

KANDIDAT


XXXXXX

PRØVE

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett

Emnekode	JUS2211
Vurderingsform	Hjemmeeksamen
Starttid	14.12.2021 07:45
Sluttid	14.12.2021 14:30
Sensurfrist	07.01.2022 22:59
PDF opprettet	15.12.2021 13:04

Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
	Generell informasjon	Informasjon eller ressurser

Seksjon 2

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

1	JUS2211 H21	Langsvar
---	-------------	----------

EKSAMENSOPPGAVE

JUS2211 - Forvaltningsrett og EØS-rett

Dato: Tirsdag 14. desember 2021

Tid: kl. 09.00 - 15.00

Del I

Regjeringen ønsket å stanse oljeleting på norsk sokkel, men hadde ikke bestemt seg for på hvilket tidspunkt. Spørsmålet kom på spissen etter at regjeringen hadde lyst ut undersøkelsestillatelser i et område som var åpent etter petroleumsloven § 3-1, men der ingen lenger trodde at det var noe drivverdig å finne. Tanken med å utlyse undersøkelsestillatelser i dette området, var å gi inntrykk av at man formelt ikke hadde avsluttet letingen etter olje, samtidig som man anså det usannsynlig at noen ville være interessert i å lete i det aktuelle området. Den ansvarlige statsråden for oljevirkosomhet, Marte Kirkerud, hadde fornøyd sendt en e-post til sine venner i konsulentselskapet Null om planen bak det hele. I e-posten sto det «Når det viser seg at ingen er interessert i disse tillatelsene innen fristen, skal regjeringen gå samlet ut og si at markedets interesse for oljeleting nå er borte, og at all videre letevirkosomhet derfor kan avsluttes, uten at det får noen uheldige konsekvenser for markedet. Rekker vi dette før valget, bør vi være sikret seier». Hele planen slo imidlertid sprekker da oljeselskapet Petrohunt AS søkte om undersøkelsestillatelse. Peder Ås, som var saksbehandler i Oljedirektoratet, fant ingen feil i søknaden, og basert på hans innstilling ble undersøkelsestillatelsen tildelt. I vedtaket ble det stilt vilkår om at det ikke skulle være noen aktivitet under torskens gyteperiode i dette området (april og mars), og at det var forbudt å bruke annet enn norsk arbeidskraft til undersøkelsene. Direktoratet mente det ville være et fornuftig sysselsettingstiltak å kreve bruk av norsk arbeidskraft. Det var på det rene at det å gi undersøkelsestillatelse til Petrohunt AS ville føre til svært høye utslipp av klimagassen CO₂, og dermed hindre Norge i å oppfylle folkerettslige forpliktelser om utslippskutt. I innstillingen hadde Ås likevel uttrykkelig skrevet at han ikke kunne se at tildelingen ville ha noen negative effekter på naturressursene og naturmangfoldet, verken nå eller for etterslektene.

Fordi regjeringen ikke trodde at noen kom til å søke om undersøkelsestillatelse, var det heller ikke foretatt noen utredning av de miljømessige konsekvensene av å gi undersøkelsestillatelser i det aktuelle området. Det var på det rene at det heller ikke var krav om ytterligere konsekvensutredning for undersøkelsesstadiet. Direktoratet hadde dessuten den prinsipielle holdning at store og spesialiserte selskaper, som Petrohunt AS, selv måtte sørge for å utrede om deres virksomhet kunne ha miljøkonsekvenser. Finansdirektøren i Petrohunt AS, Lars Holm, hadde i tillegg vært i Forsvaret med Peder Ås. De hadde tjenestegjort på samme sted og beholdt kontakt med hverandre, og Ås var blant annet fadder til Holms sønn. Fordi Ås hadde bosatt seg i Stavanger, mens Holm bodde i Oslo, kunne det gå ett år mellom hver gang de så hverandre. Peder Ås mente det var all grunn til å stole på Lars Holm, og en slik tillatelse ville gi ham en unik mulighet til å vise hvor dyktig han var til å styre økonomien i et prosjekt som innebar oljeleting.

Da miljøorganisasjonen Stopp Oljeleting ble kjent med tildelingen av tillatelsen, ble de fortvilet og klaget over alle sider av vedtaket. For det første mente organisasjonen at det var feil i saksbehandlingen. Det var en feil at de miljømessige konsekvensene ikke var utredet slik forvaltningsloven krever, og Peder Ås var inhabil til å behandle søknaden om tillatelse på grunn av sitt vennskap med Lars Holm. På grunn av saksbehandlingsfeilene mente de at tildelingsvedtaket måtte anses som ugyldig. I tillegg mente organisasjonen at vedtaket bygget på en feil forutsetning. Det var feil av direktoratet å legge til grunn at tildelingen ikke ville ha negative effekter på naturressursene og naturmangfoldet, verken nå eller for etterslektene. Denne feilen måtte i seg selv lede til at hele vedtaket var ugyldig.

Etter vedtaket om tildelingen av tillatelsen reagerte også Petrohunt AS. De oppdaget at overskuddet ville bli kraftig redusert som følge av forbudene mot henholdsvis aktiviteter under torskens gyteperiode og bruk av utenlandsk arbeidskraft. De klaget over at aktivitetsforbudet var ugyldig, fordi det ikke hadde saklig sammenheng med formålet i petroleumsloven, som ikke omtalte forholdet til torsk eller annen fisk. Videre klaget de også over forbudet mot bruk av utenlandsk arbeidskraft. De mente at dette kravet var diskriminerende forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen.

Oljedirektoratet var på sin side uenig i at det var noen saksbehandlingsfeil, og uansett var disse feilene av slik art at de ikke kunne lede til ugyldighet. Direktoratet erkjente at det å gi undersøkelsestillatelse til Petrohunt AS ville føre til svært høye utslipp av klimagassen CO₂, noe som hindret Norge i å oppfylle folkerettslige forpliktelser om utslippskutt. Ifølge direktoratet var imidlertid folkeretten og klimautslipp noe som andre måtte forholde seg til. Det kunne ikke ha innvirkning på direktoratets skjønn ved tildeling av en undersøkelsestillatelse som dette. Direktoratet var også uenig i klagen fra Petrohunt AS. Petroleumsloven skulle blant annet sikre miljøet, og det gjorde at de også kunne ta hensyn til torsk ved tildeling av tillatelser. Dessuten kunne ikke EØS-avtalen være til hinder for å utelukke bruk av utenlandsk arbeidskraft. EØS-avtalen kunne ikke gjelde på norsk sokkel, og hensynet til norsk sysselsetting måtte uansett være en god grunn som kunne forsvare et krav om kun å bruke norsk arbeidskraft.

Drøft og ta stilling til alle prinsipale og subsidiære rettsspørsmål.

Del II

I valgkampinnspurten fikk nettstedet «Ja til olje» nyss om at det hadde vært kontakt mellom statsråden og konsulentselskapet Null, og de begjærte innsyn i alle e-poster. Embetsverket i departementet fant frem e-postene og klargjorde dem for umiddelbar offentliggjøring. Da ansvarlig statsråd Marte Kirkerud fikk høre om planen om umiddelbar offentliggjøring, sendte hun en SMS til saksbehandleren med følgende innhold: «Vi er ikke tjent med at e-posten offentliggjøres i innspurten på valgkampen. E-postene sendes derfor ikke ut med en gang. Jeg har hørt at det vanligvis aksepteres at man bruker tre virkedager på å behandle krav om innsyn. E-postene skal derfor ikke sendes ut før denne tredagersfristen.» Saksbehandleren for innsynsbejæringen, Hans Tastad, ble rasende og tenkte at statsrådens melding hindret nettstedet Ja til olje i få viktig informasjon i valgkampen. Han ventet likevel med å offentliggjøre e-postene, men la straks statsrådens SMS ut på Twitter.

Nettstedet Ja til Olje reagerte på at de ikke fikk innsyn med en gang. Da de oppdaget Twitter-meldingen om statsrådens SMS, skrev de umiddelbart til Kirkerud og hevdet at hennes SMS var en instruks som hadde brutt offentleglovas krav om å avgjøre innsynsbejæringer uten ugrunnet opphold. Statsråden på sin side hevdet at nettstedet Ja til Olje ikke nødvendigvis hadde noe krav på innsyn i e-postene. De var jo ikke selv part i saken, og hva hun skrev som statsråd til sine bekjente i konsulentselskapet Null, måtte være privat korrespondanse. For det tilfellet at nettstedet Ja til Olje likevel hadde krav på innsyn, hevdet hun at SMS-en ikke var noen instruks. Selve ordet «instruks» ble ikke brukt, og SMS-en inneholdt dessuten bare noen synspunkter på hvordan saken kunne behandles. Ja til Olje var uenig på alle punkter og ønsket av prinsipielle grunner en rettslig avklaring. De ba derfor Sivilombudet vurdere om de hadde et rettslig krav etter offentleglova på å få epostene utlevert, og om statsrådens SMS var en instruks som var lovstridig. Sivilombudet tok saken under behandling.

Drøft og ta stilling til alle prinsipale og subsidiære rettsspørsmål.

¹ JUS2211 H21

Skriv ditt svar her

DEL 1

Det overordnede spørsmålet er om vedtaket om tildeling av undersøkelsestillatelse er ugyldig.

I det følgende vil jeg behandle anførslene til Miljøorganisasjonen "Stopp Oljeleting" og oljeselskapet "Petrohunt AS" separat i henholdsvis punkt 1 og 2.

Jeg kan ikke se at det er omtvistet hvorvidt Miljøorganisasjonen "Stopp Oljeleting" har rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28, selv om dette isolert sett ikke anses som åpenbart. Petroleumsloven regulerer ikke klageadgangen. I sin alminnelighet anses imidlertid miljøorganisasjoner å kunne ha en rettslig interesse ved søksmål i liknende saker, se blant annet RT1980-569 (Alta I) RT-2003-833 (FSRØ). Adgangen til forvaltningsklage er som utgangspunkt minst like vid som adgangen til å fremme søksmål, og det forutsettes i det følgende at organisasjonen har rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28. Petrohunt AS er naturlig nok part etter definisjonen i fvl. § 2 (1) bokstav e.

1. Miljøorganisasjonen "Stopp Oljeleting" mot Oljedirektoratet

1.1 Manglende utredning etter forvaltningsloven § 17

Det første spørsmålet er om det er en saksbehandlingsfeil at de miljøkonsekvensene ikke var utredet slik forvaltningsloven krever, og om dette leder til ugyldighet. Dette reiser spørsmål om forvaltningsloven av 1967 i det hele tatt kommer til anvendelse ved søknad om undersøkelsestillatelse.

Det følger av petroleumsloven § 11-9 at forvaltningsloven ikke gjelder for forvalterselskapet. Det følger også av petroleumsforskriften at § 85 at forvaltningsloven ikke gjelder i enkelte tilfeller, herunder partsinnsyn. Utover

dette er det ikke nevnt at forvaltningslovens regler ikke gjelder ved vedtak om undersøkelsestillatelser, og forvaltningsloven anses derfor å komme til anvendelse, jf. forvaltningsloven § 1. For øvrig vil alminnelige rettssikkerhetsgarantier, særlig kravet om forsvarlig saksbehandling tale for at forvaltningslovens saksbehandlingsregler kommer til anvendelse. Dette er vedtak som berører mange tredjepartsinteresser og miljøet for øvrig, noe som forutsetter en nøytral, god, og tillitsbasert saksbehandling.

Delkonklusjon: Forvaltningsloven kommer til anvendelse, jf. fvl. § 1.

Utgangspunktet er at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf. § 17 (1) første punktum.

Noen av hensynene bak bestemmelsen er å sikre nøytrale avgjørelser og et godt beslutningsgrunnlag. Ordlyden "så godt opplyst som mulig" kan imidlertid ikke tas bokstavelig, ettersom det er flere hensyn og interesser som gjør seg gjeldende i en forvaltningssak. Sakens betydning for partene må veies opp mot omkostninger, generelle effektivitetsbetraktninger og sakens viktighet for det offentlige.

Det følger av faktum at det ikke var foretatt noen utredning av de miljømessige konsekvensene av å gi undersøkelsestillatelser i det aktuelle området. Dette skyldes at regjeringen ikke trodde at noen kom til å søke om undersøkelsestillatelse. Sett i lys av utredningskravet i § 17, kan regjeringen neppe imøtekommes med dette. De har lyst ut undersøkelsestillatelser i et område som var åpent etter petroleumsloven § 3-1, noe som stiller krav til et beslutningsgrunnlag. Saken er ikke "så godt opplyst som mulig", jf. fvl. § 17

I denne forbindelse anfører regjeringen at store og spesialiserte selskaper som Petrohunt AS selv måtte sørge for å utrede om deres virksomhet kunne ha miljøkonsekvenser. En slik plikt kan utledes av blant annet miljøinformasjonsloven § 9.

Spørsmålet er således om det er oljedirektoratet eller Petrohunt AS som har ansvar for å utrede om virksomhetene kan ha miljøkonsekvenser.

Det følger av forvaltningsloven § 17, at det som hovedregel er "forvaltningsorganet" som skal påse at saken er tilstrekkelig utredet. Dette følger blant annet av det inkvisitoriske prinsipp. Et slikt krav til kunnskap kan også utledes av miljøinformasjonsloven § 8.

Miljøinformasjonsloven har sin folkerettslige forankring i Aarhuskonvensjonen, som vi er folkerettslig bundet til. Det presumeres at miljøinformasjonsloven er i samsvar med Aarhuskonvensjonen, jf. presumsjonsprinsippet.

En helt grunnleggende forutsetning for at miljøhensynet kan ivaretas tilfredsstillende i utforming av politikk og planer og i behandling av enkeltsaker, er at myndighetene har den nødvendige kunnskap.

Det følger av miljøinformasjonsloven § 8 at forvaltningsorganer har "på et overordnet nivå" plikt til å ha miljøinformasjon som er relevant til deres egne ansvarsforhold og funksjoner, og til aktivt å gjøre denne informasjonen allment tilgjengelig. Loven gjelder for oljedirektoratet, jf. § 5 (1) bokstav a, jf. offentlighetsloven § 2.

Ordlyden "overordnet nivå" begrenser naturlig nok til kunnskap på et detaljnivå. I foreliggende sak er det ikke opplyst konkret hvilke miljømessige konsekvenser det er tale om, men det er naturlig å kreve at oljedirektoratet har kunnskap om hvilke konsekvenser undersøkelser på norsk sokkel har for miljøet. Dette må for øvrig ses i lys av kunnskapsplikten som kan utledes fra Grunnloven § 112 (2).

Videre, er kunnskapen som direktoratet har plikt til å inneha relevant til deres egne ansvarsforhold og funksjoner. Det er oljedirektoratet som har ansvar for å avgjøre hvem som skal foreta undersøkelse, ved å gi undersøkelsestillatelse, jf. petroleumsloven § 2-1, jf. petroleumsforskriften § 2.

Delkonklusjon: Oljedirektoratet har ikke utredet saken tilstrekkelig etter forvaltningsloven § 17, og har ikke oppfylt sin kunnskapsplikt etter miljøinformasjonsloven § 8.

Departementet er videre ansvarlig for konsekvensutredning forut for åpning av nye områder for petroleumsvirksomhet i medhold av lovens § 3-1, jf. petroleumsforskriften kapittel 2 a. Dette forutsetter altså at det er foretatt en konsekvensutredning, noe som oljedirektoratet anfører. Det fremgår av faktum at området var åpent etter petroleumsloven § 3-1, noe som innebærer at det trolig allerede må ha blitt foretatt en konsekvensutredning. Dette punktet er heller ikke uttrykkelig bestridt fra miljøorganisasjonens side.

En slik plikt følger for øvrig av EUs plandirektiv 2001/42/EF som setter krav til konsekvensutredninger forut for åpningsvedtak. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom blant annet petroleumsforskriften. Direktivet er også gjennomført i konsekvensutredningsforskriften, som på generelt grunnlag stiller krav til konsekvensutredning for alle tiltak som kan ha "vesentlig virkning for miljø eller samfunn". Det er liten tvil om at et tiltak som undersøkelsestillatelse vil ha vesentlige virkning for miljø og samfunn. Det forutsettes imidlertid at det allerede er foretatt en konsekvensutredning i forbindelse med åpningsvedtaket. Det er slik jeg forstår faktum, jf. blant annet ordlyden "på det rene".

Delkonklusjon: Det kreves ikke en særskilt konsekvensutredning for undersøkelsestillatelsen.

Det neste spørsmålet er således om saksbehandlingsfeilen ved at saken ikke er tilstrekkelig utredet etter forvaltningsloven § 17, medfører ugyldighet.

Ettersom det er tale om en saksbehandlingsfeil, kommer gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41 til anvendelse. Det følger av forvaltningsloven § 41 at et vedtak likevel er gyldig "når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold". Siden bestemmelsen er en gyldighetsregel, er altså utgangspunktet at vedtaket er gyldig til tross for saksbehandlingsfeil.

Ordlyden "når det er grunn til å regne med" angir at det må foretas en sannsynlighetsvurdering. Isolert sett kan ordlyden tilsi at det kreves en overvekt av sannsynlighet for ikke-innvirkning. Det følger imidlertid av forarbeidene og rettspraksis at det ikke behøves påvist en overvekt av sannsynlighet for at feilen kan ha hatt innvirkning på resultatet. Det krever heller ikke at feilen faktisk har virket inn på resultatet. Det er tilstrekkelig at det er en "ikke helt fjerntliggende mulighet for det", jf. RT-2009-661 avsnitt 71 (Ambassadesaken).

Lovteksten gir ikke så mye veiledning når det gjelder den konkrete vurderingen etter forvaltningsloven § 41. I RT-2009-661 avsnitt 72 fremhever Høyesterett at vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Hvorvidt feilen har innvirket på vedtakets innhold beror således på en konkret helhetsvurdering.

Spørsmålet er altså om manglede utredning av miljømessige konsekvenser, har hatt *innvirkning* på vedtakets innhold.

Et vedtak om undersøkelsestillatelse beror i stor grad på en diskresjonær kompetanse, noe som altså åpner for skjønnsmessige vurderinger. Det er liten tvil om at miljøhensyn er sektorovergripende hensyn, og er generelt et relevant hensyn etter formålsbestemmelsen i petroleumsloven § 1-2. Det faktum at dette hensynet ikke er tilstrekkelig utredet, taler altså for at det kan ha påvirket vedtakets innhold.

Direktoratet anfører i den anledning at det ikke kunne ha innvirkning på direktoratets skjønn ved tildeling av en undersøkelsestillatelse som dette. Det er imidlertid lite som tilsier at direktoratet på forhånd hadde bestemt seg for å innvilge søknaden til Petrohunt AS, uten hensyn til hva miljøhensyn måtte tilsi. Dette er en vesentlig forskjell fra de dommene i Høyesterett, hvor det konkluderes med at manglende konsekvensutredning ikke kan ha påvirket vedtakets innhold, fordi kommunen allerede hadde bestemt seg på få forhånd, se blant annet RT-2009-661 (Ambassade) og HR-2017-2247-A (Reinøy).

Det anses derfor nærliggende å konkludere med at en utredning om miljømessige konsekvenser kunne ha påvirket direktoratets avgjørelse. Det er i faktum fremhevet at regjeringen ønsket å stanse oljeleting på norsk sokkel, noe som isolert sett taler for hvilken holdning de har til miljø- og oljepolitikken. Det kan derfor anses å foreligge en ikke helt fjerntliggende mulighet for innvirkning ved at miljømessige konsekvenser ikke er tilstrekkelig utredet i saken, sml. formuleringen i RT-2009-661 avsnitt 71 (Ambassade).

Delkonklusjon: Manglede utredning av miljømessige konsekvenser, har hatt innvirkning på vedtakets innhold.

Selv om vedtaket ikke er "likevel gyldig" etter forvaltningsloven § 41, betyr ikke dette at vedtaket er ugyldig av den grunn. Bestemmelsen kan ikke tolkes antitetisk, og det må således foreligge en ugyldighetsgrunn. En forutsetning for ugyldighet er at det foreligger en ugyldighetsgrunn. Den ulovfestede ugyldighetslæren er en slik ugyldighetsgrunn, og består av følgende to komponenter: en innvirkningsvurdering og en interesseavveining.

Når det gjelder innvirkningsvurderingen, er denne i stor grad tilsvarende den som allerede er foretatt etter forvaltningsloven § 41, se ovenfor.

Innvirkningskravet anses dermed oppfylt.

Når det gjelder interesseavveiningen, kan denne medføre at vedtak som har feil som har virket inn på innholdet likevel kan være gyldige etter en helhetsvurdering. Høyesterett har i HR-2016-2017-A fremhevet at interesseavveiningen beror på en konkret helhetsvurdering, hvor følgende momenter vil være av betydning: hvor lang tid som er gått siden vedtaket ble fattet, i hvilken grad Petrohunt har innrettet seg etter vedtaket, hvem som kan bebreides, og hva slags type feil det er tale om, jf. avsnitt 73. Høyesteretts praksis viser at det er tale om en høy terskel for å konstatere gyldighet, når vedtaket er beheftet med en feil som har virket inn på vedtakets innhold. Denne terskelen vil være førende for vurderingen.

Når det gjelder tidsaspektet, forutsettes det på bakgrunn av faktum at Petrohunt enda ikke har startet sitt undersøkelsesarbeid. Det er heller ingenting som indikerer at selskapet har innrettet seg tilstrekkelig etter vedtaket. På bakgrunn av faktum og den ellers høye terskelen for gyldighet, er det nærliggende å konkludere med at manglende utredning av miljøkonsekvenser medfører at vedtaket er ugyldig.

Delkonklusjon: Vedtaket er ugyldig etter den ulovfestede ugyldighetslæren.

Konklusjon: Det foreligger en saksbehandlingsfeil ved at de miljøkonsekvensene ikke var utredet slik forvaltningsloven kreve, vedtaket er ugyldig på denne bakgrunn.

1.2 Inhabilitet

Den videre drøftelsen av de øvrige ugyldighetsgrunnene er derfor subsidiaer. Det forutsettes at vedtaket er gyldig.

Det neste spørsmålet er om Peder Ås var inhabil til å behandle søknaden om tillatelse på grunn av sitt vennskap med Lars Holm, og om dette medfører ugyldighet. Forvaltningsloven kommer til anvendelse, jf. fvl. § 1.

Reglene om habilitet følger av forvaltningslovens kapittel 2, og er ment å sikre at det fattes korrekte, nøytrale og upartiske avgjørelser. Habilitetsreglene er altså viktige for å opprettholde borgernes tillit til forvaltningen. Det er på det rene at habilitetsreglene gjelder overfor Peder Ås ettersom han er en offentlig tjenestemann som arbeider i et forvaltningsorgan, se § 10. Habilitetsreglene er for øvrig ikke begrenset til kun å gjelde for "enkeltvedtak", men for alle "avgjørelser". Det kan legges til grunn at vedtak om undersøkelsestillatelse er en avgjørelse i forvaltningslovens forstand.

Det følger av forvaltningsloven § 6 (1) at en "offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak", etterfulgt av tilfeller som medfører automatisk inhabilitet, se § 6 (1) bokstav a-e. Anvendt på foreliggende sak er det lite som tilsier at noen av disse alternativene er relevante, og det er således hovedregelen i § 6 (2) som gjelder.

Forvaltningsloven § 6 (2) anses som hovedregelen, og kan gi grunnlag for inhabilitet etter en konkret helhetsvurdering. Det må foreligge "særegne forhold" som er "egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet", jf. § 6 (2) første punktum. I vurderingen skal det blant annet legges vekt på om "avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til", jf. § 6 (2) annet punktum.

Spørsmålet er således om Peder Ås sitt vennskap med Lars Holm er et "særegent forhold" som er "egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet".

Ordlyden "særegne forhold" antyder en viss terskel, og at det må være tale om forhold utenom det vanlige. Dommen inntatt i RT-1996-64 (Hegnar hotell) handlet om hvorvidt et kommunestyremedlem var inhabil i en sak om skjenkebevilling. Høyesterett kom frem til at medlemmet hadde en tilknytning til en tomt som grenset opp til det hotellet som søkte skjenkebevilling. I den

konkrete saken bodde ikke kommunestyremedlemmet på eiendommen, men ønsket å bygge på den. Etter Høyesteretts vurdering hadde han derfor en særinteresse i hotellets skjenketid. Dette var et særegent forhold i forvaltningslovens forstand, og dommen viser at det hele beror på en konkret vurdering utfra de forhold som gjør seg gjeldende i saken.

I foreliggende sak er det opplyst om at Ås og Holm hadde tjenestegjort sammen i forsvaret, og at de siden har beholdt kontakten med hverandre. De møtes ikke ofte, men Ås var blant annet fadder til Holms sønn. Dette antyder et nokså nært vennskap, og det har dermed nokså liten betydning at de ikke møtes med hyppige mellomrom. Som fremhevet ovenfor antyder imidlertid ordlyden "særegent" at det ikke er ethvert forhold som rammes av inhabilitetsreglene.

Vennskapet til de to er nærliggende å anse som et forhold som kan lede til inhabilitet, og de har en nær personlig tilknytning. Det er fremhevet i faktum at Peder Ås anfører at denne tillatelsen ville gi Holm en unik mulighet til å vise hvor dyktig han var, og at han kunne stole på ham. Det skal som nevnt også skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære en særlig fordel for noen Peder Ås har nær personlig tilknytning til. Vedtaket innebærer en fordel for Lars Holm, og det er derfor etter en samlet vurdering forsvarlig å anse dette som et særegent forhold. De har et langvarig vennskap, de har opprettholdt kontakten med hverandre, og Ås er fadder til sønnen til Ås.

Når det gjelder ordlyden "egnet", kreves det ikke at forholdet rent faktisk svekker tilliten. Det er tilstrekkelig at forholdet er egnet til å svekke tilliten, og det avgjørende er derfor hvordan forholdet fremstår utad. Dette har en side til hensynet bak regelen om å opprettholde tilliten til de som fatter avgjørelsene, og det hele beror altså på en objektiv vurdering. I foreliggende sak er det som allerede fremhevet et nokså nært vennskap mellom Peder Ås og Lars Holm.

Utad kan dette være egnet til å svekke tilliten, ettersom saksbehandler og en søker helst ikke burde ha en relasjon. Dette har som nevnt en side til tillitsforholdet mellom borger og forvaltningen. Vennskapet mellom Peder Ås og Lars Holm er et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet.

Delkonklusjon: Peder Ås er inhabil.

Det neste spørsmålet er om inhabiliteten til Peder Ås medfører at vedtaket er ugyldig.

Ettersom det er tale om en saksbehandlingsfeil, kommer gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41 til anvendelse. Når det gjelder innholdet i bestemmelsen, vises det i stor grad til tolkningsdelen ovenfor.

Spørsmålet er om Peder Ås sin inhabilitet har hatt innvirkning på vedtakets innhold.

Som et utgangspunkt, er det ofte rimelig å legge til grunn at inhabilitet alltid har innvirket på vedtakets innhold. Dette gjelder særlig hvor hjemmelsgrunnlaget for et vedtak, er underlagt diskresjonær kompetanse. I foreliggende sak er ikke vurderingen av hvorvidt man skal gi Petrohult AS undersøkelsestillatelse lite lovbundet, og beror i stor grad på en helhetsvurdering. Det kan derfor legges til grunn at Peder Ås sin inhabilitet har hatt innvirkning på vedtakets innhold.

Delkonklusjon: Peder Ås sin inhabilitet har hatt innvirkning på vedtakets innhold.

Som fremhevet ovenfor kan ikke gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41 tolkes antitetisk. Det må foreligge en ugyldighetsgrunn for at vedtaket skal anses ugyldig, altså den ulovfestede ugyldighetslæren.

Når det gjelder innvirkningskravet er dette oppfylt, jf. ovenfor.

Når det gjelder interesseavveiningen, sammenfaller denne i stor grad med drøftelsen ovenfor vedrørende manglende utredning. Selskapet anses ikke å ha innrettet seg etter vedtaket, i følge faktum.

Konklusjon: Vedtaket er ugyldig grunnet inhabilitet

1.3 Vedtaket bygger på feil forutsetning

1.3.1: Naturmangfoldloven

Miljøorganisasjonen anfører videre at det var feil av direktoratet å legge til grunn at tildelingen ikke ville ha negative effekter på naturressursene og naturmangfoldet. Dette måtte i følge "Stopp Oljeleting" lede til ugyldighet.

Når det gjelder utdeling av konsesjon for undersøkelser på norsk sokkel, berører dette uten tvil naturmangfoldet i havet. Naturmangfoldsloven (heretter nml.) kommer til anvendelse på norsk sokkel, jf. nml. § 2 (3). Naturmangfoldloven § 7 fremhever utgangspunktet om at enkelte prinsipper i § 8-12, alltid skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet.

Ordlyden "skal" innebærer at det er tale om en plikt, og i tillegg er det et prosessuelt krav å legge prinsippene til grunn som retningslinjer. Ettersom det er tale om "retningslinjer", behøver imidlertid ikke prinsippene være utslagsgivende for resultatet i enhver sak. Det er tale om en vurderingsplikt, ikke en resultatplikt. Det skal videre fremgå av beslutningen at det er foretatt en slik vurdering, noe som stiller et krav til saksbehandlingen, se § 7 annet punktum.

I foreliggende sak er det ikke fremhevet hvorvidt direktoratet har vurdert disse prinsippene. Det forutsettes imidlertid at denne vurderingen ikke er foretatt, ettersom direktoratet ikke anfører at det er tatt hensyn til disse prinsippene. Det er for øvrig allerede kommet frem til at direktoratet har en manglende utredning og manglende kunnskap, noe som ikke oppfyller kravene til kunnskapsplikten i

nml. § 8. Det er altså tale om en saksbehandlingsfeil. Hvorvidt manglende kunnskapsgrunnlag medfører ugyldighet etter forvaltningsloven § 41, har jeg allerede konkludert med ovenfor. Når det gjelder den manglende skjønnsutøvelsen, ved at prinsippene ikke har inngått i beslutningsgrunnlaget, kommer jeg tilbake til nedenfor.

1.3.2: Norges folkerettslige forpliktelser

Videre fremgår det av faktum at det var på det rene at en undersøkelsestillatelse til Petrohunt ville føre til svært høye utslipp av Co₂, og hindre Norge i å oppfylle folkerettslige forpliktelser. Det kan i den anledning kort slås fast at direktoratet også må forholde seg til folkeretten og klimautslipp, i motsetning til hva direktoratet selv anfører.

Det kan således spørres om det faktum at vedtaket er i strid med Norges klimarelaterte folkerettslige forpliktelser medfører ugyldighet.

Det fremgår blant annet av Alta-saken at vedtak som er fattet i strid med våre folkerettslige forpliktelser må medføre ugyldighet. Denne dommen er imidlertid sterkt kritisert på dette punktet, og det vil derfor forutsettes at dette ikke er lege lata

Delkonklusjon: Vedtaket er ikke ugyldig begrunnet med at det hindrer Norge i å oppfylle våre folkerettslige forpliktelser.

1.3.3: Manglende skjønnsutøvelse

Ved vedtak som fattes av offentlige myndigheter, er det ofte et krav om at hovedhensyn ved skjønnen bør nevnes, jf. blant annet fvl. § 25 (3). Ordlyden "bør", vil i saker som dette ofte tolkes som "skal". Det er en sak av viktighet og er generelt inngripende ovenfor naturen. Dette innebærer at oljedirektoratet må

viser at det er foretatt et saklig og forsvarlig skjønn, sml. blant annet RT-1981-745 side 748 (Isene) og RT-2010-376 avsnitt 44-46 (Drosjesvindel).

I foreliggende sak er det lite som tilsier at det er foretatt et slik skjønn. Kravet om å utvise et skjønn har en side til grunnleggende forsvarlighetskrav til forvaltningen, som ikke kan omgås selv om direktoratet isolert sett skulle oppfylt lovens vilkår om begrunnelse og saksbehandling.

Det er altså tale om en skjønnsmangel, som skal vurderes etter samme prinsipp i forvaltningsloven § 41. Det avgjørende spørsmålet er hvorvidt manglende skjønnsutøvelse har påvirket vedtakets innhold. Sett i lys av drøftelsene jeg allerede har foretatt ovenfor, kan det legges til grunn at manglende skjønnsutøvelse, altså det lite saklige og forsvarlige skjønn som Peder Ås legger til grunn, har innvirket på vedtakets innhold.

Ettersom det er tale om prinsippet i forvaltningsloven § 41, og ikke en direkte anvendelse av bestemmelsen, er vedtaket altså ugyldig grunnet manglende skjønnsutøvelse.

Delkonklusjon: Vedtaket er ugyldig grunnet manglende skjønnsutøvelse.

Konklusjon: Vedtaket bygger på feil forutsetning, og er ugyldig

2. Oljeselskapet "Petrohunt AS" mot Oljedirektoratet

2.1 Vilkåret om aktivitetsforbud

Det første hovedspørsmålet er om vilkåret om at det ikke skulle være noen aktivitet under torskens gyteperiode i mars og april er ugyldig.

Forvaltningen har ved forvaltningsskjønn vanligvis kompetanse til å stille vilkår for et ellers begunstigede vedtak, for eksempel tillatelser og tildelinger. Dette kan følge av en "mer til det mindre" betraktning, noe som ble fremhevet i RT2003-764 avsnitt 61 (Sykkelvei). Det å stille vilkår gir forvaltningen mulighet for hensiktsmessig styring, kontroll, og mulighet for å avhjelpe og forebygge skade som følge av et vedtak. Når det gjelder innholdet og omfanget av vilkåret, beror dette i utgangspunktet på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget. Hvorvidt vilkåret om aktivitetsforbud er gyldig beror derfor i utgangspunktet på en tolkning av petroleumsloven § 2-1 og loven for øvrig.

Det følger av petroleumsloven § 2-1 siste ledd at Kongen kan gi forskrifter om blant annet de nærmere vilkår for tillatelsen. Videre følger det av petroleumsforskriften § 4 at Oljedirektoratet blant annet kan sette vilkår for utførelse av undersøkelser. Utover dette fremheves det ikke hva det kan settes vilkår om, og det må således spørres om hjemmelsgrunnlaget åpner for å suppleres med den alminnelige vilkårlæren.

Petroleumsloven inneholder en ganske vid formålsbestemmelse i lovens § 1-2, i tillegg til at det ikke fremgår klart av § 2-1 eller tilhørende forarbeider hvilke vilkår som kan stilles. Ettersom hjemmelsgrunnlaget er såpass vag med tanke på hvilke vilkår som kan stilles, anses loven å åpne for å suppleres med den alminnelige vilkårlæren.

Den ulovfestede vilkårlæren stiller et saklighetskrav og et forholdsmessighetskrav. Saklighetskravet kan deles inn i et nærhetskrav og et formålsskrav, og i den følgende fremstillingen vil jeg ta utgangspunkt i denne inndelingen.

Det første spørsmålet er om vilkåret om aktivitetsforbud har en tilstrekkelig nærhet til vedtaket om undersøkelsestillatelse.

Nærhetskravet innebærer at det må være en tilstrekkelig nær sammenheng mellom vilkåret som stilles og vedtaket. Vilkår som egnet til å avhjelpe eller

avbøte på skadevirkninger ved at et vedtaket gis den private part, har normalt en tilstrekkelig nærhet. I dommen inntatt i RT-2003-764 (Sykkelvei) formulerte Høyesterett kravet om at vilkåret i den konkrete saken ikke "manglet all den forbindelse med den konkrete dispensasjonssøknaden". Formuleringen "ikke manglet all den forbindelse" kan tolkes dithen at Høyesterett ikke oppstiller en særlig høy terskel for å anse nærhetskravet oppfylt.

I foreliggende sak er vilkåret begrunnet med at denne perioden er torskens gyteperiode. Det er således en periode som har en akvakulturisk betydning på det konkrete området. Et aktivitetsforbud er nettopp ment å avbøte på de skadevirkninger en slik undersøkelsesaktivitet vil føre med seg. Det forutsettes derfor at vilkåret en tilstrekkelig nærhet til vedtaket.

Det neste spørsmålet er om vilkåret fremmer et saklig formål.

Når det gjelder formålskravet er det uenighet i teorien om kretsen av tillatte hensyn i vilkårs læren er videre eller snevrere enn de hensyn som er tillatt etter myndighetsmisbruks læren, herunder læren om utenforliggende hensyn. Høyesterett har ikke tatt stilling til dette spørsmålet. Det vil forutsettes at kretsen og omfanget av tillatte hensyn er sammenfallende ved vilkårs læren og læren om utenforliggende hensyn. Dette kan begrunnes med at læren om utenforliggende hensyn er ment å binde forvaltningen til de formål som lovgiver har forutsatt. Dette utgangspunktet kan omgås av forvaltningen dersom adgangen til å stille vilkår skulle vært videre. Hvorvidt vilkåret fremmer et saklig formål beror således på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget.

Det følger av petroleumsloven § 1-2 (1) at det er regjeringen som har hovedansvaret for ressursforvaltningen, i samsvar med Stortingets lov og vedtak. Styringen foregår altså fra et statlig hold, og oljedirektoratet har derfor et ansvar for å styre gjennom å gi vilkår.

Videre følger det av § 1-2 (2) at ressursforvaltningen blant annet skal bidra til et bedre miljø, som direktoratet anfører. Vilket om aktivitetsforbud er nettopp

ment å bidra til å sikre miljømessig og akvakulturisk forsvarlighet på det aktuelle området. Hensynet til gyteperioden til torsk er således et saklig hensyn og fremmer et saklig formål.

Det neste spørsmålet er om vilkåret om aktivitetsforbud er forholdsmessig overfor Petrohunt AS.

Kravet til forholdsmessighet er formulert som at vilkåret ikke kan være "uforholdsmessig tyngende" overfor den private part, se blant annet RT-2003764 (Sykkelvei). Sammenliknet med forbudet mot sterkt urimelige avgjørelser under myndighetsmisbrukslæren, er det mye som taler for at terskelen for forholdsmessighet er lavere enn den høye terskelen som oppstilles under myndighetsmisbrukslæren. Dette må ses i sammenheng med at man i saker som dette får en ytelse som man i utgangspunktet ikke har krav på. Det er altså andre interesser som også gjør seg gjeldende. Innholdet i vurderingen av forholdsmessighetskravet kan deles opp i tre krav; egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand.

Kravet om egnethet innebærer at vilkåret må være egnet for å fremme det aktuelle formålet, hensynet til torsken. Det kan i den anledning slås fast at et aktivitetsforbud under gyteperioden er egnet til å nå målet til oljedirektoratet.

Kravet om nødvendighet innebærer at hensynet til å sikre torskens gyteperiode ikke kan nås med mindre inngripende midler enn aktivitetsforbudet. Uten inngående kunnskap om det tekniske, må det forutsettes at det ikke er mulig å ta hensyn til torskens gyteperiode uten stans av aktiviteten i mars og april. Undersøkelsene foregår i havet, og det brukes avansert teknologi, en rekke utstyr, som naturlig nok vil utgjøre et inngrep for torsken som gyter på det aktuelle området. Aktivitetsforbudet er nødvendig.

Hvorvidt vilkåret er forholdsmessig i snever forstand beror på en

interesseavveining mellom hensynet til miljøet, herunder torskens gyteperiode, og de konsekvenser vilkåret medfører for Petrohunt AS.

Det følger av faktum at overskuddet ville bli kraftig redusert som følge av forbudene mot aktiviteter i mars og april. Vilkåret utgjør altså et økonomisk inngrep for Petrohunts del. Det faktum at overskuddet vil bli kraftig redusert betyr imidlertid ikke at selskapet av den grunn vil tape penger på at det stilles et aktivitetsforbud i den aktuelle perioden. Selskapet vil forstøtt gå med overskudd, men redusert. Et slikt vilkår kan ikke anses urimelig, sett i lys av at det er tale om et begunstigede vedtak. I slike vedtak må det kunne stilles vilkår som er ment å avbøte skadevirkninger som en tillatelse medfører. Etter denne vurderingen er det derfor vanskelig å skulle anse vilkåret som uforholdsmessig. Slike undersøkelser foregår gjerne over lang tid, og selskaper går normalt med et stort overskudd.

Konklusjon: Vilkåret om aktivitetsforbud er gyldig.

2.2 Vilkåret om forbud mot bruk av utenlandsk arbeidskraft

Det neste hovedspørsmålet er om vilkåret om forbud mot å bruke utenlandsk arbeidskraft er gyldig.

Dette reiser for det første spørsmålet om EØS-avtalens regler om forbud mot forskjellsbehandling kommer til anvendelse.

Oljedirektoratet anfører at EØS-avtalen ikke kunne gjelde på norsk sokkel, og at avtalen derfor ikke var til hinder for å utelukke bruk av utenlandsk arbeidskraft. Det geografiske virkeområdet for EØS-avtalen følger av EØS-artikkel 126, hvor det fremgår at avtalen skal anvendes på Kongeriket Norges territorium. EØSavtalen gjelder således ikke i havsonen utenfor territorialfarvannet, altså 12 nautiske mil fra grunnlinjene. Norsk sokkel er utenfor territorialfarvannet.

I foreliggende sak er imidlertid vilkåret rettet mot selve selskapet, og hvilken nasjonalitet deres arbeidstakere kan ha ved utførelsen av oppdraget på norsk sokkel. Vilkåret som er fattet på norsk territorium, og som gjelder ovenfor et selskap lokalisert i Norge, faller derfor ikke utenfor EØS-avtalens virkeområde. Vilkåret er ikke direkte rettet mot norsk sokkel eller fattet på norsk sokkel, men hvilke arbeidstakere selskapet kan ha på norsk sokkel. Et slikt vilkår vil for øvrig stride mot EØS-avtalens formål og undergrave de fire friheter, herunder fri bevegelighet av personer. EØS-avtalen kommer således til anvendelse.

Delkonklusjon: EØS-avtalen kommer til anvendelse

Det neste spørsmålet er om vilkåret om forbud mot bruk av utenlandsk arbeidskraft er en diskriminerende forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen.

Det følger av EØS artikkel 28 (2) at den frie bevegelighet innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstakere på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår. Dette gjelder blant annet at krav om en bestemt nasjonalitet for å inneha en stilling er et eksempel på direkte forskjellsbehandling.

I foreliggende sak er det tale om et tiltak som innebærer at kun norsk arbeidskraft kan benyttes på oljefeltet. Dette er en form for direkte diskriminering som kun kan rettfærdiggjøres under hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelsen, jf. artikkel 28 (3).

Oljedirektoratet anfører at hensynet til norsk sysselsetting måtte uansett være en god grunn som kunne forsvare et krav om kun å bruke norsk arbeidskraft. Dette er et hensyn som riktignok kan utledes fra formålsbestemmelsen i petroleumsloven § 1-2 (2), men utgjør ikke et legitimt hensyn etter EØS artikkel 28. Kravene om egnethet og nødvendighet gjør seg altså ikke gjeldende, ettersom det er rimelig klart at vilkåret innebærer en diskriminert forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen. Hensynet som oljedirektoratet

anfører er således et ulovlig hensyn som ikke kan rettferdiggjøre en forskjellsbehandling.

Delkonklusjon: Vilkåret om forbud mot bruk av utenlandsk arbeidskraft er i strid med EØS artikkel 28.

Ettersom det er tale om et vilkår som er i strid med EØS-avtalen, er det tale om en materiell kompetansesvikt som medfører ugyldighet.

Konklusjon: Vilkåret om forbud mot å bruke utenlandsk arbeidskraft er ugyldig.

Konklusjonen på det overordnede spørsmålet er at vedtaket om utvinningstillatelse er ugyldig.

DEL 2

1. Innsynskravet etter offentlighetsloven

Det følger av Sivilombudsloven av 2021 § 15 at "sivilombudet kan av eget tiltak ta opp, undersøke og uttale sin mening om konkrete eller generelle forhold i forvaltningen". Det forutsetter altså ikke at klageadgangen er oppfylt, se § 8 Sivilombudet kan ta saken under behandling.

Det første hovedspørsmålet er om nettstedet "Ja til Olje" har krav på innsyn i epostene mellom Marte Kirkerud og konsulentselskapet.

Hovedregelen er at alle kan kreve innsyn i saksdokument, journaler og liknende register til organet hos vedkommende organ, jf. offentlighetsloven § 3. Det kan kort slås fast at det ikke er relevant at nettstedet ikke er part i saken slik Marte anfører, innsynsretten gjelder "alle".

Det første spørsmålet er om e-postene er å anse som "saksdokument" i offentlighetslovens forstand.

Marte Kirkerud anfører at det hun skrev til konsulentselskapet måtte være privat korrespondanse, jf. § 4 (3) bokstav e. Slik korrespondanse anses ikke å regne som saksdokument. Det avgjørende er likevel hvorvidt Kirkerud e-postene ble mottatt i egenskap av å være "tilsett i organet", jf. § 4 (3) bokstav e.

Kirkerud er statsråd, og i korrespondansen ble det utvekslet e-poster om planen bak å lyse ut undersøkelsestillatelser. E-posten inneholder således motiver bak et politisk vedtak, og samtidig planer rettet mot det kommende valget. Dette taler for at korrespondansen fant sted i egenskap av at hun var statsråd.

Epostene ble derfor mottatt i egenskap av å være "tilsett i organet" og unntaket i § 4 (3) kommer således ikke til anvendelse.

Når det gjelder definisjonen av "saksdokument" kreves det først at det er tale om et "dokument" som er kommet inn til eller lagt frem for et organ, eller som organet selv har opprettet, jf. § 4 (2) første punktum. Det kan kort slås fast at epostene er dokumenter, ettersom definisjonen er teknologinøytral, jf. § 4 (1).

Organbegrepet viser for øvrig til definisjonen i § 2, som isolert sett ikke tilsier at Marte kan regnes som ett organ. Det faktum at Marte kun er en selvstendig person, taler for at e-postene hennes ikke kan regnes som å tilhøre ett organ. Det fremhevet imidlertid i faktum at Embetsverket i departementet fant frem epostene og klargjorde dem for umiddelbar offentliggjøring. Dette tilsier derfor at e-postene er et "dokument" som organet har i besittelse. Dette harmoniserer også godt med formålet bak innsynsretten, om å blant annet føre kontroll med myndighetsutøvelsen, hindre maktmisbruk, og sikre et godt demokrati på lang sikt. Dette gjør seg særlig gjeldende når Kirkerud innehar en såpass sentral maktposisjon.

For det andre kreves det at saksdokumentet gjelder ansvarsområdet eller virksomheten til organet, jf. § 4 (2) første punktum in fine. Saksdokumentet omhandler planen bak undersøkelsestillatelser, og dette gjelder ansvarsområdet til departementet. Ettersom det er tale om et saksdokument, har nettstedet derfor som hovedregel innsynsrett, jf. § 3

Delkonklusjon: E-postene er å anse som saksdokumenter

Innsynsretten inntreffer straks det i lovens forstand foreligger et "saksdokument", og skal avgjøres "uten ugrunnet opphold", jf. § 29 (1) annet punktum. Det faktum at e-postene ble holdt tilbake, er i strid med kravet til "ugrunnet opphold". Videre kan ikke unntakene som rettferdiggjør utsatt innsyn i § 5 anses å være relevante i foreliggende sak. Formålet bak å ikke sende ut dokumentene var å kun tjene personlige partipolitiske interesser.

Unntakene i kapittel 3 er ikke omtvistet og kommer ikke til anvendelse. Samlet sett anses nettstedet "Ja til Olje" å ha innsynsrett i e-postene.

Konklusjon: Nettstedet "Ja til Olje" har krav på innsyn, jf. § 3

2. Lovstridig instruks?

Det neste hovedspørsmålet er om statsrådets SMS er en instruks som er lovstridig.

Instruksjonsmyndigheten handler om overordnede sin adgang til å bestemme hva underordnede organer eller tjenestemenn i samme organer skal gjøre eller ikke gjøre. Den store hovedregel er at overordnede tjenestemenn kan instruere underordnede i samme organ. Det rettslige grunnlaget for denne instruksjonsmyndigheten følger av Grunnloven § 3 og sedvaneretten.

Statsråd Marte Kirkerud anfører at SMS-en ikke var en instruks, men kun inneholdt noen synspunktet på hvordan saken skulle behandles.

Det første spørsmålet som reiser seg er således om SMS-en til saksbehandler Tastad er å regne som en instruks.

En instruks kan gjerne defineres som utsagn eller andre dispositive handlinger som skaper plikter for mottaker av instruks, og gjelder innad i det offentlige. I vurderingen av hvorvidt noe er en instruks er det avgjørende å se på innholdet til utsagnet eller den dispositive handlingen. Hvorvidt navn som "instruks" eller "henstilling" er benyttet er således ikke avgjørende.

Det fremgår av faktum at det i meldingen blant annet stod at "e-postene sendes derfor ikke ut med en gang". Dette utsagnet trekker i retning av og har en karakter av å skape en plikt for Tastad. I slutten av meldingen står det at "epostene skal derfor ikke sendes ut før denne tredagersfristen". Ordlyden "skal derfor ikke" taler med styrke at dette er tale om en instruks. For en saksbehandler i et departement, kan en slik melding oppfattes som forpliktende, særlig når det kommer fra en statsråd. Selv om meldingen for øvrig anses å inneholde synspunkter, slik Marte anfører, er meldingen i sin helhet å oppfatte som instruks.

Delkonklusjon: SMS-en til saksbehandler Tastad er en instruks.

Det neste spørsmålet er om instruksene er lovstridige.

Som fremhevet ovenfor er den store hovedregel at overordnede med forpliktende virkning kan instruere underordnede, så fremt instruksene ikke strider mot en norm av høyere rang, sml. lex superior-prinsippet. En instruks kan således ikke stride mot en lov, herunder offentlighetsloven.

Det følger som nevnt av faktum at Kirkerud instruerte Tastad om å ikke sende ut dokumentene før tredagersfristen. Som utgangspunkt kan hun instruere underordnede om skjønnsutøvelsen og lovtolkningen, så fremt denne ikke strider mot loven. Som fremhevet ovenfor er imidlertid denne instruksen lovstridig.

Delkonklusjon: Instruksen er lovstridig.

Konklusjon: Statsrådets SMS er en instruks som er lovstridig.