

## Sensorveiledning

### JUS2211 – Forvaltningsrett og EØS Våren 2023

Eksamensdato: 25. mai  
Varighet: 6. timer

---

#### Relevante læringskrav

Eksamensoppgaven reiser sentrale forvaltningsrettslige spørsmål og et sentralt EØS-rettslig spørsmål. Oppgaven gir studentene mulighet til å vise i hvilken grad de har nådd deler av følgende kunnskapskrav:

Studenten skal ha «god forståelse av»:

- Forholdet mellom alminnelig og spesiell forvaltningsrett
- Forvaltningslovens sentrale regler, særlig om anvendelsesområde, utredningsplikt, habilitet, varsling, partsoffentlighet, vedtak, underretning, begrunnelse og klage
- Kravet til rettslig grunnlag for avgjørelser (kompetanse) og faktiske handlinger (tillatelse), herunder legalitetsprinsippet
- Hjemmelstolkning og grensene for forvaltningens materielle kompetanse, herunder skillet mellom kompetanse og frihet til (ikke) å bruke den, og kravet til korrekte fakta
- Reglene om ugyldighet
- Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens konkrete lovanvendelse (subsumsjonen) og deres tilbakeholdenhet med å bruke kompetansen
- De særlige rettsspørsmål som knytter seg til forvaltningen av naturmiljøet og til varetakelsen av allmenne miljøhensyn og -interesser, herunder også etiske spørsmål



- Rettslige virkemidler og rammer for styring av arealbruk gjennom plan- og bygningsloven (arealplanlegging) og forvaltning av naturmangfold gjennom områdevern etter naturmangfoldloven
- EØS-reglens betydning i norsk rett
- Reglene i EØS-avtalens hoveddel om fritt varebytte, med unntak av reglene om statlige handelsmonopoler

Studenten skal ha «kjennskap til» hovedtrekkene i reglene om byggesaksbehandling og generelle hovedtrekk ved forbudene mot hindringer for bevegelse av varer over landegrensene, og modifikasjonene i dette forbudet.

Oppgaven gir også studentene mulighet til å vise i hvilken grad de har nådd noen av ferdighetskravene. Ut fra en forståelse av forvaltningsrettens begreper, perspektiver og struktur, skal studenten kunne identifisere forvaltningsrettslige problemstillinger i et saksforhold, drøfte og løse slike problemstillinger og analysere forvaltningsvedtak og vurdere vedtakenes gyldighet i lys av rammer gitt i lover og forskrifter. Studentene skal også kunne identifisere, drøfte og løse rettsspørsmål i EØS-retten basert på EØS-rettslig metode.

### **Oppgavens omfang og vanskelighetsgrad**

Jeg løste oppgaven på eksamensvilkår først for å få en følelse av oppgavens omfang og vanskelighetsgrad. I likhet med meg vil nok de fleste studentene oppfatte oppgaven som krevende og ikke klare å identifisere alle rettsspørsmålene. Studentene vil nok som meg slite med å få tid til å gjøre gode drøftelser av alle spørsmålene de behandler. Sensuren må ta høyde for dette. Sensorveiledningen går langt utover det som kreves for å få A. Studentene trenger ikke å behandle alle underspørsmålene, og alle drøftelsene må ikke være svært gode for å få toppkarakter. For å klare det har de for kort tid. Det avgjørende er «totalinntrykket av kandidatens prestasjoner», se retningslinjene for karakterfastsettelsen som er gjengitt nederst. Akvakulturloven er nok ukjent lovtekst for de fleste studentene.

Det ble under sensormøtet pekt på at flere kandidater nok har hatt tidspress. De kandidatene som behandler oppgavens sentrale rettsspørsmål, og kommer seg gjennom disse, bør premieres. Det bør også tas hensyn til om kandidaten har valgt å fokusere på noen sentrale rettsspørsmål og viser godt nivå på dette. Det er imidlertid viktig at kandidatene behandler de sentrale hovedspørsmål for å kunne få god uttelling.

## 1. Takstein fra Italia

### 1.1 Hadde Direktoratet for byggkvalitet tilstrekkelig hjemmel til å fatte vedtaket?

Direktoratet for byggkvalitet har «truffet vedtak om at 'Peder Ås må fremlegge dokumentasjon på at han har inngått avtale med et firma som er godkjent' av myndighetene for pålegging av ubehandlet takstein fra Italia.» Peder påklager «vedtaket og mener det er i strid med EØS-avtalen.» Studentene skal drøfte og løse «*de rettslige spørsmål oppgaven reiser*», og må naturligvis vurdere om vedtaket er i strid med EØS-avtalen. For Peder er det avgjørende om han må forholde seg til vedtaket eller ikke, enten det skyldes at vedtaket strider med EØS-avtalen eller at vedtaket ellers mangler tilstrekkelig hjemmel.

Selv om klageinstansen etter forvaltningsloven § 34 andre ledd tilsynelatende bare «skal» vurdere klagerens synspunkter, og «kan» ta opp forhold som ikke er berørt av klageren, er det klart at også klageinstansen må forsikre seg om at vedtaket har tilstrekkelig hjemmel. Hvis klageinstansen er innstilt på å opprettholde vedtaket, kan det derfor ikke nøye seg med å vurdere om vedtaket er i strid med EØS-avtalen. Det er også et spørsmål om Direktoratet for byggkvalitet hadde tilstrekkelig hjemmel til å fatte vedtaket.

Peder anfører ikke at direktoratet manglet tilstrekkelig hjemmel. Studentene som likevel ser dette spørsmålet, må premieres. Det gjelder særlig ettersom behandlingen av spørsmålet kan innebære mye tapt tid på å lete etter en hjemmel som ikke finnes. Studentene vil kanskje finne frem til byggesaksforskriften (SAK 10) når de søker opp Direktoratet for byggkvalitet i Lovdata. Kapittel 5 i forskriften inneholder en del dokumentasjonskrav, men det finnes så langt jeg kan se ingen regler som gir direktoratet hjemmel til å pålegge tiltakshaver å fremlegge dokumentasjon på at det er inngått avtale med et firma som er godkjent av myndighetene for pålegging av ubehandlet takstein fra Italia. Derfor er vedtaket ugyldig.

### 1.2 Er vedtaket i strid med EØS-avtalen?

#### 1.2.1 Disposisjon

Oppgaven gjelder reglene om det frie varebytte og importrestriksjoner. De aller fleste vil nok foreta en samlet drøftelse, men det er også mulig å skille mellom godkjenningskravet og dokumentasjonskravet. Dokumentasjonskravet utgjør en ytterligere restriksjon i tillegg til godkjenningskravet. Det forventes ikke at studentene ser denne forskjellen, men de som ser det må premieres. Under sensormøtet kom det imidlertid frem at så langt hadde ingen fanget opp at kandidatene hadde sett dette skillet. Det ble avklart at det ikke skal trekkes for at det ikke foretas en slik sontring.

#### 1.2.2 Er ubehandlet takstein fra Italia omfattet av EØS-avtalen?

Hovedspørsmålene er om Norges regler for og direktoratets vedtak om ubehandlet takstein fra Italia strider med EØS-avtalen artikkel 11 om importrestriksjoner. Det første spørsmålet er om ubehandlet takstein fra Italia er omfattet av EØS-avtalen. Noen går kanskje rett på hovedspørsmålet uten å slå fast at taksteinen er omfattet. Studentene som gir en kort begrunnelse for hvorfor taksteinen er omfattet, må premieres.

Bestemmelsen om importrestriksjoner gjelder «produkter med opprinnelse i» Italia og blant annet for «varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer», jf. EØS-avtalen artikkel 8 nr. 2 og nr. 3 bokstav a.

Keramisk takstein er omfattet av kode 690510 – «Ceramic Roofing tiles» – og annen takstein er antagelig omfattet av kode 681019 – «articles of cement, concrete or artificial stone» – i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer. Studentene vet nok ikke dette, ettersom det harmoniserte systemet ikke ligger på Lovdata. Industrivarer er i hovedsak omfattet, slik også note 3 til artikkel 8 antyder. Derfor er det forsvarlig å legge til grunn at ubehandlet takstein er omfattet, selv om studentene ikke kan være helt sikre. De som kort slår dette fast, må premieres.

Alternativet til å legge til grunn at taksteinen er industrivarer, er å foreta en negativ avgrensning. De som slår fast at taksteinen verken er landbruksvarer eller fiskeriprodukter, og derfor antagelig er omfattet, må også få uttelling for dette.

De som legger til grunn at takstein ikke er omfattet, bør ha en begrunnelse for det. De må fortsette drøftelsen subsidiært.

### **1.2.3 Er Norges krav om myndighetsgodkjenning for firmaer som skal pålegge ubehandlet takstein fra Italia i strid med EØS-avtalen?**

1.2.3.1 Er godkjenningskravet et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon?

Studentene kan kort slå fast, eventuelt droppe å nevne, at godkjenningskravet ikke er en «kvantitativ importrestriksjon». Spørsmålet er om tiltaket har en «tilsvarende virkning» som en slik restriksjon, jf. EØS-avtalen artikkel 11.

Her vil de fleste kandidatene antagelig ta utgangspunkt i den såkalte Dassonville-formelen (*sak 8/74 Dassonville*), der det avgjørende vil være om godkjenningskravet utgjør direkte eller indirekte, aktuell eller potensiell, forskjellsbehandling.

Peder kan bare bruke taksteinen til sitt formål hvis den legges av et firma som er godkjent av myndighetene. Dette utgjør en brukshindring. EU-domstolen uttalte i sak C-142/05 *Mickelsson & Roos* avsnitt 26 at brukshindringer kan ha «a considerable influence on the behaviour of consumers, which may, in turn, affect the access of that product to the market of that Member State». Nasjonale regler som hindrer bruken av varen til sitt formål eller «greatly restricting their use» utgjør en restriksjon som bare er tillatt dersom den kan rettferdiggjøres, jf. dommens avsnitt 28.

I denne saken er det bare fire firmaer som er godkjent for pålegging av taksteinen, og ingen holder til nord for Trondheim. Som Peders sak illustrerer, kan det være uaktuelt å påta seg store kostnader med å hente inn et firma langveisfra. Godkjenningskravet innebærer en vesentlig brukshindring av ubehandlet takstein fra Italia.

Delkonklusjonen er at kravet om myndighetsgodkjenning er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Kandidatene må derfor videre drøfte hvorvidt restriksjonen kan rettferdiggjøres, basert på vurderinger av legitime hensyn, egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand. Det er imidlertid lite opplysninger i faktum og dette vanskeliggjør de ulike drøftelsene. Det var derfor enighet under sensormøtet at de kandidatene som rydder i problemstillingene og får noe fornuftig ut av drøftelsene underveis må premieres.

### 1.2.3.2 Er godkjenningsskravet begrunnet i et traktatfestet legitimt hensyn?

Ettersom restriksjonen direkte forskjellsbehandler en vare fra Italia, kan den bare rettferdiggjøres av traktatfestede legitime hensyn, og ikke etter de ulovfestede tvingene allmenne hensyn, jf. forente saker C-321/94, C-322/94, C-323/94 og C-324/94 *Pistre* avsnitt 52: «*According to settled case-law, domestic legislation of that kind, since it is discriminatory in character, may be justified only on one of the grounds mentioned in Article 36 of the Treaty*».

Direktoratet begrunner inngrepet med at ubehandlet takstein fra Italia har ført til fuktskader de senere år. Begrunnelsen for at myndighetene skal godkjenne firmaer som skal legge taksteinen er å «forhindre ødelagte bygg i fremtiden» og «forhindre at personer som bor eller jobber i bygningene pådrar seg lungeproblemer». Dette kan begrunnes ut fra hensynet til «menneskers [...] helse» i EØS-avtalen artikkel 13, gjerne omtalt som hensynet til folkehelsen.

### 1.2.3.3 Er godkjenningsskravet egnet til å beskytte folkehelsen?

EU-domstolen har slått fast at «*in the absence of specific Community requirements the Member States may choose the means which they consider appropriate to protect public health on their territory*», jf. sak C-317/92 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 14. Dommen er i teorien anført å være et av få eksempler på at et tiltak blir underkjent som uegnet, se *EØS-rett* (2022) s. 142 og *Oversikt over EØS-retten* (2022) s. 169, noe som indikerer en stor skjønnsfrihet til statene.

Det kan legges til grunn at taksteinen må legges riktig for at fuktskader ikke skal oppstå. Hvis en student har spesialkunnskaper om takteking som tilsier noe annet, er det naturligvis greit å bygge på det. At myndighetene må godkjenne foretakene som skal legge taksteinen, kan øke mulighetene for at taksteinen blir lagt riktig. Dette kan medføre at fuktskader unngås og at lungeproblemer reduseres. Godkjenningsskravet er dermed egnet til å beskytte folkehelsen.

### 1.2.3.4 Går godkjenningsskravet ut over det som er nødvendig for å nå målene om å forhindre fuktskadede bygg og lungeproblemer?

En «EØS-stat har myndighet til å fastsette nivået for beskyttelse av folkehelsen», jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/10 *Philip Morris* avsnitt 80. Når et tiltak anses egnet for å nå målet, må det godtgjøres at «reglene er nødvendige for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nås ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner eller ved forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen innenfor EØS-området i mindre grad», jf. samme uttalelse i avsnitt 85.

Jeg synes denne vurderingen er vanskelig ettersom jeg ikke har kunnskap om takteking eller hva slags tiltak som er mer eller mindre inngripende overfor selgere av takstein. Drøftelsen blir også utfordrerne ettersom vi ikke vet hvorfor bare fire firmaer er godkjent. Er det bare disse fire som er kompetente til å legge taksteinen, eller er myndighetene trege med godkjenningssprosessen? Mange studenter vil nok ha de samme utfordringene. Det viktigste er at studentene ser utgangspunktene for drøftelsen. Den konkrete subsumsjonen kan være krevende. De som likevel gjør en fornuftig drøftelse, må premieres.

Alternative tiltak kunne vært et krav om uavhengig kontroll av taksteinen etter at den var lagt, generelle produktkrav til takstein eller krav om fuktmaalere i bygg med pålegg om utbedring ved visse fuktnivåer. Det er vanskelig å vurdere om noen av disse tiltakene er mindre omfattende eller

påvirker samhandelen i mindre grad, samtidig som de oppnår minst samme beskyttelsesnivå som godkjenningskravet. En mulig løsning er å legge noe til grunn og konkludere basert på det.

En annen løsning er å konkludere basert på bevisreglene. Utgangspunktet er at statene må «provide the necessary evidence» som godtgjør at tiltaket ikke går ut over det som er nødvendig for å oppnå det erklærte mål, se for eksempel sak C-147/21 avsnitt 53. Der en stat tar sikte på «en svært høy grad av beskyttelse», aksepteres det at det foreligger «en viss vitenskapelig usikkerhet vedrørende det omtvistede tiltaks egnethet og nødvendighet», jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/10 *Philip Morris* avsnitt 83. Men det er fortsatt de «de nasjonale myndigheter som må *godtgjøre* at reglene er nødvendige [...]» (min kursivering), jf. avsnitt 85.

I denne saken har de nasjonale myndighetene ikke godtgjort at godkjenningskravet er nødvendig. Delkonklusjonen er at godkjenningskravet går ut over det som er nødvendig for å nå målene om å forhindre fuktskadede bygg og lungeproblemer.

### 1.2.3.5 Konklusjon

I dette tilfellet er det uten betydning hvilke delkonklusjoner og konklusjon studentene lander på, ettersom flere av delspørsmålene ikke har et klart svar og avhenger av hvilke forutsetninger studentene legger til grunn.

Min konklusjon er at Norges krav om myndighetsgodkjenning for firmaer som skal pålegge ubehandlet takstein fra Italia er i strid med EØS-avtalen.

### 1.2.4 Er Norges krav om at privatpersoner må dokumentere overfor myndighetene at de har inngått en avtale med et godkjent firma i strid med EØS-avtalen?

Det som først og fremst er et tilleggsmoment ved vurderingen av om *dokumentasjonskravet* strider med EØS-avtalen, er spørsmålet om dokumentasjonskravet går ut over det som er nødvendig for å nå målene om å forhindre fuktskadede bygg og lungeproblemer. Et godkjenningskrav med tilhørende dokumentasjonskrav er en mer omfattende restriksjon enn bare et godkjenningskrav. Spørsmålet er om det samme beskyttelsesnivået nås uten dokumentasjonskravet.

Det er vanskelig å mene noe om dette uten å ha kunnskap om hvordan folk påvirkes av dokumentasjonskrav. På samme måte som i drøftelsen over, kan studentene enten legge noe til grunn og bygge på det, eller fastslå at myndighetene ikke har godtgjort at dokumentasjonskravet er nødvendig. Jeg legger til grunn det siste og konkluderer med at også dokumentasjonskravet er i strid med EØS-avtalen.

### 1.2.5 Konklusjon

Som nevnt er det uten betydning hvilken konklusjon studentene lander på. Min konklusjon er at vedtaket er i strid med EØS-avtalen.

### 1.3 Hva er virkningene av at vedtaket strider med EØS-avtalen?

For Peder er det avgjørende om han må forholde seg til vedtaket eller ikke. Dette er ikke anført, men studentene som ser spørsmålet og gir en fornuftig drøftelse, må premieres. De som konkluderer

med at vedtaket er i tråd med EØS-avtalen, kan drøfte spørsmålet subsidiært. Men siden spørsmålet ikke er anført, skal det ikke trekkes for at man ikke behandler spørsmålet.

Myndighetene har ikke materiell kompetanse til å fatte vedtak i strid med EØS-avtalen, jf. EØS-loven § 1. Selv om man forutsetter at det finnes en hjemmel som etter ordlyden gir Direktoratet for byggkvalitet kompetanse til å fatte vedtaket, kan direktoratet ikke gjøre det ettersom EØS-avtalen går foran, jf. EØS-loven § 2. Det klare utgangspunktet er at innholdsmangler medfører ugyldighet, jf. HR-2016-2017-A avsnitt 63 og HR-2021-2571-A avsnitt 57. Unntakene fra dette er ikke aktuelle i denne saken, og vedtaket er ugyldig.

Den som er pålagt en byrde i et ugyldig vedtak har «som hovedregel ikke plikt til å respektere» det, jf. HR-2019-2400-A avsnitt 30. Slike vedtak kalles gjerne nulliteter. Det er ingen grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen i dette tilfellet.

Virkingen av at vedtaket strider med EØS-avtalen er at Peder ikke trenger å forholde seg til vedtaket.

## **2. Fjerningen av merdene**

### **2.1 Hvilke spørsmål reiser oppgaven?**

Peder fremlegger en «klage til kommunen på fjerning av merdene» og «hevder at beslutningen er ulovlig fordi kommunen mangler kompetanse til å rive merdene». Kommunen «nekter å ta klagen til behandling fordi det 'ikke er truffet noe vedtak i saken'».

Oppgaven inviterer til å drøfte om kommunen må ta klagen til behandling. Det forutsetter at forvaltningsloven kommer til anvendelse, dvs. at handlingene kan tilskrives kommunen, og at beslutningen om å fjerne merdene er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd § 33 andre ledd og § 1. I tillegg inviterer oppgaven til å drøfte om kommunen hadde kompetanse til å rive merdene. Ved vurderingen av om beslutningen er et enkeltvedtak kan det skilles mellom beslutningen om at merdene skal fjernes med tvang og den faktiske handlingen der merdene fjernes.

### **2.2 Må kommunen ta klagen til behandling?**

#### **2.2.1 Spørsmålet om identifikasjon**

Kommunen anfører at det ikke er truffet noe vedtak i saken. Det kan være en anførsel om at Martes handlinger ikke kan tilskrives kommunen (identifikasjon) og en anførsel om at det er en faktisk handling, ikke et enkeltvedtak. Spørsmålet om identifikasjon kan være vanskelig å plassere, og erfaringene fra sensormøtet er at få har sett identifikasjonsspørsmålet. Noen vil kanskje drøfte det uten tilknytning til noen bestemmelse eller under vilkåret «utøving av offentlig myndighet» i § 2. Begge deler er greit. Det er uansett et pluss å se at det kan stilles spørsmål ved om Martes handlinger i det hele tatt kan tilskrives kommunen. Jeg foretrekker å drøfte det under spørsmålet om forvaltningsloven kommer til anvendelse.

### 2.2.2 Kommer forvaltningsloven til anvendelse?

Forvaltningsloven § 1 fastsetter at loven «gjelder den virksomhet som drives av forvaltningsorganer». Er Martes handlinger kommunens virksomhet, eller er de foretatt av henne som privatperson? Hvis handlingene er foretatt av henne som privatperson, kommer ikke forvaltningsloven til anvendelse, og kommunen skal heller ikke ta klagen til behandling.

Studentene skal ha god forståelse av forvaltningslovens anvendelsesområde. Å vurdere om en handling er forvaltningsorganets virksomhet eller bare en handling foretatt av en privatperson, er nok noe studentene ikke har gjort tidligere. Som regel er det klart, og problemstillingen kommer ikke på spissen. Oppgaven er derfor egnet til å vise «[s]elvstendighet ved evne til å resonnerer kritisk og uavhengig i forhold til foreliggende læremidler og undervisning», som det skal legges vekt på i totalvurderingen ved karakterfastsettelsen, jf. retningslinjene som er gjengitt til slutt.

Drøftelsen kan gjøres på flere måter. Her er mitt forsøk, som kun er til illustrasjon:

Vedtak truffet med hjemmel i lov av rette personer er klart omfattet av kommunens virksomhet. En ordfører som kutter naboens tre fordi han er sint på naboen er klart ikke omfattet av kommunens virksomhet.

I dette tilfellet har Marte lovet velgerne å «rydde opp» i situasjonen der rikinger har tatt seg til rette. Dette taler for at beslutningen er tatt på vegne av kommunen. Det samme gjør utbetalingen fra kommunen til Martes fetter for arbeidet med å fjerne merdene.

I motsatt retning trekker følgende momenter: Avtalen ble gjort i et middagsselskap, grunnleggende krav til saksbehandling ble ikke fulgt, beslutningen har som vi skal se ikke hjemmel, handlingen ble gjennomført i det skjulte mens Peder var bortreist og avtalen ble inngått med en nærstående av Marte. Når disse momentene ses i sammenheng har utbetalingen fra kommunen mer et preg av å være underslag, enn en utbetaling i forbindelse med en gyldig avtale med kommunen. Martes fetter måtte skjønne at Marte ikke hadde kompetanse til å inngå en slik avtale.

Ulike momenter som gjør seg gjeldende vil være: Hvem er nærmest til å bære risikoen for at en ordfører går langt utenfor sin kompetanse? En tilfeldig privatperson eller kommunen? Ordføreren er folkevalgt. Pulveriseringshensyn taler for at skadene en folkevalgt gjør ved oppfølging av valgløfter ikke bør gå utover en privatperson. Samtidig kan ikke en kommune bli ansvarlig for alt en folkevalgt finner på. Privatpersonen har også mulighet til å rette et privat erstatningskrav.

Konklusjonen er åpen. Det er uten betydning hvilken konklusjon studentene lander på. De som ser at flere momenter trekker i ulik retning, må premieres.

De strafferettslige og privatrettslige spørsmålene som oppstår ved at handlingene er foretatt av Marte som privatperson, skal ikke behandles.

De som konkluderer med at forvaltningsloven ikke kommer til anvendelse, eller at Martes handlinger ikke kan tilskrives kommunen, bør foreta resten av drøftelsen subsidiært.



### **2.2.3 Resten av drøftelsen forutsetter at handlingene er kommunens «virksomhet» og at forvaltningsloven kommer til anvendelse. Er beslutningen om at merdene skal fjernes med tvang et enkeltvedtak?**

Om beslutningen er et enkeltvedtak beror på om beslutningen er omfattet av definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Beslutningen om at merdene skal fjernes er en «avgjørelse». Avgjørelsen er truffet «under utøving av offentlig myndighet» ettersom det har likhetstrekk med inngripende påbud og forbud, som ligger i «kjernen av begrepet», jf. HR-2021-2510-A *el-sparkesykkeldommen* avsnitt 67. Noen av studentene vil som nevnt kanskje foreta identifikasjonsdrøftelsen under dette vilkåret. Det er greit.

Om avgjørelsen er «bestemmende» for Peders «rettigheter», kan problematiseres. Hvilken betydning har det at Peder ikke har rett til å ha merdene i vannet etter akvakulturloven? Når merdene ikke bare skal fjernes, men også «ødelegges», er avgjørelsen uansett bestemmende for Peders rettigheter.

Delkonklusjonen er at beslutningen om at merdene skal fjernes med tvang er et enkeltvedtak.

### **2.2.4 Er den faktiske handlingen der merdene fjernes et enkeltvedtak?**

Den faktiske handlingen der merdene fjernes er ikke et enkeltvedtak. Det er bare en gjennomføring av vedtaket om at merdene skal fjernes med tvang. Selv om Peder klager på «fjerning av merdene», kan kommunen ikke høres med at det «ikke er truffet noe vedtak i saken». Avgjørelsen om at merdene skal fjernes med tvang er et enkeltvedtak, og Peders klage må tolkes som en klage over dette vedtaket.

### **2.2.5 Konklusjon**

Konklusjonen avhenger av hvordan studentene vurderer identifikasjonsspørsmålet og spørsmålet om beslutningen er en faktisk handling eller et enkeltvedtak. Hvis forvaltningsloven kommer til anvendelse og beslutningen er et enkeltvedtak, er konklusjonen at kommunen må ta klagen til behandling, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd og § 33 andre ledd.

### **2.3 Er vedtaket om å fjerne merdene med tvang ugyldig fordi kommunen manglet kompetanse?**

Dette er oppgavens sentrale materielle spørsmål, og kandidater som drøfter godt her, skal ha god uttelling.

Peders anførsel ser ut til å knytte seg til den faktiske handlingen der merdene fjernes ettersom han bruker ordet «ulovlig», som passer fint ved faktiske handlinger. Det er også et spørsmål om vedtaket om at merdene skal fjernes med tvang er «ugyldig». Begge beslutningene forutsetter at kommunen har kompetanse til å rive merdene, og det er tilstrekkelig å drøfte spørsmålet fra et av perspektivene. Jeg velger å drøfte det fra vedtaksperspektivet, ettersom det kan behandles i klagesaken.

Peder mener akvakulturloven §§ 27 og 29 ikke gir tilstrekkelig hjemmel for kommunen til å fjerne merdene. Bestemmelsene gir «tilsynsmyndigheten» kompetanse til å gjennomføre tiltak for ulovlighetsoppfølging. Departementet bestemmer hvem som er tilsynsmyndighet, jf. akvakulturloven § 21. Jeg klarte ikke å finne ut hvilket organ som er gitt denne myndigheten ved bruk av Lovdata Pro i eksamensmodus. En dom fra Borgarting lagmannsrett under dommer-ikonet til bestemmelsen indikerte at Fiskeridirektoratet har myndigheten. Dette stemmer visstnok, selv om jeg heller ikke ved bruk av Google eller eInnsyn klarer å finne departementets vedtak der myndigheten tildeles Fiskeridirektoratet.

Studentene som ser at det er uklart om bestemmelsen kan brukes av kommunen, må premieres. Ettersom Lovdata ikke gir et klart svar, må de fleste legge noe til grunn og fortsette drøftelsen basert på det. Studentene skal altså ikke trekkes for at de ikke vet at Fiskeridirektoratet er tilsynsmyndigheten.

Paragraf 27 er ikke relevant, ettersom den bare hjemler «pålegg om tiltak for å bringe de ulovlige forhold til opphør», og ikke vedtak om tvangsfjerning. Det samme gjelder § 29 første ledd, ettersom det ikke er gitt pålegg etter § 27 i forkant.

Paragraf 29 andre ledd fastsetter at «[s]elv om det ikke er gitt pålegg etter § 27 kan tilsynsmyndigheten, dersom det er nødvendig å iverksette tiltaket straks eller det foreligger andre særlige grunner, sørge for iverksetting av tiltak for å bringe ulovlige forhold til opphør.»

Det første spørsmålet er om det foreligger «ulovlige forhold». Faktum viser til akvakulturloven § 4 som angir at departementet «kan gi tillatelse til å drive akvakultur». En antitetisk slutning innebærer at ingen kan drive akvakultur uten tillatelse. Akvakultur er «produksjon av akvatiske organismer», jf. akvakulturloven § 2 første ledd. Men «[l]oven gjelder også anlegg ment for akvakultur, herunder anlegg uten akvatiske organismer», jf. § 2 andre ledd. Peders to merder er «ment for akvakultur» selv om han ennå ikke har satt fisk i dem. Ettersom Peder ikke har fått utvidet tillatelse, foreligger «ulovlige forhold».

Det neste spørsmålet er om det er «nødvendig å iverksette tiltaket straks» eller det foreligger andre «særlige grunner». Ordlyden og det at bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen taler for at det skal mye til. I merknaden til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 61 (2004–2005), som studentene har tilgang til i eksamensmodus ved bruk av forarbeider-knappen til bestemmelsen, skriver departementet at bestemmelsen kan anvendes ved «overhengende fare for at dyr vil lide eller et akutt miljøproblem må avverges» eller der det er «umulig eller uforholdsmessig byrdefullt å finne fram til den ansvarlige». Det er ingen holdepunkter i faktum for at Peders situasjon er i nærheten av dette.

Kommunen, selv om man legger til grunn at den er «tilsynsmyndigheten», har ikke kompetanse til å vedta at merdene skal fjernes med tvang. Det klare utgangspunktet er at innholdsmangler medfører ugyldighet, jf. HR-2016-2017-A avsnitt 63 og HR-2021-2571-A avsnitt 57. Unntakene fra dette er ikke aktuelle i denne saken. Konklusjonen er at vedtaket er ugyldig.

De som drøfter spørsmålet fra faktisk handling-perspektivet, kan konkludere med at handlingen var ulovlig.

### 3. Tilbaketrekking av akvakulturtillatelsen

#### 3.1 Er vedtaket om å trekke tillatelsen til Peders virksomhet ugyldig?

Det følger av akvakulturloven § 9 første ledd bokstav c at departementet «kan» trekke tilbake akvakulturtillatelsen ved «grov» eller «gjentatt» «overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven». Ordlyden angir to alternative materielle vilkår for tilbakekall, og gir departementet en skjønnsmyndighet til å vurdere om tillatelsen skal tilbakekalles i tilfellene der et av vilkårene er oppfylt.

Det første spørsmålet er om det foreligger «grov» eller «gjentatt» overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av akvakulturloven. Jeg vurderer «grovt»-vilkåret først. NFD begrunner vedtaket med at Peder «grovt har overtrådt akvakulturloven ved å utvide driften uten gyldig tillatelse».

Peders anførsel om at «området er regulert til akvakultur etter plan- og bygningsloven» fører ikke frem. Det er en forutsetning for akvakultur at tiltaket ikke «er i strid med [...] kommuneplanens arealdel og reguleringsplan», jf. plan- og bygningsloven § 1-6 eller at kommunen har gitt dispensasjon, jf. § 19-2. Arealavklaring eller dispensasjon er ikke tilstrekkelig for å drive akvakultur.

Peder må ha tillatelse etter akvakulturloven også for «anlegg ment for akvakultur, herunder anlegg uten akvatiske organismer», jf. akvakulturloven § 2 andre ledd og § 4 første ledd. Han må altså ha tillatelse til merdene selv om det ikke er fisk i dem, og han har derfor overtrådt akvakulturloven. Spørsmålet er om overtredelsen er «grov».

Ordlyden indikerer en høy terskel. I merknaden til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) skriver departementet følgende:

Det vil være en skjønnsvurdering hva som skal betegnes som grove overtredelser. Et relevant moment vil være om overtredelsen medfører at produksjonen kommer i strid med sentrale formål med loven, f.eks. hensynet til miljø. Det skal mindre grove overtredelser til for å gjøre mindre endringer i tillatelsen. For at en tillatelse skal trekkes tilbake må overtredelsene derimot være av en vesentlig høyere grovhetsgrad.

Forarbeidene taler for at to merder uten produksjon er langt fra en «grov» overtredelse. Dette alternativet gir dermed ikke tilstrekkelig hjemmel for tilbaketrekking.

Det neste spørsmålet er om det foreligger «gjentatt» overtredelse. Å sette ut to merder *en gang* i strid med akvakulturloven er ikke omfattet av ordlyden, som utgjør «rammen for regelfortolkningen», jf. HR-2021-2275-A *Pelagia* avsnitt 60.

NFD anfører at når det ses i sammenheng med Peders tilbygg uten søknad blir det en gjentatt overtredelse. Peder er uenig, ettersom det er en tillatelse som kreves av kommunen. Peder har rett. Akvakulturloven gjelder «produksjon» av akvatiske organismer, ikke utvidelser av fiskemottak på land, jf. akvakulturloven § 2 første ledd. Slike utvidelser reguleres av plan- og bygningsloven.

Akvakulturloven § 9 første ledd bokstav c omfatter bare overtredelser av akvakulturloven og bestemmelser i medhold av denne. Den omfatter ikke andre lover. Det foreligger dermed ikke «gjentatt» overtredelse. De kandidatene som på en god måte rydder i kompetansefordelingen mellom NFD og kommunen etter hhv. akvakulturloven og plan- og bygningsloven, skal ha uttelling for dette.

Selv om et av de materielle vilkårene skulle vært oppfylt, har departementet gått utenfor sin «kan»-kompetanse. I forarbeidene er det presisert at en «[f]ullstendig tilbaketrekking av tillatelse er et svært inngripende tiltak, som må brukes med varsomhet», jf. merknadene til § 9 i Ot.prp. nr. 61 (2004–2005). Det at departementet foretar en fullstendig tilbaketrekking når Peder har satt ut to tomme merder, er utenfor departementets skjønnsmyndighet.

Konklusjonen er at departementet ikke hadde hjemmel til å trekke tillatelsen tilbake og at vedtaket er ugyldig.

### **3.2 Kan tingretten prøve om vedtaket om å trekke tillatelsen til Peders virksomhet er ugyldig?**

Det rettslige utgangspunkt er at domstolene kan prøve om et forvaltningsvedtak er ugyldig, jf. tvisteloven § 1-3 og forutsetningsvis § 1-5. Kandidatene på andre året har imidlertid ikke hatt prosessrett og det kan ikke forventes at de sivilprosessuelle regler kommenteres. problemstillingen for kandidatene vil være hvorvidt domstolen kan prøve om de materielle vilkårene for å trekke tillatelsen er oppfylt, og om departementet har gått utenfor sitt «kan»-skjønn.

Erfaringene under sensormøtet er at flere av kandidatene bruker en del plass på dette rettsspørsmålet. Hvis dette gjøres på en god og oversiktlig måte som synliggjør at kandidatene har forstått domstolens rolle, må dette premieres. Særlig er det viktig for å få god uttelling at kandidatene tydelig kobler vurderingene av domstolsprøvingen til det foregående spørsmålet om NFDs kompetanse etter akvakulturloven § 29. På dette punktet kom det imidlertid frem under sensormøtet at det særlig var her flere av kandidater synes å ha klippet og limet inn teoretiske merknader om domstolsprøving, og uten å relatere dette nærmere til den aktuelle rettslige problemstillingen og faktum i oppgaven. Ved slik ukritisk klipp og lim-aktivitet av teoretiske utlegninger skrevet på forhånd får ikke kandidatene vist at de evner å anvende merknadene inn i praktiske oppgaver. Dette skal det trekkes for.

## **4. Landskapsvernområde**

### **4.1 Kan Peder klage på forskriften om landskapsvernområde?**

Naturmangfoldloven § 34 første ledd andre setning fastsetter at «[o]verfor grunneiere og rettighetshavere som blir berørt av forskriften, gjelder også forvaltningslovens regler om enkeltvedtak.» Selv gikk jeg først rett i fella og la til grunn at Peder kan klage. De som fortsatt er oppmerksomme og kritiske mot slutten av en lang eksamensdag klarer kanskje å tenke på hvem Peder skal klage til. Forvaltningsloven § 28 første ledd fastsetter at parter kan klage på enkeltvedtak til «det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen)». Kongen i statsråd er det øverste forvaltningsorganet i Norge, og det finnes ikke et organ Peder kan klage til.

Selv om Peder ikke kan klage, kan han be departementet om omgjøring. Peder har ikke krav på en realitetsbehandling, men hvis han argumenterer godt, kan det tenkes at han får medhold. Det forventes ikke at studentene skriver noe om dette, men de som kort nevner muligheten, får et pluss.

Konklusjonen er at Peder ikke kan klage på forskriften om landskapsvernområde.

#### **4.2 Er forskriften om landskapsvernområde ugyldig?**

##### **4.2.1 Er forskriften om landskapsvernområde ugyldig fordi Kongen i statsråd ikke hadde tilstrekkelig hjemmel?**

Peder anfører at vedtaket er «sterkt urimelig», men det er også et spørsmål om vedtaket har tilstrekkelig hjemmel.

Vedtaket innebærer at det «ikke kan gis nye eller utvidede tillatelser til næringsvirksomhet i området». Dette er tillatt etter naturmangfoldloven § 36 andre ledd så lenge «[p]ågående virksomhet» kan fortsette og «utvikles». Ordet «utvikles» kan ikke forstås slik at Peder har krav på å få nye tillatelser, men at virksomheten kan utvikles innenfor rammene av tillatelsene han allerede har.

Delkonklusjonen er at forskriften har tilstrekkelig hjemmel, og er ikke ugyldig på dette grunnlaget.

##### **4.2.2 Er forskriften om landskapsvernområde ugyldig fordi det er «sterkt urimelig»?**

Det skal svært mye til før et vedtak må settes til side som grovt, sterkt eller åpenbart urimelig, jf. Rt. 2009 s. 851 avsnitt 87, Rt. 2011 s. 111 avsnitt 70 og Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

I NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* punkt 34.6 uttaler utvalget at «[d]et siste elementet i den tradisjonelle læren om myndighetsmisbruk – at et vedtak blir ugyldig hvis det er grovt urimelig – har ikke vært brukt av domstolene til å sette vedtak til side på mange år, selv om muligheten har vært nevnt i domspremissene.»

Selv om Martes oppførsel kanskje har vært «på grensen til korrupt» og hun kanskje har «oppført seg som en cowboy» i forbindelse med fjerningen av merdene, er det ikke holdepunkter for at noe slikt har skjedd i forbindelse med utarbeidelsen av forslaget til landskapsvernområde.

Kongen i statsråd har ingen plikt til å vente med å fastsette landskapsvernområder til eventuelle domstolsbehandlinger er ferdige. Peders anførsel om dette fører ikke frem.

At det blir vanskelig å utvide virksomheten er en naturlig konsekvens av at landskapsvernområdet innføres. Dessuten får han «rett til erstatning fra staten for økonomisk tap når et vern medfører en vanskeliggjøring av igangværende bruk», jf. naturmangfoldloven § 50 første ledd. Dette taler for at det ikke foreligger sterk urimelighet.

Et moment som kan tale for at vedtaket er sterkt urimelig, men som kan være vanskelig å se, er at landskapsvernområdet innføres etter at tillatelsen er kalt tilbake. Betydningen av dette kommer an

på om tilbaketrekkingen var gyldig eller ikke. Den mest nærliggende konklusjonen er at departementet ikke hadde hjemmel til å trekke tillatelsen tilbake. I så fall er vedtaket ugyldig, og Peder har fortsatt rett til å drive akvakulturen han tidligere har gjort.

Hvis tilbaketrekkingen var gyldig, har Peder ikke mulighet til å søke om ny tillatelse, ettersom det er innført et landskapsvernområde. Dette kunne kanskje trekke i retning av sterk urimelighet. På den andre siden forutsetter gyldighet at Peder «grovt» eller «gjentatt» har overtrådt bestemmelsene og at departementet har holdt seg innenfor de strenge retningslinjene for skjønnet.

Studentene som ser problemstillingene og gjør en fornuftig drøftelse, må premieres.

Den mest nærliggende konklusjonen er etter mitt syn at det ikke foreligger sterk urimelighet og at vedtaket er gyldig, men det avgjørende er også her drøftelsen.

### **Retningslinjer for karakterfastsettelsen**

Som for andre juridiske fag angir § 3-6 i [instruks for eksamen og sensur](#) retningslinjene for karakterfastsettelsen:

«Måling av juridiske egenskaper og ferdigheter skjer etter en sammensatt vurdering av ulike kvaliteter. Det avgjørende for karakterfastsettelsen skal være totalinntrykket av kandidatens prestasjoner, sett i forhold til oppgaven som er gitt. Ulike besvarelser av samme oppgave kan således ha hver sine sterke og svake sider, og likevel bli ansett som likeverdige ved totalvurderingen. På bakgrunn av dette, angis det ikke fagspesifikke beskrivelser i form av faste regler om hva som kjennetegner det enkelte karaktertrinn eller hvilke egenskaper som teller mest.

Ved vurderingen av hvilke karaktertrinn som skal gis, ut fra de ovennevnte generelle beskrivelsene, vil det legges vekt på følgende ferdigheter i den totalvurderingen som skal foretas:

1. Kunnskaper om og oversikt over oppgavens tema og relevant bakgrunnsstoff;
2. Evne til å finne frem til og formulere rettslige problemstillinger, herunder skille mellom ulike problemer, prinsipale og subsidiære spørsmål, samt evne til å sette spørsmålene inn i sin rette sammenheng;
3. Evne til å drøfte spørsmål på en faglig forsvarlig og skjønnsom måte, og utnytte det foreliggende rettsstoff og faktum i samsvar med fagets metodiske prinsipper. Til dette hører også blick for hva som er vesentlig i forhold til det som er uvesentlig eller irrelevant, til å skille mellom det sikre og det tvilsomme, samt til å dimensjonere stoffvalg og proporsjoner i besvarelsen fornuftig;
4. Blick for rettspolitiske dimensjoner innenfor oppgavens tema, dog uten å tape av syne grensen mellom vurderingers betydning de lege lata og de lege ferenda;

5. Selvstendighet ved evne til å resonnerer kritisk og uavhengig i forhold til foreliggende læremidler og undervisning;
6. Språkbeherskelse, fremstillingsevne, presisjonsnivå og systematisk ryddighet ved skriftlig og muntlig redegjørelse for fagjuridiske emner.
7. Ferdighetene vil i varierende grad inngå ved den faglige totalvurderingen, og er ikke uttømmende angitt eller prioritert. De generelle og utfyllende beskrivelsene skal ikke anvendes med sikte på å oppnå en prosentvis normalfordeling ved den enkelte prøve, men ligge fast over tid.»

Våren 2023

Gullik-André Fjordbo