

Forvaltningsrett II – A-besvarelse 2013.

Av Ida Johanne Bohmann.

Kommentarer ved Henrik Jorem.

Partene i saken er Peder Ås mot Lillevik kommune.

Hovedproblemstillingen er om vilkårene for kommunens dispensasjonsvedtak er gyldige. Peder anfører at vilkårene gitt ved dispensasjonsvedtaket er ugyldig – hver for seg og samlet. Kommunen hevder det ikke hefter feil ved dispensasjonsvedtaket.

Kandidaten viser selvstendighet ved raskt å slå fast det som er hovedproblemstillingen i oppgaven, uten å bruke tid og plass på spørsmål som ikke har betydning for tvisten. Det er også ryddig å gjengi partenes overordnede synspunkter helt kort innledningsvis.

Kommunens adgang til å stille vilkår ved dispensasjonsvedtak er hjemlet i plan- og bygningsloven (pbl.) § 19-2 første ledd, hvor det står at «det kan settes vilkår for dispensasjonen».

Pbl. § 19-2 synliggjør ikke bare adgangen til å stille vilkår, bestemmelsen gir også retningslinjer i relasjon til hvilke vilkår som kan stilles. Bestemmelsen synliggjør både en formålmessighetsvurdering og en forholdsmessighetsvurdering.

Strengt tatt sier lovteksten bare noe om rammene for dispensasjonsadgangen, ikke om hvilke vilkår som kan stilles for dispensasjonen – selv om de hensyn en eventuell dispensasjon skal ivareta også vil være bestemmende for hvilke vilkår kommunen kan stille. Kandidaten bør imidlertid se at det er den ulovfestede vilkårlæren som er det rettslige grunnlaget for å vurdere om vilkårene er ugyldige.

De vurderingskriterier som går frem av den ulovfestede vilkårlæren hva angår formålmessighet og forholdsmessighet er svært like som de vurderingskriteriene som fremgår av pbl. § 19-2. Det anses følgelig som mest naturlig å ta utgangspunkt i loven – da lovgiver har gitt eksplisitt fullmakt til å stille vilkår.

I det følgende vurderes hvert av de tre vilkårene for seg.

Hva kravet til formålmessighet angår, fremgår det av pbl. § 19-2 at dispensasjon ikke kan gis dersom «hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse blir vesentlig tilsidesatt». Det må derfor vurderes om dispensasjonsvedtaket med dets vilkår er formålmessig.

Det er ryddig av kandidaten å behandle hvert enkelt vilkår for seg. Alternativt kunne man her behandlet vilkårene samlet under henholdsvis kravet til formålmessighet og forholdsmessighet. I alle tilfelle mener jeg at bruk av overskrifter synliggjør strukturen i besvarelsen bedre.

Vilkår 1 om at Peder må fjerne flaggstangen i vestenden av eiendommen «Fjogtun» vurderes først.

Spørsmålet blir om vilkår 1 om fjerning av flaggstangen på «Fjogtun» er formålsmessig, jf. pbl. § 19-2.

Pbl. § 19-2 synliggjør et krav om saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak, herunder bestemmelsen det dispenseres fra, og saklig sammenheng mellom vilkåret og lovens formål. Kravet til saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak følger ikke av lovteksten, men av den ulovfestede vilkårs læren, jf min kommentar over.

På den ene siden fremgår det av pbl. § 19-2 tredje ledd at det ved dispensasjon skal legges særlig vekt på konsekvenser for «helse, miljø, sikkerhet og tilgjengelighet». Å ta bort flaggstangen kan anses som hensiktsmessig hva «sikkerhet» angår, siden det er opplyst at Peders barn og barnebarn benytter seg av eiendommen.

Når det gjelder pbl. § 1-8, som er bestemmelsen det dispenseres fra om forbud mot bygging i 100metersbeltet, synliggjør denne at det skal tas hensyn til «natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre interesser».

Bestemmelsen er relativt vidtomfavnende. Å fjerne flaggstangen kan anses å ha en saklig sammenheng med hensynet til «landskap», da en 9 meter høy flaggstang i et ellers vakkert terreng kan ha negativ estetisk innvirkning. Videre fremgår det av kommunens reguleringsplan at landskapsvern er et sentralt hensyn.

Samlet trekker dette svakt i retning av at det er saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak, jf. pbl. § 19-2.

I kravet om formålsmessighet ligger for det første et krav om at vilkåret fremmer lovens/hjemmelsbestemmelsens formål, og for det andre et krav om saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak. Her blander kandidaten sammen de to problemstillingene. Når det gjelder sammenhengen mellom vilkår og vedtak, er det viktig å få frem at vilkåret knytter seg til en annen eiendom enn det vedtaket gjelder. Kandidaten kommer til dette poenget under, men behandler det tilsynelatende under spørsmålet om hvorvidt vilkåret tjener lovens formål. Det er uryddig.

Hva angår saklig sammenheng mellom vilkåret og lovens formål, fremgår det av pbl. § 1-1 at «estetisk utforming av omgivelsene» er ett av formålene bak loven.

Å fjerne en 9 meter høy flaggstang kan anses å ligge innenfor dette formål. Dette trekker likevel kun svakt i retning av at det foreligger saklig sammenheng mellom vilkåret og lovens formål, jf. pbl. § 19-2.

På den andre siden relaterer vilkår 1 seg til en annen eiendom, herunder «Fjogtun», enn den det søkes dispensasjon til, som er «Pederbro». Saken hadde stilt seg annerledes dersom det var tale om en flaggstang som tilhørte «Pederbro». Den saklige sammenhengen mellom vilkåret og vedtaket anses derfor som noe diffus på bakgrunn av dette.

Både i Løvenskiold-dommen og i Glacier Blue-dommen ble det stilt vilkår som knytter seg til vedtaket, herunder gang- og sykkelsti som relaterte seg til utbyggingen Løvenskiold skulle foreta, og vilkår om bruk av bil til det formål som var tiltenkt.

Her er det i realiteten snakk om et vilkår som ikke har noen tilknytning til vedtaket. Vilåret er knyttet til en annen eiendom, og disse eiendommene har ingen tilknytning til hverandre

bortsett fra at det er Peder som er eier av begge. Vilkåret kan anses som saklig i seg selv, men dets tilknytning til vedtaket anses for svak til å anse det som formålmessig.

Samlet trekker dette sterkt i retning at det ikke er saklig sammenheng mellom vilkår 1 og vedtaket om dispensasjon.

Videre anses også den saklige sammenhengen vilkåret og lovens formål i pbl. § 1-1 «estetisk utforming» riktignok favner relativt bedt, anses ikke det å fjerne en privat flaggstang tilstrekkelig i relasjon til dette.

Her er det viktig å få frem at vilkåret er ment å hindre privatisering av strandsonen, som er et av formålene som er nevnt i dispensasjonsbestemmelsen (uttrykket ”tilgjengelighet”).

Konklusjonen er at vilkår 1 om fjerning av flaggstangen på «Fjøgtun» ikke er formålmessig, jf. pbl. § 19-2.

Subsidiært forutsatt at vilkår 1 er formålmessig iht. pbl. § 19-2, vurderes det om vilkår 1 er forholdsmessig i relasjon til de vurderingskriterier som fremgår av pbl. § 19-2.

Det er skjønnsomt å ta opp spørsmålet om forholdsmessighet subsidiært, men da må forutsetningen være at vilkåret er ugyldig fordi det ikke har tilstrekkelig saklig sammenheng med vedtaket. Men før kandidaten har tatt stilling til om Peders samtykke kan ”reparere” eventuelle mangler ved vedtaket, er ugyldighet egentlig en forhastet konklusjon. Her ville det vært helt kurant å gå direkte videre til å vurdere forholdsmessigheten i vilkåret.

Det fremgår av pbl. § 19-2 at «fordelene ved å gi dispensasjon» må være «klart større enn ulempene» etter en samlet vurdering.

Ordlyden av bestemmelsen viser at vilkåret ikke må være uproporsjonalt i relasjon til begunstigelsen. De byrder den private part mottar må følgelig veies opp mot de fordeler kommunen oppnår. Her synliggjør imidlertid ikke bestemmelsen en tydelig grense i relasjon til intervensjonsterskelen, altså hvor «ille» noe må være før det kan betegnes som uforholdsmessig. Det anses følgelig nødvendig å supplere med ulovfestet rett for å tydeliggjøre denne intervensjonsterskelen.

Her blir kandidatens rettskildebruk noe søkt, fordi man tar utgangspunkt i lovteksten og ikke i den ulovfestede vilkårs læren, jf min kommentar over.

Den ulovfestede vilkårs læren er egentlig ikke en lære, men ett sett av uskrevne rettsnormer utviklet av domstolene for å vurdere vilkårs gyldighet. Hva kravet til forholdsmessighet angår, er det vanskelig å fastsette denne intervensjonsterskelen presist. Dette er fordi den bygger på domstolspraksis, og disse dommene er svært konkrete. Det er imidlertid mulig å fastsette to vurderingskriterier. Det er for det første vilkårets påregnelighet for parten, jf. Løvenskiold-dommen. For det andre er det at vilkåret ikke må uthule effekten av selve vedtaket, jf. Huttiheita-dommen.

Kandidaten viser god forståelse av hva som ligger i forholdsmessighetskravet – selv om kommunens ønske om å hindre privatisering av strandsonen burde kommet tydeligere frem som begrunnelse for vilkårsstillelsen.

På den ene siden er det vanskelig å se klare fordeler for kommunen ved dette vilkåret, effekten av vilkåret anses som vagt. Særlig med tanke på at vilkåret relaterer seg til en annen eiendom enn det vedtaket knytter seg til.

På den andre siden fremstår ikke vilkåret som direkte tyngende overfor Peder. Vilkåret anses ikke for å være byrdefullt i seg selv.

Videre er det av betydning at Peder kan anses for å ha samtykket til vilkårene. Et samtykke kan reparere en mangel. Dette fremgår av Mimmi Halvorsen-dommen. En forutsetning er at vilkåret må ha vært villet, og at vedkommende ikke er i rettsvillfarelse.

Det gir uttelling å se at et samtykke kan reparere manglende forholdsmessighet. Her kunne kandidaten også reist spørsmålet om samtykke kan reparere manglende saklig sammenheng mellom vilkår og vedtak, men det er langt mer tvilsomt.

Faktum gir ingen klare holdepunkter for at vilkåret ikke var villet eller at Peder var i rettsvillfarelse. Riktignok fremgår det at Peder følte seg presset, men kommunen var hele tiden klar på at Peder måtte gi en motytelse. Videre ble vilkårene satt på bakgrunn av flere diskusjoner. Vilkåret anses derfor som påregnelig for Peder, jf. Løvenskiold-dommen. Det er også av stor betydning at Peder har gjennomført tiltaket.

Vilkåret anses heller ikke for å uthule effekten av dispensasjonsvedtaket, jf. Huttiheita-dommen.

Samlet trekker dette sterkt i retning av at vilkår 1 er forholdsmessig. Subsidiært forutsatt at vilkår 1 er formålmessig, blir den subsidiære konklusjonen at vilkår 1 er forholdsmessig, jf. pbl. § 19-2.

Kandidaten drøfter konkret og poengtert, med henvisninger til relevant praksis. Konklusjonene følger naturlig av argumentasjonen for og imot, og resonnementet er lett å følge.

Den endelige konklusjonen blir likevel at vilkår 1 om fjerning av flaggstangen på «Fjogtun» ikke er gyldig.

Dernest vurderes vilkår 2 om fjerning av flytebryggen på «Fjogtun».

Spørsmålet blir om vilkåret er formålmessig, jf. pbl. § 19-2 om at det må være saklig sammenheng mellom vilkåret og bestemmelsen det dispenseres fra, og mellom vilkåret og lovens formål.

Vurderingene knyttet til flytebryggen, er relativt lik som den vurderingen som måtte foretas i relasjon til flaggstangen.

Både hensynet til "sikkerhet" i pbl. § 19-2 tredje ledd og "landskap" i pbl. § 1-8 kan på lik linje som vilkåret om flaggstang trekke svakt i retning av formålmessighet i relasjon til vedtaket.

En flytebrygge kan også anses som å ha en viss negativ estetisk invirkning på landskapet, og kan således være i tråd med formålsbestemmelsen i pbl. § 1.

På den andre siden relaterer også vilkår 2 seg til en annen eiendom enn det det søkes dispensasjon fra. Den saklige sammenhengen mellom vilkåret og vedtaket anses derfor som diffus.

Kandidaten ser de sentrale poengene, men også her flyter drøftelsene av sammenheng mellom vilkåret og henholdsvis vedtak og lovformål over i hverandre.

Den saklige sammenhengen mellom vilkåret og lovens formål anses også for å være for svak, en fjerning av en privat flytebrygge anses ikke tilstrekkelig i relasjon til "estetisk utforming" i pbl. § 1-1.

Konklusjonen er at vilkåret i punkt 2 om fjerning av flytebrygge på "Fjogtun" ikke er formålmessig, jf. pbl. § 19-2.

Subsidiært forutsatt at vilkår 2 er formålmessig, vurderes det om vilkåret er forholdsmessig, jf. pbl. § 19-2.

Vilkåret anses på lik linje som vilkåret om flaggstangfjerning i punkt 1 ikke som direkte byrdefullt for Peder.

Kandidaten behandler problemstillingene effektivt og med henvisning til tidligere drøftelser.

Det avgjørende er uansett Peders samtykke, også dette vilkåret anses som påregnelig jf. Løvenskiold-dommen.

Videre uthuler heller ikke dette vilkåret effekten av vedtaket, jf. Huttiheita-dommen. Konklusjonen er - forutsatt at vilkår 2 er formålmessig- at vilkåret om fjerning av flytebrygge er forholdsmessig.

Den endelige konklusjonen er likevel at vilkår 2 ikke er gyldig.

Dernest vurderes vilkår 3 om bruksbegrensningen av "Pederbro".

Det første spørsmålet er om vilkåret er formålmessig, herunder om det er saklig sammenheng i relasjon til bestemmelsen det dispenseres fra og i relasjon til lovens formål, jf. pbl. § 19-2. En bruksbegrensning fører til mindre slitasje på miljøet, og må således sies å være i samsvar med både pbl. § 19-2 tredje ledd og pbl. § 1-8.

Den saklige sammenhengen mellom vilkåret og vedtaket er således tilstede, jf. pbl. § 19-2.

Her kunne kandidaten godt vært litt tøffere i sine vurderinger. Den saklige sammenhengen mellom vilkår og vedtak ikke problematisk. At eiendommen vil bli mer tilgjengelig for allmennheten med bruksbegrensningen enn uten, er heller ikke tvilsomt.

Av lovens hovedformål fremgår det at det skal tas hensyn til "bærekraftig utvikling" samt "vern av ressurser", jf. pbl. § 1-1.

All den tid eiendommen blir mindre brukt, reduserer slitasjon på miljøet rundt. En bruksbegrensning anses rent generelt å falle innenfor lovens hovedformål.

Konklusjonen er at vilkår 3 om bruksbegrensning er formålsmessig.

Spørsmålet blir om vilkår 3 kan anses å være forholdsmessig, jf. kravet om at "fordelene ved å gi dispensasjon må være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering" i pbl. § 19-2. Etter den ulovfestede vilkårs læren er kravet at vilkåret ikke må være uforholdsmessig tyngende for den private parten, se min kommentar over om dette.

Forholdsmessighetsvurderingen suppleres på lik linje som ved drøftelsen av vilkår 1 og 2 av ulovfestet rett.

På den ene siden er Peder nødt til å sende inn ukentlig rapportering på når han bruker eiendommen. Dette i seg selv kan anses tyngende.

Videre er det snakk om bruk av privat eiendom, og kommunen har - slik Peder anfører - i utgangpunktet ikke noe med hvordan Peder disponerer sin private eiendomsrett ift. hvor ofte han bruker eiendommen.

Dernest anses det som relativt inngripende, eller byrdefullt, at Peder kan bli gjenstand for uanmeldte tilsyn fra kommunen. Denne risikoen kan naturligvis oppleves som ubehagelig. Samlet trekket dette i retning av at vilkåret ikke er forholdsmessig.

På den andre siden er det naturlig å tolke den ukentlige rapporteringen dit hen at Peder kun må gjøre dette i løpet av de 15 dagene han kan bruke eiendommen i juli. Dette tilsier da innsending av to rapporter, noe som i seg selv ikke anses som fullt så byrdefullt. Videre er det kun snakk om en bruksbegrensning i 1 av 12 måneder i året. Begrensningen rammer således ikke veldig strengt.

Kandidaten ser det problematiske ved bruksbegrensningen og drøfter konkret og nyansert - det gir god uttelling.

Dernest er det også naturlig å tolke at den risikoen som foreligger når det gjelder uanmeldte tilsyn kun er gjeldende i juli-måned. Det er således ikke snakk om en alltid tilstedeværende risiko.

Samlet sett trekker dette i retning av at vilkår 3 er forholdsmessig. Et avgjørende moment er på lik linje som ved vilkår 1 og 2 samtykket til Peder som anses å foreligge.

Peder er fullt klar over vilkårene - både i forkant av vedtaket, og i etterkant da han faktisk begynner å etterleve vilkårene. Det er først når hans advokat hevder Peder bør gå til sak, at Peder protesterer på vilkårene.

Riktignok hevder Peder at han følte seg presset til å si ja til vilkårene, men det faktum at han gjennom flere diskusjoner med kommunen var med å konstruere vilkårene, samt at han allerede har gjennomført vilkårene, trekker sterkt i retning av at vilkåret er forholdsmessig. Ingen av vilkårene anses å være upåregnelige for Peder, jf. Løvenskiold-dommen. De fordelene kommunen oppnår ved vilkår 3 - ivaretagelse av miljø - veier tyngende enn ulempene Peder opplever ifm. rapportering og evt. tilsyn.

Videre anes heller ikke bruksbegrensningsvilkåret å uthule effekten av dispensasjonsvedtaket, jf. Huttiheita-dommen.

Det er videre også av betydning at Peder sier at det ikke er noe problem å oppfylle begrensningene, da en forholdsmessighetsvurdering åpner for en viss subjektivitet ift. formålmessighetsvurderingen som er objektiv.

Samlet trekker dette sterkt i retning av at vilkår 3 er forholdsmessig.

Den endelige konklusjonen er at vilkår 3 om bruksbegrensning er gyldig.

Peder anfører videre at vilkårene må vurderes samlet. Kommunen hevder det ikke finnes holdepunkter i rettspraksis for en sammensatt vurdering.

Når det gjelder kumulering av vilkår foreligger det en usikker rettsstilstand. Høyesterett har imidlertid aldri foretatt en vurdering på bakgrunn av kumulering av vilkår. Den tilnærming som synes brukt er heller å erkjenne ett av flere (evt. flere) vilkår ugyldig, selv om kanskje de ikke er uforholdsmessig eller evt. ikke formålmessig i seg selv. Dette blir da et argumentasjonsspørsmål.

Kandidaten får frem at rettsstilstanden er uavklart, men kunne godt pekt på noen hensyn som taler for og mot adgangen til kumulasjon (rettstekniske hensyn, omgåelsesproblematikken, m.v.).

Når det ikke finnes klare holdepunkter for å foreta en samlet vurdering av vilkår i rettspraksis, er det følgelig ikke naturlig å foreta en slik drøftelse. Anførselen til Peder fører følgelig ikke frem.

Kommunen anfører at vilkårene ikke er ugyldige etter den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren. Peder anfører at myndighetsmisbrukslæren ikke kommer til anvendelse.

Veldig bra at kandidaten tar opp denne problemstillingen, som er blant de mer krevende oppgaven byr på. I fortsettelsen viser kandidaten god forståelse for forholdet mellom regelsettene, og klarer også å knytte konklusjonen direkte til situasjonen i oppgaven. Dette er utmerket!

Her er adgangen til vilkårsstillelse hjemlet i lov, dessuten er deler av vurderingen supplert av den ulovfestede vilkårslæren. Den ulovfestede vilkårslæren anses som *lex specialis* ift. myndighetsmisbrukslæren - da den i realiteten setter strengere normer. I Løvenskiold-dommen anførte Løvenskiold at vilkårene var ugyldige etter myndighetsmisbrukslæren, men Høyesterett anså det ikke nødvendig å drøfte. Vilkaene var uansett gyldige etter vilkårslæren. Hva terskelen for forholdsmessighetsvurderingen i myndighetsmisbrukslæren ift. terskelen for forholdsmessighetsvurderingen i vilkårslæren angår, er det rett at terskelen er ulik. Ved myndighetsmisbrukslæren kreves det kvalifisert urimelighet og en høy grad uproporsjonalitet for å sette et vedtak til side. Dette er i og for seg naturlig da det er snakk om å sette et helt vedtak til side i stedet for ett vilkår.

Vilkår 1 og 2 anses uansett ikke som nødvendig å drøfte etter vilkårslæren, da de ikke er formålmessig. Vilkår 3 anses som gyldig etter vilkårslæren, og da er det på det rene at det

ikke er nødvendig å drøfte det opp mot den høye terskelen ift. forholdsmessighet som myndighetsmisbrukslæren statuerer.

Peders anførsel om at myndighetsmisbrukslæren ikke kommer til anvendelse er følgelig korrekt.

Hva konsekvenser av ugyldighet angår, anfører kommunen at hele vedtaket må settes til side dersom et av vilkårene anses som ugyldig.

Denne anførselen kan åpenbart ikke føre frem.

Generelt er det risikabelt å hevde at den ene eller andre løsning er ”åpenbar”, men her kan det – til nøds – forsvares..

Hovedregelen ved ugyldighet er at ugyldigheten rekker så langt som ugyldighetsgrunnen tilsier.

I foreliggende tilfeller anses vilkår 1 og 2 som ugyldige, mens vilkår 3 anses som gyldig. Konsekvensen er da at dispensasjonsvedtaket står sammen med vilkår 3 om tidsbegrensning, mens vilkår 1 og 2 faller bort.

Den endelige konklusjonen er at vilkår 1 og 2 er ugyldige, mens vilkår 3 er gyldig. Konsekvensen av dette er at dispensasjonsvedtaket med vilkår 3 består. Vilkår 1 og 2 faller bort pga. ugyldighet

Kandidaten viser solid forståelse for rettsreglene, fremstillingen er ryddig og effektiv og metodebruken er det ingenting å utsette på. Særlig synes jeg subsumsjonene – anvendelsen av rettsreglene på det konkrete tilfellet – utmerker seg som konkrete og nyanserte. Til tross for noen mindre feil er det liten tvil om at denne besvarelsen fortjener beste karakter.