

Mønsterbesvarelse JUS123 Forvaltningsrett II

Eksamen våren 2019

Kandidat: anonym

Ikke kommentert

Spørsmål 1:

Sakens parter er Peder Ås og Lillevik kommune.

Problemstillingen er om kommunestyrets omgjøringsvedtak er ugyldig.

Domstolen kan etter den ulovfestede ugyldighetslæren sette et vedtak til side dersom det foreligger en kompetansesvikt som kan ha virket inn på vedtakets innhold. Først må det derfor vurderes om det foreligger en kompetansesvikt ved omgjøringsvedtaket.

Vedtaket om å gi Peder skjenkebevilling er omgjort på grunnlag av at det var "ugyldig", jf. forvaltningsloven (fvl.) § 35 bokstav c, da vilkårene for skjenkebevilling i alkoholloven (alkhl.) § 1-7b ikke var oppfylt.

Alkoholloven § 1-7b angir at "bevillingshaver" "må" ha utvist "uklanderlig vandel" i forhold til "alkohollovgivningen" og bestemmelser i "annen lovgivning som har sammenheng med alkohollovens formål", samt "skatte- og avgifts- og regnskapslovgivningen".

Det er ikke problematisert at Peder er "bevillingshaver". Det omtvistede er om han oppfyller vilkåret om "uklanderlig vandel".

Domstolens prøvingsadgang beror på hvilket type skjønn vilkåret er underlagt. Vilkår underlagt rettsanvendelsesskjønn prøves fullt ut, mens domstolen ikke kan overprøve subsumsjonen under vilkår underlagt forvaltningsskjønn. Prøvingen er i disse tilfeller begrenset til den generelle lovtolkning, samt den begrensede prøvingsadgangen som følger av den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren. Prøvingsadgangen i dette tilfellet må dermed fastsettes ved en vurdering av hvilket skjønn "uklanderlig vandel" er underlagt.

Det følger av naturfredningsdommen at det foreligger en presumsjon for rettsanvendelsesskjønn i inngrepstilfeller. Vurderingen av om skjenkebevilling skal utstedes eller ikke er ikke tradisjonelt et inngrep, da det er tale om et gode vedkommende ikke har rettskrav på. Dermed gjør presumsjonen fra naturfredningsdommen seg tilsynelatende ikke gjeldende her.

Imidlertid synes det som om Høyesterett i enkepensjonsdommen utvidet presumsjonens rekkevidde til å gjelde også utenfor de klassiske inngrepstilfellene. Dommen gjaldt tildeling av enkepensjon, det vil si utstedelse av et rettsgode. Det ble da uttalt at lovens vilkår var naturlig å lese som materielle kompetansebegrensninger. Det foreligger dermed en presumsjon for rettsanvendelsesskjønn i dette tilfellet.

Videre følger det av naturfredningsdommen at unntak fra presumsjonen kan begrunnes i blant annet en svært skjønnsmessig ordlyd eller at ordlyden gir uttrykk for faglige eller politiske vurderinger.

Ordlyden "uklanderlig vandel" er etter en naturlig språklig forståelse ikke uttalt vag eller skjønnsmessig. Det er et begrep med relativt klare yttergrenser, som slik sett er velegnet for domstolens overprøving. Ordlyden "må" underbygger også at det her er tale om et rettslig krav for å få skjenkebevilling. Dette taler for at vilkåret er underlagt rettsanvendelseskjønn.

Det følger imidlertid av Ot.prp. nr. 7 (1996-1997) punkt 4.3.1.3 at det er "opp til bevillingsmyndighetene å vurdere [hva som ligger i begrepet] i hver enkelt sak". Dette gir tydelig uttrykk for at lovgiver har ment at vurderingen skal være underlagt forvaltningsskjønn, og trekker dermed sterkt i den retning.

I Osen-dommen fravek imidlertid Høyesterett en uttalelse som klart tilsa at vilkåret "til last" i tolloven skulle være underlagt forvaltningsskjønn. Dette ble begrunnet med at særlige rettssikkerhetshensyn gjorde seg gjeldende, da tollmyndighetene selv ikke skulle kunne avgjøre bøter med bindende virkning når pengene gikk til dem. Dette hadde ikke blitt drøftet i forarbeidene, og Høyesterett fravek dermed forarbeidsuttalelsen. I vurderingen ble det også trukket frem at vilkåret var velegnet for overprøving, og ikke uttrykk for særlig faglige eller politiske vurderinger.

Foreliggende sak skiller seg imidlertid sterkt fra Osen-dommen. De samme rettssikkerhetshensyn gjør seg ikke gjeldende ved tildeling av et rettsgode som ved bøtelegging, en form for pønral reaksjon. Videre er alkohollovgivningen og utstedelse av skjenkebevilling i større grad påvirket av politiske målsetninger, noe som taler for at det skal være opp til forvaltningen å vurdere.

Rettspraksis gir lite veiledning i prøvingsintensiteten av vilkåret "uklanderlig vandel".

Det foreligger ikke tilstrekkelig grunnlag for å fravike de klare forarbeidsuttalelsene. Vilkaåret "uklanderlig vandel" er underlagt forvaltningsskjønn. Prøvingsadgangen er dermed begrenset til den generelle lovtolkning, samt myndighetsmisbrukslæren.

Partenes anførsler er ikke rettet mot den generelle lovtolkningen. Vurderingen videre er dermed begrenset til de prøvingsgrunnlag som følger av den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren.

Peder har anført at kommunen har tatt usaklige hensyn ved å vektlegge risiko for konkurs og tap av fremtidige gebyrinntekter ved vurderingen av hans "uklanderverdig vandel" etter alkh. § 1-7b.

Det er sikker rett at domstolene prøve om forvaltningen har tatt saklige hensyn ved utøvelsen av forvaltningsskjønn. Dette følger blant annet av Georges-dommen, hvor det ble uttalt at forvaltningen lovlig kan vektlegge hensyn som etter en liberal og rommelig oppfatning kan anses hjemlet i den aktuelle loven. Dommen er fulgt opp i Bjørlo Hotell-dommen.

Spørsmålet er om konkurstrisiko og mulig tap av gebyrinntekter er hensyn som etter en liberal og rommelig oppfatning kan anses hjemlet i alkh.

Alkoholloven § 1-7b angir et tilsynelatende vidt området for relevante hensyn ved å angi at vurderingen skal ta utgangspunkt i forhold knyttet til blant annet "avgifts- og regnskapslovgivningen". Dette trekker delvis i retning av at konkurstrisiko og tap av fremtidige gebyrinntekter kan anses hjemlet i alkh.

Rommet for hvilke hensyn som anses saklige må etter rettspraksis ses opp mot hjemmelovens generelle formål. Alkoholoven § 1-1 angir at lovens formål er å "begrense [...] de samfunnsmessige og individuelle skader som alkoholbruk kan innebære". Formålet angir dermed at det er konsekvensene bevilning kan ha gjennom alkoholbruk som er relevante. Etter dette er det klart alkoholens påvirkning på enkeltindivider og samfunnet som er i fokus, og ikke kommunens økonomi.

Vurderingen av om bevilningssøker har "uklanderlig vandel" må dermed sees opp mot den aktuelle atferdens risiko i relasjon til alkohol dersom bevilning gis. Konkursfare og kommunens tap av fremtidige gebyrinntekter er ikke knyttet til farer ved selve alkoholbruken eller skjenkebevillingen, og dette taler sterkt for at de ikke faller innenfor selv en liberal og rommelig tolkning av loven.

Kommunen anfører at alkhl. § 1-7a gir støtte for at det er saklig å vektlegge økonomiske konsekvenser for kommunen. Bestemmelsen gir anvisning på at kommunen kan vektlegge "næringspolitiske hensyn og hensynet til lokalmiljøet for øvrig" ved den skjønnsmessige vurderingen av om skjenkebevilling bør gis. Imidlertid blir denne skjønnsmessige hensiktsmessighetsvurderingen først relevant der bevilningssøker oppfyller kravet om "uklanderverdigg vandel" i lovens § 1-7b, noe som begrenser deres relevans i relasjon til den vurderingen.

Avslutningsvis må det påpekes at de anførte hensynene vedtaket bygger på gir lite som begrunnelse for vedtaket. En eventuell konkurs er borgerens risiko, og kommunen vil uansett tape betaling av det årlige bevilningsgebyret om skjenkebevilling ikke gis. I mangel på en begrunnelse i saklige hensyn som faktisk gjør seg gjeldende fremstår vedtaket som en slags hevnaksjon for den tidligere konflikten mellom dem og Peder. Hevn er klart et hensyn som faller utenfor loven, selv etter en liberal og rommelig tolkning.

Kommunens vektlegging av konkurrisiko og tap av fremtidige gebyrinntekter kan ikke anses hjemlet i en liberal og rommelig oppfatning av alkhl. Dermed er det tatt usaklige hensyn.

Peder anfører subsidiært, at dersom hensynene ble ansett saklige, kunne domstolen overprøvd kommunens vekting av disse. I Bjørlo Hotell-dommene uttalte imidlertid Høyesterett klart at domstolen ikke kan overprøve forvaltningens vekting av saklige hensyn. Anførselen fører dermed ikke frem.

Vektlegging av usaklige hensyn er en prosessuell kompetansesvikt av så alvorlig grad at det må forventes at det har virket inn på vedtakets innhold. Omgjøringsvedtaket er demret i utgangspunktet ugyldig.

I teorien har det blitt tatt til ordet for en rimelighetsvurdering ved tilsidesetteelse av vedtak etter ugyldighetslæren. Dette kommer imidlertid ikke på spissen, da ugyldighet her vil være til gunst for Peder, som får skjenkebevillingen tilbake.

Konklusjonen blir dermed at omgjøringsvedtaket er ugyldig.

Videre må det etter anførslenes art drøftes subsidiært om Peder oppfylte vilkåret om "uklanderlig vandel". Det forutsettes dermed at vilkåret er underlagt rettsanvendelsesskjønn.

Det er klart at tidligere konkurser og konflikter om merverdiavgift er relevant i relasjon til "skatte- og avgiftsog regnskapslovgivningen".

Spørsmålet er dermed om Peder har utvist en "uklanderverdigandel".

En naturlig språklig forståelse av ordlyden innebærer at vedkommende tidligere har opptrådt lovlig og korrekt etter de regler som gjelder i lovgivning på de relevante områder. Det oppstilles dermed ikke krav om lovbrudd. Videre ligger det i ordlyden at man faller innenfor dersom man har opptrådt inkorrekt, men uten skyld eller uaktsomhet.

Peder har blitt slått konkurs to ganger tidligere. Han har dermed vist uryddighet i økonomiske forhold og manglende evne til å drive et vellykket serveringssted. Dette er lite tillitsvekkende, og taler for at han ikke har "uklanderverdigandel".

Imidlertid er konkurs et relativt vanlig fenomen, og særlig utelivsbransjen er sensitiv for ytre faktorer, noe som taler i motsatt retning.

Videre er det av betydning at Peder ikke kan legges til last for noen av konkursene. Konkursen i 2015 skyldtes et pågående idrettsarrangement som sperret av for utestedet hans, og var således ikke til å unngås fra hans side. Videre skyldtes konkursen i 2017 en pågående retts sak mot staten om manglende merverdiavgift, hvor han fikk rettskraftig dom på at han ikke skulle ha betalt denne til kommunen. Dermed skyldes begge konkurser ytre forhold, og sier lite om Peders evne til å drive en bedrift. Disse tilfellene kan dermed vanskelig argumenteres å utgjøre grunnlaget for at Peder ikke har "uklanderligandel" etter alkh. § 1-7b.

Peders tidligere konkurser skyldtes begge ytre forhold, og kan ikke danne grunnlag for at Peder ikke oppfyller kravet om "uklanderverdigandel" i alkh. § 1-7b.

Peder oppfylte vilkårene i alkh. § 1-7b, og omgjøringsvedtaket som bygget på det motsatte er dermed uhjemlet.

Omgjøringsvedtaket lider av en materiell kompetansevikt. Denne har helt klart virket inn på vedtakets innhold, og omgjøringsvedtaket må dermed anses ugyldig. Om rimelighetsbetraktningene, se ovenstående utgreiing.

Konklusjonen, forutsatt at "uklanderverdigandel" er underlagt rettsanvendelsesskjønn, er at omgjøringsvedtaket er ugyldig.

Spørsmål 2:

Spørsmålet er om kommunestyrets vilkår om betaling av 20 % av fortjenesten fra uteservering av alkohol er ugyldig.

Oppgavens faktum åpner for spørsmål om grensen mellom vilkårsstilling og avtaleinngåelse. Ettersom dette ikke er problematisert av partene, og vilkåret synes å ha blitt ensidig stilt av kommunene, forutsettes det herfra å være et vilkår.

Alkoholoven angir ingen adgang til vilkårsstilling ved skjenkebevilling. Således er det tilsynelatende stilt vilkår uten hjemmel, noe som innebærer at vilkårene må anses ugyldige.

Det fremgår imidlertid av den ulovfestede vilkårs læren at forvaltningen kan stille vilkår ved begunstigende vedtak underlagt forvaltningsskjønn, jf. sykkelveidommen, som gjaldt vilkår om

utbygging av sykkelvei for dispensasjon fra reguleringsplan. Læren springer ut fra en "fra det mer til det mindre"-betraktning, om at der forvaltningen kan velge å avslå en søknad, burde de også kunne innvilge denne på bestemte vilkår.

Utstedelse av skjenkebevilling er klart et begunstigende vedtak. Videre har man ikke et rettskrav på skjenkebevilling, selv når alle vilkår er oppfylt, jf. ordlyden bevilling "kan gis" i alkh. § 1-6 første ledd. Dermed er det adgang til å stille vilkår ved utstedelse av skjenkebevilling.

Videre må det vurderes om vilkåret har et lovlig innhold. Vilkårslæren oppstiller kumulative krav om vilkårets formålmessighet og forholdsmessighet. Formålmessighetsvurderingen er to-delt. Vilkåret må ha saklig sammenheng til både vedtak og hjemmelslovens formål.

Spørsmålet er først om vilkåret om betaling av 20 % av fortjenesten fra uteserveringen av alkohol står i saklig sammenheng til vedtaket.

I sykkelveidommen ble kravet ansett oppfylt til tross for at behovet for ny sykkelvei stammet ikke direkte fra utbyggingen som krevde dispensasjon. Det ble da fremhevet at vilkåret uansett kunne tjene til å avbøte de negative virkningene vedtaket ellers kunne hatt.

Vilkåret om betaling av 20 % av inntektene vil gå til kommunens arbeid blant vanskeligstilte ungdom. Den aktuelle befolkningsgruppen er nok ikke vanskeligstilt på grunn av skjenkebevillingen, men anses som en gruppe som utgjør en risiko ved økt skjenking i kommunen. Dermed kan arbeid blant disse anses å bidra til å avbøte de negative virkningene det kan ha å gi Peder skjenkebevilling.

Vilkåret står etter dette i saklig sammenheng til vedtaket. Spørsmålet videre er om det er saklig sammenheng mellom vilkåret og hjemmelslovens formål.

Alkoholoven § 1-1 angir som nevnt at formålet er å begrense "de samfunnsmessige og individuelle skader" alkoholbruk kan innebære. Arbeid innenfor en kjent risikogruppe ved alkoholbruk må anses å ligge innenfor dette formål.

Vilkåret om at Peder skal betale kommunen 20 % av fortjenesten fra uteserveringen står dermed i saklig sammenheng til hjemmellovens formål.

Spørsmålet er til slutt om vilkåret er forholdsmessig.

Rettspraksis gir lite klare føringer på hvor terskelen for forholdsmessighet ligger. Huttiheitadommen har til en viss grad blitt tatt til inntekt for at terskelen for ugyldiggjøring er like høy som den etter kvalifisert urimelig-vurderingen i myndighetsmisbrukslæren. Det hadde da blitt stilt som vilkår for drosjeløyve at drosjen holdt til en holdeplass hvor det var svært lite mennesker. Høyesterett uttalte at dette gjorde løyven, den begunstigende delen av vedtaket, tilnærmet verdiløs, og vilkåret var dermed ugyldig. Imidlertid har dommen begrenset overføringsverdi, da den ikke uttaler noe generelt om terskelen for forholdsmessighet i andre saker.

I teorien har det blitt tatt til orde for at terskelen for å tilside sette et vilkår som uforholdsmessig skal være lavere enn for å sette til side et vedtak som kvalifisert urimelig etter myndighetsmisbrukslæren. Blant annet har Østenstad uttalt at forholdsmessigheten burde vurderes konkret i den enkelte sak, med grunnlag i det konkrete saksområdet og de rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende.

Østenstads teori understøttes av reelle hensyn. Ved vilkårsstilling må borgerens rettssikkerhet avveies mot forvaltningens frihet til å finne gode mellømløsninger. Dersom det kreves lite av forholdsmessigheten til vilkårsstilling har forvaltningen i realiteten fått en svært vid fullmakt til å pålegge borgerne plikter uten hjemmel i lov. Videre er det ikke alle tilfeller det er gunstig for borgeren å få en innvilgelse med tyngende vilkår fremfor et avslag.

Det legges dermed til grunn at forholdsmessigheten vurderes konkret i det aktuelle tilfellet.

Når det gjelder Peders rettssikkerhet er det klar at vilkåret er av inngripende karakter. Et påbud om å gi fra seg 20 % av salgsinntektene fra uteserveringen er en stor økonomisk belastning når serveringsstedet utgjør vedkommendes levebrød. Utelivsbransjen har tidligere vist seg å være ustabil, og en slik ekstrautgift kan være avgjørende for pubens lukrativitet. Dette setter en høy terskel for at vilkåret kan anses forholdsmessig.

I sykkelveidommen ble et økonomisk tyngende tyngende vilkår om utbygging av sykkelvei godtatt. Det ble lagt vekt på at kostnaden var liten sammenliknet med den totale kostnaden for byggeprosjektet. Foreliggende sak skiller seg fra nevnte ved at det ikke er tale om en engangskostnad, men om 20 % av de løpende inntektene hvert år. Over tid vil dette utgjør en større del av pubens totale inntekter, fremfor å være en ekstra kostnad i et stort utbyggingsprosjekt. Dette trekker dermed også i retning av uforholdsmessighet.

Kommunen anfører at Peders uformelle aksept av vilkåret i forkant må være avgjørende for saken.

Aksept av vilkåret ble vektlagt i sykkelveidommen i relasjon til formålmessighetsspørsmålet, noe som tilsier at det også her vil være rettslig relevant. Imidlertid må borgerens samtykke i enkelte situasjoner ha begrenset vekt. Dette følger av at forvaltningen utleder sin kompetanse fra Grunnloven og ikke fra borgeren, samt hensynet til borgerens rettssikkerhet i en mulig presset situasjon.

Peder hadde et sterkt ønske om å få innvilget skjenkebevillingen, og har hele sitt voksne liv hatt servering av alkohol som levebrød. Til tross for at han, som kommunen anfører, kan finne på noe annet er det pub han ønsker å drive. Dermed kan det legges til grunn at han var under press, og kunne ha godtatt en rekke inngripende vilkår. Av denne grunn må hans samtykke tillegges begrenset vekt. Samtykket trekkes således svakt i retning av at vilkåret er forholdsmessig.

I teorien er det lagt til grunn at et selv inngripende tiltak kan være forholdsmessige, dersom det er egnet til og nødvendig for å oppnå målsetningen, og fordelene overstiger ulempene. Målsetningen må i relasjon til dette være alkohollovens formål, å "begrense" "de samfunnmessige og individuelle skader" alkoholbruk kan medføre.

Det må kunne legges til grunn at å begrense antall skjenkebevillinger, og dermed tilgjengeligheten, i større grad vil være egnet til å ivareta alkohollovens formål. Videre kan det spørres om det å gi en sum til arbeid med vanskeligstilt ungdom vil hjelpe i den grad at vilkåret kan anses nødvendig for å oppnå nevnte formål. Særlig når inntektene går til en begrenset del av samfunnet kan det fra et formålmessig standpunkt argumenteres for at det ikke bør være adgang til å innvilge søknaden med vilkår om innbetaling av 20% av salgsinntektene ved uteservering. Det kan ut ifra dette vanskelig argumenteres for at fordelene vilkåret vil innebære for kommunen overstiger de ulempene det har for Peder. Dette taler dermed for at vilkåret ikke er forholdsmessig.

Videre er vilkåret problematisk i relasjon til det forvaltningsrettslige likhetsprinsipp, samt synspunktet om at forvaltningstjenester ikke er til salgs. Alkoholoven regulerer allerede en generell innkreving av bevillingsgebyr i § 7-1. Det kan etter dette synes problematisk at forvaltningen selv utvider sin myndighet ved å kreve en del av salgsinntektene for å gi skjenkebellinger til enkelte bevillingssøkere. Vurderingen av om skjenkebevilling burde gis burde bero på de av loven angitte hensyn, ikke på hvem har råd til å "kjøpe" seg inn hos kommunen. Vilkaaret gir dermed grobunn for det som kalles "de rikes samfunn", og står i fare for å klassifiseres som korrupsjon. Dette taler for at vilkaaret ikke er forholdsmessig.

Sammenlagt er det klart at vilkaaret ikke kan anses forholdsmessig. Vilkaaret om betaling av 20 % av fortjenesten fra uteserveringen av alkohol er dermed ikke hjemlet i vilkaarslaeren.

Vilkaaret er ugyldig.

Ugyldiggjøring av vilkaar reiser spørsmål om kundet berørte vilkaaret eller hele vedtaket ugyldiggjøres. Spørsmålet åpner imidlertid ikke for en drøftelse av den art.