

Rettevejledning til AO 1

1. Sagens forberedelse i Sundhedsstyrelsen

1.1. Sagsbehandlingen

1.1.1. Undersøgelsesprincippet

Myndigheden har ansvaret for sagens oplysning, hvilket betegnes undersøgelsesprincippet (officialprincippet), jf. Sagsbehandling, 7. udg. (herefter SB) s. 145-48. Da det, jf. nedenfor under 2.2.2, næppe materielt er sagligt at inddrage selve produktionsforholdene, er det heller ikke relevant at inddrage oplysninger herom, jf. SB s. 149. Ansøgeren afgiver dog oplysningerne, og det nævnte problem får ingen selvstændig betydning for sagens udfald.

1.1.2. Undladt høring

Efter lægemiddelovens § 96 "kan" Sundhedsstyrelsen rådføre sig med Lægemiddelnævnet. Der er altså tale om fakultativ høring, SB s. 173, så det kan ikke anses ulovligt, at styrelsen undlader at foretage høring, men hvis det anføres, at en høring var et egnet middel til at oplyse sagen bedre og give et bedre grundlag for at foretage afvejningen mellem lægemidlets fordele og ulemper, er det en plusværdi.

2. Sagens afgørelse i Sundhedsstyrelsen

2.1. Sagsbehandlingen (de formelle krav)

2.1.1. Begrundelsen

Afslaget skal begrundes, jf. forvaltningslovens § 22, SB s. 304. Begrundelsespligten indebærer, at kravene i forvaltningslovens § 24 skal opfyldes, og at begrundelsen skal være objektiv og subjektiv rigtig, jf. SB s. 308-16. Disse krav er ikke opfyldt. Der er ingen angivelse af de væsentligste fakta og hensyn/vurderinger bag afgørelsen, og det nævnes ikke, at de politiske forventninger har været inddraget.

2.1.2. Manglende klagevejledning

Når afgørelsen kan påklages, skal der ydes klagevejledning, jf. forvaltningslovens § 25, SB s. 319-21. Denne mangel får ingen betydning, da ansøgeren klager, og der gælder ikke nogen klagefrist.

2.2. De indholdsmæssige krav

2.2.1. Hjemmelsgrundlaget

Ansøgeren må ikke forhandle lægemidlet uden tilladelse, jf. lægemiddelovens § 7. Sundhedsstyrelsen er kompetent til at give tilladelse, jf. lovens § 8, og kan meddele afslag, hvis dette skyldes forhold, der omfattes af lovens § 12. Konkret henviser styrelsen til § 12, stk. 1, nr. 1 om, at forholdet mellem fordele og risici ikke er gunstigt. Dette må betegnes som en vag, elastisk lovregel, hvor den konkrete subsumtion er skønsmæssig præget. Se AE s. 159 og s. 404.

2.2.2. Den konkrete subsumtion

Der er ikke tale om et frit skøn, men om at subsumtionen er skønspæret, og hvis der i denne sammenhæng inddrages usaglige hensyn, bliver retsanvendelsen (subsumtionen) ulovlig. Det bør derfor drøftes, om de politiske forventninger og de betragtninger, der ligger bag, er saglige ud fra reglerne i lægemiddeloven. Her inddrages formålsbestemmelsen i lægemiddelovens § 1, samt selve reglen om afslag i § 12, og af § 12, stk. 2 fremgår, at miljøforhold isoleret set ikke kan begrunde afslag, og et sådant hensyn stemmer heller ikke godt overens med lovens § 1. Det er endvidere klart, at virksomhedens skattemæssige forhold er uvedkommende i forhold til lægemiddeloven (styrelsen har dog heller ikke indhentet oplysninger herom, men det indgår i de politiske betragtninger). Den mangelfulde begrundelse, jf. pkt. 2.1.1, spiller også ind, da det ikke ses, hvilke vurderinger af fordele og risici, der er foretaget, og dermed om der indgår både usaglige forhold (generelle betragtninger om miljøforhold i producentlandet samt selskabets skatteforhold) og saglige forhold om risici/fordele. I et interview udtaler styrelsens direktør, at de politiske forventninger har været inddraget, men med en meget ringe vægt. Samlet set har myndigheden ikke godtgjort, at afslaget kan bæres af saglige hensyn.

2.2.3. Afslagets lovlighed og gyldighed

Som følge af de anførte mangler må afslaget samlet set antages at være behæftet med så væsentlige mangler, at afslaget er ugyldigt, jf. AE s. 438-446.

3. Sundhedsministeriets prøvelse som rekursinstans

3.1. Hjemmel for rekurs

Det oplyses i opgaveteksten, at ministeriet er overordnet myndighed i forhold til styrelsen, og der er ikke lovregler om rekurs (det oplyses i opgaven, at kompetencen efter lægemiddelovens § 103c for ministeren til at fastlægge regler om klage ikke er udnyttet). Rekursadgangen følger således af det administrative hierarki, jf. AE s. 298 og s. 303.

3.2. Prøvelsesgrundlag og –intensitet

Udgangspunktet er, jf. AE s. 335-336, at rekursinstansen foretager en tilbundsgående prøvelse af alle led, og træffer den rigtige afgørelse, jf. AE s. 331, og derfor kan ændre den påklagede afgørelse, hvis denne er ulovlig eller uhensigtsmæssig, jf. AE s. 344.

En tilbageholdenhed med at indgå i underinstansens faglige vurderinger kan dog være acceptabel, hvis underinstansen (styrelsen) har en større faglighed end klageinstansen (ministeriet), jf. AE s. 334-36 og s. 340 samt FOB 1992.292 (Forvaltningsretlig materialesamling 2016 s. 453). Hvis det lægges til grund af eksaminanden, at ministeriet reelt ikke har foretaget nogen egentlig efterprøvelse af afslagets lovlighed og hensigtsmæssighed, er dette at anse for en korrekt betragtning med den følge, at afgørelsen er ulovlig.

3.3. Sagens afgørelse

De indholdsmæssige mangler ved afslaget fra Sundhedsstyrelsen gør sig også gældende for ministeriets afgørelse, ligesom denne også er mangelfuldt begrundet, jf. ovenfor under pkt. 2.1.1. Afslaget må anses ugyldigt, jf. pkt. 2.2.3.

4. Folketingets Ombudsmands behandling af klagen

4.1. Kan ombudsmanden behandle sagen?

Ombudsmanden bør behandle klagen. Ansøgeren er (som enhver anden) klageberettiget, jf. ombudsmandslovens § 13 (AE s. 469) og rekursen er udnyttet, jf. ombudsmandslovens § 14 (AE. s. 469-70). Ombudsmanden afgør selv om en klage giver tilstrækkelig anledning til undersøgelse, jf. ombudsmandslovens § 16 og AE s. 470, men da der efter en umiddelbar bedømmelse forekommer at være mangler, bør sagen realitetsbehandles.

Ministeren har været i samråd om sagen i Folketingets Sundhedsudvalg, men da der ikke er en politisk stillingtagen, forhindrer dette samråd ikke, at ombudsmanden behandler klagen, jf. AE s. 459 og Forvaltningsretlig Materialesamling 2016 s. 568-77.

4.2. Bedømmelsesgrundlag og reaktionsmuligheder

Ombudsmanden påser særligt gældende ret og god forvaltningsskik, jf. ombudsmandslovens § 21, AE s. 475 ff. Hvis der er mangler, som det er tilfældet her, kan han udtale sig om betydningen heraf, jf. ombudsmandslovens § 22, men han kan ikke – som domstolene – erklære en afgørelse ugyldig, jf. AE s. 488-89.

4.3. Udtalelsens indhold

Ombudsmanden bør, jf. det ovenfor anførte, udtale, at der foreligger retlige mangler ved afslaget, og derfor henstille at Sundhedsministeriet annullerer sin afgørelse og anmoder Sundhedsstyrelsen om at genoptage sagen med henblik på at træffe en ny lovlig afgørelse. Ombudsmanden vil ikke gå nærmere ind i den skønspregede subsumtion, som det tilkommer sundhedsmyndighederne at foretage, jf. AE s. 479.

Rettevejledning til AO 2

Andersen Andersen

Mangelfuld begrundelse:

En forvaltningsakt skal, når den meddeles skriftligt, ledsages af en begrundelse, hvis ikke den giver parten fuldt ud medhold, jf. forvaltningslovens § 22. Afgørelsen giver ikke Anders Andersen medhold, og begrundelsen skal derfor opfylde kravene i forvaltningslovens § 24.

Begrundelsen skal efter forvaltningslovens § 24, stk., 1, angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for afgørelsens udfald, hvor afgørelsen beror på et administrativt skøn. Spørgsmålet om salærets rimelighed beror i vidt omfang på et sådant skøn. Advokatnævnets afgørelse er en ren gengivelse af betingelserne for salærets lovlighed i retsplejelovens § 126, stk. 2, uden at det er angivet, hvilke hensyn nævnet har lagt vægt på for at nå til denne vurdering. Afgørelsen er dermed ulovlig som stridende mod forvaltningslovens § 24, stk. 1.

Den studerende bør vurdere, om denne retsmangel har en sådan karakter, at afgørelsen er ugyldig, dvs. foretage en vurdering af manglens væsentlighed. Det er en betingelse for ugyldighed, at manglen har været konkret væsentlig. Udgangspunktet er generel væsentlighed, medmindre forvaltningen kan påvise konkret uvæsentlighed, jf. *Forvaltningsret – Sagsbehandling*, 7. udg., s. 369. Sagen er stort set identisk med U 1999.2125, der er omtalt i *Forvaltningsret – Sagsbehandling*, s. 369. Der var her tale om en grov tilsidesættelse af kravene til begrundelsespligten, og afgørelsen blev tilsidesat som ugyldig. Den studerende bør nå til samme resultat helst under henvisning til denne dom. Ved så grov en fejl kan det ikke udelukkes, at fejlen har været bestemmende for klagesagens udfald.

Advokatnævnet som rette sagsøgte

Den studerende bør overveje spørgsmålet om, hvorvidt Advokatnævnet – der er et tvistnævn – er rette sagsøgte. Udgangspunktet er, at rette sagsøgte vil være Søren Smed og ikke Advokatnævnet, idet sagen egentlig er en tvist mellem Anders og Søren, jf. *Forvaltningsret – Almindelige emner*, 5. udg., s. 374. (Dette udgangspunkt er eksemplificeret a.st., fodnote 138, under henvisning til U 2005.1176/1 H og U 2004.982 H vedr. netop Advokatnævnet – det er dog ikke en mangel, hvis den studerende ikke henviser til disse domme).

Der bør imidlertid henvises til U 2003.71 H, som pensum benytter som eksempel på, at det ikke er udelukket at stævne selve tvistnævnet, hvis en af parterne gør gældende, at nævnets afgørelse er ugyldig som følge af en sagsbehandlingsfejl (a.st., s. 374-375). Da der i opgaven er tale om en sagsbehandlingsfejl i form af en begrundelsesmangel, vil det være muligt at anlægge sag direkte mod Advokatnævnet (som det f.eks. var tilfældet i U 1999.2125 – dommen er dog ikke så detaljeret omtalt i pensum, at den studerende bør henviser til denne dom vedrørende spørgsmålet om rette sagsøgte).

Det er et plus (men kan ikke forventes), hvis den studerende når frem til, at den særdeles mangelfulde begrundelse indikerer, at nævnet overhovedet ikke har foretaget en reel bedømmelse af vederlagets rimelighed, og at der (også) af denne grund kan anlægges sag direkte mod nævnet om afgørelsens gyldighed.

Benytter den studerende denne begrundelse til at komme til det rigtige resultat, kan det ikke kræves, at der tillige foretages en henvisning til U 2003.71 H.

Børge Bentsen

Partshøring:

Det er uden betydning, at Børge Bentsen er bekendt med oplysningerne om Advokatnævnets afgørelse. Det er ligeledes uden betydning, at oplysningerne er offentligt tilgængelige. Det afgørende er, at Bentsen ikke ved, at oplysningerne indgår i hans sag, jf. til *Forvaltningsret – Sagsbehandling*, s. 199. Da der er tale om faktiske oplysninger af væsentlig (negativ) betydning for sagens afgørelse, burde der således være foretaget en partshøring, forvaltningslovens § 19, stk. 1.

§ 19, stk. 2, finder ikke anvendelse i det konkrete sagsforhold og bør derfor kun behandles meget kortfattet af den studerende (en sådan kortfattet behandling illustrerer, at den studerende er opmærksom på eksistensen af undtagelserne i § 19, stk. 2). Det er ikke en mangel, hvis § 19, stk. 2, ikke nævnes.

Ugyldighed: Partshøringsreglen er en garantiforskrift, hvis tilsidesættelse som udgangspunkt medfører afgørelsens ugyldighed, medmindre manglen konkret er uvæsentlig, jf. *Forvaltningsret – Sagsbehandling*, s. 360-361. Bevisbyrden for konkret uvæsentlighed påhviler forvaltningen, jf. *Forvaltningsret – Sagsbehandling*, s. 346-347 og *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, s. 440. Da der er tale om en skønsmæssig afgørelse, og det ikke kan udelukkes, at Bentsen efter en partshøring ville kunne have bragt argumenter i spil om relevansen af de nævnte oplysninger, medfører tilsidesættelsen af partshøringspligten i sig selv ugyldighed.

Magtfordrejning (grundsætningen om saglig forvaltning)

Formålet med retsplejelovens § 140, stk. 3, er ifølge de (konstruerede) forarbejder, der er bilagt opgaven, at sikre advokatens uafhængighed ved så vidt muligt at undgå, at der kan udøves et utilbørligt pres på advokaten fra dennes kreditorer. Det relevante vurderingstema er derfor, om de anmeldte krav har en sådan karakter, at advokatens uafhængighed er i fare.

Det er i denne forbindelse sagligt at lægge vægt på kravenes størrelse, som Justitsministeriet har gjort. Det er derimod uden betydning for uafhængighedsspørgsmålet, om advokaten i anden anledning har modtaget kritik/sanktioner for overtrædelse af regler om god advokatskik, særligt hvor en sådan kritik/sanktion ikke har forbindelse til et forhold vedrørende advokatens uafhængighed. Den tilsidesættelse af god advokatskik, der er fastslået af Advokatnævnet, er uden betydning for en vurdering af, i hvilket omfang de bestående anmeldte krav bringer Bentsens uafhængighed i fare. Afgørelsen er dermed begrundet i et usagligt hensyn. Den studerende kan evt. inddrage det organisatoriske specialitetsprincip (*Forvaltningsret – Almindelige Emner*, s. 241 ff.), idet sanktionering af overtrædelser af god advokatskik hører under Advokatnævnet og ikke Justitsministeriet. Den studerendes konklusion kan dog i så fald ikke begrundes i dette princip alene, men skal primært bygge på en fortolkning af hjemmelsgrundlaget.

Inddragelse af et usagligt hensyn udgør som udgangspunkt en generelt væsentlig mangel, medmindre forvaltningen konkret kan sandsynliggøre, at afgørelsen ville have fået det samme resultat, selv hvis det pågældende hensyn ikke var blevet inddraget (*Forvaltningsret – Almindelige Emner*, s. 445). Selvom Justitsministeriets afgørelse også er begrundet i et sagligt hensyn (hensynet til de anmeldte kravets størrelse), så har ministeriet ifølge sin begrundelse lagt "afgørende" vægt på det usaglige hensyn til overtrædelse af god forvaltningsskik. Det kan derfor ikke udelukkes, at afgørelsen ville have fået et andet indhold, hvis ikke det usaglige hensyn til overtrædelsen af god advokatskik havde været inddraget. Afgørelsen må på denne baggrund anses for ugyldig.

Erstatning - årsagsforbindelse

Ministeriet har begrundet sin afgørelse i et hensyn, som ministeriet i lyset af forarbejderne til § 140, stk. 3, burde have erkendt som usagligt, og har ulovligt undladt partshøring. Ministeriet har derved handlet culpøst. Sagen rejser imidlertid det problem, at selvom bevisbyrden for konkret væsentlighed i forbindelse med ugyldighedsspørgsmålet påhviler forvaltningen, så påhviler bevisbyrden for årsagsforbindelse mellem det ansvarspådragende forhold (retskrænkelsen) og et evt. tab Børge Bentsen. Der kan argumenteres for begge resultater – det afgørende er, at den studerende har øje for forskellen i bevisbyrde mellem hhv. ugyldighedsspørgsmålet og erstatningsspørgsmålet, og argumentationens kvalitet i øvrigt. Der bør henvises til den nedenstående dom fra Vestre Landsret.

Børge Bentsen skal påvise en "tilstrækkelig stor sandsynlighed" for, at han ville have fået udleveret beskikkelsen, hvis ikke retsmanglen havde foreligget, jf. Vestre Landsrets utrykte dom af 3.5.1979 "Esbjerg Taxi-sagen" (omtalt i *Forvaltningsret – Almindelige Emner*, s. 575 og refereret i *Forvaltningsretlig materialesamling, Emne 6-10, januar 2016*, s. 673-675). Børge Bentsens sag adskiller sig markant fra sagsforholdet i den nævnte landsretsdom. Der er ikke oplysninger i opgaven om en fast praksis fra Justitsministeriet, som Børge Bentsens sag ville falde ind under, så på det faktiske grundlag, der er beskrevet i opgaven, er der ikke "tilstrækkelig stor sandsynlighed" for, at Børge Bentsen ville have fået udleveret beskikkelsen, hvis afgørelsen havde været retsmangelfri. Der foreligger dermed ikke fornøden årsagsforbindelse, og Børge Bentsen har derfor ikke krav på erstatning.