**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV 210 Forvaltningsrett II

Eksamensdato: 07.06.2022

Kandidat: Simen Eidet

Besvarelse kommentert av: Advokatfullmektig Stine Rørtveit

I samarbeid med



Overført fra originaldokument av Idun Øye, fagansvarlig JUFO 2023. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

Oppgavetekst:

Alkoholloven har vedrørende oppgaven følgende relevante bestemmelser:

*«§ 1-1. Lovens formål.*

*Reguleringen av innførsel og omsetning av alkoholholdig drikk​ etter denne lov har som mål å begrense i størst mulig utstrekning de samfunnsmessige og individuelle skader som alkoholbruk kan innebære. Som et ledd i dette sikter loven på å begrense forbruket av alkoholholdige drikkevarer.»*

*«Bevilling for salg​ og skjenking​ gis av kommunen»*, jf. § 1-7 første ledd første punktum.

*«Før kommunestyret avgjør søknaden, skal det innhentes uttalelse fra sosialtjenesten​ og politiet*.», jf. § 1-7 annet ledd første punktum.

*«§ 1-7a. Kommunens skjønnsutøvelse ved behandling av søknad om bevilling for salg eller skjenking m.v.*

*Ved vurderingen av om bevilling bør gis, kan kommunen blant annet legge vekt på antallet salgs- og skjenkesteder, stedets karakter, beliggenhet, målgruppe, trafikk- og ordensmessige forhold, næringspolitiske hensyn og hensynet til lokalmiljøet for øvrig. Det kan også legges vekt på om bevillingssøker og personer som nevnt i § 1-7b første ledd er egnet til å ha bevilling.*

*Kommunen kan beslutte at det ikke skal gis mer enn et bestemt antall bevillinger til salg​ eller skjenking.​»*

*«§ 1-7b.Krav til vandel*

*Bevillingshaver og personer som har vesentlig innflytelse på virksomheten, 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.»*

*«§ 3-2.Vilkår knyttet til bevillingen*

*Det kan settes vilkår for bevillingen i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige regler.»*

Restaurantene A, B og C i X kommune søkte samtidig om skjenkebevilling. Restaurantene lå vegg i vegg og idyllisk til langs en brygge og ved en liten park som mest ble brukt av småbarnsfamilier grunnet alle lekeapparatene her. Av sistnevnte grunn var restaurant A sin forrige søknad om skjenkebevilling tidligere blitt avslått. Nå hadde det politiske partiet Liberalistene gjort storeslem i kommunestyre- og fylkestingsvalget, og partiet hadde blant annet gått til valg på at utepils i solen burde være en menneskerett.

Søknadene ble sporenstreks innvilget av kommunestyret, uten at uttalelser fra sosialtjenesten og politiet ble innhentet.

I A sin nye søknad ble det også søkt om erstatning for perioden uten skjenkebevilling. Innvilgelser nå måtte jo bety at A opprinnelig hadde blitt utsatt for usaklig forskjellsbehandling. Klagefristen for A sitt opprinnelige avslagsvedtak var utløpt. Kommunestyret avslo erstatningskravet grunnet manglende ansvarsgrunnlag, men innvilget altså den nye søknaden om skjenkebevilling.

A saksøkte kommunen og påsto at vedtaket var ugyldig vedrørende avslaget på erstatning og manglende ansvarsgrunnlag.

Sosialtjenesten i kommunen gjorde i etterkant av innvilgelsene kommunestyret oppmerksom på alkohollovens § 1-7 annet ledd første punktum og den meget uheldige kombinasjonen av barn og alkohol, som talte klart mot et fullstendig frislipp av utepils i dette området. Kommunen innhentet etter dette også uttalelse fra politiet, men politiet hadde ingen innvendinger.

Kommunestyret omgjorde etter dette A sitt vedtak med hjemmel i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c og A mistet bevillingen. Det nye vedtaket ble begrunnet med en henvisning til sosialtjenesten uttalelser og at A hadde gjort seg vanskelig ved sitt erstatningskrav.

A saksøkte på nytt kommunen og påsto at omgjøringsvedtaket var ugyldig. Kommunen forsvarte seg med at uttalelsen tilknyttet erstatningskravet uansett ikke kunne ha betydning så lenge sosialtjenesten hadde uttalt seg i så kraftige ordelag. A sin restaurant hadde også jevnt over noen flere kunder på omgjøringstidspunktet enn B og C.

Kommunen stilte følgende vilkår for skjenkebevillingen til B: «Det stilles krav om at det delvis defekte klatrestativet utbedres. Som full kompensasjon for dette stilles det ikke krav til levegg, slik det gjøres for C. Delvis utbedring av lekeplassen må regnes som et generelt godt formål og veier også delvis opp for de ulemper som alkoholservering utgjør for lekeplassen. Totalt sett er det tilstrekkelig med den skjerming som leveggen til C utgjør, selv om de samme innsyns- og støyproblemer gjør seg gjeldene overfor B.»

Kommunen stilte følgende vilkår for skjenkebevillingen til C: «Det må settes opp en levegg mot den delen av lekeplassen som har innsyn til uteserveringen. Annen hvert bor skal males brunt og mosegrønt, slik at veggen går mer i ett med naturen. Leveggen skal også isoleres med lyddemping.»

Både B og C saksøkte kommunen.

Miljøpartiet De Grønne tok over stafettpinnen i kommunestyret og omgjorde skjenkebevillingen til C under henvisning til forvaltningsloven § 35 femte ledd og alminnelige forvaltningsrettslige regler. Begrunnelsen var at skade på og tap av menneskeliv var aktuelt for C, med servering rett ved sjøen, grunnet den uheldige kombinasjonen av alkoholpåvirkning og stigende havnivå grunnet klimakrisen. B hadde i mellomtiden lagt ned hele driften, bygget restauranten lå i var revet og tomten var blitt solgt til kommunen.

C saksøkte igjen kommunen og anførte blant annet at en opprettholdelse av skjenkebevillingen ville lede til mindre bilkjøring og derav mindre CO2 utslipp, da det var ulovlig å kjøre bil med 0,2 i promille eller mer.

Finn, drøft og ta stilling til de forvaltningsrettslige spørsmål.

Oppgaven belyser flere problemstillinger som må besvares hver for seg.

Tvist 1 – Erstatningssøksmål A

Partene ved tvisten er kommunen og A. Det overordnede spørsmålet er om avslaget på den opprinnelige søknaden var ugyldig. Om spørsmålet besvares bekreftende blir det et videre spørsmål om A har krav på erstatning.

Det primærrettslige grunnlaget er den ulovfestede ugyldighetslæren, som er blitt utpenslet av langvarig praksis. Dersom det foreligger en rettslig feil i et vedtak i form av en kompetansemangel, kan dette føre til at vedtaket eller deler av vedtaket blir ugyldiggjort.

Videre må det skilles mellom et såkalt rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn. Skillet har betydning for domstolens prøvingsrett. Derom det er et forvaltningsskjønn har ikke domstolen myndighet til å overprøve skjønnet – utover skrankene som er satt i rettspraksis. Dersom det derimot foreligger et rettsanvendelsesskjønn, kan domstolen foreta en full legalitetskontroll – både vurdere lovtolkningen og selve subsumsjonen til forvaltningen er kompetent.

Det er klart at kommunestyret er tilkjent en personell kompetanse. Det er opp til «kommunestyret» i «kommunen» å behandle søknadene jf. § 1-7 annet ledd første pkt og første ledd første pkt.

Spørsmålet videre er om det foreligger brudd på andre sider av kommunen sin kompetanse. Kompetansegrunnlaget som avgjør hvorvidt hvilket skjønn som foreligger er alkoholl. § 1-7a.

Etter bestemmelsens overskrift gjelder behandling om søknad om bevilling «kommunens skjønnsutøvelse». Sammenholdt at kommunen «kan» legge vekt på ulike momenter ved denne vurderingen, er det klart at dette er momenter som trekker i retning av å være et forvaltningsskjønn.

Det fremgår ingen klare vilkår som setter føringer for hva forvaltningen skal vurdere ved skjenkesøknader. I Rt. 2000 s. 1056 var vilkårene vage, samt at de åpnet for politiske og faglige vurderinger. Dette er typisk for forvaltningsskjønnet, da det er opp til forvaltningen å føre politikk og foreta nødvendighetsvurderinger.

Ved alkoholpolitiske spørsmål er det nok så klart at dette styres av slike faglige og politiske vurderinger. Som det følger av ordlyden i § 1-7a har kommunen muligheten til å legge vekt på mange ulike hensyn – eksempelvis «næringspolitiske hensyn». Bestemmelsen tillegger kommunen dermed et fritt skjønn til å vurdere hva som er passende etter deres faglige og politiske vurderinger. Det er dermed tale om et forvaltningsskjønn.

Innen forvaltningsskjønnet har domstolen som hovedregel ikke kompetanse til å overprøve forvaltningens vurderinger. Men det betyr likevel at man ikke kan ugydiggjøre vedtak som er truffet «på grunnlag av uriktig faktum, er beheftet med saksbehandlingsfeil, ikke bygger på forsvarlig skjønn, er influert av usaklige hensyn, medfører usaklig forskjellsbehandling eller etter sitt innhold er åpenbart urimelig." jf. Rt. 2011 s. 304 (Boplikt) (55). Dette er feil så elementære kompetansemangler som domstolen er nødt til å overprøve – i lys av særlig rettssikkerhetshensyn.

Etter Rt. 2012 s. 1985 er det «vedtakstidspunktets faktum» (153) som må legges til grunn ved overprøving av vedtakets ugyldighet. Forhold som kommer frem etter dette, vil etter rettspraksis være uten betydning.

I vårt tilfelle har A anført at det foreligger et erstatningskrav, grunnet tidligere avslag på søknad. Begrunnelsen er at A påstår å ha opplevd usaklig forskjellsbehandling. Forvaltningen har ikke adgang til å forskjellsbehandle, når to eller flere kvalifisert like tilfeller som blir behandlet ulikt. Det fremgår det ingen sammenligningsgrunnlag på det opprinnelige vedtakelsestidspunktet – og det er klart at anførselen om usaklig forskjellsbehandling ikke føre frem.

Ettersom oppgaven ikke reiser flere problemstillinger knyttet til ugyldiggjøring, er det klart at det opprinnelige vedtaket er gyldig etter sitt innhold. A kan ikke få medhold i erstatningskravet.

**Konklusjon:** Vedtaket er gyldig, og A har ikke krav på erstatning.

Tvist 2 – Omgjøringsvedtak A

Det neste spørsmålet er om omgjøringsvedtaket rettet mot A er ugyldig.

Primærrettslig grunnlag for å avgjøre tvisten er igjen den ulovfestede ugyldighetslæren. Dersom det foreligger en rettslig feil i form av en kompetansemangel, kan omgjøringsvedtaket ugyldiggjøres.

For at det skal foreligge endringsadgang etter fvl. § 35, er dette betinget av at kommunen har en omgjøringskompetanse og en primærkompetanse. Det er uomtvistet at en primærkompetanse foreligger i dette tilfellet. Derav må det vurderes om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt for at det skal foreligge omgjøringsadgang.

Det første spørsmålet som må belyses er om kommunens opprinnelige vedtak vedrørende skjenkebevilling var «ugyldig» etter fvl. § 35 første ledd bokstav c, slik at kommunen har adgang til å omgjøre vedtaket. Vilkåret referer til den ulovfestede ugyldighetslæren – og må således vurderes etter lærens rammer.

Det er klart at det foreligger et fritt forvaltningsskjønn – og at forvaltningen har som utgangspunkt en vid adgang til å treffe vedtak. Men det følger av alkoholl. § 1-7 annet ledd at kommunestyret «skal» innhente «uttalelse fra sosialtjenesten og politiet». Ordlyden av «skal» forutsetter klart at dette er et rettsanvendelsesskjønn – som kommunen pliktes til å overholde.

Kommunen har i dette tilfellet fattet vedtaket før de har innhentet nødvendige uttalelser fra de øvrige instansene. Denne saksbehandlingsfeilen er en klar tilblivelsesmangel.

Ved slike mangler fremgår det av fvl. § 41 likevel at vedtaket er likevel gyldig dersom det er «grunn til å regne med» at feilen ikke har innvirkning på innholdet i vedtaket. Ordlyden legger opp til en sannsynlighetsvurdering. Likevel kan det ikke være krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. I praksis er det blitt fastsatt at det er tilstrekkelig at det ikke er en «helt fjerntliggende mulighet» j. Rt. 2015 s. 1388 (Internflyktning) for at feilen har innvirket. Vilkåret skal derav ikke tolkes strengt.

I vårt tilfelle er det klart at mangelen hadde innvirkning på vedtaket. Det vises til at forvaltningen så grunn til å omgjøre vedtaket drastisk etter at de innhentet informasjonen. Vedtaket er derav ikke gyldig etter denne bestemmelsen

§ 41 er en gyldighetsbestemmelse, som ikke kan tolkes antitetisk. Det vil si at domstolen ikke har myndighet til å ugyldiggjøre et vedtak på bakgrunn av en motsetningsslutning av bestemmelsen.

Det følger derimot av sikker rett at det må foretas en helhetsvurdering om vedtaket skal ugyldiggjøres. Vurderingen må bero på det konkrete saksforholdet.

For det første må det legges vekt på at A har innrettet seg vedtakets opprinnelige innhold. At kommunen velger å endre vedtaket i etterkant av innvilgelsen vil hensynet til forutberegnelighet for den svakere part, tilsi at vedtaket må stå etter sitt innhold. At kommunen velger å omgjøre, er til skade for A – da hans rettstilstand blir negativt innvirket av den nye beslutningen. Iht. til rettssikkerhetshensyn skal det mer til for at kommunen skal ha tilgang til å omgjøre – særlig ettersom kommunen har skyld i manglene i det opprinnelige vedtaket. A kunne – etter sakens forhold – ikke gjort noe annerledes for å få innvilget søknad. Tilliten til forvaltningen vil således kunne bli sterkt svekket dersom forvaltningen har for vid adgang til å ugyldiggjøre vedtak uten at part er delaktig i feilene som er begått.

På bakgrunn av øvrig argumentasjon er det en overvekt av hensyn som legger til grunn at det opprinnelige vedtaket skal bestå. Det legges avgjørende vekt på at saksbehandlingsfeilene er prosessuelle feil den private part ikke har kontroll over. Vedtaket er ikke ugyldig – og derav kommer ikke fvl. § 35 c til anvendelse. Forvaltningen har ikke omgjøringskompetanse etter denne bestemmelsen

Delkonklusjon: Forvaltningen har ikke adgang til å omgjøre det opprinnelige vedtaket etter § 35

Videre vil det foretas en subsidiær drøftelse. Det rettslige spørsmålet er om omgjøringsvedtaket ovenfor A er ugyldig.

Det rettslige grunnlaget for vurderingen vil igjen være den ulovfestede ugyldighetslæren.

Kommunen begrunnet vedtaket med henvisning til uttalelsene til sosialtjenesten, samt at A hadde gjort seg vanskelig ved sitt erstatningskrav.

For det første kan det stilles spørsmål til om begrunnelsen er utenforliggende hensyn. Det følger av langvarig praksis at forvaltningen ikke kan vektlegge slike hensyn i sin skjønnsutøvelse, jf. bl.a. Rt. 1933 s. 548 (Rådhushospits). Det ble her uttalt at en nektelse v skjenkebevilling, basert på en intern arbeidskonflikt var «begrunnet i utenforliggende ikke- saklige hensyn». Dersom dette foreligger vil det anses tilblivelsesmangler som kan føre til ugyldighet.

Første vurdering er om henvisingen til uttalelsene til sosialtjenesten er utenforliggende hensyn.

Som det følger av alkoholl. § 1-7a har kommunen et fritt skjønn til å legge vekt på en rekke momenter – blant annet «stedets karakter» samt hensynet til «lokalmiljøet for øvrig». Etter sin ordlyd står forvaltningen fritt til å vurdere hva som er gunstig for nærområde. Videre fremmes det av lovformålet at alkoholloven skal begrense «samfunnsmessige ... skader som alkoholbruk kan innebære», jf. alkoholl. § 1-1. Ettersom alkoholpolitikk i utgangspunktet er særlig skjønnsbetont er det vanskelig å argumentere for at domstolen skal overprøve forvaltningens vurdering i dette tilfellet.

Det er en kjent sak at ved høyere alkoholforbruk kan dette være skadelig for miljøene rundt. Spesielt områder med mye barn kan være ekstra sårbare for å bli eksponert for fulle mennesker – da de kan komme til skade for barns mulighet til frilek. At høyere forbruk av alkohol kan medføre slike problemer av «samfunnsmessig» karakter, er det derfor liten tvil om. Det er klart at dette hensynet er innenfor hensyn som domstolen må akseptere.

Videre begrunnet kommunestyret det nye avslaget med at A hadde gjort seg vanskelig ved sitt erstatningskrav. Begrunnelsen har lite sammenheng med de momenter som følger av § 1-7a og alkoholloven for øvrig. De ulemper og skader som loven er ment til å redusere, gjelder ikke hvordan enkeltpersoner oppfører seg mot forvaltningen.

Å basere sin avgjørelse på at As oppførsel vil derfor bære preg av å være sterkt urimelig. I Rt. 1951 s. 9 (Passivt medlemskap i N.S) fant retten det «åpenbart støtende» at passive medlemmer av N.S. ble nektet bevilling, etter at de hadde sonet sin straff. I vårt tilfelle har A ikke handlet i strid med rettsnormer eller handlet unormalt. Det er klart at begrunnelsen er et utenforliggende hensyn, som er en kompetansemangel.

Selv om det foreligger en kompetansemangel, må det fortsatt vurderes om mangelen er gyldig etter fvl. § 41. Bestemmelsen regulerer i utgangspunktet prosessuelle kompetansemangler. Likevel er det er fastslått i rettspraksis at den får analogisk til anvendelse ved skjønnsmangler – som er tilfellet vårt. Dette følger av at bestemmelsen gir uttrykk for et «alminnelig forvaltningsettslig prinsipp», jf. Rt. 1982 s. 241 (Alta)

I vårt tilfelle er det likevel «grunn til å regne» med at feilen ikke har innvirkning i vedtaket. Det vises til at uttalelsene til sosialtjenesten må anses som avgjørende for vedtakets innhold – ettersom uttalelsene langt på vei omfatter kjernen i § 1-1 om å verne om «samfunnsmessige» skader. Uttalelsene må derfor regnes å hatt særlig vekt i avgjørelsen.

Delkonklusjon: Hensynet til at A har vært vanskelig er utenforliggende, men kan ikke ugyldiggjøre vedtaket.

Videre kan det stilles spørsmål om A har blitt usaklig forskjellsbehandlet sammenlignet med B og C.

Etter rettspraksis har forvaltningen som regel adgang til å forskjellsbehandle, så fremt det er innenfor en saklighetsramme, jf. Rt. 2011 s. 304 (Boplikt). Saklighetskravet er ment til å skape et vern mot myndighetsmisbruk fra forvaltningen, da det oppleves som et særlig tillitsbrudd å bli behandlet ulikt. Rt. 1952 s. 29 er illustrerende for usaklig forskjellsbehandling. Saken gjaldt avslag på for sen søknad om drosjeløyve, hvor saksøker var den eneste som ikke fikk bevilling. Dette ble kjent ugyldiggjort på bakgrunn av usaklig forskjellsbehandling – og saksøker ble derav tilkjent erstatning.

Selv om et vedtak isolert kan være gyldig, vil en ubegrunnet forskjellsbehandling likevel føre til en kompetansemangel utenfor forvaltningens frie skjønn. I vårt tilfelle foreligger det ingen kvalifiserte grunner – som har sammenheng med de formål alkohollovgivning har – for å behandle A ulikt B og C.

Kommunen har anført at A hadde flere kunder på omgjøringstidspunktet. Selv om dette kan føre til større omfang av gjester som konsumerer alkohol, kan ikke dette tilfredsstille saklighetskravene til å forskjellsbehandle.

Omgjøringsvedtaket gjør at B og C kommer i en bedre posisjon til å øke kundekretsen sin, ettersom alkohol er populært ved restaurantbesøk. Dette kan på sikt ødelegge konkurranseforutsetningene til A. Hensikten med alkoholloven er ikke å forstyrre det frie markedet blant private parter, og etter saksforholdet fremgår det ikke at A har dårligere forutsetninger til å få skjenkebevilling enn B og C. Å påføre en slik ulempe på én søker vil være et myndighetsmisbruk, særlig ettersom det ikke foreligger en saklig forbindelse mellom forskjellsbehandlingen og lovens formål. Tilfellet være usaklig etter sitt innhold.

Ettersom det er tale om en innholdsmangel er det klare utgangspunktet at vedtaket skal ugyldiggjøres. Hensynet til rettssikkerhet kan begrunne at forvaltningen ikke skal ha adgang til myndighetsmisbruk ved slike tilfeller. Omgjøringsvedtaket i sin helhet må dermed anses ugyldig.

**Konklusjon: Omgjøringsvedtaket er ugyldig etter sitt innhold.**

Tvist 3 – Tyngende vilkår B og C

**Tyngende vilkår til B**

Tvisten står mellom kommunen og B, og det overordnede rettslige spørsmålet er om kommunen kan stille vilkår for at B skal få skjenkebevilling.

Primærrettslig grunnlag for å løse problemstillingen alkoholloven. § 3-2. Det følger av bestemmelsen at det kan settes vilkår for bevillingen i samsvar med «alminnelige forvaltningsrettslige regler.» Bestemmelsen er et uttrykk for den ulovfestede vilkårslæren, som er utpenslet i rettspraksis.

Forvaltningen har etter læren hjemmel til å stille tyngende vilkår for ellers begunstigende vedtak, jf. Rt. 1961 s. 197.

Begrunnelsen for regelen er et «fra det mer til det mindre»-prinsipp. Siden forvaltningen har adgang til det mer, ved å avslå søknad, vil det også være adgang til det mindre – det å innvilge en søknad med visse vilkår.

Videre følger det av sikker rett at det oppstilles begrensninger til hvilke vilkår som kan stilles. For det første med det være saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak, samt at det ikke kan være uforholdsmessig tyngende, jf. Rt. 2008 s. 1110 (Strømnett) (22).

Først har kommunen begrunnet vedtaket med at det er generelt et godt formål. Dette kan ikke tillegges vekt, da det følger av Rt. 1957 s. 86 (Frogner Hospits) at gode formål som ikke har en saklig sammenheng med rettsgrunnlaget, ikke har betydning for vuderingen.

Ved uforholdsmessighetsvurderingen fremgår det i rettspraksis at det vil være relevant å vurdere om vilkåret er økonomisk tyngende i forhold til begunstigelsene av vedtaket. Etter Rt. 2003 s. 764 (Sykkelvei) var det ikke uforholdsmessig å betale 3-4 milloner for å lage en sykkelvei, når det totale prosjektet var på ca. 100 millioner. Vilkåret kan ikke vurderes isolert, men må settes opp mot begunstigelsen. I denne dommen var begunstigelsen langt større enn vilkåret – og var derav ikke uforholdsmessig.

Hvorvidt kravet om å utbedre det defekte klatrestativet i vår sak er uforholdsmessig er vanskeligere, ettersom det ikke fremgår hvor økonomisk tyngende dette vilkåret vil være. Men det er grunn til å tro at utbedringen ikke vil være svært økonomisk belastende sett opp mot at det er store økonomiske fordeler med å få skjenkebevilling – særlig ettersom B ikke må sette opp levegg. Derav er ikke vilkåret uforholdsmessig tyngende.

Ved saklighetsvurderingen må det legges vekt på om det er en saklig sammenheng mellom det tyngende vilkåret og vedtaket. Av særlig interesse er det å vurdere om vilkåret motvirker skadevirkninger eller ulemper med vedtaket, jf. Rt, 2003 s. 764. Videre er det vesentlig å vurdere om vilkåret er egnet til å oppnå formålet bak loven, jf. Rt. 19654 s. 209.

At B må utrede klatrestativet kan virke fjerntliggende fra hva som anses saklig. Det er vanskelig å se at dette er adekvat for å dekke de skader som skjenkebevillingen medfører. Selv om handlingen har positiv effekt for barna i nærområdet vil det ikke ha en tilstrekkelig sammenheng.

Formålet med alkoholloven er hovedsakelig å begrense «samfunnsmessige og individuelle skader». Loven er etter ordlyden ment til å redusere skadeomfanget av inntak av alkohol. Det er vanskelig å forene disse med at man blir pålagt å fikse på en lekeplass. I så fall vil man kunne strekke formålet med loven alt for langt, slik at adgangen til å stille tyngende vilkår ville blitt for løs. Dette kan med enkelhet føre til vilkårlighet og uforutberegnelighet. Derav er ikke det adgang til å stille dette vilkåret til B

Ettersom det er en kompetansemangel som direkte knyttes til vedtakets innhold, foreligger det en innholdsmangel. Ugyldighet er dermed konsekvensen, men ettersom denne virkingine ikke går lengre enn ugyldighetsgrunnen vil det ikke være grunnlag for at hele vedtaket blir ugyldigjort. Det er kun vilkåret som blir.

**Konklusjon:** Det tyngende vilkåret stilt til B er ugyldig.

Tvist 4 – Tyngende vilkår C

Et videre spørsmål er om kommunen har tilgang til å oppstille tyngende vilkår om å sette opp en levegg og bor som males brunt og mosegrønt.

Primærrettslig grunnlag er igjen den ulovfestede vilkårslæren jf. alkoholl. § 3-2. Som det fremgår av denne læren kan forvaltningen stille tyngende vilkår til ellers begunstigende vedtak så fremt til at det er saklig og forholdsmessig.

Det er klart at kravet om å male bordene er usaklig. Det er ikke innen alkohollovens formål å vurdere hvordan søker skal estetisk utforme sitt lokale – og har heller ingen saklig sammenheng med lovens formål om å begrense samfunns- og individskader på bakgrunn av alkoholbruk, jf. § 1-1. Vilkåret må derfor klart ugyldiggjøres.

Delkonklusjon: Forvaltningen har ikke adgang til å kreve at bordene males brunt og mosegrønt

Det er klart at leveggen i lys av begunstigelsen ikke er uforholdsmessig. Selv om det ikke fremgår av faktum, må det legges til grunn at de økonomiske byrdene med å installere denne ikke står i et uforholdsmessig forhold til begunstigelsen som fremgår av vedtaket.

Videre er spørsmålet er om leveggen kan anses saklig. Igjen er det relevant å se til hvorvidt vilkåret er i stand til å oppnå lovformålet, samt å begrense de ulemper som følger av vedtaket. Som det følger av § 1-1 skal loven begrense «samfunnsmessige [...] skader». Etter ordlyden må de ulemper som følger av støy som igjen følger av alkoholinntak, tilsi at man skal kunne verne nærområdet ved å foreta tiltak som kan redusere støyen. Uten reduksjon av støy kan dette føre til mindre bruk av lekeparken – noe som ikke vil være ønskelig for å verne om barnas adgang til å utfolde seg.

I Rt. 2008 s. 111. aksepterte retten at det var en saklig sammenheng mellom vilkår om å legge strømnettet i kabelbaner under bakken, i forbindelse med veiutbygging etter vegl. § 32. Det ble vist til «veiens estetikk og miljømessige hensyn» for å begrunne vilkårene. Dette var i tråd med lovformålet vedrørende «omsynet til trygg ferdsel, vegvedlikehaldet». Dommen illustrerer at adgangen er relativt vid når forvaltningen har en saklig målsetning, selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden – i dette tilfellet å fremme miljøhensyn.

Tilsvarende i vår sak kan leveggen begrunnes i noe legitimt – nemlig å verne omverdenen for støyplager. Det følger dessuten at ved behandling av søknader «kan» kommunen legge vekt på «beliggenheten» til skjenkestedet. Skjønnet etter denne loven er av såpass sterk faglig og politisk karakter at det må vurderes at siden C er nære lekeparken, må det være en saklig tilknytning mellom tyngende vilkår og vedtaket – i lys av lovens formål.

**Konklusjon:** Vilkåret om krav om levegg er gyldig.

Tvist 4 – Omgjøring etter § 35 femte ledd

Partene i saken er kommunestyret og C. Det rettslige spørsmålet er om kommunestyret har adgang til å omgjøre skjenkebevillingen på bekostning av C.

Rettsgrunnlaget for å avgjøre tvisten er fvl. § 35 femte ledd. Det følger av bestemmelsen at det ikke foreligger begrensninger til å omgjøre vedtak etter 1., 2., og 3. ledd dersom «endringsadgangen følger av annen lov, av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningrettslige regler».

For at det skal foreligge en omgjøringskompetanse må forvaltningen ha endringskompetanse og primærkompetanse. Det er klart at kommunestyret har en primærkompetanse og en personell adgang til å omgjøre, da det følger av første ledd at «forvaltningsorgan» kan omgjøre sitt eget vedtak. Selv om MdG er et annet parti enn liberalistene, er det samme organ som har fastslått vedtaket – altså kommunestyret.

Det videre spørsmålet er om det foreligger en endringskompetanse.

Vilkåret som gjør seg aktuelt ved dette tilfellet er om det er en endringsadgang som følger av «alminnelige forvaltningsrettslige regler» etter femte ledd. Etter sikker rett referer dette vilkåret til en interesseavveining.

Som det følger av Rt. 1976 s. 1376 må det foreligge tilstrekkelig tung interesseovervekt i forvaltningens favør forvaltningen. Her ble det byggestans fordi det var nødvendig å ivareta liv og helse. Grunnen var at konstruksjonen måtte forsterkes, slik at det var trygt å omgås der. Som dommen belyser må det foreligge kvalifiserte skadevirkninger av samfunnsmessig karakter. Det må således mye til for å ha kompetanse til å endre etter femte ledd.

C sine påstander om mindre bilkjøring og mindre CO2 får ingen vekt i vurderingen, da disse ikke er saklige med omgjøringsvedtakets innhold, og er i bestefall rene hypoteser.

Tilsvarende som Byggestans-dommen er begrunnelsen at det var fare for at liv kan gå tapt. Hensynet i seg selv tilsier at forvaltningen kan omgjøre vedtaket.

Likevel foreligger det vesentlige forskjeller i faktum. Eventuelle skadekonsekvensene som følger av at privatpersoner drikker alkohol, er vanskelig å kontrollere for en uteservering. Skaderisikoen er ikke knyttet til selve innretningen – men knytter seg til at restauranten ligger nært sjøen. Faren for drukning må kunne sies å være en del av dagliglivets risiko – og det vil derfor være svært urimelig å omgjøre til skade for C, på bakgrunn av skaderisikoen som medfører posisjoneringen til restauranten. Det fremgår heller ikke av faktum konkrete forhold som sier noe om sannsynlighet for skade er høy.

At havnivået kan øke blir videre for fjerntliggende, og dessuten utenfor C sin kontrollsfære. Det er åpenbart at dette ikke kan begrunne omgjøring etter § 35 femte ledd. Dette taler i sterk retning av å ugyldiggjøre omgjøringsvedtaket.

Ettersom det er tale om et inngrep – vedtaket har negativ virkning for den private part – skal det særlig tungtveiende grunner til for å akspetere omgjøringen, jf. legalitetsprinsippets skranker. Legalitetsprinsippet stiller krav om at hensynet til rettsikkerhet og forutberegnelighet i slike tilfeller får større betydning.

Videre vil hensynet til innrettelse og forutberegnelighet tilsier også at bestemmelsen må anvendes med forsiktighet. Det kan oppleves svært vilkårlig og lite tillitsfullt dersom adgangen til endring, uten tilstrekkelig med rettslig vern, skal bli for vid. C har over en lengre periode hatt skjenkebevilling. Et slikt inngrep vil være særlig belastende ettersom parten har klart innrettet seg etter den tidligere rettstilstanden. Fraværet av skjenkebevilling kan føre til et vesentlig økonomisk tap, og har derfor en relativt alvorlig art. Det skal på denne bakgrunn mer til for å omgjøre vedtaket.

På bakgrunn av øvrig argumentasjon er det ikke tilgang til å omgjøre vedtaket etter «alminnelige forvaltningsrettslige regler» etter fvl. § 35. Ettersom forvaltningen ikke har endndringskompetanse bakgrunn er det klart at vedtaket er ugyldig etter sitt innhold, og må derfor ugyldiggjøres

**Konklusjon:** kommunestyret har ikke adgang til å omgjøre skjenkebevillingen på bekostning av C.