

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Sensorveiledning JUS2211 Forvaltningsrett vår 2017

1. Om eksamensoppgaven og veiledningen

Eksamensoppgaven består av to hoveddeler: En teoridel (som igjen er todelt) og en praktisk del (som består av fem spørsmål knyttet til et hendelsesforløp). Det er lagt opp til ca. tre timers arbeid med hver hoveddel. Ved bedømmelsen «legges det omtrent like stor vekt på besvarelsen av teoridelen, som på besvarelsen av praktikum».

Veiledningen er beregnet på sensorene, ikke først og fremst studentene. Den skal gi sensorene informasjon om oppgavens innhold og retningslinjer for sensurarbeidet. Jeg har begrenset behandlingen av de ulike spørsmålene til det som kan utledes av fagets læringskrav og pensumlitteratur. Sensorveiledningen gir ikke uttrykk for hva som kan forventes av studentene på eksamen. Heller ikke de kandidatene som skal bedømmes til beste karakter kan forventes å behandle alle temaer som sensorveiledningen tar opp.

Eksamenssituasjonen er krevende og foregår innenfor rammer som begrenser mulighetene for dyptgående analyser og detaljert rettskildebruk, selv om kandidatene har anledning til å ha med en relativt omfattende domssamling med på eksamen. Sensorene må her som ellers foreta en helhetlig vurdering av hver enkelt besvarelse, og til en viss grad må den enkeltes prestasjon ses i lys av det generelle prestasjonsnivået. Evnen til refleksjon og selvstendighet fremheves i retningslinjene for karaktergivning i juridiske fag. Metodiske ferdigheter, språkbruk og evne til logisk strukturering står også sentralt i bedømmelsen. Det er slike forhold som til slutt avgjør karaktersetningen.

2. Teorioppgave I

Oppgaven lyder: «Hvilke hensyn taler for og imot grunnlovsfesting av rettigheter på velferdsrettens område?»

Læringskrav og pensumlitteratur:

Ifølge læringskravene for velferdsrett skal studentene skal ha «god forståelse» av «menneskerettsperspektiv på velferdsretten» og «velferdsstaten og Grunnloven».

Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse: «Grunnlovsreformen og velferdsretten», Jussens venner 2014 s. 340-357 er den sentrale pensumlitteraturen, om en tolker oppgaven i et menneskerettslig perspektiv. Artikkelen er en «oppdatering og et supplement til boken *Velferdsrett I*» av samme

forfattere (s. 341), og angir hvilke kapitler og avsnitt i læreboken den supplerer.¹ Kjønstad/Syse: *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang* (Oslo, 2012) behandler grunnloven som rettskilde på velferdsrettens område i punkt 2.2.2. I tillegg er det noe relevant (men altså ikke oppdatert) stoff i kapitlene 3 til og med 10. Jeg har her forholdt meg til Kjønstad/Syses artikkel fra 2014.

Noe stoff er det også å hente i oppgitt tilleggslitteratur, og jeg nevner Alice Kjellebold: «Sosiale menneskerettigheter – av betydning for norsk helse- og sosialrett», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2006 s. 301-317, Aslak Syse: «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2006 s. 318-342 og Njål Høstmælingen: *Internasjonale menneskerettigheter* (Oslo, 2003) kap.11 samt punkt 10.2, 10.3, 12.1 og 14.3. I tillegg vil nok de mer interesserte kandidatene være kjent med sentrale dokumenter knyttet til arbeidet med grunnlovsreformen 2014/2015, dvs. Dokument 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, Innst. 186 S (2013-2014) (for så vidt gjelder grunnlovsfesting av sivile og politiske rettigheter) og Innst. 187 S (2013-2014) (for så vidt gjelder økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter). Det kan ikke forventes at kandidatene er kjent med detaljene her.

Om en i stedet tolker oppgaven slik at den spør om hensyn for og mot grunnlovsfesting av de rettigheter som fremgår av velferdslovgivningen, blir innfallsvinkelen i pensum og kunnskapskrav noe annerledes. «Velferdsstaten og Grunnloven» er angitt som et tema studentene skal ha «god forståelse» av. I emnebeskrivelsen i faget pekes det dessuten på forbindelsen mellom emnet forvaltningsrett og statsforfatningsrett, som studentene har lest semesteret før. Kandidatene vil derfor være kjent med generelle diskusjoner om fordeler og ulemper med å regulere forhold på grunnlovs nivå. Utfordringen blir å trekke vekslers på den generelle kunnskapen om særtrekkene ved grunnlovsregulering, samtidig som en begrenser behandlingen til velferdsrettslige temaer.

Nærmere om oppgaven:

At det er tale om *rettslig relevante* hensyn gir seg selv når oppgaven gis i dette faget. Men oppgaven reiser enkelte avgrensningsspørsmål. I første rekke innbyr den til en *identifisering* av hensyn, ikke også en avveining av dem. Heller ikke blir kandidatene bedt om å konkludere. Grensen mellom redegjørelser og vurderinger er likevel vanskelig å trekke i en slik oppgave. Så lenge hensynene er identifisert og forklart på en god måte, vil det være forsvarlig – og etter forholdene også et pluss – om kandidatene i noen grad begir seg ut i vurderinger.

Det er ikke opplagt hva oppgaven mener med uttrykket «grunnlovsfesting av rettigheter på velferdsrettens område». Sensormøtet har vist at mange kandidater tolker oppgaven på en annen måte enn jeg hadde sett for meg. Et stort antall kandidater tolker oppgaven slik at den ber om en redegjørelse for hensyn for og mot å grunnlovsfeste de rettigheter som velferdslovgivningen gir uttrykk for. Det er forsvarlig å tolke oppgaven slik. Det sentrale blir da å få frem det særegne ved rettigheter i velferdslovgivningen sammenholdt med individets øvrige rettigheter i rettssystemet. Mange vil her kunne fremheve at en stor del av velferdslovgivningen har som formål å bistå den enkelte økonomisk i tilfeller hvor man av helsemessige eller andre

¹ Kjønstad/Syse s. 341: «Punktene i denne artikkelen svarer til kapitlene i boken, slik at punkt 2 er et supplement til kapittel 2, punkt 3 er et supplement til kapittel 3, osv.».

grunner kommer til kort. Folketrygdlovens rettigheter er eksempler på dette. Men velferdsretten setter også grenser for myndighetenes maktanvendelse. Hensyn for og mot grunnlovsfesting av slike grenser bør også være en sentral del av oppgaven, om en tolker den i dette perspektivet. Ikke bare økonomisk utjevning, men også behovet for rettssikkerhet, preger velferdsretten. Hensyn for og mot grunnlovsfesting av disse nokså forskjellige interessene bør etter mitt skjønn være med. Jeg har forstått sensormøtet slik at det faller mange kandidater enklere å identifisere hensynene *mot* grunnlovsfesting av velferdsrettens rettigheter, enn det er å finne hensynene som taler *for* slik regulering. Mange vil ventelig legge vekt på at en grunnlovsfesting av velferdslovgivningens rettigheter legger bånd på bevilgende myndigheters mulighet til økonomisk prioritering. Oppgaven ber uttrykkelig om redegjørelse for hensyn i begge retninger. Kandidater som ensidig trekker frem hensyn som taler i én retning, må etter mitt skjønn trekkes for det. Ett viktig hensyn *for* grunnlovsfesting av rettigheter i velferdslovgivningen, er at det er tale om beskyttelse av interesser som er vesentlige for den enkelte i hverdagen. Et annet sentralt hensyn er det økonomiske utjevningsformålet som ligger til grunn for slik regulering. Noen kan kanskje trekke linjen til likhetsprinsippet som er grunnlovsfestet i § 98 første ledd.

Dette er altså én måte å angripe oppgaven på. En annen innfallsvinkel, som har vist seg lite benyttet av kandidatene, er å ta utgangspunkt i opplegget i Kjønstad/Syse (2014) og se den som en menneskerettslig vinklet oppgave. Et slikt perspektiv fanger opp betraktninger som også er relevante for det perspektivet som er behandlet over.

En besvarelse som er menneskerettslig vinklet åpner for identifisering av argumenter for og mot grunnlovsfesting *både* av såkalte *sivile og politiske rettigheter* (og som langt på vei nå er grunnlovsfestet) og av såkalte *økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter* (som i mindre grad fremgår av grunnloven, selv etter grunnlovsreformen 2014). Skillet mellom første- og annengenerasjons menneskerettigheter er berørt i hovedlitteraturen. Det stod også sentralt i Stortingets diskusjoner om grunnlovsregulering av rettigheter i 2014.

Pensumlitteraturen legger størst vekt på spørsmålet om grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Så lenge kandidatene begrunner sine valg, bør det etter mitt skjønn være i orden kun å behandle hensyn for og mot grunnlovsfesting av disse rettighetene. Jeg konsentrerer meg om det her. Kjønstad/Syse (2014) gir fire argumenter for og fire argumenter mot grunnlovsfesting på s. 341:

Følgende argumenter kan tale for en grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter: (1) *Verdenserklæringen* om menneskerettigheter av 1948 behandler økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter på lik linje med politiske og sivile rettigheter. (2) De to *FN-konvensjonene* av 1966 likestiller disse rettighetene. (3) Det samme gjelder den norske loven om *menneskerettigheter* av 1999. (4) Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter er inntatt i *konstitusjoner* i nordiske land og flertallet av andre OECD-stater.

Argumentene mot en slik grunnlovsfesting av velferdsrettigheter er at dette vil kunne føre til økt *rettsliggjøring*, en større grad av *bundne utgifter* for staten og derved et redusert politisk *handlingsrom* for Stortinget, og en mer *omfattende* Grunnlov.

Det kan diskuteres hvor dekkende og logisk konsekvent strukturen er. Men listen fanger i hvert fall opp vesentlige argumenter for og mot grunnlovsfesting av de menneskerettighetene som særlig forbindes med velferdsretten.

På den ene side har en grunntanken om at alle menneskerettigheter er like viktige fordi de verner om interesser som er like vesentlige for individene. Dette, og det komparative argumentet som pensumlitteraturen viser til, taler *for* grunnlovsfesting. Dette bør utdypes og eksemplifiseres.

Hovedargumentet *mot* grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter er at de i større grad enn sivile og politiske rettigheter berører interesser som det er økonomisk ressurskrevende for staten å oppfylle, og at de derfor i større grad vil være gjenstand for politisk dragkamp og økonomiske prioriteringer. Slike argumenter har sammenheng med spørsmålet om hvilken rolle domstolene bør ha på slike politikkområder på bekostning av lovgivende og utøvende myndigheter. Et argument mot grunnlovsfesting som Kjønstad/Syse ikke nevner, men som tradisjonelt trekkes frem, er at slike rettigheter gjerne er utformet i vagere ordelag og dermed hevdes å være mindre egnet som rettslig håndhevbare individuelle rettigheter. Men argumentet er bare gyldig om det settes likhetstegn mellom «grunnlovsfesting» og vedtakelse av rettslig håndhevbare individuelle rettigheter. Oppgaven er ikke til hinder for å behandle også hensyn for og mot vedtakelse av prinsippbestemmelser og/eller programerklæringer.

Uansett hvilken innfallsvinkel som blir tatt i besvarelsen av oppgaven, bør det forventes at kandidatene i hvert fall identifiserer hovedhensyn for og mot og at de nærmere forklarer hva som ligger i dem. Av de gode kandidatene må det også forventes nyanserte utlegninger av hensynene for og hensynene mot. Hensyn som tradisjonelt anses for å tale i én retning kan jo trekke i motsatt retning; det vil avhenge av hvordan ens utgangspunkt er.

Oppgaven er etter mitt skjønn relativt krevende, men jeg vil tro den er godt egnet til å skille mellom kandidatene.

3. Teorioppgave II

Oppgaven lyder slik:

I artikkelen «Grunnlovsreformen og velferdsretten» skriver Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse følgende om Grunnloven § 98 annet ledd:

«Grunnlovsbestemmelsen innfører også et generelt virkende forholdsmessighetsprinsipp, som lenge har vært betraktet som et ulovfestet prinsipp i forvaltningsretten.»

Ta utgangspunkt i dette sitatet og drøft følgende:

1. Gir Grunnloven § 98 annet ledd grunnlag for å oppstille et generelt forholdsmessighetsprinsipp?
2. Gjelder det et ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett?

Svarene skal begrunnes.

Læringskrav og pensumlitteratur:

Diskusjonen om forholdsmessighet i forvaltningsretten er ikke uttrykkelig nevnt i læringskravene, men ligger under eller er del av i hvert fall følgende kulepunkter i listen over hva studentene skal ha «god forståelse av»:

- Sentrale hensyn ved vurdering av forvaltningens oppbygning og virksomhet (særlig rettssikkerhet, styring og effektivitet)
- Reglene om omgjøring av forvaltningsvedtak
- 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

Hovedlitteraturen er angitt i to alternativer. Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* (10. utg, 2014) behandler spørsmålet i kap. 24 VII.5 «Uforholdsmessighet», i tilknytning til gjennomgangen av hvor langt forvaltningens kompetanse rekker. Graver: *Alminnelig forvaltningsrett* (4. utg., 2015) behandler spørsmålet om forholdsmessighet i kap. 8.

Nærmere om oppgaven:

Sitatet som danner utgangspunkt for oppgavens to spørsmål er hentet fra Kjørstad/Syse (2014) s. 344, under overskriften «Rettighetstenkningen i velferdsretten, særlig om Grunnloven som rettskilde». Det står i tilknytning til en kortfattet beskrivelse av Grunnloven § 98 som én av seks bestemmelser i Grunnloven som er «av stor betydning som rettskilde i velferdsretten».

Sitatet står i en kontekst som gjør det vanskelig å konkludere annerledes enn at forfatterne gir uttrykk for sitt syn på gjeldende rett. Det kan fremstå som en kontroversiell uttalelse, som ikke er nærmere forklart eller begrunnet. Som spissformulering betraktet kan det imidlertid anspore til engasjerende besvarelser.

Opgaven er todelt.

Spørsmål 1 lyder slik: «*Gir Grunnloven § 98 annet ledd grunnlag for å oppstille et generelt forholdsmessighetsprinsipp?*»

Forbudet mot diskriminering i Grunnloven § 98 annet ledd slår fast at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Allerede lovteksten viser etter mitt skjønn at bestemmelsen ikke kan ses som et *uttrykk* for et generelt forholdsmessighetsprinsipp i forvaltningsretten med grunnlovsmessig forankring (hvis det er slik spørsmålet skal forstås). Bestemmelsen retter seg mot den uforholdsmessige *forskjellsbehandlingen*. I tilfeller der forvaltningen ikke har forskjellsbehandlet, dvs. der den ikke har behandlet sammenlignbare tilfeller forskjellig eller vesensforskjellige tilfeller likt, er vi

utenfor forholdsmessighetsskranken i Grunnloven § 98 annet ledd, slik også Eckhoff/Smith (side 405).

Forarbeidene til Grunnloven § 98 peker også på andre begrensninger for anvendelse av diskrimineringsforbudet (blant annet skal det kun gjelde for enkeltindivider, ikke også juridiske personer). Det er intet i forarbeidene som tyder på at bestemmelsen er ment å grunnlovsfeste et generelt forholdsmessighetsprinsipp eller at det er ment å gi uttrykk for at en slik generell norm finnes.

En god kandidat bør være i stand til å bruke sine lovtolkningskunnskaper og konkludere med at svaret på spørsmålet er «nei». Det må i lys av dette også være greit om spørsmål 1 besvares ganske kort.

Det faktum at Kjønstad/Syse (2014) så entydig og uforbeholdent går i en helt annen retning, må få betydning for sensuren. Det vil ikke i seg selv være grunnlag for trekk å konkludere som Kjønstad/Syse. Etter mitt skjønn må en slik konklusjon i så fall ledsages av en nærmere forklaring.

En mulig vei å gå for å svare «ja» på spørsmålet, er å tolke oppgaveformuleringen annerledes enn den jeg hittil har vært inne på. Ordet «prinsipp» kan betegne ulike funksjoner, noe jeg kommer tilbake til under. Grunnloven § 98 annet ledd kan være (nok) et eksempel på at enkeltnormer kan sammenfattes begrepsmessig under paraplyen «forholdsmessighet» uten at det betyr at det gjelder en generell norm om dette på grunnlovsnivå eller formell lovs nivå. Grunnloven § 98 annet ledd gir i hvert fall signal om en oppslutning om forholdsmessighet i norsk rett. Det samme gjør for så vidt Høyesteretts innfortolkning av blant annet et forholdsmessighetskrav i flere av de andre bestemmelsene om menneskerettigheter som ble innført i Grunnloven i 2014 etter mønster av EMK, jf. Rt. 2014 side 1105 (Kommunikasjonskontroll) avsnitt 28 og senere avgjørelser i samme retning.

Til spørsmål 2 – «Gjelder det et ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett?» – bør det forklares hva som menes med «forholdsmessighetsprinsipp». Eckhoff/Smith definerer det som et krav til forholdsmessighet mellom «de mål forvaltningen er satt til å ivareta, og de midler den tar i bruk for å realisere formålet» (s. 403) og identifiserer tre «hovedelementer»:

- a) Er midlet egnet (adekvat) til å realisere formålet?
- b) Er midlet nødvendig, eller kunne formålet ha vært realisert med mindre drastiske midler?
- c) Er midlet alt i alt for tyngende i forhold til de mål som skal realiseres (den egentlige vurderingen av forholdsmessigheten mellom mål og midler«).

Gravers beskrivelse svarer til denne, men er noe mer utfyllende (s. 128-129).

Diskusjonen om meningsinnholdet bak termen «prinsipp» burde være kjent, men jeg har forstått at det er relativt få som avklarer sin forståelse av begrepet. De som behandler spørsmålet, bør honoreres. Eckhoff/Smith s. 43-44 omtaler fire bruksmåter: Prinsipp som rettslig norm, prinsipp som betegnelse på en sammenfatning av flere enkeltstående rettsregler, prinsipp som navn på verdier og hensyn og prinsipp som en kombinasjon av disse funksjonene. Det kan ikke forventes

at kandidatene identifiserer alle slike aspekter, men etter mitt skjønn bør «prinsipp» i hvert fall forklares. I det følgende konsentrerer jeg meg om prinsipp forstått som rettsregel som kan forvaltes av domstolene. Denne forståelsen er i fokus i pensumlitteraturen.

Oppgaven spør bare om det gjelder et «ulovfestet» prinsipp om forholdsmessighet. Det faller utenfor oppgaven å behandle lovfestede forholdsmessighetsbegrensninger, som det finnes flere av i særlovgivningen. De er dessuten er gitt nokså bredt nedslagsfelt gjennom EØS-loven og menneskerettighetsloven. Men det kan ikke være feil å vise til lovfestede normer som argumenter til støtte for et generelt ulovfestet prinsipp.

Eckhoff/Smith s. 405-406 skriver at det «neppe [er] grunnlag for å anta at det i norsk rett finnes et generelt krav om at forvaltningsvedtak etter sitt *innhold* må være forholdsmessig» og viser blant annet til Rt. 2008 side 560 avsnitt 48 og Rt. 2011 side 304 avsnitt 56 som støtte for det. Også Graver tar det samme utgangspunktet (s. 131), og nevner de samme avgjørelsene på s. 137. Høyesteretts uttalelser er entydige. I Rt. 2008 side 560 (Kosovo) avsnitt 48 heter det at det etter «den alminnelige myndighetsmisbrukslære ... ikke [gjelder] noen generell forholdsmessighetsbegrensning». I Rt. 2011 side 304 (Frøholm) avsnitt 56 går Høyesteretts flertall et stykke lenger:²

Frøholm har hevdet at et forvaltningsvedtak også kan kjennes ugyldig dersom det ikke tilfredsstiller krav til forholdsmessighet. Det er riktig at domstolene på enkelte særlige forvaltningsområder er gitt kompetanse til å underkjenne forvaltningsvedtak dersom det ikke er forholdsmessig. Det finnes imidlertid ikke noen generell regel med dette innhold. Ganske visst vil det ved vurderingen av om et forvaltningsvedtak er åpenbart urimelig, inngå forholdsmessighetsbetraktninger, men det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak, jf. Rt-2008-560 avsnitt 48.

Høyesterett har ikke uttalt seg om spørsmålet senere.

Samtidig er spørsmålet gjenstand for rettspolitisk diskusjon, og til en viss grad er det også uenighet i teorien om hva svaret er på spørsmålet – til dels fordi det avhenger av hvordan spørsmålet forstås, dvs. hva et «forholdsmessighetsprinsipp» er. Eckhoff/Smith s. 406 viser til at Graver synes å gå noe lenger i å stille opp ulovfestede krav (i form av en rettsregel), mens Graver trekker frem ulike perspektiver. Det bør ikke være for krevende for kandidatene å vise at det er ulike tilnærminger til temaet. Men det kan være vanskeligere å forklare hva nyansene går ut på.

Eckhoff/Smith skriver på s. 405 at den uskrevene normen om at sterkt urimelige vedtak vil være ugyldige, «lett [kan] omskrives til en norm om forholdsmessighet» fordi det nettopp er «det uproporsjonale som gjør vedtaket urimelig». Dette er også uttalt av Høyesterett i Rt. 2008 side 560 og Rt. 2011 side 304. Graver synes i noe større grad å identifisere deler av 'myndighetsmisbrukslæren' med et forholdsmessighetskrav, se s. 133-134. Men også andre enkeltutslag av forholdsmessighet behandles i pensumlitteraturen. Eckhoff/Smith nevner Rt.

² Dommen er avsagt under dissens 3-2. Så vidt jeg kan se, er ikke mindretallet – dommerne Noer og Webster – direkte inne på dette spørsmålet. Deres uenighet dreier seg om andre spørsmål. Men det ville overraske om dette mindretallet har en annen oppfatning enn flertallet i spørsmålet om det finnes et ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp i forvaltningsretten.

1973 side 460 som «et sjeldent eksempel på at vedtak blir tilsidesatt fordi forvaltningen gikk mer drastisk til verks enn det som var nødvendig for å ivareta reguleringens formål ...» Også det forhold at det stilles «visse krav om forholdsmessighet mellom vilkår og de begunstigende vedtak som disse knytter seg til», blir her nevnt. Én ting er imidlertid at det finnes eksempler på forholdsmessighetsbegrensninger også i uskreven rett. Det er et annet spørsmål om en med det som utgangspunkt kan si at det eksisterer en generell forholdsmessighetsbegrensning i norsk forvaltningsrett.

I sensormøtet har jeg fått forståelse av at oppgaven har falt vanskelig. Her som ellers må det gis uttelling for kandidater som avklarer sin forståelse av oppgaven og som reflekterer over ulike perspektiver som oppgaven gir anledning til å utforske, også utover det som Høyesteretts avgjørelser gir anvisning på.

4. Praktikum

Praktikumsoppgaven gjelder sentral forvaltningsrett med utgangspunkt i et hendelsesforløp hvor en sykmeldt Peder Ås etter tips fra en nabo blir gjenstand for hjemmekontroll av NAV Kontroll. Alle spørsmål ligger innenfor emner som kandidatene forventes å ha «god forståelse» av.

4.1 Spørsmål 1

Spørsmål 1 – «*Ga folketrygdløven § 21-4 a annet ledd hjemmel for kontroll av Peders bolig?*» – setter kandidatenes lovtolkningsegenskaper på prøve. Selv om bestemmelsen står i en lov som er sentral i velferdsretten, kan den nok ikke anses som kjent lovtekst for kandidatene: Så vidt jeg kan se, er ikke bestemmelsen spesifikt omtalt i pensumlitteraturen.

Etter tips fra nabo Hans Tastad gjennomførte NAV Kontroll en kontroll hjemme hos Peder Ås. I faktum står det at Peder Ås ikke kunne forstå at det var adgang til å foreta en slik kontroll, men han «satte seg ikke til motverge».

Folketrygdløven § 21-4 a har «*Innhenting av opplysninger fra tredjemann - stedlig kontroll*» som overskrift. Annet ledd – som spørsmålet gjelder – har denne ordlyden:

Arbeids- og velferdsdirektoratet eller særskilt utpekte enheter innen Arbeids- og velferdsetaten kan til enhver tid foreta stedlig kontroll i virksomheter uten forutgående varsel. Slik kontroll kan foretas i bransjer som erfaringsmessig er utsatt for trygdemisbruk, og forøvrig ved konkret mistanke om dette. Klage etter forvaltningsloven § 15 skal ikke medføre at stedlig kontroll utsettes, og det kan kreves bistand av politiet til å gjennomføre kontrollen. Under kontrollen kan det kreves at arbeidstakere identifiserer seg for å kontrollere om vedkommende er innmeldt i arbeidstakerregisteret eller mottar trygdeytelser som er uforenlige med arbeidsforholdet. Det kan også kreves innsyn i og kopi av dokumenter som kan avdekke eller hindre urettmessige utbetalinger fra trygden. Helseopplysninger kan likevel bare innhentes etter reglene i § 21-4 jf. § 21-4 c.

Løven begrenser seg til stedlig kontroll «i virksomheter». Etter alminnelig språkbruk kan ikke «virksomheter» omfatte boligen til et medlem av trygden. Allerede en slutning fra ordlyden i

første punktum kan derfor tilsi hva løsningen vil være. Også overskriften i bestemmelsen gir visse holdepunkter for anvendelsesområdet for bestemmelsen.

Kandidatene kan imidlertid med fordel supplere argumentasjonen med formåls- og rettssikkerhetsbetraktninger. Noen vil kanskje vise til retten til respekt for privatliv mv. i Grunnloven § 102 som argument for at det vanskelig lar seg gjøre å gi NAV Kontroll adgang til å foreta kontroll av boligen til en privatperson ved bruk av § 21-4 a annet ledd. Det er for øvrig intet i Ot. prp. nr. 76 (2007-2008) som tyder på at det åpnes for en utvidet bruk av bestemmelsen. På den annen side er det forståelig om kandidater trekker frem Peders behov for vern mot myndighetsinngrep som argument for at bestemmelsen beskytter også hans interesse. Enkelte kandidater har lagt vekt på at Peder er taxisjåfør, og at han ut fra en slik synsvinkel kan forstås som en person som utøver sitt yrke hjemmefra. Dette kan tale for at han – i denne situasjonen – har behov for et vern mot hjemmekontroll. En slik innfallsvinkel må under omstendighetene kunne godtas.

Det er relevant å vurdere, slik faktum er beskrevet, om NAV kan foreta kontroll under henvisning til at Peder ikke satte seg til motverge. Sensorene har i sensormøtet oppgitt at de færreste tar opp dette, men jeg nevner likevel: Å ikke sette seg til motverge, er ikke nødvendigvis ensbetydende med at et samtykke er gitt, men noen kan nok forstå oppgaven slik. På den annen side: Oppgaven spør bare om *folketrygdloven § 21-4 a annet ledd* gir hjemmel, ikke om det finnes hjemmel for kontroll på annet grunnlag. Det vil derfor være utenfor oppgaven å drøfte om samtykket i seg selv er et selvstendig grunnlag for å foreta kontroll. Mer aktuelt er det å spørre om Peders eventuelle samtykke er et argument for å tolke § 21-4 a annet ledd utvidende. Etter mitt skjønn blir det lite treffende å sette en klar lovtekst til side med henvisning til Peders opptreden. Men igjen må vurderingen av besvarelsen av spørsmålet bero på kvaliteten av kandidatenes argumentasjon. Rettssikkerhetshensyn fremheves i velferdsretten.

4.2 Spørsmål 2

Spørsmål 2 lyder: «*Hadde Peder krav på å få opplyst hvem kilden var?*».

NAV viser til at taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 var til hinder for å opplyse om hvem som hadde tipset om trygdemisbruket. Oppgaven gir oppfordring til å ta utgangspunkt i taushetsplikten i forvaltningsloven § 13.

Først må det diskuteres om bestemmelsen kommer til anvendelse. Det kan slås fast at NAV-medarbeiderne utfører «tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan», og de vil være forpliktet til å hindre at Peder får «adgang eller kjennskap til» det de har fått vite om «noens personlige forhold», jf. alternativ 1) i forvaltningsloven § 13 første ledd.

Spørsmålet blir dermed om opplysninger om navnet på en kilde vil være «noens», dvs. kildens, «personlige forhold». Lovteksten gir ikke klart svar. Annet ledd viser til at «fødested, fødselsdato og personnummer, statsborgerforhold, sivilstand, yrke, bopel og arbeidssted» ikke regnes som «personlige forhold» med mindre de «røper et klientforhold eller andre forhold som må anses

personlige». Kandidatene bør se at navn ikke er nevnt her, men det kan ikke være ensbetydende med at opplysninger om navn alltid vil være «personlige forhold». Taushetsplikten er nokså inngående behandlet i hovedlitteraturen, se Eckhoff/Smith s. 238-239 og Graver s. 328-330.

Et navn er personlig, men også et offentlig forhold. Det sentrale i vår sammenheng er imidlertid ikke navnet i seg selv, men navnet som virkemiddel for å identifisere en kilde. Hans Tastad har behov for at identiteten hans ikke røpes. Hensynet til å hindre misbruk av trygdesystemet vil også tale for å verne om kildens identitet. I Ot. prp. nr. 3 (1976-1977) avsnitt 3.2.4 er spørsmålet behandlet i noe bredde. Departementet uttaler der (side 25) at det «er blitt stående ved at det i utgangspunktet bør anses som et personlig forhold at noen har gitt opplysninger om en annen». I Rt. 2010 side 1404 avsnitt 25 legger Høyesterett til grunn at uttalelsen i proposisjonen betyr at «[f]orvaltningens kilder er ... i utgangspunktet beskyttet av taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1». Avgjørelsen er omtalt av så vel Graver som Eckhoff/Smith. Det vil være riktig å konkludere med at opplysninger om kildens identitet er omfattet av taushetsplikten i § 13 første ledd.

Så er spørsmålet om Peder Ås har krav på å få vite identiteten til kilden ut fra reglene om partsinnsyn, ettersom taushetsplikten i § 13 ikke gjelder for sakens parter, jf. forvaltningsloven § 13b første ledd nr. 1. Det bør forventes av de gode kandidatene at reglene om partsoffentlighet behandles.

Ås må sies å være «part» iht. definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd e). Det må kunne legges til grunn at det foreligger en «avgjørelse», ettersom Peders krav om å få vite hvem kilden var, relaterer seg til en faktisk handling (hjemmekontrollen) som må ha kommet som resultat av en beslutning. Og i hvert fall vil Peder være en «person ... som saken ellers direkte gjelder». Kandidatene bør nokså kort slå fast at han er «part».

Utgangspunktet i forvaltningsloven § 18 første ledd er at Peder har rett til å gjøre seg kjent med «sakens dokumenter». Selv om det ikke uttrykkelig fremgår av faktum, må det forutsettes at NAV har notert ned tipset og hvem som var kilden, slik at opplysningen om Tastads navn fremgår av et saksdokument i lovens forstand, jf. nedtegningsplikten i forvaltningsloven § 11 d. I så tilfelle er det spørsmål om det kan gjøres unntak fra partsinnsynet slik at Peder Ås likevel ikke får vite hvem som var kilden.

Forvaltningsloven § 18 første ledd viser direkte til bl.a. § 19. Det aktuelle grunnlaget for å begrense innsyn er § 19 annet ledd bokstav b): «Med mindre det er av vesentlig betydning for en part, har han heller ikke krav på å gjøre seg kjent med de opplysninger i et dokument som gjelder ... andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre».

Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1993 side 1409 (Islamabad) har etter hva jeg har fått opplyst vært behandlet på forelesning. Den er også nevnt i Eckhoff/Smith (2014) s. 277-278. Avgjørelsen slår fast at § 19 annet ledd bokstav b) «gir hjemmel for også å beskytte kilders identitet, jf. Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) side 67», i hvert fall i en situasjon hvor kilden ville risikere alvorlige represalier. Uavhengig av kjennskap til konkrete kilder bør kandidatene tolke §

19 annet ledd bokstav b) og drøfte om kildeopplysningen gjelder «andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre». Det bør også kort spørres om det er «av vesentlig betydning» for Peder Ås å få vite identiteten til tipseren. Det kan neppe være tilfelle.

4.3 Spørsmål 3

Spørsmål 3 lyder slik: «*Hadde Peder rett til å påklage avgjørelsen om å stanse utbetaling av sykepenger?*»

I oppgaveteksten fremgår det at NAV avviser klagen «under henvisning til at det ikke var truffet noe enkeltvedtak» og at ytelsene var bortfalt «utelukkende [fordi] lovens vilkår ikke lenger var oppfylt».

Opgaven inviterer til en drøftelse av enkeltvedtaksbegrepet fordi klageretten i forvaltningsloven § 28 forutsetter at det foreligger et «enkelvedtak». Jeg har forstått sensorene slik at spørsmålet har vært vanskelig for mange kandidater. Enkelte av elementene i enkeltvedtaksdefinisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd b) jf. a) er oppfylt: Stansingen av utbetalingen gjelder en «bestemt [person]», nemlig Peder Ås, og den skjer «under utøving av offentlig myndighet». Det sentrale spørsmålet er om stansingen er en «avgjørelse som er bestemmende for» Peder Ås «rettigheter», nærmere bestemt om folketrygdlovens aktuelle bestemmelse (som medfører bortfall av sykepenger) gir kompetanse til å stanse utbetaling eller om stansingen skjer i kraft av loven selv. I oppgaven viser NAV til at Peder «aldri hadde vært arbeidsufør, jf. folketrygdloven § 8-4, og stanset utbetalingen av sykepenger». I folketrygdloven § 8-4 første ledd står det:

«Sykepenger ytes til den som er arbeidsufør på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade. Arbeidsuførhet som skyldes sosiale eller økonomiske problemer o.l., gir ikke rett til sykepenger.»

Det er nærliggende – ut fra ordlyden – at retten til sykepenger faller bort i og med lovens vilkår, hvilket igjen tilsier det ikke er stansingen som normerer. Dermed vil det ikke være et «enkelvedtak». Samtidig står det i oppgaven at NAV som følge av kontrollen «stanset» utbetalingen. Noen kan nok tolke dette i retning av at beslutning er fattet og at det er nødvendig med en slik beslutning selv om folketrygdloven § 8-4 ikke gir anvisning på det. Så vidt jeg har fått opplyst er det også praksis i NAV å behandle et slikt tilfelle som enkeltvedtak, selv om det ikke nødvendigvis er rettslig påkrevet å gjøre det. Det viktigste må likevel være at kandidatene ser problemet, ikke hvilken konklusjon en faller ned på. Men jeg tror ikke det kan forventes av andre enn de beste kandidatene å behandle spørsmålet.

4.4 Spørsmål 4

Spørsmålet er om Peder «*Hadde ... rett til å påklage avgjørelsen om å kreve erstatning*».

Faktum gir flere holdepunkter. For det første står det at «[f]or det tilfellet at beslutningen ikke var et enkeltvedtak, anførte Peder subsidiært at ... klageretten ... måtte følge av det ulovfestede

grunnkravet til forsvarlig saksbehandling». For det andre hevder Peder at dersom NAV hadde truffet vedtak om tilbakebetaling etter folketrygdloven § 22-15, måtte den ha fulgt reglene om enkeltvedtak i forvaltningsloven, som «skal blant annet vareta rettssikkerhetshensyn. Når NAV i stedet velger å kreve erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler, må det gjelde tilsvarende krav».

Oppgaven reiser to hovedspørsmål.

Det første er om avgjørelsen om å holde Peder personlig ansvarlig på culpagrunnlag er å anse som enkeltvedtak som gir klagerett iht. forvaltningsloven § 28 første ledd.

Igjen må vi til definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 første ledd b) jf. a). Flere innfallsvinkler kan være aktuelle. Sikkert er det i hvert fall at NAV har rettet sitt krav mot en bestemt person (Peder Ås). De øvrige elementene i definisjonen er mindre sikre. For min del anser jeg det som mest aktuelt å drøfte hvorvidt kravet om å holde Peder Ås erstatningsansvarlig skjer «under utøvelse av offentlig myndighet». Peders anførsler, nevnt over, tyder også på at dette elementet skal drøftes.

Et krav om tilbakebetaling truffet med hjemmel i folketrygdloven § 22-15 er utøvelse av offentlig myndighet. Krav på erstatning på ulovfestet erstatningsrettslig grunnlag – som er det alternativ NAV i dette tilfellet har valgt – er ikke truffet i medhold av offentlig myndighetsutøvelse, men med utgangspunkt i forvaltningens private autonomi. Det kan være krevende for kandidatene å se dette, men jussen er klar. Rt. 2012 side 1444 er den sentrale avgjørelsen. Her slo Høyesterett for det første fast at forvaltningen hadde adgang til å kreve tilbakebetaling på culpagrunnlag ved siden av kompetansen til å kreve det samme i folketrygdloven § 22-15, jf. avsnitt 31 flg. For det andre legger Høyesterett til grunn – i relasjon til spørsmålet om forsinkelsesrenteloven kom til anvendelse – at et krav om erstatning fremmet av trygdemyndighetene er et formuesrettslig (og dermed et sivilrettslig) krav, jf. avsnitt 45. Av dette kan det sluttet at NAVs erstatningskrav i vår sak ikke er fremmet under utøvelse av offentlig myndighet. Det foreligger derfor ikke et enkeltvedtak, og Peder Ås har ikke klageadgang etter forvaltningsloven § 28.

Alternativ kan det spørres om det foreligger en «avgjørelse» som er «bestemmende for ... plikter». Peder Ås' erstatningsansvar er allerede i kraft av de ulovfestede erstatningsreglene ansvarlig for tap som følge av sin uaktsomme handling. Beslutningen om å kreve erstatning er slik sett ikke den handlingen som er «bestemmende» for Peders «plikter»; det er det hans uaktsomme handling som er. Også ved denne alternative tilnæringsmåten vil svaret bli det samme: Det foreligger ikke et «enkeltvedtak» i vårt tilfelle. Klageadgangen kan ikke hjemles i forvaltningsloven § 28.

Sensormøtet har vist at mange kandidater har problemer med å godta at forvaltningen kan velge å gå til erstatningskrav mot et medlem av trygden utenfor den løsning folketrygdloven selv gir anvisning på (§ 22-15). Flere evner heller ikke å se forskjellen mellom et erstatningskrav ut fra alminnelig erstatningsrett og tilbakebetalingskrav etter folketrygdloven § 22-15. Etter mitt

skjønn må det gis uttelling for de kandidatene som treffer rett her. Samtidig vil argumentasjon basert på rettssikkerhetshensyn, og som går i en annen retning, være relevant.

Det andre hovedspørsmålet er om Peder Ås kan klage over beslutningen om å kreve erstatning på ulovfestet forvaltningsrettslig grunnlag. Kandidatene bør være kjent med at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven ikke uttømmende normerer hvordan forvaltningen skal gå frem overfor borgerne og hvilke rettssikkerhetsgarantier privatpersoner har i møtet med det offentlige. Stikkordet – som også er nevnt i faktum – er «grunnkravet til forsvarlig saksbehandling».

Den første utfordringen er å vise at forvaltningen er bundet av ulovfestede krav selv der saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven av ulike grunner ikke kommer til anvendelse. Det må etter mitt skjønn forventes at kandidatene er kjent med temaet; det er godt dekket i pensum, jf. Graver kap. 17.2 og Eckhoff/Smith s. 195-196. I Rt. 2012 side 1444 avsnitt 53 uttaler Høyesterett, med henvisning til Rt. 2009 side 1356 avsnitt 31, at forvaltningen «kan være bundet av visse offentligrettslige skranker også når den handler i kraft av privatrettslig autonomi». Ingen av avgjørelsene dreier seg imidlertid om krav til saksbehandlingen, herunder klagemulighet. Spørsmålet er om det i tilfelle kan utledes en ulovfestet klagerett ut fra et grunnkrav til forsvarlig saksbehandling. Det finnes ikke avgjørelser fra Høyesterett som gir noe sikkert grunnlag for en slik lære, se også Graver s. 276 med henvisning til blant annet Marius Stub: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* (Oslo, 2011) s. 391-392. Kanskje vil noen være kjent med Rt. 2012 side 1444 avsnitt 41, hvor det i en annen sammenheng enn vårt saksfelt uttales: «Til den ankende parts anførsel om at det vil være forvaltningsrettslig betenkelig å tillate tilbakebetalingskrav på erstatningsrettslig grunnlag, uten at det treffes noe enkeltvedtak som vil kunne påklages ad administrativ vei, bemerker jeg at Høyesterett i Rt 1999 side 1084 fremhevet de rettssikkerhetsgarantier som en domstolsbehandling gir». I den grad erstatningskrav blir avgjort av domstolene vil behovet for å oppstille uskrevne rettssikkerhetsgarantier i forvaltningsretten i hvert fall være mindre.

4.5 Spørsmål 5

Spørsmål 5 er todelt. For det første spørres det om «Peder [hadde] krav på forhåndsvarsel».

Ut fra oppgavens faktumfremstilling er det klart at Peder mener han har krav på forhåndsvarsel hva gjelder kravet om erstatning. Faktum gir også ytterligere opplysninger: Peder viser for det første til forvaltningsloven § 16. For det andre gjør han subsidiært gjeldende, for det tilfelle at kravet om erstatning ikke er et enkeltvedtak, at «kravet til forhåndsvarsel måtte følge av det grunnleggende kravet til forsvarlig saksbehandling».

Kandidatene vil først måtte vurdere om forvaltningsloven § 16 er anvendelig. Forhåndsvarsling etter § 16 begrenser seg til tilfeller der det skal treffes «vedtak». I tråd med drøftelsen tidligere må det her kunne slås fast at det ikke foreligger et «vedtak» iht. definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a): Kravet om erstatning er ikke fremmet som ledd i utøvelsen av offentlig myndighet. Dermed kommer ikke § 16 til anvendelse.

Subsidiært må det spørres om det kan følge et krav om forhåndsvarsling av ulovfestede krav til forsvarlig saksbehandling. Etter mitt skjønn må det forventes at kandidatene er kjent med at slike ulovfestede krav eksisterer på enkelte områder. Men det er mer krevende å vite hvorvidt det oppstilles et krav om forhåndsvarsling. Det kan ikke ventes at kandidatene er kjent med Rt. 2015 side 353 (Total E&P Norge AS), hvor Høyesterett i avsnitt 70 (i forbindelse med en sak om internprising) uttaler at det «[i] forvaltningsprosessen gjelder et grunnleggende krav om at saksbehandlingen skal være forsvarlig» og at det «[i] vurderingen av om kravet er oppfylt inngår blant annet spørsmålet om parten i tilstrekkelig grad har fått innsyn i og anledning til å kommentere grunnlaget for avgjørelsen». Eckhoff/Smith trekker på s. 196 frem hensynet til kontradiksjon som et element i kravet til forsvarlig saksbehandling. Graver er i kapt. 17.2 inne på noe av det samme, med henvisning til eldre høyesterettspraksis.

For det andre er det spørsmål om et brudd på plikten til forhåndsvarsel medfører ugyldighet. Normen for når en saksbehandlingsfeil medfører ugyldighet er omtalt i hovedlitteraturen, men ikke i spesielt klare ordelag og det samme må sies om Høyesteretts praksis. Mange vil nok trekke frem Rt. 2009 side 661 (Husebyskogen), hvor Høyesterett i avsnitt 71 uttaler at det i gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41 «[ikke] ligger et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning. Det er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet». Jeg vil tro at mange legger til grunn at en saksbehandlingsfeil – som i vårt tilfelle – tilsvarende vil medføre *ugyldighet* dersom det er en ikke fjerntliggende mulighet for at feilen har virket inn på vedtaket, og foreta en subsumsjon på dette grunnlaget. Om dette forankres i Rt. 2009 side 661 eller annet rettsgrunnlag, bør etter mitt skjønn være underordnet. Det kan neppe forventes, selv av de beste kandidatene, å problematisere dette ytterligere.

5 Om bedømmelsen

Oppgaven er samlet sett krevende selv om den dreier seg om sentrale spørsmål i forvaltningsretten, herunder velferdsretten. En kunne i utgangspunktet se for seg at oppgaven er godt egnet til å skille mellom kandidatene. Tilbakemeldingene fra sensorene kan imidlertid tyde på at det er mange som presterer i mellomsjiktet, og at ikke altfor mange utmerker seg i den ene eller annen retning. For å oppnå en viss spredning kan sensorene oppfordres til å falle tilbake på de generelle vurderingskriteriene som jeg nevnte innledningsvis.

Oslo, 18. juni 2017

Marius Emberland