å «treffe «avgjørelse med et bestemt endrende innhold».<sup>74</sup> Den ulovfestete omgjøringsplikten tar utgangspunkt i at forarbeidene har gitt uttrykk for at det kan inntre en plikt til å omgjøre ugyldige vedtak etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.<sup>75</sup> I særlovgivningen finnes det flere eksempler på en lovfestet omgjøringsplikt.<sup>76</sup> Fordi ordlyden i disse bestemmelsenes ikke gir grunnlag for utøvelse av skjønn, vil ikke forvaltningen stå fritt til å foreta en selvstendig vurdering av om, og hvilken grad det bør treffes endrende vedtak. I § 35 er det derimot ikke noe i ordlyden som tilsier at det foreligger en omgjøringsplikt. Spørsmålet er da om det finnes andre rettskilder som gir grunnlag for å oppstille en plikt på ulovfestet grunnlag.

Rettskildebildet tar utgangspunkt i to innfallsvinkler hvor det eventuelt vil oppstå en omgjøringsplikt: i) Når forvaltningen er kjent med at primærvedtaket er ugyldig og omgjøring vil være til gunst, eller ii) etter en helhetsvurdering.<sup>77</sup> Fremstillingen videre vil ta utgangspunkt i disse innfallsvinklene.

---

<sup>73</sup> Se punkt 4.2.

<sup>74</sup> Tøssebro (2020) s. 363.

<sup>75</sup> Ot.prp.nr.3 (1976–1977 s. 98.

<sup>76</sup> Se for eksempel skatteforvaltningsloven § 12-1, og finansforetaksloven § 14-14 (2).

<sup>77</sup> Tøssebro (2020) s. 364.

### 5.2.2 Omgjøringsplikt når forvaltningen er kjent med at primærvedtaket er ugyldig og omgjøring vil være til gunst

I en av forvaltningslovgivningens proposisjoner har det blitt gitt uttalelser som kan trekke i retning av at det kan foreligge en plikt til å omgjøre ugyldige vedtak:

«Foreligger slike feil ved saksbehandlingen, rettsanvendelsen eller det faktiske grunnlag avgjørelsen bygger på, at det berører vedtakets lovlighet og gyldighet, vil forvaltningsorganene ha en utvidet omgjøringsadgang og etter **tilhøva** endog en plikt til å sørge for at feilene blir rettet»<sup>78</sup> (min uthevning).

Fra uttalelsene er det «tilhøva» som bestemmer om det foreligger en plikt til å rette feilen. Begrepet «tilhøva» er vagt. Hvis forvaltningen skal pålegges en ulovfestet plikt som går mot en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd, vil et så vagt uttrykk være lite egnet. Departementet utdyper heller ikke hva som vil være eksempler på slike forhold, eller hvilke situasjoner plikten inntreffer. Hvilken vekt en så vag uttalelse kan ha, uten særlige holdepunkter for å vurdere når plikten inntreffer er usikkert. Som argument i fastleggingen av en eventuell plikt er iallfall uttalelsen vanskelig å benytte fordi den sier svært lite om grunnlaget for plikten.

Hvor stor vekt en slik uttalelse kan få må også ses i lys av at den kom før omgjøringsreglene utenfor klagesak ble samlet i § 35.<sup>79</sup> Det kan tilsi at uttalelsen ble gitt uten å ta høyde for behovet for en ulovfestet plikt etter bestemmelsens nåværende utforming. Samlet må uttalelsen anses å være for vag og lite begrunnet til å være egnet som utgangspunktet for den ulovfestede omgjøringsplikten.

I lovavdelingens uttalelse i JDLOV-1984-1432 ble det uttalt at det klare utgangspunkt i norsk forvaltningsrett er at forvaltningen anses forpliktet til å omgjøre når den «blir oppmerksom» på at det foreligger «ugyldig vedtak», og omgjøringen vil være «til gunst for private parter». Uttalelsen oppstiller tre kumulative vilkår som utløser en omgjøringsplikt for forvaltningen. Hvor disse vilkårene er utledet fra, eller hvilke rettskilder dette «klare utgangspunkt» bygger på, blir det ikke vist til i uttalelsen. Ved uttrykk for et klart rettslig utgangspunkt for en plikt, bør det kunne henvises til noen autorative kilder hvis argumentet skal kunne tillegges betydningsfull vekt. Særlig når lovens ordlyd «kan» er et tungtveiende argument mot at det

---

<sup>78</sup> Ot.prp.nr. 38 (1964-1965) s. 110.

<sup>79</sup> Tøssebro (2020) s. 364.

foreligger en plikt. I tillegg må uttalelsen vekt ses i sammenheng med dens alder, den er relativt gammel noe som kan tilsi at den får begrenset vekt.

Om forvaltningens plikt til å omgjøre har Sivilombudsmannen også vist til Lovavdelingens uttalelse iblant annet SOM-2012-1080. Ombudsmannen vurderte ikke hvilke andre kilder som ga støtte for det klare utgangspunkt. Synpunktet ble også begrunnet i forarbeidsuttalelsen i proposisjonen som vist til over. Heller ikke vekten av forarbeidsuttalelsen ble ikke problematisert av Sivilombudsmannen. Det tilsier at disse henvisningen ikke styrker uttalelsen rettskildemessige vekt, og heller ikke at praksisen som viser til uttalelsen kan tillegges særlig vekt.<sup>80</sup>

Uttrykk for at det finnes en ulovfestet omgjøringsplikt har også kommet til uttrykk i forvaltningspraksis.<sup>81</sup> Trygderetten har i flere avgjørelser uttalt at det klare utgangspunkt etter alminnelig forvaltningsrettslige prinsipper er at det foreligger en omgjøringsplikt å omgjøre ugyldige vedtak til gunst. Heller ikke i disse avgjørelsene blir det drøftet hvilke andre autorative kilder som gir støtte for et slikt utgangspunkt.<sup>82</sup> Det tilsier at praksisen har begrenset rettskildemessig vekt.

Noe som kan tilsi at Lovavdelingens uttalelse fra 1984 fremdeles er aktuell, er at synspunktet har kommet til uttrykk i nyere lagmansrettspraksis. I LA-2007-64532 ble det uttalt at en omgjøringsplikt ikke følger direkte av loven, men at det «følger imidlertid av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at et forvaltningsorgan som **blir klar over** at et vedtak er **ugyldig, må** rette opp feilen hvis dette er mulig» (mine uthevinger). Likevel er det kun én rettsavgjørelse hvor synspunktet til lovavdelingen har blitt fulgt. Med så få avgjørelser å vise til, kan det være et uttrykk for at argumentet i praksis ikke har blitt tillagt særlig stor vekt. Praksisen er dessuten fra lagmannsretten, og underrettsavgjørelser har i seg selv begrenset rettskildemessig vekt.<sup>83</sup>

Lagmannsretten utleder synspunktet fra juridisk teori. Det er flere uttalelser i teorien som underbygger at det foreligger en plikt til å omgjøre ugyldige vedtak til gunst. Aller klarest i

---

<sup>80</sup> SOM-2012-1080.

<sup>81</sup> Se for eksempel sak fra landbruksforvaltningen i avgjørelse fra LMD med referanse 15/1176. Her er det forutsatt å gjelde en ulovfestet omgjøringsplikt av feilutbetalte pristilskudd. Plikten er begrunnet imidlertid begrunnet i hensyn på den offentlige parts side (likebehandlingsprinsippet). Forståelsen av den ulovfestede plikten har blitt fulgt opp i Landbruksdirektoratets praksis, se for eksempel sak med ref. 15/19444-5 med henvisning til rundskriv 2015/31 hvor det fremgår «[h]ovedregelen er at feilutbetalt tilskudd *skal* kreves tilbake».

<sup>82</sup> Jf. TRR-2013-1989, TRR-2015-1842 og TRR-2015-2524.

<sup>83</sup> Se blant annet Høgberg (2019) s. 271–272.

retning av at det foreligger en ulovfestet omgjøringsplikt av ugyldige vedtak er Erik Boe som skriver:

«En viss plikt til å måtte omgjøre antas å følge av ulovfestet rett, i hvert fall når ugyldig vedtak var til skade for en part. Forvaltningen kan jo ikke sitte og se på at et ugyldig forbud eller påbud får bestå eller at et ugyldig avslag blir opprettholdt. Organet må rydde av veien det ugyldige vedtaket. Alt annet ville være uforsvarlig.»<sup>84</sup>

Torstein Eckhoff og Eivind Smith er i sin lærebok på side 312 mer tilbakeholdne i å hevde at det foreligger en omgjøringsplikt.<sup>85</sup> Særlig fremhever de at § 35 kun hjemler omgjøringskompetansen og *ikke* en plikt. Men videre på samme side skriver de at det likevel kan «... tenkes andre grunner til at forvaltningen får plikt til å treffe omgjøringsvedtak».<sup>86</sup> Jeg leser uttalelsen som at de anser at det på ulovfestet grunnlag kan oppstilles en plikt. Dette underbygges av hva de skriver på side 486:

«Hvis betingelsene for å ratihabere ikke et angripelig vedtak ikke foreligger, eller hvis forvaltningen ikke ønsker å gjøre det, må den som hovedregel anses *forpliktet til å omgjøre vedtaket* når feilen blir oppdaget, slik at parten ved hva ha har å innrette seg etter.»<sup>87</sup>

Som det fremgår av de forskjellige uttalelsene er det hensynet til den private part som blir fremhevet som grunnlag for en ulovfestet plikt til å omgjøre ugyldig vedtak til gunst. Særlig korreksjonshensyn og innrettelseshensyn er vektlagt. Hans Petter Graver hevder også at ugyldige vedtak som hovedregel må omgjøres når det er til partens gunst og skriver i sin bok:

«I de fleste tilfeller hvor et vedtak lider av slike feil a det er ugyldig, har forvaltningen en plikt til å rette feilen når den blir oppmerksom på den [...]. Dette vil i alle fall være tilfellet hvor ugyldigheten er til skade for en part, og en omgjøring ikke innebærer at det går ut over en rettsposisjon som en annen part har oppnådd med vedtaket [...]. Hvis vedtaket er til fordel for én, men ulempe for andre, vil ikke omgjøringsplikten være ubetinget [...]. Hvor ugyldigheten vil være til skade for en part, beror det på det aktuelle kompetansegrunnlaget om forvaltningen har en plikt til omgjøring [...]. Hva slags type feil vedtaket lider av, kan også ha betydning».<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Boe (2018) s. 124.

<sup>85</sup> Eckhoff (2018) s. 312.

<sup>86</sup> Loc. cit.

<sup>87</sup> Eckhoff (2018) s. 486.

<sup>88</sup> Graver (2015) s. 543–544.



Uttalelsen nyanserer i større grad betydningen av feilens art for ugyldigheten, og hensynet til også tredjemann. Geir Woxholth gir også relativt klart uttrykk for at forvaltningen som hovedregel har en plikt til å omgjøre ugyldige vedtak til gunst.<sup>89</sup> I samme retning går Arvid Frihagens argumentasjon.<sup>90</sup> Også han anser hensynet til parten som et tungtveiende argument.<sup>91</sup> Han gir imidlertid også uttrykk for at en omgjøringsplikt likevel ikke kan være ubetinget, det må gjøres unntak hvor «feilen er liten og det ikke volder særlig skade om vedtaket blir stående».<sup>92</sup>

Teorien begrunner plikten i generelle hensynsbetraktninger, hvor særlig ulempene omgjøring har for den private part blir tillagt avgjørende vekt.<sup>93</sup> Når teorien ses i sammenheng med proposisjonen som nevnt over, kan hensynsbetraktninger som teorien viser til være det begrepet «tilhøva» sikter til.<sup>94</sup> Fordi det ikke er sagt noe mer i forarbeidsuttalelsen er det likevel få holdepunkter for en slik tolkning.

Selv om det finnes flere rettskilder som viser tilbake til lovavdelingens uttalelse styrker ikke det nødvendigvis uttalelsens rettskildemessige vekt. Ingen av rettskildene som viser til synspunktet fremført i Lovavdelingens uttalelse går selv inn og vurderer rettskildebildet, eller vurderer om en ulovfestet omgjøringsplikt kan forankres i autorative rettskilder. Teorien har på sin side begrunnet plikten i reelle hensyn som i alle fall kan anses som et bedre forsøk på å begrunne en ulovfestet omgjøringsplikt.

### 5.2.3 Omgjøringsplikt etter en helhetsvurdering

Denne andre innfallsvinkelen tar utgangspunkt i at omgjøringsplikten blir utløst etter en helhetsvurdering. Sivilombudsmannen uttalte i SOM-2014-3496 forvaltningens plikt til å bruke sin omgjøringskompetanse «beror på en konkret helhetsvurdering». Hvilke momenter som blir avgjørende for om kompetansen skal brukes må avgjøres ut ifra en interesseavveining i den konkrete sak.<sup>95</sup> Sivilombudsmannen trekker frem tiden som har gått

---

<sup>89</sup> Woxholth (2011) s. 574–575.

<sup>90</sup> Frihagen (1992) s. 39.

<sup>91</sup> Loc. cit.

<sup>92</sup> Frihagen (1992) s. 41. På samme side argumenterer han for at våre EØS-rettslige forpliktelser kan utgjøre et særlig grunnlag for en ulovfestet omgjøringsplikt. Også Graver (2015) s. 529–530 har forutsatt at «kanskjønnet må utøves i samsvar med våre folkerettslige- og EU-rettslige forpliktelser. En omgjøringsplikt kan derfor oppstå som følge av strid med disse forpliktelsene.

<sup>93</sup> Tøssebro (2020) s. 366.

<sup>94</sup> Uttalelsen som vist til i Ot.prp.nr. 38 (1964-1965) s. 110.

<sup>95</sup> SOM-2014-3496.

fra det ugyldige vedtaket ble fattet, innrettelsen som har skjedd i tillit til det ugyldige vedtaket, feilens art og aktuelle interesser i saken som aktuelle momenter i vurderingen.<sup>96</sup>

Sivilombudsmannens innfallsvinkel har blitt fulgt opp lagmannsrettspraksis.<sup>97</sup> I tillegg har den kommet til uttrykk i JDLOV-2017-1887, og blitt fulgt opp av Klima- og miljødepartementet og fylkesmannspraksis.<sup>98</sup>

I teorien har det også blitt argumentert for at en omgjøringsplikt kan følge av en helhetsvurdering. Karl O. Wallevik argumenterer også for at omgjøringsplikten må fastlegges etter en bredere vurderingen enn det første innfallsvinkel legger opp til.<sup>99</sup> Arvid Frihagens synspunkt kan også ses som et uttrykk for at omgjøringsplikten må vurderes ut ifra et bredere perspektiv enn det første innfallsvinkel tar utgangspunkt i ved sine vilkår.<sup>100</sup>

Omgjøringsplikten som oppstilles etter en helhetsvurdering åpner for en interesseavveining hvor flere hensyn enn kun hensynet til den private part kan tillegges vekt, i motsetning til den første innfallsvinkelen hvor hensynet til den private part fungerer som et betingende vilkår.<sup>101</sup> I helhetsvurderingen vil hensynet til den private part være en retningslinje for skjønnet, hensynet må avveies opp mot flere hensyn for å vurdere om plikten inntre.<sup>102</sup>

**5.2.4 Konklusjon: Min vurdering av om det foreligger en ulovfestet omgjøringsplikt**  
I punkt 4.2 ble det konkludert med at ordlyden i § 35 i seg selv ikke direkte kan gi grunnlag for å si at forvaltningen har en omgjøringsplikt. Derimot finnes det flere kilder som underbygger at forvaltningen har omgjøringsfrihet og at omgjøringskompetansen er diskresjonær.<sup>103</sup> Kompetansefordelingen lovgiver har forutsatt i § 35 taler med tyngde mot at forvaltningen på ulovfestet grunnlag skal anses *forpliktet* til å omgjøre. Lovens ordlyd legger opp til at det er forvaltningen som skal foreta den brede interesseavveiningen og avgjøre om

<sup>96</sup> Synspunktet har også blitt gjengitt i SOM-2019-12.

<sup>97</sup> Se LH-2015-167189. Spørsmålet for retten var om Fylkesmannens vedtak var ugyldig blant annet fordi det var grovt urimelig. Fylkesmannen hadde stadfestet kommunens omgjøringsvedtak. Omgjøringen var til partens ugunst og parten har klagt vedtaket inn for domstolen. Ved å foreta en konkret helhetsvurdering av samme momenter som ble fremhevet i Sivilombudsmannens uttalelse fra 2015, vurderte de om det forelå konkrete omstendigheter i saken som tilsa at det kunne foreligge forelå en omgjøringsplikt. Retten la særlig vekt på at den private part i saken var å bebreide, det var et moment retten mente trakk sterkt i retning av at vedtaket måtte omgjøres. Retten kom etter den samlede vurderingen til at Fylkesmannens vedtak ikke var grovt urimelig, og at omgjøringen kunne opprettholdes.

<sup>98</sup> Tøssebro (2020) s. 369 med videre henvisninger.

<sup>99</sup> Wallevik (2015) s. 171–172.

<sup>100</sup> Frihagen (1992) s. 41.

<sup>101</sup> Tøssebro (2020) s. 369.

<sup>102</sup> Loc. cit.

<sup>103</sup> Se punkt 4.2.

kompetansen skal brukes. Det tilsier etter min mening at det at det må kreves klare holdepunkter i andre autorative rettskilder for å begrunne noe annet.

Som utgangspunkt for spørsmålet om den ulovfestede omgjøringsplikten var det vist til én lovforarbeidsuttalelse. Den ene forarbeidsuttalelsen som foreligger, sier svært lite om hvilke omstendigheter som tilsier at en omgjøringsplikt eksisterer. Selv om uttalelsen kan gi uttrykk for at en ulovfestet plikt kan eksistere, er det imidlertid få andre rettskilder hvor omfanget av denneplikten kan utledes. Det bør kunne kreves klare holdepunkter for å oppstille en ulovfestet plikt. På bakgrunn av uttalelsens vage formulering sett i sammenheng med at den ble gitt på et tidspunkt hvor omgjøringsreglene i større grad var preget av ulovfestet rett, må uttalelsen anses å ha begrenset rettskildemessig vekt.

Lovavdelingens uttalelse fra 1984 som presenterer den ulovfestede omgjøringsplikten som et klart rettslig utgangspunkt, har blitt vist til i både praksis og teori. Det ville i utgangspunktet ha styrket uttalelsens rettskildemessige vekt. Likevel fremgår det ikke av uttalelsen hvilke rettskilder utgangspunktet er utledet fra. Synspunktets manglende begrunnelse i autorative rettskilder tilsier etter min vurdering at det har begrenset vekt.

Den praksis som har gitt uttrykk for lovavdelingens syn problematiserer heller ikke uttalelsens rettskildemessige problemer, men legger uttalelsen til grunn uten holdepunkter i andre rettskilder for å underbygge synspunktet. At uttalelsen da har blitt vist til i andre avgjørelser kan derfor heller ikke styrke den rettskildemessige vekten.

I teorien er det ganske bred enighet om at forvaltningen har en omgjøringsplikt når den er kjent med at vedtaket er ugyldig, og omgjøring er til den privates gunst. Teorien har også vist til lovavdelingens uttalelse, men har i større grad argumentert for en ulovfestet omgjøringsplikt på et rettslig holdbart grunnlag. Likevel er argumentene i teorien forankret i generelle hensynsbetraktninger som legger opp til svært skjønnspregede avveininger. Momentene som trekkes frem i den skjønnsmessige avveiningen er dessuten problematiske å anvende for å fastlegge omfanget av omgjøringsplikten.<sup>104</sup>

Vilkåret om at forvaltningen først må være klar over feilen, forutsetter en forutgående vurdering av om det foreligger en revurderingsplikt, se punkt 5.1. Ettersom det kan reises spørsmål om forvaltningen kan pålegges en revurderingsplikt, fremstår det ikke som et særlig egnet vilkår til å fastlegge omfanget av en annen ulovfestet plikt.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Tøssebro (2020) s. 367.

<sup>105</sup> Loc. cit.

Det kan i tillegg reises spørsmål til en plikt som kun går i favør den private part. Som Henriette Tøssebro argumenterer for på side 368 i sin avhandling kan det fremstå som ubegrunnet fra et synspunkt om at ressursene er begrenset og må fordeles.<sup>106</sup>

I tillegg er et vilkår som forutsetter ugyldighet heller ikke uproblematisk. Ugyldighet kan statueres på ulike grunnlag, hvor noen av grunnlag i større grad vil tilsi at det bør omgjøres. Innvendingen har også kommet til uttrykk i teorien, hvor det nevnes at en ubetinget plikt for omgjøring av ugyldige vedtak «føre for langt».<sup>107</sup> Hva slags feil som begrunner ugyldigheten har betydning for hvor nødvendig det anses å treffe endrende vedtak. En plikt som kun er betinget av at det foreligger ugyldighet vil derfor fremstå som for lite nyansert.

Den andre innfallsvinkelen er etter min mening heller ikke egnet for å pålegge en omgjøringsplikt. Paragraf 35 legger etter sin ordlyd opp til at det må foretas en skjønnsmessig vurdering. Når forvaltningen foretar en «kan-vurdering» av om kompetansen bør brukes, og kommer til at det foreligger interesseovervekt på den ene partens side, vil jo svaret på om kompetansen bør brukes følge implisitt av forvaltningens egen «kan-vurdering». Den skjønnsmessige helhetsvurderingen «kan» legger opp til, gir derfor samme resultat som en eventuell omgjøringsplikt utløst på bakgrunn av en helhetsvurdering. En ulovfestet omgjøringsplikt etter en helhetsvurdering vil derfor ha liten praktisk betydning.<sup>108</sup>

Etter gjennomgangen av rettskildebildet er det etter min mening få holdbare argumenter for å fravike forståelsen om at forvaltningen er gitt frihet (fra plikt) til å omgjøre. Det er heller ikke tilstrekkelig tungtveiende argumenter å hente i det øvrige rettskildebildet til å overveie argumentene fra utgangspunktet forvaltningens omgjøringsfrihet. Det avgjørende for meg er at det finnes flere vektige argumenter som underbygger forvaltningens omgjøringsfrihet. Det krever at argumenter for det motsatte også må kunne begrunnes i rettskilder av samme vekt. Det mangler avklarende rettspraksis, eller andre autorative rettskilder som underbygger den ulovfestete omgjøringsplikten. Det taler sterkt mot å oppstille en ulovfestet plikt.

De få kildene som eksisterer, legger opp til vurderinger som er så skjønnspregede at omgjøringspliktens omfang uansett må vurderes etter en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Den vurderingen legger også ordlyden «kan» opp til.

---

<sup>106</sup> Tøssebro (2020) s. 368.

<sup>107</sup> Frihagen (1992) s. 41.

<sup>108</sup> Synspunktet er også nevnt i NOU 2019:5 s.417 som begrunnelse for hvorfor utvalget ikke kan forsvare en omgjøringsplikt til å også gjelde *gyldige* vedtak.

Hensynet til forutberegnelighet tilsier også at det bør være klare regler for pliktregler. Både av hensyn til forvaltningen som begår feil ved å ikke sørge for at plikten følges, og for den private part som ikke er klar over at deres rettsposisjon i visse tilfeller er pålagt endring. Et av de grunnleggende formålene bak opprettelsen av forvaltningsloven var å sikre rettsikkerheten og forsvarlig forvaltning. En pliktregel med uklare grenser vil fremstå som det motsatte.

Dessuten kan fraværet av autoritative rettskilder slik som Høyesterettspraksis nettopp være uttrykk for at domstolen bevisst har vært tilbakeholdne med å oppstille en plikt. En for intensiv prøving av omgjøringsadgangen ville rokket av maktfordelingen som følger implisitt av bestemmelsens ordlyd. Hvis Høyesterett hadde oppstilt en ulovfestet omgjøringsplikt i strid med bestemmelsens ordlyd og kompetansefordelingen forutsatt av lovgiver, kunne det stilles spørsmål om det forelå et myndighetsmisbruk fra domstolens side. Fraværet av slike kilder kan på den måten derfor også tas til inntekt for at det ikke «skal» oppstilles en ulovfestet omgjøringsplikt.

På bakgrunn av den forutsatte kompetansefordelingen i § 35, og lovens ordlyd med underbyggende kilder, kan jeg ikke se at det samlede rettskildebildet kan tillegges så stor vekt at det tilsidesetter lovens utgangspunkt om omgjøringsfrihet.

Selv om rettskildebildet ikke gir grunnlag for å oppstille en ulovfestet plikt, gir det likevel uttrykk for retningslinjer og hensyn som må ses hen til når forvaltningen vurderer om omgjøringskompetansen bør brukes. Den konkrete avveiningen av de aktuelle hensynene må likevel anses som en del av forvaltningens diskresjonære kompetanse. Hvilke hensyn og retningslinjer som er relevante i vurderingen av om omgjøring bør skje er tema for neste punkt.

## **6 Retningslinjer for «kan-skjønn» i § 35**

### **6.1 Bakgrunnen til de relevante momentene i vurderingen**

Som undersøkt i punkt 5.2, er det noen hensyn som gjør seg særlig gjeldende i spørsmål om forvaltningen bør bruke sin omgjøringskompetanse. Disse hensynene har jeg konkludert med at ikke kan begrense forvaltningens omgjøringsfrihet ved å pålegge en plikt til å bruke kompetansen.<sup>109</sup> Likevel vil det være hensyn forvaltningen konkret ser hen til når den vurderer omgjøring, og på den måten utgjøre retningslinjer for diskresjonærskjønn. Selv om forvaltningen ikke kan anses forpliktet til å omgjøre, er den forpliktet til å foreta en

---

<sup>109</sup> Kompetansen anses ikke som bundet, noe den ville vært hvis loven brukte uttrykket «skal». Se punkt 4.1.

selvstendig vurdering av om kompetansen bør brukes.<sup>110</sup> Den vurderingen må ta utgangspunkt i den konkrete sak, det må foretas en «skjønnsmessig helhetsvurdering av om enkeltvedtaket *bør* omgjøres».<sup>111</sup>

At det skal foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering, vil si at det må foretas en avveining av de ulike interessene i saken. Hans Petter Graver skriver i sin lærebok at interesseavveiningen mellom den private og det offentlige kan inndeles i to spørsmål: i) i hvilken grad kan forventningen sies å være berettiget og av den grunn beskyttes mot omgjøring? ii) i hvilken grad må en berettiget forventning vike for offentlige interesser?<sup>112</sup> Interessene må ses i sammenheng og veies opp mot hverandre.<sup>113</sup> Hvis utgangspunktet er at et truffet vedtak skal gjelde etter sitt innhold, bør de hensyn som tilsier at forvaltningen skal bruke sin diskresjonære kompetanse veie vesentlig mer enn de hensyn som taler mot.<sup>114</sup> Hvor det foreligger kvalifisert interesseovervekt på den ene parts side, vil det derfor gi et klart uttrykk for om, og i så fall hvordan, omgjøringskompetansen bør brukes.

Det er mange interesser som vil være relevante i vurderingen. Med utgangspunkt i at omgjøringskompetansen er diskresjonær, innebærer det at finnes få begrensninger for hva som kan bli trukket inn i den skjønnsmessige vurderingen.<sup>115</sup> Likevel er det i praksis blitt lagt

---

<sup>110</sup> Uttrykket «kan» pålegger forvaltningen denne plikten, de kan velge om de vil velge å bruke kompetansen, men ikke velge å gjøre en vurdering av om kompetansen bør brukes. Sett i lys av forvaltningsrettslige prinsipper som for eksempel krav til begrunnelse og likhetsprinsippet forsterkes dette synspunktet. Det må det fremgå av forvaltningens avgjørelse hvorfor de velger eller ikke velger å benytte seg av omgjøringsadgangen.

<sup>111</sup> Tøssebro (2020) s. 384, jf. blant annet SOM-2013-2835.

<sup>112</sup> Graver (2015) s. 487.

<sup>113</sup> I LB-2005-172949 hadde en produsent av redningsvester mottatt sertifikat til tross for at vestene ikke tilfredstilte krav til flyteevne og ansiktsvinkel. Slike feil ville i utgangspunktet medføre at vedtaket var ugyldig. Retten foretok en interesseavveining av de ulike hensyn og interesser som gjorde seg gjeldende i saken og kom til at man stod ovenfor et unntakstilfelle som tilsa at vedtaket ble opprettholdt.

<sup>114</sup> Eckhoff (2018) s. 314. Synspunktet er gitt under behandlingen av omgjøring etter § 35 siste ledd hvor omgjøringsgrunnen er lagt til alminnelige forvaltningsrettslige regler. Likevel vil kravet om kvalifisert interesseovervekt gjelde tilsvarende for de andre omgjøringsgrunnlagene som fremgår av bestemmelsens ordlyd. Fordi det kreves at en spesifisert omgjøringsgrunn må foreligge for at forvaltningen skal ha kompetanse, er det allerede et tungtveiende moment som taler for omgjøring når den foreligger. Se under i punkt 6.2.

<sup>115</sup> Dette er selvfølgelig et utgangspunkt med moderasjon. Det er klart at de regler som gjelder domstolenes prøving av forvaltningens skjønn om valg av relevante hensyn, myndighetsmisbruk, forholdsmessighet mv. vil utgjøre viktige skranker for hva selve vedtaket kan gå ut på og i noen grad kunne påvirke «kanvurderingen», se blant annet Graver (2015) s.257. Poenget er imidlertid at skjønnen i stor grad er lagt til forvaltningens avveininger, men rettskildene oppstiller likevel momenter som vil være relevante når den vurderer om den bør omgjøre.

vekt på ulike momenter som brukes som retningslinjer for «kan-skjønnnet».<sup>116</sup> Momentene som særlig har blitt fremhevet er feilens art, tidsmomentet, innrettelsesmomentet og skyldmomentet.<sup>117</sup> Jeg vil i fremstillingen videre ta utgangspunkt i disse momentene. I tillegg vil jeg kort kommentere betingelsessidens innvirkning på «kan-skjønnnet».

Opplistingen av momenter kan diskuteres som problematisert av Henriette Tøssebro i sin doktoravhandling.<sup>118</sup> At det skal foretas en helhetsvurdering tilsier at også andre momenter kan komme inn. Tøssebro har i sin avhandling lagt til avgjørelsens karakter og restitusjons- og erstatningsbetraktninger som selvstendige momenter. Andre momenter som i praksis har blitt vektlagt er hensynet til tredjeparter, likebehandlingsprinsippet og sterke allmenne hensyn. Likevel er de ikke disse momentene like konsekvent vist til som momentene opplistet i avsnittet ovenfor. Av tids- og plassmessige årsaker vil jeg kun ta utgangspunkt i de momentene som følger av opplistingen i Sivilombudsmannspraksis.

## **6.2 Omgjøringsgrunnen som moment i «kan-vurderingen»**

Ved siden av å fungere som betingelser for at forvaltningen i det hele tatt skal ha kompetanse til å treffe endrende vedtak, fungerer omgjøringsgrunnene også som momenter i helhetsvurderingen av når omgjøringskompetansen bør brukes. Som del av ordlyden i § 35, fremstår de som situasjoner lovgiver har ansett som spesielt aktuelle når det skal vurderes om det bør treffes endrende vedtak. Det er derfor naturlig å si at omgjøringsgrunnene lovfester ulike forvaltningsrettslige prinsipper som må ivaretas når forvaltningen vurderer å omgjøre et enkeltvedtak.<sup>119</sup>

Selv om et moment foreligger må det som alle de andre momentene i «kan-vurderingen», inngå som momenter i en helhetsvurdering. Basert på at hensynet kan hjemles i bestemmelsens ordlyd, må det likevel anses å være et argument av relativ stor tyngde for omgjøring. Likevel er vekten relativ, de fører ikke nødvendigvis til omgjøring. Feilens art vil i stor grad påvirke hvilken vekt omgjøringsgrunnen blir tillagt i vurderingen.

---

<sup>116</sup> Selv om rettspraksis og forvaltningspraksis gir retningslinjer for «kan-skjønnnet», er det klare utgangspunkt at hver sak må vurderes konkret ut ifra aktuelle i interesser i saken, jf. bla. SOM-2014-3496. det viktigste for vurderingen er at den foretar en avveining av aktuelle interesser i saken, jf. Se for øvrig punkt 3.1.

<sup>117</sup> Se for eksempel SOM-2013-2835.

<sup>118</sup> Tøssebro (2020) s. 384 fotnote 1875.

<sup>119</sup> I NOU 2019:5 kommer synspunktet frem når utvalget skriver «[l]ovens inngangsvilkår vil uansett være en retningslinje for den skjønnsutøving som her må foretas».

### 6.3 Feilens art

Hva slags feil som ligger til grunn for primærvedtaket vil kunne ha stor betydning for om vedtaket bør endres.<sup>120</sup> Feilens art kan inndeles i forskjellige typer feil på samme måte som når feil vurderes i spørsmål om vedtaket er gyldig.<sup>121</sup> Hvis feilen kan antas å ha virket inn på vedtakets innhold, lider primærvedtaket av en feil som medfører at vedtekt ikke lenger anses gyldig.<sup>122</sup>

Hvorvidt et enkeltvedtak er ugyldig beror på en bredere interesseavveining.<sup>123</sup> Det er imidlertid ikke nødvendig at feilen skal medføre at vedtaket er ugyldig for at forvaltningen kan omgjøre, det er kun et krav når det vurderes om det foreligger omgjøringskompetanse etter § 35 første ledd bokstav c. De andre omgjøringsgrunnene krever ikke at det må foreligge en feil, men det er følger likevel implisitt av bestemmelsens anvendelsesområde at det er feil ved primærvedtaket som først og fremst utløser behovet for omgjøring.<sup>124</sup> Jo grovere feilen er, jo større behov for å rette opp feilen.<sup>125</sup> Hvis det foreligger flere feil vil de samlet tale med større tyngde for at det bør omgjøres.<sup>126</sup>

Hvis feilen består av manglende lovhjemmel er det en feil som taler med stor tyngde for at vedtaket bør omgjøres.<sup>127</sup> Dette gjelder uavhengig om avgjørelsen er truffet på feil faktisk grunnlag, eller som følge av en rettsanvendelsesfeil.<sup>128</sup> Årsaken til at det er denne type feil ved vedtaket som med tyngde taler for omgjøring, henger sammen med at de som regel også ville gitt vedtaket et annet innhold. Nesten alltid vil slike feil ha hatt betydning for vedtakets innhold og som hoveddel medføre ugyldighet.<sup>129</sup>

På den andre siden av skalaen finner vil feil som går på saksbehandlingen frem til vedtaket treffes. Det finnes mange typer saksbehandlingsfeil, men hvor forvaltningens utredningsplikt eller prinsippet om kontradiksjons ikke er ivaretatt, eller hvor det foreligger inhabilitetsmangler, eller brudd på bevisregler vil saksbehandlingsfeilen ofte kunne være et

---

<sup>120</sup> Se blant annet Graver (2015) s. 544, og Eckhoff (2018) s. 475. Se også synspunkt fremført i SOM-2019-12.

<sup>121</sup> Tøssebro (2020) s. 390–392.

<sup>122</sup> Jf. forvaltningsloven § 41.

<sup>123</sup> Eckhoff (2018) s. 475.

<sup>124</sup> Loc. cit. Likevel er det ikke nødvendig med feil for at behovet for omgjøring skal bli aktuelt, det kan også skyldes en praksisendring.

<sup>125</sup> Frihagen (1992) s. 38–41.

<sup>126</sup> SOMB-1998-12.

<sup>127</sup> Se blant annet Rt. 2002 s. 19 på side 34 og HR-2016-2017-A i avsn. 63 og 73. Se også SOM-2014-Likevel kan det tenkes unntak hvor det ikke volder «særlig skade» om vedtaket blir stående, jf. Frihagen (1992) s. 41.

<sup>128</sup> Tøssebro (2020) s. 391.

<sup>129</sup> Se for eksempel HR-2016-2917-A avsn. 63.



tungtveiende argument for omgjøring.<sup>130</sup> Et sentralt moment for om feilen kan tillegges vekt er om feilen har medført at vedtaket har fått et annet innhold.<sup>131</sup>

Hvor vedtaket lider av kompetansemangler, er det antatt at slike feil vil stå i en mellom situasjon.<sup>132</sup> Hva slags kompetansemangel det er snakk om, og hvordan det kan ha påvirket innholdet i vedtaket vil igjen være avgjørende.

#### **6.4 Tidsmomentet**

Til forskjell fra omgjøring som skjer i klageomgang, vil omgjøring etter § 35 etter bestemmelsens ordlyd fremstå som en adgang til å endre enkeltvedtak uten tidsbegrensninger.<sup>133</sup> Likevel er utgangspunktet at man skal kunne innrette seg etter vedtakets innhold, noe som tilsier jo lenger tid som har gått jo større innrettelse og mer uventet kommer omgjøringsvedtaket. Også i lovens forarbeider er et gitt uttrykk for et behov for «en viss tidsbegrensning» av omgjøringsadgangen.<sup>134</sup>

I SOM-2012-1080 var tidsmomentet det avgjørende momentet i saken og som medførte at omgjøringsvedtaket måtte settes til side. Saken gjaldt en bileier som hadde fått godkjent bilen sin etter kjøretøyforskriften, men hvor Statens Vegvesen to og et halvt år etter godkjenningen traff omgjøringsvedtak hvor godkjenningen ble trukket tilbake. Til tross for at primervedtaket måtte anses ugyldig fordi det var i strid med kjøretøyforskriften, fant Sivilombudsmannen at tiden som var gått var det avgjørende momentet i avveiningen av om omgjøringsvedtaket kunne opprettholdes.

Ombudsmannen vurderte om det forelå andre hensyn i saken som kunne forsvare omgjøring til tross for at det var gått lang tid og at parten som følge av det i større grad hadde innrettet seg etter godkjenningsvedtaket. Feilen skyldtes at veimyndighetene hadde lagt til grunn feil forståelse av forskriften. Feilen skyldes derfor forsømmelser av myndighetene, noe som sammen med tidsmomentet talte mot omgjøring. De anførte hensyn i retning for omgjøring fant ombudsmannen ikke å ha avgjørende vekt i saken. Etter en avveining av aktuelle hensyn i saken kom ombudsmannen til at de hensyn som talte for omgjøring, samlet ikke kunne veie seg opp mot tiden som var gått når omgjøring skulle skje til den private parts ugunst.

---

<sup>130</sup> Tøssebro (2020) s. 392.

<sup>131</sup> Se SOM-2018-2665. Det henger sammen vurderingen av vedtakets gyldighet. Hvis feilen kan ha påvirket innholdet er det et moment som mer stor tyngde taler for at vedtaket ikke er gyldig. Det er derfor også et moment som taler for at omgjøringsadgangen bør brukes.

<sup>132</sup> Tøssebro (2020) s. 392.

<sup>133</sup> Til støtte for dette utgangspunkt gir også uttalelsen i JDLOV-2004-5631 hvor det fremgår at «ugyldige enkeltvedtak kan omgjøres uavhengig av hvor lang tid som har gått siden vedtakstidspunktet».

<sup>134</sup> Ot.prp.nr.38 (1964-1965) s. 109.

Uttalelsen kan tas til inntekt for at tidsmomentet vil kunne få avgjørende betydning, særlig hvor feilen ved primærvedtaket skyldes forvaltningen. At tidsmomentet får større vekt jo lenger tid som er gått har blitt lagt til grunn i flere saker.<sup>135</sup> Avgjørelsen illustrer at forventninger som oppstår ved primærvedtaket, forsterkes og anses mer beskyttet jo lenger tid som går.

At tidsmomentet får større betydning jo lenger tid som går kan også utledes av prinsippene som er lovfestet i § 35. I tredje ledd gis overordnet organ adgang til å omgjøre gyldige vedtak. Ved gyldige vedtak vil det naturligvis oppstå berettigede forventninger.<sup>136</sup> Likevel har lovgiver forutsatt at en slik omgjøringsadgang er forsvarlig, til tross for at hensynet til den private part må vike for offentlige hensyn.<sup>137</sup> En avgjørende forutsetning er imidlertid at forvaltningen holder seg innenfor de strenge tidsfristene. I bestemmelsen er fristen enda strengere enn etter klageregelen i § 34. Det taler for at berettigede forventninger får sterke vern jo lenger tid som går fra primærvedtaket er truffet.

## 6.5 Innrettelsesmomentet

Innrettelsesmomentet bygger på hensynet til at den private part skal kunne innrette seg i god tro etter forvaltningens vedtak.<sup>138</sup> Hensynet til den private partens berettigede forventninger er derfor en av de mest sentrale interessene på den private parts side mot at vedtaket skal omgjøres. I tillegg tilsier hensynet til stabilitet og beskyttelse av berettigede forventninger at hensynet er relevant fordi det har betydning for befolkningens tillit til forvaltningen.<sup>139</sup>

Hvor stor vekt hensynet kan tillegges må ses i sammenheng med hva slags avgjørelse det er snakk om. Hvis vedtaket er personuavhengig og i utgangspunktet tidsubestemt, vil hensynet få mindre gjennomslagskraft.<sup>140</sup> Derimot hvis vedtaket er tidsbegrenset anses forvaltningen til å større grad kunne treffe avgjørelse som «tar høyde for alle de relevante forutsetningene før avgjørelsen treffes».<sup>141</sup>

Uttalelsene i SOM-2012-1080 underbygger også at innrettelseshensynet blir mer beskyttelsesverdig jo lenger tid som har gått. For eksempel hvis den private part begynner å

---

<sup>135</sup> Se blant annet SOM-2014-3596 og SOM-2016-1205.

<sup>136</sup> Graver (2015) s. 491.

<sup>137</sup> Loc. cit.

<sup>138</sup> NUT 1958:3 s. 236.

<sup>139</sup> Graver (2015) s. 486.

<sup>140</sup> Tøssebro (2020) s. 389.

<sup>141</sup> Loc.cit. med videre henvisning i fotnote 1897.

bygge hus etter godkjent byggetillatelse, eller bruker av midler de har fått innvilget gjennom vedtak fra NAV vil det anses som en beskyttelsesverdig innrettelse forutsatt at parten hadde grunn til å tro at innvilgelsen var korrekt eller midlene berettiget.

Et eksempel hvor innrettelsen ikke ble vektlagt til tross for at det var gått litt over ett år er SOM-2014-3496. I saken hadde den private part søkt om tillatelse etter plan- og bygningsloven til en allerede utført terrengoppfylling. Kommunen hadde godkjent søknaden på sviktende grunnlag fordi det manglet samtykke fra naboen som var et krav etter forskriften, og det var heller ikke gitt dispensasjon. Det var gått ca. ett og et halvt år fra godkjenningsvedtaket til parten fikk pålegg om å rette opp deler av oppføringen som var ulovlig. Dette er tidspunktet ombudsmannen mente parten kunne forstå at omgjøring kunne bli aktuelt.

Uttalelsen illustrerer at hvis innrettelseshensyn skal vektlegges, må innrettelsen være berettiget. Hvis parten har tatt en risiko ved å ikke gi riktig informasjon til forvaltningen eller begynner påkostninger uten at den har fått tillatelse, har den i realiteten ingen grunn til å innrette seg og risikoen for omgjøring bør ligge på denne parten. I tillegg illustrer avgjørelsen at innrettelsen må skje på bakgrunn av primærvedtaket. I saken hadde den private part utført oppføringen før det ugyldige godkjenningsvedtaket var gitt. Innrettelse kan bare skje frem til parten bli oppmerksom på at omgjøring kan bli aktuelt. Selv om det var gått litt over et år og feilen skyldes forvaltningen, talte hensynet til tredjepart og at primærvedtaket var ugyldig som følge av en materiell kompetansemangel, samlet for at vedtaket måtte omgjøres.

## 6.6 Skyldmomentet

Dersom den private part kan bebreides for feil ved primærvedtaket, vil partens interesser som taler mot omgjøring i mindre grad bli tillagt vekt.<sup>142</sup> Hvis bebreidelse består av forsettlig, eller grov uaktsomhet opptreden vil det i utgangspunktet medføre at vedtaket blir kjent ugyldig.<sup>143</sup> Likevel vil også mindre grader av skyld påvirke «kan-vurderingen», det vil inngå som et moment i den skjønnsmessige interesseavveiningen av om omgjøringskompetansen bør brukes.<sup>144</sup>

Det er antatt i rettspraksis at klanderverdig opptreden vil ha betydning for forvaltningens adgang til å omgjøre. I dommen inntatt i Rt. 1961 s. 78 ble en bevilling som truffet på grunnlag av uriktige og misvisende opplysninger opphevet som følge av den private parts

---

<sup>142</sup> Det samme gjelder hvis forvaltningen kan bebreides for feilen, da vil den private parts interesser tillegges mer vekt, se for eksempel SOM-2012-1080.

<sup>143</sup> Eckhoff (2018) s. 476.

<sup>144</sup> Loc. cit. Se også Frihagen (1992) s. 37.

uaktsomhet.<sup>145</sup> I Rt. 1962 s. 105 ble et dispensasjonsvedtak opphevet som følge av sterkt klanderverdig oppførsel.<sup>146</sup> Også i praksis fra Sivilombudsmannen har skyldmomentet vært fremhevet som moment i «kan-vurderingen», hvor ombudsmannen i SOM-2019-12 skriver:

«Hvis feilen er mindre vesentlig og utelukkende skyldes forvaltningen, kan det være grunn til å beskytte en part som har innrettet seg [...] Hvis parten derimot vet at vedtaket skyldes en feil, eller kan bebreides for at vedtaket ble truffet, gjør hensynet til innrettelsen og tidsforløpet seg ikke gjeldende i samme grad. Ombudsmannen har tidligere uttalt at det særlig er innrettelsen frem til parten blir kjent med at det kan være grunnlag for en omgjøring, som kan være beskyttelsesverdig»

Uttalelsen illustrerer at skyldmomentet i stor grad påvirker hvordan alle de andre momentene på den ene parts side blir tillagt vekt. Den part som har utvist skyld får i mindre grad ivaretatt sine interesser, de anses som mindre beskyttelsesverdige. Dersom den private part har opptrådt på en måte som tilsier at den burde ha forstått at det kunne påvirke avgjørelsen til å få et galt resultat, kan parten heller ikke innrette seg etter avgjørelsen. Det kan muligens begrunnes med at innrettelse kun kan skje i god tro.<sup>147</sup> I samme retning argumenterer Graver for i sin lærebok når han skriver at omgjøringsgrunnene i første ledd representerer grunner hvor den private part ikke kan sies å ha fått berettigede forventinger, og at hensynet til parten blir ivaretatt i ugyldighetsvurdering.<sup>148</sup>

Hvis for eksempel parten oppgir uriktige opplysninger i en søknad som medfører at forvaltningen treffer begunstigede avgjørelse på feil grunnlag, vil partens skyld først komme inn som moment både i vurderingen av om vedtaket må anses ugyldig, og deretter inn som moment i vurderingen av om omgjøringskompetansen bør brukes. All kritikkverdig opptreden medfører ikke nødvendigvis at primærvedtaket anses ugyldig. Av den grunn må skyld inngå som et selvstendig moment også i «kan-vurderingen» fordi det i kombinasjon med andre omgjøringsgrunner og momenter samlet kan tale for omgjøring.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> Rt. 1961 s.78 på side 80.

<sup>146</sup> Rt. 1962 s. 105 på side 108.

<sup>147</sup> Se for eksempel sak fra landbruksforvaltningen i avgjørelse fra LMD med referanse 19/663, hvor departementet skriver at det er «opplagt at innrettelseshensynet ikke gjør seg gjeldende ved utbetalinger mottatt i ond tro, uavhengig av hvor lang tid det går før forvaltningen oppdager at tilskuddet ikke var berettiget». At en privat part ikke har vært i god tro vil som nevnt også påvirke primærvedtaket gyldighet, se Graver (2015) s. 543. Hvis vedtaket blir kjent ugyldig som følge av bebreidelse fra den begunstigede, vil det være et tungtveiende moment for at omgjøringskompetansen bør brukes.

<sup>148</sup> Graver (2015) s. 488 og 490.

<sup>149</sup> Det vil kunne være særlig aktuelt når omgjøring skjer etter § 35 tredje ledd. Selv om primærvedtaket er gyldig kan opptreden fra den private part medføre at det aktualiserer sterke allmenne hensyn som taler for å omgjøre vedtaket. I landbruksforvaltningen vil brudd på dyrevelferdsreglement stå i strid med utdeling av

## DEL III «KAN-VURDERINGEN» I PRAKSIS

### 7 Utgangspunkter for analysen

For å vise eksempler på hvordan «kan-vurderingen» i forvaltningsloven § 35 gjøres i praksis, har et utvalg av praksis fra Landbruksdirektoratet blitt undersøkt. Jeg har undersøkt omgjøringsvedtak som omhandler produksjonstilskudd i perioden 2019 til 2020. Ordningen er regulert i forskrift av 19. desember 2014 nr. 1817 om produksjonstilskudd og avløsertilskudd i jordbruket. Produksjonstilskudd er en fellesbetegnelse for en rekke tilskuddsordninger hvor landbruksforetak som oppfyller vilkårene i forskriften kan søke om tilskudd. Tilskuddet blir betalt direkte til foretaket basert på opplysninger de oppgir i søknaden.

Som støtte- og utredningsorgan for Landbruks- og matdepartementet, går Landbruksdirektoratets virksomhet i stor grad ut på å realisere politiske målsettinger innen jord- og skogbruk bestemt av departementet. Direktoratet utarbeider retningslinjer for forvaltningen på dette området, og kontrollerer at Fylkesmennene og kommunene forvalter de delegerte tilskuddsmidlene i tråd med politiske målsettinger.<sup>150</sup> Kommunen behandler foretakenes søknader, og treffer utbetalingsvedtak av produksjonstilskuddene i første instans.

Begrunnelsen for at jeg har valgt å konsentrere meg om omgjøringsvedtak som gjelder direktetilskudd er fordi jeg syntes det er et interessant område av Landbruksdirektoratets virksomhet. Produksjonstilskuddene er en tilskuddsordning hvor det utbetales statlige midler direkte til private landbruksforetak etter søknad, og det vil derfor foreligge sterke offentlige hensyn som tilsier at vedtak som lider av feil bør korrigeres. Dessuten er avgrensningen tidsmessig begrunnet. Med tanke på at den begrensede tiden jeg har på prosjektet synes jeg det var hensiktsmessig å kun forholde meg til en del av de omgjøringsvedtak som blir truffet i landbruksforvaltningen.

Ved gjennomgang av praksis fra 2020 og 2019 var det totalt truffet 36 omgjøringsvedtak. I 14 av disse ble det oppstilt enten tydelige «kan-vurderinger», eller mer indirekte vurderinger hvor jeg tolket meg frem til at det ble foretatt en «kan-vurdering». Etter hvert som jeg gjennomgikk praksis var det tydelig at det var forskjellig fra sak til sak og rettsanvender til rettsanvender, om «kan-vurderingen» ble oppstilt som en selvstendig vurdering.

---

statlige midler til en drift som ikke anses forenlig med landbrukets verdier og formål. Da vil det foreligge sterke offentlige interesser for at det gyldige vedtaket omgjøres, og skyldmomentet inngå i interesseavveiningen og tale for det samme. Se avhandlingens del III.

<sup>150</sup> Landbruksdirektoratet (2010).

Gjennomgangen viste også at ulike rettsanvendere ikke hadde like klar oppfatning av hvilke momenter som skulle inntas under de ulike vurderingene. Derfor måtte omgjøringsbegrunnelsen til direktoratet tolkes for å skille ut hvilke momenter som faktisk ble vurdert under «kan» i § 35. Hvis det for eksempel ble konstatert at primærvedtaket var ugyldig, og det videre ble foretatt en bredere avveining av andre hensyn som kunne tale for omgjøring, tolket jeg det som at det indirekte ble foretatt en vurdering av om vedtaket burde omgjøres.

Det samme gjaldt sammenblandingen av «kan-vurderinger» som ble gjort etter forskriftens §§ 11 til 13 som hjemler avkortning og tilbakebetaling av tilskudd. Ved gjennomgang av praksisen så jeg at «kan-vurderingen» i avkortning- og tilbakebetalingshjemlene til tider ble slått sammen med vurderingen av «kan» i § 35.

På bakgrunn av hvilket omgjøringsgrunnlag som ble brukt kan praksisen deles i to: i) saker der den forutgående avgjørelsen var «ugyldig» i henhold til § 35 (1) bokstav c, og ii) saker omgjort etter § 35 tredje ledd fordi det forelå «offentlige interesser». Det var totalt 14 vedtak som ble omgjort etter i), der åtte hadde «kan-vurdering». Det var totalt ni vedtak som omgjorde etter ii) og fire av disse hadde «kan-vurdering». I den følgende analysen vil jeg presentere vedtakene i henhold til denne inndelingen.

Jeg har stilt meg følgende spørsmål ved gjennomgangen av praksisen: i) Gjør Landbruksdirektoratet en selvstendig «kan-vurdering» av om omgjøringskompetansen bør brukes i den konkrete sak, ii) hvis ja, hvilke momenter ser direktoratet hen til i vurderingen? Resultatet på spørsmålene vil presenteres i punkt 9.

## **8 Vedtak hvor «kan» ble vurdert**

### **8.1 Betydningen av at primærvedtaket var ugyldig for om omgjøringskompetansen ble brukt**

#### **8.1.1 Feil faktum**

Som gjennomgått i punkt 6 er det ulike forhold som kan begrunne omgjøring som følge av at vedtaket anses ugyldig, og særlig visse ugyldighetsgrunner vil veie tungt for at vedtaket bør omgjøres. I flere av sakene hvor Landbruksdirektoratet opprettholdt omgjøringsvedtaket til Fylkesmannen, ble kommunes vedtak ansett ugyldig som følge av at det var lagt til grunn **feil**

**faktum fordi parten hadde gitt uriktige opplysninger.**<sup>151</sup> Dette var blant annet tilfellet i sak med referanse 18/80985–4. Saken omhandlet tilbakebetaling av omleggingstilskudd.

Fylkesmannen varslet foretaket i brev av 28. august 2017 om mulig omgjøring av kommunens utbetalingsvedtak av omleggingstilskudd. Fylkesmannen hadde fått i oppgave av Landbruksdirektoratet å undersøke foretaket. I undersøkelsen sammenstilte Fylkesmannen en tabell over hva foretaket hadde søkt om av tilskudd, hva de hadde fått innvilget av tilskudd, og hvilke godkjenninger foretaket hadde fått fra Debio.<sup>152</sup> Ved sammenstillingen av tabellen ble det etter Fylkesmannens vurdering klart at foretaket hadde fått utbetalt uberettiget omleggingstilskudd i søknadsomgangen 2011 til 2014. Vurderingene i varslet var basert på opplysninger fra tabellen.

I vedtak truffet 15. januar 2018 omgjorde Fylkesmannen kommunens utbetalingsvedtak for de aktuelle årene. Fylkesmannens anså kommunens vedtak som ugyldige som følge av det var lagt feil faktum til grunn, og omgjorde vedtakene etter § 35 første ledd bokstav c. Foretaket klaget og fikk delvis medhold. Foretaket klaget igjen og saken ble oversendt Landbruksdirektoratet 7. desember 2018.

Landbruksdirektoratet kom i sin klagebehandling også til at utbetalingsvedtakene var ugyldige. Direktoratet presiserte deretter med henvisning til juridisk teori, at selv om vedtakene blir kjent ugyldige til skade for parten, følger det likevel ingen plikt til å omgjøre etter § 35 første ledd bokstav c, «[b]estemmelsen gir bare frihet til dette («kan»), noe som åpner for å la vedtak som i utgangspunktet er ugyldige, bli stående likevel». Direktoratet anså likevel ugyldigheten som et svært tungtveiende moment i helhetsvurderingen av om omgjøringskompetansen skulle brukes. Deretter vurderte de tiden som var gått, partens innrettelse og hvem som var å bebreide for at kommunen hadde lagt til grunn feil faktum.

Til tross for at det var gått lenger tid enn det generelle utgangspunkt på to og et halvt år, var det foretaket som **uaktson** hadde gitt **uriktige opplysninger** i søknaden.<sup>153</sup> På bakgrunn av

---

<sup>151</sup> Det samme var tilfellet i sak med referanse 18/80490-3, 18/23628-4, 18/80985-4, 18/77218, 18/38832-7, og 18/21396-25. I alle avgjørelsene ble Fylkesmannens omgjøringsvedtak opprettholdt.

<sup>152</sup> Debio er en privat medlemsorganisasjon som kontrollerer og merker økologiske og bærekraftige produkter.

<sup>153</sup> Utgangspunkt som oppstilt i SOM-2012-1080.

skyldmomentet ble tidsmomentet ikke avgjørende, og foretakets innrettelseshensyn kunne etter direktoratets mening heller ikke tillegges avgjørende vekt. De konkluderte med at kommunes vedtak burde omgjøres og opprettholdt Fylkesmannens omgjøringsvedtak.

Saken er et eksempel på at en selvstendig «kan-vurdering» blir særlig viktig når omgjøringen av det ugyldige vedtaket er til ugunst. Dette var utgangspunktet for direktoratets vurdering da de under henvisning til Fylkesmannens vurdering skriver at «det må gjøres en nærmere avveining av om kommunens vedtak skal omgjøres, fordi omgjøringen er til skade for parten». Uttalelsen kan være et uttrykk for at direktoratet anså at «kan-vurderingen» ville bortfalt dersom omgjøringen ville vært til gunst. Det er imidlertid vanskelig å si da omgjøringen mest sannsynlig ville havnet under et annet omgjøringsgrunnlag, for eksempel bokstav a.

Saken er i tillegg interessant fordi foretakets advokat anfører at Fylkesmannens omgjøringsvedtak var ugyldig fordi de vurderte tid, innrettelse og skyld under spørsmålet om omgjøringskompetansen *bør* brukes, og ikke under ugyldighetsvurderingen. Landbruksdirektoratet avfeide anførselen med begrunnelse om at så lenge momentene er vurdert under spørsmålet om omgjøring, så er det uten betydning om det gjøres under ugyldighetsspørsmålet eller under spørsmål om omgjøringskompetansen *bør* brukes. Dette hevder de på bakgrunn av en tolkning av juridisk teori. Uttalelsen er interessant fordi det fremstår som at direktoratet ikke ser et skille mellom vurderingen av om det foreligger omgjøringskompetanse, og spørsmål om kompetansen skal brukes.<sup>154</sup>

### 8.1.2 Lovtolkningsfeil

I sak 19/8913-3 var det en rettsanvendelsesfeil som medførte at kommunens vedtak ble ansett å være ugyldig.<sup>155</sup> Bakgrunnen for saken var at kommunen hadde feilvurdert hvorvidt grunnvilkåret «vanlig jordbruksproduksjon på sau» forelå. Kommunen hadde etter sin vurdering av vilkåret kommet til at det var oppfylt, og som følge av det utbetalt produksjonstilskudd. Fylkesmannen mente foretaket ikke var berettiget tilskuddet fordi

---

<sup>154</sup> I sak med ref. 18/77218-5 som også omhandlet omgjøring som følge av at det var lagt til feil faktum ble en lignende sammenslåing av «kan-vurderingene» gjort. I denne saken ble imidlertid momentene under spørsmål om omgjøringskompetansen burde bli brukt, vurdert under spørsmål om de «kan» rette tilbakebetalingskrav, jf. forskriftens § 13. Direktoratet påpekte at de synets det er «mest hensiktsmessig å drøfte disse momentene under spørsmålet om man «kan» omgjøre etter fv1. § 35, men vi følger i dette tilfellet vedtaket fra Fylkesmannen».

<sup>155</sup> Det samme var tilfellet i sak med referanse 18/26802-5 og 18/28373-6.



grunnvilkåret ikke var oppfylt. I tillegg hadde det blitt feilutbetalt produksjonstilskudd på grovforareal som følge av en saksbehandlingsfeil av kommunen. Fylkesmannen mente både lovtolkningsfeilen og saksbehandlingsfeilen måtte medføre at de to vedtakene var ugyldige. Fylkesmannen varslet omgjøring av de to tilskuddene i hvert sitt varsel, men begge vedtakene ble påklaget og behandlet samlet hos Landbruksdirektoratet.

I spørsmålet om vedtakene burde omgjøres, kom Landbruksdirektoratet også til at kommunens rettsanvendelsesfeil i det første vedtaket, og saksbehandlingsfeil i det andre, medførte at vedtakene var ugyldige. Omgjøringsgrunnen og type ugyldighetsgrunn blir tillagt betydelig vekt. Det er også tydelig at tidsmomentet i saken fikk avgjørende vekt. Fordi det hadde gått to uker fra kommunen traff vedtak til Fylkesmannen varslet om mulig omgjøring, anså Landbruksdirektoratet at innrettelseshensynet ikke kunne tillegges vekt i saken. Samlet ble det lagt avgjørende vekt på at vedtakene var ugyldige, at det var gått svært kort tid, og at offentlige interesser tilsa at produksjonstilskudd kun må betales til de som er berettiget. På bakgrunn av at direktoratet fant tungtveiende argumenter som talte for omgjøring, ble foretakets interesser som talte mot omgjøring, i mindre grad fremhevet.

Likevel skal det foretas en helhetsvurdering, noe som tilsier at «kan-vurderingen» i denne saken kunne ha vært mer nyansert. Skyldmomentet ble ikke nevnt, til tross for at det var forvaltningen som var skyld i feilene ved vedtakene og for at de uberettigede tilskuddene var blitt utbetalt. Kommunen hadde i det ene vedtaket tolket de relevante rettskildene feil, og uriktig kommet frem til at foretaket drev «vanlig jordbruksproduksjon» på sau. Omgjøringen var til ugunst og det gis ikke medhold i klagen i klageinstansen. Det skjerper kravene til begrunnelsen, noe som tilsier at alle nyanser av avveiningen om hvorfor omgjøringskompetansen blir tatt i bruk bør komme frem.

## **8.2 Betydningen av at det forelå offentligrettslige interesser som tilsa omgjøring**

I flere av sakene hvor Landbruksdirektoratet opprettholdt omgjøringsvedtaket til Fylkesmannen skyldtes det at det forelå «offentlige interesser» som tilsa omgjøring, og at de offentlige hensynene veide mer enn interessene til den private part.<sup>156</sup>

Sak 18/36896-3 gjaldt spørsmål om avkortning av utbetalt produksjons- og avløsertilskudd foretaket hadde fått utbetalt på bakgrunn av kommunens vedtak fattet 20. februar 2018. Til tross for at det på dette tidspunkt forelå brudd på dyrevelferdsreglementet som ga kommunen mulighet til å avkorte i tilskuddet, hadde kommunen ikke vurdert avkortning. Det skulle

---

<sup>156</sup> Saksref. 18/36703-7, 18/35793-4, 18/36896-3 og 18/27219-3.

imidlertid vise seg at kommunen som følge av rutinesvikt ikke hadde fått tilsendt opplysninger om Mattilsynets vedtak som gjaldt foretakets brudd på dyrevelferdsreglementet. Kommunen kjente derfor ikke til omfanget av regelverksbruddene som forelå på tidspunktet utbetalingsvedtaket ble fattet.

Fylkesmannen varslet omgjøring 9. mars 2018 og at de muligens ville avkorte tilskuddet. Bakgrunnen for varselet var Mattilsynets vedtak om brudd på dyrevelferdsreglement. I vedtak av 8. mai 2018 fattet Fylkesmannen vedtak om omgjøring av kommunens vedtak.

Hva slags type brudd på dyrevelferdsreglementet det var snakk om ble tillagt stor vekt når de vurderte hvorvidt vedtaket burde omgjøres. I vurderingen ble det særlig fremhevet at foretaket hadde begått gjentakende og grove regelverksbrudd på dyrevelferdsreglement, og at foretaket derfor hadde utvist stor grad av skyld. Direktoratet fremhevet at foretaket av den grunn burde ha forstått at de ikke hadde krav på produksjonstilskudd. De anså derfor at foretaket hadde utvist uaktsomhet da de ga opplysninger i søknaden om produksjonstilskudd.

På bakgrunn av de tungtveiende argumenter som talte for omgjøring, anså direktoratet at det var liten grunn til å tillegge hensyn som talte mot omgjøring særlig vekt: «difor er mindre grunn til å verne dine interesser og di innretting i denne saka». Det ble ikke fremhevet hva slags innrettelse eller ulemper omgjøring medførte for den private part. Det avgjørende i vurderingen av om omgjøringsadgangen burde brukes var hensynet til forsvarlig bruk av offentlige midler. Direktoratet skriver:

«Omsynet til forsvarleg bruk av offentlege midlar talar mot å støtte et føretak, kor det er gjort alvorlege brot på regelverket for dyrevelferd, med fellesskapets midlar. Vi meiner difor at det er i det offentlege si interesse å ikkje støtte din griseproduksjon med tilskot. Etter vår vurdering må omsynet til forsvarleg bruk av offentlege midlar vege tyngre enn ulempene du vil få ved at vedtaket om utbetaling gjerast om».<sup>157</sup>

Som utsagnet viser er det måten foretakene har drevet landbruk på som i så stor grad strider med formålet til tilskuddsordningen at det etter offentlige interesser og bruken av statlige midler tilsier at primærvedtaket ikke kan opprettholdes. At det var utvist skyld ved brudd på regelverket ved flere anledninger, ble også tillagt vekt i vurderingen.

Saken illustrerer tendensen praksisen hadde når direktoratet opprettholdt omgjøringsvedtakene gjort etter § 35 tredje ledd. I disse sakene ble det gjennomgående lagt

---

<sup>157</sup> Landbruksdirektoratet saksref. 18/36896.

mest vekt på de offentlige hensyn i saken som tilsa at vedtaket burde omgjøres. Tidsfristen tredje ledd oppstiller var overholdt i alle sakene, og innrettelseshensynet ble derfor i mindre grad tillagt vekt. I tillegg var det i alle sakene begått grove brudd på regler om dyrevelferd, og at foretakene ved bruddet på dette regelverket hadde utvist skyld. Det er tydelig at omgjøring etter denne bestemmelsen ble brukt i tilfeller hvor formålet til tilskuddsordningen ikke ble overholdt. Andre interesser ble derfor i svært liten grad tillagt vekt i vurderingen av om det burde omgjøres.

## 9 Oppsummering av funn

I sakene hvor det ble foretatt «kan-vurdering» viser praksisen at visse momenter veier tungt i Landbruksdirektoratets vurdering av om omgjøringsadgangen bør benyttes. Selve omgjøringsgrunnen var et moment som det ble tillagt betydelig vekt. Feilens art, tidsmomentet, innrettelsesmomentet, og allmenne hensyn ble som regel vurdert i helhetsvurderingen. Helhetsvurderingen så ut til å bli mindre nyansert i saker hvor feilen bestod av lovtolkningsfeil. At kommunen i disse tilfellene egentlig ikke hadde adgang til å treffe utbetalingsvedtak ble avgjørende for at omgjøringskompetansen ble brukt.

Skyldmomentet ble også tillagt betydelig vekt i vurderingen av omgjøringskompetansen skulle bli brukt. Direktoratet la avgjørende vekt på skyldmomentet hvor foretaket kunne bebreides for feilen ved kommunens vedtak. På bakgrunn av det var utvist skyld anså direktoratet at foretaket ikke kunne sies å ha fått forventinger som fortjente å bli beskyttet mot at vedtaket ble omgjort. Tidsmomentet ble av den grunn også ofte mindre vektlagt i tilfeller hvor skyld kunne påvises hos foretakene. At skyld var et moment med stor tyngde i direktoratets vurdering kan ses i sammenheng med at tilskuddsordningen i stor grad er tillitsbasert. Det stilles høyere krav til foretakenes grad av aktsomhet som profesjonelle aktører.<sup>158</sup>

Selv om skyldmomentet ble tillagt avgjørende vekt for omgjøring, var det ingen av sakene jeg analyserte hvor skyld på forvaltningens side ble tillagt betydelig vekt. Til tross fra feil på forvaltningens side, ble feilens art i stedet avgjørende for om omgjøringsadgangen ble brukt.

Det må kanskje ses i sammenheng med at hensynet til offentlige interesser var et moment som også gjennomgående ble tillagt mye vekt. Avgjørende for direktoratets vurdering var at tilskuddet ikke var berettiget og at offentlige hensyn av den grunn tilsa at vedtaket burde

---

<sup>158</sup> Landbruksdirektoratet (2020) s. 40.

omgjøres.<sup>159</sup> Offentlige hensyn ble naturligvis også et sentralt og tungtveiende moment i avgjørelser som ble omgjort etter § 35 tredje ledd. I disse sakene var det til tider vanskelig å se at hensyn som talte mot omgjøring ble like nyansert fremhevet som hensyn som talte for omgjøring.

Ved gjennomgang av direktoratets praksis var det tydelig at det var flere vedtak hvor det *ikke* ble foretatt en «kan-vurdering», enn vedtak hvor det ble foretatt en slik vurdering. Når det foreligger så mange avgjørelser omhandlende § 35 hvor «kan» ikke er vurdert, men hvor det likevel konkluderes med at Fylkesmannen har hatt omgjøringsadgang, kan det tyde på at direktoratet ikke ser spørsmålet om omgjøringsadgang som todelt: i) om det *foreligger kompetanse* til å omgjøre, jf. tilstedeværelsen av en omgjøringsgrunn, og ii) om de *bør bruke kompetansen* i den konkrete sak.

Jo eldre vedtak, jo klarere var skillet mellom spørsmål om det forelå omgjøringskompetanse og spørsmål om kompetansen burde brukes. Det kan også være uttrykk for at praksisen tidligere har vært mer i tråd med plikten til å vurdere om kompetansen bør brukes, men at det har vært en praksisutvikling hvor de to vurderingene har falt mer eller mindre sammen. Praksisen må på bakgrunn av dette anses som lite konsekvent.

## **DEL IV NOEN AVSLUTTENDE BERKNINGER**

### **10 Oppsummering og mine konklusjoner**

At forvaltningen «kan» omgjøre enkeltvedtak etter § 35 er som avhandlingen har vist utgangspunktet for forvaltningens omgjøringsfrihet og diskresjonære kompetanse. Forvaltningen har frihet til å selv vurdere om omgjøringskompetanse *bør* brukes i det konkrete tilfellet. Som vi har sett impliseres ikke omgjøringsfriheten kun av bestemmelsens ordlyd og modaliteten «kan», men en slik tolkning har også grunnlag i rettskilder av stor rettskildemessig vekt slik som forarbeider og Høyesterettspraksis. Dessuten har underrettspraksis og forvaltningspraksis underbygget omgjøringsfrihet som utgangspunkt.

Fra utgangspunktet om omgjøringsfrihet har jeg foretatt en grundig analyse av rettskildebildet for å undersøke i hvilken grad ulovfestet rett har utfordret omgjøringsfriheten, og om det ga

---

<sup>159</sup> At direktoratet vektlegger dette hensynet svært tungt, kan ha sammenheng med at direktoratet er underlagt «Reglement for økonomistyring i staten. Bestemmelser om økonomistyring i staten». På bakgrunn av disse reglene er Landbruksdirektoratet som tilskuddsutbetaler pliktet til å sørge for at bruk av statens midler skjer i tråd med lover og forskrifter, og ha rutiner som sikrer tilbakebetaling der det blir betalt ut for mye tilskudd.

grunnlag for å oppstille en ulovfestet omgjøringsplikt. Jeg konkluderte med at det ikke ga grunnlag for å oppstille en slik plikt. For meg kunne ikke de rettskildene som underbygget en ulovfestet plikt tillegges mer rettskildemessig vekt enn de rettskildene som underbygger at «kan» må forstås i samsvar med det tolkningsalternativ som ligger nærmest en språklig forståelse av begrepet.

Som avhandlingen har gjennomgått er det likevel hensyn og interesser som er relevante i den konkrete vurderingen av om omgjøringskompetansen bør brukes. Det er flere momenter som vil være relevante, men særlig tidsmomentet, skyldmomentet, feilens art og innrettelse er momenter som har blitt listet opp i forvaltningspraksis flere ganger og som forvaltningen ser hen til når de vurderer om «kan» bør leses som «må». Det fremgår av analysen i del III at disse momentene også blir sett hen til i praksis når Landbruksdirektoratet konkret vurderer om omgjøringskompetansen bør brukes.

Et annet viktig praktisk poeng gjennomgangen av praksis illustrerer er at det sjelden ble gjort en selvstendig «kan-vurdering». Utgangspunktet som ble oppstilt i avhandlingens punkt 6 er at forvaltningen er pålagt en plikt til å foreta selvstendig vurdering av om omgjøringskompetansen bør brukes i den konkrete sak.<sup>160</sup> Likevel var det kun 39% av alle omgjøringsvedtak hos Landbruksdirektoratet fra de siste to årene hvor det ble gjort selvstendig vurdering av «kan». Det er svært få sett i sammenheng med at direktoratet egentlig er forpliktet til å gjøre det. I de avgjørelsene hvor omgjøringsvedtakene til Fylkesmannen ble opprettholdt, men det kun ble drøftet hvorvidt det forelå omgjøringskompetanse, så det ut til at direktoratet ikke oppfattet omgjøringsfrihet som det rettslig utgangspunkt.

Min analyse av Landbruksdirektoratets praksis tok ikke for seg et stort nok kildemateriale for å kunne si hvorvidt direktoratet er i den oppfatning av at det finnes en ulovfestet omgjøringsplikt. Likevel var det et flertall av de avgjørelser jeg analyserte hvor omgjøringsvurderingen kun ble gjort på bakgrunn av at vedtaket var ugyldig uten å vurdere om kompetansen burde brukes. De avgjørelsene kan gi uttrykk for at direktoratet er av den oppfatning av at det foreligger en ulovfestet omgjøringsplikt.

En annen mulig tolkning av resultater fra analysen av direktoratets praksis er at momentene som inngår i en bred ugyldighetsvurdering, langt på vei vil være sammenfallende med de momenter som drøftes under «kan-vurderingen». For direktoratet kan praksisendringen hvor

---

<sup>160</sup> Forutsatt at det allerede er besluttet at saken skal behandles på nytt, eller som i Landbruksdirektoratets tilfelle, prøving av alle sider av saken i klageomgang. Se punkt 6.1.

de har gått over til å ta alle momentene under ugyldighetsvurderingen, og hopper over «kan-vurderingen», også være fordi de anser at de samme interessene blir ivaretatt i begge vurderinger. For eksempel vil partens innrettelseshensyn kunne ivaretas når det vurderes om vedtaket er ugyldig. Uten at de føler seg forpliktet til å omgjøre, kan de likevel anse det som mer praktisk anvendelig å slå de to vurderingen sammen.

Det i seg vil dessuten være et uttrykk for at anvendelsen av § 35 i praksis ikke er lett. Det kan da stilles spørsmål om hvorfor bestemmelsen legger opp til to vurderinger hvor de samme momentene drøftes – er det i realiteten noe forskjell på om de to vurderingene gjøres samlet under spørsmål om ugyldighet? Jeg vil i det følgende forsøke å komme med noen perspektiver som tilsier at det er en realitetsforskjell og ikke kun et teoretisk skille.

Sett i sammenheng med argumentene som fremføres mot at det eksisterer en ulovfestet omgjøringsplikt, bryter det med maktfordelingen forutsatt av lovgiver å ikke foreta en selvstendig «kan-vurdering». Som avhandlingen viser har lovgiver brukt «kan» som modaliteten i omgjøringsreglene. Det er forvaltningens myndighetsområde å gjøre avveiningen av når kompetansen skal brukes. Hvis ulovfestet rett da oppstiller en plikt mot lovens kompetansefordeling vil det kunne anses som maktmisbruk av den dømmende makt.

Samtidig må det anses som en saksbehandlingsfeil av forvaltningen dersom den anser seg bundet av en ulovfestet plikt som det egentlig ikke er rettskildemessig belegg for å hevde at eksisterer. Dersom selve helhetsvurderingen utgår og forvaltningen kun vurderer om det foreligger omgjøringsgrunn vil jo det være en rettsanvendelsesfeil ved omgjøringsvedtaket. Og motsatt kan man si at dersom det hadde vært rettskildemessig grunnlag for å oppstille en ulovfestet omgjøringsplikt, ville forvaltningen ha begått feil ved å foreta skjønnsmessige avveininger som den egentlig ikke hadde grunnlag til å foreta.

Dessuten kan det stilles spørsmål om en «kan-vurdering» gjør det lettere for forvaltningens avgjørelser å stå seg dersom de kommer for retten. Spørsmålet om det foreligger omgjøringskompetanse er et skjønn domstolen kan overprøve, mens interesseavveiningen i den konkrete sak er en del av forvaltningens myndighetsområde som domstolen bør være tilbakeholdne med å prøve. Ved å tydeliggjøre de ulike vurderingene vil det bli klarere for både for domstolen og forvaltningen selv i hvilken avveining forvaltningen har inntatt sin rolle som ressursfordeler og pådriver av politiske målsettinger.

## **11 Min konklusjon sett i lys av nytt lovforslag**

Forvaltningslovsutvalget la frem forslag til ny forvaltningsloven 14. mars 2019. Utredningen er omfattende, og lovendringene vil både direkte og mer indirekte ha betydning for spørsmål

om omgjøring. Jeg har valgt å begrense meg til å kort kommentere de endringer som er relevante for avhandlingens undersøkelser av forvaltningens «kan-kompetanse» i § 35.

Det er i utkastet foreslått en omgjøringsplikt av ugyldige vedtak. Plikten er regulert i § 62 (2) og indirekte av § 74 som regulerer ugyldighetsspørsmålet. Det er foreslått en omgjøringsplikt, men ikke en revurderingsplikt.<sup>161</sup> En selvstendig omgjøringsplikt er som vi har sett ikke mulig. Forvaltningen må først foreta en forutgående behandling av saken for å se om vilkårene for omgjøring foreligger, før den eventuelt blir klar over at vedtaket skal omgjøres.<sup>162</sup>

Ugyldighetsbegrepet som det reguleres i ny § 74 er heller ikke uproblematisk.<sup>163</sup> Dessuten vil en ubetinget plikt medføre at konkret rimelighet i mindre grad vil kunne bli ivaretatt. For eksempel når forvaltningen har tolket lovverket feil og det av den grunn ikke forelå hjemmel til å treffe vedtak, må er ugyldig og omgjøres etter lovforslaget.<sup>164</sup> Dersom det i et slikt tilfelle har gått mange år fra primærvedtaket ble truffet, og ugyldigheten skyldes feil fra forvaltningen må likevel vedtaket omgjøres. På bakgrunn av den regulering av ugyldighetsspørsmålet som følger av § 74, vil ikke hensynet til parten nødvendigvis kunne ivaretas i selve vurderingen av om vedtaket skal kjennes ugyldig. Når det i tillegg pålegges en omgjøringsplikt, vil hensynet til parten ikke kunne ivaretas på noen måte.

Kompetansefordelingen dagens bestemmelse legger opp til vil bli utfordret når de nye bestemmelsene legger opp til rettslige avveininger av ugyldighetsspørsmål som igjen indirekte påvirker spørsmålet om forvaltningen er forpliktet til å omgjøre. Fordi den nye modaliteten ved omgjøring av ugyldige vedtak er «skal», vil domstolen få mer makt til å vurdere om forvaltningen skulle ha brukt kompetansen eller ikke. På den måten kan man si at de nye reglene forskyver maktfordelingen mellom den utøvende og dømmende makt.

I lovforslaget til ny § 62 brukes to ulike modaliteter i samme bestemmelse. Det er nærliggende at begrepet «kan» i § 62 (1), og «skal» i § 62 (2) kan bidra til misforståelser om hvordan de ulike modalitetene skal forsås i tilknytning til de ulike omgjøringsgrunnlagene. Det fremstår også som noe ubegrunnet at modaliteten «skal» bare gjelder ugyldige vedtak. I motsetning til dagens «kan» i § 35, må «kan» i den nye § 62 kun fungere som kompetansemarkør. Forvaltningen har ikke har rom for å vurdere om kompetansen bør brukes

---

<sup>161</sup> Jf. ny § 64 (2) og NOU 2019:5 s. 416.

<sup>162</sup> Se punkt 5.1 og 5.2.4.

<sup>163</sup> Se synspunkter i Tøssebro (2020) s. 453–456.

<sup>164</sup> Det er likevel ikke opplagt at et slikt tilfelle som feil lovtolkning går under forslagens formulering «mangler nødvendig lov hjemmel» i § 74 (1).

når den står ovenfor ugyldige vedtak (tolkningsalternativ 1 jf. punkt 4.2). Samtidig er «kan» bare angitt for bokstavene a til e. Det innebærer at «kan» etter den nye bestemmelsen både vil representere at det foreligger omgjøringskompetanse for omgjøringsgrunnene i første ledd og annet ledd. I tillegg må «kan» samtidig ses som modalitetsmarkør for omgjøringsgrunnene i første ledd, og gi forvaltningen kompetanse til å fritt vurdere om det skal treffes endrende vedtak (tolkningsalternativ 2, jf. punkt 4.2).

Resultatet av min analyse i del III viste at omgjøringsreglene ikke er lette å håndtere i praksis etter dagens § 35. Etter det foreliggende utkastet er jeg likevel usikker på om anvendelsen av omgjøringsreglene blir enklere. Dagens rett er preget av svært skjønnsmessige avveininger, hvor rettskildebildet er uoversiktlig. Av hensyn til forutberegnelighet, likbehandling og likeartet saksbehandling kan det tilsi at omgjøringsreglene bør ha mer konkrete og detaljerte regulering enn det lovforslaget etter min mening bidrar med.

Til slutt må det kommenteres at et flertall av utvalget ønsker å fjerne dagens tredje ledd som gjelder klageinstansens mulighet til å omgjøre gyldige vedtak. Som gjennomgått i del III er det en svært aktuell bestemmelse for landbruksforvaltningen hvor det ikke finnes særregulering for omgjøring, samt forvaltningsområde med behov for sterk politisk styring noe som i dag kan sikres gjennom tredje ledd. Fjernes dette leddet, fjernes også en mulighet for klageinstansen til å gripe inn i spørsmål hvor den kan ha mer kompetanse til å vurdere om det bør omgjøres.



## Litteraturliste

### Juridisk litteratur

- Bergo (2019) Bergo, Knut. «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde red., 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 175–238.
- Boe (1981) Boe, Erik M. «Hvor fritt er det frie forvaltningssskjønnet?» *Jussens Venner* nr. 2 (1981) s. 37–57 [Sitert fra Lovdata.no].
- Boe (2010) Boe, Erik M. *Innføring i juss*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, cop. 2010.
- Boe (2018) Boe, Erik Magnus. *Forsvarlig forvaltning*, Oslo: Universitetsforl., 2018.
- Eckhoff (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 11 utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Eriksen (2019) Eriksen, Christoffer C. «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde red., 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 293–333.
- Frihagen (1992) Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett* (bind III), 4. utg., Bergen: Forlaget A. Frihagen, 1992.
- Graver (2007) Graver, Hans Petter. «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet.» *Lov og rett* nr. 6 (2007), s. 365–374 [Sitert fra Lovdata.no].
- Graver (2015) Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 4. utg., Universitetsforl., 2015.

- Graver (2019) Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforl., 2019.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Domstolspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde red., 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 259–292.
- Høgberg/Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde m.fl. *Juridisk metode og tenkemåte*. Oslo: Universitetsforl., 2019.
- Landbruksdirektoratet (2010a) Landbruksdirektoratet. «Kva er Landbruksdirektoratet?» 2010/red. 2019 <https://www.landbruksdirektoratet.no/no/om-landbruksdirektoratet/virksomhet/kva-er-landbruksdirektoratet> hentet 22.10.20.
- Landbruksdirektoratet (2010b) Landbruksdirektoratet. «Om produksjonstilskudd.» 2010/red. 2020 <https://www.landbruksdirektoratet.no/no/produksjon-og-marked/produksjonstilskudd/om-produksjonstilskudd#naermere-om-produksjonstilskudd-i-jordbruket> hentet 05.11.20.
- Moen (2018) Moen, Olav H. *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*. Oslo: Det juridiske fakultet, 2018.
- Store norske leksikon (2019) Store norske leksikon. «Modalitet». 2017 <https://snl.no/modalitet> hentet 07.10.20.
- Tøssebro (2019) Tøssebro, Henriette N. «Læren om begrenset domstolskontroll» i *Ugyldighet i forvaltningsretten*. Henriette N. Tøssebro red., 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2019, s. 177–210.

- Tøssebro (2020) Tøssebro, Henriette N. *Omgjøring utenfor klagesak*. Oslo: Det juridiske fakultet, 2020.
- Wallevik (2015) Wallevik, Karl. O. «Forholdsmessighet ved omgjøring av enkeltvedtak til skade utenfor klagesak» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*. Karl Harald Søvig red., 1. utg., Bergen: Fagbokforl., 2015, s. 147–188.
- Woxholth (2011) Woxholth, Geir. *Forvaltningsloven med kommentarer*. 5. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2011.

## **Norske rettskilder**

### **Lover og forskrifter**

- 1967 Lov 10. februar 1967 lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1981 Lov 13. mars 1981 nr. 6 lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).
- 2003 Reglement for økonomistyring i staten resolusjon 12. desember 2003
- 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 100 lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).
- 2014 Forskrift 19. desember nr. 1817 forskrift om produksjonstilskudd og avløsertilskudd i jordbruket (forskrift om produksjonstilskudd mv. i jordbruket).
- 2015 Lov 10. april 2015 nr. 17 lov om finansforetak (finansforetaksloven).
- 2016 Lov 27. mai 2016 nr. 14 lov om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven).

## **Lovarbeider**

NUT 1958:3

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.

Ot. prp. nr. 38 (1964-1965)

Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Ot. prp. nr. 3 (1976-1977)

Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)

NOU 2019: 5

Ny forvaltningslov

## **Instrukser, veiledninger og reglement**

Finansdepartementet (2003)

Finansdepartementet. «Reglement for økonomistyring i staten. Bestemmelser om økonomistyring i staten» fastsatt ved kronprinsregentens resolusjon 12. desember 2003.

Landbruksdirektoratet (2015)

Landbruksdirektoratet. «R-2015/31. Retningslinjer for saksbehandling ved feil utbetalt tilskudd eller erstatning». (Landbruksdirektoratet ref. 51/1).

Landbruksdirektoratet (2020)

Landbruksdirektoratet. «R-2020/28 Kommentarer til reglene om produksjonstilskudd og avløsertilskudd i jordbruket». (Landbruksdirektoratet ref. 20/1).

## **Domstolpraksis**

Høyesterett

Rt. 1961 s. 78

Rt. 1962 s. 105

Rt. 1975 s. 992

Rt. 1995 s. 54

Rt. 1999 s. 1517

Rt. 2002 s. 19

Rt. 2006 s. 991

Rt. 2006 s. 1382  
Rt. 2007 s. 801  
Rt. 2008 s. 96  
Rt. 2008 s. 688  
Rt. 2013 s. 484  
HR-2016-2017-A  
HR-2019-2396-A

#### Lagmannsrett

LA-2007-64532  
LB-2005-172949  
LH-2005-119464  
LH-2015-167189

#### **Forvaltningspraksis**

##### Sivilombudsmannspraksis

SOMB-1998-12  
SOM-2012-1080  
SOM-2013-385  
SOM-2014-3496  
SOM-2015-3270  
SOM-2015-3275  
SOM-2016-1205  
SOM-2017-597  
SOM-2018-2665  
SOM-2019-12

##### Praksis fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-1984-1432  
JDLOV-2004-5631  
JDLOV-2017-1887

##### Departementspraksis

TUDEP-2019-2614-8  
LMD ref. 15/1176  
LMD ref. 19/663

##### Direktoratpraksis - Landbruksdirektoratet

Landbruksdirektoratet. Saksref. 15/19444 av 13. oktober 2016.

Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/28373-6 av 12. februar 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/36703-7 av 8. mai 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/36896-3 av 8. mai 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/27219-3 av 9. mai 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/35793-4 av 9. mai 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/26802-5 av 21. august 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/38832-7 av 24. oktober 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/23628-4 av 26. september 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/80490-3 av 14. november 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/80985-4 av 15. november 2019.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 19/8913-3 av 16. januar 2020.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/77218 av 6. mars. 2020.  
Landbruksdirektoratet. Saksref. 18/21396-25 av 16. oktober 2020.

#### Trygderettspraksis

TRR-2013-1989

TRR-2015-1842

TRR-2015-2524