



UNIVERSITETET I OSLO

KANDIDAT

XXXXXX

PRØVE

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett

Emnekode	JUS2211
Vurderingsform	Individuell skriftlig prøve
Starttid	19.12.2024 08:00
Sluttid	19.12.2024 14:00
Sensurfrist	13.01.2025 22:59
PDF opprettet	16.01.2025 22:13

Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
---------	--------	-------------



Informasjon om oppgavesettet

Informasjon eller ressurser

Seksjon 2

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
1	Svar til del I	Langsvar
2	Svar til del II	Langsvar

Del I

Knut var godt etablert i forstaden, med tre barn, hund og stasjonsvogn. Han var i full jobb som arkitekt og i tillegg trener for sønnens fotballag. Han befant seg i det berømte «hamsterhjulet», og den siste tiden opplevde han å løpe stadig fortere. Dette skyldtes særlig hans 87 år gamle mor, Bodil, som bodde i en sokkelleilighet i samme hus.

Bodil hadde blitt nokså skrøpelig, og trengte hjelp til både stell og matlaging. Selv om hun fikk besøk av hjemmesykepleier én gang daglig, var dette ikke tilstrekkelig for å dekke hennes behov for hjelp. Bodil banket stadig i taket med stokken sin, og Knut måtte til pers både titt og ofte. Hun hadde også begynt å banke på nattestid, da hun trengte hjelp til å komme seg på toalettet. Knut så seg derfor nødt til å trappe ned til en 80 % stilling på jobben for å kunne gi moren den omsorg hun fortjente.

Omsorgsoppgavene gikk ut over både jobben og ekteskapet. Knut diskuterte situasjonen med sin mor, og de ble enige om å søke sykehjemsplass for å få dekket behovet for hjelp. Nå som venninnene Bitten og Wenche hadde flyttet på sykehjem, hadde hun ikke lenger noen å drikke kaffe med på den lokale cafeen. Ettersom hun var blitt dårlig til bens, kunne hun heller ikke gå turer i skogen som lå like ved. Hun mente derfor at hun ville ha det bedre på sykehjem, hvor hun kunne tilbringe tid med andre beboere i et sosialt fellesskap.

Kommunen avslo søknaden, med henvisning til at hun ikke oppfylte vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl) § 2-1 e første ledd. Avslaget ble gitt uten nærmere kontakt med Bodil og Knut. I vedtaket ble det vist til at Bodil ikke var tilstrekkelig hjelpetrengende, og at kommunen heller ikke hadde økonomi til å tilby henne plass på sykehjem. I det samme vedtaket tilbød kommunen henne mer hjemmehjelp med to besøk daglig for å dekke hennes behov for helsehjelp etter pbrl. § 2-1 andre ledd og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1.

Bodils situasjon forverret seg betydelig utover vinteren. Hun hadde et stygt fall som resulterte i lårhalsbrudd, og var stort sett sengeliggende. Toalettbesøk var vanskelig, men Knut fikk lånt en toalettstol som kunne plasseres ved siden av sengen hennes. Bodil savnet dagslys, men ettersom sokkelleiligheten lå i kjelleretasjen med en bratt og isete trapp, var det en umulig oppgave å få henne med ut.

Den normalt livsglade Bodil syntes tilværelsen var tung, og hun strevde med både søvn og matinntak. Det var vanskelig for Knut å se moren slik. I tillegg fikk han jevnlige påminnelser fra sin kone om at han også måtte ivareta rollen som ektemann og far. Knut opplevde den totale omsorgsbyrden som stadig mer uholdbar, og bestemte seg for å påklage kommunens avslag til statsforvalteren, jf. pbrl. § 7-2 og fvl. § 28. Han vurderte å innhente fullmakt fra sin mor, men falt ned på at dette ikke var nødvendig.

Selv om det hadde gått mer enn fire uker fra de mottok vedtaket fra kommunen, mente han at klagefristen først begynte å løpe fra det tidspunkt morens helsetilstand forverret seg som følge av lårhalsbruddet. Når han sendte inn klagen tre uker etter fallet, mente han at fristen i pbrl. § 7-5 var overholdt. Han vurderte å fremsette en ny søknad om sykehjemsplass eller begjære omgjøring av det opprinnelige vedtaket etter forvaltningsloven § 35, men bestemte seg for at dette ville medføre unødvendig tidsspille. Kommunen ville uansett få anledning til å vurdere omgjøring som ledd i klagebehandlingen.

I klagen anførte Knut at kommunen ikke kunne avslå søknaden om sykehjemsplass med henvisning til kommunens økonomi. Han påpekte også flere feil, både når det gjaldt saksbehandlingen og vedtakets innhold. Det var blant annet lagt til grunn at Bodil var 77 år, og ikke 87, og at hun hadde god helse. Dessuten mente han at kommunen heller ikke hadde lagt tilstrekkelig vekt på morens ønske om sykehjemsplass, jf. pbrl. § 3-1 andre ledd andre punktum. Knut mente derfor at vedtaket måtte være ugyldig.

Han anførte at det tilbudet moren fikk fra kommunen, ikke tilfredsstilte hennes rett til nødvendig hjelp. Det var heller ikke forsvarlig med et slikt begrenset tilbud, da sykehjemsopphold var det eneste alternativet som ville oppfylle hennes behov og rettigheter. Under enhver omstendighet mente han at tilbudet om hjemmehjelp var utilstrekkelig, og at moren i det minste hadde krav på besøk fra hjemmesykepleier også på natten.

Knut understreket at det i denne saken ikke forelå grunner som kunne tilsi at statsforvalteren skulle utvise tilbakeholdenhet ved prøvingen av kommunens vedtak, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum.

Knut hevdet videre at han som følge av særlig tyngende omsorgsarbeid, hadde krav på at kommunen iverksatte tiltak for å lette hans omsorgsbyrde, jf. pbrl. § 2-8. Dette innebar etter hans syn at moren måtte få et langt bedre tilbud fra kommunen.

Videre anførte Knut at kommunens vedtak utgjorde en ulovlig restriksjon på hans rett til å yte tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36. Han viste til at han i sitt virke som arkitekt i stor utstrekning betjente klienter i EØS-området, og at en av hans viktigste klienter befant seg i Stockholm. Som følge av omsorgsoppgavene for moren, kunne han ikke bistå sine klienter på samme måte som før, og utenlandsreiser var en umulighet.

Drøft og ta stilling til de prinsipale og subsidiære rettsspørsmålene oppgaven reiser.

Del II

Knut var nært knyttet til morens venninne, Bitten, som bodde på et sykehjem i nabokommunen. Han besøkte Bitten på senvinteren, og hun uttrykte sin misnøye med husordensreglene på sykehjemmet. Hun var glad i portvin, men det var ikke tillatt til å drikke alkohol på sykehjemmet. Videre var det ikke anledning til å ta imot besøk etter kl. 17.30. Bittens eneste datter, Elisabeth, jobbet sene dager, noe som medførte at hun bare kunne komme på besøk i helgene. Bitten mente at dette gikk ut over hennes livsutfoldelse. Da hun stilte spørsmål ved hvilken adgang sykehjemmet hadde til å fastsette slike regler, fikk hun til svar at kommunen som eier av sykehjemmet kunne bestemme hvilke regler som gjelder for beboerne. Det ble også vist til at aksept av husordensreglene var satt som vilkår i vedtaket som innvilget Bitten sykehjemsplass.

Drøft og ta stilling til hjemmelsgrunnlaget for husordensreglene.

¹ Svar til del I

I forbindelse med kommunens avslag på Bodils søknad om opphold på sykehjem, har det oppstått en klagesak. På vegne av Bodil hevder Knut at kommunens avslag er ugyldig. Det legges til grunn at kommunen bestrider samtlige anførsler.

Det overordnede spørsmålet er derfor om Bodil har krav på sykehjemsplass og om kommunens avslag er ugyldig.

1. Klageadgang

Først skal det tas stilling til om klagevilkårene er oppfylte.

1.1 Knuts rett til å klage på Bodils vegne

Det følger av pbrl. § 7-7 første punktum at forvaltningslovens regler om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer. Videre følger det av pbrl. § 7-2 første ledd første setning at pasient eller bruker eller dennes representant som mener at bestemmelse i blant annet kapittel 2 er brutt, kan klage til statsforvalteren. Bodil som mottar helse- og omsorgstjenester anses som en pasient etter loven, jf. pbrl. § 1-3 bokstav a. Det er opplyst at det er Knut som klager på vedtaket.

Spørsmålet er om Knut kan anses som Bodils representant, jf. pbrl. § 7-2.

Pbrl. § 7-2 tredje ledd første setning angir at pasientens representant er den som har fullmakt til å klage på pasientens vegne eller som har samtykkekompetanse. Det er ikke opplyst at Knut har fått samtykkekompetanse, og det legges til grunn at han ikke har det. Ordlyden "representant" indikerer en annen personkrets enn nærmeste pårørende, men utelukker ikke at pårørende også kan være representant. Til sammenligning angir flere andre bestemmelser i loven at nærmeste pårørende har rettigheter. I forarbeidene til loven har departementet uttalt at klageretten ikke omfatter pårørende, jf. Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) punkt 9.6.3. Departementet la til grunn at behovet for pårørendes klageadgang var lite, fordi de ofte også hadde fullmakt. På denne bakgrunn kan det ikke innfortolkes at "representant" omfatter pårørende.

I vår sak har det ikke blitt gitt fullmakt. Knut vurderte om han skulle, men mente at det ikke var nødvendig. Det er ikke opplyst om forhold hos Bodil som tilsier at hun ikke er i stand til å gi fullmakt. At Knut ikke innhentet fullmakt kan ikke utgjøre et forhold som tilsier unntak fra klagereglene, fordi det skyldes en feiloppfatning av reglene.

Knut kan *ikke* anses som Bodils representant, jf. pbrl. § 7-2.

Det nevnes at selv om klagevilkårene ikke er oppfylte, så kan fortsatt kommunen og klageinstansen velge å omgjøre vedtaket etter oppfordring fra pårørende, jf. fvl. § 35.

Klagevilkårene er ikke oppfylte. Videre blir drøftelsen subsidiær under forutsetning av at Knut har klagerett.

1.2. Klagefrist

Det følger av pbrl. § 7-5 at fristen for å klage etter § 7-2, er fire uker etter at vedkommende fikk eller burde ha fått tilstrekkelig kunnskap til å fremme en klage. Til sammenligning er fristen tre uker i fvl. § 29.

Spørsmålet er om klagefristen er oversittet, jf. pbrl. § 7-5.

Ordlyden taler for at fire uker er en absolutt frist. Fristen begynner ikke å løpe fra det tidspunkt vedtaket fattes, men når vedkommende fikk eller burde ha fått tilstrekkelig kunnskap til å fremme en klage. I merknaden til bestemmelsen er det uttalt at med "tilstrekkelig kunnskap" menes at den klageberettigede har fått eller burde ha fått kunnskap om at vedkommende har en rettighet og om hvem som skulle ha oppfylt rettigheten, jf. Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 139. Dersom vedkommende har fått informasjon fra helsehjelpen, men forholder seg passiv, taler dette for at fristen løper.

Det blir derfor et spørsmål om når fristen begynte å løpe og om den i så fall er overholdt.

Det legges til grunn at det har gått mer enn fire uker siden kommunens vedtak. Knut mener at fristen er overholdt fordi han sendte inn klagen tre uker etter at Bodil falt og ble hardt skadet. Etter Bodils fall ble hennes helsetilstand betraktelig verre. På grunn av skaden så har Bodil slitt med søvn og matinntaket. På bakgrunn av dette så har hun fått en tydelig endring i livskvalitet og humør. Det er rimelig for Knut å anta at den nye helsetilstanden kan gi Bodil krav på nye rettigheter, utover de hun har fått ved vedtaket. På bakgrunn av dette så begynner tidsfristen å løpe fra da Bodil falt og skadet seg.

Ettersom det har gått tre uker fra fallet, er fristen overholdt.

Klagefristen er overholdt, jf. pbrl. § 7-5.

Det nevnes likevel at statsforvalteren kan behandle klagen selv om fristen er oversittet, jf. pbrl. § 7-7 første setning, jf. fvl. § 31.

Det legges til grunn at samtlige klagevilkår er oppfylte. Statsforvalteren kan dermed ta saken til behandling.

2. Statsforvalterens kompetanse

Knut mener at det foreligger grunner som tilsier at statsforvalteren ikke skal utvise tilbakeholdenhet ved prøving av kommunens vedtak, jf. fvl. § 34 andre ledd tredje setning.

Spørsmålet er om det foreligger grunner som tilsier at statsforvalteren ikke skal utvise tilbakeholdenhet.

Statsforvalterens kompetanse følger særskilt av pbrl. § 7-7, som angir at statsforvalteren skal ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Ved øvrige kommunale vedtak skal det gis stor vekt, jf. også fvl. § 34 andre ledd tredje setning.

Spørsmålet blir derfor om statsforvalteren må legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. pbrl. § 7-7 andre setning.

I vår sak er det tale om en helsetjeneste for Bodil. Knuts rett til tiltak etter pbrl. § 2-8 vurderes senere. Ved helsetjenester skal det legges vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Dette er et pliktig hensyn som ikke kan fravikes. Men det følger av ordlyden at bare dette gjelder ved det frie skjønn. For spørsmålet om Bodil har krav på tjenesten, kan statsforvalteren prøve vilkårene fullt ut.

Statsforvalteren må legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. pbrl. § 7-7 andre setning.

Det er ikke omtvistet, men det nevnes likevel at statsforvalteren har adgang til å ta hensyn til nye omstendigheter, slik som Bodils skade, jf. fvl. § 34 andre ledd første setning.

3. Vedtakets innhold

3.1. Opphold på sykehjem

Først vurderes det om Bodil har krav på sykehjemsplass. Dersom hun har det, vil kommunens opprinnelige vedtak lide av innholdsmangel og eventuelt være ugyldig.

Spørsmålet er om Bodil har krav på sykehjemsplass.

Det følger av pbrl. § 2-1 e første ledd at pasient har rett til opphold i sykehjem dersom dette etter en helse- og omsorgsfaglig vurdering er det eneste tilbudet som kan sikre pasienten eller brukeren nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester. Dersom Bodil har krav på sykehjemsplass, er dette noe som kommunen må oppfylle, jf. hol. § 3-2 a.

Hvorvidt Bodil har krav på sykehjem beror i første omgang på om hun har krav på nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester fra kommunen.

Det er ikke omstridt at Bodil har krav på nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen, jf. pbrl. § 2-1 annet ledd. En pasients krav på nødvendig hjelp svarer til kommunens plikt til å tilby dette etter hol. § 3-1. At hun har krav å nødvendig hjelp underbygges av at kommunen i det første vedtaket innvilget henne hjemmehjelp for å dekke hennes behov etter pbrl. § 2-1 annet ledd og hol. § 3-1. Det følger av forarbeidene til pbrl. § 2-1 at nødvendig hjelp også innebærer en forsvarlig standard, jf. Prop. 91 L (2010-2011) s. 514. Det er presisert i forarbeidene at det er basert på en individuell helsefaglig og sosialfaglig vurdering av behov, jf. s. 514. Hva som er forsvarlig må vurderes i lys av lovens formålsbestemmelse, pbrl. § 1-1, herunder sosial trygghet og respekt for pasients liv, integritet og menneskeverd.

Det er opplyst at Bodil har en forverret helsetilstand som følge av skaden. Hun har begrenset mobilitet og det har påvirket hennes livskvalitet i en negativ retning. Hun er ikke i stand til å ta vare på seg selv og hun lever dårlig i sokkelleiligheten. Hun får ikke gjort aktiviteter eller vært sosial. Det er opplyst at hun vanligvis er en glad person, men at hun har blitt nedfor av situasjonen.

Bodil har krav på nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester fra kommunen. Det neste spørsmålet er om opphold i sykehjem etter en helse- og omsorgsfaglig vurdering er det eneste tilbudet som kan sikre Bodil nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester, jf. pbrl. § 2-1 e første ledd.

Ordlyden indikerer en streng terskel, jf. "eneste". Dersom det kan godtgjøres at andre tilbud vil være forsvarlige, så har ikke pasienten krav på opphold. Det følger av blant annet andre ledd at de som kan bo hjemme skal ha rett til vedtak om plass på venteliste for langtidsopphold. Det følger også av forarbeidene at terskelen for å ha rettigheter etter første ledd er høyere enn etter andre ledd, fordi andre ledd omfatter pasienter som med forsvarlig hjelp kan vente på langtidsplass, jf. Prop. 99 L (2015-2016) s. 34.

Hva som anses som nødvendig og forsvarlig beror på samme vurdering som etter pbrl. § 2-1 annet ledd. Det vises til det som er sagt tidligere om nødvendig hjelpe- og omsorgshjelp. I forarbeidene til § 2-1 annet ledd er det videre uttalt at det må foretas en konkret vurdering hva som er nødvendig og forsvarlig, jf. Prop. 91 L (2010-2011) s. 514. Videre uttaler departementet at man i utgangspunktet ikke har krav på en bestemt type tjeneste fra kommunen og at kommunen har en viss frihet til å bestemme tilbudet. Likevel må tilbudet utformes etter formålsbestemmelsen og det må tas hensyn til pasientens ønsker og synspunkter, s. 515. Dersom opphold på institusjon er det eneste som er forsvarlig, vil pasienten ha rettskrav på den bestemte tjenesten, jf. s. 515. Endelig har departementet uttalt at det er en minstestandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi, med videre henvisning til *Fusa* (Rt. 1990 s. 874), jf. s. 514. Det kan legges til grunn at minstestandarden har økt i takt med samfunnets utvikling.

Inntil skaden inntraff hadde Bodil fått hjemmehjelp på besøk to ganger daglig, men ikke på natten. Etter ulykken var hun stort sett sengeliggende og måtte benytte seg av en toalettstol ved siden av sengen hennes. Videre er det opplyst at hun savner dagslys, men at det er umulig å få henne med ut på grunn av skaden. Slik hun bor nå får hun heller ikke mulighet til å treffe venner, eller andre. Hennes situasjon er preget av å være isolert og av uverdighet. Sokkelleilighetens begrensninger sett i sammenheng med hennes forverrede helsetilstand taler for at hun trenger å bo et annet sted, som er mer tilrettelagt. Slik hun bor nå så er det etter en helse- og omsorgsfaglig vurdering ikke tilstrekkelig å få flere daglige besøk av hjemmehjelp, fordi boforholdene ikke er verdige eller forsvarlige. At hun kan få tilbud om hjelp på natten vil hjelpe noe, men er fortsatt ikke nok til å anses som forsvarlig ut ifra hennes boforhold.

Bodil ønsker selv plass på sykehjem. Det følger av forarbeidet til pbrl. § 2-1 annet ledd, samt bestemmelsen i pbrl. § 3-1 at pasienten har rett til å medvirke og at tjenestetilbudet så langt som mulig skal utformes i samarbeid med pasient eller bruker. Det følger av ordlyden at pasienten har rett til å medvirke, ikke til å bestemme selv. Det er altså noe som må legges vekt på i vurderingen, men som ikke er avgjørende. Det avgjørende er om helsehjelpen er forsvarlig, men her kan riktignok pasienten gi viktig hjelp.

Til tross for at Bodils egne meninger ikke er avgjørende, taler hennes uttalelser i retning av at plass på sykehjem er det eneste forsvarlige tilbudet for henne. Det er opplyst at venninene har fått plass der og at hun savner det sosiale. For personer i gammel alder er det viktig å kunne omgås sosialt. Å være isolert i en sokkelleilighet kan få store negative konsekvenser for både Bodils mentale og fysiske helse.

Endelig har kommunen i det opprinnelige vedtaket uttalt at de ikke har økonomi til å gi Bodil sykehjemsplass. Som nevnt følger det av bestemmelsens forarbeider at dersom en pasient har rettskrav på en tjeneste, så kan ikke kommunen avslå dette med henvisning til dårlig økonomi. Anførselen kan derfor ikke føre frem.

Konklusjonen er at opphold i sykehjem etter en helse- og omsorgsfaglig vurdering er det eneste tilbudet som kan sikre Bodil nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester, jf. pbrl. § 2-1 e første ledd.

Kommunen må sikre henne tilbud om opphold på sykehjem, jf. hol. § 3-2 a.

3.2. Faktum

Knut mener at kommunen har begått en feil ved å legge til grunn at Bodil var 77 år og at hun hadde god helse. Dersom det er lagt til grunn feil faktum for vedtaket, vil dette være en innholdsmangel hvis det har påvirket vedtakets innhold, jf. *Tyrkiske søstre* (HR-2016-2017-A) avsnitt 63.

Det følger av pbrl. § 2-7 at forvaltningslovens regler om saksbehandling av enkeltvedtak gjelder for vedtak om tjenester etter hol. §§ 3-2 første ledd bokstav c og 3-2 a. I vår sak er det tale om sykehjemsopphold som antas å være vesentlig lengre enn to uker.

Det følger av fvl. § 17 første ledd første setning at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Ordlyden indikerer at forvaltningen må gjøre en omfattende innsats for at saken skal bli så godt opplyst som den faktisk kan bli. Hensynet til at forvaltningen treffer riktige avgjørelser taler for en slik tolkning. Imidlertid følger det av forarbeidene at bestemmelsen skal tolkes noe innskrenkende, jf. NUT 1958: 3 side 161. Det følger også av praksis at bestemmelsen ikke kan tas helt på ordet, jf. *Oppholdstillatelse* (HR2017-2376-A) avsnitt 33-35. En slik innskrenkende tolkning bygger på hensynet til effektivitet i forvaltningen.

Det er ikke opplyst hvorfor kommunen la til grunn at hun var ti år yngre eller at hun var ved god form. Her kan det riktignok ikke tas hensyn til skaden hun fikk etter vedtaket ble truffet, men det blir ikke avgjørende fordi hun uansett ikke var ved god form på vedtakelsestidspunktet. Dette er opplysninger som er helt grunnleggende for saken og som ikke er vanskelig for kommunen å innhente.

Kommunens vedtak bygde på feil faktum og det foreligger brudd på fvl. § 17.

3.3. EØS-avtalen

Knut anførte videre at kommunens opprinnelige vedtak utgjorde en ulovlig restriksjon på hans rett til å yte tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36.

Spørsmålet er om kommunens vedtak utgjorde en ulovlig restriksjon på hans rett til å yte tjenester etter EØS art. 36.

Det følger av EØS art. 36 at det ikke skal være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innenfor avtalens område. Det følger av ordlyden at det er et krav om grensekryssende element. At det finnes et krav om grensekryssende element følger også av C-139/12 avsnitt 42. Dommen er avsagt av EU-domstolen, men hensynet til homogenitet tilsier at praksis fra domstolen om de fire friheter har betydning ved tolkning av de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen. Med "tjenester" menes det i avtalen tjenester som vanligvis ytes mot betaling, jf. art. 37.

Knut driver virksomhet som arkitekt og flere av hans kunder er i Sverige, som er en EU-medlemsstat. Han oppfyller dermed inngangsvilkårene for art. 36.

Spørsmålet er om kommunens vedtak er en restriksjon etter art. 36.

Ordlyden gir ikke mye veiledning om hva som skal anses som en restriksjon. Sett i lys av avtalens formål, art. 1, tilsier bestemmelsen at det ikke skal legges hindringer på handelen og de økonomiske forbindelser mellom avtalepartene. I avtalens fortale er det uttalt et mål om å sørge for den største mulige gjennomføringen av tjenester innenfor området, avsnitt 6.

I *Sager (C-76/90)* uttalte EU-domstolen at restriksjonsbegrepet omfatter tiltak som: "kan være til hinder for eller på annen måte gjøre den virksomhet, som udoeves af en tjenesteyder med hjemsted i en annen medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser.", avsnitt 12. Dette utsagnet har blitt nyansert i senere praksis. I *Volksbank (C-602/10)* uttalte domstolen at tiltaket ikke anses som en restriksjon hvis det er for fjern og for indirekte til å anses for å hindre handelen mellom fellesskapet, avsnitt 81. Vurderingen er om tiltaket gjør det mindre interessant å utøve tjenestevirksomhet.

Mens Bodil bor i sakkelleiligheten så har Knut drevet med omsorgsarbeid. Hennes situasjon har gjort det vanskelig for han å reise til utlandet. Når moren ikke fikk innvilget søknad om plass på sykehjem, mente Knut at han ikke kunne drive sin arkitektvirksomhet i utlandet. Dersom søknaden hadde vært innvilget så mener han at han kunne dratt til utlandet og tilbydt sine tjenester. I så fall vil det tale i retning av å være en restriksjon, fordi det gjør det mindre interessant for han å reise ut av landet.

I motsetning til *Nav (HR-2021-1453-S)* er det ikke tale om et oppholdskrav, fordi det ikke er noe som hindrer Knut i å reise til utlandet. I *Nav* var det stilt et oppholdskrav i Norge for å motta en ytelse. Bodils rett til sykeplassopphold er ikke betinget av hans tilstedeværelse.

Det er verken tale om en hindring av markedsadgangen eller en vanskeliggjøring av hans konkurransevilkår. Han vil riktignok ikke kunne gi Bodil omsorg, men det er ingen direkte sammenheng mellom Bodils avslag og Knuts virksomhet som arkitekt. Det som holder Knut tilbake er ingen rettslig sanksjon eller hindring, men hans ønske om å gi moren omsorg. Bodils avslag utgjør dermed en fjernt og indirekte hindring på Knuts virksomhet.

Konklusjonen er at kommunens vedtak ikke utgjorde en ulovlig restriksjon på hans rett til å yte tjenester etter EØS art. 36.

I tilfelle vedtaket skulle utgjøre en restriksjon, må det foretas en vurdering av om restriksjonen kan opprettholdes i samsvar med EØS-retten. Det må da drøftes om restriksjonen er begrunnet i legitime hensyn, om det er egnet og nødvendig til å forfølge formålet, jf. *Gebhard (C-55/94)* avsnitt 37. Dersom det hadde vært en ulovlig restriksjon, ville vedtaket vært ulovlig, jf. EØS-loven § 2, jf. § 1.

4. Saksbehandling

Feil faktum er allerede vurdert under innholdsmangel, og det foreligger som nevnt brudd på fvl. § 17 om utredningsplikt.

Videre at det var begått en feil ved å ikke legge vekt på hva Bodil mente, jf. pbrl. § 3-1 andre ledd andre punktum.

Det følger av pbrl. § 3-1 andre ledd andre setning at det skal legges stor vekt på hva pasienten mener ved utforming av tjenestetilbud etter blant annet hol. § 3-2 første ledd nr. 6. I den henviste bestemmelsen er det angitt at kommunen skal tilby plass i institusjon, herunder sykehjem. Det er med andre ord et pliktig hensyn for kommunen når det vurderes om det skal tilbys plass på sykehjem. Dersom dette er vurdert, vil det foreligge brudd på pbrl. § 3-1 andre ledd andre

setning. Imidlertid er dette bare en rett til medvirkning, ikke til å avgjøre hvilken tjeneste som kommunen skal tilby. Kommunen kan også legge vekt på andre hensyn, slik som økonomi.

I vår sak er det ikke opplyst hvordan kommunen har tatt stilling til Bodils ønske om å medvirke. Dette må ses i lys av forvaltningens begrunnelsesplikt etter fvl. §§ 24 og 25. Dersom vedtaket ikke begrunnes, vil det gjøre det vanskeligere for etterfølgende kontroll av vedtakets lovlighet. I *Isene* (Rt. 1981 s. 745) uttalte Høyesterett at ved inngripende tiltak skjerpes kravene til begrunnelsen og at en manglende begrunnelse kan tyde på svikt ved selve avgjørelsen, jf. s. 748.

Videre er det opplyst at kommunen ikke hadde hatt noen nærmere kontakt med Bodil eller Knut før vedtaket ble truffet. Dette kan tyde på at Bodil ikke ble gitt mulighet til å medvirke. I så fall er det et brudd på pbrl. § 3-1 annet ledd og fvl. § 16 om retten til kontradiksjon.

På bakgrunn av manglende begrunnelse og kontakt, legges det til grunn at kommunen ikke har lagt vekt på hva Bodil mente, jf. pbrl. § 3-1 andre ledd andre punktum.

5. Ugyldighet og omgjøring

Ettersom kommunens opprinnelige vedtak er i strid med hennes rett til opphold, så lider vedtaket av en innholdsmangel. Etter ugyldighetslæren vil innholdsmangler som hovedregel føre til ugyldighet, jf. *Tyrkiske søstre* (HR-2016-2017-A) avsnitt 63. Det er likevel ikke en unntaksfri regel og unntak er aktuelt å vurdere når det til gunst for en part, jf. avsnitt 73. Det legges til grunn at kommunens vedtak er til ugunst for Bodil og unntaket vurderes derfor ikke.

Når det gjelder saksbehandlingsfeilene, må det vurderes etter fvl. § 41 om vedtaket likevel skal være gyldig. For andre saksbehandlingsregler enn de i forvaltningsloven, kan § 41 anvendes analogisk, jf. Innst.O.nr.II (1966–1967) s. 16. Hensynet bak regelen er at vedtak som er påheftet mindre feil, men som likevel er riktige, ikke skal måtte unødig kjennes ugyldig. Når vedtaket allerede er beheftet med en innholdsmangel, vil en slik drøftelse bli subsidiær.

Vurderinger etter § 41 er om det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Ordlyden "grunn til å regne med" tilsier en lavere terskel for sannsynlighet. I *Ambassadesaken* (Rt. 2009 s. 661) uttalte Høyesterett at det er tilstrekkelig med en «en ikke helt fjerntliggende mulighet» for at feilen har fått betydning for vedtaket", jf. avsnitt 71. I *Reinøya* (HR-2017-2247-A) presiserte Høyesterett at det ikke skal mye til, men at det må være "en reell mulighet" for innvirkning, jf. avsnitt 97. Det må altså gjøres en konkret vurdering om feilen har påvirket vedtakets innhold.

Siden det er begått en rekke saksbehandlingsfeil, er det adgang til å foreta en kumulativ betraktning, jf. *Modum kommune* (Rt. 1961 s. 910) side 917. Dette kan ses i sammenheng med det rettslige kravet til god forvaltningsskikk, jf. *Mysis* (Rt. 1999 s. 1517) på side 1527.

I vår sak er det tale om at kommunen ikke har lagt vekt på et pliktig hensyn, manglende kontakt og manglende begrunnelse. Siden hensynet til mottakerens medvirkning ikke er avgjørende, taler dette i retning av at det ikke har hatt påvirkning. Imidlertid kan det tenkes at kommunen ville fattet et annet vedtak når de fikk høre fra Bodil at hun ville på sykehjem for å være med sine venniner. Siden dette inngår i vurderingen etter retten til nødvendig og forsvarlig helsehjelp, trekkes dette i retning av å ha påvirket innholdet. Når det ses i lys av den manglende kontakten og mangelfulle begrunnelser, taler dette for at feilene har påvirket innholdet.

Ettersom saksbehandlingsfeilene har påvirket innholdet, må det foretas en vurdering om det likevel skal være gyldig etter den ulovfestede ugyldighetslæren. Ugyldighetslæren har for øvrig et krav om innvirkning som i praksis og teori er lagt til grunn å samsvare med innvirkningskravet i fvl. § 41. Siden det her er tale om ugyldighet til gunst, vil det ikke være aktuelt å vurdere unntaksregelen.

Saksbehandlingsfeilene medfører at kommunens vedtak er ugyldig.

Når det foreligger ugyldighet kan omgjøring skje etter fvl. § 35 første ledd bokstav c.

Knut mener at kommunen kan vurdere omgjøring i klagebehandlingen. Det følger av fvl. § 35 at omgjøring gjelder når vedtaket ikke er påklaget. For kommunens del innebærer dette at den kan oppheve eller endre vedtaket før klagen tas til behandling, jf. fvl. § 33 andre ledd andre setning.

6. Tiltak ved særlig tyngende omsorgsoppgaver

Det følger av pbrl. § 7-7 i.f. at statsforvalteren skal vise større tilbakeholdenhet ved overprøving av øvrige kommunale vedtak, slik som vedtak om tiltak etter hol. § 3-6, jf. pbrl. § 2-8.

Knut anfører at hans rett til tiltak for personer med særlig tyngende omsorgsarbeid etter pbrl. § 2-8 må medføre at Bodil får et langt bedre tilbud i kommunen. Anførselen forstås slik at Knut mener at hans krav på tiltak må gi Bodil rett til opphold på sykehjem. Han har ikke anført at han har krav på omsorgsstønad etter hol. § 3-6 nr. 3, og det tas derfor ikke stilling til.

Ettersom Bodil har krav på sykehjemsplass, tas det ikke stilling til om kommunen også må treffe tiltak etter pbrl. § 2-8, jf. hol. § 3-6.

Det nevnes kort at det er en høy terskel, jf. "særlig tyngende", og at det må foretas en konkret vurdering med hensyn til arbeidsomfanget, belastningen og den fysiske og psykiske påvirkningen det påfører, jf. Prop. 49 L (2016-2017) s. 29. Dersom vilkårene er oppfylte skal kommunen tilby støtte, men det er opp til kommunen å avgjøre hvilke tjenester som skal tilbys, så lenge tilbudet dekker kravet til nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester, jf. s. 30. Og som nevnt må det legges stor vekt på hensynet til kommunens selvstyre ved en slik avgjørelse, jf. pbrl. § 7-7.

7. Konklusjon til det overordnede spørsmålet

Konklusjonen til det overordnede spørsmålet er at Bodil har krav på sykehjemsplass og at kommunens avslag er ugyldig.

Ord: 4075

2 Svar til del II

Sykehjemmets adgang til å fastsette vilkår for oppholdet

Bitten er misfornøyd med husordenreglene på sykehjemmet. Det legges til grunn at hun har rett på opphold, jf. pbrl. § 2-1 e. Hun klager på forbudet mot å drikke alkohol og den tidsgrensen som er for besøk. Det legges til grunn at ansatte på sykehjemmet vil gjennomføre reglene mot Bittens vilje, dersom hun bryter dem.

Spørsmålet er om sykehuset har adgang til å fastsette slike regler.

Sykehjemmet mener at kommunen som eier at sykehjemmet kunne bestemme hvilke regler som gjelder for beboerne og videre at reglene var satt som vilkår for vedtaket.

Det følger av pbrl. § 4-1 at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke. Bestemmelsen angir at det er et krav om hjemmel eller rettsgrunnlag for vedtak og for faktiske handlinger i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp, jf. også *Sårstell* (Rt. 2010 s. 612) avsnitt 27 og 29. Videre følger det av dommen at adgangen til å stille vilkår ved ellers begunstigende vedtak også gjelder for helsesektoren, jf. avsnitt 31. Det følger av vilkårlæren at forvaltningen kan stille vilkår ved begunstigende vedtak, så lenge vedtakene har en saklig sammenheng med vedtaket og ikke er uforholdsmessig tyngende. For øvrig kan heller ikke vedtaket være i strid med lov.

Retten til å stille vilkår er avskjært når tjenestemottakeren har et rettskrav på tjenesten. Det er likevel i en viss utstrekning opp til kommunens frie skjønn å bestemme det nærmere innholdet i tjenestetilbudet, jf. avsnitt 31. Imidlertid må det ses hen til søkerens reelle valgfrihet. I forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie (FOR-1988-11-14-932) er det angitt at beboerne skal ha adgang til å dyrke sine interesser og forme sin tilværelse i den utstrekning det er forenlig med den medisinske behandling, drift og hensynet til andre beboere, jf. § 4-4. Å akseptere vilkårene i § 4-4 er en forutsetning for oppholdet. Videre skal beboerne fritt kunne motta besøk, jf. § 4-5. Retten til å motta besøk er ikke underlagt en slik begrensning og må også ses i lys av EMK art. 8 om retten til respekt for familieliv og korrespondanse.

Forbudet mot alkohol

Portvin og annen alkohol er ikke forbudt å drikke utenom sykehust. Bitten er glad i portvin og har i utgangspunkt rett til å drikke det hun ønsker og vil. Portvin er sterk vin, men det er ikke opplyst at hennes drikking har medført problemer for hennes medisinske behandling, for driften av sykehuset eller de andre beboerne. Det kan tenkes at drikking av portvin, i likhet med annen alkohol, kan være til sjenanse for de andre beboerne. Berusede personer kan være utagerende og hissig. Å skape et trygt bomiljø på sykehjemmet følger også lovens formål om å sikre tjenestetilbudets kvalitet, jf. hol. § 1-1 nr. 4. Dette taler for at vilkåret er saklig.

Det avgjørende er at det er et absolutt forbud mot alkohol. Sykehjemmet har ikke godtgjort hvorfor det er nødvendig med et så inngripende tiltak over beboerne. Å drikke mindre mengder alkohol kan vanskelig tenkes å utgjøre en fare for behandlingen eller de andre beboerne. Dette må også ses i lys av at man har egne rom. Forbudet går lengre enn nødvendig og det taler for at det er uforholdsmessig tyngende.

Forbudet mot besøk etter kl. 17:30

Hun kan bare motta besøk før klokken 17:30. I utgangspunktet har hun krav på fritt besøk, jf. forskriften § 4-5. Det er ikke begrunnet hvilket rettslig grunnlag kommunen har for å fravike forskriftens klare ordlyd. Forskriftens § 4-5 bidrar til å oppfylle lovens formål om at tjenestetilbudet tilrettelegges med respekt for den enkeltes integritet og verdighet. Det er viktig for pasienters integritet og verdighet å kunne få besøk av venner og familie. Besøksforbudet er derfor ikke begrunnet i saklige hensyn.

Til tross for at forbudet kun gjelder ettermiddag og kveld, gjør forbudet det vanskeligere å motta besøk. Det er særlig vanskelig å motta besøk fra personer som går på jobb og skole, fordi de stort sett er opptatt i dette tidsrommet. Forbudet gjør at flere pasienter i realiteten kun kan motta besøk i helgene, noe som i er i strid med forskriftens klare ordlyd. Besøksforbudet er uforholdsmessig tyngende.

Konklusjonen er at sykehuset *ikke* har adgang til å fastsette slike regler.

Når vilkårene ikke er lovlige, blir det derfor av mindre betydning om hvorvidt Bitten eller de andre beboerne har samtykket.

Ord: 737