



UiT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Kommunens adgang til å stille vilkår etter plan- og bygningsloven og ulovfestet rett i byggesaker

JUR-3902 H18 Daniel Woll

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, høst 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	<i>Problemstillingens aktualitet og hensyn</i>	2
1.2	<i>Definisjoner</i>	3
1.3	<i>Rettskilder og rettsanvendelsen</i>	4
1.4	<i>Metode, avgrensninger og disposisjon</i>	5
2	Kort om planprosessen, fra henvendelse fra forslagstiller til ferdig plan	6
2.1	<i>Saksgangen i kommuneplanen</i>	6
2.2	<i>Saksgangen i byggesaker</i>	8
2.2.1	<i>Planenes rettskraft</i>	9
2.3	<i>Kommunens ansvar i arealplanleggingen</i>	9
2.3.1	<i>Reguleringsplan</i>	10
2.3.2	<i>Sammenhengen mellom pbl. § 11-5 «kommuneplan» og pbl. § 12-1 «reguleringsplan»</i>	11
2.4	<i>Kommunens avtalekompetanse og styrkeforhold</i>	11
2.5	<i>Utbyggingsavtaler</i>	12
2.5.1	<i>Rekkefølgekrav</i>	13
2.6	<i>Kommunens skjønnskompetanse</i>	13
2.6.1	<i>Tyngende vilkår til begunstigende vedtak</i>	14
2.6.2	<i>Oppsummering:</i>	16
3	Vilkårsstillelse etter ulovfestet rett	17
3.1	<i>Generelt om ulovfestet vilkårs lære</i>	17
3.2	<i>Saklig sammenheng</i>	17
3.3	<i>Forholdsmessighet</i>	20
3.3.1	<i>Egnethet</i>	20
3.3.2	<i>Nødvendighet</i>	21
3.3.3	<i>Tyngende vilkår</i>	21
3.4	<i>Kommunens avtalekompetanse og den private parts aksept rekkevidde. Kan manglende hjemmel repareres gjennom privatrettslige avtaler?</i>	22
4	Vilkårsstillelse etter plan og bygningsloven	25
4.1	<i>Dispensasjon fra reguleringsplan</i>	25
4.2	<i>Dispensasjon fra Plan- og bygningsloven</i>	26
4.3	<i>Midlertidig dispensasjon og etterfølgende vilkårsstillelse</i>	28
4.4	<i>Omgjøringsadgangen, jf. fvl. § 35, og etterfølgende vilkårsstillelse</i>	30
4.5	<i>Vilkårsstillelse i utbyggingsavtaler, jf. pbl. § 17-3</i>	31
4.5.1	<i>Saklighet</i>	32
4.5.2	<i>Skadevirkning og ulemper</i>	32
4.6	<i>Rekkefølgekrav</i>	33
4.7	<i>Vilkårsstillelse i byggesaksdelen</i>	34
4.8	<i>Vilkårsstillelse til byggeretten</i>	35
4.9	<i>Ulovlighetsoppfølging</i>	37
5	Forholdet mellom lovfestet og ulovfestet adgang til å stille vilkår	38

1 Innledning

Tema for oppgaven er kommunens adgang til å stille vilkår etter plan- og bygningsloven og ulovfestet rett i byggesaker. Kommunen har et overordnet ansvar for forvaltning av kommunens område, herunder kommuneplanen arealdel jf. pbl. § 12-5. Formålet med arealdisponeringen er å utføre de oppgavene kommunen er satt til. Den overordnede planen er delt inn i «handlingsdel», «samfunnsdel» og «arealdel». Forvaltningen har et lovpålagt ansvar å forvalte kommuneplanen i tråd med de politiske beslutningene de har komme frem til gjennom demokratiske prosessen i kommunen.

Kommunen kan deles inn i offentlig og privat sektor. Interesser når det gjelder kommunens areal er ofte forskjellig når det kommer til offentlig sektor og privat. Kommunens etater har behov for areal for utøvelse av sin myndighet, med andre ord må de ha plass til bygningene sine. Plasseringen av disse er ofte i tettbygd strøk slik at de kan ha en nær tilknytning til innbyggerne slik at de kan tilby tjenestene sine. Eiendommene på kommunens arealdel som er offentlige etater er for å innfri de interessene de er satt til. Det kan dreie seg om bygging av skole, sykehus og andre bygg som er i det offentlige interesse og som kommer det offentlige til gode. Private har behov for areal, men private interesser er ofte av en annen karakter. Her vil blant annet anlegg til forretningsvirksomhet, bolighus og andre bygg være aktuelle til privat fortjeneste for den private eller selskapet.

Forvaltningen har mange høyst ulike oppgaver knyttet til kommunens arealplan og det er dermed behov for en dynamisk og fleksibel styremekanisme for å løse de ulike oppgavene. Plan og bygningsloven har ikke anledning til å detaljstyre alt som kan styres på kommunens arealdel for å fange de ulike eventualitetene som kan oppstå. Av lovtekniske grunner er loven stedvis generelt formulert, dette for at en ytterligere presisering gjøres av forvaltningen. Dette er praktisk siden det kan oppstå mange ulike problemstillinger knyttet til arealet. Å stille vilkår til vedtak er en hensiktsmessig måte å løse dette på.

Videre kan tiltak overfor den private part ansees som begunstigende i forskjellig grad. Tiltaket vil være begunstigende om den private part gis en rett som vedkommende ikke har krav på, men som gis til tross. Eksempelvis om den private part søker om å bygge hus på tomten sin som er høyere en det som er normalt, noe vedkommende i utgangspunktet ikke ha lov til. Hva er legitime grunner til å avslå, og hva er legitime grunner til å godkjenne.

Kommunens skjønnskompetanse er relevant i slike byggesaker. Hva kan de avslå og hvilke byggetiltak må de godta. Kommunene på sin side har et lovfestet overordnet ansvar for å forvalte kommunale arealer i tråd med samfunnets behov og i mange tilfeller har samfunnet behov for nettopp den utbyggingen private foreslår. Satt på spissen er kommunens vilkårsstillelse i den private parts disfavør avhengig av kommunenes interesse for tiltaket så fremst loven gir anledning for dette. På en annen side når det gjelder byggetiltak som vil komme kommunen som helhet til gode, vil det være naturlig at kommunen ikke vanskeliggjør prosessen for søkeren. Videre har vi byggetiltak som kommer utelukkende den privat til gode som ikke kommunen som helhet kan nyte godt av. I slike tilfeller kan det være nærliggende at vilkår stilles i større grad for å motvirke ulempene ved tiltaket, men dette er avhengig av at loven åpner for vilkårsstillelse.

Lov av 27. juni nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (heretter plan- og bygningsloven eller pbl.) setter grenser for hva som lovlig kan stilles av vilkår. Det samme gjør også vilkår etter ulovfestet rett. De vilkår som kan stilles skal være i saklig sammenheng med tiltaket, ikke uforholdsmessige tyngende. Det er forskjellige tiltak som kan iverksettes og ikke alle krever at det søkes i forkant. Dette gjelder primært for utbygninger som har liten eller ingen konsekvenser for verken miljø, nabo eller andre hensyn

1.1 Problemstillingens aktualitet og hensyn

Miljøhensynet står i en særstilling sammen med en bærekraftig utvikling. Disse hensynene fremgår av plan og bygningsloven § 1-1. En bærekraftig utvikling vil si at det skal tiltak som settes i verk ikke skal ødelegge for fremtidige generasjoner¹.

Uten at det uttrykkelig er nevnt i ordlyden er et sentralt hensyn i arealforvaltningen er økonomiske hensyn. Kommunen på sin side er bundet til å ivareta forskjellige hensyn, blant annet skole, veier og velferd. Dette koster penger og en stor økonomisk satsing på et område vil gå ut over satsingen på et annet område avhengig av kommunens økonomi. I slike tilfeller prøver kommunen å være så økonomisk fornuftig som mulig. Private utbyggere vil normalt også være opptatt av være økonomisk fornuftige når de skal bygge, enten dette gjelder

¹ Ot.prp.nr. 32 (4 avsnitt)

småhus eller store næringsbygg. Private vil vanligvis ikke ha anledningen til å gå i underskudd på samme måte som en kommune har.

1.2 Definisjoner

De definisjonene som brukes i oppgaven samsvarer med hva som fremgår av plan- og bygningsloven.

Kommuneplanens arealdel forstås som arealplanen for hele kommunen. Den skal vise sammenhengen mellom fremtidig samfunnsutvikling og arealbruk jf. pbl. §11-5.

Områderegulering er en form for regulering hvor det er behov for ytterligere presisering innenfor kommunens arealplan jf. pbl. §12-2 første ledd. Detaljregulering jf. pbl §12-3 benyttes som en oppfølging til bestemmelser i arealplaner og områdereguleringen.

Reguleringsplan er et arealkart med tilhørende bestemmelser som angir vern, bruk og utforming av arealer og fysiske omgivelser jf. pbl §12-1.

Utbyggingsavtale defineres som avtale mellom kommune og grunneier eller utbygger om utbygging av et område. Avtalen har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter plan – og bygningsloven, og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan, jf. pbl. § 17-1.

Tiltak defineres som oppføring, riving, endring, konstruksjoner og anlegg, samt terrenginngrep og opprettelse og endring av eiendom, jf. pbl. § 20-1 (1) bokstav a til m. Annen virksomhet og endring av arealbruk som vil være i strid med arealformål, planbestemmelser og hensynssoner, regnes også som tiltak, jf. pbl. § 1-6. Lovens definisjon av «tiltak» er omfattende. Grunnen til dette er at loven skal komme til anvendelse ved både små og store endringer. Byggetillatelse er en prosess hvor den som søker byggetillatelse, søker om tillatelse til å utføre tiltak nevnt i pbl. § 20-1. Videre må denne tillatelsen behandles og godkjennes før en byggetillatelse foreligger jf. pbl. § 21-4.

«Vilkår» er et sentralt begrep i foreliggende avhandling. En naturlig språklig forståelse av «vilkår» tilsier et krav eller betingelser som stilles for eksempel ved utbygging eller tillatelser. Selve avgrensingen av begrepet er ikke alltid lett å fastslå, og kan gå ut på meget ulikeartete ting alt etter hvilket rettsområde man befinner seg på. Plan -og bygningsloven består av alt fra vage bestemmelser i lovens formåls paragraf, til presise bestemmelser i blant annet de tekniske forskriftene på Plan- og bygningsområdet er det ofte vilkår som bidrar til å minske

ulempene med tiltaket. Slike ulemper kan blant annet være av miljømessig, sosial, eller sikkerhetsmessig art. Formålet med loven vil være førende for hvilke vilkårs som kan stilles. Eksempler på vilkår i byggesaker er «gode visuelle kvaliteter» jf. pbl. §29-2, «forsvarlig adgang til hygienisk betryggende og tilstrekkelig drikkevann, samt slokkevann» jf. pbl. §27-1, «tilstrekkelig sikkerhet mot fare eller vesentlig ulempe som følge av natur- eller miljøforhold» jf. pbl. § 28-1. Videre åpner loven for vilkårsstillelse som følge av dispensasjon. Dispensasjon vil si å fravike reglene som egentlig gjelder for det gitte tilfellet. Plan- og bygningsloven dispensasjonsregler fremgår av lovens kapittel 19. Paragraf 19-2 Første ledd åpner for vilkårsstillelse «Det kan settes vilkår for dispensasjon». Videre fremgår det av annet ledd at en avgrensning av hva vilkåret kan gå ut på. Det er ofte det sistnevnte som er tilfeller i byggesaker.

Plan- og bygningsloven har ikke legaldefinisjon på hva begrepet «vilkår» betyr. Disse vilkårene er enten gitt gjennom loven eller gjennom vilkårsloven.

En naturlig språklig forståelse av «privat part» er personer eller juridiske personer som ikke er del av offentlig forvaltning, herunder forslagstiller, utbygger, eller byggefirma. Forslagstiller er den private part når vedkommende foreslår planregulering av et gitt område. Videre ansees den private part som tiltakshaver når vedkommende har fått byggetillatelse.

1.3 Rettskilder og rettsanvendelsen

Den sentrale loven i plan og bygningsrettens område er plan- og bygningsloven. Loven oppstiller materielle bestemmelser for en helhetlig forvaltning av arealer som går inn under lovens virkeområde. Formålet med loven er å sikre en bærekraftig utvikling, jf. pbl. § 1-1. Loven kommer til anvendelse for hele landet, inkludert sjøterritoriet jf. pbl § 1-2.

Videre kommer lov av 10. februar 1967 (heretter forvaltningsloven eller fvl.) til anvendelse, jf. pbl. § 1-9. Plan- og bygningsloven er delt inn i seks ulike deler. Loven har en alminnelig del, plandel, gjennomføringsdel, byggesaksdel, håndheving og- gebyrregler del, og til slutt sluttbestemmelsesdel. Lovens plandel inneholder alt fra bestemmelser som omhandler regional forvaltning til forvaltning i detaljplan.

Pliktsubjektene fremgår av pbl. § 3-1 annet ledd «Planleggingen skal fremme helhet ved at sektorer, oppgaver og interesser i et område ses i sammenheng gjennom samordning og

samarbeid om oppgaveløsning mellom sektormyndigheter og mellom statlige, regionale og kommunale organer, private organisasjoner og institusjoner, og allmennheten.»

1.4 Metode, avgrensninger og disposisjon

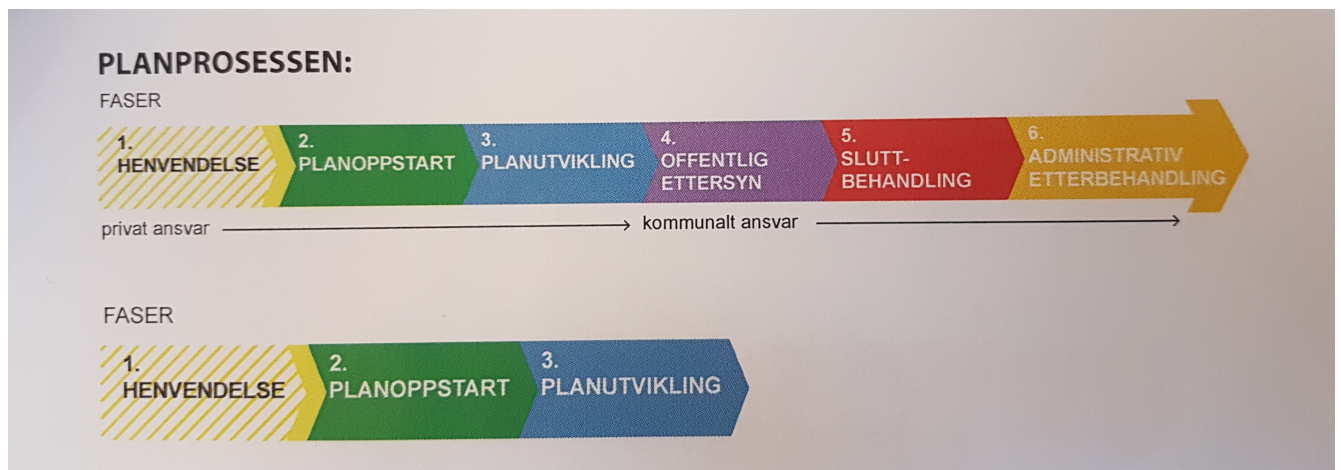
Avhandlingen avgrenses til å gjelde vilkårsstillelse etter plan og bygningsloven og ulovfestet rett. Hovedfokuset vil være på byggesaker. Videre vil kommunens arealplan under punkt 2.3, og reguleringsplan behandles under 2.3.1. Behandling av disse er relevant da forutsetning for å få byggetillatelse hviler på hvilke hensyn som gjelder for arealet. Måten å gjennomføre avtaler på kan gjøres gjennom utbyggingsavtaler. Dette er kombinasjon av offentlig myndighetsutøvelse og avtalekompetanse. Det vil derfor bli drøftet hvor grensen for hvilke vilkår som kan reguleres gjennom partenes avtalekompetanse, og hva som trenger hjemmel i lov. Dette behandles i avhandlingens pkt. 2.5. Kommunens skjønnskompetanse og styrkeforholdet mellom partene blir behandlet i punkt 2.6. I del 3 behandles vilkårsstillelse på ulovfestet grunnlag, herunder de ulike vurderingsmomenter som ligger til grunn for tyngende vilkår til begunstigende vedtak. Avhandlingens del 4 tar for seg vilkårsstillelse etter plan- og bygningsloven. I avhandlingens punkt 4.6 drøftes vilkårsstillelse med tanke på rekkefølgekrav. Kommunen kan gjennom forhandlingssituasjonen med private stille krav gjennom vilkår kodifisert i plan- og bygningsloven. I avhandlingens punkt 4.7 vil det gjøres en gjennomgang av byggesaker hvor det først drøftes byggeforvaltningens vilkårsstillelse ved § 28-1. Byggegrunn, miljøforhold mv i det bestemmelsen delvis åpner for skjønsmessig vurdering med tanke på vilkårsstillelse. Avslutningsvis vil det kort drøftes forholdet mellom lovefestet og ulovfestet vilkårsstillelse jf. del 5.

Det er hensiktsmessig å ha i bakhodet at det tas utgangspunkt i at det er snakk om en forslagsstiller som søker om en tillatelse, og at det vurderes fra kommunens side hvilke alternativer mulighet de har for å sette vilkår for denne tillatelsen. Med dette utgangspunktet ser man at sammenhengen i selve vilkårsstillelsen fra overordene kommuneplan til mere spesifiserte plan (reguleringsplan, evt. detaljplan). Dette bidrar til at det er lettere å identifisere vilkår som ikke er i samsvar med plan- og bygningsloven helt eller delvis, eller hvor hjemmel for vilkårsstillelse må hentes fra den ulovfestede vilkårs læren.

2 Kort om planprosessen, fra henvendelse fra forslagstiller til ferdig plan

Planprosessen reguleres av plan -og bygningsloven kapittel 12. Av pbl.

§ 12 fremgår hvem som kan være forslagsstiller til planendringer. Jeg har valgt å skrive om kommunens ansvar i planprosessen. Deretter hvordan prosessen utføres. Forskrift av 2018 «Forskrift om behandling av private forslag til detaljregulering» gir en praktisk tilnærming til hvordan planprosessen skal utføres ved private forslag. Forskriften § 1 «Krav til planinitiativet», § 2 «Gjennomføring av oppstartsmøte», § 3 «Krav til referat fra oppstartsmøte», § 4 «Foreleggelse for kommunestyret ved uenighet om vesentlige punkter», § 5 «Kunngjøring og varsling om planoppstart», § 6 Krav til planforslag



(Bildet hentet fra Navn på heftet, forfatter år. Herunder planveilederen etter Plan- og bygningsloven 2008. Utskrevet versjon 16.12.2018)

2.1 Saksgangen i kommuneplanen

Av kapittel 11 i pbl. fremgår regulering av fremgangsmåten for endring eller utarbeidelse av ny kommuneplan. Fremgangsmåten bidrar til en metodisk gjennomgang av de hensyn som skal tas gjennom høringsrunder, jf. pbl § 11-14. Eventuelle innsigelser tas opp til departementet for behandling, jf. pbl. § 11-16. Innsigelser kan være brudd grunnet i reglene om bevaring av hensynssoner som fremgår av § 11-8, eller at den berører ved tidligere avgjørelser med tanke på kommuneplanens samfunnsdel, jf. § 11-2, handlingsdel, jf. § 11-4 eller arealdel særlig under pbl. § 11-7 arealformål.

I følgende avhandling brukes Tromsø Kommune som eksempel på saksgang. Viser til illustrasjon ovenfor. Saksgangen starter med at søker henvender seg gjennom en skriftlig anmodning om regulering. Kommunen oppretter så en sak. Videre holder Byutvikling et informasjonsmøte der forslagsstiller beskriver ønsket tiltak. Her vil Byutvikling komme med sine råd og innspill til den foreslåtte utbyggingsplanen. Det er forslagsstiller som ansees som den fagkyndige i denne saken og er den kommunen forholder seg til. Neste steg er at Byutvikling avklarer med andre kommunale fagenheter om forutsetninger, vilkår og rammebetingelser for å starte planleggingen. Videre vil Byutvikling avgjøre om ønsket utløser krav til konsekvens utredning. Deretter innkalles det til naboskapsmøte for å kartlegge rammene for reguleringsarbeidet².

Neste steg er planoppstartsfasen. Ved oppstartsmøte fastsetter Byutvikling rammene for planarbeidet. Kommunen informerer om eventuelle krav til utbyggingsavtale. Videre skal det utarbeides et planprogram for konsekvensutredning i henhold til forskrift om konsekvensutredning. Neste steg er eventuell godkjenning av planprogram og utlegging til offentlig ettersyn. Etter at planprogrammet har vært til offentlig ettersyn i seks uker, innkalles det til naboskapsmøte/folkemøte. Så skal planprogrammet merknad behandles av kommunen, noe som innebærer at dersom kommunen har innsigelser til planprogrammet må det tas opp. Formannskapet vedtar planprogrammet³.

Neste fase er planoppstart. Her annonseres oppstarten av planarbeidet. Denne skal offentliggjøres i minst en lokalavis og gjennom digitale medier. Annonsen skal godkjennes av kommunen. Berørte parter og relevante sektormyndigheter skal tilskrives med eget varslingsbrev. Forhåndsuttalelser etter annonsering kommenteres og søkes innarbeidet i planforslaget⁴.

I fase tre skjer planutviklingen. Her utarbeides planforslag med drøfting med sektormyndigheter. Etter dette holdes det et medvirkningsmøte. Videre holdes det et avklaringsmøte, noe som vil si at uavklarte ting blir avklart. Deretter skjer det en vurdering av

² http://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf (Hentet: 08.02.18)

³ http://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf (hentet: 98.02.18)

⁴ http://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf (Hentet 08.02.18)

innsendt planforslag. Atter videre holdes det en plankonferanse hvor det skjer en avklaring om det trengs å gjøre endringer i planforslaget. Etter konferansen utarbeides det saksfremlegg og planen fremmes for formannskapet⁵.

I fase fire innbetales gebyr som er et vilkår for at planen skal legges ut. Deretter fastslås det vedtak om offentlig ettersyn. Her skjer det en politisk behandling i formannskapet. Ved fase fem gjennomføres en merknadsbehandling. Byutviklings saksbehandler mottatte merknader, for så å ta en sluttbehandling. Herunder behandling av Byutvikling, miljø- og transportkomiteen, og behandling i kommunestyret⁶.

Fase seks innebærer kunngjøring og vedtatt plan annonseres. Forslagstiller, berørte parter og offentlige instanser tilskrives om vedtaket, og gis en klagefrist på tre uker. Etter dette skjer en klagebehandling⁷.

2.2 Saksgangen i byggesaker

Byggesaker har egne bestemmelser om gjennomføring som er regulert i plan- og bygningsloven kapittel 21-31. De skrankene som regulerer det aktuelle byggetiltaket fremgår både av hvilke bestemmelser som fremgår av arealplanen eller reguleringsplanen, og de aktuelle reguleringene som er besluttet i henhold til byggetiltaket.

Byggetiltakssøker må ved utbygging først ta stilling til hvilke tiltak det gjelder. Er tiltaket søknadspliktig, jf. § pbl. § 20-1, eller søknadsfritt, jf. pbl. § 20-5. Det er bare søknadspliktige tiltak som er regulert under byggesaksdelen i plan- og bygningsloven, men loven inneholder bestemmelser om hvilket tiltak som ansees å være søknadsfritt, jf. pbl § 20-5.

Neste steg i prosessen er behandling av søknaden i kommunen. En byggesak begynner ofte med en forhåndskonferanse hvor en fastsetter rammene og innholdet av tiltaket, jf. pbl. §21-1. Videre er det et krav om skriftlig søknad fra tiltakshaver og søker. Søknaden skal inneholde relevante opplysninger som skal ligge til grunn for kommunens avgjørelse. jf. pbl. § 21-2.

⁵ http://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf (Hentet 08.02.18)

⁶ http://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf (Hentet 08.02.18)

⁷ http://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf (Hentet 08.02.18)

Bestemmelsen annet ledd fremgår det at personer som har en tilknytning til byggetiltaket er varslet, herunder naboer, pantsettere, jf. pbl. § 21-2 annet ledd.

2.2.1 Planenes rettskraft

Av pbl. § 11-6 fremgår det at kommuneplanens arealdel fastsetter arealbruk for området og er ved kommunestyrets vedtak bindende for nye tiltak eller eksisterende tiltak. Dette betyr at kommunen er pålagt å følge de føringer arealplanen oppstiller. Det kan eksempelvis ikke gis tillatelse til å føre opp kontorbygg i et areal som er regulert til friluftsområde.

Reguleringsplaner har også en bestemmelse som regulerer rettsvirkningen av planen.

Bestemmelsen er likelydende til hva som fremgår av rettskraft angående kommuneplanen.

Rettsvirkning av reguleringsplan fremgår av pbl. § 12-4.

2.3 Kommunens ansvar i arealplanleggingen

Kommunens ansvar i arealplanleggingen er relevant med tanke på problemstillingen ved at den setter rammer for hvilke vilkår som kan stilles gjennom plan- og bygningsloven. En videre vilkårsstillelse vil kreve legitimitet fra andre rettsgrunnlag.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har pålagt kommunene å forvalte arealet i kommunene i tråd med nasjonale mål⁸. Av plan- og bygningsloven § 3-3 annet ledd fremgår følgende «Kommunestyret selv har ledelsen av den kommunale planleggingen og skal sørge for at plan- og bygningslovgivningen følges i kommunen. Kommunestyret skal vedta kommunal planstrategi, kommuneplan og reguleringsplan». Kommunen skal i tråd med lovverket utarbeide en planstrategi minst en gang hver valgperiode. Planstrategien bør omfatte en drøfting av kommunens strategiske valg knyttet til arealbruk, jf. pbl. § 10-1 første ledd. En naturlig forståelse av bestemmelsen er at kommunestyret skal være bevisst på arealbruken og hvordan arealbruken i dag vil påvirke den langsiktige arealbruken. Kommunen er ikke pålagt å gjøre endringer forvaltningen av arealbruken. Dette ville uansett vært lite hensiktsmessig med tanke forutberegnelighet og langsiktig planlegging.

⁸ <https://www.regjeringen.no/no/tema/plan-bygg-og-eiendom/plan--og-bygningsloven/plan/kommunal-planlegging/kommuneplanlegging/id418034/> (Hentet 13.03.18).

«Kommuneplan» gjelder det overordnede ansvaret kommunen har i forhold til kommunens som helhet. Bestemmelsen regulerer ansvaret kommunen har både med tanke på samfunnsdelen, handlingsdel og arealdel, jf. pbl. § 11-1. Det er sistnevnte som det skal tas stilling til i denne avhandlingen. «Kommuneplanens arealdel» regulerer hvordan arealene forvaltes av kommunene, denne må leses i tråd med pbl. §11-7, jf. pbl. § 11-5. Pbl. §11-5 legger til grunn at det «skal» tas hensyn til en fremtidig samfunnsutvikling og arealbruk. Det fremtidige aspektet av bestemmelsen er viktig da det pålegger kommunene å tenke langsiktig med tanke på arealforvaltningen. Dette kan illustreres på følgende måte. Det kan ikke bygges boligblokker midt i en nasjonalpark, på grunn av at en slik byggetillatelse vil være i strid med bestemmelsen og den overordnede formålsbestemmelsen i pbl. §1-1. På en annen side kan det tenkes at grunnlaget for at området var regulert til nasjonalpark er endret.

2.3.1 Reguleringsplan

Reguleringsplan defineres som et arealplankart med bestemmelser som angir bruk, vern og utforming av arealer og fysiske omgivelser, jf. pbl. § 12-1. Kommunene er pålagt å utarbeide reguleringsplaner for de områder hvor det følger av enten loven eller kommuneplanens arealdel. Dette for å sikre at eventuelle bruk av området blir forsvarlig utført, jf. pbl §12-1 annet ledd. I henholdt til bestemmelsen er det naturlig å legge til grunn at bestemmelsen retter seg mot større tiltak, som kan få innvirkning på enten miljøet eller andre omkringliggende interesser. Dette er særlig lagt til grunn i bestemmelsens tredje ledd hvor det fremgår at større bygg- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn, skal ha reguleringsplan. Ut fra ordlyden «større bygge- og anleggstiltak» kan dette tolkes både som selve fysisk størrelse på bygningsmasse, og at den fysisk tar stor plass i arealet. Vilkåret kan også tolkes som at selve bygningsmassen ikke alltid trenger å være stor, men at bygge- og anleggstiltaket krever mye tid og diverse ressurser for å få gjennomført. Om vilkåret «større bygge- og anleggstiltak» sier forarbeidene at visse tiltak alene vil utløse reguleringsplikt på grunn av sin størrelse. Videre fremgår det av forarbeidene at i andre tilfeller trenger ikke tiltakene å være store, men at de har omfattende eller har usikre virkninger for omgivelsene og derfor trenger reguleringsplan, jf. ot.prp.nr. 32 (2007-2008).

2.3.2 Sammenhengen mellom pbl. § 11-5 «kommuneplan» og pbl. § 12-1 «reguleringsplan»

Kommuneplan og reguleringsplan har begge en likelydende arealbestemmelse når det kommer til bebyggelse av området. Forskjellen mellom reguleringsplan og kommuneplan er objektivet. Kommuneplan er overordnet plan som videre kan inneholde flere forskjellige reguleringsplaner innenfor sitt areal. Reguleringsplan på sin side har et nærmere perspektiv på et mindre angitt område innenfor en kommuneplan. Reguleringsplan kan også inneholde andre plan innenfor sitt område, herunder områdeplan og detaljplan.

For å få en sammenheng i lovgivningen er det naturlig at både kommuneplan og reguleringsplan må ivareta de samme hensynene og interessene, dette blir blant annet slått fast i ot.prp.nr 32 (2007-2008). Av forarbeidene fremgår det at kommunen må bruke skjønn for å avgjøre behovet for reguleringsplan ut over det som er krevd i kommuneplanens arealdel. Kommunen har ansvar for å sørge for at det utarbeides reguleringsplaner også ut over dert som er bestemt i kommuneplanens arealdel. Hvis behovene endrer seg uten at dette er fanget opp i kommunens arealdel, kan det være nødvendig å utarbeide en reguleringsplan, jf. ot.prp.nr. 32 (2007-2008).

I utgangspunktet skal det kreves reguleringsplan i tråd med kommuneplanens arealdel. Men i tilfeller hvor kommunen ikke har tatt stilling til hensyn på et område innenfor kommunens arealdel kan det reguleringsplanen utarbeides først. Deretter innarbeides den i kommuneplanen. En revisjon av kommuneplanens arealdel foretas ikke like ofte som spørsmål om reguleringsplaner. Minimum «bør» kommunen ta stilling til kommunens arealdel hvert fjerde år. En naturlig språklig forståelse av «bør» tilsier at kommunen må ta stilling til arealdelen. Samfunnsutviklingen har ført til at private forslagstillere i økende grad søker om tiltak på gitte områder i kommunen. Kommunen tar da stilling til arealet for så å se om det vil måtte kreves reguleringsplan.

2.4 Kommunens avtalekompetanse og styrkeforhold

Kommunen har i utgangspunktet på lik linje med private, anledning til å avtale hva man vil med hvem man vil. Kommunen har på sin side et omfattende regelverk å forholde seg til med tanke på hvilken avtale det gjelder og hvem avtaleparten er. I følgende avhandling er det

avtaler mellom kommunen og en privat part. På dette området er det privatrettslige regler som kommer til anvendelse. Styrkeforholdet mellom kommunene og den private part kan ofte være lite balansert. Kommunen er i besittelse av kunnskap den behøver for å ivareta kommunens behov. Den private part på sin side har ikke alltid den nødvendige kunnskap for å ivareta sitt behov. Kommunens avtalekompetanse er i skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige området⁹. Betenkeligheter som kan oppstå ved en slik sammenblanding skal jeg ta for meg særlig med vilkårsstillelse ved trussel om ekspropriasjon. Dette drøftes videre i kapittel tre.

2.5 Utbyggingsavtaler

Bestemmelser som gjelder utbyggingsavtaler fremgår av plan- og bygningsloven kapittel 17. Utbyggingsavtaler gjelder de tilfeller kommunen og den private part inngår avtale om utbygging. Det som er spesielt med utbyggingsavtaler er at den har et privatrettslig aspekt for å få en mere fleksibel løsning i utbyggingsprosessen. Utbyggingsavtalen er til forskjell fra offentlig vedtak en løsning som først er bindende hvis partene samtykker. Slik som en privatrettslig avtale med tilbud og aksept¹⁰. Med utbyggingsavtaler går man bort fra det strengt lovbundne stadiet til et stadium med forhandlinger. Det kan tenkes at i slike forhandlinger er det friere rammer om hva en kan bli enig om gjennom avtalefrihet enn gjennom hva resultatet hadde blitt gjennom kun å benytte bestemmelser av plan – og bygningsloven. Formålet med utbyggingsavtaler er at de skal avklare forholdet mellom kommuner og utbyggere som ikke er regulert i lovverket eller kommunale planer¹¹.

I de senere år har det vært frykt for manglende balanse i avtalevilkårene. Grunnen til dette er at avtalene har vært brukt som et middel til å finansiere kommunale investeringstiltak kommunen eller ikke har hjemmel til å kreve gjennomført eller finansiert av utbygger. Omfanget av denne typen vilkår har til nå vært beskjedent. Departement har valgt å lovregulere bruken så de ser tendenser til økt bruk av avtaleformen. Gjennom klargjøring i lovverket ønsker en å bidra til at grensen mellom akseptable og uakseptable avtalevilkår blir tydelig. Det vil føre til at byggekostnadene blir mer forutsigbare¹². I forhandlinger om utbyggingsavtale skjer det en nærmere presisering av innholdet i byggeprosjektet og ulike

⁹ Torstein Ekhoft og Eivind Smith, 9. utg, forvaltningsrett (side 440, 4. avsnitt)

¹⁰ Plan- og bygningsrett, 2.utg, O.J Pedersen og S. Sandvik (side 514-515)

¹¹ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/otprp-nr-22-2004-2005-/id394611/sec1> (Hentet 29.03.18)

¹² <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/otprp-nr-22-2004-2005-/id394611/sec1> (Hentet 29.03.18)

andre spørsmål, jf. pbl. § 17-3. I tillegg til det som fremgår av bestemmelsen er det også mulighet for kommunen å pålegge den private part å bekoste forskjellige rekkefølgekrav. Kort om rekkefølge krav i neste kapittel.

2.5.1 Rekkefølgekrav

Rekkefølgekrav kan stilles både til arealet i kommuneplanen, jf. pbl. § 11-7, og arealet til reguleringsplanen jf. pbl § 12-7. Kravene kan forhandles gjennom utbyggingsavtale, jf. pbl. § 17-3. Plan- og bygningsloven kapittel 18 inneholder også bestemmelser som omhandler rekkefølgekrav, som for eksempel § 18-1 hvor det fremgår krav til opparbeidelse av vei og hovedledning for vann og avløp og § 18-2 hvor det stilles krav til opparbeidelse av fellesareal og av parkbelte i industriområde.

2.6 Kommunens skjønnskompetanse

Byggeforsvaltningens skjønnskompetanse er relevant i denne oppgaven da den belyser de beslutningene som kan foretas. Kan byggeforsvaltningen gi tillatelse på visse vilkår eller er de pålagt å gi tillatelse uten vilkår? Svaret på dette ligger i tolkingen av det aktuelle rettsgrunnlaget. I de tilfeller bestemmelsens ordlyd åpner for bruk av skjønn, følger det av ulovfestet rett at det kan stilles vilkår på ulovfestet grunnlag. Eksempel på ordlyder som åpner for skjønn er i tilfeller det står «kan» i bestemmelser. Dette gir forvaltningen rom til å utøve skjønn. Det er lagt til grunn i praksis at hvor loven er taus har forvaltningen normalt anledning til vilkårsstillelse på ulovfestet grunnlag.

Byggeforsvaltningens bruk av skjønn vil si den adgangen kommunen har til å nekte eller gi tillatelse til en utbygger. Det kan tenkes at utbyggingen ikke er noe kommunen egentlig ønsker, men at det er innenfor hva som er bestemt i kommuneplanens arealdel og omstendighetene før øvrig. Sett i sammenheng med pbl. § 10-1 kan det være tilfeller at kommunen ikke har tatt noen drøftelser om det kommunale arealet, noe de etter bestemmelsen bør gjøre.

Ved tolking av kompetansebestemmelser kan det utledes av ordlyden om den åpner for skjønnsutøvelse eller ikke. For eksempel forvaltningen «kan» eller «skal» gi byggetillatelse. Av juridisk teori fremgår det at det vil være opp til kompetansebestemmelsen om det er en

plikt eller om det beror på skjønn hva kommunen beslutter¹³. Eksempel på hvor «skal»-regler kommer til uttrykk i loven er lov av 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (heretter sosialtjenesteloven eller sotjl.) § 15 hvor det fremgår at kommunen i arbeids- og velferdsforvaltningen skal medvirke til å skaffe boliger til vanskeligstilte personer som ikke selv kan ivareta sine interesser på boligmarkedet. Kommunen vil være pliktig til å medvirke til å skaffe vanskeligstilte personer boliger. Bestemmelsen åpner ikke for skjønnsutøvelse om når kommunen skal bidra. Det avgjørende er om vedkommende oppfyller vilkåret «vanskeligstilte». Dersom vilkåret er oppfylt har kommunen plikt til å bidra.

Et eksempel fra pbl. §21-4 er når søknaden er fullstendig, skal kommunen snarest mulig og senest innen den frist som framgår av § 21-7, gi tillatelse. En naturlig språklig forståelse av ”fullstendig” vil være at øvrige krav er innfridd, og at det som det søkes om vedtas. Betydningen av dette er at så fremst vilkårene for byggeretten foreligger så kan ikke kommunen stille tyngende vilkår til vedtaket.

Forarbeidene sier at hvor det ikke foreligger avslagsgrunn er det ikke opp til kommunens skjønn om tiltaket skal avslås, om søker har holdt seg innenfor bestemmelsene i plan- og bygningsloven. Videre er det ikke anledning til å gi tillatelse hvor tiltaket ikke holder seg innenfor hva som gjelder for arealplanen, jf. ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 320. Forarbeidene tolkes dithen at så fremst utbygger holder seg innenfor rammene av plan- og bygningsloven har de krav på igangsetting. Pbl. § 21-4 setter grenser for forvaltningsskjønnet i så måte. Byggeretten jf. pbl. § 21-4 drøftes nærmere under avhandlingens punkt 4 9.

2.6.1 Tyngende vilkår til begunstigende vedtak

Som sagt ovenfor kan begunstigende vedtak være strengt lovbundet uten adgang til å stille vilkår. På den andre siden er vedtak som er avhengig av at det gis tillatelse, til tross for at vedkommende ikke har krav på det, mot at det stilles vilkår for å balansere eventuelle skadevirkninger knyttet til vedtaket. I følgende oppgave defineres «begunstig» som en særrettighet som et individ får overfor majoriteten. Strengt lovbundet vedtak kan i seg selv være begunstigende, i og med at den gir noen en rettighet og annen en plikt, men denne retten er ikke en særrett. Viser til tidligere eksempel om «boliger til vanskeligstilte». Et annet

¹³ Eckhoff og Smith: *Forvaltningsrett*. 2010. S. 392

eksempel er der personer som har behov for trygd i utgangspunktet har vanskeligheter med å tjene penger på normal måte. Trygdetildelingen er av den grunn en måte å likestille vedkommende med en som ikke har dette behovet. Et annet eksempel vil være BPA (brukerstyrt personlig assistanse). Lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (heretter helse- og omsorgstjenesteloven eller hol) § 3-1 plikter kommunen å sørge for at personer får nødvendig helsehjelp, herunder BPA, jf. hol § 3-2 pkt. 6. Så fremst personen har behov for «nødvendig helsehjelp» skal kommunen sørge for dette. Ordlyden i bestemmelsene tilsier at dette er noe personen ubetinget har krav på, så fremst vedkommende ansees å trenge «nødvendig helsehjelp» Kommunen kan ikke i dette tilfellet stille vilkår for en slik tillatelse¹⁴. Lovbestemmelsen som gir grunnlag for skjønn vil dette kommunen åpne for å gi tillatelser som i utgangspunktet ikke har krav på, men fortsatt får. Et typisk tilfelle innenfor byggeretten er at kommunen tillater en utbygger å bygge høyere en detaljreguleringen tilsier. I slike situasjoner dispenseres det fra plan- og bygningslovens løsning. I et slikt tilfelle kan man si at vedkommende har fått en særrett som ikke tilfaller alle¹⁵. Her kan det tenkes at vilkår for tillatelsen kan stilles i større grad, så lenge loven ikke stenger for dette. Høyesterett har i dom Rt. 2003 s. 764 (Sykkelvei) slått fast dette synspunktet. I denne saken var det omstridt om kommunen hadde anledning til å pålegge Løvenskiold å utarbeide en sykkelvei som vilkår for en byggetillatelse. Høyesterett kom frem til at vedtaket kom Løvenskiold til gode, til tross for vilkåret om å opparbeide sykkelvei. Førstvoterende sier at valg av den forenklete fremgangsmåten, som direkte tjener Løvenskiolds interesser, bør aksepteres og at dette må føre til at vilkåret om anlegg og bekostning av ny gang- og sykkelsti er gyldig, jf. avsnitt 73. Bestemmelsen det ble stilt vilkår etter var plan- og bygningsloven § 7, jf. pbl. § 28-1. Bestemmelsene åpnet for bruk av vilkår etter skjønn, noe kommunen gjorde. Det kan videre problematiseres om hvis beslutningen ikke direkte tjente Løvenskiold interesser ville anlegg og bekostning av ny gang- og sykkelvei være gyldig. Dette skal blant annet behandles nærmere i del 3.

Ot.prp.no. 45 (2004-2005) slår fast at domstolene har begrenset prøvelsesrett ved forvaltningens vedtakskompetanse. Noe som fører til at domstolene bare kan kontrollere at skjønnet er brukt på rettmessig måte, herunder saklighet, ikke urimelig forskjellsbehandling. Plan- og bygningsloven innehar flere skjønnsmessige vilkår som det ikke hadde vært egnet at domstolene hadde tatt stilling til, herunder «estetisk utforming». Hvorfor domstolene ikke er

¹⁴ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett 9 utg. (Side 434-435)

¹⁵ <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/1285/1345/1346> (Hentet 08.03.18)

egnet til å ta stilling slike karakteristikker er grunnet med at domstolene ikke er fagkyndig på dette området¹⁶. Om domstolene ikke hadde vært tilbakeholden med å ta stilling til slike karakteristikker ville dette ført til en forskyvning av de offentlige avgjørelseskompetansene, og satt på spisse en forskyvning i henhold til maktfordelingsprinsippet

2.6.2 Oppsummering:

Kommunen har et lovpålagt ansvar med tanke på forvaltning av kommunens arealdel. Private forslagstillere har i økende grad tatt over som aktør for å oppfordre kommunen til å forvalte arealet på nærmere angitte måter. Kommunen på sin side har ved siden av vedtakskompetanse, også anledning til å inngå utbyggingsavtaler med private parter for å få en mere fleksibel løsning på hvordan det gitte arealet skal benyttes. I slike utbyggingsavtaler er det både offentligrettslig og privatrettslige elementer. Videre er forvaltningen pålagt å ikke overstige den kompetansen den er gitt, for at vedtak skal være gyldige. Dette stiller krav til at forvaltningen holder seg innenfor sine skjønnsmessige rammer.

Det er en del forutsetninger som skal ligge til grunn fra den private part som skal være på plass før møte med kommunen, jf. «Forskrift om behandling av private forslag til detaljregulering» § 2. Her skal kommunen ha dokumentasjon om at den søkende part har gjort det som kreves for å få dispensasjon, og at søknaden kan godkjennes.

Det er en omstendelig prosess som skal gjennomgås før en byggetillatelse foreligger, som beskrevet i de forgående kapitlene. Grunnen til dette er at det er mange hensyn som skal ivaretas, og disse hensynene er lovbundet ansvar for kommunen og private som skal bygge. Kommunen, den private part, interessenter, herunder naboer eller interesseorganisasjoner kan komme med innvendinger til prosjektet. I henholdt til problemstillingen i oppgaven kan vilkårsstillegg komme særlig i henvendelsesfasen. Kommunen på sin side kan kreve at rekkefølgekrav skal være innfridd enten før eller under planprosessen. Rekkefølgekravene er lovbundne krav/vilkår som gir liten skjønnsmargin, mens utbyggingsavtaler på den annen side gir rom for skjønnsmargin.

¹⁶ https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-45-200708/KAPITTEL_19-2-1 (Kommunal skjønnsfrihet eller full rettslig overprøving, side 225) (Hentet 11.03.18)

3 Vilkårsstillelse etter ulovfestet rett

Vilkårsstillelse etter ulovfestet rett er relevant i forhold til avhandlingens problemstilling ved at den setter innholdsmessige skranke til vilkårene der forvaltningen har adgang til å stille vilkår til vedtak. Forvaltningen har anledning til vilkårsstillelse på ulovfestet område enten ved at bestemmelsens ordlyd åpner for vilkårsstillelse. Plan og bygningssaker åpner for vilkårsstillelse gjennom dispensasjonsreglene, herunder pbl. §19-2 siste setning «det kan settes vilkår til dispensasjonen».

3.1 Generelt om ulovfestet vilkårsstillelse

Den offentlige forvaltning herunder kommunene har gjennom delegasjon adgang til å ta beslutninger. Dette er også kalt vedtakskompetanse til å stille vilkår til sine beslutninger i vekslende grad. Som tidligere drøftet har forvaltningen anledning til å stille vilkår etter loven, jf. pbl. § 19-2. Dette fremgår direkte av ordlyden hvor det fremgår at forvaltningen kan sette vilkår til dispensasjon. I dette kapitlet behandles den ulovfestede adgangen til å sette vilkår når loven er taus eller ikke setter begrensninger på vilkårsstillelse på ulovfestet grunnlag. Hjemmelen for ulovfestet vilkårsstillelse er sedvane og høyesterettspraksis, som for eksempel Rt. 2003 s. 764 og Rt. 1961 s. 297 (Blue glacier). Rt. 2003 s. 764 gjaldt saken om det som vilkår for dispensasjon fra reguleringsplan kunne pålegges utbyggerne av en forretningseiendom å bekoste gang- og sykkelvei som var en del av sykkelveinett i tilknytning riksvei, jf. pbl. § 7 og § 28-1 nr. 2. Høyesterett kom frem til at utbygger burde ha regnet med å dekke kostnadene og at utbygger måtte slå tilbake på han. Vilkåret var ikke uforholdsmessig eller myndighetsmisbruk. Rt. 1961 s. 297 ble en innehaver av et begravellesbyrå pålagt å sortlakkere en stasjonsvogn. Bakgrunnen for pålegget var at forutsetningene for kjøpetillatelsen ikke var overholdt, jf. avsnitt 1. De relevante vilkårene utledet fra forelagte dommer er «tyngende vilkår til begunstigende vedtak». Høyesterett har flere avgjørelser lagt til grunn at det er at krav at vilkåret må ha en saklig sammenheng med vedtaket og ikke er uforholdsmessig tyngende.

3.2 Saklig sammenheng

Saklig sammenheng med tiltaket vil variere alt etter hvilket tiltak det gjelder. Det vil blant annet ikke være saklig sammenheng mellom å bygge en boligblokk og et vilkår som gjelder å

opparbeide en vei milevis unna hvor tiltaket ligger. På den annen side vil det kunne ha saklig sammenheng med boligblokken dersom det er snakk om tilfartsvei til boligblokken eller vei i nær tilknytning til boligblokken.

I Rt. 2003 s. 764 tar Høyesterett for seg saklighetskriteriet med tanke på en sykkelvei som ble stilt som vilkår til dispensasjonen. Høyesterett sier at det ikke er hvilket som helst vilkår som kan settes. Vilråene må ligge innenfor rammen av de hensyn loven skal ivareta. Det må videre være en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår, for eksempel at vilkår så langt som mulig kompenserer for ulemper o.l. dispensasjon ellers kan medføre, jf. Rt. 2003 s. 764 avsnitt 60. Høyesterett sier at vilråene ikke fullt ut er overlat til forvaltningen å bestemme innholdet av. Vilråene må ha en forankring i de hensyn loven stiller.

Videre må vilrået så langt som mulig kompensere for ulemper dispensasjonen ellers kan medføre. Denne formuleringen inneholder også et tilknytningsmoment. Vilkår som fungerer som direkte og å motvirke de ulemper tiltaket ellers fører med seg er lettere å forsvare, enn vilkår som mere indirekte fungere som ulempeforebyggende. Det vil dermed være vanskeligere å se den nødvendige tilknytningen og at det foreligger en saklig sammenheng mellom tiltaket og vilrået. Videre vil generelle formålsbestemmelser i lover gi en vid adgang til å stille vilkår. Av plan- og bygningsloven formålsbestemmelse fremgår det at loven skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og fremtidige generasjoner, jf. pbl. § 1-1.

I henholdt til plan- og bygningsloven er det kommunens ansvar å sørge for forsvarlig infrastruktur i samfunnet, herunder forsvarlige veier og samferdsel for allmennheten. Sykkelvei vil gå inn under denne kategorien, jf. pbl. § 12-5 (2). Det kan dermed sies at vilrået har nødvendig sammenheng med loven. Til tross for at vilrået har nødvendig sammenheng med loven kreves det også en sammenheng med det aktuelle tiltaket. Dette er også lagt til grunn i sivilombudsmannens uttalelse i Sandnessaken. I Sandnessaken ble utbygger blant annet pålagt å bygge anlegg som ikke var i utbyggingsområdet. Sivilombudsmannen uttalte at modellen innebærer at utbyggere vil kunne pålegges å besørge anlegg som ikke ligger i utbyggingsområdet og som heller ikke gjennomføres for å avbøte skader eller dekke konkrete behov ved utbyggingen avtalen gjelder. Det var ikke tilstrekkelig saklig sammenheng mellom vilrået og tiltaket. Uttalelsen gir en indikasjon på at vilrået og

tiltaket må ha sammenheng fysisk. Dette ville være naturlig ettersom en tiltaks innvirkning på miljøet rundt vil avta jo lengere fra tiltaket man kommer, jf. SOM-2015-1194.

Det fremgår også i en annen sivilombudsmannsak at den fysiske tilknytningen er relevant for å fastslå om vilkåret har saklig sammenheng med innholdet i vedtaket. «Vilkårene i denne saken er knyttet til andre innretninger enn de dispensasjonen gjelder. Naustet og flaggstangen som kreves fjernet, er opplyst å ligge om lag 160 meter unna hovedhuset, men på samme eiendom og langs samme strandlinje. Videre har flaggstangen en annen funksjon enn de øvrige innretningene. Disse forholdene taler isolert sett mot at det foreligger tilstrekkelig sammenheng. Geografisk nærhet vil her være et relevant moment, men også for eksempel nærhet i funksjon, det vil si om tiltakene tjener samme formål eller dekker de samme behovene»¹⁷. Sivilombudsmannen sier at sakligheten beror på en nærhet både fysisk og funksjon mellom tiltak og vilkår.

I Rt. 2003 s. 764 ble det påberopt av saksøker at sykkelveien ikke hadde saklig sammenheng til dispensasjonen. Bærum Kommune på sin side begrunnet vilkåret «da ombyggingen medfører at både regulert og eksisterende gang- og sykkelvei forsvinner, må det opparbeides ny gang- og sykkelvei parallelt med Lommedalsveien». Høyesterett la til grunn at begrunnelsen var saklig begrunnet.

Videre sier sivilombudsmannen i samme sak «tiltakene i tabell 1 og 2 er dessuten av en slik art at de trolig ikke vil kunne oppfylle kravet til saklig sammenheng, heller ikke når de ligger i utbyggingsområdet. Det er blant annet tvilsomt om nye boliger eller næringsbygg vil kunne medføre et konkret behov for en småbåthavn eller gjestehavn». Sivilombudsmannens vurdering av begrepet «saklig sammenheng» er at det stilles krav til fysisk sammenheng. Videre i de tilfeller det er en fysisk sammenheng, så kreves det en videre tilknytning om at vilkåret er relevant. For eksempel dersom næringsbygget hadde vært oppført på en øy ville trolig behovet for småbåthavn vært lettere å forsvare og hatt en sterkere saklig sammenheng. Småbåthavnen måtte være fysisk tilknyttet til utbyggingsområdet ellers ville den saklige sammenhengen vært for løs, noe som var resultatet i SOM-2015-1194.

¹⁷ <https://www.sivilombudsmannen.no/kap-v-referat-av-saker/82-vilkar-for-dispensasjon-etter-plan-og-bygningsloven-saklig-sammenheng-og-forholdsmessighet-2/> (Hentet 16.04.18)

3.3 Forholdsmessighet

Om et vedtak er forholdsmessig vil bero på en konkret helhetsvurdering. Domstolene har vært forsiktig med å oppstille vurderingsmomenter på vegne av forvaltningen. Av juridisk teori fremgår det at det må foretas en vurdering mellom mål og middel¹⁸. En konkretisering av hvilke vurderingsmomenter som ligger i en forholdsmessighetsvurdering vil ikke kunne benyttes på alle de ulikeartede tilfeller som kan oppstå.

Forholdsmessighet vil etter en naturlig språklig forståelse være de tilfeller forvaltningen pålegger den private part plikter som er naturlige i forhold til den rett han får gjennom vedtaket. Uforholdsmessighet vil oppstå i de tilfeller forvaltningen pålegger den private part større grad av tyngende vilkår en det begunstigelsen ved vedtaket gir. Videre vil et ubalansert vedtak og vilkårsforhold kunne sies å være uforholdsmessig. Dette gir ofte utslag i vedtak som er sterkt urimelige. I Rt. 2003 s. 764 sa Høyesterett at opparbeidelse av sykkelvei ville vært uforholdsmessig tyngende for Løvenskiold. Opparbeidelsen ble anset å ikke være forholdsmessig tyngende da opparbeidelsen av sykkelveien ville kostet 3-4 millioner sammenlignet med den totale kostnader på utbyggingen på 100 millioner, jf. Rt. 2003 s. 764. I byggesaker kan det stilles krav om opparbeidelse og utbedring av eksisterende bygg. En slik utbedring vil gjøre utslag økonomisk for den som blir stilt ovenfor

Eckhoff oppstiller tre hovedelementer for prinsippet om forholdsmessighet; at vilkåret er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig tyngende¹⁹. De tre vilkårene vil bli redegjort for i tre underkapitler.

3.3.1 Egnethet

En naturlig språklig forståelse av «egnet» tilsier at noe er tilfredsstillende eller skikket. Av juridisk fremgår det at «egnet» henviser til relevansen til å oppnå det resultatet man ønsker²⁰. Dette vurderingsmomentet har likehetstrekk med saklig sammenheng som drøftet over. I utbyggingssaker vil målet normalt være å ivareta de interessene som blir krenket og det formålet som følger av arealplanen, eller beskyttelse av de interessene som utbyggingen vil føre til.

¹⁸ Eckhoff/Smith, forvaltningsrett, 9. utg, Side 426, 4. avsnitt.

¹⁹ Eckhoff/Smith, forvaltningsrett, 9. utg, Side 424, 5. avsnitt.

²⁰ Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 9. utg, Side 424, 5. avsnitt.

3.3.2 Nødvendighet

En ordlydsfortolkning av «nødvendighet» tilsier at noe trengs for å få et gitt resultat. Nødvendighetsvurderingen knytter seg til hvilke midler som vil være best egnet til å realisere målet. Det kan tenkes at andre alternativer eller midler er like godt egnet til å nå målet²¹. Eksempel på dette er en situasjon hvor det blir pålagt utbygger å sikre at kyrene på eiendommen hans ikke skal rømme ut på hovedveien like ved. Her vil ikke opparbeidelse av en fjøs være nødvendig for å nå målet. Et bedre alternativ vil være en opparbeidelse av et tilstrekkelig gjerde. Det må foreligge nødvendig årsakssammenheng, i det eventuelle ulemper med vedtaket ikke blir begrenset ved det vilkåret som blir stilt.

3.3.3 Tyngende vilkår

En naturlig språklig forståelse av «tyngende vilkår» tilsier at det er et vilkår som oppleves belastende for vedkommende. Om vilkåret er tyngende kan være tilfeller fra et subjektivt ståsted, men fra et objektivt og helhetlig perspektiv ansees vilkåret som rimelig. Vilkår vil ofte føre til en innskrenking av subjektet eller utbyggers rett, hvor det vil være en oppveining mellom subjektive og objektive interesser. Det kan sies at vilkåret må tas fra subjektets ståsted, noe som vil være rimelig siden både vedtak og vilkår retter seg mot utbyggeren. De objektive interessene kan være med på å begrense retten gjennom ulike vilkår²².

Tyngende vilkår lar seg forsvare i de tilfeller det gis for å motvirke ulempene ved et begunstigende vedtak. Det vanlige når en taler om vilkår er at det er et krav som er knyttet til en rett man får men som man ikke har krav på, og at det da begrenser den rett tiltakssøker ønsker. Det kan generelt slås fast at vilkår begrenser retten i ulik grad og omfang²³. Rt. 2003 s 764 kan tjene som eksempel også her. Her var begunstigelsen at Bærum kommune gav Løvenskiold dispensasjon fra reguleringsplan. Vilkåret var opparbeidelse av en sykkelvei. Det må tas en konkret helhetsvurdering for å vurdere om vilkåret er uforholdsmessig tyngende i forhold til den begunstigelsen som følger av vedtaket.

²¹ Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 9. utg, Side 424, 5. avsnitt.

²² Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 9. utg, Side 424, 5. avsnitt.

²³ Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 9. utg, Side 424, 5. avsnitt.

3.4 Kommunens avtalekompetanse og den private parts aksept rekkevidde. Kan manglende hjemmel repareres gjennom privatrettslige avtaler?

Sammenhengen med hovedproblemstillingen i avhandlingen og kommunens avtalekompetanse er at vilkåret ikke gis gjennom en fullmaktsbestemmelse, men gjennom en privatrettslig avtale. Spørsmålet er om det er anledning til dette. I de tilfeller kommunen går ut over sin kompetanse vil en aksept fra den private part være tilfredsstillende for å anse vilkår som legitime. Det er naturlig at en privat utbygger aksepterer de vilkår som han blir pålagt for å få byggetillatelse. Det er avtalefrihet i enhver kontraktinngåelse. Det går ut på at partene kan avtale hva man vil med hvem man vil. Dette gjelder også avtaler med kommunen og private. Unntaket fra hva som kan avtales følger av preseptorisk lovgivning eller at partene har tatt forbehold. Styrkeforholdet mellom kommunen og private aktører vil være relevant i en slik forhandling. Ofte vil det være betydelig forskjell med tanke på de nødvendige kunnskap som de partene besitter. Kommunene på sin side har stor fagkunnskap og herunder større ressurser for å ivareta sine interesser. Denne styrken kan kommunen benytte i forhandlings situasjoner på en måte som kan gi motparten den tro om at de handler i tråd med hva de har rett til, herunder eksempelvis pålegge en utbygger krav som den egentlig ikke har anledning til. Videre så har kommunen mulighet til å ekspropriere eiendomsareal så fremst offentlige interesser tilsier det. Det kan føre til at den private part motvillig går med på vilkår.

Når kommunen mottar søknad om byggesaker må de holde seg innenfor de rammene den aktuelle bestemmelsen setter når det skal vedtas noe. Dersom bestemmelsens ordlyd åpner for vilkårsstillelse skal kommunen holde seg innenfor bestemmelsens rammer også når det gjelder vilkårsstillelse så fremst ikke annet fremgår av bestemmelsen. I tilfeller vedtaket går utover det som med hjemmel i lov kan bestemme, kan man spørre seg om kommunen fortsatt kan kreve dette gjennom en privatrettslig avtale, og herunder omgå begrensingene hjemmelen fastsetter.

Sivilombudsmannens uttalelse om sak «Avtale om anleggsbidrag som vilkår for utbyggingsavtale» tas denne problemstillingen opp. Her hadde Fylkesmannen i Vinje kommune stilt som vilkår til en utbyggingstillatelse at et anleggsbidrag ble betalt. Vilkåret ble inngått gjennom en privatrettslig avtale. Sivilombudsmannen standpunkt i denne saken var at

en ikke kunne hjemle vilkåret avtalerettslig, og at det var nødvendig med en lovhjemmel. Sivilombudsmannen la til grunn at det var generelt anledning til å dele opp tilknytningsgebyr, så han det som problematisk at det ble gjort på den måten kommunen gjorde det i dette tilfellet. Forskriften han tolket skilte uttrykkelig mellom anleggsbidrag og tilknytningsavgift. Videre la sivilombudsmannen til grunn at anleggsbidrag var et betalingskrav som måtte etableres avtalerettslig, og at det dermed var vanskelig å hjemle kravet inn under den lovbestemte avgiftsplikten jf. vann- og kloakkavgiftsloven § 2, jf. § 1 første ledd første punktum. Videre uttalte han det som uhensiktsmessig at kravet ble etablert på denne måten i tillegg til hjemmelen i vann- og kloakkavgiftsloven.

«Kommunens avtalekonstruksjon synes å bygge på en forutsetning om at vann- og kloakkavgiftsloven ikke gir hjemmel til å ilegge bidraget, og at avtale derfor er nødvendig. Det er imidlertid vanskelig å se at en slik obligatorisk avtale kan avhjelpe en eventuell hjemmelsmangel. Således kan jeg ikke se at kommunen har hjemmel i lovverket til å stille vilkår om inngåelse av avtale om anleggsbidrag for ramme- og igangsettingstillatelse».

Kommunens tolket loven slik at gebyret måtte avtales på grunn av manglende bestemmelse som åpnet for å etablering av anleggsbidraget på annen måte en avtalerettslig. Sivilombudsmannen tolking av den aktuelle loven var at forvaltningen var avskåret fra dette.

Sivilombudsmannens uttalelser er rådgivende, men kan ha betydelig vekt avhengig av den konkrete sak og hvilke uttalelser det gjelder. Dette har Høyesterett lagt til grunn ved flere anledninger. Det alminnelig kjent at sivilombudsmann uttalelser er relevant rettskildefaktor innen rettskildeprinsippene.

Høyesterett har i Rt. 1964 side 206 tatt uttalt i forbindelse med til akseptens rekkevidde. I denne saken var det avståelse av tilskuddsjord avstått til en annen i bygden som vilkår for en jord- og skogskonsesjon. Rekkevidden av aksepten og hva som kan avtales gjald i dette tilfellet avståelse av jord til tredjemann. Høyesterett nevner i avgjørelsen at rekkevidden av hva som kan avtales var det ikke grunn til å gå nærmere inn på, men at det iallefall var innenfor hva som kan avtale i som betingelse for jord- og skogskonsesjon. Avgjørelsen vil ut fra forholdsmessighetsbetraktninger være riktig for erververen i dette tilfeller, men ut fra nødvendighetsbetraktninger vil ikke vilkåret være relevant for å minske ulempene ved vedtaket. Det avgjørende momentet virket å være berikelsesaspektet med vedtaket målt opp mot vilkåret. Liknende avgjørelse var tilfellet i «Sykkelvei(Løvenskiold)» hvor berikelsesmomentet ble avgjørende.

Privat autonomi eller selvbestemmelsesrett er en form for rettsgrunnlag. Privat autonomi går ut på at kontrahentene stifter gjensidige plikter og rettigheter overfor hverandre. En privat part som samtykker i et tilbud fra en tilbyder vil binde seg selv til avtalen²⁴. Begrensninger i slik rett følger av privatrettslige og offentligrettslige forhold. Kommunen på sin side har begrensninger som følger av bestemmelser i forvaltningsloven og andre offentligrettslige regler. Siden kommunen har avtalekompetanse blir spørsmålet om rekkevidden av hva som kan avtales mellom kommunen og tredjemann. Kan vilkårsstillelse utvides som følge av en akseptants samtykke. Høyesterett har i Rt. 1979 s. 994 (drosjeløyve) tatt for seg både tilfellet når kommunen med hjemmel i lov ikke kan stille det aktuelle vilkåret, om den private part gjennom samtykke eller passivitet har godtatt vilkåret.

I saken var spørsmålet om tilbakekalling av drosjeløyve. Løyveutvalgets vedtak lød som følger «løyveutvalget finner å kunne imøtekomme søknad fra drosjeeier Ingolf Endresen, Myre, om å bli fritatt for tilslutningsplikt til Myre drosjesentral. Fritaket gjelder for 2 år, og på betingelse av at Endresen etter fylte 70 år sier fra seg drosjeløyvet som han har gitt uttrykk for slik at det kan tildeles annen søker. Ny løyvehaver vil måtte tilpliktes medlemskap i sentralen.» I dommen ble det avgjørende momentet om den private part hadde samtykket til vilkåret i avtalen med løyveutvalget, noe retten mente at han ikke hadde, jf. Rt. 1979 s. 994.

Spørsmålet blir videre om det er særegne forhold som gjelder på plan- og bygningsrettens område og hvor lang et samtykke gjelder. Det er enighet i teorien om at slike avtaler både har en offentligrettslig og privatrettslig side, alt etter hvilke området avtalen gjelder. Forarbeidene har tatt for seg spørsmålet om rekkevidden av avtaler i forhold til utbyggingsavtaler, og sier at rekkevidden av hva som kan avtales etter plan og bygningslovens bestemmelser ansees utvidet gjennom den private autonomi, jf. NOU 2003: 24 s. 145. Grunnlaget for en avtale er tilbud og aksept. For eksempel dersom en kommune tilbyr en utbygger å bygge til tross for at det finnes avslagsgrunner til byggesøknaden, og at det stilles vilkår som ansees tyngende, ikke har saklig sammenheng eller er proporsjonale i slike tilfeller er vi beslutningen hjemles i den ulovfestede vilkårs læren. Den private part på sin side vil ha anledning til å samtykke jf. den private autonomi. Med dette utsagnet forstås det at begge parter har en videre adgang, herunder at parten som fremmer et dispositivt utsagn et tilbud som går videre enn det plan- og

²⁴ Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 9 utg. side 440

bygningslovens har anledning til. Dette vil også utvide den andre parts samtykke adgang. Den private part samtykke går lengere en hva plan- og bygningslovens gir vedkommende anledning til.

I Rt. 1964 s. 256 kom Høyesterett frem til at et tankanlegg måtte fjernes på grunn av at det ble tatt forbehold med følgende formulering «Tankanlegget fjernes eller flyttes på eierens bekostning om dette av hensyn til veivesenets interesser blir forlangt, jfr. veiloven § 39 og § 41». Forbeholdets gyldighet ble drøftet ut fra lovlighet og saklighetsbetraktninger. Flertallet kom tilsynelatende frem til at forbeholdet tolket analogisk gjaldt de tilfeller loven oppstilte. Mindretallet kom frem til at vilkåret var ulovlig. At forbeholdet fører til en frasingelse av erstatning ved ekspropriasjon. Videre anførte mindretallet at klausulen førte til en skjult finansiering av offentlig infrastruktur, og at vegvesenet var den fagkyndige instansen som overførte den risikoen for deres fremtidige disposisjoner over på bensinstasjonens eier. Det tyder på at Høyesterett legger vekt på forbeholdets lovlighet og saklighetsbetraktninger ved vurdering om gyldighet av forbehold og herunder aksept.

Det virker tilsynelatende som at Høyesterett legger mindre vekt på at vilkåret har saklig sammenheng med vedtaket i de tilfeller berikelsen ved vedtaket overstiger et viss nivå. Angående akseptens rekkevidde virker det som en helhetsvurdering er avgjørende for hva som kan stilles som vilkår og hva som kan aksepteres.

4 Vilkårsstillelse etter plan og bygningsloven

4.1 Dispensasjon fra reguleringsplan

Dispensasjon fra reguleringsplan hjemles i pbl. § 19-2. Dispensasjonen er relevant med tanke på avhandlingens problemstilling ved at det vil være med på å fastslå om vedtaket er et begunstigende eller ikke. Som behandlet tidligere er begunstigende vedtak en forutsetning for vilkårsstillelse for forvaltningen. Pliktsubjektet er kommunestyret, jf. pbl. §12-1 første ledd. «Kommunestyret skal sørge for» gir etter en naturlig språklig forståelse kommunen en pliktig å sørge for en forsvarlig planavklaring. Videre gir bestemmelsen en henvisning til vurderinger som skal tas i kommuneplandelen, jf. pbl. § 10-1 og §11-5. Dette tilsier at kommunen er bundet av sine egne avgjørelser med tanke på det gitte arealet. Hensynene reguleringsplan skal ivareta fremgår av pbl. § 12-1 og skal brukes der det er behov for å sikre forsvarlig

planavklaring og gjennomføring av bygge- og anleggstiltak, flerbruk og vern med tanke på berørte private og offentlige interesser. Naturlig språklig forståelse av ordlyden «forsvarlig planavklaring» er at omstendigheter på det gitte arealet skal tas hensyn til på en forsvarlig måte.

Det kreves reguleringsplan i de tilfeller det er behov for å sikre forsvarlig planavklaring. Det kan være på grunn av at byggeprosjektet vil berøre enten privat eller offentlige interesser. På en annen side vil det omvendte resultatet foreligge i de tilfeller det er foretatt en forsvarlig planavklaring og tiltaket med stor sikkerhet ikke berører verken private eller offentlige interesser. Problemer oppstår ofte i grensetilfeller hvor det ikke kreves reguleringsplan. En illustrasjon vil være de tilfeller kommunen vurderer at vilkårene for å dispensere foreligger. Ved dispensasjon fra reguleringsplan blir det ikke tatt en ny vurdering om diverse hensyn som gjelder i det gitte området. Det kan tenkes at kommunen ikke krever reguleringsplan for å nettopp fremskynde prosjektet og heller stille vilkår som skal innfris.

4.2 Dispensasjon fra Plan- og bygningsloven

Dispensasjon fremgår av plan- og bygningsloven kapittel 19. Hovedregelen om byggeretten følger av plan- og bygningsloven § 21-4. Når søknaden er fullstendig, skal kommunen snarest mulig og senest innen den frist som framgår av § 21-7, gi tillatelse dersom tiltaket ikke er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven. Dispensasjon vil i byggingstrettslig forstand være at en får byggerett til tross for at tiltaket er i ikke er fullstendig i følge plan- og bygningslovens reguleringer. Det kan som tidligere nevnt være ulike årsaker til hvorfor man velger å dispensere fra plan- og bygningsloven, men dette skal ikke drøftes her.

Av første ledd fremgår det at kommunen kan gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt eller i medhold av pbl. Det kan videre settes vilkår for dispensasjonen, jf. pbl. § 19-2. Ordlyden i første ledd vil etter en naturlig språklig forståelse gi inntrykk for at den gir byggeforvaltningen vidtgående adgang til å benytte skjønn ved avgjørelse av dispensasjon skal gis, herunder ved bruken av ordet «kan gi». At bestemmelsens andre punktum uttrykkelig sier at «det kan settes vilkår for dispensasjonen» vil ut fra en naturlig forståelse menes at det er opp til bygg forvaltningens skjønn at det kan settes vilkår. Om første ledd hadde vært taus i henhold til vilkårsstillelse vil dette kunne tenkes å være en videre

adgang en slik som adgangen er formulert i bestemmelsen. At det «kan» settes vilkår for dispensasjonen er også overlatt til bygge forvaltningens skjønn og forståelse av at det er unntak fra hovedregelen at det ikke stilles vilkår. Forarbeidene gir ingen veiledning med tanke på først ledd annet en at vilkårsadgangen er sterkt begrenset som følge av annet ledd, jf. ot.prp.nr 32 (2007-2008) s. 244.

Av pbl. § 19-2 annet ledd fremgår det at dispensasjon ikke kan gid dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra blir vesentlig tilsidesatt. En naturlig språklig forståelse er at bestemmelsen begrenser kommunen i å gi dispensasjoner i de tilfeller det foreligger omstendigheter som vil føre til en stor grad av tilsidesettelse av de hensyn nedfelt i bestemmelsen eller formålet med loven. Videre forstås det som at de skal være en forholdsmessighetsvurdering mellom fordeler og ulempene ved dispensasjonen. Forarbeidene sier i forbindelse med annet ledd at det må foreligge en 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, jf. ot.prp.nr.32 (2007-2008) avsnitt 5.

I LA-2015-197645 gjaldt saken fylkesmannens omgjøring av kommunens vedtak om dispensasjon fra forbudet om å bygge i strandsonen. I tingretten ble staten frifunnet for søksmål om gyldigheten av fylkesmannens vedtak. Lagmannsretten tok for seg tingrettens tolking av vilkåret «vesentlig tilsidesatt». Det ble tatt stilling til terskelen vilkåret oppstiller, og at ikke enhver negativ innvirkning vil ansees som vesentlig tilsidesettelse. Videre ble vilkåret tolket til også å gjelde når flere innvirkende årsaker til sammen fører til en «vesentlig tilsidesettelse». Et eksempel til å illustrere dette er dersom en ønsker å bygge i strandsonen, noe som i utgangspunktet er forbudt jf. pbl. § 1-8. Ved en dispensasjon jf. pbl § 19-2 er vurderingstemaet natur-og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser. Det kan tenkes at disse hensynene gjør seg gjeldende på det arealet dispensasjonen gjelder. Hadde det oppholdt seg sjeldne fuglearter på strandsonen som årlig hadde hekkeplass der og dette var noe som var tatt stilling til ved dispensasjonsgivelsen, kunne det tenkes at resultatet var at dispensasjonen «vesentlig tilsidesatt» formålet med loven.

Vilkår for å bøte på eventuelle skader et byggeprosjekt vil føre med seg nevnes ikke i bestemmelsen. Av dispensasjonsbestemmelsen pbl. § 19-2 første ledd fremgår det at det kan

stilles vilkår til søknaden. Av forarbeidene fremgår det at bestemmelsen har samme innhold som uskreven alminnelig forvaltningsrett, jf. ot.prp.nr. 32 (2007-2008).

Forarbeidene legger til grunn at det må det foretas en interesseavveining. I en slik avveining må fordelene ved tiltaket må vurderes opp mot ulempene. 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, jf. ort.prp.nr. 32 (2007-2008) s. 244. Forståelse av forarbeidet er at det må tas en konkret vurdering og det kreves mye større interesse for at dispensasjonen skal tillates en det motsatte. Det kan for eksempel være en sterk overvekt av interesser som taler mot en slik dispensasjon enn omvendt.

Spørsmålet blir om vilkår kan settes for å motvirke ulempene med dispensasjonsvedtaket. Sivilombudsmannen har i flere uttalelser, blant annet SOM-2017 2921 (avsnitt 5) og SOM-2007-312 (avsnitt 10), lagt til grunn at dispensasjoner fra områder hvor det råder særlige hensyn vil dette kreve større grad av vurderinger. Ved dispensasjon vil det bli en omgåelse av de vurderinger foretatt av det demokratiske apparatet angående helhetlige arealbruken på området. I mangel av den demokratiske vurderingen ved dispensasjoner vil også eventuelle vilkår som har til formål å motvirke ulempene ved dispensasjonen også best vurderes av det demokratiske apparatet. Det skal derfor ikke være en enkel løsning å dispensere til fordel for å endre arealplanen. I eksempelet ovenfor vil det være en permanent bygning i strandsonen, og vilkår vil ikke kunne motvirke ulempene ved dispensasjonen fører til så lenge den sjeldne fuglearten oppholder seg på det aktuelle området.

4.3 Midlertidig dispensasjon og etterfølgende vilkårsstillelse

Det kan videre gis midlertidig dispensasjoner. Slike dispensasjoner kan gis tidsbestemt eller for ubestemt tid, jf. pbl. § 19-4. Ved dispensasjonstidens utløp kan det tenkes at vilkår kan stilles som ikke nødvendigvis er til gunst for utbygger. Problemet med at vilkårene stilles i etterkant av påbegynt bygging er at det kan være betingelser som den private part ikke har tatt stilling til eller er av vesentlig fordyrende art, og at vedkommende ikke hadde investert i byggeprosjektet om vilkåret hadde vært ytret samlet. Et eksempel til illustrasjon er varige store konstruksjoner. Kommunen har er vid adgang til å stille vilkår, jf. pbl § 19-4, herunder

«gjenopprette den tidligere tilstand». Om dette vilkåret kan benyttes som pressmiddel for å stille tyngende vilkår om endringer i kommunens favør²⁵.

Spørsmålet blir i hvilken grad kommunen kan trekke tilbake en dispensasjon med grunnlag i pbl. §19-4 eller benytte adgangen til å stille ytterligere vilkår til tiltaket. Det kan tenkes at det aktuelle arealet som det var gitt dispensasjon til å bygge på har kommet andre pressende interesser som gjør at arealet må benyttes på en annen måte. Spørsmålet er diskutert i stor bredde i en sak som er gjengitt i Sivilombudsmannens årsmelding for 1989 - Dok. 4 for 1989-90 - på side 148-151 (SOMB-1989-57). Det fremgår av saken at justisdepartementet under tvil kom frem til at byggetillatelse ikke hadde vern mot midlertidige byggeforbud, videre hadde kommunaldepartementet og miljødepartementet en annen oppfatning av spørsmålet. Praksisen fra Oslo var at byggetillatelse ble ansett å ha vern. Sivilombudsmannen konkluderte med at verken ny regulering eller byggeforbud gis virkning i forhold til en rettskraftig byggetillatelse. Sivilombudsmannens drøftelse og konklusjon ble forelagt Justisdepartementets lovavdeling og Miljøverndepartementet. Lovavdelingen ga uttrykk for at argumentasjonen ikke hadde gitt grunnlag for å endre syn, men lovavdelingen uttalte så. De uttalte at når sivilombudsmannen ordlegger seg så klar ved sin rettsoppfatning på dette spørsmålet bør forvaltningen rette seg etter sivilombudsmannens rettsoppfatning. Videre uttalte de at oppfatningen gav størst rettsikkerhet ovenfor den som har fått byggetillatelse, og at den ut fra retts tekniske hensyn var den beste løsningen.

Både Høyesterett og sivilombudsmannen slår fast at byggetillatelse har rettslig vern mot midlertidige dispensasjoner. Dette resulterer i at kommunen ikke kan stoppe byggetillatelse som er gitt etter pbl. §19-2, jf. 19-4, og de vilkårene bestemmelsen opplistet; endre, fjerne eller gjenopprette den tidligere tilstanden. Sammenhengen mellom dispensasjon og midlertidig dispensasjon er at midlertidige dispensasjoner ikke kan gripe inn i byggetillatelse og eksempelvis stoppe et byggetiltak grunnet dispensasjonens rettslige vern og stille ytterligere vilkår til byggetiltaket.

Høyesterett og sivilombudsmannens uttalelser tyder på at byggetillatelse har vern mot midlertidige dispensasjoner, og derfor ikke kan endres for å stille vilkår til tiltaket.

Spørsmålet blir så om en omgjøring, jf. fvl. § 35 kan benyttes for å etablere vilkårsadgang.

²⁵ O.J Pedersen og P. Sandvik, Plan- og bygningsrett, 2 utg. (side 221)

4.4 Omgjøringsadgangen, jf. fvl. § 35, og etterfølgende vilkårsstillelse

Etterfølgende vilkår er praktisk i de tilfeller endringer krever at vilkårsstilles. Det kan tenkes at byggeprosjektet fører til uforutsette ting som en ikke kunne ta høyde for ved forhandlingstidspunktet. Vilkår som blir pålagt en privat utbygger kan tenkes å fordyre det opprinnelige byggeprosjektet. Hvem skal ta regningen i de tilfeller den uforutsette hendelsen er noe kommunen har ansvaret for. Et eksempel kan være hvor en kommunal vei ligger tett opp til et utbyggingsprosjekt. Det er gitt gravningstillatelse på utbyggingseiendommen for å lage parkeringsplasser på eiendommen som går tett opp til den kommunale veien. En uforutsett følge kan være at den kommunale veien er lagt opp på ustabil grunn, noe som fører til at jordmasser raser. Kan det pålegges vilkår til den opprinnelige utbyggingsavtalen om at dette utarbeides eller vil slike forhold reguleres etter erstatningsrettslige regler.

Forvaltningsloven § 35 regulerer forvaltningsorganets mulighet til å omgjøre et vedtak. Det er forskjellig adgang til omgjøring alt etter om vedtaket er til gunst eller ikke overfor parten vedtaket gjelder. I det tilfellet det har vært gitt en dispensasjon, noe som i utgangspunktet er til gunst for søkende part så fremst det ikke allerede er stilt vilkår for å motvirke skadene av dispensasjonen. En omgjøring som gjelder lemping av krav i favør søkeren kan gjøres, jf. fvl. § 35 bokstav a. De begrensninger i adgangen til å omgjøre vedtak gjelder ikke når endringsadgangen følger av annen lov, av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler. En omgjøring som skjerper kravene kan således til en viss grad gjøres etter fvl. § 35 siste ledd. «når tungtveiende allmenne hensyn taler for det» kan en omgjøring gjøres²⁶. Hva som vil være tungtveiende hensyn i det enkelte tilfellet vil variere.

Ordlyden «tungtveiende allmenne hensyn» vil etter en naturlig forståelse være en overvekt av hensyn for en omgjøring, enn de hensyn som taler mot en omgjøring. Videre gir ordet «allmenne» en indikasjon på at det omfatter også hensyn som ikke bare fremgår av hensyn kodifisert i pbl, men også andre hensyn. I Sivilombudsmannens uttalelse «Dispensasjon fra reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider» ble det tatt vurdering om hvilke hensyn som skulle tas. Saken gjaldt fylkesmannen ønske å omgjøre vedtak om dispensasjon fra reguleringsplan, hvor det ble vurdert adgangen til å omgjøre, jf. fvl. § 35 siste ledd «alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper».

²⁶ Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 7 utg. (Side 278-279)

Sivilombudsmannen kom frem til at det må tas en bred vurdering, hvor tungtveiende hensyn som taler for en omgjøring måtte gjøres gjeldende. «Fylkesmannen synes å ha begrenset sin vurdering til om de nye opplysningene alene kunne få betydning for tiltakets gyldighet og ikke tatt i betraktning de øvrige forholdene». Fylkesmannen ble rådet å ta en nærmere redegjørelse av omstendighetene i saken for å vurdere om tungtveiende hensyn forelå²⁷. Eksempelvis vil tungtveiende hensyn for å omgjøre, som var vesentlig tyngre en hensynene for å opprettholde vedtaket, er det anledning til å omgjøre, jf. fvl. § 35 femte ledd.

4.5 Vilårsstillelse i utbyggingsavtaler, jf. pbl. § 17-3

Spørsmålet blir således om kommunen har en videre adgang til å stille vilkår gjennom utbyggingsavtaler. Med videre adgang menes en utvidet adgang sammenlignet med ordinære vedtak. Utgangspunktet er som sagt at partene kan avtale hva man vil, med hvem man vil. Med dette utgangspunktet kan det være fristende å omgå de begrensninger plan- og bygningsloven bestemmer. En total omgåelse av reglene er det ikke anledning til. Plan- og bygningsloven har begrensninger i hva en slik avtale kan gå ut på, og at avtalen er forholdsmessig, jf. pbl. § 17-3. Grunneier eller utbygger skal «helt eller delvis bekoste tiltak som er nødvendige» for at få gjennomført et planvedtak. Tiltak skal stå i «rimelig forhold» til «art og omfang» av hva kommunen bidrar til ved gjennomføring av forpliktelsene ved avtalen og planen. Videre skal kostnadene som grunneier eller utbygger skal stå for «stå i forhold» til hva kommunen blir påført av belastning. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «tiltak som er nødvendige» er at tiltaket må ansees som en forutsetning for at gjennomføringen av planvedtaket vil kunne realiseres eller formulert på annen måte. Ordlyden «rimelig forhold» vil etter en naturlig språklig forståelse være at det må være en viss balanse mellom hva kommunen krever og det den private yter. Videre så vil forståelsen av begrepet «gjennomføring av planvedtak» være at avtalen må gjelde beslutninger om gjennomføring av planvedtaket. Dette vil være en begrensning i avtalefriheten på så måte.

Siden avtalen «kan» gjelde areal, kommune eller regulerings planer blir spørsmålet om det ved en antitetisk tolkning av bestemmelsen ikke behøver å gjelde forhold som er knyttet til planene. Om så er tilfelle gir dette en meget videre rekkevidde for å stille vilkår i en

²⁷ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/dispensasjon-fra-reguleringsplikten-for-storre-bygge-og-anleggsarbeider/> (Hentet: 20.11.18)

utbyggingsavtale. Forholdsmessighetsvurderingen er blant annet vurdert i forhold til sivilombudsmannens uttalelser, og forarbeidene vurdering av begrepet. Her ble det lagt vekt på at tiltaket har tilstrekkelig saklig sammenheng med plangjennomføringen. Videre måtte tiltaket utløse behov for at ytelsen kreves gjennomført. Dette begrunnet forarbeidene med at det skal være relevant og nær sammenheng mellom ytelsen og planens innhold. Det ble også lagt vekt på at ytelsen skal ivareta relevante interessene i utbyggingsområdet, eller avhjelpe ulemper eller eventuelle skadevirkninger ved den aktuelle utbyggingen²⁸. Det fremgår av ordlyden i bestemmelsen at det skal være en forholdsmessighet mellom det den private part yter og det kommunen yter, jf. pbl. § 17-3 tredje ledd. Bestemmelsen gir krav til saklighet, nærhet, avhjelp av ulemper, og ytelsen ivaretar relevante interesser i utbyggingsområdet. Som nevnt tidligere må det tas en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle om vilkåret er forholdsmessig.

4.5.1 Saklighet

En vurdering om saklighet vil her være sammenhengen mellom vilkåret og relevante hensyn i kommunens arealplan eller reguleringsplan. Det må nødvendigvis være en nær sammenheng mellom vilkåret og den plan det gjelder. Et eksempel for å illustrere dette kan være hvor en utbygger får som vilkår å opparbeide noe som ikke er blitt hensyntatt i arealplanen eller reguleringsplanen. Også her må det tas en konkret vurdering om vilkåret har saklig sammenheng med enten kommunens arealplan eller reguleringsplan.

4.5.2 Skadevirkning og ulemper

Avhjelp av ulemper knytter seg til de ulempene tiltaket fører med seg.

Et eksempel til illustrasjon av forholdsmessighetsvurderingen i praksis. Utbygger Peder Ås har søkt om byggetillatelse på Kvaløya til sin IKEA-butikk, til tross for at han ikke har byggerett, jf. pbl §21-7. Byggetillatelse blir gitt, men Ås blir pålagt å opparbeide infrastruktur, noe som er i tråd med hva som kan avtales etter plan og bygningsloven.

Infrastrukturen gjelder oppføring av to nye bruer, en fra Tromsdalen til Tromsø siden og en fra Tromsø til Kvaløya siden. Det første spørsmålet som oppstår er om en oppførsel av bruene er nødvendig for gjennomføringen av planvedtak? En Ikea-butikk på Kvaløya ville medført

²⁸ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/bestemmelse-i-kommunedelplan-om-bruk-av-utbyggingsavtaler-ved-gjennomforing-av-tiltak/> (Nødvendighetskravet, 2. avsnitt)

økt trafikk, noe som ville ført til en ytterligere belastning på det eksisterende veinettet og at veinettet ikke vil være tilstrekkelig.

Vilkåret «tiltak» må stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag. I det tilfellet et utbyggingsprosjekt er av liten størrelsesorden vil vilkåret om oppførsel av to bruer ansees å være uforholdsmessig. Ikea er et stort konsern og oppførsel av butikker krever arealmessig stor plass. Videre vil en oppførsel av IKEA på Kvaløya være et prosjekt med en totalsum på flere millioner og omfanget vil kunne sies å være stort. Ved et byggetiltak med stort omfang kan det forsvares at opparbeidelsen av bruene blir pålagt Ås å bekoste helt eller delvis. Kostnadmessig ville oppførsel av bruene klart vært uforholdsmessig.

4.6 Rekkefølgekrav

Rekkefølgekrav vil i henhold til avhandlingens problemstilling være innenfor den lovfestede vilkårsadgangen. Hjemmelen for å stille rekkefølgekrav i reguleringsplaner følger av pbl. § 12-7. Det kan gis bestemmelser i «nødvendig utstrekning» til arealformål og hensynsoner. Ordlyden av vilkåret «nødvendig» er at det må være et reelt behov for å stille det aktuelle rekkefølgekravet. Pbl. §12-7 punkt 10 oppstiller hva rekkefølgebestemmelsene kan gå ut på og setter følgelig rammer for hva som kan kreves opparbeidet av den private part. Ordlyden i bestemmelsens punkt 10 er vagt formulert, og setter ikke særlig begrensninger i hva kommunen kan kreve opparbeidet. Eksempelvis «tekniske anlegg», her vil samtlige ting falle inn under ordlyden.

Første spørsmål blir om loven oppstiller begrensninger utover den vage ordlyden i §12-7. Utgangspunktet for vurderingen er hvilke området det gjelder. Er områdets arealformål regulert til bebyggelse og anlegg, jf. pbl § 12-5 vil dette gi føringer for hvilke rekkefølgekrav som vil være relevant i det gitte området. Herunder vil teknisk anlegg være et relevant rekkefølgekrav så fremst ikke kommunen har tolket teknisk anlegg for utvidende. En oppførsel av «teknisk anlegg», jf. pbl § 12-7 (10) vil ikke vært relevant rekkefølgekrav å pålegge den private part å føre opp i et område som er regulert som friluftsområdet. Rekkefølgekravet i det tilfellet ikke vært «nødvendig».

Videre stilles det som krav at rekkefølgekrav må være «tilstrekkelig etablert». En naturlig språklig forståelse av ordlyden «tilstrekkelig» er at tiltaket er på et akseptabelt nivå ved oppstart av byggetillatelsen. Videre vil en naturlig språklig forståelse av «etablert» være at det

ikke er usikkerhet knyttet til om rekkefølgekravet er utført, men at det er ferdigstilt før den private part starter med utbyggingen. Videre ordlydsfortolkning vil være at uttrykket «tilstrekkelig etablert» knytter seg til den materielle kvaliteten av rekkefølgekravet.

Eksempelvis hvilken type material som skal brukes. Så fremst kommunen og den private part har avtalt at den private part skal sørge for innfrielse av rekkefølgekrav, må rekkefølgekravet være utført på et akseptabelt nivå før utbyggingen kan skje.

Spørsmålet så blir om rekkefølgekravene må ha saklig sammenheng med tiltaket, på lik linje med vilkårene etter ulovfestet rett. I de tilfeller rekkefølgekravet har en perifer tilknytning til byggetiltaket vil det føre til at opparbeidelsen mangler saklig sammenheng. I følge Rt. 2003 s. 764 og SOM-2015-1194 gjelder de samme vurderingsmomenter som drøftet under ulovfestet vilkårslære, at rekkefølgekravet må ha saklig sammenheng med vedtaket og ikke være uforholdsmessig. Rekkefølgekrav på sin side har grunnlag i kommunens arealplan på lengere sikt, det vil si at, arealplanen angir hva som skal oppføres av infrastruktur på det gjeldende arealet. I det en utbygger ønsker å utføre et byggeprosjekt på arealet angir loven og arealplanen hva som skal være opparbeidet av før utbyggingen kan skje. Om utbygger gjennom avtale påtar seg ansvaret for rekkefølgekravet kan dette kunne sies å være greit, særlig siden Høyesterett i Rt. 2003 s. 764 har godtatt tyngende vilkår til tross for manglende saklig sammenheng. Ordlyden i pbl. § 12-7 sier ingenting om når opparbeidelse av rekkefølgekrav er avskåret. Det er således partene som gjennom enighet avgjør hva som skal utføres av hvem. Videre er det opp til tiltakssøker om vedkommende vil godta vedtaket med det tyngende vilkåret.

4.7 Vilårsstillelse i byggesaksdelen

Byggeretten fremgår av pbl. § 21-4. Idet søknaden er fullstendig skal kommunen snarest mulig eller innen fristen i § 21-7, gi tillatelse dersom tiltaket ikke er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av loven, jf. pbl. § 21-4.

Som nevnt tidligere er den naturlige språklige forståelsen av «fullstendig» hvor de øvrige vilkårene oppfylt. Ot.prp.nr 45 (2007-2008) har samme forståelse av begrepet, dog noe mere detaljert. Kommunen må vurdere om søknaden er fullstendig. Dette innebærer at kommunen må kontrollere at nødvendig dokumentasjon og erklæringer foreligger, jf. ot.prp.nr. 45 (2007-

2008). Både loven og forarbeidene slår fast at hvor søknaden er fullstendig må kommunen gi tillatelse. Av juridisk teori fremgår det at bygningsmyndighetene har anledning til å stille tyngende vilkår dersom loven hjemler avslag ut fra en skjønsmessig vurdering²⁹.

Av plan- og bygningsloven fremgår også avslagsgrunner. For at en søknad om byggetillatelse skal kunne avslås kreves det at tiltaket vil komme i strid med plan- og bygningslovens materielle bestemmelser. Det skilles mellom prosessuelle bestemmelser og materielle regler. Det kan ikke ved avgjørelse om avslag på søknad legges til grunn at tiltaket bryter med bestemmelser i andre lover. Videre kan det ikke legges til grunn at privatrettslige forutsetninger for tiltaket ikke foreligger, jf. pbl. § 20-4 første ledd. For søknadspliktige tiltak kan ikke avslag bero på en henvisning om at tiltaket er underlagt søknadsplikt³⁰.

4.8 Vilårsstillelse til byggeretten

Det er anledning for forvaltningen å sette vilkår etter byggesaksdelen så fremst det er grunnlag til å avslå byggetillatelsen. Byggesaker er regulert i plan- og bygningsloven kapittel 20 til og med kapittel 31. Hva som reguleres etter kapittelet er «tiltak». Hva som inngår i ordlyden «tiltak» fremgår av bestemmelsen, herunder oppførsel, endring av eksisterende bygg, etc, jf. pbl. § 20-1. Hensynene som ligger til grunn for byggesaker fremgår blant annet gjennom plan- og bygningsloven §1-1 tredje ledd *«byggesaksbehandling etter loven skal sikre at tiltak blir i samsvar med lov, forskrift og planvedtak. Det enkelte tiltak skal utføres forsvarlig»*. Ordlyden i bestemmelsen «samsvar med lov, forskrift og planvedtak» er at myndighetene ønsker mest mulig konformitet når det gjelder byggverkene. Videre forstås det som at det er en forutberegnelighet med tanke på hvilke minstekrav som gjelder. Atter videre angir den etter en naturlig språklig forståelse et likhetsprinsipp om hvordan visse ting på eiendommen skal være, at det gjennom en forutberegnelig byggesaksbehandling vil føre til en fornuftig planutforming. «Tiltaket skal utføres forsvarlig» vil etter en språklig forståelse tilsi at selve byggeprosessen utføres på en sikker måte. Forarbeidene legger til grunn at forsvarlighetskravet innbefatter bebyggelse skal utføres forsvarlig ut fra bygnings- og branntekniske, helsemessige, miljømessige, estetiske og økonomiske hensyn, samt behovet for brukbarhet og tilgjengelighet, jf. ot.prp.nr. 32 (2007-2008) side 172. Pbl. §1-1 tredje ledd

²⁹ Pedersen, Sandvik, Skaaraas, Ness, Os (2011): *Plan-og bygningsrett*. S.190.

³⁰ Pedersen, Sandvik, Skaaraas, Ness, Os (2011): *Plan-og bygningsrett*. Side 181.

fungere som en overordnet plan, mens den videre presiseringen ligger i byggesakskapittelet i loven, forskriftene og planvedtaket.

Byggesaksdelen har ulike kapitler for regulering av ulike deler. I foreliggende avhandling er det fokusert på byggemyndighetenes adgang til vilkårsstillelse i forhold til byggetomta og ubebygde areal. Plan- og bygningsloven § 28-1 første ledd legger til grunn at eiendommen kan bygges på, endres eller opprettes så fremst det er «tilstrekkelig sikkerhet mot fare eller ulempe» videre må dette gjelde for fare eller ulempe som har sin årsak i «natur- eller miljøforhold». Det nevnes også at det gjelder «fare eller vesentlig ulempe som følge av tiltak».

En naturlig språklig forståelse av vilkåret «tilstrekkelig sikkerhet mot fare eller ulempe» forstås som at det skal være opparbeidet nødvendige sikkerhetstiltak for å motvirke eventuelle farer eller ulemper som kan skje. Ordlyden «fare eller ulempe» er vagt formulert og gir ikke nevneverdig veiledning. Subjektiv vurdering av hva som ansees som fare eller ulempe i de gitte tilfeller kan variere sterkt. Videre gjelder det bare fare og ulemper som følge av «natur- eller miljøforhold». Av forarbeidene fremgår det at det er en nedre terskel for hva som ansees som fare, og at bestemmelsen § 28-1 kommer til anvendelse, jf. ot.prp.nr.45 (2007-2008) 3 avsnitt.

Av pbl. § 28-1 annet ledd fremgår det at for grunn som ikke er tilstrekkelig sikker skal kommunen om nødvendig nedlegge forbud mot opprettelse eller endring av eiendom eller oppføring av byggverk. Kommunen kan stille særlige krav til byggegrunn, bebyggelse og uteareal dersom nødvendig. En naturlig språklig forståelse av «grunn som ikke er tilstrekkelig sikker» menes at det er identifisert at grunnen har svakheter. Ordlyden «skal kommunen» forstås som at dette er en plikt kommunen har til å nedlegge forbud mot opprettelse eller endring av eiendom eller oppføring av byggverk. Videre vil det etter en naturlig forståelse gjelde en passivitetpåbud ved at det forbys å opprette, endre eller oppføre byggverk.

Bestemmelsens andre ledd består av alternative vilkår. I de tilfeller kommunen ikke forbyr i tråd med annet ledd første setning, skal det stilles «særlige krav» til byggegrunn, bebyggelse og uteareal. Ordlyden «særlige krav» vil etter en naturlig språklig forståelse gjelde krav som bidrar til å motvirke at grunnen ikke er tilstrekkelig sikker. Sammenhengen mellom «skal kommunen om nødvendig ... stille særlige krav» gir en anvisning på kommunens skjønnskompetanse. Videre vil det etter en naturlig språklig forståelse være skranker for hva forvaltningen kan stille av vilkår i sammenheng med «særlige krav». Vilkåret må gjelde

byggegrunnen, bebyggelsen eller utearealet. Forarbeidene til bestemmelsen nevner til dette at vilkårene må ha direkte sammenheng med den foreliggende fare eller ulempe (ot.prp.nr.45, avsnitt 5-6).

Kommunal vilkårsstillelse vil avhenge av hvilke valg eier velger. Eksempelvis i de tilfeller vedkommende velger å bygge til tross for at grunnen ikke er tilstrekkelig sikker som følge av det foreligger stor fare eller stor sannsynlighet for ulemper, kreves det at utbygger utfører de vilkår som skal motvirke faren eller ulempen.

4.9 Ulovlighetsoppfølging

Ulovlighetsoppfølging er relevant med tanke på oppgavens problemstilling på grunn av ulovlighetsoppfølginger ofte føre til et pålegg om endre det som er ulovlig oppført. Spørsmålet blir om et slik pålegg kan gå ut på, kan det gå videre en bare tilbakeførelsen av ulovligheten. Ofte har folk ønske om å bygge på huset sitt eller ekspandere enten huset eller eventuelle andre byggverk en har for hånden. Disse tiltakene kan være utenfor hva som ansees å være søkefrie tiltak, jf. pbl § 20-5, og er heller tiltaks om er søknadspliktige etter pbl. § 20-1. Problemet flere ikke tenker på eller problemer vedkommende velger å overse, er at det knytter seg strenge regler til hvordan en slik utbygging skal skje. Det relevante vilkåret for å anse et tiltak som å være søknadspliktig er at utbyggingen fører til «vesentlige endringer». En naturlig språklig forståelse av ordlyden «vesentlig endringer» er at det både kan tolkes som at selve bygget er vesentlige endret sammenlignet med før selve byggingen. Et eksempel vil være dersom en fjøs blir omgjort til leiligheter. Fjøsen vil bli renovert og ombygget, så selve byggets egenskap er endret. Den andre måten det kan tolkes på er at byggingen vil føre til en vesentlig endring i området både på, og rundt eiendommen. Om det hadde hersket en generell oppfatning av at tiltak ikke hadde behøvd søknadsplikt ville dette ført til en uforutsigbar fremtidig arealplanlegging. Av forarbeidene fremgår det an hva som er å anse som en vesentlig endring eller reparasjon må vurderes konkret. Endringens art og omfang må tillegges vekt i vurderingen, jf. ot.prp.nr. 39 (1993-1994).

Et pålegg om «retting», jf. pbl. § 32-3 kan stilles til vedkommende som har utført en eventuell ulovlige oppføring. En naturlig språklig forståelse av ordet «retting» er at objektet skal tilbakeføres til slik det var før den ulovlige oppføringen. Et eksempel er om en utbygger foretar seg en ulovlig oppføring som resulterer i en «vesentlig endring» av bygget, vil omfanget av en retting i det her tilfellet gjelde det som ansees å overstige et visst nivå å være ulovlig oppførelsen. Om en finner seg i grensen mellom søknadspliktige tiltak og søknadsfrie

tiltak, blir spørsmålet om rettingen omhandler hele bygget eller bare det som gjør at bygget blir vesentlig endret. På et tidspunkt vil man være på den søknadsfrie delen, før utbygger går for langt i byggingen til at bygget blir vesentlig endret. Det fremgår av ot.prp.nr. 45 (2004-2005) at ulovlige tiltak kan kreves revet eller endret. Forarbeidene sier ingenting om omfanget av en retting, bare at det kan pålegges endring eller rivning.

Det kan generelt sies at kommunen har lovfestede skranker som følger både av plan- og bygningsloven og ulovfestet rett. Om en privat part blir pålagt å rette den ulovlige oppføringen er det naturlig at kommunen verken pålegger en retting som er mangler saklig sammenheng eller som er uforholdsmessig.

5 Forholdet mellom lovfestet og ulovfestet adgang til å stille vilkår

Høyesterett har gjennom rettsavgjørelsene Blue Glacier, Drosjeløyve, Mimi Halvorsen og Løvenskiold utviklet vilkårlæren. Den går ut på at forvaltningen har anledning til å stille tyngende vilkår til begunstigende vedtak jf. del 3. Den lovfestede vilkårsstillelsen på sin side tar utgangspunkt i bestemmelsen det gjelder. Tolkning av bestemmelsen er utgangspunktet for å klargjøre om forvaltningen har anledning til vilkårsstillelse. I plan og bygningsloven har blant annet dispensasjonsreglene jf. avhandlingens punkt 4.2 en sentral tilknytning mellom plan- og bygningsloven og ulovfestet rett, herunder lovfestet og ulovfestet vilkårsstillelse.

Vilkårsstillelsen etter ulovfestet rett setter begrensninger til forvaltningens og innholdet av vilkårene. Momenter som gjentar seg ved vilkårsstillelse er noe likelydende ved lovfestet og ulovfestet rett, og stiller krav til sammenheng mellom vilkåret og tillatelsen. Videre så stilles det krav til forholdsmessighet.

Vilkår som fremgår av plan- og bygningsloven er nøye vurdert gjennom forarbeider til de ulike bestemmelsene og har den nødvendige presisjonen for å ivareta de hensyn som vilkårene er satt til å bidra til. På den andre siden inneholder loven stedvis vage vilkårsformuleringer hvor innholdet er lagt til byggeforvaltningen å bestemme innholdet av. I disse tilfellene kan den ulovfestede vilkårlæren bidra til å fastsette rammene for vilkårsstillelsen.

Kildeliste:

Love:

- Lov av 27. juni nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling
- Lov av 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen
- Lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m
- Lov av 10. februar 1967 Lov om behandling i forvaltningssaker(forvaltningsloven)

Forarbeider:

- ot.prp.nr. 32 (2007-2008)
- ot.prp.nr. 45 (2007-2008)
- NOU 2003: 24 s. 145

Forskrifter:

- FOR-2017-12-08-1950 (Forskrift om behandling av private forslag til detaljregulering etter Plan og bygningsloven)

Juridisk litteratur:

- Odd Jarl Pedersen, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness, Audvar OS «Plan og bygningsrett, del 2, 2 utgave, Oslo 2010
- Torstein Eckhoff, Eivind Smith «Forvaltningsrett» 9 utgave, Oslo 2010

Rettspraksis:

- Rt 1961 s. 297 (Glacier blue)
- Rt 1979 s.994 (Drosjesentral)
- Rt 2003 s. 764 (Løvenskiold)
- Rt. 1964 s. 256 (Bensinstasjon)
- Rt. 1964 s. 206
- LA-2015-197645

Sivilombudsmanns uttalelser:

- SOM-2015-1194
- SOMB-1989-57

-Tromsø Kommune «Planprosess for reguleringsplaner»

https://www.tromso.kommune.no/getfile.php/3671930.1308.wvvrqycppp/Planveileder_16+11+11.pdf