

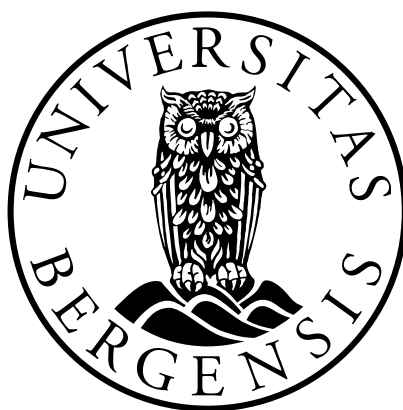
Vilkårstillelse ved utbygging etter plan- og byggningslovgivningen

Kandidatnummer:

177

Antall ord:

14964



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[31.05.2015]

Innhold

<u>Del I</u>	4
<i>1 Innledning</i>	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	4
1.2 Anvendelse av vilkårsbegrepet i oppgaven.....	5
1.3 En presentasjon av hvilke vilkårshjemler oppgaven skal vurdere etter plan- og bygningslovgivningen	7
1.4 Rettskilder og rettskildebruk	9
1.5 Oversikt over videre fremstilling	11
<u>Del II</u>	12
<i>2 Forvaltningsretten som rettslig bakteppe ved vilkårsstillelse etter plan- og bygningslovgivningen</i>	12
.....	12
2.1 Offentlig styring og privat eiendomsrett – rekkevidden av legalitetsprinsippet gjennom begrepene byggeforventning og byggerett	12
2.2 Den ulovfestede vilkårs læren.....	15
<u>Del III</u>	20
<i>4 Skrankene for vilkårsstillelse ved rekkefølgekrav i arealplanen</i>	20
4.1 Innledning	20
4.2 Saklighet.....	20
4.3 Nødvendighet	23
4.4 Proporsjonalitetsvurdering	25

5	<i>Skrankene for vilkårstillelse ved rekkefølgekrav i reguleringsplanen</i>	27
5.1	Innledning	27
5.2	Saklighet	27
5.3	Nødvendighet	28
5.4	Proporsjonalitetsvurdering	30
6	<i>Skrankene for vilkårstillelse ved dispensasjonsvedtak</i>	31
6.1	Innledning	31
6.2	Saklighet	32
6.3	Nødvendighet	36
6.4	Proporsjonalitetsvurdering	36
7	<i>Skrankene for vilkårstillelse i utbyggingsavtaler</i>	38
7.1	Innledning	38
7.2	Saklighet	40
7.3	Nødvendighet	41
7.4	Proporsjonalitetsvurdering	45
8	<i>Vilkårstillelse i byggesak</i>	49
9	<i>Avslutning</i>	51
	<i>Kildeliste</i>	53

Del I

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er vilkårsstillelse ved arealplanlegging med hovedfokus på utbyggingssituasjoner.

Kommunen er den øverste planstyremakten på kommunalt nivå jf. lov om planlegging og byggesaksbehandling 27. juni 2008 nr. 71 (heretter pbl) § 3-2. Kommunen planlegger arealdisponeringen i kommunen og skal sikre en fordelaktig samfunnsstruktur. Forvaltningen kan fremme visse aktiviteter og samfunnsmessige fordeler ved å kontrollere og påvirke borgerens aktivitet og virksomhet ved å stille vilkår ved utøvelse av myndighet.

Plan- og bygningslovgivningen regulerer styringsmaktenes adgang til å kontrollere borgernes fremtidige utnyttelse av areal gjennom arealplanleggingen og skal sørge for at tiltak er i tråd med loven. Loven skal fremme «bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner» jf. lovens formålparagraf § 1-1. Formålsbestemmelsen er utdypet i § 3-1, som regulerer forvaltningens oppgaver og hvilke hensyn i plan- og bygningsprosessen.

Innenfor plan- og bygningsretten er vilkårsstillelse et egnet virkemiddel for å tilpasse og detaljstyre vedtak. Loven skal regulere et stort spekter av saker om varierer i størrelse og omfang, alt i fra å bygge en liten garasje, til utbyggingsavtaler i millionklassen. Vilårsstilling er en av flere måter loven åpner for å detaljstyre vedtak, som skaper et dynamiske og fleksibelt plansystem. Utfordringen med detaljestyring av vedtak er at det kan gå på bekostning av borgerens mulighet til å forutberegne sin stilling, samt at det gir forvaltningen adgang til å sette vilkår som uthuler loven. Rettspraksis og teori setter begrensinger for hvilke vilkår som kan stilles. Det tradisjonelle synspunktet er at vilkåret må ha saklig sammenheng med begunstigelsen og vilkåret må ikke være uforholdsmessig tyngende.¹ Videre er det viktig

¹ Utdypende om dette i pkt 2.2.

at kommunen ved planarbeidet ivaretar effektiviteten i plansystemet og lager planer som er gjennomførbare.

Kommunen skal heller ikke ha adgang til å legge kostnader som kommunen har ansvar for, over på den private part gjennom å stille vilkår under planprosessen. På bakgrunn av kommunens rolle som planstyremakt er borgeren avhengig av deres tillatelse for å igangsette tiltak. Kommunen er en sentral premissleverandør for når, hvor og hvordan nye byggetiltak skal oppføres. Det er fare for at tiltakshaver aksepterer tyngende vilkår, som ikke nødvendigvis er lovlige, fordi tiltakshaver ønsker tiltaket igangsatt. Han kjøper seg dermed adgang til tiltak som andre tiltakshavere ikke nødvendigvis har samme økonomiske mulighet for å bekoste. Noe som kan gå på bekostning av likebehandling etter loven.

Arealplanlegging er en stor prosess med mange etapper. Planprosessen forstås som den prosessen som fremgår av lovgivningen - fra starten av planlegging av kommuneplanen til det foreligger gjeldende reguleringsplaner. Mangelfull bevissthet rundt kravene kommunen stiller til tiltakshaver i plandelene, kan skape en prosess som er lite gunstig i et større samfunnsmessig perspektiv. Særlig dersom planen ikke kan realiseres på grunn av at vilkårene blir for tyngende for utbygger. Manglende avklaringer i rettspraksis på hvor grensene går for å stille vilkår gjør dette til et vanskelig tema.

Problemstillingen i oppgaven er hvilken materiell kompetanse kommunen har til å stille vilkår i en prosess der tiltakshaver skal endre eller ta i bruk et bestemt areal. I del II skal noen alminnelige forvaltningsrettslige temaer som belyser problemstillingen og danner bakgrunnen for analysen i del III presenteres. Videre skal det analyseres hvor langt den materielle kompetansen strekker seg for de ulike vilkårshjemlene i del III.

1.2 Anvendelse av vilkårsbegrepet i oppgaven

Hva som legges i begrepet vilkår vil i det følgende gjøres rede for.

En kan definere vilkår som at det stilles krav eller betingelser til en avgjørelse. En kan dele vilkår inn i ekte eller uegentlige vilkår. Vilkår som i realiteten følger av lovteksten er uegentlige vilkår og vil avgrenses mot i denne oppgaven.

Begrepene vilkår og betingelser brukes ofte om hverandre, og kan brukes for å betegne flere forskjellige forhold. En kan bruke begrepene om *prosessuelle* krav. Det er f.eks. et lovfestede prosessuelt krav at en må utarbeide en reguleringsplan der dette er fastsatt i kommuneplanen jf. § 11-9 nr. 1. Begrepene kan også forstås som forbehold innenfor den *materielle* kompetansen. Forbeholdet knytter seg da til avgjørelsens innhold. Her kan det tenkes forbehold i form av begrensinger av vedtaket. Det interessante i vår sammenheng er forvaltningens kompetanse til å sette forbehold ved et begunstigende vedtak for den private part, som knytter plikter til vedtaket.² Vilkår vil i oppgaven tolkes bredt slik at en får med ulike situasjoner under utbygging der det settes betingelser, men med det forbeholdet at betingelsene knytter seg til den materielle kompetansen.

Begrunnelsen for å bruke vilkår vil i mange tilfeller være å kunne foreta en mer nyansert og detaljert styring. Adgangen til å stille vilkår skal leses i lys av hvilken byggeforventning eller byggerett som foreligger. Innenfor plan- og bygningslovgivningen vil det typiske være borgerens byggerett som må avveies mot samfunnsplanlegging, som igjen avgrenser eller gir rom for kommunens kompetanse til å sette vilkår. Dette kommer en tilbake til under pkt. 2.1.

Hvor kommunen har hjemmel til å avslå en søknad, adgang til det mer, kan loven gi hjemmel for det mindre, nemlig å stille vilkår til en tillatelse. Tankegangen kan være problematisk ettersom hva som kan være «det mindre» ikke alltid er klart. Det kan ved første øyekast være en fordel å ikke få blankt avslag, men heller få tillatelse med forbehold. Det som derimot kan være vanskelig er hva kommunen selv oppnår med slike tillatelser. Dersom kommunen oppnår noe mer enn de kunne oppnådd på andre måter, kan dette tale for at vedtaket kommer i strid med kravet om at en skal velge det minst inngripende midlet med et vedtak. Videre kan vedtak med vilkår stride mot likebehandling for loven og forutsetningen i plansystemet, ved at oppgavefordelingen mellom kommunen og deres rolle som samfunnsforvalter, og utbygger som tiltakshaver, blir blandet.

Ved kommunens vilkårstillelse er skrankene for kommune rettsgrunnlag viktig. Behovet for å avklare skrankene kan være fra et domstolskontrollperspektiv, hvor en sikrer borgerne sine rettigheter. Skrankene kan også måtte avklares fra et lovtolkningsperspektiv, ettersom plan-

² Mer om dette Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 10. utgave, Oslo 2014 s. 410.

og bygningsloven er bygd opp som et system hvor en positivt opplister styringsmidlene som kommunen må forholde seg til. Hensynet til borgeren, sett i lys av legalitetsprinsippet, blir da viktig sammen med hensynet til forutberegnelighet og likebehandling for tiltakshaverne. Oppgaven blir viet til kommunens kompetanse til å stille vilkår og hvor skrankene for vilkårsstillingen går, ikke hvordan en kan føre rettslig kontroll med kompetansen, selv om dette klart nok avhenger av hverandre.

1.3 En presentasjon av hvilke vilkårshjemler oppgaven skal vurdere etter plan- og bygningslovgivningen

Det skal i det følgende kort presenteres hvilke vilkårshjemler oppgaven skal fokusere på i del III som gir kommunen materiell kompetanse til å stille vilkår. Det er vilkårstillelse sett opp mot gjennomføringen av utbyggingsprosjekt som danner grunnlaget for valget av hjemlene. En skal behandle vilkårshjemler for arealplanen, reguleringsplanen, dispensasjonsvedtak, utbyggingsavtaler og ved byggesak.

Rekkefølgebestemmelser trekkes frem som særlig interessante vilkårshjemler ved gjennomføringen av en areal- eller reguleringsplan. Ofte vil rekkefølgekravene være for store til at en utbygger kan påta seg kostnaden alene, og hvilke vilkår som kan stilles ved rekkefølgebestemmelser får stor betydning for gjennomføringen av planen. Dette ser en eksempel på fra Møllendalsprosjektet der hele åtte utbyggere inngikk utbyggingsavtaler som realiserte ett rekkefølgekrav om infrastruktur til en verdi av 117,2 mil³.

Den første vilkårshjemmelen som skal bli analysert i pkt. 4 er hjemmelen for å stille rekkefølgekrav i arealplanen jf. § 11-9 nr. 4. Begrunnelsen for å tolke skrankene for adgangen til å stille rekkefølgekrav i arealplanen er at arealplanen danner utgangspunktet for all arealforvaltning i kommunen. Det er her kommunen avsetter hvilke områder som skal brukes til hva. I denne delen av planprosessen befinner kommunen seg på et overordnet planleggingsnivå, og hvordan dette påvirker vilkårshjemmelens skranker er interessant å avklare.

³ Byrådsak 1196/10, Utbyggingsavtale mellom Studentsamskipnaden i Bergen og Bergen kommune

Den neste vilkårshjemmelen som skal analysere i pkt. 5 er hjemmelen for å stille rekkefølgekrav i reguleringsplanen jf. § 12-7 nr. 10. Reguleringsplanen er bygget opp av de samme elementene som kommuneplanens arealdel. Den største forskjellen mellom dem er at detaljeringsgraden i utgangspunktet er større for reguleringsplanen enn for arealplanen. Dette henger sammen med at reguleringsplanen er et verktøy for å få gjennomført utbyggingen, i motsetning til arealplanen som i større grad er et planleggingsverktøy. Begrunnelsen for å tolke denne vilkårshjemmelen er for å vurdere om skrankene for vilkårsstillelsen endrer seg ved detaljregulering, i motsetning til vilkårsstillelse under arealplanen som er mer overordnet. Hvilken funksjon et rekkefølgekrav har, hva en oppnår og hvilke begrensinger et eventuelt rekkefølgekrav har i de to ulike plandelenes, blir viktige i vurderingen av de ulike skrankene.

I oppgavens pkt. 6 vil hjemmelen for å stille vilkår i et dispensasjonsvedtak jf. § 19-2 analyseres. Bestemmelsen gir forvaltningen adgang til å gi tillatelse til gjennomføring av tiltak som strider mot areal- og reguleringsplaner. Begrunnelsen for å tolke denne hjemmelen er for å vurdere om skrankene for vilkårsstillelsen endrer seg når tiltakshaver får dispensasjon fra en vedtatt plan, i motsetning til vilkårsstillelse ved utarbeidelsen av ny plan. Om skrankene påvirkes av den byggeforventningen en har blir her særlig interessant, ettersom byggeforventningen er vesentlig annerledes enn der en stiller rekkefølgekrav, jf. pkt. 2.1.

Etter dispensasjonsvedtak går en over i oppgavens pkt. 7 til å tolke hjemmelen for å stille vilkår ved utbyggingsavtaler jf. § 11-9 nr. 2 jf. § 17-2. Inngåelsen av utbyggingsavtaler er frivillig, og er en kombinasjon av forvaltningsrettslige- og avtalerettslige regler. Kommunen er den som legger føringer for hva avtalen skal gå ut på, blant annet gjennom areal- og reguleringsplanene. Utbyggingsavtaler er spesielle fordi kommunen går fra planmyndighet til avtalepartner i kontrakten. Det er interessant å tolke skrankene for vilkårsstillelsen i utbyggingsavtaler fordi kompetansegrunnlaget for vilkårsstillingen ved utbyggingsavtaler skiller seg fra de andre materielle hjemlene som er presentert ovenfor. Utgangspunktet i avtaleretten er ytelse mot ytelse. Ensidig vilkårsstillelse fra kommunens side er avskåret ved endringen av kompetansegrunnlaget. Hvordan dette påvirker skrankene for vilkårsstillelse skal analyseres.

Den siste hjemmelen som skal tolkes i pkt. 8 er hjemmelen for innvilge byggesøknader jf. § 21-4. Utgangspunktet er her at tiltakshaver har et byggekrav, såfremt at byggekravet ikke

strider mot øvrig plan- og bygningslovgivning. Hjemmelen åpner tilsynelatende ikke opp for å stille vilkår slik de øvrige bestemmelsene gjør. Hvordan dette påvirker adgangen til å stille vilkår og skrankene for vilkårstillelse, særlig i lys av byggeretten som ligger til grunn blir interessant å analysere.

1.4 Rettskilder og rettskildebruk

Loven setter opp rammene for planprosessen og gir de materielle reglene for kommunene til å lage helhetlige samfunnsplaner der arealbruken spiller en sentral rolle. Plan- og bygningslovgivningen åpner for inngrep i en borgers rettsfære og kommunen må ha hjemmel i lov for å foreta inngrep jf. legalitetsprinsippet.⁴ Loven vil naturligvis danne hovedgrunnlaget for analysen av problemstillingen, og er den viktigste og mest tungtveiende rettskilden.

De siste 10 årene har det skjedd omfattende endringer på plan- og bygningsrettens område. Plan- og bygningsloven fra 2008 er en relativt ny lov. Den er et resultat av omfattende gjennomgang av plan- og bygningsloven fra 1985.⁵ Tolkning av enkeltbestemmelser i 2008-loven vil suppleres av rettskilder fra 1985-loven der det fremgår av forarbeidene at reglene er en videreføring av reglene i 1985-loven. Den nye loven er i en forenkling- og tilpasningsfase for å gjøre byggetiltak lettere å gjennomføre. Ved anvendelse av reglene i plan- og bygningslovgivningen må man veie mellom ulike hensyn. Hensynet til forenkling, effektivitet og fleksibilitet må vektes mot forutsigbarhet, medvirkning og kvalitet i planprosessen.

Planprosessen generer forskrifter og enkeltvedtak. Forvaltningsloven av 10. februar 1967 (heretter fvl.), og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper, vil påvirke plan- og bygningsloven. Dette er lovfestet i pbl. § 1-9, hvor det fremgår at «forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven»⁶ og fvl. er da en viktig rettskilde.

⁴ Mer om dette under pkt. 2.1.

⁵ Bakgrunnen for endringene kan leses om i kap. 1 i Ot.prp.nr 32 (2004-2005).

⁶ Mer i O.J. Pedersen mfl. *Plan og bygningsrett, del 2*, 2 utgave, Oslo 2011 s. 130.

Ut over loven vil forarbeidene bli brukt til å tolke lovreglene ettersom disse klargjør lovgivers intensjon. Høyesterettspraksis er en viktig rettskildefaktor, men spiller en mindre sentral rolle på plan- og bygningslovens område ettersom det er få saker som er avklart av Høyesterett. Dette vil få påvirkning for vekten av de øvrige rettskildene, ettersom disse tillegges større vekt og verdi, i mangel på høyesterettsavklaringer. Sivilombudsmannens uttalelser vil bli brukt aktivt, både som rettskilde og illustrasjonsmateriale. Departementet har kommet med flere uttalelser om hvordan bestemmelser skal forstås på generelt grunnlag som vil tillegges vekt. Videre vil juridisk teori trekkes inn for å belyse ulike temaer. Veilederne, utarbeidet av departementet, sier noe om hvordan departementet mener at bestemmelsene i loven skal forstås og vil brukes som et moment i drøftelsen.

I tillegg er det en del rettskildeprinsipper som kommer inn og supplerer rettsbruken. Det er særlig prinsippet om effektivitet og forutberegnelighet som gjør seg gjeldende i planprosessen.⁷ I tillegg vil hensynet til god kostnadsfordeling være viktig, noe som materialiseres ved at en må etterstrebe å lage planer som kan gjennomføres, og hensynet til god økonomifordeling og gjennomførbarhet glir over i hverandre.

Det vil bli trukket slutninger fra den ulovfestede vilkårlæren til plan- og bygningslovens hjemler ved hjelp av deduksjonsbetraktninger. Her trekker jeg fra den generelle vilkårstilstanden til den spesielle vilkårsstilstanden innenfor plan- og bygningsretten. Å trekke slutninger fra enkelte tilfeller i dommer, sivilombudsmannsuttalelser og departement uttalelser til et mer helhetlig prinsipp er vanlig for å klarlegge ulovfestede krav og kalles induksjon.⁸

⁷ Mer om grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper i Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* 4. utgave, Oslo 2015 s. 77.

⁸ Bjarne Askeland, om analogi og abduksjon, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 04/05, 2004 s. 506

1.5 Oversikt over videre fremstilling

Som en opptakt til del III vil jeg i del II gjennomgå noen alminnelige forvaltningsrettslige temaer som utfyller analysen i del III. Legalitetsprinsippet og den ulovfestede vilkårslæren danner et viktig bakteppe for hvordan reglene om vilkårstillelse skal forstås i plan- og bygningslovgivingen.

I del III skal jeg tolke og analysere hvor langt de presenterte hjemlene i plan- og bygningslovgivningen setter rettslige skranker for vilkårsstillelsen ved utbygging. Del III er delt inn i tre vurderingstemaer; saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet. Hva som ligger i vurderingstemaene bygger på den ulovfestede læren som presenteres i punkt 2.2. Svakheten med en slik inndeling er at vurderingstemaene ofte glir inn i hverandre, og er ikke så klart skilt fra hverandre i praksis ettersom det ofte har vært en helhetsvurdering av vilkåret. Noe en ser tydelig under vurderingen av skrankene i pkt. 6.2-6.4. Likevel anses tredelingen som en hensiktsmessig fremstilling ettersom en får et bevisst og ryddig forhold til hva som ligger i de ulike kravene underveis. De kilder som sier noe om hva som ligger i disse kravene vil bli trukket inn under hver del. En proporsjonalitetsvurdering er normalt subjektiv, men jeg vil også trekke inn kostnadsfordelingen som et mer objektivt moment i drøftelsen om balanse. Slik blir hva jeg legger i vurderingstemaene videre en hva som kommer av den ulovfestede læren av seg selv. De ulike kravene om saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet vil gjøre seg gjeldende med ulik styrke avhengig av hvilken hjemmel som behandles, og hvor en er i planprosessen.

Del II

2 Forvaltningsretten som rettslig bakteppe ved vilkårsstillelse etter plan- og bygningslovgivningen

2.1 Offentlig styring og privat eiendomsrett – rekkevidden av legalitetsprinsippet gjennom begrepene byggeforventning og byggerett

Legalitetsprinsippet er en konstitusjonell sedvanerettslig regel som krever at forvaltningen har hjemmel i formell lov dersom de skal kunne gripe inn, endre eller etablere bindende rettsforhold overfor borgerne. Den juridiske litteraturen formulerer legalitetsprinsippet negativt ved at det bare er nødvendig med formell lov der forvaltningen ikke har hjemmel i andre kompetansegrunnlag.⁹ For at legalitetsprinsippet skal ha virkning må det stilles visse krav til at hjemmelen er tilstrekkelig klart utformet slik at borgeren kan forutberegne sin rettsstilling.

Legalitetsprinsippet binder kommunens kompetanse under arealdisponeringen på flere måter. Ved inngrep i borgerens rettsstilling kreves det at kommunen må ha hjemmel i lov eller andre kompetansegrunnlag for å stille vilkår overfor den private borgeren. Den ulovfestede vilkårs læren kan være et slikt kompetansegrunnlag. Lovens system i seg selv danner også rammer ettersom styringsvirkemidlene etter loven er positivt opplistet. Hvis kommunen ikke har hjemmel for sine rettslige disposisjoner har de opptrådt utenfor sin materielle kompetanse. Begrepene byggeforventning og byggerett skal behandles og glideskalaen mellom dem synliggjøres. Begrepene vil belyse hvor sterkt legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende for vilkårsstillingen i de ulike delene av planprosessen.

Byggeforventningen vil presenteres i lys av eiendomsretten. Der tiltakshaver har eiendomsrett har han normalt den totale og eksklusive rådighet over eiendommen, så sant råderetten ligger

⁹ Eckhoff, Forvaltningsrett s. 342

innenfor lovens rammer og eventuelt andres rettigheter til eiendommen.¹⁰ Eier kan utføre de tiltak han selv ønsker og har slik en byggeforventning. Råderetten deles ofte opp i den faktiske og rettslige rådighet som igjen kan presiseres videre inn i en positiv eller negativ råderett.

Hver eiendom har verdier, både materielt og som potensielle areal for utnytting i fremtiden. Dette er verdier som må ivaretas. Med hensyn til både samtiden og den fremtidige generasjonen er det akseptert at staten har et overordnet ansvar for en helhetlig samfunnsplanlegging som kan gripe inn i den enkeltes råderett. Det ser en bl.a. er akseptert, og begrunnelsen, bak reglene om ekspropriasjon.

Perspektivet ovenfor er skissert fra et rent privatrettslig perspektiv. Når en trekker inn offentligrettslige regler, vil reglene skape begrensninger i den byggeforventningen som følger av råderetten. Det vil være samfunnsinteresser, hvor strategisk og bærekraftig arealutnyttelse blir, sett opp mot borger sine interesser ved den enkeltes råderett, som særlig står i mot hverandre. Under arealplanleggingen må en finne gode løsninger som ivaretar den enkelte og samfunnet sett i et helhetlig perspektiv.

Hva som ligger i byggeforventningen til den private vil forandre seg etter hva plansituasjon som foreligger. Ved utarbeiding av kommuneplan og reguleringsplan skjer det fra et samfunnsperspektiv hvor kommunen har mulighet til å bestemme hva arealet skal brukes til etter pbl. Legalitetsprinsippet setter skranker for arealplanleggingen ved at loven har positivt oppramset styringsmekanismene kommunen kan bruke. Hensynet til effektivitet, gjennomførbarhet og effektiv kostnadsfordeling gjør seg særlig gjeldende i denne delen av planprosessen. Når det utarbeides planer for et område vil den byggeforventningen eier har forandre seg. Etter hvert som planprosessen skrider frem og det til slutt blir vedtatt en reguleringsplan, vil en samtidig snevre inn byggeforventningen og få frem hva den konkrete byggeforventningen til eieren kan være, i motsetning til den generelle råderetten.

En glir da over i det en kan definere som byggeretten. Dette er et gammelt prinsipp som legger til grunn at søkeren har et rettskrav på å få innvilget søknaden dersom tiltak er i

¹⁰Diskusjonen om hvordan begrepet eiendomsrett nærmere skal forstås er kommentert i Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7 utgave, Oslo 2013 s. 41

samsvar med plan- og bygningslovgivningen.¹¹ Dette er nå hjemlet i § 21-4 første ledd. Legalitetsprinsippet vil da aktualiseres i større grad ettersom borgeren har krav etter en lovfestet hjemmel.

Slik blir byggeforventningen på mange måter snevret inn underveis i planprosessen, mens den samtidig blir mer konkret og går over til en byggerett da forventningen går fra å være en potensiell mulighet til å bli et reelt krav ut i fra reglene i pbl.

Dette kan nyanseres ytterligere. Kommunen har adgang til å legge ned midlertidig bygge- og deleforbud for å stoppe tiltak dersom det anses som nødvendig jf. § 13-1.¹² Formålet med midlertidig byggeforbud er å gi reguleringsmyndighetene tid og anledning til å vurdere den fremtidige arealdisponeringen i området uten å måtte innvilge søknader som ville kunne vanskeliggjøre reguleringsarbeidet.¹³ Konsekvensen av midlertidig forbud er at bygningsmyndigheten ikke plikter å behandle byggesøknaden før forbudet er over og 12-ukersfristen etter § 21-7 blir suspendert. Tiltaket skal vurderes mot gjeldende regulering slik den fremstår etter forbudet. Bygningsmyndighetene kan imens få utarbeidet et hjemmelsgrunnlag for avslaget slik at kommunen kan hindre et byggekrav. Den byggeretten en har etter § 21-4 er ikke så absolutt som det fremstår, da byggeretten igjen kan gjøres om til en byggeforventning ved det midlertidige byggeforbudet.

På hvilket tidspunkt den konkrete byggeretten er vernet fra midlertidige byggeforbud var lenge uklart og er avklart i Rt. 2002 s. 683 (Vassøy canning). Problemstillingen i saken var på hvilket skjæringstidspunkt byggeretten var vernet. Førstvoterende kom til at på bakgrunn av praksis og hensynet til rettsikkerhet ble en gitt byggetillatelse vernet mot senere midlertidig byggeforbud eller omregulering.

Kommunen kan ikke bruke midlertidig byggeforbudet når det er gitt byggetillatelse. Den byggeretten en har etter § 21-4 går over til å bli en vernet byggerett på det tidspunktet en byggetillatelse blir gitt. Legalitetsprinsippet forhindrer da inngrep i den tillatelsen som er gitt.

¹¹ Pedersen, Plan- og bygningsrett del 2, s. 180

¹² Mer om midlertidig forbud mot å gjennomføre tiltak i Pedersen, Plan- og bygningsrett del 2 s. 115-129.

¹³ Pedersen, Plan- og bygningsrett del 2, s. 115.

Byggetillatelsen er gyldig i tre år jf. § 21-9 første ledd, og byggeretten går tilbake til å kunne legges ned forbud mot igjen.

Oppsummert vil glideskalaen forandre seg underveis i plan- og byggeprosessen og aktualisere vernet etter legalitetsprinsippet ulikt. Byggeforventningen forvandles til en byggerett, før det går over til å være en vernet byggerett når en får byggetillatelse. Underveis i plan- og byggeprosessen kan kommunen og tiltakshaver påvirke skalaen ved ulike virkemidler, og bevege seg langs glideskalaen som illustrert ovenfor.

2.2 Den ulovfestede vilkårlæren

Der det ikke fremgår av loven at en kan stille vilkår, er den ulovfestede vilkårlæren et kompetansegrunnlag som kommunen kan legge til grunn for vilkårsstillingen.

Den ulovfestede vilkårlæren er utviklet i rettspraksis (Glacier blue og Drosjesentral) og er betraktet som sikker rett.¹⁴

Den ulovfestede vilkårlæren tillater kommunen, uten spesiell lovhjemmel, å gi tyngende vilkår til begunstigende vedtak som treffes innenfor område for forvaltningens frie skjønn. Vilkårshjemler i lov må ofte tolkes innskrenkende og i tråd med den ulovfestede læren. Selv om loven ved bl.a. rekkefølgebestemmelsene har egne vilkårshjemler, avskjærer ikke hjemlene bruken av den ulovfestede læren som utfyllende regler for lovens egne vilkår i disse tilfellene. Den ulovfestede vilkårlæren er utviklet i rettspraksis nettopp som en ekstra beskyttelse, som følge av et behov for å sikre at vilkårene ikke ble urimelige for borgerne, i tillegg til vernet legalitetsprinsippet oppstiller. Denne beskyttelsen faller ikke bort selv om vilkårsstillelsen er lovhjemlet. Loven kan derimot bidra til å klarere hva borgeren må tåle av inngrep i form av vilkår ettersom det i loven selv ligger en vurdering av forholdsmessigheten sett fra lovgivers side. Vilkårsstillelsen vil bli begrenset av loven dersom loven gir en part krav på et bestemt vedtak når situasjonsbetingelser er oppfylt. Det at vilkårlæren alltid kan

¹⁴ Rt. 1979 s.994, Rt. 1961 s. 297, utdypende om dommene og vilkårlæren som kompetansegrunnlag i Eckhoff, Forvaltningsrett s. 413-414.

være utfyllende selv om loven har egne vilkårshjemler støttes av Gravers vurdering av lovbestemmelser som gir uttrykkelig adgang til å sette vilkår.¹⁵

Den tradisjonelle begrensningen i vilkårlæren er at vilkåret må ha saklig sammenheng med begunstigelsen og vilkåret må ikke være uforholdsmessig tyngende.¹⁶

Med *saklig sammenheng* menes det at det må være relevant og nær tilknytning mellom vilkåret kommunen stiller og vedtaket. I dette ligger det en vurdering av forvaltningens motivasjon for å stille vilkåret, herunder at det ikke er begrunnet i utenforliggende hensyn. I tillegg må det rent objektivt være en saklig sammenheng mellom vilkåret og begunstigelsen. Kommunen kan f.eks. ta hensyn til områdes infrastruktur når en utarbeider reguleringsplaner for område i vekst. Det kan stilles rekkefølgekrav for utarbeiding av gangfelt av hensyn til spaserende som kommer i en utsatt situasjon på grunn av økt bruk av veien. Det kan inngås utbyggingsavtaler der utbygger bidrar økonomisk for å oppfylle rekkefølgekravet, men det kan ikke kreves at utbygger bidrar med tilskudd til nytt kulturhus som følge av veksten.

Videre må vilkåret være *forholdsmessig*. Begrepet forholdsmessig er et samlebegrep for flere vurderinger. Vilket må være egnet til å realisere formålet med vilkåret, vilkåret må være nødvendig for å realisere formålet, og til slutt må fordelene med vilkåret overstige ulempene.

I kravet om at vilkåret må være egnet ligger det en vurdering av om det faktisk, og ut i fra en faglig karakter kan realisere forvaltningens mål med vilkåret. Her kan også verdier søkes beskyttet. En kan f.eks. spørre om et vilkår om passasje med sjøen er egnet til å hindre fortetting i strandsonen, og oppnår målet om å ivareta strandsonen for rekreasjon og fremtidig utnyttelsen.

¹⁵ Videre utdypning og eksemplifisering av hvordan den alminnelige læren påvirker og utdypet forståelsene av lovhjemlene og om lovens begrensninger for adgangen til å sette vilkår finnes i Alminnelig forvaltningsrett pkt. 16.2.

¹⁶ Om grensene for vilkårsstillingen se Eckoff, Forvaltningsrett s. 414 og Graver, Alminnelig forvaltningsrett, s. 259-271, og Karl Harald Søvig (red), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015, særlig kap. 2

At vilkåret ikke må gå ut over det som er *nødvendig* i vedtaket innebærer at vilkåret ikke må være større eller strengere enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med vilkåret.¹⁷ Dersom det mangler gangfelt på en skolestrekning kan det stilles vilkår om utbygging av gangfelt for å sikre at skolebarnene kommer seg trygt frem, men det må vurderes om barna kan ha kombinert gang- og sykkelvei eller om det er nødvendig med eget sykkelfelt i tillegg til gangveien. Vurderingen av om målet er egnet til å realisere formålet vil i en del tilfeller kunne slås sammen med kravet om nødvendighet ettersom dette er to temaer som glir over hverandre. Likevel har temaene separat verdi der en f.eks. ser at å bygge rundkjøring ved et nytt kjøpesenter kan avlaste trafikken (formålsmessig), men det er kanskje ikke så mange nye trafikanter at det er nødvendig. Dersom vilkåret ikke er egnet til å oppnå formålet er heller ikke vilkåret nødvendig og omvendt.

I tillegg må vilkåret ikke være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd. Dette er ofte omtalt som at vilkåret må være *proporsjonalt* med tiltaket. I dette ligger det at fordelene med vilkåret må overstige ulempene med vilkåret. Det må foretas en avveining mellom mål og middel og det er dette som ofte er omtalt som den egentlige proporsjonalitetsvurderingen, sammenlignet med de to andre momentene om saklighet og nødvendighet.¹⁸ Forholdsmessighetsterminologien ble først gang brukt av Høyesterett i Rt 2003 s. 764 (Løvenskiold-dommen).¹⁹ I dommen prøvde Høyesterett et vilkår om å bygge og bekoste en ny gang- og sykkelvei for utbygger i forbindelse med at kommunen gav dispensasjon fra reguleringsplanen og byggetillatelse. Løvenskiold-dommen fra 2002 har overføringsverdi til dagens situasjon da rettsstillingen er i det vesentlige overført til den nye loven av 2008.

Et samtykke kan reparere et ubalansert vilkår jf. Rt 1964 s. 209 (Mimmi Halvorsen). Det er en forutsetning for en slik reparerende effekt at vilkåret må ha vært villet, og at vedkommende

¹⁷ Graver, Alminnelig forvaltningsrett s. 128

¹⁸ Utdypning om Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten, kapittel 2 av Bernt, Graver Alminnelig forvaltningsrett, kap 7, og Jan Fridtjof Bernt og Ørnulf Rasmussen «*Frihagens forvaltningsrett, bind 1*» 2 utgave, Oslo 2010, pkt 3.8.4.

¹⁹ Se Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten s. 119.

ikke er i rettsvillfarelse. Det at samtykke kan reparere mangelen ved vilkåret er tradisjonelt knyttet til forholdsmessighetsvurderingen. Forvaltningen vil lettere kunne stille vilkår når søker samtykker til vilkårene etter forhandlinger, enn der det utvises passivitet fra den private parts side. I pbl. må vilkårsstillelser leses i lys av kommunen som premissleverandør i planprosessen. En kan bli presset til å samtykke til vilkår som ikke har tilstrekkelig sammenheng, er nødvendig eller er urimelig tyngende for å få gjennomført det tiltaket en ønsker. Legalitetsprinsippet aktualiseres ikke her dersom tiltakshaver samtykker til strengere vilkår. Realiteten av samtykket må tillegges vekt i vurderingen av om samtykket som moment i forholdsmessighetsvurderingen. En side av dette er at en ikke skal kunne kjøpe seg til reguleringsplaner eller dispensasjoner som en ikke ville fått ellers ved å akseptere tyngende vilkår. Pbl. og vilkårsstillelsen skal sikre likhet for alle, og er et hensyn som må vektlegges i vurderingen av skrankene etter pbl.

Momentene som er presentert vil gli over hverandre og det understrekes alt her at det er en sammenheng mellom de ulike vurderingene. En kan sammenligne, slik Østenstad gjør i sin artikkel om ”Vilkårslæra sitt forholdsmessighetskrav”, momentene med russiske bestemordukker.²⁰ Saklig sammenheng går da inn i egenhet, som går inn i nødvendighetskravet, som igjen inngår i den større interessevurderingen om at fordelene må overstige ulempene. Med andre ord: dersom et tiltak ikke er egnet, er det heller ikke nødvendig, og er det ikke nødvendig overstiger heller ikke fordelene ulempene.

Kommunen kan i utgangspunktet ikke sette vilkår som utelukkende skaffer kommunen eller staten økonomiske fordeler uten særskilt hjemmel.²¹ Det kan heller ikke stilles krav om økonomiske bidrag utover den opparbeidingsplikten som følger av pbl. §18 flg. Likevel kan kommunen, særlig når de gjelder større bygge og anleggstiltak, sette vilkår som gjør at de heller ikke får økonomiske utgifter i forbindelse med tiltaket. Kommunens ansvar kan da vippe til en viss grad over på den private selv om tiltaket, f.eks infrastruktur, i utgangspunktet er kommunens ansvar. Kravet må også i disse tilfellene må være at vilkåret er

²⁰ Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten s. 113.

²¹ Echhoff, Forvaltningsrett s. 415

saklig, nødvendig og proporsjonalt for at kommunen skal kunne tilegne seg en økonomisk fordel.

Del III

4 Skrankene for vilkårstillelse ved rekkefølgekrav i arealplanen

4.1 Innledning

Spørsmålet i det videre er hvilke rettslige skranker rekkefølgebestemmelsen setter for vilkårstillelsen under arealplanen.

Kommunen kan uavhengig av arealformål vedta bestemmelser til kommuneplanens arealdel, jf. § 11-9 nr. 4 jf. § 11-5 fjerde ledd. Vilkårstillelsen leses i lys av at det foreligger en moderat byggeforventning. Selv om tiltakshaver har eiendomsrett vil kommunen ha vid adgang til endre arealbruken og sette rådighetsbegrensninger på eiendommen i tråd med de styringsmekanismene loven oppstiller. Dette tilsier at hensynene tilknyttet samfunnsinteressen om gjennomførbarhet og effektivitet vil tillegges større vekt enn hensynene tilknyttet borgerinteressen ved drøftelsen av vilkårene under arealplanen.

Når en vurderer vilkårstillelsen opp mot rekkefølgekrav under arealplanen, er det viktig at hensikten med arealplanen tas med i vurderingen. Arealplanen skal være en overordnet og grovmasket plan, noe som får betydning for hvordan vilkårslæren anvendes. Hensikten med planen underbygges av de hierarkiske beslutningsnivåene som fremgår av loven. Reglene om planleggingen av kommuneplanen stiller krav, gir rammer og setter forventninger til planarbeidet om skal gjøres etter arealplanen er vedtatt. Den grovmaskete karakteren synliggjøres ved at kommunen ikke kan eksproprieres direkte etter arealplanen.

4.2 Saklighet

Det første spørsmålet blir hva som er et saklig, herunder relevant, rekkefølgekrav etter arealplanen, som skaper tilstrekkelig nær tilknytning mellom rekkefølgekravet kommunen stiller og arealplanen.

For å definere hvilke vilkår som er saklige må en tolke ordlyden i § 11-9 nr. 4, og se om bestemmelsen oppstiller begrensinger til rekkefølgekravene.

Det kan stilles «rekkefølgekrav for å sikre etablering av samfunnsservice, teknisk infrastruktur og grønnstruktur før området tas i bruk». Videre kan det bestemmes «tidspunktet for når områder kan tas i bruk til bygge- og anleggsformål», og i den anledning kan det bestemmes «rekkefølgen på utbyggingen» jf. § 11-9 nr. 4.

Den naturlige språkforståelsen av «sikre» tilsier at kommunen kan kreve at samfunnsservice, teknisk infrastruktur og grønnstruktur skal være på plass før området tas i bruk. Ordlyden sier ikke noe om hvem som skal skaffe til veie disse tingene, bare hva som skal være på plass. Dette tilsier at det ikke kreves at kommunen selv sørger for at dette er på plass. Det er «etableringen» av tiltakene før området tas i bruk som skal sikres. Ordet «etablering» tilsier at tiltaket må iverksettes eller startes. Loven legger ikke opp til at tiltaket nødvendigvis må være på plass og fullført før det er «sikre[t]». Videre skal tiltakene etableres før «området tas i bruk». Hva som ligger i denne språkforståelsen kan være uklart. Før noe «tas i bruk» kan henspille til ulike tidspunkt. Det kan både være tidspunktet for oppstart, f.eks. når den første spaden settes i jorden, men det kan også være når det ferdige produktet tas i bruk f.eks. når en skole er ferdig og elevene flytter inn. Ordlyden skaper usikkerhet om hvor mye og på hvilket tidspunkt tiltaket skal være iverksatt og etablert.

Ordlyden «samfunnsservice» tilsier at det må være tiltak som tjener en større gruppe borgere. Språkforståelsen omfavner skoler, barnehager, sykehus, veier, eldrehjem osv. «Teknisk infrastruktur» forstås som den strukturen som trengs for å få samfunnet til å fungere. Dette kan være veier, flyplasser, havner, jernbaner, kraftforsyning, telekommunikasjonsmidler, bygg, vann- og avløpsnett og avfallshåndtering. En kan avgrense «samfunnsservice» opp mot «teknisk infrastruktur» ved at veier og annen infrastruktur naturlig heller hører under infrastrukturbegrepet. Ordlyden av «grønnstruktur» tilsier at det må være naturrelaterte områder.

Hver for seg og, til samens, ser en at begrepenes ordlyd kan tolkes veldig vidt. Ordlyden av bestemmelsen setter ikke noen store begrensningene på hva som er saklige vilkår etter loven.

Hvilke slutninger en kan trekke ut av ordlyden må leses i lys med resten av loven.

For det første kan ikke rekkefølgekravet være i strid med reguleringsmessige krav ellers i loven.²² Dersom det skal være adgang til å fravike andre lovbestemmelser må dette komme uttrykkelig frem, det gjør det ikke ved rekkefølgekrav, jf. lex superior-prinsippet. Dette stemmer overens med vilkårstillingens funksjon, nemlig å kunne presisere og detaljregulere i større grad, og ikke endre det som fremgår av loven. Eksempelvis kan det ikke oppstilles rekkefølgekrav som forhindrer tilstrekkelig adkomst til eiendommen etter § 27-4.

I tillegg må begrepene og ordlyden leses opp mot formålsparagrafen jf. pbl § 1-1 jf. § 3-1. Formålsparagrafen og utdypingen i § 3-1 er ikke uttømmende.²³ Bestemmelsen er vid og viser til hvilke overordnede hensyn som skal tas i planprosessen. Bestemmelsen vil sjeldent begrense hva som er saklige rekkefølgekrav, ettersom en stort sett alltid klarer å knytte rekkefølgekravet inn under hensynene i formålsparagrafen. Rekkefølgekravet er og saklig dersom det enten fremmer arealformålet som er satt, avverger skadevirkninger eller fremmer en ellers god utvikling av planen.

Geografiske forhold kan avgrense hva som er saklig. Det kan f.eks. oppstilles rekkefølgekrav om at boligfelt ikke kan bygges ut før det er opparbeidet gangsti over en bestemt strekning. Gangstien trenger ikke å ligge innenfor utbyggingsområdet, men den må ha reguleringsmessig tilknytning til byggeområdet, slik at det er saklig grunn til å stanse utbyggingen i påvente av tiltaket.²⁴ Slik vil saklighetskravet kunne gi adgang til å knytte rekkefølgebestemmelser ut over området som blir regulert.

Ettersom en befinner seg på et overordnet nivå kan det som er en naturlig sammenheng mellom vilkår og vedtak, tolkes videre enn dersom en befinner seg på detaljnivå. Dette fordi en ikke har mange detaljer å forholde seg til, og hensynet til overordnet planlegging tilsier at en ikke skal avgrense kommunens adgang til å stille vilkår. Da går det stort sett alltid an å begrunne tilknytning og sammenheng mellom rekkefølgekravet og arealplanen. Et tenkt eksempel kan være der et større område skal bygges ut. Det trengs betydelig infrastruktur i

²² Pedersen mfl. *Plan og bygningsrett, del 1, 2* utgave, Oslo 2010 s. 309

²³ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s.170

²⁴ Pedersen, *Plan og bygningsrett, del 2* s. 250

området og kommunen vurdere det slik at det er behov for mye ny vei. Som følge setter kommunen som rekkefølgekrav at det skal bygges firefeltsvei. Rekkefølgekravet vil være saklig ettersom bygging av firefeltsvei har sammenheng med forbedringen av infrastrukturen, og vil derfor være formålstjenelig. Om det derimot er nødvendig er en annen vurdering som en skal diskutere i neste punkt.

4.3 Nødvendighet

Spørsmålet er hva som er et nødvendig rekkefølgekrav etter arealplanen.

Hva som er nødvendig vil ha sammenheng med hva planen skaper av behov. Det enkelte rekkefølgekravet må ikke være større enn det som er nødvendig ut i fra formålet med planen. I vurderingen av om et krav er nødvendig er det både krav til vilkårets presisjon, slik at en kan vurdere om vilkåret oppnår formålet med planen, i tillegg til en vurdering av konsekvensene av vilkåret som må foretas. Unødvendige vilkår kan hindre gjennomføringen av planen. Samfunnsinteressen av å lage gjennomførbare planer vil være et viktig hensyn ved grensedragningen for nødvendighetskravet. Dette vil variere i stor grad fra kommune til kommune og utbyggingsprosjekt til utbyggingsprosjekt.

Rekkefølgekravene blir juridisk bindende for etterfølgende regulering og byggesøknader jf. §§ 11-6 og 12-4. Da bør rekkefølgekravene være så konkret og entydig som mulig, slik at kommunen er bevisst på hvilke rådighetsbegrensninger og krav de oppstiller ved bestemmelsen, noe som sikrer forutberegnelighet for utbygger. Videre bør målsetningen komme frem, noe en også kan knytte opp til kravet om at bestemmelsen skal være saklig. I konkretiseringen bør bestemmelsens omfang, lokalisering og forbudsvirkning fremgå. Dersom en oppstiller et rekkefølgekrav om utbygging av infrastruktur bør en vise hvor mye og hvor stor vei som er tenkt, hvor den skal ligge og hvor mye område som ikke kan brukes som følge av veikravet. Departementet har i veilederen illustrert hvordan en kan konkretisere en plan ved å «vise til forhold som kan kvantifiseres eller dokumenteres, slik at de har et eget faktisk og rettslig innhold.» Det presiseres at «skjønnsmomenter og vurderingstema, henvisning til uttalelser fra sektororganer. Vurderinger eller avklaringer som senere skal

foretas av andre organ eller kommunale organ» bør ikke brukes.²⁵ En bevissthet rundt innholdet i bestemmelsene vil skape klarere vilkår med mer konkret innhold. Dette gir grunnlag for å vurdere om rekkefølgekravet er nødvendig eller ikke. Spørsmålet blir om det er behov for denne klareringen allerede i kommuneplanen, eller om dette begrenser utbygger i så stor grad at det heller bør gjøres under etterfølgende detaljregulering.

På den ene siden kan en argumentere for at det er fordelaktig at en på tidligst mulig tidspunkt setter opp rekkefølgekrav som får frem hvilken retning en ønsker å ta planene, noe som skaper større forutsigbarhet for potensielle tiltakshavere. Det som er vanskelig er å vurdere hva som er nødvendig på et tidlig tidspunkt i planprosessen.

Ta eksemplet ovenfor med firfeltvei. Hvor stor veien må være avhenger av andre prosjekter som må detaljreguleres. Ved å sette rekkefølgekrav tidlig i planprosessen har en ikke tilstrekkelig informasjon til å foreta konkrete vurderinger om veivalget. Det er ikke sikkert behovet tilsier så stor vei. Selv om rekkefølgekravet er saklig er det ikke sikkert det er nødvendig ettersom nødvendighetskravet bør stille strengere begrensninger under arealplanen en saklighetskravet.

Intensjonen med å ha overordnede arealplanen er viktig. Det følger av § 11-5 at arealplanen

«skal angi **hovedtrekkene** i arealdisponeringen og rammer og betingelser for hvilke nye tiltak og ny arealbruk som kan settes i verk, samt hvilke viktige hensyn som må ivaretas ved disponeringen av arealene» (min utheving).

Forutsetningen i ordlyden er at en skal foreta en grovmasket arealplanlegging. Dette blir underbygget i lovens system der en kan detaljere arealplanen, lage områderegulering og detaljregulering. En kan også sette krav om reguleringsplan i områder en ser det er behov for dette. Dette tilsier at kommunen på overordnet nivå bør holde seg til et mer grovmasket nivå, og bruke midlene en har senere i planprosessen til å detaljere planene.

²⁵ Veileder kommuneplan T-1491, pkt 3.1.4.1

Av pbl. § 3-1 tredje ledd fremgår det at «[p]lanleggingen skal bygge på økonomiske og andre ressursmessige forutsetninger for gjennomføring og ikke være mer omfattende enn nødvendig.».

Ordlyden støtter de som er sagt ovenfor ettersom formålet tilsier at en ikke skal detaljere mer enn det er behov for. Dette har bakgrunn i hensynet til effektivitet i forvaltningen.

Rekkefølgekrav kan øke antall konflikter og svekke muligheten for å få fram hovedprioriteringer, langsiktige strategier og eventuelle utvalg av nødvendige og mer kortsiktige endrings- og gjennomføringsbehov ettersom kravene kan legge store føringer på utbyggingen. Dersom en lager for detaljerte overordnede planer kan det hindre utviklingen av detaljplaner, fordi en må ta hensyn til det som ble bestemt tidligere, men som ikke nødvendigvis stemmer når en skal lage detaljerte planer. Det er en fordel å bevare fleksibiliteten i detaljreguleringen. Særlig da detaljeringsgraden og bestemmelsene som fastsettes, har stor betydning for hva kommunen kan styre i senere enkeltsaker og hvor lang tid avklaring av byggesaker vil ta. Det er derfor grunn til å vurdere nøye hva som bør tas inn i kommuneplanen eller ventes med til senere faser. Kommunen kan som virkemiddel bruke kommunal planstrategi som et grunnlag for å vurdere behovet for detaljering av sin kommuneplan, herunder behovet for rekkefølgekrav. Dette støttes av departementet i veilederen til arealplanen.²⁶

Kravet til nødvendighet bør tolkes strengt i arealplanen ettersom en stiller rådighetsbegrensninger som påvirker etterfølgende planlegging, og en har mulighet for å foreta nødvendighetsvurderingen på bedre grunnlag under detaljreguleringen. Dette støttes av intensjonen bak planen som er at den skal være overordnet, og dette sikrer igjen et effektivt system ved å skape fleksibilitet i de senere planprosessene.

4.4 Proporsjonalitetsvurdering

Det tredje spørsmålet er hva som er et proporsjonalt rekkefølgekrav etter arealplanen.

²⁶ Kapittel 1.2.5 Detaljering

I dette ligger at rekkefølgekravet ikke må være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd.²⁷

Om firefeltsveien omtalt ovenfor er proporsjonal må vurderes ut i fra den informasjonen en har i den konkrete situasjonen og konteksten vilkåret treffes i. Det vil være et spørsmål om styrken og karakteren som vilkåret har overfor borgeren, både positivt og negativt. I denne interessevurderingen må en igjen ta i betraktning planens intensjon om å være overordnet.

Om det er balanse mellom kravet kan være vanskelig å vurdere på et tidlig stadium, ettersom en ikke har nøyaktig informasjon om hvordan området blir seende ut og hvilke begrensninger eller føringer som kommer, da dette blir lagt til grunn på senere tidspunkt. Dette viser at den konkrete byggeforventning ikke er høy på dette tidspunktet.

Proporsjonalitetskravet kan eksemplifiseres ved at det under reguleringsplanarbeidet oppdages at terrenget ikke er gunstig for en firefeltsvei og kostnaden kommer til å bli høyere enn antatt. Fordelen med rekkefølgekravet var å sikre veien, men kostnaden blir så høy at utbygger ikke tør å risikere utbyggingen med påheftet rekkefølgekrav, og ulempen blir at tiltaket ikke realiseres. Planen blir følgelig ikke gjennomført som følge av vilkåret. Hadde en derimot stilt kravet i reguleringsplanen ville en kunne vurdert balansen i større grad.

Kommunen har større forutsetninger for å foreta en interesseavveining mellom om det er verdi i å bygge prosjektet viss det går på bekostning av veien, eller om det ikke kan godtas mindre vei og en bør lage ny plan for området. Reglene om konsekvensutredning underbygger synspunktet, ettersom en må konsekvensutrede i reguleringsplanen for å vurdere om en trenger tiltak som avdemper ulemper ved tiltaket, men det må en ikke på overordnet plannivå.

På grunn av planens overordnede karakter bør en være forsiktig med å oppstille tyngende rekkefølgekrav ettersom det kan være vanskelig å foreta en grundig vurdering av hvilke interesser som kan komme i konflikt, og om planen kan gjennomføres med de tyngende rekkefølgekravene.

²⁷ Graver, Alminnelig forvaltningsrett s. 129

5 Skrankene for vilkårstillelse ved rekkefølgekrav i reguleringsplanen

5.1 Innledning

Spørsmålet er hvilke rettslige skranker reguleringsplanen med bestemmelser setter for vilkårstillelsen.

Bestemmelsen i § 12-7 nr. 10 gir kommunen adgang til å stille rekkefølgekrav. Bestemmelsen skiller seg noe fra tilsvarende bestemmelse i arealplanen i § 11-9 nr. 4. På dette tidspunktet er byggeforventingen konkretisert i større grad enn ovenfor, ettersom det foreligger en kommuneplan som spisser byggeforventingen. Likevel er ikke planprosessen kommet så langt at det foreligger en byggerett som aktualiserer legalitetsprinsippets vern overfor borgeren. Ettersom det ikke foreligger en vernet byggerett her, vil lovtolkningen og effektivitet- og gjennomførbarhetshensyn bli viktige i vurderingen om rekkefølgekravet som oppstilles er innenfor kommunes materielle skranker.

5.2 Saklighet

Det første spørsmålet blir hva som er et saklig rekkefølgekrav som skaper tilstrekkelig sammenheng mellom reguleringsplanen og vilkåret.

Det følger av § 12-7 nr. 10 at kommunen kan stille rekkefølgekrav til gjennomføringen av «tiltak etter planen». Ordlyden er ikke praktisert slik at den hindrer kommunen i å knytte bestemmelser til planen som vil påvirke områder utenfor planområdet. Dette er uttrykkelig presisert i § 12-7 nr. 2 og nr. 3. Formålet med rekkefølgekravet må etter dette være å få gjennomført tiltakene i planen.

Videre ser en at § 12-7 nr. 10 ramser opp i mer detaljert grad hvilke tiltak som må være på plass før utbyggingen av området kan finne sted enn § 11-9 nr. 4. Dette kan bidra til å klarere hva som ligger i vilkårene, og snevre yterammene for hva som kan være saklig. Av forarbeidene følger det derimot at «slik bestemmelsen nå formuleres, vil den være

uttømmende. Imidlertid er ordlyden formulert så vidt at den vil kunne dekke alle relevante forhold». ²⁸ Forarbeidene forstås slik at adgangen til å stille vilkår om rekkefølgekrav skal leses som en eksemplifisering av hva som er saklige krav og vil svekke klareringen av hva som saklig.

Videre står det i forarbeidene under § 12-7 nr. 10 at bestemmelsen tilsvarer § 11-10 nr. 1 til kommuneplanens arealdel. Henvisningen fremstår som en skrivefeil, ettersom § 11-10 nr. 1 regulerer at mindre utbyggingstiltak ikke krever ytterligere plan på visse vilkår. Det er mulig at dette skulle være en henvisning til arealdelens forarbeider om rekkefølgekrav, men det er uvisst. Ellers er det bare en kort henvisning til at bestemmelsen viderefører tidligere regel om rekkefølgekrav. Lovens sammenheng ville i større grad blitt ivaretatt dersom bestemmelsene skulle forstås likt da § 12-7 nr. 10 i realiteten skiller seg lite fra § 11-9 nr. 4.

Hva som ligger i saklighetskravet til reguleringsplanen vil ha store likhetstrekk med hva som er saklig i arealplanen. Ettersom reguleringsplanens intensjon er å være mer detaljert tilsier dette at en kan stille strengere krav til hva som er et saklig rekkefølgekrav, ettersom en har mer informasjon å vurdere kravet ut i fra. Dette henger sammen med at reguleringsplanen er et hjelpemiddel som skal sikre gjennomføringen av planen, og en må legge vekt på hva som er saklig ut i fra det konkrete behovet planen skaper, ikke hva som er ønskelig ut i fra et mer overordnet perspektiv. Slik bør skrankene for saklighetskravet tolkes strengere under reguleringsplanen en under arealplanen.

5.3 Nødvendighet

Spørsmålet er hva som er et nødvendig rekkefølgekrav i reguleringsplanen.

Den største forskjellen i bruken av rekkefølgebestemmelser mellom arealplanen og reguleringsplanen er begrensningen som kan leses ut av ekspropriasjonsadgangen, som reguleringsplanen åpner opp for etter § 16-2 første ledd. Her er det oppstilt en frist på 10 år for å foreta ekspropriasjonen, hvis ikke faller ekspropriasjonsadgangen vekk. En kan ikke

²⁸ Ot.prp nr. 32 (2007-2008) s. 232

ekspropriere etter kommuneplanen. Her beveger en seg bortover glideskalaen der byggeforventning øker i reguleringsplanen ved at lovgiver oppstiller rettigheter for borgeren dersom det gjøres inngrep i eiendomsretten i reguleringsplanen. Hensynet til borgerens interesser kan vektlegges i større grad enn ved kommuneplanen.

Ved bruken av rekkefølgebestemmelser i reguleringsplaner må det faktisk og rettslig være holdepunkter for det krav som stilles blir gjennomført innen rimelig tid, hvis ikke er det ikke behov for kravet i planen. Hvis ikke ville adgangen til å stille rekkefølgekrav kunne brukes som et skjult utbyggingsforbud. Noe som ville vært misbruk av systemet ettersom kommunen kan regulere området til ikke-bruk ved andre lovlige midler. Et rimelig tid krav er gunstig ettersom en unngår omgåelse av loven, og det er i tråd med den detaljeringsgrad som er meningen å stille til reguleringsplanen og ikke arealplanen. En slik rimelig tid frist argumenterer departementet for i veilederen til reguleringsplanen.²⁹

Kravet vil bidra i vurderingen av om vilkåret er nødvendig. Dersom en ikke kan synliggjøre at det er holdepunkter for å gjennomføre vilkåret innen ti år, vil konsekvensen være at vilkåret ikke anses som nødvendig i planen.

I Løvenskjold-dommen fastslo Høyesterett at det var nødvendig med gangsti hvor Løvenskiold bygget ut. Hvordan trafikken gikk, hvor stor belastning det var på veien, hvilken aldersgruppe som skulle brukt veien osv. er alle momenter Høyesterett trakk inn i vurderingen om det var behov for veien, og kan brukes som momenter i andre nødvendighetsvurderinger.

Et annet viktig punkt i vurderingen av nødvendighet, er om kommunen kunne valgt mindre inngripende måter å oppnå det en ønsker med rekkefølgekravet. Kommunen stiller f.eks så tunge rekkefølgekrav at området i realiteten blir et byggeforbud. Dersom det er andre måter kommunen kan oppnå en ikke-bruk av området, f.eks. gjennom midlertidige forbud eller en endring av arealformålene, bør dette velges i stede. Da vil arealet kunne utnyttes senere eller innløses, noe som vil være mindre inngripende for borgeren og gi bedre rettigheter, enn strenge rekkefølgekrav som ikke kan oppfylles. Kommunen skal legge til rette for utbygging der det er ønskelig, og må i den forbindelse gjøres oppmerksom på hva eventuelle følger et rekkefølgekrav kan få. Særlig der kravet tar livet av økonomien i et prosjekt.

²⁹ Veileder T-1490 s. 61

5.4 Proporsjonalitetsvurdering

Spørsmålet er hva som er et proporsjonalt rekkefølgekrav i en reguleringsplan.

Ordlyden i loven oppstiller ikke et krav til proporsjonalitet. Kravet leses ut av det alminnelige kravet i ulovfestede vilkårslæren. Proporsjonalitetskravet vil måtte vurderes i en objektiv målestokk ut i fra samfunnsinteressen ettersom det ikke foreligger en byggerett som er vernet etter legalitetsprinsippet. Om rekkefølgekravet er proporsjonalt må vurderes etter en interesseavveining.

I Løvenskiold-dommen uttalte Høyesterett at «selv om en reguleringsplan ikke gir bestemmelser om økonomisk ansvar, peker et slikt rekkefølgevilkår på at utbygger – dersom han ikke oppgir sine planer – også blir sittende med det økonomiske ansvar med mindre det overtas av noen andre.»³⁰

Ut i fra denne uttalelsen kan det synes som at Høyesterett legger til grunn en presumsjon om at utbygger skal koste rekkefølgekravet selv. Dette kan tilsi at det økonomiske forholdet i planen ikke skal inngå i en forholdsmessighetsvurdering. Dette henger sammen med at utbygger ikke har en plikt til å realisere prosjektet. Likevel er det ofte alt investert mye penger i et prosjekt, og en slik presumsjon kan kritiseres ut i fra hensynet kommunen har til og tilrettelegge for utbygging der det er i flere sin interesse, og hensynet til å lage gjennomførbare planer. Dette tilsier at økonomien i prosjektet bør vurderes som et moment i interesseavveiningen.

Et problem ved rekkefølgekrav er hvem som eventuelt skal bestride et slikt krav og på hvilket tidspunkt. Signalene om hvilke rekkefølgekrav som vil bli satt kommer alt etter oppstartsmøtet. Tiltakshaver må forhandle med kommunen om hvilke rekkefølgekrav som blir satt tidlig. Her vil både faktorer som hvilken kommune, hvor attraktiv utbyggingen er for kommunen, hvor mange utbyggere som er interessert i området, kommunens økonomi og mange andre forhold komme inn under forhandlingene. Hvilke krav som endelig blir satt kan

³⁰ Avsnitt 79

den som fremlegger en reguleringsplan være med å påvirke i ulike grad. Dette kan fremstå som noe vilkårlig. Der et rekkefølgekrav blir satt, kan en se at utbygger ofte ikke har tid til å bestride et eventuelt krav i retten og må gjennomføre tiltaket med påheftet vilkår.

Vurderingen av om rekkefølgekravet er proporsjonalt er kanskje den vurderingen som er vanskeligst å foreta. Det er mange ulike hensyn, verdier og interesser som gjør seg gjeldende, både fra et samfunns- og borgers perspektiv. Det viktigste er at det må være balanse mellom rekkefølgekravet og det som søkes oppnådd. Det blir viktig å foreta en veloverveid interessevurdering, hvor hensynet til effektivitet og gjennomførbarhet står særlig sterkt sett opp mot borgerens byggeforventning.

6 Skrankene for vilkårstillelse ved dispensasjonsvedtak

6.1 Innledning

Spørsmålet videre er hvilke rettslige skranker dispensasjonshjemmelen setter for vilkårstillelsen.

I § 19-1 kommer det eksplisitt frem at det «kan settes vilkår for dispensasjon».

Vilkårstillelsen må ses i lys av at en ikke har et byggekrav, og tiltakshaver søker om å få lov til å bygge i *strid* med planen. Situasjonen er vesentlig annerledes en ved vilkårstillelse i planarbeidet og under byggesak, hvor byggeforventningen og byggeretten er til stede. På bakgrunn av dette er det rimelig å kunne stille vilkår i dispensasjonssaker ut i fra hensynet til å begrense skade der et område i planprosessen er vurdert nettopp slik at tiltak ikke skal kunne føres opp lovlig.

I en uttalelse fra sivilombudsmannen ser en at legalitetsprinsippet gjelder ved styrke også i dispensasjonstilfeller ettersom et tyngende vilkår ble kjent ugyldig da det ikke ble ansett å foreligge rettslig grunnlag for vilkåret.³¹ Saken var at en rivningssøknad ble rammet av en bestemmelse om et plankrav, og det ble gitt dispensasjon for plankravet med påheftet vilkår.

³¹ Sak 2012/1175

Det ble deretter spørsmål om det faktisk forelå plankrav som det var hjemmel til å disponere fra. Dette ble svart benektende av sivilombudsmannen og fylkesmannen slik at hjemmelen for vilkåret falt bort. Det var heller ikke annet rettsgrunnlag vilkåret kunne knyttes til. Følgelig hadde ikke vilkåret hjemmel og ble i lys av legalitetsprinsippet kjent ugyldig av fylkesmannen.

Dersom en kan redusere ulempen ved å gi dispensasjon med vilkår, tilsier dette at en kan stille vilkår, men en må lese vilkårsstillingen i lys av behovet for reduksjonen. Et eksempel på dette er hvor en sjølinje vil fremstå som privatisert etter tiltak ved dispensasjon. Dersom kommunen gir dispensasjon, med vilkår om oppføring av skilt som uttrykker at området ikke er privatisert, reduserer kommunen ulempen ved å tillate tiltaket. Dette tilsier at vilkåret er innenfor hjemmelens skranker.

I følge forarbeidene har «bestemmelsen samme innhold som uskreven, alminnelig forvaltningsrett (vilkårslæren)».³²

Her er det en direkte henvisning til vilkårslæren. Henvisningen viser at vilkårsstillelse etter loven, og de ulovfestede kravene etter vilkårslæren, har samme vurderingstema. En slik bevissthet rundt kravene vilkårslæren oppstiller, finner en ikke ved vilkårsstillingen ved rekkefølgebestemmelsene. Dette har nok en sammenheng med at byggeforventningen for den enkelte ikke er like sterk ved utarbeidelsen av kommuneplanen og reguleringsplanen, og generelle samfunnshensyn kommer inn i stede for den individuelle proporsjonalitetsvurderingen.

6.2 Saklighet

Det første spørsmålet blir hva som er et saklig vilkår å stille i dispensasjonsvedtak.

Det følger av § 19-2, andre ledd at «Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt»

³²Ot.prp nr.32 (2007-2008) s. 242

I denne ordlyden kan det innfortolkes et saklighetskrav, ettersom en ikke kan gi dispensasjon der en ser at dispensasjonen ikke har tilstrekkelig sammenheng med hensynene bak bestemmelsen eller formålsbestemmelsen. Av forarbeidene fremgår det at «vurderingen av om lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene.»³³

Saklighetskravet som følger av lovbestemmelsen kan da føres domstolskontroll med. At kravet er lovhjemmelet kan tyde på at lovgiver tillegger saklighetskravet større vekt og verdi en hvor det kommer av den ulovfestede læren alene, ettersom lovhjemmelen har større rettskildemessig verdi. Dette tilsier at terskelen for å overprøve saklighetskravet kan være lavere i forhold til der saklighetskravet bare kommer fra et ulovfestede grunnlag.

Det er naturlig å vurdere sammenheng mellom vilkåret og dispensasjonen ut fra hva det er søkt om og hvilke vilkår som settes. Dette bør ikke knytte seg til andre forhold enn selve dispensasjonen. Dersom en f.eks. gir dispensasjon til å bygge høyere en det som fremgår av reguleringsplanen, skal det mye til for at et vilkår om å tilrettelegge for passasje har saklig sammenheng med dispensasjonen. Dersom en derimot får dispensasjon for å bygge en annen plass på tomten, kan det være naturlig sammenheng mellom å tilrettelegge for passasje dersom tidligere passasje blir brutt som følge av ny plassering.

Sivilombudsmannen kommenterer kravet til saklighet i en sak (flaggsaken) der spørsmålet var lovligheten av vilkår for dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen og kommuneplanens arealdel.³⁴ Vurderingen knyttet seg her til § 7 etter pbl fra 1985. Uttalelsen er fremdeles relevant, da adgangen til vilkårsstilling etter § 7 er videreført i ny lov.

Sivilombudsmannens oppstiller krav om tilstrekkelig sammenheng i likhet med det som er presentert ovenfor. Han uttaler følgende: «Klarest vil sammenhengen normalt være når vilkåret er knyttet direkte til det tiltaket dispensasjonen gjelder. Vilkår må imidlertid også kunne knyttes til andre tiltak, dersom det er en naturlig sammenheng mellom dem. Geografisk nærhet vil her være et relevant moment, men også for eksempel nærhet i funksjon, dvs. om

³³ Ot.prp nr.32 (2007-2008) s. 242

³⁴ Sak 2007/1084

tiltakene tjener samme formål eller dekker de samme behovene. Normalt må det kreves at vilkårene er egnet til å påvirke de samme hensynene som bærer den bestemmelsen det dispenseres fra.»

Uttalelsen samsvarer med vurderingstemaet som oppstilles til saklighetskravet i § 17-3, mer om dette under pkt. 7.2. En kan da ved induksjon trekke en parallell mellom uttalelsen på ulovfestede område og hvor det er kodifisert av lovgiver, og legge til grunn uttalelsen som en generell norm for saklighet i alle tilfeller der en vurderer saklighet. I uttalelsen er det da flere momenter i vurderingen av saklighet en kan bruke uavhengig av hvilken sak det gjelder.

I Løvenskiold-dommen ble det diskutert om vilkåret om ny gang- og sykkelvei lovlig kunne knyttes til dispensasjonen.

Løvenskiold hevdet at vilkåret ikke var saklig da det ikke knyttet seg til forhold som dispensasjonen fra reguleringsplanen gjaldt. Det var enighet om at løsningen som lå til grunn for opprinnelig reguleringsplan om gangvei ikke kunne la seg realisere som følge av tidligere planfeil.³⁵

Begrunnelsen for vilkåret var at både den regulerte og eksisterende gang- og sykkelveien forsvant ved dispensasjonen. Formålet med vilkåret var å sikre ny gang- og sykkelvei.³⁶ Av § 2 i pbl. fra 1985 var lovens formål å «legge til rette for at arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig gavn for den enkelte og samfunnet.» Etableringen av gang- og sykkelvei ville fremme sikkerheten for alle som skulle bevege seg i området, og ble fordelaktig for de enkelte og samfunnet, og lå innenfor lovens formål. Av dette kan en trekke ut at Høyesterett vektlegger formålet med vilkåret i dispensasjonstilfeller og formålet setter da skranker for vilkårsstillingen.

Spørsmålet i saken ble om «alene det at reguleringsplanen ikke lenger kan sies å ha noen tilfredsstillende løsning for fotgjengere og syklist, er et tilstrekkelig forhold til å knytte

³⁵ Avsnitt 67

³⁶ Avsnitt 63

vilkåret om gang- og sykkelvei til dispensasjonssøknaden, uten hensyn til om det er selve dispensasjonsforholdet som påvirker gjennomføringen av den opprinnelige gangvei.»³⁷

Spørsmålet ble knyttet til sakligheten ettersom det var sammenhengen mellom vilkåret, reguleringsplanen og dispensasjonsvedtaket som ble spørsmål om. Høyesteretts vurdering viser indirekte sammenhengen mellom vilkåret og den opprinnelige planen, men de tar ikke konkret standpunkt til problemstillingen.

Førstvoterende uttalte at «jeg ser det slik at den dispensasjonen som ble gitt, i realiteten tråde istedenfor en ny reguleringsplan». Dette tilsier at vilkåret er lovlig, ettersom gang- og sykkelvei er mulig å stille som rekkefølgekrav ved reguleringsplanarbeidet. Hensynet til effektivitet ble ivaretatt ved å bruke dispensasjonshjemmelen isteden for å lage ny reguleringsplan med rekkefølgekrav. Likevel kom kravet i forbindelse med dispensasjonsadgangen, der det egentlig skulle blitt utarbeidet ny reguleringsplan. En har da tatt i bruk feil styringsmekanisme, noe som sterkt tilsier at vilkåret er ugyldig jf. legalitetsprinsippet, og det skulle blitt utarbeidet en ny plan. Av dette kan en trekke ut at selv om vilkåret er lovlig etter lovens skranker ved en hjemmel, kan ikke vurderingen overføres til en annen hjemmel. En må vurdere skrankene konkret opp mot hjemmelen som tolkes. Det synes som at Høyesterett legger til grunn at der det er saklig sammenheng i planprosessen til sammen, og ikke de ulike konkrete delene i planprosessen, er saklighetskravet oppfylt. Dette kan det i så fall rettes kritikk mot, da dette kan utvanne kravet til saklighet. En sammenblanding av prosessene i vurderingen av om vilkårene er saklige kan føre til mindre forutsigbarhet i den enkelte vurderingen. Som konsekvens kan kanskje kravet om reguleringsplan ved større bygge- og anleggsarbeid jf. 12-1 tredje ledd, miste sin funksjon. Noe som tilsier at en slik sammenblanding av saklighetskravet ikke bør finne sted.

Ut i fra dommen kan det legges til grunn et veldig vidt saklighetskrav, som kanskje ikke nødvendigvis skaper tilstrekkelig sammenheng til dispensasjonen i seg selv. Førstvoterende peker på flere problematiske spørsmål, men mener det er unødvendig å ta endelig standpunkt til spørsmålene. Han mener at det «avgjørende for gyldigheten av vilkåret for gang- og sykkelvei at valg av fremgangsmåte i vår sak – dispensasjon og endring etter § 28-1 nr. 2 i

³⁷ Avsnitt 68

stedet for ny reguleringsplan – skjedde med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til Løvenskiold.»³⁸

Høyesterett argumenterte for at den «forenklete fremgangsmåten, som direkte tjente Løvenskiolds interesser, bør aksepteres, [...] selv om det skulle ligge i ytterkant av hvilke vilkår som kan stilles i en slik forenklet saksbehandling.» Dette tilsier at vilkåret som ble akseptert i dommen var i ytterkant av den materielle hjemmelen og mer ubalanserte vilkår kanskje ikke kan aksepteres uten en mer omstendelig prosess og vurdering.

6.3 Nødvendighet

Det neste spørsmålet er hva som er et nødvendig vilkår i et dispensasjonsvedtak.

I dispensasjonssaker skal vilkåret reparere den skade som følger av å tillate tiltaket i strid med planen. En må spørre om det er behov for å stille vilkår som følge av at dispensasjonen fører med seg negative konsekvenser. Dersom en eksempelvis får dispensasjon til å bygge høyere en utformingsgrensen i reguleringsplanen, og dette påvirker naboens utsikt, kan det være behov for å stille vilkår om en spesiell utforming på taket for å forhindre ytterligere tap av utsikt for naboen.

I Flaggsaken ble det et spørsmål om det var behov for å sette vilkår om å fjerne flaggstangen for at området ikke skulle virke for privatisert. Dersom en kan svare positivt på om det foreligger et slikt behov, vil vilkåret ligge innenfor hva som er nødvendig, noe som ble resultatet i saken. Behovskravet vil måtte vurderes ut i fra alle opplysningene en har i saken, og kommunen må vekte de hensynene som gjør seg gjeldende.

6.4 Proporsjonalitetsvurdering

Det tredje spørsmålet er hva som er et proporsjonalt vilkår i dispensasjonsvedtak.

³⁸Avsnitt 71

Det følger av pbl. § 19-2 at «fordelene ved å gi dispensasjon [må] være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering». Her er det et konkret uttrykk for proporsjonalitet, men det betyr ikke nødvendigvis at det er det samme vurderingstemaet som ligger i den ulovfestede normen. Ordlyden i bestemmelsen oppstiller en interesseavveining der det må være *klar* overvekt av fordelene, typisk mellom fordelene for tiltakshaver opp mot ulempene dispensasjonen påfører samfunnet eller miljøet.

Ordlydstolkningen støttes av forarbeidene der det fremgår at

«Dagens § 7 blir praktisert slik at det er tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt, men etter den nye bestemmelsen må det foreligge klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon. Ordvalget innebærer at det normalt ikke vil være anledning til å gi dispensasjon når hensynene bak bestemmelsen det søkes dispensasjon fra fortsatt gjør seg gjeldende med styrke.»³⁹

I «klart større» er det et strengere krav en for hva som er proporsjonalt sammenlignet med den ulovfestede læren, ettersom forarbeidene krever «klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjonen».

I Flaggsaken beskriver Sivilombudsmannen vurderingstemaet som at

«[f]ylkesmannen har vurdert vilkårene som forholdsmessige. Etter den såkalte vilkårslæren må vilkåret stå i forhold til de hensyn det skal ivareta. Det kreves også en viss balanse mellom vilkårene som er satt, og tiltakene det er gitt tillatelse til.»

Her fremkommer ikke kravet til en strengere proporsjonalitetsvurderingen frem, ettersom Sivilombudsmannen går direkte i vilkårslærens krav. Loven og forarbeidene tillegges større vekt enn Sivilombudsmannens uttalelse og det skal legges til grunn et strengere krav til proporsjonalitetsvurderingen enn det som fremgår av uttalelsen ovenfor.

I Løvenskiold-saken anførte Løvenskiold at vilkåret om gang- og sykkelvei var ugyldig på grunn av vilkåret var uforholdsmessig tyngende. Forholdsmessighetsvurderingen ble bl.a vurdert opp mot det økonomiske forholdet i saken. Høyesterett uttalte at «forholdet mellom en

³⁹ Ot.prp nr.32 (2007-2008) s. 242

utbygging på ca. 100 millioner kroner og gang- og sykkelveien på 3-4 millioner kroner som i saken her, heller ikke slik at det trekker i favør av et utilbørlig tyngende vilkår».⁴⁰ Her vurderer Høyesterett kostnaden med veien opp mot hele prosjektet og anser det forholdsmessig at et vilkår på 3-4 % av summen for hele prosjektet ikke er uforholdsmessig. Dette kan kanskje kritiseres som lite skjønnsomt og for lite konkret ettersom en ikke vurderer den reelle gevinsten på prosjektet.⁴¹ Det en kan trekke ut av dommen er at den økonomiske vurderingen av kostandene og skranken for kostanden blir vurdert mot den *totale utbyggingskostnaden*.

I tillegg vil et moment i vurderingen av skrankene være om det ikke er «uvanlig å dekke veier som blir nødvendig på grunn av utbyggingen.» Dersom en pålegger vilkår som er uvanlige ut i fra tiltaket, kan dette tilsi at en går utenfor skrankene for hva som er lovlig. Høyesterett vektla også at «Løvenskiold ikke klaget på vilkåret om bygging av gang- og sykkelvei eller på annen måte protesterte mot vedtaket.». Hvordan den private part sin holdning er i forkant av vilkårsstillingen kan da tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Disse tre momentene kan da tas med i vurderingen av forholdsmessighetsvurderingen. Dersom en går lengre enn disse momentene, kan det tilsi at en er utenfor lovens krav til forholdsmessighet.

7 Skrankene for vilkårstillegg i utbyggingsavtaler

7.1 Innledning

Spørsmålet videre er hvilke rettslige skranker lovens hjemmel for utbyggingsavtaler setter for vilkårstilleggen.

⁴⁰ Avsnitt 83

⁴¹ På grunn av at det må foretas en avgrensning som følge av ordgrensen går en ikke nærmere inn i denne diskusjonen. Selv om den rettskildemessige verdien av en annen masteroppgave ikke nødvendigvis er så høy vises det likevel til utdypning av problemstillingen i oppgaven "Krav til proporsjonalitet som ramme for kommunen sin bruk av utbyggingsavtaler" av Ingrid Årskog Storevik publisert 2013-12-09, hvor det i punkt 4.4.4 diskuteres om en skal vurdere de økonomiske kostnadene isolert eller ikke i proporsjonalitetsvurderingen.

En utbyggingsavtale er en «avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan» jf. §17-1

Utbyggingsavtaler ligger i grenseland mellom offentligrettslig- og privatrett. Dette kan spille inn på bruken av de forvaltningsrettslige skrankene, ettersom en er på en glideskala mellom forvaltningsretten og avtaleretten, alt etter hvilke type vilkår en har i avtalen. Lovreglene gjør ikke avtalen til et vedtak, men en avtale, som i likhet med andre avtaler, binder ved samtykke. Reglene om klage i pbl. kommer ikke til anvendelse, men avtalen inngås ved utøving av offentlig myndighet og det forutsettes forsvarlig saksbehandling, innsyn osv.

Kompetansegrunnlaget skiller seg klart fra de kompetansegrunnlagene som en har sett på ovenfor hvor forvaltningens bestemmelseskompetanse følger av hjemmel i lov, til og nå gå over til kompetansegrunnlag som følge av avtale. Departementet påpekte under en prinsipputtalelse om grensene for bruk av utbyggingsavtaler at «kommunen ikke kan stille krav om bidrag, ut over den opparbeidingsplikten som følger av plan- og bygningsloven (pbl) § 18-1 flg. Kommunen kan altså ikke i plan vedta en plikt til å inngå avtale i den forstand at fravær av en avtale i seg selv er en avslagshjemmel ved en søknad om byggetillatelse.»⁴² Her ser en eksempel på at kommunen ikke kan pålegge krav utover det som følger av loven selv og legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende for utbyggingsavtaler.

Det er § 17-3 om utbyggingsavtalens innhold som blir den styrende hjemmelen for kommunens adgang til å stille vilkår i avtalen for kommunen. Hjemmelen må tolkes for å vurdere om den stiller noen begrensninger. Byggeforventningen ved utbyggingsavtaler skiller seg fra det som er sagt ved dispensasjonsdrøftelsen. Utgangspunktet er at private som inngår utbyggingsavtaler har rett på byggetillatelse når de har oppfylt rekkefølgekravet. Dette tilsier, i motsetning til ved dispensasjonsvedtakene, at en må bruke adgangen til å stille vilkår ved større forsiktighet ved utbyggingsavtaler da forventningen er en annen.

⁴² Uttalelsen er behandlet nærmere under pkt. 7.2

7.2 *Saklighet*

Spørsmålet er hva som er et saklig vilkår i en utbyggingsavtale.

Det må være naturlig sammenheng mellom vilkåret og formålet med utbyggingsavtalen.

Av lovens § 17-3, første ledd fremgår det at utbyggingsavtaler bare «kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan». Lovreglene avgrenses slik til den type avtaler der kommunen handler som planstyremakt. I rent privatrettslige avtaler er det ikke behov for å verne den private på samme måte som når en er i en planprosess. Da har ikke kommunen den sterke rollen som når de forvalter planmyndigheten. Typisk vil dette være rekkefølgekravene, slik at saklighetsvurderingen som beskrevet i pkt. 4.2 vil få tilsvarende anvendelse for saklighetsvurderingen for innholdet i utbyggingsavtalene.

Vilkåret må knytte seg til oppfyllelsen av det kravet som kommer av bestemmelsen for at det skal være en naturlig sammenheng mellom vilkåret og formålet med utbyggingsavtalen. Som eksempel kan det nevnes opparbeiding og/eller bekostning av veikryss, etablering av rundkjøringer og bygging av gangbroer som følge av utbyggingen. Vilkåret må tjene de interesser som fremgår av utbyggingsprosjektet eller avhjelpe skader eller ulemper av den konkrete utbyggingen. Saklighetskravet kan snevres noe inn for utbyggingsavtaler en for rekkefølgekrav som presenter i pkt. 4.2, ettersom det ligger en begrensing i at utbygger ikke skal pålegges å oppfylle krav som ikke knytter seg til egne utbyggingsprosjekt.

Av særlig interesse for tolkningen av skrankene for vilkårsstillelse i utbyggingsavtaler er Kommunal- og moderniseringsdepartementet uttalelse: § 17-3 Spørsmål om grensene for bruk av utbyggingsavtaler (heretter Anleggsuttalelsen).⁴³ Uttalelsen får særlig rettskildemessig vekt ettersom den, etter min forståelse, gir et korrekt bilde av gjeldende rett hvor det finnes minimalt av praksis. Uttalelsen omhandler spørsmål om kommunens avtalepraksis, herunder hvilke type kostnader kommunen kan pålegge utbygger å dekke gjennom utbyggingsavtaler. En kommune hadde vedtatt at sentrum skulle opprustes. For å finansiere dette, ble det vedtatt i kommunedelplanen for sentrum at alle som skulle bygge ut der skulle innbetale

⁴³ Ref. 12/539-2, dato: 15.08.2013,

kostnadsbidrag til et fond. Videre fulgte det at alle reguleringsplaner og utbyggingsavtaler etter plan- og bygningslovens kapittel 17 «skal i form av kostnadsbidrag sikre opparbeidelse av fellesområder og anlegg i hele sentrumsområdet og skal pålegges alle utbyggingsprosjekter innen sentrumsplanen.» Utbyggerne skulle gjennom utbyggingsavtaler belastes med en fast sum per kvadratmeter de bygget ut. Slik departementet forstod henvendelsen skulle det i tillegg inngås separate avtaler om oppfyllelsen av rekkefølgekrav.

Av uttalelsen ovenfor fremgår det at det er lovlig å avtale bidrag fra private utbyggere til kommuner i fond, såkalte anleggsbidrag. Ofte er bidraget for å dekke hele eller deler av kommunes utgifter til etablering av infrastruktur. Dette er lovlig, forutsatt at reglene i plan- og bygningsloven følges.

7.3 Nødvendighet

Spørsmålet videre er hva som gjør et vilkår nødvendig i en utbyggingsavtale.

Etter § 17-3, tredje ledd er det et krav om at «grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak».

Her har lovgiver kodifisert et nødvendighetskrav i sammenheng med de tiltak som skal gjennomføres og som det er behov for. Etter forarbeidene er vilkårlærens nødvendighetskrav fastslått som krav om at «den aktuelle utbyggingen medfører et konkret behov for ytelsen».⁴⁴

Av forarbeidene følger det at dette kan deles inn i hva som er funksjonelt og planfaglig nødvendig. Hva som er funksjonelt nødvendig kan være krav til bredere vei, fortau, gang- og sykkelsti, grendelekeplass, vannledning, avløpsanlegg og bestemmelser om utbyggingstakt, som igjen henger sammen med utviklingen av eller presset på infrastrukturen i området. Hva som er planfaglig nødvendig er hva som er en forutsetning for at utbyggingsområdet skal ha tilfredsstillende utforming, dvs. imøtekommer gjeldende krav til, og prinsipper for forsvarlig

⁴⁴ NOU 2003:24 s. 171

planlegging. Dette kan for eksempel være knyttet til forurensing, støy, grøntområder, trafikkføring mv.⁴⁵

Forarbeidenes krav til nødvendighet får støtte i departementet sin Anleggsuttalelsen ved vurderingen av om generell opprustning av sentrum var som nødvendig. Her uttalte departementet at spørsmålet var om «det avtalte bidraget fyller et behov i området, eller avhjelper en ulempe som følge av utbyggingen (*nødvendighetskravet*). Behovet som bidraget skal dekke må ha en sammenheng med utbyggingen (*saklighetskravet*). Det er imidlertid ikke en forutsetning at behovet er regulert i samme plan som utbyggingen. Dette innebærer at en forpliktelse i en avtale skal være et utslag av en konkret vurdering, og dekke et behov utløst av tiltaket.» (mine kursiveringer)

Her blir saklighetskravet og nødvendighetskravet sammenblandet til et spørsmål om bidraget oppfyller et behov i området. Dette viser vurderingstemaenes nære grenser og at det ikke alltid kan trekkes klare skiller mellom temaene som nevnt under pkt. 2.2. Dette stadfester at det trengs å foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, og en kan trekke på både saklighetskravet, og nødvendighetskravet når en skal ta stilling til forholdsmessigheten av vilkåret.

Spørsmålet i uttalelsen ble videre todelt der spørsmålet var om det kommunale fondet (1) skulle benyttes til en infrastruktur som var identifisert, og (2) som hadde tilstrekkelig sammenheng med tiltakshavers utbygging.

I saken ble det opplyst at anleggsbidraget vil gjelde uavhengig av hvilken reguleringsplan som gjaldt for området, hva som konkret skulle bygges, og hvilke offentlige behov den konkrete utbyggingen førte med seg. Kommunen foretok ikke en vurdering av om den nye utbyggingen medførte et konkret behov for den nye opprustningen, eller om dette behovet hadde en sammenheng med utbyggingen. Dette gjør at saklighetskravet og nødvendighetskravet ikke er oppfylt, ettersom dette ikke er vurdert i tilknytning til hver utbygging, noe som tilsier at kommunen hadde gått utenfor lovens skranker.

⁴⁵ NOU 2003:24 s. 171

Det ble anført i henvendelsen at det var den planlagte opprustningen av sentrumet som var grunnlaget for anleggsbidraget, og ikke vurderingen av om «den aktuelle utbyggingen medfører et konkret behov for ytelsen» som er kravet som følger av forarbeidene.

I den anledning henviste departementet til Ot.prp nr 22 (2004-2005) s. 66

«Utbyggingen må være den direkte foranledningen til behovet for ytelsen, slik at det er en relevant og nær sammenheng mellom ytelsen og planens innhold. Ytelsen må tjene interessene i utbyggingsområdet (veg, barnehage, parkområde) eller avhjelpe skadevirkninger eller ulemper av den konkrete utbyggingen.

At tiltaket skal tjene interessene i utbyggingsområdet, innebærer ikke at tiltaket skal være eksklusivt til nytte for utbyggingsområdet. Det avtalte tiltaket må imidlertid fylle et behov i området, både når det gjelder art og tilgjengelighet.»

Her stadfester departementet gjennom forarbeidene at både saklighetskravet og nødvendighetskravet må vurderes. I saklighetskravet er det interessant å merke seg at det ikke er et krav at tiltaket må være eksklusivt til nytte for utbyggingsområde. Et krav om eksklusivitet for utbyggingsområde hadde vanskeliggjort vilkårstillelsen ettersom en slik vurdering av grensdragningen kunne vært veldig vanskelig å foretatt i praksis.

Spørsmålet blir hvor omfattende vurderingen av saklighets- og nødvendighetskravet må være for å oppfylle kravene.

Departementet påpekte at

«ikke alle fremtidige utbygginger kan regnes for å være en «direkte foranledning» til behovet for bidrag til opprustning av sentrum. Departementet anser det slik tvilsomt at ethvert byggeprosjekt omfattet av kommunedelplanen vil ha sammenheng med opprustningen av sentrum. Det kan altså ikke forutsettes avtaler om at alle uansett plassering, størrelse eller formål uansett skal betale et generelt bidrag.»

Her stiller departementet krav til en vurdering av hvert enkelt prosjekt. Det er ikke tilstrekkelig at prosjektet er omfattet av arealplanen. Det må foretas en vurdering av plassering, størrelse og formål for å ta stilling til om kravet er saklig og nødvendig.

Plasseringen vil typisk komme inn under kravet til saklighet. At geografiske forhold kan vurderes ble bekreftet i Flaggsaken som nevnt under pkt. 6.2. Induksjonsbetraktninger tilsier at dette alltid kan tillegge vekt i kravet til saklighet.

Størrelsen og formålet kan en trekke inn i vurderingen av nødvendighet. Størrelsen på utbyggingen kan skape ulike behov. Bygger enn et lite gatekjøkken skaper det andre behov til infrastrukturen en f.eks. et stort kjøpesenter. Dette henger igjen i sammen med formålet til kjøpesenteret om å skape en større kundegruppe, noe som bekrefter at byggeprosjekter kan skape ulike behov.

Videre kommenterer departementet på hvilke tiltak kommunen ønsker å finansiere gjennom fondet. Utgangspunktet er at det er relativt vide rammer for hva tiltak avtalen kan inneholde og slik finansiere. Departementet trekker en grense mot infrastruktur som

«tjener hele kommunen. Eksempelvis kan neppe kontorareal for kommunens administrasjon, opprusting av rådhuset osv., under noen omstendigheter være «nødvendig» i lovens forstand. Det samme vil gjelde andre tiltak som tjener kommunen generelt, og som ikke tjener det aktuelle byggeprosjektet direkte.»

Dette stemmer overens med at utbygger ikke «helt eller delvis skal bekoste infrastruktur som skoler, barnehager, sykehjem eller tilsvarende tjenester som det offentlige i medhold av lov er forpliktet til å skaffe til veie.» Hvor en del av å bekoste også knytter seg til «utgifter i forbindelse med forskuttering, lån eller andre kredittytelser.» jf. forskrift om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler.⁴⁶ Det må settes en skranke mot generell opprusting, og heller konkretisere behovet ved at kjøpesenteret eksempelvis genererer mer trafikk som skaper belastning på veien, slik at ny infrastruktur blir nødvendig.

Departementet kom til at det antagelig ville «være tvilsomt om opprustningen av sentrum regnes som et «tiltak som er nødvendig[e] for gjennomføringen av planvedtak» etter § 17-3 tredje ledd første punktum. Her trekkes det frem at «[d]epartementet kan ut fra henvendelsen ikke se at formålet med bidragene er tilstrekkelig konkretisert. Etter departementets syn må

⁴⁶ Forskrift nr. 453/2006

det være *tydelig* hvilken belastning og hvilke offentlige behov som oppstår som følge av en konkret utbygging.» (min kursivering)

Departementet sier noe om hvilke skranker nødvendighetskravet oppstiller, og kommunen må vurdere kravet om anleggsbidrag og vilkår i utbyggingsavtaler generelt. Det er ikke tilstrekkelig å lage et generelt vilkår om innbetaling. En må vurdere saklighetskravet og nødvendighetskravet konkret. Det må vurderes bl.a. plassering, størrelse og formål. Dette tilsier videre at andre momenter som er trukket inn i kravet til saklighet og nødvendighet gjennom oppgaven som f.eks. om reparasjon av skade i pkt. 6.3 og tidskravet i pkt. 5.3 som belyser behovet også kan trekkes inn i denne vurderingen. Dette ettersom disse kravene er allmenne i forvaltningsretten generelt og kan *tydeliggjøre* hvilket behov som oppstår og om vilkåret møter dette behovet.

7.4 Proporsjonalitetsvurdering

Neste spørsmål er om vilkåret er proporsjonalt i utbyggingsavtalen og slik innenfor lovens skranker.

I § 17-3 er den ulovfestede forholdsmessighetsvurderingen direkte kodifisert i bestemmelsen. Forholdsmessighetsvurderingen er utviklet i praksis. Etter behov for avklaring ble den lovfestet i lov om utbyggingsavtaler 27. mai 2005, som er igjen videreført i § 17-3.

Det følger av § 17-3, tredje ledd at «[s]like tiltak må stå i *rimelig forhold* til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen». Videre presiseres det i tredje punktum at «[k]ostnadene som belastes utbygger eller grunneier til tiltaket, *må stå i forhold* til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen.» (min kursivering).

Proporsjonalitetsvurderingen skal ta utgangspunkt i «utbyggingens art og omfang». Dette tilsier en vurdering av vilkåret opp mot type prosjekt, størrelsen på prosjektet og belastningen, sett opp mot kommunens bidrag. Her vil fordelene med prosjektet måte vektas opp mot hvor tyngende vilkåret er.

Forarbeidene presiserer kravet

«Tiltaket må også stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang, noe som innebærer en praktisk viktig begrensning i hva som lovlig kan avtales. Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i den aktuelle utbyggingen: Hva medfører denne konkrete utbyggingen av behov for teknisk og sosial infrastruktur? Eksempelvis vil en større boligutbygging kunne utløse behov for en ny skole. Et slikt krav må dermed anses rimelig i forhold til utbyggingens omfang. Bygging av et kjøpesenter vil kunne utløse krav om veiutvidelse og rundkjøring, men ikke eksempelvis nytt kulturhus. Forholdsmessighetsbetraktningen må gjøres etter en konkret helhetsvurdering hvor det er tale om et større utbyggingsområde.»⁴⁷

Her ser en at proporsjonalitetsvurderingen klart begrenser hva som lovlig kan avtales i utbyggingsavtalen mellom kommune og utbygger. Igjen ser en at nødvendighetsvurderingen og forholdsmessighetsvurderingen glir over i hverandre som illustrert ved det russiske dokkeeksemplet under pkt. 2.2.

Det er ikke skrevet direkte i forarbeidene at forholdsmessighetsvurderingen skal tilsvare vilkårlærens krav til forholdsmessighet, men ettersom en slik proporsjonalitetsvurderingen er det sentrale i vilkårlæren likestilles dette. Departementet mener at

«kommunen vil selvsagt uansett måtte inngå avtalen innenfor rammene av de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk. Forslaget til innhold i avtalen trekker imidlertid snevrere rammer enn det som følger av disse reglene.»⁴⁸

Det ser ut som at departementet med dette mener at loven selv setter strengere rammer enn den kvalifiserte urimelighetsvurderingen i myndighetsmisbrukslæren, og det vil være vilkårlærens skranker til forholdsmessighetsvurdering som legges til grunn.

Departementet ønsker å hindre uheldige utslag av utbyggingsavtaler. Det er i forarbeidene særlig siktet til avtalevilkår som legger for stort press på økonomien i utbyggingsprosjekter,

⁴⁷ NOU 2003:24 s. 171-172

⁴⁸ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 64

med de konsekvenser dette kan få for utbyggingsprosjektene gjennomførbarhet, byggekostnader, tomtepriser og boligpriser. Samtidig er det påpekt at reglene skal være fleksible, slik at kommune og utbygger i størst mulig grad kan komme frem til avtaler som er egnet til å få gjennomført planen og utbyggingsprosjektet.⁴⁹

I Anleggsuttalelsen stilles det opp et spørsmål under forholdsmessighetsvurderingen om sammenhengen mellom kostnaden for tiltakshaver/privat avtalepart og prosjektets belastning på infrastrukturen. Spørsmålet var som følgende:

«hvilken vurdering av belastningen behovene den aktuelle utbyggingen fører med seg som kreves for at rimelighets- og forholdsmessighetskriterier som følger av § 17-3 tredje ledd annet punktum, kan være oppfylt når det ikke blir foretatt noen konkret vurdering.»

Etter min mening kan dette omformuleres til: når en mangler en konkret vurdering av nødvendighet og saklighet under en utbygging, så blir spørsmålet om en likevel kan oppfylle lovens krav til vurderingen av forholdsmessighet etter § 17-3. Enda enklere sagt: Når en ikke har foretatt en vurdering av saklighets- og nødvendighetskravet for å finne ut hvilke behov tiltaket skaper, kan en da vurdere forholdsmessigheten av det? Ettersom de tre vurderingstemaene er kumulative er dette svaret opplagt. Alle tre må være behandlet og oppfylt for at vilkåret skal være gyldig. I dette tilfellet oppfylte vilkåret om anleggsbidrag ikke kravet til nødvendighet og kan slik ikke være forholdsmessig.

I anleggsuttalelsen fremgår det videre at utgangspunktet er at utbygger ikke skal dekke mer enn det han selv belaster omgivelsene og at kommunen ikke kan stanse egne planlagte investeringer av den grunn at en privat utbygger kan påkoste dem i stedet. Dette legitimerer igjen standpunktet at kommunen ikke kan legge kostnader over på den private som problematisert alt i pkt. 1.1. Dette setter igjen en skranke for vilkårsstillingen som må knyttes opp mot det økonomiske forholdet i prosjektet. Departementet henviser her til egen veileder om utbyggingsavtaler og sier at det

⁴⁹ Ot.prp nr. 22 (2004-2005) s. 64

«kan være uforholdsmessig at man i en utbyggingsavtale pålegger tiltak som ikke kan kreves opparbeidet/utbedret etter plan- og bygningsloven § 18-1 (tidligere § 67), dvs. de refusjonsberettigede tiltakene.

«Kravet om forholdsmessighet kan innebære at kommunen ikke kan bruke utbyggingsavtale til å la en utbygger av et utbyggingstrinn alene finansiere tyngre infrastrukturtiltak, når infrastrukturen ikke kan kreves opparbeidet etter § 67 mv. i plan- og bygningsloven.»»

En kan da trekke inn som skranke for forholdsmessigheten at krav etter § 18-1 er forholdsmessig ettersom lovgiver har lovfestet disse kravene. Beveger en seg utenfor § 18-1, må det foretas en grundigere vurdering av fordelene og ulempene for å se om vilkåret oppfyller et skapt behov ved tiltaket.

I saken for departementet ble størrelsen på anleggsbidraget fastsatt før en hadde vedtatt reguleringsplaner for området og avklart behovet som følge av planen. En foretok ikke en konkret vurdering av hvilken belastning den aktuelle utbyggingen påførte omgivelsen – saklighet og nødvendighetskravet manglet - noe som førte til en mangelfull forholdsmessighetsvurdering. Departementet oppsummerte med at utbyggingsavtaler skal «inngås for å gjennomføre en konkret plan», og konklusjonen ble at «utbyggingsavtale gir ikke muligheter for kommunen til å pålegge utbygger en generell beskatning». Følgelig var ikke vilkåret lovlig, noe som min omformulering av spørsmålet alt har bevist.

Et annet moment i forholdsmessighetsvurderingen som gjør seg gjeldende for utbyggingsavtaler, er forholdet til § 36 i lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.) 31. mai 1918 nr. 4. Utbygger kan i større grad å være med å påvirke vilkårstillelsen ettersom en forutsetning for avtalen er at utbygger samtykker. I § 36 er partene beskyttet mot urimelige avtaler, noe som har likhetstrekk med at en skal beskytte mot uforholdsmessige vilkår i proporsjonalitetsvurderingen. I forarbeidene til utbyggingsavtalen blir forholdet mellom § 36 og urimelighet vurdert. Etter departementets vurdering må også myndighetsutøvelsen telle med i vurderingen av om avtalen er tilstrekkelig balansert. Departementet vurderer skrankene for inngåelsen av utbyggingsavtaler som så snevre at det «vanskelig kan tenkes tilfeller der de alminnelige avtalerettslige rammer kommer til

anvendelse».⁵⁰ Slik slår en fast at terskelen for en ubalansert avtale er lavere etter pbl. § 17-3 enn etter avtl. § 36, og skrankene er snevrere for vilkårstillelse i pbl. enn ved kontraktslovgivningen. Med andre ord så er en utenfor skrankene for lovlig vilkårsstillelse dersom avtalen hadde blitt vurdert som urimelig etter § 36.

8 Vilkårstillelse i byggesak

Av pbl. § 21-4 følger det at en kommunen «skal [...] gi tillatelse» til tiltaket der tiltaket er i tråd med reguleringsplanen og planbestemmelser, og ikke i strid med øvrige regler i plan- og bygningsloven.

Tiltakshaver får slik en byggerett når tiltaket er i tråd med reguleringsplanen og planbestemmelsene. Handlingsrommet for kommunen til å sette tyngende vilkår er borte jf. legalitetsprinsippet.

Dette støttes av forarbeidene hvor det uttales at hensikten «er å klargjøre at dersom det ikke foreligger avslagsgrunn, må kommunen gi tillatelse, jf. første ledd første punktum, alternativt vedta midlertidig forbud mot tiltak.» Videre presiseres det at dette ikke er «en skjønnsmessig vurdering» som kommunen kan «velge å gi avslag dersom tiltaket er i samsvar med alle bestemmelser gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven.»⁵¹

I Løvenskiold-dommen argumenterer Løvenskiold prinsipalt for at «kommunen ikke kan knytte vilkår til en byggetillatelse når utbyggingen skjer i overenstemmelse med reguleringsplan. Tillatelsen er et lovbundet forvaltningsvedtak, og utbyggeren har i et slikt tilfelle rett til byggetillatelse».⁵²

⁵⁰ Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) s. 14 og s. 49

⁵¹ Ot.prp nr. 32 (2007-2008) s. 320

⁵² Avsnitt 17

Her ser en at Løvenskiold argumenterer ut i fra et byggekrav. Høyesterett kom derimot i dette tilfellet til at den prinsipale anførselen «åpenbart ikke føre[e] frem»⁵³. Grunnlaget for uttalelsen var ikke at det rettslige grunnlaget var feil, men Høyesterett fant at vilkåret knyttet seg til dispensasjonsvedtaket, og ikke byggetillatelsen etter reguleringsplanen.

Byggerettskravet hindrer likevel ikke det offentlige fra enhver form for styring. Tiltak som er søknadspliktige må også kunne vurderes etter § 29-2 (skjønnhetsparagrafen) og § 29-4 om tiltaket sin plassering på tomten. En del av vurderingene som må gjøres for å se om utbygger oppfyller loven sine krav etter disse bestemmelsene er skjønnsbaserte.

Etter § 29-2 følger det at et tiltak må oppfylle visuelle standarder som er opp til kommunens skjønn. Kommunen anses best egnet til å foreta vurdering med grunnlag i lokal byggeskikk og lokalpolitisk styring av den visuelle utviklingen i kommunen.⁵⁴ Finner kommunen at det estetiske kravene ikke er oppfylt, kan dette utgjøre en avslagsgrunn.⁵⁵ Det kan slik stilles vilkår for å avhjelpe ulemper etter bestemmelsene. Det kan f.eks. være spørsmål om terrasser i forbindelse med ombygging fra næring- til boligbygg er i strid med kravene til estetikk. Kommunen kan stille vilkår om materialet, f.eks. at det bygges i glass, slik at terrassen ikke blir så fremtredende. Bestemmelsen er derfor en begrensning i byggeretten som fremgår av § 21-4 første ledd.

Av § 29-4 fremgår det at «byggverkets plassering, herunder høydeplassering, og byggverkets høyde skal godkjennes av kommunen.» Bestemmelsen innebærer at kommunen får en skjønnsmessig kompetanse til å vurdere tiltaket og en avslagshjemmel. Departement kom med en uttalelse til § 29-4 i «Tolking av plan- og bygningsloven § 29-4 - om ledninger (private) i grunnen, herunder vilkårsfastsettelse og krav til dokumentasjon».⁵⁶ Her var det spørsmål om det kunne stilles vilkår om avbøtende tiltak ved godkjenning av plassering der det var ledningskonflikt jf. § 29-4. Her kom departementet til at det kan stilles vilkår når det

⁵³ Avsnitt 57

⁵⁴ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 230

⁵⁵ Se Innjord m.fl, *Plan og bygningsloven*, 1. utgave, Oslo 2012, s. 799-800 og Pedersen m.fl, del 2, s. 427-431.

⁵⁶ Ref. 12/994-2, dato: 06.12.2013

foreligger avgjørende grunner mot at byggherrens ønske om plassering følges etter § 29-4 første ledd. Etter forarbeidene fremgår det at kommunen vil «kunne gjøre en godkjenning betinget av at det på eiendommen iverksettes tiltak som begrenser eller helt utelukker de ulemper som tiltaket ellers ville gi».⁵⁷ Videre forutsetter forarbeidene at vilkåret må ha en «saklig og relevant sammenheng med de formål bestemmelsen skal ivareta, og det må også være en naturlig sammenheng mellom tillatelse og vilkår.» Her bekrefter departementet at vilkåret må oppfylle kravene i den ulovfestede læren og det foreligger slik en skranke for vilkårsstillelsen også etter § 29-4.

Byggesaksforskriften⁵⁸ blir endret med virkning fra 01.07.2015. Her blir bl.a. frittliggende boliger på under 50 m² og mindre tilbygg på under 15 m² unntatt fra kravet om byggesaksbehandling jf. byggeforskriften § 4-1 a og b jf. pbl § 21-1. Konsekvensen blir at kommunen ikke har adgang til å stille vilkår til plassering og estetikk for disse tiltakene. Kommunen mister et verktøy for detaljstyring ettersom kommunen ikke lenger har hjemmel for vilkårsstillelsen. Vurderingen blir flyttet fra det offentlige til en eventuell privatrettslig prøving for domstolen etter lov om rettshøve mellom grannar jf. § 2. En skaper større effektivitet i byggesaksbehandlingen for kommunen ved å fjerne mange saker fra behandling. Om det derimot er mer effektivt å flytte denne prøvingen over til domstolen i et større samfunnsmessig perspektiv gjenstår å se.

9 Avslutning

Avslutningsvis vil det påpekes noen refleksjoner som er gjort ved arbeidet med oppgaven.

Plan- og bygningslovgivningen oppstiller, som vi har sett, mange materielle hjemler for å stille vilkår slik at en kan oppnå formålet med å forvalte arealene i hver kommune på en tilpasset og god måte. Ettersom det finnes mange vilkårshjemler gjennom planprosessen, kan problemet fort bli at kommunen ikke bruker hjemlene på en hensiktsmessig måte på de rette

⁵⁷ Ot.prp. nr 27 (1982-82) s. 19

⁵⁸ Forskrift nr. 488/2010

tidspunktene i planprosessen, slik at systemet ikke blir effektivt. Typisk at en oppstiller rekkefølgekrav på et for tidlig tidspunkt, slik at en ikke får vurdert konsekvensene tilstrekkelig.

Utgangspunktet etter min mening, er at alle vilkår som blir stilt med hjemmel i plan- og bygningslovgivningen må oppfylle kravene til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet. I hvor stor grad de ulike kravene, og hensynet til effektivitet og gjennomførbarhet, gjør seg gjeldende, avhenger av hvilken byggeforventning eller byggerett som legges til grunn. Hensynet til effektivitet og gjennomførbarhet blir særlig viktig i vurderingen av skrankene til rekkefølgekrav, ettersom byggeforventningen er mindre og samfunnsinteressene gjør seg gjeldende i større grad. Når en kommer over i tilfeller der byggeforventningen øker og går over til en byggeretten, aktualiserer legalitetsprinsippet seg i stadig større grad. Kravene til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet blir skjerpet ettersom en er over i vurdere borgerens interesser.

Videre ser en at saklighetskravet, nødvendighetskravet og proporsjonalitetskravet oppstiller mange av de samme momentene for de ulike hjemlene, og en kan trekke på praksis på tvers av de ulike delene i planprosessen. Forutsetningen er at en er bevisst på hvor en er i planprosessen, og hvilken byggeforventning tiltakshaver har, slik at momentene kan komme til å vektes ulikt i de ulike plandelen.

Dersom kommune blir bevisst på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og kravet til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet ved vilkårstillelsen, kan kommunen klare å skape planer som med større sannsynlighet kan gjennomføres, og unngår ugyldige vedtak som følge av ulovlige vilkår. Slik vil jeg si at loven i seg selv er god, det trengs heller en kompetansehevning på hvordan en bruker virkemidlene som eksisterer i loven på en lovlig og god måte.⁵⁹

⁵⁹ Takk for gode råd Ingunn Elise Myklebust, og advokatkontoret Harris ved Katrine Lillejord og Ingrid Årskog Storevik.

Kildeliste

Artikler

- Bjarne Askeland, Om analogi og abduksjon, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 04/05, 2004

Forarbeid

- NOU 2003: 24 Mer effektiv bygningslovgivning
- Ot.prp. nr 27 (1982-1983) Om lov om endring i bygningsloven av 18. juni 1965 nr. 7
- Ot.prp. nr 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven)(plandelen)
- Ot.prp nr. 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)
- Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (byggesaksdelen)

Forskrifter

- Byggesaksforskriften nr. 488/2010
- Forskrift om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler, nr. 453/2006

Internett

- Byrådsak 1196/10, Utbyggingsavtale mellom Studentsamskipnaden i Bergen og Bergen kommune,
https://www.bergen.kommune.no/bk/multimedia/archive/00083/Byr_dssak_83890a.pdf, side 6. Lokalisert på verdensveven 27. mars. 2015.

Litteratur:

- Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* 4. utgave, Oslo 2015

- Innjord m.fl, *Plan og bygningsloven*, 1. utgave, Oslo 2012
- Karl Harald Søvig (red), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015
- Jan Fridtjof Bernt og Ørnulf Rasmussen *Frihagens forvaltningsrett, bind 1*, 2 utgave, Oslo 2010
- Odd Jarl Pedersen, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness, Audvar OS «*Plan og bygningsrett, del 1*» 2 utgave, Oslo 2010
- Odd Jarl Pedersen, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness, Audvar Os, *Plan og bygningsrett, del 2*, 2 utgave, Oslo 2011.
- Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7 utgave, Oslo 2013
- Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014
- Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen *Rettskildelære*, Oslo 2001

Lover:

- Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, 31. mai 1918 nr. 4.
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker, 10. februar 1967
- Lov om planlegging og byggesaksbehandling, 27. juni 2008 nr. 71
- Lov om rettshøve mellom grannar, 16. Juni 1961

Rettspraksis:

- Rt 1961 s. 297 (Glacier blue)
- Rt 1964 s. 209 (Mimmi Halvorsen)
- Rt 1979 s.994 (Drosjesentral)

- Rt. 2002 s. 683 (Vassøy canning)
- Rt 2003 s. 764 (Løvenskiold)

Sivilombudsmannsuttalelser

Henvisningene er til uttalelser slik de foreligger på www.sivilombudsmannen.no

- Sivilombudsmannsuttalelse 18.april 2009, Sak 2007/1084 (Vilkår for dispensasjon etter plan- og bygningsloven – saklig sammenheng og forholdsmessighet)
- Sivilombudsmannsuttalelse 10. september 2013, Sak 2012/1175 (Vilkår for rivingstillatelse)

Departementsuttalelser

- Ref. 12/539-2, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2013, § 17-3 Spørsmål om grensene for bruk av utbyggingsavtaler, lokalisert på verdensveven 17. januar 2015 <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/sporsmal-om-grensene-for-bruk-av-utbyggi/id733670/>
- Ref. 12/994-2, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2013, § 29-4 Tolking av plan- og bygningsloven § 29-4 - om ledninger (private) i grunnen, herunder vilkårsfastsettelse og krav til dokumentasjon, lokalisert på verdensveven 17. Januar 2015, <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/-29-4-tolking-av-plan--og-bygningsloven-/id747565/>

Veiledere

Henvisningene er til veilederne slik de foreligger på www.regjeringen.no

- Veileder kommuneplanens arealdel T-1491, ISBN 978-82-457-0448-8
- Veileder reguleringsplan, T-1490, ISBN 978-82-457-0447-1