

## Obiter Dictum Skrivekurs i forvaltningsrett I

### Spørsmål 1

Tvistens parter er Lilleby apotek v/Are Mo mot Legemiddelverket.

Problemstillingen er om sluttrapporten etter tilsynet er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven.

(MERK: HER KAN MAN AV OG TIL VÆRE NØDT TIL Å ENTEN KONSTATERE, ELLER PROBLEMATISERE OM SITUASJONEN I DET HELE TATT FALLER INN UNDER FORVALTNINGSLOVEN!

DENNE OPPGAVEN GJØR IKKE DET, SÅ JEG VELGER Å HOPPE OVER DETTE STEGET. OFTE VIL DEN ANDRE LOVEN SOM PROBLEMATISERES I OPPGAVEN SLÅ FAST AT FORVALTNINGSLOVENS REGLER KOMMER TIL ANVENDELSE FOR SAKER AV X OG Y (TYPISK KLAGER PÅ AVGJØRELSER OG LIGNENDE).

EKS: Legemiddelverket er et "organ for stat" jf. fvl. § 1. Forvaltningsloven kommer følgelig til anvendelse.

Det følger av fvl. § 2 b) jf. a) at et enkeltvedtak er en "avgjørelse" som treffes under "utøving av offentlig myndighet" og som generelt eller konkret er "bestemmende for rettigheter eller plikter" til private personer.

I denne sak er det på det rene at Legemiddelverkets tilsyn med Lilleby apotek er noe som særpreger offentlig myndighetsutøvelse, og dermed er vilkåret om "utøving av offentlig myndighet" oppfylt jf. fvl. § 2 b) jf. a).

Det litt mer problematiske er vilkåret om at avgjørelsen skal være "bestemmende for rettigheter eller plikter" jf. fvl. § 2 a).

Spørsmålet blir følgelig om tilsynets sluttrapport er "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. fvl. § 2 b) jf. a).

Ordlyden av "bestemmende" for "rettigheter eller plikter" er vag, men tilsier at en beslutning må være endelig og avgjørende for ens rettskrav. Det avgrenses med andre ord mot prosessledende beslutninger jf. Ot.prp. nr.38 (1964-1965) s.32 (les "bestemmende"). I Rt.2011 s.1433, som gjaldt spørsmålet om en pasient hadde rett til å klage over pålegg rettet til hans lege om utlevering av pasientjournal jf. fvl. § 28, så åpnet Høyesterett for at avgjørelser kan anses som enkeltvedtak også ut over hva som omfattes av ordlyden dersom konsekvensene av avgjørelsen er tilstrekkelig vidtrekkende jf. dommens avsn. 42. Rettssikkerhetshensynet taler også for at forvaltningsloven med fordel bør tolkes utvidende der det passer jf. Ot. prp. nr. 38 (1964-1965).

I vår sak er det tale om en sluttrapport hvor det ble påpekt at Lilleby apotek ikke hadde etablert tilstrekkelige rutiner for håndtering av narkotiske legemidler jf. legemiddeloven § 29. Sluttrapporten inneholder med andre ord konkret kritikk av rutinene, noe som oppleves ubehagelig og negativt for apoteket. Dette trekker i retning av at tilsynets sluttrapport er "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. Fvl. § 2 b) jf. a).

På den annen side, så inneholder tilsynsrapporten verken pålegg til apoteket eller gir noen form for advarsler, men kommer kun med konkret kritikk av rutinene. Selv om en slik kritikk

kan oppleves ubehagelig og negativ, så har likevel kritikken ingen rettsvirkninger for apoteket. De kan med andre ord fortsette driften som før. Dette trekker i retning av at tilsynsrapporten ikke er "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. fvl. § 2 b) jf. a).

En må imidlertid i medhold av Rt.2011 s.1433 avsn.42 samt rettssikkerhetshensynet slik det er formulert i Ot. prp. nr. 38 (1964-1965), gi enkeltvedtaksbegrepet i forvaltningsloven vid anvendelsesområde. Dette trekker i retning av at tilsynsrapporten kan være "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. fvl. § 2 b) jf. a).

Høyesterett har likevel i en sak inntatt i Rt.2003 s.301, som direkte gjaldt spørsmålet om rettslig prøving av beslutning om å iverksette en undersøkelsessak etter bvl. § 4-3 (1), slått fast at en slik beslutning ikke utgjør et enkeltvedtak. En beslutning om å iverksette undersøkelsessak i medhold av bvl. § 4-3 (1) er relativt inngripende, men ble ansett for å ikke være et enkeltvedtak da den lignet mer en prosessledende beslutning som ikke innebar en endring i familiens rettsstilling. Overført til vår sak, så vil apoteket ikke berøres noe særlig av sluttrapporten, sammenholdt med saken fra Rt.2003 s.301. Beslutningen om tilsynsrapporten er videre mer av prosessledende art, enn en endelig beslutning. Tilsynsrapporten innebærer heller ikke en endring i apotekets rettsstilling, noe som trekker klart i retning av tilsynsrapporten ikke er "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. fvl. § 2 b) jf. a).

Samlet sett, så taler de beste grunner her for at tilsynsrapporten ikke kan sies å være "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. fvl. § 2 b) jf. a).

Tilsynsrapporten er ikke "bestemmende for rettigheter eller plikter" til Lilleby apotek jf. fvl. § 2 b) jf. a).

Konklusjonen på problemstillingen er at sluttrapporten etter tilsynet ikke utgjør et enkeltvedtak etter forvaltningsloven.

## Spørsmål 2

Twistens parter er Lilleby apotek v/Are Mo mot Legemiddelverket.

Problemstillingen er om Grønn er inhabil.

Det følger av fvl. § 6 (1) jf. (2) at en "offentlig tjenestemann" er ugild til å "tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse" eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når "andre særegne forhold" foreligger som er "egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet".

(((( OBS: EVNT. PÅPEKE AT INGEN AV SITUASJONENE I FVL. § 6 (1) ER ANVENDELIG/ RELEVANT, OG AT MAN DERFOR FORETAR EN VURDERING ETTER FVL. § 6 (2). +++ ER MAN I NÆRHETEN AV ET INHABILISERENDE FORHOLD SOM NEVNT I FØRSTE LEDD, SÅ SKAL DET DA IKKE MYE TIL FOR Å OMFATTES AV ANNET LEDD ))))

Som ansatt i Legemiddelverket er Grønn "ansatt i statens [...] tjeneste" jf. fvl. § 2 d). Grønn er følgelig en "offentlig tjenestemann" jf. fvl. § 6 (1).

Videre er det på det rene at Grønn ved sitt tilsynsbesøk er med på å "tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse" jf. fvl. § 6 (1). Dermed er dette vilkåret også oppfylt.

Det litt mer problematiske er om det foreligger "andre særegne forhold" og om disse er "egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2) første pnkt.

Det første spørsmålet blir om det foreligger "særegne forhold" mellom Grønn og Ås jf. fvl. § 6 (2) første pnkt.

Ordlyden av "særegne" forhold er vag, men tilsier at det må foreligge et kvalifisert forhold. Uttrykket setter en viss terskel ved at ikke ethvert forhold omfattes. Sivilombudsmannen har imidlertid nyansert denne ordlydsforståelsen - i sak 1998/9 - og tilføyd at det særegne ikke må være "unikt". Uttalelsen fra Sivilombudsmannen kan leses som at situasjoner som svært mange befinner seg i, ikke nødvendigvis medfører inhabilitet. Det avgjørende er om det strider med det man vanligvis ville forvente i den konkrete situasjonen. Sivilombudsmannen uttaler videre - med henvisning til Rt.1996 s.64 (s.68), som gjaldt inhabilitet rundt et skjenkebevillingsvedtak, at sentrale hensyn er at saksbehandlerne skal fatte avgjørelser uten å være forutinntatt og at habilitetsreglene skal fremme tilliten til forvaltningen og dens avgjørelser.

I denne sak står man overfor en "avledet relasjon", hvor tjenestemannen har en sosial relasjon til en person som har et motsetningsforhold til parten. Den avledete relasjonen trekker i retning av at det ikke foreligger "særegne forhold" mellom Grønn og Ås jf. fvl. § 6 (2) første pnkt.

På den annen side, så møtes Grønn og Ås jevnlig, i tillegg til årlige utenlandsturer. Samtidig er vennskapet konsentrert om deres felles hobby. De har ikke kontakt ut over vinklubben, bortsett fra vennskapet på Facebook som ikke i seg selv kan anses inhabiliserende. Likevel er de jevnlig møtene, samt årlige utenlandsturer forhold som strider med det man vanligvis ville forvente i denne konkrete situasjonen. Dette trekker dermed endelig i retning av at det foreligger "særegne forhold" mellom Grønn og Ås jf. fvl. § 6 (2) første pnkt.

Det foreligger "særegne forhold" mellom Grønn og Ås jf. fvl. § 6 (2) første pnkt.

Neste spørsmål er om det særegne forholdet mellom Grønn og Ås er "egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2) første pnkt.

Ordlyden av formuleringen tilsier at det ikke stilles krav til faktisk tillitsbrudd. Det er tilstrekkelig at dette forholdet er "egnet" til å svekke tilliten. Dette tilsier at vurderingen skal være objektiv, noe som støttes opp av Rt.1996 s.64, som handlet om habiliteten til et kommunestyremedlem som eide en tomt som grenset til et hotell som søkte om utvidet skjenketid. Tillitsargumentet, ved at forvaltningen aktivt skal jobbe for å ivareta offentlighetens tillit til forvaltningen, er blitt i stadig økende grad viktigere i norsk rett og EMD-praksis. Sistnevnte innebærer at det ikke er avgjørende for habilitetsspørsmålet om tjenestemannen faktisk opptrådte partisk eller usaklig i det konkrete tilfellet jf. SOM-2013-1263.

I vurderingen skal man "blant annet" vektlegge om avgjørelsen vil innebære "særlig fordel, tap eller ulempe" for tjenestemannen selv eller noen han har "nær" "personlig tilknytning" til.

I vår sak kan det vanskelig argumenteres for at sluttrapporten fra Grønn og Brun ville innebære en "særlig" "fordel" for Grønn selv eller Ås jf. lovtekstens bruk av "nær" "personlig tilknytning".

Bruken av "blant annet" i bestemmelsen, tydeliggjør at listen for de momenter som kan vektlegges ikke er ment å være uttømmende regulert.

Ås og Mo har et motsetningsforhold gjennom oppsigelsen og den etterfølgende varslingen til legemiddelverket. I juridisk teori er det enighet om at terskelen for inhabilitet på grunnlag av sosiale relasjoner er høy jf. *Bernt/Rasmussen* s.217 om "klart og nært vennskap" og "særlig eksponert motsetningsforhold". Relasjonen i vår sak er relativt avledet da den angivelige inhabile personen ikke har et direkte motsetningsforhold til avgjørelsens adressat. Det er med andre ord en tredjemann som aktualiserer det inhabiliserende forholdet, hvilket er relativt fjernt. Dette trekker i retning av at det særegne forholdet ikke er "egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2) 1 pnkt.

På den annen side, så er det fra to relativt nye saker inntatt i HR-2016-660-U og HR-2016-2311-P som begge gjaldt straffeutmåling, slått klart fast at flere inhabiliserende forhold ikke skal kunne kumuleres sammen. Unntaket fra denne regel er dersom de inhabiliserende forholdene "griper inn i eller har tilknytning til hverandre" jf. førstnevnte dom avsnitt 21. Denne rettssetningen er tolket slik at flere forhold kan kumuleres dersom de har en slik indre sammenheng at det er rimelig å kunne se de i sammen. I vår sak er de inhabiliserende forholdene såpass beslektet at det må sies å foreligge en indre sammenheng mellom dem at man samlet sett kan kumulere forholdene. Dette trekker i motsatt retning.

Sakens alvorlighet og avgjørelsens grad av inngripen er videre relevante momenter i habilitetsvurderingen jf. eksempelvis SOM-2013-1263. Desto mer inngripende saken er for parten, desto strengere praktiseres tillitsvilkåret. I vår sak er det tale om en sluttrapport som ikke i noen grad endrer apotekets rettsstilling. Dette trekker sterkt i retning av at det særegne forholdet ikke er "egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2).

Videre så ble sluttrapporten utført av to ansatte fra Legemiddelverket. Det faktum at det var to personer, og ikke Grønn alene, trekker sterkt i retning av at det særegne forholdet ikke "er egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2) 1 pnkt. OBS OBS OBS . DETTE ARGUMENTET KAN MULIGENS VÆRE I STRID MED HENSYNET BAK INHABILITETSBESTEMMELSEN OG SÆRLIG FVL. § 6 (2). ET AV HOVEDHENSYNE ER Å IVARETA OFFENTLIGHETENS TILLIT TIL FORVALTNINGEN JF. OGSÅ UTALLIG EMD-PRAKSIS OM DL. § 108. DERSOM MAN UKRITISK GIR DETTE ARGUMENTET VEKT, SÅ KAN MAN MULIGENS BRYTE MED DET GRUNNLEGGENDE HENSYNET OM AT DET ER TILSTREKKELIG AT DET INHABILISERENDE FORHOLDET ER "EGNET" OG IKKE FAKTISK MÅ HA PÅVIRKET AVGJØRELSEN. ARGUMENTET VILLE TROLIG PASSERT LETTERE OM DET VAR F.EKS. TALE OM FLERE ANSATTE ENN BARE TO. HELE DETTE AVSNITTET NEVNES SLIK AT DERE ER LITT KRITISK TIL DERES ARGUMENTER.

I vår sak har Mo reist inhabilitetsinnsigelsen. Forvaltningslovens § 6 (2) siste pnkt. fastslår at det skal "legges vekt på" om ugildhetsinnsigelsen er reist av en "part". Dette tilleggsvilkåret er etter sin ordlyd vagt, da det ikke sies *hvor* mye det skal vektlegges at en part reiser inhabilitetsinnsigelsen. *Bernt/Rasmussen* s.224 og *Graver* s.339 gir med videre henvisninger uttrykk for at dette tilleggsvilkåret vektlegges først i tvilstilfeller. I vår sak er det imidlertid på

det rene at det særegne forholdet ikke er "egnet til å svekke...." og dermed får dette momentet ikke noe nevneverdig betydning.

Samlet sett, så taler de beste grunner (effektivitetshensynet) her for at de særegne forholdene ikke er "egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2).

Det særegne forholdet mellom Grønn og Ås er ikke "egnet til å svekke tilliten til [Grønns] upartiskhet" jf. fvl. § 6 (2) første pkt.

Konklusjonen på problemstillingen er at Grønn ikke er inhabil.

### Spørsmål 3

Twistens parter er fortsatt Lilleby Apotek v/Are Mo mot Legemiddelverket. (KAN MULIGENS DROPPES NÅ SOM DET ER NEVNT UNDER SPM.1 OG 2. )

Problemstillingen er om det var en saksbehandlingsfeil at Mo ikke var tilstede under det siste tilsynsbesøket.

Det følger av fvl. § 17 (1) første pkt. at forvaltningsorganet skal påse at saken er "så godt opplyst som mulig" før vedtak treffes.

Spørsmålet blir om Legemiddelverket skulle sørget for at saken var "så godt opplyst som mulig" for Mo før de traff vedtak om advarsel jf. fvl. § 17 (1) første pkt.

Ordlyden av "så godt opplyst som mulig" er vag, men gir anvisning på at enhver sak skal utredes maksimalt. En slik forståelse som ordlyden gir uttrykk for kan imidlertid ikke opprettholdes av effektivitetshensyn. Forarbeidene gir ikke noe særlig bidrag til tolkningen av fvl. § 17 (1) første pkt., men slår fast at det hele beror på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering. I Rt.1981 s.745, som gjaldt en tvist om gyldigheten av et forkjøpsvedtak, så ble det fremhevet et prinsipp om at desto mer inngripende et vedtak er, desto strengere krav stilles til saksbehandlingen (direkte gjaldt dommen begrunnelsesplikten). Bestemmelsen bygger generelt sett på en avveining mellom effektivitets- og rettssikkerhetshensynet og skal leses som et krav om "forsvarlig avgjørelsesgrunnlag" jf. *Bernt/Rasmussen* s.250.

En advarsel, slik som apoteket har fått, er et relativt inngripende vedtak. Det medfører at dersom de stryker på ytterligere undersøkelser innen en viss tid, så kan apoteket risikere å miste muligheten til å selge reseptbelagte medikamenter (f.eks.). Saken kunne utvilsomt blitt bedre utredet om Mo var tilstede under befaringen. Dette trekker i retning av at Legemiddelverket skulle sørget for at saken var bedre opplyst før vedtak ble truffet jf. fvl. § 17 (1) 1 pkt.

På den annen side, så har advarselen ikke umiddelbare konsekvenser for driften slik som eksempelvis et pålegg om stenging etter apotekloven § 8-5 innebærer. Legemiddelverket var videre på apoteket to ganger, og den siste gangen var årsaken til Mos fravær at han prioriterte andre gjøremål. Hvis hans uteblivelse skal føre til utsettelse, vil konsekvensen være at parten kan trenere saken ved å melde forfall til varslede befaringer. Dette trekker sterkt i retning av at Legemiddelverket ikke kunne håndtert saken annerledes jf. fvl. § 17 (1) første pkt.

Mos tilstedeværelse ville **riktignok** kunne påvirke sakens opplysninger, noe som er et sentralt poeng ved anvendelsen av prinsippet i fvl. § 17 (1) første pkt., og som trekker i retning av at det var saksbehandlingsfeil. Det er **likevel** slik at vedtaket om advarsel ikke er avgjørende på noen som helst måte, slik at Mo kan imøtegå eventuelle avvik som konstateres under befaringen i ettertid. Dette trekker avgjørende i retning av at Legemiddelverket ikke kunne håndtert saken annerledes jf. fvl. § 17 (1) første pkt.

Legemiddelverket hadde her tilrettelagt for at saken var "så godt opplyst som mulig" for Mo før de traff vedtak om advarsel jf. fvl. § 17 (1) første pkt.

Konklusjonen på problemstillingen er at det ikke var en saksbehandlingsfeil at Mo ikke var tilstede under befaringen.

#### **Spørsmål 4**

Twistens parter er Apotekforeningen mot Legemiddelverket.

Problemstillingen er om Apotekforeningen kan påklage vedtaket.

Det følger av fvl. § 28 (1) første pkt. at et "Enkeltvedtak" kan påklages av en "part" eller annen med "rettslig klageinteresse".

Det er på det rene at avgjørelsen om advarsel i medhold av apotekl. § 8-4 er et enkeltvedtak jf. fvl. § 2 a) jf. b).

Videre er det også utvilsomt at Apotekforeningen ikke er "part" i saken, da vedtaket verken "retter seg mot" eller at saken "ellers direkte gjelder" dem jf. fvl. § 28 (1) første pkt. jf. § 2 e).

Spørsmålet blir om Apotekforeningen kan sies å ha "rettslig klageinteresse" jf. fvl. § 28 (1) første pkt.

Ordlyden av "rettslig klageinteresse" er vag, men tilsier at det må være en kvalifisert interesse. Denne ordlydsforståelsen støttes også av hensynet til forvaltningens effektivitet. Ot.prp. 38 (1964–65) s. 99 viser til at dette uttrykket kan leses som vilkåret "rettslig interesse" i tvml. § 54, i dag tvl. § 1-3 (2). Hovedpoenget er at den som kan prøve gyldigheten av et vedtak i medhold av tvl. § 1-3 (2), også bør få klageadgang hos forvaltningen jf. Geir Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer, 4.utg. 2011 s. 498. Dette er også i tråd med hensynet til forvaltningens ressursbruk da det vil være dyrere for forvaltningen å gå veien gjennom tvisteloven.

Langvarig og samstemt rettspraksis, herunder Rt.1980 s.569 (Alta-kjennelsen), Rt.1990 s.874 (Fusa-dommen) og Rt.2003 s.833 (SRØ-saken) **EN ER NOK**, viser at det er tre typer interessenter som faller inn under vilkåret "rettslig klageinteresse". Begrepet omfatter for det første den som er nær partsbegrepet, men som i første runde ikke kan godtgjøre en reell tilknytning til saken. Den andre er en sammenslutning av interessenter som blir personlig berørt, men som hver for seg ikke er tilstrekkelig som part. Den tredje er de juridiske personer som ikke blir personlig berørt, men som arbeider ideelt for å ivareta de aktuelle interessene.

I vår sak...? Skriv gjerne oppgaven selv som øvelse til eksamen.