

Sensorveiledning for JUS2211 Vår 2015

Tirsdag 26. mai 2015 Kl. 10:00 – 16:00

1. Innledning

Oppgaven er en todelt hvor del I består av en teorioppgave innen velferdsrett og del II er en liten forvaltningsrettspraktikum. Det er ingen innbyrdes sammenheng mellom oppgavene.

Hovedlitteratur i alminnelig forvaltningsrett er Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: Forvaltningsrett, 10. utgave 2014 (Universitetsforlaget), eller Graver, Hans Petter: Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg. Oslo 2007 (Universitetsforlaget), alternativt 4. utg. Oslo 2015 (Universitetsforlaget) .

Hovedlitteraturen i velferdsrett er Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse: Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang, Oslo 2012, Gyldendal Juridisk, kapittel 2, 4, 5, 6 og 9 samt punkt 3.1, 3.2, 7.2, 7.3, 8.1 til og med 8.6.4.7, 8.10, 10.5, 10.6, 10.7 og 10.10.

Problemstillingene som oppgaven reiser faller inn under kravene til god forståelse. Oppgaveteksten angir at hver av delene skal telle like mye ved vurderingen.

2. Del I teorioppgaven

Oppgaven er, ved første øyekast, en relativt tradisjonell teorioppgave og lyder slik.

Redegjør for rettssikkerhetsutfordringer ved bruk av tvang i velferdsretten, og hvordan disse er blitt løst i gjeldende rett. Foreta også en vurdering av om disse løsningene er tilstrekkelige og hensiktsmessige.

Det overordnede temaet om bruk av tvang i velferdsretten må kunne karakteriseres som svært sentralt og er viet atskillig oppmerksomhet både i pensum og undervisning og det må kunne forventes en del av kandidatene hva gjelder det materielle innholdet i fremstillingen.

Oppgaven skiller seg imidlertid noe fra mer tradisjonelle teorioppgaver som ber om generelle redegjørelser av de legislative hensynene bak en rettsregel ved at den primært inviterer til en redegjørelse for *rettssikkerhetsutfordringene* knyttet til bruk av tvang i velferdsretten. Dette betyr imidlertid ikke at øvrige hensyn bak reglene om tvang er irrelevante. Også hensyn som ikke primært er knyttet til rettssikkerhetsutfordringer slik som hensynet til tvangssubjektets egen sikkerhet og helse, hensynet til helsepersonells sikkerhet og arbeidsforhold, samt hensynet til effektivitet i forvaltningen bør behandles. Denne behandlingen må imidlertid knyttes opp mot oppgavens ordlyd og vil trolig først bli aktuell ved hensiktsmessighetsvurderingen som oppgaven også inviterer til.

Kandidater som ikke ser oppgavens vinkling inn mot rettssikkerhetshensyn og utfordringer, men som umiddelbart begir seg inn på en generell drøftelse av hensynene bak ulike tvangshjemler i velferdsretten, bør få trekk for dette. Det samme bør gjelde for kandidater som raskt begir seg inn på detaljerte redegjørelser av ulike tvangshjemler i velferdsretten uten å knytte dette klart opp mot overordnede rettssikkerhetshensyn og utfordringer. Det er disse som skal være utgangspunktet for fremstillingen, tvangshjemplene i særlovgivningen skal først og fremst tjene som eksempler som viser kandidatens innsikt i den praktiske løsningen av rettssikkerhetsutfordringene.

Ellers er det hensiktsmessig om kandidatene raskt definerer begrepene "tvang" og "rettssikkerhet" som er sentrale for oppgaven. Tvang bør kort begrenses til forvaltningsinngrep som utøves mot tvangssubjektets vilje og avgrenses mot, for eksempel begunstigende avgjørelser som styrer borgere til å foreta valg som de ellers ikke ville gjort av egen fri vilje. Definisjonen av rettssikkerhet kan derimot by på adskillig større problemer da dette er et begrep som er flertydig, og som ofte brukes som uttrykk for det som i realiteten er brukerens egne personlige preferanser. Her kan det være til hjelp for kandidatene å koble rettssikkerhetsbegrepet opp mot tvang som representerer flere av forvaltningens mest kraftfulle virkemidler og som griper inn i den enkeltes personlige integritet.

Det vil da kunne forventes at de fleste kandidater vil komme inn på legalitetsprinsippet, slik dette blant annet kommer til uttrykk i Grunnloven § 113, og utfordringer knyttet til ivaretagelse av hensynene bak dette som en rettssikkerhetsutfordring. I den forbindelse er det særlig hensynet til borgerens forutberegnelighetsvern som vil være fremtredende, jfr. Eckhoff/Smith s. 56

"De som krever "rettssikkerhet" i forvaltningen, sikter som regel til beskyttelsen mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, til å kunne forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine interesser".

To eksempler på rettssikkerhetsutfordringer ved bruk av tvang i velferdsretten, som ikke er ment å være uttømmende, vil da kunne være:

- Hvordan og under hvilke omstendigheter kan tvang utøves i velferdsretten på en måte som sikrer borgeren forutberegnelighet både med henblikk på vilkårene for bruk av tvang samt tvangens innhold?
- Hvordan kan borgeren forsvare sine interesser og få prøvd at vilkårene for tvang faktisk foreligger dersom borgeren utsettes for tvang fra forvaltningens side?

Redegjørelsen for legalitetsprinsippet forutberegnelighetsvern bør ikke bare begrense seg til en drøftelse av spørsmålet om når formell lov er nødvendig, men også ta for seg legalitetsprinsippet kvalitative side og kravet til innholdsmessig klarhet, jfr. det såkalte Fjordlaksformularet i Rt. 1995 s. 530 som bør være godt kjent for de fleste. Flere av tvangshjemlene i velferdsretten retter seg mot ressursvake grupper i samfunnet og kandidater som klarer å se dette og si noe fornuftig om de særlige utfordringene knyttet til hjemmelsgrunnlagets klarhet som gjør seg gjeldende i relasjon til disse gruppene bør honoreres for dette.

Behovet for rettssikkerhet i form av forutberegnelighet vil særlig gjøre seg gjeldende i saker der den aktuelle tvangen medfører en frihetsberøvelse. Det bør derfor forventes at kandidatene også nevner Grunnloven § 94 og kravet til forholdsmessighet som kommer til uttrykk i bestemmelsen.

Flere kandidater vil trolig se Grunnlovens § 94 i lys av et mer alminnelig forvaltningsrettslig krav til forholdsmessighet, eller til trekke paralleller til prinsippet om valget av det minst inngripende tiltak – det såkalte minste inngreps prinsipp. Sistnevnte er kommet til uttrykk flere steder i særlovgivningen og det må kunne forventes at kandidatene kjenner til dette.

Kandidater som klarer å knytte de skjønnspregede og til dels vage elementene i tvangslovgivningen opp mot domstolenes kontroll med forvaltningen, og da særlig domstolenes tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens subsumsjonsskjønn jfr. Rt. 1995 s. 1427, bør honoreres for dette. En enkel

løsning på problemstillingen finnes imidlertid i tvisteloven § 36-5 og kandidater som går rett til denne bestemmelsen bør få full uttelling for dette.

I forlengelsen av omtalen av legalitetsprinsippets forutberegnelighetsvern, kan kandidatene også nevne legalitetsprinsippets demokratifunksjon jfr. Eckhoff/Smith s. 347-348.

En del kandidater vil trolig ha en viss nytte av Rt. 2010 s. 612 og knytte deler av fremstillingen opp mot denne avgjørelsen som strengt tatt bare dreier seg om en begrenset problemstilling innenfor oppgavens vide rammer. Dette må i utgangspunktet være helt greit så lenge denne delen ikke blir dominerende.

Ellers gir oppgavens ordlyd kandidatene et betydelig spillerom for selvstendighet både med tanke på valg av besvarelsens fremstilling og materielle innhold. Dette vil trolig gjøre sensureringen av del I relativt krevende da det må forventes noe større variasjon i besvarelsene enn det som vil være vanlig. Betydningen av det gode sensorskjønn må ikke undervurderes, og kandidater som makter å vise selvstendighet og behandle interessante spørsmål som ikke er nevnt i denne veiledningen, men som likevel ligger innenfor oppgavetekstens vide rammer, må ikke dømmes bort.

3 Del II praktikumsoppgaven

3.1 Har Ås rett til å påklage avslaget?

Dette spørsmålet inviterer kandidatene til en nærmere drøftelse av enkeltvedtaksbegrepet i forvaltningsloven.

De fleste tidligere eksamensoppgaver som har vært gitt om dette temaet har tatt utgangspunkt i forvaltningsavgjørelser som relaterer seg til utøvelsen av forvaltningens høyhetsrett. I et slikt perspektiv så fremstår nok denne oppgaven som noe overraskende da den i stedet retter oppmerksomheten mot forvaltningens rolle som bevilgende myndighet.

Det må være et minimumskrav at kandidatene makter å se at oppgavens sentrale problemstillinger er hvorvidt en avgjørelse om tildeling av tilskudd kan sies å gjelde "rettigheter" eller "utøving av offentlig myndighet" etter forvaltningsloven § 2 første bokstav a. Problemstillingen er ikke helt enkel og en generell drøftelse av den forvaltningsrettslige karakteren av forvaltningens tilskuddstildelinger er foretatt av Lovavdelingen i en tolkningsuttalelse av 13. oktober 2009, som finnes her:

<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/-2-forste-ledd-bokstav-b-og-28---vurderi/id581629/>

Det kan ikke forventes at kandidater er kjent med Lovavdelingens uttalelse eller med detaljene i diskusjonen. Det kan nok heller ikke forventes at kandidatene er kjent med at det er uttalt i Ot.prp. nr. 3 1976-77 s. 56 at:

"saker om tilskott eller stønad [..]. blir reknet som saker om enkeltvedtak" (Ot.prp. nr. 3 1976-77 s. 56)".

Det må kunne forventes at kandidatene ser at et rettskrav ikke er en forutsetning for at en avgjørelse skal anses for å dreie seg om "rettigheter", også avgjørelser knyttet til goder som borgeren åpenbart ikke har noe rettslig krav på vil ofte kunne anses som enkeltvedtak. Ei heller kan det være avgjørende

hvorvidt det som kreves er av en ren økonomisk karakter, eller om det er tale om det er tale om krav knyttet til forvaltningens regelhåndheving. Også rene økonomiske ytelser og tilskuddsordninger vil ofte være av stor betydning for borgeren, og avgjørelser om hvorvidt disse skal få slike vil normalt anses som en avgjørelse av borgeres "rettigheter".

Det problematiske vilkåret i § 2 første ledd bokstav a, i denne saken er spørsmålet om hvorvidt tildelingen skjer som et ledd i utøvelsen av offentlig myndighet. Her kan det nok ikke forventes for mye av kandidatene og dersom kandidatene klarer å si noe fornuftig, som det å avgrense den aktuelle tildelingen mot en privatrettslig disposisjon, så bør det være tilstrekkelig for å besvare spørsmålet.

3.2 Under forutsetning av at Ås har rett til å påklage avslaget: Hadde Holm adgang til å behandle stiftelsens søknad?

Opgavens reiser spørsmål om Holms habilitet etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Kandidatene bør se dette relativt raskt.

Inhabilitetsgrunnen som er anført kan sees på som et utslag av faglig uenighet mellom Ås og Holm, eller å springe ut av Holms fartøyvernsfaglige interesser og preferanser. Dette er i utgangspunktet ikke noe som er tilstrekkelig til å resultere i inhabilitet da det nærmest ikke vil være til å unngå at fagpersoner og fagspesialister som jobber i den offentlige forvaltning normalt vil ha faglige særinteresser og faglige preferanser. Det vises her blant annet til Lovavdelingens tolkningsuttalelse av 9. desember 2014 som finnes her:

<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/-6---Anmodning-om-habilitetsvurdering---Jan-Helge-Fossa/id2344457/>

I denne uttalelsen gis det blant annet uttrykk for at:

"Det klare utgangspunktet er at en fagpersoners offentlige uttalelser av faglig karakter ikke fører til inhabilitet. Det er ønskelig og viktig at fagpersoner bidrar med kunnskap i den offentlige debatt, og at de derfor har vid anledning til å uttale seg om spørsmål som ligger innenfor deres fagfelt".

Det som kompliserer habilitetsvurderingen i saken er imidlertid at Riksantikvaren disponerer over begrensede midler til fartøyvern og at vern av fartøy som faller inn under Holms faglige interessefelt kan sies å stå i et konkurranseforhold til vernet av M/S Margret. Uten en identifisering av dette konkurranseforholdet, vil Holms faglige preferanser vanskelig kunne sies å medføre inhabilitet da det strengt tatt ikke foreligger noen annen forbindelse mellom hans interesser for bevaring av sildeflåten og bevaring av et skip tilhørende hvalfangstflåten. Her er det fint om kandidater kan nevne Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) som riktignok gjaldt et mer rendyrket konkurranseforhold i form av en anbudskonkurranse, men hvor nettopp konkurransesituasjonen var sentral.

Saken dreier seg om en utpreget skjønnsmessig avgjørelse hvor eventuelle personlige preferanser hos Holm vil kunne få stor betydning for avgjørelsens utfall og jeg heller nok mest mot å anse Holm for å være inhabil. Det er imidlertid fullt ut forsvarlig å konkludere med det motsatte så lenge drøftelsen fremstår som balansert og fornuftig.

Enkelte kandidater vil muligens tillegge Holms begrunnelse vekt ved habilitetsdrøftelsen og fremholde at denne fremstår som forsvarlig og at dette i seg selv er et argument mot inhabilitet. Jeg kan imidlertid ikke si meg enig med et slikt synspunkt da inhabilitet i prinsippet er noe som kan gjøres gjeldende også før en avgjørelse treffes, uavhengig av innholdet i en eventuell fremtidig avgjørelse. En overdreven vektlegging av den formelle begrunnelsen i en utpreget skjønnsmessig avgjørelse vil også gi et uønsket stort spillerom for forvaltningstjenestemenn til å formulere seg ut av inhabilitet gjennom å ty til skinnbegrunnelser. Da vil det være trolig være mer forsvarlig å fremholde at Holm er direktør for Riksantikvarens Kulturminneavdeling og at hans eventuelle inhabilitet også vil resultere i inhabilitet for resten av avdelingen, og at det derfor vil kunne by på problemer å erstatte Holm. Et slikt argument kan imidlertid kun ha begrenset vekt.

3.3 Kan vilkårene opprettholdes?

Opgaven reiser spørsmål rundt forvaltningens adgang til å stille vilkår for sine begunstigende avgjørelser. De aktuelle vilkårene lyder:

- a) *Det skal utarbeides en fullstendig tilstandsrapport og en istandsettings-/ vedlikeholdsplan av en ekstern, faglig kvalifisert spesialist. Spesialisten skal forhåndsgodkjennes av Riksantikvaren.*
- b) *Riksantikvaren skal ha skriftlig melding før skipet selges, og enhver bruk av skipet til et hvilket som helst formål må forhåndsklareres med Riksantikvaren.*

Kandidatene bør raskt komme inn på at det ikke er spørsmålet om hvorvidt Riksantikvarens adgang til å stille vilkår som er problemet, men snarere om vilkårene som er stilt er tilstrekkelig saklige i relasjon til formålet bak bevilgningen, og om de fremstår som forholdsmessige.

At kravet til saklig sammenheng trolig vil være oppfylt kan i utgangspunktet ikke fremstå som tvilsomt og kandidatene bør se at det sentrale spørsmålet er om vilkårene hver for seg, eller samlet, fremstår som uforholdsmessige, se eksempelvis Eckhoff/Smith s. 414-415

"Tilstrekkelig saklig sammenheng vil likevel ikke alltid være nok. Vilåret må ikke være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd [...] Også av andre grunner kan det f.eks. fordi det griper for sterkt inn i den personlige frihet eller integritet"

Hva gjelder vilkår a) så er det i utgangspunktet utslag av et rimelig ønske om økonomistyring å stille krav til forberedelse og en viss form for prosjektering før det skjer en tildeling av offentlige midler. Spørsmålet er imidlertid om ikke vilkåret blir for strengt når det får *slike virkninger* når stiftelsen ikke er i stand til å oppfylle vilkåret og det ikke vil skje noen som helst form for utbetaling.

Etter sensormøtet er jeg blitt gjort oppmerksom på at oppgaveteksten også kan forstås slik at utarbeidelsen av tilstandsrapport og istandsettings-/ vedlikeholdsplan ikke nødvendigvis må skje *før* utbetaling, men at vilkåret også kan sees på som en form for *øremerking* av *alt* tildelte midler. En slik tolkning er forsvarlig og kandidater som legger en slik tolkning til grunn ikke bør straffes for hardt dette. For kandidater som velger denne tolkningen vil vurderingen først og fremst dreie seg om hvorvidt en binding av 70% av tilskuddet vil være uforholdsmessig tyngende.

Flere av disse kandidatene vil nok vise til Rt. 2003 s. 764 og trekke direkte paralleller mellom forholdsmessighetsvurderingen i denne saken og nærværende sak. Det er imidlertid begrenset hvor

mye som kan hentes ut av denne dommen da dommen dreide seg om bekostningen av gang- og sykkelvei som søkeren ikke selv ville ha nytte av. Nærværende sak dreier seg imidlertid om utarbeidelsen av planer som er forenelige med stiftelsens interesser, nemlig vernet av M/S Margret. Kandidater som i for stor grad bygger på denne avgjørelsen bør derfor trekkes for dette. Kandidater som derimot påpeker den manglende parallelliteten med saksforholdet i Rt. 2003 s. 764 bør honoreres for dette.

Drøftelsen av forholdsmessigheten av vilkår a) åpner for ulike synspunkter og svaret fremstår ikke som åpenbart. På den ene siden så skal ikke det offentlige tvinges til å investere betydelige midler i omfattende og kostbare prosjekter hvis resultater fremstår som usikre. På den annen side så kan en binding av 70% av et tilskudd på kun 500 000 fort fremstå som høyt når det tas i betraktning at den totale bevilgningsøkningen fra Stortinget var på 4 millioner, og dette sees i lys av komitemerknaden om at Riksantikvaren skulle prioritere bevaringen av M/S Margret. Det kan imidlertid reises spørsmål om sammenhengen mellom komitemerknaden er tilstrekkelig klar til at bevilgningsøkningen fra Stortinget på 4 millioner i sin helhet kan knyttes opp mot M/S Margret.

Personlig så heller nok jeg mot å anse vilkår a) for å være uforholdsmessig tyngende, men her kan det være rom for uenigheter og det avgjørende må være om drøftelsen fremstår som noenlunde fornuftig og skjønnsom.

Hva gjelder vilkår b), vil dette gjøre et betydelig innhugg i stiftelsens eiendomsrett til M/S Margret. Her kan det særlig problematiseres om Riksantikvarens bevilgning på 500 000 kroner forsvarer et såpass dyptinngripende vilkår. På den annen side så er det forståelig at Riksantikvaren har et behov for å legge visse føringer på hvordan et kulturminne som det offentlige har investert betydelige midler skal kunne benyttes. Enkelte kandidater vil muligens se vilkåret i lys av fredningsadgangen som følger av § 14a i kulturminneloven som lyder:

Departementet kan frede båter av særlig kulturhistorisk verdi. Fredningsvedtaket omfatter fast inventar og utstyr. Når særlige grunner tilsier det, kan også større løst inventar medtas. I slike tilfeller må hver enkelt gjenstand særskilt spesifiseres.

I fredningsvedtaket kan departementet forby eller på annen måte regulere alle typer tiltak som er egnet til å motvirke formålet med fredningen.

Myndigheten til å fatte fredningsvedtak etter denne bestemmelsen er delegert til Riksantikvaren, og Riksantikvaren hadde således adgang til å stille vilkår som innskrenket stiftelsens adgang til å utnytte M/S Margret etter bestemmelsens annet ledd. Det er imidlertid tvilsomt om det er mange kandidater som vil se denne bestemmelsen og som vil få nevneverdig ut av denne.

Det avgjørende må etter mitt syn være at det aktuelle vilkåret er svært bredt formulert og derfor lite egnet til å gi stiftelsen nevneverdig forutberegnelighet eller føringer på hvilke fremtidige bruksmuligheter som stiftelsen vil ha for M/S Margret.

Jeg heller derfor mot at også vilkår b) vil kunne anses som uforholdsmessig inngripende, eller at virkningene av vilkårene samlet sett anses for å være det. Her må det imidlertid være rom for ulike konklusjoner avhengig av drøftelsens kvalitet.

3.4 Hvilke konsekvenser vil det få for bevilgningstilsagnets gyldighet dersom ett eller flere av de stilte vilkårene er ulovlige?

Dette er et relativt tradisjonelt spørsmål om delvis ugyldighet, jfr. fremstillingen i Eckhoff/Smith s. 475.

De fleste kandidatene må forventes å kjenne til utgangspunktet om at delvis ugyldighet vil kunne bli aktuelt der et forvaltningsvedtak består av flere deler og disse ikke er knyttet så nært sammen at forutsetningen for å opprettholde de andre delene svikter hvis en del faller bort.

Videre bør de fleste kandidatene være kjent med at dette utgangspunktet ikke nødvendigvis kan gjøres gjeldende uten videre dersom det ikke er vedtaket, men vilkår som er ugyldige. Her har blant annet Eckhoff/Smith lagt til grunn som en hovedregel at det begunstigende vedtaket som regel må opprettholdes selv om vilkåret faller bort, jfr. Rt. 1931 s. 1127.

Jeg er personlig av den oppfatning at det er betydelig rom for nyansering av synspunktet i Eckhoff/Smith, og er også usikker på om det har vært intensjonen bak uttalelsen å etablere en bombastisk hovedregel. Snarere kan det muligens være grunn til å tro at uttalelsen først og fremst er ment som en nyansering av Castbergs standpunkt i motsatt retning. Det kan imidlertid ikke forventes at kandidatene går nærmere inn i detaljene her, og så lenge kandidatene viser at de ser de ovennevnte utgangspunktene og klarer å drøfte problemstillingen på en skjønnsom måte så må spørsmålet anses som fullgodt besvart.

Kandidater som ønsker å behandle § 41 kan gjøre dette her, men behandlingen bør ikke være totalt dominerende da det er spørsmålet om delvis ugyldighet som er det sentrale.

Vincent Tsang

Oslo 11. juni 2015