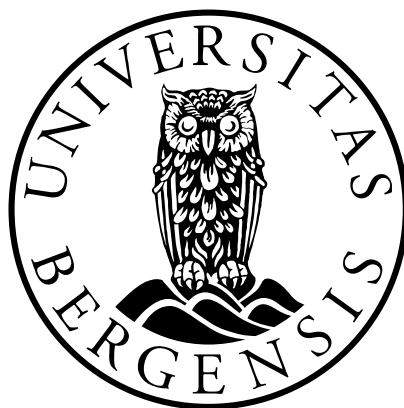


Vilkår om tilrettelegging for friluftsliv i dispensasjoner etter plan- og byggningsloven

Kandidatnummer: 221557

Antall ord: 12 959



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Introduksjon	4
1.1 Presentasjon av problemstillingen	4
1.2 Rettskildebruk og metode	4
1.2.1 Rettskildesituasjonen	4
1.2.2 Metodisk tilnærming	5
1.3 Avgrensning mot annet lovverk	6
2 Rettslig plassering	7
2.1 Historikk	7
2.1.1 Bygningsloven av 22. februar 1924.	7
2.1.2 Bygningsloven av 18. juni 1965.....	7
2.1.3 Plan- og bygningsloven av 14. juni 1985.....	7
2.1.4 Lov om planlegging og byggesaksbehandling av 27. juni 2008.....	7
2.2 Grensedragningen mellom allemannsrett og eiendomsrett	8
2.2.1 Avveining av motstridende interesser	8
2.2.2 Allemannsretten	9
2.2.3 Forholdet mellom jus og politikk	10
2.3 Om bruken av vilkår i forvaltningssaker	11
2.3.1 Innledning.....	11
2.3.2 Utgangspunktet om byggetillatelse	12
2.3.3 Forholdet til vilkårene i § 19-2.....	12
2.3.4 Prinsippene i naturmangfoldloven	12
2.3.5 Nærmere om tilrettelegging	13
2.3.6 Konfliktsituasjoner	13
2.3.7 Byggeforbudet i pbl. § 1-8	14
2.3.8 Bruk og vern av sjø og vassdrag, med tilhørende strandsone	15
2.3.9 Områder regulert til landbruks-, natur- og friluftformål.....	16
2.3.10 Grønnstruktur	17
2.3.11 Andre arealformål	18
2.3.12 Vilkår i dispensasjon fra plankrav	18
3 Vilkårslæren	20

3.1	Innledning – vilkårlæren	20
3.2	Forholdet mellom vilkårlæren og myndighetsmisbrukslæren	20
3.3	Om rettens prøving av vilkår	22
3.3.1	Generelt	22
3.3.2	Situasjonen ved vilkårsstillelse etter pbl. § 19-2.....	23
3.4	Krav til at vilkår må være saklige.....	24
3.4.1	Innledning.....	24
3.4.2	Saklig sammenheng mellom vedtak og vilkår	24
3.4.3	Krav til hensyn som kan begrunne vilkår.....	27
3.5	Krav til at vilkår må være forholdsmessige.....	29
3.5.1	Innledning.....	29
3.5.2	Krav om at vilkår må være egnet	30
3.5.3	Krav om at vilkår må være nødvendige	32
3.5.4	Krav til at fordelene overstiger ulempene	34
3.5.5	Betydningen av samtykke	38
3.6	Oppsummering	38
	Litteraturliste	40

1 Introduksjon

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Denne oppgaven skal trekke opp noen grenser for hva slags vilkår kommunen kan knytte til dispensasjon etter plan- og bygningsloven¹. Hjemmelen til å dispensere finnes i lovens § 19-2 første ledd, og adgangen til å stille vilkår for dispensasjonen stadfestes i bestemmelsens annet punktum. For at problemstillingen skal passe inn i masteroppgaveformatet er den avgrenset til kun å gjelde vilkår som tilrettelegger for friluftsliv. «Tilrettelegging» anvendes her i en vid kontekst og favner alle slags vilkår som stilles av hensyn til friluftsliv. Oppgaven begrenser seg derved ikke kun til vilkår som tar sikte på å gjøre ferdselen enklere, men også vilkår som stilles for å bedre friluftsopplevelsen ved bruk av det aktuelle område.

Ved vilkårsstillelse er det vilkårslæren som er det rettslige utgangspunktet. Det sentrale fokus i oppgaven blir derved på alminnelig forvaltningsrett, herunder det nærmere innhold av vilkårslærens krav til saklighet og forholdsmessighet. Friluftsliv er valgt for å sette problemstillingen inn i en aktuell sammenheng, og eksemplifisere hvordan vurderingen kan bli på et felt med mange motstridende interesser. Vilklærslæren gjelder imidlertid også på mange andre rettsområder, slik at behandlingen kan ha en viss overføringsverdi til andre typer vilkår. Tematisk sett ligger problemstillingen mellom forvaltningsrett og plan- og bygningsrett, og har sider til allemannsretten (tingsrett).

Vilkår er et praktisk redskap som bidrar til å sikre gode og smidige løsninger i enkeltsaker, og har således en konfliktforebyggende virkning.² Det er derfor av interesse å avklare rettstilstanden best mulig, slik at forvaltningen skal tørre å bruke vilkår effektivt.

1.2 Rettskildebruk og metode

1.2.1 Rettskildesituasjonen

¹ Lov 27.06.2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (pbl.)

² Jf. Reusch, Allemannsretten, friluftslivets rettsgrunnlag, s. 333

Vilkår som tilrettelegger for friluftsliv har så vidt meg bekjent foreløpig ikke vært behandlet av Høyesterett. Det finnes imidlertid litt relevant sivilombudsmannspraksis. Først og fremst somb-2008-82 som går til kjernen av problemstillingen. Siden de rettslige utfordringene på området først og fremst er selve vilkårlæren, som er alminnelig forvaltningsrett, er det relevant å se hen til rettspraksis som gjelder andre typer vilkår enn etter denne oppgaven. Spesielt Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold) er av interesse og vil bli behandlet i det videre.

Allemannsretten er godt gjort rede for av Marianne Reusch, først og fremst i boka *Allemannsretten, friluftslivets rettsgrunnlag*.

Vilkårlæren er godt behandlet i juridisk litteratur, ikke minst av Graver. Kravet til forholdsmessighet er nylig behandlet i boka *Forholdsmessighetsvurderingen i forvaltningsretten* av Søvig (red.).

I tillegg til dette er plan- og bygningsloven og dens forarbeider³ en svært sentral og omfattende rettskilde for de spørsmålene som angår plan- og bygningsrett.

1.2.2 Metodisk tilnærming

Målet for oppgaven er klarlegging av rettstilstanden. Det må gjøres gjennom alminnelig juridisk metode. Den gjeldende plan- og bygningsloven innsnevrer adgangen til å gi dispensasjon ved at det stilles krav om at fordelene ved å dispensere klart må overstige ulempene, i tillegg til at hensynet bak bestemmelsen det dispenseres fra ikke må bli vesentlig tilsidesatt. Samtidig videreføres adgangen til å stille vilkår. Det ble imidlertid skapt en uklarhet rundt vilkårsstillelsen før vedtakelsen av den gjeldende loven ved at det i forbindelse med forarbeidene til en endringslov til den forrige plan- og bygningsloven ble uttalt en «vesentlig innsnevring av adgangen til å stille tyngende vilkår for ensidige forvaltningsvedtak». Dette kommer vi tilbake til.

Den store rettslige utfordringen på området er fastleggningen av det nærmere innholdet i kravet til forholdsmessighet som stilles gjennom vilkårlæren. I tillegg er dette et rettsområde som i stor grad er preget av forvaltningsskjønn, og til dels nokså faglige vurderinger, slik at det også knytter seg usikkerhet til hvordan domstolenes prøvingsintensitet.

³ Ot.prp.nr.32 (2007-2008)

Det videre oppsettet i oppgaven er at det først skal gis en fremstilling av blant annet allemannsretten, som tar sikte på å gjøre rede for de motstridende interessene som gjør seg gjeldende i dispensasjonssaker. Deretter skal det fokuseres på de ulike situasjoner hvor det etter plan- og bygningslovgivningen kan stilles vilkår. Til slutt går jeg i dybden om vilkårlæren, som reiser de mest utfordrende spørsmålene.

1.3 Avgrensning mot annet lovverk

Oppgaven begrenser seg til å gjelde vilkår etter pbl. § 19-2. Dette er bare ett av flere rettsgrunnlag for tilrettelegging for friluftsliv⁴. Kommunen kan også stille vilkår av hensyn til friluftsliv i utbyggingsavtaler etter pbl. kapittel 17. Videre gir friluftsløven⁵ § 35 hjemmel for at kommunen kan gjøre mindre tilretteleggingstiltak i utmark, som varding og merking av turstier og bygging av klopper eller bruer. Markaløven⁶ har en egen dispensasjonsbestemmelse i § 15 som gjelder innenfor sitt geografiske virkeområde i stedet for⁷ plan- og bygningslovens dispensasjonsregler. Når det gjelder de relevante arealformål etter plan- og bygningsloven, blir de redegjort for med unntak for friområder. Dette er av disponeringshensyn.

⁴ For en mer dyptpløyende gjennomgang, se Reusch, Tilrettelegging for friluftsliv – mot grunneierens vilje, Tidsskrift for eiendomsrett 2012 s. 134-152

⁵ Lov 29.06.1957 om friluftslivet (fril.)

⁶ Lov 05.06.2009 markaløven

⁷ Jf. markaløven § 15 annet ledd siste setning

2 Rettslig plassering

2.1 Historikk

2.1.1 Bygningsloven av 22. februar 1924.

Den første helhetlige lovregulering av plan- og bygningsretten kom med lov av 22. februar 1924.

2.1.2 Bygningsloven av 18. juni 1965.

Dispensasjonsmuligheten etter 1965-loven følger av § 7. Etter loven kreves det «særlige grunner» for at dispensasjon skal kunne gis. Dette er i NOU 1982: 13 s. 16 forstått som er krav om en konkret og reell vurdering av de faktiske forhold i den enkelte dispensasjonssak. Ved overvekt av hensyn som taler for dispensasjon, vil det foreligge særlige grunner. Adgangen til å sette vilkår for dispensasjon følger direkte av bestemmelsens første ledd.

2.1.3 Plan- og bygningsloven av 14. juni 1985.

Lovens § 7 viderefører dispensasjonsadgangen slik den var etter 1965-loven.

Ved endringslov LOV-2005-05-27-30 er det gjort endringer i bestemmelsene om utbyggingsavtaler. I forarbeidene til endringsloven uttales det at «Det er i dag mulig å stille vilkår i forbindelse med forvaltningsvedtak dersom vilkårene er saklige, rimelige, og ikke innebærer forskjellsbehandling eller myndighetsmisbruk. Planlovutvalgets forslag innebærer en vesentlig innskrenkning både i kommunenes adgang til å inngå avtaler og til å stille ensidige vilkår for forvaltningsvedtak».⁸ Dispensasjonsbestemmelsen forblir uendret etter endringsloven, slik at uttalelsen om å innskrenke dispensasjonsadgangen blir hengende i luften.⁹

2.1.4 Lov om planlegging og byggesaksbehandling av 27. juni 2008.

⁸ Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) s.48

⁹ Denne uttalelsen behandles nærmere nedenfor under punkt 3.5.4

I den gjeldende loven er dispensasjonsmuligheten regulert i § 19-2. Kravet til særlige grunner er skiftet ut med et krav om at hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller lovens formålsbestemmelse ikke må bli vesentlig tilsidesatt ved at det gis dispensasjon. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.

Vilkårsadgangen er kommet til uttrykk i bestemmelsens første ledd annen setning, hvor det følger direkte at det kan stilles vilkår. Av forarbeidene fremgår det at loven viderefører adgangen til å sette vilkår.¹⁰ I tillegg uttales at bestemmelsen har samme innhold som uskreven, alminnelig forvaltningsrett (vilkårslæren). Denne presiseringen av vilkårslæren som det rettslige utgangspunkt kan markere et brudd med uttalelsen i forarbeidene til endringslov LOV-2005-05-27-30 som er nevnt ovenfor under punkt 1.2.3. Siden vilkårslæren er ulovfestet rett må en vesentlig innskrenkning av vilkårsadgangen ved dispensasjoner nødvendigvis være uttrykk for en tilpasning av vilkårslæren på dette rettsområdet. Forarbeidene til den gjeldende loven kan derfor sees som en tilbakeføring av rettstilstanden til at vilkårslæren er det rettslige utgangspunktet.

2.2 Grensedragningen mellom allemannsrett og eiendomsrett

2.2.1 Avveining av motstridende interesser

Dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven er et felt hvor motstridende interesser gjør seg gjeldende. På den ene siden finnes hensynet til grunneiere som ønsker å utnytte sin eiendom gjennom utbygging. Dette må avveies mot samfunnsinteresser som kan berøres negativt av de aktuelle tiltak. For friluftsliv kan dispensasjoner gi skadevirkninger ved at utmarksområder blir bygget ned og blir mer privatiserte. Konsekvensen kan være at områdets verdi for allmennheten reduseres, eller at allmennheten skyr unna området fordi det fremstår mer privat. Den grunnleggende interessekonflikten mellom utbyggere og allmennheten bunner i at deres atskilte interesser knytter seg til det samme arealet. Ofte gjør både utbyggerinteressen og friluftslivinteressen seg aller sterkest gjeldende i de samme områdene.

¹⁰ Ot.prp.nr. 32 (2007-2008) s. 242

Forarbeidene til plan- og bygningsloven nevner både kystområder, fjellområder og byer og tettsteder som områder der kampen om arealene er særlig stor¹¹.

2.2.2 Allemannsretten

Den grunnleggende tanken bak allemannsretten er at naturen skal være et fellesgode, og at eierforholdene til grunnen skal være uten betydning for den aktiviteten som utøves innenfor allemannsrettens rammer. Med friluftsliv i denne oppgaven menes all aktivitet som omfattes av allemannsretten. Tradisjonelt omfatter allemannsretten ferdselsrett, oppholdsrett og høstingsrett i utmark. Disse rettene har kommet til uttrykk i frilftsloven. Ferdelsretten er hjemlet i § 2 annet ledd, høstingsretten i § 5 og oppholdsretten i §§ 8 og 9 som hjemler retten til henholdsvis bading og telting/rasting.

Skillet mellom utmark og innmark følger av § 1a. Det foretas her en oppramsing av hva som regnes som innmark:

«gårdsplass, hustomt, dyrket mark, engslått og kulturbeite samt liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrensel for eier eller bruker.»

Utmark er således negativt definert. I Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa) var forståelsen av ordet «hustomt» i fril. § 1a sentralt for gyldigheten av pålegg til grunneier om å fjerne gjerder av hensyn til allmennheten. Retten kom til at hustomt må begrenses til den mer private sonen rundt bolighuset. Konsekvensen er at tomtegrensene til en eiendom ikke er av avgjørende betydning for hvorvidt det gjør seg gjeldende allemannsrett eller ikke. I Rt. 2012 s. 882 (Kyststi på Nesodden) ble en sti kun 5,5 m unna bolighus vurdert å være i utmark.

Vurderingen av hvor grensen går mellom utmark og innmark på en eiendom må bli konkret og ligger utenfor oppgaven å gå nærmere inn på. Skillet mellom utmark og innmark er likevel av betydning, siden ferdsel i utmark er beskyttet etter frilftsloven, mens ferdsel i innmark i utgangspunktet er forbudt med unntak for den begrensede ferdselsrett som gjelder for frosset mark i vinterhalvåret¹². Hvis dispensasjonen ikke gir noen privatiserende effekt utenfor den private sonen, er det vanskelig å begrunne vilkår. Motsatt må det kunne stilles vilkår dersom dispensasjonen gir privatiserende effekt eller annen ulempe for friluftsliv på de delene av

¹¹ Ot.prp.nr. 32 (2007-2008) s. 28

¹² Jf. fril. § 3

eiendommen som defineres som utmark, uavhengig av om selve dispensasjonstiltaket er plassert i innmark eller utmark.

Forholdet mellom allemannsretten og privat eiendomsrett er nærmere gjort rede for av Høyesterett i Rt. 2004 s. 1985 (Laksefiskedommen). Dommen gjaldt barns rett til å fiske innlandsfisk med stang og håndsnøre i vassdrag. Det uttales at «Allemannsretten eksisterer parallelt med grunneierens eiendomsrett, og det er slik sett et spenningsforhold mellom allmennhetens og grunneierens rett».¹³ Dette må forstås som at selv om det fort kan oppstå konflikter mellom allmennhetens og grunneierens rett, er rettene prinsipielt likeverdige og sameksisterende i den forstand at den ene ikke fortrenger den andre. Dette gjelder imidlertid kun så lenge allmennheten har interesse i området. Hvis et område over tid bygges ned og blir å definere som innmark etter friluftsloven må allemannsretten være bortfalt. Reusch drøfter forholdet mellom rettene og kommer til at «Rettighetene er sidestilt, selv om grensen mellom dem ikke nødvendigvis er klar og heller ikke konstant over tid».¹⁴

2.2.3 Forholdet mellom jus og politikk

Forvaltningen av friluftressurser er et politisk mer enn et rettslig spørsmål. I Norge er utgangspunktet etter allemannsretten at man «tar naturen som den er».¹⁵ Dette innebærer at man ønsker en natur med liten grad av tilpasning til menneskelig bruk. Tilrettelegging for friluftsliv medfører at det blir enklere for allmennheten å bruke naturen, men i dette ligger også at tilrettelegging i noen tilfeller i seg selv kan representere inngrep eller endring i naturen. Vern om friluftslivet er altså noe kvalitativt annet enn naturvern, og noen ganger kan en betydelig utøvelse av friluftsliv gi slitasje som forringer naturen. Dette avspeiles ved at vi har lovbestemmelser som innskrenker allemannsretten i verneområder.¹⁶ Samtidig er tilgang på natur avgjørende for muligheten til friluftsliv, slik at ivaretagelse av naturområder også kommer friluftslivet til gode. Det er heller ikke nødvendigvis enkelt å enes om hva slags tilrettelegging som gagnar friluftslivet. Det påpekes i forarbeidene til plan- og bygningsloven at friluftsliv i dag på den ene siden er en «defensiv» interesse knyttet til urørt natur med behov for stillhet og ro, mens det på den andre siden samtidig har et «offensivt» aspekt som

¹³ Avsnitt 46

¹⁴ Reusch, *Allemannsretten, friluftslivets rettsgrunnlag*, s. 456

¹⁵ Reusch, s. 301

¹⁶ Se f.eks. LOV-2009-06-19-100, Naturmangfoldloven § 37 tredje ledd annen setning, som hjemler ferdselsforbud i naturreservater

medfører inngrep i den samme natur, f.eks. i form av turveier og større skianlegg.¹⁷

Utviklingen går i retning av at friluftslivet blir stadig mer «moderne» og at stadig flere former for aktivitet anses som omfattet av allemannsretten. Backer nevner skiseiling som eksempel på mulig ny aktivitetsform som faller inn under ferdselsretten¹⁸. I Rt. 2014 s. 36 vurderte Høyesterett ferdsel på ski i alpinanlegg til å være beskyttet etter allemannsretten. Dette innebærer at utbygging av alpinanlegg gagnar én type friluftsliv, samtidig som det er til ulempe for andre typer friluftsliv. Denne dobbeltheten kompliserer bildet av hvordan man best bør ivareta friluftssressursene. Hvordan kommunene velger å tilrettelegge for friluftsliv, samt hvilke former for friluftsliv de vil tilgodese, er politikk. I denne sammenheng er det kun legaliteten av de vilkår som stilles som er av interesse.

2.3 Om bruken av vilkår i forvaltningsaker

2.3.1 Innledning

Innenfor det brede spekteret av forvaltningsaker brukes vilkår i ulike sammenhenger og på ulike rettsområder. Vilkår innebærer som regel en betingelse, plikt el. som griper inn i det enkelte rettssubjekts forhold. Det skulle dermed i utgangspunktet kreves lovhjemmel for vilkårsstillelse etter det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp, som fordrer at inngrep fra forvaltningen overfor borgerne er hjemlet i lov. For begunstigende vedtak der avgjørelsen er underlagt forvaltningens frie skjønn, er det gjennom rettspraksis utviklet en ulovfestet adgang til å stille vilkår. Til illustrasjon, ble det i Rt. 1961 s. 297 (Glacier blue) stilt vilkår for spesialkvote kjøpetillatelse på begravellesbil at bilen skulle lakeres sort. Det er imidlertid lagt til grunn i teorien at adgangen til å stille vilkår er avskåret når avgjørelsen av å innvilge eller avslå vedtaket utelukkende bygger på rettsanvendelsesskjønn. Unntaket er de tilfeller der vilkårsadgangen er særskilt hjemlet. Hvis loven er taus, er det altså forvaltningens mulighet til å utøve skjønn som er avgjørende.

Dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 19-2 innebærer at kommunen gjør unntak fra gjeldende lov eller plan, og innvilger søkeren et gode han i utgangspunktet ikke har krav på. Det er snakk om begunstigende vedtak, som forvaltningen kan velge å innvilge eller ikke å gjøre det. Skjønnsutøvelsen er riktignok underlagt omfattende begrensninger som følge av

¹⁷ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s. 31

¹⁸ Backer, Allemannsretten i dag, Lov og Rett, vol. 46, 8, 2007, s. 458

bestemmelsens annet ledd, men er ellers fri med unntak for de begrensninger som følger av myndighetsmisbrukslæren. Det er dermed adgang til å stille vilkår etter den ulovfestede regelen om vilkårsstillelse. For tilfellet § 19-2 er imidlertid dette synliggjort ved at det følger direkte av første ledd annen setning at det kan settes vilkår.

2.3.2 Utgangspunktet om byggetillatelse

Utgangspunktet etter pbl. § 21-4 første ledd er at den som søker byggetillatelse har rett til snarest å få tillatelse så fremt dette ikke er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av loven. Ved dispensasjon er det motsatt, siden det her gjelder tiltak som i utgangspunktet er ulovlige og som dermed krever særskilt tillatelse.

2.3.3 Forholdet til vilkårene i § 19-2

For at det skal kunne gis dispensasjon kreves det i § 19-2 annet ledd at forholdene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, ikke må bli vesentlig tilsidesatt. I tillegg kreves det at fordelene ved å gi dispensasjon er klart større enn ulempene etter en samlet vurdering. Det kreves her klar interesseovervekt for at det skal kunne dispenseres. Denne vurderingen må sees i sammenheng med lovligheten av de vilkår som er påheftet dispensasjonen. Vilkår i dispensasjon settes i stor utstrekning for å motvirke skadevirkninger av dispensasjonen. Når man vurderer dispensasjonens gyldighet må man derfor se dispensasjonsvedtaket og vilkårene med sine respektive virkninger, som et hele. Det innebærer at vilkårene kan være av avgjørende betydning for at dispensasjonen er lovlig. Samtidig stilles det egne krav til de vilkårene som stilles, som er tema i denne fremstillingen. Hvis lovens vilkår om klar interesseovervekt ikke skulle være oppfylt selv om man har stilt inngripende vilkår, er dispensasjonen ulovlig.

2.3.4 Prinsippene i naturmangfoldloven

Naturmangfoldloven¹⁹ inneholder en rekke prinsipper om hvordan naturen skal forvaltes. I nml. § 7 følger at prinsippene nevnt i §§ 8-12 så langt det er rimelig skal inngå som grunnlag for offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet. Som nevnt under punkt 2.2.2 er ikke vern av naturmangfold vern om friluftsliv i utgangspunktet ikke det samme. Men ivaretagelse

¹⁹ LOV-2009-06-19-100 om forvaltning av naturens mangfold, nml.

av naturmangfold kommer friluftslivet til gode, siden friluftsliv forutsetter en natur som er mest mulig intakt. Nml. § 8 legger til grunn at offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal bygge på kunnskap om naturen mv., og har således en side til kravet om at forvaltningens vedtak skal være tilstrekkelig opplyst. Det mest aktuelle av naturmangfoldlovens prinsipper for vilkårsstillelsen i dispensasjonssaker er prinsippet om at kostnadene ved miljøforringelse skal bæres av tiltakshaver²⁰. Både prinsippet om at forurenseren betaler og at den som får dispensasjon må dekke ulempene av dispensasjonen på vegne av allmennheten følger av en konsekvensetisk tankegang. Prinsippet om at påvirkning av et økosystem skal vurderes ut fra den samlede belastning²¹ har en slags parallell i kommunal planlegging, siden planprosess gir en helhetlig forvaltning, mens hyppig dispensasjonspraksis kan undergrave planens formål. Prinsippene har fått en stadig sterkere stilling²², og kan sies å danne et slags bakteppe for vurderingene av forvaltningens vedtak.

2.3.5 Nærmere om tilrettelegging

Det bærer for langt av sted å skulle gi en uttømmende oversikt over vilkår som kan stilles for å tilrettelegge for friluftsliv, da det i stor grad vil avhengige av forholdene i saken. Det kan være vilkår som tilrettelegger for ferdsel på stier, eller sikrer allmennheten adgang til f.eks. en flytebrygge. Det kan også være mer inngripende vilkår om å fjerne ulike innretninger fra eiendommen. Vilkår kan også være av mindre inngripende og mer presiserende art, f.eks. bestemmelser om å ivareta grønnstruktur eller trekke en bolig et visst antall meter fra et vassdrag.

2.3.6 Konfliktsituasjoner

Konflikter rundt dispensasjonssaker kan tenkes for de fleste typer saker, men det er noen «typetilfeller» som er særlig problematiske. Dispensasjonssaker i strandsonen kan skape konfliktsituasjoner med allmennheten, siden det er særlig stor rift om strandsonen, både til friluftsliv- og utbyggingsformål. Bruksendringer kan også være til allmennhetens fortrengsel, siden det kan medføre en mer intensiv bruk av området. Bruksendring fra hytte til helårsbolig eller fra naust til hytte innebærer at det stilles strengere tekniske krav til bebyggelsen etter

²⁰ Nml. § 11

²¹ Nml. § 10

²² Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utg. s. 72

reglene i byggt teknisk forskrift²³. Endringer på eiendommen til mer privatiserende uttrykk vil generelt kunne virke avvisende på allmennheten.

I det følgende blir fokus på hvilke områder det er mest aktuelt å stille vilkår som tilrettelegger for friluftsliv i dispensasjoner fra ulike lov og plangrunnlag.

2.3.7 Byggeforbudet i pbl. § 1-8

Plan- og bygningsloven § 1-8 annet ledd forbyr andre tiltak etter § 1-6 første ledd enn fasadeendringer i hundremetersbeltet. Samtidig slås det fast i første ledd at det i hundremetersbeltet langs sjøen og vassdrag skal tas særlig hensyn til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser. I forarbeidene²⁴ følger det at dette gjelder både i forbindelse med utarbeiding av planer og ved avgjørelse i dispensasjonssaker. Hensynet til å bevare strandsonen uten bebyggelse i områder med sterk konkurranse fremheves som en generell målsetning.

Hvor sterkt vern friluftslivet har i strandsonen følger ikke av § 1-8 alene, men må vurderes på bakgrunn av bestemmelser i vedtatte planer for området og statlige retningslinjer.²⁵ Gjennom forskrift²⁶ er det vedtatt statlige retningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen.²⁷ Det er her innført et system med tre ulike soner for strandsoneforvaltning. I sone 1, som omfatter kystkommuner i Oslofjordregionen presiserer forskriften at byggeforbudet skal praktiseres strengt og dispensasjoner skal unngås. I sone 2, som omfatter andre områder der presset på arealene er stort, bestemmer forskriften at dispensasjoner «som hovedregel» skal unngås. I sone 3, som omfatter områder med mindre press på arealene, stilles det kun krav til konkret vurdering ut fra lokale forhold før det kan gis byggetillatelse. Friluftsliv er generelt et av de aller viktigste hensynene i strandsonen, som ofte vil kunne legitimere at det stilles vilkår. Hvor sterkt vern friluftslivet har i et bestemt område må imidlertid vurderes ut ifra en rekke forhold: vedtatt arealformål²⁸, eventuelle hensynssoner²⁹

²³ FOR-2010-03-26-489

²⁴ Ot.prp.nr. 32 (2007-2008) s. 174

²⁵ I medhold av pbl. § 6-2

²⁶ FOR-2014-12-19-1726

²⁷ Se Myklebust og Schütz, Statlege planretningslinjar for forvaltning av strandsona, Tidsskrift for eiendomsrett 2012 s. 87-119 for en dyptpløyende behandling

²⁸ Jf. pbl. §§ 11-7 og 12-5

²⁹ Jf. pbl. §§ 11-8 og 12-6

samt reglene om differensiert strandsoneforvaltning, i tillegg til eventuelle bestemmelser i reguleringsplan som fastsetter særlige regler, for eksempel avvikende byggegrense.³⁰

De sterke signalene om en svært restriktiv dispensasjonspraksis i sone 1 og 2 kan sees på bakgrunn av pbl. § 19-2 fjerde ledd, som fremholder at kommunen ikke bør gi dispensasjon fra byggeforbudet når en direkte berørt statlig eller regional myndighet har uttalt seg negativt om dispensasjonssøknaden.³¹ Et særlig spørsmål er om dette også har betydning for adgangen til å stille vilkår i dispensasjon. Etter mitt syn har den politiske uviljen mot dispensasjoner i strandlinjen i seg selv liten betydning for hvor langt forvaltningen kan gå i vilkårsstillelsen. Vilkår må forankres i hensynet til allmennheten, og ikke i den omstendighet at kommunen har handlet i strid med retningslinjene ved å gi dispensasjon. En annen sak er at friluftslivets sentrale betydning i strandsonen ofte vil måtte innebære at kommunen nettopp kan stille et mer tyngende vilkår, siden det påvirker forholdsmessighetsvurderingen.

2.3.8 Bruk og vern av sjø og vassdrag, med tilhørende strandsoner

Dette arealformålet følger av pbl. § 11-7 nr. 6 for kommuneplanens arealdel, og § 12-5 nr. 6 for reguleringsplan. Etter forarbeidene omfatter formålet både sjøområder, overgangen mellom sjø og land og sjønære landarealer.³² Underformålene etter arealformålet er ferdsel, farleder, fiske, akvakultur, drikkevann, natur- og friluftsområder hver for seg eller i kombinasjon. Det legges derved opp til en betydelig grad av detaljering og integrering av ulike interesser. Arealkategorien gir grunnlag for en mer helhetlig og funksjonell planlegging i strandsonen enn det som kan finne sted i et LNF-område.

De mest aktuelle underformålene av hensyn til friluftsliv er natur- og friluftsområder, selv om «fiske» også omfatter fritidsfiske³³, og dermed kan gjøres innenfor rammene av høstingsretten. Ferdsele er derimot i utgangspunktet fri etter allemannsretten, slik at formålet «ferdsel» neppe kan sees som å vektlegge friluftslivets interesser.³⁴

I områder hvor kommunen har lagt opp til utøvelse av friluftsliv, vil friluftsliv være en viktig interesse. Innenfor dette arealformålet må imidlertid hensynet til allmennheten vektes mot andre viktige interesser som gjør seg gjeldende, som næringsinteresser. I tillegg til angivelse

³⁰ Jf. pbl. § 1-8 (3), jf. §§ 11-9 nr. 5 og 12-7 nr. 2

³¹ Jf. pbl. § 1-8 (3), jf. §§ 11-9 nr. 5 og 12-7 nr. 2

³² Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s. 216

³³ Jf. Pedersen s. 237

³⁴ Pedersen s. 236

av underformål kan bestemmelser til planen etter § 11-11 nr. 3-7 og eventuelle hensynssoner³⁵ kaste lys over hvordan friluftsliv må vektes mot andre hensyn i området.

2.3.9 Områder regulert til landbruks-, natur- og friluftsmål

Arealformålet LNFR³⁶ finnes i § 11-7 annet ledd nr. 5 for kommuneplanens arealdel, og i § 12-5 annet ledd nr. 5 for reguleringsplan. Formålet omfatter områder avsatt til landbruksproduksjon, natur- og friluftsområder, samt reindriftsområder. Begrepet LNF gjøres nærmere rede for i forarbeidene. Det fremgår her at store utmarksområder i høyfjellet, skogsområder og tynt befolkede kyststrekninger normalt skal legges ut til LNF.³⁷ LNF-områder skal i det vesentlige være ubebygget, eller bare bebygget i tilknytning til landbruk og reindrift. Arealformålet må også kunne omfatte andre typer områder kommunen ønsker å verne.³⁸ Hvis kommunen ønsker en større grad av bebyggelse, kan LNF-området legges ut under § 11-7 annet ledd nr. 5 underformål b, «areal for spredt bolig-, fritids- eller næringsbebyggelse mv.» Slik bebyggelse kan tillates gjennom behandling av enkeltvise søknader eller ved reguleringsplan, men kun i den utstrekning at det fortsatt er snakk om «spredt» bebyggelse.³⁹

I kommuneplanens arealdel må LNF-områder legges ut i tvungen kombinasjon⁴⁰, slik at området reguleres til samtlige hovedformål. Det kan imidlertid gis særskilte bestemmelser om hensynssoner etter § 11-8 annet ledd bokstav c hvor det spesifiseres hvilke av formålene som skal prioriteres i området. For reguleringsplan følger det av § 12-5 annet ledd nr. 5 at det kan differensieres mellom formålene, slik at et område kan legges ut til f.eks. kun landbruk eller kun friluftsliv. Videre følger det av § 12-6 at hensynssoner til kommuneplanens arealdel skal legges til grunn ved utarbeiding av reguleringsplan, og kan videreføres i planen. Det er altså planen, eventuelt supplert med hensynssoner som avgjør om friluftsliv er et viktig hensyn i området eller ikke. Hvis området er regulert til natur- og friluftsmål i reguleringsplan, må friluftsliv klart være et hovedhensyn. Hvis planen angir landbruksformål som det sentrale, men det samtidig er opprettet sone med særlig hensyn til friluftsliv, blir friluftsliv også å

³⁵ Jf. §§ 11-8 og 12-6

³⁶ Heretter kalt LNF

³⁷ Ot.prp.nr. 32 (2007-2008) s. 215

³⁸ Se om dette Innjord s. 236

³⁹ Jf. Pbl. § 11-11 nr. 2, og ellers Innjord s. 240

⁴⁰ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s. 174

regne som viktig. Uten slik etablert hensynssone må det imidlertid legges til grunn at friluftsliv ikke er blant de sentrale hensyn i området.

2.3.10 Grønnstruktur

Grønnstruktur er et nytt arealformål etter plan- og bygningsloven av 2008. For kommuneplan nevnes formålet i § 11-7 annet ledd nr. 3, og for reguleringsplan i § 12-5 annet ledd nr. 3. Grønnstruktur omfatter etter loven naturområder, turdrag, friområder og parker. Forarbeidene definerer grønnstruktur som sammenhengende, eller tilnærmet sammenhengende vegetasjonspregede områder innenfor eller i tilknytning til en by eller et tettsted. Begrepet omfatter altså de fleste grøntområder innenfor byggesonen. Friområder og lekeområder i tilknytning til utbyggingsområder rubriseres imidlertid under arealformålet bebyggelse og anlegg.

Innenfor byggesonen er det ofte et betydelig press på grøntområder, samtidig som slike grønne lunger oppfattes som viktige å ivareta. En aktuell type vilkår er derfor de som krever at byggeprosjekter gis en plassering og en utforming som sikrer at de i minst mulig grad kommer i konflikt med eller forringer grøntområder. Siden grønnstruktur knytter naturområder innenfor byggesonen sammen med LNFR-områder utenfor byggesonen, vil ivaretagelse av grønne korridorer som leder ut av byggesonen også gi en gevinst for det friluftsliv som bedrives utenfor grønnstrukturen. En forskjell fra LNFR-områder er at det for underformålene friområder og parker aksepteres en større grad av tilrettelegging for bruk. Konsekvensen av dette er at man også kan gå lenger i vilkårsstillelsen. Det vil f.eks. kunne stilles vilkår om å gjennomføre planeringsarbeid, sørge for beplantning eller plassere ut benker. Parker og friområder er populære områder som favner videre enn kun det urbane friluftsliv, slik at tilrettelegging også for andre aktiviteter kan forekomme. Det faller imidlertid utenfor problemstillingen. For underformålene naturområder og turdrag vil vilkårssituasjonen være tilsvarende som i LNFR-områder, som behandles like nedenfor.

Forarbeidene nevner for øvrig grønnstruktur spesifikt som viktig for friluftsliv.⁴¹ Dette må favne både det urbane friluftsliv i parker, i naturområder innenfor byggesonen og i turdrag som leder ut til friluftsområder utenfor byggesonen, regulert til LNFR.

⁴¹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 30

Det vanlige er at områder regulert til grønnstruktur erverves av kommunen.⁴² Disse ervervede områdene er uten interesse for oppgavens problemstilling, siden kommunen ikke trenger å gå veien om dispensasjon. Det er imidlertid åpnet for at kommunen kan gi bestemmelser om hvilke arealer i grønnstrukturen som skal være til offentlige formål eller fellesareal i § 11-10 nr. 3. Det åpnes altså for at områder regulert til grønnstruktur kan bli i privat eie. I tillegg til dette kan grønnstrukturen sikres gjennom hensynssone etter § 11-8 bokstav c. Arealformålet er da et annet, og kan være i privat eie, selv om allmennheten har stor interesse i området. Hvis grønnstrukturen kun er sikret gjennom hensynssone blir nok friluftsliv litt svakere som hensyn, siden arealformålet ivaretar andre, ofte motstridende hensyn.

2.3.11 Andre arealformål

Ovenfor har jeg redegjort for de arealformålene der friluftsliv kan være et sentralt hensyn. Det betyr ikke at vilkår som tilrettelegger for friluftsliv er avskåret til kun disse formålene. Men hvis friluftsliv er lite sentralt som hensyn, må vilkår bli av mindre inngripende art.⁴³ Et eksempel på et vilkår som ikke er særlig inngripende er vilkår om å ivareta en gangvei eller sti som ligger i et anleggsområde, men leder til friluftsområde. Reusch antar at det ved byggesaker i tråd med reguleringsplan⁴⁴ kan stilles presiserende vilkår for gjennomføringen av tiltaket hvis planen ikke har bestemmelser som spesifiserer forhold av betydning for friluftsliv.⁴⁵ Jeg mener det samme må gjelde i dispensasjonssaker ved arealformål som ikke tilgodeser friluftsliv.

2.3.12 Vilkår i dispensasjon fra plankrav

I pbl. § 12- 1 tredje ledd fastslås det at for større bygge- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn, kreves det reguleringsplan. Konsekvensen av dette er at det ikke kan gis dispensasjon for slike tiltak. I § 11-9 nr. 1 følger det at kommunen uavhengig av arealformål kan vedta krav om reguleringsplan for visse arealer eller for visse tiltak. Hvis kommunen vedtar et strengt plankrav, øker behovet for å få dispensasjon fra plankravet, siden tiltak i mindre grad enn tidligere kvalifiserer til byggerett.

⁴² Pedersen, et al., *Plan- og bygningsrett, del 1, Planlegging og ekspropriasjon, 2. utgave, s. 226*

⁴³ Jf. avslutningsvis under punkt 3.4.3

⁴⁴ Utenfor dispensasjon

⁴⁵ Reusch s. 330

Også ved dispensasjon fra plankravet kan det stilles vilkår. En type vilkår det kan være aktuelt å stille i dispensasjon fra plankrav er vilkår om konsekvensutredning. Utenfor det som defineres som «større byggetiltak» etter § 12-1 tredje ledd gjelder det ikke noe krav til konsekvensutredning. Det kan likevel være aktuelt å stille som vilkår der hvor kommunen er usikker på de nærmere følgene av dispensasjonen, og ønsker et bedre beslutningsgrunnlag. Formålet med en konsekvensutredning er å sikre at hensynet til miljø og samfunn blir tatt i betraktning⁴⁶. Det er en type vilkår som representerer en slags mellomløsning mellom en vanlig dispensasjonssak og en planprosess.

⁴⁶ Jf. FOR-2014-12-19-1726

3 Vilkårslæren

3.1 Innledning – vilkårslæren

Vilkårslæren stiller krav til saklighet og forholdsmessighet. I det følgende skal først forholdet til myndighetsmisbrukslæren avklares. Deretter blir temaet domstolsprøvingen på vilkårslærens område. Så følger presentasjon av det nærmere innholdet i vilkårslæren, og de nærmere vurderingstemaer som er aktuelle.

3.2 Forholdet mellom vilkårslæren og myndighetsmisbrukslæren

I forvaltningsretten legger den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren en generell begrensning på forvaltningens myndighet. Forvaltningens vedtak er ulovlige dersom de innebærer usaklig forskjellsbehandling, bygger på utenforliggende hensyn, eller er åpenbart urimelige. Samtidig setter den ulovfestede vilkårslæren krav om at vilkår må være saklige og forholdsmessige. Spørsmålet blir da om disse regelsettene overlapper hverandre, eller om vilkårslæren fortrenger myndighetsmisbrukslæren i vilkårsspørsmål.

Når det gjelder vernet mot usaklig forskjellsbehandling, ligger det i dispensasjonsinstituttets natur at det skal skje en forskjellsbehandling, siden dispensasjonen nettopp gjør enkeltvis unntak fra et rettsgrunnlag. I Rt. 2007 s. 281 (Barka-dommen) ble en reguleringsplan som regulerte en strandeiendom til friområde kjent ugyldig, da denne reguleringen var i strid med forutsetningen om at området skulle brukes til fortsatt barnehagedrift. Et poeng i dommen var hvorvidt det var saklig at akkurat Barkas eiendom skulle reguleres til friområde, mens naboene fikk oppføre naust på sine eiendommer. I forbindelse med avgjørelsen uttalte retten at «Det hører som nevnt inn under forvaltningens frie skjønn å bestemme hvilke arealer som – innenfor lovens rammer – skal reguleres til de ulike formål som er nevnt i pbl. § 25. [...] Hvorvidt det hadde vært mer hensiktsmessig eller rimelig å velge andre eiendommer til friområder, er en vurdering som domstolene ikke kan overprøve».⁴⁷ Siden avgjørelsen om å innvilge en dispensasjonssøknad og eventuelt knytte vilkår til den er underlagt fritt skjønn, er det adgang til å forskjellsbehandle. Begrensningen ligger i at forskjellsbehandlingen må være

⁴⁷ Avsnitt 64

saklig. Dette reguleres uttømmende av vilkårlærens saklighetskrav. At forvaltningen kan gi en faglig basert grunn for sin vurdering må være tilstrekkelig.

Myndighetsmisbrukslæren stiller krav om at vedtak ikke må bygge på utenforliggende hensyn. Hvilke hensyn som er lovlige hensyn følger av en saklighetsbetraktning, slik at vilkårlærens saklighetskrav regulerer dette. Hvorvidt vilkårlæren setter strengere krav til hvilke hensyn vilkåret kan bygge på eller ikke er noe omstridt i teorien. Graver hevder at «Formål som er mer perifere i forhold til hjemmelsgrunnlaget kan ut fra læren om sidehensyn begrunne vilkår selv om de ikke kan begrunne et avslag».⁴⁸ Østenstad er uenig og skriver at han har «[...]vanskar med å avvise at det gjeld eit rettskjeldeprinsipp som dreg i retning av å stille strengare krav til kva føremål som kan fremjast gjennom vilkårsstilling, enn det som følgjer av misbrukslæra».⁴⁹ Denne diskusjonen kommer vi tilbake til under punkt 3.4.3. I denne sammenhengen er det tilstrekkelig å fastslå at i den grad vilkårlæren opererer med en avvikende standard for hva som er lovlige hensyn enn myndighetsmisbrukslæren, så må det være uttrykk for en presisering, slik at vilkårlæren gis forrang etter lex specialis-prinsippet.

Det siste kriteriet i myndighetsmisbrukslæren er at vedtak ikke må være grovt urimelige. Spørsmålet her blir om vernet mot grovt urimelige vedtak tilfører noe som ikke allerede følger av vilkårlærens forholdsmessighetsprinsipp. Forholdsmessighet innebærer at vilkåret må være egnet, nødvendig og at fordelene må overstige ulempene.⁵⁰ Bernt argumenterer for at «åpenbart urimelig» er uttrykk for en forholdsmessighetsstandard, siden hva som er åpenbart urimelig må avgjøres etter en vurdering av «... styrken og karakteren ikke bare av de ulemper borgeren påføres, men også i høyeste grad av de hensyn som tilgodeses ved dette vedtaket. [...] Dette er nødvendigvis en forholdsmessighetsvurdering».⁵¹ Rt. 2008 s. 560 gjaldt opphevelse av innreiseforbud etter utvisningsvedtak i medhold av utlendingsloven. Retten avviste i denne saken at det gjelder et generelt forholdsmessighetsprinsipp i forvaltningsretten, men uttalte i tilknytning til vurderingen av om vedtaket var åpenbart urimelig at «i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger».⁵² Samlet sett indikerer dette at kravet til forholdsmessighet i vilkårlæren også må være uttrykk for en

⁴⁸ Graver, s. 290

⁴⁹ Søyvig, s. 143

⁵⁰ Se nærmere om dette under punkt 2.4 flg.

⁵¹ Søyvig, s. 42

⁵² Avsnitt 48

rimelighetsstandard. Konsekvensen er at vilkår som etter myndighetsmisbrukslæren er «åpenbart urimelige» også vil være uforholdsmessige.

Det kan altså legges til grunn at vilkårslæren regulerer situasjonen ved vilkårsstillelse uttømmende og fortrenger læren om myndighetsmisbruk. I det følgende skal det gjøres rede for domstolsprøvingens intensitet i vilkårsspørsmål, blant annet i lys av prøvingen etter myndighetsmisbrukslæren.

3.3 Om rettens prøving av vilkår

3.3.1 Generelt

Høyesterett har over tid vist stor tilbakeholdenhet med å sette til side avgjørelser som bygger på forvaltningsskjønn. Blant annet ble det i Rt. 1962 s. 805 uttalt at «problemet for domstolene er bare om det foreligger et ekstremt tilfelle av feilgrep fra forvaltningsmyndighetenes side», i tilknytning til spørsmålet om å overprøve forvaltningens skjønn. Dette kan tas til inntekt for et syn om at domstolene ikke skal drive legalitetskontroll med forvaltningen, utover i de mest ekstraordinære tilfeller av skjønnsoverskridelse. Det finnes imidlertid også dommer hvor retten har vært mer tilbøyelig til å prøve skjønnet, blant annet Rt. 1951 s. 19 (Mortvedtdommen), hvor Høyesterett prøvde lovligheten av Samferdselsdepartementets avslag på søknad om drosjebevilling.⁵³

Særlig tilbakeholden er retten med å overprøve forvaltningens vurdering av vedtaks forholdsmessighet. Vilårsstillelse representerer her et unntakstilfelle, siden vilkårs forholdsmessighet forutsettes å skulle prøves.⁵⁴ Det at kompetansen ligger der er ikke det samme som at den brukes fullt ut. Østenstads artikkel *Vilkårslæra sitt forholdsmessigkrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimelig-standard – og vice versa*⁵⁵ går i dybden på hvordan vilkårslæren blir praktisert i domstolene sammenliknet med myndighetsmisbrukslæren. Et av funnene i artikkelen er at både domstolene og juridisk teori er svært forsiktige med å si noe konkret om hvor terskelen for overprøving ligger. Dette medfører en uklarehet ved om prøvingsretten etter vilkårslæren slik den blir praktisert faktisk

⁵³ For en mer dyptpløyende redegjørelse av disse spørsmål, se Jan Fridthjof Bernt, *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 259-264

⁵⁴ Se f.eks. Graver, s. 132

⁵⁵ Publisert i Søvig, *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, s. 111 flg.

er videre enn etter misbrukslæren. Men i Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) indikerer Høyesterett at graden av overprøving varierer etter rettsområde. Dommen gjaldt adgangen til å gjennomføre vask og stell av en sykehjemspasient mot hans vilje, da hans hygieniske situasjon hadde skapt uholdbare forhold for de ansatte på hjemmet. Førstvoterende uttalte at «Ved tilbud om sykehjemsplass vil søkerens reelle valgfrihet ofte være høyst begrenset, og adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever.»⁵⁶ Dette slutter annenvoterende seg til. Det er altså grunn til å tro at graden av valgmulighet for den vilkåret retter seg mot er av betydning for terskelen for prøvingen.

Basert på disse uttalelsene legger jeg til grunn for den videre behandling at det på vilkårslærens område skjer en differensiering i domstolsprøvingen etter hvilket rettsområde man befinner seg på. I mangel av mer rettspraksis til støtte for slik fleksibilitet er det likevel en usikker slutning. Fokuset videre blir situasjonen der det stilles vilkår etter plan- og bygningsloven § 19-2, og hva det vil si for domstolskontrollen.

3.3.2 Situasjonen ved vilkårsstillelse etter pbl. § 19-2

Ved dispensasjon gjør kommunen unntak fra regelverket ved å tilkjenne søkeren et gode som i utgangspunktet er forbudt. Vilkåret kan sees som en kostnad eller motytelse for vedtaket som stilles av hensyn til andre interesser kommunen skal ivareta. Det er vanskelig å si noe generelt om de tiltakene det søkes dispensasjon for, da disse kan være svært ulike og av ulik størrelse. Ved mindre saker om oppføring av tiltak på egen eiendom er det sjelden søkeren er avhengig av å få innvilget dispensasjon, men heller at han ønsker seg det. Men hvis den gjeldende reguleringsplanen har mistet sin aktualitet gjennom samfunnsutvikling, kan det være at de forhold som tilsa at det aktuelle tiltak var i strid med plangrunnlaget, ikke lenger gjør seg gjeldende. Et eksempel kan være bolig i LNF-område som i praksis er utbygd slik at friluftsinteressen i området har bortfalt. Da forsvinner også grunnlaget for å stille motytelser til vedtaket. Backer nevner at innvilgelse av dispensasjoner i slike tilfeller kan skje standardmessig⁵⁷.

Den som får et vilkår rettet mot seg har selv oppsøkt situasjonen ved å søke dispensasjon. Sammenliknet med tilfellet i den ovenfor refererte Sårstelldommen har dispensasjonssøkere betydelig valgfrihet. Vilkår er rett nok utformet som en ensidig plikt overfor søkeren. Men

⁵⁶ Jf. Rt. 2010 s. 612 avsnitt 32

⁵⁷ Backer, s. 219

hvis søkeren ikke aksepterer vilkåret, kan han velge å avstå fra å gjennomføre dispensasjonstiltaket og således slippe unna vilkåret. Dette er også et område hvor avgjørelsene som tas må sees på bakgrunn av politiske målsetninger og ønsket om å samordne ulike interesser til samfunnets beste. I tillegg kommer at kommunens avgjørelse av å innvilge eller avslå søknaden er underlagt fritt skjønn.

Dette taler for å innrømme forvaltningen en ganske vid skjønnsmargin. Det er imidlertid stor styrkeforskjell mellom partene i dispensasjonssaker, og det må antas at kommunen i kraft av sin overlegne posisjon kan utøve et betydelig press mot den private part. Risikoen for at forvaltningen overskrider sin myndighet ved å stille et uforholdsmessig tyngende vilkår er til stede.

Sammenliknet med andre rettsområder hvor vilkårsloven gjelder, er ikke dette blant de områdene med behov for strengest domstolsprøving. Som eksempel på områder hvor det er et større avhengighetsforhold mellom forvaltning og den vilkåret retter seg mot kan nevnes vilkår for tildeling av økonomisk stønad.⁵⁸ Et forhold som taler for en offensiv prøving av vilkår i byggesaker er likevel det at vurderingene av lovens vilkår for å dispensere klart er rettsanvendelsesskjønn. Forvaltningen må da forvente en viss prøvingsintensitet også av vilkårene påheftet dispensasjonen.

3.4 Krav til at vilkår må være saklige

3.4.1 Innledning

Kravet til saklighet har to sider. For det første stilles det krav til den konkrete sammenhengen mellom vilkår og dispensasjon. I tillegg stilles det krav til det aktuelle formål som begrunner vilkåret. Kravet til saklig sammenheng blir behandlet her i det følgende, mens spørsmålet om hvilke hensyn vilkåret kan bygge på er behandlet nedenfor under punkt 3.4.3.

3.4.2 Saklig sammenheng mellom vedtak og vilkår

I kravet til vilkårs saklighet ligger at det må være saklig sammenheng mellom vedtaket saken gjelder og vilkår som heftes til dispensasjonen. I teorien er dette blitt beskrevet som et krav

⁵⁸ Vilkårshjemmel i sotjl. § 20 første ledd

om tilknytning mellom ytelse og motytelse.⁵⁹ For at vilkåret skal være lovlig, må det foreligge en tilstrekkelig nær forbindelse mellom det som oppnås ved dispensasjon og det enkelte vilkår. I forarbeidene til plan- og bygningsloven av 1985 § 7 er dette forklart som at «det må også være en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår, f.eks. slik at vilkår så langt som mulig kompenserer for ulemper o.l. dispensasjonen ellers kan medføre.»⁶⁰ Denne uttalelsen danner grunnlaget for drøftelsen i Rt. 2003 s. 764, Løvenskiold. Saksforholdet gikk ut på at det ved dispensasjon til bygging av kjøpesenter ble stilt som vilkår at utbygger skulle bekoste en offentlig gang- og sykkelvei. Dispensasjonen ville medføre at en midlertidig gang- og sykkelvei ble overbygd. En kompliserende omstendighet i saken var at en tidligere innregulert permanent gangvei ikke lot seg bygge grunnet forhold som ikke var tilknyttet dispensasjonen. Spørsmålet var om det at reguleringsplanen ikke lenger hadde noen tilfredsstillende løsning for syklister og fotgjengere medførte at det kunne stilles som vilkår at utbygger skulle bekoste den permanente veien. Retten indikerer at det er tilstrekkelig saklig tilknytning.⁶¹ En svakhet ved dommen er at når retten senere tar endelig standpunkt til gyldigheten av vilkåret⁶², konkluderer den ikke om saklighetsspørsmålet, men trekker i stedet inn momenter som inngår i vurderingen av vilkårets forholdsmessighet. Tilsynelatende antyder retten her at kravet til saklig tilknytning ikke er absolutt, og at vilkår som mangler sådan likevel kan være lovlige hvis de ellers er forholdsmessige. I så fall innebærer det at kravet til saklig sammenheng er av veiledende karakter, og at det er forholdsmessighetsvurderingen som blir utslagsgivende ved tvil om sakligheten.

I en sak fra sivilombudsmannen (somb-2008-82), ble det behandlet klage over vilkår satt av hensyn til friluftsliv. Det var søkt dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen for en rekke tiltak på samme eiendom. Det gjaldt blant annet påføring av jord til plen, påføring av sand til strand, samt røsting av tak på båthus og utedo. Som vilkår hadde fylkesmannen satt krav om planting av stedsvegetasjon for å markere stien over plenen, samt anlegging og skilting av adkomst til områder på eiendommen. I tillegg krevde fylkesmannen riving av et naust og fjerning av en flaggstang som var plassert på en odde på eiendommen. Vilråene var begrunnet med at dispensasjon ville medføre at eiendommen fremsto vesentlig mer privatisert enn tidligere, og at dette kunne virke avvisende på allmennheten.

⁵⁹ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett 3. utgave* s. 295

⁶⁰ Ot.prp.nr.56 (1984-1985) s. 102

⁶¹ Avsnitt 68

⁶² Avsnitt 71

Vilkåret om planting av stedsvegetasjon for å markere stien over plenen er knyttet direkte til tillatelsen om opparbeidelse av plen, og har dermed klart saklig sammenheng med dispensasjonen. Det aktuelle området lå i utmark, og fylkesmannen vurderte det som viktig at allmennhetens tilgang til området ble sikret. De andre vilkårene har en mindre direkte tilknytning til dispensasjonen. Fylkesmannen begrunnet kravet om riving av naustet med at andre bygninger på eiendommen som følge av dispensasjonen ville bli mer dominerende. Vilkåret om fjerning av flaggstangen ble begrunnet med at den var plassert unaturlig langt unna sentral bebyggelse på eiendommen, og var et privatiserende element.

Sivilombudsmannen vurderte vilkårenes legalitet og valgte ikke å reise innvendinger mot fylkesmannens avgjørelse. Samtidig angir sivilombudsmannen noen relevante momenter for vurderingen av saklig sammenheng, nemlig *geografisk nærhet* og *nærhet i funksjon*. Videre kommenteres at disse momentene isolert sett taler imot at det foreligger tilstrekkelig saklig sammenheng for vilkåret om naustet og flaggstangen, da disse er plassert 160 meter unna hovedhuset på eiendommen. Likevel har naustet delvis samme funksjon som de omsøkte tiltakene båthus og utedo, blant annet lagringsfunksjon. Når det gjelder flaggstangen, tjener den en annen funksjon enn de omsøkte tiltak. Sivilombudsmannen legger likevel vekt på at den i likhet med de omsøkte tiltak har en privatiserende effekt på eiendommen, og at den derfor kan kreves fjernet for å begrense skadevirkningene av dispensasjonen.

Hvis vi skal forsøke å trekke noen slutninger fra dette rettskildebildet, blir det for det første klart at vilkårets saklighet følger av en bred helhetsvurdering av de konkrete forholdene i den enkelte sak. Det følger allerede av Løvenskiolddommen. Vurderingen må ta utgangspunkt i at det kreves en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår. Geografisk nærhet og nærhet i funksjon inngår i vurderingen som veiledende momenter. Slik jeg ser det må den geografiske nærheten henspille på avstanden mellom vilkår og det omsøkte tiltak. Avstanden til hovedhus eller andre innretninger på eiendommen er etter min mening uten betydning for spørsmålet om saklig tilknytning, selv om somb-2008-82 kan tolkes motsatt. Kanskje ønsket sivilombudsmannen å poengtere at en avstand på 160 meter nærmer seg en maksgrense for hva som er saklig tilknytning. Samtidig tolker jeg avgjørelsen slik at det faktisk at dispensasjon og vilkår knyttet seg til samme eiendom veide tyngre enn den faktiske avstanden. Siden geografisk nærhet kun er ett av flere momenter i vurderingen, finner jeg ikke grunn til å oppstille noen slikt konkret angitt grense. Det er imidlertid heller ikke mulig å hevde at det nødvendigvis er tilstrekkelig geografisk nærhet hvis dispensasjon og vilkår er knyttet til samme eiendom, rett og slett fordi eiendommer kan variere drastisk i størrelse. Men

generelt vil nok vilkår knyttet til en naboeiendom med samme eier lettere bli ansett som et annet forhold enn det dispensasjonen gjelder, slik at det vanskeligere lar seg påvise en naturlig sammenheng.

Nærhet i funksjon som tolkningsmoment innebærer at vilkåret lettere vil anses saklig hvis innretningen det er knyttet til tjener de samme funksjoner eller behov som det omsøkte tiltak. Begrunnelsen for resonnementet må være at dispensasjon veier opp for den ulempe vilkåret representerer for dispensasjonssøker, slik at vilkåret blir lettere å bære. Nærhet i funksjon er likevel kun ett av flere relevante momenter, og kan ikke sees som noen absolutt forutsetning for saklig sammenheng. Vilkåret om fjerning av flaggstang i Somb-2008-82 hadde ingen nærhet i funksjon til de omsøkte tiltak, og kun en begrenset geografisk nærhet. Likevel vurderte sivilombudsmannen vilkåret som saklig, fordi det var egnet til å begrense en ulempe som ikke fulgte av ett enkelt dispensasjonstiltak, men av dispensasjonen som et hele. Det var den samlede graden av privatisering som ville finne sted ved dispensasjon som begrunnet vilkåret. Dette understreker at saklighetsvurderingen er en bred helhetsvurdering hvor det er den samlede virkning av dispensasjonsvedtaket som er avgjørende. Det må imidlertid antas at vilkåret om fjerning av flaggstang kunne blitt kjent ugyldig hvis den geografiske nærheten til de omsøkte tiltak hadde vært enda mindre. Hvordan tiltaket påvirket de visuelle forholdene på stedet var nok likevel viktigere enn den faktiske avstanden.

3.4.3 Krav til hensyn som kan begrunne vilkår

Det gjelder her saklighetskontroll med de hensyn som ligger til grunn for vilkåret etter læren om utenforliggende hensyn som gjelder generelt i forvaltningsretten. Kravet i sin nåværende form ble først formulert Bernt i artikkelen «utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn»⁶³, som påpeker at «det er snakk om en begrensnings i forvaltningens diskresjonære kompetanse i form av et positivt krav til vedtakets motiverende premisser». Spørsmålet er hvor stor grad av frihet man skal tillegge forvaltningen ved valg av hensyn. Bernt finner at det må være adgang til å trekke inn «nøytrale sidehensyn» i vurderingen, altså hensyn som verken faller sammen med eller motvirker lovens formål. Domstolene forutsettes å kontrollere forvaltningens vekting av hensyn, og «hovedhensyn» eller lovens formål må forventes å ha en fremskutt plass i avgjørelsesprosessen.⁶⁴ Boe argumenterer i artikkelen «ulovlige hensyn i

⁶³ Publisert i Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241-348

⁶⁴ Bernt s. 271

forvaltningsretten»⁶⁵ for at kun å vurdere om vedtaket ligger innenfor lovens formål er utilstrekkelig, og at det må foretas en bred helhetsvurdering basert på saklighetsbetraktninger. Forvaltningen må vurdere hvor fjernt hensynene står i forhold til formålene i loven, målsettinger som er overordnet dem, rettferdighetsidealer og liknende.

I rettspraksis har Høyesterett akseptert at det legges vekt på hensyn som ligger utenfor lovens formål. I Rt. 1993 s. 528 (Lunner pukkverk) aksepterte retten avslag på utslippssøknad etter forurensningsloven begrunnet i overordnede miljøhensyn som har betydning på tvers av forvaltningssektorene. Retten fant at den trafikkforurensning som saken gjaldt var omfattet av lovens formål. Som et obiter dictum uttalte imidlertid førstvoterende dommer Lund at «for min del finner jeg det nokså klart at også andre miljøulemper enn de forurensningsmessige etter omstendighetene vil kunne tillegges avgjørende vekt som avslagsgrunn etter forurensningsloven». Det er blitt hevdet i teorien⁶⁶ at miljøhensyn står i en særstilling siden nåværende Grunnloven § 112 gir slike hensyn særskilt vern. Avgjørelsen i Rt. 1998 s. 78 (Bjørlo hotell) går imidlertid lenger i å akseptere vektlegging av andre hensyn enn lovens formål. Saken gjaldt tildeling av skjenkebevillinger etter alkoholloven. Ved vurdering av søkerne la kommunen avgjørende vekt på næringspolitiske hensyn, herunder skjenkestedets lokalisering. Et flertall på tre dommere fant at kommunen i en slik situasjon med flere søkere det ikke var noe å innvende mot måtte ha adgang til å vektlegge næringspolitiske hensyn. Et poeng i saken var at det på dette rettsområdet er mange kryssende hensyn og at det i alkoholovens forarbeider ble fremholdt at «det må trekkes liberale grenser for hvilke hensyn det kan legges vekt på». Retten synes nettopp å begi seg inn i en slik bred helhetsvurdering som Boe etterlyser i sin artikkel. Lovens formål alene ga ikke en tilfredsstillende løsning på problemet, slik at kommunen vurderte det som saklig å vektlegge næringspolitiske hensyn. Etter dette må det sannsynligvis aksepteres at forvaltningen legger avgjørende vekt på hensyn som ligger utenfor lovens formål, så lenge dette ikke kommer *i konflikt* med lovens formål.⁶⁷

Som nevnt under punkt 3.2 har det blitt argumentert både for at kontrollen med forvaltningens valg av hensyn på vilkårslærens område er strengere⁶⁸ og mindre streng⁶⁹ enn etter myndighetsmisbrukslæren. Graver, som mener det gjelder et generelt krav til

⁶⁵ Publisert i Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 349-401

⁶⁶ Se f.eks. Graver s. 122 med henvisninger

⁶⁷ Se for øvrig Graver s. 125 som konkluderer i samme retning

⁶⁸ Jf. Østenstad i Søvig s. 143

⁶⁹ Jf. Graver s. 290

forholdsmessighet i forvaltningsretten⁷⁰ argumenterer for at hvor nært et hensyn er lovens formål har betydning for forholdsmessigheten til vedtaket.⁷¹ Uttalelser i rettspraksis gir etter Gravers syn støtte i hans retning⁷² ved at det stilles strengere krav til forholdsmessigheten når hensynet bak vedtaket er mer sideordnet. Etter min mening er det fornuftig å se vurderingen av hvilke hensyn som er saklige i sammenheng med vurdering av vilkårs forholdsmessighet. Forholdsmessighetsvurderingen er nettopp en interesseavveining, der ulike hensyn gjør seg gjeldende med ulik styrke⁷³. At man kan gå lenger i vilkårsstillelsen hvis vilkåret motiveres av et hovedhensyn enn et sidehensyn er et naturlig utgangspunkt. Siden det gjennom vilkårs læren er etablert et krav til at vilkår må være forholdsmessige, er det ikke sikkert det finnes noe stort behov for å føre en streng kontroll med forvaltningens valg av hensyn basert på saklighetsbetraktninger. Forutsetningen er imidlertid at det finner sted en forholdsmessighetskontroll som kan slå inn hvis et tyngende vilkår er motivert av hensyn som er lite sentrale etter lovens formål.

Nedenfor følger en gjennomgang av de ulike lov- og plangrunnlag som kan begrunne at det stilles vilkår av hensyn til friluftsliv. Jeg forutsetter at det finner sted en differensiering av friluftslivets betydning som hensyn etter hva slags område dispensasjonssaken gjelder. Dette vil være styrende for vurderingen av om det kan stilles vilkår, samt vilkårenes nærmere innhold.

3.5 Krav til at vilkår må være forholdsmessige

3.5.1 Innledning

I tillegg til at vilkår må være saklige, følger det av vilkårs læren at de også må være forholdsmessige. I juridisk teori er det vanlig å dele opp forholdsmessigheten i såkalt vid og snever forstand.⁷⁴ Forholdsmessighet i snever forstand er en ren avveining av fordeler og ulemper ved et vedtak. Med forholdsmessighet i vid forstand menes at vedtaket i tillegg må være egnet til å oppfylle formålet og nødvendig. Nedenfor skal disse kriteriene behandles enkeltvis.

⁷⁰ Graver s. 130

⁷¹ Graver s. 126

⁷² Graver s. 135-138

⁷³ Se nærmere om dette under punkt 3.5.4

⁷⁴ Se f.eks. Lilleholt(red.), *Knophs oversikt over Norges rett, fjortende utg.* s. 64

En av de store diskusjonene i juridisk teori de siste årene har vært hvorvidt det gjelder, eller bør gjelde et generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. Diskusjonen er uten betydning for denne oppgaven, siden det er sikker rett at det gjelder et krav til forholdsmessighet ved vilkårsstillelse.

3.5.2 Krav om at vilkår må være egnet

Ett av elementene i forholdsmessighet i vid forstand er at vedtaket må være egnet til å oppfylle et lovlig formål. I denne sammenheng blir det en vurdering av vilkårets egnethet til å oppfylle det formålet som begrunner det. Så vidt meg bekjent finnes det ikke rettspraksis som avklarer innholdet av kravet til egnethet. I juridisk teori finnes litt ulike synspunkter på hva som ligger i at vedtak må være egnet. Bernt ser dette som en «[...]presisering eller mulig utvidelse av kravet om at forvaltningsskjønnet skal være basert på et ønske om å ivareta den type formål vedkommende lov eller annet hjemmelsgrunnlag er utformet med sikte på å ivareta». ⁷⁵ Dette handler altså om forvaltningens valg av hensyn, som er behandlet ovenfor under punkt 2.3.

Graver gir kravet til egnethet et annet innhold og legger tilsynelatende til grunn at domstolene skal prøve den faktiske formålstjenligheten til vedtaket. Han skriver at «Vurderingen av om et tiltak er egnet, vil i første rekke være av faktisk, faglig karakter og ha sammenheng med situasjoner der forvaltningen skal realisere bestemte mål». ⁷⁶ Etter dette må det sies å være uklart hva kravet til egnethet faktisk innebærer. I det følgende blir drøftelsen hvilket krav til egnethet som bør gjelde ved vilkårsstillelse etter problemstillingen. Grunnet lite kildemateriale må det nødvendigvis bli en vurdering av ganske frirettslig natur.

Det er vanskelig etisk sett å forsvare et inngrep mot enkeltpersoner som ikke tjener noe formål. Situasjonen ved vilkår i dispensasjon er likevel særegen, siden vilkåret her kan sees som en motytelse mot et gode, altså innvilgelse av dispensasjonen. Samtidig må virkningene, eller formålstjenligheten av vilkåret ikke antas å påvirke hvor byrdefullt vilkåret er å gjennomføre for den private part. Det kan nok like fullt oppleves som meningsløst å bli pålagt et vilkår man ikke ser noen hensikt med.

⁷⁵ Søvig, s. 37

⁷⁶ Graver, s. 128

Innvendinger mot vilkårets egnethet kan tenkes der hvor dispensasjonssøkeren bestrider grunnlaget for at vilkåret blir stilt og mener tiltaket ikke er til ulempe for allmenne interesser. Han kan også tenkes å bestride at det gjør seg gjeldende allmenne interesser i området. En tredje innvending kan være at selv om søkeren anerkjenner dispensasjonens ulempe for friluftsliv, er det hans oppfatning at det aktuelle vilkår ikke har noen positiv virkning for allmennheten, og dermed er uegnet.

De nærmere vurderinger av slike spørsmål vil som påpekt av Graver ovenfor måtte bli av ganske faglig, faktisk karakter. Man må ta utgangspunkt i vilkårets og dispensasjonstiltakets innvirkning på det aktuelle friluftslivet på stedet, og vurdere hvor egnet vilkåret må være for at det skal være lovlig. Etter mitt syn ligger terskelen for at en domstol skal sette til side et vilkår grunnet manglende egnethet svært høyt. Det henger sammen med at de vurderingene som står i sentrum i et spørsmål om egnethet er av lite rettslig art og griper inn i kommunens prioriteringer på en felt hvor skjønnet er vidt. At kommunen har vurdert disse spørsmålene og kommet frem til at vilkåret skal stilles må som regel være tilstrekkelig. Unntak kan tenkes der hvor vilkåret fremstår som helt tilfeldig. Det kan indikere at forvaltningens behandling av saken har vært mangelfull og at det hefter tilblivelsesmangel ved vedtaket. Hvorvidt en domstol i ettertid vil kjenne et lite formålstjenlig vilkår ugyldig hvis det ellers er forholdsmessig, må likevel være usikkert.

Hva står vi så igjen med? Er det noe substans i kravet til egnethet utenom det som allerede følger av de krav som stilles til forvaltningens valg av hensyn? En mulig slutning er at ved tvil om forholdsmessigheten i snever forstand kan det sees hen til momentene som inngår i forholdsmessighet i vid forstand.⁷⁷ Dette kan bety at hvis domstolen er usikker på et vedtaks forholdsmessighet, underkastes vedtaket en prøving av hvor egnet det er til å oppfylle det aktuelle formål. Ved tvil også om vilkårets egnethet, vil det nok fort bli ansett som lovstridig. Det er logisk at der hvor det er stilt et tyngende vilkår, skjerpes kravene til vilkårets formålstjenlighet. Kravet til vilkårs egnethet blir da av svært beskjeden selvstendig betydning, men det kan trekkes inn i en bred forholdsmessighetsvurdering i vid forstand, og etter omstendighetene være av avgjørende betydning.

En beslektet situasjon som har en side til manglende formålstjenlighet kan tenkes der hvor vilkåret ikke er like effektivt som forvaltningen hadde ønsket. Som eksempel kan tenkes at

⁷⁷ Se nærmere om dette under punkt 2.7

fasadeendringen det ble gitt dispensasjon til var til sterkt privatiserende uttrykk, og selv om kommunen stilte vilkår om å rive et uthus, ble allmennhetens bruk av området likevel redusert etter gjennomføring av tiltakene. Den omstendighet at forvaltningen gjerne skulle stilt et strengere vilkår for å motvirke en ulempe av dispensasjonen kan neppe legitimere tilbakekall eller endring av vedtaket. Forvaltningsloven⁷⁸ § 35 tredje ledd åpner for at klageinstans eller overordnet myndighet kan omgjøre vedtak til skade for den det retter seg mot uten at det foreligger klage, av hensyn til andre privatpersoner eller offentlige interesser. Her gis overordnet organ mulighet til å gripe inn i kommunens dispensasjonspraksis av hensyn til allmenne interesser. Det må imidlertid antas at de fulle virkninger av dispensasjonen med vilkår ikke viser seg innen den korte fristen på tre uker etter at det ble sendt melding om vedtaket.⁷⁹ Det må legges til grunn at forvaltningen normalt er bundet av det vilkåret den stiller.

3.5.3 Krav om at vilkår må være nødvendige

Det neste elementet i forholdsmessighetsvurderingen er krav om at det aktuelle inngrep må være nødvendig. Dette inngår som del av forholdsmessighet i vid forstand. For vilkårslærens vedkommende blir dette en vurdering av det enkelte vilkårs nødvendighet. I den videre behandling skal jeg vurdere betydningen av nødvendighetskriteriet innenfor oppgavens problemstilling. Siden det ikke finnes rettspraksis som gjør rede for det nærmere innhold eller rekkevidde av kravet, må utgangspunktet nok en gang være juridisk teori.

Etter sin språklige betydning angir «nødvendig» noe som er sterkt presserende. En skulle derfor tro at det i et krav til vilkårs nødvendighet ligger nokså klare begrensninger av forvaltningens myndighet. I juridisk teori er betydningen av nødvendighetskravet antatt å være begrenset, men det nærmere innholdet i kravet er noe omstridt. Bernt mener det er snakk om et minste middels prinsipp, og skriver at «hvis samme resultat kunne oppnås ved andre og mindre inngripende tiltak og uten vesentlig ekstra ressursbruk, har forvaltningen overskredet grensene for sine fullmakter».⁸⁰ Bernt konkluderer med at kravet er «nesten helt uten selvstendig betydning».

⁷⁸ LOV-1967-02-10

⁷⁹ Jf. fvl. § 35 tredje ledd, annen setning

⁸⁰ Sjøvig, s. 37-38

En annen forståelse av nødvendighetskriteriet finner vi hos Graver. For Graver som for Bernt, er det snakk om et minste middels prinsipp, men han utvider nødvendighetskriteriet til også å være et krav om at et inngripende vedtak må være nødvendig for å fremme det hensyn som begrunner det.⁸¹ For dette standpunktet finner Graver støtte i Rt. 1990 s. 861 (Henjum), som gjaldt avslag på søknad om fradeling av eiendom etter jordloven. Sentralt i dommen var spørsmålet om fradeling ville være driftsøkonomisk forsvarlig eller gi miljømessige ulemper. Høyesterett fant vedtakets begrunnelse lite tilfredsstillende og underkjente det. Departementet hadde ikke pekt på konkrete ulemper som følge av den aktuelle fradelingen, men kun basert seg på generelle uttalelser. Graver konkluderer med at domstolen mente det «kunne være feil at vedtaket var nødvendig». Senere i fremstillingen skriver Graver i tilknytning til vilkår at vilkår som «[...]settes for å avbøte en skadevirkning av tillatelsen, kan for den private parten representere en mellomløsning og dermed som mindre inngripende enn ikke å få en tillatelse eller en ytelse i det hele tatt. I disse tilfellene kan det derfor være berettiget å si at man kan slutte ut fra det mer til det mindre.»⁸² Dette kan tolkes som at vilkår som ikke er stilt under henvisning til en konkret skadevirkning ikke lar seg legitimere ut ifra en «fra det mer til det mindre»-tankegang, siden det ikke foreligger en ulempe som *nødvendigjør* vilkår. Den videre drøftelsen blir hvorvidt det er hensiktsmessig å gi nødvendighetskriteriet et slikt innhold i vilkårsspørsmål.

På den ene siden gir det god sammenheng med legalitetsprinsippet at inngrep mot private rettssubjekter må forankres i «noe», herunder behovet for å forhindre eller avhjelpe en konkret ulempe av dispensasjonen. Det er også logisk rent språklig sett at «nødvendig» stiller visse krav til situasjonen for når det kan stilles vilkår. Herfra er det imidlertid ikke langt til at dette kravet om ulempe blir en absolutt forutsetning for vilkårsstillelsen. Da oppstår en ny uklarhet gjennom spørsmålet om hvor konkret en ulempe må være for at det i det hele tatt skal være prinsipiell adgang til å stille vilkår. I Løvenskiolddommen ga dispensasjonen en svært konkret ulempe, ved at den eksisterende gang- og sykkelveien ville bli overbygd. I den nevnte Somb-2008-82 var dispensasjonens negative virkning noe mer svevende, nemlig at eiendommen ville fremstå mer privatisert. Avgjørende må være at situasjonen ved vilkårsstillelse skiller seg markant fra tilfellet i Henjumdommen ved at skjønnet når forvaltningen hefter tyngende vilkår til dispensasjon skal prøves fullt ut. Det skal herunder foretas forholdsmessighetsvurderinger i snever forstand, altså vurderinger av fordeler og

⁸¹ Graver, s. 135-136

⁸² Graver, s. 289

ulempene ved dispensasjonen, samt vekting av de hensyn som gjør seg gjeldene.⁸³ Hvorvidt vilkåret er å anse nødvendig for å avhjelpe en skadevirkning av vedtaket, griper direkte inn i dette vurderingstemaet, men blir i denne sammenheng en for smal vurdering. Siden denne typen nødvendighetsbetraktninger ikke tilfører noe nytt i vurderingen som ikke allerede finnes i forholdsmessighetsvurderingen i snever forstand, blir konklusjonen at det ikke er hensiktsmessig å anvende et slikt utvidet nødvendighetskriterium ved vilkårsstillelse. Denne fremstillingen legger derfor til grunn at kravet til nødvendighet kun er et minste middels prinsipp. Forvaltningen må altså stille et vilkår som er mildest mulig for å realisere det formålet som begrunner vilkåret.

Se for øvrig Bernts omtale av Gravers argumentasjon vedrørende Henjumdommen.⁸⁴ De nærmere spørsmålene denne saken reiser ligger utenfor min problemstilling.

3.5.4 Krav til at fordelene overstiger ulempene

Forholdsmessighet i snever forstand angår forholdet mellom et vedtaks fordeler og ulemper. Uten nærmere presisering må det antas at vedtak er forholdsmessige dersom fordelene overstiger ulempene, slik at det kreves alminnelig interesseovervekt. Det kan imidlertid fastsettes ulike standarder for forholdsmessigheten på ulike rettsområder.⁸⁵ Etter vilkårlæren som er ulovfestet rett, må det legges til grunn at det gjelder vanlig interesseovervekt, slik at fordelene ved vilkåret må være større enn ulempene. I den videre behandling blir vurderingstemaet i interesseavveiningen det sentrale fokus.

I juridisk teori har Graver tatt til orde for at vurderingen blir en kost-nytte-vurdering hvis det kun gjelder økonomiske verdier.⁸⁶ Men hvis det gjør seg gjeldende hensyn av ikke-økonomisk art, må forholdsmessigheten avgjøres ut ifra en vekting av hensyn. Han finner at «Som et rettslig prinsipp vil det ofte være tale om å veie styrken av de samfunnsinteresser som er nedfelt i lovgivningen opp mot hensynet til de berørte individinteresser». Bernt er mer forsiktig i at angi vurderingstemaet konkret, men legger til grunn at det gjelder en avveining av motstående hensyn.⁸⁷

⁸³ Se nærmere om dette under punkt 2.4

⁸⁴ Bernt, s. 38

⁸⁵ Et nærliggende eksempel er pbl. § 19-2 annet ledd annen setning, som krever at fordelene ved å gi dispensasjon må være *klart større* enn ulempene etter en samlet vurdering.

⁸⁶ Graver, s. 129

⁸⁷ Sjøvig, s. 38

Ved vilkårsstillelse av hensyn til friluftsliv er det allmennhetens interesse som begrunner vilkår. Det kan vanskelig tenkes å bli snakk om en ren økonomisk vurdering, siden hensynet til friluftsliv typisk er av ikke-økonomisk karakter. Gjennomføringen av det konkrete dispensasjonsstiltak med tilhørende vilkår er imidlertid mulig å taksere. Etter mitt syn er vekting av disse økonomiske størrelsene mot hverandre et dårlig utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen.

Kostnadene ved å realisere dispensasjonstiltaket sier ingenting om hvor stort avvik fra lov- eller plangrunnlag det er snakk om. Det kan derfor ikke sluttet at siden det er dyrt for dispensasjonssøkeren å realisere det omsøkte tiltak, kan han i tillegg pålegges et byrdefullt vilkår. Utgangspunktet må tas i friluftslivet på stedet, og den ulempen eller risikoen for ulempe som følger av dispensasjonen. Dette må så avveies mot den byrde søkeren pålegges gjennom vilkåret. Momenter som kan tale for å akseptere et strengt vilkår kan være at dispensasjonen gir en klar skadevirkning for friluftsliv, eller at området er særlig viktig for allmennheten grunnet sin egenart eller utstrakte bruk. Motsatt kan det anføres at den forringede friluftsopplevelsen som følge av dispensasjonen er av liten betydning sammenliknet med den mer konkrete byrden det er for søkeren å få vilkåret direkte rettet mot seg. Dette nyanseres ved at dispensasjonen representerer en permanent endring som gir ulempe for alle brukere av området. Det blir derfor en vurdering av hensynet til mange personer kontra hensynet til den private part. I tillegg kommer den private egeninteresse i å få dispensasjon. De motstridende hensyn vil ofte være inkommensurable størrelser. Vurderingen vil da måtte lene seg på reelle hensyn, altså ønsket om å finne den alt i alt rimeligste løsningen.

Tilfellet Løvenskiold (Rt. 2003 s. 764)

I Rt. 2003 s. 764 (Løvenskiold)⁸⁸ er retten meget knapp når den drøfter forholdsmessigheten av vilkåret.⁸⁹ Det fastslås enkelt at slike vilkår ikke er uvanlige, at Løvenskiold fikk frigjort utbyggingsgrunn og ikke har klaget på vilkåret, i tillegg til at det verdimeslige størrelsesforhold mellom vedtak og vilkår nevnes. Tidligere i dommen har imidlertid retten tatt stilling til om kommunen skulle ha vedtatt ny reguleringsplan i stedet for den valgte fremgangsmåte som innebar mindre planendring og dispensasjon. Det uttaltes da at vilkåret

⁸⁸ Saksforholdet er nærmere gjort rede for ovenfor under punkt 3.4.2

⁸⁹ Avsnitt 83

«ligge(r) i ytterkant av hvilke vilkår som kan stilles i en slik forenklet saksbehandling».⁹⁰ Når retten likevel aksepterer vilkåret er det fordi den forenklete behandling «skjedde med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til, Løvenskiold».⁹¹ Denne vektleggingen av Løvenskiolds interesser må innebære en forholdsmessighetsvurdering selv om retten ikke gir uttrykk for dette. Hensynet til Løvenskiold talte for å godkjenne vilkåret, og hadde det ikke vært slik, kunne vilkåret blitt underkjent. Samtykket er her et uttrykk for at dispensasjonen tjener til Løvenskiolds fordel.⁹²

Et annet spørsmål er hvilke forhold ved saken som gjorde at retten mente vilkåret lå i ytterkanten av det som kunne stilles. Når retten først har godkjent kommunens fremgangsmåte er det jo vilkårlæren som setter grensene, altså at vilkåret må være saklig og forholdsmessig. Retten indikerer at vilkåret er saklig, men tar ikke endelig standpunkt.⁹³ Retten uttaler kort at vilkåret er forholdsmessig, men drøfter søkers interesse ved siden av. En mulig tolkning er at vilkåret var tvilsomt fordi det bar preg av at kommunen hadde veltet en offentlig utgift over på Løvenskiold. Det kommenteres av retten at det kan ligge utbyggingsansvar for gang- og sykkelveien på det offentlige grunnet bestemmelser i tidligere gjeldende reguleringsplan.⁹⁴ Dette er en situasjon det er interessant å se i lys av uttalelsen i Ot.prp.nr. 22 (2004-2005) om innskrenking av vilkårsadgangen.⁹⁵ Den aktuelle endringsloven gjaldt primært vilkår i utbyggingsavtaler, som forutsetter forhandlinger mellom partene og således ligger nærmere kontraktsrett enn ensidige dispensasjonsvilkår gjør. Men uttalelsen om «ensidige vilkår for forvaltningsvedtak» sikter klart nok til dispensasjonssaker. Bakgrunnen for endringsloven var «en del eksempler på at kommuner har stilt krav som går ut over rammer som har vært oppfattet som akseptable for ansvarsfordeling mellom det offentlige og private».⁹⁶ Hvis poenget var å ta et oppgjør med en praksis planlovutvalget mente overskred lovlige rammer, kan det spørres om ikke vilkårlæren allerede er et tilstrekkelig verktøy. I kravet til forholdsmessighet ligger også en forutsetning om at vilkår skal være rimelige.⁹⁷ Det er naturlig at det stilles strengere krav til forholdsmessigheten hvis saken har karakter av at kommunen har utøvet press mot søkeren ved å pålegge ham å dekke en offentlig utgift.

⁹⁰ Avsnitt 73

⁹¹ Avsnitt 71

⁹² Jf. nedenfor under punkt 3.5.5

⁹³ Behandlet nærmere under punkt 3.4.2

⁹⁴ Avsnitt 69

⁹⁵ Jf. ovenfor under punkt 2.1.3

⁹⁶ S. 10

⁹⁷ Jf. ovenfor under punkt 3.2

Somb-2008-82

Somb-2008-82⁹⁸ er den avgjørelsen som går lengst i å presisere innholdet av forholdsmessighetsprøvingen. Uttalelsen om at det må være «en viss balanse mellom vilkårene som er satt, og tiltakene det er gitt tillatelse til», må likevel sies å tilkjenne forvaltningen en viss skjønnsmargin. Den kan tolkes som at det er tilstrekkelig at fordelene og ulempene er omtrent like store. Hvis det skulle funnet sted en fullstendig prøving av forholdsmessigheten ville fordelene ved vilkåret måttet være større enn ulempene for å kvalifisere til alminnelig interesseovervekt.

I denne avgjørelsen representerer både dispensasjonstiltakene og vilkårene en *pakke* av flere tiltak. Uttalelsen om balanse kan indikere at så lenge pakkene med dispensasjonstiltak og vilkår er omtrent like store, kvalifiserer det til forholdsmessighet. Det er i så fall en ganske annerledes vekting enn i Løvenskiold-dommen, der vilkåret på ca. 4 % av kostnadene ved den totale utbyggingen det søktes om ble funnet å være i ytterkanten av det som kunne stilles. Ulikheten i vektingen kan delvis forklares med at vilkårene i somb-2008-82 ikke bar preg av at kommunen benyttet seg av situasjonen ved å stille vilkår om at søkeren skulle dekke en offentlig utgift. I stedet fremstår vilkårene i saken kun som et forsøk på å forhindre at eiendommen skulle fremstå mer privatisert, slik at friluftslivet ville bli skadelidende. Sivilombudsmannen prøvde ikke den konkrete skadevirkningen av dispensasjonen, men la til grunn at saken var tilstrekkelig opplyst, og at det sånn sett ikke var noe å innvende mot fylkesmannens vurdering. En konsekvens av å tillate såpass betydelige vilkår som dette er etter mitt syn at vilkårene ikke lenger kan legitimeres ut ifra en *fra det mer til det mindre*-tankegang⁹⁹. Hvis vilkårene kan nærme seg dispensasjonstiltaket i størrelse, kan det ikke lenger hevdes at innvilgelse av dispensasjonen på vilkår nødvendigvis er mindre inngripende enn ikke å få dispensasjon i det hele tatt. Det er imidlertid heller ingen forutsetning for vilkårenes gyldighet. Det avgjørende er fortsatt den brede interesseavveiningen som også tar opp i seg hensynet til samfunnsinteresser som berøres av dispensasjonen.

Eiendommen i den aktuelle saken lå i strandsonen i et område regulert til LNF i kommuneplanen. I planen ble områdekategorien beskrevet som «områder hvor friluftsliv og/ eller natur/landskapsvern er en svært viktig bruksinteresse». I tillegg ble området omfattet av

⁹⁸ Saksforholdet er gjort rede for under punkt 3.4.2

⁹⁹ Se Graver, s. 289 som argumenterer at man kan slutte fra det mer til det mindre hvis vilkår settes for å avbøte skadevirkninger av tillatelsen.

de rikspolitiske retningslinjene for planlegging i kyst- og sjøområder i Oslofjordregionen¹⁰⁰. Friluftsliv hadde derved et spesielt sterkt vern i området.

3.5.5 Betydningen av samtykke

I Løvenskiold-dommen legger retten avgjørende vekt på samtykket til Løvenskiold under vurderingen av vilkåret. Retten henviser til Rt.1964 s. 209 (Mimi Halvorsen) og finner «klar støtte for resultatet».¹⁰¹ Mimi Halvorsen-dommen gjaldt avståelse av del av eiendommen som betingelse for konsesjon. Det ble der lagt vekt på at Halvorsen hadde stilt seg positiv til avståelse, slik at det kvalifiserte til samtykke. Jeg kan slutte meg til vektleggingen av samtykke i disse avgjørelsene. Etter mitt syn kan det imidlertid ikke legges til grunn som et generelt utgangspunkt at samtykke til vilkår generelt sett må føre til at vilkåret blir ansett gyldig. Det følger av dispensasjonsvedtakets ensidighet. I en utbyggingsavtale har den private part reell innflytelse på prosessen, ved at avtalens innhold er resultat av forhandlinger mellom partene. I en dispensasjonssak kan det også være rom for at søkeren gjør gjeldende synspunkter overfor kommunen og at disse tas til følge, slik som i Løvenskiold. Derved kan også dispensasjonssaker ha et visst «avtalepreg». Men partene er aldri likeverdige, og hvis det er viktig for søkeren å få dispensasjon, kan det oppstå en uheldig situasjon der kommunen legger press på søkeren til å akseptere et tyngende vilkår. Det er derfor etisk problematisk å legge til grunn at samtykke generelt sett bør bli utslagsgivende. Gode grunner kan tale for at samtykket ikke får en fremskutt plass i forholdsmessighetsvurderingen, men at det fortsatt blir en bred interesseavveining.

3.6 Oppsummering

Alt i alt er dette et rettsområde hvor rettsutviklingen ikke har kommet så langt, og hvor det trolig vil skje en utvikling gjennom mer praksis. Jeg har forsøkt å etter beste evne gå dypt inn i vurderingstemaene etter vilkårlæren. Fortsatt er imidlertid uklart hvordan en domstol vil foreta slike vurderinger. Forholdsmessighet er et i utgangspunktet nokså utilgjengelig begrep, som igjen består av bestanddeler som også er vage, med mindre de gis et nærmere definert innhold. Litt av årsaken til denne uklarheten kan være at forholdsmessighet er relevant rettsgrunnlag i så mange sammenhenger at uttalelser i teorien nødvendigvis må bli ganske

¹⁰¹ Avsnitt 73

generelle. Ikke minst gjelder dette når man argumenterer for et generelt forholdsmessighetsprinsipp, slik mange av teoretikerne gjør. Da kan det være interessant å ta utgangspunkt i et enkelt rettsområde (her vilkårsstillelse) og heller spørre «hva innebærer kravet til forholdsmessighet på dette området».

Mens denne oppgaven slutføres jobbes det med en ny dispensasjonsbestemmelse som skal erstatte dagens § 19-2. Det kan således ligge an til mye spennende rettsutvikling fremover.

Litteraturliste

Litteratur

Backer, Inge Lorange, *Innføring i naturressurs- og miljørett, 5. utg.*, Oslo 2012: Gyldendal akademisk

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg.*, Oslo 2007: Universitetsforlaget

Innjord, Frode A. (red.), *Plan- og bygningsloven med kommentarer, bind I*, Oslo 2010: Gyldendal akademisk

Lilleholt, Kåre, *Knophs oversikt over Norges rett, fjortende utg.*, Oslo 2014: Universitetsforlaget

Pedersen, Odd Jarl, et al., *Plan og bygningsrett, del I, Planlegging og ekspropriasjon, 2. utg.*, Oslo 2010: Universitetsforlaget

Reusch, Marianne, *Allemannsretten, friluftslivets rettsgrunnlag*, 2012: Flux forlag

Søvig, Karl Harald (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, 2015: Fagbokforlaget

Artikler

Backer, Inge Lorange, *Allemannsretten i dag*, Lov og Rett, vol. 46, 8, 2007, s. 451-470

Bernt, Jan Fridthjof, *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1978, s. 241-348

Boe, Erik, *Ulovlige hensyn i forvaltningsretten*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1978, s. 349-401

Myklebust, Ingunn Elise og Sigrid Eskeland Schütz, *Statlege planretningslinjer for forvaltning av strandsona, Særleg om korleis lov og retningslinje i samsverke kan påverke kommunale planar og vedtak om bruk og vern*, Tidsskrift for eiendomsrett 2012 s. 87-119

Reusch, Marianne, *Adgangen til å stille vilkår ved tillatelser etter plan- og bygningsloven*, Lov og Rett, vol. 53, 1, 2014, s. 14-32

Reusch, Marianne, *Tilrettelegging for friluftsliv – mot grunneierens vilje*, Tidsskrift for eiendomsrett, 2012, s. 134-152

Lover

Lov 27.06.2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

Lov 28.06.1957 nr. 16 om friluftslivet (friluftsløven)

Lov 10.02.1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 19.06.2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)

Lov 27.05.2005 nr. 30 om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)

Lov 28.22.2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven)

Lov 17.06.2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven)

Lov 18.12.2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteløven)

Lov 14.06.1085 nr. 77, plan- og bygningslov (opphevet)

Lov 18.06.1965 nr. 7, bygningslov (opphevet)

Lov 22.02.1924 nr. 2, bygningslov (opphevet)

Forskrifter

Forskrift 25. mars 2011 nr. 335 Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen

Forskrift 19. desember 2014 nr. 1726 om konsekvensutredninger for planer etter plan- og bygningsloven

Forskrift 26. mars 2010 nr. 489 om tekniske krav til byggverk

Forarbeider

Ot.prp.nr.32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen)

Ot.prp.nr.45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen)

Ot.prp.nr.22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)

Ot.prp.nr.56 (1984-1985) Plan- og bygningslov

NOU 1982:13 Forenklinger i bygningsloven, Delutredning nr. 1

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 2014 s. 36

Rt. 2012 s. 884 *Kyststi på Nesodden*

Rt. 2010 s. 612 *Sårstell*

Rt. 2008 s. 560

Rt. 2007 s. 281 *Barka*

Rt. 2004 s. 1985 *Laksefiske*

Rt. 2003 s. 764 *Løvenskiold*

Rt. 1998 s. 78 *Bjørlo hotell*

Rt. 1998 s. 1164 *Furumoa*

Rt. 1993 s. 528 *Lunner pukkverk*

Rt. 1990 s. 861 *Henjum*

Rt.1964 s. 209 *Mimi Halvorsen*

Rt. 1962 s. 805

Rt. 1961 s. 297 *Glacier blue*

Rt. 1951 s. 19 *Mortvedt*

Sivilombudsmannen:

Somb-2008-82