

Sensorveiledning JUS 2211, H 2015

1 INNLEDNING

Oppgaven er en 6 timers kombinert teori- og praktikumsoppgave, som særlig reiser spørsmål innen alminnelig forvaltningsrett. Denne sensorveiledningen er skrevet uten å ha lest noen besvarelser. Veiledningen er imidlertid revidert etter enkelte innspill fra professor Eivind Smith og etter sensormøtet.

Emnet JUS2211 omfatter alminnelig forvaltningsrett, velferdsrett og miljørett. På oppgave II oppfordres kandidatene til å finne eksempler fra velferds- og miljøretten. For øvrig gjelder oppgaven sentrale emner innen alminnelig forvaltningsrett. Når det gjelder kunnskapskrav av betydning for oppgaven, nevner jeg at det i forvaltningsretten kreves god forståelse av blant annet:

- Forvaltningslovens sentrale regler, særlig om anvendelsesområde, utredningsplikt, habilitet, varslingsplikt, partsoffentlighet, vedtak, underretning, begrunnelse og klage
- Kravet til rettslig grunnlag for avgjørelser (kompetanse) og faktiske handlinger (tillatelse), herunder legalitetsprinsippet
- Hjemmelstolkning og grensene for forvaltningens materielle kompetanse, herunder skillet mellom kompetanse og frihet til (ikke) å bruke den, og kravet til korrekte fakta
- Reglene om ugyldighet

Selv om oppgaven dermed gjelder sentrale emner, er den på enkelte punkter krevende. Av den grunn bør oppgaven samtidig være velegnet til å skille mellom kandidatene.

Hovedlitteratur i alminnelig forvaltningsrett er Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* (10. utgave, 2014) eller Graver: *Alminnelig forvaltningsrett* (4. utgave, 2015). Sidehenvisningene nedenfor er til disse verkene.

2 OPPGAVE I

Bestemmelsen i Grunnloven § 113 er i følge Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité ment som en grunnlovsfesting av det ulovfestede legalitetsprinsippet. Oppgave I ber studentene gjøre rede for sterke og svake sider ved den vedtatte teksten, sammenholdt med det tilsiktede meningsinnholdet. I bokmålversjonen har Grunnloven § 113 slik ordlyd:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Det er skrevet en del i pensum om legalitetsprinsippet, også i tilknytning til diskusjonen om en "positiv" eller "negativ" formulering av prinsippet (som jeg kommer kort tilbake til nedenfor). De relevante henvisningene til pensum er Eckhoff/Smith s. 339-346 og Graver kapittel 14. I Eckhoff/Smith er også utformingen av § 113 tatt opp kort på side 341, mens bestemmelsen behandles mer fortløpende hos Graver. Av nyere rettspraksis bør studentene særlig kjenne Rt. 2010 s. 612 (Sårstell), som er i domssamlingen og dessuten behandlet på forelesning.

På bakgrunn av dette bør kandidatene kunne problematisere flere sider av formuleringen i Grunnloven § 113. Særlig nevner jeg følgende (ikke alt kan forventes behandlet):

- i) For det første grunnlovsfestes det et hjemmelskrav for "inngrep". Studentene bør kunne si noe om hensiktsmessigheten av dette. Det fordrer altså at man må tolke og anvende lovens vilkår "inngrep", noe som samtidig ikke skiller seg så mye fra andre tolkningsspørsmål. Menneskerettighetsutvalget la særlig vekt på at inngrepene var det sentrale når man omtalte legalitetsprinsippet i egenskap av menneskerettighet: "Grunntanken bak den tradisjonelle tilnærmingen er at individene er født frie og like, og at myndighetene bare kan gjøre inngrep i deres frihet og likhet med hjemmel i formell lov" (Dok 16 2011-2012 s. 247).
- ii) Som motstykke til dette kan det problematiseres at Grunnloven § 113 altså ikke sier noe om hjemmelskravet ved normeringer som ikke utgjør "inngrep" overfor den enkelte. Utvalget begrunnet dette med at en grunnlovsfesting av andre normeringer blant annet kunne gripe inn i forholdet mellom ulike forvaltningsorganer.
- iii) Til tross for Grunnlovens formulering er det ikke alltid nødvendig med lovhjemmel for å foreta inngrep overfor den enkelte. Det er sikker praksis for at blant annet provisoriske anordninger og skattevedtak kan tjene som hjemmel for inngrep, og kandidatene bør nevne noen slike eksempler. Dessuten bør kandidatene kjenne til sårstell-dommen i Rt. 2010 s. 612. Den er et illustrerende eksempel på dette punktet. Det er mulig at avgjørelsen kan forstås slik at det ikke dreide seg om et "inngrep", basert på et samtykkeliknende synspunkt. På dette punktet er det mulig at noen også vil drøfte om uttrykket "lov" i § 113 bør forstås utvidende, på samme måte som lovskravet etter EMK (hvor det ikke stilles krav til hjemmel i formell lov). Å peke på dette vil være et pluss. Men en slik tolkning vil samtidig innebære at uttrykket "lov" i § 113 får et annet meningsinnhold enn uttrykket har i Grunnloven for øvrig.
- iv) Hjemmelskravet i § 113 dekker også faktiske handlinger. Hvis legalitetsprinsippet forstås slik at det kun gjelder krav om kompetanse for rettslige disposisjoner, så vil faktiske handlinger falle utenfor prinsippet's anvendelsesområde. Grunnloven § 113 innebærer med sikkerhet at også faktiske inngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i lov. Det kan anføres at borgerne bør ha et like sterkt vern mot faktiske som rettslige inngrep (i denne retning Graver s. 200). Kandidatene bør imidlertid merke seg at spørsmålet i oppgaven er om § 113 på en hensiktsmessig måte gir uttrykk for gjeldende rett. For kandidatene er det derfor først og fremst relevant å peke på at Høyesterett har oppstilt et generelt krav til hjemmel for faktiske inngrep, både i Rt. 1995 s. 20 og Rt. 2010 s. 612. I den forstand gir § 113 dekkende uttrykk for det som var rettsstillingen også før vedtakelsen. En annen sak er at resultatet i begge tilfeller kunne vært nådd på et annet grunnlag: Begge de to saksforholdene ville antakelig vært forbudt også etter forskjellige skrevne normer.
- v) Grunnlovens formulering er "den enkelte". Det kan spørres om Grunnloven § 113 dermed kun verner fysiske personer, og ikke juridiske, og eventuelt om dette er i samsvar med den tidligere forståelsen av legalitetsprinsippet.

Opgaven gir også rom for å komme inn på teoriens diskusjoner om legalitetsprinsippet. Det følger av både ordlyden i § 113 og menneskerettighetsutvalgets innstilling (Dok 16 2011-12 s. 249) at bestemmelsen grunnlovsfester den "tradisjonelle" utlegningen av legalitetsprinsippet, og ikke den negativt formulerte tilnærmingen. Den tradisjonelle utlegningen går kort sagt ut på at myndighetenes inngrep overfor borgerne krever hjemmel i lov. Den reformulerte (eller negativt formulerte) tilnærmingen tar utgangspunkt i at det kreves kompetanse for å treffe rettslig bindende

beslutninger. Hjemmel i lov utgjør da en restkategori der hvor andre kompetansegrunnlag ikke eksisterer, eller ikke strekker til. Den negativt formulerte tilnærmingen er basert på at legalitetsprinsippet kun gjelder normeringer, og ikke faktiske handlinger. For faktiske handlinger blir spørsmålet isteden om lov er nødvendig fordi handlingene ellers vil være forbudt. Tilhengere av den ene eller andre tilnærming er av og til uenige om hvorvidt debatten kun handler om struktur og terminologi, eller om den også har materielle konsekvenser (det kreves ikke at kandidatene tar opp dette, jf. straks nedenfor).

Det er ikke nødvendig å behandle denne teoretiske diskusjonen for å gi et adekvat svar på oppgave I. Etter mitt syn må det samtidig godtas at kandidatene kommer inn på teoriens diskusjon, så lenge det holder seg innenfor en rimelig ramme av oppgaven. Flere av punktene nevnt ovenfor er det mulig å drøfte i lys av den teoretiske debatten. Det vil nok derfor være enklere å besvare oppgaven godt dersom man på forhånd har reflektert litt rundt de to tilnærmingene.

Den angitte vektingen av oppgavene innebærer at det kun vil være 1-2 timer tilgjengelig for å besvare oppgave I. Etter mitt syn er temaet tankemessig ganske krevende, og oppgaven er ikke helt enkel. Det bør det etter min mening tas høyde for ved bedømmelsen. Kandidater som viser innsikt må til gjengjeld honoreres ganske betydelig.

3 OPPGAVE II

I oppgave II bes kandidatene om å gi ”en kort oversikt over de viktigste spørsmålene som reiser seg når det skal avgjøres om en påberopt lovbestemmelse gir hjemmel for et eksisterende eller planlagt vedtak, og hvor omfattende kompetanse den eventuelt gir”.

Oppgaven inviterer til å ta opp forskjellige spørsmål om forvaltningens kompetanse. Disse temaene (unntatt personell kompetanse) er særlig behandlet i Eckhoff/Smith kapittel 24. Innledningsvis i det nevnte kapitlet fremheves det at kompetansens omfang og grenser er to sider av samme sak, slik også oppgaveteksten indikerer.

Først og fremst vil det være naturlig å ta opp om den påberopte bestemmelsen gir hjemmel for vedtaket, noe som vil bero på kompetansenormens personelle, situasjonelle og innholdsmessige kriterier. Mest praktisk er spørsmålet om de situasjonelle og innholdsmessige kriteriene, dvs. når det kan treffes vedtak, og hva et eventuelt vedtak kan gå ut på (Eckhoff/Smith kapittel 24 II). Det er da mulig å ta opp de underspørsmål som behandles i Eckhoff/Smith s. 363-371, slik som tolkning i lys av overordnede bestemmelser og betydningen av formålsrettet tolkning. Kandidatene må gjerne også nevne retningslinjene for hjemmelstolkning på forvaltningsrettens område, jf. særlig Rt. 1995 s. 530 (som er i domssamlingen). Jeg kommer nærmere tilbake til det nedenfor.

Oppgaven spør også om ”hvor omfattende kompetanse” den påberopte lovbestemmelsen eventuelt gir. Denne delen av spørsmålet gir i noe større grad rom for tolkning. Særlig vil det være aktuelt å ta opp hvilke hensyn forvaltningen ikke lovlig kan ta i betraktning – læren om utenforliggende hensyn (kapittel 24 VI). Også dette beror på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget.

Oppgavens formulering er som nevnt «om en påberopt lovbestemmelse gir hjemmel» og «hvor omfattende kompetanse den eventuelt gir». Det er mulig å forstå disse to uttrykkene slik at oppgaven *kun* gjelder kompetansenormens situasjonelle og innholdsmessige kriterier: Når kan det treffes vedtak, og hva kan et eventuelt vedtak gå ut på (Eckhoff/Smith kapittel 24 II). Selv om også forbudet mot utenforliggende hensyn beror på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget, kan jo det ses som en utøvelsesnorm som regulerer *bruk* av kompetansen, og ikke kompetansens omfang. I så fall vil det være mulig å avgrense oppgaven mot utenforliggende hensyn. I ex.fac.-faget lærer kandidatene at slike utøvelsesnormer terminologisk bør holdes atskilt fra kompetansenormene, jf. Eng: *Rettsfilosofi* (2007) s. 86 flg., og da må det være plausibelt også her.

Etter min mening bør det derfor ikke i seg selv føre til noe trekk hvis kandidatene forstår oppgaven på denne siste måten. Kandidater som legger en slik forståelse til grunn, vil imidlertid få problemer med at det ikke er like lett å finne frem til særlig mange av de "spørsmålene som reiser seg". Kjernen for disse kandidatene vil nok da bli legalitetsprinsippets rekkevidde som tolkningsprinsipp (vektnorm). Dette spørsmålet er behandlet i Eckhoff/Smith s. 369-371 og Graver s. 84-87. På forvaltningsrettens område er det i så fall naturlig å ta utgangspunkt i nevnte Rt. 1995 s. 530 (Fiskeavgift/fjordlaks). Førstvoterende uttalte her det som senere har blitt omtalt som "Fjordlaksformelen" (s. 537):

"Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes."

Fjordlaksdommen er for øvrig i domssamlingen, og bør være kjent for kandidatene. Kandidater som forstår oppgaven på denne måten, vil gå glipp av de andre temaene som er nevnt over. Som nevnt er det etter mitt syn en forsvarlig forståelse av oppgaven. Men det må til gjengjeld kreves at de viser god forståelse for det relative hjemmelskravet, herunder ved bruk av illustrerende eksempler fra miljø- og velferdsretten.

Også ellers kan oppgavens omfang by på tvil for kandidatene. Noen tar kanskje opp spørsmålet om kompetansen gir forvaltningen frihet til å velge om vedtak skal treffes, eller også en plikt til å treffe vedtak (Eckhoff/Smith kapittel 24 III-V). Dette er strengt tatt et spørsmål om normens pliktmodalitet, som ikke påvirker rekkevidden av kompetansen som sådan.

Det er også mulig at enkelte vil ta opp de øvrige skrankene for forvaltningsskjønnet (Eckhoff/Smith kapittel 24 VII) – slik som vilkårlighet, sterk urimelighet, forskjellsbehandling og uforholdsmessighet (om betydningen av det siste, se særlig Rt. 2008 s. 560 og Rt. 2011 s. 304). Det er klart at noen av disse utgjør innholdsmessige begrensninger i forvaltningens kompetanse (slik som forbudet mot grovt urimelige vedtak). Men oppgaven fokuserer på «om en påberopt lovbestemmelse gir hjemmel», og «hvor omfattende kompetanse den eventuelt gir» (understreket her). Det er da ikke opplagt at man skal behandle disse øvrige skrankene for skjønnet, som jo i liten grad beror på en tolkning av den konkrete lovbestemmelsen.

Samlet sett er det derfor mulig å forstå oppgavens omfang på forskjellige måter. Uansett hvilke avgrensninger kandidatene legger til grunn, må alle de nevnte temaene anses som sentrale i

faget. Dermed må de også forutsettes godt kjent. Til gjengjeld er det heller ikke her mye tid til rådighet, slik at kandidatene må nevne de enkelte punktene ganske kort. Kandidatene får uansett mulighet til å vise god forståelse gjennom bruk av relevante eksempler, noe oppgaveteksten etterspør. Det vil føre for langt å komme inn på mulige eksempler, men her bør både miljø- og velferdsretten gi atskillig stoff.

4 OPPGAVE III

4.1 Spørsmål 1

På praktikumsdelen bør kandidatene raskt slå fast at forvaltningsloven gjelder for kommunens behandling og avgjørelse av søknaden (fv. § 1). Den første oppgaven reiser spørsmål om de to medlemmene av formannskapet var inhabile. Reglene om inhabilitet omfatter utvilsomt slike medlemmer, jf. fv. § 10 første punktum. Noen kandidater nevner kanskje kommuneloven § 40 nr. 3, men det bør i så fall kort konkluderes med at denne særreguleringen ikke får noen betydning i saken.

Etter mitt syn er det best om kandidatene først nevner kort at fv. § 6 første ledd ikke får anvendelse. Det må imidlertid også være helt greit å gå rett til fv. § 6 annet ledd, som både i undervisningen og hos Eckhoff/Smith (s. 210) omtales som hovedregelen om habilitet.

I praksis glir kriteriene i § 6 annet ledd noe over i hverandre, og det må aksepteres forskjellige måter å disponere oppgaven på. Drøftelsen bør ta utgangspunkt i den overordnede normen etter bestemmelsens ordlyd, nemlig om det foreligger "særegne forhold ... som er egnet til å svekke tilliten" (jf. Graver s. 305). Man kan gjerne nevne at ordlyden viser at målestokken er objektiv ("egnet til"), og at det dermed ikke er avgjørende om vedkommende tjenestemann faktisk vil opptre partisk eller ikke. For øvrig inneholder bestemmelsen noen retningslinjer for den nærmere vurderingen, men disse er ikke uttømmende (jf. Graver s. 306). I dette tilfellet blir det likevel av betydning å vurdere den sentrale lovfestede retningslinjen, nemlig om avgjørelsen "kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe" for de to medlemmene.

Ordlyden "særegne forhold" innebærer en avgrensning mot situasjoner som mange vil befinne seg i. Denne begrensningen er etter mitt syn mindre aktuell her: Uansett hvor små forhold det er i Lillevik, bør man vel legge til grunn at det ikke er helt alminnelig å bo i samme gate som det planlagte utestedet (at 2 av 13 i formannskapet bor i gaten, kan samtidig tilsi noe annet, men her får kandidatene eventuelt synliggjøre hvilke forutsetninger de gjør).

Det sentrale i denne oppgaven er om avgjørelsen vil innebære "særlig fordel, tap eller ulempe" for de to medlemmene. Naboforhold er blant den typen særegne forhold som kan begrunne inhabilitet etter § 6 annet ledd. Man må imidlertid gjøre en vurdering av om særinteressen er så sterk at det foreligger "særegne hensyn" som er "egnet til å svekke tilliten" til medlemmenes upartiskhet.

Noen kandidater vil forhåpentligvis kjenne Rt. 1996 s. 64 (Hegnar Hotell), som også gjaldt inhabilitet for en mulig nabo ved avgjørelse av skjenkebevilling. Avgjørelsen er nevnt i pensum, men er ikke i domssamlingen, og det kan ikke forventes for mye av kandidatene her. Faktum var uansett annerledes, ettersom representanten der risikerte å bli rammet i større grad. Avgjørelsen viser imidlertid at det ikke vil føre til inhabilitet hvis man har "en generell interesse som Lyngørbeboer, eller et generelt alkoholpolitisk syn". Dersom kandidatene kommer til at medlemmenes interesse i lokalmiljøet først og fremst er av generell lokalpolitisk art, vil det altså ikke føre til inhabilitet.

Kommunal styring handler jo nettopp om å praktisere et lokaldemokrati. Hvis særinteressene som nabo derimot er det dominerende, vil det raskt føre til inhabilitet – også for lokalt folkevalgte, jf. for så vidt Rt. 1996 s. 64 (på s. 68). Her er faktum såpass knapt at det ikke kan forventes lange drøftelser.

Noen tar kanskje opp betydningen av at inhabilitetsinnsigelse er reist, jf. § 6 annet ledd siste punktum. Det er antatt at dette momentet kun er relevant hvis innsigelse blir reist før en avgjørelse er tatt, og det er uansett et moment av begrenset vekt. Det får neppe noen stor betydning her.

Kandidatenes drøftelse må bli det avgjørende for sensuren. Jeg er tilbøyelig til å anta at interessene til de to medlemmene ikke kan anses som særinteresser: De blir ikke påvirket av støy fra utestedet, og det er også andre utesteder i området. Begge konklusjoner er etter mitt syn forsvarlig, det avgjørende må være drøftelsen.

4.2 Spørsmål 2

I spørsmål 2 skal det forutsettes at de to medlemmene av formannskapet var inhabile, og spørsmålet er om vedtaket dermed blir ugyldig (oppgaven er nokså parallell med den som ble gitt til eksamen i JUS2211 våren 2012, og jeg tillater meg å bygge noe på veiledningen fra den gang).

Kandidatene vil nok ta utgangspunkt i forvaltningsloven § 41. De som presiserer at dette er en gyldighetsregel (og ikke en ugyldighetsregel), skal ha pluss, jf. Eckhoff/Smith s. 464-465. Noen stor praktisk betydning får ikke dette: Inhabilitet er en type feil som regelmessig vil føre til ugyldighet etter de ulovfestede normer. Spørsmålet er dermed om "det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold", jf. § 41. Det kreves etter forarbeidene og sikker praksis ikke sannsynlighetsovervekt for at feilen kan ha virket inn, noe kandidatene bør slå fast helt kort.

Kandidatene må deretter drøfte betydningen av utfallet i kommunestyret (flertall 8-5, som i utgangspunktet taler for gyldighet etter § 41), og i hvilken grad de to medlemmenes innsats under saksforberedelsen likevel kan ha virket inn på vedtakets innhold, i form av en viss "smitteeffekt". Relevant rettspraksis er Rt. 1996 s. 64 (Hegnar Hotell) og Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten). I Hegnar Hotell-dommen ble resultatet ikke ugyldighet, men der var det en klar stemmeovervekt. I Torghatten-dommen var vedtaket fattet enstemmig, men tre av tretten medlemmer (herunder lederen) var inhabile. Førstvoterende så det da ikke som særlig tvilsomt at vedtaket måtte kjennes ugyldig. Sistnevnte avgjørelse er kanskje mest overførbar. De som på en fornuftig måte trekker inn noen av avgjørelsene bør uansett honoreres.

Etter mitt skjønn er det også mulig å forutsette at naboforholdet ikke var tema under saksbehandlingen i formannskapet. Det er ingen holdepunkter i faktum som tyder på at prosedyrene i forvaltningsloven § 8 annet og tredje ledd er fulgt. Det vil i så fall være et relevant moment i innvirkningsvurderingen, sml. Rt. 1996 s. 64, hvor den aktuelle tilknytningen var kjent for de øvrige medlemmene i kommunestyret. Kandidater som trekker inn dette, må gis pluss.

Det sentrale her er at kandidatene ser argumentene for og i mot. Det blir for enkelt å vise til stemmeflertallet, selv om det må være utgangspunktet for vurderingen. Når stemmeovervekten er så liten, og de to medlemmene har engasjert seg i retning av et avslag, fører en eventuell feil etter mitt syn til ugyldighet. Særlig Torghatten-dommen tilsier at det ikke stilles store krav før inhabilitet anses for å ha virket inn i, jf. også Eckhoff/Smith s. 465 og Graver s. 533.

4.3 Spørsmål 3

Spørsmål 3 er om formannskapet kunne avgjøre saken under henvisning til at kommunestyrets generelle "retningslinjer" for slike saker bestemte at skjenkebevilling aldri skulle gis til virksomheter som ville tilby stripping.

Slik spørsmålet er stilt, antar jeg at formannskapets konkrete begrunnelse ikke er avgjørende: Faktum tilsier at vedtaket bygger på en mer omfattende begrunnelse ("Dessuten viste hun til at bevilling *under enhver omstendighet* ville stå i strid med de generelle retningslinjene for slike saker som kommunestyret tidligere hadde vedtatt", kursivert her). Det blir imidlertid for kort å løse oppgaven slik, spørsmålet må forstås som et mer teoretisk spørsmål om formannskapet *kunne* avgjort saken alene under henvisning til disse retningslinjene.

Oppgaven spør om et nokså avgrenset problem, nemlig hvorvidt forvaltningen har "plikt til å skjønne", eller om en avgjørelse kan fattes utelukkende med henvisning til faste regler/retningslinjer. Denne diskusjonen oppsto på bakgrunn av eldre uttalelser fra Sivilombudsmannen, hvor det ble stilt krav om en konkret og en individuell vurdering fra forvaltningens side (se Graver i *Lov og Rett* 1995 s. 288-289). I pensum er temaet behandlet i Eckhoff/Smith s. 158-159.

Det må være helt på det rene at forvaltningen kan utarbeide og bygge på generelle retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Spørsmålet her er imidlertid hvorvidt det er lovlig adgang til å la slike retningslinjer *avgjøre* utfallet av enkeltsaker, til foretrekkelighet for skjønnretten, eller om det også må gjøres en individuell vurdering av den enkelte sak. Problemstillingen forutsetter altså at retningslinjene går lenger enn kun å angi forskjellige momenters relevans og vekt.

Eckhoff/Smith (s. 158) tar utgangspunkt i at det må bero på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget hvorvidt det også kreves en konkret og individuell vurdering. Forarbeidene til alkoholloven § 1-7a trekker i retning av at det må være adgang til å utarbeide slike "bindende" retningslinjer for skjønnsutøvelsen, se Ot.prp. nr. 7 (1996-1997):

"Som eksempel på retningslinjer kan nevnes at kommunen skiller mellom ulike typer serveringssteder, slik som spisested, dansested, selvbetjeningssted, overnattingssted, ungdomssted o.l. Hvorvidt bevilling skal gis, om bevillingen skal gi rett til å skjenke brennevin og hvilke skjenketider som skal gjelde blir så avhengig av hva slags type serveringssted det søkes bevilling for. Det er det enkelte skjenkesteds reelle kategorisering som er avgjørende, ikke dets pretensjoner.

Dersom kommunene bruker retningslinjer ved vurdering av bevillingsspørsmål er det viktig å passe på at retningslinjene blir anvendt på en holdbar måte i enkeltsaker. Det er opp til bevillingsmyndigheten å fastslå om den enkelte søker faktisk fyller de lokalt fastsatte kravene for å få bevilling." (understreket her)

Visstnok foreligger det ingen avgjørelser fra Høyesterett som setter et forvaltningsvedtak til side fordi det ikke er utøvd et individuelt skjønn (se likevel uttalelsen i Rt. 2007 s. 257 avsnitt 36 – om "hva som er rimelig i det enkelte tilfellet"). Fra nettopp skjenkerettens område kan det vises til Rt. 1912 s. 404, hvor førstvoterende uttalte:

"Videre skal jeg tilføie, at jeg forstaar lovgivningen paa dette felt saaledes, at der i samme ikke indeholdes nogen bestemmelse, som kan hindre, at ansøgninger behandles og forkastes med det resultat, at der intet udsalg i smaast af vin kommer til at eksistere i nogen by. Af lovens forarbejder

erfares det ogsaa, at man har tænkt sig muligheden af, at kommunernes bevillingsmyndighed kan blive anvendt paa den maade.”

Ingenting av dette kan forventes kjent av kandidatene. Problemstillingen er som nevnt drøftet kort i Eckhoff/Smith, men – så vidt jeg kan se – ikke behandlet nærmere hos Graver eller i undervisningen. Det kan derfor ikke kreves for mye kunnskap, og det er ikke sikkert at kandidatene i det hele tatt er kjent med problemstillingen. Foreløpige erfaringer fra sensuren viser også at mange har vanskeligheter med i det hele tatt å oppfatte problemstillingene. Men spørsmålet er stilt nokså direkte i oppgaven, og på bakgrunn av et halvt år med forvaltningsrett bør studentene kunne drøfte dette mer eller mindre uten konkrete forkunnskaper.

Etter mitt syn er det da et metodisk pluss om kandidatene, slik som Eckhoff/Smith, tar utgangspunkt i lovens ordlyd, jf. alkoholloven § 1-7 og § 1-7a. Ordlyden gir likevel ikke så sterke holdepunkter her. Kandidatene bør da kunne trekke inn noen hensyn som taler for og i mot adgangen til å oppstille bindende retningslinjer. Bruk av slike retningslinjer kan for eksempel fremme både forutberegnelighet og likebehandling for søkerne. Dessuten kan det anføres at hensynet til den private part er tilstrekkelig ivaretatt gjennom de alminnelige skranker for skjønnsutøvelsen: Vedtaket kan uansett ikke bygge på utenforliggende hensyn, eller føre til en usaklig forskjellsbehandling eller et grovt urimelig resultat (for å nevne noe). I motsatt retning kan man kanskje innvende at likebehandlingshensyn ikke i tilstrekkelig grad ivaretas gjennom generelle retningslinjer, man risikerer i så fall å overse den kompleksitet som virkelighetens enkelttilfeller av og til byr på.

Kanskje bør kandidatene også nevne at slike retningslinjer ikke rettslig sett binder det enkelte medlem av formannskapet – noe som svekker forutberegneligheten, men samtidig kan avbøte de mest urimelige utslag av generelle retningslinjer.

Poenget i denne sammenheng er uansett at kandidatene bør kunne argumentere for den ene eller andre løsning. Oppgaven er ikke i kjernen av pensum, og må regnes som litt krevende – og dermed også egnet til å skille.

4.4 Spørsmål 4

Det siste spørsmålet er om avslaget er ugyldig som følge av at det er tatt utenforliggende hensyn. Det er naturlig å ta utgangspunkt i Peders anførsler, nærmere bestemt at kommunen måtte være avskåret fra å utøve kompetanse ut fra de folkevalgtes personlige syn på virksomhetens mer eller mindre ”umoralske” karakter. Det er i dette tilfellet ikke tvilsomt at avslaget var begrunnet i virksomhetens karakter. Oppgaven reiser dermed et rent rettslig spørsmål.

Kandidatene bør peke på at hva som er lovlige hensyn i utgangspunktet beror på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget. I dette tilfellet inneholder alkoholloven § 1-7a en nokså omfattende, ikke-uttømmende liste av relevante hensyn. Kandidater som ikke finner denne bestemmelsen, kommer derfor skjevt ut, og det vil etter mitt syn raskt føre til trekk. Alkoholloven § 1-7 er nevnt i oppgaven, og da bør kandidatene også se § 1-7a.

Kandidatene må så drøfte konkret hvorvidt vektleggingen av virksomhetens karakter er utenforliggende. Ordlyden i § 1-7a nevner både ”stedets karakter” og ”hensynet til lokalmiljøet

for øvrig” som relevante hensyn. Etter mitt syn må det da være helt klart at kommunen ikke har lagt vekt på utenforliggende hensyn. Øvelsen på spørsmål 4 er å finne frem til § 1-7a.

Noen kandidater vil kanskje drøfte om ”virksomhetens karakter” må regnes som et sidehensyn som det ikke kan legges avgjørende vekt på, sammenholdt særlig med formålsbestemmelsen i alkoholloven § 1-1. Dette henger sammen med det generelle spørsmålet om hvor langt man ved en gyldighetskontroll skal prøve forvaltningens vekting av hensyn. Etter mitt syn er problemstillingen (hensynenes innbyrdes vekt) en annen enn den som reises i oppgaven. Til dette kommer at en eventuell lære om sidehensyn neppe er trådt for nær i dette tilfellet, jf. Rt. 1996 s. 78. Av begge grunner bør en drøftelse om sidehensyn eller liknende derfor gjøres svært kort.

Problemstillingen i oppgaven er om avslaget er ugyldig. Til dette hører også spørsmålet om innvirkning. Hvis man kommer til at det ikke er lagt vekt på utenforliggende hensyn, er det etter mitt syn forsvarlig å droppe en subsidiær innvirkningsdrøftelse. En slik drøftelse kan fort bli kunstig når den prinsipale konklusjonen er så vidt klar, også fordi feilens art og grovhet er relevant for innvirkningsvurderingen (jf. Rt. 2009 s. 661).

De som likevel drøfter innvirkningsspørsmålet, kan med fordel peke på at ugyldighetsvurderingen også her beror på de ulovfestede normene for ugyldighet. I motsetning til over får fvl. § 41 ikke direkte anvendelse, men det er sikkert at en tilnærmet lik gyldighetsregel også gjelder for denne typen tilblivelsesfeil (se Graver s. 532 med videre henvisninger). Dersom det er tatt utenforliggende hensyn, vil det normalt føre til ugyldighet (Eckhoff/Smith s. 470). Det gjelder ikke helt generelt, men her er virksomhetens karakter det sentrale for avslaget, og da må feilen innebære ugyldighet.

5 AVSLUTNING

Omfangsmessig minner jeg om at oppgave I og II skal vektes med til sammen en halvdel, og at oppgave III skal vektes med resterende halvdel. Det tilsier at man ikke kan forvente noen særlig bred behandling av spørsmålene i oppgave I og II, til det er tiden for knapp.

Samlet sett er oppgaven etter mitt syn av ganske varierende vanskelighet. Særlig nevner jeg oppgave I og spørsmål 3 under oppgave III som nokså kompliserte, og dermed velegnet til å skille mellom kandidatene. Det bør ikke trekkes altfor mye for de kandidatene som ikke får til noe særlig her. De kandidatene som får til gode drøftelser, bør samtidig gis uttelling. For å nå øverste karakter antar jeg man bør vise god faglig forståelse også på disse punktene.

Oppgave II står i en mellomstilling, ved at de fleste kandidater bør kunne skrive noe fornuftig her, uansett hvilken tilnærming man legger til grunn.

I den andre enden er spørsmål 1, 2 og 4 på oppgave III, som reiser nokså enkle forvaltningsrettslige problemstillinger. Disse spørsmålene bør gi alle kandidatene mulighet til å vise grunnleggende ferdigheter og kunnskaper (samtidig som det kan være vanskelig å eksellere). Kandidater som ikke treffer på disse spørsmålene, vil vurderingsmessig raskt havne på nedre del av skalaen.

Oslo, 8. desember 2015 (revidert 19. desember 2015)
Jørgen Vangsnes