



UNIVERSITETET I OSLO

KANDIDAT

XXXXXXX

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	15.01.2025 15:41

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 avsto 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

Innledende

Partene i saken er Knut mot kommunen. Knut har påklaget kommunens vedtak om avslag på sykehjemsplass for hans mor Bodil. Han hevder at det er begått saksbehandlingsfeil og at vedtaket lider av innholdsmangler. Videre hevder han at kommunens tilbud om hjemmehjelp ikke tilfredsstiller hennes rett til nødvendig helsehjelp.

Hovedspørsmålet er om kommunens vedtak om avslag på sykehjemsplass er gyldig.**1. Spørsmålet er om statsforvalteren skal behandle klagen.**

Utgangspunktet for vurderingen er pbrl. § 7-5. Etter bestemmelsen er hovedregelen at fristen for å klage er fire uker etter at "vedkommende fikk" eller "burde fått" tilstrekkelig kunnskap" til å fremme klage.

Ordlyden setter isolert sett en absolutt klagefrist på fire uker.

Forarbeidene presiserer at den som mottar klagen kan ta den under behandling "selv om den kommer inn etter fristens utløp", jf. Ot.prp.nr12(1998-199) s. 139. Forarbeidene gir videre en henvisning til fvl. § 31.

Bestemmelsen må altså suppleres med forvaltningslovens regler, jf. § 7-7. Reglene om behandling over enkeltvedtak gjelder "så langt de passer", jf. første punktum.

Det følger av fvl § 31 at en klage kan tas til behandling uten hensyn til at klagefristen er oversnittet, såfremt parten eller hans fullmektig "ikke kan lastes for å ha oversnittet fristen", eller det av "særlige grunner" er rimelig at klagen blir prøvd. Det er videre satt en absoutt for oppreisning på 1 år.

Villårene er alternative. At man ikke må kunne "lastes" tilsier etter ordlyden at parten eller dens representant ikke må være skyld i at klagefristen er oversnittet. At det alternativt må foreligge "særlige grunner" antyder at det må foreligge elementer med situasjonen som gjør det rimelig at klagen blir prøvd.

Dersom et av vilkårene i bokstav a eller b er oppfylt, beror det på et forvaltningsskjønn om klagen skal behandles. I denne vurderingen skal det legges vekt på om en eventuell endring av vedtaket kan medføre "skade eller ulempe" for andre.

I det forestående tilfellet opplyses det ikke nøyaktig om hvor lang tid som var gått før klagen ble sendt. Det opplyses imidlertid om at det tok tre uker fra Bodils fall. Det er uklart hva som er grunnen til dette tidsoppholdet. I og med at vilkårene er alternative, behandles derfor vilkåret i bokstav b.

1.1 Delspørsmålet er om det foreligger "særlige grunner" til at klagen bør tas til behandling.

På den ene siden har Bodil sin situasjon forverret seg betydelig etter det opprinnelige vedtaket. Basert på faktum ser det ut til at Bodils situasjon er så ille at en søknad om plass på sykehjem burde behandles raskt. I tillegg vil ikke en eventuell omgjøring av vedtaket medføre en skade eller ulempe for andre parter, i og med at det er snakk om en søknad om plass på sykehjem. Effektivitetshensyn taler også for at det er mer hensiktsmessig at klagen blir behandlet, da dette vil medføre en raskere prosess for både forvaltningen og privatpersonene.

På den andre siden kan det sies å være mer ressurskrevende for forvaltningen med en utvidet klagefrist. Det opplyses også om at det har gått hele tre uker fra situasjonen forverret seg, til klagen ble sendt. Det faktum at Bodil og Knut har anledning til å sende en ny søknad kan også tale for at klagen ikke skal behandles.

Det legges avgjørende vekt på at Bodils situasjon har forverret seg betraktelig og dermed vil være mer hensiktsmessig med en klagebehandling fremfor en ny søknad.

Delkonklusjonen er under tvil derfor at det foreligger "særlige grunner" til at klagen bør tas til behandling.

Konklusjonen er at statsforvalteren skal behandle klagen.

Det bemerkes at klagen skal behandles av statsforvalteren. Det er tale om en omsorgstjeneste, som innebærer at statsforvalteren ved prøving av det frie skjønn skal legge "stor vekt" på hensynet til det kommunale selvstyret, jf. pbrl. § 7-7. Statsforvalteren kan prøve "alle sider av saken", herunder legge nye omstendigheter til grunn, jf. fvl. § 34 annet ledd. Dette innebærer at Bodils forverrede situasjon kan legges til grunn i behandlingen.

2. Spørsmålet er om Knut har klageadgang overfor Bodil.

Det rettslige grunnlaget for spørsmålet er pbrl. § 7-2. Det følger av bestemmelsens første ledd at "pasient eller bruker eller dennes representant(...)" har klageadgang. Det er klart at Bodil er en "pasient", jf. pbrl. § 1-3 bokstav a. For at Knut skal kunne klage på Bodils vegne må han regnes som hennes "representant".

Annet ledd definerer "representant" som den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukerens vegne, "eller som har samtykkekompetanse etter kapittel fire".

Det er klart at Knut ikke har fått noen skriftlig fullmakt til å klage for Bodil.

Problemstillingen er dermed om han har samtykkekompetanse etter kapittel 4.

Kapittel 4 gir kun samtykkekompetanse på vegne av pasienten der pasienten selv mangel samtykkekompetanse. Det er ingenting i faktum som tilsier at Bodil ikke har samtykkekompetanse. Dette medfører at en eventuell klage må sendes av henne selv.

Konklusjonen er derfor at Knut ikke kan klage på Bodils vegne.

Det kommende spørsmålene blir følgelig subsidiære og forutsetter at Knut kan fremsette en klage på Bodils vegne. Det bemerkes imidlertid at Knut har klageadgang på de rettigheter som angår han, slik som rettighetene etter pbrl. § 2-8, jf. pbrl. § 7-2.

3. Spørsmålet er om kommunens tilbud strider mot retten til nødvendig helsehjelp.

Det rettslige grunnlaget for spørsmålet er pbrl. § 2-1 e. Det følger av bestemmelsens første ledd at en pasient eller bruker 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". Kommunen har en motstående plikt til å tilby dette etter hol. § 3-2 a.

Etter ordlyden må oppholdet være nødvendig. I dette ligger det at det må foreligge et faktisk behov hos pasienten eller brukeren. Det må samtidig være det eneste tilbudet som vil sikre retten til nødvendig og forsvarlig helsehjelp. Dette taler for at dersom det finnes andre alternative løsninger som vil ivareta rettigheten, vil ikke plass på sykehjem være nødvendig. Ordlyden gir også uttrykk for et forsvarlighetskrav. Dette innebærer at helsehjelpen som gis må være av forsvarlig standard.

Bestemmelsen må dermed ses i lys av kommunens plikt til å yte nødvendige helse og omsorgstjenester etter hol. § 3-1, og pasientens rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl. § 2-1.

Forarbeidene til pbrl. § 2-1 presiserer at nødvendighetsvurderingen må gjøres konkret. Den enkeltes behov må veies opp mot fellesskapets behov, og det kan legges vekt på kommunale ressurser, jf. Prop.91 L (2014-2016) s. 14. Samtidig presiseres det at det må finnes et minstekrav som kommunen ikke kan gå under med henvisning til økonomi, jf. også rt. 1990 s. 874.

Videre uttales det i Prop.99 L (2016.2016) s. 14 at formen for tjenesteyting må være forsvarlig. Dette innebærer at dersom sykehjemsplass er det eneste alternativet for at hjelpen er å anse som forsvarlig, har vedkommende rettskrav på sykehjemsplass. Dette må også vurderes konkret. Dersom mindre kostbare tiltak vil ivareta retten til nødvendig helsehjelp, vil man ikke ha krav på sykehjemsplass.

Det må altså foretas en helhetsvurdering, utformet fra en konkret helse- og omsorgsfaglig vurdering av den hjelpetrengendes behov. Relevante momenter er blant annet brukeren eller pasientens funksjonsnivå og hjelpebehov, medisinske vurderinger, rehabiliteringspotensiale, pasientens eller brukerens ønsker, pasientens eller brukerens hjemmesituasjon og tjenestetilbud som kommunen for øvrig kan tilby, jf. Prop. 99 L (2015-2016) s. 14.

I tillegg må vurderingen ses i lys av lovenes formål, som blant annet er å ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd. Etter hol. § 1-1 er også et sentralt formål å sikre at tjenestetilbudet tilrettelegges med respekt for den enkeltes integritet og verdighet. Kommunen plikter dessuten å tilby et verdig tjenestetilbud, jf. hol. § 4-1 bokstav b.

Problemstillingen er om kommunens vedtak som innvilger Bodil hjemmehjelp to ganger daglig er tilstrekkelig til å ivareta hennes rett til nødvendige og forsvarlige helsetjenester.

Peder anfører at han har krav på at kommunen iverksetter tiltak for å lette hans omsorgsbyrde etter pbrl. § 2-8, og at dette må medføre at moren måtte få et langt bedre tilbud fra kommunen. Det fremgår derimot av Prop.91 L (2010-2011) at bestemmelsen ikke gir noen materielle rettigheter, men kun et rett til å få vedtak. Anførselen tillegges derfor ingen selvstendig vekt i vurderingen av Bodils rett til nødvendige helse og omsorgstjenester.

På den ene siden vil hjemmehjelp to ganger daglig kunne bistå med flere grunnleggende gjøremål. Å få besøk to ganger daglig må til en viss grad sies å ivareta flere grunnleggende behov. Hun får i tillegg hjelp av familien. I tillegg har hun tilgang til noen hjelpemidler som sørger for at grunnleggende behov som eksempelvis toalettbesøk er overholdt.

På den andre siden ser Bodil ut til å være tilsynelatende helt avhengig av hjelp på flere tidspunkt i døgnet. Hjemmehjelpen vil kun bistå Bodil på dagtid, noe som ikke vil kunne ivareta hennes behov om natten. Funksjonsnivået peker dermed i retning av at sykehjemsplass vil være det eneste alternativet. Hun har heller ikke mulighet til å bevege seg utenfor leiligheten, da den ikke er tilstrekkelig tilrettelagt med tanke på trapper. Det faktum at Bodil ikke har

mulighet til å bevege seg utenfor leiligheten kan vanskelig sies å være forenlig med kravet til et verdig tjenestetilbud.

Jeg legger avgjørende vekt på at Bodils situasjon tilsier at hun er så avhengig av pleie, at hjemmehjelp to ganger daglig ikke vil være tilstrekkelig. Når dette ikke er tilstrekkelig til å ivareta hennes rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester, har hun krav på sykehjems plass etter pbrl. §2-1 e.

Konklusjonen er at kommunens tilbud strider mot retten til nødvendig helsehjelp og at Bodil har krav på sykehjems plass.

4. Spørsmålet er om det foreligger feil ved vedtaket.

4.1 Delspørsmålet er om det foreligger en saksbehandlingsfeil som følge av manglende medvirkning, jf. pbrl. § 3-1.

Det rettslige grunnlaget for spørsmålet er pbrl. § 3-1. Det følger av bestemmelsens første ledd at pasienten har rett til å medvirke til gjennomføring av helse- og omsorgstjenester. Det følger videre av bestemmelsens annet ledd at tjenestetilbudet "så langt som mulig" utformes i samarbeid med pasientene eller brukeren. Det skal videre legges "stor vekt" på hva pasienten eller brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud etter hol §§3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8.

Etter ordlyden har kommunen en plikt til å la pasienten medvirke i beslutningen, og det skal legges "stor vekt" på pasientens mening. At plikten gjelder "så langt som mulig" peker derimot i retning av at pasientens mening ikke skal få avgjørende vekt i vurderingen. Den skal likevel hensynstas.

Forarbeidene presiserer videre at det er et viktig prinsipp at tjenestetilbudet så langt som mulig skal ta hensyn til den enkeltes spesielle behov og ønsker. Kommunen skal videre anstrenge seg for å finne individuelt tilpassede løsninger, og at vedkommende da må tas med på råd, jf. Prop.91 L (2010-2011) s. 355.

Sett i sammenheng peker både ordlyd og forarbeider i retning av at pasientens medvirkningsrett skal strekke langt.

Peder anfører at kommunen i sin vurdering ikke har lagt tilstrekkelig vekt på morens ønske om sykehjems plass.

I det forestående tilfellet er ikke vært noe samarbeid mellom pasienten og kommunen. Dette peker i retning av at det foreligger en saksbehandlingsfeil.

På den andre siden er det opp til kommunens skjønn å vurdere hvorvidt Bodil skal få plass på sykehjem eller ikke. Kommunen er ikke pliktig til å tillegge hennes ønsker avgjørende vekt, til tross for at hennes synspunkt skal høres. Pasienten har en medvirkningsrett, ikke bestemmelsesrett. Samtidig må det sentrale i denne vurderingen være at kommunen i utgangspunktet har en plikt til å utforme tjenestetilbudet i samarbeid med pasienten. Det fremstår ikke som at dette er gjort.

Delkonklusjonen er derfor at den manglende medvirkningen utgjør en saksbehandlingsfeil.

4.2 Delspørsmålet er om saksbehandlingsfeilen får betydning for vedtakets innhold.

Det rettslige grunnlaget for spørsmålet er fvl. § 41. Det følger av bestemmelsen at når det ikke er grunn til å til å regne med at saksbehandlingsfeilen ikke har virket inn vedtakets innhold, er den "likevel gyldig".

Etter ordlyden angir ikke bestemmelsen en høy terskel for innvirkningskravet, da det kun behøver å være "grunn til å regne med" at feilen ikke har virket inn. Bestemmelsen er en gyldighetsregel, og besvarer ikke isolert sett spørsmålet om hvorvidt feilen medfører ugyldighet. Den vil kunne rette seg mot hvorvidt vedtaket er gyldig.

Høyesterett har formulert vurderingstemaet som at det må foreligge "en ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen kan ha hatt betydning, jf. rt. 2015 s. 1388. Det er videre ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning, jf. rt. 2009 s. 661.

I det forestående tilfellet er det tale om en vurdering basert på kommunens skjønn. Det må legges til grunn at en person som søker om sykehusplass ville medvirket i form av å tydeliggjøre dette ønsket. Kommunens vurdering ser dermed ikke ut til å kunne blitt påvirket av den manglende medvirkningen. Det er allerede klart for kommunen at Bodil ønsker sykehjemsplass.

Delkonklusjonen er at saksbehandlingsfeilen ikke får betydning for vedtakets gyldighet.

Peder anfører at vedtaket også lider av en innholdsmangel som følge av at de har lagt til grunn feil alder og feil i vurderingen av Bodils helse.

4.3 Delspørsmålet er dermed om vedtaket lider av innholdsmangler.

En innholdsmangel vil si at vedtaket i sitt innhold er beheftet med feil. Høyesterett har i HR2016-2017-A avsnitt 63 slått fast at "Når et vedtak bygger på et uriktig faktisk grunnlag, foreligger det en innholdsmangel".

For at et uriktig faktisk grunnlag skal medføre en innholdsmangel, må feilen ha fått betydning for forvaltningens subsumsjon.

I det forestående tilfellet har forvaltningen lagt til grunn at Bodil var ved god helse og at hun var 10 år yngre enn det hun faktisk var. Det må kunne sies at det på generelt grunnlag er store forskjeller i helseforutsetningene til en på 77 sammenlignet med en på 87. Det må derfor anses som klart at denne feilen har virket bestemmende på avgjørelsens innhold.

Hovedregelen ved innholdsmangler er ugyldighet, jf. rt. 2009 s. 851. Det er kun i særlige tilfeller det er aktuelt å fravike hovedregelen om dette utgangspunktet, jf. HR-2021-2571-A.

Konklusjonen er derfor at vedtaket må kjennes ugyldig.

Hovedspørsmålet er om kommunens vedtak er en ulovlig restriksjon på tjenestefriheten.

Jeg forstår Peders anførsel som at tjenestereglene i tjenesteloven ikke skal behandles.

Retten til å yte tjenester følger av EØS-avtalen artikkel 36, og gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1.

Det rettslige grunnlaget for spørsmålet er EØS-loven artikkel 36.

Det følger av bestemmelsens første ledd at det ikke skal være noen "restriksjoner" på "adgangen til å yte tjenester" innenfor avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EUs eller EFTAs medlemsstater, som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

Etter ordlyden er det forbudt med "restriksjoner" på "adgangen" til å yte tjenester. Isolert sett kan dette gi anvisning på at bestemmelsen kun omfatter adgangen til markedet. Videre må tjenesteyteren ha etablert seg "i en annen" stat enn tjenesteytelsens mottaker. Ordlyden gir anvisning på at det må foreligge et grensekryssende element.

Tjenestebegrepet defineres i artikkel 37 som "tjenester som vanligvis ytes mot betaling". Det må være klart at Knut yter en tjenester, som vanligvis ytes mot betaling. Det kan argumenteres for at det faktum at Knut har utenlandske klienter er for fjernt til at kravet til grensekryssende element er oppfylt.

Problemstillingen er om det faktum at Knut leverer tjenester til utenlandske kunder er tilstrekkelig for at man tjenestereguleringene kommer til anvendelse.

I sak C-311/19 slo EU-domstolen fast at det ikke er tilstrekkelig med en ren mulighet for utenlandske kunder. Situasjonen stiller derimot noe annerledes i det forestående tilfellet, da Peder faktisk allerede har utenlandske kunder han nå ikke får levert tjenester til. Det er altså tilstrekkelig for anvendelsen av EØS-reglene at tjenesteyteren faktisk har utenlandske kunder.

Vi befinner oss derfor innenfor EØS-reglenes virkeområde.

Delspørsmålet er dermed om det foreligger en "restriksjon" på "adgangen til å yte tjenester, jf EØS artikkel 36.

EU-domstolen har i sin praksis tolket og utvidet restriksjonsbegrepet. I sak c- 76/90 uttales det at en restriksjon er tiltak som "der kan være til hinder for eller på annen måte genere den virksomhet, som udoeves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser".

At Knut nå indirekte tvinges til å holde seg hjemme som følge av at han må ta vare på moren sin, som igjen er en følge av kommunens vedtak, må kunne sies å være et "hinder" på hans virksomhet. Han yter tjenester på tvers av landegrensene som følge av at jobben medfører et reisebehov.

Samtidig må uttalelsene kun kunne regnes som et utgangspunkt. Grunnen er at rettspraksis konvergerer og utvikler de situasjoner som er omfattet av restriksjonsbegrepet. Ikke ethvert hinder vil kunne regnes som en restriksjon. I sak C-602/10 la EU-domstolen til grunn en vurdering av hvorvidt tiltakets virkning kunne sies å være "for fjern og indirekte" til at det kunne regnes som en restriksjon.

I det forestående tilfellet er Knuts manglende mulighet på å yte tjenester en direkte konsekvens av kommunens vedtak. Samtidig kan det argumenteres for at det må trekkes en grense; ethvert vedtak om manglende sykehjemsplass vil i mange tilfeller medføre at familier i

større grad må bistå den hjelpetrengende. Det opplyses i faktum om at Peder "så seg nødt" til å trappe ned til en 80% stilling. Jeg forstår dette som at Peder faktisk er nødt til å trappe ned. På den andre siden fremstår Peders nedtrapping som noe som gjøres av eget tiltak, og ikke noe som pålegges han av kommunen. Dette taler for at tiltakets virkning er for fjern og indirekte.

Konklusjonen er at virkningen av tiltaket er for fjern og indirekte til at det kan regnes som en restriksjon på tjenestefriheten.

Subsidiært, gitt at virkningen ikke var for fjern og indirekte tas det stilling til ytterligere vilkår som rettspraksis gir grunn til.

Rettspraksis gir videre grunn til å skille mellom tiltak som direkte hindrer adgangen til markedet, og tiltak som regulerer utøvelsen når en først er kommet inn. Tiltak som hindrer adgangen til markedet er alltid en restriksjon, jf. C-518/06.

Knut har i det forestående tilfellet ikke mistet adgangen til å tilby tjenester, men derimot gjør tiltaket det vanskelig for hans utøvelse.

Når det ikke foreligger et adgangshinder, må det vurderes om tjenesteyteren kan handle på markedet under normale og effektive konkurransevilkår, jf. C-565/08. "Normale" konkurransevilkår kan ses på som et uttrykk mot et forbud mot forskjellsbehandling. Rettspraksis er ikke helt tydelig i hva som ligger i "effektive" konkurransevilkår. Det kan derimot argumenteres for at det ser ut til å arte seg som en sikkerhetsventil, som skal beskytte mot uforholdsmessig byrdefulle tiltak.

Tiltaket kan vanskelig sies å være forskjellsbehandlende eller diskriminerende overfor Knut. Virkningen er derimot at han ikke vil kunne bistå klienter på samme måte som før, og at han ikke får mulighet til å foreta seg utenlandsreiser. Samtidig kan det vanskelig sies at tiltaket innebærer unormale konkurransevilkår. Konklusjonen må derfor være at han er underlagt normale og effektive konkurransevilkår.

Konklusjonen er derfor at det ikke foreligger en restriksjon på tjenestefriheten.

Subsidiært, forutsatt at vedtaket er en restriksjon på tjenestefriheten, må det tas stilling til om den kunne blitt rettfærdiggjort.

Det rettslige grunnlaget for spørsmålet er EØS artikkel 33, jf. artikkel 39. Det følger av artikkel 33 at tiltak ikke skal være til hinder for restriksjoner som er begrunnet med hensynet til "offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen".

EU-domstolen har supplert dette utgangspunktet med en proposjonalitetsvurdering. Det må tas stilling til om tiltaket er egnet, nødvendig og begrunnet i et legitimt formål. Ved særlig inngripende tiltak tar de også stilling til forholdsmessighet i snever forstand. Dette gjøres derimot svært sjeldent. Jeg ser derfor ikke grunn til at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering *stricto sensu* i det forestående tilfellet, fordi det ikke er tale om noe særlig inngripende tiltak.

At tiltaket må være egnet innebærer at tiltaket må være tjenlig. At det må være nødvendig innebærer at mindre inngripende tiltak ikke kunne ivareta det samme formålet.

Ved opprinnelsesnøytrale tiltak kan tiltak begrunnes i både traktatfestede hensyn, men også suppleres med den domstolsskapte læren om "tvingende allmenne hensyn". Hva gjelder læren om "tvingende allmenne hensyn" er det antatt at det gjelder alle hensyn som er ikke-økonomiske, jf. C-120/95. Læren kommer til anvendelse på tiltak som er opprinnelsesnøytrale.

I det forestående tilfellet er tiltaket begrunnet i et økonomisk hensyn, altså kommunens økonomi. Dette regnes ikke som et legitimt hensyn. Det fremstår fra faktum som at dette var det bærende hensynet i kommunens vurdering.

Konklusjonen er derfor at tiltaket ikke ville kunne blitt rettferdiggjort, hvis det hadde blitt regnet som en restriksjon.

Ord: 3408

2 Svar til del II

Spørsmålet er hvilken adgang kommunen har til å sette husordensregler.

Kommunen anfører at de i som følge av at de er eier av sykehjemmet, kan bestemme hvilke regler som gjelder for beboerne. Avtaler inngått i form av plass på sykehjem inngås med utgangspunkt i forvaltningens privatautonomi.

I utgangspunktet har forvaltningen anledning til å stille vilkår ved begunstigende vedtak. Adgangen til å stille vilkår betinges av at de har saklig sammenheng med vedtaket, og ikke er uforholdsmessig tyngende. Dette følger av den ulovfestede vilkårs læren.

At det må ha et saklig sammenheng innebærer at det må være en tilstrekkelig tilknytning og være formålsmessig. At de ikke kan være uforholdsmessig tyngende innebærer at vilkårene ikke må fremstå som urimelige overfor privatpersonen.

Rt. 2010 s. 612 kan sies å ha noe overføringsverdi til den forestående saken. Saken gjaldt muligheten til å utøve en tvangsvask på et sykehjem, mot pasientens vilje. I dommen slo Høyesterett fast at man også på denne sektoren har adgang til å stille vilkår ved ellers begunstigende vedtak. Samtidig påpeker de at ved tilbud om sykehjemsplass vil søkerens reelle valgfrihet ofte være høyst begrenset, og adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever. De drøftet imidlertid ikke hvor denne grensen eventuelt ville gå. Høyesterett viste videre til FOR-1988-11-14-932, hvor det fremgår at beboerne må akseptere de begrensninger som følger av hensynet til "medisinsk behandling, drift av boformen og hensynet til andre beboere".

Dette innebærer at for at forbudet mot alkohol, og forbudet mot å ta imot besøk etter kl.17:30 skal være lovlige, må de altså ha et saklig sammenheng med det opprinnelige vedtak, samt ikke være uforholdsmessig tyngende. Dersom dette er oppfylt, har kommunen adgang til å stille vilkårene. Jeg behandler vilkårene samlet.

En begrensning i adgangen til å nyte alkohol og besøk på kveldstid kan knyttes til hensynet til drift av boformen. Slikt sett er vilkårene formålsmessige. Det avgjørende blir dermed om de kan sies å være uforholdsmessig tyngende.

På den ene siden må det antas å være svært begrensende å ikke ha mulighet for besøk etter klokken 17.30. Et sentralt formål med helselovgivningen er nettopp å fremme sosial trygghet, og ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre. Dette taler for at vilkåret kan sies å være uforholdsmessig tyngende. På den andre siden kan det å tillate besøk senere på kvelden, og det å tillate alkoholbruk medføre større byrder på kommunen, som de ikke nødvendigvis har bemanning til å ivareta. Hensynet til de andre beboerne kan også tale for at alkoholbruk bør kunne begrenses. Samtidig er det ikke gitt at besøk senere på kvelden vil medføre en større arbeidsbyrde på kommunen. Det kan også argumenteres for at denne tidsbegrensningen kunne blitt satt til senere på kvelden.

Jeg legger avgjørende vekt på at et sentralt formål med helselovgivningen er å tilrettelegge fr en meningsfull tilværelse med andre. Å sette et forbud mot besøk etter klokken 17.30 fremstår som uforholdsmessig byrdefullt. Alkoholforbudet fremstår derimot ikke som uforholdsmessig byrdefullt

Konklusjonen er at kommunen har tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for å sette vilkår når de innvilget Bitten plass på sykehjemmet, med den begrensningen av at de må ha et saklig sammenheng med vedtaket, og ikke være uforholdsmessig tyngende.

Ord: 526