

UiO • Det juridiske fakultet

Reguleringsplikt

Om plikten til å utarbeide reguleringsplan etter plan- og bygningslovens § 12-1 tredje ledd første punktum

Kandidatnummer: 618

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 15 104



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	6
1.1	Emne og problemstilling.....	6
1.2	Aktualitet.....	7
1.3	Metode	9
1.4	Avgrensning	10
1.5	Begrepsavklaring	11
2	BETYDNINGEN AV Å HA FORUTSIGBARHET I SPØRSMÅLET OM REGULERINGSPLIKT.....	12
2.1	Arealplaner som grunnlag for gjennomføring av tiltak	12
2.2	Nærmere om reguleringsplaner som styringsmiddel	13
2.3	Konsekvenser av at kommunen kommer til at et tiltak ikke innebærer reguleringsplikt	14
2.3.1	Varsling og medvirkning	14
2.3.2	Beslutningsorganet.	16
2.3.3	Klage.....	16
3	FORVALTNINGENS SKJØNN ETTER PBL § 12-1 3.LEDD FØRSTE PUNKTUM.....	18
3.1	Introduksjon	18
3.2	Historikk	19
3.3	«Større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlig virkning på miljø og samfunn»	20
3.4	Nærmere om det materielle innhold i vilkårene.....	23
3.4.1	Momenter for å avgjøre om vi står overfor «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlig virkning for miljø og samfunn».....	25
3.4.2	Regelens følgeside – kreves det ny reguleringsplan?.....	33
3.5	Oppsummering.....	34
4	DOMSTOLSKONTROLL MED KOMMUNENES SKJØNNSUTØVELSE ETTER § 12-1 3.LEDD.....	36

4.1	Innledning	36
4.2	Prøving av subsumsjonsskjønnet.	37
4.2.1	Avklaringen - Hovedregel	39
4.3	Domstolsprøvelse av subsumsjonsskjønnet i § 12-1 3.ledd.....	41
4.4	Ulik prøvingsintensitet for de to alternative vilkårene?.....	44
4.4.1	Domstolsprøving av subsumsjonen for «Større bygge- og anleggstiltak».....	44
4.4.2	Domstolskontroll med subsumpsjonen av «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn».....	46
4.5	Delkonklusjon	47
5	GOD NOK REGEL?	48
5.1	Innledning	48
5.2	Kort om reglene om konsekvensutredning	49
5.3	Kunne konsekvensutredningsforskriftens teknikk vært anvendt også ved spørsmålet om reguleringsplikt	51
5.3.1	«større bygge- og anleggstiltak».....	51
5.3.2	«andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn».....	52
6	AVSLUTNING	54
7	LITTERATURLISTE	56

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er reguleringsplanplikten etter Plan- og bygningsloven¹ § 12-1 tredje ledd, første punktum. Kommunen plikter etter denne bestemmelse å stille krav om reguleringsplan for gjennomføring av «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlige virkinger for miljø og samfunn».

Det utarbeides mellom 2 000 og 3 000 reguleringsplaner årlig i Norge, og over 70 % av planforslagene har hittil vært basert på private initiativ.² I Oslo ble hele 99 % av reguleringsplanene fremmet som private planforslag i 1999.³

Det fremgår av plan- og bygningslovens § 1-1, fjerde ledd at sikring av forutsigbarhet er et av formålene som skal fremmes gjennom planlegging og vedtak. Etter forarbeidene skal plansystemet fremme to hovedformål. Det skal sikre helhetlige løsninger og ivareta behovet for raske og forutsigbare avgjørelser.⁴ Formålet med oppgaven er å belyse utfordringene tiltakshavere og tredjeparter har med hensyn til når det foreligger reguleringsplikt etter § 12-1 3.ledd første punktum. På bakgrunn av ovennevnte oppstilles følgende problemstilling for avhandlingen:

Hovedproblemstillingen for avhandlingen er:

I hvilken grad sikrer plan- og bygningsloven § 12-1 tredje ledd første punktum en forutsigbar rettssituasjon?

For å besvare hovedproblemstillingen har jeg valgt å konkretisere den i to underproblemstillinger. De lyder som følger:

¹ Lov 27. juni 2008 nr.71 om planlegging og byggesaksbehandling

² Miljøverndepartementet veileder; T-1491; Kommuneplanens arealdel (2012)

³ NOU 2001:7 på s..52

⁴ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) på s..34

- 1. Hvilke rammer oppstilles for kommunens skjønn med hensyn til om det materielle innhold i vilkårene i § 12-1 tredje ledd første punktum er oppfylt?*
- 2. I hvilken grad kan, og vil, domstolene overprøve kommunens skjønn?*

De to underproblemstillingene vil bli behandlet i henholdsvis kapitlene tre og fire. I den første underproblemstillingen vil jeg forsøke å kartlegge kommunens skjønnsrom ved vurderingen av reguleringsplanplikten, og grensene for skjønnet. Dette vil bli gjort i kapittel tre. Kapittel fire omhandler domstolenes prøvelse av om kommunene har holdt seg innenfor de skjønsmessige rammer lovgiver har satt med hensyn til reguleringsplikten. Spørsmålet som skal besvares der er i hvilken grad domstolene vil overprøve kommunens skjønn i den enkelte sak. Samlet sett vil disse underproblemstillingene gi svaret på hvor fritt kommunen står med hensyn til reguleringsplikten, og således hvilken forutsigbarhet som kan sies å ligge i bestemmelsen.

I det femte kapittelet vil jeg foreta en drøfting av om forutsigbarhet for aktørene kunne vært sikret gjennom en nærmere beskrivelse av hvilke tiltak som skal, eller kan, falle inn under reguleringsplanplikten. Spørsmålet som blir reist der er:

I hvilken grad kan mer detaljert regulering sikre bedre forutsigbarhet med hensyn til spørsmålet om et tiltak er reguleringspliktig?

Jeg vil der ta utgangspunkt i konsekvensutredningsforskriften og foreta en drøfting av om den teknikken som der er valgt for å bestemme om et tiltak eller en plan skal konsekvensutredes kunne vært brukt også på spørsmålet om reguleringsplikt

I det sjette og siste kapittelet vil jeg kort sammenfatte avhandlingens funn.

1.2 Aktualitet

Plan- og bygningsloven § 12-1 3.ledd første punktum oppstiller de tilfeller der kommunestyret som planmyndighet, jfr. § 3-3 2.ledd, har en plikt til å påse at det utarbeides reguleringsplan før visse tiltak gjennomføres. Bestemmelsen åpner for et skjønn hos

kommunene. Som nevnt innledningsvis, utarbeides det mellom 2 000 og 3 000 reguleringsplaner årlig i Norge. Hovedtyngden av disse planforslagene er basert på private initiativ og blir fremmet som private planforslag. Spørsmål om et utbyggingstiltak er reguleringspliktig eller ikke, er derfor av stor betydning for mange aktører.

Denne avhandlingen søker å kartlegge graden av forutsigbarhet med hensyn til kommunenes vurdering av om et tiltak er reguleringspliktig eller ikke. Forutsigbarhet i utfallet av kommunenes skjønn vil være av interesse både for tiltakshaver og for de tredjeparter som blir berørt. Sistnevnte kan være naboer, andre rettighetshavere eller andre brukere av det aktuelle utbyggingsområdet. Dertil vil også kommunene selv kunne ha fordel av at vurderingene som skal tas er styrt av rammer som legger føringer med hensyn til utfallet i det enkelte sak. Det kan være lettere å forsvare et pålegg om reguleringsplikt dersom kommunen kan henvise til klare krav i lovteksten

Begrunnelsen for reguleringsplikten er at lovgiver har ment at det for de tiltak som omfattes av den, er nødvendig med en faglig forsvarlig og grundig saksbehandling av kommunen.⁵ Den må foretas med en åpenhet og offentlighet av hensyn til ulike interesser som følger av en reguleringsplanbehandling.

Dersom det kreves reguleringsplan for gjennomføring av et tiltak vil dermed en utvidet prosess settes i gang. For tiltakshaver, enten det er kommunen eller private, vil denne prosessen både innebære at det vil ta lengre tid å gjennomføre tiltaket, og at kostnaden vil øke. I følge tall fra Statistisk Sentralbyrå, var saksbehandlingstiden for reguleringsplaner i gjennomsnitt 281 dager i 2012, mens gjennomsnittlig byggesaksbehandling i en ett-trinns søknad med 12 ukers frist var 35 dager.⁶ På denne bakgrunn må man presumptivt anta at de fleste utbyggere vil ønske at tiltaket ikke faller inn under reguleringsplikten etter § 12-1 3.ledd. Nedenfor behandles nærmere hvilke hensyn reguleringsplanprosesser ivaretar.⁷

Det kan for tiltakshavers side anføres at spørsmålet om reguleringsplikt for gjennomføringen av et tiltak kan bli tatt opp i en forhåndskonferanse forut for en søknad om et byggetiltak, jfr. pbl. § 21-1. På denne måten kunne man tenke at forutsigbarheten for tiltakshaver var ivaretatt gjennom denne konferansen. Når forutsigbarheten likevel ikke kan sies å være sikret gjennom

⁵ Bugge (2009) på s.135

⁶ Statistisk Sentralbyrå

⁷ Se nedenfor i kapittel 2

en forhåndskonferanse, skyldes dette at forhåndskonferansen er av uforbindtlig karakter for kommunen. Dette er omtalt i forarbeidene hvor det gis uttrykk for ... «at forhåndskonferansen ikke skal gi noen bindinger av myndighet eller noe forhåndsløfte».⁸ Dette syn på forhåndskonferansens ubindende karakter er også kommet til uttrykk i rettspraksis.⁹

For de som ellers blir berørt av et tiltak, vil situasjonen være den motsatte av tiltakshavers. Det vil være naturlig at disse vil ønske at tiltak i størst mulig grad skal falle inn under reguleringsplikten, med den utvidede prosessen dette vil medføre, og da særlig med hensyn til mulig medinnflytelse.

Som vi ser vil det ligge en latent interessekonflikt mellom utbyggingsinteressene og omgivelsene. Begge grupper vil imidlertid trolig være interessert i å få mer forutsigbarhet med hensyn til grensdragningene for når reguleringsplanplikten inntreffer. Når man så ser hvor mange reguleringsplaner som er initiert av private parter er det et helt åpent spørsmål hvor mange tiltak som i praksis faller utenfor plikten til å utarbeide reguleringsplan etter kommunens skjønnsmessige vurderinger. Derfor er det av stor betydning å se på hvilket spillerom lovgiver har gitt kommunen har ved spørsmålet om et tiltak innebærer reguleringsplikt før det kan tillates gjennomført. I tillegg er det viktig å se på hvorledes kontrollen med kommunens skjønnsmessige vurderinger vil foregå.

1.3 Metode

Alminnelig juridisk metode vil bli anvendt for å besvare problemstillingene oppgaven reiser.

Plan- og bygningsrett tilhører det som kalles spesiell forvaltningsrett. Generelt for forvaltningsretten gjelder det at relativt få forvaltningsavgjørelser, sett opp mot antallet vedtak som fattes, bringes inn for domstolene. Dette er blant annet påpekt av Høyesterettsjustitiarius.¹⁰ Med hensyn til reguleringsplikten er rettskildetilfanget, i form av rettspraksis fra domstolene, enda dårligere. Det finnes bare en Høyesterettsdom som berører denne avhandlingens tema. Den vil særlig bli benyttet forhold til spørsmålet om domstolskontroll, da den ikke sier så mye om tolkingsspørsmålet, ut over det som fremgår av

⁸ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) på s.94

⁹ LB-2008-192842

¹⁰ Schei, Tore (2009)

forarbeidene. Mangelen på rettspraksis har skapt enkelte utfordringer med hensyn til rettskildesgrunnlaget i denne avhandlingen. I stedet for å trekke slutninger basert på domstolenes premisser har kildesøket i stor grad blitt rettet mot andre kilder enn rettspraksis.

Ved analysen av problemstillingene i avhandlingen vil derfor forarbeidene ha en svært sentral plass. Reguleringsplanplikten for «større bygge- og anleggstiltak» strekker seg helt tilbake til plan og bygningsloven av 1985. Derfor vil også tidligere forarbeider være med å kaste lys over innholdet i bestemmelsen.

Videre vil uttalelser fra Sivilombudsmannen bli trukket inn i drøftelsen. Når det gjelder den rettskildemessige vekt av disse uttalelsene hersker det ulike oppfatninger. Selv om uttalelsene ikke er bindende, blir de som regel respektert av det forvaltningsorgan de retter seg mot.¹¹

I tillegg vil det bli henvist til juridisk teori der den kaster lys over sentrale temaer.

Forvaltningspraksis, ellers, vil ikke bli særlig omtalt. Det ville vært interessant å studert forvaltningspraksis nærmere. Ikke nødvendigvis som en rettskilde, men for å avdekke kvalitative og kvantitative funn med hensyn til kommunenes håndhevelse av pbl. § 12-1 tredje ledd. For å få dannet seg et representativt bilde av den rådende forvaltningspraksis ville det imidlertid vært påkrevd å foreta omfattende analyser av praksis i mange kommuner for å få et reliabelt bilde av praktiseringen av reguleringspliktbestemmelsen. Omfanget av en masteroppgave tillater dessverre ikke det.

1.4 Avgrensning

Ethvert tema bør avgrenses for å sikre presisjon i behandlingen. Dette gjelder også når de rettslige rammene for reguleringsplikten skal kartlegges. Et interessant spørsmål knytter seg til kommunenes dispensasjonsadgang. Etter pbl. § 19-2 åpnes det opp for å dispensere fra reguleringsplikten. Dermed oppstår spørsmålet om kommunenes skjønsmessige rammer når det søkes om dispensasjon fra reguleringsplikten. Grunnet avhandlingens begrensede omfang vil imidlertid ikke dette bli viet oppmerksomhet i det følgende. En slik problemstilling vil jo også være avhengig av at kommunen har konkludert med at reguleringsplikt foreligger.

¹¹ Eckhoff (2001) på s.231

Det er også nødvendig å nevne at selv om kommunen kommer til at det er reguleringsplikt, ikke er tvunget til vedta et reguleringsplanforslag. Dette er kommet tydelig til uttrykk i en dom i Agder Lagmannsrett.¹² Kommunen står fritt til å avslå et reguleringsplanforslag. Det eneste kommunen trenger å gjøre er å ta et reguleringsplanforslag opp til realitetsvurdering.

1.5 Begrepsavklaring

Tiltak

«Tiltak» er et nøkkelbegrep i Plan- og bygningsloven, og er sentralt med hensyn til vilkårene for reguleringsplikten. Plan- og bygningsloven § 1-6 første ledd gir en legaldefinisjon av «tiltak». Der heter det: «Med tiltak etter loven menes oppføring, riving, endring, herunder fasadeendringer, endret bruk og andre tiltak knyttet til bygninger, konstruksjoner og anlegg, samt terrenginngrep og opprettelse og endring av eiendom, jf. § 20-1 første ledd bokstav a til m. Som tiltak regnes også annen virksomhet og endring av arealbruk som vil være i strid med arealformål, planbestemmelser og hensynssoner.»

Som vi ser rommer tiltaksdefinisjonen mye. Definisjonen i henhold til forarbeidene felles for hva som menes med tiltak etter loven både i forbindelse med byggesak og plansak.¹³ Etter første punktum i bestemmelsen er alle søknadspliktige tiltak omfattet av definisjonen. I henhold til annet punktum rommer definisjonen også tiltak som ikke er søknadspliktige, men som kommuneplanens arealdel eller reguleringsplanen kan være bindende for.

¹² LA-2006-34860

¹³ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) på s.174

2 Betydningen av å ha forutsigbarhet i spørsmålet om reguleringsplikt

For å få en nærmere oversikt over hvorfor spørsmålet om reguleringsplikt er av betydning, er det av interesse å se hva som skiller tilfellene der kommunen krever reguleringsplan før gjennomføringen av et tiltak, og der kommunen kommer til at tiltaket ikke medfører reguleringsplikt. I det følgende vil jeg kort behandle arealplanenes betydning i forhold til en senere søknad om byggetillatelse. Deretter vil jeg kort se på hva en reguleringsplan er. Til sist vil jeg se på noen forskjeller mellom der det oppstilles reguleringsplikt og der kommunen mener at det ikke skal kreves reguleringsplan for gjennomføringen av et tiltak.

2.1 Arealplaner som grunnlag for gjennomføring av tiltak

Plan- og bygningslovens system for styring av arealbruken har tre hovedelementer.¹⁴ Disse har en nær sammenheng. For det første har man arealplanene som avgjør hvordan områdene kan utnyttes. For det andre er det et generelt krav om tillatelse til å føre opp nye bygninger og gjennomføre andre tiltak. Videre inneholder loven materielle bestemmelser om hvordan bygging og arealbruk skal skje.

Kommunens arealdisponering fremgår av henholdsvis kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner. Et utbyggingstiltak som settes i verk må være ikke være i strid med en underliggende arealdisponering foretatt av kommunen. Dette følger av henholdsvis § 11-6 for kommuneplanens arealdel og § 12-4 for reguleringsplaner. Kommunen har, jfr. § 11-5 1.ledd, i kommuneplanens arealdel plikt til å sone hele kommunens areal innenfor de arealformål som oppstilles i PBL § 11-7. Kommunen har full frihet med henblikk på hvordan arealet skal inndeles på de respektive lovbestemte arealformålene.¹⁵ Dette er politiske vurderinger.

Der et tiltak er i tråd med arealformålet og bestemmelsene i kommuneplanens arealdel, vil det som hovedregel være et byggerettsprinsipp som gjelder¹⁶. Kommunen vil ikke kunne avslå en

¹⁴ Bugge (2009) på s.115

¹⁵ Rt.2007 s. 281

¹⁶ Pedersen mfl. (2010) på s.62

søknad om tillatelse til å gjennomføre tiltaket med mindre bygningsmyndighetene påviser en avslagsgrunn.

2.2 Nærmere om reguleringsplaner som styringsmiddel

En reguleringsplan er i henhold til § 12-1 første ledd første punktum «et arealplankart med tilhørende bestemmelser som angir bruk, vern og omforming av arealer og fysiske omgivelser». Formålet med en reguleringsplan er, som det også er uttalt i teorien, å få en helhetlig planlegging av arealbruken innenfor et avgrenset område, for å legge til rette for utbyggings og verneoppgaver på en hensiktsmessig måte.¹⁷ Samtidig skal den skape en ryddig rettssituasjon i forhold til de grunneierne som berøres. Etter forarbeidene er meningen at reguleringsplaner skal være en fleksibel planform.¹⁸ Utgangspunktet skal være at kommunene står svært fritt i å velge detaljeringsgrad, og i å velge ut de delene av lovens virkemidler som det er behov for å bruke for den aktuelle planoppgaven.

Det finnes to ulike typer reguleringsplaner. Det er områdereguleringsplaner etter § 12-2 og detaljreguleringsplaner etter § 12-3. I henhold til forarbeidene er detaljregulering fortrinnsvis ansett å være en plan for å sikre bruk og vern av mindre områder, og de fremhever at: «*Detaljplanlegging er planformen for gjennomføring av utbyggingsprosjekter og tiltak, vernetiltak og sikring av ulike typer verdier*». ¹⁹ Områderegulering er, som det fremgår av navnet, regulering av større områder.

Det er ingen forskjell mellom områdereguleringsplaner og detaljreguleringsplaner i forhold til hva planen kan inneholde og hvilke rettsvirkninger planene har. I § 12-5 første ledd oppstilles det minimumskrav til reguleringsplaner. Reguleringsområdet må klart avgrenses, og alle arealene innenfor området må knyttes til et av de arealformålene som fremgår av § 12-5 annet ledd. Arealformålene i en reguleringsplan kan videre kombineres innbyrdes, og i kombinasjon med hensynsoner, jfr. § 12-6. Videre kan arealformålene deles inn i underformål, som ikke er uttømmende opplistet i § 12-5 2.ledd. Nærmere regler om bruken av

¹⁷ Bugge (2009) på s. 134

¹⁸ Ot. prp.nr.32 (2007-2008) på s. 128

¹⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) på s. 230

arealformålene i reguleringsplaner er gitt i kart- og planforskriften.²⁰ Ytterligere detaljering av underformålene er i forskriften uttømmende angitt. Med hjemmel i § 12-7 kan det gis nærmere verbale bestemmelser til den kartfestede angivelsen av formål og bruken av arealene.

Etter § 3-3 annet ledd er det kommunestyret «selv» som vedtar reguleringsplan, i likhet med kommuneplanens arealdel. Etter forarbeidene kan ikke denne kompetansen delegeres, dersom ikke noe annet uttrykkelig fremgår av loven.²¹

2.3 Konsekvenser av at kommunen kommer til at et tiltak ikke innebærer reguleringsplikt

Som fremstillingen ovenfor har vist, skal den arealplanen som foreligger for et område legges til grunn ved en senere byggesaksbehandling. Dette kan være kommuneplanens arealdel eller en eksisterende reguleringsplan. Etter pbl. § 1-5 gjelder det som hovedregel et lex posterior prinsipp, der den sist vedtatte planen går foran den tidligere plan.²² Dersom det ikke utarbeides en ny reguleringsplan vil derfor den underliggende planen sette rammene for om tiltaket vil kunne godkjennes ved en søknad om byggetillatelse. Hvis det derimot utarbeides en ny reguleringsplan vil det materielle innholdet i denne planen legge føringer for hvordan tiltaket kan gjennomføres. Derfor vil vi i det følgende se den ulikhet det er i prosessen henholdsvis for der det ikke oppstilles en reguleringsplanplikt og der dette gjøres. Det er særlig i forhold til spørsmålet om varsling og medvirkning og klage forskjellene kommer tydelig frem.

2.3.1 Varsling og medvirkning

Dersom et tiltak ikke faller inn under reguleringsplanplikten etter pbl. § 12-1 3 ledd første punktum vil gjennomføringen av et tiltak bli varslet først i forbindelse med søknaden om byggetillatelse. Etter pbl. § 21-3 første ledd omfatter varslingsplikten naboer og gjenboere.

²⁰ FOR-2009-06-26-831 Forskrift om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister

²¹ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) på s.183

²² Innjord mfl. (2001) på s.19

Det fremgår av § 1-9 første ledd at forvaltningsloven²³ gjelder «*med de særlige bestemmelser som er gitt i denne lov*». I teorien er dette beskrevet som at forvaltningsloven gjelder for så vidt ikke bestemmelser i plan- og bygningsloven må tolkes slik at de uttømmende regulerer det aktuelle spørsmål.²⁴ Siden et vedtak i en byggesøknad er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 litra b. vil derfor kommunene ha en plikt til å opplyse saken, jfr. forvaltningsloven § 17. Det kan derfor være nødvendig for kommunen å undersøke om andre interesser skal varsles. I plan- og bygningslovens § 21-3 andre ledd gis det en åpning for dette. Poenget er uansett at varselet, dersom det ikke foreligger en reguleringsplikt, vil komme i forbindelse med byggesaksbehandlingen, og først da.

Dersom det oppstilles reguleringsplanplikt vil dette stille seg annerledes. En reguleringsplan er et enkeltvedtak, etter forvaltningsloven § 2 litra b. Således får forvaltningslovens § 16 om forhåndsvarsling anvendelse ved siden av plan og bygningslovens regler om varsling ved igangsetting av reguleringsplanbehandling. Det er antatt at varslingen for reguleringsplaner ivaretar kravet til forhåndsvarsling etter forvaltningsloven § 16.²⁵ Ved oppstart av reguleringsplanarbeid etter § 12-8 skal dette varsles gjennom minst en avis og gjennom elektroniske medier. Etter §12-8 annet ledd, annet punktum fremgår det at også registrerte grunneiere og festere i planområdet, og så vidt mulig andre rettighetshavere i planområdet samt naboer til planområdet, skal når de blir direkte berørt, på hensiktsmessig måte underrettes om at planarbeidet tas opp. På samme måte skal disse, etter § 12-10 2.ledd underrettes om foreliggende planforslag og hvor disse er tilgjengelig.

Formålet med disse utvidede varslingsreglene ved reguleringsplanbehandling er at de berørte skal kunne ha en reell mulighet til å påvirke prosessen, ved at de kommer tidlig inn i planleggingsfasen, samt at planleggingsmyndigheten vil få tilbakemeldinger på et tidlig tidspunkt i planprosessen.²⁶ Disse varslingsreglene er lovens minstevilkår. I tillegg er det antatt i teorien at en forslagstiller kan måtte vurdere andre tiltak for å oppfylle det generelle kravet om medvirkning som er nedfelt i pbl. § 5-1 i forbindelse med igangsettingen av en

²³ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

²⁴ Innjord mfl. (2010) på s. 35

²⁵ Innjord mfl. (2010) på s. 354

²⁶ Pedersen mfl. (2010) på s. 284

reguleringsplan.²⁷ For eksempel vil forholdene kunne ligge slik an at tiltakshaver avholder et informasjonsmøte.

Som man ser vil en reguleringsplanbehandling for det første innebære at langt flere får varsel om at et tiltak planlegges satt i gang. Dette er viktig for å skape transparente prosesser. Videre vil omgivelsene, med sine innspill, kunne få innflytelse med hensyn til det materielle innholdet en reguleringsplan skal få. Med andre ord vil tredjeparter, gjennom en reguleringsbehandling, kunne være med å innvirke på grunnlaget for om, og på hvilken måte et påtenkt tiltak vil kunne gjennomføres.

2.3.2 Beslutningsorganet.

En annen viktig konsekvens av at et tiltak krever reguleringsplanbehandling er at vedtakskompetansen blir løftet opp på et høyere nivå. Byggesaksbehandlingen foretas av administrativt ansatte i kommunen. En reguleringsplan vil derimot involvere planmyndigheten, ved at det er kommunestyret jfr. pbl. § 12-12 første ledd som er vedtakskompetent myndighet for reguleringsplaner. En byggesaksbehandling vil ikke gi kommunene særlig rom for skjønn.²⁸ I forhold til arealdisponering i en reguleringsplan er det imidlertid rom for helhetlige vurderinger, og kommunen står fritt i forhold til arealdisponeringen i en reguleringsplan. Det kan her vises til Rt.2007 s.281, der Høyesterett uttalte at ... «Både valg av reguleringsformål og hvilke områder som omfattes av reguleringen faller inn under forvaltningens frie skjønn» ...²⁹

2.3.3 Klage

Som nevnt over vil både en reguleringsplan og et vedtak i en byggesak være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Hvis kommunen etter en forhåndskonferanse kommer til at et tiltak medfører reguleringsplanplikt, vil dette ikke være et enkeltvedtak, men en prosessledende beslutning. Et enkeltvedtak blir den først dersom en søknad om tillatelse til gjennomføring av tiltaket blir avslått med den begrunnelse at tiltaket krever reguleringsplan. Likeledes vil en

²⁷ Innjord mfl. (2010) på s.355

²⁸ Bugge (2010) på s.152

²⁹ Rt.2007 s.281, avsnitt 39

beslutning om at et tiltak ikke medfører reguleringsplanplikt være en prosessledende avgjørelse, og ikke et enkeltvedtak. Denne må eventuelt angripes på et senere tidspunkt.

Klageadgangen for enkeltvedtak følger av forvaltningsloven § 28. Der fremgår det at det er de som er parter i saken eller har rettslig interesse som kan påklage vedtaket. Slik sett er det klageadgang både over et reguleringsplanvedtak og et fattet vedtak i en byggesak. Pbl § 1-9 andre ledd sier imidlertid at det i byggesaken «ikke kan klages på forhold som er avgjort i bindende reguleringsplan». I teorien er det antatt at denne begrensningen i adgangen til å klage må forstås slik at et senere vedtak ikke kan påklages på det grunnlag at den klagende part er uenig i de rammer for plassering, utnyttning, utforming eller tomteinndeling som fremgår av reguleringsplanen.³⁰ Som man ser vil klageadgangen, med henblikk på hva som kan påklages, bli innsnevret dersom tiltaket ikke medfører reguleringsplikt.

³⁰ Innjord mfl. (2010) på s.37

3 Forvaltningens skjønn etter PBL § 12-1 3.ledd første punktum

3.1 Introduksjon

Plan- og bygningslovens § 12-1 tredje ledd første punktum retter seg mot kommunen som pliktsubjekt.³¹ Det som skal belyses i det følgende er i hvilken grad bestemmelsen åpner for skjønnfrihet for kommunen i spørsmålet om når reguleringsplikten oppstår. Spørsmålet om det foreligger noen skjønnfrihet for kommunene etter bestemmelsen, og eventuelle grenser for denne, avhenger av en tolkning av kompetansegrunnlaget. Spørsmålet som reises er hvor grensene går med henblikk på når det er en plikt til å utarbeide reguleringsplan for gjennomføring av tiltak, samt i hvilken grad dette beror på et skjønn hos kommunen. Dette vil ha betydning for i hvilken grad reguleringspliktregelen kan sies å innebære en forutsigbar rettssituasjon for tiltakshavere og de som ellers blir berørt av et tiltak.

Uavhengig av den skjønnfrihet kommunene eventuelt må være gitt av lovgiver, vil imidlertid de ulovfestede reglene om myndighetsmisbrukslæren kunne sette begrensninger i forhold til skjønnsutøvelsen.³²

Plan- og bygningslovens § 12-1 3. ledd, første punktum oppstiller en reguleringsplikt. Plikten til å utarbeide reguleringsplan etter denne bestemmelsen gjelder selv om utbyggingen skjer utenfor de områder der reguleringsplan er stilt som vilkår for utbygging i arealdelen, jfr. pbl. § 12-1 2.ledd jfr. pbl. § 11-9 nr.1. Dersom vilkårene for reguleringsplikt er oppfylt, vil det tilsynelatende ikke være noen frihet i forhold til spørsmålet om reguleringsplan skal kreves før en gjennomføring av tiltaket. Det er altså først og fremst bestemmelsens vilkårsside som vil bli undersøkt i forhold til å vurdere forvaltningens skjønnfrihet og grensene for dette. Det reiser seg imidlertid også en problemstilling i forhold skjønnsgangen ved bestemmelsens følgeside, som vil bli behandlet til slutt. Spørsmålet der er hvorvidt det er rom for skjønn i forhold til om det må utarbeides en ny reguleringsplan i forbindelse med tiltaket der det allerede foreligger en reguleringsplan

³¹ Innjord mfl. (2010) s.295

³² Eckhoff/Smith (2010) på s.427

Bestemmelsen lyder:

«For gjennomføring av større bygge- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn, kreves det reguleringsplan.»

Lovteksten inneholder, i første punktum, to kriterier som utløser krav om reguleringsplan. I teorien er det antatt at man må forstå «reguleringsplan» i bestemmelsen som detaljreguleringsplan.³³

I det følgende ser jeg først på at bestemmelsen viderefører tidligere rettstilstand. Videre behandler jeg de to kriteriene, og oppstiller noen momenter som etter forarbeidene vil tale for reguleringsplikt. Til sist vil jeg se på hva som ligger i at det «kreves reguleringsplan».

3.2 Historikk

Innledningsvis er det grunn til å se på formuleringen i § 12-1 tredje ledd, første punktum. Reguleringspliktbestemmelsen ble innført i plan- og bygningsloven av 1985.³⁴ Planlovutvalget tok utgangspunkt i § 32 i planloven av 1981, som aldri trådte i kraft. Utvalget presiserte at kommunen ved bestemmelsen ble pålagt å utarbeide reguleringsplan før større bygge- og anleggsarbeider kunne gjennomføres.³⁵ Av § 23 nr.1 første punktum i 1985-loven fremgikk det således at det var reguleringsplikt for «Større bygge- og anleggsarbeider». I den någjeldende loven gjelder reguleringsplikten for «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn». Man kan spørre seg om dette innebærer en endring i forhold til hvilket innhold bestemmelsen er ment å ha. Tilsynelatende ser det ut som om den nye formuleringen rekker lengre enn den gamle. Endringen i formuleringen er ikke eksplisitt nevnt i proposisjonen, men det fremgår at bestemmelsen viderefører tidligere § 23 nr.1, vilkåret «større bygge og anleggsarbeider».³⁶ I lovutvalgets

³³ Pedersen (2010) på s. 281

³⁴ Lov 14. juni 1985 nr. 77 plan og bygningslov

³⁵ NOU 1983:15 s.101

³⁶ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) på s. 228

andre delutredning, fremgår det imidlertid at man ved å legge til reguleringsplikt også for «andre tiltak som kan få vesentlig virkning for miljø og samfunn» har hatt til hensikt å integrere EU-kravet om konsekvensutredning i planprosessen.³⁷ Slik sett ser det ut til at bestemmelsen, etter lovendringen, synes å inneholde to alternative vilkår. I teorien er det antatt at endringen må forstås som en presisering av det som tidligere ble innfortolket i vilkåret «større bygge- og anleggsarbeider».³⁸ Forarbeidene og andre rettskilder knyttet til 1985-loven vil derfor ha rettskildemessig relevans i forhold til tolkningen av den någjeldende bestemmelsen.

3.3 «Større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlig virkning på miljø og samfunn»

Pbl. § 12-1 3 ledd, første punktum oppstiller reguleringsplikt for «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn». Spørsmålet er hva som ligger i disse formuleringene og således hvilket materielt innhold lovgiver har ment at bestemmelsen skal romme.

Loven gir ikke selv noen nærmere definisjon av hva som ligger i vilkårene. Ordlyden angir vage grenser, og gir således ikke mye informasjon. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at reguleringsplikt enten vil følge av et tiltaks størrelse, eller av virkningene et tiltak vil medføre. Ordlyden indikerer dermed at det er to alternative vilkår som oppstilles.

Hvilke tiltak som utgjør «større bygge- og anleggstiltak» er vanskelig å lese ut fra en ordlydsfortolkning. Formuleringen synes å sette en terskel ved at man bruker ordet «større». Denne ordbruken er imidlertid lite presis, og gir på den måten ingen klare holdepunkter for grensene. En liten hytte vil neppe kunne anses å ligge innenfor ordlyden. På den annen side vil f.eks. et stort næringsbygg være et tiltak som vil omfattes av lovteksten.

³⁷ NOU 2003 : 14 s.81

³⁸ Innjord mfl. (2010) på s. 294

Hva som utgjør «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» er heller ikke enkelt å lese ut fra ordlyden. Sett i sammenheng med det første vilkåret, indikerer dette imidlertid, at også tiltak som ikke er «større» kan medføre reguleringsplikt i noen tilfeller. Også denne utformingen angir vage grenser, og man kan i første omgang stille spørsmålet om hva «vesentlige virkninger» innebærer. En naturlig forståelse av dette er at det også her oppstilles en terskel. Ikke ethvert tiltak som får virkninger på miljø og samfunn kan omfattes. Det må være av en viss betydning. Lovgiver sier imidlertid «kan» få vesentlige virkninger. Spørsmålet er om dette er ment som en forsiktighetsregel, der reguleringsplikten inntre før man med sikkerhet kan si at slike virkninger vil inntre. Med andre ord kan ordlyden tyde på at man, slik som i naturmangfoldloven § 9, bør anlegge en føre-var-betraktning der usikkerhet omkring virkningene skal komme miljøet til gode, ved at man i slike tilfeller må kreve reguleringsplan.

Som nevnt ovenfor, var hensikten med å legge til vilkåret om at «andre tiltak som kan få vesentlig virkning for miljø og samfunn» at man ønsket å integrere konsekvensutredningsprosessen i planprosessen. En systembetraktning vil derfor tilsi at dersom et tiltak er konsekvensutredningspliktig etter konsekvensutredningsforskriften, vil det også innebære en reguleringsplikt før tiltaket kan gjennomføres. Dette syn støttes av Fylkesmannen i Oslo og Akershus i den helt nye dispensasjonsveilederen. Der uttaler de at: *«Reguleringsplan må kreves for tiltak som omfattes av forskrift om Konsekvensutredning»*³⁹

Gjennomgangen hittil har vist at ordlyden i bestemmelsen vag og vurderingspreget. Slik sett tyder dette på at lovgiver har ment å gi kommunen et rom for skjønn ved vurderingen av når det skal kreves reguleringsplan. Vi må undersøke lovens forhistorie for å se om den vage ordlyden er bevisst valgt av lovgiver.

I forkant av vedtakelsen av plan- og bygningsloven av 1985 uttrykte blant annet Fylkesmannen i Oslo og Akershus at han mente at den vage formuleringen «Større bygge- og anleggsarbeider» burde bli nærmere presisert i loven.⁴⁰ Miljøverndepartementet var imidlertid av den oppfatning at det ikke var behov for dette, men at «Dette må bero på et skjønn og vil

³⁹ Dispensasjonsveileder 2014, Fylkesmannen i Oslo og Akershus, på s.9

⁴⁰ Ot.Prp.nr.56 (1984-1985) på s. 60

nødvendigvis variere mye fra kommune til kommune». Departementet var enig i at bestemmelsen var vagt formulert, men fant det ikke hensiktsmessig å definere den nærmere. De utalte at de, dersom det skulle bli nødvendig, ville fastsette nærmere retningslinjer.

Ved høringen i forbindelse med endringen av plan- og bygningsloven i 1987-1988 gjentok blant annet Direktoratet for naturforvaltning misnøye med at «større bygge- og anleggsarbeider» ikke var nærmere beskrevet i loven. De mente at det var nødvendig å få innholdet i bestemmelsen klart definert gjennom en forskrift.⁴¹ Departementet fastholdt imidlertid sitt syn fra tidligere og uttalte:

«Departementet kan foreløpig ikke se at det er behov for å utarbeide forskrifter for å definere begrepet «større bygge- og anleggsarbeider». Innholdet i dette begrepet vil variere sterkt fra sted til sted»⁴²

Som vi ser, mente departementet at kommunene, på bakgrunn av deres ulikeartethet, måtte ha fleksibilitet med hensyn til om et tiltak skulle innebære en plikt til å gjennomføre reguleringsplanbehandling før gjennomføring.

Også i proposisjonen til nåværende lov, blir det fremhevet at hva som ligger i «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» vil bero på en konkret vurdering ut fra de forhold som gjør seg gjeldende på stedet og i saken.⁴³ Det synes ut fra disse uttalelsene som at departementet legger til grunn at «større bygge- og anleggsarbeider» og «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» vil være relative begreper, og at hvilke tiltak som skal medføre reguleringsplikt vil variere fra kommune til kommune. Dette taler for at lovgiver har ment å gi kommunene en stor skjønnsfrihet i forhold til spørsmålet om reguleringsplikt etter bestemmelsen. I praksis vil da et tiltak f.eks. av samme omfang kunne medføre reguleringsplikt i en kommune, mens vurderingen vil kunne være en annen i nabokommunen. Her ser man en vesentlig forskjell fra

⁴¹ Ot.prp.nr.51 (1987-1988) på s. 74

⁴² Ot.prp.nr.51 (1987-1988) på s. 75

⁴³Ot.prp. nr.32 (2007-2008) på s. 228

for eksempel det som er reguleringsteknikken etter konsekvensutredningsforskriften⁴⁴, som vi vil se nærmere på senere. Spesielt det faktum at vagheten i bestemmelsen er påpekt ved flere anledninger uten at departementet har sett behov for å foreta noen presisering er med på å underbygge dette.

Noen klarhet i med hensyn til hvor grensene for et skjønn går, får vi derimot ikke. Det er derfor nødvendig å støtte seg til andre rettskilder for å forsøke å trekke grensene for skjønnsfriheten i bestemmelsen.

3.4 Nærmere om det materielle innhold i vilkårene.

I forarbeidene til 1985-loven ble det ikke gitt noen kommentar til formuleringen «større bygge- og anleggsarbeider». Der ble det bare vist til at ... «Det i første omgang er opp til bygningsrådet å ta stilling til spørsmålet»⁴⁵ ... Dette hadde sammenheng med at det først var fra og med endringsloven i 1989 at 2.punktum i bestemmelsen ble innført. Det var således først da at manglende reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider innebar en avslagshjemmel for kommunene med hensyn til tiltak som falt inn under bestemmelsen.⁴⁶ Bestemmelsen gikk dermed over fra å være et mer ubestemt administrativt direktiv som bare rettet seg til kommunen, til at reguleringsplan ble stilt som vilkår for at det kunne gis byggetillatelse.⁴⁷ I forbindelse med forarbeidene til endringsloven ble det gitt uttalelser om hvorledes man skulle forstå bestemmelsen. Departementet uttalte:

«Hovedkriteriet for reguleringsplikten må være om tiltaket i seg selv eller de konsekvenser det kan gi, vil fremkalle vesentlige endringer i det bestående miljø, eller utløse behov for andre tiltak m.v. som samlet kan gi større virkninger. Dette kriteriet må kombineres med hensynet til å gi offentligheten adgang til å gjøre sine synspunkter gjeldende før endelig beslutning om tiltakets gjennomføring treffes».

⁴⁴ Forskrift 26 juni 2009 nr.855 om konsekvensutredninger

⁴⁵ Ot.prp. nr.56 (1984-1985) på s.60

⁴⁶ Pedersen mfl. (2010) på s. 280-281

⁴⁷ Jacobsen (2010), under punkt 2.9.2

*«Visse tiltak vil alene i kraft av størrelsen utløse reguleringsplikt. I andre tilfeller kan tiltak som ikke i seg selv er så store, men der virkningene for omgivelsene er omfattende eller usikre, føre til reguleringsplikt. Dette kan være aktuelt for tiltak som plasseres i sårbare områder med f.eks. særlig verdifullt kultur- eller naturlandskap, områder som er preget av bevaringsverdig bebyggelse eller på annen måte har særlig vernekarakter».*⁴⁸

Dette ble gjentatt i proposisjonen som ligger til grunn for den någjeldende bestemmelse i forbindelse med hva som skal anses å utgjøre «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlig virkning for miljø og samfunn». Departementet uttalte videre, som tidligere nevnt, at spørsmålet om et tiltak medfører reguleringsplikt før det kan gjennomføres vil bero på en konkret vurdering.

Forarbeidene kan ikke sies å gi noen særlig presis forklaring på det nærmere innholdet i bestemmelsen. Ved at man bruker til dels vage uttrykk for å gi innhold til en vag lovtekst, er det nærliggende å si at de ikke umiddelbart fremstår som spesielt klargjørende. Forarbeidene synes imidlertid å peke på en del momenter som kaster lys over spørsmålet for grensene for skjønnsrommet i bestemmelsen, og således hva som kan tale for reguleringsplikt. I det følgende skal derfor disse og noen andre momenter behandles. Dette for å se i hvilken grad momentene legger føringer for skjønnsutøvelsen og således eventuelt innskrenker kommunenes skjønnsrom med hensyn til om gjennomføringen av et tiltak krever reguleringsplan.

⁴⁸ Ot.prp.nr.51 (1987-1988) på s.76

3.4.1 Momenter for å avgjøre om vi står overfor «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlig virkning for miljø og samfunn»

3.4.1.1 Tiltakets størrelse.

For det første fastslår motivene at et tiltaks størrelse alene kan medføre reguleringsplikt. Lovgiver må her ha ment at visse tiltak, på grunn av størrelsen, nødvendigvis medfører slike «vesentlige» virkninger på det bestående miljø at reguleringsplikt må oppstilles. Det vil dermed i utgangspunktet ikke foreligge noe skjønnsrom for kommunene i forhold til om det skal utarbeides reguleringsplan for gjennomføring av slike «større» bygge- og anleggstiltak. Dette underbygger også, det tidligere nevnte, at bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår.

Problemet er imidlertid å avgjøre når noe er et «større bygge- og anleggstiltak», og hva som eventuelt er den nedre grensen for hvilke tiltak som kan falle inn under betegnelsen. Forarbeidene gir ikke noe svar på hvor denne grensen skal trekkes. Sammenholdt med at uttalelsen om at hva som er et «større bygge- og anleggstiltak» må foretas konkret blir det imidlertid vanskelig å se at ikke også den nedre grensen for hva som utgjør et «større» tiltak, i praksis, vil innebære at kommunene har et skjønnsrom. På et vis kan man si at forarbeidene her inneholder en selvmotsigelse.

Det finnes få konkrete uttalelser om hva som skal til for at et tiltak direkte, som følge av størrelsen, medfører reguleringsplikt. Sivilombudsmannen uttalte seg imidlertid om et tilfelle hvor han mente at et tiltak medførte slik plikt til regulering.⁴⁹ Hovedspørsmålet gjaldt et spørsmål om å dispensere fra et plankrav, men vurderingen dreide seg i stor grad om hva som ble ansett å utgjøre «et større bygge- og anleggsarbeid» etter tidligere PBL § 23 nr.1. Saken var der at en grunneier hadde søkt om å bygge et ridesenter på om lag 2000 kvm i et uregulert strøk. Kommunen hadde imidlertid innført midlertidig plankrav etter de da gjeldende regler. Den dispenserte fra plankravet og etter klage fra en nabo, ble vedtaket opprettholdt av Fylkesmannen. I forbindelse med spørsmålet om ridesenteret utgjorde et «større bygge- og

⁴⁹ Somb. 1990 s. 174

anleggsarbeid» hadde Fylkesmannen kommet til at så ikke var tilfellet. Sivilombudsmannen uttalte at han «vanskelig kunne se seg enig i dette», og at tiltaket «utvilsomt» utjorde et større bygge- og anleggsarbeid. Han uttalte at videre at det synes som om man stod overfor et prosjekt som «alene på bakgrunn av størrelsen skulle ha utløst reguleringsplikt». Med andre ord så Sivilombudsmannen det slik at et så stort bygg, i seg selv, medførte reguleringsplikt. Det er imidlertid viktig å se det spesielle i denne saken. Den dreide seg om et prosjekt i et uregulert område. Det kan derfor stilles spørsmål ved om en slik grense på 2000 kvm kan være noe mer enn en illustrasjon på hvor en grense kan gå i et gitt tilfelle. Ut fra at vurderingen skal skje konkret, vil den derfor ikke kunne anses å innebære en størrelsesmessig grense i andre tilfeller.

I den samme saken hadde Fylkesmannen gitt uttrykk for tvil i forhold til om ridesenteret på grunn av størrelsen utgjorde et «større bygge og anleggsarbeid» da han stadfestet kommunens dispensasjonsvedtak. Sivilombudsmannen gav i denne anledning en uttalelse som vil være en retningslinje ved vurderingen. Det ble uttalt:

*«Kommunestyret bør i tvilstilfelle velge å utarbeide reguleringsplan. Reguleringsplanprosedyren vil både være egnet til å avdramatisere eventuelle forestillinger om tiltakets innvirkning på det bestående miljø og gi så vel kommunestyret som innbyggerne mulighet til å vurdere tiltaket i en større planmessig sammenheng».*⁵⁰

Sivilombudsmannen sier altså her at dersom man er i tvil om tiltaket, alene som følge av størrelsen, medfører reguleringsplikt vil en reguleringsplanbehandling være rette vei å gå. Videre understrekes et annet viktig moment som vi kommer tilbake til nedenfor, nemlig medvirkningshensynet.

Som nevnt ovenfor vil det innebære en reguleringsplikt dersom et tiltak omfattes av konsekvensutredningsforskriften. I forhold til spørsmålet om tiltakets størrelse alene kan medføre reguleringsplanplikt vil derfor konsekvensutredningsforskriftens vedlegg I sette en ytre begrensning. Der det i konsekvensutredningsforskriften oppstilles terskelverdier som går

⁵⁰ Somb 1990 s. 174, på s. 178

på størrelse, vil derfor disse terskelverdiene sette en grense i forhold til kommunens adgang til å skjønne om reguleringsplikten etter § 12-1 3 ledd første punktum inntreffer. Man kan for eksempel tenke seg at en privat tiltakshaver ønsker å bygge et forretningsbygg på 10 000 kvadratmeter med en investeringsramme på 300 millioner. Etter konsekvensutredningsforskriftens vedlegg I, fremgår det at det kun er for næringsbygg med en investeringsramme på mer enn 500 millioner eller et areal på mer enn 15 000 kvadratmeter at det oppstilles en direkte plikt til å foreta konsekvensutredning. Tiltaket i eksempelet over vil derfor ikke direkte medføre en reguleringsplanplikt. Eksempelet forutsetter imidlertid at tiltaket heller ikke faller inn under konsekvensutredningsforskriftens vedlegg II. Ved at de størrelsesmessige terskelverdiene i konsekvensutredningsforskriftens vedlegg I er satt så høyt, vil de imidlertid ikke bidra til en nærmere avgrensning av hvor kommunens skjønn i forhold til reguleringsplikten går.

Vi kan altså se at forarbeidene gir en anvisning på at et tiltak alene på grunn av størrelsen vil kunne innebære reguleringsplikt. Ut over begrensningen som konsekvensutredningsforskriften i visse tilfeller oppstiller, vil det imidlertid ikke kunne oppstilles noen nærmere størrelsesmessig grense for når et tiltak alene på grunn av størrelsen medfører en plikt til å utarbeide reguleringsplan før det kan gjennomføres.

3.4.1.2 Sumvirkninger

Det synes imidlertid å fremgå av forarbeidene, ved formuleringen ... «som samlet kan gi større virkninger» ... at vurderingen om virkningene på miljø og samfunn må foretas ut fra en betraktning av sumvirkningene for tiltaket. Ved at sumvirkningene skal tas i betraktning, kan det lettere tenkes at et mindre tiltak derfor vil medføre reguleringsplikt. Man kan for eksempel tenke seg at et tiltak om å oppføre en butikk i et etablert boligområde. Tiltaket vil muligens ikke i seg selv medføre vesentlige virkninger, men trafikk til og fra utsalgsstedet vil trekke i retning av at det vil anses å være omfattende, og at det således vil måtte utarbeides en reguleringsplan for gjennomføring av tiltaket. Med henblikk til miljøvirkningene er det her også grunn til å skjele til naturmangfoldloven⁵¹ § 10 og prinsippet om økosystemtilnærming og samlet virkning. Dette prinsippet skal etter naturmangfoldloven § 7 legges til grunn som

⁵¹ Lov 5. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold

retningslinjer ved utøving av offentlig virksomhet. Det må forstås slik at det også gjelder ved utøving av rettigheter etter andre lover.⁵² Dette innebærer at det også ligger et krav til omfanget og kvaliteten av myndighetenes beslutningsgrunnlag.⁵³ Slike sumvirkninger vil lettere kunne overskues gjennom den prosessen en reguleringsplanbehandling medfører. Således vil skjønnsrommet for kommunen med hensyn til reguleringsplikten kunne bli innsnevret der virkningene av tiltaket i sum vil bli omfattende. En utfordring her er jo imidlertid at det er vanskelig å anskue slike sumvirkninger uten at man gjennomgår den prosessen en reguleringsplan innebærer.

3.4.1.3 Sårbare områder

I forarbeidene er sårbare områder nevnt eksplisitt som det typiske nedslagsfeltet hvor også mindre tiltak vil kunne medføre reguleringsplanplikt før de kan gjennomføres. Hvor følsomt det aktuelle området er vil derfor være av stor betydning med hensyn til å avgjøre om kommunen plikter å stille krav om reguleringsplan. Motivene kommer med noen eksempler på hva som typisk må anses å være sårbare områder. Listen kan ikke sies å være uttømmende. Således synes det å være opp til kommunen selv, ut over eksemplene, å definere hva den finner å være områder med slik karakter.

Der et tiltak ikke vil falle inn under «større» bygge- og anleggstiltak vil tiltakets virkning på omgivelsene være avgjørende for om det er reguleringsplanplikt. Etter lovforarbeidene vil dette for det første kunne gjelde der tiltaket, til tross for at det i seg selv er lite, medfører «omfattende» virkninger for miljøet eller samfunnet. Motivene oppstiller her en terskel for hvor store virkningene må være for at reguleringsplikten skal oppstå. «Omfattende» virkninger er i seg selv et vagt begrep, og gir ikke særlig mer klarhet enn ordlydens «vesentlige virkninger». Etter en naturlig språklig forståelse må det imidlertid ligge i dette at det, for mindre tiltak, må følge betydelige virkninger for at reguleringsplikten skal inntre.

Av forarbeidene fremgår det at reguleringsplikt for mindre tiltak kan oppstå i slike sårbare områder der virkningene er «usikre». Dette må forstås som en oppfordring til kommunene om

⁵² Bugge (2009) på s.165

⁵³ Winge (2013) på s.258

at de skal anlegge en føre-var holdning i de tilfeller der de ikke med sikkerhet kan anslå hvilke virkninger tiltaket kan medføre. Dette synet styrkes ved at Miljøverndepartementet, i et høringsnotat forut for lovendringen i 1989, gav uttrykk for at ... «kommunestyret bør i tvilstilfelle velge å utarbeide reguleringsplan»...⁵⁴ Også her er det grunn til å trekke paralleller til naturmangfoldloven, og den lovens § 9, som gir uttrykk for en slik føre-var tilnærming. Som nevnt ovenfor skal den, etter lovens § 7 legges til grunn ved utøvelse av offentlig myndighet også etter andre lover. Når kommunen skal legge en slik føre-var-betraktning til grunn i sårbare områder, vil skjønnsrommet bli innsnevret i tilknytning til spørsmålet om reguleringsplikt. Det må antas at lovgiver i disse tilfellene ser at en reguleringsbehandling, med en utvidet prosess, vil bidra til å bringe klarhet i konsekvensene av tiltaket.

3.4.1.4 Behovet for Medvirkning.

Forarbeidene uttrykker at spørsmålet om reguleringsplikt for et tiltak må sees i sammenheng med behovet for medvirkning. Her ser vi at hensynet til at offentligheten skal kunne sikres medbestemmelse ved behandlingen av spørsmålet om reguleringsplikt kommer inn. Dette hensynet er også fremhevet i formålsparagrafen til plan og bygningsloven § 1-1 fjerde ledd, jfr. § 3-3. Videre ble dette også ytterligere fremhevet av departementet i forbindelse med endringsloven i 1989, der den uttalte følgende om dagjeldende § 23 nr.1:

*«Begrunnelsen for denne reguleringsplikten må sees på bakgrunn av ønsket om å gi offentligheten medinnflytelse på hvordan forandringer i nærmiljøet skal skje. Den skal også sikre at arealdisponering og bygge- og anleggsvirksomhet skjer ut fra helhetsvurderinger hvor også andre fagmyndigheter skal delta, slik som landbruksmyndigheter, forsvaret, veimyndigheter, miljøvernmyndigheter mv. Både hensynet til offentligheten og nødvendig samarbeid med andre myndigheter ligger derfor innebygget i bestemmelsen om utarbeiding av reguleringsplaner».*⁵⁵

⁵⁴ Omtalt i Sivilombudsmannes årsmelding 2008 s.299

⁵⁵ Ot.prp.nr.51 (1987-1988) på s..53

På samme sted i lovproposisjonen viste Miljøverndepartementet til praksis som foranlediget denne endringen. Det hadde vist seg at mange kommuner, gjerne på bakgrunn av hastehensyn, hadde neglisjert reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider på grunn av manglende reguleringskapasitet. Det ble presisert hvilke negative konsekvenser dette kunne få for nærmiljøet, i og med at de andre saksbehandlingskravene som gjelder i forbindelse med søknad om byggetillatelse i forhold til utarbeidelse av en reguleringsplan.

Medvirkningshensynet er et altså viktig moment ved vurderingen av reguleringsplikt. Slik sett er behovet for medvirkning et hensyn som alltid må vurderes i en kombinasjon både med størrelses- og virkningskriteriet. Dette innebærer at kommunens skjønnsrom vil bli innsnevret i de tilfeller der medvirkningshensyn gjør seg gjeldende.

Sivilombudsmannen har vært inne på dette i en sak inntatt i Sivilombudsmanens årsmelding i 2008. Saken dreide seg om at Andøy kommune hadde gitt rammetillatelse til oppføring av en ny radarstasjon på fjellet Røyken. De hadde dispensert fra plikten til å utarbeide reguleringsplan for større bygge- og anleggsarbeider. Dette medførte store protester, men fylkesmannen stadfestet kommunens vedtak. Sivilombudsmannen gav uttrykk for at det i vurderingen av om tiltaket skulle anses som et større bygge- og anleggsarbeid var relevant å legge vekt på om det er behov for å sikre en bredere medvirkning enn det som ellers ville bli gjennomført. Videre uttalte han at:

... «Dersom et tiltak er kontroversielt, vil en reguleringsplanprosess kunne være verdifull fordi det offentlige da gis adgang til å gjøre sine synspunkter gjeldende før endelig beslutning om tiltakets gjennomføring treffes og man vil bedre kunne avveie de ulike interesser i området» ...⁵⁶

Denne uttalelsen må være et uttrykk for at dersom et tiltak må anses å være omstridt, så vil det ligge en henstilling til kommunene å kreve reguleringsplan før tiltaket kan settes i verk. Slik vil også skjønnsrommet kunne bli redusert i saker der en utbygging er kontroversiell.

⁵⁶ Somb. 2008 s.294, på side 299

3.4.1.5 Arbeid for å gjennomføre tiltaket.

En problemstilling som ikke lovtekst eller forarbeider synes direkte å ta stilling til er hvorvidt man ved vurderingen av om et tiltak er et «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» bare skal ta stilling til situasjonen før og etter at tiltaket er gjennomført. En naturlig forståelse av så vel forarbeider som selve lovteksten er at man skal se på det «fotavtrykk» tiltaket etterlater seg etter gjennomføring, både størrelsesmessig og virkningsmessig, overfor omgivelsene. Med andre ord er spørsmålet om man ved vurderingen av tiltaket, med hensyn til virkning og størrelse, bare skal vurdere disse ut over en anleggsperiode.

Det foreligger, som nevnt, bare en Høyesterettsavgjørelse der Høyesterett foretar en fortolkning av den tidligere plan- og bygningslov 23 nr.1, tilsvarende dagens § 12-1 tredje ledd første punktum. I den såkalte «Kvinherad-energi dommen», som jeg kommer nærmere tilbake til i neste kapittel, uttaler imidlertid Høyesterett seg om spørsmålet om det bare er en «før - etter» vurdering som skal foretas. Den uttaler klart:

... «også anleggsarbeid for å gjennomføre tiltaket skal tas i betraktning» ...⁵⁷

Med andre ord skal man ved vurderingen av om vilkårene som innebærer reguleringsplikt er oppfylt også se hen til de arbeider som vil måtte gjennomføres for å ferdigstille tiltaket. Det er altså ikke nok å bare se på situasjonen før og etter, men også kortsiktige virkninger vil måtte vurderes. Dette innebærer at skjønnsrommet for kommunen med hensyn til om reguleringsplanbehandling er påkrevet vil kunne variere mye avhengig av hvilke arbeider som er påkrevet for å utføre tiltaket. For eksempel vil dermed betydelig rive- og gravearbeid og transport til og fra arbeidsstedet kunne innebære at et tiltak faller inn under «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn». Et lite tiltak, når det er ferdig gjennomført, vil derfor kunne medføre reguleringsplikt dersom det krever omfattende anleggsarbeid for gjennomføringen.

⁵⁷ Rt.2009 s.354, avsnitt 46

3.4.1.6 Nye byggeområder.

Bygge- og anleggstiltak i nye byggeområder nevnes eksplisitt som tiltak som normalt innebærer en plikt til å utarbeide reguleringsplan i den siste proposisjonen fra 2007-2008. Dette fremgikk ikke av tidligere forarbeider.

I forbindelse med arbeidet til den någjeldende plan- og bygningsloven ønsket planlovutvalget å beholde bestemmelsen om reguleringsplikt for større bygge- og anleggstiltak, men ønsket også at all utbygging i byggeområder skulle ha hjemmel i reguleringsplan.⁵⁸ Dersom dette forslaget hadde blitt vedtatt, ville noe av usikkerheten knyttet til reguleringsplikten ha forsvunnet, ved at nedslagsfeltet for bestemmelsen hadde økt. Kommunen ville på denne måten ha fått innskrenket noe av det skjønnsrom som de synes å være gitt. Departementet ønsket imidlertid ikke å tiltre dette forslaget. De mente at det ikke ville være nødvendig med en slik skjerpelse for de bestående områder, der interessene til utbygging forsvarlig kunne avklares i kommuneplanens arealdel.⁵⁹ Departementet uttalte likevel:

«Normalt vil bygge- og anleggstiltak i nye byggeområder være å anse som større bygge- og anleggsarbeider som vil kreve reguleringsplan, med mindre det er gitt bestemmelser i kommuneplanens arealdel om mindre og spredt utbygging etter § 11-10 nr. 1 og § 11-11 nr. 1 og 2.»⁶⁰

Forarbeidene uttrykker imidlertid altså at reguleringsplan normalt skal utarbeides for bygge- og anleggstiltak i nye byggeområder dersom det ikke er gitt bestemmelser i kommuneplanens arealdel. I teorien er det fremhevet at det ser ut som om departementet legger for dagen et innhold i bestemmelsen som medfører at det skal gjelde et generelt krav om reguleringsplan i nye byggeområder, og at dette følger av, eller kan forankres i § 12-1 3.ledd.⁶¹ Dersom en slik fortolkning legges til grunn, utvides kommunens reguleringsplikt, og kommunens adgang til å skjønne i forhold til om det skal utarbeides reguleringsplan for gjennomføring av et tiltak

⁵⁸ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s.128

⁵⁹ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s.129

⁶⁰ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s.228

⁶¹ Innjord mfl. (2010) på s.295

innsnevres tilsvarende. Innjord er skeptisk til om dette kan gjelde. Han mener en slik utvidelse av reguleringsplikten uten noen nærmere omtale i forarbeidene neppe kan gi grunnlag for en slik tolkning. Annen teori foretar bare en henvisning til forarbeidene, og forutsetter at det foreligger reguleringsplikt for bygge- og anleggstiltak i nye boligområder.⁶² Det hersker altså tvil om hva man kan legge i uttalelsen om at det vil være reguleringsplikt ved utbygging i nye byggeområder. Uansett fremhever forarbeidene at dette «normalt» vil gjelde. Slik sett vil kommunene trolig være henvist til å foreta vurderingen av om det foreligger reguleringsplikt i nye byggeområder ut fra de ovenfor nevnte kriteriene.

3.4.2 Regelens følgeside – kreves det ny reguleringsplan?

Det fremgår det av ordlyden i § 12-1 3 ledd første punktum at det «kreves reguleringsplan» for tiltak som enten er et større bygge- og anleggstiltak eller annet tiltak som kan få vesentlige virkninger.

Videre fremgår det av annen setning at tillatelse ikke kan gis før det foreligger reguleringsplan. Man kan derfor spørre om bestemmelsen også må forstås slik at nye tiltak krever nye reguleringer, selv om de er innenfor rammene av ordlyden i eldre planer. Sagt på en annen måte er spørsmålet som kan reises da om kommunen, ved å henvise til at det allerede foreligger en reguleringsplan som omfatter et tiltak av den sort som nå ønskes igangsatt, står fritt i forhold til om det skal kreves ny plan. Er det således opp til kommunens skjønn å avgjøre om det må utarbeides en ny reguleringsplan for tiltak som faller inn under § 12-1 3.ledd første punktum, eller er det tilstrekkelig at det foreligger en reguleringsplan for området.

Ut fra ordlyden er det nærliggende å tolke dette vilkåret slik at det i et slikt tilfelle ikke er nødvendig å utarbeide ny reguleringsplan. Forarbeidene nevner ikke denne problemstillingen. Så lenge tiltaket innebærer en arealbruk som går inn under arealformålet i den foreliggende reguleringsplanen, skulle det således ikke trenge noen ny reguleringsplan. Det ville i så fall bero på et skjønn hos kommunen hvorvidt de ville anse det nødvendig å foreta en ny reguleringsbehandling for arealet. Vi kan tenke oss f.eks. at det skal oppføres et kjøpesenter i

⁶² Pedersen mfl. (2010) på s.281

et område avsatt til næringsvirksomhet, uten nærmere bestemmelser. Tiltaket ligger for så vidt innenfor arealformålet, men man kan spørre seg om ikke et slikt tiltak uansett, hensett hensynene bak reguleringsplikten, burde gjennomgå ny reguleringsplanbehandling uavhengig av om det legges til et område hvor det foreligger reguleringsplan eller om det skal plasseres i et område der det ikke foreligger en eksisterende reguleringsplan.

Daniel Rogstad er inne på dette spørsmålet, der han sier at det kan spørres om ikke bestemmelsen i § 23 nr.1 første ledd må;

... «forstås slik at «større bygge- og anleggsarbeider» ikke bare må ha hjemmel i en regulering, men også må være vurdert i forbindelse av behandlingen av den, d.v.s. det som tilsier at de er større. Er dette ikke vurdert, hjelper det ikke om tiltaket er «planriktig» iflg. tidligere reguleringsformål og bestemmelser. Det må ha ny reguleringshjemmel for å kunne påbegynnes» ...⁶³

Han mener således, som følge av at tiltaket krever særlig regulering, at den tidligere reguleringsplanen må tolkes innskrenkende i forhold til det tiltaket det er snakk om. Sett opp mot de hensyn som fremgår av forarbeidene, blant annet i forhold til innflytelse og medbestemmelse som en reguleringsplanbehandling kan gi, synes hans forståelse å ha gode grunner for seg. Både formålet bak reguleringsplikten og ordlyden i bestemmelsen tilsier at reguleringsplanen må være utarbeidet med tanke på det tiltak det er snakk om å gjennomføre. Det er jo bare da tiltakets virkning på miljø og samfunn er vurdert. Kommunene må derfor antas å ikke ha noe skjønnsrom i forhold til om det skal utarbeides ny reguleringsplan for tiltak som oppfyller en av de alternative betingelsene i § 12-1 tredje ledd, første punktum.

3.5 Oppsummering

Gjennomgangen har vist at vurderingen av om et tiltak vil falle inn under «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlige virkinger for miljø og samfunn», og således innebærer en reguleringsplikt, beror på en vurdering av mange momenter.

⁶³Rogstad (1999) på s.153

Som vi har sett vil et tiltak alene på bakgrunn av sin størrelse kunne medføre reguleringsplikt. Lovgiver har imidlertid ikke oppstilt noen klare kriterier for når et tiltak er av en slik størrelse. Dermed er det egentlig bare for tiltak som krever konsekvensutredning at man kan si at det vil ligge en klar grense for når reguleringsplikten, på bakgrunn av størrelsen alene, inntre.

Videre har vi sett at reguleringsplikten også vil kunne inntre også for mindre tiltak der det skal gjennomføres i et sårbart område. Forarbeidene viser til at man i slike tilfeller bør anlegge en føre-var betraktning.

Om et tiltak skal medføre reguleringsplikt vil videre bero på sumvirkningsbetraktninger. Man må ved vurderingen se ut over selve tiltaket, og vurdere om summen av mange små tiltak kan innebære reguleringsplikt. Dilemmaet her er, som nevnt, at slike sumvirkningsbetraktninger er vanskelige å foreta uten nettopp den prosess reguleringsplanbehandling innebærer.

Også hensynet til medvirkning er et viktig moment som kommunen skal vurdere i tilknytning til spørsmålet om reguleringsplikt. Dersom sterke medvirkningshensyn gjør seg gjeldende, eller saken er kontroversiell bør det utarbeides reguleringsplan.

Arbeid som bare vil ha virkninger i en anleggsperiode skal etter rettspraksis også vurderes i sammenheng med spørsmålet om reguleringsplikt.

Til sist har tolkningen vist at kommunen må kreve en ny reguleringsplanbehandling i tilknytning til det tiltaket det er aktuelt å gjennomføre. Dersom det aktuelle tiltaket faller inn under vilkårene i § 12-1 tredje ledd første punktum, må det utarbeides en ny reguleringsplan i tilknytning til dette tiltaket.

Samlet sett blir inntrykket at vurderingen av reguleringsplikten etter § 12-1 tredje ledd første punktum avhenger av et bredt skjønn. Spørsmålet om reguleringsplikten vil derfor i de fleste tilfeller være et utpreget vurderingsspørsmål, hvor mange momenter må vurderes og sees i sammenheng for å avgjøre om det foreligger plikt til å utarbeide reguleringsplan før tiltaket kan gjennomføres.

4 Domstolskontroll med kommunenes skjønnsutøvelse etter § 12-1 3.ledd

4.1 Innledning

I dette kapitlet behandles domstolenes prøving av kommunens skjønnsmessige vurdering av om et tiltak innebærer en reguleringsplikt etter § 12-1 3.ledd første punktum. Spørsmålet som reises er i hvilken grad domstolene kan, og i hvilken grad de faktisk vil overprøve kommunens vurderinger av hvorvidt et tiltak medfører reguleringsplikt. Videre reises spørsmålet om det kan tenkes ulik prøvingsintensitet for de to alternative vilkårene i § 12-1 tredje ledd første punktum. Først vil det bli en kort gjennomgang av utviklingen med hensyn til prøvelsesretten med hensyn til skjønnsmessige og vage vurderingstemaer. Dette er viktig for å belyse hvorledes prøvingsretten synes å være forflyttet fra om domstolelene kan prøve skjønnsmessige vurderinger, til i hvilken grad de skal prøve.

Innledningsvis er det grunn til å si at rekkevidden av domstolenes prøvelsesrett av forvaltningsvedtak må sees uavhengig av spørsmålet som vi så på i forrige kapittel, som dreide seg om grensene for forvaltningens kompetanse. Dersom et forvaltningsorgan overskrider sin kompetanse vil det, uavhengig av domstolskontrollen, kunne bli overprøvd av et kontrollorgan. Loven kan ha satt skranker for forvaltningens fullmakter. For eksempel vil et vedtak om reguleringsplikt for et tiltak kunne bli overprøvd av Fylkesmannen der saken blir bragt inn for ham under en behandling av en klage. Spørsmålet om hvilke sider av forvaltningens avgjørelser domstolene kan, og vil, prøve er andre spørsmål.⁶⁴ Det kan synes underlig at forvaltningen på denne måten kan være bundet av normer som domstolene ikke kan overprøve. Dette kan imidlertid forklares ut fra at vurderingen styres ut fra forskjellige regelsett. Rekkevidden av forvaltningens kompetanse avgjøres ut fra en tolkning av hjemmelsgrunnlaget, mens domstolenes prøvelsesrett følger av tolkningsprinsipper som domstolene selv har fastlagt gjennom rettspraksis.⁶⁵

⁶⁴ Eckhoff (2010) på s.384

⁶⁵ Winge (2013) på s.234

Til tross for at domstolskontrollen med forvaltningsvedtak ikke er nevnt i Grunnloven, kan man fastslå at domstolene har kompetanse til å prøve lovmessigheten av forvaltningens vedtak. Dette følger av Grunnloven § 88, og fast Høyesterettspraksis i om lag 200 år.⁶⁶

Det er også grunn til å påpeke hva domstolene i et hvert tilfelle kan prøve. Dette er blitt fremhevet i en rekke dommer, blant annet i «Utvisningsdommen» i 1995:

... «Jeg går - på samme måte som partene - ut fra at domstolene under enhver omstendighet har den vanlige kontroll med forvaltningens utøvelse av en skjønnspreget myndighet. Det vil si at domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet» ...⁶⁷

Og videre:

... «Jeg går så over til å vurdere om det foreligger saksbehandlingsfeil ... »

Med andre ord er prøvelsesretten begrenset til å prøve saksbehandlingen, faktum, lovtolkning og eventuell kompetanseoverskridelse, men ikke hensiktsmessighetsskjønn.

4.2 Prøving av subsumsjonsskjønnet.

Som jeg har vært inne på ovenfor, er det sikker rett at domstolene har adgang til å prøve subsumpsjonen av en forvaltningsavgjørelse ved strengt lovbundne avgjørelser. Der gis det jo ingen åpning for at forvaltningen skal skjønne over noe. Hvorvidt domstolene skal prøve ikke bare om loven er forstått riktig, men om også subsumpsjonen kan prøves har gjennom tidene vært satt i tvil i forbindelse med at lovgiver har vedtatt lover som inneholder vage ord eller uttrykk. Dette vil gjelde der lovteksten ikke gir klare holdepunkter for forvaltningens subsumsjonsfrihet, og der heller ikke lovens forarbeider gir noen særlig veiledning. Dette er, som vi har sett, tilfellet med plan- og bygningslovens § 12-1. tredje ledd. Med andre ord har

⁶⁶ Eckhoff (2010) på s. 539

⁶⁷ Rt.1995 s.72

spørsmålet vært om domstolene kan prøve subsumsjonsskjønnet i disse tilfellene. Man må imidlertid ha i mente at grensen mellom tolkning og subsumsjon vil kunne være flytende.⁶⁸ Dersom domstolene går i detalj i en tolkningsprosess, kan det bli mindre igjen i forhold til spørsmålet om subsumsjon.

Spørsmålet om prøving av subsumsjonsskjønnet er et spørsmål om skjønnet er et rettsanvendelsesskjønn, eller om det er et forvaltningseskjønn.

I de tilfeller hvor forvaltningen, etter en tolkning, anses å kunne avgjøre visse spørsmål etter et skjønn, vil spørsmålet ikke være fullt ut rettslig styrt.⁶⁹ Man sier da at det foreligger et forvaltningseskjønn, eller fritt skjønn.

I andre tilfeller, der en tolkning viser at et spørsmål, kanskje til tross for vag ordlyd osv., fullt ut er rettslig styrt, snakker man om at det foreligger et rettsanvendelsesskjønn.⁷⁰ I disse tilfellene foreligger det altså ikke egentlig noen skjønnsfrihet hos forvaltningen.

Frede Castberg hadde en tilnærming som gikk på at der lovgiver har brukt vage og skjønsmessige ord, skulle domstolene holde seg unna subsumsjonskontroll fordi dette presumptivt fulgte av lovgivers mening.⁷¹ I forvaltningskomiteens innstilling ble det gitt tydelig uttrykk for den motsatte oppfatning, nemlig at det kun var dersom dette klart ville følge av tolkningen av lovteksten, at subsumsjonskontroll av skjønnet skulle være unntatt domstolskontroll. Komiteen uttalte:

... «Domstolenes kontroll når det gjelder subsumsjonsskjønnet er så viktig for rettsikkerheten at skal prøvelsesadgangen fra vikes, bør det kreves at dette klart følger av en tolkning av lovteksten» ...⁷²

⁶⁸ Eckhoff (2001) på s..33

⁶⁹ Eckhoff/Smith (2010) på s..392

⁷⁰ Eckhoff /Smith (2010) på. s.392

⁷¹ Castberg (1955) på s.108

⁷² NUT 1958:3 på s.375

Eckhoff var uenig i begge disse syn, og mente at det ikke kunne oppstilles noe konkret fortolkningsprinsipp hverken i den ene eller annen retning. Han var av den oppfatning av at tilfellene måtte vurderes individuelt. Ved en gjennomgang av praksis fra Høyesterett, kom han til at blant annet vurderingstemaets art, hva slags forvaltningsorgan avgjørelsen var lagt til, og om temaene er etisk-juridiske eller teknisk, økonomiske og politiske, vil være med på å avgjøre om domstolene kan prøve subsumsjonsskjønnet.⁷³ Gjennom rettspraksis vant Eckhoffs syn frem på 70 og 80-tallet. At loven bruker vage ord og uttrykk er en forutsetning for at forvaltningen skal ha vurderingsfrihet, men intet avgjørende moment.⁷⁴ Dette er kommet til uttrykk blant annet i «Fana-dommen II» i tilknytning til vilkåret «utbygd på byvis».⁷⁵

4.2.1 Avklaringen - Hovedregel

Utover på 1990 – tallet kom Høyesterett med flere avgjørelser som gav uttrykk for det syn Forvaltningskomiteen over 30 år tidligere hadde uttalt med hensyn til prøvingen av subsumsjonsskjønnet. Den mest sentrale avgjørelsen er den såkalte «Naturfredningsdommen».⁷⁶ Dommen er særlig grundig, da det ble avgitt 3 forskjellige vota, hvorav annenvoterende utgjorde mindretallet, og således mente at subsumsjonsskjønnet ikke kunne prøves. Saken dreide seg om et fredningsvedtak av to vann. Uenigheten dreide seg om hvorvidt domstolene kunne prøve subsumsjonen av vilkåret at området har «urørt, eller tilnærmet urørt natur eller utgjør en spesiell naturtype» som stod i den tidligere naturvernloven, § 8. Det var på det rene at området hverken var urørt eller tilnærmet urørt, da det blant annet gikk flere høyspentledninger gjennom området. Striden stod dermed om vilkåret «spesiell naturtype». Staten mente at domstolene ikke hadde anledning til å prøve subsumsjonen av dette skjønnsmessige vilkåret. Som Graver sier synes det som om staten dermed hadde et standpunkt som lå nærmest det castbergske fortolkningsprinsipp, om fritt skjønn som lovens mening ved sterkt skjønnspregede og faglige vurderinger.⁷⁷ Et samlet

⁷³ Eckhoff. (1964) på s. 12

⁷⁴ Graver (2007) på s. 367

⁷⁵ Rt.1985 s. 1339

⁷⁶ Rt.1995 s. 1427

⁷⁷ Graver (2007) på s. 369

Høyesterett var enige i at vilkåret ikke bare kunne ses som en retningslinje for utøvelsen av forvaltningens hensiktsmessighetskjønn, men at det måtte være et materielt vilkår for spørsmålet om hvorvidt det forelå kompetanse til å fatte et fredningsvedtak. Førstvoterende, dommer Backer uttrykte uenighet med det syn Staten hadde anført og uttalte:

«Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes. I det foreliggende tilfelle måtte begrunnelsen i tilfelle søkes i de skjønnsmessige formuleringer i naturvernloven § 8. Jeg kan imidlertid ikke se at disse formuleringer er slik at de i seg selv skulle indikere at det her ikke skal være domstolsprøvelse av den konkrete rettsanvendelse».

Backer mente altså at det var snakk om et rettsanvendelsesskjønn, som domstolene kunne prøve, men sa seg enig i forvaltningens avgjørelse i det konkrete fredningsvedtaket. Annenvoterende Tjomsland var av motsatt syn i forhold til prøvningsadgangen, blant annet ut fra vurderingens utpregede naturfaglige karakter. Således, mente han, at domstolene var lite egnet til å overprøve dette.

Tredjevoterende, med tilslutning fra de øvrige dommerne, støttet førstvoterendes syn, og kom med en enda klarere uttalelse:

«Ved vurderingen av spørsmålet om i hvilken utstrekning forvaltningens avgjørelser etter naturvernloven § 8 kan overprøves av domstolene, bør utgangspunktet etter mitt syn tas i lovens ordlyd. Slik § 8 1. punktum er utformet, kan jeg ikke se at det er holdepunkter for å forestå bestemmelsen slik at den bare angir retningslinjer for forvaltningens skjønn. Den må, slik jeg ser det, leses slik at det som angis er vilkår for at et område kan gjøres til gjenstand for et fredningsvedtak. Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet».

I den siste uttalelsen fremheves det altså at dersom subsumsjonsskjønnet skal være unntatt domstolsprøving må det foreligge sikre holdepunkter for at slik prøving ikke skal finne sted. Dette er sterke ord. Boe er inne på at de tydelige uttalelsene fra Høyesterett i denne dommen

må sees på bakgrunn av ønsket om å trekke opp prinsipielle linjer for domstolskontrollen, som følge av staten i flere saker hadde skapt tvil om prinsippet om hovedregelen om full domstolskontroll med lovanvendelsen.⁷⁸

I teorien er det antatt at det etter dette gjelder en hovedregel om et fortolkningsprinsipp om full prøvelse av subsumsjonsskjønnet dersom det ikke er sikre holdepunkter for annet. Et unntak er blant annet Innjord, som mener at Naturfredningsdommen ikke oppstiller et slikt fortolkningsprinsipp.⁷⁹ Også Reusch og Nisja synes å støtte Innjords syn⁸⁰. Høyesterett synes imidlertid å videreføre linjen fra Naturfredningsdommen. Blant annet i «Drosjeløyvedommen».⁸¹ Etter dette kan man si, som det er sagt i teorien, at det kun vil være der det er spesielt vage ord og uttrykk man kan tenke seg at domstolene kommer til at de ikke kan prøve subsumsjonsskjønnet.⁸² Der domstolene kommer til at de ikke skal prøve subsumsjonen av slike vage ord og uttrykk, vil dette ofte gjelde der vurderingen forutsetter faglig, økonomisk eller teknisk innsikt der domstolene mener at forvaltningsorganet besitter i større grad enn dem selv, eller det er snakk om politisk kontroversielle saker som domstolene ikke bør blande seg i.⁸³

4.3 Domstolsprøvelse av subsumsjonsskjønnet i § 12-1 3.ledd

Som vi så i forrige kapittel, er vilkårene for reguleringsplikt vage, og de gir inntrykk av at man ved vurderingen av om det skal utarbeides reguleringsplan til en stor grad må foreta skjønnsmessige vurderinger. Spørsmålet er om «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan gi vesentlige virkninger på miljø og samfunn» er rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan prøve, eller om de må anses som en del av et forvaltningsskjønn som er unntatt domstolsprøvelse. Videre oppstår spørsmålet om domstolene, selv om de kan, ikke vil prøve subsumsjonsskjønnet.

⁷⁸ Boe (2007) på s. 72

⁷⁹ Innjord (1996) på s. 191

⁸⁰ Nisja/Reusch (2009) på s. 255

⁸¹ Rt.2010 s.376, se avsnitt 39

⁸² Boe (2007) på s. 72..

⁸³ Aulstad/Lie (2007) på s. 224

Frihagen uttalte i tilknytning til det tidligere vilkåret «større bygge- og anleggsarbeider», før den ovenfor nevnte Naturfredningsdommen ble avsagt, at dette måtte anses som et lovbundet skjønn som domstolene kunne prøve. Han mente imidlertid at med mindre vurderingen kommunen foretok var klart uholdbar, ville det være tvilsomt at domstolene ville sette vurderingen til side.⁸⁴ Det samme syn gav også Rogstad uttrykk for.⁸⁵

Som tidligere nevnt, kom spørsmålet om domstolenes prøving av subsumsjonsskjønnet med hensyn til vilkåret «Større bygge- og anleggsarbeider» i § 23 nr.1 i den tidligere plan og bygningsloven i den såkalte «Kvinherad Energi Dommen».⁸⁶ Dette er, så vidt meg bekjent, den første og eneste gangen spørsmålet har kommet for Høyesterett. Saken dreide seg om hvorvidt Fylkesmannen hadde fattet et ugyldig vedtak da han foretok stansing av arbeidet med oppgraderingen av et kraftanlegg i Hattebergvassdraget. Stansingsvedtaket ble kjent ugyldig. Under besvarelsen av denne hovedproblemstillingen tok Høyesterett stilling til hvorvidt de kunne prøve subsumsjonsskjønnet av «større bygge- og anleggsarbeider» i tilknytning til en oppgradering av vannkraftanlegget. Vurderingen ble gitt i et obiter dictum. Førstvoterende, som fikk tilslutning fra tredje-, fjerde- og femtevoterende, uttalte:

«Hvorvidt tiltaket må anses som et større bygge- og anleggsarbeid er i utgangspunktet et rettsanvendelsesskjønn. Plikten til å utarbeide reguleringsplan retter seg mot den enkelte kommune og skal avgjøres ut fra de samlede virkninger og konsekvenser av hele tiltaket. Det hører under plan- og bygningsmyndighetene å vurdere forholdene i den enkelte kommune for å ta stilling til om reguleringsplan må utarbeides. Lokalisering, dagens bruk, bestående miljø, virkningen av tiltaket, bygningstekniske vurderinger og en rekke andre forhold må trekkes inn. Reguleringsplan er et redskap i den offentlige arealplanlegging. Domstolene må vise betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve planmyndighetenes faglige vurdering av når tiltak medfører at reguleringsplan er nødvendig etter plan- og bygningsloven § 23 nr. 1.»⁸⁷

⁸⁴ Frihagen (1989) på s.153

⁸⁵ Rogstad (1999) på s. 22

⁸⁶ Rt.2009 s. 354

⁸⁷ Rt.2009 s. 354, avsnitt 47

Førstvoterende kom ikke med noen konklusjon på om oppgraderingen var å anse som et «større bygge- og anleggstiltak», da spørsmålet ble løst på bakgrunn av andre regler. Han gav imidlertid tydelig uttrykk for at domstolene ikke var avskåret fra å prøve subsumsjonen av innholdet i vilkåret «større bygge- og anleggstiltak». Det er et rettsanvendelsesskjønn. Imidlertid understrekes det at de bør være tilbakeholdne med å overprøve vurderingene. Uttalelsen bærer preg av at så vel politiske som faglige vurderinger ofte må trekkes inn i vurderingen av om det vil foreligge reguleringsplikt. Det kan synes som om flertallet av dommerne i saken her mente at de var på «bortebane» og at kommunene selv, i utgangspunktet, hadde bedre forutsetninger for å foreta den skjønnsmessige avveiningen.

Annenvoterende, som utgjorde mindretallet, var også enig i at det var et rettsanvendelsesskjønn å vurdere om tiltaket var et større bygge- og anleggstiltak, samt at domstolene som hovedregel måtte vise tilbakeholdenhet med henblikk på prøvelse. Han mente imidlertid at Høyesterett i denne konkrete saken skulle foreta en prøvelse av subsumsjonsskjønnet. Etter denne prøvingen kom han til samme resultat som førstvoterende, men begrunnet det med at rehabiliteringen og oppgraderingen ikke kunne anses som et større bygge- og anleggsarbeid.

Vi ser altså at Høyesterett, i tråd med uttalelsene i Naturfredningsdommen, fastslår at vilkåret i den tidligere lov, «større bygge- og anleggstiltak» er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan prøve, men at flertallet i denne saken mente at de burde vise tilbakeholdenhet i forhold til overprøvelsen på grunn av de faglige og til dels politiske spørsmål vurderingen måtte dreie seg omkring.

Utviklingen i praksis hos Høyesterett synes, som nevnt, å vise klare tendenser til at domstolen anser at den kan gå stadig lengre med henblikk på skjønnsutøvelseskontroll, men samtidig i mange tilfeller velger tilbakeholdelse i forhold til den konkrete prøvelse. Dette kom tydelig til uttrykk i Kvinherad-dommen. Det er blitt uttalt i teorien at tyngdepunktet slik sett synes å være forflyttet fra spørsmålet om de kan prøve subsumsjonen, til spørsmålet om de vil prøve den.⁸⁸ Eckhoff peker imidlertid på dette paradoks, der han sier at det synes som om det er de

⁸⁸ Boe (2007) på s. 85

samme grunner som tilsier at domstolene viser en viss tilbakeholdenhet i prøving av skjønnsmessige spørsmål, som ved vurderingen av om prøvelse kan finne sted. På den bakgrunn, mener han, er det ikke helt klart hva som er vunnet ved at domstolene «utvider sin prøvingsmyndighet», men samtidig, i praksis prøver omtrent like mye som før.⁸⁹ Til dette kan det argumenteres, slik Boe gjør, med at det er en stor prinsipiell forskjell mellom at Høyesterett ikke anser at den kan overprøve et subsumsjonsskjønn til det at Høyesterett ikke utnytter en prøvingsrett fullt ut.⁹⁰ På en side vil man kunne si at utvidet prøvingsadgang vil være et gode i seg selv, da kommunene på den måten vil vite at de skjønnsmessige avgjørelsen knyttet til reguleringsplikten vil kunne overprøves av domstolene. Denne «teknikken» vil imidlertid også kunne innebære at det skapes unødig usikkerhet omkring kontrollen.

4.4 Ulik prøvingsintensitet for de to alternative vilkårene?

Spørsmålet man kan stille seg er om det er samme grunn for tilbakeholdelse i forhold til de to alternative vilkårene i någjeldende lov. Som nevnt tidligere er de to vilkårene i § 12-1 3.ledd første punktum ansett å være en presisering av det ene vilkåret i § 23 nr.1 i 1985- loven. Man kan altså stille spørsmål om prøvingsintensiteten vil kunne tenkes å være forskjellig henholdsvis med hensyn til å overprøve om et tiltak er et «større bygge- og anleggstiltak» og «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn»? Sagt på en annen måte oppstår spørsmålet om grensene for domstolsprøvelse for de to vilkårene, og om grensene kan tenkes å bli trukket ulikt.

4.4.1 Domstolsprøving av subsumsjonen for «Større bygge- og anleggstiltak»

Som vi har vært inne på i forrige kapittel kan et tiltak, alene på grunn av størrelsen, innebære reguleringsplikt. Med andre ord vil man ved et tiltak av en slik størrelse ikke nødvendigvis være henført til å foreta mange ulike skjønnsmessige vurderinger, som eventuelt skulle

⁸⁹ Eckhoff/Smith (2010) på s. 546

⁹⁰ Boe (2007) på s. 83

medføre at domstolene ikke prøver subsumsjonen fullt ut. Som det er uttalt i teorien kan det se ut som om domstolene i større grad overprøver i prinsippet objektive størrelser som «villamessig bebyggelse», «naturtype» osv. enn de rene vurderingsnormene.⁹¹ Også Innjords gjennomgang av Høyesteretts praksis tyder på dette.⁹²

Selv om førstvoterende i «Kvinnherad energi-dommen» ikke konkluderer i forhold til spørsmålet om oppgraderingen av vannkraftanlegget var et større bygge- og anleggsarbeid, da han løste saken på annet grunnlag, kom han med en bemerkning for det tilfelle at det ikke hadde vært snakk om en oppgradering, men en ny utbygging:

«Jeg bemerker at et helt nytt tiltak i Muradalen av samme omfang, ville vært så inngripende i et tilnærmet uberørt område av denne karakter, at tiltaket måtte anses som større bygge- og anleggsarbeid etter § 23 nr.1»⁹³

Denne uttalelsen viser at Høyesterett i et tilfelle der et tiltak er omfattende nok, ikke vil avstå fra å prøve subsumsjonen fullt ut med henblikk på om et konkret tiltak kan anses å være «et større bygge- og anleggstiltak». Annenvoterende, riktignok i mindretall, foretok som nevnt en full subsumsjonskontroll, men kom til at tiltaket ikke kunne anses å være et «større bygge- og anleggsarbeid». Således, konkluderte han, medførte ikke gjennomføringen av tiltaket noen plikt til å utarbeide reguleringsplan.

Vilkåret «større bygge- og anleggstiltak» er jo også et kriterium som må kunne sies å objektivt ha en yttergrense. Det kan i så henseende være grunn til å trekke en parallell til en dom fra Borgarting Lagmannsrett hvor et annet slikt kriterium kom opp på plan- og bygningsrettens område.⁹⁴ Saken dreide seg der om gyldigheten av en kommunes soning av noen eiendommer til arealkategorien LNF i kommunens arealplan. I en obiteruttalelse kom spørsmålet om de klagende parters eiendommer lå i et «tettbygd område» jfr. § 17-2 annet ledd i den tidligere plan- og bygningsloven. Domstolen prøvde subsumsjonen av dette

⁹¹ Graver (2007) på s. 367

⁹² Innjord (1996), fra side 180 flg.

⁹³ Rt. 2009 s.354, avsnitt 48

⁹⁴ LB. 2007 - 81990

skjønnsmessige vilkåret fullt ut, og kom til at eiendommene ikke kunne karakteriseres som tettbygd.

4.4.2 Domstolskontroll med subsumpsjonen av «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn»

Dette vilkåret gir anvisning på at det for de mindre tiltakene som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn er langt mer vurderingspregede, og gir ikke anvisning på noe objektivt kriterium. På den ene siden kan man likevel kanskje si at slike «vesentlighetsvurderinger» ikke er ukjent for domstolene, og at dette således skulle tale for at domstolene ikke skulle vise spesiell tilbakeholdenhet i forhold til prøvingen. Som vi så i forrige kapittel vil jo imidlertid en hel rekke momenter være med på å avgjøre spørsmålet om reguleringsplikt med hensyn til dette vilkåret, og flere av disse momentene er også av en skjønsmessig karakter. Som det påpekes av Høyesterett i Kvinherad-dommen vil disse blant annet kunne være av faglig, teknisk og politisk art. Det er derfor nærliggende å anta at Høyesteretts uttalelse i dommen, om at domstolene må vise tilbakeholdenhet i forhold til prøvingen, i særlig grad vil knytte seg til dette vilkåret.

Som det er uttalt i teorien vil spørsmålet om hvor langt domstolene går i å prøve subsumpsjonen ofte avgjøres av om den mener den har like gode eller dårlige faglige forutsetninger som forvaltningen til å ta stilling til om lovens betingelser er oppfylt. Respekten for forvaltningens sakkunnskap og organets erfaring vil antakeligvis være den viktigste årsak til at retten av og til avstår fra å sette til side forvaltningens vurdering.⁹⁵ Det synes ut fra det ovenstående som at det er mer trolig at domstolene vil overprøve kommunens vurdering av spørsmålet om reguleringsplikt i et tilfelle der spørsmålet i hovedsak dreier seg om et tiltaks størrelse, alene. Uansett viser gjennomgangen at domstolene med henblikk til vurderingen av om et tiltak skal medføre reguleringsplikt vil vise stor tilbakeholdenhet med hensyn til å overprøve kommunens vurderinger.

⁹⁵ Boe (2007) på s. 84

4.5 Delkonklusjon

Gjennomgangen har vist at plan- og bygningslovens § 12-1 tredje ledd første punktum overlater stor skjønnsfrihet til kommunene i spørsmålet om et tiltak medfører reguleringsplikt før det kan gjennomføres. Grensene for skjønnsrommet er til dels uavklarte, men konsekvensutredningsforskriften vil sette en begrensning. Tiltak som er konsekvensutredningspliktige vil samtidig innebære en reguleringsplikt. Fordi terskelverdiene for konsekvensutredninger er satt så vidt høyt, vil de imidlertid ikke være særlig klargjørende med henblikk til spørsmålet om grensene for kommunens skjønn.

Fremstillingen har vist at skjønnen med hensyn til spørsmålet om reguleringsplikt i henhold til rettspraksis er et rettsanvendelsesskjønn. Imidlertid tyder den ene dommen som behandler spørsmålet om prøvingen av reguleringsplikten at prøvingen i de fleste tilfeller vil være lite intensiv. Domstolene vil vise stor tilbakeholdenhet med hensyn til å overprøve kommunens skjønnsmessige vurderinger av om et tiltak skal medføre reguleringsplanbehandling før det kan gjennomføres. Inntrykket er at domstolene føler at de i de fleste tilfeller vil være på bortebane med hensyn til spørsmålet om overprøving, og at de bare vil sette kommunens vurdering til side dersom den fremstår som klart uholdbar.

Samlet sett synes det derfor som om kommunene de facto, etter gjeldende rett, står veldig fritt i spørsmålet om et tiltak skal medføre reguleringsplikt etter plan- og bygningslovens § 12-1 tredje ledd første punktum. Følgen av dette er at så vel en tiltakshaver, som omgivelsene og tredjeparter etter dagens regler, i praksis, synes å være sikret liten forutsigbarhet med hensyn til om et konkret tiltak må gjennomgå reguleringsplanbehandling før det kan gjennomføres.

5 God nok regel?

5.1 Innledning

Som fremstillingen hittil har vist er spørsmålet om et tiltak er reguleringspliktig eller ikke, til en stor grad overlatt til forvaltningens skjønn. Når det i tillegg synes som om domstolene vil være forsiktige med å overprøve kommunens vurderinger, står man igjen med en relativt åpen bestemmelse.

Som vi har sett er denne ønskede fleksibiliteten villet og bevisst fra lovgivers side, noe som har kommet til uttrykk i forarbeidene. Der er det fremhevet at vurderingene skal skje konkret på bakgrunn av den ulikhet det er kommunene imellom.

Samtidig er det legitimt å stille spørsmålet om denne fleksibiliteten vil gå på bekostning av et annet viktig hensyn, nemlig hensynet til forutsigbarhet for aktørene. For utbyggerne vil det, som nevnt i innledningen, presumptivt være av et gode å ha klarere regler å forholde seg til, med hensyn til når et tiltak de ønsker å sette i gang vil medføre plikt til å utarbeide reguleringsplan. Likeledes må dette antas å gjelde også for de som blir berørt av tiltaket. Som vi har sett ut fra lovforarbeidene er det også fra forvaltningen selv i flere omganger uttrykt ønske om å få presisert innholdet i § 12-1 tredje ledd første punktum. Mulighetene ligger jo også der, i og med at § 12-1 6. ledd allerede åpner for å gi forskrifter for å presisere innholdet i bestemmelsen. Planlovutvalget var selv inne på dette spørsmålet i forbindelse med å kartlegge innholdet i «større bygge- og anleggstiltak» etter den tidligere plan og bygningslovens § 23 nr.1. De uttalte at «utvalget vil arbeide videre med å finne kriterier som gir klarere holdepunkter for praktiseringen av bestemmelse».⁹⁶ Noe slikt forslag til kriterier ble ikke gitt, og som vi har sett ble det ikke gitt noen slike forhåndsfastsatte kriterier for vurderingen av reguleringsplikten i proposisjonen fra 2007-2008. Spørsmålet man kan stille seg er derfor om det likevel burde vært utarbeidet forskrifter som i større grad determinerer innholdet i vilkårene i § 12-1 3. ledd første punktum. EØS-reglene har ført til en detaljregulering av konsekvensutredningssakene. En slik reguleringsteknikk er benyttet for å avgjøre om en plan eller et tiltak er underlagt krav om konsekvensutredning. Det er derfor

⁹⁶ NOU 2001:7 på s. 174

interessant å se nærmere på denne reguleringsteknikken for slik å vurdere om dette vil kunne bidra til å sikre bedre forutsigbarhet med hensyn til forvaltningens avgjørelser

5.2 Kort om reglene om konsekvensutredning

Reglene om konsekvensutredninger i plan- og bygningsloven er saksbehandlingskrav som innebærer at beslutningsgrunnlaget for den aktuelle planen eller tiltaket må inneholde en særlig utredning av konsekvensene for miljø og samfunn ut over de de alminnelige saksbehandlingsregler.⁹⁷ Krav om konsekvensutredning er det sentrale virkemiddelet for å sikre tilstrekkelige opplysninger i saker som innebærer omdisponering av areal.⁹⁸ Konsekvensutredningsbestemmelsene i plan- og bygningsloven kapittel 4 og kapittel 14, utfyllt av Konsekvensutredningsforskriften (KU-forskriften), gjennomfører de to EU-direktivene om konsekvenser av prosjekter og av planer og programmer.⁹⁹

I henhold til plan- og bygningsloven § 4-2 skal det utarbeides konsekvensutredninger for visse arealplaner. For denne avhandlingen er det mest interessant å se på spørsmålet om konsekvensutredning som ledd i utarbeidelsen av en reguleringsplan. Etter § 4-2 fremgår det at konsekvensutredning skal utarbeides for reguleringsplaner som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn. Om det oppstilles reguleringsplikt etter § 12-1 3 ledd vil derfor kunne ha til følge at også konsekvensutredning må utarbeides. Men dette vil ikke alltid måtte gjelde, nettopp fordi planplikten etter § 12-1 3 ledd vil kunne omfatte flere tiltak enn de som formelt er underlagt konsekvensutredningsplikt etter § 4-2 andre ledd med den tilhørende konsekvensutredningsforskriften.¹⁰⁰ Som vi har sett vil det imidlertid medføre reguleringsplikt dersom et tiltak er konsekvensutredningspliktig.

Det interessante med henblikk på om innholdet i vilkårene for reguleringsplikten etter pbl. § 12-1 3 ledd første punktum kunne vært nærmere kartlagt i en forskrift, er imidlertid hvordan konsekvensutredningsforskriften presiserer hva som ligger i «som kan få vesentlige virkninger

⁹⁷ Pedersen mfl. (2010) på s. 176

⁹⁸ Winge (2013) på s.89

⁹⁹ Rådskdirektiv 85/337/EØF med endringer i rådskdirektiv 97/11/EF og Rådskdirektiv 2001/42/EF

¹⁰⁰ Innjord mfl. (2010) på s. 298

for miljø og samfunn». Vi må derfor se på det som i teorien er omtalt som utsilingskriteriene for om planen skal konsekvensutredes.

Konsekvensutredningsforskriften skiller mellom de tilfeller der reguleringsplaner eller tiltak innebærer at det skal utarbeides konsekvensutredning, tilfeller der dette beror på en konkret vurdering, og tilfeller der reguleringsplanen eller tiltaket faller utenfor plikten til å konsekvensutrede.

I konsekvensutredningsforskriften § 2 angis det hvilke reguleringsplaner som alltid skal underlegges krav om konsekvensutredning. Av første ledd i bestemmelsen, bokstav f, fremgår det at dette gjelder for «reguleringsplaner som inneholder tiltak som nevnt i vedlegg I». Dette gjelder, jfr. annet ledd, dersom det konkrete tiltaket ikke er konsekvensutredet på et høyere plannivå. I vedlegget listes det opp 37 store utbyggingstiltak. Disse tiltakene er i stor grad knyttet til tiltakets art eller tiltakets størrelse, med angitte terskelverdier. For eksempel oppstilles det automatisk plikt til konsekvensutredning av tiltak eller planer der det skal utbygges golfbane med 18 hull eller mer.

For andre reguleringsplaner må det, etter forskriftens § 3 foretas en konkret vurdering med hensyn til om de kan ha «vesentlige virkninger for miljø og samfunn».¹⁰¹ I forskriftens vedlegg II oppstilles det en liste over planer og tiltak som skal vurderes etter de 11 virkningskriteriene som er oppstilt i § 4 i forskriften. Som det er sagt i teorien må både arts- og størrelseskriteriene i tillegg til virkningskriteriene være oppfylt, for at et vedlegg II tiltak eller plan skal være underlagt konsekvensutredningsplikt.¹⁰² For å følge opp eksempelet med golfbanen, er det opplistet i vedlegg II, punkt 16 at golfbaner med 9 hull eller mer skal vurderes etter § 4-kriteriene. Vurderingen vil så avgjøre om tiltaket eller planen har slike virkninger at konsekvensutredning må foretas.

¹⁰¹ Bugge (2009) på s.102

¹⁰² Winge (2013) på s.109

5.3 Kunne konsekvensutredningsforskriftens teknikk vært anvendt også ved spørsmålet om reguleringsplikt

Som vi ser er det en helt annen teknikk som brukes i forbindelse med spørsmålet om en reguleringsplan skal konsekvensutredes enn i spørsmålet om reguleringsplikt. Dette følger av at konsekvensutredningsplikten er et krav som følger av vårt EØS medlemskap, mens reguleringsplikten beror på nasjonale regler. Begge regelsett må imidlertid kunne sies å ha til formål å sikre et godt avgjørelsesgrunnlag for beslutningsorganet.

For at reguleringsplikt skal inntre må altså et av de skjønnsmessige vilkårene «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og funn» være oppfylt. Konsekvensutredningsplikten knytter seg til om en plan eller et tiltak «kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn». Ordlyden i det siste vilkåret i reguleringsplikten er altså svært likt vilkåret for konsekvensutredningsplikten.

5.3.1 «større bygge- og anleggstiltak»

Som tolkningen av vilkårene i reguleringsplikten i kapittel 3 viste, har altså lovgiver gitt kommunene et visst spillerom i forhold til å skjønne om gjennomføringen av et tiltak medfører reguleringsplikt. Den samme tolkningen viste imidlertid at det i alle fall i forhold til størrelseskriteriet må antas å ligge en nedre terskel. Kommunen plikter, dersom et tiltak over denne størrelse ønskes gjennomført, å kreve at tiltakshaver utarbeider reguleringsplan. Denne terskelverdien er imidlertid, som tolkningen har vist, ikke nærmere kartlagt. Som vi så, er det bare for tiltak som krever konsekvensutredning vi kan si at det er klare holdepunkter for at reguleringsplikten inntre. Det er grunn til å anta at så store tiltak i de fleste tilfeller uansett vil bli gjenstand for en reguleringsplanbehandling.

I og med at forarbeidene påpeker at et tiltaks størrelse alene vil kunne medføre reguleringsplikt, ville det kanskje ikke være så uklokt å definere mer presise grenser i en forskrift. Dette ble jo, som nevnt innledningsvis i dette kapittelet også påpekt av lovutvalget i den første delutredningen forut for nåværende lov. Slike terskler kunne for eksempel oppstilles slik konsekvensutredningsforskriften har gjort det i vedlegg I. Man kunne for eksempel forskriftsfestet at gjennomføring av et utbyggingstiltak over 3000 kvm alltid krever

reguleringsplan. På denne måten ville lovgiver sikret at usikkerhet knyttet til om et tiltak innebærer reguleringsplikt kunne bortfalle. Både tiltakshaver og de berørte tredjepartsinteressene ville slik sett fått større forutberegnelighet. Samtidig ville risikoen for kameraderi og misbruk av skjønnsmyndigheten med hensyn til reguleringsplikten bli mindre. Man kan imidlertid si at noe av fleksibiliteten som lovgiver har gitt kommunene ved spørsmålet om reguleringsplikten på denne måten blir innsnevret. Når lovgiver altså uansett har sagt at visse tiltak, alene på grunn av størrelsen vil medføre reguleringsplikt, er det imidlertid vanskeligere å se hvorfor det ikke skulle være mulig å definere denne grensen nærmere. Det må jo formodes at lovgiver gjennom denne uttalelsen har ment at slike store tiltak nesten alltid vil ha en vesentlig virkning på miljø og samfunn, og således krever den prosessen en reguleringsplanbehandling innebærer.

Et element lovgiver eventuelt ville måttet ta hensyn til ved en slik reguleringsteknikk er imidlertid at tiltakshavere i stor grad vil tilpasse seg til terskelverdiene som settes. Det kan her vises til teori i forhold til hvordan aktørene innen for eksempel kraftutbygging forsøker å omgå terskelverdiene for konsekvensutredningsplikten. Dette gjøres blant annet ved at man foretar trinnvis utbygging eller oppstykker prosjektene.¹⁰³

5.3.2 «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger på miljø og samfunn»

For tiltak og planer som går under konsekvensutredningsforskriftens vedlegg II, er det størrelses- og arts-kriteriene som benyttes som den primære utsilingsfaktoren.¹⁰⁴ Virkningskriteriet kommer inn sekundært, dersom størrelses- eller arts-kriteriet er oppfylt.

For vilkåret «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» i § 12-1 3.ledd første punktum, har vi sett av forarbeidene at det er virkningskriteriet som er i hovedfokus, og da i tilknytning til sårbare områder. Ved spørsmålet om gjennomføringen av et tiltak skal innebære reguleringsplikt har vi sett at også små tiltak kan medføre en slik plikt. Ved å anvende en utsilingsteknikk som etter konsekvensutredningsforskriftens vedlegg II, måtte man derfor sette en terskelverdi så lavt at alle tiltak i praksis ville vært omfattet. Videre

¹⁰³ Winge (2013) på s. 122

¹⁰⁴ Winge (2013) på s.109

måtte man laget lignende vurderingskriterier som de som finnes i konsekvensutredningsforskriftens § 4, som tiltaket ville måtte vurderes etter. Vi kan på den ene side si at dette ville klargjort vurderingsgrunnlaget, ved at tiltakshavere og omgivelsene på denne måten ville fått klarhet med hensyn til hvilke vurderingskriterier reguleringsplikten skulle bedømmes etter. Tilgjengeligheten ville bli bedre, ved at man i stedet for å måtte finlese forarbeider, ville fått vurderingskriterier i forskrifts form. Samtidig ville kommunen hatt den samme teknikk å forholde seg til både ved spørsmålet om reguleringsplikt og spørsmålet om konsekvensutredning. På den annen side ville disse vurderingskriteriene måttet være meget vide for å romme alle de skjønnsmessige momentene som vi har sett kan innvirke på spørsmålet om reguleringsplikt. Som vi har sett har ikke lovgiver til nå villet konkretisere nærmere vurderingskriterier med henblikk til når en reguleringsplikt inntreffer. Med hensyn til vilkåret «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» er det derfor vanskelig å se at man, ved å anvende konsekvensutredningsforskriftens teknikk, vil skape bedre forutsigbarhet for tiltakshaver eller omgivelsene.

Som gjennomgangen over har vist, vil det vanskelig kunne sies at man ved å anvende en teknikk som den utsilingsteknikken konsekvensutredningsforskriften anvender vil gjøre reguleringspliktbestemmelsen særlig mer forutsigbar for tiltakshavere og omgivelsene. Et unntak er at man kunne satt en størrelsesmessig terskelverdi, som i konsekvensutredningsforskriftens vedlegg I, for når et tiltak alltid skal gjennomgå en reguleringsplanbehandling før det kan gjennomføres.

6 Avslutning

Avhandlingen har vist at kommunene etter gjeldende rett har et vidt skjønnsrom med hensyn til vurderingen om et tiltak vil kreve reguleringsplanbehandling. Selv om reguleringspliktskjønnet er et rettsanvendelsesskjønn har avhandlingen vist at domstolene trolig vil være svært tilbakeholdne i sin overprøvelse av kommunens skjønnsmessige vurderinger. Det er reist spørsmål om det kan tenkes at det vil være varierende prøvingsintensitet for de to alternative vilkårene, men det er vanskelig å si noe klart om dette.

Samlet sett ser det derfor ut til at tiltakshavere og de tredjeparter som ellers vil bli berørt av et tiltak i liten grad er sikret forutsigbarhet med hensyn til om et tiltak vil måtte gjennomgå reguleringsplanbehandling før det kan gjennomføres.

Avhandlingen har også vist at en anvendelse av den utsilingsteknikken som konsekvensutredningsforskriften benytter for å fastslå om et tiltak eller en plan «kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn» i liten grad vil gi bedre forutsigbarhet med de momentene forarbeidene i dag oppstiller.

Det vil derfor være opp til lovgiver om man ønsker å oppstille klarere kriterier som i større grad kan determinere innholdet i vilkårene i § 12-1 3.ledd første punktum, og således skape en mer forutsigbar rettssituasjon. Lovutvalget var som nevnt inne på dette i sin første delutredning, men ut fra forarbeidene ser det ikke ut som om departementet har vurdert dette siden 1987-1988. Med tanke på den økte utbyggingsaktiviteten i Norge, samt omfanget av reguleringsplaner som er initiert av private forslagsstillere, kan det spørres om det vil være på tide å vurdere dette spørsmålet på nytt.

7 Litteraturliste

Litteratur:

- Aulstad/Lie (2007) Aulstad, Johan Greger og Lie, Markus Hoel: «Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak», i *Jussens venner*, 2007 nr.4 s.221-234.
- Boe (2007) Boe, Erik: «Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?», i *Lov og Rett*, 2007 nr.2, s. 67-88.
- Bugge (2009) Bugge, Hans Chr.: *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 2.utg. (Oslo 2009)
- Castberg (1955) Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten* (Oslo 1955)
- Eckhoff (1964) Eckhoff, Torstein: «Domstolskontroll med forvaltningen i Norge», i *Jussens Venner* 1964 Serie Æ side.1
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5.utg. ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).
- Eckhoff/Smith (2010) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 9.utg. (Oslo 2010)
- Frihagen (1989) Frihagen, Arvid: *Plan- og bygningsloven, kommentarutgave*, bind III (Oslo 1989)
- Graver (2007) Graver, Hans Petter: «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet», i *Lov og rett*, 2007 nr.6 s. 365-374.
- Innjord (1996) Innjord, Frode: «Hva er vakkert», i *Jussens Venner*, 1996 s. 161-194.
- Innjord mfl. (2010) Innjord, Frode (red): *Plan- og bygningsloven med kommentarer, bind I* (Oslo 2010)
- Jacobsen (2010) Jacobsen, Guttorm: *Vann- og avløpsrett*, (Valdres 2010), finnes elektronisk på www.reettsdata.no
- Nisja/Reusch (2009) Ola.Ø. Nisja og Reusch, Christian: Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer, i *Jussens venner*, 2009 nr.4, s.254-263.
- Pedersen mfl. (2010) Pedersen, Odd Jarl mfl.: *Plan- og bygningsrett*, bind I, 2.utg. (Oslo 2010)
- Rogstad (1999) Rogstad, Daniel: *Reguleringsplaner – Innhold og virkninger*, doktoravhandling (Oslo/Ås 1999)

- Schei (2009) Schei, Tore: *Høyesterett inn i det 21-århundre*, foredrag 13. jan 2009, finnes på www.høyesterett.no
- Winge (2013) Winge, Nikolai: *Kampen om arealene- Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning* (Oslo 2013)

Lover:

- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Lov 27. juni 2008 nr.71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
- Lov 5. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

Opphevet lov:

- Lov 14. juni 1985 nr. 77 plan og bygningslov

Forskrifter:

- Forskrift 26 juni 2009 nr.831 om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister. (Kart- og planforskriften)
- Forskrift 26 juni 2009 nr.855 om konsekvensutredninger. (Konsekvensutredningsforskriften)

EØS- og EU direktiver:

- Rådsdirektiv 85/337/EØF med endringer i rådsdirektiv 97/11/EF
- Rådsdirektiv 2001/42/EF

Forarbeider:

Norges offentlige utredninger (NOU)

- NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning
- NOU 1983:15 Planlov
- NOU 2001:7 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven
- NOU 2003:14 Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II.

Odelstingsproposisjoner:

- Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) Plan- og bygningslov
- Ot.prp. nr. 51 (1987-1988) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 og i visse andre lover om arealdisponering.
- Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen)

Rettsavgjørelser:

- Rt.1985 s. 1339
- Rt.1995 s.72
- Rt.1995 s. 1427
- Rt.2007 s.281
- Rt.2009 s.354
- Rt.2010 s.376
- LA-2006-34860
- LB-2008-192842

Sivilombudsmannens uttalelser:

- SOMB-1990-49 (Somb 1990 s. 174) *Etablering av ridesenter - plikt til å utarbeide reguleringsplan*
- SOMB-2008-76 (Somb 2008 s. 294) *Dispensasjon fra reguleringsplikten for større bygge- og anleggsarbeider.*

Veiledere:

- Miljøverndepartementet veileder; T-1491; *Kommuneplanens arealdel*, 2.november 2012.
- Fylkesmannen i Oslo og Akershus; *Dispensasjonsveileder*, januar 2014

Nettside:

- Statistisk sentralbyrå, *Gjennomsnittlige saksbehandlingstider og gebyrer for reguleringsplaner, byggesak og kartforretning i kommunene, etter folketall i kommunen*

<https://www.ssb.no/135036/gjennomsnittlige-saksbehandlingstider-og-gebyrer-for-reguleringsplaner-byggesak-og-kartforretning-i-kommunene-etter-folketall-i-kommunen>