



Sensorveiledning JUS2211 Høst 2022

Trygve Harlem Losnedahl, 6. desember 2022

Innledning

JUS2211 består av fagene alminnelig forvaltningsrett (13 studiepoeng), velferdsrett (7 stp.), miljørett (5 stp.) og EØS-rett (5 stp.) samt en semesteroppgave. Denne oppgaven er primært knyttet til alminnelig forvaltningsrett og EØS-rett, og plan- og bygningsloven som er behandlet i miljørettenspensum.

Høsten 2022 har all undervisning igjen gått fysisk, men slik at ett av kursene har vært tilrettelagt for digital deltagelse også. De fleste forelesninger har gått fysisk, og ligger ute som opptak. Studentene tilhører imidlertid et kull som før dette semesteret har vært svært preget av pandemien. De har hatt mindre fysisk interaksjon med hverandre og forelesere enn andre kull. De har heller ikke hatt annet enn hjemmeksamen før nå, og har derfor ingen trening i skoleeksamen på universitetsnivå.

Eksamensgjennomføringen skiller seg en del fra tidligere ved at studentene nå har tilgang til flere hjelpemidler under eksamen. De har tilgang til en eksamensversjon av lovdata som inneholder både forarbeider og rettspraksis. I tillegg har studentene hatt mulighet for å skrive merknader på lovdata som de har tilgang til på eksamen. Hver merknad har en tegnbegrensning, men begrensningen har liten betydning for hvor mye tekst studentene har med seg fordi det ikke er begrensninger på antall merknader og de kan lage flere merknader til samme ord i loven. Det er usikkert hvordan merknadene vil brukes og hvordan det vil påvirke besvarelsene. Det er sannsynlig at studentene vil ha forberedt forskjellige formuleringer i merknader som de vil klippe og lime inn i besvarelsen, for eksempel om fvl. § 41 og andre ugyldighetsdrøftelser. Noen av disse kan nok tenkes også bli veldig lange og teoretiserte, fordi de er skrevet på forhånd.

Denne veiledningen tar utgangspunkt i de rettslige spørsmålene oppgaven reiser, gir en oversikt over hvordan spørsmålene har vært behandlet i undervisningen og gir forslag til hvordan de kan disponeres og løses. Sensorveiledningen er ikke en fasit og gir ingen uttømmende anvisning på hva som kan forventes av kandidatene på eksamen, heller ikke av besvarelser som bedømmes til A. Målgruppen er sensorene, ikke studentene, selv om også de kan ha nytte av den. Målet med veiledningen er å gi sensorene en verktøykasse for tilpassede sensurvurderinger.

Av denne grunn er veiledningen på flere punkter mer omfattende og problematiserer flere spørsmål enn det som trengs for en fullgod besvarelse. Veiledningen og sensorenes vurderinger må sees i lys av de nedenfor angitte kunnskapskravene i de fagene oppgavene berører, og med den der forklarte hovedlitteratur og undervisning.

Om oppgaven

Eksamensoppgaven er en praktikumsoppgave i to deler som skal besvares i løpet av seks timers skoleeksamen. Temaene som tas opp er: Prikksystemet i alkoholforskriften. Inhabilitet ved lovbundet vedtak



for saksbehandler og folkevalgt kommunepolitiker på grunnlag av kjærlighetsforhold internt i forvaltningen og valgkamputtalelser. Ugyldighet for saksbehandlingsfeil. Klagebehandling av kommunale vedtak. Dispensasjon fra reguleringsplan og prøving av dispensasjonsvedtak. Tillatelsesordninger etter tjenesteloven og restriksjoner på etableringsfriheten.

I del I er vi i klagebehandlingen hos statsforvalteren. Det overordnede temaet er om kommunens inndragning av skjenkebevillingen til The Broker er ugyldig, hvor det særlig er spørsmål om kommunen hadde hjemmel, om inndragningen var i strid med etableringsretten, og om vedtaket er ugyldig på grunn av inhabilitet hos lederen i næringsutvalget og hos en saksbehandler.

Saken i del II står for tingretten. Det overordnede temaet er om statsforvalteren kunne avslå en dispensasjonssøknad etter klage over at kommunen hadde innvilget søknaden. Dette reiser særlig spørsmål om rettslig klageinteresse og statsforvalterens kompetanse ved klagebehandling. I tillegg må kandidatene her drøfte om tjenesteloven kommer til anvendelse på reguleringsplaner og dispensasjonsadgangen i plbl. § 19-2.

Studentene må selv finne frem til, drøfte og avgjøre de spørsmål oppgaven reiser. De relevante rettsgrunnlag er bare delvis nevnt i anførselene. Oppgaven del I avgrenser eksplisitt mot å drøfte tjenesteloven, som studentene skal drøfte i del II.

Kunnskapskrav og hovedlitteratur

Læringskravene finnes her: <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2211/laringsutbytte/>

I alminnelig forvaltningsrett skal studentene ha «god forståelse» av «-Forholdet mellom alminnelig og spesiell forvaltningsrett», «-Forvaltningslovens sentrale regler, særlig om... habilitet... og klage», «-Reglene om omgjøring av forvaltningsvedtak», «-Reglene om ugyldighet», «-Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens konkrete lovanvendelse (subsumsjonen) og deres tilbakeholdenhet med å bruke kompetansen».

Temaene er dekket i hovedlitteraturen i forvaltningsrett, Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett (2019) eller Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (utgaven fra 2018 eller 2022). Habilitet er behandlet i Graver kap. 21 og Eckhoff/Smith (2022) kap. 12. Klage og omgjøring i Graver kap. 30 og 31 og Eckhoff/Smith (2022) kap. 19 og 20. Ugyldighetsgrunner er behandlet i hhv. kap. 34 og kap. 29. Domstolsprøving i hhv. kap. 6 og kap. 33.

Studenten skal bare ha «kjennskap til» «-Systemet for tilsyn og kontroll med forvaltningen, derunder statskontroll med kommunene». Selv om dette bare er et kjennsapskrav må det forventes god forståelse for de sentrale reglene om statlig klagebehandling av kommunale vedtak, særlig fvl. § 34 og omgjøring etter fvl. § 35. I miljøforvaltningsretten skal studentene ha «god forståelse» av «-Rettslige virkemidler og rammer for styring av arealbruk gjennom plan- og bygningsloven (arealplanlegging) og forvaltning av naturmangfold gjennom områdevern etter naturmangfoldloven». Spørsmålet om dispensasjon fra reguleringsplan etter plbl. § 19-2 og prøving av dette er behandlet i hovedlitteraturen Hans Chr. Bugge, Lærebok i miljøforvaltningsrett, 2019 kapittel 7.10, og må også forventes at studentene har god forståelse for.

Om de EØS-rettslige spørsmålene skal studentene ha «god forståelse» av «-Reglene om etableringsrett» og om «-EØS-reglens betydning i norsk rett». Både tjenesteloven og etableringsfriheten i EØS-avtalens hoveddel art. 31 er grundig behandlet Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten», 2022, særlig kap. 7 og 12. Etableringsretten og restriksjonslæren er også grundig behandlet på forelesninger og kurs. Tjenesteloven er mindre grundig behandlet i undervisningen.



Del 1 – klagebehandling hos statsforvalteren

Det gir en god rekkefølge i resonnementene å starte med klageorganets kompetanse, før man vurderer de tre anførselene til Golden Brokers AB. Selskapet anfører at kommunen manglet lovhjemmel, at vedtaket var en «uforholdsmessig restriksjon på etableringsfriheten» og at det var «skjedd saksbehandlingsfeil». Noen vil kanskje begynne i etableringsfriheten fordi de har lært at EØS-rettens krav kan være et tolkningsmoment ved tolkningen av de nasjonale rettskildene, og derfor er det «riktige» stedet å starte. Begge tilnærminger er OK.

1. Klageorganets kompetanse

Golden Brokers AB klaget vedtaket om inndragning til Statsforvalteren. Kandidatene bør finne frem til alkoholloven § 1-16 (1) som bestemmer at vedtak etter § 1-8 om inndragning av salgs- og skjenkebevillinger kan påklages til Statsforvalteren. Statsforvalterens kompetanse er regulert i annet ledd: «Statsforvalteren kan prøve om vedtaket er innholdsmessig lovlig, er truffet av rette organ og om det er blitt til på lovlig måte». Noen kandidater vil antagelig overse bestemmelsen å gå rett på forvaltningslovens regler, uten at det emm. i seg selv bør lede til særlig trekk, dersom de der tar opp det sentrale temaet om statlig klageorgans kompetanse ved klagebehandling av vedtak fattet av kommune/fylkeskommune, jf. fvl. § 34(2). Kandidatene bør få vurdert sin evne til å identifisere og løse relevante rettslige spørsmål, ikke å lete raskt frem i ukjent lovtekst under høyt tidspress.

Alkoholloven § 1-16 begrenser klageorganets kompetanse mot å overprøve kommunens frie skjønn. Dette kan konstateres fra ordlyden «innholdsmessig lovlig», og fremgår også av forarbeidene for de kandidatene som leter frem dette (Ot.prp. nr. 7 (1996-1997) pkt 20 merknader til § 1-16). Kandidatene som holder seg til ordlyden men er usikre på hvordan «innholdsmessig lovlig» skal forstås bør komme i mål med at dette avgrenser mot overprøving av kommunens frie skjønn. Selv om det er ukjent lovtekst kan de resonnerer seg frem med litt forskjellige argumenter:

- Ordlyden trekker i den retning.
- Utgangspunktet ved klagebehandling er at klageinstansen kan prøve alle sider av saken, inkludert skjønnsutøvelsen, jf. fvl. § 28, og forstå at dette er en særregulering som presumptivt gjør et unntak fra hovedregelen.
- Huske at statlig klagebehandling av kommunale vedtak er begrenset, jf. fvl. § 28 og se at det er en slik situasjon vi står overfor.
- Huske tolkningen fra kurs og henviser til forarbeidene
- Vite at formuleringen tilsvarer kommuneloven § 27-3 om lovlighetskontroll, og at slik kontroll ikke innebærer prøving av kommunal skjønnsutøvelse.

Det er ikke nødvendig med noen lang drøftelse, og listen er bare ment som anvisning på alternative måter å nå resultatet på.

Fordi statsforvalteren ikke kan prøve skjønnsutøvelsen kan ikke statsforvalteren fatte nytt realitetsvedtak. Det overordnede spørsmålet for del 1 er om vedtaket er ugyldig.

2. Anførsel «Manglet lovhjemmel»



Det er opplyst i faktum at «The Broker» allerede var tildelt 11 prikker de siste 18 måneder og det er vist til alkoholforskriften §§ 10-2 og 10-3(4). Alkoholforskriften vil for kandidatene regnes som ukjent lovtekst, selv om de gjennom kursundervisningen antagelig har blitt kjent med at det finnes et slikt prikkssystem. Forskriften er gitt med hjemmel i alkoholloven § 1-8 tredje ledd som gir hjemmel for å fastsette i forskrift «saksbehandlingsregler og standardiserte reaksjoner for ulike typer overtredelser» som kan gi grunnlag for inndragning. Anførelsen om at vedtaket manglet lovhjemmel kan lede til at noen kandidater drøfter noe grundigere om § 1-8 er tilstrekkelig hjemmel og legalitetsprinsippet. Hva kandidatene gjør her bør ikke bedømmes strengt: faktum kan tale for å foreta grundigere vurdering, mens reglene som sådan ikke byr på tvil, som trekker i andre retning. I tillegg er det ukjent lovtekst.

Alkoholforskriften § 10-2 annet ledd bestemmer:

«Dersom bevillingshaver i løpet av en periode på to år er tildelt til sammen 12 prikker, skal kommunestyret inndra bevillingen for et tidsrom på én uke. Dersom det i løpet av toårsperioden blir tildelt flere enn 12 prikker skal kommunestyret øke lengden på inndragningen tilsvarende.»

Det er to vilkår etter bestemmelsen: (1) at bevillingshaver er «tildelt til sammen 12 prikker» (2) innenfor «en periode på to år». Det fremgår av faktum at prikkene er tildelt de siste 18 månedene. Vilkåret om at prikkene må være tildelt innenfor en toårsperiode er oppfylt.

Kandidatene må drøfte om tildeling av prikk(er) i dette tilfellet hadde hjemmel. De har fått opplyst alkoholloven § 10-3(4) som angir forskjellige former for overtredelser av alkoholloven og -forskriften som gir grunnlag til prikkbelastning. Det fremgår av § 10-3 fjerde ledd fjerde strekpunkt at det gis en prikk for at «gjester medtar alkohol ut av lokalet, jf. § 4-4 i denne forskriften». Etter forskriften § 4-4 skal det «påses at gjestene kun nyter skjenket alkoholholdig drikk, og at de ikke medtar skjenket alkoholholdig drikk når de forlater skjenkestedet». Noen kandidater vil kanskje stille spørsmål ved hva som er forskriftens egentlige vilkår her. Er det at «gjester medtar alkohol ut av lokalet» - som etter ordlyden fremstår som et objektivt ansvar - eller er det at påse-plikten etter § 4-4 er brutt – som etter sin ordlyd kan forstås å være en aktsomhetsnorm som åpner for unnskyldningsgrunner på vegne av skjenkestedet? § 10-3 må anses som en oversikts- og henvisningsbestemmelse, slik at det er § 4-4 som inneholder vilkårene som må være brutt for at prikk kan ilegges. Faktum inviterer ikke til å drøfte eventuelle unnskyldningsgrunner for The Broker, så konklusjonen er uansett klar om at påseplikten etter § 4-4 er brutt, og kommunen hadde hjemmel til å tildele prikk for at gjestene satte seg under trærne ved Gruselva med øl kjøpt på The Broker.

Noen kandidater vil kanskje også problematisere hvor mange prikker som er gitt, ettersom det i faktum er opplyst at det ved kontrollen ble avdekket at «kunder» i flertall tok med seg øl ut av lokalet. Man kan da tenke seg at det ble gitt prikker for hver av kundene som tok med seg øl. Det følger imidlertid av alkoholforskriften § 10-2 første ledd annet punktum at «Likeartede brudd avdekket ved samme kontroll skal anses som ett enkelt brudd». Basert på faktum og disse reglene er det mest nærliggende at kandidatene konkluderer med at Golden Brokers AB mottok 1 prikk etter § 10-3(4) fjerde strekpunkt jf. § 4-4, og dermed hadde totalt 12 prikker. Dette innebærer også at kandidatene slipper å undersøke hva vedtaket kunne gått ut på om det var gitt flere prikker.

Noen kandidater kan overse regelen om at likeartede brudd anses som ett enkelt brudd. Hvis noen kandidater legger til grunn at Golden Brokers AB ble eller kan ha blitt ilagt flere prikker, får det som konsekvens at kommunestyret skulle ha økt lengden (jf. ordlyden «skal») på inndragningen «tilsvarende» etter § 10-2(2) annet punktum. Ordlyden «tilsvarende» må antagelig forstås slik at hver ekstra prikk gir en uke lengre inndragning (men her har jeg ingen annen innsikt enn ordlyden).

Etter mitt syn bør det verken trekkes eller belønnes om kandidatene drøfter eller ikke drøfter hvor mange prikker som ble gitt, men kvaliteten på de eventuelle drøftelsene er relevante.

Kandidatene bør komme frem til at kommunen hadde hjemmel til å inndra skjenkebevillingen. Vedtaket er innholdsmessig lovlig, jf. alkoholloven. § 1-16(2).



3. Saksbehandlingsfeil

Overordnet

Det er inhabilitet som er den saksbehandlingsfeilen oppgaven legger opp til at skal drøftes. Det er en drøftelse som er nokså vanskelig å strukturere fordi mange av de samme vurderingene vil gå igjen under forskjellige vilkår, og med nyanseforskjeller i momentenes relevans og vekt for Marte og Peder. Selv om inhabilitet er et tema kandidatene normalt er godt drillet i, vil nok denne drøftelsen oppfattes som uvant og vanskeligere. Det er lovbundet forvaltning, inhabilitetsgrunnene er kjærlighetsforhold uavhengig av parten, og Martes motstand overfor skjenkestedet er uttalt (parti)politikk.

Forhåndsvarsel: Det ikke opplyst i faktum om forhåndsvarsel ble sendt. Noen kandidater vil kanskje påpeke at forhåndsvarsel må sendes, jf. alkoholforskriften § 10-6, jf. fvl. § 16, men faktum inviterer ikke til noen drøftelse av spørsmålet. Det kan ikke kreves at de drøfter dette spørsmålet.

Kontrollen: Faktum inviterer ikke til å drøfte om kontrollen av The Broker skjedde i tråd med lovens rammer, men noen kandidater vil kanskje forutsette at kontrollen antas gjennomført i tråd med alkoholloven § 1-9 og alkoholforskriftens kapittel 9. Noen vil kanskje også legge inn forutsetninger om det var Peder eller andre som gjennomførte kontrollen. Jeg har antatt at ikke Peder selv gjennomførte eller sto bak kontrollen av The Broker. Det kan ikke kreves at de drøfter dette spørsmålet.

Kompetent organ: Det aktuelle vedtaket skal etter alkoholforskriften § 10-2 (2) fattes av kommunestyret. Det er opplyst i faktum at næringsutvalget i Lillevik kommune «hadde vedtakskompetansen». Faktum inviterer ikke til noen drøftelse av utvalgets kompetanse, og kandidatene må forutsette (eksplisitt eller implisitt) at næringsutvalget hadde slik kompetanse.

Inhabilitet

Hjemmel: Oppgaven inviterer til å drøfte inhabilitet, men kandidatene må finne riktig hjemmel selv. Kandidatene bør finne frem til kommuneloven § 11-10 om habilitet for folkevalgte organer, men noen kandidater vil antagelig gå rett til forvaltningsloven § 6 som de fleste er blitt godt kjent med. De har vært innom § 11-10 på forelesning og kurs.

Etter Kommuneloven § 11-10 gjelder bestemmelsene om inhabilitet i forvaltningsloven kapittel II (herunder § 6) ved behandlingen av «saker i folkevalgte organer, med de særreglene som følger av denne paragrafen». Kandidatene bør vise at kommuneloven § 5-1 annet ledd bokstav d angir at «utvalg, inkludert kommunedelsutvalg og kontrollutvalg» er folkevalgte organ, og at næringsutvalget er et «utvalg» som altså er et folkevalgt organ.

Kandidatene kan kort konstatere at særbestemmelsene i § 11-10 andre til fjerde ledd ikke kommer til anvendelse, og at problemstillingen dermed blir om det forelå inhabilitet hos Marte og/eller Peder etter habilitetsreglene i fvl. kapittel 2.

Her vil sikkert noen kandidater gå gjennom reglene først og så anvende dem på hhv. Marte og Peder, mens andre kandidater vil foreta en mer blandet fremstilling. Det er ingen «fasit» på valg av struktur. Fordi mange av de samme momentene kan gå igjen under forskjellige bestemmelser (§ 6(4), 6(2) og § 41) og for de to personene Marte og Peder, er drøftelsen vanskelig å strukturere. Jeg startet ut med å drøfte fvl. § 6(4), men satte meg fast i tolkningen av vilkåret om at «verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker sete». Å vurdere å om offentlige/private interesser tilsier at Marte/Peder «viker sete» syne jeg ble krøkkete uten først å ha vurdert om det forelå grunnlag for habilitet etter fvl. § 6(1) og (2).

Fvl. § 6: personelt virkeområde

Kandidatene bør først sjekke om Peder og Marte er omfattet av habilitetsreglene i fvl. § 6.



Etter fvl. § 6 første ledd er en «offentlig tjenestemann» «ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltnings sak».

Kandidatene bør være klar over at «offentlig tjenestemann» er definert i fvl. § 2(1)d. Peder er offentlig tjenestemann som «ansatt i... en kommunes tjeneste». Han har ikke fattet vedtak i saken, men habilitetsreglene rammer også det «å tilrettelegge grunnlaget» for avgjørelsen. Peder har tilrettelagt grunnlaget ved at han «utarbeidet ... en sak om inndragning av skjenkebevillingen».

Marte er ikke «offentlig tjenestemann», da hun verken er embetsmann eller ansatt i kommunen, jf definisjonen fvl. § 2 første ledd bokstav d, men etter kommuneloven § 11-10 må hun også oppfylle habilitetsreglene fvl. § 6 som medlem av næringsutvalget. Noen kandidater som overser kommuneloven vil kanskje hjemle at Marte er omfattet av habilitetsreglene i fvl. § 10 som bestemmer at habilitetsreglene gjelder «tilsvarende for enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan». Selv om hjemmelen ikke er like presis, kan folkevalgte også sorteres innenfor ordlyden i § 10 om «enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid». Det bør etter mitt syn ikke lede til særlig trekk å anvende § 10 dersom kommuneloven § 11-10 er oversett.

Fvl. § 6: materielle regler

Fvl. § 6 første ledd angir absolutte/automatiske habilitetsgrunner, men ingen av de er anvendelige på Peder og Marte. Kandidatene bør ikke bruke unødig spalteplass på disse inhabilitetsgrunnene, men raskt gå videre til annet ledd, som fastsetter:

«Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal 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. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part.»

Kandidatene må se at vilkårene etter bestemmelsen er om det foreligger «andre særegne forhold» som «er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Om de deler opp vurderingen i to vilkår eller gjør en mer samlet tolkning og påfølgende subsumsjon er uten betydning. Graver formulerer det samlet (s. 321). Woxholth (2011) deler det i to og kaller «andre særegne forhold» et «grunnvilkår». I Rt-1996-64 *Hegnar hotell* drøftes det som to vilkår, mens i Rt-2009-1319 (64-66) formuleres det samlet med sitatetegn bare rundt «andre særegne» forhold.

Kandidatene må få frem at ordlyden angir at det i vurderingen «skal» legges vekt på om «avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for [Marte/Peder] selv». Etter ordlyden og øvrige kilder er det uklart om disse momentene står til vilkårene «andre særegne forhold» og/eller «er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet», eller om de er selvstendige momenter alene knyttet til «avgjørelsen» som er fattet/skal fattes. Woxholth knytter momentene til grunnvilkåret «særegne forhold». I Rt-2009-1319 er det uklart om det knyttes til bare «særegne forhold» eller til begge vilkårene, se avsnitt 64. I *Hegnar hotell* viser ikke Høyesterett til momentene, men synes å anvende dem implisitt.

I tillegg «skal» det legges vekt på om inhabilitetsinnsigelse er reist fra en part. Til det sistnevnte er faktum uklart. Anførselen er formulert generelt som at det forelå «saksbehandlingsfeil», men siden faktum også opplyser at daglig leder i Golden Broker fant ut av kjærlighetsforholdet tilsier det at inhabilitetsinnsigelse ble reist. I alle tilfeller er dette et moment med liten vekt i vurderingen, da det ikke skal kunne misbrukes til å «skyte ut» offentlige tjenestemenn partene ikke ønsker at skal behandle saken sin.

Fvl. § 6(2) «Andre særegne forhold»: Marte

Vilkåret «andre særegne forhold» viser til forhold som avviker fra normalen, noe som ikke angår alle. Ordet «andre» viser til *andre enn* forholdene listet opp i første ledd. Inhabilitetsgrunnene i første ledd vil dermed bidra til lovtolkningen. Et vanlig resonnement er at når lovgiver har trukket grenser i første ledd må man ta hensyn til lovgivers avgrensning ved tolkningen av annet ledd, slik at det ikke er noen automatikk i at forhold



som er nært å være omfattet av første ledd anses som «særegne forhold» som «er egnet til å svekke tilliten» etter annet ledd. Det må da noe mer til.

Faktum legger opp til at to potensielt særegne forhold må drøftes. For det første at Marte har et kjærlighetsforhold til Peder som forberedte saken. For det andre at Marte har vært veldig uttalt politisk mot skjenkesteder som «The Broker» i sentrum og brukt The Broker i politisk kommunikasjon. Noen kandidater vil kanskje tolke faktum slik at hun uttrykkelig har vært for å legge ned The Broker eller lignende, og at dette har vært et sentralt valgkampbudskap. En slik tolkning bør ut fra det samlede faktum være grei etter mitt syn: «Hun vil ha vekk det slitne preget av alkoholiserede gamlinger i bybildet og gjøre sentrumsområde til attraktive arenaer. I valgkampen markerte hun seg med slagordet «Grusby – så mye mer enn Brokkenhjørnet»». Hvordan man tolker Martes motstand mot The Broker kan prege subsumsjonen til kandidatene. Jeg legger her til grunn at hun ikke uttrykkelig har argumentert for å legge ned The Broker, men har et politisk standpunkt om at den typen servering som The Broker driver ikke bør drives i sentrumsområdene og at hennes kommunikasjon har hatt en direkte negativ slagside mot The Broker. For Peders del vil habilitetsgrunnen være kjærlighetsforholdet til Marte og hans nærhet til hennes politiske standpunkter og budskap.

Etter min vurdering kan man raskt konkludere med at både kjærlighetsforholdet og Martes sterke politiske engasjement er særegne forhold, ettersom begge er faktiske omstendigheter som ikke deles med mange andre med en potensiell betydning for The Brokers skjenkebevilling.

Samtidig må det være helt greit å gjøre grundigere drøftelser av «andre særegne forhold», herunder at man inkluderer, som Woxholth, en vurdering av om det mulige særegne forholdet kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe ved avgjørelsen.

For kjærlighetsforholdet kan det at første ledd ikke omhandler forhold internt i forvaltningen, men mellom de offentlige tjenestemennene og parten, gi grunnlag for å resonnerer med at slike interne kjærlighetsforhold i forvaltningen ikke er «andre særegne forhold».

For Martes politiske engasjement er det også et holdbart argument at det ikke er noe særegent med at en politiker i et folkevalgt organ har politiske standpunkter og fremmer dem offentlig.

Etter mitt syn er det likevel mer i tråd med ordlyden å se på hennes politiske engasjement og kjærlighetsforholdet som noe særegent – noe som skiller henne fra de fleste andre – og heller vurdere om dette er egnet til svekke tilliten til henne.

Fvl. § 6(2) «Andre særegne forhold»: Peder

Som over er det uvanlig å ha et kjærlighetsforhold som Peder og Marte, hvor Marte er så sterkt politisk engasjert i by- og næringsutvikling og The Broker.

Fvl. § 6(2) «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet»: Marte

I vurderingen av om kjærlighetsforholdet og Martes sterke engasjement er egnet til å svekke tilliten til hennes upartiskhet, skal det tas hensyn til å om «avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe» for henne selv eller noen som står henne nær.

Hovedutfordringen for kandidatene her er at Marte er politiker. Hun er ikke upartisk. Tvert imot er hun sterkt partisk. I tillegg er det valgkamp, hvor Marte løfter frem byutvikling og bruker slagord med direkte slagside mot The Broker. Avgjørelser overfor The Broker vil dermed kunne sies å innebære «særlig fordel» for henne selv i form av et godt kommunevalg. Hvordan skal dette håndteres etter habilitetsreguleringene?

At Marte som folkevalgt politiker har et uttalt politisk standpunkt medfører ikke inhabilitet. Folkevalgte blir valgt for å føre sin uttalte politikk og skal representere politiske interesser. Dette synspunktet er ikke synlig i habilitetsbestemmelsene, men går på tvers av ordlydens krav til «upartiskhet». Det er heller ikke veldig



tydelig omtalt i pensumlitteraturen eller på forelesning, så det er ikke overraskende om kandidater overser eller undervurderer betydningen av Martes rolle som folkevalgt politiker. Poenget er omtalt i Rt-1996-64 *Hegnar Hotell*. Høyesterett viste der til at generell interesse som beboer eller «et generelt alkoholpolitisk syn» hos en lokalpolitiker ikke ville være inhabiliserende, i motsetning til lokalpolitikerenes private rolle som nær nabo til hotellet som skulle få avgjort skjenkebevilling.

Etter mitt syn må det være en høy terskel for at politikere skal anses inhabile på grunn av politisk aktivitet, og også en høy terskel for at måten de kommuniserer politikken sin på inhabiliserer dem. Dette har en side mot ytringsfriheten og folkestyret. Politikere bør ikke kvie seg for å delta i politisk debatt fordi de frykter å bli inhabile i saker som de og partiet engasjerer seg i.

Ut fra Martes særlige rolle som folkevalgt må man altså se bort fra den typen «fordel» som hun kan få i form av stemmer på bakgrunn av at hun evt får gjennomslag for den politikken hun og partiet hennes fremmer. Videre må det man se bort fra ordlydens krav om «upartiskhet», som ikke passer på folkevalgte i deres roller som folkevalgte.

Hva gjelder Martes kjærlighetsforhold til Peder tror jeg drøftelsen kan være vanskelig for kandidatene fordi faktum fremstiller forholdet som noe mistenkelig, samtidig som betydningen av dette mistenkelige forholdet ikke er lett å få tak på. Det uvante er at forholdet er internt i forvaltningen, ikke mellom en i forvaltningen og en utenfor.

Slike nære forhold internt i forvaltningen kan svekke tilliten til at de enkelte saksbehandlere og politikere er upartiske og saklige, og kan gi inntrykk av at de lar seg styre av personlige relasjoner på arbeidsplassen/i forvaltningsorganet – som vil være utenforliggende hensyn. Det er imidlertid normalen at personer internt i forvaltningsorganer, og ikke minst i politisk styrte kommuner med folkevalgte fra konkurrerende partier, har til dels sterke sympatier og antipatier, og både eksisterende og førtidige, kjente og ukjente, kjærlighetsforhold. Lovgiver har likevel ikke inntatt noen bestemmelser om inhabilitet for relasjoner internt i forvaltningsorganer. Alle de absolutte inhabilitetsgrunnene i første ledd retter seg mot parter eller andre nært berørte. Dette taler for at kjærlighetsforholdet ikke er et forhold som er egnet til å svekke tilliten til Martes upartiskhet.

Et viktig moment til i vurderingen av om kjærlighetsforholdet og det politiske engasjementet er egnet til å svekke tilliten til Marte, er hvilken innvirkning Marte har på sakens utfall, jf. også fvl. § 6 fjerde ledd som bestemmer, litt grovt og upresist, at inhabilitetsreglene ikke gjelder der det er åpenbart at tjenestemannen ikke kan påvirke vedtaket, som ved strengt lovbundne vedtak.

Som omtalt over følger det av alkoholforskriften § 10-2 første ledd at utvalget «skal» ilegge prikk og «skal» inndra bevillingen i én uke, jf. annet ledd. At avgjørelsen ga lite eller intet rom for vurderinger og skjønn taler med styrke for at kjærlighetsforholdet og det politiske engasjementet ikke var egnet til å svekke tilliten til Martes avgjørelser i næringsutvalget overfor The Broker/Golden Broker AB.

Etter mitt syn bør kandidatene komme til at Marte ikke var inhabil, men det bør ikke bedømmes for strengt å komme til motsatt resultat dersom det beror på at kandidaten har undervurdert betydningen av at Marte var folkevalgt politiker, da dette er litt tynt behandlet i pensum og undervisning.

Fvl. § 6(2) «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet»: Peder

Kjærlighetsforholdet og Martes engasjement kan etter mitt syn i større grad svekke tilliten til Peder. Kandidatene bør se at Peder, som administrativt ansatt, har andre krav til upartiskhet enn Marte som folkevalgt politiker. Dette taler med styrke for inhabilitet for Peder. En avgjørelse som Marte ville like, og motsatt mislike, ville kunne tenkes å innebære fordel eller ulempe for han i relasjonen hans til Marte.

På den annen side må kandidatene få med at også Peder i denne saken var lovbundet. Etter alkoholforskriften § 10-2(1) «skal» også kommunen tildele prikker ved overtredelser som nevnt i alkoholforskriften § 10-3. Peder var pliktig å forberede sak for at bruddet skulle lede til prikk, jf. § 10-2 første ledd. Her kan imidlertid kandidatene ta opp at selv om kommunen er rettslig forpliktet å ilegge prikk, med



Peder som ansvarlig for å fremme saken, vil kommuner i enkelte saker kunne ha et visst handlingsrom til ikke å forfølge saker, typisk dersom det er tvil om det foreligger grunnlag for ileggelse av prikk kombinert med kapasitet. Sånn sett kan det i prinsippet oppstå en vurderingssituasjon for Peder som saksforberedende. Dette er et argument for at Peder ikke var så lovbundet, og som svekker dette argumentet for Peders habilitet. Dette må være fint å ta opp, men i og med at saken ble fremmet og grunnlaget fremstår klart, er det ikke noe faktisk grunnlag for å spekulere i at Peder hadde et handlingsrom.

Kandidatene kan i avveiningen av Peders lovbundethet på den ene siden mot Peders partiskhet på den andre vise til formålene med habilitetsreglene, for eksempel jf. Rt-1996-64 Hegnar Hotell s. 68.

«Habilitetsreglene i forvaltningsloven skal sikre [1] korrekte avgjørelser, [2] opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og [3] beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet.»

Selv om avgjørelsen vil bli korrekt, skal reglene opprettholde tilliten og beskytte mot at det sås tvil om troverdigheten. Man kan lett forestille seg påstander om at Peder skal ha igangsatt kontroll mot The Broker eller fremmet saken for å tekkes Marte. Selv om det ikke er holdepunkter i faktum for at det er noen realitet i slike påstander, er det likevel relevante argumenter at slike usanne påstander kan komme. Det vil så tvil om både Peders og Martes troverdighet.

Konklusjon (under noe tvil): Peder var inhabil til tilrettelegge saken.

Fvl. § 6 fjerde ledd – når tilknytning ikke kan påvirke standpunktet

Jeg vil anta at kandidatene enten vil foreta grundigere habilitetsdrøftelse under 6(2) eller etter § 6(4). Det er neppe tid til å gå grundig til verks både etter 6(2) og 6(4), og det må forventes og aksepteres at studentene viser til tidligere drøftelser. Faktum legger såpass tydelig opp til å vurdere lovbundethet at det bør trekkes dersom kandidaten verken drøfter § 6(4) eller viser til § 6(4) som et moment i drøftelsen etter § 6(2).

Alkoholforskriften § 10-2(2) bestemmer at kommunestyret «skal» inndra bevillingen for et tidsrom på én uke dersom «bevillingshaver i løpet av en periode på to år er tildelt til sammen 12 prikker». Det er dette kommunen har gjort, noe som inviterer kandidatene til å vurdere om habilitetsreglene ikke kommer til anvendelse etter fvl. § 6 fjerde ledd, som lyder:

«Ugildhetsreglene får ikke anvendelse dersom det er åpenbart at tjenstemannens tilknytning til saken eller partene ikke vil kunne påvirke hans standpunkt og verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker sete.»

Det er to vilkår. Det må være «åpenbart at tjenstemannens tilknytning til saken eller partene ikke vil kunne påvirke hans standpunkt» og «verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker sete».

Det første vilkåret: Tilknytningen kan være til enten saken eller partene. De potensielt inhabiliserende forhold her er kjærlighetsforholdet og Martes politiske engasjement, med en tydelig slagside mot The Broker. Det sentrale vurderingstemaet i det første vilkåret er om tjenstemannens standpunkt ikke vil kunne bli påvirket, noe som særlig avhenger av i hvilken grad reglene åpner for vurderinger eller ikke. Vurderingene kan gjelde både faktum og rettsanvendelse. Ordlyden «åpenbart» tilsier at det bare er ved strengt regelbundne avgjørelser med klare faktum at vilkåret er oppfylt.

Oppgaven er ikke helt klar på om utvalget formelt fattet to vedtak, et om prikk og et om inndragning, eller ett samlet vedtak. I begge tilfeller må de behandles samlet i relasjon til fvl. § 6(4), fordi prikkvedtak er en nødvendig betingelse for inndragningen.

Kommunen har i utgangspunktet ikke noen valg etter fvl. § 10-2(2). Når først 12 prikker er ilagt, «skal» bevillingen inndras for en uke. Etter alkoholforskriften § 10-2(1) «skal» også kommunen tildele prikker ved overtredelser som nevnt i alkoholforskriften § 10-3. Det er en unntakshjemmel for ileggelse av prikker i



forskriften § 10-4(1): «Dersom det foreligger helt spesielle og svært formildende omstendigheter, kan kommunen tildele færre prikker for en overtredelse enn det som følger av § 10-3». Det er ingen holdepunkter i faktum for at disse strenge vilkårene var oppfylt eller for at det ble anført, men eksistensen av en slik unntakshjemmel er likevel et relevant moment i vurderingen av om Marte og Peder kunne få sitt standpunkt påvirket av tilknytningen til saken. Etter min vurdering er unntakshjemmelen såpass snever at dens eksistens ikke er nok til å konkludere med at det første vilkåret i fvl. § 6(4) ikke er oppfylt, men det må være greit å komme til motsatt konklusjon. Det må gis pluss til studentene som ser denne unntakshjemmelen og som klarer å se at dens eksistens har betydning for vurderingen etter § 6(4).

Den eneste vurderingen som utvalget/Marte skulle gjøre var bevisvurderingen av om det forelå brudd. Faktum etterlater ingen tvil om at gjester ved The Broker tok med seg øl ut av lokalet slik at det var grunnlag for å ilegge prikk, og Golden Broker AB har ikke anført at det foreligger feil i faktum. Det er derfor nærliggende å konkludere med at Martes tilknytning til saken åpenbart ikke kunne påvirke hennes standpunkt. Marte måtte fatte vedtak om prikk og inndragning, jf. første og annet ledd. Som over var også Peder pliktig å fremme sak, med de forbeholdene knyttet til et hypotetisk handlingsrom. Etter mitt syn bør kandidatene konkludere med at det «er åpenbart at [Martes og Peders] tilknytning til saken...ikke vil kunne påvirke [deres] standpunkt», jf. fvl. § 6(4).

Det andre vilkåret etter fvl. § 6(4) er at «verken offentlige eller private interesser tilsier at [Marte/Peder] viker sete». Etter ordlyden er det ikke klart om «åpenbart» knytter seg til begge vilkårene, herunder om det må være «åpenbart at...verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker setet». Etter forarbeidene, Ot.prp. nr.27(1968-1969) s. 40, skal åpenbart bare stå til det første vilkåret. Hva kandidatene kommer til her er imidlertid uten betydning, da de ikke kan ventes å kjenne forarbeidene eller få tid til å lete det frem. Ordlyden kan like godt forstås på begge måter.

Kandidatene bør se at dette vilkåret handler om å ivareta tilliten til forvaltningen – at det som fremstår opplagt innenfra kan fremstå mistenkelig og problematisk utenfra. Kandidatene kan underbygge tolkningen i fvl. § 6(2) ledd i tolkningen («er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet»). Kandidatene kan også/eller vise til formålene med habilitetsreglene, jf. over.

Det foreligger lite praksis om bestemmelsen, og ingen autoritativ praksis, se Geir Woxholth «Forvaltningsloven med kommentarer», 2011, note 17 til § 6, side 202-204. NOU 2019:5 omtaler den i begrenset grad, men foreslår å videreføre bestemmelsen og med samme vilkår om private og offentlige interesser.

Et hensyn kandidatene evt kan få frem i tolkningen er konsekvensene av at en beslutning anses omfattet av habilitetsreglene etter fvl. § 6(4). Selv om et forvaltningsorgan har antatt at et vedtak ikke er omfattet av habilitetsreglene etter fvl. § 6(4), får ikke det som konsekvens at vedtaket skal kjennes ugyldig hvis det uansett ikke foreligger konkret inhabilitet. Videre kan et vedtak ved faktisk inhabilitet likevel anses gyldig, jf. fvl. § 41. I § 41-vurderingen vil grad av lovbundethet/skjønn være relevant. Sånn sett består avveining særlig av et begrenset hensyn til effektivitet i forvaltningen mot hensynet til tillit til forvaltningen. Det skal ikke mye til før man kommer til at «offentlige eller private interesser tilsier at han viker setet».

Subsumsjon Marte: Forutsetningen for drøftelsen her bør være at kandidatene ikke allerede har konkludert med at Marte er habil. Det er nødvendig å drøfte om Marte ikke bare er habil, men også faller utenfor habilitetsreglene etter fvl. § 6(4).

Dersom kandidatene starter med å drøfte fvl. §6(4) og spør om offentlig eller private interesser tilsier at hun viker setet, vil de nok oppleve en spenning mellom vilkåret i § 6(4) og fvl. § 6(2). Vurderingen etter fvl. § 6(4) vil bli veldig lik vurderingen av om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til Marte, og det vil være naturlig å bruke fvl. § 6(2) som tolkningsmomenter etter 6(4) (og motsatt). Dermed vil de fort komme i en situasjon der da langt på vei drøfter 6(2) under fvl. § 6(4), noe som kan bli rotete. Det er også en spenning mellom å konkludere med at hensynet til Golden Broker AB og allmenhetens tillit «tilsier at hun viker setet», og samtidig komme senere til at hun er habil og ikke skal vike setet etter fvl. § 6(2). Dette



vilkårets ordlyd og plassering i forhold til fvl. §6(2) er rett og slett litt vanskelig å hankses med etter min mening. Det kan ikke kreves for mye av kandidatene.

Subsumsjon Peder: Peder ble ansett inhabil basert på argumenter om at habilitetsreglene skal sikre allmenhetens tillit og beskytte beslutningstakere mot å få sådd troverdigheten i tvil. De samme argumentene taler for at private og offentlige interesser tilsier at Peder viker setet.

4. Rettslig klageinteresse

Faktum opplyser ikke når klagen inngis. Bevillingen inndras bare for en uke. Alkoholforskriften § 10-6 tredje ledd bestemmer at kommunen bør iverksette vedtak om inndragning «innen fire uker etter vedtakelsesdato». Etter faktum fikk daglig leder på The Broker først vite om kjærlighetsforholdet etter vedtak var fattet da ryktene begynte å gå. Noen kandidater kan derfor problematisere om Golden Broker AB har oversett klagefristen og/eller har rettslig klageinteresse – om klagen har aktualitet dersom inndragningen allerede er gjennomført. Faktum gir for lite til å drøfte dette. Det er ingen feil ikke å ta det opp.

5. Etableringsfriheten

Golden Broker AB anfører at inndragningen var «en uforholdsmessig restriksjon på etableringsfriheten».

Kandidatene må forstå at etableringsfriheten viser til EØS-avtalens hoveddel art. 31, som er gjort til norsk lov ved EØS-loven § 1, med forrang etter § 2. Artikkel 31 bestemmer at

Det skal «ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for svenske statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.»

The Broker må antas å være en «filial» etter art. 31. At art. 31 bare viser til statsborgere, ikke juridiske personer, vil sikkert noen kandidater få problemer med dersom de ikke husker/finner art. 34 som bestemmer at det som står i art. 31 om (svenske) statsborgere også gjelder (svenske) selskaper, men de bør uansett vite og få frem at fri bevegelighet ikke bare gjelder fysiske personer.

Kandidatene bør kjenne til at EFTA-domstolen har tolket restriksjon på etableringsfriheten som ethvert tiltak som gjør det mindre interessant å utøve friheten, f.eks. E-14/15 *Holship* (115), som gjaldt etableringsfriheten:

«Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres.»

(Denne vide formuleringen fra EFTA-domstolen kan kritiseres for ikke å skille mellom typen frihet, ikke forholde seg til forskjeller i ordlyd og for ikke å skille mellom adferds- og adgangshindre.)

Kandidatene bør drøfte om en strengt lovbundet inndragning i en uke etter et standardisert prikkssystem overhode utgjør en restriksjon. Kandidatene vil antagelig gjøre dette etter det såkalte adekvansforbeholdet.

Spørsmålet om adekvansforbeholdet er gjerne om tiltaket har en «for usikker og indirekte» virkning på samhandelen i markedet, f.eks. C-190/98 *Graf* (25) og C-638/20 *MCM* (35).

I pensum – Oversikt over EØS-retten, side 116-120 – pekes det på skillet mellom tiltak som regulerer markedsadgang og markedsadferd, hvor tiltak som hindrer markedsadgang presumptivt er restriksjoner mens ikke-diskriminerende tiltak som bare regulerer hvordan næringsdrivende skal opptre på markedet ikke er restriksjoner, forutsatt at det er ikke-diskriminerende. Dette skillet har ikke fått autoritativ tilslutning i EU-/EFTA-domstolen, men er basert på en bredere analyse av konkrete avgjørelser. Basert på pensum må det være greit av studentene å vurdere om det foreligger restriksjon basert på skillet markedsadferd/-adgang, i



stedet for adekvansforbeholdet. I alle tilfeller er dette et viktig moment som kandidatene med fordel kan få frem.

En tredje tilnærming til spørsmålet om det foreligger restriksjon er å knytte vurderingen opp mot ordlyden i f.eks. Holship om prikkssystemet og inndragningen gjør etableringsfriheten mindre interessant. Kandidater som uten nærmere drøftelse konkluderer med at prikkssystemet og inndragningen er en restriksjon fordi det gjør det mindre interessant å benytte etableringsfriheten må trekkes.

Prikkssystemet hindrer ikke markedsadgang. Det er ikke nasjonalitetsbasert diskriminerende. Fordi det er et lovbundet regelverket med lite skjønn åpner regelverket også i liten grad for å misbrukes til skjult nasjonalitetsbasert diskriminering. Det er helt normalt at selskaper som driver bevertning og alkoholsalg må forholde seg til skjenkereglene, og næringsdrivende må forvente denne eller lignende regulering i alle EU/EØS-land, jf. C-148/10 *DHL* hvor normalregulering var et moment EU-domstolen vektla for at en bransjeavgift ikke utgjorde en restriksjon.

Etter min vurdering utgjør ikke inndragningen på en uke som følge av prikkssystemet en restriksjon etter adekvansforbeholdet, men konklusjonen er ikke viktig. Det viktige er at kandidatene ser at det er nedre grenser for at nasjonalt tiltak utgjør restriksjoner og får frem relevante momenter.

Forutsatt at kandidatene kommer til at inndragningen på en uke utgjør en restriksjon, må de vurdere om den kan rettferdiggjøres. Dette kan de evt. gjøre subsidiært. Spørsmålet er da om inndragningen forfølger et legitimt formål, er egnet og nødvendig (og evt. også er forholdsmessig i snever forstand, *strictu sensu*). For ikke-diskriminerende restriksjoner vil såkalt «tvingende allmenne hensyn» være legitime formål, i tillegg til dem som er listet opp i EØS-avtalen selv.

Legitimt formål: folkehelsen, som kan hjemles i EØS-avtalens hoveddel art. 33.

Egnet: Ja. Bidrar til avskrekking fra å bryte reglene med folkehelseformål.

Går tiltaket lenger enn nødvendig for å oppnå formålet? Nei. Prikkssystemet fremstår balansert, og én ukes inndragning er ikke en spesielt streng reaksjon. Det er ikke anført grunner for at det var uforholdsmessig akkurat overfor Golden Broker AB (I den grad kandidatene trekker inn faktum fra del II kan de peke på at inndragningen her var «nådestøtet»). Men det er bare uflaks, ikke uforholdsmessig. Selv om det nok kan være et argument med en viss gyldighet har en så spesiell og tilfeldig konsekvensbetraktning av sanksjonen liten vekt.)

Kandidatene bør komme til at inndragningen i en uke ikke i strid med etableringsfriheten. Kandidater som kommer til at det ikke foreligger en restriksjon bør ikke trekkes mye om de unnlater å foreta subsidiær drøftelse, da en slik subsidiær drøftelse gjerne blir veldig kort og ender i samme konklusjon. Et tiltak som bare så vidt er å anse som en restriksjon vil så å si alltid være rettferdiggjort.

6. Ugyldighet

Må Statsforvalteren kjenne vedtaket ugyldig?

Vurderingen avhenger av hvilke ugyldighetsgrunner kandidatene finner.

Dersom kandidatene kommer til at det foreligger brudd på etableringsfriheten eller manglende hjemmel i alkoholforskriften må konklusjonen bli at vedtaket er ugyldig. Materiell kompetansemangel leder nesten unntaksfritt til ugyldighet, og det er vel ingen grunner som her tilsier at det ikke skulle være tilfellet.

Dersom kandidatene bare kommet til at det foreligger inhabilitet må kandidatene vurdere fvl. § 41, som kommer direkte til anvendelse ettersom inndragningen er et enkeltvedtak, jf. alkoholforskriften § 10-6(2) (og vil også være det etter fvl. § 2 om kandidatene overser § 10-6).



Forholdet mellom gyldighetsregelen i fvl. § 41 og de bakenforliggende domstolskapte ugyldighetsreglene er ikke helt klar, så kandidatene bør ikke bedømmes strengt på akkurat hvordan de formulerer vurderingstemaene. Med utgangspunkt i ordlyden i § 41 blir spørsmålet om «det er grunn til å regne med at Peders inhabilitet ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold».

Med Rt 1996 s. 64 Hegnar hotell s. 69 kan man spesifisere spørsmålet nærmere til om Peders uriktige deltakelse har fått betydning for utfallet, og at det avgjørende må være hva som ville skjedd hvis Peder ikke hadde forberedt saken.

Subsumsjon: Etter mitt syn ville saken fått samme utfall om Peder ikke hadde forberedt saken. En annen i kommunen ville tatt saken i hans sted, og etter de lovbundne reglene i alkoholforskriften ville innstillingen og vedtaket gått ut på det samme. Det er drøftelsen, ikke konklusjonen som er viktig.

Hvis kandidatene kommer til at Marte er inhabil, vil de måtte drøfte betydning for vedtaket i det kollegiale organet. Martes lederrolle bør da nevnes som argument for ugyldighet, men at hun var det eneste av ni medlemmer og lovbundethet tilsier at det er gyldig.

DEL II – Søksmål om dispensasjonssøknad

1. Innledning

Kandidatene skal løse sakens spørsmål der saken står for domstolene. Partene i saken er Smartmegleren og Staten (ved statsforvalteren). Smartmegleren krever dom på ugyldighet for statsforvalterens vedtak.

Smartmeglerens anførte grunner for ugyldighet er:

- «Grethe Gram hadde ikke klagerett», som jeg oppfatter som en anførsel om at statsforvalteren dermed ikke hadde kompetanse som klageorgan.
- At «statsforvalteren ikke hadde hjemmel til å avslå dispensasjonssøknaden», som jeg oppfatter som en anførsel om hva statsforvalterens vedtak kunne gå ut på.
- Statsforvalteren «var bundet av kommunens skjønnsutøvelse», og hadde uansett «plikt til å legge stor vekt på de kommunale selvstyret – noe som det ikke fremgikk at var gjort». Jeg oppfatter dette som en anførsel om at statsforvalteren i alle tilfeller har gått utenfor sin materielle kompetanse.
- At «dispensasjonsordningen i realiteten innebar et krav om tillatelse for meglervirksomheten, og denne måtte anvendes i tråd med tjenesteloven og tjenestedirektivet (som Smartmegleren implisitt må mene at ikke var oppfylt).

2. Statsforvalterens klagebehandling

Klagerett

Kandidatene bør først få på plass at plbl. § 1-9(1) bestemmer at fvl. gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i plbl, og så vurdere klagerett etter fvl. § 28.

Gram har ikke klagerett som «part», jf. fvl. § 28(1) jf. fvl. § 2(1)c, da vedtaket ikke retter seg mot henne eller ellers direkte gjelder henne. Kandidatene må vurdere om Gram hadde «rettslig klageinteresse», jf. fvl. § 28(1). Om en som ikke er part skal gis rettslig klageinteresse må vurderes konkret. Begrepet er hentet fra



tidligere tvistemålslov («rettslig interesse»), og kilder knyttet til tvistemålsloven og nåværende tvistelov er relevante kilder. Det er ikke noe spørsmål om klagens aktualitet her, og kandidatene må knytte vurderingen til Grams interesse i å få klagen behandlet. Akkurat hvordan vurderingstemaet formuleres er ikke avgjørende. Eckhoff/Smith skriver: «Det er tilstrekkelig at tilknytningen er av en slik art og styrke at det er rimelig å gi et rettskrav på å få vedtaket overprøvd» (2022-utgaven, side 306). Det er her særlig ulempene dispensasjonen har for Gram som må vurderes.

Kandidatene bør se at Gram ikke er direkte nabo, men bor «rett over gata». Det er fint om de trekker linjer til nabovarsel og viser at nabovarsel også skal gis «gjenboere», jf. plbl. § 21-3(1). Vi vet ikke om Gram har fått nabovarsel, men må vel anta det ut fra beskrivelsen av boligens beliggenhet. Det er isf. et argument for at hun også har rettslig klageinteresse. Uansett har hun nær fysisk tilknytning ved å bo rett over veien. (Noen vil kanskje tolke fraværet av opplysninger om nabovarsel som at hun ikke bor så nær at hun skulle ha det)

Misnøye i naboskap går gjerne motsatt vei, at man vil ha vekk lyd- og lysforurensing, som er ulemper som typisk tilsier klagerett. Jeg kan ikke se at man som nabo til et serveringssted skal ha noen mindre verneverdig interesse i å få opprettholde servering pga de fordelene det gir, enn i få fjernet det dersom man misliker serveringsstedet (men mulig jeg er preget av sterke bias som beboer på Grünerløkka). Ulempen taler for at hun har rettslig klageinteresse.

At det her gjøres dispensasjon fra reguleringsplan er et selvstendig argument for at Gram skal gis klageinteresse. Reguleringsplaner skal ivareta bredere interesser enn tiltakshaverne og de direkte berørte, og når det gis dispensasjon fra dette er det grunn til ikke å være for streng i hvem man lar få rettslig klageinteresse.

Kandidatene bør komme til at hun har rettslig klageinteresse etter fvl. § 28, men forstandige drøftelser med motsatt konklusjon bør ikke trekkes pga konklusjonen i seg selv.

Klagebehandlingen

Smartmegleren har anført at Statsforvalteren «ikke hadde hjemmel til å avslå dispensasjonssøknaden», «var bundet av kommunens skjønnsutøvelse», og hadde uansett «plikt til å legge stor vekt på det kommunale selvstyret – noe som det ikke fremgikk at var gjort». Alle disse anførselene knytter seg til Statsforvalterens kompetanse i klagebehandlingen. Forutsatt at kandidatene kommer til at Gram ikke hadde klagerett må de derfor likevel drøfte subsidiært basert på at hun hadde klagerett.

Forutsatt at Gram hadde klagerett etter fvl. § 28 kan statsforvalteren i utgangspunktet prøve alle sider av saken, jf. fvl. § 34(2). De hadde dermed i utgangspunktet hjemmel til å avslå dispensasjonssøknaden.

Det følger av fvl. § 34(2):

«Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn»

Kandidatene må drøfte om statsforvalteren har lagt «stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn».

Det følger av forarbeidene til plbl § 19-2 og ombudsmannspraksis at vilkårene for dispensasjon etter plbl. § 19-2(2) er rettsanvendelsesskjønn. Fra SOMB 2017/1231:

Etter plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd kan kommunen gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av loven. Av annet ledd første punktum følger at dispensasjon ikke kan gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å dispensere være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering, jf. annet ledd annet punktum.



Av lovens forarbeid Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242 fremgår at vurderingen av vilkårene i annet ledd er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan overprøve:

«Vurderingen av om lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Forvaltningslovens regel om å vektlegge det kommunale selvstyret kommer således i betraktning kun ved interesseavveiningen om dispensasjon skal gis når lovens formelle vilkår for å gi dispensasjon er oppfylt. Den kommer til anvendelse på samme måte ved behandlingen av klager og domstolskontroll etter andre ledd.»

Statsforvalteren kunne, som domstolene, prøve om vilkårene for å dispensere var oppfylt. Slik jeg oppfatter faktum har statsforvalteren omgjort dispensasjonsvedtaket på vilkåret om at «hensynene bak [reguleringsplanen]...blir vesentlig tilsidesatt», jf. plbl. § 19-2(2). Faktum inviterer ikke til å drøfte om statsforvalterens vurdering er riktig, og det må legges til grunn at statsforvalterens vurdering er riktig – dvs. at vilkårene for dispensasjon ikke var oppfylt. Kommunens begrunnelse, slik den er gjengitt i faktum, var heller ikke knyttet mot lovens vilkår. Siden statsforvalteren ikke har overprøvd kommunens «frie skjønn», var det heller ingen feil ved statsforvalterens vedtak knyttet til vektleggingen av det kommunale selvstyre etter fvl. § 34(2).

Kandidatene som ikke vet at § 19-2 er rettsanvendelsesskjønn bør etter mitt syn ikke trekkes mye om de foretar en forstandig drøftelse av ordlyd og relevante hensyn. Det er mye som taler for at regelen kunne vært den motsatte.

Det bør ikke trekkes om kandidatene begynner å drøfte § 19-2 og deretter går til fvl. § 34.

Subsidiært om omgjøring:

Hvis Gram ikke hadde klagerett etter fvl. § 28 var ikke vilkårene for å behandle klagen oppfylt. Statsforvalteren skulle avvist klagen, jf. fvl. § 34(1). Likevel har statsforvalteren fattet vedtak om å avslå søknaden. Noen kandidater kan problematisere om vedtaket likevel kan anses gyldig etter reglene om omgjøring, jf. fvl. § 35. Oppgaveteksten ble justert for ikke å lede kandidatene inn i en slik drøftelse. Det er derfor ikke noe å trekke at kandidater ikke drøfter omgjøring subsidiært.

Om dette tas opp bør kandidatene kjenne til fvl. § 35(4) som begrenser omgjøringsadgangen for statlige organer som er klageinstanser for kommunale organer. I siste punktum står det at statlige klageinstanser kan «opphøve» vedtak som må anses ugyldige. Dette innebærer at selv om statsforvalteren hadde kompetanse til å omgjøre dispensasjonsvedtaket til kommunen, var kompetansen begrenset til å «opphøve» vedtaket, dvs. ikke treffe realitetsvedtak. Det fremgår av faktum at statsforvalteren «avslø dispensasjonssøknaden», som må forstås som realitetsvedtak.

Et slikt realitetsvedtak som går utover omgjøringskompetansen etter fvl. § 35(4) er en materiell kompetansemangel som må lede til ugyldighet.

3. Tjenestedirektivet/tjenesteloven

Smartmegleren har anført at «dispensasjonsordningen i realiteten innebar et krav om tillatelse for meglervirksomheten, og denne måtte anvendes i tråd med tjenesteloven og tjenestedirektivet (som Smartmegleren implisitt må mene at ikke var oppfylt).

Kandidatene må først ta stilling til om dispensasjonsordningen var omfattet av tjenesteloven (tolket i lys tjenestedirektivet som loven gjennomfører, jf. presumsjonsprinsippet).

Studentene har ikke fått noen klare beskjeder om hvilken språkversjon de skal forholde seg til. Om de siterer fra loven eller direktivet (på norsk, engelsk eller dansk) er ikke i seg selv viktig, og særlig ikke på en stor



eksamensoppgave med dårlig tid. De vil neppe ha tid til å sjekke flere språkversjoner. For spørsmålet her er det heller ikke språklige forskjeller av stor betydning, selv om den norske ordlyden er litt annerledes enn engelsk og dansk om definisjon av tillatelsesordning.

Tjenestelovens virkeområde

Loven gjelder etter § 2 for tjenester etter EØS-avtalen del III kapittel 3, som har tittelen: «Tjenester». Meglertjeneste er ikke unntatt etter tjl. § 3. «Tjeneste» er definert i § 5 som «økonomisk virksomhet av foretak eller selvstendig næringsdrivende, normalt mot betaling, jf. EØS-avtalen artikkel 37»

Det er ikke tvilsomt at meglervirksomhet er tjenester etter tjenesteloven, jf. § 5 jf. EØS-avtalen art. 37. Her bør ikke kandidatene bomme.

Det er ikke opplyst i faktum om Smartmegleren er utenlandsk eller norsk, men det er uten betydning. Tjenestelovens regler om tillatelsesordninger gjelder også rent interne forhold, jf. forente saker C-360/15 og C-31/16 X/Visser domsslutningen punkt 3. I proposisjonen til tjenesteloven s. 36 står det dessuten klart at loven også gjelder norske tjenesteytere som etablerer seg i Norge. Dette bør kandidatene ha fått med seg, men vil kunne by på vanskelige og potensielt lange drøftelser for dem som ser problemstillingen men ikke husker fasiten. Fordi det ikke er presisert om Smartmegleren er norsk eller utenlandsk bør uansett kandidatene som uriktig forutsetter at tjenesteloven ikke gjelder dersom Smartmegleren er norsk, likevel drøfte forutsatt at Smartmegleren er svensk e.l.

Tillatelsesordning?

Kandidatene må så ta stilling til om dispensasjonsordningen er en tillatelsesordning.

Tillatelsesordninger er forbudt etter tjenesteloven § 10/direktivet art 9, men er likevel tillatt dersom ordningene oppfyller vilkårene i tjl. § 10(1) a-c, dvs. er ikke-diskriminerende, forfølger legitime formål og er egnet og nødvendige for å oppnå formålet. Her ser man den nære forbindelsen til restriksjonslæren.

Tillatelsesordning er definert i direktivet art. 4(6)/loven § 5f. På dansk:

«tilladelsesordning»: enhver procedure, der indebærer, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal henvende sig til en kompetent myndighed med henblik på at opnå en udtrykkelig eller en stilltiende afgørelse om adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed»

Den mest sentrale avgjørelsen fra EU-domstolen for vårt spørsmål er forente saker 360/15 og C-31/16 X/Visser. Sak 31/16 omhandlet en byplan i en Nederlandsk kommune, hvor det var bestemt i en «arealanvendelsesplan» at område like utenfor sentrum skulle vært «handelsområde med forretninger, der sælger varer med stort volumen... møbler, kjøkkener, boligindretningsartikler, byggemarkedsartikler, byggemateriale, haveartikler, sykler, ridesportsartikler, biler og automobiltilbehør» (47). Et slags Alnabru uten Smart Club og Toys R'Us.

Selskapet Visser ønsket å leie ut en eiendom til en skoforretning. Det endte i søksmål. EU-domstolen fant at arealplanen ikke var tillatelsesordning etter direktivet (115). Domstolen viste til at selv om vedtakelsen av arealplanen åpnet for detaljhandel med stort volum, var ikke reguleringsplanen i seg selv en tillatelsesordning. Tillatelsen til å drive storvolumshandel i området bygget ikke på «en formel beslutning opnået efter en procedure, som de pågældende tjenesteydere skulle have fulgt med henblik» på å oppnå tillatelse. Tillatelsen fulgte av kommunens «godkendelse af de generelle forskrifter for arealanvendelse, der er fastsat i denne plan».

Domstolen bemerket uttrykkelig i (116) at konklusjonen ikke ble endret som følge at man i henhold til nederlandsk ret kan «deltage i den administrative procedure med henblik på vedtagelsen af arealanvendelsesplanen, anlægge sag til prøvelse af sidstnævnte, eller ansøge om en fritagelse fra den pågældende plan eller en revision heraf».



Subsumsjon: Parallellen til Grusby og Lillevik kommune er klar. Det er en reguleringsplan, med mulighet for å søke dispensasjon. At det er mulig å søke dispensasjon/fritagelse fra reguleringsplanen/arealplanen gjør ikke reguleringsplanen til en tillatelsesordning, jf. *Visser* (116).

Konklusjonen er at dispensasjonsordningen ikke utgjorde en tillatelsesordning etter tjenesteloven/-direktivet, og vedtaket er ikke ugyldig for brudd på tjenesteloven.

Kandidater som ikke kjenner *Visser* må drøfte ut fra definisjonen av «tillatelsesordning», sin valgte språkversjon. Det må antas at de færreste kjenner denne delen av *Visser*, da den i undervisning og pensum primært har vært pekt på som hjemmel for at direktivet gjelder rent interne forhold og for grensedragning mellom restriksjon på vare- og tjenestefrihet (Arnesen m.fl. s. 241).

Rettmessig tillatelsesordning?

Ettersom Smartmegleren ikke har anført konkrete brudd på tjenesteloven/-direktivet, antar jeg at kandidatene ikke vil drøfte det subsidiært.

Hvis kandidatene kommer til at dispensasjonsordningen utgjorde en tillatelsesordning etter tjenesteloven/-direktivet, må de drøfte om tillatelsesordningen oppfyller vilkårene i tj. § 10/direktivet art. 9.

Ordningen diskriminerer ikke, jf. bokstav a.

Ordningen er begrunnet i bymiljø, som er et tvingene allment hensyn etter direktivet art. 4 nr. 8, jf. bokstav b.

Ordningen er egnet for å ivareta bymiljøet, og kan vanskelig sies å gå lengre enn nødvendig, jf. bokstav c.

Kandidatene bør komme at ordningen er lovlig etter tj. § 10.
