

# Forelesninger i Alminnelig forvaltningsrett høsten 2013

## Utvalgte emner

Professor em. Erik Magnus Boe

### 1. Omgjøring

#### 1.0 Hva er å omgjøre

1.00 Forskjellen fra å måtte revurdere

1.01 Forskjellen fra klageutfall

1.02 Forskjellen fra å behandle ny sak: Rt. 2005 s. 416, Rt 2008 s. 560

#### 1.1 Hvem kan omgjøre? Omgjøringsinstans

1.10 Organet selv (§ 35,1, § 35,5)

1.11 Overordnet organ (§ 35,2, § 35,3, §§ 35,4-35,5)

#### 1.2 Når kan det omgjøres? Omgjøringsgrunnlag

1.20 Omgjøring av gyldig vedtak

1.200 Egen omgjøring

- Omgjøring til gunst for "tilgodesett" (§ 35,1 a jfr § 35,2)
- Omgjøring til *skade* for "tilgodesett" (§ 35,1 b, § 35,3, § 35,5)
- § 35, 5 (1.202 )

1.201 Overordnet organs omgjøring

- § 35,2
- § 35,3
- § 35,5 (1.202)

1.202 Klargjøring av § 35,5

- Egen lovhjemmel ("annen lov")
- Omgjøringsforbehold ("følger av vedtaket selv")
- Ulovfestet omgjøringsrett ("alm. forvaltningsrettslige regler").  
Momenter

1.203 Unntaksregelen i § 35,4 første punktum for kommunale vedtak

- Unntak bare fra *annet* og *tredje* ledd, ikke fra femte ledd
- Hvorfor gjelder regelen både for statlige klageorganer og for kommunale (deriblant fylkeskommunale) organer?

1.21 Omgjøring av ugyldig vedtak (§ 35,1 c, jfr § 35,2 og § 35,4 annet punktum)

8.210 "Ugyldighet" etter § 35,1 bokstav c, jfr § 35,2

8.211 Spesialregelen for statlige klageinstanser i § 35,4 annet punktum

#### 1.3 Omgjøringsplikt

1.30 Eckhoffs/Smiths standpunkt («nullitet»)

1.31 Frihagens og Boes syn

#### 1.4 Følgen av å overskride omgjøringsreglene

## **2. Inhabilitet**

**2.0 Hva er inhabilitet – og hva er det *ikke*?**

**2.1 *Hvorfor* har vi regler om inhabilitet?**

**2.2 I hvilke *saker* gjelder inhabilitetsreglene?**

2.20 § 1 jfr § 3

2.21 Særreglene i kommuneloven § 40 nr. 3

**2.3 *Hvem* kan være inhabile?**

2.30 I klassiske forvaltningsorgan

2.31 I forvaltningsselskaper etc.

Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten)

Rt. 2007 d. 983 (Reno Vest)

2.32 § 10

**2.4 *Til hva* er tjenestemannen inhabil?**

- ”tilrettelegge grunnlaget”

Rt. 2007 ss. 983 (Reno Vest)

**2.5 *Når* er tjenestemannen inhabil?**

2.50 Tilknytningsforholdet gjelder tjenestemannen selv  
(§ 6,1 og § 6,2)

2.500 Fellestrekk i § 6,1

2.501 Hovedtemaet i § 6,2

2.502 Momenter i § 6,2-vurderingen

Rt. 2009 s. 1319 (Tildeling av driftshjemmel)

2.503 Betydningen av inhabilitetsinnsigelse

2.504 Forskjellen fra ugyldighetsinnsigelse

2.51 Tilknytningsforholdet gjelder den overordnede (§ 6,3. ledd)

Rt. 2009 s. 1553

2.52 Unntak: Strengt lovbundne avgjørelser (§ 6,4. ledd)

2.53 Forskjellen fra § 41-vurderingen

**2.6 *Hvordan* må inhabilitetsspørsmål håndteres (§ 8)**

2.60 Hierarkiske organer

2.61 Kollegiale organer

**2.7 *Virkingen* av inhabilitet (§ 9 jfr § 7)**

**2.8 *Følgen* av brudd på inhabilitetsreglene (§ 41)**

Rt. 1996 s. 64 (Hegnar Hotell)

Rt. 2009 s. 1319 (Tildeling av driftshjemmel)

### **3. Lovskravet**

- 3.0 Forskjellen på hva lov *kan* brukes til og hva lov *må* brukes til (lovsformens anvendbarhet, lovsformens nødvendighet)**
  - 3.00 Oversikt over anvendbarheten
  - 3.01 Oversikt over nødvendigheten
- 3.1 Betydning for Storting, Regjering/forvaltning og private parter**
  - 3.10 Saksbehandlingsregelen
  - 3.11 Kompetansesranken
  - 3.12 Rettighetsvinkelen, domstolskontrollen
- 3.2 Lovskravets rang og rettsgrunnlag**
  - 3.20 Grl. §§ 96 og 99, myndighetspraksis
  - 3.21 Grunnlovs rang: Konstitusjonell sedvane
- 3.3 Tre hovedspørsmål både for beslutninger og handlinger**
  - 3.30 Hva krever hjemmel i lov (3.4-3.7)?
  - 3.31 Hva menes med hjemmel i lov (3.8)?
  - 3.32 Når foreligger hjemmel i lov (3.9)?
- 3.4 Forskjellen i begrepsbruk for beslutninger og handlinger:**
  - 3.40 Eckhoffs/Smiths begrepsbruk 1: "Kompetanse" til å treffe vedtak, mens handlinger er "tillatte eller forbudte"
    - 3.400 Hva er en "forvaltningshandling"?
    - 3.401 Hva er en "forvaltningsbeslutning"?
    - 3.402a er handling til forskjell fra beslutning?
  - 3.41 Eckhoffs/Smiths tilnæringsmåte/begrepsbruk 2: Legalitetsprinsippet (og lex superior-prinsippet) avgrenser kompetansen, lex superiorprinsippet avgrenser handlingsrommet
  - 3.42 Andenæs' og Frihagens begrepsbruk og tilnæringsmåte
    - Rt. 1995 s. 20 (Sprøyte før utsendelse)
    - Rt. 1996 s. 654 (Hagangur)
    - Rt. 2010 s. 612 (Kroppsvask)
  - 3.43 Forelesningsformålet for rettssystematikken
- 3.5 Beslutninger: Når trengs hjemmel i lov?**
  - 3.50 Lex superiorprinsippet: *Lovstridige* beslutninger
  - 3.51 Legalitetsprinsippet
    - 3.510 Grunnkravet til kompetanse. Konsekvens: Hjemmelsjakt
    - 3.511 Kravet til lovhjemmel pga beslutningens innhold
    - 3.512 Hvordan legalitetsprinsippet beskrives
      - Eckhoffs negative karakteristik: Formell ("Hvis ikke noe annet gyldig kompetansegrunnlag foreligger")
      - Andenæs'/Frihagens positive karakteristik: Materiell avgrensning ("inngrep i borgernes rettssfære")

- Samme innhold, uansett synsvinkel ("utenfra"/"innenfra")
- Materiell vurdering av grensetilfellene

3.513 Legalitetsprinsippets kjernesone

3.514 Randsone I (grensen mot "privat autonomi")

3.515 Randsone II (grensen mot "egenforvaltningen")

### **3.6 Handlinger: Når trengs hjemmel i lov?**

3.60 Utgangspunktet: Almennelig handlefrihet for forvaltningen

3.61 Unntak: Lovforbud

3.62 Unntak: "Uskrevne forbud" (av lovs rang?)

3.620 Konstruksjon

3.621 Realiteten: Handlingen går for langt

Rt. 1995 s. 20 (Sprøyte før utsendelse)

Rt. 1996 s. 654 (Hagangur)

Rt. 2010 s. 612 (Kroppsvask)

3.63 Min anbefaling til tilnæringsmåte. Momenter

### **3.7 Sammenligning av bedømmelsesmåten ved beslutninger og handlinger**

3.70 Likheter

3.71 Forskjeller

### **3.8 Hjemmelskravets styrke: Hva menes med hjemmel i lov?**

3.80 Lov eller i medhold av lov

3.81 Lovtekst eller vanlig rettskildebruk?

3.82 Det relative legalitetsprinsippet

Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks)

Rt 2001 s. 1661 (Summarisk fellesoppgjør)

Rt. 2004 s. 1603 (Gebyr ved fradeling)

Rt. 2005 s. 416 (Advokatbevilling)

3.83 Klarhetskravet

3.830 Hjemmelskravet i legalitetsprinsippets kjernesone

3.831 Hjemmelskravet i legalitetsprinsippets randsoner

3.84 Sedvane og nødrett

### **3.9 Om hjemmel foreligger i det enkelte tilfellet: Tolking**

3.90 Almennelige lovtolkingsprinsipper

3.91 Legalitetsprinsippet (lex superiorprinsippet) som tolkingsfaktor

Rt. 2002 s. 1298 (Polarlaks)

Rt. 2002 s. 1069 (Trefelling)

Rt. 2010 s. 306 (morselskap og datterselskap)

3.92 Hjemmelshjulet og hjemmelsslusen

3.93 Forholdet mellom funksjonen som skranke og som tolkingsprinsipp

### **3.10 Følger av at hjemmelen svikter**

## 4. Skjønnsutøvelse og skjønnsutøvelsesskranker

### 4.0 Hva består *forvaltningsskjønnet* av?

- 4.00 Forskjellen på subsumsjonsskjønn (lovskjønn) og forvaltningsskjønn ("kan"-skjønn, hensiktsmessighetsskjønn)
- Korresponderer med skillet mellom lovbunden og diskresjonær myndighet (4.21)
  - Eksempler på mer eller mindre vidtgående subsumsjonsskjønn
  - Skjønnsinnslaget går da ut på om kompetansen foreligger
    - Skjønnsinnslag på "Hvis"-siden
    - Skjønnsinnslag på "så"-siden
    - Skala av mer eller mindre skjønnspregete betingelser og rettsvirkninger

#### 4.01 Forvaltningsskjønnet

- Forvaltningsskjønnet kommer ikke i stedet for, men i tillegg til, subsumsjonsskjønnet ("Når ....., *kan* forvaltningen ...")
- Skjønnet dreier seg da om hvordan friheten skal utnyttes
  - Ulike lovgivningsteknikker for å uttrykke samme realitet. Typisk "kan"-skjønn
  - Minst vidtrekkende: Enten/eller-situasjonen
  - Mer vidtrekkende: Valg mht virkemidler eller reaksjonsmåter
  - Hvor omfattende friheten er, beror på en tolking av hjemmelsloven

#### 4.02 Eksempler

### 4.1 Skjønnsutøvelsesskranker i lov

#### 4.10 Hjemmelsloven setter skranker

- Som konsesjonsloven §§ 9-10,
- Som alkoholloven § 1-7 bokstav a og b

#### 4.11 Andre lover setter skranker

4.110 Likestillingsloven og andre "interne lover"

4.111 Menneskerettighetsloven og skranker i EMK osv

Rt. 2001 s. 1006 (KRL-dommen), EMD-2002-15472-2 og 15472-3

### 4.2 Ulovfestete skjønnskranker?

4.20 Prinsippet om saklig og forsvarlig skjønnsutøvelse ("myndighetsmisbruk", "myndighetsoverskridelse")

4.200 Feil kan inndeles rettssystematisk på forskjellig vis

- Etter arten av feil (Eckhoffs/Smiths inndelingsmåte)
  - Uvedkommende hensyn
  - Vilkårighet
  - Sterk urimelighet
  - Usaklig forskjellsbehandling

- Etter skjønnstadier (Min inndelingsmåte)
  - premisskontroll (relevans)
  - avveiningskontroll (vekt)
  - virkningskontroll

#### 4.201 Premisskrankene

- Avgrensning av premisskretsen ("uvedkommende hensyn")
- For få hensyn ("ensidig skjønn")
- Intet skjønn (!) – Rt 2010 s. 376
- For generelt skjønn ("for standardisert og mekanisk skjønn")

#### 4.202 Avveiningskrankene

- Vilkårighet
- Grov urimelighet pga overeksponerte hensyn
- Usaklig forskjellsbehandling

#### 4.203 Virkningskontrollen

- Sterkt ulike rettsfølger ("usaklig forskjellsbehandling")
- Grovt urimelig resultat ("grov urimelighet")

#### 4.204 På hvilke måter kommer EØS-retten inn i saklighetsbedømmelsen?

#### 4.205 Terminologien "tilblivelsesmangler"

### 4.21 Forholdsmessighetsprinsippet

#### 4.210 Forholdsmessighetsprinsippetets særpreg

- Forholdet til saklighetsprinsippet ("grov urimelighet")
- Forholdsmessighetsprinsippetets selvstendige verdi – Rt 2008 s 560
- EMK og EU-inspirert rettsprinsipp
- Forholdet mellom EMK-/EU-prinsippet og den forvaltningsrettslige tankegangen i Norge

#### 4.211 Omstridt hvor langt prinsippet rekker

#### 4.212 Forholdsmessighetsprinsippet som saksbehandlingsregel

#### 4.213 Forholdsmessighet som pliktregel for forvaltningen

#### 4.214 Forholdsmessighet som kompetanseskranke

#### 4.215 Hva er uforholdsmessig?

### 4.22 Minstestandardprinsippet

#### 4.220 Omstridt hvor langt prinsippet rekker

#### 4.221 Lovbasert minstestandard

#### 4.222 Velferdsbasert minimumsnivå

- Utmålingsskjønn
- Andre skjønn

#### 4.223 Er minstestandardprinsippet et generelt forvaltningsprinsipp?

## 4.3 Sammenligning mellom saklighet, forholdsmessighet og minstemål

## 4.4 Følger av at skjønnsskrankene er overskredet

## **5. Domstolskontroll med forvaltningens lovanvendelse og skjønnsutøvelse**

### **5.0 Forestillingene om det ”frie skjønnet”**

#### 5.00 Forskjellen på

- Det materielle kompetansespørsmålet (*Er lovens vilkår oppfylt?*)
- Spørsmålet om hvor langt kontrollinstansens myndighet rekker (Hvor langt kan *retten* kontrollere det?)

#### 5.01 Søksmålsgjenstand – prosessledende avgjørelser, Rt 2008 s. 1571

#### 5.02 Domstolenes kontrollbegrensninger (”det frie skjønnet”)

##### 5.020 Etter ulovfestet forvaltningsrett

##### 5.021 Forholdet til EMK Artikkel 6

#### 5.03 Ikke bare domstolene som har begrenset kontrollmyndighet

#### 5.04 Terminologien ”prøvelsesrett”

### **5.1 Domstolskontrollen med lovanvendelsen til forvaltningen**

#### 5.10 Hovedspørsmålet: Hvor langt/dypt kan kontrollen gå?

#### 5.11 Hva kan retten alltid kontrollere

##### 5.110 Saksbehandlingen

##### 5.111 Tolking av reglene

##### 5.112 Faktum i saken (bevisbedømmelsen)

#### 5.12 Lovanvendelse der lovgiveren har avskåret subsumsjonskontrollen

#### 5.13 Lovanvendelse der det etter ulovfestete prinsipper kan herske *tvil*

##### 5.130 Hovedregel: Retten kontrollerer subsumsjonen fullt ut

##### 5.131 Unntaksvis *er* subsumsjonen endelig

##### 5.132 Iallfall kan det være grunn til å vise tilbakeholdenhet

##### 5.133 Unntaksvis er *tilsynelatende lovbetingelser* bare retningslinjer under skjønnsutøvelsen (jfr 5.210 nedenfor)

##### 5.134 Momenter for å avgjøre hvor langt subsumsjonskontrollen går

- Graden av vaghet, håndgripelig, vurderingstemaets art osv.
- Kompetansebegrensning eller grunn til tilbakeholdenhet?

##### 5.135 Terminologi

### **5.2 Domstolskontrollen med skjønnsutøvelsen til forvaltningen**

#### 5.20 Kontroll med om det foreligger lovbundet eller diskresjonær myndighet = Kontroll med hvordan loven skal *tolkes*, jfr. 5.111

#### 5.21 Kontroll med lovanvendelsen i diskresjonære vedtak, jfr. 5.1

##### 5.210 Unntaksvis kan *tilsynelatende lovbetingelser* tjene kun som retningslinjer for skjønnsutøvelsen – Rt 2007 s 257, Rt 2008 s 560

## 5.22 Hvor langt går rettens kontroll med selve skjønnsutøvelsen?

5.220 Hovedregel: Retten kan *ikke* kontrollere om skjønnet er blitt rimelig, hensiktsmessig, nyttig, fornuftig osv.

5.221 Unntak i lovverket, som gir retten full kontroll

5.222 Rettskontroll med skjønnets grenser (jfr. 4.2)

5.223 Indirekte skjønnskontroll

- Gjennom å stille ekstra strenge krav til saksbehandlingen
- Gjennom skjerpet dokumentasjonsbyrde ved inngripende vedtak?

5.224 Terminologi

## 5.3 Nyttien av å skille mellom lovanvendelses- og skjønnsutøvelseskontroll

5.30 Kontroll med lovanvendelsen er:

- Kontroll med om kompetanse**betingelser** foreligger
- Altså en hjemmelskontroll

5.31 Kontroll med forvaltningskjønnets lovmessighet er:

- Kontroll med *bruken* av friheten
- Som diskresjonær kompetanse gir

5.32 Utgangspunktet for domstolskontroll er stikk motsatt

5.33 Kontrollen med saklighets-, forholdsmessighets- og minstestandardprinsippet arter seg ulikt

5.330 Når kompetansebetingelser/kompetanseskranker kontrolleres:

Da er kontrollen bundet til et bestemt tema

5.331 Når retten kontrollerer hvordan diskresjonær myndighet er brukt:

Da er målestokken generell

## 5.4 Kan domstolene bestemme utfallet selv (avsi 'realitetsdom'), eller må ugyldige vedtak oppheves?

5.40 Oppfatninger i rettsteorien

5.41 Rettspraksis



## **6. Ugyldighet og ansvar i hovedtrekk**

### **6.0 Rekapitulering**

- 6.00 Skillet mellom feil og sanksjoner
- 6.01 Skillet mellom ugyldighet og ansvar
- 6.02 Hel eller delvis ugyldighet?
- 6.03 Eckhoffs terminologi nullitet vs angripelighet

### **6.1 Ugyldighet**

- 6.10 Ugyldighetsbetingelser
  - 6.100 Absolutte ugyldighetsbetingelser
  - 6.101 Relative ugyldighetsbetingelser, især om forholdet mellom fvl § 41 og ulovfestede ugyldighetsregler
- 6.11 Ugyldighetsvirkninger
  - 6.110 Ugyldighet som samlebetegnelse for en rekke mulige virkninger (omgjøringsrett, omgjøringsplikt, straff, erstatning osv.)
  - 6.112 Forskjellen på reparasjon og ratihabisjon (godkjenning)

### **6.2 Erstatning**

- 6.20 Ulike erstatningssituasjoner
  - 6.200 Erstatningsansvar for myndighetshandlinger
  - 6.201 Erstatningsansvar for myndighetsbeslutninger
- 6.21 Forskjeller fra ugyldighetsbedømmelsen
  - 6.210 Kravet til ansvarsgrunnlag
  - 6.211 Kravet til økonomisk tap
  - 6.212 Strengere krav til årsakssammenheng
- 6.22 Kravet til ansvarsgrunnlag
  - 18.220 Objektivt eller subjektivt ansvar?  
Rt 2010 s. 291
  - 18.221 For hvilke feil spiller sontringen størst rolle?