

ADVOKATENES FAGDAGER 19. MAI 2020

Domstolenes gyldighetskontroll av forvaltningsvedtak - har domstolene utviklet en ny lære om begrenset prøvning og hva følger i så fall av dette?

Disposisjon

1. INNLEDNING

1.1 Tema og problemstillinger

- Å prøve forvaltningsvedtak er ofte en risikosport – **Lysark**
- På 90-tallet ble det avklart at forvaltningens *frie skjønn* kanskje ikke var så fritt som mange trodde
- På to områder hadde dog domstolene oppstilt en viss begrenset prøvelse - (i) Swingball-doktrinen fastsatt i Rt 1975 s. 603 og (ii) prøvningen av forvaltningens prognoser om fremtiden
- De siste tyve årene er det avklart at domstolens prøvningsadgang er utvidet, men samtidig har Swingball-doktrinen ekspandert kraftig
- Er prøvningsadgangen totalt sett blitt mer begrenset?
- Eller har vi fått en ny modell som er mer pragmatisk, men mer uforutsigbar?
- Hvordan kan man eventuelt best forsøke å unngå å bli truffet av Swingball prinsippet der man prøver et forvaltningsvedtak rettslig?
- Hva med prøvningen av forvaltningens prognoser
- Etter innholdet av dette kurset ble bestemt, har vi fått nye viktige dommer, og til dels avklaring
 - Hyttedommen
 - Asyldommen
 - Statens nye tese – Nettbilsaken

1.2 Et ytterligere problem – hvordan best angripe et vedtak

- Går man gjennom rettspraksis ser man at svært mange gyldighetssøksmål vedrørende forvaltningsvedtak følger den samme *liturgi* - LYSARK
- Liturgi (gresk) av *leitōs* (offentlig) og *ergo* (å gjøre)
- Det følges et mønster fra mange av advokatenes side som i mange tilfeller muligens ikke er gunstig
- Haglemetoden
 - Man skyter med hagl i alle retninger og håper at noe faller ned (vedtaket)
 - Vil ofte virke mot sin hensikt – gullkornene forsvinner mellom mengden av hagl
- Haglemetoden har svært ofte følgende liturgi – det påstås ugyldig vedtak pga
 - Manglende lovhjemmel
 - Feil rettsanvendelse
 - Uriktig skjønnsutøvelse
 - Feil faktum
 - Feil saksbehandling
 - Myndighetsmisbruk
 - I strid med EMK, EØS og Grunnloven
- Klare svakheter med en slik fremgangsmåte
- Hvorfor har den oppstått?
- Kan man ved å endret liturgien øke sjansene for at et forvaltningsvedtak overprøves?
 - Mer fokus & bevege seg vekk fra de områder som domstolene ikke kan overprøve
- Liturgi, logiske fremstillinger og argumentasjonsmønstre utgjør ikke rettslig bindende mønstre

1.3 Avgrensning

- Avgrenser (til dels) mot EMK og EØS-rettens føringer for norsk forvaltningsrett
- Grunnloven
- Viktig, men vil sprengne rammene for temaet

1.4 Opplegget

- Gjeldende rett – hva kan domstolene prøve av et forvaltningsvedtak
- To nye viktige utviklingstrekk – Swingballdoktrinen og prøvning av prognoser – hva betyr disse for prøvningsadgangen
 - Har vi nå fått en ny lære om begrenset prøvning?
- Hvordan optimalisere sjansene for at domstolene prøver et forvaltningsvedtak (og finner dette ugyldig)
- Oppsummering

2. GJELDENDE RETT – HVA KAN DOMSTOLENE PRØVE AV ET FORVALTNINGSVEDTAK

2.1 Innledning

- En sentral og vanskelig problemstilling innen forvaltningsretten: Hva kan domstolene prøve av et forvaltningsvedtak?
 - Skjønnsmessige vurderinger – kan de prøves av domstolene?
 - Ingen enkel materie
 - Et grundig arbeide (doktorgrad) – Olav Haugen Moen "Forvaltningssskjønn og domstolskontroll"
 - Lysark

2.2 Hva domstolene alltid prøver

- Dette er viktig og "overses" muligens av advokatene
- Delvis overlappende vurderingstemaer går igjen, og det kan være gunstig å velge en bestemt angrepsvinkel
- Saksbehandlingen, jfr. forvaltningsloven
- Ulovfestede krav til saksbehandlingen

- Skjerpede krav til begrunnelsen
 - Fvl § 25
- Rt 1981 s. 745 Isene
 - En bonde, Isene, hadde i flere år leid tilleggsjord for i det hele tatt ha eksistensgrunnlag
 - Han fikk så kjøpe eiendommen
 - Fylkeslandbruksstyret besluttet å utøve forkjøpsrett. Stadfestet av departementet
 - Isene og sønn mistet sin levevei
 - **LYSARK**
- Et krav til forholdsmessighet og/eller krav til skjønnet, jfr Graver? Eller utvidet krav til begrunnelsen?
 - Eller litt begge deler
- Rt 2000 s 1056 (Gausi)
 - Bruk av statens forkjøpsrett ved kjøp av landbruks/skogbrukseiendom
 - **LYSARK**
- Rt 1995 s 738 (Fett & Lim)
- Sakens faktum
 - Mulige unntak - prognoser
- Lovtolkning
- Hva med subsumsjonen?
- Myndighetsmisbruk
- Prøvning av skjønnsutøvelsen
 - Er alle relevante forhold vektlagt?
 - Er skjønnet tilstrekkelig bredt?
 - En tilblivelseskontroll:
 - Er korrekte skjønnsforutsetninger lagt til grunn?

- Er de relevante, objektive fakta vurdert?
- Stemmer forvaltningens kart med terrenget?

2.3 Hva domstolene ikke prøver

- Lovbundet vs. diskresjonær kompetanse
- Strengt lovbunden kompetanse: "hvis x, så y"
 - Full prøvelse – er vedtaket i samsvar med hjemmelsgrunnlaget
 - Bare rom for en riktig løsning
- Diskresjonær kompetanse – fullmaktslovgivning
- Poenget med å gi forvaltningen fullmakter er at den skal foreta egne faglige, politiske, økonomiske og etiske vurderinger
- Det vanskelige tema = forvaltningens skjønn og domstolskontrollen
- Kan domstolene overprøve forvaltningens skjønn?
 - Både nei og ja
- Det vanskelige begrep: *Forvaltningens frie skjønn*
- Pedagogisk sett foreligger det tre typer skjønn – som alle er en del av det *frie skjønn* - men som er underkastet ulike rettslige løsninger
 - Det skal ikke være lett
- Det minst problematiske = *Om-skjønn*
 - Om forvaltningen skal treffe vedtak eller ikke
 - Forvaltningen vil i mange tilfeller ha frihet til å bestemme *om* de skal treffe vedtak eller ikke, eller *om* de skal utøve myndighet eller ikke
 - Dette er en diskresjonær hensiktsmessighetskompetanse som domstolene ikke kan overprøve
 - Spørsmålet er derfor bare om loven pålegger forvaltningen å bruke kompetansen (lovbundet

kompetanse) eller om forvaltningen står fritt til å bestemme om de vil bruke denne eller ikke

- Sistnevnte tilfelle kan ikke overprøves av domstolene
 - Ukontroversielt og lite problematisk
 - Klimasøksmål
- Den relevante sondringen er således mellom de såkalte "kan"-skjønn og de såkalte "subsumsjonsskjønn" (lovanvendelsesskjønn)
 - Komplisert nok i seg selv
 - Dette forsterkes ytterligere ved at teorien er uenig om man 1) kan oppdele på denne måten, 2) begrepsbruken og 3) innholdet innenfor kategoriene
 - Ikke rart man blir forvirret
 - Andenæs, Forvaltningskomiteen og Boe bruker dette skillet
 - Eckhoff og Frihagen går delvis imot, men bruker det indirekte
 - Innjord og Graver kritisk til begrepsbruken
 - Moen – bruker skillet
 - Jervell-metoden: La oss se hva Høyesterett gjør?
 - Rt 2009 s 1153 (Gjenforeningsdommen)
 - Avslag på vedtak om familiegjenforening
 - Mor ba om gjenforening for to barn på 11 og 13
 - Hun fikk avslag fordi hun hadde giftet seg med en mann som for 8 år siden var dømt for seksuelle overgrep mot barn
 - Utl § 9 annet ledd: Familiegjenforening **kan** nektes hvis det er sannsynlig at søkeren eller dennes barn vil bli mishandlet

- Utlendingsmyndighetene la til grunn at det var spm om en potensiell risiko
- Lagmannsretten fant vedtaket ugyldig: Bygget på at det måtte foreligge sannsynlighetsovervekt for overgrep
- Lovtolkningspm: Sannsynlighetsovervekt eller kun krav til mulig risiko
- HR – om "kan" skjønnet – premiss 23 – LYSARK

"Høyesterett kan prøve bevisvurderingen og rettsanvendelsen for så vidt gjelder om vilkårene for nektelse etter § 9 annet ledd er til stede. Dersom de er det, hører det under utlendingsmyndighetene å vurdere om oppholdstillatelse bør innvilges eller nektes. Dette «kan-skjønnet» kan domstolene i utgangspunktet ikke overprøve".

- Ordlyden pekte på "sannsynlig"
 - Forarbeidene uklare
 - HR bygget på ordlyden – krav om sannsynlighetsovervekt – statens anke forkastet
- Hvis Høyesterett bruker kategorien "kan"-skjønn, så kan andre også gjøre det
 - Pedagogisk gunstig fordi reglene om fritt skjønn er annerledes for "kan-skjønn" og "subsumsjonsskjønn"
 - Kan skjønnet = "hvis x, så kan forvaltningen treffe vedtak x,y,z"
 - Forvaltningen står fritt til å bestemme om rettsfølgen skal utløses og ofte også innholdet av denne
 - Hovedregel: Domstolene kan ikke overprøve "kan"-skjønnet
 - Mulige unntak (Rt 1962 s 571, Rt 2007 s 234 og Rt 2012 s 519)
 - En klar hovedregel

- Subsumsjonsskjønnet (lovanvendelsesskjønnet)
 - Det er alltid domstolenes oppgave å fastlegge innholdet av lover og forskrifter
 - Men lovens ord kan være så vage og skjønnspregede at vurderingen av om fakta i den enkelte sak dekkes av bestemmelsen (subsumsjonen) hører under forvaltningens skjønn
 - Eksempler:
 - Rt 1934 s 330 (Solemskogen) – forvaltningen kunne forby grisehold i "villamessige bebygde" strøk
 - Rt 1988 s 604 (Krigspensjon) – hva/hvem er en "yngre person"
 - Rt 1912 s 187 (Bryggeri) – "under et visst kvantum"
 - Artig sak
 - Kommunene kunne forby salg av øl direkte fra bryggeri til forbruker hvis det var av et visst kvantum
 - Rimelig, urimelig, uskikket, utilbørlig, særlige hensyn, samfunnsmessige grunner o.l.
- Stor debatt i teorien om hva hovedregelen bør være og staten har presset på for at hovedregelen er fritt skjønn
- Jervells metode: La oss se på Høyesteretts praksis
- Det avgjørende og klargjørende prejudikat:
 - **Rt 1995 s 1427** (Naturfredningsdommen)
 - Fredning av to vann
 - "Spesiell naturtype" og "skiller seg ut ved sin egenart"
 - Kunne domstolene overprøve subsumsjonen?
 - **Lysark**

- Fulgt opp av Rt 2003 s 662 og Rt 2007 s 257
- Se også HR-2017-1258-A
- **Lysark**
- **Hovedregelen klar:** Domstolene kan prøve forvaltningens subsumsjon – unntak fra dette krever særskilt begrunnelse
- Ergo: *Kan-skjønn* kan som hovedregel ikke overprøves, mens *subsumsjonsskjønn* kan som hovedregel overprøves
- Ikke helt enkelt...
- I hvilke situasjoner kan subsumsjonsskjønn ikke overprøves?
 - Lovteksten kan vise dette, jfr Rt 1999 s 748 (Departementet kunne "avgjøre")
 - Også dersom departementet "finner", "anser" o.l.
 - Dog vanskelige grenser – se Rt 2005 s 117 Elvebåt
 - Meget prinsipielt
 - To fartøy innført fra Sverige til Norge for reparasjon og ferdigstilling
 - Avgiftsfritak
 - Ble ikke ført ut igjen
 - To år senere solgt til en godtroende tredjemann
 - Tolloven § 37 (**LYSARK**)
 - Ordlyd og forarbeider vs grunnleggende rettsikkerhetshensyn
 - Hva tror dere?
 - Utpreget faglig karakter (Rt 2007 s 1573 Krekar)
 - **LYSARK**
 - Graden av skjønn
 - Er vurderingstemaet teknisk/politisk/økonomisk
 - Prognoser

- Hva faller naturlig for domstolene å prøve
- Noe vanskelig å forutsi hva som er fritt subsumsjonsskjønn og hva som ikke er det, men hovedregelen er uansett klar
- Oppsummert
 - LYSARK om prøvningsretten

3. TO "NYE" UTVIKLINGSTREKK - HAR VI FÅTT EN NY LÆRE OM BEGRENSET PRØVNING?

3.1 Swingballdoktrinen

- I Rt 1975 s 603 (Swingball) innførte Høyesterett et prinsipp om tilbakeholdenhet av overprøvelsen av Patentstyrets vedtak
- **LYSARK**
- Dette var lenge sett på som et særprinsipp innen spesielt tekniske disipliner, dvs typisk patentretten o.l.
- Det dreier seg om tilbakeholdenhet i hvor langt/dypt domstolen velger å gå i prøvelsen
- Prøvelsesintensitet
- Begrunnelser for dette:
 - Forvaltningen bedre faktiske forutsetninger
 - Legitimitet
- I ettertid og særlig de siste tyve år har dette prinsippet blitt utvidet i betydelig grad

3.2 Utvidelsen av denne doktrinen

- Sakte, men sikkert har denne doktrinen blitt utvidet til stadig nye områder, og også innenfor en større del av forvaltningens myndighetsutøvelse
- Innenfor patent ble Swingball fulgt opp i Rt 2008 s. 1555 Biomar:
 - Full prøvningsadgang, men et faglig skjønn
 - Premiss 38: " Skjønnets fagtekniske karakter tilsier likevel at domstolene viser tilbakeholdenhet ved den rettslige prøvingen"

- Intet problem
- Innen andre felt har Swingballdoktrinen nærmest umerkelig sklidd inn felt for felt:
 - Miljøretten
 - Utlendingsretten
 - Trygderetten
 - Konkurranseretten
 - Skatter
- Rt 1991 s 586 (Sur place) - LYSARK
 - Ingen henvisning til Swingball
- Rt 1995 s. 1427 (Naturfredningsdommen):

"Det tilføyes at jeg også er enig med lagmannsretten i at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak"
- Rt 2004 s. 1092 (Reinbeite) – LYSARK
- Rt 2005 s 1461
- Rt 2007 s. 1815 (premiss 39)
 - Medisinsk faglige vurderinger
 - Etterfulgt av en lang rekke dommer innen området
- Rt 2009 s. 354 (Kvinherad) :

"Domstolene må vise betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve planmyndighetenes faglige vurdering av når tiltak medfører at reguleringsplan er nødvendig etter plan- og bygningsloven § 23 nr. 1"
- Rt 2014 s. 402 (Admiraldommen)

3.3 Sementering av doktrinen?

- Rt 2015 s 1388 (Plenumsdommen)
- EN meget viktig dom – avklarer prøvningsretten, men henviser til en varsomhetsdoktrine

- Afghansk familie med barn på to og seks år fikk i 2013 avslag på asylsøknad
- Familien hadde krav på vern etter utl § 28 første ledd b), men avslaget begrunnet med at de kunne henvises til såkalt internflukt i annet område i Afghanistan, jfr utl § 28 femte ledd:

UNEs vedtak

Familien (to barn) var i utg.pkt. beskyttet mot retur til hjemstedet i Afganistan etter utl. § 28 (1) litra b), men internflukt til Kabul var trygt, tilgjengelig og ikke

Tingretten

UNEs vedtak var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil da UNEs vurdering av barnets beste ble ansett mangelfull.

Lagmannsretten

LR forkastet statens anke. UNEs vedtak var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil. LR la til grunn at barnets situasjon i Norge var relevant i internfluktvurderingen.

**HR (i avdeling) 19. – 20.
august 2015**

Overførte saken til
plenumsbehandling etter
å ha hørt saken over to
dager.

- Hva skjedde i Plenum?
- Omfattende og grundig behandling
- Lang rekke rettslige grunnlag prøvet (og sprikende oppfatninger i HR)
- Det interessante her er
 - Var internflukt urimelig og kan domstolene prøve dette
 - Fritt skjønn?
 - Et flertall på 10 av 19 kom til at hvorvidt internflukt er rimelig kan prøves av domstolene **LYSARK**
 - Lov å synes dette er vanskelig
 - Dommer Bergsjø for flertallet: Urimelighets-skjønnen kan prøves, men man bør utvise varsomhet
 - En grundig drøftelse av prøvningsretten
 - Viser til at det var lovbestemte vilkår, og at disse kan prøves
 - Hovedregelen
 - Rettsanvendelsesskjønn
 - Ingen begrensninger basert på en tolkning av kompetansegrunnlaget
 - Viser til lovens ordlyd og sammenheng
 - Beskyttelse

- Rettigheter
- En rettslig og ikke faglig standard
- I den konkrete prøvelsen kom HR enstemmig til at det ikke var urimelig
- Ser man her et anslag av mer (strengere) domstolskontroll, men med varsomhetsbegrensning?
- Sirkelen slutes med plenumsdommen i Rt 2015 s 1388
 - Full prøvelse, men utvise tilbakeholdenhet
 - LYSARK
- Hva slags tilbakeholdenhet snakker man om?

3.4 Områdene utvides – Telenordommen

- Telenordommen (LG 2019-137886-2)
- Problemstilling:
 - Hadde Telenor utilbørlig utnyttet en dominerende stilling i markedet i strid med krrl § 11 ved å endre prisene for Network Norways gjesting i Telenors mobilnett slik at Network Norway fikk svekket insentiv til å bygge ut eget mobilnett?
- Overtredelsesgeby på 788 MNOK
- Overtredelsesgebyr opprettholdt – anke til HR nektet fremmet
- For lagmannsretten – spørsmålet om Telenor hadde dominerende stilling i markedet
- Full prøvning eller ikke?
- Telenor:
 - Domstolen bør ikke utvise tilbakeholdenhet – Swingballprinsippet passer ikke
 - Ikke teknisk spesialkompetanse, men kunnskap om markedet
 - Markedet belyst av de sakkyndige erklæringene
- Staten:

- Lagmannsretten må følge Høyesteretts praksis i relasjon til fagkyndige vurderinger - og ev domstolenes prøvning innenfor EU og EØS
- Lagmannsretten – LYSARK
- Bekymringsfullt?

3.5 Hyttedommen

- Gir den omtalte "Hyttedommen" avklaring?
- HR-2022-718-A
- Lovens krav – LYSARK
- Politisk karakter
- Vurdering – går denne dommen lengre eller kortere enn tidligere? Eller er det en avklaring?

3.6 Den siste varianten

- Nettbilsaken
- LG-2021-119638
- Ikke rettskraftig – påanket til HR (avventer avgjørelse fra Ankeutvalget)
- Statens anførsel: Rettsanvendelsesfeil at Gulating ikke utviste varsomhet

3.7 Oppsummert Swingballdoktrinen

3.8 Prognosedoktrinen

- Begrenset prøvelse av forvaltningens prognoser om fremtiden?
- Ved prøvingen av forvaltningsskjønn har det i rettspraksis vært lagt til grunn at i den utstrekning forvaltningsvedtaket bygger på prognoser over fremtidig utvikling, vil domstolsprøvingen være begrenset til om prognosene var forsvarlige på det tidspunkt forvaltningsvedtaket ble fattet
- Den grunnleggende avgjørelsen om dette er Rt-1982-241 Alta på side 266

- Rt 2012 s. 1985 premiss 75
- Annerledes i Fosen-dommen (storkammen) – HR-2021-1975-S LYSARK
- Avklaring i helt ny asylsøknad - HR-2022-925-A
 - Statens anførsel:

"Domstolene har i utgangspunktet full prøvingsrett, men ved prøvingen av en prognose eller en fremtidsrettet vurdering kan det ikke opereres med beviskrav som bygger på en premiss om at en faktisk påstand er sann eller uriktig. Prøvingen må begrenses til om prognosen på vedtakstidspunktet var forsvarlig"
 - Høyesterett – Lysark
- Betydelig avklaring
- Men kan forskjellen egentlig begrunnes?

3.9 Hvor står man

4. HVORDAN OPTIMALISERE SJANSENE FOR AT DOMSTOLENE PRØVER ET FORVALTNINGSVEDTAK (OG FINNER DETTE UGYLDIG)

4.1 Utgangspunkt

- Det er svært vanskelig å få underkjent et forvaltningsvedtak i domstolene
- Årsakene
- Sivilombudsmannen kan være et godt og billig alternativ til domstolene
- Problemstilling her: Hvordan øke sjansene for at domstolene prøver et forvaltningsvedtak – og finner dette ugyldig
 - Hvordan best angripe et forvaltningsvedtak

4.2 Hvordan man ikke bør angripe et forvaltningsvedtak

- Haglemetoden er sjeldent å anbefale
- Hvorfor?
- Et eksempel:
 - Rt 2012 s 18 Kistefosdommen
 - Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak fra fylkeslandbruksstyre om å nekte konsesjon til erverv av to skogteiger
 - Kistefos kjøpte to skogteiger i Nordre Land på ca 2000 dekar i 2006 for 1,8 MNOK
 - Kistefos, et selskap fra 1889. Stor skogeier i Nordre Land – 135 000 dekar skog
 - Kistefos påtok seg konsesjonsrisikoen
 - Ved Kistefos tidlige kjøp av skog i 2000 fant Landbruksdepartementet at Kistefos drev samfunnsgavnlig virksomhet og var skikket til skogsdrift – fikk ytterligere konsesjoner
 - Nordre Land kommune avslo konsesjonssøknaden i 2006
 - Fylkeslandbruksstyret i Oppland opprettholdt avslaget
 - Fylkeslandbruksstyret fant at Kistefos var egnet og at prisen var ok, men la bl.a. vekt på at skogteigene ikke grenset til skog Kistefos eide fra før
 - Vektlagt at man ønsket at fysiske personer skulle eie skog og selv bebo og drive eiendommen, og selv om selskaper kunne få konsesjon var det en unntaksregel i særlige tilfeller
 - Kistefos ville ikke sørge for de mest gagnlige eier- og bruksforhold

- Kistefos tok ut stevning – tapte i tingrett og lagmannsrett
- Vektlagt at andre bruk muligens ønsket tilleggsareal
- Vektlagt at man ønsket at fysiske personer skulle eie skog og selv bebo og drive eiendommen, og selv om selskaper kunne få konsesjon var det en unntaksregel i særlige tilfeller
- Kistefos ville ikke sørge for de mest gagnlige eier- og bruksforhold
- Kistefos tok ut stevning – tapte i tingrett og lagmannsrett
- For Høyesterett anførte Kistefos (i) at man hadde rettskrav på å få konsesjon etter loven hvis innvilgelsen ivaretok de hensyn konsesjonsloven § 9 nevner
- Rettskrav?
- Høyesterett: Domstolene kan overprøve den generelle tolkningen av § 9, men ikke den konkrete rettsanvendelsen i form av den skjønnsutøvelse som er foretatt (jfr Rt 2000 s 1056)
- Det følger intet rettskrav av § 9
- Kistefos anførte (ii) at man kunne ikke nekte konsesjon der alternativene til å gi kjøper konsesjon ikke var reelle – at andre interessenter har utvist en uforpliktende interesse er ikke tilstrekkelig
- Rettsgrunnlag = alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper
- Høyesterett enig dette som et prinsipp, men intet krav om at alternativet måtte være klarlagt i alle detaljer – man trenger ikke ha gjort en nærmest full konsesjonsbehandling av alternativet

- Kistefos anførte (iii) at det var feil lovanvendelse å vektlegge at man var et aksjeselskap
- Høyesterett var for så vidt enig i dette for skogeiendommer, men fant at dette uansett bare var et av flere momenter i en totalvurdering i vedtaket
- Kistefos anførte (iv) at det forelå feil faktum fordi det var lagt til grunn at å gi konsesjon til noen andre var bedre drifts- og bosettingsmessig
- Høyesterett: Eierstruktur = et verdispørsmål som lovgiver har foretatt og ikke noe domstolene kan overprøve
- Hva som er ønsket nærings- og eierstruktur kan ikke fullt ut overprøves av domstolene
- Kistefos at anførte videre (v) at det forelå saksbehandlingsfeil:
 - Mangelfull utredning av alternativer
 - Mangelfull begrunnelse etter fvl § 25
 - Høyesterett = intet krav om grundig utredning av mulige alternativer
 - Begrunnelsen = tilfredsstillende
 - Endelig anførte Kistefos at det forelå myndighetsmisbruk
 - Høyesterett avfeide dette – Landbruksstyret hadde utøvd et forsvarlig skjønn uten at vesentlige momenter var oversett
 - Tilleggsspørsmål om EMK protokoll 1 artikkel 1
 - Essensen: Mer et spørsmål om politikk enn juss?
- En klassisk forvaltningsrettssak i sin oppbygning, struktur, argumentasjon og liturgi

- Kunne det vært gjort annerledes – og med et mulig bedre resultat?
- Etter min mening ble saken angrepet på en feil måte fra et strategisk ståsted
- Man har et vedtak og man angriper absolutt alle sider av dette
- Fokus flyttes fra vedtakets virkelige svakheter til hva domstolene ikke kan prøve og den politiske dimensjonen
- Kommer tilbake til mulige andre angrepsvinkler
- Mer overordnet:
 - Man vet at visse former for rettslige anførsler – visse ugyldighetsgrunner sjeldent når frem hos domstolene:
 - Myndighetsmisbruk
 - Jeg kommer tilbake til dette, men – vet noen hvor lenge siden det er Høyesterett satt til side et vedtak som grovt urimelig?
 - 48 år siden
 - Prøvelser underlagt det frie skjønn
 - Og det nye - tilbakeholdenhet
- Ergo bør man prøve andre metoder
- Realiteten er at de ulike ugyldighetsgrunner (feil) griper inn i hverandre i betydelige grad
- Man kan derfor bruke de samme argumentene under ulike ugyldighetsgrunner, og dermed velge de man har best sjanse å nå frem
- **LYSARK**

4.3 En annen metode

- Jurister og advokater er opplært i juridisk metode og argumentasjon
- Man tar derfor (ofte) og starter med jussen og presser faktum og historien inn i en juridisk kontekst (og liturgi)
- Man kan derfor overse at det essensielle i hver sak er faktum og den underliggende historien
- *A true story well told*
- En mekanisk, liturgisk angrepsvinkel for faktum presses inn i en juridiske fold vil ofte fungere dårlig
- Svært ofte – også i domstolene – er det historier som vinner og ikke jussen
- Høyesterettsdommer Skattebøl **LYSARK**: Høyesterett har aldri latt seg tvinge av en lov til å avsi en dom som den fant urettferdig
- En kjerne av sannhet
- Et eksempel:
 - Rt 2011 s. 304 (Frøholmdommen)
 - Gyldigheten av et vedtak fra fylkeslandbruksstyret om å avslå søknad om konsesjon til erverv av en landbrukseiendom i et tilfelle hvor konsesjonsplikt var blitt pålagt på grunn av mislighold av lovbestemt boplikt
 - Hvor langt strekker boplikten seg?
 - Faktum: Familien Frøholm hadde arvet et lite småbruk på 159 dekar. De bodde i Stryn sentrum der de drev bokhandel - 20 km fra gården
 - Slektsgård

- De hadde sykdom i familien, derunder et handicapet barn
 - Inntektene fra gården var helt marginale
 - Ingen drift på gården siden 1988
 - Våningshuset var ikke isolert
 - Huset hadde ikke bad
 - Kunne ikke drikke vannet i huset pga bakterieinnholdet
 - I det hele tatt en trist historie som lokker frem sympati
- Frøholm ble pålagt å søke om konsesjon etter han droppet å flytte til gården
 - Han søkte konsesjon med fritak for boplikt
 - Fylkeslandbruksstyret kom til at eiendommen hadde boplikt fordi den hadde tilstrekkelige ressurser til drift
 - Frøholm tok ut stevning og tapte i tingrett og lagmannsrett
 - Etter odelsloven § 2, slik den lød på vedtakstidspunktet, måtte eiendommen kunne "nyttast til landbruksdrift"
 - For Høyesterett var det avklart mellom partene at eiendommen kunne gi et driftsoverskudd på kr 15.000 til 20.000 i året
 - Staten mente dette var tilstrekkelig
 - Høyesterett: Driften må kunne gi tilskudd av betydning for en families underhold
 - Høyesterett kom til at kr 15.000 til 20.000 var tilstrekkelig – selv om dette var på grensen

- Høyesterett fant videre at det ikke forelå noe brudd på EMK
- Frøholm hevdet videre at et vedtak kan kjennes ugyldig dersom det ikke tilfredsstillt krav til forholdsmessighet, og dessuten skulle Frøholms boplikt vært vurdert opp mot hensynene i dagjeldende odelsloven § 27 a
- Så til det interessante – hvor man ser at Frøholms historie slår til
- Høyesterett spør: Kunne vedtaket være ugyldig etter alminnelig norsk forvaltningsrett?
- Man peker på at Frøholm søkte om konsesjon etter de alminnelige konsesjonsvilkårene i konsesjonsloven § 9 første ledd
- Han mente jo at ettersom bruket var så lite så tilfredsstilte det ikke kravene til odlingsjord
- Poenget var dog at fritak fra boplikt reguleres i dagjeldende odelsloven § 27 a som myndighetene ikke hadde vurdert direkte og som først ble anført før Høyesterett
- Her fant Høyesterett plass for den reelle historien
- Høyesterett går gjennom alle vilkårene
- Vedtaket kjent ugyldig fordi landbruksmyndighetene ikke hadde hensyntatt alle skjønnskriterier som skulle vurderes – ikke nok å bare se på konsesjonsloven
- Dog var en del av momentene faktisk nevnt i vedtaket
- Dissens 3-2
- Fabelaktig dom!

- Frøholmdommen viser noe mer enn den rene (spenstige) juss
- Historiefortelling og juridisk kreativitet
- Også andre dommer fra Høyesterett viser at det er grenser
- Rt 2009 s 851 (Skilt indisk kvinne) og Elvebåtdommen

4.4 Hva bør man satse på

- Intet fasitsvar, men feil i faktum, saksbehandlingsfeil og uriktig skjønnsutøvelse vil ofte være lettere å nå frem med enn lovanvendelse og myndighetsmisbruk
- Ugyldighetsgrunnene henger jo ganske tett sammen – de samme argumentene kan tilpasses under ulike etiketter
- Sveaas-saken – kunne den vært prosedert annerledes?
 - Hva er den reelle underliggende historien i Sveaas-saken?
 - Helt umulig å komme vekk fra at Sveaas og hans selskap Kistefos var usedvanlig godt egnet til å drive skog
 - Ble godkjent av departementet med honnør seks år før det siste kjøpet
 - Om man bebor eiendommen må være irrelevant – eiendommen hadde jo ikke bolig – det var ren skog
 - Feil å vektlegge at man var AS
 - Kan man virkelig nekte å gi en kjøper konsesjon fordi det potensielt kan være andre, mulige alternativer som er bedre
 - Se Isene

- Konesjonsnektelsen skjedde ikke fordi Kistefos ikke var egnet eller andre var bedre, men fordi Kistefos var en så stor aktør
- Kunne man skrudd sammen en bedre historie og en bedre sak ved å gå for uriktig skjønnsutøvelse ved feilaktig vektlegging av hensyn samt for mye vekt på irrelevante hensyn?

4.5 Særlig om det skjerpede krav til begrunnelse

- Ref tidligere vedr HR lære om krav til skjerpet begrunnelse
- Gjelder bare ved "inngripende vedtak"
- Står man ovenfor et inngripende vedtak – så vurder dette
- Argumenter med at vedtaket er inngripende

4.6 Situasjonen der man må innom subsumsjonsskjønnet eller der prøvningen skal være varsom

- I en rekke tilfeller vil man ikke klare å vri seg unna subsumsjonsskjønnet eller man er innenfor Swinballdoktrinen – hva da?
- Hva kan man gjøre?
- Anekdote fra Høyesterett
- En betydelig kjerne av sannhet
- Bevisføring og anførsler kan begrense subsumsjonen radikalt
- Hva der man står ovenfor tilbakeholdenhetsprinsippet – hva kan man kontre med?
- I realiteten står domstolene fritt, men man må hjelpe dem på veien
- Erfaringene fra Nettbilsaken

- Intet nytt eller radikalt i dette – selv om teorien ikke uttaler dette direkte

5. OPPSUMMERING