
SENSORVEILEDNING: JUS2211 FORVALTNINGSRETT, VÅREN 2014

Til: Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet
Fra: Ola Ø. Nisja
Dato: 3. juni 2014
Ansvarlig partner: Ola Ø. Nisja

1 INNLEDNING

Oppgaven minner om det som i sin tid ble kalt en HHH-oppgave (hva, hvorfor hvordan) med tre deler, hvor del I består av relativt tradisjonelle teorioppgaver og del II en tradisjonell praktikumsoppgave. Temaene for oppgaven står sentralt i JUS2211: Forvaltningsskjønn og domstolskontroll av forvaltningsvedtak.

Hovedlitteratur innen alminnelig forvaltningsrett er Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010 eller Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007. Begge bøkene dekker den delen av den alminnelige forvaltningsretten som er etterspurt i oppgaven.

Innenfor velferdsrett er Asbjørn Kjønsdal og Aslak Syse, *Velferdsrett I – Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Oslo 2012 hovedlitteratur. Innenfor miljørett er Hans Chr. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 eller Inge Lorange Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utgave, Oslo 2012 alternativene.

Samtlige av de nevnte fremstillingene er både faglig gode og tilgjengelige. Samlet er derfor pensum-situasjonen i forvaltningsrett meget god. Det henvises generelt til læringskravene hva gjelder hvilke deler av fremstillingene som utgjør pensum. Temaene som tas opp i oppgaven, er godt behandlet i pensum, uansett hvilke fremstillinger kandidatene har lest i de ulike fagene.

Det er samtidig på det rene at studenter så tidlig i studiet kan finne forvaltningsretten utfordrende. De fleste har ikke nevneverdig praktisk erfaring med forvaltningen generelt eller forvaltningsvedtak spesielt.

De rettslige temaene oppgaven reiser faller inn under krav til god forståelse. Oppgaveteksten angir at del I (teoridelen) sammen skal telle 1/3 og del II (praktikumsoppgaven) 2/3.

Sensorveiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser. Kommentarer fra sensormøtet er imidlertid innarbeidet. På vanlig måte er det verken tatt sikte på en uttømmende angivelse av hva som kan tas opp i besvarelsen, eller å angi et mønster for hva som skal til for å få en god karakter.

2 DEL I: TEORIOPPGAVEN

2.1 Oppgave 1

Oppgave 1 er en relativt tradisjonell teorioppgave og lyder slik:

"En rekke lover gir forvaltningen frihet til å velge hvordan kompetanse skal utnyttes. Hvilke hensyn taler for og mot å gi forvaltningen slik frihet? Illustrer med eksempler fra velferdsretten og miljøretten."

Oppgaven må forstås slik at det som skal behandles er de tilfellene hvor forvaltningen er gitt kompetanse til selv å bestemme om en kompetanse skal benyttes eller på hvilken måte. En vanlig terminologi er at det foreligger såkalt "fritt skjønn". Det kan diskuteres hvor treffende denne terminologien er, jf. for eksempel Backer, 2012 s. 94 (note 119). Temaet er uansett hvor fritt forvaltningen står når vedtak skal treffes.

Den "friheten" forvaltningen er gitt kan (i alle fall) ses på under to ulike innfallsvinkler. For det første kan innfallsvinkelen være at lovgiveren har valgt å gi forvaltningen en kompetanse som ikke fullt er lovbundet, det vil si med spillerom for skjønn. Den andre innfallsvinkelen er at forvaltningens skjønnsutøvelse i større eller mindre grad er unntatt domstolsprøving. Det må være helt greit om kandidatene tar utgangspunkt i bare en av disse to innfallsvinklene. Det viktigste er at kandidatene viser at de har forstått at det som etterspørres, er de tilfellene hvor forvaltningen har fått en skjønnsmessig kompetanse. En god besvarelse vil på en relativt presis måte angi hvor i det rettslige landskapet vi befinner oss innledningsvis i besvarelsen, før hensynene behandles.

Fremstillingen i det følgende har et detaljnivå som går utover hva som kan kreves av studentene for å besvare oppgaven fullgodt. Ved bedømmelsen må det ses hen til at denne delen vil telle ca. 1/6.

Tilfellene hvor forvaltningen er gitt en skjønnsmessig kompetanse, er mange og til dels uensartede. I visse tilfeller er hele vurderingen overlatt til forvaltningen med endelig virkning, i andre tilfeller prøver domstolene om lovens grunnvilkår er oppfylt, men ikke forvaltningens valg om å treffe vedtak innenfor lovens grenser ("kan"-skjønnet). I andre tilfeller igjen prøver domstolene lovtolkningen, men ikke den konkrete subsumsjonen. En nokså omfattende kasuistikk er gitt i Frode Innjord: *Hva er vakkert? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/ eller skjønnsmessige ord og uttrykk* i JV 1996 side 161 på side 182- 190. Hensynene som gjør seg gjeldende i de ulike tilfellene, er de samme. De tilsier at domstolene i større eller mindre grad avstår fra å overprøve forvaltningens vedtak, eller viser tilbakeholdenhet i prøvingen. Oppgaven ber om konkrete eksempler fra velferdsretten og miljøretten. Dette gir en god kandidat mulighet til å briljere ved å illustrere ulike deler av tematikken med ulike konkrete hjemmelsgrunnlag.

Det avgjørende må være om kandidaten viser tilstrekkelig forståelse av hva forvaltningens frihet innebærer.

Spørsmålet som i nyere tid har vært viet størst oppmerksomhet både i teori og rettspraksis, og som det er grunn til å tro at en del kandidater vil komme inn på, er i hvilken grad domstolene også prøver forvaltningens subsumsjon (den konkrete rettsanvendelsen) der loven oppstiller vilkår. Utgangspunktene må i dag langt på vei sies å være fastlagt. Det vanligste er at domstolene også prøver subsumsjonen. En viss diskusjon har imidlertid gått ut på hvor langt det er riktig å oppstille en

presumsjon for at domstolene også overprøver forvaltningens subsumsjon. Om dette kan det vises til Christian Reusch og min artikkel i JV 2009 side 255-263, se også Graver (2007) side 270. Den sentrale avgjørelsen på dette punktet er Rt. 1995 side 1427 (Naturfredningsdommen). Det kan ikke forventes at studentene er kjent med diskusjonen om når det er riktig å oppstille en presumsjon eller ikke.

Det er på det rene at domstolene i en rekke tilfeller ikke overprøver forvaltningens subsumsjon. Om man befinner seg innenfor et slikt område eller ikke, vil kunne ha fått sitt svar i rettspraksis. I andre tilfeller vil lovens ordlyd og forarbeider gi anvisning på løsningen.

Så til det som må være kjernen i besvarelsen, hensyn som taler for i mot at forvaltningen i større eller mindre grad er gitt skjønnsfrihet. Gitt at oppgaven er klar på at hensyn både for og imot skal behandles, er det viktig at kandidatene ikke blir for ensidige. Besvarelsene vil nok variere på dette punktet, herunder hvilke hensyn som anses som viktigst. En del studenter kan ha vanskelig for å forstå hvorfor forvaltningen skal ha en slik skjønnsfrihet. Opplistingen nedenfor gir bare eksempler på hensyn.

Rettsikkerhet er et grunnleggende hensyn som vil kunne tilsi at kompetansen gjøres lovbunden og dermed i større grad overprøvbar (av domstolene), men ikke alltid. Vekten til dette hensynet vil kunne variere med hva saken gjelder. Blant annet kan hensynet til likebehandling – som må ses som en del av rettsikkerhetshensynet – tilsi at domstolene, som kanskje bare får et enkeltstående tilfelle til behandling, bør avstå fra å sette sin egen vurdering over vurderingen til et forvaltningsorgan som treffer et stort antall avgjørelser på feltet.

Hensynet til riktige avgjørelser er sentralt. Noen ganger har forvaltningen det beste apparatet og kompetansen til å treffe de beste og riktigste avgjørelsene, andre ganger domstolene.

Erfaring vil dessuten gi kompetanse. Det kan tale mot vidtgående overprøving at det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket, har spesiell eller sammensatt kompetanse tilpasset saksfeltet. Forvaltningen vil da ofte være bedre i stand til å foreta en riktig bedømmelse av saken enn domstolen. Hensynet til en naturlig og hensiktsmessig arbeidsdeling mellom forvaltningsorganer og domstoler er også sentralt. Blant annet innebærer dette at domstolene bør avstå fra å overprøve politiske vurderinger av hva som er den beste løsningen (med mindre hjemmelsloven ikke åpner for utøvelse av et slikt skjønn). Et annet sentralt poeng er naturligvis maktfordeling, ved at visse avgjørelser er lagt til forvaltningen med endelig virkning. Domstolene kan også tape anseelse dersom de omdanner seg selv til politiske organer som tar stilling til vanskelige politiske spørsmål i stedet for å være nøytrale.

Denne typen vurderinger vil regelmessig bestå av en rekke størrelser det ikke er så lett å avveie mot hverandre, og hvor et entydig, objektivt svar på hva som er en riktig avveining vanskelig kan gis. Der vil ikke domstolene nødvendigvis ha samme legitimitet til for eksempel å ta stilling til arealutnyttelsen i et område, eller hvor terskelen skal legges for å få opphold i riket på humanitært grunnlag, som det politisk valgte og ansvarlige myndigheter vil ha. Også andre momenter vil komme inn, blant annet behovet for å kontrollere om vedtaket ligger innenfor de rammer og skjønnsmarginer som følger av særlig EMK og EØS-avtalen.

Det må understrekes at det vanligste i praksis er at det foreligger full domstolsprøving, det vil si at domstolene prøver både faktum og rettsanvendelse (herunder subsumsjonen). I enkelte tilfeller har dette også kommet til uttrykk i lovteksten, se for eksempel tvisteloven § 36-5, som sier at retten innenfor lovens rammer skal "*prøve alle sider av saken*" i saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. Det samme følger for eksempel av helsepersonelloven § 71. At det vanligste tross alt er at domstolene prøver alle sider av forvaltningsvedtak, sier også noe om at både lovgiveren

og domstolene selv i utgangspunktet mener domstolene er skikket til å overprøve forvaltningens vurderinger.

Oppgaven ber om hensyn. En besvarelse skal derfor ikke bestå av en fremstilling av regler, men snarere forklare hvorfor en del regler er som de er. Kandidater som utelukkende ser temaet som et spørsmål om delegasjon, må trekkes.

Oppgaven ber altså om eksempler fra velferdsretten og miljøretten. Pensumlitteraturen og lovtilfanget gir kandidatene rikelig med grunnlag for å finne eksempler. Hvilke eksempler som trekkes frem er av mindre betydning så lenge de faller innenfor velferdsrett eller miljørett. Det sentrale må være om eksemplene belyser det kandidaten sier at de gjør, og selvsagt eksempler fra begge rettsområder. Eksemplene bør fortrinnsvis være knyttet opp mot lovbestemmelser, men kan også basere seg på rettspraksis.

I bedømmelsen må grunnholdningen må være at det er meget positivt dersom kandidatene gjennom sin behandling av hensynene viser at de har forstått hva forvaltningens skjønnsfrihet handler om. Hvilke konkrete hensyn som trekkes frem, og hvilke navn som settes på dem, blir dermed underordnet. Kandidater som evner å si noe om ulike hensyns vekt, bør honoreres. Evnen til å svare på det oppgaven spør om vil nok skille de gode besvarelsene fra de mindre gode.

2.2 Oppgave 2

Oppgave 2 er en tradisjonell teorioppgave og lyder slik:

"Redegjør kort for hovedinnholdet i de ulovfestede skrankene for forvaltningens frihet til å velge hvordan kompetanse skal utnyttes."

Oppgaven ber om en "kort" redegjørelse. Poenget må være at det er mulig å få beste resultat med en kort og poengtert besvarelse. Kandidater som skriver for langt under dette spørsmålet, vil lett få problemer med å besvare andre deler fullgodt. Resultatet må da være at det trekkes i vurderingen på de andre delene. At enkelte kandidater vil skrive langt om temaer som er relevante kan imidlertid ikke resultere i trekk i seg selv.

Det er de "ulovfestede" skrankene som etterspørres. For min del er det naturlig å tolke dette som en henvisning til den såkalte myndighetsmisbrukslæren. En del kandidater vil nok også komme inn på kravet til forsvarlig minstestandard, i den grad man kan si at denne utgjør en ulovfestet skranke. Man kan kanskje se på velferdsmessig minstemål som et generelt innholdsmessig krav til forvaltningsavgjørelser, jf. Rt. 1990 side 874 (Fusadommen).

Tar man utgangspunkt i en sak hvor et forvaltningsvedtak anføres å være ugyldig, er de vanlige grunnlagene er at forvaltningen har lagt feil lovforståelse eller faktum til grunn. Dernest anføres det ikke sjelden at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil, for eksempel at forvaltningen ikke har oppfylt sin utredningsplikt (fv. § 17) eller at vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet (fv. § 25), og at disse feilene må lede til ugyldighet.

Endelig anføres det relativt ofte at det foreligger myndighetsmisbruk, og disse skrankene må sies å være ulovfestede. Med myndighetsmisbruk siktes det vanligvis til følgende grunnlag for ugyldighet: (1) At det er tatt utenforliggende hensyn, (2) at det foreligger usaklig forskjellsbehandling, (3) at vedtaket er vilkårlig og/eller (4) at vedtaket er så grovt urimelig, at det må få

betydning for vedtakets gyldighet. I nyere praksis fra Høyesterett er det understreket at skjønnets skal være tilstrekkelig bredt og saklig, se for eksempel Rt. 2012 side 1985 avsnitt 142. Dette må forstås som en presisering av eller alternativ formulering på at vedtaket ikke skal være vilkårlig.

Om noen kandidater velger å behandle alle grunnlagene for ugyldighet, og ikke bare myndighetsmisbrukslæren, bør det ikke trekkes så lenge myndighetsmisbrukslæren er tilstrekkelig behandlet. Oppgaven ber om en "kort" redegjørelse. De beste kandidatene evner å gi en relativt treffende beskrivelse av hver enkelt av skrankene.

3 DEL II: PRAKTIKUMSOPPGAVEN

3.1 Oppgave 1: Drøft og ta stilling til påstanden om at NVE ved konsesjonsvurderingen skal se bort fra skadevirkningene for naturen, når beregninger viser at vindkraftverket har positive samfunnsøkonomiske konsekvenser.

Oppgaven angir at NVE er gitt kompetanse i medhold av energiloven. Kandidatene må selv finne frem til energiloven § 3-1 første ledd som angir konsesjonsplikten:

"Anlegg for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi, kan ikke bygges, eies eller drives uten konsesjon. Det samme gjelder ombygging eller utvidelse av bestående anlegg."

Kandidatene bør bruke denne bestemmelsen som innfallsvinkel til oppgaven. Annen lovgivning gir eventuelt bare supplerende argumenter. Kandidater som begynner i annen lovgivning og så går til energiloven, bør helst forklare en slik fremgangsmåte. Å si at energiloven ikke gir veiledning, er galt. Konsesjon i medhold av energiloven § 3-1 er så vidt berørt i forbifarten i Backer (2012) s. 70 og 295, men er ikke nevnt i Bugge (2011).

Det følger av § 2-2 at det er departementet som fatter vedtak, men oppgaven opplyser at kompetansen er delegert til NVE.

Ingen av lovens bestemmelser oppstiller spesielle vilkår at konsesjon, og det kan ikke være tvil om at det her er tale om en diskresjonær kompetanse.

Oppgaven ber konkret om det er en plikt ("skal") til å se bort fra skadevirkningene for naturen når beregninger viser at vindkraftverket har positive samfunnsøkonomiske konsekvenser. Rettslig sett kan dette ses som et spørsmål om lovteksten legger slike føringer på avgjørelsen (skjønnets) eller om skadevirkninger for naturen i dette tilfellet vil være et utenforliggende hensyn (myndighetsmisbrukslæren), noe som vel i de fleste tilfeller er to sider av samme sak. Det avgjørende må være at kandidatene evner å reise en relativt treffende rettslig problemstilling basert på spørsmålet.

Lovens formål (§ 1-2) er her av interesse:

"Loven skal sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt."

Konklusjonen her er vel nokså opplagt at det ikke kan oppstilles noen plikt til å se bort skadevirkninger for naturen selv om beregninger viser positive samfunnsmessige konsekvenser. Dette resultatet kan forankres godt både i det faktum at lovteksten angir få (om noen) føringer for skjønnsutøvelsen utover formålsbestemmelsen, og vel snarere taler for at slike skadevirkninger er et relevant moment i helhetsvurderingen. Det er heller ikke holdepunkter for å si at skjønnnet ikke vil tilstrekkelig saklig ("vilkårlig"), dersom dette hensynet vektlegges.

Kandidater som klarer å svare godt på dette spørsmålet bør honoreres.

3.2 Oppgave 2: Drøft og avgjør om SAW har klagerett

Kandidatene bør raskt slå fast at forvaltningsloven (fvl.) kommer til anvendelse på vedtaket om å gi konsesjon (fvl. § 1), og at det er tale om et enkeltvedtak i fvl. § 2 b)s forstand. Hvem som kan klage følger av § 28: Den som er "*part*" eller andre med "*rettslig klageinteresse*". SAW er opplagt ikke part i saken, jf. fvl. § 2 e). Det er derfor andre alternativ som er aktuelt her. Om SAW *har "rettslig klageinteresse"* må avgjøres etter en bredere vurdering.

Ved fastleggelsen av innholdet i begrepet "*rettslig klageinteresse*" er det vanlig å vise til kravet til rettslig interesse i sivilprosessen, jf. tvisteloven §§ 1-3 og 1-4. Det kan forventes at kandidatene har noe kjennskap til rettspraksis.

I korte trekk må det foreligge en viss tilknytning til saken. Det er imidlertid ikke nødvendig at vedtaket har rettslige konsekvenser for klageren. Eckhoff/Smith (2010) s. 315 går langt i å akseptere at organisasjoner har klagerett.

Det avgjørende må være at kandidatene finner frem til fvl. § 28 og lovens kriterium, og anvender faktum på en god måte. Det er noe å ta tak i her. Formålet med organisasjonen er generelt å beskytte surferes interesse i Norge og andre land, samtidig som foreningen heter *Surfers Against Windmills* (SAW). Størrelse og representativitet er andre momenter, og her uttales det i faktum at foreningen hadde noen hundre medlemmer i inn- og utland. En del kandidater vil nok også få frem risikoen for at foreningen er en døgnflue, all den tid den nokså nylig har blitt opprettet.

Konklusjonen må være underordnet. Personlig heller jeg mot å gi SAW klagerett i dette tilfellet. Det viktige er at kandidatene benytter faktum i en forstandig drøftelse.

3.3 Oppgave 3: Drøft og avgjør om vedtaket var ugyldig på grunn av inhabilitet.

Bakgrunnen for inhabilitetsinnsigelsen er at vassdrags- og energidirektør Peder Ås er samboer med Kari Holm, som var styremedlem i Rogalandsvind (søkeren).

Igjen må kandidatene strengt tatt vise at forvaltningsloven kommer til anvendelse (fvl. § 1). Lovens kapittel II kommer til anvendelse uavhengig av om det er tale om et enkeltvedtak eller ikke, jf. fvl. § 3 første ledd.

Oppgaven kan angripes på litt ulike måter. Kandidatene må fortrinnsvis få frem at dersom overordnet tjenestemann er inhabil, kan avgjørelsen heller ikke treffes av direkte underordnet tjenestemann, jf. § 6 tredje ledd. Videre er det sentralt at kandidatene ser at selve inhabilitetsvurderingen må basere seg på

§ 6 annet ledd, all den tid den anførte inhabiliteten ikke rammes av noen av alternativene i § 6 første ledd.

Misforståelser av faktum og forvaltningsorganers oppbygging og virke bør det ikke slås for hardt ned på. Oppgaven er dessuten noe krevende på dette punktet. Peder sier at han anså seg habil til å *"behandle konsesjonssøknaden"*. I de påfølgende setningene viser han så til at det var visedirektøren som hadde deltatt i behandlingen og underskrevet vedtaket. Det er en viss motstrid her, og det kan fremstå som noe uklart hva Peders rolle har vært. Flere forståelser av faktum må antakelig aksepteres. Kandidater som leser oppgaven slik at Peder selv har deltatt i behandlingen av søknaden (og for den saks skyld avgjort søknaden), må etter min mening uansett vise at man har sett § 6 tredje ledd. Bestemmelsen har den konsekvens at hvis Peder først er inhabil, er visedirektøren inhabil til å avgjøre saken (men vedkommende kan tilrettelegge). Oppgaven kan imidlertid ikke forstås på noen annen måte enn at enten Peder eller visedirektøren avgjorde saken. Det mest naturlige er vel å forstå oppgaven slik at visedirektøren traff avgjørelsen. En god behandling av avledet inhabilitet bør honoreres.

§ 6 annet ledd sier at Peder var inhabil dersom *"andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekket tilliten til hans upartiskhet"*. Bestemmelsen viser videre til relevante momenter for vurderingen, og faktum gir her en del å bygge på. Kandidatene kan få noe ut av at det er tale om samboerskap (og ikke ekteskap), men at skillet i dagens samfunn ikke nødvendigvis er så stort. Videre er det et poeng at samboerskapet har vart nokså kort. Det er også et moment at Kari er styremedlem og ikke for eksempel aksjonær. Det faktum at Peder har informert den øvrige ledelsen kan vanskelig få noen særlig betydning. Spekulasjon i faktum vil på vanlig måte føre til trekk.

Begge konklusjoner på habilitetsspørsmålet bør aksepteres. Kandidatenes evne til å finne frem til riktig rettslig grunnlag og anvende faktum vil være avgjørende for bedømmelsen.

Uavhengig av om kandidatene konkluderer med inhabilitet eller ikke, må de (eventuelt subsidiært) innom fvl. § 41 slik oppgaven er skrevet. Bestemmelsen sier at til tross for saksbehandlingsfeilen (inhabiliteten) er *"vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold"*.

Mange studenter finner anvendelsen av bestemmelsen vanskelig. En oppdatert fremstilling av tematikken er gitt av Kaare Andreas Shetelig i Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub, *Forsker og formidler – Festskrift til Erik Magnus Boe på 70-årsdagen 17. april 2013* s. 267-274. Det kan selvsagt ikke forventes at studentene har lest artikkelen.

Spørsmålet er om det er *"grunn til å regne med at [inhabiliteten] ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold"*. Det er det neppe holdepunkter for å mene. Fvl. § 41 sier imidlertid ikke at vedtaket dermed er ugyldig. Den sier bare at vedtak kan være gyldige når en feil ikke kan ha virket inn på vedtaket, jf. for eksempel Shetelig (2013) s. 270. Det er derfor det heter at fvl. § 41 ikke skal tolkes antitetisk. Kandidater som får noe treffende ut av dette må få et solid pluss, selv om konklusjonen neppe kan bli at vedtaket skulle være gyldig dersom det først forelå inhabilitet, jf. for eksempel Eckhoff/Smith (2010) s. 489.

Balansen i besvarelsen bør være slik at hovedvekten klart ligger på spørsmålet om det foreligger inhabilitet, og ikke på konsekvensen av inhabilitet (som er temmelig opplagt).

3.4 Oppgave 4: Drøft og ta stilling til påstanden om at NVE har overskredet sin myndighet, og at domstolene som følge av dette må komme til at konsesjonsvedtaket er ugyldig

Vurderingen av om konsesjon skal gis i medhold av energiloven § 3-1 er gjenstand for begrenset domstolsprøving, det vil si at bestemmelsen overlater det til forvaltningens såkalte "frie skjønn" å vurdere om konsesjon skal gis. Det vises til hva som fremgår under oppgave 1 ovenfor (punkt 3.1). Det er uklart om SAW bestrider dette. Kandidatene bør uansett ta opp spørsmålet, da det er avgjørende for hvordan vurderingen av om vedtaket er ugyldig eller ikke skal gjøres.

For ordens skyld nevnes at i et ugyldighetssøksmål vil det være departementets vedtak, og ikke NVEs vedtak, som er gjenstand for domstolsprøvingen (i andre avsnitt under oppgave 3 diskuterer partene gjennomgående om NVE overskred sin myndighet). Det er neppe noen kandidater som gjør noe poeng ut av dette.

SAW anfører to feil: (1) At det ble lagt vekt på å redde Rogalandsvind ut av en vanskelig økonomisk situasjon (egentlig: Hensynet til et hensiktsmessig næringsliv i Rogaland) og (2) at det ikke ble lagt på skadevirkninger for naturen (naturvern hensyn). Gode kandidater vil evne å skille mellom de to underspørsmålene på en pedagogisk god måte, og besvare oppgaven uten å bli over i for mye teori.

Ad (1)

Anførselen kan forstås som en anførsel om at det er tatt utenforliggende hensyn. Hvilke hensyn som er tillatt må ta utgangspunkt i en tolkning av hjemmelsloven. Se omtalen av spørsmål 1 ovenfor (punkt 3.1). Så vidt formulert som energiloven er, er det vanskelig å se at det er tale om noe utenforliggende hensyn her. Vedtaket fremstår heller ikke som vilkårlig.

Kommer kandidatene til at det ble tatt et utenforliggende hensyn (eventuelt at vedtaket var vilkårlig), følger det av rettspraksis at det må vurderes om feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold. Staten anfører da også at det ikke kunne ha vært noen slik innvirkning i dette tilfellet, slik at kandidater som kommer til at det ikke er tatt utenforliggende hensyn, uansett må drøfte subsidiært. Staten kan imidlertid neppe høres med sin anførsel. Når det er tale om skjønnsmessige avgjørelser, må man som regel regne med at utenforliggende hensyn kan ha virket inn på avgjørelsen, og at vedtaket dermed er ugyldig, jf. for eksempel Eckhoff/Smith (2010) s. 494.

Ad (2)

Basert på den samme argumentasjonen som under (1) ovenfor, oppstiller loven neppe noen plikt til å legge vekt på naturvern hensyn. Det følger også av hva som allerede fremgår under spørsmål 1 (punkt 3.1) og (1) ovenfor at naturvern hensyn ikke kan være et ulovlig (utenforliggende) hensyn, slik staten anfører. Gode kandidater vil også kunne bruke naturmangfoldsloven i sin argumentasjon her.

Det fremgår ikke klart av oppgaven i hvilken grad det i vedtaket er sett hen til naturvern hensyn, men at naturvern hensyn ikke ble vektlagt, eller om naturvern hensyn ikke er behandlet overhodet (eventuelt avgrenset mot, slik staten anfører at må være det riktige). I de to sistnevnte tilfellene kunne det være et spørsmål om vedtaket er vilkårlig (eller mer treffende: Ikke tilstrekkelig bredt og saklig). Den mest naturlige lesningen av oppgaven er vel at hensynet ble ansett irrelevant da avgjørelsen ble truffet. I så fall kan det argumenteres godt for at vedtaket er ugyldig. At skjønnnet ikke tilstrekkelig bredt og saklig

("vilkårlig") er en feil som lett vil anses å ha kunnet virke inn på vedtakets innhold. Her er da også partene enige om at det forelå skadevirkninger på naturen.

* * * * *

Ved vurderingen av oppgave 4 bør kandidatene utvises en ikke ubetydelig grad av god vilje med hensyn til hvilke temaer som tas opp. Tematikken er for mange studenter (og jurister) utfordrende nok, og oppgaven gir rom for tolkning.

4 SAMLET VURDERING

Oppgaven omhandler sentrale temaer som er godt behandlet i pensumlitteraturen, uansett hvilke lærebøker kandidatene har anvendt. Ved sensuren må det imidlertid tas hensyn til at i alle fall deler av tematikken er krevende for kandidater som fortsatt er tidlig i studiet. Det er ikke konklusjonene eller enkeltpoengene som er avgjørende, men drøftelsene og analysen totalt sett.

Kandidater som kan anvende (og ikke bare omtale) alminnelig forvaltningsrett i sammenheng med spesiell forvaltningsrett (energiloven) må honoreres. Det må kunne kreves av de beste kandidatene at de klarer å skrive poengtert og besvare de ulike elementene i oppgaven. Tilbakemeldingen fra sensorene er at en del kandidater får en del ut av oppgaven.

Kandidater som gjennomgående viser at de behersker tematikken forvaltningsskjønn, saksbehandling og domstolsprøving bør kunne få A selv om det er mindre feilgrep underveis. Til samme tid må det kreves langt mer enn at kandidatene finner frem til enkelte treffende rettslige grunnlag for å få bestått. Det må kreves en viss kvalitet for å få bestått når samtlige spørsmål gjelder temaer i kjernen av både læringskrav og pensum.

Oppgaven bør være godt egnet til å skille ut de aller beste og aller svakeste oppgavene. I en større midtdel vil det nok ligge besvarelser hvor mye er bra, men hvor det også er mangler. Det må som ellers utøves vanlig godt sensorskjønn.

Lykke til med sensuren og god sommer!

Oslo, 3. juni 2014

Ola Ø. Nisja