



Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø

Passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold

Bør det gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold?

Lars Skonseng

Liten masteroppgave i JUR-3902 (V22).

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	AKTUALITET OG FORMÅL	2
1.3	METODE, STRUKTUR OG FREMGANGSMÅTE.....	3
2	PASSIV SØKSMÅLSKOMPETANSE I OFFENTLIGRETTSLIGE FORHOLD	5
2.1	GENERELT OM RETTSLIG INTERESSE	5
2.2	KORT OM ANDRE SPØRSMÅL VED PASSIV SØKSMÅLSKOMPETANSE I OFFENTLIGRETTSLIGE TVISTER	7
2.3	HENSYN BAK KRAVET OM PASSIV SAKSTILKNYTNING.....	9
2.4	METODISKE FORHOLD PÅ SIVILPROSESSENS OMRÅDE.....	10
3	PASSIV SØKSMÅLSKOMPETANSE I OFFENTLIGE TREPARTSFORHOLD	12
3.1	LOVTEKST.....	12
3.2	FORARBEIDER.....	13
3.3	JURIDISK TEORI	17
3.4	RETTSPRAKSIS.....	20
3.4.1	<i>Rt. 2005 s. 764 og Rt. 2005 s. 821.....</i>	<i>20</i>
3.4.2	<i>Rt. 2007 s. 234 og Rt. 2008 s. 230.....</i>	<i>22</i>
3.4.3	<i>Rt. 2011 s. 841.....</i>	<i>23</i>
3.4.4	<i>Rt. 2015 s. 641.....</i>	<i>24</i>
3.5	OPPSUMMERENDE KONKLUSJON	26
4	ER GJELDENDE RETT I SAMSVAR MED DE REELLE HENSYN SOM GJØR SEG GJELDENDE?	27
4.1	REELLE HENSYN SOM RETTSKILDE	27
4.2	HENSYNET TIL PARTENE	29
4.3	HENSYNET TIL RETTSKRAFT OG RISIKOEN FOR FORTSATT TVIST	31
4.4	HENSYNET TIL SAKENS OPPLYSNING OG EN FORSVARLIG BEHANDLING AV GYLDIGHETSPØRSMÅLET.....	36
4.5	HENSYNET TIL DOMSTOLSKONTROLLEN MED FORVALTNINGEN	38
4.6	HENSYNET TIL SAMMENHENG I REGELVERKET OG RETTSTEKNISK ENKLE REGLER.....	41
4.7	HVILKEN RETTSTILSTAND TILSIER DE REELLE HENSYN?	44
5	AVSLUTNING.....	50
6	REFERANSELISTE.....	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Hver dag fatter norsk forvaltning en mengde enkeltvedtak som får betydning for borgernes rettslige og faktiske stilling. I noen tilfeller påvirkes ikke bare de som er tilgodesett eller pålagt plikter etter vedtaket, men også andre fysiske og juridiske personer. For eksempel kan naboens byggetillatelse føre til svekket utsikt, eller lokalbedriftens forurensningstillatelse lede til uholdbar stank og forringet livskvalitet. Disse virkningene kan føre til at de som påvirkes negativt av vedtaket, ønsker å prøve gyldigheten av vedtaket for domstolene. Avhandlingens tema er hvem som i slike tilfeller må saksøkes for at tvisten skal fremmes for domstolene.

Rettsområdet for temaet er sivilprosess. Sivilprosess er de regler som gjelder for behandlingen av tvister om rettsforhold som ikke har karakter av straff eller straffelignende rettsfølger.¹ Innenfor rettsområdet er det en rekke forskjellige regelsett, eksempelvis regler om hvilke bevis som kan føres, ankeregler, hvilke domstoler som er kompetente etc. Avhandlingen vil konsentrere seg om de regler som regulerer adgangen til å bringe en sak inn for domstolene, herunder hvilke(t) rettssubjekt søksmålet må rettes mot.

Disse regler finnes i tvisteloven §§ 1-3 til 1-5.² Bestemmelsene stiller blant annet krav om tilknytning til sakens gjenstand på henholdsvis saksøker- og saksøktesiden, og omtales gjerne som søksmålskompetanse. Tilknytningskravet gjelder for såvel saksøker som saksøkte, og betegnes som henholdsvis «aktiv» og «passiv» søksmålskompetanse.³ Førstnevnte gjelder saksøkers tilknytning, mens passiv søksmålskompetanse gjelder saksøktes tilknytning.

Problemstillingen knytter seg til passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold. Med «offentligrettslige forhold» menes rettsforhold mellom offentlige myndighetsorganer og samfunnsmedlemmer eller sammenslutninger av samfunnsmedlemmer, hvor rettsforholdet knytter seg til offentlig myndighetsutøvelse.⁴ Passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold reiser flere problemstillinger. Hovedfokuset i oppgaven vil være de spørsmål som oppstår i forbindelse med offentlige trepartsforhold.

¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave (2017) s. 6.

² Lov 17. juni nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvl.).

³ Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, 3. utgave (2017) s. 113.

⁴ Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 453-454.

Offentlige trepartsforhold oppstår hvor offentlige myndigheter har truffet vedtak, og vedtaket får faktiske eller rettslige virkninger for andre fysiske eller juridiske personer, enn de(n) som er direkte tilgodesett eller pålagt plikter etter vedtaket.⁵ Dette kan være hvor det offentlige fordeler knapphetsgoder, eller hvor det fattes et vedtak som er til gunst for en part, men som er til ugunst for en annen. En særlig form for vedtak i sistnevnte kategori, er tilsettingssaker, hvor det at én får en stilling, innebærer at en annen ikke får den. Det overnevnte tilfellet av at noen får innvilget en byggetillatelse som naboen er uenig i, er et eksempel på når et vedtak er til gunst for noen, men til ugunst for andre. Et eksempel på tildeling av knapphetsgoder er innvilgelse av konsesjon for enkelte former for fiske og fangst etter deltakerloven § 12.⁶

Hvor det foreligger en situasjon som beskrevet ovenfor, oppstår et særlig spørsmål.

Høyesterett formulerte spørsmålet på følgende måte i Rt. 2015 s. 641:

«[E]r kravet til passiv søksmålskompetanse oppfylt ved at bare det offentlige er saksøkt, eller gjelder det et krav om tvungent prosessfellesskap på saksøktensiden ved at også den tredjeperson som er gitt rettigheter eller pålagt plikter ved vedtaket, må gjøres til part?»⁷

Situasjoner hvor både det offentlige og den tilgodesette etter vedtaket må saksøkes, omtales tradisjonelt som «tvungent prosessfellesskap». Spørsmålet kom opp for Høyesterett allerede i 1925, i en sak om gyldigheten av et vedtak om husleieregulering som var reist utelukkende mot det offentlige. Høyesterett avviste saken, da ikke også leieboerne var gjort til motparter.⁸ Tilsvarende rettsstilling ble lagt til grunn to år senere, se Rt. 1927 s. 596. Avgjørelsene ble truffet forut for ikrafttredelsen av tvistemålsloven, og ble møtt med skarp kritikk i teorien.⁹ Etter at tvistemålsloven trådte i kraft skiftet Høyesterett kurs. Det finnes en rekke avgjørelser hvor søksmål som bare ble reist mot det offentlige, ble tillatt fremmet.¹⁰ Temaet i det følgende er hvordan spørsmålet skal behandles etter vedtakelsen av tvisteloven i 2005.

1.2 Aktualitet og formål

Den debatten Høyesteretts avgjørelser på 20-tallet medførte i juridisk teori, har ikke dødd ut med årene. Tvert imot har vedtakelsen av tvisteloven gitt diskusjonen en ny livslinje. Dagens

⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 149.

⁶ Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (detl.).

⁷ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 33.

⁸ Rt. 1925 s. 966 på s. 968.

⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål. Per Augdahl, *Norsk Civilprosess*, 3. utgave (1961) s. 182-183.

¹⁰ Se eksempelvis Rt. 1950 s. 732, Rt. 1961 s. 891, Rt. 1980 s. 1070 og Rt. 1998 s. 623.

rettsvitenskap er delt i to fraksjoner. På den ene siden står Jens Edvin A. Skoghøy og Tore Schei, som har tatt til orde for en regel om tvungent prosessfellesskap.¹¹ På den annen side er Jo Hov og Inge Lorange Backer, som mener det er og bør være tilstrekkelig å saksøke bare det offentlige.¹² Et kjennetegn ved behandlingen av spørsmålet i teorien er at forfatterne fremmer en rekke hensyn til støtte for sine standpunkter, uten å nødvendigvis avveie disse mot de motstridende hensynene fremhevet av den andre fraksjonen. Videre er det få eksempler på at alternative reguleringer av spørsmålet drøftes i teorien.

Spørsmålet må karakteriseres som samfunnsmessig viktig. Temaet omhandler den praktiske adgangen til domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Reglene får på den måten innvirkning på hvilke krav som må være oppfylt for å bringe offentlig myndighetsutøvelse inn for domstolskontroll.¹³ Viktigheten av temaet, samt hvordan det er behandlet i teorien, fordrer en undersøkelse av om gjeldende rett er slik den bør være.

Avhandlingen har flere formål. For det første skal gjeldende rett vedrørende spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold, kartlegges. For det andre skal det foretas en undersøkelse av hvilken løsning de reelle hensynene som gjør seg gjeldende, tilsier. Et av formålene med avhandlingen er derfor å foreta en rettspolitisk vurdering av rettstilstanden. Et særlig siktemål i så henseende er å foreta en bred avveining av hensynene som gjør seg gjeldende. Dette fordi en slik avveining er nødvendig for å fastsette hvordan rettstilstanden bør være for å ivareta disse hensyn.

1.3 Metode, struktur og fremgangsmåte

Som pkt. 1.1 viser er temaet begrenset til passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold. Følgelig avgrenses det mot passiv søksmålskompetanse i privatrettslige forhold, samt aktiv søksmålskompetanse. Videre avgrenses det mot reguleringer av passiv søksmålskompetanse i særlovgivningen. Dette fordi oppgavens fokus er på det generelle plan. Tematikken vil imidlertid behandles i der den kan kaste lys over problemstillingen. Passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold reiser også en rekke andre problemstillinger enn trepartsforholdene. Disse problemstillingene vil behandles, men ikke utførlig.

Begrunnelsen for dette er at det anses hensiktsmessig å behandle denne tematikken noe, for å

¹¹ Se Schei m.fl., *Tvisteloven: Kommentarutgave*, § 1-3 note 1.1, revidert 1. september 2021 og Skoghøy 3. utgave (2017) s. 465-469.

¹² Se Hov, 3. utgave (2017) s. 126-128 og Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2015, s. 244.

¹³ Se mer om dette i avhandlingens pkt. 2.3 og 4.5.

belyse det større rettslige bildet hovedproblemstillingen er en del av. For å kunne vurdere problemstillingen på en forsvarlig måte, må hovedvekten av avhandlingen dedikeres til trepartsforholdene.

Avhandlingens overordnede struktur er todelt. For de to delene vil det bli anvendt ulike metoder for å besvare problemstillingene. I den første hoveddelen vil det foretas en analyse av hva som er gjeldende rett, basert på en deskriptiv metode. Med «deskriptivt» menes beskrivelser av virkeligheten.¹⁴ En deskriptiv metode har likehetstrekk med *de lege lata*, som omhandler hvordan retten er.¹⁵ Hovedproblemstillingen i første del er hvorvidt det gjelder en regel om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold (se kapittel 3).

For å sette spørsmålet i en bredere kontekst, vil det først redegjøres generelt om tilknytningskravet, andre problemstillinger som oppstår ved passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold, metodiske forhold på sivilprosessens område, samt om hensyn bak tilknytningskravet (se pkt. 2.1–2.4). Deretter vil de relevante rettskildene gjennomgås hver for seg (se pkt. 3.1–3.4). Fremgangsmåten er begrunnet i målet om å gjøre et nok så omfattende rettskildebilde oversiktlig. Første del avsluttes med en oppsummerende konklusjon.

Den andre hoveddelen vil ta for seg en normativ vurdering av rettstilstanden som den første hoveddelen viser gjelder i norsk rett (se kapittel 4). Med «normativ» menes utsagn av vurderende art.¹⁶ Normative vurderinger ligner på *de lege ferenda*, som er argumentasjon om hvordan retten bør være.¹⁷ Mens spørsmålet i første hoveddel er hvordan retten *er*, er andre hoveddel konsentrert om hvordan retten *burde* være.

En forutsetning for å besvare problemstillingen i den andre hoveddelen, er en gjennomgang av de rettspolitiske hensynene som gjør seg gjeldende. Innledningsvis vil det først redegjøres kort for rettskildefaktoren reelle hensyn (se pkt. 4.1). Deretter vil hvert hensyn gjennomgås, med fokus på hvilken løsning disse tilsier (se pkt. 4.2–4.6). Avslutningsvis vil det bli foretatt en avveining av hensynene, hvor spørsmålet er hvilken rettstilstand hensynene tilsier (se pkt. 4.7). Redegjørelsen av hvert enkelt hensyn er ment å gi kontekst og innhold til avveiningen.

¹⁴ Svein Eng, *Rettsfilosofi*, 2007, s. 13.

¹⁵ Erik Magnus Boe, *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave (2010) s. 66.

¹⁶ Eng, 2007 s. 13-14.

¹⁷ Boe, 3. utgave (2010) s. 66.

2 Passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold

2.1 Generelt om rettslig interesse

Tvisteloven §§ 1-3 til 1-5 regulerer hvilke rettssubjekter som har søksmålskompetanse. Bestemmelsene i tvl. § 1-3 regulerer vilkårene for søksmålskompetanse på generelt grunnlag, mens de etterfølgende bestemmelsene utgjør særreguleringer av søksmålskompetanse i nærmere bestemte tilfeller. Den generelle regelen i tvl. § 1-3 har følgende ordlyd:

«Søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjon

- (1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.
- (2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.»

Søksmålsvilkårene som følger av tvl. § 1-3, omtales tradisjonelt som et krav om «rettslig interesse».¹⁸ Overordnet innebærer dette at det må foreligge et reelt behov for rettsavklaring - et krav om «aktualitet», et krav om partenes «tilknytning» til søksmålgjenstanden, samt et krav til søksmålgjenstanden, som må utgjøre et «rettskrav».¹⁹ Reglene er i hovedsak utformet og utviklet gjennom langvarig rettspraksis. At det gjelder et krav om tilknytning, utledes av formuleringene «i forhold til saksøkte» og «partenes tilknytning til det». Uttrykksmåtene indikerer at avgjørelsen må få betydning for saksøker og saksøkte. Som ordlyden viser, kjennetegnes vilkårene i tvl. § 1-3 av korte og standardpregede formuleringer. Ved tolkningen skal vilkårene forstås i lys av den omfattende rettspraksis som foreligger.²⁰

Hvorvidt vilkårene for tilknytningskravet er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering av de aktuelle omstendigheter i den aktuelle sak.²¹ Hvilke personer som har tilstrekkelig tilknytning til saken, vil variere ut fra tvistegjenstandens art og de materielle regler som er påberopt.²² Skoghøy viser til at rettens avgjørelse må få konkret betydning for forholdet mellom saksøker og saksøkte, og at søksmålet ut fra en vurdering av avgjørelsens virkninger

¹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363.

¹⁹ HR-2021-417-P avsnitt 121.

²⁰ Schei m.fl., *Tvisteloven: Kommentartutgave*, § 1-3 note 1.1, revidert 1. september 2021.

²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363 og s. 364.

²² Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 106.

dersom søksmålet fører frem, må være egnet til å håndheve de interesser som er beskyttet av de regler som regulerer det materielle rettsforhold.²³

I rettspraksis er det lagt til grunn at vilkårene i tvl. § 1-3 henger sammen og vil kunne påvirke hverandre gjensidig. I enkelte tilfeller vil det dermed være hensiktsmessig å foreta en mer samlet vurdering.²⁴ Departementet fremholder i forarbeidene at de nærmere avgrensninger etter bestemmelsen i en viss grad beror på skjønn, og at det avgjørende i grensetilfeller er om det er naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene.²⁵

Kravet om partstilknytning er en generell og absolutt prosessforutsetning.²⁶ At forutsetningen er absolutt innebærer at domstolen av eget tiltak skal påse om prosessforutsetningen er til stede, og avvise saken om så ikke er tilfellet.²⁷ De generelle forutsetningene kjennetegnes ved at de gjelder for alle typer søksmål, med mindre annet er fastsatt i lov.²⁸ Dette innebærer at dersom det gjelder en regel om tvungent prosessfellesskap, skal domstolen av eget tiltak avvise saken dersom den tilgodesette tredjeperson ikke er saksøkt. Rettslig interesse må som utgangspunkt foreligge på ethvert trinn av saken fra stevning til rettskraftig dom foreligger.²⁹ Selv om en forutsetning mangler, er det ikke gitt at saken vil bli avvist. Der en forutsetning ikke er til stede ved saksanlegget, men inntre før retten har rukket å avvise saken, skal saken fremmes. Videre skal feil som kan avhjelpes, tillates rettet før saken avvises.³⁰

Ved spørsmålet om partene har tilstrekkelig tilknytning til tvistegjenstanden, må retten legge partenes pretensjoner om de faktiske forhold og rettsregler kravet bygger på, opprøvd til grunn. Domstolene skal samtidig overprøve de pretensjoner som ikke gjelder det materielle kravet som fremmes, men som bare gjelder hvorvidt søksmålsvilkårene er oppfylt.³¹ Eksempelvis vil domstolene fullt ut prøve en anførsel om at det i offentlige trepartsforhold gjelder en regel om tvungent prosessfellesskap. På den annen side vil en anførsel om at forvaltningsorganet ved skjønnsutøvelsen har tatt utenforliggende hensyn, og vedtaket derav er ugyldig, legges opprøvd

²³ Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 439.

²⁴ HR-2021-417-P avsnitt 124. Se HR-2018-1463-U avsnitt 27 flg. for en slik samlet vurdering.

²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364

²⁶ Hov, 3. utgave (2017), s. 61 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 37.

²⁷ Hov, 3. utgave (2017), s. 58.

²⁸ Skoghøy/Pedersen, *Grunnleggende sivilprosess*, 2020, s. 135.

²⁹ Se HR-2022-533-A avsnitt 32.

³⁰ Rt. 2011 s. 1517 avsnitt 13. Rt. 2014 s. 819 avsnitt 17, jf. tvl. § 16-5.

³¹ HR-2018-1463-U avsnitt 25 og NOU 2001: 32 A s. 188.

til grunn. Dette fordi den første pretensjonen utelukkende knytter seg til søksmålsvilkårene, mens den andre er av betydning for det kravet som er fremmet.

2.2 Kort om andre spørsmål ved passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige tvister

Tvisteloven § 1-5 er som nevnt en særregulering av tilknytningskravet. Bestemmelsen regulerer kravet til passiv tilknytning i visse offentligrettslige forhold, og har følgende ordlyd:

«Hvem søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot

Søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Er dette et statlig organ, skal retten gi varsel om søksmålet til en kommune eller en fylkeskommune som har truffet avgjørelse i saken i tidligere instans.»

Etter ordlyden er anvendelsen begrenset til gyldighetssøksmål. Det er således søksmål hvor tvistegjenstanden er gyldigheten av et offentlig vedtak, bestemmelsen regulerer.³² «Reises mot» viser at det offentlige må saksøkes for å oppfylle tilknytningskravet.³³ Uttrykket «har truffet» taler for at det avgjørende er hvilket organ som har truffet vedtaket i siste instans, ikke hvilket organ som rettslig kan treffe vedtak i siste instans. Om et kommunalt vedtak kan overprøves av et statlig organ, men dette ikke er gjort, må søksmålet følgelig rettes mot det kommunale organet som har truffet vedtaket.³⁴ Det er ikke et krav at overprøvingsorganet har full overprøvingsrett. Delvis overprøving, eksempelvis legalitetskontroll, er tilstrekkelig.³⁵

En konsekvens av foregående avsnitt, er at tilknytningskravet for andre offentligrettslige spørsmål enn gyldighetssøksmål, må vurderes etter tvl. § 1-3. For fastsettelsessøksmål om brudd på inkorporerte konvensjoner, har Høyesterett lagt til grunn at riktig saksøkt vil være staten. Dette innebærer eksempelvis at det ikke er adgang til å saksøke en kommune der tvistegjenstanden er brudd på en konvensjon, selv om det er kommunen som er påstått å ha brutt konvensjonen. Begrunnelsen er at det er staten som er pliktsubjekt etter de aktuelle konvensjonene.³⁶

³² Rt. 2007 s. 538 avsnitt 30.

³³ Se Rt. 2004 s. 1804 avsnitt 27 og Rt. 2015 s. 641 avsnitt 30.

³⁴ Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 470 og Rt. 2007 s. 538.

³⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 367.

³⁶ Rt. 2011 s. 1666 avsnitt 36-39.

Erstatningssøksmål mot offentlige myndigheter skal rettes mot det organ som påstås ansvarlig.³⁷ Et erstatningskrav for brudd på en inkorporert konvensjon behøver følgelig ikke rettes mot staten, såfremt et annet organ enn staten påstås å være ansvarlig.³⁸ Ved spørsmålet om søksmålet er rettet mot det ansvarlige organ, og derav riktig saksøkt, skal saksøkerens materielle pretensjoner legges til grunn. Konsekvensen av at det saksøkte organ ikke er ansvarlig for den erstatningsbetingende handling, er derav frifinnelse og ikke avvisning.

En annen kategori som faller utenfor tvl. § 1-5, er søksmål om offentlige kompetanseforhold. Ved slike søksmål krever saksøker dom for omfanget av det offentliges kompetansegrunnlag. Rett saksøkt i slike tilfeller er det organ som påstås å kunne utøve myndighet i strid med den anførte kompetansebegrensningen.³⁹ Et annet tilfelle er hvor et vedtak av en kommune eller fylkeskommune forutsetter statlig stadfesting eller godkjenning for å være gyldig. I teorien er det hevdet at søksmål om hva som kan eller ikke kan treffes vedtak om, i slike tilfeller må rettes mot både staten og det aktuelle kommunale eller fylkeskommunale organ.⁴⁰

Ordlyden i § 1-5 tilsier at søksmål mellom private ikke omfattes av bestemmelsen, med den konsekvens at gyldigheten av et forvaltningsvedtak ikke kan gjøres til søksmålsgjenstand i tvister mellom private. I rettspraksis er det imidlertid åpnet for at gyldighetsspørsmål kan avgjøres prejudisielt i saker mellom private.⁴¹ Forutsetningen er at søksmålsgjenstanden reelt sett ikke er myndighetsutøvelse. Gyldighetsspørsmålet vil da ikke omfattes av avgjørelsens rettskraft.⁴² I Rt. 2000 s. 1195 avviste Høyesterett saksøkerens subsidiære påstand under henvisning til at denne var en omgåelse av kravet til at det offentlige må saksøkes ved gyldighetsspørsmål. Avgjørende for avvisning var at den subsidiære påstanden var så nært knyttet gyldighetsspørsmålet at påstanden ikke fremstod som prejudisiell. Påstanden var reelt sett en annen formulering av gyldighetsspørsmålet.⁴³ I teorien er det lagt til grunn at denne rettstilstanden også må gjelde i offentligrettslige tvister som ikke er gyldighetsspørsmål.⁴⁴

³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 367.

³⁸ HR-2022-401-A avsnitt 55.

³⁹ Rt. 2007 s. 538 Avsnitt 33.

⁴⁰ Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 470.

⁴¹ Rt. 1985 s. 743. Tilsvarende, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 367

⁴² HR-2018-1130-A avsnitt 21.

⁴³ Se avgjørelsens s. 1197-1198.

⁴⁴ Skoghøy, *Passiv søksmålskompetanse i saker om andre offentligrettslige rettigheter eller plikter og i saker om rettsgoder som flere konkurrerer om («trepartsforhold»)*, Jussens venner, 2002/6 pkt. 2.2.

2.3 Hensyn bak kravet om passiv sakstilknytning

Et krav om tilknytning på saksøktensiden skal ivareta en rekke hensyn. Kravet skal sikre at domstolene ikke stilles unødige til rådighet for konflikter som ikke har praktisk betydning for partene. Videre skal tilknytningskriteriet ivareta hensynet til motparten, ved at denne ikke skal være tvungent til å bruke ressurser på unødige søksmål.⁴⁵ På denne måten ivaretar et krav om tilknytning på saksøktensiden såvel samfunnsmessige som individuelle interesser.

På overordnet plan skal søksmålsvilkårene sikre at saken prøves i en hensiktsmessig form og på en måte som gir domstolene et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.⁴⁶ Det er sakens parter som er pålagt hovedansvaret for å sørge for bevisførselen i saken jf. tvl. § 11-2 andre ledd. Det er det materielle rettsforholdets parter og andre som har tilknytning til tvisten som kjenner saken best, og som dermed vil bidra til best bevisførsel.⁴⁷ Et tilknytningskrav som bidrar til at de som står saken nærmest er de som må saksøkes, vil følgelig føre til god opplysning av saken.

En rettsavgjørelse blir som hovedregel bare rettskraftig avgjort i forholdet mellom partene i saken jf. tvl. § 19-15 første ledd første setning. Tilknytningskravet skal bidra til at de som står tvisten nær, trekkes inn i saken, og derav omfattes av avgjørelsens rettskraft. Ved at partene i saken blir bundet av avgjørelsen, vil et tilknytningskrav som trekker de personer tvisten faktisk gjelder inn i saken, føre til at siktemålet om at sivilprosessen skal «løs[e] tvister» ivaretas, se tvl. § 1-1 første ledd andre setning. I forlengelsen av dette vil prosessøkonomiske hensyn ivaretas, ved at tvister blir rettskraftig avgjort og således ikke er gjenstand for videre behandling i rettssystemet, se tvl. § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt.⁴⁸

Som nevnt ovenfor er offentlig myndighetsutøvelse tvistegjenstanden i offentligrettslige tvister. Ved at tilknytningskravet spiller avgjørende rolle for i hvilke tilfeller det er adgang til å reise sak om offentlig myndighetsutøvelse, vil kravet spille en sentral rolle for å ivareta maktfordelingsprinsippets funksjoner. Et for strengt og rigid tilknytningskrav vil kunne svekke domstolenes kontroll med den utøvende makt. Det er på denne bakgrunn hevdet at hensynet til en effektiv domstolskontroll med forvaltningen, er et argument for å utvide søksmålsadgangen ved gyldighetssøksmål mot forvaltningsvedtak.⁴⁹ Dette gjelder primært

⁴⁵ NOU 2001: 32 A s. 189.

⁴⁶ HR-2018-1463-U avsnitt 23.

⁴⁷ Skoghøy/Pedersen, 2020 s. 106.

⁴⁸ Vangnes, *Tilknytning som vilkår for sivil søksmål*, Jussens venner 2018/5 pkt. 2.

⁴⁹ Backer, 2015, s. 203.

ved den aktive søksmålskompetansen. Lignende betraktninger vil imidlertid gjøre seg gjeldende ved passiv søksmålskompetanse. Dette fordi et krav om flere saksøkte kan medføre at saken fordyres og eskalere konflikten mellom partene, og av den grunn virke begrensende på borgernes adgang til å bringe gyldigheten av forvaltningens vedtak inn for domstolene.⁵⁰

2.4 Metodiske forhold på sivilprosessens område

Som på andre rettsområder begrenses rettsanvenderens frihet ved fastsettelsen av gjeldende rett på sivilprosessens område, av alminnelig juridisk metode. Med juridisk metode menes de føringer som gjelder ved fremgangsmåten for fastleggelsen av gjeldende rett. I denne metoden inngår hvilke kilder som er relevante for løsningen av rettsspørsmål, hvilke slutninger som kan trekkes ut av kildene, samt hvordan disse slutningene skal avveies mot hverandre.⁵¹

En første begrensning følger av konstitusjonelle og folkerettslige krav til borgernes adgang til domstolene. Et tilknytningskrav vil utgjøre en skranke på domstolsadgangen, ved at det stilles nærmere vilkår for å få en sak realitetsbehandlet. Av GrL. § 95 følger det at enhver har rett til å få sin sak avgjort av domstolene.⁵² Etter EMK art. 6 nr. 1 har enhver, for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter, rett til en rettferdig rettergang for domstolene. Selv om det ikke følger direkte av ordlyden er det i rettspraksis lagt til grunn at konvensjonen sikrer borgerne søksmålsadgang.⁵³ Ved anvendelsen av tvl. §§ 1-3 og 1-5, må disse tolkes i lys av de konstitusjonelle og folkerettslige rammene. Høyesterett har kategorisk uttalt at vilkårene i tvl. § 1-3, ikke er i strid med EMK art. 6.⁵⁴ Grunnloven § 95 skal tolkes i lys av internasjonal og nasjonal tolkningspraksis vedrørende søksmålsadgangen.⁵⁵ Det er liten grunn til å anta at tvl. § 1-3 volder problemer i forhold til Grunnloven, da vilkårene overholder kravene EMK stiller.

Norsk sivilprosess kjennetegnes ved å være inngående lovregulert. Siden 1915 har rettsområdet bygget på tre hovedlover – domstolsloven, tvangsfullbyrdsloven og tvisteloven, samt en rekke særlover.⁵⁶ Tvisteloven inneholder over 350 lovbestemmelser, og svært mange av sivilprosessens spørsmål er positivt regulert i loven. Siden tilknytningskravet

⁵⁰ Se mer om dette i avhandlingens pkt. 4.2 og 4.5.

⁵¹ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2018 s. 17-18.

⁵² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

⁵³ *Golder mot Storbritannia (4451/70)*.

⁵⁴ Se eksempelvis Rt. 2001 s. 1123 på s. 1132.

⁵⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 122.

⁵⁶ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolen. Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse. Backer, 2015, s. 35.

er lovregulert, vil utgangspunktet for rettsanvendelsen måtte tas i lovteksten, og denne vil utgjøre det tyngste tolkningsbidraget.⁵⁷

Twistelovens sentrale forarbeider er NOU 2001: 32, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) og Innst. O nr. 110 (2004-2005). I teorien er det hevdet at forarbeidene – grunnet lovens unge alder – er en av de mest tungtveiende kildene i sivilprosessen.⁵⁸ Mest vekt har forarbeider som tidsmessig er nærmest Stortingets lovvedtak. Selv om forarbeidene som utgangspunkt er svært vektige, vil vekten kunne reduseres hvor de er uklare eller synes å bygge på misforståelser eller overser vesentlige argumenter.⁵⁹ Videre gir rettspraksis eksempler på at tvistelovens forarbeider må vike for andre vektige hensyn.⁶⁰

Gjennom rettspraksis har søksmålsvilkårene gjennomgått en vesentlig endring over tid.⁶¹ I forarbeidene er det forutsatt at kravene til rettslig interesse, herunder tilknytningskravet, er en rettslig standard, og derav gjenstand for videre utvikling og konkretisering gjennom rettspraksis.⁶² På denne bakgrunn er det i teorien påpekt at det er få andre rettsområder hvor rettspraksis spiller en så viktig rolle som på sivilprosessens område.⁶³

Selv om lovtekst og forarbeider vil være særlig tungtveiende ved rettsanvendelsen, utelukker ikke dette bruk av reelle hensyn. Som påpekt av Backer, er tvl. § 1-3 en rettslig standard med åpne formuleringer, som i større grad enn mer firkantede regler, åpner for bruk av reelle hensyn.⁶⁴ Arten av reglene taler også for anvendelsen av reelle hensyn. Domstolene kjenner prosessreglene godt, og vil grunnet sin erfaring ha innsikt i hva som utgjør hensiktsmessige søksmålsformer. Reglene i tvisteloven må følgelig tolkes slik at de samsvarer med de verdier og interesser de skal ivareta, og slik at uønskede virkninger unngås.⁶⁵

Noe som skiller sivilprosessen fra andre rettsområder, er at det på grunnlag av enkeltregler har utviklet seg mer overordnede prinsipper. Skoghøy viser til at prinsippene i flere tilfeller stammer fra konvensjoner, og gir uttrykk for grunnleggende verdier i vår prosessordning.

⁵⁷ Skoghøy, 2018 s. 59.

⁵⁸ Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 24.

⁵⁹ Backer, 2015, s. 43

⁶⁰ Se eksempelvis Rt. 2008 s. 1263 avsnitt 17.

⁶¹ Schei m.fl., Twisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 1.1, revidert 1. september 2021.

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364. Se Rt. 2010 s. 402 for eksempel på en slik dynamisk utvikling.

⁶³ Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 24.

⁶⁴ Backer, 2015 s. 44.

⁶⁵ Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 24.

Rettspraksis gir flere eksempler på at det ved løsningen av tolkningsspørsmål deduseres fra disse prinsippene.⁶⁶ Gjennom denne deduseringen får prinsippene innenfor sivilprosessen, til forskjell fra mange andre rettsområder, en operativ funksjon ved rettsanvendelsen.⁶⁷

3 Passiv søksmålskompetanse i offentlige trepartsforhold

Et vilkår for realitetsbehandling av søksmål hvor tvistegjenstanden er gyldigheten av et vedtak, er at det offentlige organet som har truffet vedtaket i siste instans saksøkes jf. tvl. § 1-5. Det er adgang til også å saksøke den tilgodesette, spørsmålet er om det er en forutsetning for at saken skal kunne fremmes.⁶⁸ Hvorvidt det gjelder tvungent prosessfellesskap i norsk rett, beror på om et slikt krav kan utledes av tvl. § 1-3 andre ledd.⁶⁹ Dersom et slikt krav kan utledes, vil ikke saksøkeren ha rettslig interesse i dom overfor kun det offentlige. Konsekvensen blir da at søksmålet må avvises der den tilgodesette ikke er gjort til part.

I det følgende vil rettskildene som belyser spørsmålet gjennomgås. Gjennomgangen vil ta for seg lovteksten, forarbeidene, juridisk teori og rettspraksis hver for seg, for å fastsette deres bidrag til gjeldende rett. Avslutningsvis vil det bli trukket en oppsummerende konklusjon.

3.1 Lovtekst

Utgangspunktet for om det gjelder et krav om tvungent prosessfellesskap på saksøktens side i offentlige trepartsforhold, er om dette kan utledes av formuleringen «reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte» jf. tvl. § 1-3 andre ledd første setning. Spørsmålet er om saksøker ikke har et reelt behov for bare å få dom overfor det offentlige. I denne vurderingen må det ses til «partenes tilknytning» til kravet jf. tvl. § 1-3 andre ledd andre setning.

Bestemmelsens formuleringer utelukker ikke at det i tilfeller av en tredjepersons sterke tilknytning til saken, ikke vil foreligge et reelt behov for dom mot bare det offentlige.

Ordlyden tilsier at det må ses hen til dommens rettsvirkninger. Hvor det som ønskes oppnådd gjennom påstanden ikke kan oppnås ved å bare saksøke det offentlige, kan ordlyden tas til inntekt for en regel om tvungent prosessfellesskap. Er rettsvirkningen som søkes oppnådd for alle formål å hindre en tredjeperson i å handle i henhold til et vedtak, kan det hevdes at det ikke foreligger et reelt behov for å få kravet avgjort bare mot det offentlige. En generell regel

⁶⁶ Se eksempelvis HR-2017-2165-A avsnitt 104.

⁶⁷ Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 24.

⁶⁸ Rt. 2007 s. 538 avsnitt 29.

⁶⁹ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 34.

om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold, kan imidlertid vanskelig utledes av ordlyden. I rettspraksis er det konstatert at ordlyden alene gir liten veiledning til spørsmålet.⁷⁰

Det kan spørres om særreguleringen i tvl. § 1-5 utelukker eksistensen av en regel om tvungent prosessfellesskap. Etter regelen kan søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Spørsmålet blir om det kan slutes motsetningsvis av dette at det alltid vil foreligge rettslig interesse i dom mot bare det offentlige, i tilfeller av offentlige trepartsforhold. Dette beror på om det er grunnlag for en antitetisk tolkning av bestemmelsen.

Hvorvidt det er grunnlag for en slik tolkning, beror ikke bare på en tolkning av den aktuelle bestemmelsen, men også av tilgrensede regler.⁷¹ I teorien er det lagt til grunn at det bør utvises forsiktighet med å tolke særreguleringer antitetisk. Begrunnelsen finnes i norsk lovgivningsteknikk. En utbredt løsning i norsk rett er å la generelle regler suppleres av særreguleringer. Hvor det ikke finnes holdepunkter for annet, kan ikke en spesialregel tolkes slik at forhold som faller utenfor denne, også faller utenfor den generelle regelen.⁷²

Som nevnt i avhandlingens pkt. 2, utgjør tvl. § 1-5 en særregulering av spørsmålet om passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige spørsmål hvor tvistegenstanden er gyldigheten av et offentlig vedtak. Spørsmål som faller utenfor bestemmelsen, er i rettspraksis forutsatt å måtte vurderes etter den generelle regelen i tvl. § 1-3.⁷³ Tilstedeværelsen av en slik rettslig standard som er ment å fange opp de tilfellene som faller utenfor spesialreglene, må bety at det ikke er grunnlag for en antitetisk tolkning av tvl. § 1-5. Bestemmelsen utelukker følgelig ikke en regel om tvungent prosessfellesskap.

3.2 Forarbeider

Tvistelovens mest sentrale forarbeider, NOU 2001:32 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), foreslo forskjellige løsninger i spørsmålet om tvungent prosessfellesskap. Tvistemålsutvalget, ledet av daværende høyesterettsjustitiarius Tore Schei, foreslo å innføre en bestemmelse om tvungent prosessfellesskap i tvl. § 1-5 andre ledd. Forslaget hadde følgende formulering:

⁷⁰ Rt. 2011 s. 841 avsnitt 77.

⁷¹ Skoghøy, 2018, s. 66.

⁷² Skoghøy, 2018 s. 68.

⁷³ Se Rt. 2015 s. 641 avsnitt 34.

«(2) Dersom saksøkeren *bestriker gyldigheten av et forvaltningsvedtak* som innebærer *rettigheter for en annen*, og saksøkerens interesse i kravet om *ugyldighet nødvendigjør at vedkommende ikke skal kunne utøve denne rettigheten*, må søksmålet også rettes mot denne. Det gjelder likevel ikke når annet er bestemt i lov.»⁷⁴

Av ordlyden følger det at forslaget var begrenset til å gjelde ved gyldighets søksmål. Videre forutsettes det at medhold i søksmålet må medføre en endret rettighetsposisjon for den begunstigede tredjeperson, for at regelen skal komme til anvendelse. Bestemmelsen skulle komme til anvendelse hvor saksøkeren krever at den tilgodesette ikke skulle kunne nyttiggjøre seg av retten etter vedtaket, eller hvor saksøker gjør krav på selve ytelsen, formuesgodet eller rettigheten som er fordelt ved vedtaket.⁷⁵

Som begrunnelse for forslaget fremhevet Tvistemålsutvalget en rekke hensyn. Utvalgets primære begrunnelse synes å være at rettstilstanden som fulgte av Rt. 1998 s. 623, som var gjeldende rett før vedtakelsen av tvisteloven, var uheldig. I saken hadde kjøperen av et småbruk søkt om konsesjon. Etter søknaden gjorde staten gjeldende forkjøpsrett og overdro småbruket til en tredjeperson. Konsesjonssøkeren saksøkte staten med påstand om at salget var ugyldig, uten å saksøke også tredjepersonen. Høyesterett viste til at rettsvirkningene av en dom i saksøkers favør, ville være avgjørende for om kravet til rettslig interesse var oppfylt.⁷⁶

Ved vurderingen ble det påpekt at virkningene av en dom som fastslår ugyldighet vil kunne være usikre. Etter rettskraftsreglene vil en slik dom ikke være bindende for den tilgodesette tredjeperson, da vedkommende ikke var gjort til part i saken.⁷⁷ På den annen side ville det offentlige i tilfelle av en dom som konstaterer ugyldighet, få en plikt til å vurdere hvorvidt vedtaket skal omgjøres etter fvl. § 35 første ledd bokstav c. Tilstedeværelsen av en slik plikt, ville etter Høyesteretts syn innebære at saksøker fikk en endret rettslig posisjon. Dette var alene tilstrekkelig til å oppfylle kravet til rettslig interesse.⁷⁸

Utvalget anså denne rettstilstanden som uheldig, da saksøker kunne få uriktige forhåpninger om hva vedkommende ville oppnå med søksmål hvor bare det offentlige saksøkes. Dette fordi fullt ut medhold ikke vil medføre mer enn at det offentlige må vurdere omgjøring. Ofte vil det

⁷⁴ NOU 2001: 32 B s. 653. Mine kursiveringer.

⁷⁵ NOU 2001: 32 B s. 654.

⁷⁶ Se avgjørelsens s. 626.

⁷⁷ Av dagens lov følger dette av tvl. § 19-15 første ledd. I 1998 fulgte dette av tvistemålsloven § 163.

⁷⁸ Se avgjørelsens s. 626.

ha gått noe tid fra vedtaket til dom foreligger, og den tilgodesette part har ofte innrettet seg vedtaket. Disse momentene fremheves som tungtveiende i disfavør av omgjøring. Utvalget mente også at dommens reelle virkninger ville være svært usikre, da forvaltningen har betydelig grad av frihet til å avgjøre de endelige utfallet.⁷⁹ På den bakgrunn la utvalget til grunn at rettstilstanden i Rt. 1998 s. 623, fører til at dommen er uten betydning for den tilgodesette part. Videre legges det til grunn at forvaltningen ikke får noen videre adgang til omgjøring overfor den tilgodesette enn om det ikke hadde blitt reist noe søksmål.⁸⁰

Et annet hensyn utvalget vektla, var at forslaget ville bidra til at saken ble bedre opplyst for domstolene, da partene har hovedansvaret for sakens opplysning. Et krav om å saksøke den tilgodesette ville videre innebære at denne fikk gikk uttrykk for sitt syn i saken, og avklare sin rettslige posisjon. Utvalget fant derfor ikke grunn til å ilegge merbelastningen for tredjeperson noe særlig betydning, og viste til at det uansett ville variere hvor stor denne merbelastningen ville være.⁸¹ Hensynet til partene ble dermed ikke ilagt avgjørende vekt av utvalget. Som del av begrunnelsen viste utvalget videre til at forslaget ville tvinge saksøker til å tidlig tenke gjennom og presisere hva som ønskes oppnådd med søksmålet. Avslutningsvis ble det lagt vekt på at tvungen prosessfellesskap var den ryddigste og beste løsningen, og at forslaget ville gi brukerne av tvisteloven veiledning i dette vanskelige spørsmålet.⁸² Deler av begrunnelsen synes således å være ønsket om en retsteknisk enkel regel.

Tilsettingssaker ble behandlet særskilt i utredningen. Utvalget konkluderte med at det i tilsettingssaker ikke burde gjelde tvungen prosessfellesskap, da det etter utvalgets syn var uklart om det oppstod noe trepartsforhold. Uklarheten bestod i at arbeidsgiver, i tilfelle av ugyldig tilsettelse eller oppsigelse, vil kunne ha plikt etter arbeidsrettslige regler til å tilsette saksøker, uten hensyn til om tredjepersonen fortsetter i stillingen. Det synes som om utvalget ikke fant at det oppstår noe motsetningsforhold mellom rettighetene til saksøker og tredjeperson, og at det følgelig ikke er tale om et trepartsforhold. Unntak fra dette gjelder for offentlige stillinger hvor det ikke kan tilsettes to personer i tilsvarende stilling, eksempelvis

⁷⁹ NOU 2001: 32 A s. 198-199.

⁸⁰ NOU 2001: 32 B s. 654.

⁸¹ NOU 2001: 32 A s. 199.

⁸² NOU 2001: 32 A s. 199-200.

administrasjonssjef i en kommune hvor det bare kan være en jf. kommuneloven § 22 nr. 1. Disse situasjonene mente imidlertid utvalget burde løses gjennom særlovgivningen.⁸³

Utvalgets forslag ble støttet av en rekke tungtveiende høringsinstanser, herunder Høyesterett, Borgarting lagmannsrett, Dommerforeningen, Regjeringsadvokaten og Advokatforeningen. Ingen av høringsinstansene hadde innvendinger mot utvalgets forslag. Til tross for dette, valgte departementet en annen løsning enn utvalget. Departementet valgte å ikke innføre utvalgets regel, og heller videreføre den rettstilstanden som følger av Rt. 1998 s. 623.⁸⁴

Begrunnelsen i odelstingsproposisjonen viser at Tvistemålsutvalget og departementet vurderte de motstridende hensynene på forskjellig måte. Departementet fremhevet at det i trepartsforhold bør legges til rette for en forsvarlig og fornuftig behandling av saken. På den annen side påpekes det at reglene ikke kunne gis en slik utforming at de vil tvinge sakskomplekser inn i et behandlingsspor som ikke er ønskelig.⁸⁵ Mens utvalget la vesentlig vekt på de rettskraftsproblemer som ville oppstå uten en regel om tvungent prosessfellesskap, mente departementet at disse problemene ble tilstrekkelig imøtegått gjennom øvrige regelsett.

For det første viser departementet til domstolenes veiledningsplikt. Gjennom plikten vil saksøker få informasjon om de begrensede rettskraftsvirkningene ved å ikke trekke den begunstigede inn i saken. Videre vil veiledningsplikten føre til at det på et tidlig stadium i saken vil bli klargjort hva saksøker ønsker dom for. For det andre vektlegges tredjepersons adgang til å tre inn som part eller partshjelper etter tvl. §§ 15-3 og 15-7.⁸⁶ Vedkommende vil som part være omfattet av rettskraften jf. tvl. § 19-15 første ledd. Ved å tre inn som part, bistå som partshjelper eller føres som alminnelig vitne, vil tredjeperson videre bidra til sakens opplysning. Da det vil være i det offentlige interesse at tredjeperson trer inn som part, anså departementet det som nærliggende at det offentlige ville gjøre tredjeperson kjent med saken.

På bakgrunn av dette anså ikke departementet opplysningen av saken og begrensede rettskraftsvirkninger som tungtveiende nok hensyn til å innføre en regel om tvungent prosessfellesskap. Tvert imot legges det til grunn at tvungent prosessfellesskap vil utgjøre en byrde for både saksøkeren og tredjeperson i tilfeller hvor disse ikke ønsker det. Departementet

⁸³ NOU 2001: 32 A s. 200.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 150-151.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

fant således hensynet til partene mer tungtveiende enn hva utvalget gjorde. I forlengelsen av dette påpekes det at den byrden tvungent prosessfellesskap utgjør for partene, ville kunne føre til at færre benytter seg av domstolene for å få prøvd gyldigheten av forvaltningsvedtak. Dette ville etter departementets mening kunne hindre domstolskontrollen med forvaltningen.⁸⁷

Hvor tredjepersons situasjon er av betydning for gyldighetsvurderingen, understreker departementet at domstolene har et ansvar for å belyse dette. Hensynet til en forsvarlig behandling av ugyldighetsvurderingen talte derav ikke nødvendigvis for en regel om tvungent prosessfellesskap. Avslutningsvis løftes hensynet til retts teknisk enkle regler. Departementet var av den oppfatning at utvalgets forslag ville gi opphav til nye tvilsspørsmål. Dette fordi forslaget vilkår om at saksøkers påstand må nødvendiggjøre at tredjeperson ikke skal kunne utøve rettigheten, etter departementets syn var uklar. På bakgrunn av disse betraktninger fulgte ikke departementet opp utvalgets forslag.⁸⁸

Stortingets justiskomite sluttet seg enstemmig til departementets vurderinger og drøftelser om rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser. Komiteen foretok ingen nærmere vurdering av hensynene som gjør seg gjeldende, men refererte til de sentrale poengene i proposisjonen.⁸⁹

3.3 Juridisk teori

Som nevnt innledningsvis er juridisk teori preget av å være delt i to fraksjoner. Skoghøy og Schei har som Tvistemålsutvalget argumentert for tvungent prosessfellesskap, mens Backer og Hov tilslutter seg departementets standpunkt.

Hov og Backer mener det oppstår tilstrekkelige rettsvirkninger for saksøker ved at det offentlige får en plikt til å vurdere omgjøring etter dom på ugyldighet. Forfatterne tilslutter seg med andre ord til den rettsstilstand som ble lagt til grunn i Rt. 1998 s. 623. At tredjeperson ikke omfattes av rettskraften er etter deres syn ikke avgjørende, av flere grunner.

For det første oppstår problemene med rettskraft bare hvor saksøker vinner frem, og har således bare vekt i noen saker. For det andre kan en avgjørelse som konstaterer ugyldighet få betydning for forholdet mellom saksøker og den tilgodesette på andre måter. Som eksempler viser Backer til at tredjeperson kan rette seg etter dommen selv om vedkommende ikke er

⁸⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

⁸⁹ Innst. O nr. 110 (2004-2005) s. 31.

bundet, og at de to partene kan forhandle frem en løsning som resultat av dommen. For det tredje er saksøkers interesse i noen tilfeller bare å få fastslått at forvaltningen har opptrådt urettmessig og å hindre at en tilsvarende avgjørelse blir truffet på ny. Er så tilfellet er rettskraft overfor tredjeperson uten betydning.⁹⁰ For det fjerde kan det offentlige finne andre løsninger enn å omgjøre vedtaket, eksempelvis å komme med pålegg som avdemper ulempene ved byggearbeid i tilfelle av en byggetillatelse.⁹¹

Som departementet mener Backer hensynet til opplysningen av saken ikke forutsetter tvungent prosessfellesskap. Gjennom alminnelig vitneførsel, tredjepersons adgang til å tre inn som part eller partshjelper og domstolens ansvar for sakens opplysning, er hensynet ivaretatt etter Backers syn.⁹² Siden rommet for interesseavveiningen i gyldighetsspørsmålet vil variere etter hvilken ugyldighetsgrunn som er anført, mener forfatteren at hensynet til en forsvarlig gyldighetsvurdering ikke nødvendigvis er taler for tvungent prosessfellesskap. Der ugyldighetsgrunnen er manglende lovhjemmel, er hovedregelen etter forvaltningsretten ugyldighet uten en interesseavveining.⁹³

Mest sentralt i Backers argumentasjon er at tvungent prosessfellesskap vil forlenge og fordyre saken, samt virke konfliktskapende mellom partene. Med en slik regel vil tredjeperson påføres en konfrontasjon denne muligens ikke ønsker, og det vil kreve bruk av tid og ressurser som vedkommende nok ønsker å slippe. Hvor domstolen kommer til at vedtaket er gyldig vil tredjeperson være brydd helt unødvendig dersom han må saksøkes. Som departementet påpeker han også at saksøker vil kunne vegre seg for å benytte seg av domstolene grunnet den konfrontasjon et søksmål mot også tredjeperson innebærer. Derav hevder Backer at tvungent prosessfellesskap vil virke hemmende på domstolens kontroll med forvaltningen.⁹⁴

Både Hov og Backer mener det i mange tilfeller ikke har noe for seg å saksøke også tredjeperson. Hvor saksøkers endelige mål er å eksempelvis få stoppet byggearbeider etter en byggetillatelse, mener Hov det ikke er noe behov for å trekke inn tredjemann. At søksmålet er rettet mot det rettssubjekt som påstås å ha begått en feil (det offentlige), og det offentliges plikt til å vurdere omgjøring, vil etter Hovs syn kunne være tilstrekkelig for saksøker. Han

⁹⁰ Backer, 2015, s. 244.

⁹¹ Hov, 3. utgave (2017) s. 126.

⁹² Backer, 2015, s. 244.

⁹³ Backer, Lov og rett 2008/2 pkt. 6.

⁹⁴ Backer, 2015, s. 244-245.

viser også til et eksempel om konsesjoner, hvor han mener det er unødvendig å trekke inn den tilgodesette. Dette fordi en ugyldighetsdom ikke nødvendigvis innebærer at saksøker overtar den tilgodesettes rettsstilling.⁹⁵ Backer er inne på lignende synspunkter. Han viser til at hvor søksmålet gjelder lovligheten av en tillatelse som allerede er utløpt, eller et pålegg som alt er etterkommet, er det liten grunn til å trekke inn tredjeperson.⁹⁶

Skoghøy omtaler rettstilstanden som legges til grunn i odelstingsproposisjonen som «temmelig meningsløs», «tafatt» og «ikke til å leve med». Schei mener «Justisdepartementet har vanskeliggjort en hensiktsmessig utvikling».⁹⁷ Begge forfatterne hevder det bør gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap og legger avgjørende vekt på hensynet til opplysning av saken, og at tredjeperson ikke blir bundet av en dom mellom saksøker og det offentlige.

Skoghøy og Schei er skeptiske til om tredjepartens mulighet til å tre inn som part eller partshjelper, er tilstrekkelig for å sikre opplysning av saken. Dersom den tilgodesette ikke gjøres til part eller ikke ser seg tjent med å være partshjelper, hjelper denne adgangen lite, påpeker Schei. Videre vises det til at i flertallet av saker hvor partene har fri rådighet, har retten få muligheter til å få tredjepersons interesser belyst. Hvor den tilgodesette saksøkes, er mulighetene til dette langt større.⁹⁸ Skoghøy er enig i at adgangen til å tre inn som part ikke er tilstrekkelig. Han fremholder at den tilgodesette kan velge å ikke tre inn i saken ut fra ulike taktiske vurderinger. Reglen bør derfor utformes slik at opplysningen av saken sikres, og at de omtvistede rettsspørsmål blir endelig avgjort for de som materielt er parter i rettsforholdet.⁹⁹

Et av hovedpoengene som fremmes i kritikken av proposisjonen, er at departementet misforstod utvalgets forslag. Schei viser til at utvalgets regel bare kommer til anvendelse hvor ugyldighet *nødvendigjør* at tredjeperson ikke skal kunne utøve rettigheten etter vedtaket.¹⁰⁰ Skoghøy slutter seg til kritikken, og viser til et gyldighetssøksmål mot en tidsbegrenset tillatelse til bruk av motorkjøretøy i utmark.¹⁰¹ Er tillatelsen så kortvarig at den utløper før saken blir anlagt, er det ikke nødvendig å saksøke den tilgodesette part, da saksøkers påstand ikke forutsetter et inngrep i tredjepersons rettsstilling.¹⁰² Eksemplet i odelstidsproposisjonen

⁹⁵ Hov, 3. utgave (2017) s. 126 og s. 127-128.

⁹⁶ Backer, 2015, s. 244.

⁹⁷ Backer, Lov og rett, 2008/2, pkt. 3.

⁹⁸ Schei m.fl., Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 3.5, revidert 1. september 2021.

⁹⁹ Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008, s. 53-54.

¹⁰⁰ Schei m.fl., Tvisteloven: Kommentartutgave, § 1-3 note 3.5, revidert 1. september 2021.

¹⁰¹ Lov 10. juni 1977 nr. 82 om motorferdsel i utmark og vassdrag § 4 a.

¹⁰² Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008 s. 54.

om at tvungent prosessfellesskap utløses ved søksmål mot en tidsbegrenset tillatelse, hvor denne tillatelsen er utgått ved saksanlegget, kan tyde på at kritikken er berettiget.¹⁰³

Skoghøy er videre av den oppfatning at hvor dommen er forutsatt å skulle få konsekvenser for den tilgodesette, er ikke saksøkerens interesse i å unngå konfrontasjon beskyttelsesverdig.¹⁰⁴ Hensynet til saksøkeren kan etter hans syn ikke tas til inntekt for at det ikke burde gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap. Han peker også på at det ved ugyldighetssøksmål ofte må foretas en interesseavveining hvor tredjepersons forhold er av betydning. Skoghøy mener avveiningen ikke kan foretas på en rettssikker måte uten at tredjeperson også saksøkes.¹⁰⁵

Hensynet til rettskraft synes å være det Skoghøy legger mest vekt på i sin argumentasjon. Dersom den tilgodesette ikke blir saksøkt, vil man risikerer en ny runde i domstolene dersom vedtaket, på et grunnlag som kan være uriktig, blir kjent ugyldig, og forvaltningsvedtaket deretter blir omgjort. Den tilgodesette kan da angripe gyldigheten av omgjøringsvedtaket. Dette fremhever Skoghøy som en «svært lite kostnadseffektiv» bruk av domstolene.¹⁰⁶ Han tar med andre ord prosessøkonomiske hensyn til støtte for utvalgets forslag.

3.4 Rettspraksis

I tiden etter Tvistemålsutvalgets utredning og departementets proposisjon kom det noen avgjørelser fra Høyesterett som bidro til å belyse spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold. Som nevnt var uenigheten mellom utvalget og departementet hvorvidt rettstilstanden som fulgte av Rt. 1998 s. 623, skulle videreføres. Se avhandlingens punkt 3.2 for omtalelsen av denne avgjørelsen. Avgjørelsene i tiden etter forarbeidene trakk i noe forskjellig retninger, som bidro til å eskalere den pågående diskusjonen i litteraturen. Avklaring av gjeldende rett kom ved Rt. 2015 s. 641. Den videre redegjørelse vil ta for seg avgjørelsene i kronologisk rekkefølge, med søkelys på deres bidrag til gjeldende rett.

3.4.1 Rt. 2005 s. 764 og Rt. 2005 s. 821

Spørsmålet i Rt. 2005 s. 764 (adopsjonssaken) var om gyldighetssøksmål mot et vedtak om adopsjon måtte avvises grunnet manglende tilknytning. Rt. 2005 s. 821 (barnebidragsaken) gjaldt hvorvidt en sak om gyldigheten av vedtak om barnebidrag måtte avvises av samme

¹⁰³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

¹⁰⁴ Skoghøy, *Tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold*, Lov og rett 2008/4.

¹⁰⁵ Skoghøy, (2017) s. 466.

¹⁰⁶ Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008, s. 54.

årsak.¹⁰⁷ I adopsjonssaken hadde A, som var adoptivbarn av C, anlagt sak om gyldigheten av adopsjonen av B, som også var adoptivbarn av C. Saken var anlagt mot staten v/Barne- og familiedepartementet. B ble ikke trukket inn i saken. I barnebidragsaken ble staten v/Rikstrygdeverket saksøkt om gyldigheten av vedtak truffet av Fylkestyngdekantoret i sak om barnebidrag til saksøkerens og Bs felles barn. B ble ikke saksøkt.¹⁰⁸

Høyesterett viser i begge sakene innledningsvis til at en dom mellom saksøker og staten, ikke vil binde tredjepersonene som ble berørt av vedtakene. Det avgjørende for om det forelå rettslig interesse, ble derfor de rettsvirkninger som vil følge av en dom i saksøkers favør.¹⁰⁹ Høyesterett fremhever uttalelsen i Rt. 1998 s. 623, om at forvaltningens plikt til å vurdere omgjøring i tilfelle av ugyldighet, vil innebære at saksøker oppnår en endret rettslig posisjon. Videre vises det i begge avgjørelsene til diskusjonen i forarbeidene, og at departementet konkluderte med at det ikke burde gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap.¹¹⁰

I adopsjonssaken la Høyesterett også vekt på at saksøker, i den skriftlige saksforberedelsen, var blitt gjort oppmerksom på de begrensede rettskraftsvirkningene av en dom hvor bare staten var gjort til saksøkt. Det er nærliggende å tro at domstolen, gjennom sin veiledningsplikt, hadde informert saksøker om dette. Da saksøker til tross for dette valgte å ikke trekke inn B i saken, kunne ikke Høyesterett se at lagmannsretten hadde lagt til grunn feil lovtolkning ved å bygge på rettstilstanden i Rt. 1998 s. 623.¹¹¹ Selv om det ikke fremgår direkte synes Høyesterett her å ha vektlagt hensynet til partene. Saksøker hadde foretatt et bevisst valgt ved å ikke trekke B inn i søksmålet, selv om saksøker var oppmerksom på at en dom ikke ville være bindende overfor B. Dette valget synes respektert av Høyesterett.

I barnebidragsaken påpeker Høyesterett at disse betraktningene også gjorde seg gjeldende i saken. Selv om adopsjonssaker kunne hevdes å utgjøre en særlig form for trepartsforhold, hvor det offentlige bare opptrer som en uavhengig tredjepart, kunne ikke statens anførsel om manglende rettslig interesse grunnet dette, føre frem. Begrunnelsen var at Høyesterett anså plikten til å vurdere omgjøring, og at ugyldighet i saken kunne få betydning for en annen sak

¹⁰⁷ Rt. 2005 s. 764 avsnitt 1. Rt. 2005 s. 821 avsnitt 1.

¹⁰⁸ Rt. 2005 s. 764 avsnitt 20. Rt. 2005 s. 821 avsnitt 15.

¹⁰⁹ Rt. 2005 s. 764 avsnitt 21. Rt. 2005 s. 921 avsnitt 16.

¹¹⁰ Rt. 2005 s. 764 avsnitt 24-25. Rt. 2005 s. 921 avsnitt 22.

¹¹¹ Rt. 2005 s. 764 avsnitt 26.

saksøkeren hadde mot det offentlige, som tilstrekkelige rettsvirkninger for at rettslig interesse forelå. Høyesterett fant også støtte for en slik regel i Rt. 2005 s. 764.¹¹²

Avgjørelsene ble i tiden etter avsigelsen kritisert i teorien. Bernt-Hamre fremhevet at det er få tungtveiende hensyn som taler for en generell adgang til bare å saksøke det offentlige, slik avgjørelsene synes å gi uttrykk for.¹¹³ I kritikken fremmer hun de hensyn Skoghøy og Schei har argumentert for.¹¹⁴ Schei omtaler løsningen i adopsjonssaken som «ikke holdbar», og argumenterer for at Høyesterett skulle avvist saken da den adopterte ikke var gjort til part. Dette begrunnes imidlertid ikke med eksistensen av en slik generell regel, men ut fra karakteren og virkningene av adopsjonsforhold.¹¹⁵ Til tross for denne kritikken, må det være på det rene at avgjørelsene inntatt i Rt. 2005 s. 764 og Rt. 2005 s. 821 kan tas til inntekt for at det ikke gjelder en regel om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold.

3.4.2 Rt. 2007 s. 234 og Rt. 2008 s. 230

Spørsmålet i Rt. 2007 s. 234 var om et vedtak etter sosialtjenesteloven kunne overprøves av domstolene, og om avvisningskjennelser har materiell rettskraft. Passiv søksmålskompetanse i offentlige trepartsforhold var således ikke et av spørsmålene i saken. Tema ble likevel kort berørt i et obiter dictum. Selv om det ikke hadde betydning for saken, fremhevet førstvoterende at saken skilte seg fra offentlige trepartsforhold, hvor blant annet «hensynet til dommens subjektive rettskraft har vært anført som en sentral del av begrunnelsen for at man da må saksøke både [det offentlige og den tilgodesette.]»¹¹⁶

Rt. 2008 s. 230 omhandler spørsmålet om avvisning av ankesak for lagmannsretten grunnet manglende rettslig interesse. Både staten og en rekke grunneiere som var tilgodesett i et vedtak om tillatelse til utbygging av skogsbilvei, var saksøkt i gyldighetssøksmål om dette vedtaket. Spørsmålet var om grunneierne var prosessuelt avskåret til å anke avgjørelsen, da staten ikke ville anke. Siden søksmålet gjaldt gyldigheten av forvaltningsvedtak, ble det vist

¹¹² Rt. 2005 s. 821 avsnitt 24-25.

¹¹³ Bernt-Hamre, *Tilknytningskravet under rettslig interesse belyst ved tre nyere kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i familierettslige søksmål*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2006/2, pkt. 2.3.

¹¹⁴ Se avhandlingens pkt. 3.3.

¹¹⁵ Schei m.fl., *Tvisteloven: Kommentarutgave*, § 1-3 note 1.1, revidert 1. september 2021.

¹¹⁶ Rt. 2007 s. 234 avsnitt 66.

til at dette måtte reises mot forvaltningen. Da «formålet med søksmålet var å hindre grunneierne i å bygge veien, [var det] derfor nødvendig også å rette det mot dem».¹¹⁷

I teorien ble disse to avgjørelsene tatt til inntekt for at det gjaldt en regel om tvungent prosessfellesskap.¹¹⁸ Skoghøy mente uttalelsen i Rt. 2008 s. 230 vanskelig kunne forstås på annen måte enn at det gjaldt en slik regel.¹¹⁹ Backer mente på sin side at uttalelsen kunne forstås på to måter. Den første var at det rettslig var nødvendig å saksøke også grunneierne for å få fremmet ugyldighetssøksmålet, mens den andre var at det faktisk var nødvendig å gjøre det dersom man skulle binde grunneierne til å stanse byggingen. Siden problemstillingen i saken ikke var tvungent prosessfellesskap, og at partene formodentlig ikke hadde prosedert spørsmålet, mente Backer uttalelsen var en typisk sidebemerkning. Da det dreide seg om det han omtaler som en «tvetydig sidebemerkning», kunne ikke denne sette til side rettstilstanden som følger av Rt. 1998 s. 623, som ble bekreftet i Rt. 2005 s. 764 og Rt. 2005 s. 821.¹²⁰

3.4.3 Rt. 2011 s. 841

Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsgivers styringsrett ga en kommune grunnlag for å beordre en undervisningsinspektør til å ta en annen, tilsvarende stilling i kommunen. Det ble også reist spørsmål om arbeidstaker har rettslig interesse i å få dom for at en oppsigelse er ugyldig når det bare er reist sak mot arbeidsgiver og ikke mot den som har overtatt saksøkers stilling.¹²¹ Kommunen anførte at påstanden om ugyldighet måtte avvises, da en dom for ugyldighet ikke ville få rettsvirkninger for den nyansatte.

Høyesterett viste til at verken tvisteloven eller arbeidsmiljøloven har regler om tvungent prosessfellesskap i saker om ugyldige oppsigelser. Spørsmålet måtte derav løses etter tvl. § 1-3, som isolert ga lite veiledning til spørsmålet. Mer veiledning ble funnet i NOU 2001: 32. Det vises til at utvalget ikke så det naturlig at den oppsagte også reiste sak mot den nyansatte. Begrunnelsen var arbeidsgivers plikt til å la den oppsagte fortsette i arbeid i tilfelle av ugyldig oppsigelse, uten hensyn til om den nyansatte fortsetter i sin stilling.¹²² På den bakgrunn

¹¹⁷ Rt. 2008 s. 230 avsnitt 18.

¹¹⁸ Aasland, *Rettslig interesse – et område for domstolskapt rett*, Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, s. 467.

¹¹⁹ Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 469.

¹²⁰ Backer, *Søksmål i offentligrettslige trepartsforhold - replikk til dommer Skoghøy*, Lov og rett 2008/7.

¹²¹ Rt. 2011 s. 841 avsnitt 1.

¹²² Rt. 2011 s. 841 avsnitt 78 under henvisning til NOU 2001: 32 A s. 200.

konkluderte Høyesterett med at det ved gyldighetssøksmål om en oppsigelse i en offentlig stilling, ikke er nødvendig å saksøke den nyansatte.¹²³

Avgjørelsen kan vanskelig tas til inntekt for om det gjelder en generell regel om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold eller ikke. Det den kan tas til inntekt for, er at det i oppsigelsessaker oppstår tilstrekkelige rettsvirkninger for saksøkte uten å trekke inn den nyansatte, da arbeidsgiver har en plikt til å la den urettmessig oppsagte fortsette i stillingen. Det synes som at Høyesterett i oppsigelsestilfellene ikke mener det oppstår et slikt offentlig trepartsforhold som aktualiserer spørsmålet om tvungent prosessfellesskap – de aktuelle rettighetene er ikke gjensidig utelukkende. I avsnitt 78 virker det som Høyesterett, ved en påstand om ugyldig oppsigelse, ikke mener at saksøkers påstand nødvendiggjør at den nyansatte ikke skal kunne utøve rettigheter etter ansettelsesvedtaket.

3.4.4 Rt. 2015 s. 641

Den underliggende tvisten i saken var gyldigheten av vedtak om barnebidrag. Anken til Høyesterett gjaldt om saken skulle avvises da bare staten, og ikke den bidragspliktige, var gjort til saksøkt i gyldighetssøksmålet. Tvisten som ble sluppet inn for Høyesterett var følgelig et rendyrket spørsmål om eksistensen av tvungent prosessfellesskap i norsk rett.

Høyesterett starter drøftelsen med å vise til at søksmålsgjenstanden er gyldigheten av et forvaltningsvedtak, som innebærer at søksmålet må rettes mot staten etter tvl. § 1-5. Deretter påpekes det at siden den bidragspliktige ikke er saksøkt, vil ikke gyldighetsspørsmålet avgjøres med rettskraftsvirkninger overfor vedkommende. Det er grunnet manglende rettskraftsvirkninger at spørsmålet om tilstrekkelig rettslig interesse foreligger oppstår.¹²⁴ På lik linje med tidligere praksis legger Høyesterett til grunn at det avgjørende for spørsmålet om rettslig interesse foreligger, er de rettsvirkninger som følger av en dom hvor saksøker får medhold.¹²⁵ Førstvoterende viser under henvisning til Rt. 1998 s. 623, at forvaltningens plikt til å vurdere omgjøring av vedtaket i tilfelle av dom om ugyldighet, gir tilstrekkelige rettskraftsvirkninger for å oppfylle kravet om rettslig interesse. Samtidig påpekes det at når det er klart at omgjøring ikke kan skje, skal søksmålet avvises.¹²⁶

¹²³ Rt. 2011 s. 841 avsnitt 79.

¹²⁴ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 30 og 31.

¹²⁵ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 34 og 35.

¹²⁶ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 35, 38 og 39.

Førstvoterende undersøker deretter forarbeidene. Det vises til Tvistemålsutvalgets utredning som la vekt på hensynet til sakens opplysning, usikkerheten om dommens virkninger uten tvungent prosessfellesskap, og at saksøker kunne få uriktige forhåpninger om hva som oppnås med søksmålet.¹²⁷ Etter utredningen gjennomgår Høyesterett departementets drøftelser. Det fremholdes at opplysningen av saken ivaretas ved tredjepersons muligheter til å delta i saken, og at betenkelighetene rundt manglende rettskraft og at saksøker kan få uriktige forhåpninger, imøtegås gjennom domstolenes veiledningsplikt. Høyesterett påpeker videre at departementet særlig la vekt på at tvungent prosessfellesskap vil være en byrde for partene, og at en slik regel vil hemme domstolskontrollen med forvaltningen. For å forhindre at domstolskontrollen svekkes, påpeker førstvoterende under henvisning til proposisjonen, at søksmålsvilkårene skal praktiseres rimelig liberalt.¹²⁸

Staten anførte at departementet hadde lagt til grunn en for vid forståelse av utvalgets forslag. En følge av denne forståelsen, var at departementet trodde at tvungent prosessfellesskap ville inntre i flere saker enn det utvalget selv hadde lagt til grunn. Høyesterett var ikke enig i dette, og viste til at det var «offentlige trepartsforhold i sin alminnelighet» som var temaet for departementets drøftelser og forslag. Det er nærliggende å forstå dette som at Høyesterett mente departementet ikke hadde lagt til grunn en for vid forståelse av utvalgets regel. Førstvoterende fremholder avslutningsvis at en enstemmig Justiskomite sluttet seg til departementets vurderinger. På den bakgrunn konkluderer Høyesterett med at en regel om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold, ikke kunne utledes av tvl. § 1-3 slik bestemmelsen ble vedtatt.¹²⁹ Spørsmålet ble derfor om det hadde skjedd en endring av rettstilstanden fra vedtakelsen til Høyesterett fikk spørsmålet til behandling.

For dette spørsmålet tar Høyesterett utgangspunkt i tidligere rettspraksis. Førstvoterende fremhever Rt. 2005 s. 764 og Rt. 2005 s. 821 som de eneste avgjørelsene som tar direkte stilling til spørsmålet. Som påpekt ovenfor, kom Høyesterett i disse sakene til at rettstilstanden etter Rt. 1998 s. 623 også skulle gjelde etter tvisteloven.¹³⁰ I avsnitt 52 og 53 tar Høyesterett stilling til betydningen av den nevnte uttalelsen i Rt. 2008 s. 230 avsnitt 18. Som Backer har argumentert for legger Høyesterett til grunn at uttalelsen kan forstås på flere

¹²⁷ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 41.

¹²⁸ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 42, 43, 44 og 45.

¹²⁹ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 46, 47 og 48.

¹³⁰Rt. 2015 s. 641 avsnitt 51.

måter, at tvungent prosessfellesskap ikke var tema i saken, og at problemstillingen var ikke drøftet nærmere. Grunnet disse forhold konkluderer førstvoterende i avsnitt 53, med at det ikke kan trekkes noen slutninger av uttalelsen vedrørende gjeldende rett.

Staten hadde for en regel om tvungent prosessfellesskap, anført at tvl. § 1-3 er en rettslig standard som skal utvikles i samsvar med de reelle behov som avdekkes gjennom praksis. Det ble anført at de hensyn som ble fremmet i teorien til støtte for en slik regel, tilsa en endring av rettstilstanden. Til dette viste Høyesterett til at gode grunner kunne støtte en regel om tvungent prosessfellesskap, og at forslaget fikk tilslutning fra flere høringsinstanser. Til tross for dette mente førstvoterende at det ikke var rom for å la en avveining av de motstridende hensynene slå gjennom over lovgivers vurderinger. Dette fordi hensynene ble avveid av departementet, som ikke fant dem avgjørende, og at det ikke hadde skjedd en utvikling som tilsa et annet og sterkere behov for en slik regel.¹³¹

Som siste argument for tvungent prosessfellesskap fremhevet staten utviklingen av tvungent prosessfellesskap på privatrettens område. Begrunnelsen for at regelen gjelder i privatrettslige forhold, er at dommen ikke har rettskraftsvirkninger for tredjeperson. Dette mente staten var overførbart til offentligrettslige forhold. Høyesterett var ikke enig i resonnetet, da det i offentligrettslige forhold oppstår en plikt for forvaltningen til å vurdere omgjøring. Dom for ugyldighet var derav «et steg på veien» mot omgjøring. Fraværet av en slik «mekanisme» på privatrettens område, gjorde at det ikke kunne trekkes slutninger fra praksis i privatrettslige forhold.¹³² Systembetraktninger ble således ikke tatt til inntekt for tvungent prosessfellesskap. Etter gjennomgangen kom Høyesterett i avsnitt 58 til at det ikke var grunnlag for å utlede en annen regel i offentlige trepartsforhold, enn det som fulgte ved vedtakelsen av tvisteloven.

3.5 Oppsummerende konklusjon

Som redegjørelsen viser, er rettskildene motstridende i spørsmålet om det gjelder tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold. Ordlyden i tvl. § 1-3 utelukker ikke en slik regel, men kan vanskelig tas til inntekt for en generell regel. De ulike forarbeidene argumenterer for forskjellige løsninger, og teorien er delt. Rettspraksis er heller ikke entydig.

¹³¹ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 54 og 55.

¹³² Rt. 2015 s. 641 avsnitt 56 og 57.

Ved Rt. 2015 s. 641, må imidlertid en enstemmig Høyesterett ha avklart rettstilstanden. Etter avgjørelsen gjelder det ikke en regel om tvungent prosessfellesskap i norsk rett.¹³³

At dette er gjeldende rett, bekreftes av senere rettspraksis. Selv om det ikke var et tvistetema, la Høyesterett i det såkalte Klimasøksmålet, innledningsvis til grunn at det var uproblematisk at de selskapene som var tilgodesett etter det omtvistede vedtaket, ikke var gjort til saksøkt.¹³⁴ Dette ble lagt til grunn uten noen nærmere drøftelse av Høyesterett, da det ikke var omtvistet mellom partene. Videre er de teoretikerne som har tatt til orde for en regel om tvungent prosessfellesskap, klare på at det ikke gjelder en slik regel rett etter Rt. 2015 s. 641.¹³⁵

4 Er gjeldende rett i samsvar med de reelle hensyn som gjør seg gjeldende?

I dette punktet skal det foretas en normativ vurdering av om den rettstilstand som ble lagt til grunn i Rt. 2015 s. 641, er i overensstemmelse med de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. For å ta stilling til dette vil det redegjøres kort for rettskildefaktoren reelle hensyn. Deretter vil de aktuelle hensyn bli drøftet med sikte på å avklare hvilken løsning hvert hensyn tilsier. Avslutningsvis vil det bli foretatt en avveining av hensynene, hvor det vil bli tatt stilling til hvorvidt reelle hensyn tilsier en annen rettstilstand enn gjeldende rett.

4.1 Reelle hensyn som rettskilde

Banebrytende for reelle hensyn som rettskildefaktor var Torstein Eckhoffs bok *Rettskildelære*, hvis første utgave ble utgitt i 1971. Siden utgivelsen har en rekke forfattere forsøkt å definere hva som ligger i reelle hensyn. Eckhoff mener det er «vurderinger av resultatets godhet», herunder om tolkningsresultatet er «innholdsmessig og retsteknisk [godt]».¹³⁶ Mæhle og Aarlie hevder det er tale om «verdibaserte konsekvensbetraktninger».¹³⁷ Høgberg definerer det som vurderinger av «resultatets godhet i vid forstand».¹³⁸ Skal en forsøke å trekke slutninger fra definisjonene, kan en si at det sentrale er at det er tale om vurderinger knyttet til kvaliteten av rettsreglene fra et rettslig, moralsk og samfunnsmessig perspektiv.

¹³³ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 58.

¹³⁴ HR-2020-2472-P avsnitt 7.

¹³⁵ Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 468 og Schei m.fl., § 1-3 note 1.1, revidert 1. september 2021.

¹³⁶ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 3. utgave (1993) s. 303.

¹³⁷ Synne Sæther Mæhle/Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgave (2017) s. 273.

¹³⁸ Alf Petter Høgberg, m.fl., *Juridisk metode og tenkemåte*, 2019, s. 343.

Skoghøy deler reelle hensyn i fire kategorier. Den første er «konsekvensbetraktninger». Med dette sikter han til vurderinger om hvilket innhold rettsreglene bør ha for at de formål som tas sikte på å realiseres, oppnås, og uønskede virkninger unngås. Det er med andre ord tale om vurderinger tilknyttet de effekter og ringvirkninger tolkningsresultatet får for den konkrete sak, rettssystemet, og samfunnet ellers. Den andre er «innholdsmessige vurderinger». Skoghøy sikter her til at reglene bør tolkes slik at det beste materielle innholdet sikres. Den tredje er «rettstekniske vurderinger». Dette er vurderinger om hvordan retten kan bli mest praktikabel, og minst mulig prosesskapende. Den fjerde er «systembetraktninger». Systembetraktninger er vurderinger om hvordan reglene skal forstås for å gjøre dem best tilpasset det regelsett de er en del av og rettssystemet for øvrig.¹³⁹

Legitimeringsgrunnlaget for reelle hensyn vil variere alt etter hvilket spørsmål saken gjelder. Hvor de verdier et rettsfelt skal ivareta og de virkninger som søkes unngått, er kommet til uttrykk i lovformål eller andre rettskilder, er anvendelsen av reelle hensyn forankret i disse rettskildene.¹⁴⁰ Hvor hensyn ikke er kommet til uttrykk i rettskilder, er rommet for reelle hensyn betinget av den selvstendige overbevisningskraften, om det eksisterer overordnede verdier på rettsområdet, og om disse verdiene har tilslutning fra rettsfellesskapet. Videre bidrar egenverdien i å komme til et konkret rimelig resultat, til legitimeringsgrunnlaget.¹⁴¹

Som Skoghøy påpeker, er reelle hensyn videre en forutsetning for at domstolene skal ha nødvendig tillit i samfunnet. Domstolenes avgjørelser må begrunnes på en måte som det rettssøkende publikum og allmennheten finner tilfredsstillende.¹⁴² Rettssystemet i seg selv kan også anføres som legitimeringsgrunnlag. Til forskjell fra kontinentaleuropeisk rettstradisjon, bygger ikke norsk rett på gjennomregulerte lovsamlinger. Tvert imot er en rekke rettsområder ulovfestet, og lovtekstene er ofte generelt utformet med siktemål om å fange opp flest mulig tilfeller og for å kunne holde tritt med samfunnsutviklingen. Arten av vår rettstradisjon medfører derfor at domstolene i noen tilfeller er nødt til å anvende reelle hensyn for å fastlegge gjeldende rett.

¹³⁹ Skoghøy, *Rettsanvendelse*, 2018, s. 43-44.

¹⁴⁰ Mæhle/Aarli, 2. utgave (2017) s. 274.

¹⁴¹ Mæhle/Aarli, 2. utgave (2017) s. 273-274.

¹⁴² Skoghøy, *Rettsanvendelse*, 2018, s. 157.

4.2 Hensynet til partene

De sentrale aktørene i en tvist for domstolene, er partene. Det er disse som skal sørge for opplysningen av saken, og retten er i stor utstrekning bundet av deres prosesshandlinger.¹⁴³

Da det er partene som langt på vei «styrer saken», taler gode grunner for at søksmålsvilkårene utformes med sikte på å ivareta deres interesser. Det må være klart at en regel som påtvinger saksøker å trekke inn en privatperson i et søksmål, vil kunne være en byrde for de involverte.

Hensynet til partene må ses i sammenheng med rekkevidden av en regel om tvungent prosessfellesskap. Som nevnt var utvalgets forslag begrenset til å gjelde søksmål hvor saksøkers påstand «nødvendigjør at [tredjeperson] ikke skal kunne utøve» rettigheter etter vedtaket. Avgjørelsen må følgelig være forutsatt å skulle få konsekvenser for, og innvirkning på, tredjepersons rettsstilling. Til støtte for at hensynet til partene taler mot tvungent prosessfellesskap, har Backer vist til et søksmål om lovligheten av en utløpt tillatelse eller et pålegg som alt er etterkommet. Backer mener det da «har lite for seg» å kreve at tredjeperson saksøkes.¹⁴⁴ Hov er inne på lignende når han mener det ikke er grunn for å saksøke den nyansatte ved søksmål om gyldigheten av en offentlig tillatelse.¹⁴⁵

Problemet med resonnementet er at eksemplene ikke vil utløse tvungent prosessfellesskap etter forslaget, da en dom i slike tilfeller ikke vil ha direkte betydning for tredjeperson rettsstilling. I ansettelsessaker vil arbeidsgiver ha plikt til å tilby den forbigåtte en stilling, og ved en ugyldig utløpt tillatelse vil ikke tredjeperson påvirkes, da tillatelsen allerede er utløpt.¹⁴⁶ Dette viser at Backer og Hov, samt departementet, har lagt til grunn en for vid forståelse av utvalgets forslag. De situasjoner disse særlig tar til inntekt for at regelen vil være en byrde for partene, synes følgelig ikke å være holdbare.

Hvis hensynet til partene ses i sammenheng med utvalgets forslags rekkevidde, kan det hevdes at hensynet til saksøker har mindre vekt enn departementet la til grunn. Når regelen kommer til anvendelse, har saksøker utformet sin påstand slik at dommen er ment å få konsekvenser for tredjeperson. Der dette er tilfellet, kan gode grunner anføres til støtte for at saksøker må tåle å møte vedkommende i rettssalen. Videre vil det slik enkelte teoretikere har påpekt, i noen tilfeller være i tredjepersons interesse at denne saksøkes. Utenom tilfellene av

¹⁴³ Se tvl. § 11-2 første og andre ledd.

¹⁴⁴ Backer, 2015, s. 244. Tilfellet brukes også i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

¹⁴⁵ Hov, 3. utgave (2017) s. 126.

¹⁴⁶ NOU 2001: 32 B s. 200. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008 s. 54.

et åpenbart grunnløst ugyldighetssøksmål, vil søksmål mot også tredjeparten kunne være hensiktsmessig for denne. Uten å bli saksøkt vil vedkommende risikere å selv måtte saksøke det offentlige dersom vedtaket omgjøres. Er det gitt dom for ugyldighet, vil søksmål mot vedtaket om omgjøring kunne innebære en prosessrisiko for tredjeperson, da forvaltningen i flere tilfeller vil legge domstolens vurdering av gyldigheten til grunn.¹⁴⁷ Tredjeperson vil også få gitt uttrykk for sitt syn og avklart sin rettsstilling. Disse forhold taler for at hensynet til saksøker og tredjeperson ikke er et tungtveiende argument mot forslaget regel.

På den annen side vil de i de fleste tilfeller foreligge en konflikt mellom saksøker og tredjeperson, før spørsmålet om tvungent prosessfellesskap aktualiseres. Kreves det at også tredjeperson saksøkes, vil nok dette kunne bidra til å eskalere konflikten ytterligere. Er det et nært forhold mellom saksøker og den tilgodesette, eksempelvis hvor saksøker er uenig med en byggetillatelse en god nabo har fått innvilget, kan mye tale for å unngå den konfrontasjonen et søksmål innebærer. Den tilgodesette nabo i eksemplet har gjerne ikke foretatt seg noe for å bli saksøkt, annet enn å søke om en tillatelse. Det er ikke gitt at denne ønsker å bli brydd med et søksmål eller bli påført den konfrontasjon et saksanlegg medfører.

En konsekvens av å delta som part i en rettssak, er at en risikerer å måtte betale motpartens saksomkostnader dersom man taper saken, se tvl. § 20-2 første ledd. En rettssak er beheftet med en rekke utgifter og vil derav innebære at en tredjepart som taper saken må ut med betydelige ressurser. I mange tilfeller ønsker nok den tilgodesette å la det offentlige representere interessen i at vedtaket blir stående, og på den måten unngå risikoen for å bli ilagt saksomkostningsansvar. Det offentlige er videre i stand til å ivareta egne interesser, og vil ofte alene kunne ivareta interessen i at vedtaket ikke blir kjent ugyldig, på en forsvarlig måte.

Dersom tredjeperson må saksøkes vil dette videre øke sakens totale kostnader. Der saksøker taper saken, vil tvungent prosessfellesskap innebære at denne må bære kostnadene til både det offentlige og den tilgodesette. Både av hensyn til borgeren som møter det offentlige i retten, og av hensyn til en forsvarlig bruk av offentlige midler, vil det offentlige langt på vei forsøke å holde sine saksomkostninger lavest mulig. Disse hensyn gjør seg ikke gjeldende for den tilgodesette tredjepart. Kreves det at også denne saksøkes vil dette derfor kunne føre til at sakens totale kostnader øker vesentlig. Videre kan det tenkes tilfeller hvor verken saksøker,

¹⁴⁷ Bernt-Harme (2006) s. 123. Se avhandlingens pkt. 4.3.

det offentlige eller tredjeperson ønsker at sistnevnte skal delta i saken. En regel om tvungent prosessfellesskap vil i slike tilfeller overkjøre de involvertes ønsker. På denne bakgrunn må hensynet til partene tale mot en regel om tvungent prosessfellesskap.

4.3 Hensynet til rettskraft og risikoen for fortsatt tvist

Et av siktemålene med tvisteloven er å legge til rette for at den enkelte skal få «løst sine tvister».¹⁴⁸ Formålet med rettskraftsreglene er blant annet å sikre partenes behov for å innrette seg etter en endelig rettsavgjørelse.¹⁴⁹ For å ivareta disse mål, bør tvistelovens regler legge til rette for at partene i et materielt rettsforhold, kan handle i samsvar med og innrette seg etter rettsavgjørelser hvor det materielle rettsforhold utgjør tvistegjenstanden.

Som allerede redegjort for, er det avgjørende for om rettslig interesse foreligger de rettsvirkninger som følger av en dom om ugyldighet.¹⁵⁰ Hvor tredjeperson ikke trekkes inn i saken, vil avgjørelsen ikke være bindende for vedkommende.¹⁵¹ Uenigheten i teorien og forarbeidene synes å være om det til tross for manglende rettskraft, oppstår tilstrekkelige rettsvirkninger i forholdet mellom saksøker og tredjeperson, herunder om virkningene avbøter ulempen med at tredjeperson ikke omfattes av rettskraften.

Etter gjeldende rett er forvaltningens adgang til å vurdere omgjøring av vedtaket etter en ugyldighetsdom, ansett å utløse tilstrekkelige rettsvirkninger i forholdet mellom saksøker og tredjeperson, for at saksøker har rettslig interesse i å saksøke bare det offentlige.¹⁵²

Forvaltningens adgang til dette følger av fvl. § 35 første ledd bokstav c, hvor det heter at organet «kan» omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget, dersom «vedtaket må anses ugyldig». For å besvare om adgangen til å vurdere omgjøring utgjør en hensiktsmessig avgrensning av når rettslig interesse foreligger, må innholdet i adgangen vurderes nærmere.

Som gjengivelsen av ordlyden ovenfor viser, «kan» forvaltningen beslutte omgjøring. Etter ordlyden foreligger det bare en kompetanse, men ingen plikt, til omgjøring i tilfelle av et ugyldig vedtak. Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden, er det i rettspraksis lagt til grunn at det i tilfelle av *dom* for ugyldighet, oppstår en *plikt* for forvaltningen til å *vurdere*

¹⁴⁸ Tvl. § 1-1 første ledd andre setning.

¹⁴⁹ Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 337.

¹⁵⁰ Rt. 1998 s. 623 på s. 626, Rt. 2005 s. 764 avsnitt 21, Rt. 2015 s. 641 avsnitt 35.

¹⁵¹ Tvl. § 19-15 første ledd første setning.

¹⁵² Rt. 2015 s. 641 avsnitt 39.

omgjøring.¹⁵³ Saksøker har som hovedregel ikke krav på at forvaltningen skal omgjøre vedtaket hvor domstolene har kommet til at vedtaket er ugyldig.¹⁵⁴ I enkelte tilfeller er videre rettighetene etter vedtaket av så essensiell betydning for den tilgodesette at det gjelder et omgjøringsforbud. Innenfor velferdsretten er det flere eksempler på at lovgiver har oppstilt slike forbud. Dette er imidlertid ikke alminnelige begrensninger i omgjøringsadgangen, men et resultat av at lovgiver har valgt å innføre forbud innenfor særlige områder.¹⁵⁵

I en omgjøringsvurdering vil forvaltningen i mange tilfeller legge domstolens vurdering av gyldighetsspørsmålet, til grunn. Omgjør forvaltningen vedtaket, vil en dom for ugyldighet få faktiske virkninger i rettsforholdet mellom saksøker og tredjeperson, til tross for at sistnevnte ikke er rettskraftig bundet av dommen. Videre er det som påpekt i teorien slik at forvaltningen kan komme til andre løsninger enn å omgjøre vedtaket, eksempelvis ved å komme med pålegg som avbøter saksøkers ulemper. Problemene knyttet til rettskraft oppstår videre bare hvor saksøker vinner. En følge av dette er at hensynet til rettskraft bare utfordres i noen saker.

I hvilken grad plikten til å vurdere omgjøring imøtegår det faktum at tredjeperson ikke omfattes av rettskraften, vil bero på utsiktene til at vedtaket faktisk omgjøres. Hvilken ugyldighetsgrunn det er tale om vil legge begrensninger på utsiktene til omgjøring. Er det tale om saksbehandlingsfeil eller skjønns mangler, er det ikke gitt at resultatet av den etterfølgende forvaltningsbehandlingen blir omgjøring. Dette fordi disse feilene ofte kan repareres, og hensynet til tredjemann ved at denne ofte har innrettet seg vedtaket, med styrke vil tale for at vedtaket er ikke skal omgjøres, til tross for dom på ugyldighet.¹⁵⁶

Er det derimot tale om manglende hjemmel eller andre innholdsmangler, eksempelvis i form av at vedtaket er fattet på feil faktisk grunnlag, er utsiktene til ugyldighet og omgjøring, større. Hovedregelen er her ugyldighet uavhengig av den interesseavveiningen som ellers forutsettes.¹⁵⁷ Etter omstendighetene kan denne type feil også påvirke omgjøringsvurderingen, ved at forvaltningen får en plikt til å omgjøre vedtaket. Denne plikten reguleres ikke av forvaltningsloven, men av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Utgangspunktet for om det foreligger en slik plikt, er hvor grov feilen som begrunner ugyldigheten er. Videre må det ses

¹⁵³ Se Rt. 1998 s. 623.

¹⁵⁴ Etter omstendighetene kan imidlertid forvaltningen ha en plikt til å omgjøre vedtaket, se straks nedenfor.

¹⁵⁵ Se Prop. 64 L (2016-2017) s. 32 med henvisninger til bestemmelser hvor det gjelder et slikt forbud.

¹⁵⁶ Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave (2019) s. 515.

¹⁵⁷ Se HR-2016-2017-A avsnitt 63, Eckhoff/Smith, 11. utgave (2018) s. 465.

til vedtakets betydning for den tilgodesette og øvrige interesser som er knyttet til å la vedtaket bli stående.¹⁵⁸ Eksempelvis kom Sivilombudsmannen i SOM-2014-3496 til at forvaltningen hadde plikt til å omgjøre et ugyldig vedtak. Begrunnelsen for dette var at ugyldighetsgrunnen var grov – manglende materiell kompetanse til å fatte vedtaket –, samt at den tilgodesettes innrettelse ikke var tungtveiende. Dette fordi innrettelsen og investeringene i henhold til vedtaket skjedde forut for at tillatelsen ble innvilget.

På den annen side vil tredjeperson ved en klage på omgjøringsvedtaket, kunne gjøre gjeldende nye rettslige og faktiske anførsler som ikke har vært belyst i rettssaken. Det er dermed ikke åpenbart at resultatet vil bli ugyldighet og deretter omgjøring, selv om det er tale om innholdsfeil eller manglende hjemmel.¹⁵⁹ Ved den etterfølgende forvaltningsbehandlingen vil domstolens vurdering av tredjemanns forhold, eksempelvis grad av innrettelse, ikke nødvendigvis tillegges særlig vekt. Dette gjelder spesielt hvor tredjemann ikke har deltatt i rettssaken, da vedkommendes rettsikkerhet er ikke ivaretatt da denne ikke har deltatt. Forvaltningen har i slike tilfeller en plikt til å påse at urett ikke skjer overfor tredjeperson.¹⁶⁰

Hvor det er klart at omgjøring ikke kan skje, skal saken avvises.¹⁶¹ Rettslig interesse i å få dom for ugyldighet bare overfor det offentlige, foreligger med andre ord ikke i slik tilfeller. Det er nettopp der vedtaket ikke omgjøres, at dommen reelt sett ikke vil ha virkninger i forholdet mellom saksøker og tredjeperson. At søksmålet skal avvises hvor det er klart at omgjøring ikke vil skje, og derav at dommen ikke har virkninger for saksøker, taler for at gjeldende rett har mekanismer som imøtegår rettskraftsproblematikken. Domstolens veiledningsplikt bidrar videre til å avbøte betenkelighetene ved at tredjeperson ikke omfattes av rettskraften.¹⁶² Gjennom plikten vil saksøker tidlig i prosessen gjøres klar over den begrensede subjektive rettskraften.¹⁶³ Plikten vil også føre til at saksøker får mulighet til å ta et overveid valg om tredjeperson skal trekkes inn i saken. Å legge til rette for slike valg, fremfor en regel som innebærer tvang, vil ivareta målet om en «tillitsskapende behandling av

¹⁵⁸ Graver, 5. utgave (2019) s. 515.

¹⁵⁹ Ingvald Falch, *Søksmål i offentligrettslige trepartsforhold*, Lov og Rett 1999/6, s. 3.

¹⁶⁰ Falch, Lov og Rett 1999/6, s. 7.

¹⁶¹ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 39.

¹⁶² Etter tvl. § 11-5 første ledd skal domstolene gi veiledning om saksbehandlingsregler som er nødvendig for at partene skal kunne ivareta sine interesser i saken.

¹⁶³ Se eksempelvis Rt. 2005 s. 764 avsnitt 26.

rettstvister».¹⁶⁴ Disse forhold taler for at hensynet til rettskraft ikke er et tungtveiende argument for utvalgets regel.

Det klassiske eksemplet for å belyse rettskraftsproblematikken, er RG-1969-325. Saksøker reiste sak mot det offentlige med påstand om at en dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen for bygging av moteller, var ugyldig. Saksøker fikk medhold i påstanden. Problemet var imidlertid at byggherren ikke var saksøkt, slik at dommen ikke fikk rettskraft overfor vedkommende. Ved domsavsigelsen var motellene allerede bygget. Forvaltningen omgjorde ikke byggetillatelsen, og motellene ble stående til dags dato. Spørsmålet blir om utfallet i saken ville vært et annet om også tredjeperson hadde vært saksøkt.

En første viktig presisering er at tvungent prosessfellesskap ikke vil endre på kompetansefordelingen mellom domstolene og forvaltningen. Selv om tredjemann er rettskraftig bundet av en ugyldighetsdom, må forvaltningen fortsatt vurdere om omgjøring skal finne sted. En vesentlig forskjell er imidlertid at tredjeperson er rettskraftig bundet av at vedtaket er ugyldig. Denne kan derav ikke i en etterfølgende omgjøringsbehandling anføre at vedtaket er gyldig som påstandsgrunnlag for at omgjøring vil være uberettiget. Ved at tredjeperson har færre forhold å anføre som grunnlag for at omgjøring ikke kan finne sted, er utsiktene til omgjøring større med en regel om tvungent prosessfellesskap.

Hvor tredjepersonen er rettskraftig bundet av dom på ugyldighet, vil en etterfølgende innrettelse etter vedtaket være rettsstridig. Denne har eksempelvis ikke rett til å bygge i henhold til en byggetillatelse hvor domstolene har kommet til at tillatelsen er ugyldig, selv om forvaltningen ikke har omgjort vedtaket enda. Betydningen av innrettelse eller investeringer i henhold til vedtaket, vil følgelig veie mindre hvor tredjepersonen også saksøkes. Da disse forhold får mindre vekt i den etterfølgende forvaltningsbehandlingen, er det større sannsynlighet for omgjøring. Av den grunn er det større sannsynlighet for at saksøker oppnår det som søkes nådd med søksmålet, nemlig at tredjepersonen skal miste sin rett.¹⁶⁵

Kommer forvaltningen til at vedtaket er ugyldig overfor tredjemann, og omgjør vedtaket, må det treffes et omgjøringsvedtak. Tredjemann som ikke er rettskraftig bundet av ugyldighetsdommen, vil kunne angripe gyldigheten av omgjøringsvedtaket. Er tredjemann

¹⁶⁴ Se tvl. § 1-1 første ledd første setning.

¹⁶⁵ Se forutsetningsvis Eckhoff/Smith 11. utgave (2018) s. 541.

derimot bundet av avgjørelsen, vil vedkommende ikke kunne angripe omgjøringsvedtaket basert på forhold som ble avgjort i den første saken.¹⁶⁶ Vedkommende er ikke prosessuelt avskåret fra å angripe gyldigheten av omgjøringsvedtaket, men siden de forhold som ble avgjort i den første saken ikke kan påberopes som påstandsgrunnlag, er det få praktiske muligheter for et annet resultat ved et søksmål mot omgjøringsvedtaket.

Konsekvensen av at det ikke gjelder en regel om tvungent prosessfellesskap er at en risikerer to saker i domstolssystemet om en og samme tvist. Som påpekt av Skoghøy, er dette en «svært lite kostnadseffektiv» bruk av domstolene.¹⁶⁷ Reglene bør utformes slik at flest mulig dommer blir materielt riktige og at kostnader i form av tid, penger og menneskelige ressurser, holdes lavest mulig. En rettsstilstand hvor rettslig interesse foreligger ved søksmål mot bare det offentlige, vil etter dette kunne utfordre siktemålet om at brukerne av domstolene skal få «løst sine tvister».¹⁶⁸

Redegjørelsen viser at det vil råde usikkerhet om forvaltningen vil omgjøre vedtaket etter en dom om ugyldighet hvor tredjeperson ikke har deltatt i rettssaken. Er det tale om materielle feil vil forvaltningen kunne ha en plikt til omgjøring, mens utsiktene er mer usikre ved saksbehandlingsfeil eller skjønns mangler. Dette taler for at det i mange saker vil være meget usikkert om resultatet vil bli omgjøring, uten at det fremstår som «klart» at omgjøring ikke vil skje, slik at det overnevnte unntaket kommer til anvendelse. Denne usikkerheten forsterkes ytterligere ved at forvaltningen risikerer å bli møtt med søksmål fra tredjepersonen dersom vedtaket omgjøres. Vissheten om denne risikoen kan medføre at forvaltningen blir tilbakeholden med å omgjøre det tidligere vedtaket.¹⁶⁹

Avslutningsvis påpekes det at hensynet til rettskraft må ses i sammenheng med forslaget rekkevidde. Anvendelsesområdet er som nevnt begrenset til tilfeller hvor avgjørelsen vil ha betydning for tredjepersons rettsstilling. Bare hvor saksøkers påstand fordrer en endring av tredjepersons rettsstilling, har saksøker behov for å kunne påberope en rettskraftig dom overfor tredjeperson. Forslaget synes derfor å være utformet slik at tvungent prosessfellesskap bare vil gjelde hvor det er nødvendig av hensyn til rettskraft. Dette, sett i sammenheng med

¹⁶⁶ Prop. 64 L (2016-2017) s. 43.

¹⁶⁷ Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008, s. 54.

¹⁶⁸ Se tvl. § 1-1 første ledd andre setning.

¹⁶⁹ Se Falch, *Lov og Rett 1999/6*, s. 8.

uklarhetene om omgjøring vil skje og risikoen for fortsatt tvist, tilsier at hensynet til rettskraft taler for at det bør gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold.

4.4 Hensynet til sakens opplysning og en forsvarlig behandling av gyldighetsspørsmålet

Formålet bak søksmålvilkårene er blant annet at saker skal prøves på en måte som gjør at domstolene får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.¹⁷⁰ Siden partene har hovedansvaret for opplysningen av saken, vil utformingen av kravet til passiv tilknytning kunne få innvirkning på kvaliteten av avgjørelsesgrunnlaget. Tvistemålsutvalget, samt de teoretikerne som har argumentert for utvalgets forslag, mener at saken ikke vil bli tilstrekkelig opplyst uten at tredjeparten gjøres til saksøkt.¹⁷¹ Motstanderne av en slik regel mener derimot at tvisteloven innehar regler som vil sikre sakens opplysning, uten at tredjepersonen må saksøkes.

Departementet viste for det første til tredjepersonens adgang til å tre inn som part eller partshjelper etter tvl. §§ 15-3 og 15-7. For det andre ble det vist til at det offentlige kunne trekke inn tredjeperson som part etter tvl. § 15-2 andre ledd, samt at tredjeperson kan avgi alminnelig vitneforklaring. Disse regelsettene mente departementet ville ivareta hensynet til sakens opplysning.¹⁷²

For at tredjeperson skal bli trukket inn eller tre inn som part, må kravene i saken høre under norsk domsmyndighet, og kravene må kunne behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme saksbehandlingsregler jf. tvl. §§ 15-2 andre ledd og 15-3 første ledd bokstav a. Videre kreves det, for at tredjeperson skal trekkes inn, at ingen parter har innsigelser, eller at det er så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak jf. tvl. § 15-2 andre ledd. Der tredjeperson selv ønsker å tre inn som part kreves det at denne vil nedlegge selvstendig påstand om det som er tvistegjenstand i saken, eller fremme et krav som har så nær sammenheng med det opprinnelige kravet at det bør behandles i saken jf. tvl. § 15-3 første ledd bokstav b. Disse vilkårene er oppfylt i de tilfellene som utløser tvungent prosessfellesskap etter utvalgets forslag.¹⁷³

¹⁷⁰ HR-2018-1463-U avsnitt 23.

¹⁷¹ NOU 2001: 32 A s. 199. Skoghøy, 3. utgave (2017) s. 466.

¹⁷² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

¹⁷³ Backer, Lov og rett, 2008/2 pkt. 5.

Tredjeperson kan bistå det offentlige som partshjelper der denne har et reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner jf. tvl. § 15-7 første ledd bokstav a. Vilåret er oppfylt hvor utfallet i saken kan få direkte faktisk betydning for partshjelperens rettigheter eller plikter, og hvor vedkommende på den bakgrunn har et reelt behov for å intervenere i saken for å ivareta sine interesser.¹⁷⁴ Hvor saksøkerens påstand nødvendiggjør en endring av tredjepersonens rettsstilling, må dette vilåret anses oppfylt.

En forutsetning for at tredjepersonen skal tre inn som part eller opptre som partshjelper, er at denne selv ønsker det. Som påpekt av Skoghøy, kan tredjepersonen ut fra ulike taktiske vurderinger velge å ikke delta i saken.¹⁷⁵ Eksempelvis kan tredjeperson ønske å ikke delta i saken for å ikke omfattes av rettskraften eller risikere saksomkostningsansvar, og heller håpe på at forvaltningen ikke omgjør vedtaket i tilfellet av dom for ugyldighet. Vilårene om at «ingen parter har innsigelser» eller at det er «så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak», er alternative.¹⁷⁶ Sistnevnte vilkår vil være oppfylt i offentlige trepartsforhold. Det er følgelig ikke nødvendig med samtykke fra tredjepersonen for at denne skal bli trukket inn. Det forutsetter imidlertid at det tas skritt av enten saksøker eller det offentlige for å trekke tredjeperson inn. Saksøker kan i egen interesse avstå fra dette, eksempelvis fordi vedkommende ikke ønsker at tredjepersons forhold skal belyses så inngående som tredjepersons deltakelse vil innebære. Regelsettene vil derav ikke kategorisk sikre at saken blir tilstrekkelig opplyst.

Uavhengig av saksøkers og tredjepersons ønsker kan det offentlige innkalle tredjepersonen som vitne jf. tvl. 13-3. Tredjepersonen vil da ha vitneplikt for domstolen jf. tvl. § 24-1 første ledd. Tvisteloven åpner dermed for å få belyst tredjepersonens forhold uten en regel om tvungent prosessfellesskap, med mindre tredjepersonen har gyldig fraværsgrunn etter tvl. § 13-4. Samtidig innebærer ikke adgangen til vitneførsel at saken blir like godt opplyst som hvor det kreves at tredjeperson saksøkes. Der tredjeperson gjøres til saksøkt, vil denne normalt være representert ved prosessfullmektig og vil ha rett til å holde egen prosedyre jf. tvl. § 9-15 syvende ledd. Videre vil tredjeperson få en aktiv rolle under saksforberedelsen og

¹⁷⁴ Rt. 2014 s. 6 avsnitt 6.

¹⁷⁵ Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008, s. 53-54.

¹⁷⁶ Tvl. § 15-2 andre ledd jf. tvl. § 15-2 første ledd bokstav b.

ha rett til å tilby egne bevis jf. tvl. § 21-3 første ledd. De rettslige og faktiske sidene av tredjepersons forhold vil på denne måten komme bedre frem enn ved vanlig vitneførsel.

Det er ikke tilstrekkelig for ugyldighet at det foreligger en ugyldighetsgrunn. I tillegg kreves det at feilen kan ha virket inn på vedtaket, og at en interesseavveining tilsier ugyldighet.¹⁷⁷ Momenter i avveiningen er blant annet i hvilken grad tredjepersonen har innrettet seg etter vedtaket, om denne er å bebreide for at feilen har oppstått, samt hva som fremstår mest rimelig.¹⁷⁸ Disse momentene vil ikke bli klart belyst uten tredjepersonens deltakelse i saken. Videre vil en fullstendig prosedyre fra tredjepersonen bidra til en bedre bevisførsel rundt disse forhold sammenlignet med vitneførsel av tredjeperson.

Som påpekt i pkt. 4.3 varierer imidlertid rommet for denne avveiningen alt etter hvilken ugyldighetsgrunn som er anført. Er det tale om saksbehandlingsfeil eller skjønns mangler vil avveiningen være en sentral del av gyldighetsspørsmålet. Dreier det seg derimot om innholdsmangler, er hovedregelen ugyldighet uten en slik avveining. Videre er det bare hvor retten kommer til at det faktisk foreligger en ugyldighetsgrunn, at tredjemanns forhold kommer på spissen. Det er på den måten bare i noen saker tredjepersons forhold er av vesentlig betydning, og tredjeperson har adgang til å delta i saken uten å saksøkes. Dette kan tas til inntekt for at det ikke bør gjelde en generell regel om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold, hvor partene ikke ønsker det.

På den annen side er det ikke gitt at de alternative reglene for å sikre sakens opplysning, benyttes av partene. Det er således en risiko for en ufullstendig ugyldighetsvurdering etter gjeldende rett hvor tredjeperson ikke saksøkes, og derav en risiko for en materielt uriktig avgjørelse. Som Bernt-Harme påpeker, må dette anses uheldig til tross for at avgjørelsens rettskraftsvirkninger ikke omfatter andre enn sakens parter, da avgjørelsen vil kunne bli brukt som bevismiddel i senere saker.¹⁷⁹ Faren for en uriktig dom må medføre at hensynet til sakens opplysning taler for en regel om tvungent prosessfellesskap.

4.5 Hensynet til domstolskontrollen med forvaltningen

Etter Grl. § 89 har domstolene rett og plikt til å prøve om det vil stride mot Grunnloven eller øvrig lovgivning å opprettholde «beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet».

¹⁷⁷ Fvl. § 41. Eckhoff/Smith, 11. utgave (2018) s. 475.

¹⁷⁸ Eckhoff/Smith, 11. utgave (2018) s. 475. NOU 2001: 32 A s. 199.

¹⁷⁹ Bernt-Harme, (2006) s. 119.

Bestemmelsen ble innført i 2015, men domstolenes prøvingsrett overfor forvaltningen har sikkert grunnlag i en praksis som strekker seg over nesten 200 år.¹⁸⁰ Adgangen til å få prøvd for domstolene hvorvidt offentlig myndighetsutøvelse er innenfor lovlige rammer, er essensielt for å ivareta maktfordelingsprinsippetets siktemål. Videre er det en sentral rettssikkerhetsgaranti for de borgerne som får sin faktiske og rettslige stilling berørt av vedtaket. Hensynet ble fremmet som del av begrunnelsen for at departementet ikke tilsluttet seg Tvistemålsutvalgets forslag, da departementet mente en regel om tvungent prosessfellesskap ville heve terskelen for adgangen til domstolene.¹⁸¹

Begrunnelsen for at hensynet er anført mot en regel om tvungent prosessfellesskap, er at dersom saksøkeren kan reise saken mot det offentlige alene, vil dette kunne senke terskelen for at saksøkeren tar tvisten til domstolene. Tankegangen er at tvungent prosessfellesskap er bebyrdende for saksøker. Det kan derfor være en fare for at saksøker vil velge å ikke gå til sak, for å unngå å komme i en situasjon hvor tredjeperson må trekkes inn. En regel som setter strengere krav til domstolsadgangen, vil kunne føre til at potensielle saksøkere ikke ser det som verdt bryet å reise sak for domstolene. Da terskelen for domstolsbehandling heves, må hensynet til kontrollen med forvaltningen kunne anføres mot Tvistemålsutvalgets forslag.

Falch mener på sin side at rettstilstanden departementet la til grunn, vil komme i konflikt med grunnleggende prinsipper om at forvaltningen må bøye seg for dommer hvor forvaltningen er part. Han viser til at følgene av en dom for ugyldighet hvor tredjeperson ikke er gjort til part, er at forvaltningen får en plikt til å vurdere omgjøring. Vedtaket står fortsatt fast overfor tredjemann. Dermed er det etter hans syn forvaltningen, og bare forvaltningen, som har myndighet til å fatte endelig avgjørelse av vedtakets gyldighet. På den bakgrunn hevder han at Høyesterett har redusert domstolenes rolle til «en slags høringsinstans» for forvaltningen.¹⁸²

Hvor bokstavelig Falchs karakteristikk av domstolene kan tas, vil variere alt etter utfallet av den etterfølgende forvaltningsbehandlingen. Dersom forvaltningen omgjør vedtaket, vil tredjepersonen kunne reise gyldighetssøksmål om omgjøringsvedtaket. Er så tilfellet, vil domstolene ha det endelige ordet i gyldighetsspørsmålet. Hvor forvaltningen ikke omgjør vedtaket, blir situasjonen en annen. Vedtaket blir da stående, til tross for ugyldighetsdommen.

¹⁸⁰ Eckhoff/Smith, 11. utgave (2018) s. 519-520.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151. Backer, 2015, s. 244.

¹⁸² Falch, Lov og Rett 1999/6, s. 8.

I et slikt tilfelle er det nettopp forvaltningen som avgjør saken med endelig virkning. Dette viser at dagens rettstilstand, ikke bare åpner for prosessøkonomiske uheldige virkninger,¹⁸³ men kommer også i konflikt med grunnleggende maktfordelingsbetraktninger.

Backer viser til at hensynet har mest vekt hvor saksøkerens mål med søksmålet er å få underkjent en bestemt praksis. Han fremholder at det da kan være «tilfeldig» hvilket vedtak søksmålet gjelder.¹⁸⁴ Forfatteren synes imidlertid å overse kravet til aktiv tilknytning i disse tilfellene. Uavhengig av innholdet i kravet til passiv søksmålskompetanse, må den som angriper gyldigheten av et vedtak for domstolene, være berørt av vedtaket i en slik grad at det er naturlig at vedkommende opptrer som saksøker og gjøre gjeldende krav basert på de hensyn som ivaretas av den aktuelle forvaltningsbestemmelse.¹⁸⁵ Med unntak av søksmål fra foreninger og stiftelser hvor gyldigheten av vedtaket må anses som et forhold som ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta,¹⁸⁶ vil kravet til aktiv tilknytning sjeldent være oppfylt hvor et «tilfeldig» vedtak angripes. De tilfellene Backer tar til inntekt for at hensynet taler mot forslaget regel, vil derfor ofte kunne avvises grunnet manglende tilknytning på saksøkersiden.

Hvorvidt hensynet til kontrollen med forvaltningen er et viktig argument mot forslaget, må ses i sammenheng med alternative måter å oppnå domstolskontroll med forvaltningen på. Som eksempel kan en fastboende i en bygd som har vært misfornøyd med byggetillatelse til hytter, og som har en berettiget forventning om at praksisen med å innvilge søknadene fortsetter i fremtiden, nevnes. Må den misfornøyde fastboende angripe et allerede fattet vedtak, vente til det fattes et vedtak for så å angripe dette, eller kan vedkommende gå til søksmål for å få fastslått at denne praksisen er ulovlig? Sistnevnte søksmålsform vil ikke aktualisere tvungent prosessfellesskap, da saksøkers påstand ikke nødvendigvis gjør en rettighetsendring for en eller flere tilgodesette.

Hovedregelen ved søksmål om grensene for det offentliges kompetanse, er at gyldigheten av et konkret vedtak må gjøres til tvistegjenstand.¹⁸⁷ Gjeldende rett åpner imidlertid til en viss grad for fastsettelsessøksmål for at offentlige myndigheter er uberettiget til å treffe nærmere

¹⁸³ Se avhandlingens pkt. 4.3.

¹⁸⁴ Backer, Lov og rett, 2008/2.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366.

¹⁸⁶ Ved slike søksmål gjelder ikke de vanlige kravene til aktiv tilknytning, se tvl. § 1-4 første ledd.

¹⁸⁷ Rt. 2013 s. 1127 avsnitt 20.

bestemte vedtak. For at hovedregelen om at et vedtak må gjøres til søksmålsgjenstand skal kunne fravikes, må det foreligge en konkret foranledning og et tilstrekkelig behov for rettslig avklaring.¹⁸⁸ For offentlige kompetanseforhold foreligger det normalt ikke et slikt behov med mindre kompetansen ikke har vært benyttet, eller at forholdet ligger slik an at det er aktuelt å benytte kompetansen igjen.¹⁸⁹ Andre momenter er om avgjørelsen har betydning utenfor den foreliggende sak, om spørsmålet som ønskes prøvd kan anlegges i et mer hensiktsmessig søksmål, og om påstanden er utformet slik at det kan trekkes noenlunde presise slutninger om rettsforholdet mellom partene.¹⁹⁰

I eksempelet er det aktuelt at kompetansen vil benyttes igjen, da den fastboende berettigede forventninger om dette. Videre vil en dom for at kommunen er uberettiget til å innvilge slike søknader ha betydning utenfor det konkrete saksforholdet. Avgjørelsen vil påvirke de øvrige innbyggerne i bygden, ved at en konsekvent praksis kan kjennes ulovlig. På den annen side vil det kunne argumenteres for at det er mer hensiktsmessig å enten angripe et allerede fattet vedtak, eller at den fastboende må vente til neste byggetillatelse innvilges for så å gå til gyldighets søksmål mot denne. Samtidig viser redegjørelsen at gjeldende rett i en viss utstrekning åpner for domstolskontroll uten at det oppstår et slikt trepartsforhold som utløser forslagets regel om tvungent prosessfellesskap. Tilstedeværelsen av slike muligheter, samt at gjeldende rett kan føre til at den endelige avgjørelsen fattes i en mindre rettsikker form, taler for at hevingen av søksmålsterskelen ikke er et viktig argument mot utvalgets forslag.

4.6 Hensynet til sammenheng i regelverket og retts teknisk enkle regler.

Twistemålsutvalget valgte å ikke foreslå en generell regel om tvungent prosessfellesskap i privatrettslige forhold. Begrunnelsen for dette var at virkningene av en slik regel var «vanskeligere å overskue». Utvalget konkluderte med at spørsmålet måtte bero på om en slik regel kunne utledes av tvl. § 1-3.¹⁹¹ I rettspraksis er det lagt til grunn at hvor en dom om privatrettslige forhold vil få konsekvenser for fleres rettigheter eller plikter, må alle som får sine rettigheter eller plikter avgjort ved dommen, saksøkes.¹⁹² Som nevnt har Høyesterett lagt til grunn at forvaltningens plikt til å vurdere omgjøring utløser rettsvirkninger for saksøker,

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364.

¹⁸⁹ HR-2018-1907-A avsnitt 39.

¹⁹⁰ Rt. 2010 s. 513 avsnitt 39 og Rt. 2013 s. 1127 avsnitt 20.

¹⁹¹ NOU 2001: 32 A s. 200.

¹⁹² Se eksempelvis Rt. 2014 s. 819 avsnitt 14 og Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 51. Se Skoghøy/Pedersen (2020) s. 114.

og at en tilsvarende mekanisme for å oppnå en endring av en rettsposisjon ikke eksisterer i privatrettslige forhold. Da grunnlaget for tvungent prosessfellesskap i privatrettslige forhold var manglende rettskraftsvirkninger overfor tredjeperson, mente Høyesterett at denne rettstilstanden ikke kunne tas til inntekt for en tilsvarende regel i offentlige forhold.¹⁹³

Det er riktig at deler av begrunnelsen var hensynet til rettskraft. Rt. 2010 s. 1361 er illustrerende. Saken gjaldt omstøtelse av en eiendomsoverdragelse fra et uskiftebo. Et av spørsmålene var om saken måtte avvises da den saksøkende arving hadde anlagt søksmål mot kjøperen, og ikke også selger.¹⁹⁴ Høyesterett viste til at selger hadde interesser i sakens utfall, da kjøper rettmessig kunne motsette seg tilbakeskjøting i henhold til en dom om omstøtelse, med mindre selger frivillig tilbakefører vederlaget. Skulle selger ha en plikt til å tilbakeføre vederlaget, måtte en dom for omstøtelse være bindende for vedkommende, noe den bare ville bli om også selger ble saksøkt.¹⁹⁵

Å si at dette resonnementet ikke har overføringsverdi til offentligrettslige forhold på generelt plan, blir noe kategorisk. Som redegjort for i pkt. 4.3, vil utsiktene til at forvaltningen omgjør det omstridte vedtaket etter dom for ugyldighet, variere. Som i privatrettslige forhold oppstår det derfor i noen tilfeller situasjoner hvor det som søkes oppnådd gjennom søksmålet, ikke vil kunne gjennomføres like effektivt uten en regel om tvungent prosessfellesskap. I disse tilfeller har rettstilstanden i privatrettslige forhold overføringsverdi til offentligrettslige forhold.

Rettspraksis viser at Høyesterett har vektlagt andre forhold enn hensynet til rettskraft for å begrunne tvungent prosessfellesskap i privatrettslige forhold. I en sak om omstøtelse av gaver gitt av en gjenlevende ektefelle som satt i uskiftet bo, mente Høyesterett hensynet til tredjepersonen ikke hadde tungtveiende vekt. Spørsmålet var om saken måtte avvises da saksøker bare hadde anlagt søksmål mot gavemottakeren, og ikke også gavegiveren.¹⁹⁶ Hensynet til partene var en sentral del av begrunnelsen for at departementet ikke fulgte opp utvalgets forslag.¹⁹⁷ Høyesterett viste til at et søksmål ikke ville innebære annet enn å «formalisere en allerede eksisterende konflikt».¹⁹⁸ Førstvoterende fant altså ikke hensynet til å skåne tredjeperson beskyttelsesverdig når det er oppstått et trepartsforhold som aktualiserer

¹⁹³ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 56-57.

¹⁹⁴ Rt. 2010 s. 1361 avsnitt 1 og 37.

¹⁹⁵ Rt. 2010 s. 1361 avsnitt 38.

¹⁹⁶ Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 1 og 34.

¹⁹⁷ Se avhandlingens pkt. 4.2.

¹⁹⁸ Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 49.

tvungent prosessfellesskap. Som pkt. 4.2 viser, kan samme betraktninger anføres i offentlige trepartsforhold. Dette tilsier at rettstilstanden på privatrettens område kan tas til inntekt for en regel om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold.

I teorien er det hevdet at reguleringer i særlovgivningen kan tas til inntekt for departementets standpunkt. Backer viser til pbl. § 18-12, og mener bestemmelsen er uttrykk for lovgivervilje i favør en regel uten tvungent prosessfellesskap.¹⁹⁹ Etter bestemmelsen kan den som er uenig med et refusjonsvedtak anlegge gyldighetssøksmål om vedtaket mot kommunen, eller velge å også saksøke andre tilgodesette etter vedtaket – typisk en rekke naboer. Hvor øvrige grunneierne som får sin rettsstilling berørt av vedtaket ikke saksøkes, følger det av andre ledd første punktum, at disse skal «varsles av retten om adgangen til å tre inn som part». Andre ledd første punktum viser at reguleringen i plan- og bygningsloven innehar et supplement til den det alminnelige kravet om rettslig interesse, ved at tredjepersoner skal varsles.

Tvisteloven inneholder ingen tilsvarende varslingsplikt. En slik plikt øker utsiktene for tredjepersonens inntreden i saken. På den måten er sannsynligheten for at hensynet til opplysningen av saken ivaretas, og at problemene tilknyttet rettskraft imøtegås. Denne forskjellen tilsier at lovgiver har valgt en mellomløsning i plan- og bygningsloven, og at denne reguleringen ikke kan tas til inntekt for at det ikke bør gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap. Utvalget forutsatte også at det kunne oppstå avvik i særlovgivningen.²⁰⁰

Departementet mente utvalgets forslag ville gi opphav til nye tvilsspørsmål.²⁰¹ Som nevnt kommer regelen til anvendelse når saksøkers interesse i kravet om ugyldighet nødvendiggjør at tredjeperson ikke skal kunne utøve den aktuelle rettigheten. Dette beror på en tolkning av saksøkers påstand, og er med andre ord et spørsmål om rettsvirkningene av en dom. Slike prosessuelle vurderinger må domstolene anses egnet til å løse. Det er ikke tale om skjønsmessige, faglige eller politiske vurderinger, noe som tilsier at regelen ikke vil være særlig prosessskapende. På den annen side kan det faktum at departementet misforstod utvalgets forslag, kanskje tyde på at regelen er noe vanskelig å tolke.²⁰²

¹⁹⁹ Lov 27 juni 2006 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (pbl).

²⁰⁰ Jf. forslaget § 1-5 andre ledd andre setning som hadde et unntak for når annet er bestemt i lov.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 151.

²⁰² Se avhandlingens pkt. 4.2.

Etter gjeldende rett skal saken avvises hvor søksmålet bare er rettet mot det offentlige, og det er «klart» at omgjøring ikke vil skje. I dette ligger et krav om at det må sannsynliggjøres at dom overfor bare staten, vil kunne ha betydning for saksøkerens rettsstilling.²⁰³ Grunnet uklarhetene om en anførsel om omgjøring vil føre frem, kan dette neppe anses som noen klar ytre grense for når rettslig interesse i dom overfor bare det offentlige ikke foreligger. Det kan nok ikke trekkes klare slutninger om hvilken løsning som vil medføre mest bevisvansker og gi grunnlag for tvister. Hensynet til retsteknisk enkle regler kan på den bakgrunn ikke tillegges særlig vekt i den ene eller andre retning.²⁰⁴

4.7 Hvilken rettsstilstand tilsier de reelle hensyn?

Gjennomgangen viser at hensynene trekker i forskjellige retninger i spørsmålet om det bør gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap. Ved den rettspolitiske vurderingen bør konsekvensbetraktninger i form av mulighetene for uheldige virkninger, tillegges særlig vekt. For å legge til rette for en effektiv utnyttelse av domstolene, bør søksmålsvilkårene sikre at flest mulig dommer blir materielt riktige og at tvister blir endelig løst. Videre bør kostnadene for å føre saker for domstolene og forvaltningen holdes lavest mulig. Dette er viktig ikke bare for partene som ønsker å holde sine potensielle utgifter lavest mulig, men også for samfunnet ellers som har interesser i en kostnadseffektiv bruk av domstolene.

Det mest problematiske med gjeldende rett synes å være at tredjeperson ikke omfattes av rettskraften uten at denne gjøres til part. Som redegjort for er potensialet for at forvaltningen omgjør vedtaket etter dom på ugyldighet, større hvor tredjepersonen er rettskraftig bundet av dommen. Dette fordi forvaltningen uprøvd kan legge til grunn at vedtaket er ugyldig overfor tredjeperson, og at denne ikke kan innrette seg etter vedtaket. Saksøkers mål med søksmålet, å hindre tredjeperson i å handle etter vedtaket, vil derav lettere oppnås med tvungent prosessfellesskap. Videre åpner gjeldende rett for prosessøkonomisk uheldige virkninger. Hvor forvaltningen omgjør vedtaket, står en tredjeperson som ikke er rettskraftig bundet av dommen fritt til å angripe gyldigheten av omgjøringsvedtaket for domstolene. På den måte åpner gjeldende rett for to saker om en og samme underliggende tvist for domstolene.

Som nevnt i pkt. 1.1 er søksmålsvilkårene et regelsett innenfor et omfattende system. Rettskraftsreglene er et annet slikt regelsett. Grunnet det brede anvendelsesområdet for

²⁰³ Rt. 1996 s. 330 på s. 332.

²⁰⁴ Sml. HR-2017-345-A avsnitt 41.

sivilprosessen, og at lovverket er i utstrakt bruk blant befolkningen, bør reglene fungere i samspill og utfylle hverandre slik at regelsettenes siktemål nås. Søksmålsvilkårene bør følgelig legge til rette for at sikre partenes behov for å innrette seg etter en endelig rettsavgjørelse.²⁰⁵ Høyesterett synes å ha vært inne på lignende betraktninger. Eksempelvis ble hensynet til rettskraft fremhevet som en sentral del av begrunnelsen for at fastsettelsessøksmål for EMK-brudd måtte rettes mot staten.²⁰⁶

En regel som legger makten om hvem som skal saksøkes i partenes hender, vil kunne føre til at saken ikke blir tilstrekkelig opplyst, og at domstolen i forlengelsen av dette fatter en materielt uriktig dom. Dette fordi tredjepersons deltakelse i saken forutsetter at denne saksøkes til å begynne med, selv velger å tre inn, eller blir trukket inn. Videre taler maktfordelingsbetraktninger mot dagens rettstilstand. Siden den tilgodesette tredjeperson ikke omfattes av rettskraften der denne ikke trer inn, er ikke forvaltningen rettskraftig forpliktet til å konstatere ugyldighet overfor også denne. Det er således forvaltningen som har den endelige avgjørelseskompetansen i gyldighetsspørsmålet etter gjeldende rett. Det kan derav stilles spørsmål ved hvor reell kontrollen med forvaltningen egentlig er etter dagens rettstilstand.

Høyesterett har heller ikke avfeid en regel om tvungent prosessfellesskap *de lege ferenda*. I Rt. 2015 s. 641, som er det avgjørende prejudikatet for at det ikke gjelder en slik regel, viste førstvoterende til at departementet hadde drøftet de reelle hensyn som gjorde seg gjeldende, og ikke fant de avgjørende for sitt standpunkt. På den bakgrunn fat Høyesterett ikke rom for å la en avveining av hensynene slå igjennom overfor lovgivers vurderinger.²⁰⁷ En rettspolitisk drøftelse av om det bør gjelde en slik regel, er imidlertid ikke metodisk bundet av forutsetninger i forarbeidene, særlig ikke hvor disse bygger på misforståelser.²⁰⁸ Disse forhold taler for at det bør gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap.

På den annen side vil en regel som legger makten i partenes hender samsvare godt med disposisjonsprinsippet. Med dette menes det herredømmet partene har over tvistegjenstanden utenfor prosessen, typisk gjennom avtalefrihet.²⁰⁹ Prinsippet innebærer blant annet at det er partene som avgjør om de vil benytte seg av domstolene. Der partene kan regulere

²⁰⁵ Sml. avhandlingens pkt. 4.3.

²⁰⁶ Se Rt. 2011 s. 1666 avsnitt 37.

²⁰⁷ Rt. 2015 s. 641 avsnitt 55.

²⁰⁸ Se avhandlingens pkt. 4.2 for nærmere om denne misforståelsen.

²⁰⁹ Skoghøy/Pedersen, 2020, s. 206.

rettsforholdet utenfor domstolene, taler gode grunner for at disse bør ha det avgjørende ordet også for fremgangsmåten i domstolene. Tredjepartens mulighet til å tre inn som part ivaretar også disposisjonsprinsippet, da denne selv kan bestemme om vedkommende skal tre inn.

I tillegg vil tvungent prosessfellesskap gjøre det mer bebyrdende å benytte seg av domstolene, hvor saksøker ikke ønsker tredjepersons deltakelse. En regel som hever søksmålsterskelen, vil kunne hemme domstolskontrollen med forvaltningen. Som nevnt innebærer videre tvungent prosessfellesskap at de involvertes ønsker overkjøres, hvor verken saksøker, det offentlige eller tredjeperson ønsker at sistnevnte skal delta i saken. Krevs det at tredjeperson saksøkes, vil dette også kunne fordyre saken vesentlig. Disse forhold taler for at dagens rettstilstand fortsatt burde gjelde.

Fokuset i teorien er primært på om dagens rettstilstand bør videreføres, eller om det bør gjelde en regel om tvungent prosessfellesskap. Et problem med denne tilnærmingen er at begge løsninger er relativt «firkantede». Enten har saksøker alltid rettslig interesse i dom overfor bare det offentlige, eller vil vedkommende aldri ha rettslig interesse i dom hvor tredjeperson ikke er gjort til saksøkt. En slik firkantet tilnærming overser de nyanser som gjennomgangen av hensynene viser gjør seg gjeldende i spørsmålet. Hensynet til partene er illustrerende. Enkelte tredjepersoner ønsker nok å holdes utenfor saken, og la staten representere interessen i at vedtaket blir stående. Andre tredjepersoner vil anse det som hensiktsmessig å delta i saken for å ivareta egne interesser og få avklart sin rettsposisjon. Dette viser at de involvertes ønsker og intensjoner vil variere fra sak til sak. Denne variasjonen fordrer en undersøkelse av om det eksisterer alternative reguleringer som vil ivareta hensynene på en mer nyansert måte.

Et første alternativ er å oppstille en regel tilsvarende pbl. § 18-12 andre ledd. Som nevnt i pkt. 4.6, følger det av bestemmelsen at berørte tredjeparter som ikke er gjort til parter gjennom stevningen, skal varsles av retten om adgangen til å tre inn som part. Saksøker har valgfrihet hvorvidt tredjepersonen skal saksøkes. En plikt for retten til å varsle tredjeperson vil sikre at denne gjøres kjent med søksmålet. Dette vil øke sannsynligheten for at denne trer inn sammenlignet med dagens rettstilstand. På den måten minskes potensialet for at de uheldige virkningene som gjeldende rett åpner for, inntreffer. Videre vil en slik regel ta hensyn til at det i enkelte tilfeller kan være slik at ingen av de involverte ønsker at tredjeperson skal delta i saken. Ved at det endelige valget tillegges tredjeperson vil de involvertes ønsker respekteres i større grad enn ved tvungent prosessfellesskap.

På den annen side vil tredjeperson fortsatt kunne motsette seg inntreden i saken. Gjør vedkommende dette, vil denne reguleringen føre til de samme uheldige virkninger som gjeldende rett gjør. Dette tilsier at reguleringen i pbl. § 18-12, ikke er en mer hensiktsmessig regulering enn tvungent prosessfellesskap.²¹⁰

Som nevnt er manglende rettskraft overfor tredjeperson det mest uheldige med gjeldende rett. Gode grunner kan derfor anføres for en regel uten tvungent prosessfellesskap, men hvor avgjørelsen får utvidet rettskraft overfor tredjeperson hvor denne ikke gjøres til part. Et eksempel på en lignende regel følger av bl. § 27, som konstaterer at en rettskraftig dom i en farskapssak gjelder «for og mot alle» og skal legges til grunn i alle tilfeller farskapet har noe å si.²¹¹ En slik regel vil ivareta hensynet til saksøker som kanskje ikke ønsker å møte den tilgodesette tredjepart i rettsalen, og samtidig sikre hensynet til rettskraft. Det må imidlertid anses prinsipielt uheldig å avsi en dom om gyldigheten av en privatpersons rettigheter eller plikter overfor det offentlige med virkning for denne, uten at vedkommende har deltatt i prosessen.²¹² Dette må særlig gjelde hvor tredjepersonen ikke har fått kunnskap om saken. Disse betenkelighetene taler for at en slik regel ikke vil være en hensiktsmessig regulering.

En kombinasjon av de to overnevnte regelverkene synes derimot å kunne gi en hensiktsmessig løsning. En slik regulering finnes i tvl. § 1-4 a femte ledd. Bestemmelsen regulerer passiv søksmålskompetanse i tvister mellom stat og kommune eller fylkeskommune om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse, hvor avgjørelsen får betydning for tredjepersons rettsstilling. Femte ledd har følgende ordlyd:

«(5) En rettskraftig avgjørelse er *også bindende for tredjeperson* som fylte vilkårene i § 15-3, og som *var varslet av saksøker* om søksmålet om fremgangsmåten fastsatt i § 15-4. Varslet skal opplyse om hvilke konsekvenser det kan ha enten *å tre inn eller ikke tre inn i saken*. Varslet skal sette en frist for å tre inn i saken som skal være minst 3 uker. Fristen skal være senest 1 måned før avsluttet saksforberedelse.»²¹³

Regelens uttrykksmåter viser at en avgjørelse vil ha rettskraftsvirkninger overfor visse tredjepersoner som har fått kunnskap om søksmålet gjennom varsel fra saksøker. Ved at

²¹⁰ Sml. NOU 2001: 32 A s. 199.

²¹¹ Lov 4. august 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl.).

²¹² Sml. Halvard Haukeland Fredriksen/Magne Strandberg, «Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans» i *Integritet og ære – festskrift til Henry Johan Mæland*, 2019, s. 389.

²¹³ Tvl. § 1-4 a femte ledd. Mine kursiveringer.

offentlige trepartsforhold forutsetter at saksøkers påstand vil innebære at tredjeperson ikke kan benytte seg av den rett vedkommende har etter vedtaket, vil tredjepersoner i disse tilfellene oppfylle vilkårene i tvl. § 15-3.²¹⁴ En tilsvarende regulering i trepartsforholdene vil på den bakgrunn medføre varslingsplikt for saksøker i alle tvister som ville ha utløst tvungent prosessfellesskap etter utvalgets forslag.

En slik regulering i offentlige trepartsforhold kan hevdes å ha gode grunner for seg. For det første vil en slik regel ikke innebære at partene tvinges inn i et prosesspor disse ikke ønsker. Med mindre tredjepersonen saksøkes ved stevningen, er det opp til vedkommende om denne vil tre inn i saken. Regelen legger til rette for at tredjeperson kan foreta et overveid valg hvorvidt denne skal tre inn. Varslet skal informere om adgangen til å tre inn, at dom i saken vil være bindende for tredjeperson, og at tredjeperson risikerer saksomkostningsansvar ved inntreden.²¹⁵ Dette medfører at tredjeperson kan ta stilling til om den skal la det offentlige representere interessen i at vedtaket blir stående, og på den måte unngå risikoen for å bli ilagt saksomkostnader. Samtidig kan tredjeperson velge å tre inn for å ivareta egne interesser. En slik regel vil følgelig balansere hensynet til partene på en hensiktsmessig måte.

For det andre vil regelen sikre hensynet til opplysningen av saken hvor tredjeperson trer inn. Gjennom varslingsplikten øker sannsynligheten for tredjepersons kunnskap om saken, og derav utsiktene til inntreden. For det tredje ivaretas hensynet til rettskraft ved at tredjeperson vil være bundet av avgjørelsen, uavhengig av om denne trer inn eller ikke. Utsiktene til at saksøker oppnår det som søkes nådd med søksmålet vil derfor øke, og tredjepersons adgang til å angripe et eventuelt omgjøringsvedtak, reduseres betraktelig. For det fjerde vil regelen ikke heve terskelen for domstolsbehandling i like stor grad som tvungent prosessfellesskap. Muligheten for at tredjeperson ikke trer inn i saken viser at regelen ikke er like tyngende for potensielle saksøkere som ikke ønsker tredjepersons deltakelse i saken, sammenlignet med tvungent prosessfellesskap. Ved at tredjeperson er rettskraftig bundet av dom på ugyldighet, er det videre domstolen og ikke forvaltningen som har siste ordet i dette spørsmålet.

Samtidig innebærer regelen en viss risiko for en ufullstendig opplysning av saken, ved at det er opp til tredjeperson om denne skal tre inn hvor søksmålet ikke er rettet mot vedkommende ved stevningen. På den bakgrunn åpner regelen i en viss utstrekning for en uforsvarlig

²¹⁴ Se avhandlingens pkt. 4.4.

²¹⁵ Se Prop. 64 L (2016-2017) s. 43.

behandling av gyldighetsspørsmålet, og derav en materielt uriktig dom. Ved at avgjørelsen kan bli tillagt vekt i senere saker, åpner regelen noe for uheldige virkninger utenfor det aktuelle saksforholdet. Videre kan tredjepersonen anta at han har sammenfallende interesser med det offentlige, og derfor velge å ikke tre inn. Under rettssaken kan imidlertid det offentlige velge å endre sitt prosessopplegg. En risikerer i verste fall at det offentlige underveis trekker påstanden om gyldighet, og at saksøker svarer med krav om dom i henhold til sin påstand etter tvl. §§ 18-4 jf. 9-7, som vil være bindende for tredjeperson.²¹⁶

På den annen side vil disse uheldige virkningene primært være til skade for tredjeperson som ikke har deltatt i saken. Når manglende deltakelse kan tilbakeføres til et opplyst og overveid valg fra tredjepersonen, kan disse potensielt uheldige virkningene ikke ilegges særlig vekt. Hvor tredjeperson ikke ønsker å delta, eksempelvis grunnet et ønske om å ikke møte saksøker i en rettssak eller å risikere saksomkostninger, må denne bære risikoen for at en avgjørelse denne ikke har deltatt i, vil kunne få negative konsekvenser for dennes rettsstilling. Sannsynligheten for at avgjørelsen vil få betydning i andre saker kan videre ikke anses særlig stor, og bør derfor ikke være et tungtveiende argument mot en regel som legger makten om hvordan saken skal føres for domstolene, i partenes hender.

Ordlyden i tvl. § 1-4 a gir ikke holdepunkter for at varsel til tredjeperson er en forutsetning for rettslig interesse, og derav at saken fremmes. I teorien er det lagt til grunn at varsel til tredjeperson ikke er en prosessforutsetning, men en forutsetning for at avgjørelsen skal få rettskraft overfor tredjeperson.²¹⁷

Der saksøker ikke varsler tredjeperson, åpner regelen for at gjeldende retts uheldige virkninger inntreffer. En mer hensiktsmessig regulering i offentlige trepartsforhold er på den bakgrunn at retten i alle tilfeller hvor regelen kommer til anvendelse, har en plikt til å varsle tredjeperson(er). En slik regel vil helgardere seg mot at tredjeperson ikke får kunnskap om saken, og derav ikke blir bundet av avgjørelsen. For å hindre at retten i alle tilfeller må ta seg bryet med å gjøre dette, bør regelen som gjeldende rett åpne for at saksøker kan trekke inn tredjeperson allerede ved saksanlegget.

Twistemålsutvalget vurderte å innføre en slik regel. Forslaget hadde følgende ordlyd:

²¹⁶ Se Fredriksen/Strandberg, 2019 s. 394.

²¹⁷ Fredriksen/Strandberg, 2019, s. 392.

«Dersom saksøkeren bestrider gyldigheten av et forvaltningsvedtak som *innebærer rettigheter for tredjemann*, og saksøkeren vil *kreve at tredjemann ikke kan utøve rettigheten*, skal *domstolen varsle* vedkommende tredjemann om saken og *adgangen til å tre inn i søksmålet* etter § 15-3. Når slikt varsel er gitt, blir dommen *også bindende for vedkommende tredjemann* etter § 21-13. Hvis vedkommende ikke trer inn i søksmålet, kan saksøkte trekke vedkommende tredjemann inn.»²¹⁸

Utvalget viste til at denne regelen ville sikre de hensyn regler om tvungent prosessfellesskap skal ivareta. Samtidig ble utvalget stående på at den «ryddigste og beste løsningen», var at det burde gis en regel som innebar en plikt til å saksøke både det offentlige og tredjeperson.²¹⁹

Etter min mening vil en regel hvor saksøker kan velge å rette søksmålet mot tredjeperson, med en varslingsplikt for retten om dennes adgang til å tre inn om søksmålet ikke er rettet mot vedkommende, hvor avgjørelsen får rettskraftsvirkninger overfor tredjeperson hvor denne ikke trer inn, være den mest hensiktsmessige reguleringen av spørsmålet. Regelen bør utformes med tilsvarende ordlyd som det overnevnte forslaget fra Tvistemålsutvalget. Dette fordi en slik regel vil inneha tilnærmet alle de fordelene tvungent prosessfellesskap innebærer, samtidig som partenes ønsker og interesser respekteres i større grad enn ved tvungent prosessfellesskap. Reguleringen vil på denne bakgrunn innebære en mer nyansert balansering av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende sammenlignet med dagens rettsstilstand og en regel om tvungent prosessfellesskap.

5 Avslutning

I den avsluttende delen er temaet hva som er veien videre for problemstillingen.

Avhandlingen viser at gjeldende rett ikke er i overensstemmelse med de behov og hensyn som gjør seg gjeldende. Selv om dagens rettsstilstand ikke er slik den bør være viser historien at retten ikke er statisk. Tvert imot endrer den seg i takt med utviklingen og hva som over tid viser seg å være hensiktsmessige reguleringer. I det følgende vil det tas stilling til om det er metodisk adgang til å endre gjeldende rett slik at den er i samsvar med de reelle hensyn, eller om dette forutsetter en lovendring.

²¹⁸ Se NOU 2001: 32 A s. 199. Mine kursiveringer.

²¹⁹ NOU 2001: 32 A s. 199-200.

Det kan for det første problematiseres hvorvidt ordlyden i tvl. § 1-3 er til hinder for en slik endring. Siden det ikke gjelder et lovkrav på sivilprosessens område, vil ikke ordlyden danne noen ytre ramme for rettsanvendelsen. Hvor det ikke gjelder et lovkrav, kan lovteksten suppleres med formålsbetraktninger og reelle hensyn, særlig ved bestemmelser som på en kortfattet måte uttrykker en rettstanke.²²⁰

Som påpekt er tvl. § 1-3 en rettslig standard med åpne formuleringer, som i forarbeidene er forutsatt å skulle være gjenstand for utvikling over tid.²²¹ Når de hensyn og behov som begrunner regelen ikke blir ivaretatt på best mulig måte, taler gode grunner for at ordlyden ikke er til hinder for en endring av rettsstilstanden. Samtidig kan en regel som innebærer en varslingsplikt for domstolen, og at avgjørelsen får utvidet rettskraft overfor tredjeperson hvor denne ikke trer inn i saken, vanskelig utledes av bestemmelsens formuleringer. Selv om det ikke gjelder et lovkrav, ville en slik positivrettslig detaljutforming av en rettslig standard fremstå som lite lovgiverlojalt. Da endringen vil innebære et såpass stort avvik fra bestemmelsens ordlyd, må det kreves at lovgiver intervener for å endre rettsstilstanden.

Ordlyden i tvl. § 1-3 utelukker imidlertid ikke en regel om tvungent prosessfellesskap.²²² Som avhandlingen viser, vil tvungent prosessfellesskap ivareta de reelle hensyn på en bedre måte enn dagens rettsstilstand.²²³ Det kan derfor spørres om det er adgang til å endre rettsstilstanden gjennom rettspraksis til en regel om tvungent prosessfellesskap. Hvorvidt det er metodisk adgang til dette, beror på om gjeldende rett ble avgjort av Høyesterett med endelig virkning ved Rt. 2015 s. 641. I metodelæren er det en viss adgang til å fravike prejudikater.²²⁴ Skoghøy oppstiller fem alternative grunnvilkår for å fravike et tidligere prejudikat. I tillegg må en helhetsvurdering tilsi fravikelse.²²⁵ Det aktuelle grunnlaget for å fravike Rt. 2015 s. 641, er om avgjørelsen ikke bygger på en tilstrekkelig bred og inngående vurdering. Vilkåret er oppfylt hvor prejudikatet fører til en urimelig løsning, eller fremstår som klart rettspolitisk uheldig. Ved vurderingen må det ses hen til Høyesteretts vurdering av de rettskilder og behov som gjør seg gjeldende.²²⁶

²²⁰ Skoghøy, 2018, s. 59-60.

²²¹ Se Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364.

²²² Se avhandlingens pkt. 3.1.

²²³ Se avhandlingens pkt. 4.7.

²²⁴ Det vil tas utgangspunkt i Skoghøys prejudikatsfravikelseslære, da denne finnes mest treffende innenfor tematikken.

²²⁵ Skoghøy, 2018, s. 131.

²²⁶ Skoghøy, 2018, s. 137-138.

Som vist til i pkt. 3.4.4, fant Høyesterett ikke rom for å la en vurdering av de hensyn og behov som gjør seg gjeldende i spørsmålet, gå foran lovgivers klare forutsetninger i forarbeidene. Når de forutsetninger som avskjærer en slik vurdering beror på en misforståelse fra departementets side, kan det hevdes at avgjørelsen ikke bygger på en tilstrekkelig bred og inngående vurdering.²²⁷ Det kan derfor argumenteres for at grunnvilkåret for å fravike avgjørelsen er oppfylt. I helhetsvurderingen må det blant annet ses hen til hvor sterkt behovet for fravikelse er, i hvilket nivå i Høyesterett avgjørelsen er truffet, om avgjørelsen er enstemmig og hvor sentral rettssetningen står i begrunnelsen av resultatet.²²⁸

Den skarpe diskusjonen om spørsmålet i teorien viser at det er delte meninger om hvordan reguleringen bør være. Diskusjonen tilsier at fravikelsesbehovet ikke er påtrengende og at dette er et lovgiverspørsmål. Avgjørelsen var videre enstemmig, og rettssetningen må anses å stå meget sentralt i resultatet. Rettssetningen om at tvungent prosessfellesskap ikke gjelder i norsk rett, er ikke en del av en større avgjørelse med flere spørsmål, men er utelukkende det som ble tatt stilling til i saken. Videre besluttet ankeutvalget at saken skulle behandles i avdeling med fem dommere og følge de regler som gjelder ved anke over dommer, til tross for at det var tale om et prosessuelt spørsmål som kunne vært avgjort av ankeutvalget med tre dommere.²²⁹ Da spørsmålet ble løftet til avdeling for å oppnå endelig avklaring på den pågående diskusjonen i teorien, vil en fravikelse av avgjørelsen undergrave Høyesteretts prejudikatsfunksjon. Helhetsvurderingen tilsier derfor ikke fravikelse.

Metodiske forhold er etter dette til hinder for en endring av rettsstilstanden uten inngripen fra lovgiver. Rt. 2015 s. 641 er et godt eksempel på maktfordelingen mellom domstolene og Stortinget. Grunnet Stortingets klare uttalelser, fant Høyesterett ikke grunn til å overprøve lovgivers vurderinger basert på reelle hensyn. Samtidig påpekes det at gode grunner kan tale for en annen rettsstilstand.²³⁰ Dette viser at Høyesterett kan sende signaler om at rettsstilstanden kanskje bør revurderes, men finner samtidig ikke grunn til å sette seg i lovgivers sted.

Selv om dagens rettsstilstand ikke ivaretar de reelle hensyn på en tilfredsstillende måte, og at metodiske forhold hindrer en endring av rettsstilstanden, er ikke alt håp ute for at reguleringen av spørsmålet blir slik den bør være. Det finnes flere eksempler på at kritikk fra ulikt hold har

²²⁷ Se avhandlingens pkt. 4.2 for nærmere om denne misforståelsen.

²²⁸ Skoghøy, 2018, s. 144.

²²⁹ Se HR-2015-287-U.

²³⁰ Se Rt. 2015 s. 641 avsnitt 55.

ført til lovendringer innenfor sivilprosessen. Som eksempel kan tvl. § 30-3 andre ledd bokstav d nevnes. Frem til 2010 kunne Høyesterett bare oppheve en underinstans' avgjørelse, dersom denne var beheftet med saksbehandlingsfeil som skal ilegges absolutt virkning etter tvl. § 29-21 andre ledd jf. tvl. § 29-12 første ledd bokstav c.

Høyesterett reiste kritikk mot denne reguleringen i brev til Justis- og politidepartementet.

Departementet tok kritikken til følge, og endret loven. Etter dagens rettstilstand kan Høyesterett nå oppheve en avgjørelse dersom ankeutvalget «av andre grunner enstemmig finner det klart at det er grunnlag for oppheving» jf. tvl. § 30-3 andre ledd bokstav c.

Begrunnelsen for endringen var at den ville føre til en bedre utnyttelse av ressursene i Høyesterett, samt være prosessøkonomisk mer gunstig for partene.²³¹ Dette viser at kritikk av gjeldende rett, basert på at denne ikke ivaretar reelle hensyn på en hensiktsmessig måte, kan føre til inngripen fra lovgiver.

²³¹ Prop. 46 L (2011-2012) kapittel 3 pkt. 3.5.

6 Referanseliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). Opphevet.

Lov 10. juni 1977 nr. 82 om motorferdsel i utmark og vassdrag (motorferdselloven).

Lov 4. august 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

Lov 18. desember 2009 nr. 131 om tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven).

Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

Forarbeider

NOU 2001: 32 A Rett på sak.

NOU 2001: 32 B Rett på sak.

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005).

Prop. 46 L (2011-2012).

Prop. 64 L (2016-2017).

Innst. O nr. 110 (2004-2005)

Rettspraksis

Norges Høyesterett

Rt. 1925 s. 966.

Rt. 1927 s. 596.

Rt. 1950 s. 732.

Rt. 1961 s. 891.

Rt. 1980 s. 1070.

Rt. 1985 s. 743.

Rt. 1987 s. 538.

Rt. 1998 s. 623.

Rt. 2000 s. 1195.

Rt. 2001 s. 1123.

Rt. 2005 s. 765.

Rt. 2005 s. 821.

Rt. 2007 s. 234.

Rt. 2007 s. 538.

Rt. 2008 s. 230.

Rt. 2010 s. 1361.

Rt. 2011 s. 841.

Rt. 2011 s. 1666.

Rt. 2014 s. 6.

HR-2015-287-U.

Rt. 2015 s. 641.

HR-2016-2017-A.

HR-2017-345-A.

HR-2017-2165-A.

HR-2018-1130-A.

HR-2018-1463-A.

HR-2018-1907-A.

HR-2020-2472-P.

HR-2021-417-A.

HR-2022-401-A.

HR-2022-533-A.

Underrettspraksis

RG-1969-325.

Praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol

Golder mot Storbritannia, [P], nr. 4451/70.

Uttalelser fra Sivilombudsmannen

SOM-2014-3496.

Internasjonal rett

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (EMK).

Litteraturliste

- Aasland, *Rettslig interesse – et område for domstolskapt rett*, Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, s. 467.
- Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2015.
- Backer, *Hvem skal saksøkes i offentligrettslige trepartsforhold?*, Lov og rett, 2008/2.
- Backer, *Søksmål i offentligrettslige trepartsforhold – replikk til dommer Skoghøy*, Lov og rett 2008/7.
- Bernt-Harme, Camilla, *Tilknytningskravet under rettslig interesse belyst ved tre nyere kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i familierettslige søksmål*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2006/2.
- Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave (2010).
- Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, 2007.
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 3. utgave (1993).
- Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 11 utgave (2018).
- Falch, Ingvald, *Søksmål i offentligrettslige trepartsforhold*, Lov og rett, 1999/6.
- Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «*Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans*» i *Integritet og ære – festskrift til Henry Johan Mæland*, 2019.
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave (2019),
- Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 3. utgave (2017).
- Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde. *Juridisk metode og tenkemåte*, 2019.
- Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgave (2017).
- Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øye, *Tvisteloven: Kommentaarutgave*, revidert 1. september 2021.

Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Passiv søksmålskompetanse i saker om andres offentligrettslige rettigheter eller plikter i saker om rettsgoder som flere konkurrerer om («trepartsforhold»)*, Jussens venner, 2002/6.

Skoghøy, *Tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold*, Lov og rett, 2008/4.

Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, 2008.

Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave (2017).

Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2018.

Skoghøy og Jussi Pedersen, *Grunnleggende sivilprosess*, 2020.

Vangsnes, Jørgen, *Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål*, Jussens venner, 2018/5.

