

UiO : **Det juridiske fakultet**

Kommuners gjennomføring av reguleringsplaner med ekspropriasjon

Kandidatnummer: 226

Leveringsfrist: 15. juni 2021

Antall ord: 39 642



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	Tema og problemstilling	2
1.2	Innledende om arealplanlegging og behovet for ekspropriasjon	3
1.2.1	Styringsmidler i arealforvaltningsretten	3
1.2.2	Arealplanleggingens begrunnelse og rekkevidde som styringsmiddel.....	3
1.2.3	Behovet for kommunal ekspropriasjonskompetanse	4
1.3	Problemstillingens bakgrunn – og hvorfor den er viktig	5
1.4	Metode og rettskildebruk	7
1.5	Avhandlingens innhold og avgrensninger.....	9
2	DE MATERIELLE MINSTEKRAVENE FOR KOMMUNENS EKSPROPRIASJONSVEDTAK	11
2.1	Innledning	11
2.2	Hvilke materielle minstekrav oppstiller oreigningsloven § 2?	11
2.2.1	«så langt det trengst» som materielt minstekrav	11
2.2.2	«tvillaustr er til meir gagn enn skade» som materielt minstekrav	15
2.3	Nærmere om når ekspropriasjon er unødvendig	19
2.3.1	Innledning	19
2.3.2	Mindre inngripende alternativer	20
2.3.3	Krav til det mindre inngripende alternativet.....	23
2.4	Relevante fordeler og ulemper i vurderingen	26
2.4.1	Innledning	26
2.4.2	Relevante fordeler.....	26
2.4.3	Relevante ulemper	31
2.4.4	Hvilke hensyn og alternativer plikter kommunen å vektlegge?	34
2.5	Den konkrete vurderingen av relevante hensyn og alternativer.....	35
2.5.1	Innledende om rettsanvendelse og forvaltningsskjønn.....	35
2.5.2	Hvor langt er den konkrete vurderingen styrt av rettskildeprinsippene?.....	37
2.6	En samlet vurdering av de materielle minstekravene for ekspropriasjon	44
3	KOMMUNENS VURDERING AV DE MATERIELLE MINSTEKRAVENE	45
3.1	Nærmere om problemstillingen	45
3.2	Innledende om utredningsprosessen	46
3.2.1	Generelt om kommunens utredningsansvar	46
3.2.2	Utredningsprosessen – særlig grunneiers prosessuelle rettigheter	48
3.3	Materielle krav til reguleringsplanvedtakets utredninger	51

3.3.1	Innledning	51
3.3.2	Generelt om kravene til utredningens innhold	52
3.3.3	Særlig om planens virkninger for eiere i planområdet	55
3.3.4	Særlig om mindre inngripende planløsninger	61
3.4	Saksfremleggets vurdering av beskrevne virkninger og alternativer	66
3.5	Nye utredninger og vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket	68
3.5.1	Innledning – tolkning av Rt-1998-416 (Namsos).....	68
3.5.2	Utfyllende vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket.....	70
3.5.3	Fornyhet vurdering av reguleringsplanens forutsetninger	73
3.6	Oppsummering og refleksjon om rettskildebildet.....	76
4	KONTROLL MED KOMMUNALE EKSPROPRIASJONSVURDERINGER....	78
4.1	Innledning	78
4.2	Statlige klageorganers kontroll	78
4.2.1	Innledende om statlige klageorganers kompetanse	78
4.2.2	Forholdet mellom vedtakene i klagebehandlingen	79
4.2.3	Kommunalt selvstyre – forvaltningsloven § 34 (2) tredje punktum.....	81
4.3	Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen)	85
4.4	Domstolskontroll.....	86
4.4.1	Hvordan kommer ekspropriasjonsvurderingen inn for domstolene?	86
4.4.2	Domstolenes prøving av ekspropriasjonsvurderingen.....	87
4.5	Ugyldighet som følge av utrednings- og begrunnelsesmangler.....	92
4.5.1	Innledning	92
4.5.2	Gyldighetsvurderingen etter forvaltningsloven § 41	92
4.5.3	Den ulovfestede ugyldighetslæren.....	96
5	AVSLUTNING	98
6	REFERANSER.....	99
6.1	Litteratur og nettsider	99
6.2	Lover, stortingsvedtak og forskrifter	106
6.3	Forarbeider	107
6.4	Norsk rettspraksis.....	108
6.5	Forvaltningspraksis og sivilombudsmannsuttalelser	109
6.6	Utenlandske og internasjonale rettskilder	111

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er kommunens adgang etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 16-2 (1) til å gjennomføre reguleringsplaner med bruk av ekspropriasjon. Termen «ekspropriasjon» betyr tvangserverv av eiendomsrett eller annen rett til fast eiendom eller noe med fast tilknytning til eiendommen, jf. pbl. § 16-1.¹

Ekspropriasjonsinstituttet bygger på en avveining mellom samfunnets og grunneierens² interesser: På den ene siden er offentlig kontroll og styring med eiendommer nødvendig for å sikre en bærekraftig og rasjonell arealbruk.³ Hvis det ikke er tilstrekkelig å regulere eierens fremtidige arealbruk og en frivillig avtale om eiendomserverv ikke kommer i stand, er tvangserverv – ekspropriasjon – den eneste måten å sikre gjennomføring av den rasjonelle arealbruken.⁴ Det er derfor få absolutte motstandere av ekspropriasjon som konsept.⁵ På den andre siden er privat eiendomsrett en viktig del av rettsstaten og det liberale demokratiet. Det er dessuten den rådende oppfatningen at privat eiendomsrett fremmer initiativ og produktivitet og at det derfor er samfunnsmessige grunner til verne om den.⁶ Etter Grunnloven (Grl.) § 105 skal grunneier kompenseres med «full erstatning». Selv om erstatningen reduserer inngrepsbyrden, er ekspropriasjon fortsatt et betydelig inngrep overfor eieren – og dennes «sterke stilling i norsk rett».⁷

Avhandlingen behandler to hovedspørsmål. For det første: Hva er innholdet i de materielle minstekravene for kommunens ekspropriasjonskompetanse? For det andre: Sikrer reglene at det gjennom reguleringsplan- og ekspropriasjonsprosessen blir foretatt en forsvarlig ekspropriasjonsvurdering, og eventuelt hvordan? I forlengelsen av hovedspørsmålene tar avhandlingen også stilling til kontrollorganenes overprøving av de kommunale vurderingene.⁸

¹ Ekspropriasjon er også definert i blant annet oreigningsloven (orl.) § 1 og vederlagsloven § 2 bokstav b. At orl. § 1 også omfatter «forbud mot å nytta eignedomen på ein viss måte», kan ikke forstås som at arealplaner etter pbl. vil være ekspropriasjon. Det er ifølge Fleischer (1992) s. 511 ikke reell forskjell mellom definisjonene.

² Drøftelsene i avhandlingen er direkte knyttet opp mot ekspropriasjon av *grunneieres eiendomsrett*. Det er imidlertid ikke noe skarpt skille mot ekspropriasjon av andre eiendomsrådigheter. Det meste av avhandlingen er derfor tilsvarende relevant for ekspropriasjon av andre eierrådigheter – f.eks. en grunneiers veirett.

³ Kapittel 1.2.2.

⁴ Kapittel 1.2.3.

⁵ Broch Hauge mfl. (2021) s. 18.

⁶ Se blant annet Falkanger (1986) s. 20.

⁷ Sitert fra HR-2017-2064-A avsnitt 37.

⁸ Kapittel 1.3 om problemstillingens bakgrunn.

1.2 Innledende om arealplanlegging og behovet for ekspropriasjon

1.2.1 Styringsmidler i arealforvaltningsretten

Det er allmenn enighet om at samfunnskontroll med arealbruken er nødvendig.⁹ Forvaltningen innehar flere virkemidler for å utøve slik kontroll. Det er opp gjennom årene blitt gitt flere fremstillinger over offentlige styringsmidler i arealforvaltningsretten.¹⁰ *Eckhoff* skrev i 1983 at myndighetene kan påvirke arealbruken ved bruk av fysiske, økonomiske, pedagogiske og normative styringsmidler.¹¹ Med «normative» styringsmidler siktet han hovedsakelig til bruk av pliktregler.¹² Kommunens kompetanse til å vedta reguleringsplaner og ekspropriasjon kan sees som normative styringsmidler, med henholdsvis forbuds- og påbudsmodalitet. I det følgende blir det gitt en kort innføring i disse styringsmidlenes begrunnelse og virkninger.

1.2.2 Arealplanleggingens begrunnelse og rekkevidde som styringsmiddel

Plansystemet består av tre plannivåer: nasjonalt, regionalt og kommunalt. Det er ikke noe absolutt hierarki mellom plannivåene. Etter pbl. § 1-5 (2) går nye arealplaner foran eldre arealplaner, med mindre annet er bestemt i den nye planen eller den eldre og trinnhøyere planen. Nasjonal og regional planlegging er i all hovedsak avgrenset til planspørsmål av betydning utover lokale forhold.¹³ Det er derfor først og fremst kommunene som gjennom vedtakelse av kommune- og reguleringsplaner har kompetanse til å bestemme og begrense arealbruken.

Formålet med arealplanleggingen er ifølge pbl. § 3-1 (2) å «fremme helhet» ved å se sektorer, oppgaver og interesser i sammenheng. Dette må leses i sammenheng med hensynene som er fremhevet i pbl. §§ 1-1 og 3-1 for øvrig, herunder at planleggingen skal skje med hensyn til «bærekraftig utvikling» og «langsiktige løsninger».

Helhetsmålsetningen er sentral for arealplanleggingens begrunnelse. Motsatsen til arealplanlegging er at hver enkelt grunneier bruker eiendommen etter eget ønske. Enkeltpersoner mangler insentiv til å ta hensyn til virkninger som rammer andre enn seg selv (eksterne virkninger).¹⁴ At hver enkelt grunneier bruker eiendommen sin på en isolert sett rasjonell måte, kan derfor i

⁹ Se blant annet *Fleischer* (1978) s. 9, *Falkanger* (1986) s. 13 og *Holth/Winge* (2019) s. 21.

¹⁰ Se særlig *Falkanger* (1986) og *Backer* (1986), samt *Winge* (2013) og *Bugge* (2019) s. 33–47.

¹¹ *Eckhoff* (1983) s. 29.

¹² *Eckhoff* (1983) s. 29.

¹³ *Winge* (2013) s. 359.

¹⁴ *Eide/Stavang* (2018) s. 101 definerer eksterne virkninger som «alle fordeler og ulemper ved økonomisk virksomhet ... som de enkelte aktører ikke har noe insentiv til å ta hensyn til i sin adferd».

sum føre til et kollektivt/samfunnsmessig irrasjonelt utfall (sumvirkningen).¹⁵ Dette blir om bruk av begrensede ressurser ofte illustrert med *Hardins* teori om «allmenningens tragedie».¹⁶ Teorien går i korthet ut på at dersom enkeltindivider utnytter en felles ressurs ut fra egen nytte, og med maksimal fortjeneste som mål, kan det over lang tid føre til overutnyttelse.¹⁷ Et lokalt og aktuelt eksempel på slik overutnyttelse er at utbredt bruk av dispensasjoner, som over tid blir ikke-planlegging, har ført til at 70 prosent av Indre Oslofjord nå er utilgjengelig for allmennheten.¹⁸ Et eksempel på det motsatte er bevaringen av felles parkområder i Oslo sentrum.

Kommunen kan vedta kommune- og reguleringsplaner. Etter pbl. §§ 11-6 og 12-4 er arealplanenes *rettsvirkning* at de «fastsetter framtidig arealbruk for området», og at det derfor er forbudt å iverksette nye tiltak i strid med arealplanenes formål og bestemmelser. Kommunene kan med dette legge store restriksjoner på grunneiers bruks- og utnyttelsesrett, uten at det blir tale om ekspropriasjonserstatning, jf. særlig Rt-1970-67 om innføringen av byggeforbud i strandsonen.

Samtidig ligger det *to viktige begrensninger* i arealplanenes direkte rettsvirkninger. For det første har arealplanene ikke tilbakevirkende kraft. Arealplanlegging er derfor ikke tilstrekkelig til å stanse igangsatte tiltak. For det andre har arealplanene kun forbudsvirkninger. Det betyr at arealplanene ikke pålegger grunneiere noen plikt til å sørge for iverksettelse av tiltak på eiendommen. Planene gir heller ikke tredjeparter – herunder det offentlige – rett til å benytte eiendommen. Dette gjelder også for bruk som ikke forutsetter iverksettelse av nye tiltak.¹⁹ Hvis den ønskede arealbruken forutsetter at igangsatt bruk opphører eller at tredjepersoner får tilgang til eiendommen, ser vi altså at arealplanene ikke nødvendigvis rekker som styringsmiddel. Kommunen må da erverve nødvendige rettigheter til eiendommen. Eiendomserverv kan skje gjennom en frivillig avtaleinngåelse, men av pbl. § 12-4 (4) følger det at *reguleringsplaner* er grunnlag for ekspropriasjon etter reglene i lovens kapittel 16. I pbl. § 16-2 (1) er kommunen gitt alminnelig kompetanse til å «foreta ekspropriasjon til gjennomføring av reguleringsplan».

1.2.3 Behovet for kommunal ekspropriasjonskompetanse

Vedtakelse av planer er i noen tilfeller et utilstrekkelig virkemiddel for i seg selv å sikre en ønsket arealbruk, fordi arealplaner – herunder reguleringsplaner – kun nedlegger forbud mot nye tiltak. Kommunens målsetning om bruk eller vern kan derfor forutsette et eiendomserverv.

¹⁵ Tesen om at mange små, og isolert sett, rasjonelle handlinger kan gi et uønsket utfall, ble av Kahn (1966) beskrevet som «the tyranny of small decisions». Se også Winge (2013) s. 75 og Bugge (2019) s. 70–72.

¹⁶ Hardin (1968) s. 1243-1248.

¹⁷ Winge (2013) s. 75–76 om Hardins teori.

¹⁸ SSB (2020). Se også Bugge (2015) s. 63 om strandsonerbygging som eksempel.

¹⁹ Pedersen mfl. (2018a) s. 454 viser til at en regulert turvei ikke gir offentligheten rett til å benytte veien.

Fra et rettsøkonomisk ståsted kan en spørre om ikke *avtalefrihet* vil være et tilstrekkelig virkemiddel for å sørge for den effektive ressursallokeringen som kommunen ønsker. I et fullkomment marked vil alle rasjonelle avtaler inngås, fordi kjøperen verdsetter eiendommen til mer enn selgeren.²⁰ Siden alle rasjonelle avtaler blir inngått, bidrar ekspropriasjon til ineffektivitet.

I virkeligheten er imidlertid få, om noen, markeder fullkomne. Det er derfor flere årsaker til at rasjonelle eiendomsoverdragelser ikke kommer i stand ved frivillighet. *Eide/Stavang* peker her på to begrunnelser for ekspropriasjon: For det første er det kostnader forbundet med avtaleinngåelser – *transaksjonskostnader*.²¹ En avtale vil bare bli inngått dersom transaksjonskostnadene er lavere enn differansen mellom partenes verdsettelse. Hvis partene verdsetter eiendommen til 80 og 100, må kostnadene ikke overstige 20. Kostnadene vil ofte være høye der tiltakshaver må erverve mange eiendommer, f.eks. i forbindelse med større veiprojekter. For det andre forekommer det at grunneiere krever en *urimelig høy pris*, fordi de overvurderer myndighetenes betalingsvilje, forsøker å utnytte samfunnets behov eller overvurderer verdien av egen eiendom.²² I disse tilfellene er ekspropriasjon et nødvendig virkemiddel for rasjonell arealbruk.

En tredje årsak kan være at eksistensen av ekspropriasjonskompetanse *motiverer* til frivillighet. Ekspropriasjonstrusselen kan på den ene siden motivere grunneier til å gi avtaleinngåelse et forsøk. Denne effekten forsterkes av at tiltakshaver trolig vil gi et relativt høyt vederlag, fordi han etter skjønnsloven § 54 flg. må dekke sakskostnadene i en eventuell skjønns sak. Er grunneier kjent med dette, gir dette nok en grunn til å utvise velvillighet i forhandlingene.

Etter dette ser vi at kommunens ekspropriasjonskompetanse i noen tilfeller er både direkte og indirekte et nødvendig virkemiddel for å sikre gjennomføring av en forutsatt rasjonell arealbruk.

1.3 Problemstillingens bakgrunn – og hvorfor den er viktig

Etter pbl. § 16-2 (1) er kommunestyret gitt en generell fullmakt til å treffe vedtak om ekspropriasjon «gjennomføring av reguleringsplan». Denne kompetansen har røtter tilbake til bygningsloven av 1924 (1924-loven).²³ 1924-lovens regler om arealplanlegging og ekspropriasjon hadde mange av de samme hovedtrekkene som dagens lovgivning.²⁴ De viktigste endringene

²⁰ Eide/Stavang (2018) s. 139.

²¹ Eide/Stavang (2018) s. 206. Eide/Stavang definerer transaksjonskostnader på s. 131–135.

²² Eide/Stavang (2018) s. 206–207. Se f.eks. LH-2014-122719 (Treindustri), hvor grunneier krevde 81 kroner/kvm, mens ekspropriasjonserstatningen ble satt til 21 kroner/kvm.

²³ Se bygningsloven av 1924 § 40, bygningsloven av 1965 § 35 og plan- og bygningsloven av 1985 § 35.

²⁴ F.eks. måtte planforslag også den gang legges ut til offentlig ettersyn, jf. 1924-loven § 27 nr. 3.

er at regulerings- og ekspropriasjonskompetansen har blitt stadig mer desentralisert og utvidet.²⁵ Etter 1924-loven måtte alle byplaner stadfestes av departementet, mens ekspropriasjonskompetansen var begrenset til veier, plasser, parker, offentlige bygninger, broer og offentlig innkjørsel, jf. lovens § 40. De største endringene skjedde da reguleringskompetansen i 1985 og 1986 ble desentralisert og den direkte ekspropriasjonsretten utvidet til alle formål unntatt landbruk.²⁶

Loven bestemmer at kommunestyret «kan» treffe ekspropriasjonsvedtak. Kommunestyret er derfor *aldri forpliktet* til å ekspropriere. Utenom at det må foreligge en «reguleringsplan» som ble vedtatt for inntil ti år siden, oppstiller pbl. § 16-2 (1) ingen *begrensninger* for kommunens ekspropriasjonskompetanse. Det følger imidlertid av oreigningsloven (orl.) § 30 nr. 24 at denne lovens bestemmelser gjelder «så langt dei høver» og «ikkje strir mot serføresegner om tilhøvet». Etter orl. § 2 kan ekspropriasjonsinngrep bare iverksettes «så langt det trengst» for nærmere bestemte formål, og bare hvis «inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade». Ekspropriasjonsformålene får klart nok ikke anvendelse på ekspropriasjon etter plan- og bygningsloven.²⁷ Derimot gjelder de generelle minstekravene i orl. § 2 for ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1).

Forholdet mellom reguleringsvedtak, ekspropriasjonsvedtak og orl. § 2 ble behandlet av Høyesterett i *Rt-1998-416 (Namsos)*. Namsos-dommen gjaldt et kommunalt vedtak om å ekspropriere eiendomsretten til et areal som kommunen allerede disponerte gjennom en tidsubegrenset bruksrett. Grunneier anførte i hovedsak at minstekravene for ekspropriasjon ikke var oppfylt, og at kommunen dessuten ikke hadde gjort en tilstrekkelig utredning og vurdering av om minstekravene var oppfylt (side 419–420). Kommunen anførte blant annet at minstekravene i orl. § 2 kun delvis kom til anvendelse og at disse uansett var tilstrekkelig utredet og vurdert i forbindelse med reguleringsplanvedtakelsen (side 418–419). Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall (3-2) i spørsmålet om vedtakets gyldighet, men samtlige dommere var enige om lovtolkningen.²⁸ Det er to tolkningsuttalelser som er av særlig interesse for denne avhandlingen:

For det første slo Høyesterett fast at *de materielle minstekravene* i orl. § 2 gjelder for kommunal ekspropriasjon etter plan- og bygningsloven. Dette forankret Høyesterett i både alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper og orl. § 30 nr. 24 (side 420 og 422). Kommunens kompetanse er med andre ord underlagt de samme begrensningene som andre ekspropriasjonsinngrep. Etersom kommunestyrets direkte ekspropriasjonskompetanse favner de fleste arealformålene i pbl. § 12-5, er det særlig grunn til å tro at minstekravene kan komme på spissen her. Et eksempel kan være at grunneiers eiendom blir regulert og ekspropriet for å benyttes som tilkomstvei til

²⁵ Se Frihagen (1989) s. 318–323 og Frihagen (1990) s. 224–233 for lovsutviklingen om planer og ekspropriasjon.

²⁶ Se Ot.prp. nr. 57 (1985–1986) s. 13 om den nevnte desentraliseringsreformen.

²⁷ Blant annet Bygningslovkomiteen (1960) s. 103 og Broch Hauge mfl. (2021) s. 72.

²⁸ Tolkningen er senere gjentatt i *Rt-1999-513*.

et mindre utbyggingsprosjekt på naboeiendommen. Hvilken betydning har det i dette tilfellet at minstekravene i orl. § 2 gjelder? Hvilke forhold kan påvirke vurderingen av minstekravene?

For det andre uttalte Høyesterett seg om *kravene til kommunens vurdering* av de overnevnte minstekravene. Høyesterett fastslo at det «normalt ikke er plass for en selvstendig vurdering av inngrepets nødvendighet og forholdsmessighet fordi slike vurderinger er foretatt i forbindelse med vedtakelse av den plan det eksproprieres etter» (side 423). Fra hovedregelen tok Høyesterett forbehold om at «situasjonen kan ligge slik an at det på grunn av spesielle forhold må foretas en ny vurdering når ekspropriasjonsvedtaket treffes» (side 421).²⁹ Flertallet konkluderte også med at det her forelå «spesielle forhold». Kommunen kunne derfor ikke uten videre lene seg på reguleringsplanens vurderinger. Ekspropriasjonsvedtaket ble derfor opphevet. Den beskrevne «konstruksjonen» er gjeldende rett for kommunens behandling av saker etter pbl. § 16-2 (1).

Det er særlig grunn til å bemerke at konstruksjonen legger opp til at reguleringsplanprosessen langt på vei foregriper ekspropriasjonsprosessens krav til vurdering av orl. § 2. I litteraturen vises det gjennomgående til uttalelsen om at det ikke er plass til en selvstendig vurdering av orl. § 2, men uten at det blir undersøkt hvilken betydning dette har for kommunens utredning og vurdering i reguleringsplanen.³⁰ Det er derfor behov for en undersøkelse av om, og eventuelt hvordan, den oppstilte konstruksjonen sikrer at det blir foretatt en forsvarlig utredning og vurdering i tråd med orl. § 2 – som Høyesterett slo fast at gjelder. Dette reiser særlig spørsmål om ivaretagelse av grunneiers interesser. Er grunneiers interesser overhode relevante hensyn i reguleringsplanvurderingen, og hvilken betydning kan de få for den øvrige utredningsprosessen?

1.4 Metode og rettskildebruk

Avhandlingen behandler hovedsakelig rettsdogmatiske spørsmål innenfor plan- og bygningsretten og den alminnelige forvaltningsretten. Spørsmålene drøftes og besvares ved bruk av alminnelig juridisk metode. Det er bred enighet i rettsteorien om at den juridiske metoden har en fast kjerne³¹ og at det stort sett er Høyesteretts rettskildebruk som er bestemmende for rettskildeprinsippene.³²

²⁹ Mindretallsuttalelse fordi flertallet kun formulerte dette som en konkret problemstilling, se dommen side 423.

³⁰ Pedersen mfl. (2018a) s. 308 skriver riktignok at orl. § 2 spiller inn som en saksbehandlingsregel i planprosessen, men går ikke nærmere inn på hva dette betyr for kommunestyrets beslutningsgrunnlag osv.

³¹ Backer (1986) s. 56 og Stub (2011) s. 27. Se standardverkene Eckhoff (2001), Skoghøy (2018) og Boe (2021).

³² Det er imidlertid Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) metode som er bestemmende ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), se blant annet Rt-2000-996 og Rt-2008-1409. Etter som EMK og EMD-praksis spiller en begrenset rolle i denne avhandlingen, nøyer jeg meg her med å vise til den alminnelige rettsteorien. Se blant andre Mestad (2019) s. 100–101 og Solheim (2019) s. 360–385.

De viktigste rettskildefaktorene i avhandlingen er *lovtekst, forarbeider og høyesterettspraksis*, herunder særlig den nevnte Rt-1998-416 (Namsos). Disse kildenes relevans og vekt hører til metodens faste kjerne og krever ikke nærmere behandling her. Foruten den nevnte Namsosdommen, er det lite høyesterettspraksis som direkte angår avhandlingens tema og problemstilling. Derfor utgjør *underrettspraksis* – hovedsakelig fra lagmannsrettene³³ – en viktig del av avhandlingens kildegrunnlag. Underrettspraksis har, i motsetning til høyesterettspraksis, ikke prejudikatsvirkning.³⁴ Høyesterett virker derfor ikke å tillegge enkeltstående underrettsavgjørelser større vekt enn argumentenes overbevisningskraft.³⁵ Større vekt får avgjørelsene hvis de gir uttrykk for en «fast praksis» – f.eks. fordi uttalelsene har blitt gjentatt i flere avgjørelser, har dannet grunnlag for en forvaltningspraksis eller er akseptert av berørte departementer. Trolig vil Høyesterett mellom disse ytterpunktene tillegge underrettsavgjørelser gradvis større vekt.³⁶

Et særtrekk ved underrettspraksis i ekspropriasjonsretten er *skjønnsrettens sammensetning*. I alminnelig sivilprosess består lagmannsretten vanligvis av tre fagdommere, jf. domstolloven § 12 (1), med mulighet for å supplere med to meddommere, jf. tvisteloven § 29-17. Annerledes består lagmannsretten i skjønnsprosessen av én fagdommer og fire leddommere, jf. skjønnsloven (skjl.) § 11. Etter skjl. § 27 tar samtlige dommere del i alle avgjørelser under saken, herunder om skjønnet etter skjl. § 48 skal fremmes.³⁷ Ifølge *Backer* skyldes dette at skjønn opprinnelig ble brukt med tanke på «utpreget skjønnsmessige spørsmål hvor det er behov for annen innsikt enn av juridisk art – ofte gjaldt det spørsmål om fast eiendom og verdsetting».³⁸ Retten skulle derfor ha kyndighet på områder som var relevante for skjønnsutmålingen.³⁹ Denne avhandlingen vil vise at skjønnsrettene i dag foretar utpreget rettslige vurderinger.⁴⁰ Fra et retts-teoretisk perspektiv kan en spørre om avgjørelsens vekt svekkes av at retten er mindre rettslig kompetent enn ellers.⁴¹ Det er gode grunner for å besvare spørsmålet positivt. I denne avhandlingen blir imidlertid underrettspraksis kun brukt for å belyse problemstillinger og hvordan underrettene løser dem. Sammensetningen gjør det viktig å lese avgjørelsene med et kritisk blikk.

³³ Avhandlingen tar, med ett unntak, kun i betraktning rettsavgjørelser som er publisert på Lovdata.

³⁴ Eckhoff (2001) s. 159.

³⁵ Skoghøy (2018) s. 226–227. Eckhoff (2001) s. 162 er mer pragmatisk, men meningsforskjellen synes lite reell.

³⁶ Eckhoff (2001) s. 162 og Boe (2021) s. 400–401.

³⁷ Fleischer (1978) s. 66.

³⁸ Backer (2020) s. 92.

³⁹ Lie (2018) s. 67. I LF-2019-187397-2 (Skiløype) besto retten av en fagdommer, en gårdbruker, en samferdselsingeniør, en taksmann og en eiendomsmegler.

⁴⁰ Backer (2020) s. 92 viser til at også erstatningsutmålingen har blitt stadig mer rettslig.

⁴¹ Fra et *rettspolitisk perspektiv* kan en spørre om det er holdbart at gyldighetsspørsmålet er overlatt til en mindre rettslig kompetent rett, all den tid spørsmålet kan berøre både EØS-rettslige og menneskerettslige spørsmål.

Det blir flere steder i avhandlingen vist til *sivilombudsmannsuttalelser*. Ombudsmannen kontrollerer at forvaltningen ikke utøver urett mot den enkelte, jf. GrL. § 75 bokstav l og sivilombudsmannsloven (sombL.) § 3. Ombudsmannen uttaler seg om forvaltningsvirksomheten, men uttalelsene er ikke rettslig bindende. Det hender at forvaltningen ikke følger ombudsmannen.⁴²

Ombudsmannen behandler mange klager på forvaltningens virksomhet og besitter derfor en særlig oversikt og kompetanse over forvaltningsretten. Det er derfor ikke til å komme utenom at ombudsmannens tilslutning til et argument kan gjøre argumentet mer overbevisende.⁴³ Samtidig vil en i noen grad kunne si det samme om f.eks. en anerkjent juridisk forfatter. Høyesterett virker stort sett å behandle ombudsmannsuttalelser på samme måte som underrettspraksis. I HR-2016-2229 uttalte f.eks. Høyesterett at ombudsmannsuttalelser «hovedsakelig [har] vekt på bakgrunn av verdien i de argumenter som presenteres», men at uttalelsene får «betydelig vekt» dersom de danner grunnlag for en fast praksis (avsnitt 49).⁴⁴ I noen saker fremtrer det som at Høyesterett tillegger ombudsmannsuttalelser *en viss* vekt. I Rt-2013-354 viste Høyesterett til en ombudsmannsuttalelse, og uttalte at den «taler etter mitt syn mot å legge avgjørende vekt på departementets uttalelse» (avsnitt 62). Likevel må Høyesterett leses i lys av at ombudsmannsuttalelsen sto mot et etterarbeid – en annen rettskildefaktor av liten vekt. I denne avhandlingen blir ombudsmannsuttalelser kun brukt som støtteargument og for å belyse problemstillinger.

Det blir også vist til en del *forvaltningspraksis* i form av statlige styringsdokumenter (veiledere og rundskriv). Forvaltningspraksis har hovedsakelig rettskildeverdi der den gir uttrykk for en «fast praksis».⁴⁵ Fastleggelse av om det foreligger en slik praksis krever empiriske analyser som det ikke er rom for innenfor denne avhandlingens rammer. I denne avhandlingen blir styringsdokumentene derfor ikke tillagt noen rettskildeverdi utover godheten av de argumentene som fremføres. I tillegg til å tjene som en kilde til inspirasjon, er det grunn til å tro at kommunene bruker de statlige styringsdokumentene aktivt i sin saksbehandling.⁴⁶ I mangel av empirisk materiale, kan styringsdokumentene derfor gi antydninger om kommunenes praksis.

1.5 Avhandlingens innhold og avgrensninger

Avhandlingen består av følgende deler: I *kapittel 2* undersøker og fastlegger vi innholdet i de materielle minstekravene for ekspropriasjon. Spørsmålene er hvilke betingelser som gjelder,

⁴² Kapittel 4.3 om ombudsmannen om kontrollorgan overfor regulerings- og ekspropriasjonsvedtak.

⁴³ Tilsvarende Frihagen (1991) s. 58.

⁴⁴ Skoghøy (2018) s. 235. Boe (2021) s. 462–463 mener Høyesterett her tok stilling til uttalelsenes vekt, men erkjenner samtidig at dommen «kan tale for» at uttalelsene bare er relevante når de danner en fast praksis.

⁴⁵ Skoghøy (2018) s. 233–234.

⁴⁶ Eriksen (2019) s. 310 skriver det samme om underordnede organers bruk av overordnede organers praksis. Selv om kommunene er autonome forvaltningsorganer (kapittel 4.2), gjør de samme hensynene seg gjeldende.

hva som må til for at disse er oppfylt og i hvilken utstrekning den konkrete vurderingen er rettsanvendelse. Deretter skal vi i *kapittel 3* undersøke hvordan lovgivningen sørger for at kommunen gjør en forsvarlig vurdering av minstekravene for ekspropriasjon. Dette reiser særlige spørsmål om forholdet mellom regulerings- og ekspropriasjonsvedtaket. I *kapittel 4* skal vi undersøke statlige klageorganers, Sivilombudsmannens og domstolenes kontroll med de kommunale ekspropriasjonsvurderingene. I *kapittel 5* oppsummerer vi avhandlingens viktigste funn.

Plan- og bygningsloven oppstiller et omfattende regelverk om arealplanlegging, og avhandlingen gir ikke en fullstendig fremstilling av alle regler som kan komme i spill. For eksempel blir reglene om konsekvensutredning og innsigelse i liten grad behandlet, fordi disse ikke har spesiell interesse for avhandlingens tema og problemstilling.⁴⁷ Tilsvarende vil også alminnelig forvaltningsrettslige spørsmål kun bli behandlet i den grad de er av spesiell interesse. For øvrig blir det vist til den alminnelige forvaltningsrettslitteraturens fremstillinger av spørsmålene.⁴⁸ Endelig er det flere internasjonale konvensjonsbestemmelser som kan spille inn som selvstendige skranke på ekspropriasjonskompetansen. Foruten EMK P1-1 om det menneskerettslige eiendomsvernet, kan blant annet EMK Artikkel 8 om retten til privatliv og SP Artikkel 27 om urfolksrettigheter være av betydning. I denne avhandlingen blir ingen av disse konvensjonsbestemmelsene underlagt selvstendig behandling.⁴⁹ EMK P1-1 blir likevel brukt som en rettskildefaktor i tolkningen av pbl. § 16-2 og orl. § 2 samt kravene til utredning og vurdering av disse.

⁴⁷ Se nærmere i kapittel 3.3.2 og 4.2.1.

⁴⁸ Se særlig Eckhoff/Smith (2018), Graver (2019) og Woxholth (2011).

⁴⁹ I Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 196 skriver Menneskerettighetsutvalget at EMK P1-1 «i prinsippet kan verne om selve eiendomsretten (og ikke bare gi rett til ekspropriasjonserstatning) i helt særegne situasjoner», men «[s]å vidt vites, finner man likevel ingen eksempler på at EMD har kommet til at inngrepet i eiendomsretten som sådant innebærer en krenkelse av P1-1. Mer aktuelt har vært at EMD har funnet at *kompensasjonen* for inngrepet for liten» (utvalgets utheving).

2 De materielle minstekravene for kommunens ekspropriasjonsvedtak

2.1 Innledning

Temaet i dette kapittelet er innholdet i de materielle minstekravene for kommunens kompetanse etter pbl. § 16-2 (1). Det er to formuleringer i orl. § 2 som tilsynelatende begrenser kommunens kompetanse: «så langt det trengst» og «inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade».

Kapittelets *formål* er todelt. For det første skal vi fastlegge kommunens ekspropriasjonskompetanse. Spørsmålet er hvilke materielle betingelser som må være oppfylt for at kommunen skal kunne ekspropriere. For det andre legger kompetansegrunnlaget utgangspunktet for hvilke utredninger og vurderinger som må foretas.⁵⁰ Vi tar derfor med oss kapittelets konklusjoner over i kapittel 3 – om kravene til utredning og vurdering av regulerings- og ekspropriasjonsvedtak.

I det følgende skal vi først fastlegge hvilke materielle minstekrav som kan utledes av orl. § 2 (2.2). Her skal vi se at loven hovedsakelig oppstiller et krav om forholdsmessighet (i vid forstand). Deretter skal vi undersøke når ekspropriasjon er unødvendig (2.3). Dette omhandler mindre inngripende alternativer, og hvordan disse skal vurderes. Etter dette undersøker vi innholdet i ordene «gagn» og «skade» (2.4). Spørsmålet er hvilke hensyn kommunen kan og skal ta i betraktning. Til slutt skal vi se på den konkrete vurderingen av relevante hensyn og alternativer (2.5). Spørsmålet er hvor langt vurderingen er styrt av rettskildeprinsippene.

2.2 Hvilke materielle minstekrav oppstiller oreigningsloven § 2?

2.2.1 «så langt det trengst» som materielt minstekrav

Spørsmålet er om, og eventuelt hvordan, formuleringen «så langt det trengst» i orl. § 2 (1) kan forstås som et materielt minstekrav for den kommunale ekspropriasjonskompetansen.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden legger utgangspunktet for tolkningen.⁵¹ Ordene «så langt» leder oppmerksomheten mot at det oppstilles en grense: «så langt», men ikke lenger. Grensen er det som «trengst». Ordet «trengst» er synonymt med at noe er nødvendig, påkrevd

⁵⁰ Graver (2019) s. 450.

⁵¹ Eckhoff (2001) s. 61.

eller uunnværlig.⁵² Til sammen er det etter dette naturlig å forstå «så langt det trengst» som at inngrepet må begrenses til det nødvendige.

Krav om nødvendighet er vanlige i forvaltningsretten, men blir brukt i ulike betydninger.⁵³ For det første kan «nødvendighet» være et krav om *interesseovervekt*, men ofte er teksten da formulert som at «samfunnsinteresser gjør det nødvendig» eller lignende.⁵⁴ For det andre kan «nødvendighet» omhandle eksistensen av alternativer, og kreve at forvaltningen velger det som er minst inngripende overfor den berørte interessen (*minste inngreps prinsipp*).⁵⁵ Her vil nødvendighetskravet være oppfylt så lenge målsetningen ikke kan realiseres like godt på en mindre inngripende måte. For det tredje gir HR-2021-953-A (Rekkefølgekrav), om formuleringen «i nødvendig utstrekning» etter pbl. § 12-7, et eksempel på at nødvendighet kan være et krav om «relevant og nær sammenheng» mellom inngrepet/pålegget og målsetningen (*saklighetskrav*).

Det er ikke naturlig å forstå «så langt det trengst» som et interesseovervektkrav, ettersom et slikt krav følger uttrykkelig av orl. § 2 (2). Det kan derimot være naturlig å forstå formuleringen som et saklighetskrav og/eller et minste inngreps prinsipp. Et saklighetskrav vil henge tett sammen med ekspropriasjonsformålet, og stille krav til hvor langt formålet kan strekkes. Trolig har et slikt krav begrenset betydning for ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1) fordi slike begrensninger allerede følger implisitt av arealformålene i pbl. § 12-5. Et minste inngreps prinsipp vil derimot kunne ha større betydning for ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1), ettersom det innebærer at kommunen må begrense ekspropriasjonsbruken til det minst inngripende alternativet.

Det er noe uklart hva *lovgiver* mente med formuleringen «så langt det trengst». Ekspropriasjonslovutvalget foreslo at forvaltningen kunne ekspropriere «til fremme av» de opplistede ekspropriasjonsformålene.⁵⁶ Selv om også «til fremme av» kan leses som et nødvendighetskrav,⁵⁷ gir ikke forarbeidet for øvrig tilslutning til en slik tolkning. Utvalget mente nemlig at det «ikke [hadde] foreslått noe forbehold om at inngrepet skal være «nødvendig» e.l.», fordi dette – etter utvalgets oppfatning – uansett fulgte forutsetningsvis av Grl. § 105.⁵⁸ Justis- og politidepartementet videreførte utvalgets forslag til orl. § 2 (1), men inntok samtidig et interesseovervektkrav

⁵² UiB/Språkrådet (2021a).

⁵³ Moen (2018) s. 327.

⁵⁴ Se f.eks. LB-2014-40408–LB-2014-40427 om naturmangfoldloven § 48.

⁵⁵ Graver (2019) s. 137, Moen (2018) s. 327 og Bernt (2015) s. 37.

⁵⁶ NUT 1954: 1 s. 128.

⁵⁷ Ekspropriasjon «fremmer» ikke formålet hvis formålet kan nås uten ekspropriasjon.

⁵⁸ NUT 1954: 1 s. 47.

i § 2 (2) for «å sikre at avveiningen virkelig blir foretatt».⁵⁹ Heller ikke departementet virket å mene «til fremme av» som en kompetansebegrensning.

Stortingets justiskomiteé oversatte «til fremme av» til «så langt det trengst». Komiteen uttalte at formuleringen innebar «nett det same som ligg i det tilsvarande ordelaget i proposisjonen».⁶⁰ Ettersom verken utvalget eller departementet hadde gitt uttrykk for at «til fremme av» utgjorde noen begrensning, skulle en tro at heller ikke komiteen mente å oppstille noen sådan. Komiteen ga likevel et noe annet inntrykk da den beskrev ordenes meningsinnhold:

«... oreigningssøkjaren [kan] få løyve til å oreigna ikkje berre den grunnen som trengst til sjølve føremålet, men og rettar som må fylgja med så framt den oreigna grunnen skal kunna nyttast til føremålet».⁶¹

Henvisningen til tilleggsrettigheter som «må fylgja med» er naturlig å lese som en yttergrense. Komiteen oppstiller et krav om at det må være nødvendig sammenheng mellom den tenkte bruken av eiendommen og ekspropriasjonsformålet – et saklighetskrav. Formuleringen «så langt det trengst» tillater f.eks. at et boligformål omfatter nødvendige vei-, vann- eller nettrettigheter, men ikke nødvendigvis et næringsbygg, en gravplass eller en fotballbane. Grensen beror på om det er tilstrekkelig relevant og nær sammenheng mellom formålene. Gjelder det et barnevennlig boligområde, er det derfor mulig at en fotballbane kan være innenfor formålet.⁶²

For ekspropriasjon etter plan- og bygningsloven er det som nevnt først og fremst av interesse om «så langt det trengst» kan forstås som et minste inngreps prinsipp. Forarbeidshistorikken gir, som vi nå har sett, ingen holdepunkter for å forstå formuleringen som en slik begrensning.

Likevel kan Rt-1998-416 (Namsos) indikere at Høyesterett leser «så langt det trengst» som et minste inngreps prinsipp. Innledningsvis slo nemlig Høyesterett fast – uten å nevne forarbeidene – at «så vel *nødvendighetskriteriet i første ledd* som kravet om interesseovervekt i annet ledd er utslag av alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper» (side 420, uthevet her).⁶³ I samme retning trekker flertallets konklusjon om at kommunen i denne saken skulle ha vurdert om ekspropriasjon var «nødvendig, og om inngrepet er til mer gagn enn skade» (side 424). Selv

⁵⁹ Ot.prp. nr. 43 (1957) s. 29.

⁶⁰ Innst. O. VII – 1959 s. 40.

⁶¹ Innst. O. VII – 1959 s. 40.

⁶² Se Keiserud/Bjella (2015) s. 28 for nærmere om «så langt det trengst» som et saklighetskrav.

⁶³ Mindretallsuttalelse, men med tilslutning fra flertallet.

om det kan synes som at Høyesterett leser «så langt det trengst» som et minste inngreps prinsipp, er det mulig at uttalelsens intensjonsdybde er svak, fordi – som vi skal se i kapittel 2.2.2 – kan et minste inngreps prinsipp uansett utledes av orl. § 2 (2).⁶⁴

Namsos-dommens tolkning av «så langt det trengst» synes å skille seg fra f.eks. Rt-1973-686 (Skoleområde), der Høyesterett uttalte at grunneier «på ingen måte har godtgjort at» at undersøkelser av kommunens naboeiendom som «alternativ plassering av skoletomten» kunne påvirket vurderingen.⁶⁵ I Rt-2003-713 viste Høyesterett til at det for ekspropriasjon stilles «et kvalifikasjonskravet ved at inngrepet «tvillaust er til meir gagn enn skade»», jf. § 2 (2) (avsnitt 68) – uten å nevne noe krav etter § 2 (1). Intensjonsdybden er usikker i begge sakene: 2003-dommen gjaldt et aksjerettslig spørsmål og uttalelsene i 1973-dommen kan skyldes forskjellige forhold, se kapittel 2.2.2.

Det varierer både om og hvordan *underrettspraksis*,⁶⁶ *forvaltningspraksis*⁶⁷ og *juridisk litteratur* forholder seg til «så langt det trengst» i orl. § 2 (1). I litteraturen viser f.eks. *Pedersen mfl.* til at formuleringen innebærer at «det må foreligge et behov for ekspropriasjon som ikke like godt kan tilfredsstilles ved andre fremgangsmåter», mens *Fleischer* og *Keiserud/Bjella* forstår kravet primært som et saklighetskrav.⁶⁸ Det er nok likevel ingen reell meningsforskjell mellom de ulike forfatterne. Resonnementet til de sistnevnte forfatterne er bare at en tolkning av «så langt det trengst» som et minste inngreps prinsipp «neppe» har selvstendig betydning på siden av formuleringen «tvillaust er til meir gagn enn skade» etter orl. § 2 (2).⁶⁹

Det fremstår rimelig klart at lovgiver aldri mente «så langt det trengst» som et minste inngreps prinsipp, men kun som et saklighetskrav.⁷⁰ Uttalelsene i Rt-1998-416 (Namsos) gir likevel en viss støtte til å lese formuleringen som et slikt prinsipp. Etter min vurdering er det likevel riktig å forankre prinsippet i orl. § 2 (2). Foruten den nevnte forarbeidshistorikken, skyldes det forholdet til bevisskravet «tvillaust». Ettersom vi i neste avsnitt skal se at et minste inngreps prinsipp helt klart kan utledes av orl. § 2 (2), må nemlig «tvillaust»-kravet også gjelde overfor de mindre inngripende alternativene. Forankring av prinsippet i orl. § 2 (1) gir et annet inntrykk.⁷¹

Den viktigste slutningen herfra er at formuleringen «så langt det trengst» sammenholdt med Namsos-dommen, *underbygger* at ekspropriasjon er betinget av et minste inngreps prinsipp.

⁶⁴ Skoghøy (2018) s. 239 fremhever betydningen av intensjonsdybde ved tolkningen av rettsavgjørelser.

⁶⁵ Se nærmere om Rt-1973-686 (Skoleområde) og dens rettskildeværdi i kapittel 2.3.2.1.

⁶⁶ Det ble f.eks. vist til «så langt det trengst» etter orl. § 2 (1) i LG-2017-160787, men ikke i LE-2019-17428.

⁶⁷ KRD (2002) nevner ikke «så langt det trengst», til tross for at rundskrivet var foranlediget av Rt-1998-416.

⁶⁸ Pedersen mfl. (2018a) s. 473–474, Fleischer (1978) s. 55 og Keiserud/Bjella (2015) s. 29.

⁶⁹ Fleischer (1978) s. 55 og Keiserud/Bjella (2015) s. 29.

⁷⁰ Knudsen (1997) s. 78 skriver at en slik tolkning «i beste fall [er] på grensen av hva som er rimelig».

⁷¹ Se kapittel 2.2.2 om en mulig slik misforståelse i LA-2017-33514 (Landbruksvei).

2.2.2 «tvillaust er til meir gagn enn skade» som materielt minstekrav

Etter orl. § 2 (2) «kan ikkje» ekspropriasjonsvedtak treffes uten at «inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade». Ordene «kan ikkje» oppstiller en pliktnorm med forbudsmodalitet.⁷² Bestemmelsen er dermed naturlig å forstå som et materielt minstekrav om at inngrepets «gagn» overstiger inngrepets «skade» – et krav om interesseovervekt. Denne tolkningen har trygg forankring i både forarbeider og rettspraksis. Her er det tilstrekkelig å vise til at forarbeidene utledet et slikt krav av Grl. § 105 og at Høyesterett i Rt-1998-416 (Namsos) uttalte at «begrensningene» i orl. § 2 er utslag av «alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper» (side 420).⁷³

Et særlig spørsmål angår betydningen av ordet «*tvillaust*». Høyesterett slo i Rt-2009-1142 fast at ordet «*tvillaust*» ikke oppstiller et krav om kvalifisert interesseovervekt, men et beviskrav.⁷⁴ Det er antatt at sivilprosessens hovedregel om sannsynlighetsovervekt gjelder tilsvarende for forvaltningsavgjørelser, fordi hensynet til riktige avgjørelser tilsier at det mest sannsynlige alternativet legges til grunn.⁷⁵ Uttrykket «*tvillaust*» ligger tettere opptil det straffeprosessuelle kravet om at skyld skal være bevist utover rimelig tvil, og en naturlig forståelse tilsier derfor at det kreves en kvalifisert sannsynlighetsgrad.⁷⁶ Justiskomiteen uttrykte i denne retning at det skal være «tydeleg og klårt» at minstekravet er oppfylt.⁷⁷ Det er helheten, ikke hvert enkelt moment, som skal være tvilløst. Foruten å ha betydning for kommunens faktumfastleggelse (se nedenfor), kan beviskravet tenkes å få betydning både vektleggingen og saksutredningen.⁷⁸

Etter dette ser vi at orl. § 2 (2) oppstiller et materielt krav om *alminnelig interesseovervekt*. Hva innebærer et krav om interesseovervekt? Spørsmålet kan fremstå unødvendig, men svaret er ikke like opplagt som en skulle tro. Vi så i kapittel 2.2.1 at både *Fleischer* og *Keiserud/Bjella* fremholder at «så langt det trengst» ikke har selvstendig betydning på siden av orl. § 2 (2). Selv om påstandene forutsetter at interesseovervektkravet tar høyde for mindre inngripende alternativer, er slike alternativer ikke viet nevneverdig plass i forfatterens fremleggelse av orl. § 2 (2).

Jeg er som nevnt enig i at det ikke har selvstendig betydning om et minste inngreps prinsipp følger av orl. § 2 (1). Vi skal nå se *hvorfor* orl. § 2 (2) konsumerer en slik tolkning av § 2 (1).

⁷² Eng (2007) s. 73. Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) s. 114 omtaler en lignende formulering som et «minstekrav» for konsesjonstillatelse etter vannressursloven § 25.

⁷³ NUT 1954: 1 s. 47 og Ot.prp. nr. 43 (1957) s. 28. Broch Hauge mfl. (2021) s. 65 gjør tilsvarende slutning fra forarbeider og rettspraksis. Se nærmere om forarbeidene i kapittel 2.2.1 og 2.4.2.

⁷⁴ Lie (1996) s. 878 skrev f.eks. at det måtte være «sannsynliggjort en vesentlig overvekt av fordeler».

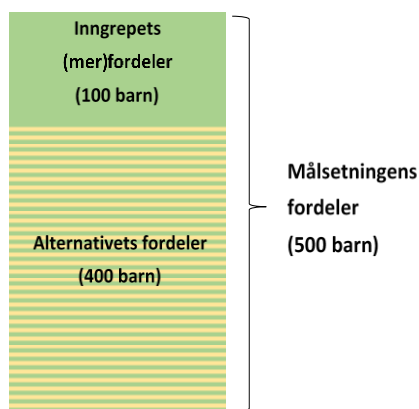
⁷⁵ Rt-1999-14 s. 21 og Graver (2019) s. 467.

⁷⁶ Øyen (2019) s. 469 om straffeprosessens beviskrav.

⁷⁷ Innst. O. VII. (1959) s. 48.

⁷⁸ Se særlig kapittel 2.5.2.1 om vektleggingen og 3.2.1 om saksutredningen.

For det første kan forklaringen langt på vei ligge i formuleringen «inngrepet ... er til ... gagn». Ordene «er til» oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom «inngrepet» og det «gagn» som inngår i avveiningen. Ekspropriasjon er et middel for å nå en målsetning og dennes fordeler. De av målsetningens fordeler som kan oppnås på en alternativ og mindre inngripende måte, er rent språklig ikke fordeler som selve «inngrepet» er årsak til. For å si det med skadeserstatningsrettens ord, er ekspropriasjonsinngrepet ikke en «nødvendig betingelse» for at fordelene skal oppstå.⁷⁹ Det er derfor ikke årsakssammenheng mellom inngrepet og fordelsvirkningene.



Figur 1

Tolkningen kan illustreres med et eksempel:

Kommunen skal velge mellom to eiendommer for å oppføre en ny fotballbane. Fotballbanen har for enkelthets skyld til formål å øke barns aktivitetsnivå. Hvis fotballbanen oppføres på den kommunale eiendom A, vil det øke aktivitetsnivået til 400 barn. Ettersom den private eiendom B ligger litt nærmere den lokale grunnskolen, vil bruk av denne eiendommen øke aktivitetsnivået til 500 barn.

Etter alminnelig språkbruk er det her ikke naturlig å si at ekspropriasjonsinngrepet øker mer enn 100 barns aktivitetsnivå fordi kommunen kunne realisert aktivitetsøkningen til 400 barn uten inngrepet. Det er derfor de siste 100 barnas aktivitetsøkning som begrunner ekspropriasjonsinngrepet. Operasjonen med å skille ut de siste 100 barna er en nødvendighetsvurdering som svarer til det vi over undersøkte om kan utledes av orl. § 2 (1) – et minste inngreps prinsipp.

Sondringen mellom målsetningens og inngrepets fordeler er ikke tatt opp i forarbeider eller rettspraksis, og heller ikke i ekspropriasjonsrettslitteraturen. Tolkningen kan likevel gi en plausibel forklaring på hvorfor en samlet teori fremholder at orl. § 2 (2) konsumerer orl. § 2 (1).⁸⁰

Dertil, og for det andre, vil denne tolkningen av interesseovervektkravet i orl. § 2 (2) ikke være unik, men tvert imot ha bred støtte i *alminnelig teori og praksis om «forholdsmessighet»*. I nyere norsk litteratur om «forholdsmessighet» tar flere forfattere utgangspunkt i den tyske juristen Alexys teori fordi det tyske forholdsmessighetskravet har vært en viktig inspirasjonskilde

⁷⁹ Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 353.

⁸⁰ Keiserud/Bjella (2015) s. 29 og Fleischer (1978) s. 55, samt tilsynelatende Broch Hauge mfl. (2021) s. 65–66.

til både EU-rettens og EMK-rettens forholdsmessighetskrav.⁸¹ Teorien har for vårt tilfelle relevans som et analytisk verktøy. Teoriens utgangspunkt er at alle konstitusjonelle rettigheter er prinsipper som skal realiseres så langt det lar seg gjøre.⁸² Motstrid mellom ulike prinsipper krever derfor en avveining. Dette kan for vårt tilfelle analogiseres til avveiningen av samfunnsinteresser og grunneierinteresser etter orl. § 2. Alexys avveining finner sted gjennom en stegvis vurdering av tre underkrav; *egnethet*, *nødvendighet* og *forholdsmessighet (i snever forstand)*.

Det første underkravet – *egnethet* – er at inngrepet faktisk vil bidra til å oppnå den ønskede målsetningen. Hvis inngrepet ikke er egnet til å fremme målsetningen, tar ikke målsetningen skade av at inngrepet droppes.⁸³ Ekspropriasjon til oppføring av fotballbane kan f.eks. være uegnet til å sikre økning av barns aktivitetsnivå dersom det ikke bor barn i nærheten av banen eller barna uansett ikke er interessert i å benytte den. Hvis ingen av barna ville benytte fotballbanen, tar ingen av dem skade av at fotballbanen droppes. Ettersom ekspropriasjonsinngrepets virkninger ligger i fremtiden, vil egnethetsvurderingene ofte få karakter av prognoser.⁸⁴ Kommunen må derfor foreta en vurdering av sannsynligheten for at prognosene vil slå til. Dette er en faktumvurdering hvor beviskravet «tvillaust» stiller skjærpede krav til sannsynligheten. Er det rimelig tvil om at inngrepet vil realisere målsetningen, kan inngrepet ikke gjennomføres.⁸⁵

Det andre underkravet – *nødvendighet* – omhandler mindre inngripende alternativer. Heller ikke hvis målsetningen kan oppnås på en mindre inngripende måte, tar målsetningen skade av at det mer inngripende alternativet velges bort.⁸⁶ Det er her tale om et tilsvarende minste inngreps prinsipp som vi i kapittel 2.2.1 undersøkte om kunne utledes av orl. § 2 (1), og som vi over utledet av ordlyden «inngrepet ... er til ... gagn» i orl. § 2 (2). Kommunen må foreta en sammenligning av de ulike alternativenes målrealisering. For å fastlegge målrealiseringen, vil kommunen også her måtte foreta prognosevurderinger. Dermed får beviskravet også her betydning ved at det skal være «tvillaust» at det mer inngripende alternativet sikrer bedre målrealisering.

En viktig side ved de to første underkravene er at de utelukkende omhandler *faktiske* vurderinger som tar sikte på forbedring uten å foreta verdiprioriteringer.⁸⁷ Ettersom dette er underkrav av forholdsmessighet (i vid forstand), vil et uegnet eller unødvendig inngrep også være

⁸¹ Moen (2018) s. 58 med videre henvisning til Mæhle (2005), Arntzen (2009) og Frøberg (2014).

⁸² Alexy (2014) s. 52 og Moen (2018) s. 58.

⁸³ Alexy (2014) s. 52–53.

⁸⁴ Etter Rt-1982-281 (Alta) er kravet til prognoser at de er «forsvarlige på den tid de må foretas» (side 266).

⁸⁵ Moen (2018) s. 321.

⁸⁶ Alexy (2014) s. 53.

⁸⁷ Alexy (2014) s. 52 og Moen (2018) s. 59.

uforholdsmessig (fordi det ikke foreligger noe egentlig «gagn»⁸⁸. Siden underkravene er logiske følger av forholdsmessighet, er det ikke kontroversielt å innfortolke dem i kravet om at «inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade» etter orl. § 2 (2).

Ettersom de to første underkravene omhandler rent faktiske vurderinger, må enhver verdiprioritering skytes ut til det tredje kravet – *forholdsmessighet (i snever forstand)*. Spørsmålet er nå om den nytten/målrealiseringen som inngrepet er egnet til og nødvendig for å skape, rettferdiggjør inngrepet overfor eieren.⁸⁹ Ifølge Alexy består avveiningen av tre elementer: etablering av inngrepsbehov (I_1) og inngrepsintensitet (I_2), de ulike prinsippenes vekt (W_1 og W_2) og de empiriske premissenes sikkerhet (R_1 og R_2).⁹⁰ Deretter oppstiller han følgende avveiningsformel:

$$\frac{I_1 * W_1 * R_1}{I_2 * W_2 * R_2}$$

Avhandlingen vil imidlertid vise at en slik avveiningsformel neppe kan praktiseres fullt ut på de kommunale ekspropriasjonsvurderingene.⁹¹ Det skyldes særlig den store bredden av ulikeartede hensyn og interesser, og at disse vanskelig kan tillegges noen vekt i forhold til hverandre (I_1 , I_2 , W_1 og W_2). Det samme gjelder langt på vei sannsynligheten for at ulike enkelthensyn vil oppstå (R_1 og R_2). I stedet må kommunen basere denne avveiningen på et skjønn.

Den beskrevne tredelingen er likevel relevant og viktig. Hensikten er å sikre at vurderingen gjennomføres riktig og forsvarlig. Rui peker på to fordeler med en slik inndeling av forholdsmessighetsvurderingen for inngrep i grunnlovsfestede rettigheter.⁹² For det første skriver han at en ren avveiningsmodell ofte tenderer til å favorisere myndighetenes inngrepsbehov fordi det f.eks. er vanskelig å prioritere den enkeltes privatliv istedenfor terrorbekjempelse. Det er derimot enklere å stille spørsmål ved om tilsvarende terrorbekjempelse kan nås ved bruk av mindre inngripende midler. For det andre viser han til at inndelingen gjør vurderingen mer strukturert, systematisert og etterprøvable. Til sammen kan en tredeling styrke den enkeltes rettssikkerhet.

Et eksempel fra praksis kan illustrere at Ruis synspunkter er overførbare til ekspropriasjonssaker. I LA-2017-33514 (Landbruksvei) hadde Bane NOR besluttet å legge ned fire planoverganger, og det var derfor behov for ny landbruksvei.⁹³ Det er ingen som betviler at nedleggelse av trafikkfarlige planoverganger tjener tunge samfunnsinteresser. Det spesielle her var at Bane

⁸⁸ Moen (2018) s. 59.

⁸⁹ Alexy (2014) s. 54 og Moen (2018) s. 59.

⁹⁰ Alexy (2014) s. 54.

⁹¹ Se særlig kapittel 2.5.2 om at den konkrete vurderingen ofte er mer faglig-politisk enn rettslig.

⁹² Rui (2018) s. 130.

⁹³ Avgjørelsen gjelder ikke kommunal ekspropriasjon etter pbl. § 16-2, men er likevel tilsvarende relevant.

NOR la til grunn at det var to «farbare» veitrasealternativer: (1) oppruste en eksisterende vei, eller (2) opparbeide ny vei på eierens eiendom. Som følge av nødvendige grunnutbedringer mente Bane NOR at (1) ville koste 1,3 millioner kroner mer enn (2). Grunneieren anførte at det etter orl. § 2 (2) derfor var kostnadene på 1,3 millioner kroner som måtte avveies mot inngrepets ulemper overfor grunneieren, men fikk ikke medhold. Lagmannsretten uttalte at «valet mellom vegalternativa ikkje skal gjerast etter skjønnstemaet i oreigningslova § 2 andre ledd», og vidare:

«Det er dei tunge, samfunnsmessige omsyna bak nedlegging av planovergangane som ulukkereduserande tiltak som må haldast opp mot skade og ulempe for eigedommen til Skogen ved den valde vegløyisinga. Vedtaksorganet må ha halde det for tvillaust at omsyna til trafikktryggleik tel tyngre enn omsyna på eigaren si side».

Disse uttalelsene virker for meg å bygge på en misforståelse av «forholdsmessighet» som konsept. Problemformuleringen er riktig hva gjelder forholdsmessighet (*i vid forstand*), men det bærer galt av sted når lagmannsretten holder det mindre inngripende alternativet utenfor denne vurderingen. Hadde lagmannsretten gått veien om nødvendighetsvurderingen, ville den funnet at det eneste som ifølge Bane NOR selv var vunnet med ekspropriasjonsinngrepet var kostnadsbesparelsen på 1,3 millioner kroner. Dermed blir vurderingen av forholdsmessighet (*i snever forstand*) – som grunneier anførte – om kostnadsbesparelsen på 1,3 millioner kroner overstiger ulempene for grunneieren. Utfallet her er langt mindre forutsigbart enn etter lagmannsrettens problemformulering. Tredelingen gjør vurderingen mer strukturert og etterprøvable. I kapittel 2.3.3.2 skal vi dessuten se at det ikke er gitt at hele summen på 1,3 millioner kroner var egentlige merkostnader, og at det ikke nødvendigvis var «tvillaust» at kravet var oppfylt.

Vi har i dette avsnittet sett at det er trygg dekning for å lese orl. § 2 (2) som et krav om forholdsmessighet (*i vid forstand*), og at inngrepet herunder må være egnet, nødvendig og forholdsmessig (*i snever forstand*). Den videre fremstillingen blir konsentrert om orl. § 2 (2).

2.3 Nærmere om når ekspropriasjon er unødvendig

2.3.1 Innledning

Vi så over at orl. § 2 oppstiller et minste inngreps prinsipp. Nå skal vi se nærmere på dette prinsippets innhold. Hva må til for at ekspropriasjon er unødvendig? For å besvare spørsmålet skal vi først fastlegge hvilke mindre inngripende alternativer som er relevante (2.3.2). Dette reiser både spørsmål om hvilke alternativer som er relevante og når disse er mindre inngripende. Deretter skal vi undersøke hvilke krav alternativene må oppfylle for at ekspropriasjon skal være unødvendig (2.3.3). Dette reiser spørsmål om målrealisering og alternativkostnader.

2.3.2 Mindre inngripende alternativer

2.3.2.1 Lokalisering

Alternative lokaliseringer kan naturligvis være relevante. Et samfunnsnyttig tiltak vil ofte kunne lokaliseres flere steder. Bruk av *kommunal eller annet offentlig organs eiendom* er åpenbart et mindre inngripende alternativ. Eksempler kan være alternative vei- eller skiløypetraseer.⁹⁴

I Rt-1973-686 (Skoleområde) vurderte Høyesterett om underinstansens for snevre tolkning av egen kompetanse etter skj. § 48 kunne ha påvirket avgjørelsens innhold, jf. tvistemålsloven § 384.⁹⁵ Tilsynelatende forelå mulighet for å utvide skoleområdet på et kommunalt areal. Høyesterett mente likevel at eieren «på ingen måte har godtgjort» at utredning av arealet som «alternativ plassering av skoletomten» kunne påvirket vurderingen av orl. § 2 (2). Selv om dette indikerer at lokaliseringen var irrelevant, er avgjørelsen for knapp til at vi kan trekke sikre slutninger.⁹⁶ Utfallet kan skyldes underinstansens prøvingsrett, alternativets godhet eller prosessuelle bevisbyrderegler.

Det er i prinsippet ikke noe i veien for å vurdere *tredjepersons eiendom* som et alternativ. Hvis den andre eieren ønsker å selge eiendommen, er dette åpenbart mindre inngripende.⁹⁷ Men selv om den andre eieren ikke ønsker å avgi eiendommen, vil dette kunne være et mindre inngripende alternativ.⁹⁸ Ulempen overfor den andre eieren blir her en alternativkostnad (i vid forstand).⁹⁹ Er alternativene ellers like gode, må kommunen gjøre en avveining mellom dem. Det kan også bli spørsmål om flere alternativer på *eierens eiendom*. Trolig er en rimelig presumsjon at ekspropriasjon blir mindre inngripende dess lengre fra grunneiers hus tiltaket plasseres.

Kommunen trenger normalt ikke ta i betraktning alternativer utenfor *kommunegrensen*. Det kan likevel stille seg annerledes dersom det er tale om et interkommunalt eller regionalt prosjekt. Vurderingens referanseramme vil da måtte være kommunenes eller regionens yttergrense.

2.3.2.2 Fysisk utstrekning

Alternativer kan også knytte seg til inngrepets fysiske utstrekning.¹⁰⁰ Et fysisk mindre omfattende inngrep vil rent objektivt være mindre inngripende. Det vil f.eks. være mindre inngripende overfor en grunneier å måtte avgi 100 kvm enn 200 kvm eiendom.

⁹⁴ Se henholdsvis LA-2017-33514 (Landbruksvei) og LF-2019-187397-2 (Skiløype).

⁹⁵ Sml. tvl. § 30-14 som svarer til fvl. § 41 om enkeltvedtak.

⁹⁶ Backer (1986) s. 651.

⁹⁷ Se f.eks. RG-1981-118 (Meieri).

⁹⁸ Se f.eks. LF-2019-187397-2 (Skiløype) hvor ett alternativ var å ekspropriere en tredjepersons eiendomsrettighet. Annerledes skriver Graver (2019) s. 138, om det alminnelige forholdsmessighetskravet, at tredjeparter ligger utenfor referanserammen. Synspunktet kan ikke overføres til regulerings- og ekspropriasjonssaker.

⁹⁹ Kapittel 2.3.3.2.

¹⁰⁰ Knudsen (1997) s. 77.

Utgangspunktet er likevel bare en sannhet med modifikasjoner. I noen tilfeller kan det være bedre for grunneier å avgi hele eller større deler av eiendommen istedenfor en mindre del, fordi resteiendommen ikke lenger har den samme verdien. Hvis det f.eks. skal etableres en støy- og luftforurensende motorvei eller fabrikk, vil mange foretrekke å avgi hele eiendommen mot vederlag. Lovgiver har i noen grad tatt høyde for dette ved å gi grunneier mulighet til å innløse resteiendommen dersom den «kom til å missa mykje av verdet», jf. orl. § 8. Det er likevel ikke grunn til å tolke orl. § 8 antitetisk. Der mer omfattende ekspropriasjon er mindre inngripende, vil dette også være et relevant alternativ i forholdsmessighetsvurderingen etter orl. § 2 (2).

2.3.2.3 *Varighet*

Alternativer kan knytte seg til inngrepets varighet. Erverv av en tidsbestemt rett vil som den klare hovedregel være mindre inngripende enn en tidsubestemt rett. I forarbeidene er det lagt til grunn av Ekspropriasjonslovutvalget at «om avståingen skal skje for alltid eller være tidsbegrenset – vil bero på forholdene og behovet i det enkelte tilfelle». ¹⁰¹ Tidsbestemt rettighetserverv vil særlig være aktuelt der eiendommen bare skal benyttes i en anleggsperiode. ¹⁰² Unntaksvis må likevel etablering av lengevarende, men tidsbestemte rettigheter vurderes som mer inngripende enn tidsubestemt eiendomsavståelse. Hvis f.eks. samfunnets behov vil vare i 20-30 år, kan det være grunn til å tro at grunneier foretrekker en tidsubestemt eiendomsavståelse.

En interessant underrettsavgjørelse er RG-1973-645, som gjaldt ekspropriasjon av eiendomsretten til lokaler på Jernbanetorget i forbindelse med oppføring av jernbanetunnel. Retten konkluderte med at inngrepet gikk utover «så langt det trengst», jf. orl. § 2 (1), og skjønnet ble derfor kun fremmet for en midlertidig disposisjonsrett (s. 653–654). Tilsvarende ble anført i LB-2019-48184-1, men retten viste til at det, i motsetning til i 1973-dommen, var vist til et behov for varig rett. 1973-dommen må derfor leses i lys av at det ikke var vist til noe behov for varig rett.

2.3.2.4 *Rettighetstype ved varig avståelse*

Et alternativ kan også være en mindre inngripende rettighetstype. Ekspropriasjon av selve eiendomsretten er presumtivt mer inngripende enn ekspropriasjon til etablering av en bruksrett. Ekspropriasjonslovutvalget la til grunn at hvilken rettighetstype som skal avstås «vil bero på forholdene og behovet i det enkelte tilfelle». ¹⁰³ Kommunen må med andre ord vurdere konkret

¹⁰¹ NUT 1954: 1 s. 95–96.

¹⁰² Knudsen (1997) s. 78.

¹⁰³ NUT 1954: 1 s. 95–96.

hvor omfattende rettighetstype det er behov for.¹⁰⁴ Her, som for varigheten, kan det forekomme at et mindre omfattende inngrep er mer inngripende. Skal det f.eks. etableres en bro over eiendommen, kan det være mindre inngripende å avgi eiendomsretten enn at det stiftes en bruksrett.

Valg av rettighetstype var som kjent tema i Rt-1998-416 (Namsos).¹⁰⁵ Høyesterett uttalte først at «et vedtak om ekspropriasjon til eie ikke kan møtes med et tilbud om varig bortfeste» (side 423). Dette er naturlig all den tid den konkrete vurderingen av orl. § 2 (2) i all hovedsak er et forvaltningsskjønn.¹⁰⁶ Deretter uttalte Høyesterett at det «normalt heller ikke kreves at ekspropriasjonsmyndigheten ved varige avståelser vurderer nødvendigheten, og foretar en interesseavveining, i valget mellom ekspropriasjon til eie eller bruk», men at man «ikke ... kan utelukke tilfeller som kan tilsi at ekspropriasjonsvurderingen må foreta en konkret vurdering» med hensyn til eie eller bruk (side 423). Erverv av eiendomsretten gir kommunen større rådighet enn en bruksrett.¹⁰⁷ Skal kommunen etablere en vei eller offentlig bygning, vil det derfor som oftest være lite hensiktsmessig å nøye seg med en tidsubestemt bruksrett. At vedtaket i Namsos-dommen ble opphevet på grunn av manglende vurdering av bruksrettsalternativet, viser at mindre inngripende rettighetstype er et relevant alternativ som i noen tilfeller kan bli utslagsgivende.¹⁰⁸

2.3.2.5 Grunneier som alternativ tiltakshaver

Et alternativ til ekspropriasjon kan være at grunneier selv realiserer målsetningen. Det vil ofte være privatøkonomisk fortjeneste forbundet med å være tiltakshaver – f.eks. som følge av viderealg- eller driftsinntekter. Det er da et mindre inngripende alternativ at grunneier er tiltakshaver. Forutsetningen er at grunneier *kan* og *vil* realisere målsetningen. Grunneier kan være avskåret som alternativ til offentlige formål. Ofte er det dessuten risiko- og kostnadskrevende å være tiltakshaver. Grunneier er derfor *oftest* av betydning for mindre prosjekter. Et eksempel kan være oppføring av en mindre parkeringsplass. Det kan da være et alternativ at grunneier selv oppfører parkeringsplassen og overlater selve driften til et privat parkeringsselskap.¹⁰⁹

Grunneieralternativet er tilsynelatende spesialregulert i pbl. § 16-2 (5), som sier at kommunen «bør i alminnelighet ikke» ekspropriere «enkelte tomter» uten at grunneier er gitt en «rimelig

¹⁰⁴ I Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) s. 79 skriver Nærings- og fiskeridepartementet, om ekspropriasjon etter mineralloven, at «ekspropriasjon av grunn vil gjennomgående være mer inngripende enn ekspropriasjon av rettigheter over fast eiendom, og at «søknad om ekspropriasjon av grunn må derfor avslås hvis forvaltningsorganet mener at det er tilstrekkelig for eksproprianten å ekspropriere rettighet til grunnen».

¹⁰⁵ Broch Hauge mfl. (2021) s. 66 og LB-2007-124897.

¹⁰⁶ Kapittel 2.5.2.

¹⁰⁷ Falkanger/Falkanger (2016) s. 41–42 om rettslig og faktisk eierrådighet.

¹⁰⁸ Kapittel 3.5.2 om vurdering av rettighetstype.

¹⁰⁹ Sml. RG-2011-666 (Kommunal barnehage) om valg mellom kommunal og privat barnehagedrift.

frist til å bygge i samsvar med planen». Selv om dette først kan synes som et materielt minstekrav, oppstiller lovteksten kun en saksbehandlingsregel som ikke påvirker grunneieralternativets relevans.¹¹⁰ Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) skriver i samme retning at det er en saksbehandlingsregel som bør «tolkes som utslag av et generelt prinsipp om at det ikke uten videre kan eksproprieres dersom grunneier selv vil utnytte eiendommen i tråd med reguleringsplanen», og at prinsippet «sannsynligvis [vil] ha en viss generell gjennomslagskraft».¹¹¹

2.3.2.6 *Frivillighet er ikke et mindre inngripende alternativ*

Grunneiere anfører ofte at ekspropriasjon er unødvendig fordi inngåelse av frivillig avtale vil være et mindre inngripende alternativ. Selv om man ved avtaleinngåelse unngår ekspropriasjon, blir ikke eiendomsavståelsen av den grunn noe mindre. Det kan også diskuteres hvor «frivillig» en slik forhandling egentlig er, all den tid forhandlingssammenbrudd gjerne leder til ekspropriasjon. Det er etter dette ikke naturlig å omtale «frivillighet» som mindre inngripende. I tillegg så vi i kapittel 1.2.3 at selve motivasjonen for ekspropriasjon kan være behovet for å unngå forhandlinger, fordi forhandlingskostnadene ellers kan hindre gjennomføring. At det derfor ikke er noen absolutt forhandlingsplikt, følger av orl. § 12, som bestemmer at partene «kan verta oppmoda om å freista få til ei minneleg semje».¹¹² Det er etter dette gode grunner for å holde frivillighetsalternativet utenfor vurderingen av orl. § 2 (2).

2.3.3 Krav til det mindre inngripende alternativet

2.3.3.1 *Alternativets målrealisering*

Med «målrealisering» sikter jeg til det alternative tiltakets evne til å realisere den ønskede målsetningen. Målsetningen kan f.eks. være å oppføre en fotballbane for å øke barns aktivitetsnivå.¹¹³ Spørsmålet er da om denne målsetningen kan realiseres like godt på en alternativ måte.

For at ekspropriasjon skal være unødvendig, må alternativet være *minst* like godt som ekspropriasjonsalternativet. I praksis er det åpenbart vanskelig å måle om alternativ B realiserer målsetningen *nøyaktig* like godt som alternativ A. Dette problemet løses dels av sammenhengen med det etterfølgende kravet om forholdsmessighet (i snever forstand). For etter orl. § 2 (2)

¹¹⁰ Backer (2012) s. 201 skriver at ekspropriasjonsretten er «nokså betinget når det gjelder enkelttomter». Selv om «betinget» indikerer materiell betingelse, kan «betinget» også sikte til de ekstra saksbehandlingsskrittene.

¹¹¹ KRD (2002) s. 14. Se kapittel 3.5.2 om pbl. § 16-2 (5) som saksbehandlingsregel.

¹¹² Forskrift 2. juni 1960 nr. 4 i medhold av oreigningsloven § 29, punkt 1 sier at det «bør i alminnelighet være gjort forsøk på å komme til minnelig ordning». Ordlyden er strengere, men fortsatt ingen absolutt plikt, jf. Rt-1999-513. Se Broch Hauge mfl. (2021) s. 88–89 om «forhandlingsplikten».

¹¹³ Eksempelet i kapittel 2.2.2.

skal det være «tvillaust» at fordelene overstiger inngrepets ulemper overfor eieren. Hvis det kun er små, ubetydelige avvik mellom alternativene, vil ekspropriasjonsalternativet ha vanskelig for å passere kravet om forholdsmessighet (i snever forstand).

Problemstillingen kommer på spissen hvis det mindre inngripende alternativet, til tross for avvik, er funksjonelt. *Holth/Wang Larsen* skriver om nødvendighetsvurderingen i vegloven § 53:

«... der eksproprianten allerede har funksjonell adkomst på egen eiendom, kan det være nærliggende å slå fast at et ekspropriasjonsinngrep til etablering av ny veg over en annens eiendom ikke er nødvendig, uten å gå veien om interesseavveiningen».¹¹⁴

Etter *Alexys* nødvendighetsbegrep er ekspropriasjon nødvendig selv om ekspropriasjonsalternativet kun er marginalt bedre fordi avveiningen mellom «marginalt bedre vei» og «frihet fra ekspropriasjon» er en verdiprioritering – en vurdering av forholdsmessighet (i snever forstand).¹¹⁵ Meningsforskjellen her er nok likevel hovedsakelig av teoretisk betydning, da merfordelen i eksempelet til *Holth/Wang Larsen* kan være så liten at den ikke overstiger ulempene. Det er i det hele tatt ikke sikkert at merfordelen i eksempelet utgjør relevant «gagn».¹¹⁶ I sistnevnte tilfelle tilsier også *Alexys* nødvendighetsbegrep at ekspropriasjon her er unødvendig.

I noen tilfeller krever alternativ målrealisering at tiltaket *tilpasses*. Det er ikke slik at enhver tilpasning nødvendigvis innebærer et negativt avvik i målrealisering. Det trenger f.eks. ikke å ha betydning om en skoles uteområder plasseres på nord- eller sørsiden av skolebygget. Slike tilpasninger kan derfor ikke alene gjøre ekspropriasjon nødvendig. Det kan derimot ha betydning om uteområdene grenser til skog eller motorvei. Ettersom førstnevnte har klare fordeler ved seg, må det da som over foretas en vurdering av forholdsmessighet (i snever forstand).

2.3.3.2 Alternativets kostnader (i vid forstand)

Ofte kan mindre inngripende alternativer gi samme eller bedre målrealisering, men mot en høyere kostnad (i vid forstand). Ekspropriasjon er i så fall nødvendig for å unngå alternativkostnadene. Ettersom det her blir spørsmål om å velge mellom ulike verdier (kostnadsbesparelse mot inngrepsulempene), er vi over i en vurdering av forholdsmessighet (i snever forstand).¹¹⁷

¹¹⁴ *Holth/Wang Larsen* (2021) s. 311. Sml. LA-2017-33514 (Landbruksvei) og LF-2019-187397-2 (Skiløype).

¹¹⁵ *Alexy* (2014) s. 54 og *Moen* (2018) s. 327.

¹¹⁶ Kapittel 2.4.2.

¹¹⁷ *Alexy* (2014) s. 53, *Moen* (2018) s. 327 og *Bernt* (2015) s. 38.

Et alternativ kan for det første innebære *kostnader for samfunnet*. Dette kan være enhver ulempevirking for miljø og samfunn. Eksempler kan være at alternativet forutsetter nedbygging av jordbruksjord eller at naboeiendommer utsettes for støy- eller luftforurensning. En kan også betrakte en forutsetning om vedtakelse av ny reguleringsplan som en slik samfunnskostnad. Et alternativ som krever omregulering, vil medbringe kostnader i form av tid, arbeid og penger.¹¹⁸ For det andre kan alternativet innebære høyere *kostnader for tiltakshaver*. Eksempler kan være at målrealisering på den alternative eiendommen krever utbedrings- eller tilpasningsarbeider.

Det kan her oppstå spørsmål om hva som egentlig utgjør en *merkostnad*. LA-2017-33514 (Landbruksvei) er illustrerende. Bane NOR mente som kjent at det var to «farbare» veitraseer, men at den mindre inngripende traseen forutsatte utbedringsarbeider verdt 1,3 millioner kroner mer enn ekspropriasjonstraseen.¹¹⁹ Denne avgjørelsen gir grunn til å stille følgende spørsmål:

- 1) Er den bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelsen overhode en relevant begrunnelse for ekspropriasjon? Dette spørsmålet kommer vi tilbake til i kapittel 2.4.2.
- 2) Utgjør kostnadsbesparelsen på 1,3 millioner kroner egentlig en merkostnad?

For spørsmålet om hva som utgjør en *merkostnad*, må vi først finne ekspropriasjonsalternativets kostnader. Det er særlig to typer kostnader som alltid følger med ekspropriasjon: For det første må eksproprianten alltid betale *ekspropriasjonserstatning*. For det andre er hovedregelen at eksproprianten må dekke grunneiers nødvendige *sakskostnader*. Hovedregelen gjelder ubetinget for forvaltningsprosessen og førsteinstansbehandlingen, jf. orl. § 15 og skjl. § 54 (1). Det samme gjelder der grunneier kommer bedre ut av ankebehandlingen, jf. skjl. § 54 a (1). I LA-2017-33514 (Landbruksvei) måtte Bane NOR dekke omtrent 435.000 kroner av grunneiers sakskostnader, jf. skjl. §§ 54 og 54 a. Hvis ekspropriantens egne sakskostnader var like høye, er vi allerede oppe i nesten 870.000 kroner. Dertil kommer kostnader til forvaltningsprosessen samt ekspropriasjonserstatningen. Hvis den alternative og like «farbare» traseen ikke forutsatte eiendomserverv, var den reelle merkostnaden betydelig lavere enn 1,3 millioner kroner.

I den danske underrettsavgjørelsen U.2002.2281.V anførte grunneier at kostnadene til utbedring av en eksisterende adkomstvei ville være mindre enn utgiftene til ekspropriasjon og utbedring av veien over grunneiers eiendom, jf. Danmarks Grundlov § 73, og fikk medhold (side 2284). Retten kom til at inngrepet var unødvendig (side 2285).

Det er naturligvis ikke mulig for kommunen og/eller ekspropriasjonssøkeren å vite nøyaktig hvor store kostnader som vil påløpe. Dette er et faktumspørsmål hvor kommunen må gjøre

¹¹⁸ Kapittel 2.4 om relevante hensyn.

¹¹⁹ Kapittel 2.2.2 om faktum i Landbruksvei-dommen.

prognoser. Her spiller beviskravet «tvillaust» inn, jf. orl. § 2 (2).¹²⁰ Hvis det kun er merkostnaden som begrunner ekspropriasjonsinngrepet, blir spørsmålet om det er bevist utover rimelig tvil («tvillaust») at det oppstår en merkostnad som overstiger inngrepets ulemper. Hvis kommunen har lagt til grunn at merkostnaden er 1,3 millioner kroner, men det kun var tilstrekkelig bevis for en merkostnad på 300.000 kroner, er dette en faktumfeil som kan lede til ugyldighet.¹²¹

2.4 Relevante fordeler og ulemper i vurderingen

2.4.1 Innledning

I kapittel 2.2.2 så vi at kravet om at «inngrepet tvillaust er til meir gagn enn skade» fordrer at ekspropriasjon er egnet, nødvendig og forholdsmessig (i snever forstand). I kapitel 2.3 så vi at det kan eksistere flere alternativer til ekspropriasjon, og at disse er sentrale for vurderingen etter orl. § 2 (2). I dette avsnittet skal vi fastlegge hvilke øvrige hensyn som er relevante i ekspropriasjonsvurderingen. Dette beror på en tolkning av ordene «gagn» og «skade» i orl. § 2 (2).¹²²

Grensen mellom saklige og usaklige hensyn er alltid rettsanvendelse. Domstolene har derfor full prøvingskompetanse. Domstolene kan både kontrollere at det ikke er tatt usaklige hensyn og at pliktige hensyn ikke er utelatt. I begge fall blir vedtaket ugyldig hvis feilen kan ha påvirket vedtakets innhold.¹²³ I det følgende skal vi først fastlegge hensynene kommunen *kan* vise til under «gagn» (2.4.2) og «skade» (2.4.3), og deretter hensynene kommunen *må* vise til (2.4.4).

2.4.2 Relevante fordeler

En alminnelig språklig forståelse av «gagn» er at det må foreligge en faktisk konstaterbar positiv egenskap. Ordet sikter derfor til en forbedring av nåsituasjonen. Lovteksten oppstiller ingen nærmere føringer for hva som utgjør en fordel i oreigningslovens forstand. Bestemmelsen angir ikke hvem ekspropriasjonsinngrepet må være fordelaktig for. Ettersom offentlig myndighet som utgangspunkt skal utøves med fellesinteressen for øyet, kan en naturlig tolkning likevel være at fordelshensynene må være av en viss samfunnsmessig karakter.¹²⁴

Det konstitusjonelle eiendomsvernet etter Grl. § 105 utgjør en relevant rettskildefaktor for tolkingen av oreigningslovens vurderingstema, jf. *lex superior*-prinsippet.¹²⁵ Grl. § 105 sier:

¹²⁰ Kapittel 2.2.2 med videre henvisninger om beviskravets betydning for prognosevurderinger.

¹²¹ Kapittel 4.4.2 om domstolsprøving av slike prognoser.

¹²² Eckhoff/Smith (2018) s. 390.

¹²³ Eckhoff/Smith (2018) s. 400.

¹²⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 393.

¹²⁵ Eckhoff (2001) s. 350 og 354.

«Fordre statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

Etter ordlyden er grunnlovsbestemmelsens eneste rettsvirkning at eieren skal få «full erstatning». Samtidig oppstiller den en forutsetning om at slikt erstatningsbetingende eiendomsinngrep forekommer fordi «statens tarv» krever det. Uttrykket «statens tarv» kan ikke tas på ordet. Nynorskversjonen av Grl. § 105 viser mer presist til «omsyn til samfunnet». Selv om det er en nokså bred oppfatning om at bestemmelsen ikke begrenser ekspropriasjonskompetansen, er det i hvert fall naturlig å lese den som at det er samfunnshensyn som begrunner ekspropriasjon.¹²⁶

For tolkningen av «gagn» i orl. § 2 (2) er det av betydning at lovgiver forsto Grl. § 105 som en materiell begrensning på ekspropriasjonskompetansen. Ekspropriasjonslovutvalget foreslo ikke å lovfeste noe interesseovervektkrav, fordi de mente det ved siden av Grl. § 105 ville være «overflødig» å angi at «ekspropriasjonsinngrepet skal ha samfunnsmessig betydning, eller at eksproprietens interesse i at inngrepet finner sted må være sterkere enn eksproprietens interesse i at det ikke finner sted».¹²⁷ Justis- og politidepartementet støttet utvalgets tolkning av Grl. § 105, men foreslo likevel å lovfeste kravet for «å sikre at avveiningen virkelig blir foretatt».¹²⁸ Heller ikke Stortingets justiskomite hadde innvendinger til utvalgets grunnlovsforståelse.¹²⁹

Etter dette er det, uavhengig av hva som reelt sett måtte følge av Grl. § 105, god dekning i forarbeidene for at ekspropriasjon må være av «samfunnsmessig betydning» og at uttrykket «gagn» derfor kun omfatter samfunnshensyn. I utgangspunktet vil ethvert samfunnshensyn være relevant, siden verken ordlyden eller forarbeidene avgrenser vurderingstemaet nærmere.

I saker om ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1) er pbl. §§ 1-1 og 3-1 her av interesse. Formålsbestemmelsene angir en rekke forskjellige og dels motstridende hensyn. Oppregningene er dessuten ikke ment uttømmende, og helhetsmålsetningen i § 3-1 (2) tilsier at de fleste hensyn kan være relevante.¹³⁰ Formålsbestemmelsene har trolig størst betydning i vektomgangen.¹³¹

¹²⁶ Andenæs/Fliflet (2017) s. 547–548 og Keiserud/Bjella (2015) s. 93.

¹²⁷ NUT 1954: 1 s. 47.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 43 (1957) s. 28. Departementet skrev riktignok at kravet i Grl. § 105 er «løst og nokså intetsigende».

¹²⁹ Innst. O. VII. (1959) s. 48.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 170 og 178.

¹³¹ Kapittel 2.5.2.

Et særlig spørsmål er likevel om formålene tillater vektlegging av *rent økonomiske hensyn*.¹³² Et kommunalt ekspropriasjonsvedtak kan ikke utelukkende ha til formål å sikre gevinst fra videre salg. Det følger av at slik ekspropriasjon ikke er «til gjennomføring av reguleringsplan», jf. pbl. § 16-2 (1). I andre tilfeller er det derimot vanskelig å se hvorfor kommuneøkonomi skulle være irrelevant. Etter pbl. § 3-1 (3) skal planleggingen bygge på «økonomiske ... forutsetninger for gjennomføring». Selv om bestemmelsen nok hovedsakelig er rettet mot enkeltplaners gjennomførbarhet, går det i virkeligheten ingen skarp grense mot helheten.¹³³ Kommuneøkonomi er et knapphetsgode, og økonomiske inntekter – f.eks. økte skatteinntekter – er derfor nødvendig for å sikre velferdstiltak. Et strengt skille mellom økonomiske og ikke-økonomiske hensyn blir derfor nokså kunstig. Dette har en viss støtte i Rt-2002-352, der økonomiske hensyn ble akseptert «så lenge det kan skje innenfor de rammer som loven oppstiller» (side 360). Henvisningen til «lovens rammer» kan her være naturlig å lese som en henvisning til plangjennomføringskravet i pbl. § 16-2 (1). At økonomiske hensyn er relevante, er også uproblematisk overfor EMK P1-1. EMD har akseptert både statlig og kommunal økonomi som «public interest».¹³⁴

Ettersom rettskildefaktorene ikke gir nærmere veiledning, synes det etter dette som at ethvert «samfunnshensyn» kan være relevante som begrunnelse for ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1).

Et annet spørsmål angår grensen mot *ikke-samfunnsmessige hensyn*. Enkeltpersoner er den naturlige motsatsen til samfunnet/allmennheten. Grensen mellom samfunns- og enkeltpersonsinteresser er ikke kommentert i forarbeider eller høyesterettspraksis. Denne sontringen er imidlertid ikke unik for ekspropriasjonsretten, men går igjen på flere tilgrensende rettsområder.¹³⁵

Det er i litteraturen gjort flere forsøk på å oppstille generelle kriterier for hva som gjør en interesse «allmenn» istedenfor «privat». For eksempel antydet *Johnsen* i 1986 tre kjennetegn for «allmenne» interesser.¹³⁶ Johnsen fremholdt for det første at interessen må ha en viss utbredelse, slik at mange identifiserer seg med den. For det andre viste han til at interessen ikke behøver å være av økonomisk karakter. For det tredje fremholdt han at allmenne interesser ikke nødvendigvis korresponderer med summen av enkeltinteresser. Det *kan* være lett å stille seg

¹³² Det følger f.eks. av NOU 2003: 24 s. 171 og HR-2021-953 (Rekkefølgekrav) avsnitt 58 at økonomihensyn er en irrelevant begrunnelse for rekkefølgekrav, jf. pbl. § 12-7. Det bygger riktignok ikke på pbl. §§ 1-1 og 3-1.

¹³³ I samme retning Jæren tingretts dom 15. januar 2021: Hvis «økonomien i reguleringen er usaklig, ville dette innebære at kommunen måtte finansiere jordkabelen over kommunebudsjettet på bekostning av andre fellesgoder. Det er kommunens ansvar og frie skjønn å foreta prioriteringer mellom kryssende interesser ut fra økonomiske hensyn».

¹³⁴ Kjølbro (2017) s. 1212 med videre henvisninger.

¹³⁵ Se f.eks. energiloven § 2-2 og vannressursloven § 25.

¹³⁶ Johnsen (1986) s. 387–388.

ved disse luftige kjennetegnene. Samtidig favner kjennetegnene snevrere enn *rettsøkonomiens* samfunnsbegrep, der samfunnsinteressen nettopp er summen av enkeltpersonsinteressene.¹³⁷

I ekspropriasjonsrettslitteraturen har *de fleste forfatterne* avgrenset samfunnshensyn mot «rent subjektive interesser».¹³⁸ En slik avgrensning har klare likhetstrekk med Johnsens kjennetegn om at interessen må ha «en viss utbredelse». Formuleringen «rent subjektive» indikerer at forfatterne i så fall anlegger en lav terskel for å overstige «en viss utbredelse». Annerledes har *Fleischer* lagt til grunn at også rent subjektive interesser – herunder tiltakshavers økonomiske vinningsinteresse – er relevante.¹³⁹ *Fleischer* skriver samtidig at slike interesser vil ha liten vekt.

Selv om *Fleischer*s åpne tolkning i *teorien* bør være egnet til å sikre rasjonelle inngrep, kan det i *praksis* være grunn til å tro det motsatte. En slik tolkning krever nemlig at også tredjepersoners motvilje til den økonomiske vinningen er relevante hensyn. Motviljen kan f.eks. være motivert av at vinningen oppleves urettferdig («demoraliseringskostnader»)¹⁴⁰ I forlengelsen av dette er det en fare for at ekspropriasjonssøkerens subjektive interesser blir tillagt for stor vekt, fordi det er en umulig oppgave å innhente ethvert subjektivt synspunkt på vinningen. Dermed kan det være best i tråd med formålet om å sikre rasjonelle inngrep at «rent subjektive» interesser holdes helt utenfor vurderingen. En slik avgrensning underbygges av EMK P1-1. I *James mfl. mot Storbritannia* uttalte EMD at ekspropriasjon «for no reason other than to confer private benefit on a private party cannot be “in the public interest”» (avsnitt 40).¹⁴¹ En uforholdsmessig stor vektlegging av rent subjektive interesser ligger nært opptil det EMD her ikke tillater.

På den andre siden er det ikke enkelt å trekke grensen mellom «allmenne» og «rent subjektive» interesser.¹⁴² Grensespørsmål oppstår ved ekspropriasjon til fordel for private. Det er f.eks. ikke godt å si hvor mange boenheter en privat tiltakshaver må planlegge før tiltaket ikke bare er en subjektiv, men også samfunnsmessig interesse; Vil en to- eller firemannsbolig være nok, eller må det kanskje en blokk til? Termen «rent subjektive» indikerer at det ifølge forfatterne skal lite til før en interesse går fra «rent subjektiv» til «allmenn». Trolig må grensen trekkes opp nokså konkret. I et tettbygd strøk med boligmangel kan det f.eks. være samfunnsinteresse i å ekspropriere et hageareal for å oppføre en tomannsbolig fordi grunnareal er et knapphetsgode.

¹³⁷ Eide/Stavang (2018) s. 61.

¹³⁸ Se f.eks. Keiserud/Bjella (2015) s. 94, Falkanger/Falkanger (2016) s. 535 og Broch Hauge mfl. (2021) s. 68.

¹³⁹ *Fleischer* (1978) s. 61.

¹⁴⁰ Eide/Stavang (2018) s. 111.

¹⁴¹ Kjølbo (2017) s. 1213.

¹⁴² *Fleischer* (1978) s. 61.

Det er særlig ekspropriasjonssøkerens *økonomiske vinningsinteresse* som er utenforliggende, fordi selve vinningen bare kommer enkeltpersonen til gode.¹⁴³ I RG-1966-69 anførte f.eks. ekspropriasjonssøkeren at virksomheten hans ville lide økonomisk tap hvis det ikke ble ekspropriert en forlengelse av leiekontrakten. Lagmannsretten uttalte at dette «ikke skal tillegges betydning» (side 104).¹⁴⁴ Samtidig er det *ikke helt uproblematisk* å avgrense mot enhver privatøkonomisk vinning. For det første kan tiltakshavers økonomiske inntekter sammenfalle med samfunnsinteresser: Det er særlig av betydning at ekspropriasjonssøkerens inntekter er *skattepliktige*, jf. skatteloven (sktl.) § 5-1.¹⁴⁵ Inntektsskatten i Norge kan være inntil omtrent 45 prosent. Av dette er 12,15 prosentpoeng kommunal skatt.¹⁴⁶ Det betyr at en ikke ubetydelig del av inntektene tilfaller (lokal)samfunnet, og over har vi sett at økonomiske inntekter er relevante fordi slike er nødvendige for å finansiere velferdstiltak. For det andre kan økonomisk vinning være forbundet med økonomisk vekst og *arbeidsplasser*. Selv om selve vinningen er utenforliggende, er avledede samfunnshensyn som skatteinntekter og arbeidsplasser alltid relevante.

For det andre kan et *privatøkonomisk ulønnsomt* tiltak ikke realiseres uten offentlige subsidier. Tiltakets privatøkonomiske lønnsomhet får derfor betydning for om tiltakets positive samfunnsvirkninger blir realisert.¹⁴⁷ I vurderingen av forholdsmessighet (i vid forstand) vil et ulønnsomt tiltak dermed være *uegnet* til å realisere samfunnsnyten. RG-2008-267 (Smoltvirksomhet), om ekspropriasjon av en havneeierdom med båt plassutleie til fordel for en smoltproduserende næringsvirksomhet, er illustrerende.¹⁴⁸ Lagmannsretten uttalte at det

«... aldri [har] vært ansatte i bedriften, som overtok anlegget etter en tidligere konkurs bedrift i 1995. Etter det opplyste drives bedriften stort sett med underskudd, og den har i dag en negativ egenkapital på om lag 3 millioner kroner. Regnskaper er ikke fremlagt» (side 274).

Selv om lagmannsretten fant at det forelå en tilstrekkelig samfunnsinteresse i form av «fremtidige arbeidsplasser», synes det som at retten var svært skeptisk til om virksomheten var egnet til å skape dem.¹⁴⁹ Faktum i Smoltvirksomhet-dommen er illustrerende for den privatøkon-

¹⁴³ Keiserud/Bjella (2015) s. 95.

¹⁴⁴ Keiserud/Bjella (2015) s. 94. Se også RG-2006-1155.

¹⁴⁵ Selskaper er skattepliktige så lenge de er «hjemmehørende» i Norge, jf. sktl. § 2-2 (7). Andre selskaper er skattepliktige dersom de har fast driftssted her, jf. sktl. § 2-3 (1) bokstav b. Derimot kan utbytte og gevinst kan være unntatt skatteplikt til Norge hvis aksjeeier ikke er hjemmehørende her, jf. sktl. § 2-3 (1) bokstav c.

¹⁴⁶ Stortingets skattevedtak (2021) kapittel 3.

¹⁴⁷ Broch Hauge mfl. (2021) s. 68 og Winge (2013) s. 202.

¹⁴⁸ I LG-2014-184100 (Motorpark) var økonomien ikke utredet, og man kunne derfor ikke vurdere egnetheten.

¹⁴⁹ Trolig kunne lagmannsretten her gått lenger i sin prøving av kommunens prognoser, se kapittel 4.4.2.

miske lønnsomhetens særlige betydning i skillet lønnsomhet/ulønnsomhet. Utover skatteinntekter og samfunnsnyttig vekst, gjør størrelsen på den forventede lønnsomheten også sjansen for ulønnsomhet mindre. Dermed vil også lønnsomhetens omfang ha en viss betydning.¹⁵⁰ Etter dette ser vi at flere sider av de privatøkonomiske interessene være relevante samfunnshensyn.

2.4.3 Relevante ulemper

Vi går nå over til å se på hvilke hensyn som faller innenfor og utenfor ordet «skade». Uttrykket «skade» er synonymt med ordene «ødeleggelse» og «tap».¹⁵¹ I forarbeidene blir imidlertid «skade» brukt synonymt med «ulempe».¹⁵² Ordet «ulempe» sikter til forhold eller tilstander som volder «vanskelighet» eller «ekstra bry».¹⁵³ I lys av forarbeidene synes derfor lovgiver å ha villet oppstille en lav terskel. I likhet med for «gagn», sier ikke loven hvem sine ulemper som er relevante. I vid forstand kan det tenkes ulemper for samfunnet, tredjepersoner og eierne.

For det første vil de positive samfunnsvirkningene støte an mot *negative samfunnsvirkninger*. En vekstskapende næringsvirksomhet kan f.eks. medføre negative miljøvirkninger. Samfunnsulempene kan knytte seg til både etableringen (nedbygging, riving osv.) og den senere virksomheten (forurensning, trafikkøkning, økonomiske kostnader osv.). Samfunnsulempene må avgrenses på samme måte som samfunnsfordelene som ble belyst i kapittel 2.4.2. Ettersom rent subjektive interesser derfor ikke er relevante, er det ikke gitt at *tredjepersoners ulemper* er saklige. En nabos interesser vil f.eks. bare være relevante i den grad de kvalifiserer som samfunnshensyn. En naturlig følge er at naboens negative innstilling til støy- eller luftforurensning lettere vil være relevant enn naboens opplevelse av tiltakets estetikk, fordi sistnevnte er av mer subjektiv og utbredt karakter, sml. Johnsens overnevnte kjennetegn om «en viss utbredelse».

Selve ekspropriasjonsinngrepet er hovedsakelig til *ulempe for eieren* som må avgi eiendomsrett. Det er derfor åpenbart at eierens ulemper inngår i ekspropriasjonsvurderingen, jf. orl. § 2. Ifølge rettsøkonomisk teori er det ikke like åpenbart at eierens ulemper skal være *mer* relevante enn andres ulemper. For ettersom enkeltpersoner presumtivt har liten vekt i den samfunnsøkonomiske lønnsomhetsvurderingen, vil eierulempene bare ha reell betydning i den grad de har en viss utbredelse i samfunnet.¹⁵⁴ Selv om de fleste nok vil anerkjenne det å bli fratatt eiendom som en ulempe, kan det hende at en fra et slikt ståsted må avgrense mot spesielt subjektive interesser. Nedenfor skal vi se at særlig *Fleischer* synes å avgrense relevansen på slikt grunnlag.

¹⁵⁰ Sml. elementet «R₁» i Alexys avveiningsmodell, se kapittel 2.2.2.

¹⁵¹ UiB/Språkrådet (2021b).

¹⁵² Se f.eks. Innst. O. VII. (1959) s. 48: «... større enn skaden og ulempene ...».

¹⁵³ NAOB (2021a).

¹⁵⁴ Sml. kapittel 2.4.2 om skillet mellom «allmenne» og «rent subjektive» interesser.

For den nærmere analysen av ekspropriasjonsinngrepets ulemper overfor eieren, skal vi det videre operere med at eiendommer kan ha tre kategorier av verdi for eieren: (1) objektiv verdi, (2) subjektiv verdi og (3) fremtidig verdi. De ulike kategoriene er delvis overlappende, og er hovedsakelig ment som «knagger» for å drøfte ulike problemstillinger om ulempebegrepet.

Eiendommen har for det første en *objektiv verdi*. Markedsprisen – prisen som dannes mellom kjøpere og selgere i markedet – er den mest objektive måten å verdsette eiendom på, fordi det er denne verdien eieren kan oppnå ved frivillig salg.¹⁵⁵ Et særtrekk ved ekspropriasjon er at eieren kompenseres med «full erstatning», jf. GrL § 105. Erstatningen skal kompensere tapet av eiendommens objektive verdi. Eieren taper derfor ikke den objektive verdien. Tilsvarende må ekspropriasjonssøkers fordeler i prinsippet reduseres med erstatningssummen. Utgangspunktet er derfor at den objektive verdien er uten betydning for vurderingen av orl § 2 (2).¹⁵⁶

Samtidig kan det i noen tilfeller oppstå differanse mellom erstatningen og markedsprisen. For det første blir «full erstatning» utmålt ved bruk av vederlagslovens (orvl.) *utmålingsprinsipper*. Etter orvl. § 5 blir salgsverdiestatning utmålt etter hva «vanlege kjøparar» vil betale for eiendommen. Dersom det kan påvises en «uvanlig kjøper» - f.eks. en eiendomsspekulant – vil dette ikke påvirke erstatningsutmålingen, til tross for at eieren kunne oppnådd en høyere pris.¹⁵⁷ For det andre kan ekspropriasjon utløse *skatteplikt*, jf. sktl. § 9-2 (1) bokstav b og orvl. § 3 (2).¹⁵⁸ Boligeiendommers verdistigning er skattepliktig gevinst så lenge eieren ikke oppfyller eie- og botidskravene i sktl. § 9-3 (2). Dette fritaket gjelder dessuten ikke for «tomter», jf. sktl. § 9-3 (8). Har grunneier arvet «tomten», kan størsteparten av eiendommens verdi være skattepliktig, jf. sktl. § 9-7 (1). Hvis f.eks. en eiendom ble ervervet for 100.000 kroner i 1960, og grunneier mottar 3.000.000 kroner som erstatning i 2021, blir gevinsten på 2.900.000 kroner beskattet med 22 prosent, som medfører skatt på 638.000 kroner. I begge disse tilfellene påføres eieren et objektivt verditap som på grunn av utmålingsprinsippene og/eller skattereglene ikke blir reparert. I lys av Grunnlovens forutsetning om at eieren får «full erstatning», kan kanskje systembetragtninger tilsi at det objektive verditapet ikke teller med. Det vil i så fall innebære en utvidende tolkning av inngrepskompetansen, noe som har formodningen mot seg på legalitetsprinsippets område.¹⁵⁹ Ettersom det ikke er sterke argumenter for det motsatte, er min vurdering derfor at et slikt objektivt verditap er relevant «skade» i vurderingen av orl. § 2 (2).

¹⁵⁵ SNL (2014).

¹⁵⁶ Fleischer (1978) s. 62 skriver treffende at «pluss og minus blir null».

¹⁵⁷ Stordrange/Lyngholt (2019) s. 56 og Føllesdal (2018) s. 129.

¹⁵⁸ Etter sktl. § 14-70 (1) jf. (2) er gevinsten fritatt fra skatteplikt så langt den benyttes til gjenerverv.

¹⁵⁹ Eckhoff (2001) s. 127.

Eiendommen kan for det andre ha en *subjektiv eller individuell verdi*. Hvis kjøperen hadde imøtekommet eierens reservasjonspris, ville eiendommen blitt overdratt ved frivillig avtale og ekspropriasjon hadde vært unødvendig.¹⁶⁰ At avtale ikke har kommet i stand, kan skyldes både strategisk atferd og subjektiv merverdsettelse. Ettersom det kun er det siste som utgjør en reell verdi, blir spørsmålet hvordan en skal fastsette den subjektive verdien.

En mulighet kan være å ta utgangspunkt i teorien om den såkalte *besittelsesvirkningen*.¹⁶¹ Teorien er basert på empirisk psykologisk forskning som indikerer at individer i alminnelighet tenderer til å sette en høyere verdi på et tap enn den verdien de setter på å motta en tilsvarende fordel.¹⁶² Formålet med eierens besittelse er utslagsgivende for om, og eventuelt hvor sterkt, besittelsesvirkningen gjør seg gjeldende. Teorien tilsier derfor at økonomisk motivert eierskap ikke har noen subjektiv verdi, mens den subjektive verdien blir stadig sterkere dess mer personlig eierskapet er. En kan derfor operere med en presumsjon om subjektiv merverdi for boligeiendommer og andre eiendommer med subjektivt motivert eierskap. Ettersom erstatningen ikke tar høyde for subjektiv merverdsettelse, oppstår det et ukompensert tap – en ulempe.

Eiendommens subjektive verdi kan også skyldes en *individuell eller spesiell bruksmåte*.¹⁶³ Det vil si at eieren benytter eiendommen på en måte som fra et samfunnsperspektiv ikke er påregnelig.¹⁶⁴ Det synes som at *Fleischer* mener slike ulempevirkninger er utenforliggende, men uten at dette blir særlig begrunnet.¹⁶⁵ Jeg har i likhet med *Stavang/Stenseth* vanskelig for å se hvorfor *Fleischer*'s samfunnsbaserte innfallsvinkel er til hinder for å ta hensyn til slike ulemper. At bruken er uvanlig eller «fremtrer tilfeldig», sier ingenting om interessens innholdsmessige egenskaper. Det behøver derfor ikke være riktig at verdien av uvanlige bruksmåter blir lik null.¹⁶⁶

Endelig kan eiendommen ha *fremtidig verdi* for eieren. Med fremtidig verdi menes den verdi som eiendommen ville fått for eieren, men som ekspropriasjonsinngrepet hindrer. Den fremtidige verdien kan være av både objektiv og subjektiv karakter. Eksempler på fremtidig verdi kan være at eieren har planer om å bebygge eiendommen, eller at eierens pågående næringsvirksomhet må stanse eller opphøre. Ekspropriasjon hindrer grunneierens realisering av verdiene.

¹⁶⁰ Kapittel 1.2.3.

¹⁶¹ Stenseth (2008) om besittelsesvirkningen, samt dens empiriske grunnlag og rettslige relevans.

¹⁶² Stenseth (2010) og Eide/Stavang (2018) s. 621.

¹⁶³ Sandene (1962) s. 86 og Keiserud/Bjella (2015) s. 93.

¹⁶⁴ Keiserud/Bjella (2015) s. 93.

¹⁶⁵ Fleischer (1978) s. 64.

¹⁶⁶ Motsatt Fleischer (1978) s. 65. Stavang/Stenseth (2016) s. 248 skriver at «en klok styring av samfunnet tilsier at individenes konkrete ve og vel tillegges relevans».

Hvis eierens virksomhet må stanse, forårsaker ekspropriasjon i utgangspunktet et inntektsbortfall. Ekspropriasjonsersstatningen kan i prinsippet ta høyde for inntektsbortfallet, ettersom bruksverdierstatning utmåles etter hva som er påregnelig bruk, jf. orvl. § 6. Hvis bruksverdierstatningen er dekkende, oppstår ingen fremtidig objektiv ulempe for eieren. Derimot vil produksjonsstansen være en negativ samfunnsvirkning som ekspropriasjonsersstatningen ikke kan kompensere. Produksjonsstansen representerer derfor en ulempe – om enn ikke for eieren.¹⁶⁷

Fastleggelse av eiendommens fremtidige verdi forutsetter en hypotetisk prognosevurdering. Det er som et utgangspunkt naturlig å spørre hvilken verdi det er påregnelig at eiendommen ville ha for grunneieren. Ettersom eiendommens eventuelle verdi taler imot ekspropriasjonsinngrep, tilsier ikke beviskravet «tvillaust» en like streng prognosevurdering her. Tvert imot tilsier beviskravet en lavere prognoseterskel, for å sikre at ikke relevante ulemper faller utenfor.

Ettersom *reguleringsplaner* begrenser fremtidig bruk, er det i utgangspunktet upåregnelig for grunneier å skulle utnytte eiendommen i strid planen. *Fleischer* skrev derfor i 1978 at ønsket bruk i strid med plan faller utenfor vurderingen.¹⁶⁸ Samtidig kan det i lys av den senere utviklingen være grunn til å moderere et slikt synspunkt. For det første er det mulig å få *dispensasjon* fra planens rammer, jf. pbl. § 19-2. I noen tilfeller kan det i lys av tidligere praksis være påregnelig at grunneieren ville fått slik dispensasjon. For det andre er det kommunen selv som er *planmyndighet*. Det betyr at kommunen, i motsetning til andre ekspropriasjonsmyndigheter, har kompetanse til å endre den bestemte arealbruken. Innledningsvis så vi i kapittel 1.3 at Høyesterett i Rt-1998-416 (Namsos) slo fast at det normalt ikke er plass til en ny vurdering av arealbruken. At kommunen ikke trenger å vurdere bruken, gjelder likevel bare om planens vurderinger fortsatt er aktuelle.¹⁶⁹ Uttalelsen forutsetter at en «selvstendig vurdering» av orl. § 2 omfatter en vurdering av arealbruken, og at det i noen tilfeller er behov for en slik. En nærliggende slutning er at planstridig utnyttelse materielt sett er et relevant hensyn, men at det prosessuelt sett bare unntaksvis er nødvendig å foreta slike vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket.¹⁷⁰

2.4.4 Hvilke hensyn og alternativer plikter kommunen å vektlegge?

Drøftelsen ovenfor har knyttet seg til hvilke hensyn kommunen *kan* trekke inn i vurderingen. I dette avsnittet er spørsmålet hvilke av de nevnte hensynene kommunen *skal* trekke inn i vurderingen. Svaret beror på en tolkning av kompetansegrunnlaget og rettskildebildet for øvrig.

Utgangspunktet for en forholdsmessighetsvurdering må være at alle tillate og aktuelle hensyn skal vektlegges. Dette støttes i noen grad av Rt-2000-1056, der Høyesterett uttalte at det må

¹⁶⁷ Tilsvarende *Fleischer* (1978) s. 62.

¹⁶⁸ *Fleischer* (1978) s. 60–61.

¹⁶⁹ Kapittel 3.5.3 om «spesielle forhold» som tilsier en fornyet vurdering av planens forutsetninger.

¹⁷⁰ I denne retning tilsynelatende også *Fleischer* (1992) s 524 om kommunal ekspropriasjon.

fremgå at «alle momenter av betydning er avveid» (side 1063). En annen sak er at dette utgangspunktet i praksis modereres av at utredningsplikten setter grenser for hvilke opplysninger kommunen trenger å innhente, jf. fvl. § 17. Utredningsplikten kommer vi tilbake til i kapittel 3.

I litteratur og praksis har det blitt operert med et skille mellom hensyn som er til partens fordel og ulempe, og at det hvert fall gjelder en plikt til å vektlegge hensyn til partens fordel.¹⁷¹ I ekspropriasjonssaker vil det ofte være private parter på begge sider av avveiningen. Det er på det rene at alle hensyn til *grunneiers fordel* må være pliktige, ettersom kommunen ikke uten disse hensynene kan ta stilling til egen kompetanse. Det innebærer at kommunen alltid plikter å vektlegge negative samfunnsvirkninger samt ulemper overfor grunneieren. Dertil vil også mindre inngripende alternativer spille inn til grunneiers fordel, og derfor være pliktige hensyn.¹⁷² Det er derimot ikke naturlig med noen absolutt plikt til å vektlegge hensyn til *ekspropriasjonssøkerens fordel*. Det skyldes for det første at kommunen alltid står fritt til å avslå en ekspropriasjonssøknad, jf. ordet «kan» i pbl. § 16-2 (1). For det andre, og viktigst, gis ikke ekspropriasjonstillatelsen av hensyn til ekspropriasjonssøkeren, men av hensyn til samfunnet.

En plikt til vektlegging kan i tillegg følge av *andre lover*. Eksempler kan være hensyn til samiske reindriftsinteresser (Grl. § 108) eller miljø (Grl. § 112). For å forhindre normovertredelse, må kommunens plikt til å vektlegge hensynene gjelde uavhengig av om det i den konkrete sak blir tale om normovertredelse.¹⁷³ Hvis reindrifts- eller miljøinteresser er i spill, er dette derfor pliktige hensyn i vurderingen – også til grunneiers ulempe. Vektleggingsplikt kan også følge av blant annet de alminnelige miljøprinsippene i naturmangfoldloven kapittel II.

2.5 Den konkrete vurderingen av relevante hensyn og alternativer

2.5.1 Innledende om rettsanvendelse og forvaltningsskjønn

Over har vi sett at orl. § 2 (2) oppstiller et svært vidt vurderingstema. Temaet i dette kapitlet er den konkrete vurderingen av relevante fordeler, ulemper og alternativer. Spørsmålet er hvor langt kommunen står fritt til å bestemme hensynenes vekt, og dermed utfallet av vurderingen.

Spørsmålet om grensene for forvaltningens kompetanse blir ofte sett som en sontring mellom begrepene «rettsanvendelse» og «forvaltningsskjønn». Grensen mellom begrepene må trekkes

¹⁷¹ Moen (2018) s. 213 med videre henvisninger.

¹⁷² Kapittel 2.2.3.

¹⁷³ Moen (2018) s. 214.

på grunnlag av en tolkning av kompetansegrunnlaget.¹⁷⁴ Avgjørende for karakteristikken er i hvilken grad tolkningen viser at vurderingen er styrt av rettskildепrinsippene. Er vurderingen ikke fullt ut styrt av rettskildelærens regler om relevans, slutning og vekt (rettskildепrinsippene), er forvaltningen gitt en vurderingsfrihet. Selv om vurderingen er «fri» i den forstand at den ikke er bundet av rettskildепrinsippene, kan den fortsatt være bundet av andre normer. Et eksempel er vurderingen av om helsehjelp er «påtrengende nødvendig» etter helsepersonelloven § 7. Som *Stub* skriver: «Rettskildепrinsippene er til liten hjelp her».¹⁷⁵ Likevel har helsepersonell fortsatt plikt til å yte helsehjelp, dersom dette etter en medisinskfaglig vurdering er «påtrengende nødvendig».¹⁷⁶ Skjønnnet er normbundet, men ikke av rettskildепrinsippene.

En konsekvens av at en vurdering ikke er styrt av rettskildепrinsippene, er riktignok at domstolene som hovedregel ikke kan overprøve vurderingsfriheten, jf. de ulovfestede reglene om domstolenes prøvelsesrett.¹⁷⁷ Samtidig er skjønnsutøvelsen alltid begrenset av de alminnelige skjønnskrankene – ofte omtalt som myndighetsoverskridelseslæren. I tillegg kan domstolene av hensyn til rettssikkerhetshensyn underlegge skjønnsutøvelsen indirekte kontroll gjennom å gå lengre enn ellers i å overprøve forvaltningens lovtolkning, faktumforståelse og saksbehandling.

I noen tilfeller er det forholdsvis klart at forvaltningen er gitt en slik vurderingsfrihet. Når det står i pbl. § 16-2 (1) at kommunestyret «kan» gjennomføre reguleringsplaner med ekspropriasjon, er det i utgangspunktet opp til kommunestyret å avgjøre om denne kompetansen skal benyttes (*kan-skjønn*). I andre tilfeller kan det være mer usikkert om en vurdering er rettslig styrt. Utgangspunktet er at subsumsjonen under lovbestemte kriterier er styrt av rettskildепrinsippene. Dette ble for forvaltningsinngrep slått fast av Høyesterett i Rt-1995-1427 (s. 1433). Samtidig holdt Høyesterett også døren åpen for at subsumsjonen ikke er styrt av rettskildепrinsippene dersom «sikre holdepunkter» tilsier det (s. 1436). Selv om denne presumsjonen er gjentatt flere ganger siden, er det i praksis et åpnere spørsmål enn hva uttalelsen gir inntrykk av.¹⁷⁸ Spørsmålet er fortsatt om bestemmelsen ferdig tolket etterlater en frihet fra rettskildепrinsippene til å bestemme om lovens vilkår er oppfylt (*subsumsjonsskjønn med vurderingsfrihet*).¹⁷⁹

¹⁷⁴ Se f.eks. Rt-2008-681 avsnitt 34. Tilnærmingen med utgangspunkt i kompetansegrunnlaget, har i dag bredt gjennomslag, se Eckhoff/Smith (2018) s. 363 og Graver (2019) s. 253. Det eksisterer også andre tilnærminger til rettsanvendelse og skjønn, men det ligger utenfor denne avhandlingens ramme å ta stilling til disse.

¹⁷⁵ *Stub* (2011) s. 84.

¹⁷⁶ Innjord (1996) s. 164 har hevdet at slike kriterier kun er å betrakte som retningslinjer.¹⁷⁶ En slik begrepsbruk kan være treffende fra et domstolperspektiv. Samtidig indikerer begrepsbruken at kriteriet ikke binder forvaltningen, noe lovbestemte kriterier alltid er, se *Stub* (2011) s. 85, *Winge* (2013) s. 235 og *Moen* (2018) s. 101.

¹⁷⁷ Kapittel 4.4.2.

¹⁷⁸ Eckhoff/Smith (2018) s. 382.

¹⁷⁹ *Stub* (2011) s. 85.

2.5.2 Hvor langt er den konkrete vurderingen styrt av rettskildeprinsippene?

2.5.2.1 Lovtekstens vurderingsrom

En forutsetning for vurderingsfrihet er at loven bruker ord hvor betydningen er vag. En betydning er vag når det ikke er skarpe grenser for hva som faller innenfor betydningen, og dette fenomenet er særlig fremtredende for gradsangivelser («betydelig», «nødvendig» mv.).¹⁸⁰

Til denne kategorien hører åpenbart vurderingen av om ekspropriasjon «tvillaust er til meir gagn enn skade», jf. orl. § 2 (2). Selv om vurderingen av forholdsmessighet (i vid forstand) kan spaltes opp i tre underkrav (egnet, nødvendighet og forholdsmessighet (i snever forstand)), angir loven ingen skarp grense for hvilke tilfeller som faller innenfor minstekravet. Grunnen er at utfallet beror på en avveining av interesser og hensyn og at det ikke eksisterer noe sikkert mål for den konkrete vektleggingen av de ulike hensynene uten en nøyaktig verdi. I rettsøkonomien er det riktignok forutsatt at alle interesser kan tillegges en verdi utfra samfunnets betalingsvillighet.¹⁸¹ I virkeligheten er en slik fastleggelse svært prosess- og kostnadskrevende, og dessuten vil også samfunnsøkonomiske verdsettelse i noen grad måtte basere seg på skjønn.¹⁸²

I lovteksten for øvrig er det enkelte trekk som kan legge *visse føringer* på ekspropriasjonsvurderingen: (1) kravet om at minstekravet «tvillaust» skal være oppfylt, og (2) diverse hensyn som skal tillegges særlig vekt. I det følgende ser vi nærmere på de tilsynelatende føringene.

For det første følger det av orl. § 2 (2) at det skal være «tvillaust» at lovens minstekrav er oppfylt. I kapittel 2.2.2 så vi at «tvillaust» oppstiller et skjerpet beviskrav: Er kommunen i tvil om interesseovervekten, skal den avstå fra ekspropriasjon. Selv om det er helheten som skal være bevist utover rimelig tvil, kan beviskravet spille inn som en retningslinje på den konkrete vektleggingen av ulike momenter. Ifølge *Keiserud/Bjella* må beviskravet i praksis bety at det må være «en viss grad av interesseovervekt».¹⁸³ En alternativ, og etter mitt syn mer presis, tolkning er at usikkerhet om de enkelte momentene og hensynene må vektes i ekspropriasjonsinngrepets disfavør. Det vil si at usikkerheten om fordeler speiles i form av mindre vekt, men at usikkerhet ikke får samme betydning på ulempestiden. Dermed vil det i teorien bare bli konstatert overvekt der usikkerhet ikke kan ha blitt utslagsgivende.

¹⁸⁰ Kolflaath (2004) s. 23.

¹⁸¹ Eide/Stavang (2018) s. 111.

¹⁸² Se f.eks. NVE (2003) s. 31 flg., som viser til flere slike undersøkelser i relasjon til vind- og vannkraft, men som Winge (2013) s. 191 skriver må det være usikkerhet om slike vurderinger. Se også Bugge (2015) s. 61–62.

¹⁸³ Keiserud/Bjella (2015) s. 95 og KRD (2002) s. 11.

For det andre kan det vage vurderingstemaet presiseres gjennom *lovgitte retningslinjer* om den konkrete vektleggingen. Ettersom slike retningslinjer kan bidra til å gjøre vurderingen mer forutsigbar, kan de spille inn som en indikator på at vurderingen er ment som rettsanvendelse.

En kan spørre om kommunen ved ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1) plikter å legge særlig vekt på hensynene som er fremhevet i *plan- og bygningsloven* §§ 1-1 og 3-1. I denne retning foreslo Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) i 2016 å fjerne retningslinjene i pbl. § 19-2 (3) om hensyn med særlig vekt i dispensasjonsvurderingen, fordi «dette likevel er interesser som ivaretas direkte gjennom vurderingene av hensynene bak vedkommende bestemmelse, herunder formålsparagraf».¹⁸⁴ Etter en slik tankemåte skal hensynene i pbl. §§ 1-1 og 3-1 også tillegges særlig vekt i vurderingen etter pbl. § 16-2 (1). Ettersom formålsbestemmelsene oppstiller en rekke dels motstridende hensyn, er det likevel vanskelig å se at vurderingen blir stort klarere.¹⁸⁵ Foruten formålsbestemmelsene, kan en tilsvarende plikt til å tillegge særlig vekt følge av *andre lover*, herunder av rettighetsbestemmelser i Grunnloven og konvensjoner.

En annen bestemmelse av interesse er *oreigningsloven* § 7. Bestemmelsen er hovedsakelig rettet mot bolig- og jordbrukseiendommer.¹⁸⁶ *Stenseth* har tatt til orde for å lese bestemmelsen som et krav om kvalifisert interesseovervekt.¹⁸⁷ Det vil i realiteten være det samme som et krav om å legge særlig vekt på hensyn til bolig- og jordbrukseiendommer. Nøyaktig hva bestemmelsen er ment å være, er ikke enkelt å trekke ut av ordlyden. Bestemmelsens rettsvirkning er at eiendommene kun «bør» eksproprieres hvis det ikke eksisterer «annan tenleg grunn» og «føremonene med at nett denne egedomen vert teken, er så mykje større at det må vera avgjerande». Formuleringen «så mykje større» er naturlig å lese som kvalifisert interesseovervekt, men uttrykket «bør» fremtrer lite forpliktende. Det er likevel interessant at Ekspropriasjonslovutvalgets formann dissenterte til lovutkastet fordi «loven ikke [bør] fremheve noe enkelt moment» og at «enkelthensyn «ikke [kan] tillegges større vekt».¹⁸⁸ Etter dette kan orl. § 7, om ikke annet, være naturlig å lese som en retningslinje for kommunens vektlegging, sml. pbl. §§ 1-1 og 3-1.

Selv om beviskravet i orl. § 2 og de særlige hensynene i pbl. §§ 1-1 og 3-1 og orl. § 7 kan bidra til *en viss* presisering, er det fortsatt tale om svært vagt vurderingstema. Langt på vei bidrar ikke de ulike bestemmelsene til mer enn å tilføye nye, vage vurderinger: større, men hvor stor vekt?

¹⁸⁴ Prop. 149 L (2015–2016) s. 54.

¹⁸⁵ Pedersen mfl. (2018a) s. 107.

¹⁸⁶ Keiserud/Bjella (2015) s. 117.

¹⁸⁷ Stenseth (2010) s. 804–806.

¹⁸⁸ NUT 1954: 1 s. 106.

2.5.2.2 Lovtekstens vurderingsrom i forarbeider og rettspraksis

En vag lovtekst er nødvendig, men ikke tilstrekkelig for å konstatere vurderingsfrihet. Det er kompetansegrunnlaget ferdig tolket som angir de rettslige rammene for forvaltningens vurderingsfrihet.¹⁸⁹ En vag lovtekst kan presiseres gjennom andre rettskildefaktorer, særlig forarbeider og høyesterettspraksis. Ettersom rettskildeprinsippene er uskarpe, vurderingspregede og ufullstendige, vil det også i rettsanvendelsen kunne være flere rettslig akseptable løsninger. Et eksempel er interesseovervektkravet i pbl. § 19-2 (2) om dispensasjon. Selv om den konkrete vurderingen ifølge forarbeidene er styrt av rettskildeprinsippene, er den åpenbart vag.¹⁹⁰

Det er ingen *forarbeidsuttalelser* som tar direkte stilling til spørsmålet om vurderingsfrihet. I litteraturen viser *Keiserud/Bjella* til at Justis- og politidepartementet uttrykte at «avgjørelser om ekspropriasjon etter sin karakter hører under administrasjonen».¹⁹¹ Uttalelsen hører imidlertid under departementets drøftelse av om kompetansen skulle kunne delegeres til skjønnsrettene. En kompetansedelegering til skjønnsrettene ville innebære en delegering av kan-skjønn. Det er ingen tvil om at kan-skjønn «etter sin karakter hører under forvaltningen». At den endelige avgjørelsen hører under forvaltningen, sier lite om de lovbestemte vilkårene. Lest i lys av konteksten, har uttalelsen derfor neppe betydning for spørsmålet om kommunens vurderingsfrihet.

Det er heller ingen *høyesterettsavgjørelse* som tar direkte stilling til spørsmålet. Det finnes riktignok avgjørelser fra før orl. ble vedtatt der lignende ekspropriasjonsvilkår ble ansett som forvaltningsskjønn, se f.eks. Rt-1949-564. Men selv om disse avgjørelsene sier noe om den herskende oppfatningen på lovgivningstidspunktet, tilsier rettsutviklingen at de gamle avgjørelsene har begrenset rettskildeverdi i dag. Fra nyere tid er det først og fremst Rt-1998-416 (Namsos) som kan være av betydning.¹⁹² Høyesterett uttalte at vurderingen av om en eiendom skal overtas til eie eller tidsubestemt bruk «normalt» ikke bør overprøves utover det som følger av «ulovfestede regler om prøving av forvaltningens frie skjønn» (side 423). Det er ikke overraskende at rettskildeprinsippene kommer til kort overfor en slik hensiktsmessighetsvurdering. Det er likevel ikke gitt at kommunen har vurderingsfrihet overfor andre vurderinger.¹⁹³ Den viktigste slutningen fra høyesterettspraksis er muligens at det ikke eksisterer noen avgjørelse hvor Høyesterett tar direkte stilling til vilkåret og at det *kan* skyldes at vilkåret er et forvaltningsskjønn.

¹⁸⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 364.

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

¹⁹¹ Keiserud/Bjella (2015) s. 96 og Ot.prp. nr. 43 (1957) s. 20.

¹⁹² Myklebust (2019) s. 310 viser til Namsos-dommen som eksempel på at «avvegingane mellom fordelar og ulemper ... langt på veg er overlatne til forvaltninga». Broch Hauge mfl. (2021) s. 106 synes å gjøre det samme.

¹⁹³ Keiserud/Bjella (2015) s. 96 leser uttalelsen i Namsos-dommen som at den gjelder orl § 2 (2) som sådan.

Selv om de fleste *underrettsavgjørelser* slår fast at den konkrete vurderingen ikke er styrt av rettskildепrinsippene,¹⁹⁴ er det enkelte unntak. LE-2019-17428 er et nokså ferskt eksempel på at spørsmålet ble underlagt en inngående vurdering. Mer iøynefallende er at enkelte underrettsavgjørelser – iallfall *de facto* – behandler den konkrete vurderingen som rettsanvendelse: I LB-2000-1874 forutsatte lagmannsretten at vilkåret er et forvaltningsskjønn, men konkluderte «under en viss tvil» med at «slik interesseovervekt foreligger». I vurderingen la retten «avgjørende vekt på betydningen av at strandområder i indre Oslofjord gjøres tilgjengelige for allmennheten». At retten konkluderte «under en viss tvil», kan leses som et uttrykk for tilbakeholdenhet – ettersom kommunens egen konklusjon må være tvilløs. I LF-2018-56686 vurderte lagmannsretten om et ekspropriert areal på 2,8 dekar utmarksareal kunne vært utelatt fra et boligområde på 60 dekar. Lagmannsretten kom «ut fra en helhetlig bedømmelse ... til at det ikke er grunnlag for det, selv om Storegjerde i det lengste har vært avvisende til avståelse av arealet». Det fremgår at lagmannsretten «har lagt vekt på» at arealet etter rettens syn ikke hadde verdi for grunneiers landbruksdrift, og at arealet uansett ikke kunne benyttes i strid med reguleringsplanen. Lengst gikk lagmannsretten i LG-2012-96471-2: «Deretter kan lagmannsretten foreta en samlet vurdering etter ekspropriasjonsloven § 2 annet ledd». Jeg tolker likevel avgjørelsen som at retten egentlig mente å tilsidesette vedtaket som følge av mangelfulle prognoser om faktum, og at den tok munnen for full da den overprøvde forvaltningens konkrete skjønnsvurdering.

2.5.2.3 Vurderingens faglige og politiske karakter

Der verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis gir klart svar på spørsmålet om forvaltningens vurderingsfrihet, er den tradisjonelle oppfatningen at Høyesterett legger vekt på om vurderingen på den ene siden er av juridisk-moralsk karakter eller på den andre siden er av faglig-politisk karakter.¹⁹⁵ Grunnen er at rettskildепrinsippene gir lite veiledning i de sistnevnte vurderingene.

En vurdering blir gjerne betegnet som *utpreget faglig* dersom den forutsetter fagkunnskaper som rettskildelæren ikke kan bidra med. Tanken er at det er forvaltningen som i disse tilfellene er best egnet til å foreta vurderingen. Høyesterett har flere ganger vist til vurderingers «planfaglige» karakter som en indikator på at domstolene skal holde avstand, se f.eks Rt-2007-257 (Trallfa) avsnitt 42. Denne fagligheten må særlig forstås i lys av at arealplanleggingen skal «fremme helhet», jf. pbl. § 3-1 (2). Helhetsperspektivet krever at vurderinger av arealbrukens fordeler og ulemper gjøres i lys av arealbruken for øvrig.¹⁹⁶ Dette vil ofte være tilfelle for kommunens konkrete vurdering av inngrepets fordeler, ulemper og alternativer. For eksempel avhenger fordelene med å oppføre et nytt rekkehus av den øvrige utbyggingen i kommunen, mens valg av lokalisering kan avhenge av hensyn til blant annet natur, miljø, infrastruktur og fremtidige planer for alternativ bruk. Helhetsperspektivet gjør at rettskildепrinsippene gir lite veiledning i enkeltsaker. I rettspraksis er det likevel eksempler på at utpreget faglige vurderinger –

¹⁹⁴ Foruten LE-2019-17428, er dette lagt til grunn i følgende underrettsavgjørelser: LG-2014-184100 (Motorpark), LA-2017-33514 (Landbruksvei), LH-2014-122719 (Treindustri), LG-2013-54170 (Industrihavn), RG-2013-1090, RG-2012-1320, RG-2010-1028, LF-2008-8789, LG-2007-176723, LB-2007-124897, RG-2002-343, LA-1997-126 og RG-1983-930.

¹⁹⁵ Eckhoff/Smith (2018) s. 386.

¹⁹⁶ Kapittel 1.2.2.

også planfaglige – blir vurdert som rettsanvendelse, men at domstolene utviser «betydelig tilbakeholdenhet» i prøvingen av forvaltningens vurderinger, se f.eks. Rt-2009-354 avsnitt 47.¹⁹⁷

Det blir oftere tale om forvaltningsskjønn dersom vurderingen også er *utpreget politisk*. Det er mange juridiske spørsmål som er politisk betente. For eksempel er ekspropriasjon et nødvendig virkemiddel for å gjennomføre den politiske viljen som er stadfestet gjennom kommunale arealplaner. Samtidig er tematikken – tvangsavståelse av eiendom – like mye av juridisk som politisk karakter. Det er imidlertid ikke først og fremst hva avgjørelsen gjelder, men vurderingsnormens utforming som er avgjørende for vurderingens karakteristikk. Ofte forutsetter en konkret vurdering av orl. § 2 (2) at kommunen foretar rene verdiprioriteringer. Eksempler kan være avveining av kommunal mot privat barnehagedrift eller valg mellom ulike næringsinteresser.¹⁹⁸ Den konkrete vektleggingen kan i utpreget grad variere med skiftende samfunnsforhold.¹⁹⁹ Det kan tilsi at vurderingen hører under kommunestyrets skjønn, da kommunestyrerepresentantene står til valg hvert fjerde år og dermed kan sies å representere den herskende samfunnsoppfatningen.

Til sammen trekker det at en så vag, faglig og politisk vurdering er lagt til kommunestyret, nokså bestemt i retning av at den ikke er rettslig styrt, men overlatt til forvaltningens skjønn.²⁰⁰

I nyere litteratur har det blitt hevdet at Høyesterett legger mindre vekt på om vurderingen er faglig og/eller politisk og at det i større grad er vilkårets forhold til kan-skjønn som er utslagsgivende.²⁰¹ Moen fremholder at den konkrete vurderingen av vilkår som gjengir vurderinger som uansett inngår i en forsvarlig utøvelse av kan-skjønn, blir behandlet som forvaltningsskjønn så lenge det ikke er holdepunkter for annet.²⁰² Enhver vurdering av om et inngrep skal iverksettes må ta i betraktning om inngrepet er egnet, nødvendig og forholdsmessig (i snever forstand). Ettersom forholdsmessighetskravet i orl. § 2 (2) dermed sammenfaller med kan-skjønn, tilsier også denne tilnærmingen at vurderingen er et forvaltningsskjønn.

Enkelte har riktignok fremholdt at lovfesting av kan-skjønnets vurderinger kan indikere et lovgiverønske om rettsliggjøring.²⁰³ I vårt tilfelle er det som tidligere nevnt ikke holdepunkter for en slik tolkning i forarbeider eller rettspraksis. Tvert imot er det grunn til å ta i betraktning at

¹⁹⁷ I Rt-2004-1092 ble vurdering av om «særlige hensyn» tilsa fredning etter reinbeite-loven ansett som rettsanvendelse med tilbakeholden domstolskontroll (avsnitt 70). Se også Rt-1995-1427: «... domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak» (s. 1433). Eckhoff/Smith (2018) s. 527.

¹⁹⁸ Sml. RG-2011-666 (Kommunal barnehage) og RG-2008-267 (Smoltvirksomhet).

¹⁹⁹ Innjord (1996) s. 184 skriver at slike vurderinger bør anses som forvaltningsskjønn.

²⁰⁰ Rt-2007-257 (Trallfa) avsnitt 42.

²⁰¹ Moen (2018) s. 102 og Innjord (1996) s. 185.

²⁰² Moen (2018) s. 112.

²⁰³ I denne retning tilsynelatende Stub (2011) s. 94.

det er det folkevalgte kommunestyret som skal foreta vurderingen. Selv om også kommunestyrets kompetanse kan være betinget av rettslig overprøvbare vilkår, har det formodningen mot for en så faglig-politisk forholdsmessighetsvurdering som her – siden rettsliggjøring av denne vil redusere kommunestyrets politiske spillerom («kan») til en mulighet til å avstå fra inngrep.

2.5.2.4 Rettssikkerhetshensyn – likevel rettsanvendelse?

Sondringen mellom rettsanvendelse og forvaltningsskjønn har en side mot legalitetsprinsippet. Etter Grl. § 113 skal forvaltningens inngrepskompetanse være forankret i formell lov. Ettersom en svært vid inngrepsfullmakt reiser mange av de samme innvendingene som mangel på slik fullmakt, stiller legalitetsprinsippet også krav til kompetansegrunnlagets utforming.²⁰⁴ I praksis har ikke legalitetsprinsippet blitt ansett for å stille særlig strenge krav til kompetansegrunnlagets utforming, i hvert fall ikke utenfor de mest alvorlige og straffelignende forvaltningsinngrepene.²⁰⁵ Det er likevel ikke tvil om at legalitetsprinsippet mister slagkraften dersom de lovbestemte kriteriene oppstiller altomfattende vurderingstemaer som avgjørelsesorganet alene kan avgjøre om er oppfylt.²⁰⁶ Vangsnes skriver her at den «kanskje viktigste siden ved overprøving som rettssikkerhetsgaranti er at den sikrer en effektiv ivaretagelse av legalitetsprinsippet».²⁰⁷

I forlengelsen av det overstående kan en spørre om ikke legalitetsprinsippet og rettssikkerhetshensyn tilsier at hele eller deler av vurderingen etter orl. § 2 (2) anses som rettsanvendelse.

En omtale av ekspropriasjonsvurderingen som rettsanvendelse vil bare sørge for mer rettssikkerhet og ivaretagelse av legalitetsprinsippet dersom dette faktisk fører til rettslig presisering og mer intensiv prøving. I Rt-2007-257 (Trallfa) uttalte Høyesterett at det er lite plass for rettssikkerhetshensyn når «generelle kriterier kombineres med faglige og politiske vurderinger» fordi domstolskontrollen overfor en så vag, faglig og politisk vurdering «reelt sett» ikke vil kunne gå lenger enn prøvingen av forvaltningsskjønnet (avsnitt 44). Høyesterett gir med andre ord uttrykk for at rettssikkerhetshensyn har lite betydning for sondringen mellom rettsanvendelse og forvaltningsskjønn.²⁰⁸ I samme avsnitt tok imidlertid Høyesterett forbehold om at

«... skjønnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger

²⁰⁴ Graver (2019) s. 85.

²⁰⁵ Moen (2018) s. 108.

²⁰⁶ Moen (2018) s. 108 og Graver (2019) s. 85.

²⁰⁷ Vangsnes (2014) s. 144.

²⁰⁸ I samme retning, men før Trallfa-dommen, Innjord (1996) s. 192.

og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettssikkerhetsgrunner kunne tilsa en mer intensiv domstolskontroll». ²⁰⁹

En nærliggende slutning herfra kan være at en karakteristikk som forvaltningskjønn i én situasjonstype, ikke trenger å bety at karakteristikken trenger å bli lik i enhver annen situasjonstype. ²¹⁰ Selv om rettskildepriinsippene i de fleste situasjonstyper ikke gir veiledning (faglig-politiske vurderinger), kan de gi veiledning i noen situasjonstyper (rettslige vurderinger).

Et eksempel på det siste kan oppstå ved ekspropriasjon av grunneiers eiendom for etablering av tilkomstvei til et utbyggingsprosjekt på naboeiendommen, til tross for at det er mulig å legge veien rundt eiendommen. ²¹¹ Etersom denne vurderingen ikke berører den helhetlige arealbruken i kommunen, er det ikke naturlig å omtale denne vurderingen som spesielt planfaglig. Det er heller ikke åpenbart at valget mellom disse alternativene er av spesielt politisk karakter. Det kan derfor være naturlig å omtale denne vurderingen av forholdsmessighet (i snever forstand) som rettsanvendelse – med den mer intensive kontrollen som da følger med. Samtidig kan det her være grunn til å anse dette som et utslag av myndighetsoverskridelseslæren. Etter den treddede forholdsmessighetsvurderingen må kommunen i eksempelet vise at saklige hensyn begrunner den nærmere plasseringen og at dette hensynet ikke er tillagt overdreven vekt i avveiningen mot grunneierinteressen (vilkårighet). ²¹² En naturlig slutning fra Trallfa-dommen kan derfor være at rettssikkerhetshensyn tilsier en streng praktisering av myndighetsoverskridelseslæren overfor de sidene av skjønnsutøvelsen hvor rettskildepriinsippene gir veiledning. ²¹³

Konklusjonen er etter dette at ekspropriasjonsvurderingen i all hovedsak er et forvaltningskjønn som er unntatt domstolskontroll, ²¹⁴ men at rettssikkerhetshensyn kan skjerpe myndighetsoverskridelseslæren overfor de deler av vurderingen hvor det faglige og politiske innslaget er mindre fremtredende. I tillegg skal vi i kapittel 4.2 se at kommunens vurderingsfrihet kan sies å bli ytterligere begrenset av at statlige klageorganer kan overprøve kommunens skjønnsutøvelse innenfor myndighetsoverskridelseslærens yttergrenser.

²⁰⁹ Uttalelsen er ikke gjentatt i senere høyesterettspraksis, og virker å være viet lite plass i litteraturen. Den er likevel såpass treffende for spørsmålet i inneværende avsnitt, at den etter mitt syn fortjener nærmere omtale.

²¹⁰ Graver (2007) s. 373 skriver at Høyesterett åpner for at «rettssikkerhetshensynene kan slå forskjellig ut ... innenfor den enkelte hjemmelen».

²¹¹ Faktum i LA-2017-33514 (Landbruksvei), om valg mellom to veitraseer, gir et tilgrensende eksempel.

²¹² Kapittel 4.4.2.

²¹³ Graver (2019) s. 269 skriver i denne retning at «man [kan] spørre om det i praksis er i ferd med å utvikle seg en tilnærming til spørsmålet om *overprøving av skjønnet* som er parallell til den som Høyesterett har anlagt etter legalitetspriinsippet, jf. Rt. 1995 s. 530» (uthevet her). Se også Stub (2008) s. 180.

²¹⁴ Se f.eks. Sandene (1962) s. 88, Fleischer (1978) s. 77, Backer (1986) s. 650, Knudsen (1997) s. 66, Keiserud/Bjella (2015) s. 96, Lie (2017) s. 276, forutsetningsvis Innjord mfl. (2020) s. 461, Broch Hauge mfl. (2021) s. 106. Moen (2018) spør om gjeldende rett her er i tråd med EMK Artikkel 6 nr. 1, se kapittel 4.4.2 og 4.5.3.

2.6 En samlet vurdering av de materielle minstekravene for ekspropriasjon

Kapitlet har vist at kommunens ekspropriasjonskompetanse er betinget av et minstekrav om forholdsmessighet (i vid forstand), og at kommunal ekspropriasjon derfor skal være egnet, nødvendig og forholdsmessig (i snever forstand). I denne vurderingen har vi sett at en rekke forskjellige hensyn og alternativer er relevante og at det hovedsakelig er ekspropriasjonssøkerens rent subjektive interesser som faller utenfor. Samtidig har vi sett at kommunestyret er gitt en vid fullmakt til å bestemme de ulike interessenes vekt. Det kan derfor synes som at minstekravet i liten grad utgjør noen reell begrensning for kommunens ekspropriasjonskompetanse.

Rettspolitisk kan man, til tross for kommunestyrerepresentantenes lokale kunnskap og legitimitet, stille spørsmål ved om det er hensiktsmessig at kommunestyret er gitt en nesten vilkårsløs ekspropriasjonsfullmakt. Ettersom kommunestyrerepresentantene er valgt for fireårsperioder, er det f.eks. en fare for at kortsiktig innfrielse av valgløfter prioriteres på bekostning av grunneiere og langsiktig rasjonalitet. Det er flere virkemidler som kan bidra til å sikre en rasjonell vurdering av minstekravene. Et *første virkemiddel* er å oppstille inngangsvilkår som er styrt av rettskildeprinsippene. Det er imidlertid vanskelig å se for seg hva dette skulle være.²¹⁵ Et *annet virkemiddel* er å oppjustere ekspropriasjonserstatningen.²¹⁶ Ettersom det kun er lønnsomme tiltak blir gjennomført, vil et slikt påslag i praksis fungere som et krav om kvalifisert overvekt.

Selv om kommunen etter gjeldende norsk rett innehar stor vurderingsfrihet, er den fortsatt forpliktet til å foreta en forsvarlig vurdering. I litteraturen blir minstekravene derfor omtalt som saksbehandlingsregler.²¹⁷ Et *tredje virkemiddel* for å sikre en rasjonell vurdering er at loven oppstiller prosessuelle krav som sikrer at kommunens vurdering av minstekravene er forsvarlig. Blir det først foretatt en forsvarlig vurdering av om ekspropriasjon er forholdsmessig (i vid forstand), kan det tross alt hende at det er kommunestyret – med sin lokale kunnskap og legitimitet – som er best egnet til å konkludere i tråd med samfunnsinteressene. I kapittel 3 skal vi derfor undersøke hvordan loven tilrettelegger for at det foretas en forsvarlig vurdering.

²¹⁵ Ekspropriasjonskompetanse er nokså likt regulert i andre europeiske land. Se f.eks. Christensen mfl. (2020) s. 362–364 om dansk ekspropriasjonsrett og Bragdø-Ellenes (2014) s. 315 om fransk ekspropriasjonsrett.

²¹⁶ Se f.eks. den svenske regelen om at det skal gjøres et påslag på 25 prosent utover markedsverdi, jf. expropriationslagen kapittel 4 § 1 annet ledd. Se Føllesdal (2018) s. 186–210 om den svenske påslagsregelen.

²¹⁷ Pedersen mfl. (2018a) s. 473.

3 Kommunens vurdering av de materielle minstekravene

3.1 Nærmere om problemstillingen

Selv om vi over har sett at den konkrete ekspropriasjonsvurderingen etter orl. § 2 i all hovedsak hører under kommunens skjønn, er kommunen fortsatt forpliktet til å foreta en forsvarlig vurdering. En forsvarlig vurdering forutsetter for det første at beslutningsgrunnlaget er så godt opplyst at kommunen *kan* ta stilling til den forholdsmessighetsvurderingen som ble tegnet opp i kapittel 2, og for det andre for at kommunen faktisk *har* foretatt en konkret vurdering av de relevante hensynene som gjør seg gjeldende.²¹⁸ For å sikre at kommunen foretar en forsvarlig vurdering, stilles krav til utredning og begrunnelse. Det er disse reglene vi nå skal undersøke.

Ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1) forutsetter at det foreligger en reguleringsplan. Loven stiller krav om at det i reguleringsplanprosessen skal skje ulike utredninger og vurderinger, jf. særlig lovens kapittel 4 og 12. I kapittel 1.3 så vi at Høyesterett i Rt-1998-416 (Namsos) derfor uttalte at det «normalt ikke er plass for en selvstendig vurdering av inngrepets nødvendighet og forholdsmessighet» i ekspropriasjonsvedtaket «fordi slike vurderinger er foretatt i forbindelse med vedtakelse av den plan det eksproprieres etter» og at det bare ved «spesielle forhold» er plass til en slik vurdering (side 423). Uttalelsene forutsetter at reguleringsplanprosessen langt på vei skal være tilstrekkelig til å foreta en forsvarlig ekspropriasjonsvurdering i tråd med orl. § 2.²¹⁹

Problemstillingen i det følgende er hvor langt reguleringsplanprosessen sikrer saksopplysning og vurdering i tråd med de til nå beskrevne minstekravene i orl. § 2, og hvilke nye utredninger og vurderinger som eventuelt vil måtte foretas i ekspropriasjonsvedtaket. Det blir først gitt en oversikt over utredningsprosessen (3.2). Hensikten er å redegjøre for kommunens og private tiltakshaveres utredningsansvar i regulerings- og ekspropriasjonssaker og hvordan grunneier blir inkludert i utredningsprosessen. Deretter skal vi fastlegge de materielle kravene til reguleringsplanens utredninger (3.3). Spørsmålet er særlig om reglene sikrer utredning av planens virkninger for grunneiere og mindre inngripende planløsninger. Etter dette skal vi se fastlegge kravene til kommunens begrunnede overveielse av beskrevne virkninger og alternativer (3.4). Til slutt skal vi på bakgrunn av Rt-1998-416 (Namsos) fastlegge hvilke utfyllende og/eller fornyede utredninger og vurderinger som må foretas i ekspropriasjonsvedtaket (3.5).

²¹⁸ Myklebust (2019) s. 312.

²¹⁹ Pedersen mfl. (2018a) s. 308 tar Namsos-dommen til inntekt for at orl. § 2 kommer direkte til anvendelse på planvedtaket, jf. orl. § 30. Se også Pedersen (1986) s. 301 og Pedersen mfl. (1990) s. 48. En lignende anførsel ble avfeid i LF-2001-1027, og anke til Høyesterett ble avvist i HR-2002-867. Jeg er, som Frihagen (1990) s. 256, uenig i at orl. § 2 kommer direkte til anvendelse på reguleringsplanvedtaket, jf. orl. § 30. Se også JDLOV-2007-4519, Fleischer (1992) s. 513 og tilsynelatende Innjord mfl. (2020) s. 461.

3.2 Innledende om utredningsprosessen

3.2.1 Generelt om kommunens utredningsansvar

Dette avsnittet tegner utgangspunktene for kommunens utrednings- og vurderingsansvar i ekspropriasjonssaker etter pbl. § 16-2 (1). Hensikten er å belyse ansvaret i lys av at det ofte er private forslagsstillere/ekspropriasjonssøkere som står for det praktiske utredningsarbeidet.²²⁰

Utgangspunktet for utredningsplikten er etter fvl. § 17 (1) at forvaltningen «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes».²²¹ Formuleringen «så godt opplyst som mulig» oppstiller rent språklig et svært strengt utredningskrav, men det er sikker rett at lovteksten her ikke kan tas på ordet.²²² Utredningsplikten omfang må fastsettes på grunnlag av en tolkning av kompetansegrunnlaget.²²³ Kompetansegrunnlagets behov for saksopplysning vurderes i lys av sakens viktighet for partene og samfunnet for øvrig. Opplysningsbehovet må videre avveies mot hensyn til effektivitet og prosessøkonomi, samt partenes mulighet til selv å medvirke.

Det er flere hensyn som tilsier et *strengt utredningskrav* i regulerings- og ekspropriasjonssaker. For det første har fremleggelsen i kapittel 2 vist at det ofte er tale om *komplekse vurderinger* av en rekke forskjellige hensyn. En forsvarlig vurdering krever derfor et bredt kunnskapsgrunnlag.

For det andre og tredje er strenge krav viktig av hensyn til grunneier og samfunnet for øvrig. Ettersom vedtakene som avhandlingen omhandler er sterkt inngripende overfor grunneier, tilsier *rettssikkerhensyn* at vedtaket treffes på et spesielt solid kunnskapsgrunnlag.²²⁴ I Rt-1964-1025 uttalte Høyesterett derfor at det «i en sak av denne art [bør] stilles strenge krav til grunnlaget for ekspropriasjonstillatelsen» (side 1030).²²⁵ Ettersom vi nedenfor skal se at store deler av utredningsarbeidet blir gjort i reguleringsplanprosessen, blir høyesterettsuttalelsen tilsvarende aktuell for disse reguleringsplanene. I tillegg har regulerings- og ekspropriasjonssaker ofte en tendens til å engasjere allmennheten. Et godt beslutningsgrunnlag er derfor viktig av hensyn til *samfunnets tillit* til forvaltningen og de beslutninger som skal treffes.

²²⁰ Ifølge SSB (2021) ble det i 2020 vedtatt 942 private og 276 offentlige reguleringsplaner.

²²¹ Spesialreglene i orl. § 12 («klarlagt som best råd er») og pbl. § 16-2 (4) («best mulig klarlagt») er skrevet over samme lest som fvl. § 17, og tilfører ikke noe mer, jf. Ot.prp. nr. 27 (1968–1969) s. 102–103 om orl. § 12.

²²² Eckhoff/Smith (2018) s. 270, Graver (2019) s. 450, Woxholth (2011) s. 356 og NOU 2019: 5 s. 322.

²²³ NOU 2019: 5 s. 322 og Graver (2019) s. 450.

²²⁴ Se Woxholth (2011) s. 358, Frihagen (1990) s. 254 og Keiserud/Bjella (2015) s. 149.

²²⁵ Se også Rt-1961-910.

For det fjerde er det også grunn til å minne om at ekspropriasjonsvedtak både rettslig og faktisk kan være *vanskelig å reversere*.²²⁶ I saker som tilgodeser en privat tiltakshaver, vil forvaltningen bare kunne omgjøre vedtaket dersom det er «ugyldig», jf. fvl. § 35 (1) bokstav c. Dessuten blir det i en del tilfeller gitt tillatelse til forhåndstiltredelse før vedtaket kommer opp for domstolene, jf. orl. § 28. Dersom tiltaket er helt eller delvis realisert, er det både vanskelig og lite hensiktsmessig å omgjøre vedtaket. Ettersom disse forholdene spiller inn på u-/gyldighetsvurderingen, er det derfor viktig for grunneier at ikke vesentlige opplysninger først kommer frem etter at vedtaket er truffet og tiltaket igangsatt.²²⁷

Lovgiver har tatt høyde for at det er behov for riktige ekspropriasjonsavgjørelser gjennom å oppstille et strengt *beviskrav*. Etter orl. § 2 (2) skal det være «tvillaust» at minstekravene er oppfylt.²²⁸ Sivilombudsmannen har uttalt at skjerpede beviskrav fordrer grundigere undersøkelser enn ellers.²²⁹ I lovforarbeidene uttalte Stortingets justiskomiteé at det bare skal eksproprieres når minstekravene i orl. § 2 «tydeleg og klårt» er oppfylt.²³⁰ Det strenge beviskravet får betydning for utredningsplikten ved at den må være så godt opplyst at det ikke er tvil om at minstekravene er oppfylt.²³¹ Det vil si at de faktiske forholdene må være så sikre at utfallet av vurderingen ikke blir påvirket dersom den eventuelle usikkerheten slår til.²³² Dersom usikkerheten sår tvil om kommunens vurdering, krever beviskravet ytterligere utredninger. Der utredningen av ekspropriasjonsvurderingen i praksis blir gjort som del av reguleringsplanprosessen, er det naturlig at tilsvarende krav gjelder for utredningen av reguleringsplanen.

I regulerings- og ekspropriasjonssaker er det ofte forslagsstiller/ekspropriasjonssøker som står for mye av det praktiske utredningsarbeidet. Blir reguleringsplanen foreslått av en privat part, er det denne som etter plan- og bygningsloven har ansvaret for å innhente og beskrive planens fordeler og ulemper, jf. særlig pbl. § 4-2 (1). Samtidig er det fortsatt kommunen som etter fvl. § 17 har ansvar for at saken er så godt opplyst som mulig på vedtakstidspunktet. Hvis regulerings- og ekspropriasjonsvedtak treffes på mangelfullt kunnskapsgrunnlag, vil dette derfor være en saksbehandlingsfeil som kan få betydning for vedtakenes gyldighet.²³³

²²⁶ Graver (2019) s. 451 skriver at det i «saker hvor det ikke er mulig å rette opp feil, kan det være grunn til å gjøre undersøkelsesplikten mer omfattende enn i andre saker».

²²⁷ Kapittel 4.5.3.

²²⁸ Kapittel 2.3.3 og 2.5.2.1.

²²⁹ Somb-2008-123 s. 127.

²³⁰ Innst. O. VII. (1959) s. 48.

²³¹ Tilsvarende Backer (1986) s. 650.

²³² Tilsvarende Frihagen (1990) s. 255, Backer (1986) s. 650. og dels Rogstad (2009) s. 33.

²³³ Backer (1986) s. 625.

Begrunnelsen for å legge det praktiske utredningsarbeidet til forslagsstiller/ekspropriasjonssøker, er hovedsakelig at det er prosessøkonomisk effektivt.²³⁴ I tillegg kan en si at det er rimelig at den som har egeninteresse i planen, også må dekke kostnadene med å få den realisert.²³⁵

Baksiden er at utredningen kan bli påvirket av aktørens egeninteresser.²³⁶ Det er derfor en fare for en viss dreining i utredningens fremstilling av fordels- og ulempevirkninger, og at mindre inngripende alternativer underspilles fordi disse f.eks. er privatøkonomisk noe dyrere. Ettersom forslagsstillerens virkningsbeskrivelse legger premissene for kommunens vurdering, kan denne subjektiviteten bli utslagsgivende for *om*, og eventuelt *hva*, kommunen vedtar å regulere og ekspropriere.²³⁷ For å motvirke at beslutningsgrunnlaget kan få en slagside, er det som *Winge* skriver av «vesentlig betydning» at loven stiller krav til fremgangsmåten, herunder til medvirkning fra berørte aktører, slik at disse kan supplere og/eller korrigere fremstillingen.²³⁸

Som vi skal se, er det flere prosessregler som skal sikre medvirkning i saksbehandlingen. Samtidig skal vi også se at prosessen er mye mindre formell enn konsekvensutredningsprosessen. Den nevnte faren for subjektiv slagside er derfor viktig å ha i mente ved tolkningen av prosessreglene, f.eks. pbl. § 5-1 – som bare sier at forslagsstiller «skal legge til rette for medvirkning».

3.2.2 Utredningsprosessen – særlig grunneiers prosessuelle rettigheter

Utredningsprosessen i regulerings- og ekspropriasjonssaker er hovedsakelig regulert i pbl. kapittel 12 og 16. I tillegg er prosessen underlagt de alminnelige kravene til utredning og medvirkning i kapittel 4 og 5, samt forvaltningslovens saksbehandlingsregler så lenge ikke annet er bestemt. Dessuten må samtlige regler leses i lys av formålsbestemmelsene i pbl. §§ 1-1 og 3-1.

Reguleringsplanprosessen kan grovinndeles i tre hovedfaser: oppstartsfasen, utredningsfasen og beslutningsfasen.²³⁹ Dertil kommer ekspropriasjonsprosessens regler. Det er for vårt formål for omfattende å gjennomgå samtlige prosessuelle regler. Ettersom vi i kapittel 3.2.1 så at det er en fare for at utredningen kan favorisere inngrepsinteressene, er det grunneiers prosessuelle rettigheter som er av spesiell interesse for denne avhandlingen. I det følgende skal vi derfor undersøke hvordan disse prosesskravene sikrer grunneier rett til kontradiksjon og medvirkning.

²³⁴ Winge (2013) s. 88.

²³⁵ Eide/Stavang (2018) s. 104.

²³⁶ Winge (2013) s. 88.

²³⁷ Winge (2013) s. 88.

²³⁸ Winge (2013) s. 88.

²³⁹ Sml. KMD (2018) s. 33–34.

Vi ser først på *reguleringsplanprosessens regler*. Prosessens *oppstartsfasen* er hovedsakelig regulert i pbl. § 12-8. Hvis det ikke er kommunen selv som er forslagsstiller, skal det først avholdes et oppstartsmøte mellom forslagsstilleren og kommunen. Kommunen tar så stilling til om planarbeidet skal igangsettes eller stanses, jf. pbl. §§ 12-8 (2). Ønsker kommunen å gå videre med eget eller andres planarbeid, følger det av § 12-8 (1) første punktum at berørte offentlige organer og andre interesserte skal *varsles*. Det følger mer presist av § 12-8 (3) at forslagsstilleren skal kunngjøre planoppstarten for allmennheten og underrette dem som blir «direkte berørt» av planarbeidet, herunder «[r]egistrerte grunneiere» i planområdet.

Bestemmelsen sier lite om det forhåndsvarselets nærmere *innhold*. Etter pbl. § 12-8 (3) og (4) skal varselet være «hensiktsmessig», samt angi «avgrensningen av planområdet» og at «planarbeidet tas opp». Formuleringene må suppleres med de alminnelige innholdskravene i fvl. § 16 (2). Det innebærer at varselet må angi «hva saken gjelder» og det som er «påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv». I forarbeidene til forvaltningsloven skrev Forvaltningskomiteen at «det minste» mottakeren må kunne kreve er å bli «kjent med den forvaltningsakt som det er spørsmål om å treffe mot ham eller som berører hans interesser».²⁴⁰

Etter dette må forhåndsvarselet til grunneier inneholde de foreløpige saksdokumentene, eventuelt opplysning om hvor grunneieren kan finne dokumentene. Saksdokumentene er imidlertid ikke alene tilstrekkelig.²⁴¹ Grunneier må også bli gjort kjent med hvordan eiendommen er regulert i dag og hvilke virkninger det igangsatte arbeidet sannsynligvis vil få for ham.²⁴² En klarlagt forutsetning om eiendomsavståelse må derfor fremgå av varselet. I en del saker er det imidlertid på dette stadiet usikkert hvilke virkninger planarbeidet vil få for grunneier. I så fall tilsier formålet og de nevnte forarbeidsuttalelsene at varselet opplyser om hvilke alternativer som vurderes, og om at grunneieren vil få nytt varsel når virkningene blir klarere. Ettersom forslagsstiller og kommunen har plikt til å tilstrebe «reell medvirkning» gjennom hele planprosessen, må varselet også orientere om grunneiers medvirkningsrett, jf. pbl. § 5-1 (se nedenfor).

Loven oppstiller ingen formelle utredningsskritt i den andre fasen – *utredningsfasen*. Her må vi, som tidligere antydte, se hen til pbl. § 5-1. Etter dens første punktum «skal» forslagsstiller «legge til rette for medvirkning». Dersom kommunen ikke selv er forslagsstiller, «skal» den etter andre punktum «påse» at forslagsstiller etterlever plikten. Bestemmelsen pålegger forslagsstiller en plikt til å tilstrebe medvirkning gjennom hele prosessen, og skal sikre lovens formål om åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning, jf. pbl. § 1-1 (4). Ifølge forarbeidene er de formelle

²⁴⁰ NUT 1958: 3 s. 187.

²⁴¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 272 skriver at saksdokumenter i noen saker kan være tilstrekkelig, men at omfattende saksdokumenter kan virke «forvirrende». KMD (2018) s. 50 viser til at «planterminologi» fordrer forklaring.

²⁴² KMD (2018) s. 49.

medvirkningsskrittene i pbl. §§ 12-8 og 12-10 «minstekrav» som ikke alltid er tilstrekkelige. Forslagsstiller og kommunen skal nemlig «tilstrebe reell medvirkning», jf. pbl. § 5-1.²⁴³

Forslagsstilleren kan altså ikke avvente enhver medvirkning til planen skal på høring og offentlig ettersyn etter pbl. § 12-10, men må sørge for nødvendig medvirkning underveis i utredningsarbeidet. Årsaken er at løpende medvirkning kan være nødvendig for at de berørtes synspunkter skal få reell innflytelse på planens endelige utforming. For selv om kommunen ikke er bundet av forslagsstillerens planforslag, er det knyttet praktiske ulemper til å gjøre store endringer i den avsluttende fasen. Det er derfor grunn til å tro at sent innkomne synspunkter tillegges mindre vekt.²⁴⁴ En konsekvens av dette er at forslagsstiller må ha plikt til å varsle grunneiere dersom det underveis i planutarbeidelsen blir aktuelt med en mer inngripende arealbruk enn hva som fremgikk av det innledende forhåndsvarselet.²⁴⁵ Uteblitt varsling og/eller kontradiksjon underveis i arbeidet, kan være en saksbehandlingsfeil av betydning for vedtakets gyldighet.

Den avsluttende *beslutningsfasen* er regulert i §§ 12-10 til 12-12. Forslagsstillers planforslag skal etter § 12-10 (1) sendes på høring og offentlig ettersyn. Den samme personkretsen som etter § 12-8 skal her få *varsel*, herunder grunneiere i planområdet. Etter at planen har ligget til offentlig ettersyn i minst seks uker, skal kommunen bearbeide planforslaget i lys av de innkomne merknadene. Deretter legges forslaget «eventuelt i alternativer» frem for kommunestyret til vedtak, jf. pbl. § 12-12 (1) første punktum. Saksfremlegget skal inneholde planforslaget med planbeskrivelse og andre utredninger, samt et forslag til begrunnelse, jf. pbl. § 12-12 (1) andre punktum.²⁴⁶ Etter at planen er vedtatt skal blant annet grunneiere «underrettes særskilt ved brev», jf. pbl. § 12-12 (4). Her skal grunneier opplyses om klageadgangen og klagefristen.

Videre ser vi på reglene om *ekspropriasjonsprosessen*. Den viktigste prosessuelle rettigheten her er at grunneier etter pbl. § 16-2 (4) skal «ha hatt mulighet til å uttale seg». Selv om grunneier allerede har hatt mulighet til å kontradiksjon og medvirkning, må kommunen sende nytt *forhåndsvarsel*.²⁴⁷ Hvis vedtakene treffes i samme kommunestyremøte, vil imidlertid dette varselet være sendt før reguleringsplanen er vedtatt. Det er ingenting i veien for at det da sendes felles varsel for begge vedtakene, så lenge det kommer tydelig frem at varselet også gjelder ekspropriasjon. Siden bestemmelsen ikke oppstiller krav til varselets innhold, gjelder fv. § 16

²⁴³ NOU 2003: 14 s. 251 og Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 189.

²⁴⁴ I samme retning Pedersen mfl. (2018a) s. 304 om varslingsregelen i pbl. § 12-8, Winge (2013) s. 137 om forhånds melding etter pbl. § 14-2 og Eckhoff/Smith (2018) s. 272 om fv. § 16. Kapittel 4.5.2 om fv. § 41.

²⁴⁵ Hvis endringen fører til at grunneieren går fra å være utenforstående til å bli «part» jf. fv. § 2 (1) bokstav c, er det mulig at fv. § 16 kommer direkte til anvendelse. Selv om fv. § 16 ikke skulle komme direkte til anvendelse, tilsier sammenhengen at en lignende plikt følger av pbl. § 5-1 som jo skal sikre «reell medvirkning».

²⁴⁶ Kapittel 3.4.

²⁴⁷ KRD (2002) s. 13 og Frihagen (1990) s. 257.

også her. Hva det skal opplyses om, avhenger av hva som er bestemt i reguleringsplansaken. Det kan, som vi skal se i kapittel 3.3 og 3.4, variere hva som er utredet, vurdert og bestemt i reguleringsplansaken. Det sentrale på dette stadiet er at grunneier får anledning til å uttale seg om de forholdene som *nå* skal utredes, vurderes og bestemmes. Dette er tema i kapittel 3.5.

Loven oppstiller heller ikke i ekspropriasjonsprosessen spesielle medvirkningsrettigheter underveis i selve utredningsarbeidet. Enkelte bestemmelser er likevel av interesse: For det første sier pbl. § 16-2 (5) at grunneier «bør» få en frist til «å bygge i samsvar med planen» før «enkelte tomter» blir ekspropriet. Denne regelen oppstiller ingen rettighet, men som vi skal se i kapittel 3.5.2 kan utredningsplikten nødvendiggjøre en slik frist dersom grunneier er et realistisk alternativ. For det andre vil den alminnelige medvirkningsregelen i pbl. § 5-1 også her stille krav om medvirkning, f.eks. der planen åpner for alternative plasseringer. Her kan det, som over, være en saksbehandlingsfeil om grunneier ikke blir tilstrekkelig involvert i prosessen.

Etter at saken er ferdig utredet, skal kommuneadministrasjonen legge saken frem for kommunestyret for vedtak. I saksfremlegget må det følge utkast til begrunnelse, jf. orl. § 12 (3). Grunneieren skal motta særskilt melding om ekspropriasjonsvedtaket, jf. orl. § 12 (3) og fvl. § 24 (1).

Samlet sett ser vi at grunneieren er gitt en rekke prosessuelle rettigheter, men at flere av dem er vagt formulert.²⁴⁸ Dersom reglene blir tolket og praktisert som her foreslått, sørger disse for å utjevne den skjevheten som skapes av at det er forslagsstilleren som står for det praktiske utredningsarbeidet. Forutsetningen er særlig at pbl. § 5-1 tolkes og praktiseres strengt. En streng tolkning underbygges av både pbl. § 1-1 (4) og de nevnte forarbeidsuttalelsene. Dessuten er en slik tolkning nødvendig for å sikre et *godt beslutningsgrunnlag*, slik fvl. § 17 (1) krever.²⁴⁹

3.3 Materielle krav til reguleringsplanvedtakets utredninger

3.3.1 Innledning

Ovenfor så vi at det i regulerings- og ekspropriasjonssaker skal gjelde forholdsvis strenge utredningskrav og at plan- og bygningsloven foreskriver en utredningsprosess hvor berørte grunneiere har rett til medvirkning og kontradiksjon. I dette avsnittet skal vi rette blikket mot reglene som stiller krav til det nærmere innholdet i reguleringsplanvedtakets utredninger. I Rt-1998-

²⁴⁸ Sandvik (1987) s. 156 skriver at «det vil være vanskelig å finne noe område i samfunnet der valget mellom effektivitet og rettssikkerhet til de grader er blitt truffet på bekostning av effektivitetshensynet». Synspunktet er treffende for de prosessuelle kravene. Samtidig kan en si at det også er vanskelig å finne noe rettsområde hvor forvaltningens vurderingsfrihet har fått slik forrang for den enkeltes behov for materiell overprøving.

²⁴⁹ Kapittel 3.2.1.

416 (Namsos) forutsatte som kjent Høyesterett at vurderinger som tilsvarer orl. § 2 «er foretatt i forbindelse med den plan det eksproprieres etter».²⁵⁰ Spørsmålet er hvor godt kravene til utredning av reguleringsplanvedtaket sørger for et beslutningsgrunnlag som er dekkende for vurdering av om eiendomsavståelse er forholdsmessig (i vid forstand).

I første omgang skal vi kartlegge reglene som stiller krav til utredningens innhold (3.3.2). Formålet er å få et overblikk over de tradisjonelle utredningstemaene i reguleringsplansaker. Deretter skal vi se nærmere på to utredningstemaer som er spesielt viktige for vårt tilfelle: For det første skal vi undersøke om, og eventuelt i hvilken utstrekning, planbeskrivelsen skal inneholde en utredning av planens virkninger for eiere i planområdet, jf. pbl. § 4-2 (1) (3.3.3). For det andre skal vi undersøke om, og eventuelt i hvilken utredning, planens virkninger for eiere i planområdet kan utløse en plikt til å utrede mindre inngripende planløsninger (3.3.4).

3.3.2 Generelt om kravene til utredningens innhold

Plan- og bygningsloven kapittel 4 stiller generelle krav til utredning av planer. I tillegg kan enkelte utredningskrav følge av lovens kapittel 12 om reguleringsplaner.²⁵¹ Etter pbl. § 1-9 gjelder forvaltningsloven så langt ikke annet er bestemt. Bestemmelsene i pbl. kapittel 4 og 12 er et supplement til kommunens alminnelige utredningsansvar etter fvl. § 17 (1).²⁵² Kommunen kan derfor måtte foreta utredninger utover de spesielle kravene i plan- og bygningsloven.²⁵³

De viktigste utredningskravene i plansaker følger av pbl. § 4-2.²⁵⁴ Etter pbl. § 4-2 skal alle planforslag som legges ut for offentlig ettersyn ha en *planbeskrivelse*, og i noen tilfeller også en konsekvensutredning. Hovedregelen etter pbl. § 4-2 (1) sier:

«Alle forslag til planer etter loven skal ved offentlig ettersyn ha en planbeskrivelse som beskriver planens formål, hovedinnhold og virkninger, samt planens forhold til rammer og retningslinjer som gjelder for området.»

Etter pbl. § 4-2 (2) skal beskrivelsen inneholde en *konsekvensutredning* dersom planen «kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn». Konsekvensutredningsplikten innebærer at utredningsprosessen underlegges konsekvensutredningsforskriftens (KU-forskriften) krav til prosess

²⁵⁰ Kapittel 1.3 og 3.1.

²⁵¹ Se f.eks. fotnote 310 om formuleringen «eventuelt i alternativer» i pbl. § 12-12.

²⁵² Holth/Winge (2019) s. 69 og Pedersen mfl. (2018a) s. 178 og 182.

²⁵³ Frihagen (1988) s. 265.

²⁵⁴ Pbl. § 4-3 stiller krav om risiko- og sårbarhetsanalyse (ROS). En slik utredning tilfører ikke noe til avhandlingens tema og problemstilling, og blir derfor ikke nærmere behandlet her. Se Holth/Winge (2019) s. 77 om ROS.

og innhold.²⁵⁵ KU-prosessen innebærer blant annet at det innledningsvis skal utarbeides et planprogram, jf. pbl. § 4-1. Av hensyn til avhandlingens omfang, blir de særlige reglene om planprogram og konsekvensutredning ikke behandlet nærmere her. Avgrensningen skyldes dels at eierforholdene i planområdet ikke har betydning for KU-vilkåret. Dessuten er det ikke et skarpt skille mellom konsekvensutredninger og de alminnelige utredningskravene. KU-forskriften oppstiller først og fremst en formalisert prosess som skal sikre en forsvarlig saksutredning.²⁵⁶

Vi vender derfor blikket tilbake til den over siterte hovedregelen i pbl. § 4-2 (1). Uttrykket «beskriver» sier ikke mer enn at det skal gis en «fortellende eller systematisk fremstilling av» de angitte temaene,²⁵⁷ men det fremgår av forarbeidene at regelen er «i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige krav til sakens opplysning».²⁵⁸ Planbeskrivelsens innhold skal med andre ord oppfylle kravet etter fvl. § 17. Dersom mangler ved planbeskrivelsens innhold fører til at saken ikke er forsvarlig opplyst på vedtakstidspunktet, kan kommunen ikke vedta reguleringsplanen. Kommunen må i så fall sørge for, eventuelt be om, supplerende utredninger.

Planbeskrivelsen skal beskrive «planens formål, hovedinnhold og virkninger». Det er naturlig å forstå «planens formål» som at det skal gis en beskrivelse av hva planen skal løse, enten det gjelder utbygging eller vern.²⁵⁹ Ordene «planens hovedinnhold» sier ikke mer enn at planen og hva den gjelder skal beskrives, herunder hvilke gårds- og bruksnummer som inngår i planområdet.²⁶⁰ At disse uttrykkene ikke er utdypet i forarbeidene, indikerer at de har lite betydning.²⁶¹

Det er av størst betydning at «*planens virkninger*» skal beskrives. En «virkning» er naturlig å forstå som resultatet av en årsak.²⁶² En beskrivelse av reguleringsplanens «virkninger» krever en sammenligning av situasjonen før og etter planens inntreden. Alle endringer som skyldes planen, inngår i den naturlige forståelsen av «*planens virkninger*». En virkningsbeskrivelse er

²⁵⁵ Reglene bygger delvis på direktiv 2001/42/EF (Plandirektivet) og direktiv 2014/52/EU (Tiltaksdirektivet).

²⁵⁶ Se Rt-2009-661 avsnitt 57: «Reglene om konsekvensutredning etter 1995-loven anviser en formalisert utredningsprosess som skal gjennomføres før et tiltak realitetsbehandles, og som skal inngå i beslutningsgrunnlaget for de tillatelser tiltaket krever. Det er ingen skarp grense mot den alminnelige plikten til forsvarlig saksutredning etter forvaltningsloven § 17.» Se også LF-2019-187397-2 (Skiløype) og Holth/Winge (2019) s. 69.

²⁵⁷ NAOB (2021b).

²⁵⁸ NOU 2003: 14 s. 252 og Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 187.

²⁵⁹ KMD (2018) s. 54.

²⁶⁰ KMD (2018) s. 53.

²⁶¹ Se NOU 2003: 14 s. 252–253 og Ot.prp. 32 (2007–2008) s. 187–188.

²⁶² NAOB (2021c) definerer «virkning» som «resultat eller endring som er fremkalt av en handling, hendelse eller bestemt påvirkning; følge; effekt». SNL (2021) definerer «virkning» som «et resultat eller en endring som følger av en bestemt prosess, hendelse eller påvirkning».

derfor todelt. Først må det gis en beskrivelse av hvilke verdier og hvilken bruk som eksisterer i planområdet.²⁶³ Deretter må det beskrives hvordan situasjonen vil opprettholdes og endres.

Lovteksten konkretiserer ikke *hvilke endringer av nåsituasjonen* («virkninger») som skal beskrives. En reguleringsplan kan rent språklig føre til både rettslige og faktiske virkninger:

Den primære *rettsvirkningen* av reguleringsplaner er at etter pbl. § 12-4 (2) forbyr iverksettelse av tiltak i strid med planens arealformål og bestemmelser.²⁶⁴ I tillegg følger det en indirekte tillatelsesvirkning av pbl. § 21-4 (1), ettersom byggesøknader i tråd med plan- og bygningslovgivningen som hovedregel skal innvilges.²⁶⁵ Reguleringsplaner har ingen direkte rettsvirkning overfor private rettsforhold, men etter pbl. § 12-4 (4) gir reguleringsplaner grunnlag for å anvende ekspropriasjonsreglene i lovens kapittel 16.²⁶⁶ Det krever at det enten treffes nytt enkeltvedtak etter f.eks. pbl. § 16-2 (1) eller at grunneier krever innløsning etter pbl. § 15-2 (1).

Uttrykket «planens virkninger» omfatter også *faktiske virkninger*. Spørsmålet her blir hva planen vil føre til for omgivelsene. Loven konkretiserer ikke hvilke faktiske virkninger som utgjør relevante utredningstemaer, men det er klart at hensynene som er fremhevet i pbl. §§ 1-1 og 3-1 er relevante. Formålsangivelsene er imidlertid ikke uttømmende.²⁶⁷ Utredningstemaer kan også følge av særlover, som f.eks. naturmangfoldloven. KU-forskriften § 21 gir en ikke-uttømmende liste over utredningstemaer som er relevante KU-sammenheng, herunder virkninger for friluftsliv, barn og unges oppvekst, kriminalitetsforebygging og estetisk utforming. Disse utredningstemaene er åpenbart også relevante for reguleringsplaner uten konsekvensutredning.²⁶⁸

En realistisk virkningsbeskrivelse kan også måtte ta stilling til planens *gjennomførbarhet*. Dette er eksplisitt fremhevet i pbl. § 3-1 (3), som sier at planlegging «skal bygge på økonomiske og andre ressursmessige forutsetninger for gjennomføring». Grunnen er at det har liten hensikt å planlegge for tiltak som ikke lar seg gjennomføre.²⁶⁹ Kommunen skal derfor påse at planleggingen er økonomisk gjennomførbar.²⁷⁰ Hvis det allerede på vedtakstidspunktet er klart hvem som skal stå for gjennomføringen, kan dette på samme måte som i ekspropriasjonsvurderingen

²⁶³ KMD (2018) s. 55.

²⁶⁴ Kapittel 1.2.2.

²⁶⁵ Holth/Winge (2019) s. 63.

²⁶⁶ Reguleringsplaner kan riktignok medføre at negative servitutter bortfaller, se Rt-2008-362.

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 170 og 178.

²⁶⁸ Tilsvarende KMD (2018) s. 51.

²⁶⁹ Innjord mfl. (2020) s. 68.

²⁷⁰ KMD (2018) s. 56–57 skriver at planbeskrivelsen «bør gi en omtale av hvordan reguleringsplanen skal gjennomføres», men det synes som at KMD først og fremst sikter til utbyggingsavtaler og andre føringer.

bli spørsmål om tiltakshaverens økonomiske forutsetninger.²⁷¹ Ofte er det likevel vanskelig å se at kommunen har forutsetninger til å prøve riktigheten forslagsstillers økonomiske kalkyler.²⁷² Kommunen vil måtte nøye seg med å konstatere om de fremlagte kalkylene fremtrer forsvarlige. Er det tvil om forsvarligheten, må kommunen be om ytterligere utredninger.²⁷³

Vi ser med dette at planbeskrivelsen skal beskrive forskjellige samfunns- og miljøvirkninger, og i hvilken grad reguleringsplanen er mulig å gjennomføre. Dermed vil reguleringsplanprosessen belyse mange av de samme hensynene som er pliktige i vurderingen av orl. § 2. Samtidig har undersøkelsen hittil ikke kartlagt relevansen av to utredningstemaer som utgjør pliktige hensyn i ekspropriasjonsvurderingen, nemlig *planens virkninger for eiere* i planområdet (3.3.3) og *mindre inngripende planløsninger* (3.3.4).²⁷⁴ Uten disse, er vurderingene klart forskjellige.

3.3.3 Særlig om planens virkninger for eiere i planområdet

Spørsmålet i det følgende er om, og eventuelt i hvilken utstrekning, planens virkninger for berørte eiere i planområdet skal inngå i planbeskrivelsens virkningsbeskrivelse, jf. pbl. § 4-2 (1).

En naturlig språklig forståelse av «planens virkninger» setter ingen grenser så lenge reguleringsplanen er årsak til en endring av nåsituasjonen.²⁷⁵ I utgangspunktet er det derfor ingenting som skulle tilsi at eventuelle virkninger overfor grunneiere i planområdet faller utenfor planbeskrivelsen. Ordlyden trekker tvert imot klart i retning av at virkninger overfor eiere *skal* inngå.

Hvilke «virkninger» kan en reguleringsplan tenkes å ha for grunneiere? Det er innlysende at reguleringsplanens forbud mot nye tiltak i strid med planformål og -bestemmelser, jf. pbl. § 12-4 (2), hovedsakelig rammer nåværende grunneier. Det er eieren som får sin eksisterende rådighet innskrenket. Hvis eieren ikke ønsket den vedtatte arealbruken, vil rettsvirkningen være en ulempevirkning for ham. I tillegg kan reguleringsplaner også ha faktiske virkninger for eiere. Selv om planen ikke har direkte virkning overfor eksisterende bruk, kan det ofte være en forutsetning for at reguleringsplanen skal gjennomføres. Hvis gjennomføring innebærer at nåværende bruk må opphøre, er dette naturlig å omtale som en «virkning» av reguleringsplanen.

²⁷¹ Kapittel 2.4.2.

²⁷² Sml. Winge (2013) s. 203 om energimyndighetene.

²⁷³ Kapittel 3.2.1.

²⁷⁴ Kapittel 2.4.4.

²⁷⁵ Kapittel 3.3.2.

Tilsvarende har reguleringsplaner ikke direkte rettsvirkning på *private rettsforhold* i planområdet. Det er ingen som har plikt til å avstå eiendom på grunn av en reguleringsplan. Likevel kan slik *eiendomsavståelse* i noen tilfeller være en faktisk virkning av reguleringsplanvedtaket:

For det første er det noen planformål som bare det offentlige kan stå for gjennomføringen av (*offentlig formål*). Eksempler er at kommunen etter pbl. § 12-5 kan regulere eiendom til samferdselsanlegg, offentlig infrastruktur, grønnstruktur, fellesområder, fornyelsesområder, offentlige bygninger eller grav- og urnelunder.²⁷⁶ Når kun det offentlige kan gjennomføre planen, er eiendomsavståelse en absolutt forutsetning for at planen skal bli gjennomført. Grunneier er derfor gitt en viss rett til å kreve straksinnløsning, jf. pbl. § 15-2.²⁷⁷ I disse tilfellene er det derfor klart at eiendomsavståelse inngår i en naturlig språklig forståelse av «planens virkninger».

For det andre kan det *også ellers* være klart at eiendomsavståelse er en forutsetning for plangjennomføring. Riktignok er det verken i planformål eller -bestemmelser anledning til å bestemme hvem som skal stå for plangjennomføringen.²⁷⁸ Likevel er det i en del tilfeller forutsatt i planprosessen at det er forslagsstilleren som skal stå for gjennomføringen. Dette er spesielt tydelig der kommunen samtidig inngår en utbyggingsavtale med forslagsstilleren, jf. pbl. kapittel 17. Det kan også uten inngått utbyggingsavtale være klart hvem som skal være tiltakshaver. I andre tilfeller kan det – til tross for at tiltakshaver ikke er bestemt – være åpenbart at det i hvert fall ikke er nåværende eier som skal stå for gjennomføringen, fordi utbygging krever tid, penger og risiko. Så lenge eieren ikke både kan og vil gjennomføre reguleringsplanen, inngår eiendomsavståelse i en naturlig forståelse av «planens virkninger».²⁷⁹

I tillegg til selve eiendomsavståelsen, så vi i kapittel 2.4.3 at eiendomsavståelse kan være til større eller mindre *ulempe for eieren*. Selv om det ikke er selve planen, men den etterfølgende overdragelsen som er utløsende årsak til ulempene, er også dette forutsetninger for plangjennomføringen. Ulempene hører derfor rent språklig innunder uttrykket «planens virkninger».

Vi ser med dette at ordlyden «planens virkninger» rent språklig omfatter både forutsatte eiendomsavståelser og de ulempevirkningene dette påfører eieren som må avstå eiendommen.

²⁷⁶ Se f.eks. RG-2011-666 (Kommunal barnehage), der arealformålet var «offentlig bygning – barnehage».

²⁷⁷ Pedersen mfl. (2018a) s. 487–492 om straksinnløsning etter § 15-2.

²⁷⁸ KMD (2018) s. 118 og Pedersen mfl. (2018a) s. 342.

²⁷⁹ Kapittel 2.3.2.5 om grunneieralternativet.

Likevel synes det å eksistere en oppfatning om at reguleringsplaners virkninger overfor eiere ikke er relevante utredningstemaer og derfor faller utenfor «planens virkninger». I «Reguleringsplanveilederen» fra 2018 synes f.eks. KMD, som har hatt ansvaret for plan- og bygningsloven siden 2014,²⁸⁰ å anlegge en snevrere forståelse av «virkninger» enn hva den overstående ordlydstolkningen tilsier. KMD skriver riktignok at planbeskrivelsen skal gi en oversikt over hvilke gårds- og bruksnummer som inngår i planområdet.²⁸¹ Oversikten gir grunnlag for å forstå om eiendomsavståelse er nødvendig, men sier ingenting om avståelsens ulempevirkninger for eiere. I relasjon til ordene «planens virkninger» skriver KMD at «planens relevante virkninger for miljø og samfunn» skal beskrives.²⁸² Selv om grunneiere kan inngå i et vidt begrep om samfunnet, tyder KMDs eksempler på at eiere ikke har vært i tankene deres.²⁸³ At KMD viser til KU-forskriften § 21 som «utgangspunkt for vurderingen av hvilke temaer som skal utredes i planleggingen generelt», tyder heller på et samfunnsbegrep som tilsvarende KU-forskriften.²⁸⁴

Uttalelsene i veilederen er spesielt interessante fordi kommuner ofte baserer rettkildebruken sin på statens veiledere og praksis.²⁸⁵ Det er derfor grunn til å tro at synspunktene har gjennomslag i kommunal praksis. Trolig kan praksisen sammenfattes med *Rogstads* ord: «... hensynet til berørte parter ... faller utenfor rammen av hva man kan bygge på i reguleringssaker».²⁸⁶

Spørsmålet som oppstår, er om det er rettslige holdepunkter for å tolke «planens virkninger» snevrere enn den overstående ordlydstolkningen tilsier. I det følgende undersøker vi hva de øvrige rettskildefaktorene sier om relevansen av planens virkninger for eiere i planområdet.

I *forarbeidene* til pbl. viser både Planlovutvalget og Miljøverndepartementet til at det med «virkninger» siktes til planens virkninger for «berørte parter, interesser og hensyn».²⁸⁷ Henvisningen til «berørte parter» leder oppmerksomheten til den alminnelige partsdefinisjonen i flv. § 2 (1) bokstav d, som viser til de personer «en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Partsvilkåret er oppfylt for grunneiere i planområdet, så lenge planvedtaket får

²⁸⁰ Pedersen mfl. (2018a) s. 74.

²⁸¹ KMD (2018) s. 54.

²⁸² KMD (2018) s. 56.

²⁸³ KMD (2018) s. 56.

²⁸⁴ KMD (2018) s. 51.

²⁸⁵ Se fotnote 46 om Eriksen (2019) s. 310.

²⁸⁶ Rogstad (2009) s. 35 om den tidligere pbl. 1985. Rogstad skriver selv at den nye loven «ikke på noe vesentlig punkt [vil] endre de problemstillingene kompendiet behandler» (s. 2).

²⁸⁷ NOU 2003: 14 s. 253 og Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 187. Planlovutvalget brukte riktignok ordet «følger» istedenfor «virkninger», men det synes som at ordene var ment å ha tilsvarende innhold, jf. også at NAOB (2021c) definerer «virkning» med blant annet «følge» (se fotnote 262).

en viss praktisk betydning for dem.²⁸⁸ Partsvilkåret er oppfylt for dem som får eierrådigheten innskrenket – og hvert fall dem som vil måtte avgi eiendomsrettigheter.²⁸⁹ En naturlig forståelse av «virkninger for berørte parter» omfatter derfor virkninger overfor eierne i planområdet, herunder de nevnte ulempevirkningene ved en forutsatt eiendomsavståelse.

Det er vanskeligere å forankre relevansen av disse virkningene i lovens *formålsbestemmelser*. Både pbl. §§ 1-1 og 3-1 oppstiller som kjent en rekke forskjellige og dels motstridende hensyn, formål og målsetninger.²⁹⁰ Formålsangivelsene er som tidligere nevnt ikke uttømmende.²⁹¹ Det helhetlige inntrykket av formålsbestemmelsen kan likevel si noe om hvilke hensyn som er relevante. Det er et gjennomgående kjennetegn at de fremhevede hensynene er typiske samfunns- og miljøhensyn. Spørsmålet er om reguleringsplanens (1) forutsatte eiendomsoverdrage og (2) ulempene dette pådrar den berørte parten, i lys av formålsbestemmelsene må anses som utenforliggende hensyn i reguleringsvurderingen.

Det er opplagt at opplysning om *eierforholdene i planområdet* er nødvendig av hensyn til formålsbestemmelsene fordi disse opplysningene har direkte innvirkning på forutsetningene for plangjennomføring. Etter pbl. § 3-1 (3) skal arealplanleggingen blant annet bygge på «økonomiske ... forutsetninger for gjennomføring». Hvis plangjennomføring forutsetter eiendomserv, oppstår det en økonomisk kostnad ved gjennomføring.²⁹² Denne kostnaden vil alltid påvirke de økonomiske forutsetningene for gjennomføring, enten som en direkte kostnad for kommunen selv eller ved å innvirke på tiltakshavers bedriftsøkonomiske lønnsomhet.²⁹³

Det er derimot ikke like opplagt at *eiendomsavståelsens ulempevirkninger for eieren* er omfattet av formålsbestemmelsene. Eierens bruk kan riktignok være *direkte samfunnsnyttig*, f.eks. fordi arealet brukes til jordbruk eller annen næringsvirksomhet. I så fall utgjør bruksmåten opphør utvilsomt et samfunns-hensyn av betydning, jf. blant annet pbl. § 3-1 (1) bokstav f om «verdiskapning og næringsutvikling». Hvis eierens bruk derimot *ikke er direkte samfunnsnyttig* – f.eks. fordi det gjelder eierens private uteområder – blir spørsmålet om eierens interesser likevel kan være relevante. Etersom formålsbestemmelsene som kjent ikke er ment uttømmende, blir spørsmålet om grunneierinteressene er et hensyn som kan supplere de opplistede formålene. At arealplanleggingen skal skje ut fra et langsiktig perspektiv, tilsier at enkeltpersoners subjektive

²⁸⁸ Pedersen mfl. (2018a) s. 176.

²⁸⁹ Sml. Pedersen mfl. (2018a) s. 177 om festere som må avstå rettigheten.

²⁹⁰ Pedersen mfl. (2018a) s. 106–107.

²⁹¹ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 170 og 178.

²⁹² Se også Fleischer (1992) s. 329–331.

²⁹³ Sml. kapittel 2.4.2 om relevansen av privatøkonomisk lønnsomhet i vurderingen etter orl. § 2 (2).

interesser ikke er relevante.²⁹⁴ Det trekker likevel i retning av relevans at Planlovutvalget i sin beskrivelse av lovens formål, enstemmig la til grunn at

«... det offentlige må regulere og ha «det siste ordet» når det gjelder arealbruken. Men grunneierne og andre rettighetshaveres ønsker og interesser vil alltid være et viktig utgangspunkt for vedtaket om hvordan arealene skal utnyttes og må tillegges stor vekt».²⁹⁵

Så krystallklar som denne uttalelsen er på at grunneierinteressene er relevante og vektige hensyn i planleggingen, er det overraskende at dette ikke også kom tydeligere til uttrykk i utvalgets forslag til det som senere ble pbl. § 3-1. Departementet uttrykte aldri det samme, men imøtegikk heller ikke utvalgets enstemmige uttalelse. Det kan derfor være naturlig å anse grunneierinteresser som et av hensynene som supplerer lovens ikke-uttømmende formålsangivelse.²⁹⁶

Selv om det ikke fremgår direkte av pbl. §§ 1-1 og 3-1, er det uansett vanskelig å se at ikke *eiendomsvernet etter EMK P1-1* forutsetter at «planens virkninger» for eieren må være relevante utredningstemaer.²⁹⁷ Etter EMDs praksis skal det ikke mye til for at en rådighetsinnskrenkende reguleringsplan anses som et inngrep i EMK P1-1 nr. 2.²⁹⁸ Det betyr at reguleringsplanvedtaket er betinget av forholdsmessighet («fair balance») mellom planens samfunnsformål og negative virkninger for den inngrepet rammer. Ettersom EMD tilkjenner statene en vid skjønnsmargin, skal det svært mye til før en reguleringsplan blir vurdert som uforholdsmessig tyngende.²⁹⁹ Samtidig er saksbehandlingen sentral for forholdsmessighetsvurderingen etter EMK P1-1. EMD tar hensyn til om inngrepene fremtrer vilkårlige eller uforutsigbare.³⁰⁰ Dette har de senere årene blitt sammenfattet under et prinsipp om «good governance».³⁰¹ I *Beinarović mfl. mot Litauen (2018)* ble prinsippet beskrevet som en forventning om at

²⁹⁴ I disse baner har Sivilombudsmannen i flere saker lagt til grunn at dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2 ikke kan begrunnes i eiers «personlige forhold» fordi eierforholdet ikke er konstant, se blant annet SOM-2014-334.

²⁹⁵ NOU 2003: 14 s. 64.

²⁹⁶ I denne retning særlig Fleischer (1992) s. 329–330 om pbl. 1985. Synspunktet virker å bygge på tilsvarende samfunnsbegrep som Fleischer anla for ekspropriasjonsvurderingen, nemlig at «det gjennomføres en helhetsvurdering av *alle* hensyn som gjør seg gjeldende i saken», se Fleischer (1978) s. 61 og kapittel 2.4.2.

²⁹⁷ Se Myklebust (2013) s. 431–442 om hvilke plikter myndighetene etter menneskerettighetene har til å ta hensyn til privat eiendomsrett i offentlig arealplanlegging. Hun påpeker at EMD legger stor vekt på borgerens forventninger og at en forutsigbar saksbehandling derfor står sentralt. Myklebust (2019) s. 309 skriver at «den tette sammenhengen mellom inngripande vedtak og krav til prosess er grunnleggjande» etter EMK P1-1.

²⁹⁸ Solheim (2010) s. 61 skriver at «lovreguleringer eller vedtak som formelt har til hensikt å kontrollere eller begrense bruken av en eiendomsinteresse» utvilsomt er inngrep etter konvensjonen. Det er dessuten ikke et absolutt vilkår at grunneieren har lidt et økonomisk tap, se Solheim (2010) s. 62 med videre henvisning til Chassagnou mfl. mot Frankrike (1999) der inngrepet ikke rammet grunneierne økonomisk, men moralsk.

²⁹⁹ Kjølbro (2017) s. 1238.

³⁰⁰ HR-2018-1258-A avsnitt 114.

³⁰¹ Se blant annet Maksymenko mot Ukraina (2013) avsnitt 63 og Beinarović mfl. mot Litauen (2018) avsnitt 36.

«... where an issue in the general interest is at stake, in particular when the matter affects fundamental human rights such as those involving property, the public authorities must act in good time and in an appropriate and above all consistent manner» (avsnitt 139).

Forventningen er altså at forvaltningen agerer i tide og på en adekvat og fremfor alt konsistent måte.³⁰² For vårt vedkommende er det mulig at EMD vil vurdere kommunens saksbehandling som inadekvat dersom ulempevirkningene ved et forutsatt eiendomserverv ikke en gang er tatt i betraktning. Kravene til forvaltningens handlemåte blir, i likhet med de norske saksbehandlingsreglene, strengere desto mer inngripende reguleringen er. Der reguleringsplanen forutsetter eiendomsavståelse, må inngrepsgraden vurderes i lys av at man i realiteten er på vei mot et ekspropriasjonsvedtak.³⁰³ Dette skjerper saksbehandlingskravene etter EMK P1-1. Krav om utredning av det forutsatte ervervets ulemper for eieren vil iallfall sikre forholdet til EMK P1-1.

Samtlige argumenter for at planens virkninger for grunneiere inngår i pbl. § 4-2 (1), styrkes av Rt-1998-416 (Namsos). Høyesterett uttalte som kjent at det i ekspropriasjonsvedtaket ikke er plass til en selvstendig vurdering av minstekravene orl. § 2 (2) fordi «slike vurderinger er foretatt» i reguleringsplanprosessen (side 422). Uttalelsen bygger på en klar forutsetning om at reguleringsplanens vurderinger langt på vei skal være dekkende for vurderingstemaet i orl. § 2 (2). I kapittel 2.4.3 og 2.4.4 så vi at kommunen både kan og skal ta hensyn til inngrepets ulemper overfor grunneieren. Hvis arealbrukens ulempevirkninger for grunneier ikke inngår i reguleringsplanens beslutningsgrunnlag, er det vanskelig å se at «slike vurderinger» som etter orl. § 2 (2) er foretatt. En slik tolkning er dessuten vanskelig å forene med at Høyesterett samtidig slo fast at minstekravene i orl. § 2 (2) gjelder for ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1). Grunnen er at dersom disse ulempene ikke inngår i reguleringsplanens beslutningsgrunnlag, foregriper reguleringsplanen vurderingen av orl. § 2 uten å ta hensyn til dens forholdsmessighet overfor grunneier. Hvis det heller ikke i ekspropriasjonsvedtaket blir foretatt en ny vurdering av arealbruken, blir grunneierhensynet ikke ivaretatt. Den eneste måten å oppfylle Høyesteretts forutsetning på, er at grunneierhensynet skal inngå i planens beslutningsgrunnlag.

Samlet sett er det få grunner til å tolke «planens virkninger» innskrenkende, slik at ulempevirkningene av et forutsatt eiendomserverv ikke er et relevant utredningstema. Tvert imot fremstår

³⁰² HR-2018-1258-A avsnitt 114.

³⁰³ EMD har riktignok slått fast at reguleringsplaner med forutsetning om eiendomserverv ikke kvalifiserer som *de facto* ekspropriasjon etter EMK P1-1 nr. 1, men kun som kontrollinngrep etter EMK P1-1 nr. 2, se Kjølbro (2017) s. 1225 med videre henvisning til Sporrang og Lönnroth mot Sverige (1982) avsnitt 63. Skillet mellom de ulike reglene har imidlertid blitt tillagt stadig mindre vekt. I dag opererer EMD først og fremst med et graduert forholdsmessighetskrav, se Myklebust (2014) s. 225 og Solheim (2010) s. 74.

det som at lovgiver mente eierulempene som relevante utredningstemaer. Konklusjonen er derfor at pbl. § 4-2 (1) krever at forslagsstilleren har utredet hvilke «virkninger» en forutsatt eiendomsavståelse får for eieren. Det er likevel grunn til å minne om at utredningsplikten etter fvl. § 17 er relativ.³⁰⁴ Selv om utredningskravet er strengt i ekspropriasjonssaker, vil det ikke kunne kreves inngående utredninger av ulemper som uansett ikke vil påvirke sakens utfall. Ofte må utredningskravet derfor leses i lys av grunneiers prosessuelle muligheter til å medvirke.³⁰⁵ Hvis grunneieren ikke besvarer forhåndsvarselet, vil utredningsplikten sjeldent kreve ytterligere utredninger.³⁰⁶ Er grunneier derimot negativ, kan det være nødvendig med nærmere utredninger.

Selv om kommunen aldri er bundet til å vedta en reguleringsplan, er det ofte usannsynlig at eierulempene skal føre til at kommunen *forkaster* et igangsatt planarbeid – særlig underveis i utredningsarbeidet og i den avsluttende beslutningsfasen.³⁰⁷ Ofte er jo målsetningen noe som kommunen mener er samfunnsnyttig. Det er større sannsynlighet for at de utredede ulempevirkningene kan føre til *endringer* av reguleringsplanen. Endringer forutsetter at det foreligger alternative planløsninger og at disse blir utredet. Dette bringer oss over til neste spørsmål: Kan «planens virkninger» for eiere utløse en plikt til å utrede mindre inngripende planløsninger?

3.3.4 Særlig om mindre inngripende planløsninger

Vi har tidligere i avhandlingen sett at alternativer har stor betydning for ekspropriasjonsvurderingen etter orl. § 2.³⁰⁸ En forsvarlig vurdering forutsetter derfor at realistiske alternativer til ekspropriasjon har blitt utredet. I den grad dette er gjort i forbindelse med reguleringsplanen, er det i utgangspunktet unødvendig med en ny alternativutredning på ekspropriasjonstidspunktet.

Forlagsstilleren vil ofte stå overfor en rekke valgmuligheter. Når en taler om alternativer i utredningssammenheng, siktes det som regel til forskjellige løsninger med hensyn til tiltakets *omfang* og *lokalisering*.³⁰⁹ Virkningene av tiltaket som reguleringsplanen har til formål å realisere, kan være nokså ulike alt etter hvor tiltaket etableres og hvor omfattende det skal være. Etter KU-forskriften § 19 (2) skal «relevante og realistiske alternativer» utredes før vedtakelse

³⁰⁴ Kapittel 3.2.1.

³⁰⁵ Kapittel 3.2.2.

³⁰⁶ Et eksempel er LF-2014-199033 hvor lagmannsretten mente det var «påfallende at de saksøkte ikke reagerte med innsigelser eller klager før skjønnssaken».

³⁰⁷ Kapittel 3.2.2.

³⁰⁸ Særlig kapittel 2.3.

³⁰⁹ Winge (2013) s. 143.

av KU-pliktige planer. Det er ingen regel som uttrykkelig slår fast en tilsvarende plikt til alternativutredning før vedtakelse av planer uten KU-plikt, se f.eks. ordlyden i pbl. § 4-2 (1).³¹⁰

Samtidig kan ikke pbl. § 4-2 (1) leses isolert. Bestemmelsen må suppleres og tolkes i lys av andre bestemmelser i lovverket som kan innebære skjærpede utredningskrav, herunder at alternativer kan måtte utredes og vurderes.³¹¹ Det følger f.eks. av naturmangfoldloven § 12 at man skal velge den lokalisering som, ut fra en samlet vurdering av naturmangfoldet og økonomiske forhold, er til det beste for samfunnet. Dessuten har kommunen alltid plikt til å sikre at saken er forsvarlig opplyst på vedtakstidspunktet, jf. fvl. § 17 (1). I dette *kan* det ligge et krav om alternativutredninger.³¹² I denne retning uttalte Høyesterett i Rt-2009-661 at det er «ingen skarp grense» mellom konsekvensutredninger og den alminnelige utredningsplikten (avsnitt 57). I hvilken grad alternativer må utredes er ikke et spørsmål om «enten-eller», men et spørsmål som må besvares ut fra hva som er forsvarlig i den konkrete saken. Selv om planen ikke er KU-pliktig, kan derfor fvl. § 17 (1) kreve at planbeskrivelsen utreder ulike alternativer.

Atplikten til å utrede alternativer ikke avhenger av KU-plikten, ble illustrerende uttrykt av Sivilombudsmannen i SOM-2011-709. Klagesaken gjaldt alternativutredning før vedtakelse av reguleringsplan for et industriområde. Forslagsstiller hadde foretatt en konsekvensutredning, men de alternativene som ikke hadde nådd frem var ikke nærmere beskrevet i utredningen som ble fremlagt for kommunestyret. Dette ville være en saksbehandlingsfeil dersom planen var KU-pliktig. Ettersom fylkesmannen ikke besvarte ombudsmannens henvendelser, var det ikke mulig å ta stilling til KU-plikten. Ombudsmannen uttalte imidlertid at forvaltningen uansett har

«... en generell plikt til å utrede den enkelte sak «så godt som mulig», jf. forvaltningsloven § 17. Det kan derfor reises spørsmål om kommunestyret uansett burde skaffet til veie mer informasjon om hvilke alternativer som forelå, før vedtak ble truffet».

Dersom planforslaget forutsetter at grunneiere i planområdet avgir eiendomsrett, blir spørsmålet om dette kan være en faktor som utløser plikt til å utrede alternative planløsninger. Hvis kommunen eller den private tiltakshaveren ikke kommer til enighet med grunneier om frivillig eiendomsoverdragelse, kan reguleringsplanen bare gjennomføres med ekspropriasjon.³¹³ For å

³¹⁰ Pbl. § 12-12 (1) bestemmer riktignok at kommuneadministrasjonen kan fremlegge planforslaget «i alternativer». Selv om teksten forutsetter at det noen ganger blir fremlagt alternative planforslag, oppstiller bestemmelsen ikke en utredningsplikt. Bestemmelsen må dessuten leses som at den kun sikter til alternativer innenfor planområdet, slik at alternative planområder faller utenfor. Se tilsvarende i LF-2020-22454 (Endeholdeplass).

³¹¹ Winge (2016) s. 113. Se også Pedersen mfl. (2018a) s. 182 og Holth/Winge (2019) s. 68–69.

³¹² Se f.eks. LF-2019-187397-2 (Skiløype) og LF-2020-22454 (Endeholdeplass).

³¹³ Kapittel 1.2.3.

ekspropriere er det etter orl. § 2 et krav at inngrepet er nødvendig. Nødvendighetskravet forutsetter at kommunen har vurdert om målsetningen kan realiseres på mindre inngripende måte, herunder om det finnes alternativer til lokalisering eller omfang.³¹⁴ For bolig- og jordbrukseiendommer er et krav om vurdering av alternative plasseringer særlig fremhevet i orl. § 7.³¹⁵ Hvis kommunen vurderer alternative planløsninger på ekspropriasjonsstadiet, vil dette innebære en overprøving av reguleringsplanen. Det er åpenbart ikke en hensiktsmessig fremgangsmåte.³¹⁶ Samtidig så vi i kapittel 2 at alternativer ofte har stor betydning for vurderingen av minstekravene, og at en forsvarlig vurdering derfor krever at mindre inngripende planløsninger har vært tatt i betraktning.³¹⁷ Uttalelsen i Rt-1998-416 (Namsos) om at «slike vurderinger» som etter orl. § 2 «er foretatt i forbindelse med vedtakelse av den plan det eksproprieres etter» (side 422) forutsetter derfor at mindre inngripende planløsninger må være utredet i planprosessen.

Den tolkning som jeg her tar til orde for synes å være lagt til grunn i LF-2019-187397-2 (Skiløype).³¹⁸ Sakens bakgrunn var at kommunen hadde regulert en vei til bruk som skiløype om vinteren. Alle deltakerne i et samvirkelag hadde helårsrett til å benytte veien som tilkomst til nærings- og/eller hytteeiendommer. Et mindretall av deltagerne motsatte seg å oppgi kjøreretten på vinterstid. Kommunen vedtok derfor å ekspropriere deltakernes kjøreretten. De motvillige deltakerne anførte at kommunen ikke hadde foretatt tilstrekkelige alternativutredninger forut for reguleringsplanvedtakelsen og fikk medhold. Retten viste først til at planen var KU-pliktig og at kommunen derfor skulle ha utredet alternativer etter KU-forskriften § 19 (2). Deretter, og mer interessant for vår del, viste retten også til den alminnelige utredningsplikten fordi

«Oppdal kommunes reguleringsplan nødvendiggjør et ekspropriasjonsvedtak. For å kunne ekspropriere er det et vilkår at tiltaket er nødvendig, jf. ervervslova § 2. I en nødvendighetsvurdering, må det vurderes om det finnes realistiske alternative traseer. Dette må vurderes allerede i forbindelse med vedtakelse av reguleringsplanen.»

Lagmannsretten la altså til grunn at forslagsstiller må utrede og vurdere om det eksisterer realistiske alternativer som er mindre inngripende dersom det viser seg at den foreslåtte løsningen forutsetter motvillig eiendomsavståelse. Etter å ha vist til at reguleringsplanen sammenholdt

³¹⁴ Kapittel 2.3.

³¹⁵ Kapittel 2.5.2.1. Pedersen mfl. (1990) s. 49 fremhever at orl. § 7 i tilknytning til utredning av reguleringsplaner.

³¹⁶ Rogstad (2009) s. 39.

³¹⁷ Selv om EMD anser valg mellom alternativer for å ligge innenfor statenes skjønnsmargin, vil også EMK P1-1 i noen grad forutsette at kommunen på et tidspunkt har utredet mindre inngripende alternativer, ettersom alternativene til ekspropriasjon er et sentralt moment i vurderingen av «fair balance», se EMD (2021) s. 31–32.

³¹⁸ Se også LF-2020-22454 (Endeholdeplass), men der uten at forutsetningen om eiendomsavståelse ble påpekt som en utløsende faktor for eventuell alternativutredningsplikt.

med det etterfølgende ekspropriasjonsinngrepet ville innebære et «forholdsvis stort inngrep»,³¹⁹ viste lagmannsretten til at «det ikke vil være uforholdsmessig å stille krav om at de alternative traseer skal være utredet». Gjennom å supplere utredningskravet med nødvendighetskravet i orl. § 2, oppfyller reguleringsplanprosessen forutsetningen i Rt-1998-416 (Namsos) om at den inngripende arealbrukens forholdsmessighet skal være vurdert i reguleringsplanprosessen.

Kravet til alternativutredning er, som utredningskrav ellers, *relativt*. Dette gjelder selv etter KU-forskriften, som i § 19 (2) avgrensner utredningsplikten til de alternativer som er «relevante og realistiske». Etter KU-forskriften § 17 (1) andre punktum skal dessuten omfanget tilpasses til den aktuelle planen eller tiltaket. Der reguleringsplanen ikke er KU-pliktig, følger tilsvarende av det relative kravet etter fvl. § 17 (1).³²⁰ Hvilke alternativer som må være utredet i planbeskrivelsen, må derfor avgjøres konkret. Etter inspirasjon fra KU-forskriften kan vi – som lagmannsretten i Skiløype-dommen – si at det er unødvendig å utrede alternativer som ikke er «realistiske» fordi urealistiske alternativer ikke vil kunne påvirke kommunens vurdering.

Spørsmålet som dermed oppstår, er hva som må til for at alternativet er «*realistisk*». En alminnelig forståelse av «realistisk» innebærer iallfall at alternativet er mulig å gjennomføre.³²¹ Avgjørende er om det er «realistisk» at alternativet kan være så godt at det blir valgt. I ekspropriasjonssammenheng så vi i kapittel 3.2.1 at oreigningslovens strenge beviskrav («*tillaust*») skjerper utredningskravet. I den grad reguleringsplanens vurderinger foregriper ekspropriasjonsvurderingen, er det naturlig at det strenge beviskravet anvendes tilsvarende.³²² Det vil si at det må være realistisk at alternativet skaper tvil om den inngripende arealbrukens forholdsmessighet.

Realismevurderingen beror på lignende vurderinger som de vi kartla i kapittel 2.3.3 – om hva som må til for at ekspropriasjon er unødvendig. Realismevurderingen avhenger med andre ord av en avveining mellom (1) i hvilken grad alternativet sørger for tilsvarende målrealisering og (2) til hvilken kostnad (i vid forstand) alternativet kan realiseres.³²³ I fastleggelsen av alternativets kostnader (i vid forstand) så vi i kapittel 2.3.3.2 at en må vurdere både de privat- og samfunnsøkonomiske kostnadene (eksterne virkninger) ved alternativet. Det vil si at alle hensyn

³¹⁹ Se HR-2018-1004-A om sakens forhistorie.

³²⁰ Kapittel 3.2.1.

³²¹ Sml. Winge (2013) s. 146, Holth/Winge (2014) s. 52 og Innjord mfl. (2020) s. 100 om KU-forskriften § 19 (2).

³²² Tilsynelatende også Pedersen mfl. (2018a) s. 308, ettersom forfatterne fremholder at formuleringen «*tillaust* er til meir gagn enn skade» i orl. § 2 kommer direkte til anvendelse på planvedtaket (se fotnote 219).

³²³ Sml. Rt-2009-661 avsnitt 68. Høyesterett uttalte at realismevurderingen etter KU-forskriften måtte bero på «*tiltakshavers behov*» sammenholdt med «*om valg av denne tomten samlet sett er tilstrekkelig nærliggende ut fra de øvrige alternativene som foreligger og den ansvarlige myndighets syn på lokaliseringsspørsmålet*». Dette svarer til den nevnte avveiningen av målrealisering og alternativkostnader (i vid forstand).

som vi over har sett at er relevante utredningstemaer, utgjør kostnader i realisme vurderingen.³²⁴ Eksempler kan være at en alternativ plassering har negative virkninger for resten av nabolagets bomiljø eller forutsetter erverv av naboens eiendom med tilhørende ulempevirksomheter.³²⁵

Hvorvidt eierulempene utløser alternativutredningsplikt, avhenger av ulempenes relative vekt i forhold til samfunns- og miljøhensynene i den forespeilede avveiningen. Her har det naturligvis betydning *hvor hardt inngrepet rammer* den konkrete grunneieren. I Skiløype-dommen ble det som nevnt påpekt at det gjaldt et «forholdsvis stort inngrep». I LF-2020-22454 (Endeholdeplass) ble inngrepsintensiteten derimot ikke nevnt som en utløsende faktor – trolig fordi de berørte eierne ikke ble spesielt hardt rammet av at huseierlagets fellesareal ble ekspropriert.

Vel så viktig for den relative vekten, er *de øvrige samfunns- og miljøhensynenes vekt*: På den ene siden har eierulempene i mange tilfeller relativt *liten vekt*. For det første har eierulempene liten vekt når det dreier seg om viktige samfunnsprosjekter fordi selv et forholdsvis lite avvik i målrealisering kan ha stor betydning for samfunnet. Eksempler kan være store samferdselsprosjekter om oppføring av vei eller jernbane. For å være realistisk må alternativet her fremtre tilnærmet like godt. For det andre vil eierulempene ha relativt liten vekt i saker der det er knyttet betydelige kostnader til alternativene, f.eks. fordi skadepotensialet på naturen er spesielt stort. Selv en liten merskade ved alternativet, vil da kunne veie tyngre enn eierulempene. Her vil eierulempenes vekt ofte være for liten til å bli utslagsgivende i realisme vurderingen.

På den andre siden får eierulempene relativt *større vekt* dersom de øvrige hensynene er færre eller av mindre vekt. Her kan det oftere i lys av eierulempene være «realistisk» at et alternativ kan så tvil om den foreslåtte planløsningens forholdsmessighet. Faktum i Rt-1973-686 (Skoleområde), om ekspropriasjon av en nordliggende naboeiendom for å utvide en skoles uteområde, er illustrerende.³²⁶ Myndighetene hadde ikke utredet eller vurdert om utvidelsen heller kunne skje på kommunens egen, sørliggende naboeiendom. Samtidig hadde myndighetene heller ikke belyst de særlige hensyn – kostnader (i vid forstand) – som tilsa at alternativet var urealistisk. Selv om Høyesterett her avfeide grunneiers anførsler, er nok dette et tilfelle som – iallfall i dag – må være utredet forut for reguleringsplanvedtakelsen.³²⁷ I RG-1981-118 (Meieri) fikk derimot en grunneier medhold i at myndighetene skulle ha utredet muligheten for å utvide meieriet

³²⁴ Sml. Winge (2013) s. 147 som skriver at «hvor stort skadepotensial vedkommende utbyggingstiltakantas å kunne medføre på berørte miljø- og samfunnsinteresser» er sentralt for vurderingen etter KU-forskriften.

³²⁵ Sml. LF-2019-187397-2 (Skiløype) hvor ett alternativ var å ekspropriere tredjepersons bruksrett på innmark.

³²⁶ Kapittel 2.2.1 og 2.3.2.1 om Skoleområde-saken.

³²⁷ Backer (1986) s. 651 er tilsvarende kritisk til avgjørelsen.

på naboens eiendom fordi naboen ønsket å selge eiendommen frivillig. Ekspropriasjonsvedtaket ble opphevet som følge av mangelfull utredning.³²⁸

Dertil kan eierulempene også virke som *en av flere ulemper* ved den foreslåtte planløsningen. Ulempenes samlede vekt kan gjøre andre alternativer relativt bedre. Skiløype-dommen er også her illustrerende; Foruten forutsetningene om motvillig eiendomsoverdragelse og de ulemper dette påførte eierne, var planforslaget KU-pliktig, jf. pbl. § 4-2 (2). Det vil si at planforslaget kunne ha «vesentlige virkninger for miljø og samfunn». Selv om eierulempene ikke var nødvendige for å konstatere alternativutredningsplikt, så vi over at lagmannsretten også viste til disse. Henvisningen virker å være motivert av at eierulempene – i samvirke med de øvrige miljø- og samfunnsvirkningene – senket terskelen i realisme vurderingen av andre alternativer.

Samlet sett ser vi at planforslagets eierulemper *kan* utløse plikt til å utrede realistiske alternativer og at eierulempene har størst betydning for realisme vurderingen når det er tale om mindre presserende samfunnsprosjekter og/eller kostnadene (i vid forstand) ved alternativet er mindre.

3.4 Saksfremleggets vurdering av beskrevne virkninger og alternativer

Når reguleringsplanen er ferdigbehandlet, skal den fremlegges for kommunestyret for endelig avgjørelse, jf. pbl. § 12-12 (1) første punktum. Hensiktsmessighetsvurderingen hører under kommunens *skjønn*, jf. Rt-2007-281 (Barka, avsnitt 39). Ettersom det samme gjelder den konkrete vurderingen av minstekravene i orl. § 2 (2), vil heller ikke en forutsetning om eiendomsavståelse binde utfallet av kommunens vurdering utover myndighetsoverskridelseslæren.³²⁹

Selv om kommunestyret dermed er gitt en vid fullmakt til å bestemme arealbruken, er reguleringsplanvedtaket fortsatt et enkeltvedtak som må *begrunnes*. Kommunestyret er et kollegialt organ som normalt ikke utformer sin egen begrunnelse. Det er derfor kommuneadministrasjonens saksfremlegg som i praksis utgjør kommunens begrunnelse av reguleringsvedtaket.³³⁰ Planbeskrivelsen er en viktig del av saksfremlegget. Forarbeidene omtaler ikke planbeskrivelsen bare som et utredningskrav, men konstaterer at den også er «i samsvar med alminnelige

³²⁸ Backer (1986) s. 651 skriver at denne avgjørelsen fremtrer riktig. Rogstad (2009) s. 39 skriver at dersom den alternative plasseringen lå utenfor planområdet, «var det neppe anledning til å trekke dette inn i avveiningen» etter orl. § 2. Jeg er enig i at en slik utredning ikke hører under *ekspropriasjonsvedtaket*. En annen sak er at alternativet nok måtte være utredet i *reguleringsplanvedtaket*, og at utredningsmangel i planvedtaket kan påvirke begge vedtakenes gyldighet, se kapittel 4.5. Hvis naboens velvillighet oppsto etter planvedtaket, blir spørsmålet om dette er et «spesielt forhold» som tilsier fornyet vurdering av planens rammer, se kapittel 3.5.3.

³²⁹ Kapittel 2.5.1 om rettsanvendelse og forvaltningsskjønn.

³³⁰ Pedersen mfl. (2018a) s. 307.

forvaltningsrettslige regler om krav til ... begrunnelse».³³¹ Uttalelsen indikerer isolert sett at planbeskrivelsen utgjør en fullgod og tilstrekkelig begrunnelse for reguleringsvedtaket. Det er imidlertid klart at planbeskrivelsen kun danner et deskriptivt grunnlag for den begrunnede innstillingen som kommunestyret skal ta stilling til.³³² En fullgod begrunnelse må også inneholde en forklaring av hvordan motstående fordeler, ulemper og alternativer har vært vurdert.

Selv om forslagsstilleren riktignok vil ha gjort vurderinger og valg underveis i planarbeidet, må kommunen gi sin egen begrunnelse for reguleringen. Etter pbl. § 12-12 (1) andre punktum «skal» det fremgå «hvordan innkomne uttalelser til planforslaget og konsekvensene av planen har vært vurdert, og hvilken betydning disse er tillagt.»³³³ At ordlyden kun krever vurdering av «innkomne uttalelser» og «konsekvensene av planen», betyr ikke at valg mellom utredede alternativer faller utenfor begrunnelseskravet. Det følger av at bestemmelsen også gjelder for KU-pliktige reguleringsplaner, der valg mellom alternativer åpenbart er en vesentlig del av utredningen.³³⁴ Hvis det har vært gjort utredninger av mindre inngripende planløsninger må kommunen derfor begrunne hvorfor alternativet ikke nådde frem.

Formuleringene «hvordan ... har vært vurdert» og «hvilken betydning disse er tillagt» gir anvisning på et strengere begrunnelseskrav enn det alminnelige kravet etter fvl. § 25. At saksfremlegget skal vise «hvilken betydning» hensynene «er tillagt», tilsier rent språklig at kommunen må tillegge hver enkelt merknad, virkning og alternativ en relativ betydning. Samtidig må begrunnelsesbehovet, som i forvaltningsretten ellers, avveies mot prosessøkonomiske effektivitetshensyn.³³⁵ Sentrale hensyn her er begrunnelsens formål om å ivareta partenes og publikums tillit, samt at begrunnelsen oppfordrer til grundighet, noe som igjen fører til flere materielt sett riktige avgjørelser.³³⁶ Hensynene til tillit og grundighet er spesielt viktig når det som her er tale om skjønnsmessige vurderinger.³³⁷ Samtlige formål gjør seg desto sterkere gjeldende overfor reguleringsplaner som forutsetter en inngripende eiendomsavståelse.³³⁸ Siden reguleringsvedtaket i større eller mindre grad foregriper ekspropriasjonsvurderingen, kan det her være

³³¹ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 187.

³³² Pedersen mfl. (2018a) s. 182.

³³³ Pbl. 1985 oppstilte kun en tilsvarende regel for KU-pliktige reguleringsplaner, jf. § 33-2. Et lignende, men vagere begrunnelseskrav kunne likevel utledes av pbl. 1985 § 27-2 jf. fvl. § 25, se SOM-2011-40.

³³⁴ I pbl. § 14-3 (3), som svarer til § 12-12 (1) i KU-saker etter annen lovgivning, er det tilføyd «særlig når det gjelder valg av alternativer». Ordet «særlig» indikerer at alternativer inngår i «virkningene av planforslaget».

³³⁵ Graver (2019) s. 459–460.

³³⁶ SOM-2019-3089 med videre henvisninger.

³³⁷ SOM-2019-3089 med videre henvisninger.

³³⁸ Sml. kapittel 3.2.1 om hensyn som tilsier strengere utredningskrav. Se f.eks. Rt-2000-1056 hvor Høyesterett viste til at statlig forkjøp etter konsesjonslovgivningen hadde «betydelige likhetstrekk med ekspropriasjon» (side 1063). Det samme gjelder også for reguleringsplaner som forutsetter eiendomsavståelse.

naturlig å se hen til det strenge beviskravet «tvillaust» i orl. § 2 (2). Det styrende spørsmålet blir da om begrunnelsen etterlater tvil om at det er foretatt en forsvarlig vurdering.³³⁹

Dersom reguleringsplanen, til tross for forutsetningen om ufrivillig eiendomsavståelse, *åpenbart* er hensiktsmessig, kan ikke kravene i pbl. § 12-12 (1) forstås spesielt strengt. Det vil da være tilstrekkelig å vise til at det ikke eksisterer alternativer som er like gode, og at de klare samfunnsfordelene derfor rettfærdiggjør eiendomsavståelsen. I andre tilfeller kan derimot hensiktsmessigheten fremtre mer *usikker*. Usikkerheten kan skyldes at samfunnsfordelene er mer usikre, eiendomsavståelsen er sterkt inngripende eller at det eksisterer mindre inngripende planløsninger som tilsynelatende er (nesten) like gode. Det sentrale er at kommunen forklarer hvilke saklige hensyn som begrunner at grunneieren må avgi eiendom og hvorfor disse er funnet overveiende. En slik begrunnelse gir grunneier og allmennheten anledning til å stille kommunestyret til ansvar for hensiktsmessighetsvurderingene – politisk, eller etter klage eller søksmål.³⁴⁰

Ofte kan det ligge utpreget *politiske prioriteringer* bak kommunens skjønnsutøvelse. Et eksempel er RG-2011-666 (Kommunal barnehage) om regulering og ekspropriasjon av en eiendom for oppføring av kommunal barnehage, til tross for at grunneier i samarbeid med et privat barnehageselskap selv ønsket å sørge for privat oppføring og drift. Her kan en si at reguleringen er spesielt inngripende fordi eieren både mister eiendommen og inntektsmuligheter, mens grunneieralternativet reduserer reguleringens nettonytte.³⁴¹ Det er derfor viktig at begrunnelsen forklarer hvilke saklige hensyn som er vurdert som overveiende. Jeg kan derfor ikke følge lagmannsretten i at det for «slike valg» ikke kan «oppstilles noe rettslig krav om nærmere ... begrunnelse for den løsning som velges». Begrunnelse er nødvendig for at grunneier eller allmennheten skal kunne kontrollere at vurderingen er saklig.

Etter dette ser vi at en forutsetning om eiendomsavståelse skal inngå i saksfremleggets begrunnede vurderinger av beskrevne virkninger og alternativer, jf. pbl. § 12-12 (1) andre punktum. Det er, utover det overstående, vanskelig å si noe mer konkret om hvor inngående kommunens begrunnelse må være. Det sentrale er at eiendomsavståelse og mindre inngripende alternativer kan skjerpe kravet til begrunnelsens omfang – spesielt av hensyn til grunneieren.

3.5 Nye utredninger og vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket

3.5.1 Innledning – tolkning av Rt-1998-416 (Namsos)

Fremleggelsen hittil i kapittel 4 har vist at reguleringsplanprosessen krever utredning og vurdering av eventuelle virkninger for grunneiere og i noen tilfeller mindre inngripende planløsninger. Etter en slik forståelse sørger reguleringsplanprosessen for en forsvarlig vurdering av om arealbrukens virkninger er nødvendig og forholdsmessig.

³³⁹ Woxholth (2011) s. 464.

³⁴⁰ Kapittel 4.2.

³⁴¹ Se kapittel 2.3.2.5 om grunnalternativet.

Spørsmålet som gjenstår, er hvilke nye utredninger og vurderinger kommunen må foreta i ekspropriasjonsvedtaket.³⁴² I kapittel 1.3 og 3.1 så vi at Høyesterett i Rt-1998-416 (Namsos) uttalte at det «normalt ikke er plass for en selvstendig vurdering», men med forbehold om situasjoner hvor «spesielle forhold» likevel tilsier en slik «selvstendig vurdering». Høyesterett oppstiller en hovedregel og et unntak, men forholdet mellom reglene er noe uklart. På den ene siden kan det synes som at reguleringsplanens vurderinger erstatter ekspropriasjonsvurderingen, slik at det bare unntaksvis er nødvendig med nye vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket. Spørsmålet for kommunen blir da kun om det foreligger så spesielle forhold at det er nødvendig med nye vurderinger. Hvis ikke, kan reguleringsplanen gjennomføres uten nærmere vurderinger.³⁴³

Samtidig stemmer det ikke at det bare helt unntaksvis er behov for nye vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket.³⁴⁴ Vi har hittil i kapittel 3 sett at det varierer hvilke vurderinger som er foretatt i reguleringsplanprosessen. Det kan for det første forekomme at reguleringsplanen ikke avklarer om eiendomsavståelse blir nødvendig. For det andre kan reguleringsplanen etterlate åpne spørsmål om tiltakshaver, det konkrete tiltaket og tiltakets plassering innenfor planområdet. En forsvarlig vurdering av orl. § 2 krever at disse forholdene er utredet og vurdert.³⁴⁵ Tolkningen om at det bare unntaksvis er plass til nye vurderinger er derfor problematisk.

Ettersom høyesterettsuttalelsen er rettet mot «selvstendige» vurderinger, er det mulig at det fortsatt er plass til «uselvstendige» vurderinger. En ekspropriasjonsvurdering er etter alminnelig språkbruk først «selvstendig» dersom den ikke må ta hensyn til planens rammer. En avkortet og *utfyllende* vurdering vil derimot foretas innenfor rammen av reguleringsplanens vurderinger. Uttalelsen kan derfor leses som at det normalt er plass til utfyllende vurderinger, men ikke vurderinger som overprøver reguleringsplanens vurderinger av arealbruken.³⁴⁶ Slike *fornyede* vurderinger er det bare plass til dersom «spesielle forhold» tilsier det. Spørsmålet her blir da om det er forhold som sår tvil om reguleringsplanvurderingenes aktualitet. Problemet med en slik tolkning er at det «spesielle forholdet» i Namsos-dommen omhandlet en utfyllende vurdering av behovet for rettighetsserverv, ikke en fornyet vurdering av reguleringsplanen. Det synes derfor som at enhver ny vurdering på ekspropriasjonstidspunktet krever «spesielle forhold».

³⁴² Likevel kan kommunestyret alltid revurdere arealbruken, jf. ordet «kan» i § 16-2 (1). I RG-2008-267 (Smoltvirksomhet) ønsket ikke kommunestyret å gjennomføre reguleringsplanen med ekspropriasjon, men trodde feilaktig de var rettslig forpliktet til det. Vedtaket ble opphevet som ugyldig, jf. fvl. § 41 osv.

³⁴³ I denne retning Innjord mfl. (2020) s. 461.

³⁴⁴ Rogstad (2009) s. 31 skriver at det «ofte gjenstår en vurdering» på ekspropriasjonsstadiet.

³⁴⁵ Rogstad (2009) s. 36.

³⁴⁶ UiB/Språkrådet (2021c) definerer «selvstendig» blant annet med «som står, består for seg selv». En avkortet og utfyllende vurdering består ikke for seg selv, og er derfor ikke «selvstendig».

Det er fortsatt et faktum at det i en del tilfeller er behov for utfyllende vurderinger dersom en skal oppfylle forutsetningen om at orl. § 2 gjelder, og at dette er noe annet enn en eventuell fornyet vurdering av reguleringsplanens fastsatte arealbruk. En regel som er lojal mot Rt-1998-416 (Namsos) er derfor å henspille begge konseptene til «spesielle forhold», men at det gjelder ulike terskler for hva som skal til og hvilke vurderinger som kreves. Forskjellen mellom disse to konseptene vil bli illustrert i den videre fremstillingen.³⁴⁷ I det følgende skal vi først undersøke hvilke utfyllende vurderinger som kan være aktuelle i ekspropriasjonsvedtaket (3.5.2) og deretter hvilke forhold som kan utløse behov for en fornyet vurdering av arealbruken (3.5.3).

3.5.2 Utfyllende vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket

I kapittel 3.3.3 så vi at reguleringsplanvedtaket forutsetter utredning og vurdering av arealbrukens «virkninger» overfor grunneiere i planområdet. I ekspropriasjonsvurderingen er det derfor ikke rom for å trekke inn forhold som forutsetter en annen arealbruk. På dette stadiet kan eieren ikke komme innvendinger om ulemper som f.eks. at den planlagte utbyggingen er til hinder for å bruke planområdet som rekreasjonsområde. Dette skal være avgjort i reguleringsplanen.³⁴⁸

I noen tilfeller er det mulig at *grunneier kan og vil gjennomføre reguleringsplanen*. Hvis kommunen eller andre likevel ønsker å ekspropriere eiendommen, krever orl. § 2 en avveining av ekspropriasjonsalternativet mot grunneieralternativet. I avveiningen vil ekspropriasjonsalternativet måtte overveie ulempene ved grunneiers tapte mulighet til å stå for gjennomføringen (med den gevinsten som gjerne følger med), samt tap av eventuell subjektiv tilknytning til eiendommen.³⁴⁹ De særlige ulempene overfor grunneier er pliktige hensyn i avveiningen, men lar seg i liten grad utrede nærmere. Det sentrale utredningstemaet vil derfor være alternativenes kvalitet.

Et praktisk viktig spørsmål her, er om grunneier må få tid og mulighet til å utarbeide et eget alternativ. Spørsmålet er, som tidligere nevnt, tilsynelatende spesialregulert i pbl. § 16-2 (5):

³⁴⁷ Et slikt skille kommer tydeligst til uttrykk hos Rogstad (2009), som skiller mellom utfyllende vurderinger (s. 39–54) og begrensninger i plangrunnlaget (s. 55–59). Pedersen mfl. (2018a) s. 475 skriver at det er forskjell på spørsmål om temaer som normalt ikke vil være fremme under reguleringsbehandlingen, og endrede forhold som forplikter kommunen til å foreta en selvstendig vurdering. KRD (2002) s. 11 skriver at hovedregelen bare gjelder «det som er avgjort i reguleringsplanen, dvs. arealdisponeringen med tillegg av de konkrete reguleringsbestemmelser», mens unntak inntreer fordi «forholdene [kan] ha endret seg siden reguleringsplanen ble vedtatt» eller ved «tvil om gyldigheten av reguleringsplanen». Det siste synes å være «fornyede vurderinger».

³⁴⁸ Se likevel kapittel 3.5.3 om fornyet vurdering av arealbruken.

³⁴⁹ Kapittel 2.4.3 om tap av fremtidig og subjektiv verdi.

«Ekspropriasjon av enkelte tomter (bebygde eller ubebygde) bør i alminnelighet ikke foretas med mindre kommunen først har gitt eier eller fester en rimelig frist til å bygge i samsvar med planen, og fristen er oversittet.»

Trolig bør imidlertid ikke pbl. § 16-2 (5) vies spesielt mye plass, ettersom kommunen uansett plikter å påse at saken er så godt opplyst som mulig, jf. pbl. § 16-2 (4) og fvl. § 17 (1).³⁵⁰ Utredningsplikten avhenger ikke av om det er tale om «enkelte tomter». Vi har tidligere sett at grunneieralternativet alltid er relevant i ekspropriasjonssammenheng og at alternativer skal utredes i den utstrekning de er realistiske.³⁵¹ Hvis det er realistisk at grunneier kan utarbeide et alternativ som sår tvil om ekspropriasjonsinngrepets forholdsmessighet, følger det derfor av den alminnelige utredningsplikten at grunneier skal få rimelig tid til å utarbeide et planforslag – uavhengig av pbl. § 16-2 (5). Mot denne bakgrunn må pbl. § 16-2 (5) bare leses som en påminnelse om at grunneieralternativet *oftere* er realistisk i saker om «enkelte tomter».³⁵²

Oftere vil det nok allerede i forbindelse med planvedtakelsen være avklart om grunneier skal stå for utbyggingen eller ikke. Hvis *grunneieren ikke skal stå for gjennomføringen*, så vi i kapittel 3.3.3 og 3.4 at eiendomsavståelsens virkninger skal være utredet og vurdert i forbindelse med vedtakelsen av reguleringsplanen. Samtidig kan det fortsatt være behov for utfyllende vurderinger. Reguleringsplanen kan etter omstendighetene åpne for flere ulike tiltakshavere, tiltak og plasseringer innenfor planområdet. I tillegg kan kommunen måtte vurdere rettighetstypen.³⁵³

For det første kan kommunen måtte vurdere forhold om *tiltakshaver*. Det kan være flere som er interessert i å gjennomføre reguleringsplanen. Foruten kommunen selv, kan både offentlige og private aktører være interessert i å stå for gjennomføringen. En forsvarlig vurdering av orl. § 2 forutsetter da en konkret vurdering av forhold tilknyttet de enkelte tiltakshaverne. Som vi så i kapittel 2.4.2, kan f.eks. tiltakshavers privatøkonomiske lønnsomhet være helt vesentlig for hvilke fordelsvirkninger som vil oppstå. Tilsvarende som kommunen kan måtte gjøre på planstadiet, må kommunen derfor påse at tiltakshaver bygger på forsvarlige økonomiske kalkyler.³⁵⁴

For det andre kan kommunen måtte vurdere fordeler og ulemper ved sitt eget eller andres forslag til *gjennomføringstiltak*. Planens arealformål og bestemmelser kan åpne for et vidt spekter av tiltak. Arealformålene «boligbebyggelse» og «næring» kan holde spørsmål om miljø- og

³⁵⁰ Regelen er ikke nevnt i Pedersen mfl. (1990) eller Pedersen mfl. (2018a), mens Fleischer (1992) s. 543 kun viser kort til at regelen eksisterer. Bestemmelsen er med andre ord viet lite plass i flere sentrale fremstillinger.

³⁵¹ Kapittel 2.3.2.5 og 3.2.2.

³⁵² I denne retning Rt-1962-744: «... ubetenkelig å konstatere at en ytterligere, formell frist etter bygningslovens § 41, 2. pkt. ikke ville hatt noen reell betydning.»

³⁵³ Tilsvarende Rogstad (2009) s. 36.

³⁵⁴ Kapittel 2.4.2 og 3.3.2.

samfunnsvirkninger åpne. Ulike næringsvirksomheter kan ha ulike miljø- og samfunnsvirkninger (forurensning, arbeidsplasser osv.). For å kunne foreta en forsvarlig vurdering av om ekspropriasjon «tvillaust er til meir gagn enn skade», må kommunen her foreta konkrete utredninger av de ulike tiltakene. Avgjørende for utredningens omfang vil være om det er «tvillaust» at ytterligere utredninger ikke vil påvirke kommunens ekspropriasjonsvurdering.

For det tredje kan kommunen måtte vurdere *alternative lokaliseringer* innenfor planområdet. Ofte bestemmer reguleringsplankartet nøyaktig hvor tiltaket – f.eks. en vei – skal plasseres. I andre tilfeller kan planen åpne for alternativer. Spørsmålet om tiltakets nærmere plassering kan være avgjørende for om ekspropriasjon overhode er nødvendig, og eventuelt *hvor inngripende* avståelsen vil være. Et eksempel er RG-1981-118 (Meieri), om utvidelse av lokalene til et meieri. Tilsynelatende åpnet reguleringsplanen for at utvidelsen kunne skje i ulike retninger.³⁵⁵ Grunneieren anførte at myndighetene skulle utredet og vurdert naboens eiendom som alternativ for meieriutvidelsen fordi naboen hadde uttrykt seg villig til å avgi eiendom. Grunneieren fikk medhold i anførselen. Ekspropriasjonsvedtaket ble derfor opphevet som følge av mangelfull utredning av den alternative plasseringen. Tilsvarende som i reguleringsplanen – og i alternativutredninger ellers – er det bare nødvendig å utrede realistiske alternativer.³⁵⁶

Endelig så vi i kapittel 2.3.2.4 at en mindre inngripende *rettighetstype* er et relevant alternativ. Hvis det i forbindelse med reguleringsplanvedtakelsen er bestemt at andre enn grunneier skal stå for et særskilt utbyggingsprosjekt, er det gitt at det er selve eiendomsretten som skal erverves. I andre tilfeller kan dette være et åpent spørsmål: Skal utbyggeren få erverve selve eiendomsretten til den nødvendige tilkomstveien, eller må han nøye seg med en bruksrett?

I Rt-1998-416 (Namsos) uttalte Høyesterett at det «normalt heller ikke kreves at ekspropriasjonsmyndigheten ved varige avståelser vurderer nødvendigheten, og foretar en interesseavveining, i valget mellom ekspropriasjon til eie eller bruk» (side 423). At det normalt ikke er behov for en slik vurdering, er ikke overraskende. Det vil som oftest være knyttet store ulemper til å måtte begrense seg til bruksrett. Som vi så i kapittel 2.3.2.4, kan det variere om grunneiere vil foretrekke ekspropriasjon av bruksrett eller eiendomsrett, fordi ekspropriasjonserstatningen gjerne er høyere i sistnevnte tilfelle. I tillegg så vi i kapittel 3.3.4 om alternativutredninger, at det bare er «realistiske» alternativer som må utredes. Ettersom det ofte er åpenbare fordeler ved å erverve selve eiendomsretten, vil bruksrett bare unntaksvis være et «realistisk» alternativ.

³⁵⁵ Se fotnote 328 om uklarheten om hvorvidt alternativet i RG-1981-118 (Meieri) lå innenfor eller utenfor planområdet, og at dette er avgjørende for om vurderingen hører under regulerings- eller ekspropriasjonsvedtaket.

³⁵⁶ Kapittel 3.3.4.

Et slikt spesielt tilfelle forelå i nettopp Namsos-dommen. Høyesterett uttalte at situasjonen var «så spesiell at slike vurderinger skulle vært foretatt, og hvor det er en saksbehandlingsfeil at dette ikke er gjort» (side 423). Det spesielle ved situasjonen var at kommunen «uomtvistet har full rådighet over arealet etter en tidsubegrenset og gammel festekontrakt», og at «ekspropriasjonsformålet er gjennomført» (side 424). Forholdene fordret en konkret, utfyllende vurdering av om ekspropriasjon var nødvendig og forholdsmessig. Annerledes fant lagmannsretten i LB-2007-124897 (Strandeiendom) at det ikke var behov for en særskilt avveining mellom ekspropriasjon til eie eller bruk. Den viktigste forskjellen fra Namsos-dommen virker å ha vært at grunneier ikke – eller iallfall bare nokså innfløkt – anførte bruksrettsalternativet underveis i forvaltningssaken. Hvis grunneier hadde fremsatt anførselen underveis i forvaltningssaken, er det vanskelig å se hvorfor kommunen ikke måtte ha imøtegått anførselen. Namsos-dommen er ikke til hinder for en slik tolkning, da den kun sier at kommunen ikke etter eget tiltak behøver å utrede og vurdere bruksrett og at grunneier ikke har rettskrav på å beholde eiendomsretten.

3.5.3 Fornyet vurdering av reguleringsplanens forutsetninger

Spørsmålet i det følgende er hvilke «spesielle forhold» som kan utløse behov for å foreta en fornyet vurdering av det som er bestemt i og i forbindelse med reguleringsplanvedtakelsen.

Her er det viktig å minne om at forvaltningen som utgangspunkt skal vurdere om lovbestemte kriterier er oppfylt på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet, jf. Rt-2012-1985 avsnitt 81. At kommunen normalt ikke må revurdere reguleringsplanens arealbruk, er kun et prosessuelt unntak fra dette utgangspunktet.³⁵⁷ Kommunen skal fortsatt finne det «tvillaust» at minstekravene i orl. § 2 er oppfylt på vedtakstidspunktet. Avgjørende er derfor om det på vedtakstidspunktet har *inntrådt forhold som sår tvil om aktualiteten* av kommunens tidligere vurdering.³⁵⁸

Selv om *reguleringsplanens alder* i seg selv ikke trenger å bety noe for vurderingen av arealbrukens aktualitet, vil lang tid kunne sår tvil om de underliggende vurderingenes aktualitet. Pbl. § 16-2 (1) andre punktum bestemmer at kommunens ekspropriasjonskompetanse bortfaller ti år etter at reguleringsplanen er kunngjort. Hvis fristen er oversittet, må kommunen enten vedta en ny reguleringsplan eller be kompetente organer ekspropriere med direkte hjemmel i orl. § 2. Selv om reguleringsplanen fortsatt gir ekspropriasjonskompetanse, kan dens alder tilsi at kommunen foretar en ny og selvstendig ekspropriasjonsvurdering: Hvis det er lang tid siden reguleringsplanen ble vedtatt, kan en vanskelig garantere at vurderingen i dag ville blitt den samme.

³⁵⁷ Kapittel 1.3 og 3.1.

³⁵⁸ Fleischer (1992) s. 524 skriver at fornyet vurdering kan være nødvendig «fordi forholdene og vurderingsmåten har endret seg (med f.eks. høyere prioritering av landbruksinteressene)». Dette berøres nødvendigvis av tid.

Det er derfor flere eksempler på at lagmannsrettene ser hen til om det er gått *lang tid* ved vurdering av om «spesielle forhold» foreligger. I LB-2015-8388 (Avkjørsel), om ekspropriasjon etter pbl. § 16-5, uttalte lagmannsretten at det var uklart om tiårsfristen kom til anvendelse, men at tidsforløpet på 24 år, «i seg selv taler klart for at unntaket kommer til anvendelse» fordi vurderingene kan endre seg over tid. I LH-2014-122719 (Treindustri) uttalte lagmannsretten at et tidsforløp på ni år måtte «kreves ... at ekspropriasjonsvedtaket inneholder en fullstendig vurdering» av ekspropriasjonsvilkårene. Tilsvarende er det flere eksempler på at lagmannsrettene vektlegger at det er *kort tid* siden reguleringsplanvedtaket. I LG-1998-948 la lagmannsretten til at det to og et halvt år gamle reguleringsvedtaket var av nyere dato.³⁵⁹ Tilsvarende uttalte lagmannsretten i LG-2013-54170 (Industrihavn) om et fire og et halvt år gammelt planvedtak.

Tiden som er gått er likevel *bare en indikasjon* på om forholdene kan ha endret seg på en slik måte som sår tvil om vurderingens aktualitet. Sannsynligheten for at reguleringsvedtakets vurderinger fortsatt er aktuelle, blir lavere etterhvert som tiden går. Er det f.eks. gått fire–fem år, kan man ikke uten videre vise til at planen nylig ble vedtatt, da mye kan endre seg i løpet av en slik tidsperiode. Da det i den nevnte Industrihavndommen var gått fire og et halvt år, tilføyde lagmannsretten at den heller «ikke [kunne] se at de faktiske forutsetningene som ble lagt til grunn for planvedtaket er nevneverdig endret på tidspunkt for vedtaket om ekspropriasjon».

En interessant avgjørelse er RG-2008-267 (Smoltvirksomhet). Lagmannsretten mente her at det skulle vært foretatt en selvstendig vurdering av ekspropriasjonsvilkårene, til tross for at planen kun var ett og et halvt år gammel. Lagmannsretten viste til at «det mest spesielle» var at

«... ekspropriasjonsvedtaket gjør et inngrep i private interesser, herunder i private næringsinteresser, for å tilgodese en annen privat næringsvirksomhet, og at dette skjer i en situasjon hvor den samfunnsmessige interesse fremstår som liten eller uklar» (side 277).

Lagmannsretten synes her å anse *inngrepets rimelighet* som et «spesielt forhold». Den eksisterende næringsvirksomheten som retten viser til besto i båt plassutleie. Ettersom det er vanskelig å se at båt plassutleie falt innenfor den arealbruken som var bestemt i reguleringsplanen, skulle trolig en vurdering av disse forholdene ha vært foretatt i forbindelse med vedtakelse av reguleringsplanen.³⁶⁰ Planens rimelighet tilsier strengere utrednings- og vurderingskrav i planprosessen, men er etter min vurdering *ikke* et «spesielt forhold» som kan tilsi fornyet vurdering av arealbrukens virkninger i ekspropriasjonsvedtaket fordi rimeligheten ikke er et endret forhold.³⁶¹ En dobbel vurdering er unødvendig av hensyn til grunneiers rettssikkerhet. Videre viste

³⁵⁹ Rettsanvendelsen ble stadfestet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt-1999-513.

³⁶⁰ Kapittel 3.3.2 og 3.3.3.

³⁶¹ Kapittel 3.2.1 og 3.4.

lagmannsretten til en betydelig *lokal motstand* mot inngrepet. Dersom den lokale motstanden forelå allerede på reguleringsstidspunktet, er også dette et forhold som skal være tatt i betraktning i reguleringsplanvedtaket. I så fall utgjør heller ikke dette noe endret forhold som sår tvil om reguleringsplanens vurderinger. Hvis motstanden derimot oppsto i etterkant av planvedtaket, er dette et forhold som kan nødvendiggjøre en fornyet vurdering av planens forutsetninger.

En annen interessant avgjørelse er LG-2014-184100 (Motorpark), om gjennomføring av en reguleringsplan om etablering av motorsportanlegg. Da reguleringsplanen ble vedtatt, var tanken at motorparken skulle oppføres og driftes av et interkommunalt selskap. Da kommunen fem år senere vedtok å gjennomføre planen med ekspropriasjon, var denne tanken forlatt. Motorparken skulle nå oppføres og driftes av et privat aksjeselskap. Lagmannsretten uttalte at det

«... ikke er gitt at vurderingene og avveiningene etter oreigningsloven § 2 fullt ut vil være de samme når ekspropriasjon skjer til fordel for private næringsinteresser til gjennomføring av et reguleringsplanvedtak som bygget på at tiltaket skulle gjennomføres i offentlig regi».

At kommunen derfor måtte foreta en fullstendig vurdering, ble tilsynelatende også lagt til grunn av kommuneadministrasjonen. For i saksfremlegget fra rådmannen fremgikk det at kommunestyret måtte foreta en egen og ny vurdering av om minstekravene var oppfylt. Problemet var at den forberedende saksbehandlingen ikke var god nok til at kommunestyret kunne foreta noen reell ekspropriasjonsvurdering. Lagmannsretten viste til at saksfremlegget ikke inneholdt «noen utredning av økonomiske forhold eller andre forhold av betydning for en fornyet vurdering og avveining av oreigningsloven § 2, ikke ble foretatt». Dermed var det umulig for representantene å gjøre seg opp en mening om ekspropriasjon var nødvendig og forholdsmessig, jf. orl. § 2.

Foruten at det er gått tid og at forholdene har endret seg, kan også *mangler ved reguleringsplanens vurderinger* nødvendiggjøre nye vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket.³⁶² Eksempler kan være at det reguleringsplanvedtaket bygger på uriktige faktiske opplysninger eller at viktige opplysninger er utelatt.³⁶³ Selv om slike mangler vil utgjøre saksbehandlingsfeil i reguleringsvedtaket, er det som vi skal se i kapittel 4.5 ikke gitt at feilene leder til ugyldighet. Hvis reguleringsvedtaket består u-/gyldighetstesten, må kommunen i ekspropriasjonsvedtaket kompensere for feilene i planvedtaket ved å ta stilling til de mangelfullt vurderte forholdene.

³⁶² Fleischer (1992) s. 524 viser til at en fornyet vurdering kan være nødvendig «fordi den opprinnelige vurdering var mangelfull». Det kommer ikke tydelig frem hva Fleischer legger i «mangelfull», men trolig må det dreie seg om feil som ikke gjør reguleringsplanvedtaket ugyldig.

³⁶³ Broch Hauge mfl. (2021) s. 74.

Til slutt er det viktig å presisere at en fornyet vurdering ikke behøver å bety en fullstendig utredning og vurdering. Kommunen må kun undersøke om den tidligere vurderingen fortsatt står seg, til tross for usikkerheten som har oppstått. Kommunen må derfor utrede de forholdene som nå fremtrer usikre. I LG-2014-184100 (Motorpark) var det f.eks. de økonomiske forholdene som hadde endret seg. Det var da ikke nødvendig å foreta nye lokaliseringsutredninger. Tilsvarende var det i RG-2008-267 (Smoltvirksomhet) ikke nødvendig å utrede om eiendommen skulle benyttes til annet enn næring, ettersom den lokale motstanden langt på vei knyttet seg til den konkrete virksomheten. Kommunen måtte vurdere alternative tiltakshavere og tiltak.

3.6 Oppsummering og refleksjon om rettskildebildet

Problemstillingen i dette kapitlet var hvor langt reguleringsplanprosessen sørger for opplysning og vurdering i tråd med minstekravene i orl. § 2 og hvilke nye vurderinger kan måtte foretas i ekspropriasjonsvedtaket. Undersøkelsen gir grunnlag for følgende konklusjoner: *For det første* har vi sett at reguleringsplanprosessen oppstiller strenge krav til medvirkning fra berørte grunneiere. Så lenge prosesskravene blir etterlevd, legges det derfor godt til rette for å belyse temaene som er relevante i vurderingen av orl. § 2. *For det andre* har vi sett at kommunestyret ikke kan vedta reguleringsplaner som forutsetter eiendomserverv uten at virkningene for grunneier er beskrevet i kommunens beslutningsgrunnlag. Planens virkninger for grunneiere kan også utløse plikt til å utrede mindre inngripende planløsninger. I så fall skal også disse være beskrevet i kommunestyrets beslutningsgrunnlag. *For det tredje* har vi sett at grunneierhensynet skal inngå i kommunens begrunnelse for reguleringsplanvedtaket. Her er det av særlig betydning at kommunen må begrunne hvorfor mindre inngripende alternativer ikke har nådd frem.

Hvis reglene om reguleringsplanprosessen blir tolket som her anbefalt, sørger de for at vurderingene som er påkrevd etter orl. § 2 blir forsvarlig ivaretatt i *den utstrekning* planprosessen foregriper ekspropriasjonsvurderingen. Dermed kan ekspropriasjonsvedtaket normalt konsentreres om utfyllende vurderinger, uten at dette er til ulempe for grunneiers rettssikkerhet.

Det er samtidig et gjennomgående særtrekk at de overstående konklusjonene om utredningsprosess og -innhold er basert på tolkning av vage lovtekster som i liten grad er utdypet i forarbeider, rettspraksis og statlige styringsdokumenter.³⁶⁴ Det er derfor en overhengende fare for at kommuner og andre forslagsstillere tolker reglene feil og at grunneierhensynet ikke blir tilstrekkelig ivaretatt i planprosessen. At grunneierhensynet ikke er viet plass i KMDs veileder om hva som skal inngå i planbeskrivelsen, er et eksempel på dette. Ettersom veilederen trolig er viktig i den praktiske rettsanvendelsen, bør den endres. Frostating lagmannsretts avgjørelse i LF-

³⁶⁴ Særlig pbl. § 4-2 (1) og fvl. § 17 (1) sammenholdt med orl. § 2 (2).

2019-187397-2 bør her tjene som et forbilde. Det bør komme tydeligere frem at grunneierhensynet er relevant og kan utløse alternativutredningsplikt. I tillegg kan det være hensiktsmessig at det gis mer presise retningslinjer for hvordan forslagsstiller i slike saker skal sørge for tilstrekkelig grunneiermedvirkning i tråd med det vage, men strenge prinsippet i pbl. § 5-1.³⁶⁵

³⁶⁵ Se likevel KMD (2014) om medvirkning i planlegging, men som i liten grad er rettet mot grunneiere.

4 Kontroll med kommunale ekspropriasjonsvurderinger

4.1 Innledning

Hittil har avhandlingen, i tråd med de overordnede hovedspørsmålene, fremlagt innholdet i de materielle minstekravene for kommunale ekspropriasjonsvedtak (kapittel 2) og reglene som skal sikre en forsvarlig vurdering av disse minstekravene (kapittel 3). Temaet i dette kapittelet er kontrollen med kommunens vurderinger i regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene.

Kontroll med regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene er både direkte og indirekte et sentralt virkemiddel for å sikre overholdelse av reglene som er presentert i kapittel 2 og 3.³⁶⁶ For det første innebærer kontroll at vedtak som ikke overholder kravene kan tilsidesettes. For det andre vil kontrollmuligheter kunne virke preventivt i den forstand at kommunen og andre tiltakshavere får insentiv til å sørge for overholdelse av kravene, fordi vedtaket ellers kan bli tilsidesatt.

I det følgende skal vi derfor undersøke om, og i hvilken utstrekning, kommunens vurderinger er underlagt kontroll fra statlige klageorganer (4.2), Sivilombudsmannen (4.3) og domstolene (4.4). Som vi skal se, kan alle kontrollorganene alltid prøve om kommunen har overholdt utrednings- og begrunnelseskravene som ble drøftet i kapittel 3. Til slutt skal vi derfor undersøke hva som må til for at overtredelse av disse saksbehandlingskravene skal føre til ugyldighet (4.5).

4.2 Statlige klageorganers kontroll

4.2.1 Innledende om statlige klageorganers kompetanse

Statlige organers kontroll med kommunale vedtak etter plan- og bygningsloven skjer i all hovedsak gjennom innsigelse og klage.³⁶⁷ Etter pbl. §§ 5-4 til 5-6 kan statlige organer fremme innsigelse der statlige eller regionale interesser gjør seg gjeldende, men hensynet til privat eiendomsrett er neppe et relevant innsigelsesgrunnlag.³⁶⁸ Grunneier kan derimot på egenhånd påklage kommunens regulerings- og ekspropriasjonsvedtak til Statsforvalteren, jf. fvl. § 28 (1).³⁶⁹ Det er derfor kontroll etter klage som er av spesiell interesse for denne avhandlingen.

³⁶⁶ Sml. Winge (2013) s. 228 om kontroll som virkemiddel overfor energimyndighetenes konsesjonsvurderinger.

³⁶⁷ Holth/Winge (2019) s. 46.

³⁶⁸ Holth/Winge (2019) s. 78.

³⁶⁹ Se Miljøverndepartementet (1986) om delegering av departementets kompetanse som klageinstans til fylkesmennene, jf. fvl. § 28 (2). Rundskrivet gjelder i dag for forholdet mellom KMD og Statsforvalteren.

Klageinstansens kompetanse er regulert i fvl. § 34. Etter fvl. § 34 (2) første punktum kan klageinstansen «prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter». Utgangspunktet er derfor, som Sivilombudsmannen formulerte i SOM-2009-1402, at Statsforvalteren har plikt til å foreta en «reell og selvstendig prøving av sakens faktiske, rettslige og skjønnsmessige sider, herunder av hva som er en hensiktsmessig regulering». Ettersom forvaltningskontrollen med sakens faktiske og rettslige sider sammenfaller med domstolskontrollen, er det hovedsakelig kontrollen med den kommunale skjønnsutøvelsen som er av spesiell interesse her.

Vil Statsforvalteren overprøve kommunens vedtak, er det praktiske utfallet at kommunens vedtak oppheves fordi det bare kan vedtas arealbruk som har vært gjenstand for offentlig ettersyn og høring, jf. pbl. § 12-10. I tillegg følger det av departementets delegeringsvedtak at mindre endringer av planen som kommunen motsetter seg, skal forelegges for departementet.³⁷⁰

Selv om de statlige klageorganene har full prøvingskompetanse, kompliseres prøvingen av to forhold. For det første har vi sett at ekspropriasjonsvurderingen i realiteten blir foretatt gjennom *to suksessive vedtak*; regulerings- og ekspropriasjonsvedtaket. Spørsmålet blir da om grunneier i ekspropriasjonsklagesaken kan påklage forhold som er avgjort i reguleringsplanen (4.2.2). For det andre kommer statlig overprøving i konflikt med prinsippet om *kommunalt selvstyre*, jf. kommuneloven § 2-1 (3). Det følger derfor av fvl. § 34 (2) tredje punktum at klageinstansen skal legge «stor vekt» på det kommunale selvstyret ved prøvingen av forvaltningsskjønnet. Spørsmålet blir hvordan dette slår ut overfor regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene (4.2.3).

4.2.2 Forholdet mellom vedtakene i klagebehandlingen

Spørsmålet her er om grunneieren i ekspropriasjonsklagesaken kan påklage forhold som er avgjort i reguleringsplanvedtaket, og om klageinstansen i så fall plikter å behandle anførselene.³⁷¹

Etter pbl. § 1-9 (2) kan det i «byggesaken» ikke klages over «forhold som er avgjort i bindende reguleringsplan» så lenge reguleringsplanvedtakets klagefrist er utløpt. Formuleringen «forhold som er avgjort i bindende reguleringsplan» sikter til planens rammer for utnyttning, plassering, utforming og tomteinndeling.³⁷² En naturlig språklig forståelse av «byggesaken» avgrenser bestemmelsens anvendelsesområde til byggesaksvedtak etter lovens fjerde del. Begrensningen synes derfor ikke å være direkte anvendbar overfor grunneiers klagerett i ekspropriasjonssaker.

³⁷⁰ Miljøverndepartementet (1986) og Miljøverndepartementet (2004).

³⁷¹ Spørsmålet er ikke behandlet av KRD (2002), se s. 29–30. Heller ikke Pedersen mfl. (2018a), Innjord mfl. (2020) eller Broch Hauge mfl. (2021) tar opp spørsmålet.

³⁷² Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 176.

Samtidig kan lov- og forarbeidshistorikken gi et noe mer nyansert inntrykk. En lignende begrensning ble etter forslag fra Planlovutvalget i 2004 inntatt i pbl. 1985 § 15 (3). Bestemmelsen hindret klage over forhold som *tidligere var påklaget* og avgjort av klageinstansen i en reguleringsplansak. Denne begrensningen var ikke avgrenset til «byggesaker».³⁷³ I 2005 foreslo Bygningslovutvalget at det ikke skulle være krav om at klageadgangen var benyttet, så lenge det hadde vært *anledning til å påklage* forholdet i et tidligere vedtak.³⁷⁴ Etter forslaget skulle begrensningen fortsatt gjelde alle vedtak etter loven. Bygningslovutvalget viste som eksempel til at reguleringsplanens rammer ikke skulle kunne overprøves i en ekspropriasjonsklagesak.³⁷⁵

Miljøverndepartementet stilte seg stort sett ved Bygningslovutvalgets forslag om å stramme inn begrensningen, men avgrenset den til klage i «byggesaken».³⁷⁶ Departementet gikk ikke nærmere inn på hvorfor deres lovforslag dermed ble gitt et klart snevrere anvendelsesområde enn både dagjeldende rett og Bygningslovutvalgets forslag. Departementet viste tvert imot til at pbl. § 1-9 (2) var ment som en skjerpet «videreføring» av pbl. 1985 § 15 (3).³⁷⁷ En kunne tenkt seg at departementet rett og slett overså at problemstillingen kunne oppstå utenfor byggesaker, men forhistorien taler mot en slik ubevissthet; Planlovutvalget foreslo begrensningen særlig med hensyn til forholdet mellom område- og detaljreguleringer, mens Bygningslovutvalget som nevnt eksemplifiserte med forholdet mellom reguleringsplan og ekspropriasjon.³⁷⁸ Departementet må derfor ha vært kjent med at problemstillingen også kan oppstå utenfor byggesaker.

En løsning for ekspropriasjonsklagesaker *kan* være å videreføre ordningen etter pbl. 1985 § 15 (3), slik at grunneier kan påklage alle forhold i reguleringsplanen som ikke er avgjort i en tidligere klagesak. På den andre siden kan innstramningen i pbl. § 1-9 (2) vitne om en lovgivervilje i retning effektivitet og forutsigbarhet. I denne retning skriver *Innjord mfl.*, uten nærmere forklaring, at prinsippet i pbl. § 1-9 (2) gjelder tilsvarende i forholdet mellom område- og detaljreguleringer, slik at områdereguleringen ikke kan påklages i detaljreguleringssaken.³⁷⁹ Det er åpenbart at en fornyet klagerett over arealbruken vil være ressurskrevende for forvaltningen og gjøre det usikkert om reguleringsplanen blir stående.³⁸⁰ Det siste gjør at private forslagsstillere ikke uforbeholdent kan innrette seg etter planvedtaket. Det er dessuten ikke innlysende at en

³⁷³ NOU 2003: 14 s. 264 og Ot.prp. nr. 31 (2003–2004) s. 8.

³⁷⁴ NOU 2005: 12 s. 489.

³⁷⁵ NOU 2005: 12 s. 489.

³⁷⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 260.

³⁷⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 176.

³⁷⁸ NOU 2003: 14 s. 264 og NOU 2005: 12 s. 489.

³⁷⁹ *Innjord mfl.* (2020) s. 41.

³⁸⁰ Sml. NOU 2019: 5 s. 389.

dobbel klagerett vil sørge for bedre rettssikkerhet, ettersom de tidligere beskrevne prosesskravene om varsling og medvirkning er egnet til å oppfordre grunneier til å angripe arealbruken i en klage over reguleringsplanen.³⁸¹ Derfor trekker heller ikke rettssikkerhetshensyn spesielt sterkt i retning av en fornyet mulighet til å påklage forhold som er avgjort i reguleringsplanen.

Begrensningen etter pbl. § 1-9 (2) gjelder tilsynelatende også for *gyldighetsspørsmålet*.³⁸² Etter bestemmelsens andre punktum er det opp til klageinstansen å bestemme om det likevel er «hensiktsmessig» å realitetsbehandle en klage.³⁸³ Det synes derfor som at grunneier kun har rettskrav på overprøving i den grad klageinstansen har omgjøringsplikt, jf. fvl. § 35 og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.³⁸⁴ En slik begrensning er ikke overførbar til ekspropriasjonssaker. Det følger for det første av at en gyldig reguleringsplan er et absolutt vilkår for kommunens ekspropriasjonskompetanse, jf. pbl. § 16-2 (1). For det andre vil dette gyldighetsspørsmålet uansett bli gjenstand for prejudisiell domstolsprøving, jf. skj. § 48. Det er neppe meningen at klageinstansen skal ha snevrere prøvingskompetanse og –plikt enn domstolene.

Konklusjonen er etter dette at klageinstansen i ekspropriasjonsklagesaken kun har plikt til å realitetsbehandle anførsler rettet mot ekspropriasjonsvedtakets utfyllende og/eller fornyede ekspropriasjonsvurderinger, samt anførsler som angår reguleringsplanvedtakets gyldighet.

4.2.3 Kommunalt selvstyre – forvaltningsloven § 34 (2) tredje punktum

Spørsmålet her er hva det vil si at statlige klageorganer ifølge fvl. § 34 (2) tredje punktum skal legge «stor vekt» på det kommunale selvstyret ved prøvingen av det kommunale skjønnet.

Bestemmelsen er utslag av at statlig overprøving av det kommunale skjønnet står i et motsetningsforhold til hovedregelen om kommunalt selvstyre, jf. kommuneloven § 2-1 (3) første punktum.³⁸⁵ Selvstyret er bare reelt hvis kommunens skjønn blir stående som endelig. En slik plikt til å vektlegge kommunalt selvstyre har vært lovfestet siden 1997. Ordet «stor» ble tilføyd i 2017 for å heve terskelen for statlig overprøving.³⁸⁶ Ordlyden begrenser ikke de statlige klageorganenes kompetanse. I forarbeidene skriver KMD at bestemmelsen «inneber difor ingen rettslege avgrensingar i kompetansen til klageinstansen, men legg generelle føringar for korleis

³⁸¹ Kapittel 3.2.2.

³⁸² Pedersen mfl. (2018b) s. 251 viser til at bestemmelsen gir «negativ rettskraft», sml. tvl. § 19-15 (3).

³⁸³ NOU 2019: 5 s. 389 viser til at anførsler om ugyldighet etter omstendighetene kan gjøre realitetsbehandling hensiktsmessig. Pedersen mfl. (2018b) s. 251–252 skriver at § 1-9 (2) andre punktum er et forvaltningsskjønn.

³⁸⁴ Se Graver (2019) s. 515–516 og SOM-2014-3496 om omgjøringsplikten.

³⁸⁵ Bernt/Rasmussen (2010) s. 34.

³⁸⁶ Prop. 64 L (2016–2017) s. 41.

klageinstansen skal vekte omsynet til det kommunale sjølvstyret ved prøving av det frie skjønnet». ³⁸⁷ I Rt-2007-257 (Trallfa) uttrykte Høyesterett at «klageinstansen pålegges en viss terskel» for overprøving (avsnitt 49). Klageinstansen skal altså fortsatt gjøre en reell og selvstendig prøving, men utvise en viss *tilbakeholdenhet*.

Uttrykket «stor vekt» gir lite veiledning for hvor høy terskelen skal være i enkeltsaker. Forarbeidene presiserer at det er tale om en «standardregel» som må tilpasses etter hvor sterkt det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende. ³⁸⁸ Det fremgår at selvstyrehensynet skal holdes opp mot hensynene til nasjonale målsetninger og klagerens rettssikkerhet. ³⁸⁹ Standarden gir nokså klart svar i ytterpunkter som barnevernssaker, hvor det åpenbart er lite rom for kommunalt selvstyre. ³⁹⁰ Det er mer åpent hvordan standarden slår ut for prøvingen av den kommunale vurderingen av de regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene som er tema i denne avhandlingen. I det følgende anvender vi de nevnte momentene på regulerings- og ekspropriasjonsvurderingene.

Det er et uttrykt lovgiverønske at *arealforvaltningen skal være lokal og desentralisert*. Det kom blant annet til uttrykk da kommunene i 1986 fikk utvidet den direkte plankompetansen. Kommunal- og arbeidsdepartementet uttalte at desentraliseringen skulle sikre «et planverktøy som gir kommunene mulighet til en forsvarlig planlegging og langsiktig ressursutnyttelse i sin kommune ut fra lokale behov». ³⁹¹ I tillegg kan dette lovgiverønsket også leses ut av de bindende rettsvirkningene av arealplaner på lokalt nivå, sammenlignet med at de regionale arealplanene kun «skal legges til grunn» som retningslinjer i den kommunale planleggingen. ³⁹²

Samtidig angir pbl. § 1-1 og § 3-1 *formål som arealplanleggingen «skal» ivareta*. Flere av de fremhevede hensynene er av like stor nasjonal eller regional som lokal betydning. Eksempler er hensynet til bærekraftig utvikling (§ 1-1 (1)), klimahensyn (§ 3-1 (1) bokstav g) og målsetningen om å fremme samfunnssikkerhet (§ 3-1 (1) bokstav h). I saker om slike nasjonale (og dels globale) hensyn har det kommunale selvstyret begrenset betydning. I Rt-2007-257 (Trallfa) uttrykte Høyesterett derfor at meningen med fvl. § 34 (2) tredje punktum ikke har vært å «svkke vekten av overordnede planhensyn» (avsnitt 52). Bestemmelsen var ikke til hinder for at fylkesmannen la størst vekt på planens miljøvirkninger (økt bilbruk og redusert mulighet for

³⁸⁷ Prop. 64 L (2016–2017) s. 41. En kan naturligvis stille spørsmål ved om ikke en rettslig plikt til å vektlegge, egentlig er en rettslig avgrensning av kompetansen. I denne retning omtaler Woxholth (2011) s. 556 bestemmelsen som en «kompetansebegrensning». I denne avhandlingen bygger jeg på forarbeidenes språkbruk.

³⁸⁸ Prop. 64 L (2016–2017) s. 41. Se også Graver (2019) s. 510 og SOM-2009-1402 (Badeplass).

³⁸⁹ Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41.

³⁹⁰ Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41.

³⁹¹ Ot.prp. nr. 57 (1985–1986) s. 13.

³⁹² Se f.eks. pbl. § 12-4 om reguleringsplaners rettsvirkninger og pbl. § 8-2 om regionale planers rettsvirkninger.

utvidet kollektivtilbud). Fylkesmannen hadde funnet «klar overvekt av hensyn mot dispensasjon» (avsnitt 51). Høyesterett mente kravet – som den gang var å tillegge selvstyret «vekt» – åpenbart var oppfylt (avsnitt 54). At det er begrenset rom for å vektlegge kommunalt selvstyre i saker om nasjonale interesser, er også lagt til grunn i LB-2014-40734 og SOM-2018-1219.³⁹³

I andre vurderinger er *lokale hensyn og interesser mer fremtredende*. Eksempler er lokal næringsutvikling (§ 3-1 (1) bokstav d), sikring av gode bomiljøer (§ 3-1 (1) bokstav e) og valg mellom ulike arealformål – der valget i begrenset grad påvirker nasjonale interesser. I disse vurderingene må klageinstansen legge større vekt på det kommunale selvstyret. Samtidig gir SOM-2009-1402 (Badeplass) et eksempel på at klageinstansen fortsatt skal gjøre en reell prøving. Klageren hadde overfor fylkesmannen anført at det regulerte området ikke var hensiktsmessig som badeplass fordi det lå utilgjengelig til og hadde en vanddybde på inntil 10 cm. Ettersom fylkesmannen ikke hadde tatt konkret stilling til hensiktsmessigheten, fant ombudsmannen «begrunnet tvil» ved om fylkesmannen var bevisst sin egen kompetanse. Fylkesmannen ble derfor bedt om å gjøre en ny vurdering. Uttalelsen viser at statlige klageorganer må foreta en materiell prøving av skjønnet, men at kommunen skal gis en stor skjønnsmargin. I mange saker må nok marginen ligge nært opptil myndighetsoverskridelseslærens yttergrense.³⁹⁴

Vi så over at forarbeidene indikerer at *rettssikkerhetshensyn* påvirker «stor vekt»-standarden. I forarbeidene til 1997-endringen forsikret departementet om at med tanke på «klagernes rettssikkerhet er regelen ikke ment å innebære noe signal om mindre prøving av det frie skjønn».³⁹⁵ Samtidig skrev departementet også at klageinstansen skal vurdere klagers anførsler, men at vektlegging av det kommunale selvstyret vil innebære «en viss terskel» for overprøving.³⁹⁶ Selv om det derfor kan virke som at departementet hovedsakelig siktet til *prosessuell* rettssikkerhet, tyder en uttalelse om at «hensynet til det lokale selvstyret tillegges mindre vekt» på barnevernsområdet på at *materiell* rettssikkerhet har betydning for den konkrete «stor vekt»-standarden.³⁹⁷

³⁹³ Winge/Holth (2018) s. 10 skriver at det «først og fremst er i de tilfeller hvor det er tale om lokale interesser i arealbruken, at terskelen for å prøve hensiktsmessigheten er hevet», og at klageinstansen derfor må være «varsel med å innsnevre kontrollen med hensiktsmessigheten» i saker om regionale og nasjonale interesser.

³⁹⁴ I Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 42 skriver at myndighetsoverskridelseslæren vil «sette grenser for hvilken vekt momentet kan gis i den enkelte sak». Woxholth (2011) s. 557 mener grensen må trekkes snevrere for rettssikkerheten til klageren ikke skal svekkes. Selv kan jeg ikke se at rettssikkerhetshensyn er til hinder for en så stor vektlegging av det kommunale selvstyre i prøvingen av *utpreget politiske saker*. da disse vurderingene er lite rettslige. Derimot vil selvstyret måtte tillegges mindre vekt i *mindre politiske saker*, se nedenfor.

³⁹⁵ Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41.

³⁹⁶ Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41.

³⁹⁷ Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41. Bernt/Rasmussen (2010) s. 47–53 om prosessuell og materiell rettssikkerhet.

Ettersom det kommunale selvstyret har en åpenbar plass i arealforvaltningsretten, er det neppe rom for å gi rettssikkerhetshensyn like stort gjennomslag ved prøving av regulerings- og ekspropriasjonsvedtak som ved prøving av barnevernsvedtak. Samtidig er det også her tale om inngripende forvaltningsvedtak. Selv om det ikke ble sagt noe om statlige klageorganers prøvingsintensitet, er det her illustrerende at hensynet til grunneieres rettssikkerhet var utslagsgivende for at Kommunal- og arbeidsdepartementet i 1986, til tross for protester, gikk inn for at alle kommunale ekspropriasjonsvedtak skulle kunne påklages.³⁹⁸ Skal rettssikkerhetshensyn påvirke klageorganenes prøvingsintensitet, må vekten av det kommunale selvstyret differensieres innenfor de lokale – ikke-nasjonale – vurderingene. Ettersom det kommunale selvstyret gjør seg sterkest gjeldende overfor utpreget faglig-politiske vurderinger, må klageinstansen ta konkret stilling til hvor faglig-politisk vurderingen er.³⁹⁹ Spørsmålet blir hvor sterkt det faglig-politiske innslaget er i den endelige vurderingen av forholdsmessig (i snever forstand).⁴⁰⁰

I kapittel 2.5.2.4 så vi at kommunens vurdering av den nærmere plassering ofte kan være mindre faglig-politisk. Trolig kan dette derfor være vurderinger hvor det er mindre rom for kommunalt selvstyre. I kapittel 2.3.3.2 så vi f.eks. at den endelige vurderingen i LA-2017-33514 (Landbruksvei) sto mellom to «farbare» alternativer, men hvor det mindre inngripende alternativet medførte høyere kostnader. Alternativvurderinger vil ofte være forbundet med store og uoversiktlige samfunnskostnader, f.eks. for natur og miljø.⁴⁰¹ Her munnet imidlertid vurderingen ut i en avveining av kostnadsbesparelse mot inngrepsulempene. Ettersom denne vurderingen verken er spesielt planfaglig eller politisk, bør det kommunale selvstyret ha lite betydning. Dersom klageinstansen her mener at ekspropriasjon på bakgrunn av utredningen ikke er forholdsmessig (i snever forstand), er det ikke noen grunn til å utvise tilbakeholdenhet. Etter omstendighetene kan trolig det samme være tilfelle for kommunens valg av rettighetstype og i valg mellom en privat tiltakshaver og grunneieralternativet, da ingen av disse vurderingene *behøver* å påvirke gjennomføringen av den politiske målsetningen eller den helhetlige arealbruken i kommunen.

Etter dette ser vi at det ikke bare er der statlige og/eller regionale interesser er i spill at klageinstansen i liten grad kan og skal legge vekt på det kommunale selvstyret, da klageinstansen også ellers må undersøke det politiske innslaget i den konkrete vurderingen. Jo mindre det politiske innslaget er, dess mindre tilbakeholden tilsier rettssikkerhetshensyn at klageinstansen kan være.

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 57 (1985–1986) s. 17.

³⁹⁹ Sml. kapittel 2.5.2.5.

⁴⁰⁰ Kapittel 2.2.2.

⁴⁰¹ Kapittel 2.3.3.2.

4.3 Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen)⁴⁰²

Sivilombudsmannen er et sentralt kontrollorgan i forvaltningsrettslig sammenheng. Etter enten klage eller eget tiltak kan ombudsmannen kontrollere forvaltningens virksomhet. Ifølge sombl. § 3 er ombudsmannens oppgave å kontrollere om forvaltningen utøver «urett» overfor borgerne. Ombudsmannens uttalelser er ikke bindende, men blir i praksis etterlevd av forvaltningen.⁴⁰³

Første spørsmål er i hvilken grad regulerings- og ekspropriasjonsvedtak kan påklages til ombudsmannen. Både regulerings- og ekspropriasjonsvedtak faller klart innenfor ombudsmannens arbeidsområde, som ifølge sombl. § 4 (1) er «den offentlige forvaltning». En viktig begrensning for ombudsmannskontroll med ekspropriasjonsvurderingen følger likevel av sombl. § 4 (2) bokstav c, som sier at ombudsmannens arbeidsområde ikke omfatter «domstolenes virksomhet». Etter ombudsmannens egen praksis rammer denne begrensningen også saker som er *brakt inn* for domstolene.⁴⁰⁴ Etter orl. § 16 skal eksproprianten begjære skjønn senest ett år etter det endelige ekspropriasjonsvedtaket. Etersom de fleste omtvistede ekspropriasjonsvedtak dermed skal inn for domstolene, er det grunn til å tro at ombudsmannen vil avvise klager over ekspropriasjonsvedtak. Hvis ikke etter sombl. § 4 (2), så etter § 6 (4): «Ombudsmannen avgjør selv om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling». I så fall er ombudsmannskontroll i vårt tilfelle kun aktuelt for reguleringsplanvedtaket, og kun før ekspropriasjonsvedtaket treffes.⁴⁰⁵

Ombudsmannen har imidlertid ved to anledninger uttalt seg om gyldigheten av konsesjonsvedtak etter energiloven, til tross for at det var gitt ekspropriasjonstillatelse (SOM-2012-640 og SOM-2012-1531). Etersom konsesjons- og ekspropriasjonsvedtakene står i nær sammenheng, kunne en tenkt at ombudsmannen ville avvise en slik klage. Det er mulig ombudsmannen ser annerledes på forholdet mellom konsesjon og ekspropriasjon fordi konsesjon ikke er et absolutt vilkår for ekspropriasjon, kontra «reguleringsplan» etter pbl. § 16-2 (1). Etter min vurdering er det likevel overraskende at ombudsmannen ikke avviste konsesjonsklagene, jf. sombl. §§ 4 (2) bokstav c eller 6 (4).

Hvis klage over reguleringsvedtaket (og eventuelt ekspropriasjonsvedtaket) blir behandlet av ombudsmannen, blir det andre spørsmålet hvor langt ombudsmannen kan gå i sin kontroll. Etter sombl. § 3 skal ombudsmannen som nevnt kontrollere om det utøves «urett». Selv om ombudsmannen etter sombl. § 10 (2) også kan uttale seg om hvorvidt utøvelsen «klart strir mot god

⁴⁰² Stortinget behandlet 16. og 25. mai 2021 forslag til ny sivilombudslov som trer i kraft 1. juli 2021. Loven erstatter sombl. og sivilombudsmannsinstruksen, men medfører ikke endringer av betydning for avhandlingen.

⁴⁰³ Eckhoff/Smith (2018) s. 516.

⁴⁰⁴ Se f.eks. Sivilombudsmannen (2013). Fleischer (1978) s. 76 viser til ombudsmannen som et mulig kontrollorgan, men nevner ikke domstolsunntaket. Ombudsmannen har riktignok realitetsbehandlet noen ekspropriasjonsklagesaker og avsluttet behandlingen uten nærmere undersøkelser, se f.eks. Sivilombudsmannen (2014).

⁴⁰⁵ Det kan umiddelbart fremtre som et *rettsikkerhetsproblem* at inngripende ekspropriasjonsvedtak er unntatt ombudsmannskontroll. Her er det grunn til å minne om at grunneier får dekket sakskostnadene i førsteinstansbehandlingen, jf. skj. § 54. En kan hevde at behovet for «gratis» ombudsmannskontroll derfor er noe mindre.

forvaltningspraksis», skal ombudsmannen som den klare hovedregelen ikke prøve forvaltningens skjønnsutøvelse.⁴⁰⁶ Det innebærer i vårt tilfelle at ombudsmannens kontroll med regulerings- og ekspropriasjonsvedtak i all hovedsak må knytte seg til spørsmål om lovtolkning og saksbehandling, mens kommunens konkrete skjønnsvurderinger av kompetanse og hensiktsmessighet blir stående. Et eksempel er SOM-2011-40, hvor ombudsmannen nøyde seg med å uttale seg om den tvilsomme begrunnelsen for et tilsynelatende urimelig reguleringsvedtak.

Siden ombudsmannskontrollen nok ikke går nevneverdig lengre enn domstolskontrollen, er det ikke hensiktsmessig med en selvstendig drøftelse her. Kapittel 4.5, om ugyldighet som følge av saksbehandlingsfeil, er tilsvarende relevant for ombudsmannskontroll som domstolskontroll.

4.4 Domstolskontroll

4.4.1 Hvordan kommer ekspropriasjonsvurderingen inn for domstolene?

Det er flere måter å bringe regulerings- og ekspropriasjonsvedtak inn for domstolene. For det første kan grunneierne bringe begge vedtakene inn for domstolene gjennom alminnelige gyldighetssøksmål. Grunneieren pretenderer i så fall et rettskrav om opphevelse på grunn av ugyldighet, jf. tvl. § 1-3. Dette kan i praksis være en kurant måte å sikre en tidligst mulig prøving av reguleringsplanens gyldighet, siden tidsforløpet kan spille inn på u-/gyldighetsspørsmålet.⁴⁰⁷

Dersom kommunen allerede har vedtatt ekspropriasjon, er det vanligere å avvente skjønnsaken. Etter orl. § 16 må eksproprianten begjære skjønn innen ett år fra den endelige ekspropriasjonsavgjørelsen.⁴⁰⁸ Etter skjl. § 48 (1) skal retten ta stilling til eventuelle innsigelser om «retten til og betingelsene for ekspropriasjon eller om hva som er gjenstand for ekspropriasjon». Domstolen må derfor «prejudisielt ta standpunkt til enhver tvist om tillatelsens formelle og materielle gyldighet», jf. Rt-1973-686 (Skoleområde). Denne «veien» til domstolene er kurant for grunneier, fordi han som hovedregel ikke må dekke egne sakskostnader, jf. skjl. §§ 54 flg.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Eckhoff/Smith (2018) s. 516. Sivilombudsmannen (u.å.) skriver om muligheten til å påklage offentlige ansettelsesprosesser, at «[s]like skjønsmessige vurderinger kan ombudsmannen bare kritisere dersom det er lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn, eller avgjørelsen fremstår som «klart urimelig»».

⁴⁰⁷ Kapittel 4.5.

⁴⁰⁸ Høyesterett slo i Rt-2011-1424 fast at fristen i orl. § 16 gjelder for ekspropriasjon etter pbl. § 16-2 (1). Hvis ekspropriasjonsvedtaket blir påklaget, løper fristen fra klageinstansens avgjørelse, se LE-2020-132653.

⁴⁰⁹ Kapittel 2.3.3.2.

4.4.2 Domstolenes prøving av ekspropriasjonsvurderingen

Domstolenes *prøvingskompetanse* er utviklet gjennom domstolenes egen praksis, men følger i dag av Grunnloven § 89. Bestemmelsen slår fast at domstolene kan og skal prøve forvaltningsutøvelsens lovlighet, ikke dens hensiktsmessighet.⁴¹⁰ Det betyr at domstolene alltid kan prøve forvaltningen lovtolkning, faktumfastsettelse og saksbehandling. Hvis en regel derimot gir forvaltningen fullmakt til å treffe vedtak etter et forvaltningsskjønn, kan domstolene som hovedregel ikke overprøve sakens utfall. I kapittel 2.5.2 så vi at kommunens konkrete vurdering av minstekravene i orl. § 2 langt på vei er overlatt til kommunens skjønn. Domstolene kan derfor bare prøve om vurderingen ligger innenfor myndighetsoverskridelseslæren.⁴¹¹ Er skjønnsutøvelsen basert på saklige hensyn, kan domstolen kun prøve om vedtaket er usaklig forskjellsbehandlende, vilkårlig eller sterkt urimelig. Spørsmålet er hvilke sider av kommunens skjønnsmessige vurderinger i regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene som domstolene kan prøve.

Det er ofte mest praktisk at domstolene prøver om forvaltningsskjønnet er basert på utenforliggende hensyn eller usaklig forskjellsbehandling, da dette ikke innebærer at domstolene overprøver forvaltningens konkrete verdiprioriteringer. Ettersom regulerings- og ekspropriasjonsvurderingene er nokså altomfattende, vil det likevel bare unntaksvis bli spørsmål om *utenforliggende hensyn*.⁴¹² Foruten der inngrepet først og fremst blir gjort av hensyn til ekspropriantens rent subjektive interesser, er det vanskelig å se hensyn som skal være utenforliggende. Heller ikke *usaklig forskjellsbehandling* er spesielt aktuelt fordi regulerings- og ekspropriasjonssaker sjeldent er tilstrekkelig sammenlignbare og det vanskelig kan påvises en «entydig praksis», samt at selvstyreprinsippet hindrer utstrakt sammenligning på tvers av kommunegrensene.⁴¹³

En direkte overprøving av ekspropriasjonsvurderingen krever derfor som regel at vedtaket er *vilkårlig eller sterkt urimelig*. Det synes å være en glidende overgang mellom disse prøvingsgrunnlagene. En avgjørelse er ifølge *Eckhoff/Smith* «vilkårlig» dersom den er truffet uten et reelt skjønn, eller hvis viktige hensyn er oversett eller tillagt overdreven vekt.⁴¹⁴ Det skal «svært mye til» for at en avgjørelse skal være «sterkt urimelig», jf. Rt-1997-1784 (side 1795). Det skyldes at det i realiteten er tale om å gripe inn i forvaltningens ikke-rettslige hensiktsmessighetsvurdering. Domstolene mangler derfor nødvendig kunnskap og legitimitet.⁴¹⁵ Til tross for en rekke anførsler, har Høyesterett bare tilsidesatt to vedtak som sterkt urimelige. Begge sakene

⁴¹⁰ Eckhoff/Smith (2018) s. 525.

⁴¹¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 363 flg.

⁴¹² Kapittel 2.4.2 og 2.4.3.

⁴¹³ Se Rt-2011-111 avsnitt 67–68 om selvstyreprinsippet og «entydig praksis»-kravet.

⁴¹⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 401.

⁴¹⁵ Kapittel 2.5.2.3.

gjaldt nektelse av drosjeløyve etter passivt NS-medlemsskap under krigen, se Rt-1951-91 og Rt-1957-1190.⁴¹⁶ Både vilkårlighet og sterk urimelighet har spilt en beskjeden rolle i praksis.⁴¹⁷

Selv om terskelen for vilkårlighets- og urimelighetsprøving er svært høy, er det her grunn til å minne om at orl. § 2 (2) oppstiller et krav om *forholdsmessighet (i vid forstand)* og at ekspropriasjon derunder må være egnet, nødvendig og forholdsmessig (i snever forstand).⁴¹⁸ Vi har tidligere sett at *egnethet* og *nødvendighet* har lite selvstendig betydning fordi ekspropriasjon bare unntaksvis vil være fullstendig uegnet eller unødvendig.⁴¹⁹ Skulle domstolene først finne at ekspropriasjon er fullstendig uegnet eller unødvendig, vil trolig vedtakene være vilkårlige eller basert på utenforliggende hensyn fordi kommunen enten har oversett pliktige ulemper eller begrunnet inngrepet i fordeler som er utenforliggende, uriktige eller tillagt usaklig stor vekt.⁴²⁰

Som oftest krever overprøving at domstolene også tar stilling til om inngrepet er *forholdsmessig (i snever forstand)*. I kapittel 2.5.2.4 så vi at det kan variere hvor faglig-politisk denne vurderingen er. I lys av Rt-2007-257 (Trallfa) så vi at domstolene må ta konkret stilling til hvor faglig-politisk den endelige forholdsmessighetsvurderingen er, fordi rettssikkerhetshensyn kan tilsi en noe strengere myndighetsoverskridelselære overfor lite faglig-politiske vurderinger.⁴²¹

Et eksempel på en *lite faglig-politisk delvurdering* er trolig valg av nærmere plassering, der f.eks. en mindre kostnadsbesparelse blir prioritert på bekostning av grunneiers interesser. LA-2017-33514 (Landbruksvei) kan være illustrerende for en slik avveining av en kostnadsbesparelse mot grunneiers ulemper.⁴²² Selv om kostnadsbesparelsen i og for seg er relevant, er det ikke gitt at den alene kan begrunne valg av det ekspropriasjonsbetingede alternativet. Hvis kostnadsbesparelsen i et slikt tilfelle er liten, bør domstolene på bakgrunn av rettssikkerhetshensyn kunne utøve en nokså streng vilkårlighetskontroll. Det bør ikke være upraktisk at domstolene i et slikt tilfelle tilsidesetter vurderinger fordi kommunen eller tiltakshaver har lagt overdrevent stor vekt på kostnadsbesparelsen. Det samme må være tilfelle for andre lite faglig-politiske delvurderinger. Hovedforskjellen fra de statlige klageorganenes kontroll overfor disse vurderingene må være at domstolene utviser en større tilbakeholdenhet.

Selv om terskelen er langt høyere overfor *sterkt faglig-politiske delvurderinger*, kan det i prinsippet også her oppstå tilfeller hvor merfordelen er tillagt så overdreven vekt at vedtaket kan

⁴¹⁶ Eckhoff/Smith (2018) s. 403 med videre henvisning til høyesterettspraksis.

⁴¹⁷ Eckhoff/Smith (2018) s. 403.

⁴¹⁸ Kapittel 2.2.2.

⁴¹⁹ Kapittel 2.2.2 og 2.3.

⁴²⁰ I denne retning Stub (2011) s. 93 og Moen (2018) s. 324 om *egnethet* og *nødvendighet* i alminnelighet.

⁴²¹ Kapittel 2.5.2.4.

⁴²² Kapittel 2.2.2 og 2.2.3.2.

tilsidesettes som vilkårlig. Et eksempel kan kanskje være ekspropriasjon av en eiendom for oppføring av en mindre parkeringsplass, til tross for at grunneier har ønsket å stå for både oppføring og drift. Selv om kommunens prinsipielle ønske om offentlig parkeringsdrift er et saklig hensyn, og avveiningen mellom offentlig og privat drift er utpreget politisk, bør domstolene her kunne gjøre en viss prøving med om vektleggingen av fordelene er overdreven. Siden denne vurderingen er mer politisk enn den overnevnte, er nok terskelen for overprøving høyere.

Selv om domstolene *kan* utøve en noe mer intens vilkårlighetskontroll med de mindre faglig-politiske vurderingene, er det her en glidende overgang mot saksbehandlingskontroll. Trolig vil domstolene derfor foretrekke å prøve om det er gitt en forsvarlig begrunnelse.⁴²³ I så fall bør det faglig-politiske innslaget få tilsvarende betydning for fastsettelse av kravene til begrunnelsen. Rettssikkerhetshensyn tilsier da strengere krav til lite faglig-politiske vurderinger.

I sin doktoravhandling antyder Moen at den direkte domstolskontrollen med orl. § 2 kan være i strid med *EMK Artikkel 6 nr. 1*.⁴²⁴ Bestemmelsen krever blant annet at domstolene foretar en «determination of his civil rights». Hvor intens prøvingen skal være, beror på en vurdering av rettsområdet, inngrepsstyrken og hvor egnet vurderingen er for domstolskontroll.⁴²⁵ Samtidig går det en absolutt grense for hvor begrenset kontrollen kan være. Moen utleder fra *Obermeier mot Østerrike (1990)* og *Zumtobel mot Østerrike (1993)* at domstolene må ha full prøvingskompetanse overfor minst ett lovbestemt vilkår.⁴²⁶ Han går derfor langt i å antyde at domstolene må kunne prøve nødvendighetsvurderingen i orl. § 2. Senere viser Moen til *Potocka mfl. mot Polen (2002)*.⁴²⁷ Her var nasjonale domstoler avskåret fra å overprøve forvaltningens materielle vurdering. Likevel fikk ikke klageren medhold i konvensjonsbrudd. EMD viste først til at prøvingen i *Zumtobel*-dommen var lovlig fordi vurderingen ikke var «exclusively within the discretion of the administrative authorities» (avsnitt 52). EMD la imidlertid ikke avgjørende vekt på den materielle prøvingskompetansen fordi domstolene «was also empowered to set aside a decision wholly or in part if it was established that procedural requirements of fairness had not been met in the proceedings which had led to its adoption» (avsnitt 55). EMD viste til at domstolen «in fact did examine the expediency aspect of the case» ved å konkludere med at forvaltningen ikke hadde gitt «adequate reasons for their conclusion» (avsnitt 55). Det synes som at EMD her aksepterte en prøving som minner om norske prøving med forvaltningsskjønnet, nemlig at tilblivelsesmangler som kan ha påvirket vedtakets innhold fører som oftest til ugyldighet, jf. prinsippet i fvl. § 41.⁴²⁸ Det er uklart hvorfor Moen ikke trekker frem *Potocka*-dommen i drøftelsen om norsk ekspropriasjonsrett, all den tid han senere konkluderer med at en streng faktum- og begrunnelseskontroll kan være tilstrekkelig.⁴²⁹

⁴²³ Eckhoff/Smith (2018) s. 403 viser særlig til Rt-1981-745. Trolig kan også den så mange ganger nevnte Rt-1998-416 (Namsos) leses som et utslag av en slik vilkårlighets-/urimelighetsbasert begrunnelseskontroll.

⁴²⁴ Moen (2018) s. 109 og 134.

⁴²⁵ Aall (2018) s. 451.

⁴²⁶ Moen (2018) s. 134.

⁴²⁷ Moen (2018) s. 286.

⁴²⁸ Kjølbro (2017) s. 504: «De nasjonale domstoles prøvelse var formelt begrenset til en legalitetskontroll. Prøvelsen var imidlertid ikke begrenset til, om afgørelsen var forenlig med de relevante materielle regler. Domstolene kunne likeledes prøve, om der var sket sagsbehandlingsfejl, herunder om afgørelsen var tilstrækkeligt begrundet med hensyn til de faktiske omstændigheder, der var blevet tillagt betydning ved afgørelsen.»

⁴²⁹ Moen (2018) s. 291–292. Kjølbro (2017) s. 504 skriver at det på spesialiserte rettsområder som planretten «ikke nødvendigvis [er] et krav, at domstolen skal kunne etterprøve skønsudøvelsen».

Domstolene har flere grunnlag for å foreta en *indirekte overprøving* av ekspropriasjonsvurderingen etter orl. § 2, og ofte er det som antydning over en glidende overgang mot direkte prøving.

For det første så vi over at domstolene alltid kan prøve kommunens *faktumfastsettelse*.⁴³⁰ Dette dreier seg ofte om kommunens prognoser om fremtidig utvikling. Kravet er at prognosene var «forsvarlige» på vedtakstidspunktet, se Rt-1982-241 (Alta, side 266). Dette fordrer en sannsynlighetsvurdering, men i kapittel 2.2.2 så vi at «tvillaust» oppstiller et skjerpet sannsynlighetskrav. En naturlig følge er at domstolene kan prøve om det på vedtakstidspunktet var rimelig tvil om at inngrepet ville realisere målsetningen. Det er ikke upraktisk at en forsvarlig prognose kan tilsi rimelig tvil om minstekravet. I kapittel 2.4.2 så vi f.eks. at privatøkonomisk lønnsomhet er en nødvendig forutsetning for at målsetningen skal realiseres. Domstolene kan derfor prøve om det på vedtakstidspunktet var rimelig tvil ved om tiltaket ville være lønnsomt og levedyktig. I RG-2008-267 (Smoltvirksomhet) fremgikk det at retten var svært skeptisk til ekspropriasjons søkerens privatøkonomiske lønnsomhet.⁴³¹ Slik lagmannsretten beskriver forholdene som forelå på vedtakstidspunktet, er det vanskelig å se at en forsvarlig prognose ikke må ha indikert rimelig tvil om tiltakets egnethet til å skape de samfunnsnyttige arbeidsplassene. Etter min vurdering kunne trolig lagmannsretten her ha opphevet vedtaket på grunnlag av faktumfeil. At det likevel ikke ble gjort, skyldes nok at det ikke eksisterer særlig praksis for slik faktumkontroll og at vedtaket uansett kunne oppheves på grunnlag av en klar og alvorlig saksbehandlingsfeil.⁴³²

For det andre kan domstolene alltid prøve kommunens *saksbehandling*.⁴³³ Domstolene kan derfor prøve om regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene oppfyller utrednings- og begrunnelseskravene som ble fastlagt i kapittel 3. Kontroll med kommunens begrunnelse ble beskrevet over fordi slik kontroll grenser mot den direkte kontrollen med kommunens skjønnsutøvelse.

Selv om domstolene *kan* prøve utredningen, er domstolene ofte *tilbakeholdne* i prøvingen av vage vurderinger av faglig karakter.⁴³⁴ Backer antydning derfor i 1986 at domstolene vil utvise tilbakeholdenhet overfor forvaltningens vurdering av utredningspliktens omfang.⁴³⁵ I samme retning uttalte Høyesterett i Rt-2009-661 at utredningsreglene utgjorde et «faglig-politisk skjønn» og at grensen mot den materielle vurderingen «ikke [er] skarp». Domstolene skulle derfor ikke sette seg i forvaltningens sted, men fastlegge hvilken utredning som måtte til for å

⁴³⁰ Se også Broch Hauge mfl. (2021) s. 107.

⁴³¹ RG-2008-267 (Smoltvirksomhet) er sitert i kapittel 2.4.2.

⁴³² Fotnote 342 om saksbehandlingsfeilen.

⁴³³ Se også Broch Hauge mfl. (2021) s. 106.

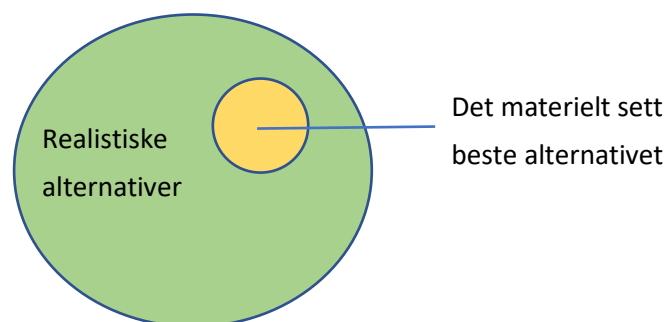
⁴³⁴ Kapittel 2.5.2.3, Rt-1995-1427 og Rt-2004-1092.

⁴³⁵ Backer (1986) s. 658.

tilfredsstillende kravene til «forsvarlig utredning og behandling» (avsnitt 73). Selv om uttalelsene verken er presise eller oppklarende, antyder Høyesterett en viss tilbakeholdenhet i prøvingen.⁴³⁶

Hvordan skal en slik tilbakeholdenhet slå ut overfor utredningskravene som er behandlet i denne avhandlingen? Ettersom tilbakeholdenhet forutsetter at det må utøves et skjønn, er det ikke grunn til å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen av om *grunneiervirkningene* inngår i vedtakenes beslutningsgrunnlag, jf. pbl. § 4-2 og fvl. § 17.⁴³⁷ Det kan derimot være nødvendig med skjønn i spørsmålet om hvor omfattende utredningen skal være. Utredning av grunneiervirkninger er imidlertid sjeldent komplisert og faglig. Tilbakeholdenhet er derfor unødvendig.

Spørsmålet om tilbakeholdenhet kommer trolig på spissen overfor kravene til utredning av *mindre inngripende alternativer* fordi denne plikten avhenger av en vag realismevurdering.⁴³⁸ Hva som er realistisk, er klart nok et planfaglig skjønnsspørsmål som minner på de materielle vurderingene. På den andre siden er alternativutredningspliktes formål om å sikre et forsvarlig beslutningsgrunnlag annerledes enn selve de materielle vurderingene.⁴³⁹ Realismevurderingen er også enklere konstaterbar enn de materielle vurderingene, fordi realismebegrepet favner videre enn de materielle vurderingenes endelige utfall, se figur 2. Sammenholdt med at retten blant annet kan dra på befaring, behøver vurderingen derfor ikke bli uhåndgripelig.⁴⁴⁰ Tilbakeholdenhet vil dessuten være skadelig for grunneiers rettssikkerhet, som i stor grad avhenger av kravene til en forsvarlig vurdering.⁴⁴¹ I denne retning ble det i LF-2019-187397-2 (Skiløype) først vist til de nevnte uttalelsene i Rt-2009-661, og deretter slått fast at «inngrepets betydning for de saksøkte» tilsa at de alternative skiløyetraseene skulle vært utredet. Det er i det hele tatt få grunner til at domstolene skal utvise tilbakeholdenhet overfor plikten til å utrede mindre inngripende alternativer – uavhengig om det gjelder regulerings- eller ekspropriasjonsvedtaket.



Figur 2

⁴³⁶ Tilsvarende Backer/Bugge (2010) s. 123.

⁴³⁷ Kapittel 3.3.3.

⁴³⁸ Kapittel 3.3.4.

⁴³⁹ Backer/Bugge (2010) s. 123.

⁴⁴⁰ I LF-2019-187397-2 (Skiløype) viste lagmannsretten til at den hadde vært på befaring.

⁴⁴¹ Vangsnes (2014) s. 143 viser til rettssikkerhetshensyn som et argument mot tilbakeholdenhet.

4.5 Ugyldighet som følge av utrednings- og begrunnelsesmangler

4.5.1 Innledning

Temaet i dette avsnittet er ugyldighetsvirkningen av overtredelse av utrednings- og begrunnelseskravene som ble beskrevet i kapittel 3. Spørsmålet er om overtredelse fører til ugyldighet.

Det er flere grunner til at dette spørsmålet er viktig å drøfte i denne avhandlingen. *For det første* har drøftelsene hittil vist at grunneiers rettssikkerhet i stor grad er prissatt de prosessuelle utrednings- og begrunnelseskravene, fordi kommunens konkrete vurdering av egen kompetanse etter pbl. § 16-2 jf. orl. § 2 er et skjønn som kontrollorganene bare i svært begrenset grad prøver. Prosesskravene har liten verdi dersom vedtakene blir opprettholdt til tross for feil. Det er derfor ikke mulig å ta stilling til ivaretagelsen av grunneiers rettssikkerhet uten å undersøke om feilene vil føre til ugyldighet og opphevelse. *For det andre* skal vi se at forholdet mellom de to successive vedtakene også her kan være av betydning for vurderingen. Et særlig spørsmål er nemlig hvor langt ekspropriasjonsvedtaket kan «reparere» saksbehandlingsfeil i reguleringsvedtaket.

Ettersom saksbehandlingsreglene er til for å sikre riktige avgjørelser, er det ingen automatikk i at overtredelse av disse fører til ugyldighet.⁴⁴² Spørsmålet om ugyldighet som følge av saksbehandlingsfeil avhenger av en toleddet vurdering: gyldighetsvurderingen etter fvl. § 41 (4.5.2), og den ulovfestede ugyldighetslæren (4.5.3).⁴⁴³ I det følgende ser vi nærmere på hvordan disse vurderingene slår ut overfor de mest sentrale feilene som er behandlet i denne avhandlingen.

4.5.2 Gyldighetsvurderingen etter forvaltningsloven § 41

Etter fvl. § 41 er enkeltvedtak, til tross for saksbehandlingsfeil, gyldig dersom det er «grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Bestemmelsen legger etter ordlyden opp til en vurdering av sannsynligheten for innvirkning på «vedtakets innhold». Spørsmålet er ikke om vedtaket ville blitt truffet eller ikke, men om vedtaket ville fått *nøyaktig* det samme innholdet med og uten saksbehandlingsfeil.⁴⁴⁴ Det er videre ikke krav om sannsynlighetsovervekt for slik innvirkning, men tilstrekkelig med en «ikke helt fjerntliggende

⁴⁴² Eckhoff/Smith (2018) s. 467.

⁴⁴³ Eckhoff/Smith (2018) s. 475, Shetelig (2013) s. 268, Backer (1986) s. 810 og NOU 2019:5 s. 536. Se også SOM-2016-1205. Tøssebro (2020) s. 145 hevder det «ikke [er] rettskildemessig dekning for å oppstille et tilleggskrav om en helhetsvurdering». Det ligger utenfor avhandlingens rekkevidde å ta del i denne debatten.

⁴⁴⁴ Winge/Holth (2019) s. 264. I samme retning er det naturlig å lese Eckhoff/Smith (2018) s. 468.

mulighet», jf. Rt-2009-661 (avsnitt 71). I HR-2017-2247-A la Høyesterett til at det «skal altså ikke mye til», men at det må være «en reell mulighet» for at feilen har innvirket (avsnitt 97).

Det er i litteraturen antatt at HR-2017-2247-A illustrerer at Høyesterett egentlig praktiserer en høyere innvirkningsterskel enn hva enn hva problemformuleringene legger opp til.⁴⁴⁵ Det blir blant annet vist til at Høyesterett kun vurderte om «myndighetene ville unnlate å bygge nytt fergeleie eller vedtatt å plassere det et annet sted» (avsnitt 109), ikke om reguleringen ville fått nøyaktig det samme innholdet – slik ordene «vedtakets innhold» i fv. § 41 oppfordrer til. Jeg tror avgjørelsen bør leses i lys av at Høyesterett pleier å slå sammen fv. § 41 og ugyldighetslæren.⁴⁴⁶ En slik sammenslåing gjør det naturlig å heve innvirkningsterskelen fordi den da må ta hensyn til samfunnsøkonomi og partenes innrettelse.⁴⁴⁷ Etter en slik tolkning er HR-2017-2247-A mindre kontroversiell.

Spørsmålet er altså om det er en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at de beskrevne saksbehandlingsfeilene kan ha virket bestemmende på regulerings- og ekspropriasjonsvedtakenes innhold. I det følgende ser vi nærmere på vurderingen i relasjon til hver av de sentrale feilene.

Først ser vi på innvirkningsvurderingen ved *manglende utredning og beskrivelse* av planens virkninger og mindre inngripende alternativer, jf. pbl. § 4-2 (1).⁴⁴⁸ Hvis manglene har ført til at kommunestyret har vedtatt planen på mangelfullt eller uriktig grunnlag, vil det ofte være en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for innvirkning på planens innhold.⁴⁴⁹ I denne retning uttrykte Høyesterett i Rt-2009-661 at det skal «gjennomgående nokså lite til» for at feil som «har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket» har innvirket (avsnitt 72). I LF-2019-187397-2 (Skiløype) viste lagmannsretten først til dette sitatet, og slo deretter kontant fast at den manglende utredningen av mindre inngripende planløsninger kunne hatt betydning for vedtakets innhold til tross for at alternativene var «berørt».⁴⁵⁰

Samtidig presiserte Høyesterett i Rt-2009-661 at det ikke er noen «automatikk» i eller «presumsjon» for at utredningsmangler har virket inn på vedtakets innhold (avsnitt 72). I vårt tilfelle kan f.eks. innvirkningsmuligheten være «helt fjerntliggende» hvis undersøkelser viser at de utelatte eller uriktig beskrevne eiervirkningene og/eller alternativene *var* relativt ubetydelige.

Det kan også være at kommunen på annen måte har fått kjennskap til de ubeskrevne virkningene eller alternativene. Eieren kan f.eks. ha opplyst om forholdene ved offentlig ettersyn, jf. pbl. § 12-10. Selv om planbeskrivelsen var mangelfull, gjør kjennskapet at innvirkning blir mindre sannsynlig. Samtidig kan det heller ikke i denne retning være noen «automatikk». I kapittel

⁴⁴⁵ Winge/Holth (2019) s. 269–270 og Broch Hauge mfl. (2021) s. 113.

⁴⁴⁶ F.eks. konkluderte mindretallet i HR-2017-2247-A med at «vedtaket er ugyldig, jf. fv. § 41».

⁴⁴⁷ Kapittel 4.5.3.

⁴⁴⁸ Kapittel 3.3.3 og 3.3.4.

⁴⁴⁹ Se også Eckhoff/Smith (2018) s. 469.

⁴⁵⁰ Se kapittel 3.3.4 om faktum i Skiløype-dommen.

3.2.2 så vi at tidlig medvirkning er viktig for å sikre reell innflytelse.⁴⁵¹ At opplysningen forelå på vedtakstidspunktet eller på tidspunktet for kommuneadministrasjonens bearbeidelse, jf. § 12-10 (4), trenger derfor ikke bety at opplysningen har fått like stor innflytelse som om den hadde blitt rettidig utredet, jf. blant annet pbl. § 5-1. Ofte vil det derfor være en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at vedtaket ikke ville fått nøyaktig det samme innholdet uten feil.

Et særlig spørsmål er i denne sammenheng om mangler ved reguleringsvedtakets utredninger kan «repareres» gjennom det etterfølgende ekspropriasjonsvedtakets utredninger og vurderinger.⁴⁵² Etter fvl. § 41 blir spørsmålet om ekspropriasjonsvedtaket kan avkrefte enhver «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at reguleringsvedtaket ville fått et noe annerledes innhold.

I HR-2017-2247-A tok både flertallet og mindretallet stilling til at det i etterkant av regulerings- og ekspropriasjonsvedtakene var gjennomført en utredning av reindriftsinteressene, og at kommunestyret hadde opprettholdt den tidligere planløsningen.⁴⁵³ Flertallet mente det etterfølgende vedtaket «bekreftet» at feilen ikke hadde innvirket fordi vedtaket ga uttrykk for «det som gjennom hele planperioden har vært deres syn» (avsnitt 115). Mindretallet mente derimot at vedtaket hadde liten vekt i vurderingen fordi rettidig utredning «ville ledet til en vesentlig annen prosess og forberedelse frem til planvedtakene». Mindretallet viste derfor til at det forelå en «klar mulighet for at kommunestyret ville ha fattet et annet vedtak» (avsnitt 147 og 148).

Etterfølgende omstendigheter er utvilsomt relevante bevis i vurderingen av sannsynlighet for innvirkning. Samtidig er det, som mindretallet påpeker, gode grunner for å utvise varsomhet i vektleggingen av slike omstendigheter. Det er en betydelig fare for at kommunen på dette stadiet er «biased» av den vedtatte planløsningen fordi andre alternativer forutsetter en ny tid- og kostnadskrevende planprosess. Hvordan kommunen *vurderer* opplysninger på ekspropriasjonstidspunktet, sier derfor forholdsvis lite om hvordan kommunen *ville vurdert* dem på regulerings- og vedtakstidspunktet. Det er derfor vanskelig å se at en «reparerende» ekspropriasjonsvurdering kan *avkrefte* enhver «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at planen ville blitt *noe* annerledes.

Videre ser vi på innvirkningsvurderingen ved *mangelfull begrunnet overveielse* av beskrevne virkninger og alternativer, jf. pbl. § 12-12 (1) andre punktum.⁴⁵⁴ Det blir ofte sagt at begrunnelsesmangler isolert sett ikke kan ha innvirket på vedtakets innhold fordi overveielsene egentlig

⁴⁵¹ Se henvisningene til Miljøverndepartementets uttalelse om at pbl. § 5-1 skal sørge for «reell medvirkning» i planarbeidelsen. Se også Pedersen mfl. (2018a) s. 304: «... så tidlig at de kan få reell innflytelse ...».

⁴⁵² NOU 2019: 5 s. 535 skriver at det kan oppstå spørsmål om å avhjelpe feilen i ettertid. Etterfølgende utredninger og vurderinger i ekspropriasjonsvedtaket vil være et eksempel på slik etterfølgende reparasjon.

⁴⁵³ Sml. også HR-2020-2472-P (Klima) om forholdet mellom suksessive utredninger i petroleumssammenheng.

⁴⁵⁴ Kapittel 3.4.

allerede er gjort forut for utformingen av begrunnelsen.⁴⁵⁵ Samtidig kan mangler ved den skriftlige begrunnelsen vitne om underliggende mangler, enten ved den forberedende saksbehandlingen eller ved selve skjønnsutøvelsen.⁴⁵⁶ En mangelfull begrunnelse kan derfor være vitne om en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at underliggende feil har påvirket vedtakets innhold. I forarbeidene til fv. § 41 blir det vist til at man «i en viss grad» kan ta hensyn til «betydningen av at saksbehandlingsreglene på vedkommende saksområde håndheves særlig strengt».⁴⁵⁷ Etersom pbl. er en «prosesslov», er det klart at dette er et slikt saksområde.⁴⁵⁸ I tillegg er ekspropriasjon et sterkt inngrep som i liten grad er betinget av rettslig overprøvbare vilkår.⁴⁵⁹ For å sikre at ikke legalitetsprinsippet ikke blir degradert til en uthulet programerklæring, er det derfor viktig at det utøves en streng gyldighetskontroll med prosessen – også overfor begrunnelsen.

Til slutt ser vi på innvirkningsvurderingen ved manglende eller mangelfulle utredninger og vurderinger i *ekspropriasjonsvedtaket*. De overnevnte utgangspunktene for innvirkningsvurderingen ved henholdsvis utrednings- og begrunnelsesmangler gjør seg tilsvarende gjeldende her.

I kapittel 3.5.2 så vi at ekspropriasjonsvedtaket kan nødvendiggjøre utfyllende vurderinger om *hvem* (tiltakshaver) som skal utføre *hva* (tiltaket), *hvor* tiltaket skal plasseres innenfor planområdet, samt om *rettighetsserverv* er nødvendig for å realisere målsetningen. Hvis disse temaene skulle vært utredet, men ikke har blitt det, vil det raskt være en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for innvirkning også her, sml. Rt-2009-661 avsnitt 72. Rettssikkerhetshensyn tilsier at terskelen er spesielt lav ved manglende utredning og vurdering av et realistisk *grunneieralternativ*, fordi dette utredningstemaet – i motsetning til de øvrige – innebærer at det ikke eksproprieres, og at grunneier selv får innkassere den eventuelle gevinsten (f.eks. etter videresalg av bygg).⁴⁶⁰ Her er ekspropriasjon derfor spesielt inngripende, noe som tilsier en strengere håndhevelse.

I kapittel 3.5.3 så vi at tid og bristende forutsetninger kan nødvendiggjøre en fornyet vurdering av reguleringsplanens forutsetninger. Dersom det kun er tale om *lang tid*, skulle en kanskje tro at det i noen tilfeller ble funnet at innvirkning likevel var «helt fjerntliggende». I underrettspraksis har jeg likevel ikke sett eksempler hvor vedtak uten fornyet vurdering har blitt opprettholdt.⁴⁶¹ Der *forutsetningene faktisk har endret seg*, avhenger innvirkningsvurderingen av dette

⁴⁵⁵ Eckhoff/Smith (2018) s. 469.

⁴⁵⁶ Eckhoff/Smith (2018) s. 469.

⁴⁵⁷ Innst. O. nr. II (1966–1967) s. 16.

⁴⁵⁸ Winge/Holth (2019) s. 263–265 viser til at plan- og bygningsloven er en «prosesslov», og at overholdelse av prosessreglene derfor er spesielt viktig her. Forfatterne tar derfor til orde for en egen og mer absolutt ugyldighetsregel på plan- og bygningsrettens område, se s. 276.

⁴⁵⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 468. Kapittel 4.3 og 4.4.

⁴⁶⁰ Kapittel 2.3.2.5 om grunneieralternativet.

⁴⁶¹ Se f.eks. LB-2015-8388 og LH-2014-122719.

forholdet. Ettersom man har funnet at «spesielle forhold» nødvendiggjør en fornyet vurdering, ligger det i feilens natur at det er en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for innvirkning.⁴⁶²

4.5.3 Den ulovfestede ugyldighetslæren

Hvis feilene ikke består gyldighetsvurderingen etter fvl. § 41, avhenger u-/gyldighetsspørsmålet av en bred *interesseavveining*. Her skal det blant annet tas hensyn til feilens art og omfang, om vedtaket er til gunst eller skade for parten og om det foreligger beskyttelsesverdig innrettelse.⁴⁶³

Det er åpenbart at vedtakene som er behandlet i denne avhandlingen er *til skade for* grunneier. I litteraturen er det imidlertid vanlig å skille mellom vedtak som kun er til skade og vedtak som også er til gunst for andre, der ugyldighetstærskelen fort blir høyere i sistnevnte tilfelle.⁴⁶⁴ Dette skulle tilsi en høyere terskel for ugyldighet der det eksproprieres *til fordel for* private enn til det offentlige. Samtidig er ikke dette mer enn momenter i den overnevnte helhetsvurderingen. I realiteten kan også vedtak til offentlig bruk indirekte begunstige private oppdragstakere. Et skille mellom privat og offentlig forslagsstiller/ekspropriasjonssøker har derfor lite for seg.

Det er av større betydning for vårt tilfelle om det foreligger *beskyttelsesverdig innrettelse*. Hvor lang tid som har gått kan spille inn som bevis i innrettelsesvurderingen, men viktigere må være om det er igangsatt irreversible tiltak og om det er inngått bindende kontrakter. Samtidig er innrettelsehensynet ikke beskyttelsesverdig dersom den har innrettet seg er skyld i feilen. For oss er dette viktig fordi den begunstige ofte har stått for det praktiske utredningsarbeidet, jf. blant annet pbl. § 4-2 (1) om planbeskrivelsen. Selv om selve innrettelsen ikke er beskyttelsesverdig, er det ikke til å komme utenom at *samfunnsøkonomiske hensyn* ofte kan tilsi at igangsatte tiltak opprettholdes. Hvis det på vurderingstidspunktet er gitt forhåndstiltredelse og byggeprosjektet er igangsatt, skal det nok derfor mye til for at vedtaket blir kjent ugyldig. Det kan derfor, som antydnet i kapittel 4.4.1, være viktig at grunneier angriper feilene på et tidligst mulig stadium. Det kan f.eks. være hensiktsmessig å angripe en mangelfull alternativutredning allerede i reguleringssaken, istedenfor å avvente den prejudisielle kontrollen til skjønnsaken.

I kapittel 4.4.2 så vi at EMD i *Potocka mfl. mot Polen* aksepterte at retten ikke hadde materiell prøvingskompetanse fordi den gjennom saksbehandlingskontrollen «in fact did examine the expediency aspect of the case» (avsnitt 56), jf. EMK Artikkel 6 nr. 1. Klageren fikk derfor en «effective judicial review». Til tross for feil, ble vedtaket opprettholdt etter en lignende innvirkningsvurdering som etter fvl. § 41. Spørsmålet er om EMD ville konkludert likt dersom domstolen hadde konstatert mulighet for innvirkning, men i medhold av den ulovfestede ugyldighetslæren opprettholdt vedtaket av hensyn til innrettelse og samfunnsøkonomi. Det er mulig at grunneier da ikke får en «effective judicial review», all den tid han ikke «vinner» til tross for innvirkning. Selv om det i *Potocka*-dommen

⁴⁶² Se f.eks. RG-2008-267 (Smoltvirksomhet) og LG-2014-184100 (Motorpark).

⁴⁶³ NOU 2019:5 s. 536.

⁴⁶⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 475–477.

synes som at EMD aksepterer en høyere innvirkningsterskel enn «ikke helt fjerntliggende mulighet», tar vurderingen ikke hensyn til innrettelse og samfunnsøkonomi. Et alternativ kan være at grunneier *må* kompenseres med full erstatning.⁴⁶⁵ En konklusjon her krever analyser som ligger utenfor denne avhandlingens rekkevidde.

⁴⁶⁵ Se Eckhoff/Smith (2018) s. 487–492 om offentligrettslig erstatningsansvar for «ugyldige» vedtak.

5 Avslutning

Avhandlingen har behandlet to hovedspørsmål. For det første: Hva er innholdet i de materielle minstekravene for kommunens ekspropriasjonskompetanse? For det andre: Sikrer reglene at det gjennom reguleringsplan- og ekspropriasjonsprosessen blir foretatt en forsvarlig ekspropriasjonsvurdering og eventuelt hvordan? Hovedspørsmålene har blitt besvart underveis i avhandlingen.⁴⁶⁶ Her skal vi derfor nøye oss med å oppsummere avhandlingens viktigste konklusjoner:

I relasjon til det første hovedspørsmålet er det særlig grunn til å trekke frem forholdsmessighetskravets tre underkrav om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet (i snever forstand). Selv om kommunene er gitt en betydelig vurderingsfrihet, har vi sett at denne tredelingen bidrar til å rasjonalisere vurderingen. Tredelingen har også betydning ved at kontrollorganene må tilpasse sin prøving etter hvor rettslig eller faglig-politisk den endelige vurderingen av forholdsmessighet (i snever forstand) er. I tillegg har vi sett at beviskravet «tvillaust» bør spille en viktigere rolle for både vurdering og kontroll enn hva det gis uttrykk for i den sentrale litteraturen. I relasjon til det andre hovedspørsmålet har vi særlig sett at konstruksjonen som ble oppstilt i Rt-1998-416 (Namsos) legger godt til rette for en forsvarlig ekspropriasjonsvurdering, men at dette forutsetter at grunneiervirkninger og mindre inngripende planløsninger blir utredet og vurdert i reguleringsvedtaket, og at det i ekspropriasjonsvedtaket blir foretatt utfyllende vurderinger der dette er nødvendig. Ettersom saksbehandlingsfeil raskt vil lede til ugyldighet, sikres at grunneier ikke må avstå eiendom uten at dennes interesser er tilstrekkelig tatt i betraktning.

Avhandlingen har gjennom en rettsdogmatisk undersøkelse kartlagt gjeldende rett. Det er derfor ikke gjort empiriske undersøkelser av hvordan reglene blir praktisert av forvaltningen. Flere av avhandlingens konklusjoner er enten sparsommelig eller mangelfullt behandlet i statlige veiledere og relevant juridisk litteratur. Det er derfor interessant om det blir gjort empiriske undersøkelser av om kommunenes praksis er i tråd med avhandlingens konklusjoner om gjeldende rett.

⁴⁶⁶ Se særlig kapittel 2.6 og 3.6, samt løpende i kapittel 4.

6 Referanser

6.1 Litteratur og nettsider

- Aall (2018) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Alexy (2014) Alexy, Robert. «Constitutional Rights and Proportionality» i *Revus: journal for constitutional theory and philosophy of law* 22 (2014) s. 51–65. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426876 sist besøkt 7. juni 2021.
- Andenæs/Fliflet (2017) Andenæs, Johs. og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*. 11. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Arntzen (2009) Arntzen, Svein Kristian. *Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger*. Tromsø: Universitetet i Tromsø, 2009.
- Backer (1986) Backer, Inge Lorange. *Naturvern og naturinngrep*. Oslo: Universitetsforlaget, 1986.
- Backer (2012) Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturressurs- og miljørett*. 5. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2012.
- Backer (2020) Backer, Inge Lorange. *Norsk sivilprosess*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Bernt (2015) Bernt, Jan Fridtjof. «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*. Karl Harald Søvig (red.), Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2015, s. 27–47.
- Bernt/Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridtjof og Ørnulf Rasmussen. *Frihagens forvaltningsrett Bind I*. 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2010.
- Boe (2021) Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Bragdø-Ellenes (2014) Bragdø-Ellenes, Sunniva Cristina. *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Broch Hauge mfl. (2021) Broch Hauge, Katrine, Fredrik Holth og Ingrid Wang Larsen. *Ekspropriasjonsrett: Kort forklart*. Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Bugge (2015) Bugge, Hans Christian. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

- Bugge (2019) Bugge, Hans Christian. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Christensen mfl. (2020) Christensen, Jens Petter, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen. *Dansk statsret*. 3. utg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020.
- Eckhoff (1983) Eckhoff, Torstein. *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs og miljøspørsmål*. Oslo: Tanum–Nordli, 1983.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eckhoff/Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 11. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Eide/Stavang (2018) Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. 2. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2018.
- Eng (2007) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Eriksen (2019) Eriksen, Christoffer C.. «Forvaltningspraksis som rettskildfaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 293–333.
- Falkanger (1986) Falkanger, Thor. *Eierrådighet og samfunnskontroll*. Oslo: Universitetsforlaget, 1986.
- Falkanger/Falkanger (2016) Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Fleischer (1978) Fleischer, Carl August. *Norsk ekspropriasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 1978.
- Fleischer (1992) Fleischer, Carl August. *Plan- og bygningsretten*. Oslo: Universitetsforlaget, 1992.
- Frihagen (1988) Frihagen, Arvid. *Plan- og bygningsloven Kommentartutgave Bind I: Lovens kapittel I, II og III*. Oslo: Forlaget A. Frihagen, 1988.
- Frihagen (1989) Frihagen, Arvid. *Plan- og bygningsloven Kommentartutgave Bind III: Lovens kapittel VII Reguleringsplan*. Oslo: Forlaget A. Frihagen, 1989.
- Frihagen (1990) Frihagen, Arvid. *Plan- og bygningsloven Kommentartutgave Bind IV: Lovens kapittel VIIa og VIII Konsekvensutredning og ekspropriasjon*. Oslo: Forlaget A. Frihagen, 1990.
- Frihagen (1991) Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett Bind I: Forvaltning og kompetanse*. Oslo: Forlaget A. Frihagen, 1991.
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas. *Rettslig prinsippargumentasjon*. Oslo: Gyldendal juridisk, 2014.

- Føllesdal (2018) Føllesdal, Anna. «Salgsverdi med påslag som grunnlag for ekspropriasjonerstatning» i *Ekspropriasjon*. Endre Stavang (red.), 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2018, s. 119–234.
- Graver (2007) Graver, Hans Petter. «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet» i *Lov og Rett* årg. 46, nr. 5 (2007), s. 365–374.
- Graver (2019) Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Hagstrøm/Stenvik (2015) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik. *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Hardin (1968) Hardin, Garrett. «The Tragedy of the Commons» i *Science*, 1968 vol. 162 s. 1243–1248.
- Holth/Winge (2014) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge. «Det rettslige rammeverket» i *Konsekvensutredninger: Regler, praksis og samfunns-virkninger*. Fredrik Holth og Nikolai K. Winge (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Holth/Winge (2019) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge. *Plan- og bygningsrett: Kort forklart*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Innjord (1996) Innjord, Frode. «Hva er «vakkert»? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt med vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk» i *Jussens Venner* årg. 60, nr. 3 (1996) s. 161–194.
- Innjord mfl. (2020) Innjord, Frode A. og Liv Zimmermann (red.). *Plan- og bygningsloven med kommentarer: Plandelen Del I*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2020.
- Johnsen (1986) Johnsen, Jon T.. «Håndheving av almene interesser» i *Samfunn, rett, rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70 årsdag*. Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), Oslo: Tano, 1986, s. 387–401.
- Keiserud/Bjella (2015) Keiserud, Erik og Kristin Bjella. *Oreigningsloven*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Kahn (1966) Kahn, Alfred E.. «The tyranny of small decisions: market failures, imperfections, and the limits of economics» i *Kylos*, 1966 nr. 19 s. 23–47.
- Kjølbrot (2017) Kjølbrot, Jon Fredrik. *Den europeiske menneskerettighedskonven for praktikere*. København: Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2017.

- Knudsen (1997) Knudsen, Øystein. *Innføring i ekspropriasjons- og skjønnsett.* Oslo: Kommuneforlaget, 1997.
- Kolflaath (2004) Kolflaath, Eivind. *Språk og argumentasjon.* Bergen: Fagbokforlaget, 2004.
- Lie (1996) Lie, Nils Erik. «Lov om oreigning av fast eiendom.» i *Karnov – Norsk kommentert lovsamling, Bind 1* (1996). Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland (red.), Oslo: Karnov Forlag, 1996, s. 878–884.
- Lie (2017) Lie, Nils Erik. *Skjønnsettloven, Kommentartutgave.* Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Lie (2018) Lie, Nils Erik. «Ekspropriasjonsprosessen» i *Ekspropriasjon.* Endre Stavang (red.), Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2018, s. 49–118.
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettenns kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte.* Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77–113.
- Moen (2018) Moen, Olav Haugen. *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll.* Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2018.
- Myklebust (2013) Myklebust, Ingunn Elise. «Kva plikter har staten etter menneskerettane til å ta omsyn til privat eigedomsrett i samband med offentlig arealplanlegging?» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridtjof Bernt.* Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schüt og Ørnulf Rasmussen (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2013, s. 431–442.
- Myklebust (2014) Myklebust, Ingunn Elise. «The Protection of Private Ownership Rights in the ECHR and Norwegian Planning and Building Law» i *Nordic Journal of Human Rights*, volume 32, issue 3 (2014) s. 220–237.
- Myklebust (2019) Myklebust, Ingunn Elise. «Handlerrommet for skjønn i plan- og byggjesaker» i *Ugyldighet i forvaltningsretten.* Henriette N. Tøssebro (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 279–315.
- Mæhle (2005) Mæhle, Synne Sæther. *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern.* Oslo: Gyldendal akademisk, 2005.
- NAOB (2021a) Det Norske Akademis ordbok. «Ulempe.» (2021) <https://naob.no/ordbok/ulempe> hentet 5. juni 2021.
- NAOB (2021b) Det Norske Akademis ordbok. «Beskrive.» (2021) <https://naob.no/ordbok/beskrive> hentet 5. juni 2021.

- NAOB (2021c) Det Norske Akademis ordbok. «Virkning.» (2021) <https://naob.no/ordbok/virkning> hentet 5. juni 2021.
- Pedersen (1986) Pedersen, Odd Jarle. «Regulering og ekspropriasjon etter den nye Planlov – særlig om vei» i *Jussens Venner* årg. 70, nr. 9 (1986) s. 297–313.
- Pedersen mfl. (1990) Pedersen, Odd Jarle, Per Sandvik og Helge Skaaraas. *Ekspropriasjon: Særlig etter plan- og bygningsloven*. Oslo: Tano, 1990.
- Pedersen mfl. (2018a) Pedersen, Odd Jarle, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audvar Os. *Plan- og bygningsrett, Del I: Planlegging og ekspropriasjon*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Pedersen mfl. (2018b) Pedersen, Odd Jarle, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audvar Os. *Plan- og bygningsrett, Del II: Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Rogstad (2009) Rogstad, Daniel. *Ekspropriasjon på grunnlag av reguleringsplan (forholdet mellom planavveiningen og avveiningskravet i oreigningslova §2)* https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5250/h09/undervisningsmateriale/reguleringsplan%20-%20kompendium_1.pdf sist besøkt: 14. juni 2021.
- Rui (2018) Rui, Jon Petter. «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter» i *Lov og Rett* årg. 57, nr. 3 (2018) s. 129–130.
- Sandene (1962) Sandene, Erling. *Oreigningsloven*. 1. utg., Oslo: H. Aschehoug & Co (W. Nygaard), 1962.
- Sandvik (1987) Sandvik, Per. «Ekspropriasjon, innløsning og erstatning etter plan- og bygningsloven» i *Lov og Rett* årg. 26, nr. 3 (1987) s. 149–164.
- Shetelig (2013) Shetelig, Kaare Andreas. «Saksbehandlingsfeil og ugyldighet: Betydningen av feils innvirkning på et forvaltningsvedtaks gyldighet» i *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*. Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2013, s. 267–274.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og Rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- SNL (2014) Store norske leksikon. «markedspris.» (30. mai 2014) <https://snl.no/markedspris> hentet 5. juni 2021.

- SNL (2021) Store norske leksikon. «Virkning.» (15. februar 2021) <https://snl.no/virkning> hentet 5. juni 2021.
- Solheim (2010) Solheim, Stig H.. *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*. [Tromsø]: Cappelen Damm Akademisk Forlag, 2010.
- Solheim (2019) Solheim, Stig H.. «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 360–385.
- SSB (2020) Statistisk sentralbyrå. «70 prosent av strandsonen i Indre Oslofjord utilgjengelig for allmennheten» (8. juli 2020) <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/artikler-og-publikasjoner/70-prosent-av-strandsonen-i-indre-oslofjord-utilgjengelig-for-allmennheten> hentet 7. juni 2021.
- SSB (2021) Statistisk sentralbyrå. «12987: Omfang av reguleringsplaner og hovedtall for klager på reguleringer (K) 2015 – 2020.» (2021) <https://www.ssb.no/statbank/table/12987/> hentet 5. juni 2021.
- Stavang/Stenseth (2016) Stavang, Endre og Geir Stenseth. *Fast eiendoms tingsrett*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.
- Stenseth (2008) Stenseth, Geir. «Current Empirical Premises to the Disclosure of the Secrets of Property in Law – A Foundation and a Guideline for Future Research» i *Ancilla Iuris* (2008), s. 96–113. https://www.anci.ch/articles/ancilla2008_96_stenseth.pdf sist besøkt 7. juni 2021.
- Stenseth (2010) Stenseth, Geir. «Noen internasjonale utviklingstrekk i ekspropriasjonsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap* årg. 123, nr. 4–5 (2010), s. 774–808.
- Stordrange/Lyngholt Stordrange, Bjørn og Ove Chr. Lyngholt. *Ekspropriasjonserstatningsloven*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Stub (2008) Stub, Marius. «Om «fjordlaksformelen» og forvaltningens subsumsjonsfrihet – En kommentar til Hans Petter Graver» i *Lov og Rett* årg. 47, nr. 2 (2008) s. 166–181.
- Stub (2011) Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Tøssebro (2020) Tøssebro, Henriette N., *Omgjøring utenfor klagesak*. Oslo: Universitetet i Oslo, 2020.

- UiB/Språkrådet (2021a) Universitetet i Bergen og Språkrådet. «Nødvendig.» (2021) https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=n%C3%B8dvedig&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge hentet 5. juni 2021.
- UiB/Språkrådet (2021b) Universitetet i Bergen og Språkrådet. «Skade.» (2021) https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=skade&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge hentet 5. juni 2021.
- UiB/Språkrådet (2021c) Universitetet i Bergen og Språkrådet. «Selvstendig.» (2021) https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=+selvstendig&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge hentet 6. juni 2021.
- Vangsnes (2014) Vangsnes, Jørgen. «Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen» i *Tidsskrift for rettsvitenskap* årg. 127, nr. 2 (2014) s. 131–205.
- Wang Larsen (2018) Wang Larsen, Ingrid. «Bruksverdierstatning og tilpasningsplikten» i *Ekspropriasjon*. Endre Stavang (red.), 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2018, s. 407–478.
- Wang Larsen/Holth (2021) Wang Larsen, Ingrid og Fredrik Holth. «Domstolenes adgang til å beslutte ekspropriasjon etter veglova § 53» i *Eiendom og juss vol. 1*. Helén Elisabeth Elvestad, Per Kåre Sky og Steinar Taubøll (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2021, s. 300–328.
- Winge (2013) Winge, Nikolai K.. *Kampen om arealene: Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Winge (2016) Winge, Nikolai K.. «Konsekvensutredning i reindriftsområder» i *Tidsskrift for eiendomsrett* årg. 12, nr. 2 (2016) s. 101–124.
- Winge/Holth (2018) Winge, Nikolai K. og Fredrik Holth. «Svak kontroll i plan- og bygningsretten» i *PLAN* årg. 50, nr. 3 (2018) s. 8–13.
- Winge/Holth (2019) Winge, Nikolai K. og Fredrik Holth. «Virkningen av saksbehandlingsfeil på plan- og bygningsrettens område» i *Ugyldighet i forvaltningsretten*. Henriette N. Tøssebro (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 261–278.
- Woxholth (2011) Woxholth, Geir. *Forvaltningsloven med kommentarer*. 5. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2011.
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*. 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2019.

6.2 Lover, stortingsvedtak og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).
1915	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).
1917	Lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsloven).
1924	Lov 22. februar 1924 nr. 2 om bygningsvesenet (bygningsloven av 1924).
1959	Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom (oreigningsloven).
1960	Forskrift 2. juni 1960 nr. 4 i medhold av oreigningslovens § 29.
1962	Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven).
1963	Lov 21. juni 1963 nr. 23 om vegar (veglova).
1965	Bygningsloven av 18. juni 1965 nr. 7 (bygningsloven av 1965).
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
1980	Forskrift 19. februar 1980 nr. 9862 om instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsinnstruksen).
1984	Lov 6. april 1984 nr. 17 om vederlag ved oreigning av fast eiendom (vederlagsloven).
1985	Plan og bygningslov av 14. juni 1985 nr. 77 (plan- og bygningsloven av 1985).
1990	Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).
1999	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).
2000	Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
2008	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
2009	Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

2009	Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven).
2017	Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften).
2020	Stortingsvedtak 15. desember 2020 nr. 2878 om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2021 (Stortingets skattevedtak (2021)).
2021	Lov 25. mai 2021 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven) [ikke sanksjonert lov]

6.3 Forarbeider

NUT 1954: 1	<i>Utkast til lov om ekspropriasjon av fast eiendom m.v. Innstilling fra Utvalget til å utrede spørsmålet for forenkling og rasjonalisering av ekspropriasjonslovgivningen.</i>
NUT 1958: 3	<i>Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.</i>
Bygningslovkomiteen (1960)	<i>Innstilling til revisjon av bygningsloven.</i>
NOU 2003: 14	<i>Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II Planlovutvalgets utredning med lovforslag.</i>
NOU 2005: 12	<i>Mer effektiv bygningslovgivning II Bygningslovutvalgets andre delutredning med lovforslag.</i>
NOU 2019: 5	<i>Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).</i>
Ot.prp. nr. 43 (1957)	<i>Om lov om ekspropriasjon av fast eiendom.</i>
Ot.prp. nr. 1 (1964–1965)	<i>Om ny bygningslov.</i>
Ot.prp. nr. 27 (1968–1969)	<i>Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover.</i>
Ot.prp. nr. 57 (1985–1986)	<i>Om lov om endringer i plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77.</i>
Ot.prp. nr. 51 (1995–1996)	<i>Om lov om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner (særlovprosjektet fase 2).</i>
Ot.prp. nr. 39 (1998–1999)	<i>Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).</i>
Ot.prp. nr. 32 (2007–2008)	<i>Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen).</i>
Ot.prp. nr. 43 (2008–2009)	<i>Om lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven).</i>

Prop. 149 L (2015–2016)	<i>Endringer i plan- og bygningsloven (mer effektive planprosesser, forenklinger mv.).</i>
Prop. 64 L (2016–2017)	<i>Endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskomeptanse m.m.)</i>
Innst. O. VII – 1959	<i>Tilråding frå justisnemnda om lov om oreigning av fast eigedom.</i>
Innst. O. nr. II (1966–1967)	<i>Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).</i>
Dok. nr. 16 (2011–2012)	<i>Rapport fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.</i>

6.4 Norsk rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt-1949-564	Rt-2004-1092
Rt-1951-91	Rt-2004-1092
Rt-1957-1190	Rt-2007-257 (Trallfa)
Rt-1961-910	Rt-2007-281 (Barka)
Rt-1962-744	Rt-2008-362
Rt-1964-1025	Rt-2008-681
Rt-1969-268	Rt-2008-1409
Rt-1970-67	Rt-2009-354
Rt-1973-686 (Skoleområde)	Rt-2009-661
Rt-1981-745	Rt-2009-1142
Rt-1982-241 (Alta)	Rt-2011-111
Rt-1995-1427	Rt-2011-1424
Rt-1997-1784	Rt-2012-1985
Rt-1998-416 (Namsos)	Rt-2013-354
Rt-1999-14	HR-2016-2229
Rt-1999-513	HR-2017-2064-A
Rt-2000-996	HR-2017-2247-A
Rt-2000-1056	HR-2018-1004-A
HR-2002-867	HR-2018-1258-A
Rt-2002-352	HR-2020-2472-P (Klima)
Rt-2003-713	HR-2021-953-A (Rekkefølgekrav)

Lagmannsrettsavgjørelser

RG-1973-645	LG-2012-96471-2
-------------	-----------------

RG-1983-930	RG-2013-1090
LA-1997-126	LG-2013-54170 (Industrihavn)
LG-1998-948	LB-2014-40408/LB-2014-40427
LB-2000-1874	LB-2014-40734
LF-2001-1027	LH-2014-122719 (Treindustri)
RG-2002-343	LG-2014-184100 (Motorpark)
RG-2006-1155	LF-2014-199033
LB-2007-124897	LB-2015-8388
LG-2007-176723	LA-2017-33514 (Landbruksvei)
RG-2008-267 (Smoltvirksomhet)	LG-2017-160787
LF-2008-8789	LF-2018-56686
RG-2010-298	LE-2019-17428
RG-2010-1028	LF-2019-187397-2 (Skiløype)
RG-2011-666 (Kommunal barnehage)	LF-2020-22454 (Endeholdeplass)
RG-2012-1320	LE-2020-132653

Ting-/herredsrettsavgjørelser

RG-1981-118 (Meieri)

Jæren tingretts dom 15. januar 2021 i sak 19-061598TVI-JARE [ikke offentlig publisert]

6.5 Forvaltningspraksis og sivilombudsmannsuttalelser

Forvaltningsrettslige styringsdokumenter

KRD (2002)	Kommunal- og regionaldepartementet. <i>Rundskriv H-14/02 – Ekspropriasjon på plan- og bygningsrettens område</i> , 2002. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/krd/rus/2002/0001/ddd/pdfv/167604-rundskrivh14-02.pdf
KMD (2014)	Kommunal- og moderniseringsdepartementet. <i>Medvirkning i planlegging – Hvordan legge til rette for økt deltakelse og innflytelse i kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven, juni 2014</i> https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/plan/medvirkningsveileder/h2302b_veileder_medvirkning.pdf

KMD (2018)	Kommunal- og moderniseringsdepartementet. <i>Reguleringsplanveileder</i> , 2018. https://www.regjeringen.no/contentassets/b1752a6a42f84a88a9595a4061956b43/no/pdfs/reguleringsplanveileder_sept_2018.pdf
Miljøverndepartementet (1986)	Miljøverndepartementet. <i>Rundskriv T-8/86 Overføring av myndighet – Overføring til fylkesmannen av myndighet etter plan- og bygningsloven</i> , 1986. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/t-886-overforing-av-myndighet/id107805/
Miljøverndepartementet (2004)	Miljøverndepartementet. <i>Fylkesmannens myndighet til å gjøre endringer ved behandling av klage i reguleringsaker – adgang til oppheving av ugyldige vedtak</i> , 16. januar 2004. https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/kld/anbud-konsesjoner-og-brev/brev/utvalgte_brev/2004/2004/fylkesmannens-myndighet-til-a-gjore-endr/id577074/
NVE (2003)	Norges vassdrags- og energidirektorat. <i>Samfunnsøkonomiske analyser for energiprojekter</i> , 2003. https://publikasjoner.nve.no/haandbok/2003/haandbok2003_01.pdf

Uttalelser fra Sivilombudsmannen og Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-2007-4519

Somb-2008-123

SOM-2009-1402

SOM-2011-40

SOM-2011-709

SOM-2014-334

SOM-2014-3496

SOM-2016-1205

SOM-2018-1219

SOM-2019-3089

Annet fra Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannen (2013) Sivilombudsmannen. *Klage vedrørende ekspropriasjon – Vedtak fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus*, brev 5. april 2013 til klager. Sak 2012/3402. Ikke tilgjengelig på nett. Innhentet etter forespørsel til Sivilombudsmannen.

Sivilombudsmannen (2014)	Sivilombudsmannen. <i>Klage på vedtak om ekspropriasjon – Fylkesmannen i Østfold og Miljødirektoratet</i> , brev 8. mai 2014 til klager. Sak 2014/1162. Ikke tilgjengelig på nett. Innhentet etter forespørsel til Sivilombudsmannen.
Sivilombudsmannen (u.å.)	Sivilombudsmannen. «Kan jeg klage på ansettelse i offentlige [sic] forvaltning?» (udatert). https://www.sivilombudsmannen.no/klage/faq/ hentet 22. mai 2021.

6.6 Utenlandske og internasjonale rettskilder

Traktater

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950.
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller, New York 16. desember 1966 [Offisiell norsk oversettelse].

EU-direktiver

Direktiv 2001/42/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/42/EF af 27. juni 2001 om vurdering af bestemte planers og programmers indvirkning på miljøet [Plandirektivet].
Direktiv 2011/92/EU	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/92/EU af 13. december 2011 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet EØS-relevant tekst [Tiltaksdirektivet].

Praksis o.l. fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

James mfl. mot Storbritannia	<i>Case of James and others v. The United Kingdom</i> , no. 8793/79, 21. februar 1986.
Obermeier mot Østerrike	<i>Case of Obermeier v. Austria</i> , no. 11761/85, 28. juni 1990.
Zumtobel mot Østerrike	<i>Case of Zumtobel v. Austria</i> , no. 12235/86, 21. september 1993.
Chassagnou mfl. mot Frankrike	<i>Case of Chassagnou and Others v. France</i> , no. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, 20. april 1999.
Potocka mfl. mot Polen	<i>Case of Potocka and others v. Poland</i> , no. 33776/96, 27. mars 2002.

Maksymenko mot Ukraina	<i>Case of Maksymenko and Gerasymenko v. Ukraine</i> , no. 49317/07, 16. mai 2013.
Beinarović mfl. mot Litauen	<i>Case of Beinarović and Others v. Lithuania</i> , no. 70520/10, 21920/10 og 41876/11, 12. juni 2018.
EMD (2021)	European Court of Human Rights. «Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.» (30. april 2021) https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf hentet 6. juni 2021.

Utenlandske lover og rettsavgjørelser

Expropriationslagen	Expropriationslag (1972:719) [lest på riksdagen.se]
Danmarks Grundlov	Lov 5. juni 1953 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov [lest på karnov.dk]
U.2002.2281.V	Vestre Landsret, saksnummer B-2346-98, 4. januar 2002 https://pro.karnovgroup.dk/document/7000252765/1 hentet 6. juni 2021.