

Utredning

# Kommunenes privatrettslige råderett

Skrevet på oppdrag for  
Kommunal- og distriktsdepartementet

**19. desember 2023**

lund § co

## Forord

I oktober 2023 fikk Advokatfirmaet Lund & Co DA, ved Silje Aga Rogan, Hilde K. Ellingsen og Chirsti Erichsen Hurlen, i oppdrag fra Kommunal- og distriktsdepartementet (KDD) å skrive en utredning om kommuners privatrettslige råderett.

Utredningen er foranlediget av Høyesteretts dom 16. desember 2021 (HR-2021-2510-A) i sak mellom Trondheim kommune og Ryde Technology AS (Ryde-dommen). Trondheim kommune hadde vedtatt et forbud mot utleie av el-sparkesykler på kommunens grunn, og begrunnet forbudet i kommunens privatrettslige råderett over egen grunn. Høyesterett la til grunn at kommunene i utgangspunktet har den samme eierrådigheten som private, men at det kan være noen skranker som gjelder for kommunene som offentlig organ. Under dissens kom Høyesterett til at det aktuelle vedtaket ikke kunne begrunnes i den privatrettslige råderetten, og dermed krevde hjemmel i lov eller forskrift.

Kommunal- og distriktsdepartementet mener at det er behov for en utredning av legalitetsprinsippet og kommunens muligheter for bruk av privatrettslig råderett som grunnlag for ulike typer avgjørelser. Departementet skrev i anbudet:

*«Utredningen bør utførlig beskrive gjeldende rett og dagens rettstilstand for kommunene. Aktuelle spørsmål for utredningen er blant annet de rettslige rammene for kommunenes bruk av privat råderett, om rammene for bruken av privat råderett har endret seg de siste årene, og når en avgjørelse må anses som utøvelse av offentlig myndighet som krever hjemmel i lov. Utredningen bør også inkludere en vurdering av om det er grunnlag eller behov for å klargjøre grensene for kommunens eierrådighet gjennom lov eller på andre måter.»*

Vi i Lund & Co takker for et godt og spennende samarbeid med Kommunal- og distriktsdepartementet!

Oslo, 19. desember 2023

**Lund & Co DA**

# Innhold

Forord.....	2
1. Innledning.....	5
1.1 Bakgrunn og mandat .....	5
1.2 Tema for utredningen og sentrale begreper.....	5
1.3 Oppbygning av utredningen.....	6
1.4 Metode og fremgangsmåte.....	7
2. Legalitetsprinsippet og krav om rettslig grunnlag for kommunens beslutninger .....	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Ulike tilnærminger til legalitetsprinsippet .....	8
2.3 Legalitetsprinsippets anvendelsesområde.....	9
2.4 Legalitetsprinsippets begrunnelse .....	10
2.5 Andre grunnlag for å kreve hjemmel i lov.....	11
2.6 Forholdet til den forvaltningsrettslige vilkårs læren.....	12
3. Særlig om privatrettslig råderett som kompetansegrunnlag .....	14
3.1 Innledning.....	14
3.2 Råderett over eiendom .....	14
3.3 Skranker for kommunens utøvelse av privat råderett .....	15
3.4 Rekkevidden av kommunenes privatrettslige råderett.....	17
3.5 Offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven .....	18
4. Privatrettslig råderett i lys av Ryde-dommen.....	20
4.1 Innledning.....	20
4.2 Høyesteretts rettsforståelse og dommens rekkevidde.....	20
4.3 Kritikk av avgjørelsen i juridisk teori .....	26
4.4 Avgjørelser i etterkant av Ryde-dommen .....	28
5. Representerer Ryde-dommen en endring av tidligere rettstilstand? .....	33
5.1 Innledning.....	33
5.2 Forholdet til tidligere høyesterettspraksis.....	33
5.3 Skillet mellom «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven og inngrep som krever lovhjemmel etter legalitetsprinsippet.....	34
5.4 Legalitetsprinsippets lovskrav som «offentligrettslig skranke» .....	35
5.5 Betydning av den alminnelige ferdselsretten .....	37
5.6 Adgang til å disponere over kommunal grunn i kraft av eierrådigheten .....	39
5.7 Konklusjon .....	40
6. Privatrettslig råderett som rettsgrunnlag i utvalgte typer kommunal virksomhet.....	42
6.1 Innledning.....	42
6.2 Kommunens ulike eiendommer .....	42
6.3 Næringsbygg og byggetomter til eget bruk eller utleie og bortfeste.....	43
6.4 Utleie og utlån av arealer i gater, torg, parker mv.....	43
6.5 Kommunale boliger .....	45
6.6 Kulturbygg, idrettsanlegg og lignende .....	47
6.7 Vann- og avløpsanlegg .....	49
6.8 Åpne kontorer for lovpålagte tjenester til innbyggerne .....	52
6.9 Kommunale sykehjem, tilrettelagte botilbud og andre institusjoner .....	55

7.	Klargjøring og kodifisering av rammene for kommunens eierrådighet .....	57
7.1	Innledning.....	57
7.2	Lovfesting av kommunens privatrettslige råderett.....	57
7.3	Andre tiltak for å klargjøre rammene for kommunens privatrettslige råderett .....	59
	Referanser .....	61

# 1. Innledning

## 1.1 Bakgrunn og mandat

Kommunal og distriktsdepartementet ga i oktober 2023 Advokatfirmaet Lund & Co i oppdrag å utrede hvilke skranker legalitetsprinsippet setter for kommunens bruk av privatrettslig råderett som grunnlag for ulike typer avgjørelser. Bakgrunnen for oppdraget er Høyesteretts avgjørelse fra desember 2021 (HR-2021-2510-A), som omhandlet grensene for kommuners privatrettslige råderett over egen eiendom. Saken gjaldt en tvist mellom Trondheim kommune og Ryde Technology AS (Ryde), hvor spørsmålet var om kommunen i kraft av sin eierrådighet kunne regulere adgangen til å drive kommersiell utleie av el-sparkesykler på kommunal grunn. Høyesterett kom under dissens (4-1) til at det var tale om utøvelse av offentlig myndighet som krevde hjemmel i lov. Mindretallet mente derimot at eierrådigheten var tilstrekkelig som kompetansegrunnlag. Dette er første gang Høyesterett tar direkte stilling til rekkevidden av eierrådigheten som kompetansegrunnlag opp mot legalitetsprinsippet, og betydningen av dommen har blitt gjenstand for diskusjon i juridisk teori.

Departementet ber om en utførlig gjennomgang og beskrivelse av gjeldende rett. Videre ønsker departementet en vurdering av om det er behov for å klargjøre grensene for kommunens eierrådighet gjennom lov eller på annen måte.

## 1.2 Tema for utredningen og sentrale begreper

Kommuner og fylkeskommuner driver en mangfoldig virksomhet og bekler ulike roller. Foruten å være lokaldemokratisk arena og samfunnsutvikler, er kommunen tjenesteyter og myndighetsutøver. Som ledd i kommunens virksomhet fattes et bredt spekter av beslutninger som på ulike måter berører private. Mens enkelte beslutninger etter legalitetsprinsippet må hjemles i lov, vil andre beslutninger kunne forankres i kommunens privatrettslige råderett.

Med begrepet «privatrettslig råderett» siktes det til de rettigheter som tilkommer kommunen som er eier av et formuesgode, det være seg fast eiendom eller løsøre. Begrepet «eierrådighet» brukes synonymt i det følgende. Kommunenes privatrettslige råderett er et utslag av deres private autonomi. Med privatautonomi menes kompetanse til å råde rettslig over seg selv og sine formuesgoder. Denne kompetansen tilkommer som hovedregel alle myndige privatpersoner og juridiske personer.<sup>1</sup> Den private autonomien består av to sentrale komponenter: evnen til å binde seg gjennom avtaler (avtalekompetanse), og evnen til å råde over eiendom (privat råderett). Det er kommunenes bruk av eierrådigheten som er tema i det følgende.

Forvaltningslovutvalget har uttalt at de med bruk av begrepet «eierrådighet» sikter til «rent ensidige disposisjoner som organet treffer med grunnlag i det offentliges eiendomsrett til et gode, enten godet er fast eiendom, løsøre eller pengekrav.»<sup>2</sup> Det er adgangen til å binde andre

<sup>1</sup> (Eckhoff & Smith, 2022) s. 53.

<sup>2</sup> NOU 2019: 5 s. 434. Utvalget understreker like fullt at «[e]t forvaltningsorgan [også kan] utnytte det offentliges eierposisjon til å inngå avtale om godet».

gjennom slike ensidige disposisjoner som er hovedtema i denne utredningen. Likevel lar det seg ikke gjøre å avgrense mot de avtaler det offentlige inngår i kraft av sin eierrådighet.<sup>3</sup> Årsaken er at slike avtaler kan innebære forpliktelser for den private part som kan aktualisere legalitetsprinsippet. Som påpekt av Graver kan det offentlige «i kraft av sin eierrådighet og avtalekompetanse ... bestemme over bruken av offentlig eiendom og disponere over denne ved avtaler».<sup>4</sup> Dersom kommunens eiendom disponeres på en måte som utelukkende er til gunst for en privat part, vil legalitetsprinsippet ikke berøres. Dette kan være annerledes hvis kommunen gjennom å disponere over egen eiendom pålegger private forpliktelser.

Legalitetsprinsippet beskytter imidlertid bare mot «[m]yndighetenes inngrep», og verner ikke private mot å bli utsatt for negative sanksjoner eller byrder av privatrettslig karakter. Når en kommune gjør kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser gjeldende mot en privat medkontrahent, vil ikke dette regnes som et «inngrep», selv om den annen part formelt blir pålagt en plikt eller fratras et gode. I et slikt tilfelle vil kommunen måtte likestilles med en privat aktør. Grensene for lovskravet vil måtte trekkes opp på samme måte uavhengig av om det er tale om en ensidig disposisjon fra kommunene eller om den har inngått en avtale med en privat part. Av den grunn vil ikke utredningen være begrenset til å omhandle kommunens ensidige disposisjoner. Det avgrenses imidlertid mot en generell omtale av kommunens private autonomi som grunnlag for å inngå avtaler.

I denne utredningen gir vi en fremstilling av legalitetsprinsippet og kommunens muligheter for bruk av privatrettslig råderett som grunnlag for ulike typer avgjørelser. Siktemålet er å klargjøre dagens rettstilstand for kommunene. Fremstillingen er innrettet mot kommunens ulike oppgaver, og vi skiller mellom ulike typetilfeller der bruk av privat råderett kan utgjøre et aktuelt hjemmelsgrunnlag. På denne måten vil vi synliggjøre hvordan kommunene kan manøvrere i et uklart rettslig farvann.

Utredningen tar i utgangspunktet for seg beslutninger fattet av primærkommuner eller fylkeskommuner. Med «kommuner» sikter vi heretter både til kommuner og fylkeskommuner. Beslutningene kan være fattet av en hvilken som helst del av kommunen, det vil si av folkevalgte organer, av administrasjonen eller av et kommunalt foretak. Videre kan problemstillingen også oppstå når kommuner delegerer myndighet til et annet rettssubjekt, for eksempel i forbindelse med et interkommunalt samarbeid eller som når Oslo kommune overlater til Oslo Idrettskrets å fordele halltid i kommunale idrettsanlegg.<sup>5</sup>

### 1.3 Oppbygning av utredningen

I utredningens kapittel 2 til 5 gir vi en utførlig fremstilling av gjeldende rett, herunder legalitetsprinsippets anvendelsesområde, ulike kompetansegrunnlag og hvilket kompetansegrunnlag som er nødvendig og tilstrekkelig i ulike situasjoner. Fremstillingen er

---

<sup>3</sup> Som påpekt av Boe påtar private seg enkelte ganger plikter «som springer ut av det offentliges eiendomsrett» og man får man «en kombinasjon av kompetansegrunnlag» bestående av det offentliges privatautonomi og de private egen autonomi (Boe E. , 1983) s. 157.

<sup>4</sup> (Graver, 2019) s. 221.

<sup>5</sup> Se lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 5-4 om kommunens adgang til å delegerer vedtaksmyndighet til andre rettssubjekter.

særlig vinklet inn mot dagens rettstilstand for kommunene. Sentralt i denne forbindelse er grensen mellom inngrep som er ledd i kommunens offentlige myndighetsutøvelse som krever lovhjemmel i henhold til legalitetsprinsippet, og privatrettslige disposisjoner som kan forankres i eierrådigheten.

I utredningens kapittel 6 vurderer vi hvilke skranker legalitetsprinsippet setter for det offentliges utøvelse av eierrådighet på særskilt angitte områder. I kapittel 7 vurderer vi grunnlaget og behovet for en klargjøring av grensene for kommunens eierrådighet og private autonomi. I dette inngår en vurdering av behovet for å lovfeste et hittil ulovfestet kompetansegrunnlag.

## 1.4 Metode og fremgangsmåte

Ved beskrivelsen og klarleggingen av gjeldende rett i utredningens første del har vi benyttet alminnelig rettsdogmatisk metode. Vårt arbeid har bestått i å samle, bearbeide, systematisere og presentere rettsstoffet. Siktemålet har vært å gi en grundig og dekkende fremstilling av de rammene som følger av legalitetsprinsippet. Vi har analysert relevant rettspraksis som omhandler privat råderett som hjemmelsgrunnlag og gjennomgått sentral forvaltningsrettslig og statsrettslig litteratur, herunder juridisk litteratur som direkte omhandler HR-2021-2510-A (Ryde).

Når vi i utredningens kapittel 7 vurderer behovet for eventuell ny lovregulering, beveger vi oss forbi den alminnelige rettsdogmatikken. I vurderingen av behovet for klargjøring og kodifisering i lovs form eller på annen måte, vektlegger vi ulike momenter, herunder hensynet til forutberegnelighet og klarhet. Hensynet til norsk lovgivningstradisjon vil også bli løftet frem når vi vurderer valget mellom kodifisering i lov eller andre aktuelle tiltak for å klargjøre rettstilstanden. Vi presenterer de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, og begrunner hvorfor en gitt løsning foretrekkes.

Utredningen tar utgangspunkt i utredningsinstruksen, og vi besvare de spørsmål som der oppstilles som minimumskrav til statlige utredninger.<sup>6</sup> Vi har også forholdt oss til de føringer som følger av Justisdepartementets veiledning «Lovteknikk og lovforberedelse» som er ment å sikre et solid og lett tilgjengelig lovverk.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen) 19. februar 2016 nr. 184

<sup>7</sup> (Justisdepartementets lovavdeling, 2000).

## 2. Legalitetsprinsippet og krav om rettslig grunnlag for kommunens beslutninger

### 2.1 Innledning

Kommunene er egne rettssubjekter etter kommuneloven, og deres kompetanse er negativt avgrenset. I det ligger at kommunene står fritt til å drive enhver virksomhet, så sant ikke lov eller ulovfestede prinsipper er til hinder for det. Dette er et utslag av det kommunale selvstyret, jf. kommuneloven § 2-1. Statlige begrensninger i det kommunale selvstyret må ha hjemmel i lov. Nasjonale myndigheter kan ikke styre, instruere eller tildele oppgaver til kommunene uten forankring i loven. Dette lovskravet omtales tidvis som *legalitetsprinsippet*.<sup>8</sup> Når legalitetsprinsippet omtales i denne utredningen siktes det ikke til kommunens vern mot statlig inngripen. Begrepet «legalitetsprinsippet» forbeholdes tilfeller av inngrep fra det offentlige i borgernes rettssfære.

Kommunenes negativt avgrensede kompetanse innebærer at de kan ta beslutninger ut fra lokale behov og ønsker, så lenge disse ikke er ulovlige eller det er tale om oppgaver eksklusivt lagt til andre. Dersom kommunene skal *binde andre* i kraft av å være offentlig myndighet, må de som utgangspunkt ha hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet.<sup>9</sup>

### 2.2 Ulike tilnærminger til legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet har tradisjonelt blitt forstått som et krav om at myndighetenes inngrep overfor borgerne må ha hjemmel i lov.<sup>10</sup> Prinsippet ble tidligere ansett å følge av konstitusjonell sedvanerett, men ble grunnlovfestet i 2014. Det følger i dag av Grunnloven § 113 at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»<sup>11</sup> Bestemmelsen var ment som en kodifisering av gjeldende rett, slik at eldre praksis med hensyn til tolkningen av legalitetsprinsippet fremdeles har relevans.<sup>12</sup> I tillegg til å oppstille et krav om lovhjemmel for inngrep, kommer legalitetsprinsippet inn som et tolkningsprinsipp ved at det stilles krav til hjemmelens klarhet. Hvilke krav som stilles til lovhjemmel varierer ut fra blant annet arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.<sup>13</sup>

Det tradisjonelle legalitetsprinsippet er formulert som et krav om lovhjemmel for visse typer offentlige avgjørelser. Med en slik positiv eller materiell tilnærming vil legalitetsprinsippet komme til anvendelse på avgjørelser som utgjør et «inngrep» overfor borgerne. Det kan også anlegges en formell eller negativ tilnærming til legalitetsprinsippet. En slik tilnærming tar som utgangspunkt at alle rettslige beslutninger må bygge på et kompetansegrunnlag, og at lov kreves dersom ingen andre kompetansegrunnlag strekker til i det konkrete tilfellet.<sup>14</sup> Med denne

<sup>8</sup> Se NOU 2016:4 s. 48.

<sup>9</sup> NOU 2016:4 s. 48.

<sup>10</sup> Slik (Andenæs & Fliflet, 2006) s. 226, (Graver, 2019) s. 211 og (Smith, 2009) s. 235.

<sup>11</sup> Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) 17. mai 1814 § 113.

<sup>12</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 248 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 8.

<sup>13</sup> HR-1995-34-A (Fjordlaks).

<sup>14</sup> (Eckhoff & Smith, 2022) s. 373. Jf. også (Smith 2009) s. 236.



innfallsvinkelen beror legalitetsprinsippets rekkevidde på en undersøkelse av hvilke alternative hjemmelsgrunnlag som finnes og omfanget av disse.<sup>15</sup> Det offentliges privatrettslige råderett kan utgjøre et aktuelt kompetansegrunnlag, på lik linje med organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, kompetanseregler i Grunnloven og sedvanerettslig kompetanse.<sup>16</sup> Disse kompetansegrunnlagene er ikke gjensidig utelukkende.<sup>17</sup> Den negative tilnærmingen til legalitetsprinsippet klargjør likevel ikke når andre kompetansegrunnlag vil være tilstrekkelige som hjemmelsgrunnlag.<sup>18</sup> For visse typer forvaltningsavgjørelser kreves hjemmel i lov. Selv med utgangspunkt i en negativ angivelse av legalitetsprinsippets anvendelsesområde kommer man derfor ikke utenom en vurdering av avgjørelsens innhold.

Hvorvidt legalitetsprinsippet skal beskrives positivt eller negativt er først og fremst et spørsmål av teoretisk interesse. I Ryde-saken anla Høyesterett en positiv tilnærming til legalitetsprinsippet, og undersøkte om det aktuelle tiltaket utgjorde et «inngrep» av en slik karakter at den private rådighet ikke kunne tjene som hjemmelsgrunnlag.<sup>19</sup> Hvilke avgjørelser som må underlegges krav om lovhjemmel vil ikke avhenge av om man nærmer seg spørsmålet ut fra den ene eller annen innfallsvinkel. Der er enighet i juridisk teori om at eierrådigheten ikke kan «brukes til hva som helst», uavhengig av hvilken tilnærming til legalitetsprinsippet som legges til grunn.<sup>20</sup> Det avgjørende vil dermed være å identifisere de beslutninger som *på grunn av sitt innhold* må ha hjemmel i lov.<sup>21</sup>

## 2.3 Legalitetsprinsippets anvendelsesområde

Grunnloven § 113 stiller krav om hjemmel ved «inngrep» overfor den enkelte.<sup>22</sup> I forarbeidene til bestemmelsen la menneskerettsutvalget til grunn at det må foreligge «kvalifiserte forhold som rammer den enkelte, for eksempel avslag på søknad om å reise bygninger på egen eiendom, pålegg om hvilken skole barnet skal gå på, forbud mot beite i områder der det opprinnelig forelå beiterett osv.»<sup>23</sup> Menneskerettsutvalget understreket likevel at det «[f]ra tid til annen vil ... kunne oppstå tvil om man står overfor et inngrep som trenger hjemmel i lov.»<sup>24</sup> I teorien synes det å være enighet om at beslutninger som innebærer forbud eller påbud rettet mot private vil måtte regnes som inngrep etter legalitetsprinsippet.<sup>25</sup> For at det skal være tale om et «inngrep» må den private part berøres negativt av forvaltningens myndighetsutøvelse. I teorien er det problematisert i hvilken utstrekning endring av en posisjon skapt ved tillatelser

<sup>15</sup> (Bernt J. F., 1983) s. 123.

<sup>16</sup> (Graver, 2019) s. 216 og (Hopsnes & Solberg, 2005) s. 100. Rekkevidden av alternative kompetansegrunnlag beror på en konkret tolkning av det aktuelle grunnlaget, jf. (Eckhoff & Smith, 2022) s. 358.

<sup>17</sup> Én og samme beslutning vil derfor kunne forankres i flere alternative kompetansegrunnlag.

<sup>18</sup> (Hopsnes & Solberg, 2005) s. 102-103.

<sup>19</sup> Avsnitt 49.

<sup>20</sup> (Smith, 2023), s. 379.

<sup>21</sup> (Kraby, 1996) s. 151-152.

<sup>22</sup> At også selskaper er vernet er lite tvilsomt, jf. (Smith, 2023) s. 375.

<sup>23</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 247.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Se blant annet (Smith, 2009) s. 235 og (Hopsnes & Solberg, 2005) s. 107.

kan utløse legalitetsprinsippet, og hvorvidt legalitetsprinsippet også kommer inn når forvaltningen tildeler rettigheter med forankring i lov.<sup>26</sup>

Ettersom lovskravet i Grunnloven § 113 gjelder ved «inngrep» overfor den enkelte, er det uten betydning om offentlige myndigheter fatter vedtak eller utøver faktiske handlinger.<sup>27</sup> I Rt. 2010 s. 612 (sårstell) var spørsmålet om ansatte på et kommunalt sykehjem kunne utføre kroppsvask og skifte sengetøy uten pasientens samtykke. Høyesterett uttalte følgende om legalitetsprinsippets anvendelse på slike faktiske handlinger:

*«Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner - herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.»*

Tilsvarende synspunkter ble lagt til grunn i Rt. 1995 s. 20 (politispørøyte) som gjaldt maktanvendelse fra politiet. Som påpekt i litteraturen er de hensyn som begrunner grensene for inngripende tiltak de samme for rettslige og faktiske inngrep.

*«Det er faren for misbruk av den rettslige og faktiske makt, samt behovet for forutberegnelighet i forhold til inngripende tiltak, som begrunner skrankene for så vel normeringskompetansen som faktiske handlinger.»<sup>28</sup>*

Den formelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet tar bare sikte på å regulere normgivning, og ikke faktiske handlinger.<sup>29</sup> Grunnen til det er at legalitetsprinsippet formuleres som et krav om kompetanse for å fatte gyldige beslutninger. Faktiske handlinger er ikke betinget av kompetanse. Krav om lov må dermed begrunnes på annen måte, eksempelvis at handlingen normalt er forbudt.<sup>30</sup>

## 2.4 Legalitetsprinsippets begrunnelse

Legalitetsprinsippet begrunnes i prinsipper om rettsstat, demokrati og maktfordeling.<sup>31</sup> Menneskerettsutvalget omtalte legalitetsprinsippet som «en av bærebjelkene i den moderne rettsstat og det moderne demokrati, der individene har underkastet seg makten, men bare i den utstrekning makten utøves i tråd med lovgivning gitt av folkeflertallets representanter».<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Hopsnes og Solberg drøfter om og i hvilken utstrekning endring av en posisjon skapt ved tillatelser kan utløse legalitetsprinsippet, jf. (Hopsnes & Solberg, 2005) s. 113 flg. Hvorvidt legalitetsprinsippet også kommer inn når forvaltningen tildeler rettigheter med forankring i lov er omtalt i (Riise & Ikdahl, 2022). Med henvisning til Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2021-2126-A, er det argumentert for at et trygderettslig legalitetsprinsipp kan være under fremvekst.

<sup>27</sup> I teorien nevnes byggeforbud og ekspropriasjon som typiske rettslige inngrep, mens arrestasjon, pågrep og nedrivning av bygg nevnes som eksempler på faktiske inngrep, (Andenæs & Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 2017) s. 275.

<sup>28</sup> (Hopsnes & Solberg, 2005) s. 98.

<sup>29</sup> Dok 16 (2011-2012) s. 247.

<sup>30</sup> (Andenæs & Fliflet, 2017) s. 277.

<sup>31</sup> (Bernt 2021) s. 1254.

<sup>32</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 247.

Høyesterett beskrev hensynene bak lovskravet på følgende måte i Rt. 2014 s. 1105:

*«Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at '[a]lle er like for loven'. Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling. Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»*

Når lovgiver setter rammene for forvaltningens maktutøvelse ivaretas hensynet til folkesuverenitet. Gjennom et krav om lovhjemmel sikrer man at myndighetshandlinger og beslutninger har forankring i folkeflertallets vilje og sikrer samtidig at den enkelte har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og innordne seg i henhold til det til enhver tid gjeldende regelverk.<sup>33</sup> Legalitetsprinsippet ivaretar dermed også grunnleggende rettssikkerhetshensyn.

## 2.5 Andre grunnlag for å kreve hjemmel i lov

Hvis en avgjørelse utgjør et «inngrep» i borgernes rettssfære etter Grunnloven § 113 er man innenfor legalitetsprinsippets virkeområde. Lovhjemmel kan også være nødvendig av andre grunner. I spesielle tilfeller krever Grunnloven at lovsformen benyttes, se for eksempel § 119 om vernepliktsordningen. Det kreves også hjemmel i lov hvis en avgjørelse strider mot annen lov. Det følger av trinnhøydeprinsippet (lex superior) at kommunen ikke gjennom utøvelsen av sin eierrådighet kan opptre i strid med andre lover. Graver understreker derfor at borgernes lovfestede rettigheter setter grenser for hva som kan besluttes i medhold av eierrådigheten.<sup>34</sup> Boe peker også på at lovhjemmel må til for å tildele løyver, dispensere fra forbud mv, fordi «[b]ak en bevillingsordning ligger det alltid et forbud».<sup>35</sup>

Også Grunnloven og internasjonale menneskerettskonvensjoner stiller krav om særlig rettsgrunnlag ved inngrep i sentrale rettigheter. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) verner blant annet privat- og familielivet (artikkel 8) og ytringsfriheten (artikkel 10).<sup>36</sup> Inngrep i alle disse rettighetene må ha hjemmel i lov, ha et relevant formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn. Grunnloven inneholder bestemmelser med tilsvarende innhold, jf. §§ 100 og 102, og Høyesterett har lagt til grunn at bestemmelsene må tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder.<sup>37</sup> Videre har Høyesterett lagt til grunn at det må innfortolkes begrensninger i vernet mot inngrep i tråd med EMK og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).<sup>38</sup> Høyesterett har ikke tatt stilling til i hvilken utstrekning offentlige myndigheter kan erstatte kravet til lovhjemmel med eierrådighet som rettsgrunnlag for inngrep i grunnlovsbeskyttede rettigheter.<sup>39</sup> Høgberg skriver at «[s]elv om utgangspunktet

<sup>33</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 248-249.

<sup>34</sup> (Graver, 2019) s. 222.

<sup>35</sup> (Boe, 1983) s. 155.

<sup>36</sup> Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

<sup>37</sup> Rt-2015-93 avsnitt 57.

<sup>38</sup> Se for eksempel HR-2016-2591-A avsnitt 68.

<sup>39</sup> NOU 2019:10 s. 92.

for begrensning av rettigheter i Grunnloven er at inngrepene må være hjemlet i lov, kan det tenkes at domstolene i noen grad, og innenfor saklighetens grenser, vil kunne akseptere at det gjøres begrensninger i kraft av eierrådigheten.»<sup>40</sup>

## 2.6 Forholdet til den forvaltningsrettslige vilkårs læren

Etter legalitetsprinsippet kan ikke plikter pålegges private uten hjemmel i lov eller annet kompetansegrunnlag. Lovgivningen inneholder enkelte vilkårshjemler, som åpner for at forvaltningen kan sette betingelser i begunstigende vedtak. Sosialtjenesteloven § 20 åpner for eksempel for at det kan settes vilkår for tildeling av økonomisk stønad.<sup>41</sup> Bestemmelser av denne type gir forvaltningen lovhjemmel til å fastsette tyngende vilkår. Forvaltningen har imidlertid også en viss anledning til å fastsette slike vilkår uten uttrykkelig hjemmel i lov.

Det følger av den ulovfestede vilkårs læren at når forvaltningen står fritt til å avgjøre om en søknad skal innvilges eller ikke, har den også anledning til å innvilge søknaden på vilkår. Det er dermed bare ved tildeling av tillatelser eller andre begunstigende vedtak som borger ellers ikke ville hatt krav på, at forvaltningen kan gjøre tildelingen betinget av at visse vilkår oppfylles. Dersom den private derimot har et lovbestemt og ubetinget krav på et gode, vil det ikke være anledning til å fastsette vilkår uten hjemmel i lov. Forvaltningslovutvalget har oppsummert vilkårsadgangen slik:

*«Der parten har et lovbestemt og ubetinget krav på en tillatelse eller et annet gode, vil det være i strid med loven å knytte vilkår til avgjørelsen. Der avgjørelsen i stedet hører under forvaltningens skjønn, kan forvaltningen etter sikker ulovfestet rett stille vilkår som har saklig sammenheng med avgjørelsen, og som ikke er uforholdsmessig tyngende.»<sup>42</sup>*

Et tyngende vilkår fastsatt i et begunstigende vedtak vil normalt ikke være å anse som et «inngrep» etter legalitetsprinsippet. Kommunen står likevel ikke fritt til å stille vilkår med et hvilket som helst innhold. Det følger av den ulovfestede vilkårs læren at det skal være saklig sammenheng mellom vilkårene som kommunen stiller, og det godet som kommunen tildeler. Vilråene skal også være i tråd med lovens formål og skal ikke være uforholdsmessig tyngende. At vilkåret ikke må være uforholdsmessig tyngende, innebærer at det må foretas en avveining mellom de fordeler som oppnås ved å sette vilkåret på den ene side, og de ulemper det påfører parten på den annen.<sup>43</sup>

I Rt. 2010 s. 612 (sårstell) uttalte Høyesterett at det ville være adgang til å fastsette vilkår for tilbud om sykehjemsplass:

*«[Man må] også på denne sektoren kunne stille vilkår ved ellers begunstigende vedtak, så langt disse har en saklig sammenheng med vedtaket og ikke er uforholdsmessig tyngende. Det er ganske riktig, som den ankende part har pekt på, at A har rett til å få et heldøgns omsorgstilbud ... Men ettersom det nærmere innholdet i tjenestetilbudet i stor grad beror*

<sup>40</sup> (Høgberg, 2023) s. 289.

<sup>41</sup> Lov 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen

<sup>42</sup> NOU 2019:5 s. 545.

<sup>43</sup> NOU 2019:5 s. 545.

*på et såkalt fritt skjønn, stenger denne retten ikke for at det stilles vilkår, herunder vilkår med tvangselementer.»<sup>44</sup>*

Der kommunen disponerer over sin eiendom på en måte som tilgodeser borgerne, vil dermed visse betingelser kunne forankres i den ulovfestede vilkårsadgangen. I et slikt tilfelle vil det ikke være behov for å hjemle et tyngende påbud i kommunens privatrettslige råderett. Kommunens innbyggere har for eksempel ikke noe krav på å få tildelt kommunal bolig. Det innebærer at dersom kommunen tilbyr slike boliger til utsatte grupper, vil den også kunne oppstille vilkår for tildelingen.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Avsnitt 31. Høyesterett føyer likevel til at adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever, ettersom søkerens reelle valgfrihet ved tilbud om sykehjemsplass ofte vil være svært begrenset.

<sup>45</sup> For en nærmere redegjørelse, se punkt 6.5 nedenfor.

### 3. Særlig om privatrettslig råderett som kompetansegrunnlag

#### 3.1 Innledning

Kommunene har i utgangspunktet den samme rettslige og faktiske rådigheten over eiendom som andre private rettssubjekter har. Utgangspunktet er at disposisjoner der kommunen i prinsippet står i samme stilling som private, kan forankres i eierrådigheten. Det vil derfor som hovedregel ikke kreves hjemmel i lov for slike beslutninger. Høyesterett la allerede i 1963 til grunn at staten kan utøve eierbeføyelser over statsallmenningene uten ytterligere grunnlag i lov, jf. Rt. 1963 s. 1263 (Vinstra).<sup>46</sup>

De rettslige rammene for kommunenes bruk av privat råderett er ulovfestede, og det kan gi opphav til vanskelige grenseoppganger. Det er ikke alltid enkelt å fastslå om man har å gjøre med en beslutning som er av privatrettslig karakter, eller om det er tale om en myndighetshandling som krever hjemmel i lov. Boe har gitt uttrykk for at «[i]nnngripende, drastiske eller konsekvensrike tiltak kan fordre hjemmel i lov enda disse i utgangspunktet hviler på myndighetenes private autonomi».<sup>47</sup>

Kommunen må overholde de rettslige rammer som følger av lovgivningen når de utøver sin privatrettslige råderett. Eiendomsretten begrenses på ulike måter i lovgivningen. Det finnes også ulike offentligrettslige skranker som kommunen må føye seg etter når den handler i kraft av sin privatrettslige autonomi. Grunnen til det er at det offentlige er pålagt plikter som ikke påhviler private aktører, og at det offentliges kompetanse er rammet inn gjennom blant annet bestemmelser i forvaltningsloven, menneskerettskonvensjoner og EØS-retten.

#### 3.2 Råderett over eiendom

Kommunen har som utgangspunkt samme rett til å råde over sin eiendom som private. Eiendomsretten gir hjemmel til å råde fysisk og rettslig over eiendommen, både i positiv og negativ henseende. I dette ligger at eieren også står fritt til både å tillate og nekte andre å benytte seg av eiendommen.<sup>48</sup> Eieren vil dermed også kunne nekte visse former for bruk. Videre kan eiendomsretten gi grunnlag for å gi særrettigheter knyttet til eiendommen som bare utvalgte personer får nyte godt av.<sup>49</sup>

Eierrådigheten som hjemmelsgrunnlag er omtalt slik i NOU 2019:10 (s. 90):

*«Synspunktet om eierrådighet som et tilstrekkelig rettslig grunnlag for reguleringer over fast eiendom og løsøre bygger på den eldre rettslige konstruksjon – fra tiden før Grunnloven – om at den som er eier kan utøve svært vidtgående beføyelser over*

<sup>46</sup> Høyesterett uttalte at «staten etter gjeldende rett er eier av statsallmenningene og ikke bare har en rett over dem av forvaltningsrettslig art og begrenset til det som har hjemmel i positive lovbestemmelser.»

<sup>47</sup> (Boe 2018) s. 52-53.

<sup>48</sup> (Falkanger, 2022) s. 42.

<sup>49</sup> Total eller begrenset bruksrett til hele eller deler av eiendommen er eksempler på dette.

*eiendommen. Med dette menes at eier i kraft av den private eiendomsrett kan treffe rettslige beslutninger over egen eiendom, samt gjennomføre faktiske handlinger.»*

Eierens råderett kan likevel være begrenset på flere måter. Begrensninger kan for det første følge av privatrettslige grunnlag, for eksempel eierens tidligere disposisjoner over eiendommen.<sup>50</sup> Lovgivningen avgrensner på ulike måter den råderetten som i utgangspunktet følger av eiendomsretten. Allerede i Rt. 1918 s. 403 (den store konsesjonssaken) bemerket Høyesterett at eiendomsretten gir rett til å råde over eiendommen «med de almindelige innskærnkninger, som flyter umiddelbart av loven eller retsordenen», og at det var «klart, at den lovgivende magt har og maa ha utstrakt beføielse til at begrænse eiendomsretten, saaledes at eierens raadighet kun utøves overensstemmende med de forskjellige hensyn, som samfundsforholdene og samfundsutviklingen til enhver tid gjør det nødvendig at ta i betragtning».

Det er et omfattende lovverk som griper inn i og stiller krav til hvordan eieren utøver sin eiendomsrett. Enkelte grenser for eierrådigheten gjelder for alle eiere, eksempelvis reglene i plan- og bygningsloven, friluftsløven, naboløven og forurensningsloven. Når kommuner råder over sine eiendommer, må de i utgangspunktet forholde seg til de samme rettslige rammene som private aktører. Kommunen må for eksempel holde seg innenfor gjeldende planvedtak når de bygger ut en eiendom. Eier kommunen utmark, må den respektere allemannsretten. Denne typen generell regulering kan sies å innebære begrensninger i den privatrettslige råderetten, men den vil gjelde for enhver eier.

Utover de begrensninger som direkte knytter seg til eiendomsretten, må enhver aktør overholde konkurranseregelverket når de utøver økonomisk aktivitet. I de tilfeller kommunen opptre som «foretak» gjennom å utøve økonomisk aktivitet i et marked, vil den måtte overholde konkurransereglene, herunder forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11.<sup>51</sup>

Begrensningene omtalt ovenfor gjelder for kommunen på lik linje med private aktører. For offentlige eiere gjelder i tillegg enkelte særlige begrensninger utover det som gjelder for private, se like nedenfor.

### 3.3 Skranker for kommunens utøvelse av privat råderett

Som offentlig eier må kommunen også forholde seg til særlige skranker når de disponerer over eiendom. Kommunal eiendom kan være bestemt til særlige formål, og i et slikt tilfelle kan adgangen til å fastsette restriksjoner være snevrere enn for private i tilsvarende stilling.<sup>52</sup> Kommunen kan for eksempel ikke i kraft av sin eierrådighet forby enhver ferdsel på områder

---

<sup>50</sup> (Falkanger, 2022) s. 43.

<sup>51</sup> Se for eksempel sak E-29/15 avsnitt 55: «As regards the possible application of the EEA competition rules to an entity of public law, a distinction must be made between the situation where the entity acts in the exercise of official authority, and that where it offers goods or services in the market. Articles 53 and 54 EEA may only apply to the latter situation.» En form for misbruk som kan rammes av bestemmelsene kan være å nekte konkurrenter tilgang til såkalte essensielle fasiliteter («essential facilities»). Dette kan typisk være fysiske installasjoner som er nødvendig for å konkurrere nedstrøms.

<sup>52</sup> (Frihagen 1991), s. 155.

som er ment til allmennhetens bruk, som for eksempel veier og torg.<sup>53</sup> Materielle skranker kan også følge av EØS-avtalens regler om statsstøtte. En tildeling av selektive økonomiske fordeler til enkelte foretak vil kunne utgjøre ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61. Kommunen må videre som pliktsubjekt etter internasjonale menneskerettskonvensjoner overholde konvensjonsbestemmelsene ved utøvelsen av sin eierrådighet. Dette innebærer for eksempel at den ikke kan begrense borgernes adgang til å utøve sin ytringsfrihet på kommunal grunn i strid med EMK artikkel 10.<sup>54</sup>

Det gjelder i tillegg noen særlige forvaltningsrettslige skranker for det offentliges beslutninger, som ikke gjelder for private rettssubjekter. Når kommunen treffer beslutninger gjennom å utøve sin eierrådighet, vil forvaltningslovens alminnelige regler i kapittel II og III komme til anvendelse, da disse ikke er avgrenset til tilfeller av myndighetsutøvelse. Dersom beslutningen utgjør offentlig myndighetsutøvelse, vil også bestemmelsene i kapitlene IV-VII kunne komme til anvendelse.<sup>55</sup>

Høyesteretts uttale i HR-2009-2055-A at «staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk».<sup>56</sup> De skranker som gjelder utdypes slik:

*«Handlefriheten for staten vil ... være begrenset av en del offentligrettslige skranker, både når det gjelder kompetanse, saksbehandling og innhold. Jeg nevner – som eksempel – de alminnelige regler om habilitet og veiledningsplikt, det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling, og myndighetsmisbrukslærers forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet.»<sup>57</sup>*

I hvilken grad slike forvaltningsrettslige skranker kommer til anvendelse, vil variere ut fra saksforholdet. I HR-2015-1347-A bemerket Høyesterett at «[j]o større likhet det er mellom næringsvirksomheten og vanlig forvaltning, eller desto mer forretningsdriften i realiteten innebærer forvaltning, jo større grunn vil det være til å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse».<sup>58</sup> Selv om uttalen direkte gjaldt forvaltningens næringsvirksomhet, må tilsvarende gjelde ved utøvelsen av kommunens privatrettslige råderett. Som Åpenhetsutvalget understreker «kommer ikke reglene om god forvaltningsskikk inn med samme tyngde når staten utøver eierrådighet over en lagerbygning som når den opptrer som myndighetsutøver».<sup>59</sup> Sammenhengen mellom slike forvaltningsrettslige skranker og legalitetsprinsippet lovskrav drøftes nærmere i punkt 5.4 nedenfor.

<sup>53</sup> Forvaltningslovutvalget understreket at «det gjelder visse materielle skranker for det offentlige som ikke gjelder for private», jf. NOU 2019: 5 s. 448.

<sup>54</sup> Tilsvarende plikt påhviler ikke private etter konvensjonen. Staten kan likevel i særlige tilfeller ha en positiv plikt til å gripe inn, for å sikre at ytringsfriheten kan utøves også på privat grunn, jf. Appleby and others v the United Kingdom (Application no. 44306/98).

<sup>55</sup> Bestemmelsene i kapitlene IV-VI får anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak, mens bestemmelsene i kapittel VII bare i saker som gjelder forskrifter, jf. forvaltningsloven § 3 første ledd.

<sup>56</sup> HR-2009-2055-A avsnitt 31.

<sup>57</sup> Avsnitt 31.

<sup>58</sup> Avsnitt 30.

<sup>59</sup> NOU 2019:10 s. 92.



### 3.4 Rekkevidden av kommunenes privatrettslige råderett

Utgangspunktet er at beslutninger som gjelder styring og forvaltning av kommunens egen eiendom ikke vil kreve hjemmel i lov. Slike beslutninger ligger etter sin art i kjernen av den private råderetten, og det er tale om beslutninger som enhver grunneier kan fatte. Der kommunen ivaretar sine privatrettslige interesser gjennom å disponere over egen eiendom er det lite spor av det offentliges «høyhetsrett». Likevel kan ikke grensedragningen mellom offentlig myndighetsutøvelse og privat råderett utelukkende avgjøres ut fra om beslutningen etter sin art kunne ha blitt truffet av et privat rettssubjekt. Offentlige rettssubjekter står i en annen stilling enn private grunneiere, fordi de ivaretar en rekke samfunnsmessige funksjoner i tillegg til å ivareta egne privatrettslige interesser.<sup>60</sup> Det kan være tilfeller der kommunen benytter sin private eiendomsrett som et styringsverktøy.

Det foreligger flere rettsavgjørelser som berører grensene for det offentliges utøvelse av eierrådighet. Problemstillingen er også adressert av Lovavdelingen og Sivilombudet ved en rekke anledninger. Mye av kildematerialet knytter seg imidlertid til hva som utgjør «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven.<sup>61</sup> Denne avgrensningen er ikke uten videre avgjørende for hvilke beslutninger som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet.<sup>62</sup> I juridisk teori har det tidvis blitt lagt til grunn at avgrensningene er sammenfallende. Graver har for eksempel uttalt at «[d]ersom en normering skjer ut fra en kompetanse som ikke er særskilt offentlig, dvs. avtalekompetansen eller eierrådigheten, så står vi ikke overfor offentlig myndighetsutøvelse».<sup>63</sup> Etter vårt syn er dette to ulike vurderingstema.

En normering som skjer i kraft av det offentliges eierrådighet vil kunne være å anse som myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven. Likevel er det ikke slik at enhver utøvelse av offentlig myndighet overfor private vil innebære et «inngrep» som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Dette skyldes først og fremst at forvaltningen også fatter begunstigende vedtak, som ikke er å anse som «inngrep» etter Grunnloven § 113. I tillegg vil tiltak som i liten grad griper inn i privates rettssfære også kunne hjemles i kommunens eierrådighet.

Hva som utgjør offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningslovens vedtaksbegrep *kan gi veiledning*, men vil ikke være avgjørende når grensene for legalitetsprinsippet lovkrav skal trekkes opp. De tiltak som krever hjemmel i lov vil alltid være myndighetsutøvelse, men man kan ikke slutte motsatt. Det har siden forvaltningslovens vedtakelse vært en utvikling i retning av å trekke stadig større del av forvaltningens virksomhet inn under betegnelsen «utøving av offentlig myndighet».<sup>64</sup> Det finnes likevel former for myndighetsutøvelse som ikke krever hjemmel i lov. Solheim har formulert det slik at «[i]kke all offentlig myndighetsutøvelse krever hjemmel i lov, men blir dette elementet for dominerende, kommer man ikke utenom

<sup>60</sup> (Høgberg, 2023) s. 279. Hun bemerker at det offentlige «gjerner ikke [er] eier på lik linje med private aktører, men en eier som *forvalter* eiendom på vegne av fellesskapet», og dette «kan tale for at det offentliges eierrådighet strekker seg kortere enn den eierrådigheten private aktører har.»

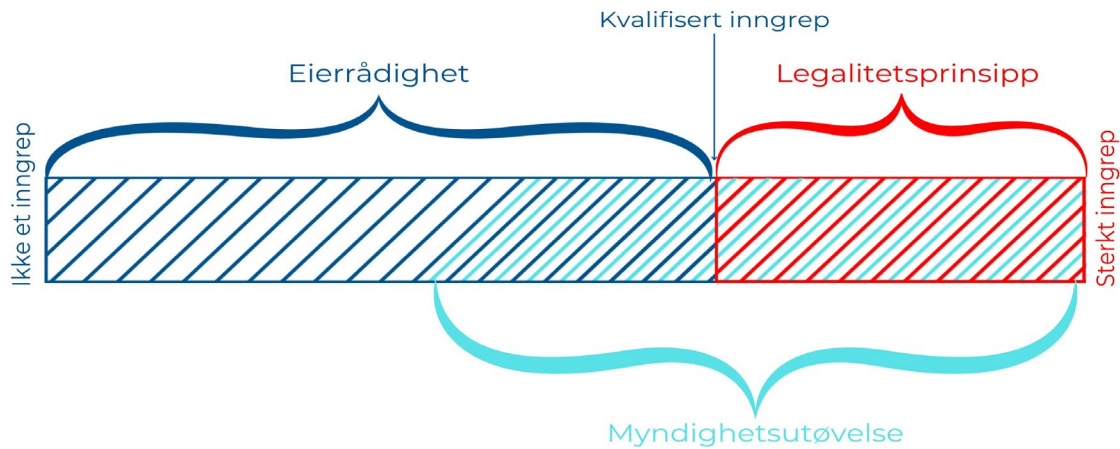
<sup>61</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967.

<sup>62</sup> Ryde-dommen avsnitt 65-66.

<sup>63</sup> (Graver, 2015) s. 374.

<sup>64</sup> Se punkt 2.3 ovenfor.

lovkravet». <sup>65</sup> For at lovkravet skal aktualiseres, må myndighetsutøvelsen etter vårt syn innebære et *kvalifisert inngrep*. <sup>66</sup> Sammenhengen mellom utøvelsen av eierrådighet, myndighetsutøvelse og legalitetsprinsippets lovskrav kan dermed illustreres med følgende figur:



### 3.5 Offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven

Forvaltningsloven kommer som utgangspunkt til anvendelse på «den virksomhet som drives av forvaltningsorganer», jf. § 1. Selv om loven gjelder all virksomhet forvaltningen driver, varierer det etter virksomhetens karakter hvilke regler som kommer til anvendelse. Regler om habilitet, veiledningsplikt, saksbehandlingstid mv. gjelder for all virksomhet forvaltningen driver. Andre deler av loven kommer bare til anvendelse når forvaltningen fatter enkeltvedtak eller gir forskrifter. Blant annet gjelder sentrale saksbehandlingsregler om utredningsplikt, begrunnelsesplikt og klage bare der forvaltningen fatter enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 3.

Vedtak er i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a definert som «avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer». Avgrensningen av hva som utgjør utøvelse av «offentlig myndighet» er derfor sentralt etter forvaltningsloven. Det må skilles «mellom de avgjørelser som representerer offentligrettslig myndighetsutøvelse og de tilfelle hvor det offentliges handlingsgrunnlag i prinsippet er det samme som for private institusjoner». <sup>67</sup>

Etter forvaltningsloven vil en avgjørelse være å anse som et vedtak hvis den er et utslag av det offentliges «høyhetsrett». Bernt formulerer det slik:

*«[En]avgjørelse er et vedtak i lovens forstand, dersom det er en avgjørelsestype som er særpreget for det offentlige og utslag av statens makt over borgerne – utslag av statens 'overhøyhet' over borgerne om vi vil, herunder den særlige – men viktige – type makt som*

<sup>65</sup> (Solheim, 2023) s. 260.

<sup>66</sup> Slik også (Solheim, 2023) s. 264.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 54.

*ligger i at staten fordeler goder mellom borgerne ut fra andre kriterier enn forretningsmessige.»<sup>68</sup>*

Tradisjonelt har myndighetsutøvelse vært kjennetegnet ved at stat eller kommune, i kraft av sin høyhetsrett overfor borgerne, treffer beslutninger i form av forbud, påbud, og tillatelser. Forvaltningen engasjerer seg også i alminnelig forretningsdrift. Slik virksomhet innebærer normalt ikke offentlig myndighetsutøvelse. Det samme er normalt tilfellet når det offentlige ivaretar sine alminnelige interesser som eier. Grensedragningen mellom utøvelse av privat autonomi og offentlig myndighetsutøvelse er imidlertid ikke skarp.<sup>69</sup> Det er ikke alltid klart hvilken sammenheng det offentlige opptre i. Enkelte beslutninger som utad fremstår som utøvelse av privat råderett kan i realiteten innebære offentlig myndighetsutøvelse.<sup>70</sup> Dette kan særlig være tilfellet i forbindelse med rådighet over fast eiendom beregnet til allmenn bruk, som det offentlige også har mulighet til å regulere på offentligrettslig grunnlag.<sup>71</sup> Som påpekt av Graver vil det «av og til være tvil om det offentlige disponerer i kraft av sin eierrådighet eller i kraft av sin myndighetskompetanse» og «[i] noen tilfeller har det offentlige reguleringsmyndighet samtidig som det befinner seg i en eierposisjon».<sup>72</sup>

Ved vurderingen av om stat eller kommune utøver offentlig myndighet vil hjemmelsgrunnlaget ha en viss betydning. Tiltak som har sitt grunnlag i det offentliges eiendomsrett, vil som hovedregel ikke utgjøre myndighetsutøvelse.<sup>73</sup> Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. Også der det offentlige gjør bruk av sin eierrådighet som kompetansegrunnlag, vil det kunne være tale om offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven. Hvorvidt den private råderetten vil være *tilstrekkelig* som kompetansegrunnlag når det offentlige utøver myndighet er et annet spørsmål. Som påpekt av Graver, kan ikke «[d]et offentlige ... ubegrenset benytte seg av sin eierposisjon til å gi reguleringer for å vareta politiske eller samfunnsmessige hensyn».<sup>74</sup> At noe regnes som offentlig myndighetsutøvelse, vil trekke i retning av at det kreves hjemmel i lov, dersom borgerne berøres negativt. Det kan likevel ikke oppstilles et ubetinget krav om lovhjemmel. Eierrådigheten kan gi kommunen grunnlag for å fatte beslutninger som oppleves som negative for den enkelte. Grensen mellom offentlig myndighetsutøvelse som krever hjemmel i lov og kommunenes privatrettslige disposisjoner må likevel trekkes konkret. Jo mer inngripende beslutninger det er tale om, desto større grunn er det til å stille krav om hjemmel i lov.

<sup>68</sup> (Bernt 2017) note 22.

<sup>69</sup> Forvaltningslovutvalget har grensen mot privatrettslige avtaler blant annet må baseres på «hvilket samfunnsområde avtalen er gjort på, hva formålet med avtalen er, om det dreier seg om fordeling av et knapphetsgode, og hvilken motytelse den private parten må svare», jf. NOU 2019: 5 s. 436-437.

<sup>70</sup> (Solheim 2023) s. 260.

<sup>71</sup> NOU 2019:5 s. 448.

<sup>72</sup> (Graver, 2019) s. 221

<sup>73</sup> (Woxholt, 2011) s. 80. JDLOV-1989-723 og RG 1983 s. 773, på s. 784.

<sup>74</sup> (Graver, 2019) s. 223.

## 4. Privatrettslig råderett i lys av Ryde-dommen

### 4.1 Innledning

I det følgende redegjør vi nærmere for Høyesteretts dom i sak HR-2021-2510-A (Ryde-dommen), hvor Høyesterett tok stilling til spørsmålet om i hvilken utstrekning en kommune kan regulere bruken av kommunal grunn i kraft av sin eierrådighet. Vi gir en overordnet fremstilling av saksforholdet i dommen, og presenterer flertallets og mindretallets syn. Deretter redegjør vi for den kritikk som har fremkommet i juridisk teori, og praksis som har kommet til etter at dommen ble avsagt.

### 4.2 Høyesteretts rettsforståelse og dommens rekkevidde

#### 4.2.1 Kort om avgjørelsen

Ryde-saken gjaldt en tvist mellom Trondheim kommune og Ryde Technology AS (Ryde). Ryde og andre private aktører hadde utplassert et stort antall el-sparkesykler på kommunal grunn i Trondheim. El-sparkesyklene var blant annet plassert på kommunale veier, parker og torg. For å avbøte på problemet vedtok kommunen med henvisning til kommunens eierrådighet et generelt forbud mot kommersiell utleie av el-sparkesykler på kommunens grunn, med unntak for tre tilbydere som skulle få drive virksomhet med utleie av el-sparkesykler på nærmere fastsatte vilkår. Disse tre skulle velges ut gjennom en anbudskonkurranse.

Ryde nektet å forholde seg til forbudet, som de mente kommunen ikke hadde kompetanse til å beslutte uten hjemmel i lov. Kommunen gikk derfor til søksmål mot Ryde med krav om fastsettellesdom for at selskapet ikke hadde rett til å drive utleievirksomhet på kommunal grunn uten samtykke fra kommunen. Spørsmålet for Høyesterett var om det kommunale vedtaket var et inngrep overfor selskapet som krevde hjemmel i lov etter Grunnloven § 113, eller om vedtaket kunne forankres i kommunens eierrådighet.

Høyesterett kom under dissens 4-1, i likhet med de tidligere instanser, til at vedtaket måtte anses som utøvelse av offentlig myndighet som krevde lovhjemmel. Mindretallet mente derimot at eierrådigheten utgjorde et tilstrekkelig kompetansegrunnlag.

#### 4.2.2 Flertallets votum

Høyesteretts flertall vurderte først hvilke disposisjoner som på generelt grunnlag kan forankres i eierrådigheten, før de gikk over til å vurdere hva som kjennetegner offentlig myndighetsutøvelse som krever lovhjemmel. Flertallet ga følgende prinsipielle uttalelse om rekkevidden av eierrådigheten som kompetansegrunnlag:

*«Utgangspunktet er at det offentlige har samme eierrådighet som private. Men det gjelder visse skranker for det offentliges rett til å disponere over egen grunn. Jo større likhet det er med vanlig forvaltning, jo større grunn er det til å la offentligrettslige regler få anvendelse i tillegg til de privatrettslige – herunder kravet om lovhjemmel. Det vil oftest kunne være tilfelle når reguleringen virker inngripende og skal ivareta politiske eller samfunnsmessige hensyn. Særlige begrensninger gjelder på grunn som er beregnet til allmenn bruk, som*

*veger og torg. Til dette kommer at eieren i kraft av sin eierrådighet ikke kan gripe inn mot aktivitet som utøves med hjemmel i lov, slik Forvaltningslovutvalget peker på i NOU 2019:5 side 447.»<sup>75</sup>*

Høyesteretts flertall legger altså til grunn at krav om lovhjemmel oftere aktualiseres for beslutninger som virker inngripende og skal ivareta politiske eller samfunnsmessige hensyn. Dette må forstås som at flertallet antar at slike beslutninger ofte vil ha karakter av å være offentlig myndighetsutøvelse. Flertallet oppstiller likevel ikke et ubetinget krav om lovhjemmel i slike tilfeller, men snarere momenter som skal inngå i en bredere vurdering, jf. nærmere nedenfor.

Høyesterett pekte også på at «særlige begrensninger» gjelder for grunn som er beregnet til allmenn bruk, som veger og torg. Det er ikke klart om Høyesterett her kun henviser til de lovfestede begrensningene som følger av vegloven og trafikkloven som gir allmenheten vide rettigheter til ferdsel og opphold, eller om de mener at beslutninger knyttet til all aktivitet som er hjemlet i lov på generelt grunnlag lettere vil ha et offentligrettslig preg. Det følger imidlertid av trinnhøydeprinsippet at lovbestemte rettigheter ikke kan begrenses gjennom utøvelse av eierbeføyelser.<sup>76</sup> Offentlige eiere må for eksempel på samme måte som private eiere respektere allmennhetens rett til fri ferdsel.<sup>77</sup>

Flertallet gikk deretter over til å se på spørsmålet om hva som må regnes som offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til legalitetsprinsippet. Flertallet la til grunn at grensen for offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til legalitetsprinsippet vil kunne være annerledes enn etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a, som angir hva som regnes som vedtak.<sup>78</sup> Dette må særlig ses i sammenheng med at offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven § 2 vil fange opp alle situasjoner hvor det offentlige treffer en beslutning som påvirker noens rettsstilling, mens legalitetsprinsippet forutsetter en form for negativ påvirkning. Forvaltningsloven § 2 vil dermed ha et videre anvendelsesområde enn lovskravet i Grunnloven § 113.

Etter en gjennomgang av ulike rettskilder, oppsummerte flertallet innholdet av begrepet offentlig myndighetsutøvelse og grensen mot legalitetsprinsippet slik:

*«I en vurdering av om et vedtak må bedømmes som offentlig myndighetsutøvelse slik at det krever hjemmel i lov, står altså flere forhold sentralt. I kjernen av begrepet ligger forbud og tillatelser og andre disposisjoner som har en klar offentligrettslig karakter. Formålet med tiltaket spiller også inn. Videre har det betydning om det dreier seg om et ensidig pålegg, eller om gjensidige ytelser.»<sup>79</sup>*

---

<sup>75</sup> Avsnitt 64.

<sup>76</sup> (Eckhoff & Smith, 2003) s. 320

<sup>77</sup> Lov 28. juni 1957 nr. 16 om friluftslivet (friluftsloven).

<sup>78</sup> Avsnitt 65.

<sup>79</sup> Avsnitt 69.

Med andre ord er type beslutning (vedtakets art), vedtakets formål, og om dette er et ensidig pålegg eller en gjensidig ytelse, av betydning for grensegangen mot offentlig myndighetsutøvelse som krever hjemmel i lov.

Deretter formulerte flertallet i Høyesterett den overordnede problemstillingen slik:

*«Om det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel for det vedtaket Trondheim kommune har truffet, må etter dette bero på en konkret vurdering av om det dreier seg om en privatrettslig håndheving av eiendomsretten, eller offentlig myndighetsutøvelse som krever hjemmel i lov. Vurderingen forankres i den gjennomgangen jeg har foretatt av hva som kjennetegner disse ulike hjemmelsgrunnlagene.»<sup>80</sup>*

Flertallet la dermed til grunn at grensen for hvilke disposisjoner som kan forankres i den privatrettslige rådigheten går der hvor «offentlig myndighetsutøvelse [...] krever hjemmel i lov». Flertallet drøftet imidlertid ikke nærmere når grensen til legalitetsprinsippet er overskredet, men viser til at dette må «bero på en konkret vurdering».

I den konkrete vurderingen av om Trondheim kommunes forbud innebar offentlig myndighetsutøvelse som krever hjemmel i lov, tok flertallet utgangspunkt i momentene nevnt over. Flertallet så først på hvilken *type beslutning* kommunens vedtak var. Flertallet fremhevet at det dreier seg om et forbud mot å drive en næringsvirksomhet – utleie av el-sparkesykler på kommunal grunn – kombinert med en ordning der kommunen kan gi tillatelser til virksomheten etter nærmere retningslinjer. Etter flertallets syn var dette et vedtak som etter sitt innhold lå i kjerneområdet for hva som typisk anses som offentlig myndighetsutøvelse.<sup>81</sup>

For Høyesteretts flertall var det altså forbudselementet i kombinasjon med den varslede konkurransen som sto sentralt. Høyesterett la eksplisitt vekt på vedtakets virkninger, ved at det ble oppstilt et forbud mot virksomheten. Dette samsvarer med det rettslige utgangspunktet som flertallet fastsatte innledningsvis i dommen, om at lovskravet er reservert for «inngrep» og at styrken på lovskravet er relativt ut fra styrken på inngrepet.

Flertallet så deretter på hvilket *samfunnsområde* som ble berørt av beslutningen. Det ble fremhevet som et generelt poeng at offentlig virksomhet som ivaretar grunnleggende behov hos innbyggerne, ofte vil bli regnet som myndighetsutøvelse.<sup>82</sup> Det ble i den forbindelse lagt stor vekt på at forbudet gjaldt veger og tilknyttede arealer som benyttes til allmenn ferdsel, det vil si en sentral offentlig infrastruktur som allerede er underlagt en omfattende offentligrettslig regulering. Uavhengig av om forbudet var i strid med noen lov- eller forskriftsfestede rettigheter, var det av sentral betydning for flertallet at beslutningen hadde en sterk saklig tilknytning til dette regelverket.<sup>83</sup> For flertallet var det følgelig tilsynelatende uten betydning om beslutningen gjaldt en kommersiell – og ikke en individuell – bruk av ferdsels- og parkeringsrett.

---

<sup>80</sup> Avsnitt 80.

<sup>81</sup> Avsnitt 81.

<sup>82</sup> Avsnitt 83.

<sup>83</sup> Avsnitt 84-90.

Videre trakk flertallet frem *vedtakets formål*. Det ble i den forbindelse understreket at det var uten betydning at vedtaket har som formål å ivareta fellesskapets interesser. Som flertallet påpeker, er kommuner langt på vei forpliktet til å forfølge slike formål også når de utøver sin eierrådighet. Det ble imidlertid uttalt at «når formålet som i denne saken er å regulere atferd av mer vidtrekkende betydning for aktuelle næringsutøvere, trekker formålet i retning av at lovhjemmel er nødvendig».<sup>84</sup>

Høyesteretts flertall legger seg her på en noen annen linje når det gjelder formålsargumentet enn de synspunktene som har vært fremme i juridisk teori.<sup>85</sup> Det sentrale etter flertallets syn er ikke om beslutningen ivaretar politiske eller samfunnsmessige hensyn, men om den har generell atferdsregulering som sitt primære formål. Det er først når forvaltningen forsøker å ivareta slike interesser gjennom atferdsregulering at hensynene bak lovskravet gjør seg gjeldende. Selv om flertallet ikke går nærmere inn på dette, må poenget sees i sammenheng med at slik regulering ligger utenfor det en privatperson normalt ville benyttet sin eiendomsrett til. Det ligger derimot i kjernen av det offentliges oppgaver, noe som normalt skjer gjennom lov og forskrift. Det ligger også i flertallets uttalelse at de mente at vedtaket i dette tilfellet hadde et klart formål om å regulere adgangen til å drive næringsvirksomhet på en måte som underbygde at lovhjemmel var nødvendig.

Avslutningsvis vurderte flertallet om det forelå et «behov for en lovgivningsprosess og de prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som et krav om hjemmel i lov tilfører kommunens saksbehandling».<sup>86</sup> Med dette introduseres hensynet til rettssikkerhet som et relevant moment ved grensedragningen.

I denne forbindelse påpekte flertallet først at vedtaket etablerer en ordening som krever tillatelse som bare noen få aktører vil kunne få.<sup>87</sup> Betydningen av dette poenget utdypes ikke nærmere. Det er imidlertid nærliggende å tolke flertallet slik at de oppfattet beslutningen som nokså inngripende overfor Ryde. Dette må antagelig sees i sammenheng med at kommunens beslutning i praksis innebar at de måtte avvikle sin virksomhet i Trondheim, da vilkårene kommunen hadde satt, med et tak på 200 sykler per operatør, etter selskapets vurdering ikke ga grunnlag for lønnsom drift.

Videre fremhevet flertallet at spørsmålet om regulering av el-sparkesykler var omstridt, noe som tilsa at «de forskjellige interessene bør avveies gjennom en annen og grundigere prosess enn som ledd i en kommunal eiendomsrettslig disposisjon». Synspunktet er trolig at jo sterkere motstridende interesser og synspunkter som gjør seg gjeldende, desto sterkere vil likheten til tradisjonell forvaltning og politiske avveininger være. En lovgivningsprosess ville føre til at «prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, som krav til opplysning av saken og en offentlig høring av et utkast til forskrift, [vil] bli ivaretatt».<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Avsnitt 92.

<sup>85</sup> Se eksempelvis, (Graver, 1999) s. 226-227

<sup>86</sup> Avsnitt 94.

<sup>87</sup> Avsnitt 95.

<sup>88</sup> Avsnitt 95-96.

Endelig påpekte flertallet at det tyngste argumentet mot å avskjære eierrådigheten som hjemmelsgrunnlag var «de legitime behov kommunene som grunneiere har for å kunne regulere allmennhetens bruk av offentlig eiendom i et tilfelle som vårt».<sup>89</sup> Kommunens reelle behov for regulering anerkjennes derfor i prinsippet som et relevant moment i vurderingen. Flertallet påpekte imidlertid at «det [går] utvilsomt en grense for hvor tungt behovet for en regulering kan veie i en vurdering av om reguleringen krever hjemmel i lov».<sup>90</sup> Det ble blant annet vist til at de negative virkningene langt på vei dempes av at selve bruken av el-sparkesykler var regulert i annet regelverk. Dette tilsier at det først og fremst vil være aktuelt å legge vekt på dette momentet i grensetilfeller.

Flertallet presiserte også at kommunens vedtak «står i en annen stilling enn når staten eller kommunene som eier av veggrunnen regulerer adgangen til å disponere over et bestemt og avgrenset fysisk område langs vegen – for eksempel til å reklamere eller selge varer».<sup>91</sup> Med dette begrenser flertallet rekkevidden av avgjørelsen til forbud med sammenlignbar karakter som i den aktuelle saken.

På bakgrunn av en avveining av ovennevnte momenter konkluderte flertallet med at vedtaket måtte anses som utøvelse av offentlig myndighet som krever hjemmel i lov. Eierrådigheten ga dermed ikke tilstrekkelig grunnlag for vedtaket.

#### 4.2.3 Mindretallets votum

Et mindretall på én dommer mente at eierrådigheten ga kommunen kompetanse til å nekte Ryde å drive utleievirksomhet på deres eiendom uten samtykke.

I sin drøftelse tok mindretallet samme rettslige utgangspunkt som flertallet. I stedet for å spørre om vedtaket innebar en utøvelse av offentlig myndighet, vurderte imidlertid mindretallet rekkevidden av den private råderetten som kompetansegrunnlag mer generelt. Mindretallet viste til at det i juridisk teori er lagt til grunn at det går en grense for hva det offentlige kan beslutte i medhold av eierrådigheten, men at det er uklart om det gjelder flere skranker enn de som følger av «annen lov, saklighetskrav eller andre rettigheter».<sup>92</sup>

Mindretallet gikk deretter over til å vurdere legalitetsprinsippet og hvorvidt dette kunne begrense eierrådigheten som kompetansegrunnlag. Med henvisning til juridisk teori uttalte mindretallet at hun «avviser likevel ikke at legalitetsprinsippet i noen tilfeller kan medføre krav om lovhjemmel for det offentliges beføyelser over grunnen selv om det er eier».<sup>93</sup> Det ble blant annet vist til en uttalelse i juridisk teori om at «[i]nngripende, drastiske eller konsekvensrike tiltak kan fordre hjemmel i lov enda disse i utgangspunktet hviler på myndighetenes private autonomi».<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> Avsnitt 97.

<sup>90</sup> Avsnitt 99.

<sup>91</sup> Avsnitt 100.

<sup>92</sup> Avsnitt 111.

<sup>93</sup> Avsnitt 112.

<sup>94</sup> Avsnitt 112, med henvisning til (Boe, 2018) s. 52.



Mindretallet viste også til to tidligere avgjørelser, hvor Høyesterett aksepterte at det offentlige med hjemmel i sin eiendomsrett kunne nedlegge forbud mot ulike aktiviteter på offentlig grunn. Dommene var også henvist til i flertallets premisser, uten at flertallet fant særlig veiledning i dem.<sup>95</sup>

På bakgrunn av rettskildene la mindretallet til grunn at «eierrådigheten til grunnen som kompetansegrunnlag står sterkt».<sup>96</sup> Samlet fremstår det som om mindretallet i langt større grad enn flertallet la vekt på det rettslige utgangspunktet om at det offentlige har samme råderett over sin eiendom som en privat grunneier, og at legalitetsprinsippets lovkrav bare kommer til anvendelse i unntakstilfeller.

I den konkrete vurderingen tok mindretallet utgangspunkt i at kommunen ikke ønsket et generelt forbud mot kommersiell utleie av el-sparkeykler, men at de ville tillate et begrenset antall aktører å drive etter avtale med kommunen.<sup>97</sup> Etter mindretallets syn fremsto dette som kommunal utleie, i likhet med utleie til salgsboder, uteservering osv., og ikke som typisk myndighetsutøvelse.

Selv om mindretallet ikke sier det uttrykkelig, må argumentasjonen sees i sammenheng med det som tidligere er henvist til i teorien om at kjernen i begrepet offentlig myndighetsutøvelse er tilfeller hvor det offentlige griper inn i noens rettsstilling. Mindretallet la i denne forbindelse tilsynelatende mer vekt på den formelle arten av vedtaket (at det ikke var ment å være et generelt rettslig forbud), fremfor virkningen vedtaket hadde overfor Ryde (at det ville innebære et faktisk forbud overfor dem hvis de ikke fikk tillatelse til drift).

Ved vurderingen av samfunnsområde og betydningen av at den aktuelle kommunale grunnen var ment for allmennhetens ferdsel, påpekte mindretallet at reguleringen ikke var et ferdselsinngrep overfor Ryde som ikke satte ut syklene for selv å ferdes på offentlig veg, «men for å drive næring ved utleie av dem».<sup>98</sup> Dette tilsier at mindretallet mener samfunnsområdet først og fremst får betydning i tilfeller hvor det offentlige griper direkte inn på det aktuelle området gjennom regulering.

Videre viste mindretallet til at Rydes virksomhet går ut over andre borgeres muligheter til å ferdes trygt på kommunal grunn. Det fremstår med dette som om mindretallet i større grad enn flertallet vektla kommunens legitime behov for å regulere virksomheten for å ivareta allmenne interesser.

Mindretallet mente også at kommunens regulering verken var i strid med trafikkreglene eller vegloven. Det ble videre uttalt at «[s]å lenge ikke kommunens bruk av eierrådigheten kommer i konflikt med det øvrige regelverket, synes det altså ikke å være problematisk at det også finnes andre regler som regulerer bruken av veggrunnen».<sup>99</sup> Uttalelsen bekrefter mindretallets

---

<sup>95</sup> Avsnitt 62.

<sup>96</sup> Avsnitt 115-116.

<sup>97</sup> Avsnitt 117.

<sup>98</sup> Avsnitt 118.

<sup>99</sup> Avsnitt 120.

utgangspunkt om at eiendomsretten i utgangspunktet innebærer en fri råderett så lenge annet ikke følger av særlige regler.

Deretter tok mindretallet for seg formålet med reguleringen.<sup>100</sup> Mindretallet anerkjente at formålet med reguleringen var å begrense de negative virkningene for brukere, men sluttet seg til flertallets syn om at dette i seg selv ikke kunne medføre at man lå utenfor det som kunne gjøres i kraft av eierrådigheten. Mindretallet uttalte seg ikke om betydningen av et eventuelt reguleringsformål hos kommunen, som flertallet la stor vekt på.

Endelig tok mindretallet for seg prosessargumentet. Det ble i utgangspunktet anerkjent at «spørsmålet om hvor strengt utleie av el-sparkesykler skal reguleres, bør avveies gjennom en grundig prosess».<sup>101</sup> I motsetning til flertallet, mente imidlertid mindretallet at dette kravet kunne imøtekommes gjennom en kommunal eiendomsrettslig disposisjon. Det ble vist til at slike disposisjoner blir avgjort i politiske organer, vil være gjenstand for offentlig debatt og at prosessen er underlagt alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingskrav. Mindretallet bemerket også at selv om det i visse tilfeller kan være ønskelig med en lovgivningsprosess og en klar hjemmel, er ikke dette ensbetydende med at eierrådigheten er utelukket som alternativt kompetansegrunnlag.

### 4.3 Kritikk av avgjørelsen i juridisk teori

Det har i juridisk teori blitt hevdet at Høyesterett i Ryde-dommen anlegger en strengere tilnærming til rekkevidden av eierrådigheten enn det som tidligere var lagt til grunn, og at dette vil kunne gjøre det vanskeligere for offentlige myndigheter å benytte eierrådigheten som kompetansegrunnlag.<sup>102</sup> Dette kan både føre til at kommuner avstår fra å gjennomføre nødvendig regulering og en svekkelse av lokaldemokratiet.<sup>103</sup>

Flere forfattere har kritisert flertallets tilnærming og argumentasjon i Ryde-dommen. Midttun Tobiassen skriver at «[e]n måte å se saken på, er å vurdere hvilke beføyelser det offentlige har i kraft av eiendomsrett». Denne fremgangsmåten er i samsvar med mindretallets votum, som vurderte rekkevidden av den private råderetten som kompetansegrunnlag mer generelt (se punkt 4.2.3 over). Han skriver videre:

*«Under henvisning til § 113 ble spørsmålet for Høyesterett i stedet om kommunens bruk av eiendomsretten var et 'inngrep'. Domstolen kobler ikke vurderingen av 'inngrep' opp mot rimelige skranker for det offentliges bruk av eiendomsrett til reguleringsformål, men oppstiller i stedet hittil ukjente kriterier for å vurdere om utøvelse av eiendomsrett utgjør 'offentlig myndighetsutøvelse' som krever 'hjemmel i lov'.*

---

<sup>100</sup> Avsnitt 121.

<sup>101</sup> Avsnitt 122.

<sup>102</sup> (Solheim, 2023) s. 277.

<sup>103</sup> (Tobiassen, 2022) s. 64-66.

*Med nye og uklare kriterier for når lov kreves, risikerer vi at offentlig regulering i kraft av andre kompetansegrunnlag enn lov, underkjennes. Høyesteretts flertall viser liten forståelse for at også vedtak i kommunestyre har demokratisk forankring.»<sup>104</sup>*

Midttun Tobiassen fremhever videre at flertallet synes å ha innført en ny materiell skranke for utøvelse av det offentliges private råderett, forankret i legalitetsprinsippet. Også Smith synes å mene at flertallet med dette introduserer en ny skranke for eierrådigheten som ikke har grunnlag i tidligere rettspraksis eller Grunnloven § 113.<sup>105</sup>

I juridisk teori er det også pekt på at flertallet i stor grad bygger sin argumentasjon på at beslutningen fra Trondheim kommune var knyttet til reglene om allmenn ferdsel og parkering. Beslutningen begrenset likevel ikke enkeltpersoners rett til ferdsel og parkering med el-sparesykler, men gjaldt adgangen til kommersiell utplassering av et betydelig antall slike sparkesykler.<sup>106</sup> Noe av formålet med beslutningen var nettopp, slik også Høyesteretts mindretall fremhever, å bedre atkomsten for de mange innbyggerne som ble negativt berørt av el-sparesyklene.

Ettersom Høyesteretts flertall legger så stor vekt på ferdselsretten, er det i juridisk teori anført at den konkrete prejudikatsvirkningen av dommen må begrenses til tilsvarende beslutninger.<sup>107</sup> Sammenholdt med at de vurderingskriteriene flertallet trekker opp for grensedragningen er skjønnsmessige og uklare, medfører dette at dommen i liten grad bidrar til en prinsipiell klargjøring av hvilke typer disposisjoner som kan forankres i eierrådigheten.<sup>108</sup>

Det har også blitt reiset innvendinger til hvordan flertallet behandler hensynet til det kommunale selvstyret. For flertallet var det et sentralt poeng at spørsmålet om regulering av el-sparesykler var omstridt, og at det derfor burde behandles «gjennom en annen og grundigere prosess enn som ledd i en kommunal eiendomsrettslig disposisjon». Avklaringen burde etter flertallets syn finne sted ved at «Stortinget som lovgiver behandler hjemmelsspørsmålet».<sup>109</sup> Flertallet fremstår med dette lite lydhøre for at også kommunens eiendomsrettslige disposisjoner kan ha en lokaldemokratisk forankring og være truffet etter en åpen og grundig prosess, slik Høyesteretts mindretall legger til grunn. Midttun Tobiassen skriver til dette at «[o]m argumentasjonen i avgjørelsen anvendes i andre saker, risikerer vi en nedregulering i samfunnet og en uthuling av lokaldemokratiet».<sup>110</sup>

Vedtaket i Ryde-saken var truffet av formannskapet som er et folkevalgt organ. Ved å uten videre legge til grunn at omstridte spørsmål hører hjemme hos Stortinget som lovgiver, og ikke i de folkevalgte organene i kommunene, er det i juridisk teori anført at Høyesterett legger opp til

<sup>104</sup> (Tobiassen, 2022) s. 66.

<sup>105</sup> (Smith, 2023) s. 381.

<sup>106</sup> (Solheim, 2023) s. 271-272.

<sup>107</sup> (Solheim, 2023) s. 272.

<sup>108</sup> (Smith, 2023) s. 393-394.

<sup>109</sup> Avsnitt 95-96.

<sup>110</sup> (Tobiassen, 2022), s. 66.

en sentralisering av makt fra stat til kommune.<sup>111</sup> Dette er ikke uproblematisk av hensyn til det kommunale selvstyret.

## 4.4 Avgjørelser i etterkant av Ryde-dommen

### 4.4.1 Innledning

I lys av den korte tiden som har gått siden Ryde-dommen ble avsagt, finnes det få etterfølgende avgjørelser om grensen mellom privat råderett og offentlig myndighetsutøvelse. Dommen har likevel blitt vist til i noen senere avgjørelser, og disse vil bli gjennomgått i det følgende. Vi understreker at ikke alle sakene direkte gjelder spørsmålet om rekkevidden av eierrådigheten som kompetansegrunnlag etter legalitetsprinsippet. Enkelte avgjørelser gjelder sondringen mellom avgjørelser forankret i privat eierrådighet eller autonomi og «utøvelse av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven § 2. Selv om momentene Høyesteretts flertall oppstilte i Ryde-saken vil være av betydning både i relasjon til legalitetsprinsippet lovskrav og i relasjon til hva som utgjør «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven, vil ikke grensedragningen nødvendigvis være sammenfallende.

### 4.4.2 Rettspraksis i etterkant av Ryde-dommen

Borgarting lagmannsrett vurderte i dom 11. august 2023 (LB-2023-63294) Bane NORs beslutning om å trekke tilbake sikkerhetsmessige godkjenninger fra en oppdragstaker. Godkjenningene var nødvendig for å utføre arbeid på Bane NORs eiendom. Spørsmålet for lagmannsretten var om beslutningen var et vedtak i forvaltningslovens forstand, eller om avgjørelsen måtte anses truffet som ledd i ivaretagelsen av Bane NORs privatautonomi. For det tilfellet at det var tale om et vedtak etter forvaltningsloven, var partene enige om at vedtaket måtte oppheves, ettersom selskapets klage ikke hadde blitt undergitt en forvaltningsmessig klagebehandling av overordnet organ.

Spørsmålet lagmannsretten skulle ta stilling til var ikke om Bane NORs beslutning krevde hjemmel i lov etter Grunnloven § 113. Lagmannsretten legger likevel til grunn at vurderingstemaet langt på vei er sammenfallende:

*«Vurderingen av om en beslutning må anses truffet under utøving av offentlig myndighet, har et overlappende anvendelsesområde med vurderingen av når legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113 som krever at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov. Man vil likevel stå overfor utøvelse av offentlig myndighet også ved begunstigende vedtak som for eksempel tilkjenning av trygdeytelser eller innvilgelse av tillatelse til noe som i utgangspunktet er forbudt, som for eksempel byggetillatelse. Dette innebærer at nedslagsfeltet for når noe er et vedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav a, vil være videre enn vurderingen av når et tiltak krever hjemmel i lov, jf. HR-2021-2510-A (Ryde) avsnitt 66, slik at det ikke nødvendigvis bare er i situasjoner der beslutningen er inngripende at man vil stå overfor et vedtak.»*

<sup>111</sup> (Tobiassen, 2022), s. 66 og Smith (2023), s. 391-392.

Lagmannsretten synes med dette å legge til grunn at for så vidt gjelder *beslutninger til ugunst* for private, vil vurderingen av om beslutningen utgjør offentlig myndighetsutøvelse falle sammen med vurderingen av når det kreves hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet.

Likevel bemerket lagmannsretten at «det [er] karakteren av det som er besluttet som er avgjørende ved den vurderingen lagmannsretten skal foreta etter forvaltningsloven § 2 bokstav a, ikke om man har kompetanse til å beslutte det». Retten klargjør derfor at det avgjørende i den aktuelle saken ikke var om Bane NOR hadde tilstrekkelig hjemmel for den aktuelle beslutningen. Likevel legger lagmannsretten til at «[n]år beslutningen anses som offentlig myndighetsutøvelse, men subjektet som treffer den ikke er tilført den nødvendige kompetansen, vil beslutningen være urettmessig – rettene sagt ugyldig – allerede på dette grunnlag». Uttalelsen må trolig tolkes slik at lagmannsretten mener at Bane NOR bare vil kunne utøve offentlig myndighet dersom de har fått tildelt kompetanse fra andre forvaltningsorganer gjennom delegasjonsvedtak.<sup>112</sup>

Lagmannsrettens flertall gikk deretter over til å vurdere grensen mellom privatautonomi og offentlig myndighetsutøvelse. Flertallet bemerket at denne grensen vanligvis blir vurdert for forvaltningsorganer, mens man i den aktuelle saken hadde med et statsforetak å gjøre. Lagmannsrettens flertall la imidlertid til grunn at hva som er offentlig myndighetsutøvelse må være det samme, uansett om det er et forvaltningsorgan eller noen andre som har truffet den aktuelle beslutningen. I den nærmere vurderingen viste flertallet til de generelle momentene som ble vektlagt i Ryde-dommen.

Lagmannsrettens flertall kom – under tvil – til at Bane NORs avgjørelse, så langt den gikk ut på tilbakekall av sertifikat som fører av trekraftkjøretøy (lokfører), skulle anses som et enkeltvedtak. Avgjørelsen om tilbakekall av to øvrige godkjenningsbevis – godkjenningene som hovedsikkerhetsvakt og som leder for el-sikkerhet – måtte derimot etter lagmannsrettens syn anses truffet i kraft av Bane NORs privatautonomi. Av særlig betydning for vurderingen av førstnevnte vedtak var jernbanelovens regulering av krav til sikkerhet ved jernbanen. Når det gjaldt sistnevnte la flertallet til grunn at tilbakekallene måtte anses «å ha skjedd til oppfyllelse av de myndighetskrav som er stilt overfor Bane NOR i form av kravet til å ha et detaljert sikkerhetssystem. Disse tilbakekallene var derfor besluttet som ledd i Bane NORs innretning av egen virksomhet i samsvar med sikkerhetskravene. Flertallet viste til at dette er en rett som enhver privat virksomhet vil ha i en sammenliknbar situasjon, og at beslutningene derfor måtte anses som et tiltak truffet som ledd i utøvelsen av Bane NORs privatautonomi.

Mindretallet kom på sin side til at også Bane NORs tilbakekall av de to øvrige godkjenningene måtte anses som et enkeltvedtak som er undergitt de lovfestede og ulovfestede skrankene for offentlig myndighetsutøvelse. Mindretallet var enig med flertallet i fremstillingen av de ulike kryssende hensyn i saken, men vektla disse hensynene noe annerledes enn flertallet.

---

<sup>112</sup> Ettersom Bane NOR er et statsforetak, og dermed et privat rettssubjekt vil det være riktig. Som vi har presisert tidligere, vil det offentlige etter vårt syn kunne fatte enkelte beslutninger som innebærer offentlig myndighetsutøvelse med hjemmel i sin eierådighet.

#### 4.4.3 Forvaltningspraksis i etterkant av Ryde-dommen

Etter Ryde-dommen har Sivilombudet behandlet tre saker om privat råderett og offentlig myndighetsutøvelse. Legalitetsprinsippet ble bare vurdert i den første saken.

##### Sivilombudets rapport 29. juni 2022 i sak SOM-2022-1416 (Utestenging fra Nav)

Sivilombudet avga i juni 2022 en rapport om adgangen til å beslutte utestenging fra Nav. Slik utestenging innebærer at Nav forbyr en bestemt person å møte opp ved et eller flere fysiske Nav-kontorer og/eller å kontakte kontoret på telefon. Formålet er å beskytte de ansatte, eller å forhindre alvorlig skadeverk. Beslutningene fattes som følge av konkrete episoder med uønsket atferd, for eksempel vold, trakassering eller trusler.

Sivilombudet gjennomførte en undersøkelse av hvordan åtte kommuner praktiserte ordningen med utestengelse i 2020 og 2021. Selv om det jevnlig fattes slike beslutninger, foreligger det ingen lov- eller forskriftsbestemmelse som gir Nav kompetanse til å utestenge enkeltpersoner. Det har i forvaltningspraksis blitt lagt til grunn at eierrådigheten til kontorene er tilstrekkelig som kompetansegrunnlag for denne typen avgjørelser.<sup>113</sup> Spørsmålet om slike beslutninger kan forankres i eierrådigheten har aldri blitt prøvd for domstolene.

Med henvisning til Høyesteretts avgjørelse i Ryde-saken, problematiserte ombudet om eierrådigheten var tilstrekkelig som kompetansegrunnlag for denne typen beslutninger eller om det måtte kreves lovhjemmel. Ombudet viste til at de i tidligere saker hadde tatt utgangspunkt i en slutning «fra det mer til det mindre». Det var antatt at når Nav i kraft av eierrådigheten kan gi generelle føringer om kontorenes åpningstider mv., måtte Nav også kunne begrense enkeltpersoners adgang til kontoret gjennom utestengning. Sivilombudet pekte likevel på at det å fastsette generelle begrensninger i publikums adgang til Navs lokaler, skiller seg vesentlig fra å utestenge en enkeltperson, ved at det kan begrense vedkommendes mulighet til å ivareta sine lovfestede rettigheter. På den bakgrunn mente ombudet at det usikkert om slutningen «fra det mer til det mindre» kunne være holdbar. Ombudet mente også at det var problematisk at henvisning til eierrådigheten ikke var drøftet grundigere opp mot utestenging som et inngrep som krever hjemmel etter Grl. § 113.

Sivilombudet påpekte videre at situasjonen i Ryde-saken, utleie av el-sparkesykler, utvilsomt skilte seg fra utestenging, men samtidig kunne flere at momentene som ble trukket frem av Høyesterett forstås slik at de taler for et krav om lovhjemmel for utestenging fra Nav. Ombudet viste til at det var tale om et *forbud på et samfunnsområde* der det offentlige søker å ivareta borgernes grunnleggende behov. Videre er utestenging fra Nav et område der det gjør seg gjeldende flere tungtveiende og til dels motstridende hensyn. Ombudet erkjente at Nav i mange tilfeller ville ha et reelt og legitimt behov for å ivareta sikkerheten til de ansatte og andre personer, men viste til at Høyesterett i Ryde-saken tilla det offentliges behov for regulering en mer begrenset vekt.

---

<sup>113</sup> Dette kommer frem blant annet av et brev fra Arbeids- og sosialdepartementet til Sivilombudet 21. april 2015.

Sivilombudet fant det usikkert om privatrettslig eierrådighet gir Nav et tilstrekkelig rettslig grunnlag for fysisk utestenging fra lokalene eller om det kreves lovhjemmel. På den bakgrunn tok ombudet til orde for at det rettslige grunnlaget for utestenging burde vurderes på nytt.

Sivilombudets uttalelse av 14. februar 2023 i sak SOM-2022-3669 (prisregulert leilighet)

Sak SOM-2022-3669 gjaldt salg av en prisregulert borettslagsleilighet på det åpne marked. Prisreguleringen innebar at leiligheten bare kunne selges til en fastsatt makspris som lå vesentlig under markedspris. Kun personer bosatt i eller med tilknytning til kommunen kunne kjøpe leiligheten, og unge i etableringsfasen og voksne/eldre i en omstillingsfase skulle etter vedtektene og retningslinjer utarbeidet av kommunen prioriteres. Kommunen mottok forut for budgivningen opplysninger fra megler om alle interessenter, og ga deretter en tilbakemelding til megler om hvilke som var kvalifiserte til å kjøpe leiligheten, og hvem som hadde førsteprioritet.

Interessenten som ble innstilt med annenprioritet, klaget over innstillingen og manglende begrunnelse. Klagen ble avvist av kommunen, med henvisning til at den ikke hadde fattet noe enkeltvedtak i saken. Hovedspørsmålet i saken var om kommunes vurdering og prioritering av interessentene var forankret i kommunens private autonomi eller innebar utøvelse av offentlig myndighet etter forvaltningsloven.

Ombudet viste til at det offentliges privatrettslige disposisjoner som utgangspunkt faller utenfor området «offentlig myndighetsutøvelse», og at rådighet over offentlig eiendom er eksempel på tiltak som i utgangspunktet er av privatrettslig karakter. Likevel la ombudet til grunn at dette utgangspunkt må modifieres, og at tildeling av bolig med grunnlag i tildelingsvilkår kan utgjøre myndighetsutøvelse fordi *offentlige hensyn er mer fremtredende* enn de forretningsmessige. Ombudet pekte videre på at det var tale om *tildeling av et knapphetsgode*, hvor behovet for forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier gjør seg gjeldende fordi kommunens avgjørelse har stor økonomisk betydning for søkerne. Dessuten var det sosialpolitiske hensyn, og ikke forretningsmessige hensyn, som lå bak løsningen kommunen valgte.

Sivilombudet konkluderte med at kommunens beslutning måtte anses som utøvelse av offentlig myndighet, og at det dermed var tale om et enkeltvedtak. Ettersom det var tale om tildeling av et knapphetsgode, var det ikke nødvendig for ombudet å vurdere legalitetsprinsippet. Ombudet viste ikke til Ryde-dommen i avgjørelse, men flere av momentene trukket frem i høyesterettsdommen ble vurdert i saken.

Sivilombudets uttalelse 12 juni 2023 i sak SOM-2022-4668 (Ishockeyklubb)

Sak SOM-2022-4668 gjaldt spørsmålet om det å frata en ishockeyklubb retten til å trene i en offentlig eid ishall var å anse som et enkeltvedtak. Bakgrunnen var at Oslo Idrettskrets hadde besluttet å frata Oslo Ishockeyklubb retten til å trene i en offentlig eid ishall i en periode på tre år, som følge av flere brudd på internt regelverk for bruk av hallen. Klubben ønsket å klage på avgjørelsen, men klagen ble avvist av kommunen under henvisning til at avgjørelsen var truffet i kraft av privat eierrådighet.

Sivilombudet uttalte seg om grensen mellom avgjørelser forankret i privat eierrådighet og kriteriet «utøvelse av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven § 2. Sivilombudet viste til Ryde-saken og tok utgangspunkt i de generelle momentene som ble oppstilt i dommen.

Når det gjaldt *beslutningens art*, utestengelse fra offentlig eid ishall, la ombudet vekt på at klubbens medlemmer ble fratatt den treningstiden de opprinnelig var blitt tildelt. Fordi muligheten til å trene i en offentlig eid ishall fremsto som et knapphetsgode, talte det for at det dreide seg om myndighetsutøvelse.

Når det gjaldt hvilket *samfunnsområde* som ble berørt av avgjørelsen, mente ombudet at saken skilte seg fra saksforholdet i Ryde-dommen. Saken for ombudet gjaldt allmennhetens tilgang til offentlige bygg, som i liten grad er lovregulert, mens Ryde-dommen gjaldt forbud på offentlig vei underlagt omfattende lovregulering. Offentlig virksomhet som ivaretar grunnleggende behov hos innbyggere, vil ofte bli regnet som myndighetsutøvelse.

Ombudet la også vekt på at driften av idrettsanlegget ikke var økonomisk motivert, men skulle tilgodese fellesinteresser i samfunnet. *Formålet* bar dermed tydelig preg av å skulle ivareta offentlige interesser, som ifølge ombudet var et tungtveiende argument for å anse slike tildelingsavgjørelser som utøving av offentlig myndighet.

Ombudet hadde forståelse for at det offentlige i kraft av sin eierrådighet kan ha et legitimt behov for å utestenge personer fra sine eiendommer. Likevel uttalte ombudet at det er forskjell på å utestenge eller bortvise en person fra et offentlig lokale, og det å frata en idrettsklubb tildelt treningstid. Dette skiller beslutningen fra situasjoner der eieren, for å ivareta orden eller sikkerhet, utestenger en privatperson fra et offentlig bygg som allmennheten uansett har fri tilgang til, og der utestengelsen er direkte knyttet til vedkommendes atferd.

Sivilombudet konkluderte med at Oslo Idrettskrets beslutning om å frata ishockeyklubben retten til å trene i ishallen utgjorde et enkeltvedtak. Det var ikke anført at beslutningen utgjorde et inngrep som krevde hjemmel i lov, og ombudet drøftet ikke legalitetsprinsippet.



## 5. Representerer Ryde-dommen en endring av tidligere rettstilstand?

### 5.1 Innledning

I det følgende drøfter vi hvorvidt Høyesteretts avgjørelse i Ryde-saken innebærer en endring av tidligere rettstilstand. Det er innledningsvis viktig å understreke at dette er den første avgjørelsen fra Høyesterett som direkte gjelder rekkevidden av eierrådigheten som kompetansegrunnlag. Høyesterett har avsagt to avgjørelser som berører forbud hjemlet i eiendomsretten (jf. punkt 5.2 nedenfor), men avgjørelsene gir begrenset veiledning om rekkevidden av den privatrettslige råderetten. Dette temaet har vært gjenstand for drøftelser i juridisk teori i flere tiår. Det finnes videre uttalelser fra både Justisdepartementets lovavdeling, Sivilombudet og i underrettspraksis om hvilke beslutninger som kan forankres i det offentliges råderett over egen eiendom. De nevnte rettskildene har imidlertid begrenset vekt ved klarleggingen av tidligere «gjeldende rett».

Som påpekt i punkt 3.5 ovenfor, er det også slik at spørsmålet om noe er «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven i noen grad har blitt blandet sammen med spørsmålet om hvilke inngrep som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Etter vårt syn er det tale om ulike vurderinger, som bør holdes fra hverandre. Overordnet sett var rettstilstanden forut for Høyesteretts avgjørelse i Ryde ikke særlig klar.

### 5.2 Forholdet til tidligere høyesterettspraksis

Det offentliges bruk av privatrettslig råderett som rettsgrunnlag har vært vurdert indirekte av Høyesterett i to tidligere straffesaker, hvor privatpersoner ble dømt for å ha overtrådt ulike forbud mot bestemte former for aktivitet. De offentlige eierne hadde oppstilt forbudene uten hjemmel i lov. I Rt. 1973 s. 869 hadde en mann blitt domfelt for å ha overtrådt et forbud mot snøscooterkjøring i et statlig eid utmarksområde. I Rt. 1997 s. 2025 hadde vegvesenet lagt ned et forbud mot hopping og stuping fra en offentlig eid bro. Høyesterett fant det klart at staten kunne nedlegge de aktuelle forbudene og at overtredelser kunne straffesanksjoners. Legalitetsprinsippet er ikke drøftet særskilt i noen av avgjørelsene, men de synes likevel å bygge på det premiss at forbudene ikke utgjorde inngrep som krevde hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet.

Både Høyesteretts flertall og mindretall viser til disse høyesterettsdommene. Mindretallet legger til grunn at dommene er relevante i saken, og viser til eierskapet i begge sakene ble «funnet å gi adgang til å nedlegge de aktuelle forbudene». Flertallet bemerker imidlertid at «[s]aksforholdet i disse to kortfattede avgjørelsene – der man grep inn mot atferd som klart skiller seg fra borgernes alminnelige ferdsel på offentlig grunn – er så ulikt vår sak at jeg ikke finner særlig veiledning i dem».<sup>114</sup>

<sup>114</sup> Avsnitt 62.

Forbudene i de omtalte høyesterettsavgjørelsene gjaldt bruk av offentlig tilgjengelige arealer, og hadde dermed en side til den alminnelige ferdselsretten. Likevel er det vesentlige forskjeller mellom faktum i Ryde og disse avgjørelsene. Forbudene i de eldre avgjørelsene tok sikte på å hindre en bestemt form for uønsket atferd fra privatpersoner. Forbudet i Ryde-saken gikk ut på å stanse en generell form for næringsvirksomhet, i kombinasjon med å dele ut tillatelser til utvalgte aktører. Kommentaren om at de to høyesterettsavgjørelsene gjaldt inngrep mot atferd «som klart skiller seg fra borgernes alminnelige ferdsel på offentlig grunn» indikerer at flertallet ikke mente å bryte med tidligere praksis. Etter vårt syn vil dermed kommunen fremdeles kunne forby visse former for atferd på kommunal grunn med grunnlag i den private råderetten, jf. nærmere kapittel 6 nedenfor.

### 5.3 Skillet mellom «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven og inngrep som krever lovhjemmel etter legalitetsprinsippet

En utfordring med Ryde-dommen er at flertallet ikke skiller klart nok mellom hva som utgjør «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven og hva som utgjør et «inngrep» som krever hjemmel i lov etter Grunnloven § 113. Flertallet fastsetter grensen for den privatrettslige rådigheten der hvor «offentlig myndighetsutøvelse [...] krever hjemmel i lov». Flertallet understreker at det avgjørende er «hva som må regnes som offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til legalitetsprinsippet» og at avgrensningen av hva som utgjør offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningslovens forstand «ikke nødvendigvis [er] avgjørende for om det kreves hjemmel i lov.»<sup>115</sup> Flertallet peker på at skillet kommer tydeligst frem der det er tale om å fordele goder, og at det er en tettere forbindelse når det er tale om å regulere atferd.<sup>116</sup> Likevel setter ikke Høyesteretts flertall likhetstegn mellom hva som utgjør «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven og krav om lovhjemmel etter legalitetsprinsippet. Etter vårt syn er dette *helt sentralt*.

Flertallet uttaler videre at hvorvidt det i den konkrete saken var krav om lovhjemmel måtte «bero på en konkret vurdering». De momentene Høyesterett trekker frem i vurderingen er langt på vei sammenfallende med de momenter som inngår i vurderingen av om det er tale om «offentlig myndighetsutøvelse» etter forvaltningsloven. Etter vårt syn vil det derfor være tale om en gradforskjell, ved at offentlig myndighetsutøvelse ikke vil kreve hjemmel i lov med mindre det utgjør et kvalifisert inngrep. Dette burde ha kommet tydeligere frem i dommen.

Solheim presiserer det reelle vurderingstemaet i Ryde-dommen slik:

*«En annen måte å formulere dette på kunne vært: Er innslaget av offentlig myndighetsutøvelse så sterkt at disposisjonen fremstår som et kvalifisert inngrep etter Grl. § 113? Eller har disposisjonen så klare likheter med beslutninger som kunne vært truffet i kraft av den private autonomi, at den faller utenfor legalitetsprinsippet område. Deretter kunne man presisert at dette må vurderes konkret, og at sentrale momenter for vurderingen er: beslutningens art, dens formål, hvilket samfunnsområde beslutningen*

<sup>115</sup> Avsnitt 65-66.

<sup>116</sup> Avsnitt 66.

*gjelder, og om det er et reelt behov for den trygghet som ligger i en lovgivningsprosess. På den annen side må det tas et visst hensyn til at forvaltningen ikke tillegges en for høy administrativ byrde, hvor det offentlige har et legitimt behov for å regulere bruken av eiendom på samme måte som private.*

*En slik tilnærming harmonerer med de hensyn som begrunner og begrenser legalitetsprinsippet. Det er da også det Høyesterett i realiteten gjør ved den konkrete subsumsjonen i Rydesaken.»<sup>117</sup>*

Vi slutter oss til den forståelse Solheim legger til grunn i avsnittene ovenfor.

## 5.4 Legalitetsprinsippets lovskrav som «offentligrettslig skranke»

Høyesteretts har i flere avgjørelser de siste årene lagt til grunn at det offentliges utøvelse av privat autonomi begrenset av visse offentligrettslige skranker.<sup>118</sup> I HR-2009-2055-A understreket Høyesterett at særlige skranker finnes «både når det gjelder kompetanse, saksbehandling og innhold».<sup>119</sup> Videre uttalte Høyesterett i HR-2015-1347-A at jo mer det offentliges virksomhet ligner vanlig forvaltning, «jo større grunn vil det være til å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse».<sup>120</sup> Høyesterett synes med dette å legge opp til en gradvis anvendelse av forvaltningsrettslige regler ut fra likheten mellom det offentliges privatrettslige virksomhet og offentlig forvaltning.

Generelt vil beslutninger som kommunen tar i kraft av sin eierrådighet være underlagt alminnelige forvaltningsrettslige skranker. Særlig dersom en beslutning er uttrykk for offentlig myndighetsutøvelse, vil handlefriheten for kommunen være begrenset. Når det gjelder *kompetanse*, vil kommunen måtte overholde kommunelovens regler om hvordan beslutninger i en kommune tas. Når det gjelder *saksbehandling*, vil kommunen måtte overholde forvaltningslovens regler om habilitet, krav til forsvarlig saksbehandling mv. Av *innholdsmessige* krav, kan særlig nevnes myndighetsmisbrukslæren og forbudet mot grovt urimelige avgjørelser.

Selv om alle de nevnte reglene kan sies å utgjøre begrensninger i kommunenes rådighet, er de ikke et utslag av legalitetsprinsippet. Dette understrekes også av Høyesteretts flertall i Ryde-saken:

*«Eksemplene som nevnes [i HR-2009-2055-A] omfatter ikke bare krav til saksbehandlingen, men også materielle – innholdsmessige -skranker som kommer i tillegg til dem som gjelder for private rettssubjekter. Hvor grensen går for når det gjelder et lovskrav og når det offentlige kan handle i kraft av sin eierrådighet, går avgjørelsen ikke inn på.»*

Forut for Høyesteretts avgjørelse i Ryde-saken finnes det ingen eksempler på at lovskravet oppstilles som en skranke på lik linje med de offentligrettslige skrankene omtalt ovenfor. Et slikt syn kom likevel til uttrykk i NOU 2019:10 Åpenhet i grenseland:

<sup>117</sup> (Solheim, 2023) s. 267-268.

<sup>118</sup> HR-2009-2055-A avsnitt 31, HR-2012-1818-A avsnitt 53, HR-2015-1347-A avsnitt 30.

<sup>119</sup> Avsnitt 31.

<sup>120</sup> Avsnitt 30.

«Uttalelsene [i Rt. 2015 s. 795, avsnitt 30] tyder på at Høyesterett ser for seg en glideskala, der alminnelige forvaltningsrettslige regler, herunder kravet til legalitet, gradvis kommer til anvendelse desto mer sakene preges av alminnelig forvaltningsaktivitet. Det synes dermed nærliggende å utlede fra disse uttalelsene i Høyesterett, samt dagens grunnlovfestede legalitetsprinsipp, at normative reguleringer, også over offentlig eiendom, trenger et rettslig grunnlag som kan utledes fra lovtekst. Normative reguleringer av andre personers adferd er typiske forvaltningsavgjørelser og trenger derfor et annet rettsgrunnlag enn eierrådighet.»<sup>121</sup>

Ryde-dommen er det første eksempelet på at Høyesterett eksplisitt viser til «kravet om lovhjemmel» som en av de særlige offentligrettslige skrankene som det offentlige er bundet av ved utøvelsen av sin privatrettslige råderett. Flertallet skriver at «[j]o større likhet det er med vanlig forvaltning, jo større grunn er det til å la offentligrettslige regler få anvendelse i tillegg til de privatrettslige – herunder kravet om lovhjemmel».<sup>122</sup> Som påpekt av Smith, kan det se ut som om Høyesterett «baker et nytt element inn i sin sammenfatning» av hvilke offentligrettslige skranker som gjelder ved utøvelsen av det offentliges privatautonomi.<sup>123</sup> Som Smith riktig påpeker:

«En slik utvidelse fra den gjengse påminnelsen om et sett av grenser for eierrådigheten til å inkludere et særskilt krav om at kompetanseutøvelsen har grunnlag i lov, har ikke dekning i den serien av premissuttalelser som flertallet slutter seg til.»<sup>124</sup>

Høyesteretts flertall sier likevel ikke at legalitetsprinsippetets lovskrav slår inn *parallelt* med de øvrige offentligrettslige skrankene omtalt ovenfor. Etter vårt syn kan heller ikke uttalelsen fra Høyesteretts flertall tolkes på denne måten.

Grunnleggende forvaltningsrettslige skranker, herunder myndighetsmisbrukslæren, gjelder når offentlige organer opptrer med forankring i sin private autonomi. Som Boe understreker er «[n]oen forvaltningsrettslige regler ... så grunnleggende at det skal vanskelig gjøres å komme utenom dem [mens] andre trenger ikke å komme inn. Rekkevidden blir følgelig relativ».<sup>125</sup>

Forvaltningsrettslige skranker slår inn med ulik styrke avhengig av virksomhetens karakter og hvor nært tilknytningen er til offentlig myndighetsutøvelse.<sup>126</sup> Dette skyldes at behovet for forvaltningsrettslige rettsikkerhetsgarantier øker ut fra innslaget av myndighetsutøvelse. At grunnleggende forvaltningsrettslige skranker slår inn, er likevel ikke ensbetydende med at tiltaket krever hjemmel i lov. Slik vi tolker Høyesteretts flertall, er det sentrale at kravet til lovhjemmel må nyanseres ut fra hvilken type virksomhet kommunen utøver. Flertallets poeng synes å være at det er en glidende overgang mellom beslutninger som klart kan vedtas med

<sup>121</sup> NOU 2019:10 s. 93.

<sup>122</sup> Avsnitt 64.

<sup>123</sup> (Smith, 2023) s. 381.

<sup>124</sup> (Smith, 2023) s. 382.

<sup>125</sup> (Boe, 2023) s. 88. Det kan være uenighet om hvilke regler som kommer til anvendelse i et gitt tilfelle. Boe skriver at «[f]ormodentlig kommer reglene for hjemmel og reglene for saklig og forsvarlig forvaltning, kalt «læren om myndighetsmisbruk» lettere inn i skjæringsfeltet enn hva reglene for tolkning, saksbehandling og mulighet til å lempe på plikter eller gå fra forpliktelsene gjør.»

<sup>126</sup> Slik dommer Skoghøys votum i HR-2015-1347-A, avsnitt 73.

hjemmel i den private råderett og offentlig myndighetsutøvelse som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Likevel må preget av offentlig myndighetsutøvelse etter vårt syn være sterkt for at en beslutning skal krever lovhjemmel. Som Solheim formulerer det:

*«Jo sterkere preg av offentlig myndighetsutøvelse, desto strengere krav til å følge alminnelige forvaltningsrettslige regler og prosedyrer. Det vanskeligste spørsmålet er likevel å avgjøre om innslaget av offentlig myndighetsutøvelse blir så sterkt, at beslutningen krever lovhjemmel.»<sup>127</sup>*

Denne tolkningen underbygges av flertallets gjengivelse av sitatet fra HR-1995-34-A (Fjordlaks) i sin innledende fremstilling.<sup>128</sup> I den nevnte saken uttalte Høyesterett at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes». Uttalelsen i den nevnte saken knyttet seg til hvor strenge krav som må stilles til lovhjemmelens klarhet. Når Høyesteretts flertall finner grunn til å gjengi uttalelsen, er det nærliggende å anta at de anser ovennevnte momenter også av betydning for om det kreves lovhjemmel for et gitt tiltak.

Solheim synes å være av samme oppfatning. Han påpeker at «momentene som avgjør lovkravets styrke, [er] også relevante for om det overhodet skal oppstilles et krav til lovhjemmel» og selv om momentene er noe ulikt formulert «er det tydelig at de til en viss grad overlapper». <sup>129</sup> Også Høgberg peker på at de momenter «som trekkes inn i relativiseringen av legalitetsprinsippet, i stor grad er de samme som også trekkes inn i en relativisering av hvor langt eierrådigheten strekker seg.» Hun bemerker at Høyesteretts flertall ikke drøfter hvor tyngende inngrepet er, men bemerker at det likevel er «tydelig at dette momentet også har betydning i relasjon til eierrådigheten.»<sup>130</sup>

## 5.5 Betydning av den alminnelige ferdselsretten

Høyesteretts flertall la i sin begrunnelse betydelig vekt på at Trondheim kommunes regulering hadde nær tilknytning til den alminnelige ferdselsretten. Både flertallet og mindretallet synes imidlertid å være enige om at kommunens vedtak ikke utgjorde et inngrep i Rydes ferdselsrett. Mindretallet sier dette uttrykkelig, mens flertallet sier det mer indirekte gjennom utsagn om at vedtaket «knytter seg til borgernes bruk av retten til å ferdes på offentlig veg».<sup>131</sup>

Det var ikke omstridt at den enkelte el-sparkesyklist kunne benytte syklene og parkere dem på kommunens grunn i forbindelse med bruken. Tvisten gjaldt Rydes utleievirksomhet på kommunens eiendom. Det var dermed ikke rekkevidden av den private ferdselsretten Høyesterett ble bedt om å ta stilling til. Likevel la Høyesteretts flertall vekt på at forbudet i saken knytter seg til offentlige veger og tilknyttede arealer som allmennheten benytter til ferdsel, og bemerket at det var nær forbindelse mellom kommunens vedtak og omkringliggende lov- og

<sup>127</sup> (Solheim, 2023) s. 262.

<sup>128</sup> Avsnitt 51.

<sup>129</sup> (Solheim, 2023) s. 265.

<sup>130</sup> (Høgberg, 2023) s. 287, Hun mener at «[p]arallellene mellom relativisering av eierrådighet og relativisering av legalitetsprinsippet [dermed blir] slående.»

<sup>131</sup> Se henholdsvis avsnitt 118 og 93.

forskriftsregulering. Det ble særlig vist til at en begrensning av utleievirksomheten påvirket befolkningens mulighet til å gjøre bruk av ferdselsretten, og videre at Rydes utsetting av sparkesykler har «klare likhetstrekk» med den parkering brukeren av en el-sparkesykkel foretar i medhold av trafikreglene.<sup>132</sup> Avgjørelsen etterlater likevel atskillig uklarerhet om hvilken adgang en kommune har til å forby virksomhet som har en side til ferdselsretten.

Det er klart at kommunen ikke i kraft av sin eierrådighet kan nedlegge forbud mot en virksomhet som innebærer en lovlig utøvelse av ferdselsretten. Offentlige gater og torg er ment å være åpne for allmennheten innenfor de rammer som følger av lov og forskrift. Kommunen vil dermed ikke kunne fastsette ytterligere begrensninger på ferdselen med hjemmel i eiendomsretten.

Utgangspunktet er at det er tillatt å bruke ferdselsretten i utmark (og i begrenset grad innmark) etter frilufsloven til kommersiell virksomhet, jf. Rt. 2014 s. 36 (Hovden Alpin). Saken gjaldt en skiskole som tilbød sine tjenester på et alpinanlegg i Hovden. Høyesterett falt ned på at allemannsretten etter frilufsloven kom til anvendelse, og dannet grunnlag for bruken av nedfartene ved alpinsenteret. Høyesterett uttalte at «[f]rilufsloven § 2 gir ferdselsrett uavhengig av formålet med ferdselen, og formålsbestemmelsen i § 1 gir heller ikke grunnlag for å avgrense mot kommersiell ferdsel».<sup>133</sup>

Allemannsretten gjelder uavhengig av hvem som er grunneier. Retten til kommersiell utnyttelse av allemannsretten åpner for aktiviteter som organisert rafting i et elveleie, klatring i en fjellside, kanopadling mv.<sup>134</sup> Tilsvarende vil kommunen som eier av en offentlig vei ikke kunne begrense retten til allmenn ferdsel etter veglova. Ferdselsretten tilkommer enhver, og kan benyttes for både private og kommersielle formål. Ferdselsretten gir dermed kommersielle aktører rett til å anvende offentlig vei når de yter sine tjenester, eksempelvis i form av gods- og persontransport.

Ferdselsretten gir likevel ingen ubegrenset rett til å drive kommersiell virksomhet på annenmanns grunn. En kommersiell aktør vil for eksempel ikke med hjemmel i ferdselsretten kunne etablere faste installasjoner på en annenmanns grunn uten samtykke. En grunneier vil kunne forby en kommersiell tilbyder av friluftstjenester fra å sette opp en lavvo, eller et grendelag fra å sette opp stativer for sykkelparkering eller lekestativer på kommunal grunn. Utenfor rammene av ferdselsretten, har eier som utgangspunkt råderett over eiendommen. Høyesterett la i Rt. 1973 s. 869 avgjørende vekt på at «snøscooterkjøring i utmark ikke er en allemannsrett som utelukker at det nedlegges forbud på annen måte enn hjemlet i frilufslovens § 2.»

Høyesteretts avgjørelse i Ryde synes ikke å rukke ved disse utgangspunktene. Ryde fikk ikke medhold i sin anførsel om at reglene om fri ferdsel i vegloven § 1 ga selskapet rett til å leie ut el-sparkesykler på kommunal eiendom. Høyesteretts flertall la likevel betydelig vekt på at det er tale om et område som er ment for allmennhetens ferdsel. Dette tilsier at beslutninger som er knyttet til alminnelig ferdselsrett lettere vil måtte anses som offentlig myndighetsutøvelse i

---

<sup>132</sup> Avsnitt 90.

<sup>133</sup> Avsnitt 64. Høyesterett var imidlertid klar på at allemannsretten ikke hjemlet rett til å benytte heisanlegget ved alpinsenteret.

<sup>134</sup> Forutsetningen er at aktiviteten ligger innenfor de rammer frilufsloven setter, herunder kravet om god ferdselskultur.

relasjon til legalitetsprinsippet.<sup>135</sup> Hvor nær forbindelse det må være mellom beslutningen og ferdselsretten gir dommen begrenset veiledning om.

## 5.6 Adgang til å disponere over kommunal grunn i kraft av eierrådigheten

Ryde-saken gjaldt som nevnt områder åpne for fri ferdsel. El-sparkecyklene var blant annet plassert på kommunale veier, parker og torg. Når ferdselsretten står så sentralt i Høyesteretts argumentasjon, tilsier dette at kommunens privatrettslige råderett står sterkere som hjemmelsgrunnlag for å regulere tilgang til områder som ikke er åpne for fri ferdsel.

I sak LB-2003-990 fant Borgarting lagmannsrett at staten med forankring i eierrådigheten over militærbasen Haakonsværn kunne nekte en lokal pizzeria tilgang til området for å levere mat. Bakgrunnen for forbudet var et ønske om å verne egen kantinedrift. Lagmannsretten understreket at området ikke var åpent for allmenn ferdsel. Nektelsen var ikke i strid med lov, og i et slikt tilfelle måtte man etter lagmannsrettens syn «falle tilbake til utgangspunktet om at eieren gjennom sin råderett over sin eiendom har rett i å begrense andres tilgang til denne». Etter vårt syn tilsier Høyesteretts begrunnelse i Ryde at konklusjonen må være den samme i dag. Det offentlige må ha atskillig frihet til å fastsette denne typen begrensninger for tilgang til egen eiendom.

Slik vi tolker Høyesteretts avgjørelse i Ryde, vil det offentlige også kunne benytte sin privatrettslige råderett til å forby visse former for virksomhet på offentlig grunn åpen for alminnelig ferdsel. De to høyesterettsavgjørelsene omtalt i punkt 5.2 ovenfor gjaldt jo nettopp «eiendomsrettslig begrunnede inngrep i den alminnelige ferdselsretten».<sup>136</sup> Høyesteretts flertall tar ikke avstand fra den forståelse av eierrådigheten som kommer til uttrykk i disse avgjørelsene.

Selv om Høyesteretts flertall falt ned på at eierrådigheten ikke kunne benyttes som kompetansegrunnlag for vedtaket fattet av Trondheim kommune, åpnes det for at kommunen kan benytte sin privatrettslige råderett til å regulere adgangen til kommunal grunn i andre sammenhenger. Høyesteretts flertall bemerket at det aktuelle vedtaket sto «i en annen stilling enn når staten eller kommunene som eier av veggrunnen regulerer adgangen til å disponere et bestemt og avgrenset fysisk område langs vegen – for eksempel til å reklamere eller selge varer».<sup>137</sup> I dette ligger at kommunens privatrettslige råderett normalt vil være tilstrekkelig for å regulere forhold som nevnt.

Mindretallet, som fant at kommunens vedtak kunne forankres i eierrådigheten, understreket kommunens adgang til å regulere bruken av veggrunnen gjennom utøvelse av sin private råderett. En samlet Høyesterett synes derfor å legge til grunn at kommunen i kraft av eiendomsretten til vegen kan forby enkelte former for uønsket virksomhet. Der flertallet og

<sup>135</sup> Se også (Solheim, 2023) s. 272 hvor det legges til grunn at den konkrete prejudikatsverdien må begrenses til tilfeller hvor reguleringen er sterkt knyttet til den alminnelige ferdselsrett.

<sup>136</sup> (Smith, 2023) s. 382.

<sup>137</sup> Avsnitt 100.

mindretallet skiller lag er første og fremst ved om den aktuelle beslutningen kunne hjemles i eierrådigheten.

Alt i alt mener vi at dommen ikke kan forstås slik at kommunene er forhindret fra å benytte sin privatrettslige råderett til å forby en særlig virksomhet. Kommunene regulerer mange ulike typer aktiviteter eller virksomheter på kommunal grunn med utgangspunkt i råderetten. Det gjelder for eksempel torgsalg, fortausrestauranter og matvogner. Etter vårt syn vil kommunene fremdeles kunne bestemme hvorvidt kommunale arealer skal kunne disponeres til næringsvirksomhet. Dette støttes av at Høyesteretts flertall trekker opp et skille mellom reguleringen i den aktuelle saken og regulering av annen form for disponering av kommunal grunn. Med dette synes flertallet å begrense rekkevidden av sin egen avgjørelse til forbud med en sammenlignbar karakter som vedtaket i den aktuelle saken. Dette tilsier at kommunens privatrettslige råderett kan benyttes som hjemmel for andre former for kommunale forbud.

## 5.7 Konklusjon

Det er vår konklusjon at Høyesteretts avgjørelse i Ryde-saken ikke innebærer en endring av tidligere rettstilstand. Det er ingen holdepunkter for at flertallet i sin generelle redegjørelse for eierrådigheten gir uttrykk for et strengere syn på privat råderett som kompetansegrunnlag i forhold til tidligere gjeldene rett.

Høyesteretts flertall er tydelig på at legalitetsprinsippet nedfelt i Grunnloven § 113 setter grenser for det offentliges utøvelse av sin eierrådighet. Samtidig trekker ikke dommen opp klare rammer for hvor grensen for eierrådigheten går. Dommen begrenser seg etter vårt syn til å angi hvilke momenter det er relevant å legge vekt på ved vurderingen av om en beslutning kan treffes i medhold av det offentliges eierrådighet eller når det kreves hjemmel i lov.<sup>138</sup>

De momentene Høyesterett trekker frem gjenfinnes i noen grad i tidligere praksis og juridisk teori.<sup>139</sup> Det er likevel verdt å merke seg at flertallet understreker at det ikke har betydning for vurderingen at det aktuelle vedtaket hadde som formål å ivareta fellesskapets interesser, selv om dette er noe som ofte skiller offentlige fra private grunneiere. Enkelte fremstillinger av forholdet mellom offentlig myndighetsutøvelse og privat råderett har gitt uttrykk for at eierrådigheten ikke kan tjene som grunnlag for beslutninger som ivaretar samfunnsmessige og politiske hensyn.<sup>140</sup> Dette kan ha ført til en praksis der eierrådigheten først og fremst har blitt brukt som grunnlag for forretningsmessige avgjørelser, og andre beslutninger som ivaretar rene eierinteresser. Etter Ryde-dommen fremstår ikke lenger eksistensen av et samfunnsmessig og politisk formål som et sentralt moment ved grensedragningen. Dette tilsier at kommunene har et større spillerom til å fatte beslutninger av samfunnsmessig karakter med hjemmel i eierrådigheten enn det som tidligere har blitt lagt til grunn i enkelte fremstillinger. Flertallet uttaler derimot at «når formålet som i denne saken er å regulere atferd av mer vidtrekkende

<sup>138</sup> Det samme er lagt til grunn i LB-2023-63294.

<sup>139</sup> Se eksempelvis (Boe, 2018) s. 52-53.

<sup>140</sup> (Graver, 2019) s. 223, NOU 2019:5 s. 447-448.



betydning for aktuelle næringsutøvere, trekker formålet i retning av at lovhjemmel er nødvendig».<sup>141</sup>

Når rekkevidden av Høyesteretts avgjørelse skal fastsettes, er det dermed nødvendig å ta i betraktning at kommunens vedtak ikke innebar et rent forbud mot å sette ut el-sparkesykler på kommunal grunn uten tillatelse, men også åpnet for å fastsette generelle regler som skulle gjelde for slik utleie.<sup>142</sup> Kommunens vedtak lignet dermed en konsesjonsordning, hvor det gis tillatelse fra offentlig myndighet til å drive en bestemt virksomhet. Smith har derfor uttalt at «[d]en reelle begrunnelsen for resultatet [i Ryde-saken] kanskje [var] at den kommunale reguleringen etter flertallets syn minnet for mye om en vanlig konsesjonsordning; slike ordninger bygger jo som regel på lovbestemte forbud med adgang til dispensasjon».<sup>143</sup>

Vi har ikke funnet eksempler i rettspraksis eller forvaltningspraksis hvor en kommune eller fylkeskommune har forsøkt å vedta en tilsvarende omfattende regulering i kraft av eierrådigheten som Trondheim kommune gjorde i Ryde-saken. Dette begrenser dommens betydning for andre former for disponering over offentlig grunn. Etter vårt syn vil kommunen fremdeles ha en nokså vid adgang til å treffe beslutninger i kraft av sin eierrådighet. Grensene for kommunens eierrådighet er likevel langt fra klare, og i vurderingen vil man derfor være henvist til å foreta en bredere helhetsvurdering i lys av de momentene Høyesterett trekker frem i Ryde-dommen.

---

<sup>141</sup> Avsnitt 92.

<sup>142</sup> Se nærmere lov 18. juni 2021 nr. 139 om utleie av små elektriske kjøretøy på offentlig grunn.

<sup>143</sup> (Smith, 2022) s. 456.

## 6. Privatrettslig råderett som rettsgrunnlag i utvalgte typer kommunal virksomhet

### 6.1 Innledning

Kommuner eier mange ulike typer eiendommer, og disse brukes til ulike formål. Utgangspunktet er, som nevnt over, at kommunen har den samme rettslige og faktiske rådigheten over sine eiendommer som private eiere.<sup>144</sup> Kommunen kan bruke eiendommen selv, leie den ut, selge eller pantsette den. Det er samtidig klart at det gjelder visse generelle krav til virksomheten i offentlige organer som ikke gjelder for private eiere. Disse kravene er dels av alminnelig forvaltningsrettslig karakter og dels av menneskerettslig eller EØS-rettslig karakter. Slike begrensninger er omtalt over i kapittel 3 og omtales ikke nærmere her.

Spørsmålet her er hvilke beslutninger knyttet til utnyttelsen av en eiendom kommunene kan begrunne i den privatrettslige rådigheten, når bruken av den privatrettslige rådigheten innebærer myndighetsutøvelse og når myndighetsutøvelsen går over til å bli et inngrep som krever hjemmel i lov. Som Ryde-dommen illustrerer, vil dette variere med hva slags beslutning det er tale om. Videre vil det være relevant hva slags eiendom det er og hva den brukes til.

Det er ikke mulig å gi noen uttømmende fremstilling av emnet, men i det følgende gir vi noen eksempler på beslutninger som kan forankres i den privatrettslige råderetten for ulike deler av kommunal virksomhet. I fremstillingen nedenfor har vi valgt å bevege oss fra de situasjoner der kommunen har en eierskapsrolle som ligner på en privat part, til det motsatte ytterpunktet der kommunens rolle og handlingsrom i kraft privatrettslig råderett er mindre fremtredende.

### 6.2 Kommunens ulike eiendommer

Kommunenes virksomhet er mangeartet, og det reflekteres i de eiendommene kommuner eier. Mange kommuner er av historiske grunner store grunneiere. Kommunene og fylkeskommunene eier ca. 10 % av bygningsmassen i Norge.<sup>145</sup> I tillegg kommer ubebygde arealer i kommunalt eie.

Kommunenes eiendomsmasse er svært sammensatt. Kommunen må for det første ha lokaler til de folkevalgtes møter og til egen administrasjon. Kommunene er gjennom lov pålagt store helse- og omsorgsoppgaver og har ansvar for grunnskolen. De har også et lovpålagt ansvar for brannvern, folkebibliotek, krisesenter mv. Alle disse aktivitetene krever lokaler.

I tillegg står kommunene i utgangspunktet fritt til å sette i gang aktiviteter som ikke er pålagt ved lov, men som kommunen mener gagnar lokalsamfunnet. Eksempler på slike aktiviteter er seniorsenter eller ungdomsklubber. De fleste kommuner eier også idrettsanlegg og kulturbygg, som for eksempel kulturhus, museer eller kinoer. I tillegg eier kommunene i stor utstrekning arealer som er åpen for fri ferdsel som for eksempel parker, torg, plasser og friområder. Mange kommuner eier også skog og utmark.

<sup>144</sup> HR-2021-2510-A Ryde avsnitt 55.

<sup>145</sup> NOU 2004:22 s. 12.

Kommunene er i tillegg ansvarlig for og eier i stor utstrekning grunnleggende infrastruktur, som veier, anlegg for lokaltransport, vann og avløp og havner. Til sist eier kommunene ofte helt alminnelige næringsbygg, boliger og tomter, som de kan utnytte til næringsvirksomhet, alminnelige boliger eller tradisjonelle offentlige oppgaver.

### 6.3 Næringsbygg og byggetomter til eget bruk eller utleie og bortfeste

Kommuner eier alminnelige næringsbygg eller -tomter. Slike eiendommer kan kommunen bruke til egen administrasjon, til utleie eller bortfeste. Slike bygg eller tomter vil ofte ikke være åpne for allmennheten, og kommunen vil normalt stå i stilling som ligner en hvilken som helst privat eier. Kontrakter om utleie eller bortfeste vil normalt innebære en ytelse mot ytelse, som typisk kjennetegner utøvelse av privat autonomi og ikke offentlig myndighetsutøvelse.

En kommune som leier ut, vil for eksempel kunne ha husordensregler, sette begrensninger for fremleie og kreve fravikelse på lik linje med en privat utleier i kraft av sin privatrettslige råderett, kombinert med leieavtalen og husleielovens regler.<sup>146</sup> Kommunen og leietakeren eller festeren kan også avtale begrensninger i utnyttelsen ut over det som følger av husleielovens og tomtefestelovens regler med utgangspunkt i den privatrettslige rådigheten.

Anvender man momentene fra Ryde-dommen på de mest aktuelle beslutningene knyttet til denne typen eiendommer, tilsier både typen beslutninger, samfunnsområde og formålet med beslutningene at de er et utslag av eierrådigheten. De vil normalt ikke innebære myndighetsutøvelse eller utgjøre inngrep som krever hjemmel i lov.

### 6.4 Utleie og utlån av arealer i gater, torg, parker mv.

Kommunene eier i stor utstrekning torg, fortau, gater, parker og friområder. Slike arealer kan leies eller lånes ut til en rekke ulike formål. Vi sikter da til aktiviteter som går ut over retten til alminnelig ferdsel, fordi det er tale om å få tillatelse til å disponere et konkret areal. Som eksempel kan nevnes rett til å arrangere musikkfestival i en park, sette opp salgsboder på et torg, leie areal til uteservering på et fortau eller en plass, leie riggplass i forbindelse med anleggsarbeider mv.

Etter vårt syn er det klart at kommunen i kraft eierrådigheten har rett til å nekte slik bruk eller stille vilkår for bruken, herunder kreve leie. Det gjelder også etter Ryde-dommen, hvor flertallet la til grunn at det ikke er utøvelse av offentlig myndighet som krever hjemmel i lov «når staten eller kommunene som eier av veggrunnen regulerer adgangen til å disponere et bestemt og avgrenset fysisk område langs vegen – for eksempel til å reklamere eller selge varer.»<sup>147</sup>

<sup>146</sup> Se lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven) §§ 5-2, 7-2 og 9-7.

<sup>147</sup> Avsnitt 100.

Mange kommuner vedtar retningslinjer for utleie eller lån av kommunens utearealer.<sup>148</sup> Slike retningslinjer innebærer gjerne at det må søkes om tillatelse, og at arealene først kan tas i bruk når det foreligger en avtale som regulerer vilkårene og eventuell leie.

Utleie av arealer er typisk en privatrettslig disposisjon. Slik utleie kan ikke sies å være knyttet til et konkret offentligrettslig samfunnsområde og bærer dermed i liten grad preg av myndighetsutøvelse, og det er neppe ønskelig med noen nærmere lovregulering av utleie av offentlig grunn.

Avgjørelser knyttet til utleie av arealer kommunen eier, vil etter vårt syn dermed ikke anses som offentlig myndighetsutøvelse i henhold til forvaltningslovens regler.<sup>149</sup> Det er også lagt til grunn av Sivilombudet i en sak om leie av plass til salgsbod på torget i Bergen. Sivilombudet uttalte:

*«Det klare utgangspunktet er at forvaltning av kommunal eiendom, herunder kjøp og salg, ikke er utøvelse av offentlig myndighet. Det samme må gjelde kommersiell utleie. [...] De individuelle avtalene som inngås med torghandlerne er i utgangspunktet et utslag av kommunens eierrådighet. Det faktum at torghandleren betaler leie, og således presterer en motytelse, taler mot at utleie av torgplasser skal anses som 'utøving av offentlig myndighet'.»*

Torghandleren påpekte at leien ikke var markedsmessig og at det var et argument for at det var tale om myndighetsutøvelse. Sivilombudet uttalte:

*«Den mulige 'subsidieringen' av leieavtalene som det er tale om i dette tilfellet er et moment som i noen grad kan tale for at tildelingen er utøving av offentlig myndighet. Jeg er imidlertid enig med kommunen i at begrunnelsen for at kommunen bruker offentlige midler som i noen grad kommer leietakerne til gode, har betydning for vurderingen. At utvikling av et sentralt byrom, som torget i Bergen må anses å være, hører til blant kommunens oppgaver, er ikke tvilsomt. Det må her legges til grunn at formålet med bruken av de offentlige midlene ikke er å tilgodese leietakerne på bekostning av dem som ikke har leieavtale. Av denne grunn anser jeg at dette forholdet ikke i seg selv er et avgjørende argument for å anse inngåelse av leieavtalene som offentlig myndighetsutøvelse.»*

Sivilombudet har ikke tatt stilling til om utlån av offentlige arealer vil anses som myndighetsutøvelse. Etter vårt syn vil normalt utlån av arealer måtte vurderes på samme måte som utleie fordi også utlån er en disposisjon som bærer lite preg av myndighetsutøvelse. Private aktører kan også tenkes å låne ut arealer til et godt formål uten vederlag.

---

<sup>148</sup> Se for eksempel Tromsø kommunes Retningslinjer for leie av vuterom til salg, stand og arrangementer på <https://tromso.kommune.no/sites/default/files/2023-09/2023.08.07%20Retningslinjer%20for%20leie%20av%20uterom%20til%20salg%20stand%20og%20arrangementer.pdf?v=293>

<sup>149</sup> Se tilsvarende problemstilling i Sivilombudets uttalelse om søknad om tillatelse til å drive handlingsvirksomhet på flyplass i SOMB-1991-49 der ombudet konkluderer med at det ikke var tale om myndighetsutøvelse, men kommersiell utnyttelse av flyplassen.

Kommunenes forvaltning av slike arealer vil ofte ha formål som skiller seg fra private utleiere. Drammen kommunes retningslinjer for salg og aktivitet i uterom er illustrerende:

*«Disse retningslinjene er fastsatt av Formannskapet 13. juni 2023 med formål å legge til rette for liv sentrumsområdene, gode møteplasser og et godt sted å være samt fremme aktivitet og skape gode arenaer for opplevelser for byens innbyggere og næringsdrivende.»*

<sup>150</sup>

Som det kommer frem av Ryde-dommen, innebærer ikke slike samfunnsmessige eller ideelle formål ved beslutningene som tas, at det er tale om myndighetsutøvelse.<sup>151</sup> Utleie og utlån av offentlig eide arealer er dermed et godt eksempel på at kommunens privatrettslige rådighet gjerne kan brukes til å fremme fellesskapets interesser uten å gå over i myndighetsutøvelse.

Når utleie og utlån av arealer i utgangspunktet ikke innebærer myndighetsutøvelse, vil det heller ikke være et inngrep som krever hjemmel i lov. Man kan tenke seg at en ordning for utlån etter en samlet vurdering må anses som myndighetsutøvelse, for eksempel fordi det i realiteten bærer preg av å være en støtteordning rettet mot visse grupper. I så fall vil det fremdeles ikke være tale om noe inngrep som krever hjemmel i lov, all den tid det er tale om å tildele et gode. At det stilles visse betingelser for å motta godet, endrer ikke på denne konklusjonen.

## 6.5 Kommunale boliger

Kommunene kan i prinsippet eie og leie ut boliger på helt ordinære vilkår, men som oftest vil boliger en kommune leier ut være øremerket for innbyggere som ikke klarer å skaffe seg egnet bolig selv eller tilrettelagte boliger til eldre eller innbyggere med bevegelses- eller utviklingshemning.

Kommunen har en lovpålagt plikt til å bistå vanskeligstilte på boligmarkedet, men har ikke en plikt til å stille varig bolig til rådighet.<sup>152</sup> Departementet fremhever i forarbeidene til loven om kommuners ansvar på det boligsosiale feltet at «det å skaffe seg en bolig er – og fortsatt bør være – et ansvar som først og fremst ligger på den enkelte».<sup>153</sup> For mange kommuner er utleie av kommunale boliger likevel et viktig virkemiddel for å oppfylle plikten til å bistå vanskeligstilte på boligmarkedet. Plikten til bistand kan imidlertid oppfylles på andre måter enn å tildele kommunal bolig. For eksempel kan bistand også skje gjennom veiledning, økonomisk støtte eller praktisk hjelp. Departementet har lagt til grunn «at lovforslaget her ikke griper inn i kommunens rett til selv å bestemme om de skal tilby kommunal bolig og i så fall på hvilke vilkår».<sup>154</sup> Departementet la med andre ord så sent som i 2022 til grunn at det ikke var behov for å regulere hvilke vilkår kommunene tilbyr kommunale boliger på.

<sup>150</sup> Vedtatt av formannskapet 13. juni 2023. Se

<https://www.drammen.kommune.no/globalassets/tjenester/vei-trafikk-og-parkering/dokumenter/retningslinjer-for-salg-og-aktivitet-i-uterom---13.06.2023.pdf>

<sup>151</sup> Avsnitt 91 og 92.

<sup>152</sup> Lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet 20. desember 2022 nr. 121 § 6.

<sup>153</sup> Prop.132 L (2021–2022) s. 56.

<sup>154</sup> Prop.132 L (2021–2022) s. 40.

Kommunale boliger tildeles normalt etter søknad. På Oslo kommune sider om kommunale boliger står det:

*«Bydelen vurderer om du oppfyller kravene for kommunal bolig. Er det flere søkere enn ledige boliger, må bydelen prioritere mellom søkerne som har størst behov for en bolig. Det er derfor ikke sikkert at du vil få kommunal bolig selv om du oppfyller grunnvilkårene.»<sup>155</sup>*

Vedtaket kan påklages.<sup>156</sup> Vedtaket om å tildele kommunal bolig anses som myndighetsutøvelse etter forvaltningslovens regler selv om kommunen handler på grunnlag av sin eiendomsrett, fordi det er tale om fordeling av et knapphetsgode.<sup>157</sup> I tillegg kommer at kommunen gjennom lov er pålagt å bistå vanskeligstilte på boligmarkedet og dermed leier ut boliger som et ledd i å løse en lovpålagt oppgave. Eksemplet illustrer med andre ord at kommunen kan opptre i kraft av sin private rådighet og samtidig utøve offentlig myndighet.

Får man tildelt en bolig, oppfylles vedtaket gjennom at man gis rett til å inngå en husleiekontrakt etter husleielovens regler. Ved tildelingen kan kommunen sette vilkår.<sup>158</sup> Fordeling av et knapphetsgode er ikke et inngrep, og det gjelder følgelig ikke krav om hjemmel, jf. Grunnloven § 113. Legalitetsprinsippet setter følgelig ikke grenser for kommunens rådighet over kommunale boliger.

Selv om vedtaket om *tildeling* må anses som myndighetsutøvelse, kan det være uklart om den *videre oppfølgingen av leieforholdet* er myndighetsutøvelse eller kan gjøres i medhold av kommunens privatrettslige rådighet. Spørsmålet er om kommunen står like fritt som en privat part til å la være å forlenge en tidsbestemt leieavtale når den løper ut, og om den kan håndheve husordensregler, heve kontrakten om den misligholdes og kreve fravikelse på lik linje med en privat part.

Spørsmålet om oppfølging av leiekontrakten kan innebære myndighetsutøvelse eller et inngrep, kan neppe besvares helt generelt. Er imidlertid leien tilnærmet markedsmessig og leieforholdet dermed fremstår som ytelse mot ytelse, tilsier det at normal oppfølging av et leieforhold er et utslag av privatrettslig rådighet og ikke myndighetsutøvelse. Med normal oppfølging sikter vi til alminnelig grep en privat utleier også kan tenkes å gjøre innenfor rammene av leiekontrakten og husleieloven. Vårt inntrykk er at kommunale boliger stort sett leies ut på vilkår som ligner markedsmessige, selv om *tildelingen* av kontrakten skjer på særlige vilkår.

At ulike deler av et avtaleforhold kan reguleres av ulike regler finner støtte i Høyesteretts praksis. Rt. 1999 s. 1672 er illustrerende i så måte. Kommunen hadde inngått en avtale med et fysikalsk institutt om å yte driftstilskudd til tre privatpraktiserende fysioterapeuter tilknyttet

<sup>155</sup> <https://www.oslo.kommune.no/bolig-og-sosiale-tjenester/bolig/kommunal-bolig/soke-kommunal-bolig/#toc-1>.

<sup>156</sup> Se forskrift om tildeling av kommunal bolig, Oslo 7. mai 2003 nr. 1895 § 16. Mange kommuner har lignende forskriftsregulering.

<sup>157</sup> SOM-1997-9 og JDLOV-2000-14314. Se også SOM-2022-3669 som ikke gjaldt alminnelige kommunale boliger, men prisregulerte boliger som boligpolitisk verktøy.

<sup>158</sup> Se omtale av vilkårslæren i punkt 2.6 over.

instituttet.<sup>159</sup> Kommunen sa opp driftsavtalen, og Høyesterett falt ned på at kommunen kunne si opp avtalen. Selv om selve driftstilskuddet reguleres av offentligrettslige regler, vurderte Høyesterett tilbakekallsadgangen ut fra regler om adgang til å si opp løpende kontrakter. Som bemerket av Boe, ble «[f]orskjellige sider av rettsforholdet mellom kommunen og instituttet ... regulert av hver sin fagdisiplin».<sup>160</sup>

Anvender vi momentene fra Ryde-dommen, vil kontraktsoppfølging av et markedsmessig leieforhold normalt ikke anses som beslutninger som er et resultat av myndighetsutøvelse. Formålet med beslutninger som tas som et ledd i oppfølgingen av en leiekontrakt, vil kunne variere. Vi antar imidlertid at formålene til kommunen ofte vil samsvare med formålet til private aktører, som for eksempel å sikre innbetalingen av leie, ta vare på boligen og bomiljøet.

Etter vårt syn er det derfor rimelig klart at kommunenes normale oppfølging av leieforholdet i kommunale boliger vil anses som et utslag av den privatrettslige rådigheten, og ikke innebærer myndighetsutøvelse. I så fall vil oppfølgingen av leiekontraktene heller ikke anses som et inngrep som krever hjemmel i lov, selv om oppfølgingen kan få negative konsekvenser for leietakeren.

## 6.6 Kulturbygg, idrettsanlegg og lignende

Kommuner eier ofte kulturbygg og idrettsanlegg. Kommunens oppgaver på kultur- og idrettsfeltet er stort sett ikke lovregulert. Et unntak er folkebibliotekloven som stiller krav til at alle kommuner skal ha et tilbud om folkebibliotek.<sup>161</sup> Kultur- og idrettsanlegg vil normalt være helt eller delvis åpne for allmennheten. Slike anlegg kan, i likhet med næringsbyggene omtalt over, leies ut til ulike arrangementer. For spørsmål knyttet til utleie, viser vil til omtalen i punkt 6.3.

Ellers følger det både av Sivilombudets praksis og rettspraksis at kommunen som eier kan bestemme hvem som gis tilgang til lokalene, og håndheve alminnelige ordensregler.<sup>162</sup> Ordensregler kan for eksempel være regler om åpningstider eller regler av hensyn til trivsel, orden, hygiene eller sikkerhet. Det er heller ikke noe i veien for at eieren stiller vilkår for bruken, som for eksempel at man betaler inngangspenger til et museum.<sup>163</sup> Som eier må også kommunen for eksempel kunne nekte salg av varer eller tjenester inne i deres bygninger.<sup>164</sup> Generelle regler og konkrete beslutning om hvem som får oppholde seg i eller bruke lokalene må naturligvis være basert på saklige og ikke-diskriminerende kriterier, men ellers har eieren stor grad av frihet.

Selv om slike bestemmelser og beslutninger normalt kan gjøres med grunnlag i eierrådigheten, vil de i noen tilfelle også kunne innebære myndighetsutøvelse. Vurderingen av om beslutningene innebærer myndighetsutøvelse, må bero på en helhetlig vurdering der

<sup>159</sup> Se kommunehelsetjenesteloven § 1-3 tredje ledd.

<sup>160</sup> (Boe, 2023) s. 94.

<sup>161</sup> Lov 20. desember 1985 nr. 108 om folkebibliotek (folkebibliotekloven) § 4.

<sup>162</sup> (Frihagen, 1977) s. 80, HR-2021-639-A, SOMB-2009-9 og SOM-2022-4668.

<sup>163</sup> Folkebibliotekene skal være et gratistilbud, jf. folkebibliotekloven § 1.

<sup>164</sup> (Frihagen, 1977) s. 78 bruker salg av prospektkort i regjeringskvartalets vestibyle som et eksempel på aktivitet det offentlige kan sette en stopper for i kraft av sin eierrådighet.

momentene trukket opp i retts- og forvaltningspraksis er avgjørende. Sivilombudets uttalelser om utestengelse fra idrettsanlegg er illustrerende.

Sivilombudet la i en uttalelse fra 2009 til grunn at utestenging av en mann fra en kommunal svømmehall, kunne gjøres med grunnlag i eierrådigheten og at det ikke var et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2.<sup>165</sup> Sivilombudets uttalelse må forstås slik at han mente at beslutningen om utestengelse ikke var myndighetsutøvelse. Mannen hadde ifølge kommunen gjentatte ganger opptrådt truende ovenfor andre badegjester, neglisjert irettesettelser fra betjeningen og til slutt angrepet en annen badegjest. Kommunen besluttet å utestenge ham i tre år. Sivilombudet kritiserte kommunens saksbehandling og påpekte at alminnelige krav til kontradiksjon og forsvarlighet med videre også gjaldt når kommunen forankret beslutninger i eierrådigheten.

I ishall-uttalelsen fra 2022 (se punkt 4.4.3 ovenfor) la Sivilombudet til grunn at det å frata Oslo Ishockeyklubb retten til å trene i en ishall for tre år, var myndighetsutøvelse og dermed et enkeltvedtak.<sup>166</sup> Beslutningen om å frata klubben halltiden var et resultat av gjentatt brudd på reglementet for bruk av hallen, og har dermed likhetstrekk med svømmehall-saken. Utestengelsen medførte at klubbens medlemmer, herunder barn og unge, ikke lenger fikk trene i ishallen. Sivilombudet skriver under henvisning til Ryde-dommen blant annet:

*«Selv om en beslutning om å utestenge noen fra en eiendom ikke er særegent for det offentlige, trekker beslutningens art likevel i retning av at det er tale om myndighetsutøvelse, særlig fordi klubben fratras et knapphetsgode som den opprinnelig var tildelt.»*

Sivilombudet la også vekt på samfunnsområdet og formålet med avgjørelsen. Om forholdet til svømmehall-uttalelsen skriver Sivilombudet:

*«Ombudet har forståelse for at det offentlige i kraft av sin eierrådighet kan ha et legitimt behov for å utestenge personer fra sine eiendommer. Kommunen har i sitt svar vist til at de har utestengt personer fra kommunale bad på dette grunnlaget tidligere. [...]*

*Etter ombudets syn er det imidlertid en klar forskjell mellom det å utestenge eller bortvise en person fra et offentlig lokale, og det å frata en idrettsklubb treningstid som den allerede er tildelt, og muligheten til å få tildelt treningstid de to kommende sesongene. Selv om rettighetstapet i denne saken er rettet mot klubben som sådan, får det i tillegg konsekvenser for alle nåværende og fremtidige medlemmer, uten hensyn til om de var involvert i de aktuelle hendelsene. Vedtaket i saken innebærer at klubben fratras et tildelt knapphetsgode. Selv om klubben ikke er utestengt fra andre idrettsanlegg, kan det ikke uten videre legges til grunn at klubben får tildelt istid i andre ishaller i konkurranse med andre klubber som kan ha sterkere lokal tilknytning til disse. Dette skiller beslutningen fra situasjonen der eieren, for å ivareta orden eller sikkerheten, utestenger en privatperson fra et offentlig bygg som allmennheten uansett har fri tilgang til, og der utestengelsen er knyttet direkte til vedkommende som utfordret orden og sikkerhet.»*

---

<sup>165</sup> SOMB-2009-9.

<sup>166</sup> SOM-2022-4668.



Sivilombudet tilføyde at hun ikke på generelt grunnlag tok stilling til om tildeling og fratakelse av treningstid er å anse som et enkeltvedtak.

Selv om man skulle konkludere med at tildeling av halltid er myndighetsutøvelse, er det ikke et inngrep som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Dette endres ikke ved at det oppstilles nærmere betingelser for bruk av hallen. Etter vårt syn vil det heller ikke være tale om et inngrep som krever lovhjemmel når man trekker tilbake det samme gode eller gjør endringer på grunn av brudd på vilkår som er satt for tildelingen eller bruken.<sup>167</sup> Legalitetsprinsippet er følgelig ikke et hinder for å trekke tilbake for eksempel tildelt halltid selv om beslutningen må skje etter reglene for enkeltvedtak i forvaltningsloven.

Folkebibliotekene skiller seg fra idrettsanlegg og andre kulturinstitusjoner ved at de er lovpålagt for kommunene.<sup>168</sup> Det er imidlertid ikke tale om en individuell rettighet, men et krav til hvilke tilbud kommunene skal stille til rådighet. Lovavdelingen har lagt til grunn at bibliotekene kan fastsette utlånsreglement og standardiserte lånevilkår i kraft av den privatrettslige råderetten over samlingen, og at hjemlån må sees på som en avtale brukeren inngår med biblioteket.<sup>169</sup> Det innebærer at bibliotekene også kan sanksjonere brudd på reglementet, for eksempel gjennom gebyr ved forsinket tilbakelevering eller erstatning ved tap av bøker. Slike sanksjoner vil ikke innebære myndighetsutøvelse og reglene kan håndheves uten hinder av legalitetsprinsippet.

## 6.7 Vann- og avløpsanlegg

Fra gammelt av har vann- og avløp vært et privat ansvar for den enkelte husstand. Utbygging, eierskap og drift har ikke vært noen lovpålagt oppgave for kommunene. Det finnes derfor fremdeles mange private vann- og avløpsanlegg. Private anlegg har for eksempel vært vanlig ved hytteutbygginger, i landbruket og for industrien.

I dag har kommunene langt på vei tatt over ansvaret for å eie og å drifte vann- og avløpsanlegg gjennom utbygging av kommunale eller interkommunale vannverk, avløps- og renseanlegg. I 2010 fikk over 85 % av befolkningen vannforsyningen fra et kommunalt vannverk.<sup>170</sup>

I 2012 ble vass- og avløpsanleggslova vedtatt.<sup>171</sup> I lovens § 1 ble prinsippet om at nye vann- og avløpsanlegg skulle være kommunalt eid lovfestet. Lovfesting av prinsippet om kommunalt eierskap var nytt, men gjelder bare for nye, større anlegg eller når større anlegg overdras. Departementet begrunnet regelen på følgende måte:

*«Begrunnelsen for forslaget om krav om kommunalt eierskap til vann- og avløpsanleggene er ønsket om å sikre kvalitet, sikkerhet og langsiktighet i vann- og avløpssektoren. Departementet er av den oppfatning at omfattende kontroll vil være nødvendig dersom disse hensynene skal ivaretas av private aktører. Norske vann- og avløpsvirksomheter*

<sup>167</sup> Se også punkt 2.6 over om den ulovfestede vilkårlæren. Når kommunen har adgang til å fastsette vilkår, vil den også ha anledning til å håndheve brudd på disse vilkårene. Såfremt vilkåret er saklig og forholdsmessig, vil det følge som en naturlig konsekvens at vilkårene må overholdes.

<sup>168</sup> Folkebibliotekloven § 4.

<sup>169</sup> JDLOV-2001-10197.

<sup>170</sup> Prop. 136 L (2010-2011) s. 6.

<sup>171</sup> Lov 16. mars 2012 nr. 12 om kommunale vass- og avløpsanlegg (vass- og avløpsanleggslova).

*består av svært mange enheter, og det vil være betydelige utfordringer knyttet til å regulere en desentralisert og lite homogen bransje med store variasjoner i naturgitte rammebetingelser. Utbedring av ledningsnett og kvalitet på tjenestene krever store investeringer. Kommunalt eide vann- og avløpsanlegg er sikret finansiering gjennom vann- og avløpsgebyrer fra abonnentene.»<sup>172</sup>*

I tillegg kommer det at vann- og avløp er et naturlig monopol. Det vil være lite rasjonelt å bygge ut parallelle konkurrerende anlegg. Vann- og avløpsanlegg har med andre ord gått fra å bli ansett som et privat anliggende, til i vesentlig grad å bli ansett som en kommunal oppgave.

Å etablere et servicetilbud til kommunens innbyggere ut over det kommunen er pålagt gjennom lov, ligger i utgangspunktet innenfor kommunens private autonomi. Det krever ingen hjemmel og kommunen vil kunne stille vilkår for tjenesten, inkludert å ta seg betalt. På denne bakgrunn er det etablert en praksis med at kommunene inngår avtaler med standardvilkår med brukerne av vann- og avløpsanlegg. I standardvilkårene stilles det krav og vilkår fra kommunens side ovenfor innbyggere som ønsker å koble seg på kommunens anlegg og dermed få vann- og avløpstjenester. En viktig begrensning i kommunens avtalefrihet er prinsippet om selvkost, det vil si at kommunens gebyrer for vann- og avløp ikke kan overstige kostnadene ved å etablere, drive og vedlikeholde anleggene.<sup>173</sup>

I realiteten vil innbyggerne være helt avhengig av vann- og avløp og kommunen har vanligvis monopol på å yte tjenestene. Ofte vil tilknytning til kommunale vann- og avløpsanlegg etter plan- og bygningsloven kapittel 27 være en forutsetning for å få byggetillatelse. Avtalene innbyggerne inngår med kommunen er dermed i liten grad basert på frivillighet eller likeverdighet. Det har vært stilt spørsmål ved om kommunene i slike situasjoner opptrer som offentlig myndighet eller privat aktør når den fastsetter standardvilkårene.

Forvaltningslovutvalget la i 2019 til grunn at kommunen måtte ha lovhjemmel for å kreve inn vann- og avløpsgebyr fordi det er tale om «tvungne (obligatoriske) tjenester».<sup>174</sup> Ved fastsettingen av gebyret må det følgelig legges til grunn at kommunen utøver offentlig myndighet, hvilket den har hjemmel i loven for.

Lovavdelingen la i en uttalelse fra 1987 til grunn at stengingsgebyr fra Televerket på grunnlag av deres standardvilkår ikke var myndighetsutøvelse. Departementet uttalte:<sup>175</sup>

*«Dette må etter vår mening anses som en standardavtale som inngås med kundene som ledd i Televerkets forretningsvirksomhet. Vi antar at disse avtalene må anses å ha et privatrettslig grunnlag, og at inngåelse og praktisering av en slik avtale ikke kan regnes som offentlig myndighetsutøvelse. Selv om slike standardavtaler utformet av en forvaltningsbedrift som har monopol på sitt område kan tenkes å være underlagt visse*

<sup>172</sup> Prop. 136 L (2010-2011) s. 6.

<sup>173</sup> Vass- og avløpslova § 3.

<sup>174</sup> NOU 2019:5 s. 196.

<sup>175</sup> JDLOV-1987-837.

*offentligrettslige regler (som f eks prinsippene om myndighetsmisbruk), vil ikke reglene om enkeltvedtak i fvl etter vår mening få anvendelse på disse avtalene.»*

Lovavdelingen la samme rettsoppfatning til grunn i en uttalelse fra 2001 og antok under henvisning til forvaltningsrettslig litteratur at standardvilkår for offentlige tjenesteytelser og i forbindelse med offentlig forretningsdrift som hovedregel faller utenfor forskriftsbegrepet.<sup>176</sup> Som et konkret eksempel nevnes vann- og avløp.

I Rt-2007-431 behandlet Høyesterett spørsmålet om Stavanger kommunes standardvilkår om ansvarsfraskrivelse for tilbakeslag ved kraftig nedbør skulle settes til side. Prinsipalt anførte If forsikring at forurensningslovens § 24 a om anleggseierne ansvar for skade ikke kunne fravikes gjennom avtale, og subsidiært at klausulen om ansvarsfraskrivelse måtte settes til side med hjemmel i avtalelovens § 36. Høyesterett behandlet saken utelukkende som et privatrettslig anliggende, og konkluderte med at klausulen om ansvarsfraskrivelse sto seg. Høyesterett uttalte i forbindelse med avtalelovens § 36 følgende:

*«(49) Innen rammen av lov og forskrifter bestemmer kommunen vilkårene for tilknytning til anlegget og fordeler risiko og ansvar mellom kommunen og brukerne. [...]*

*(50) Avslutningsvis tilføyes at forbrukervern og sensur av urimelige avtalevilkår mellom forbruker og næringsdrivende og mellom næringsdrivende, har mindre plass i de tilfeller fellesoppgaver ivaretas av en kommune eller andre og utgiftene fordeles mellom, og dekkes av, de tilknyttede eiendommer eller deltakere. Spesielt må dette gjelde når begge parter har kontraheringsplikt etter lov eller forskrift. Innen rammen av lov og forskrift må kommunen ha adgang til å bestemme dimensjoneringen og utførelsen av vann- og avløpsnett og fordele risiko og ansvar mellom fellesskapet og den enkelte. Så lenge slike bestemmelser er basert på et saklig og forsvarlig skjønn, og fellesskapet drives på selvkostbasis, skal det mye til for at en eller noen få eiere av tilknyttede eiendommer ved hjelp av avtaleloven § 36 kan få omfordelt rettigheter og byrder i fellesskapet.»*

Tilsvarende forståelse av standardvilkårene er også lagt til grunn for etterfølgende rettspraksis, riktignok med den begrensning at adgangen til å fravike § 24 a ved avtale er relativt snever.<sup>177</sup>

I en artikkel fra 2022 reiser Baklund spørsmålet om standardvilkår kan forankres i eierrådigheten eller krever hjemmel lov i lys av Ryde-dommen.<sup>178</sup> Som det fremgår over, er det etter vårt syn ikke holdepunkter for å anta at Ryde-dommen har endret rettstilstanden. Synet på og reguleringen av vann- og avløpstjenester har imidlertid endret seg. Det har gått fra å være et privat ansvar til en viktig kommunal oppgave. Lovfestingen av prinsippet om kommunalt eierskap i 2012 var et viktig steg i denne retningen. Samfunnsutviklingen innebærer med andre ord at rettstilstanden kan ha endret seg.

Bruker man kriteriene i Ryde-dommen er det klart at vann- og avløp i dag anses som en offentlig virksomhet som ivaretar grunnleggende behov hos innbyggerne. Beslutninger på slike

<sup>176</sup> JDLOV-2001-10197.

<sup>177</sup> Rt-2014-656 og Rt-2011-1304.

<sup>178</sup> (Baklund, 2022) s. 120.

samfunnsområder vil ofte anses som myndighetsutøvelse.<sup>179</sup> Når det gjelder type beslutning og formålet med beslutningen, vil det variere de aktuelle bestemmelsene i standardvilkårene og spørsmålet kan neppe besvares helt generelt. Det reflektere også gjerne i standardvilkårene. I vilkårene til Drammen kommune fremgår for eksempel følgende:

*«Forvaltningsloven kapittel 1–3 og offentlighetsloven gjelder for behandling av saker etter vilkårene og Tekniske regler.*

*Forvaltningsloven kapittel 4– 6 gjelder for behandling av saker etter pkt. 4 og vedtak etter pkt. 5.3.1. – 5.3.8. og pkt. 6. Kommunens vedtak i slike saker kan påklages til kommunens klagenemnd, jfr. forvaltningsloven § 28, 2. ledd.»<sup>180</sup>*

Reguleringen må formodentlig forstås slik at Drammen kommune har vurdert reguleringen i kapittel 1-3 i standardvilkårene som regulering som kan vedtas med grunnlag i den privatrettslige råderetten, mens reguleringen i kapittel 4, delvis 5 og 6 innebærer myndighetsutøvelse. Det er dessuten vanlig at standardvilkårene gjengir regler som følger av loven av informasjonshensyn og at deler av reguleringen kan ha hjemmel i ulike lover.

Etter vårt syn vil det fremdeles være et rom for å ha regulering i standardvilkår som er forankret i den privatrettslige råderetten, så lenge de ikke er lovstridig eller innebærer et kvalifisert inngrep overfor private. Vi antar for eksempel at ansvarsbegrensningen for tilbakeslag ved ekstremnedbør, er en slik type regulering kommunene kan vedta i kraft av sin privatrettslige råderett. I tillegg må de kunne vedta praktiske regler om tilknytning, søknader om tilknytning, bruk av anleggene mv.

Holder vi oss til beslutninger som krever hjemmel i lov fordi de kan innebære et kvalifisert inngrep, finnes det en rekke eksempler på at slike inngrep allerede er lovfestet. Eksempler på slike kvalifiserte inngrep kan for eksempel være regler som begrenser utbyggingen, overdragelsen og eierskapet til private vann- og avløpsanlegg i vass- og avløpsloven § 1. Tilsvarende gjelder for reglene om gebyr i § 3 og krav om tilknytning til kommunale anlegg i plan og bygningsloven §§ 27-1 eller 27-2. Vi antar også at det vil kunne anses som et inngrep som krever hjemmel i lov, dersom kommunene varig kobler fra abonnenter slik at de mister vannforsyningen eller avløpet.

## 6.8 Åpne kontorer for lovpålagte tjenester til innbyggerne

Kommunene har normalt en rekke lokaler som brukes til lovpålagte tjenester som er åpne for innbyggerne eller brukerne av tjenesten. Eksempler på slike tjenester er Nav-kontorer og helsestasjoner. Felles for disse tjenestene, er at de dekker grunnleggende velferdsmessige behov og at brukerne har et lovfestet krav på tjenestene. Det tilsier at kommunens frihet til å regulere hvem som får være i lokalene eller stille vilkår for bruk, kan stille seg annerledes enn for et alminnelig kontorbygg, kulturbygg eller idrettsanlegg. Problemstillingen har først og fremst vært omtalt i forbindelse med beslutninger om å utestenge enkeltpersoner fra Nav-kontorer på

<sup>179</sup> Avsnitt 83.

<sup>180</sup> <https://www.drammen.kommune.no/globalassets/tjenester/vann-og-avlop/dokumenter/avtalevilkar-2021.pdf> punkt 1.11.

grunn av truende eller voldelig adferd. Uttalelsene har etter vårt syn overføringsverdi til andre åpne kontorer hvor det ytes lovpålagte tjenester til innbyggerne i en kommune.

Arbeids- og velferdsdirektoratet vedtok 13. mai 2016 egne retningslinjer for beslutninger om utestenging fra Nav-kontorer på grunn av vold eller trusler.<sup>181</sup> I retningslinjene står det at: «[d]et rettslige grunnlaget for beslutning om utestengelse er den privatrettslige rådighet NAV har over sine lokaler». Det følger videre at beslutningen ikke er gjenstand for klage, hvilket tilsier at direktoratet har lagt til grunn at det ikke er tale om et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Utestenging innebærer ikke at brukeren mister retten til bistand fra Nav, men vil i praksis gjøre tjenesten mindre tilgjengelig for mange brukere. Det gjelder særlig brukere som er bostedsløse, som ikke har tilgang til PC, som ikke har BankID eller som har vanskelig for å lese eller uttrykke seg skriftlig.

Arbeids- og sosialdepartementet og Sivilombudet har tidligere lagt til grunn at kommunens privatrettslige rådighet er tilstrekkelig rettslig grunnlag for å beslutte utestenging av personer for en begrenset periode på inntil 12 uker, forutsatt at de ulovfestede kravene til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk overholdes.<sup>182</sup> Sivilombudets uttalelser fra 2016 til 2020 må forstås slik at Sivilombudet mener at slike beslutninger ikke innebærer myndighetsutøvelse.<sup>183</sup>

I en rapport utarbeidet i 2022, trakk Sivilombudet sine tidligere vurderinger av det rettslige grunnlaget i tvil og skriver at «[d]et er usikkert om privatrettslig eierrådighet gir Nav et tilstrekkelig rettslig grunnlag for fysisk utestenging fra lokalene eller om det kreves lovhjemmel». <sup>184</sup> Tvilen er ifølge ombudet aktualisert av Ryde-dommen.<sup>185</sup> Sivilombudet har derfor tatt til orde for at Arbeids- og velferdsdirektoratet bør foreta en fornyet vurdering av grunnlaget og at det bør vurderes lov- eller forskriftsregulering.<sup>186</sup> Sivilombudet skriver blant annet:

*«Videre er det grunn til å påpeke at uttalelsen SOMB-2009-9, som departementet viste til, gjaldt utestenging fra en kommunal svømmehall. De tjenestene som tilbys i en offentlig drevet svømmehall skiller seg klart fra den myndighetsutøvelsen og lovfestede veiledningen som finner sted ved Navs kontorer. Uttalelsen synes derfor å ha begrenset overføringsverdi for spørsmålet om hva som kan tjene som rettslig grunnlag for utestenging fra Nav. I alle tilfeller inneholder den ikke noen nærmere drøftelse av hvorfor og i hvilke tilfeller eierrådighet kan være et tilstrekkelig grunnlag for utestenging fra offentlige lokaler.»<sup>187</sup>*

<sup>181</sup> Retningslinjer for beslutning om sikkerhetstiltaket «utestenging» vedtatt av Arbeids- og Velferdsdirektoratet 13. mai 2016.

<sup>182</sup> SOM-2016-169, SOM-2016-1175 og SOM-2020-2680.

<sup>183</sup> Rettsoppfatningen har blant annet vært begrunnet i SOMB-2009-9 om utestengning fra en svømmehall omtalt ovenfor.

<sup>184</sup> (Sivilombudet, 2022) s. 7.

<sup>185</sup> (Sivilombudet, 2022) s. 13.

<sup>186</sup> (Sivilombudet, 2022) s. 8.

<sup>187</sup> (Sivilombudet, 2022) s. 14.

Sivilombudet påpeker videre at forholdet til Grunnloven § 113 burde vært vurdert.

Spørsmålet har i ettertid vært behandlet av kontroll- og konstitusjonskomiteen. Komiteen skriver:

*«I rapporten gir Sivilombudet anbefalingar til kommunane og Arbeids- og velferdsdirektoratet. Direktoratet har meldt tilbake at dei i 2023 skal utgreie det rettslege grunnlaget for Nav sin praksis med utestenging.»<sup>188</sup>*

Vi er ikke kjent med at noen slik utredning foreligger i skrivende stund.

I det følgende vurderer vi om utestengelse fra Nav krever lovhjemmel, ved å anvende momentene oppstilt i Ryde-dommen.<sup>189</sup> Ser man på *type beslutning*, det vil si en avgjørelse om å gi eller ikke gi noen adgang til en eiendom man eier, er dette normalt ikke offentlig myndighetsutøvelse. Det er tvert imot en *type beslutning* som normalt kjennetegner den privatrettslige råderetten. I motsatt retning trekker *samfunnsområde* som berøres av beslutningen. Navs tjenester er lovpålagte og grunnleggende velferdsgoder til innbyggerne. Selv om brukeren ikke mister retten til bistand fra Nav ved en utestengelse, er det klart at bistanden kan bli vanskeliggjort. En beslutning om utestenging kan også oppleves som stigmatiserende for den det gjelder. Når det gjelder *formålet* med beslutningen, er det å beskytte de ansatte og andre besøkende hos Nav mot vold og trusler. Det kan ikke være tvil om at behovet er legitimt. Formålet om å beskytte sine egne ansatte og andre besøkende, er ikke særegent for det offentlige. Et slikt formål kan også være relevant for andre private eiere som begrenser adgangen til sine lokaler. Det er følgelig ikke tale et generelt forsøk på å regulere adferd eller styre samfunnsutviklingen.

Etter en samlet vurdering, er det vårt syn at en beslutning om utestenging fra kontorer som yter lovpålagte, grunnleggende tjenester til innbyggerne, er så inngripende at det trolig må anses som myndighetsutøvelse i relasjon til forvaltningsloven. Det innebærer at utestengingen må anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2, og at vedtaket for eksempel kan påklages. Det neste spørsmålet er deretter om beslutningen om utestenging, er så inngripende at den krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113.

For at kravet om lovhjemmel skal komme til anvendelse må det være tale om et «kvalifisert inngrep».<sup>190</sup> Vi legger til grunn at det fremdeles er momentene i Ryde-dommen som er avgjørende, men at det skal mere til for å aktualisere lovskravet. Både *type beslutning* og *formålet* med beslutningen tilsier at det er tale om en *type beslutning* som kan tas i kraft av eieres private autonomi. Vi legger til grunn at det er gode grunner for at Nav skal kunne bruke utestenging for å beskytte sine ansatte. Den beslutningen gjelder vil fremdeles ha krav på bistand fra Nav, bare ikke ved oppmøte i en begrenset periode. Inngrepet fremstår derfor ikke som kvalifisert og etter vårt syn er det ikke en *type beslutning* som fordrer en

<sup>188</sup> Innst.450 S (2022–2023).

<sup>189</sup> HR-2021-2510-A Ryde avsnitt 81 flg.

<sup>190</sup> (Solheim, 2023) s. 264.

lovgivningsprosess.<sup>191</sup> Følgelig mener vi at utestengelse fra et Nav-kontor, gjort i tråd med retningslinjene fra 2016 ikke er så inngripende at det krever hjemmel i lov.<sup>192</sup> Kommunens privatrettslige rådighet er etter vårt syn tilstrekkelig.

## 6.9 Kommunale sykehjem, tilrettelagte botilbud og andre institusjoner

Kommunene eier institusjoner for helse- og omsorgstjenester og eiendom hvor det tilbys særskilt tilrettelagte botilbud. Med institusjoner og botilbud sikter vi i denne sammenheng til tilbud for innbyggere som av ulike grunner ikke kan bo hjemme i en alminnelig bolig i en lengre eller kortere periode. Det kan for eksempel være tale om sykehjem, helsehus eller bofellesskap for psykisk utviklingshemmede. Felles for denne typen tjenester er at beboerne er der fordi det er nødvendig av helsemessige eller sosiale årsaker. Selv om oppholdet ikke er basert på et tvangsvedtak, vil beboerne gjerne ikke ha et reelt valg. Det er også tale om lovpålagte tjenester for kommunen.<sup>193</sup>

Sivilombudet har lagt til grunn at det i utgangspunktet må ligge innenfor kommunens rettigheter som eier av et bo- og behandlingssenter å regulere hvem som har adgang til eiendommen, med unntak for de som eventuelt måtte ha rettskrav på tilgang, og innenfor forvaltningsrettslige krav om forholdsmessighet, likebehandling og saklighet. Ombudet uttalte videre:

*En utestenging av pårørende til beboere ved kommunale omsorgsinstitusjoner er et relativt inngripende vedtak. Det bør derfor utvises stor varsomhet med å treffe slike vedtak. I vurderingen av om utestengningsvedtak skal treffes må det være relevant å ta i betraktning de hensyn som er vektlagt i denne saken, nemlig hensynet til pasienten, de øvrige beboere og personalet. Jeg forstår kommunen slik at det ikke er ønskelig å treffe denne typen avgjørelser, heller ikke i den foreliggende saken, men at det i enkelte tilfeller kan være nødvendig.»<sup>194</sup>*

Den konkrete saken gjaldt utestenging av en pårørende som var psykisk syk og som ifølge kommunen nærmest daglig skulle ha «skjelt ut avdelingens personale, kommet med grove seksuelle tilrop og beskyldninger om seksuelt misbruk av beboere, dårlig pleie og aktiv dødshjelp». Kommunen viste til at adferden var en belastning for ansatte og andre beboere, samt at beboeren som fikk besøk trengte skjerming. Sivilombudet aksepterte at utestengingen kunne hjemles i den privatrettslige rådigheten, men hadde innvendinger til saksbehandlingen og varigheten av tiltaket. Vi oppfatter det følgelig slik at Sivilombudet anså vedtaket som utslag av myndighetsutøvelse, men ikke et tiltak som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet.

<sup>191</sup> Se motsatt (Sivilombudet, 2022) s. 14. Det som etter vårt syn likevel kunne begrunne behovet for en lovgivningsprosess er ikke inngrepets art, men det faktum at Sivilombudet i tidligere uttalelser har lagt til grunn at det ikke er tale om myndighetsutøvelse. Etter vår vurdering kan et slikt standpunkt trolig ikke opprettholdes i dag.

<sup>192</sup> Retningslinjer for beslutning om sikkerhetstiltaket «utestenging» vedtatt av Arbeids- og Velferdsdirektoratet 13. mai 2016.

<sup>193</sup> Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) 24. juni 2011 nr. 30 § 3-2 og lov om kommunale krisesentertilbud (krisesenterlova) § 2.

<sup>194</sup> SOMB-2004-35.

Etter vårt syn vil kommunene kunne bruke sin privatrettslige rådighet til å gi for eksempel ordensregler for å ivareta ro, orden, trivsel og sikkerhet i kommunale institusjoner og botilbud. Slike regler må naturligvis være saklig begrunnet og ikke innebære uforholdsmessig inngrep for eksempel i retten til familieliv, privatliv, religion mv.<sup>195</sup> Vi legger til grunn at et sykehjem for eksempel kan regulere besøkstid, ro på visse tider av døgnet eller for eksempel at røyking skal skje på et eget røykerom eller kun på den enkelte beboers rom. Slike beslutninger vil etter vårt syn ikke være myndighetsutøvelse. Det er likevel grenser for hvilke beslutninger som kan forankres i eierrådigheten. Vi er enige med Boe i at eierrådigheten ikke kan hjemle forbud mot enhver form for bruk av alkohol i et aldershjem, eller påbud om at alle skal stille til gudstjeneste hver søndag.<sup>196</sup>

I Rt-2010-612 (sårstell) konkluderte flertallet (3-2) med at kommunen kunne sette som vilkår for opphold på sykehjem at en pasient aksepterte vask, sengetøysskift og sårstell. Flertallet viste til at pasienten hadde rett på et omsorgstilbud, men at *«det nærmere innholdet i tjenestetilbudet i stor grad beror på et såkalt fritt skjønn, stenger denne retten ikke for at det stilles vilkår, herunder vilkår med tvangselementer»*. Flertallet la også til grunn *«at gjennomføring av vask, skifting av sengetøy og sårstell ikke er urimelig byrdefullt for A»*. Det er nærliggende å forstå dommen slik at eierrådigheten til kommunen og den ulovfestede vilkårlæren ble ansett som tilstrekkelig hjemmel i kombinasjon. Uavhengig av hvilke kompetansegrunnlag beslutningen anses å være begrunnet i, er den et eksempel på et grensetilfelle som viser hvilke krav kommunene kan stille til beboere på institusjon uten at det forelå en konkret lovhjemmel.

Helse- og omsorgstjenesteloven regulerer blant annet kommunale helse- og omsorgsinstitusjoner, herunder sykehjem. I § 12-4 er det gitt en egen hjemmel for å gi husordensregler i fjerde ledd. En slik hjemmel er etter vårt syn ikke nødvendig for å fastsette alminnelige ordensregler, men den samme bestemmelsen regulerer også ulike former for tvangsvedtak som åpenbart krever hjemmel i lov. Slik vi oppfatter forarbeidene har formålet vært å konkretisere og regulere grensen mot inngrep som krever hjemmel i lov, og ikke adgangen til å ha alminnelig husordensregler.<sup>197</sup> Eksempler på tvang som ifølge samme bestemmelse krever særskilt hjemmel, er forbud mot rusmidler, kroppsvisitasjon, innlåsing på enerom, besøksnekt, beslag av mobiltelefon eller kontroll med korrespondanse. Helsedirektoratet har også lagt til grunn at det å nekte beboere å besøke hverandre på rommene, er et inngrep som krever hjemmel i lov.<sup>198</sup> Bestemmelsen i § 12-4 er med andre ord et eksempel på at lovgiveren konkret har regulert grensen for kommunenes privatrettslige råderett mot legalitetsprinsippets lovskrav. Når man har valgt å gjøre det på dette området, er det trolig fordi grensdragningen har vært komplisert for eieren av institusjonen, og fordi at det er behov for å beskytte beboere som er i en særlig sårbar situasjon.

---

<sup>195</sup> Se forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie 14. november 1988 nr. 932 som gir visse føringer.

<sup>196</sup> (Boe, 2023) s. 90.

<sup>197</sup> Se Prop. 91 L (2010-2011) s. 353.

<sup>198</sup> Se Helsedirektoratets brev til Fylkesmannen i Oslo og Viken 13. mai 2019.



## 7. Klargjøring og kodifisering av rammene for kommunens eierrådighet

### 7.1 Innledning

Kommunal- og distriktsdepartementet ber om en vurdering av om det er grunnlag eller behov for å klargjøre grensene for kommunens eierrådighet gjennom lov eller på andre måter. Slik vi forstår det, spør departementet først om det er hensiktsmessig med en kodifisering av gjeldende rettstilstand, og i så fall hvordan en slik lovfesting bør gjennomføres. Videre ber departementet om en vurdering av om grensene for kommunens privatrettslige råderett kan klargjøres på annen måte enn gjennom regulering i lov.

### 7.2 Lovfesting av kommunens privatrettslige råderett

Det vil være atskillige utfordringer forbundet med å kodifisere rammene for kommunenes bruk av privatrettslig råderett som rettsgrunnlag. Hovedgrunnen til det er at rekkevidden av dette rettsgrunnlaget er uklar. Ryde-dommen er den eneste avgjørelsen hvor Høyesterett tar uttrykkelig stilling til grensene for råderetten, og Høyesterett gjør det klart at den nærmere gresnedragningen beror på en bred helhetsvurdering. De kriterier som utpensles er nokså skjønnsmessige, og det er derfor ikke helt å slå fast hvor langt kommunens eierrådighet rekker.

Etter vårt syn vil det være lite hensiktsmessig å regulere rekkevidden av kommunens privatrettslige råderett fullt ut i loven. Som fremstillingen ovenfor viser, fatter kommunen svært mange ulike avgjørelser som ledd i utøvelsen av sin eierrådighet. Noen beslutninger vil være preget av rene eierrettslige vurderinger, mens andre vil ha sterkere innslag av samfunnsmessige hensyn og interesser. Det vil vanskelig kunne fastsettes særlige regler for enhver beslutning forvaltningen fatter i forbindelse med forvaltningen av kommunal eiendom. Det er lite ønskelig med et svært detaljert og omfattende regelverk, siden dette i seg selv kan bidra til at reglene oppleves som tungt tilgjengelige og vanskelig å orientere seg i. Videre er det behov for å gi kommunene en viss fleksibilitet til å kunne fatte beslutninger ut fra lokale forhold og behov.

En mulig løsning kunne være å gi en skjønnsmessig utformet bestemmelse om kommunens privatrettslige råderett, og gi mer detaljert anvisning på gresnedragningen i lovens forarbeider. Det vises til Lovforberedelse og lovteknikk punkt 2.3:

*«Man vil ofte finne utfyllende merknader til lovteksten i lovforarbeidene, f.eks. presiseringer av hvordan uttrykk i lovteksten skal forstås, henvisninger til andre bestemmelser som den aktuelle bestemmelsen må ses i sammenheng med, og angivelse av hvilke momenter man normalt skal ta i betraktning ved skjønnsmessige vurderinger.»*

Det fremgår av veilederen at forarbeidene spiller en viktig rolle der lovgiver mener at enkelte grensespørsmål bør avklares i rettspraksis:

*«Forarbeidene kan i slike tilfeller inneholde opplysninger om at en lovregel bevisst er gitt en form som åpner for vurderinger, og at meningen er at domstolene i siste instans må treffe den endelige avgjørelsen om forståelsen av regelen.»*

Når vi ikke tar til orde for en slik overordnet regulering av kommunens privatrettslige råderett skyldes det primært at det er vanskelig å generalisere på dette feltet. Videre vil selv en skjønnsmessig bestemmelse kunne bidra til en uheldig sementering av rettsstilstanden, som begrenser muligheten for at kommunens eierrådighet kan utvikles i takt med samfunnsforholdene. De skranker som følger av legalitetsprinsippet har utviklet seg gjennom praksis fra Høyesterett, og etter vårt syn bør det fremdeles være overlatt til vår øverste domstol å bestemme når en beslutning er å anse som et «inngrep» som aktualiserer lovskravet i Grunnloven § 113. Å regulere rekkevidden av ett blant flere alternative kompetansegrunnlag fremstår etter vår vurdering som lite heldig.

Selv om det etter vårt syn er betenkeligheter med å regulere *generelt* hvor langt kommunens myndighet som eier rekker, er vi ikke like avvisende til å innføre særskilt regulering i sektorlovgivningen. Det vil for eksempel kunne gis en hjemmel som gir kommunene adgang til å regulere bruk av kommunal grunn til næringsvirksomhet. Det var nettopp denne formen for regulering Høyesterett problematiserte i Ryde-dommen, men avgjørelsen etterlater uavklarte spørsmål knyttet til dommens rekkevidde. Det kan tilsi at kommunene bør få en klar lovhjemmel for å kunne regulere bruken av offentlig grunn, og sette vilkår for bruk av kommunalt areal til næringsformål. I forarbeidene kan det gis nærmere føringer for hvilke vilkår som kan oppstilles, hvordan brudd på vilkårene kan sanksjoneres og hvilke hensyn som kan vektlegges ved utøvelsen av råderetten.

En mulig løsning er å ta hjemmelen inn i kommuneloven, som omhandler kommunal myndighetsutøvelse generelt, og organisering og saksbehandling i kommunen. Bestemmelsen kan for eksempel lyde slik:

*«Kommunen kan gi forskrift om bruk av offentlig grunn for kommersiell virksomhet.»*

Når vi er tilbakeholdne med å foreslå en slik plassering, skyldes dette i all hovedsak at forslaget tematisk sett ligger på siden av det kommuneloven ellers regulerer. Lovens virkeområde er «kommuners ... virksomhet» og det kan virke fremmed å innta en hjemmel for å regulere andres virksomhet på kommunal grunn. Etter vårt syn vil det være mer hensiktsmessig å formulere en egen lov som hjemler denne formen for kommunal regulering. I hjemmelsloven kan det fastsettes nærmere rammer for utformingen av og innholdet i kommunale forskrifter. Det bør komme klart frem av forarbeidene at kommunens alminnelige eierrådighet ikke innskrenkes ved en slik lov.

Som alternativ til en generell forskriftshjemmel, kan det innføres mer avgrensede hjemmelslover etter mønster av lov 18. juni 2021 nr. 139 om utleie av små elektriske kjøretøy på offentlig grunn. Loven åpner for at kommunen kan gi forskrift om bruk av offentlig grunn for utleie av små elektriske kjøretøy, og gir nokså utførlige regler om hvilke bestemmelser slike forskrifter kan inneholde, hvilke formål som kan ivaretas og hvordan brudd kan sanksjoneres. Tilsvarende hjemmelslover kan innføres for andre former for næringsvirksomhet på kommunal grunn. Flere parallelle lover, med dels overlappende formål og virkeområde, vil skape uklarhet omkring rammene for kommunenes reguleringsadgang. Etter vårt syn vil det være mer hensiktsmessig med en felles hjemmelslov, som legger til rette for lokal regulering av kommersiell virksomhet på offentlig grunn.

Det kan også være behov for å regulere særskilte aspekter ved kommunenes privatrettslige råderett i annen særlovgivning. Behov for å regulere adgangen til Nav-kontorer utover bortvisning i akutte situasjoner har for eksempel vært adressert av Sivilombudet i sak SOM-2022-1416. Per i dag er utestenging fra Nav ikke regulert i lov eller forskrift, men gjennom Navs interne retningslinjer. Sivilombudet har uttalt at det kan være behov for lovregulering. Formålet med en slik regulering kan være å skape klarhet omkring hvilke tiltak kommunen kan iverksette i kraft av sin eierrådighet og hvor grensene går for hva som er offentlig myndighetsutøvelse. Tilsvarende behov kan finnes på andre områder i kommunesektoren. For eksempel har lovgiver funnet grunn til å regulere adgangen til å fastsette ordensregler i institusjon i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 (jf. punkt 6.9 ovenfor). Selv om grunnleggende husordensregler etter vårt syn kan vedtas i kraft av eierrådigheten, vil en lovfesting bidra til å klargjøre grensene for kommunens kompetanse.

Det er selvsagt ikke noe til hinder for å innføre særlige lovbestemmelser som sikrer lovhjemmel der eierrådighetens grenser er uklare. Vi understreker likevel at det kan være betenkeligheter forbundet med et kasuistisk regelverk som regulerer ulike deler av kommunens eierrådighet. En lovregulering av enkelte sider av kommunens eierbeføyelser vil kunne danne grunnlag for uriktige motsetningslutninger. Ukyndige rettsadvokater kan anta at tiltak utover det som følger av loven ikke kan hjemles i kommunens privatrettslige råderett. Eierrådigheten er i utgangspunktet negativt avgrenset, ved at den gir adgang til alt som ikke er særskilt avskåret gjennom lov, avtale eller annet rettsgrunnlag. En særlig regulering av kommunens eierrådighet i enkelte tilfeller vil kunne skape tvil om dette utgangspunktet også gjelder for kommuner. Det er derfor viktig at dette løftes frem og adresseres i forarbeidene til den enkelte lov.

### 7.3 Andre tiltak for å klargjøre rammene for kommunens privatrettslige råderett

Staten vil også kunne iverksette ulike tiltak for å synliggjøre overfor kommunen hvilke skranker Grunnloven § 113 setter for utøvelse av eierrådigheten. For det tilfellet at kommunens privatrettslige rådighet reguleres i loven, enten generelt eller i særskilte tilfeller, vil departementet i lovens forarbeider kunne gi utførlig veiledning om hvilke skranker som følger av legalitetsprinsippet. Dersom det ikke vurderes som ønskelig med en lovregulering, vil staten måtte ta i bruk andre virkemidler.

Kommuneloven kapittel 2 har bestemmelser om at begrensninger i det kommunale selvstyret må ha hjemmel i lov og at det kommunale selvstyret ikke bør begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål. I et tilfelle som dette vil det imidlertid ikke være tale om å *begrense* det kommunale selvstyret, men å klargjøre de rammer kommunene må overholde i forbindelse med utøvelsen av råderetten over egen eiendom. Kommuneloven setter ikke begrensninger for denne formen for veiledning. Staten står dermed fritt til å gi retningslinjer som gir uttrykk for gjeldende rett på dette området.

Kommunal- og distriktsdepartementet kan avgi tolkningsuttalelser hvor de klargjør sin forståelse av lover de selv forvalter. KS eller kommunene vil dermed kunne anmode departementet om en tolkning av kommunelovens bestemmelser, eller bestemmelser i øvrig lovgivning som regulerer kommunal virksomhet. På denne måten vil departementet kunne bidra til å avbøte den

usikkerhet kommunene står overfor etter Høyesteretts avgjørelse i Ryde-saken. Departementet kan gi uttrykk for hvilket handlingsrom de mener kommunene har til å bruke eiendomsretten til å ivareta samfunnsmessige hensyn.

Likevel vil rammene for kommunens utøvelse av privatrettslig råderett måtte fastsettes med utgangspunkt i lovkravet nedfelt i Grunnloven § 113. Grunnloven ligger under Justisdepartementet, og det er Justisdepartementets lovavdeling som avgir uttalelser om hvordan loven er å forstå. Kommunal- og distriktsdepartementet kan be Lovavdelingen om en vurdering av om lovhjemmel er nødvendig for ulike former for utøvelse av kommunal eierrådighet.

Departementet kan også gi veiledning til kommunene på annen måte. Det vil for eksempel være hensiktsmessig at denne utredningen deles med kommunesektoren, ledsaget av departementets egne merknader til våre vurderinger og konklusjoner.

## Referanser

- Andenæs, J., & Fliflet, A. (2006). *Statforfatningen i Norge* (10. utg.). Universitetsforlaget .
- Andenæs, J., & Fliflet, A. (2017). *Statsforfatningen i Norge* (11. utg.). Universitetsforlaget .
- Baklund, L. (2022). Kommunens krav og vilkår knyttet til vann og avløp – eierrådighet eller myndighetsutøvelse? I S. T. (red), *Vann, juss og samfunn - Rettigheter og regulering i utvikling* (ss. 119-141). Cappelen Damm Akademisk .
- Bernt, J. F. (1983). Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger. *Jussens Venner* 18(4-5), ss. 119-135.
- Bernt, J. F. (2017). Kommentar til forvaltningsloven". I Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2017) . *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* .
- Bernt, J. F. (2021). § 113. I O. Mestad (red), *Grunnloven: historisk kommentarutgave 1814-2020* (ss. 1253-1262). Oslo : Universitetsforlaget .
- Boe, E. (1983). Eckhoffs/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten. *Jussens Venner* 18 (4-5), ss. 151-173.
- Boe, E. (2023). Enda mer "fiolett" i forholdet mellom privatrett og forvaltningsrett? I M. B. Christoffersen, A. P. Høgberg, H. Irgens-Jensen, & G. (. Knudsen, *Juss og mangfold: festskrift til Geir Woxholth 70 år* (ss. 83-98).
- Boe, E. (2018). *Forsvarlig forvaltning*. Universitetsforlaget .
- Duvaland, L. (2023). *Lovkommentar til pasient- og brukerrettighetsloven* . Oslo: Karnov.
- Eckhoff, T., & Smith, E. (2003). *Forvaltningsrett* (7. utg.). Universitetsforlaget .
- Eckhoff, T., & Smith, E. (2022). *Forvaltningsrett* (12. utg.). Universitetsforlaget.
- Falkanger, T. F. (2022). *Tingsrett* (9. utg.). Universitetsforlaget.
- Frihagen, A. (1977). *Forvaltningsrett i hovedtrekk*. Universitetsforlaget.
- Frihagen, A. (1991). *Forvaltningsrett bind I*. Forlaget A. Frihagen AS.
- Graver, H. P. (2015). *Alminnelig forvaltningsrett* (4. utg.) . Universitetsforlaget .
- Graver, H. P. (2019). *Alminnelig forvaltningsrett* (5. utg.). Universitetsforlaget .
- Hopsnes, R., & Solberg, R. (2005). Legalitetsprinsippet. *Jussens Venner* 40 (2), ss. 77-155.
- Høgberg, B. M. (2023). Mellom eierrådighet og lovhjemmel i offentlig forvaltning. I M. Christoffersen, A. Høgberg, H. Irgens-Jensen, & G. Knudsen, *Juss og mangfold: festskrift til Geir Woxholth 70 år* (ss. 276-292).

- Justitsdepartementets lovavdeling. (2000). *Lovteknikk og lovforberedelse*. Oslo : Justis- og beredskapsdepartementet .
- Kraby, I. H. (1996) HVA ER LOV? – særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger. *Jussens Venner* 31 (3), ss. 145-160.
- Owe, S. (1983.). Faktiske handlinger og legalitetsprinsippet - noen utvalgte emner. *Jussens Venner* 18 (4-5), ss. 136-150 .
- Riise, M. W., & Ikdahl, I. (2022). HR-2021-2126-A – Et lite skritt for sykepengen, et stort sprang for trygderettslig metode? *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 19, ss. 37-55.
- Sivilombudet. (2022). *Beslutninger om utestenging fra Nav - Rapport fra undersøkelse av eget tiltak – sak 2022/1416*. Oslo: Sivilombudet.
- Smith, E. (2009 ). *Konstitusjonelt demokrati*. Fagbokforlaget .
- Smith, E. (2022). Rettsbundet forvaltning. *Jussens Venner* 57 (5-6), ss. 442–475.
- Smith, E. (2023). Eierrådighet som rettsgrunnlag for forvaltningen: Bidrar "sparkesykkeldommen" til rettsavklaring? *Lov og Rett* 62 (6), ss. 373-395.
- Solheim, S. H. (2023). Det offentliges utøvelse av eierrådighet – når kreves det lovhjemmel? I *Fakultetsbyggjar, vestlending og verdsborgar; Festskrift til Ernst Nordtveit 70 år*. Oslo: Cappelen Damm AS.
- Stub, M. (2016). Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk. I *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer* (ss. 491-512). Universitetsforlaget.
- Tobiassen, T. M. (2022). Nye tider for legalitetsprinsippet i Høyesterett? *Lov og Rett* 61(2), ss. 64-66.

