



KANDIDAT

550

PRØVE

JUS2005 2 Forvaltningsrett II

Emnekode	JUS2005
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	30.05.2023 07:00
Sluttid	30.05.2023 13:00
Sensurfrist	20.06.2023 21:59
PDF opprettet	31.05.2023 11:57

Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
i	Informasjon	Informasjon eller ressurser
1	Del I - Praktikum	Langsvar
2	Del II - Teori	Langsvar

1 Del I - Praktikum

Det hadde lenge ulmet et konkurranseforhold mellom to nabohytter i skjærgården i Lillevik kommune. Peder Ås var oppgitt etter at naboen Lars Holm hadde satt opp flaggstang og bygget ny platting. Han følte at hans egen hytte måtte utbedres for å holde tritt, og søkte derfor kommunen om å få bygge et stupebrett fra svaberget. I søknaden opplyste Ås om at bading fra det bratte svaberget var både vanskelig og farlig. En stupebrygge med en liten stige ville gjøre dette tryggere for hans familie. Steinen i svaberget på tomten hans ga imidlertid for dårlig feste, så for at brettet skulle være trygt måtte det støpes et betongfundament på sandbunnen.

Stupebrettet var et tiltak som ville kreve dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 19-2 fra byggeforbudet i strandsonen, jf. plan- og bygningsloven § 1-8. Heldigvis for Peder Ås hadde Lillevik kommune en lang tradisjon for å se velvillig på slike søknader. Kommunen vurderte at det ville være urettferdig om ikke også Ås fikk tillatelse og dispensasjon.

I nyere tid hadde imidlertid kommunen blitt oppmerksom på forekomster av et sjeldent sjøgress i kommunens kystområder. Kommunen hadde enda ikke opprettet noen hensynssone i arealplanen, jf. plan- og bygningsloven § 11-8 tredje ledd bokstav c, og det var ikke dokumentasjon på forekomst av arten i nærheten av hytta til Peder Ås. Her ville saksbehandlerne likevel være på den sikre siden. Dispensasjonen ble derfor gitt på vilkår om at Peder Ås selv kontaktet en fagkyndig før stupebrettet ble satt opp, for å kontrollere om det var sjøgress i området. Kommunen viste også til det var muligheter for at sjøgresset kunne spre seg til området senere, og disse kontrollene måtte derfor Peder Ås gjenta annethvert år. Om sjøgress ble funnet måtte stupebrettet rives.

Peder Ås var meget misfornøyd med vedtaket, og mente at vilkårene ikke kunne opprettholdes. I klagen til Statsforvalteren viste han til at andre hytter i området hadde fått tillatelse til større tiltak uten vilkår. Det var høye kostnader forbundet med å leie tjenestene til en fagkyndig, og dette var en type utgift som kommunen måtte bære selv. Dersom han ble nødt til å rive stupebrettet ville han sitte igjen uten fordeler.

Spørsmål 1: Drøft om vilkårene kan opprettholdes og betydningen for vedtakets gyldighet.

Klagen til Peder Ås lå fortsatt til behandling når naboen Lars Holm fikk nyss om dispensasjonen. Holm ble like opprørt som Ås hadde blitt, om enn av andre grunner. Han mente stupebrettet ville bli et øyesår i landskapet, og det var godt synlig fra hans eiendom. Holm innhentet derfor en kopi av vedtaket, hvor det fremgikk at kommunen anså området som allerede preget av spredt hyttebebyggelse og at en ny stupebrygge ga klart større fordeler for Ås enn ulempene ved naturinngrepet. Denne vurderingen ble gjort uten befarung.

Holm sendte inn sin egen klage med påstand om at byggetillatelsen og dispensasjonen var ugyldig. Han anførte først at vilkårene for dispensasjon ikke kunne være oppfylt når det var risiko for at stupebrettet forstyrret en sjelden art. Stupebrettet ville også være svært synlig. Dette mente Holm ville gå ut over den naturlige idyllen i området, som var et populært sted for turgåere.

Holm anførte videre at han skulle ha fått nabovarsel. Da kunne han ha opplyst kommunen om at han selv hadde observert noe som lignet sjøgress på svømmeturer utenfor hytta til Peder Ås. Kommunen kunne uansett ikke gi dispensasjon uten å selv kontrollere om det var sjøgress i området før vedtak ble truffet.

Lillevik kommune la til grunn at Lars Holm hadde klagerett, og erkjente at han skulle ha fått nabovarsel. Hva gjelder utredning viste kommunen til dens pressede økonomiske situasjon, og at det ikke var midler til at kommunen selv eller i samråd med andre myndigheter foretok en kontroll av området. Saksbehandleren påpekte imidlertid at alle nødvendige opplysninger ville være på plass gjennom vilkåret om at Peder Ås sørget for en kontroll.

Spørsmål 2: Er dispensasjonsvedtaket ugyldig?

Lars Holm hadde liten tiltro til at Lillevik kommune eller Statsforvalteren ville foreta en tilstrekkelig nøye gjennomgang av klagen, og mente at saken var så alvorlig at burde gå til domstolene. Holms datter, som var jusstudent, hadde en formening om at Statsforvalteren hadde videre kompetanse i klagebehandlingen og at Holm burde vente på utfallet av klagesaken. Saken var etter hennes mening ikke egnet for domstolsbehandling.

Spørsmål 3: Hvilke sider av vedtaket kan tingretten ta stilling til?

Skriv ditt svar her...

Spørsmål 1: Drøft om vilkårene kan opprettholdes og betydningen for vedtakets gyldighet.

Twisten står mellom Peder Ås og Lillevik kommune. Kommunen har gitt Peder Ås dispensasjon til å bygge et stupebrett fra svaberget på bestemte vilkår. Peder hevder vilkårene ikke er gyldige.

Den overordnede problemstillingen er om vilkårene gitt til dispensasjonsvedtaket er ugyldig.

Rettslig grunnlag er plan- og bygningsloven (pbl.) av 27. juni 2008 nr. 71 § 19-2.

Plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd gir kommunen diskresjonær kompetanse til dispensere fra bestemmelser i loven eller forskrifter gitt i medhold av loven.

I vår sak har Peder Ås blitt gitt dispensasjon til å bygge et stupebrett i strandsonen. Dispensasjonen er fra byggeforbudet i pbl. § 1-8. Kommunen satt vilkår om at Peder Ås selv måtte kontakte fagkyndig for å kontrollere om det befant seg sjøgress i området, samt et krav om at Peder Ås selv måtte kontrollere området annethvert år.

Spørsmålet er om vilkårene kommunen satte til vedtaket, kan opprettholdes.

Plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd andre punktum gir forvaltningen myndighet til å "sette vilkår til dispensasjonen". Det er dermed på det rene at forvaltningen *har* kompetanse i å sette vilkår.

Plan- og bygningsloven gir imidlertid ingen holdepunkter for grensene til vilkårene. Den lovfestede vilkårsadgangen må dermed suppleres med *forvaltningens ulovfestede vilkårs lære*.

Vilkårslæren er et alminnelig prinsipp som først kom til syne i Rt. 1961 s. 297 (*Glacier Blue*). Saken gjaldt kjøp av en glacier-blue Chevrolet stasjonsvogn til en innehaver av et begravellesbyrå, og gyldigheten av veidirektoratets vilkår i etterkant. Høyesterett, i samsvar med lagmannsretten, mente at vilkåret om lakkere bilen sort ikke var uforholdsmessig da bilen var egnet å brukes som begravellesbil. Vilkåret ble ansett gyldig, og dommen la grunnlaget for en alminnelig lære.

For at vilkårene skal være gyldige, har nyere rettspraksis lagt til grunn to vilkår for at vilkårslæren skal bli aktuell. Vilkårene må være "saklige" og "ikke uforholdsmessig tyngende", jf. bl.a. Rt. 2008 s. 1110 avsnitt 22.

Høyesterett har valgt noen ulike formuleringer til vilkårene, men det synes å være noenlunde det samme. I Rt. 2003 s. 764 (*Løvenskiold*), som gjaldt vilkår til et dispensasjonsvedtak etter den gamle plan- og bygningsloven § 7 (dagens § 19-2), synes Høyesterett å bruke vilkårene "naturlig sammenheng" og ikke "uforholdsmessig tyngende, jf. hhv. avsnitt 60 og 82.

Det er imidlertid lite som tyder på at vurderingen er ulik. Det legges derfor til grunn at to vilkår må være oppfylt: 1) vilkåret må være saklig, og 2) vilkåret må ikke være uforholdsmessig tyngende (vilkåret må være forholdsmessig).

Spørsmålet er om vilkåret er saklig.

Saklighetsvurderingen er todelt. For det første må vilkåret være knyttet opp mot bestemmelsens formål. For det andre må det være en naturlig sammenheng mellom vilkåret og vedtaket.

Det opplyses om at kommunen dispenserte fra byggeforbudet i pbl. § 1-8. For eiendommer som ligger innenfor "100-metersbeletet" langs sjøen, skal det særlig tas hensyn til "natur- og kulturmiljø-, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser", jf. første ledd. Forbudet mot utbygging skal ivareta strandsonens naturvern, biologisk mangfold og allmenn ferdsel og friluftsliv, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 31 og LA-2022-95573 pkt. 4.3

Det er således forsvarlig av kommunen å få klarhet i om sjøgressene befinner seg i strandsonen før utbyggingen. Ettersom det er tale om et begunstigende vedtak, synes det naturlig å kreve at Peder Ås står ansvarlig for å innhente den fagkyndige vurderingen. Dette trekker i retning av at vilkåret er saklig.

På den andre siden bør det være kommunen selv som foretar undersøkelser i strandsonen for å sikre at hensynene bak pbl. § 1-8, samt hensynene bak lovens formål som sådan ivaretas. Dette trekker i motsatt retning.

Likevel fremgår det at kommunen på grunn av sin pressede økonomiske situasjon ikke var i stand til å foreta utredningen selv. Kommuners økonomiske situasjon kan enkelte ganger være grunnlag for å gjøre et ellers utenforliggende hensyn til å bli saklig. Det må i slike tilfeller vurderes konkret.

I foreliggende sak er det klart at kommunen ikke hadde midler til selv eller i samråd med andre å undersøke strandområdet. Dette trekker dermed i retning av at vilkåret var saklig.

Det vil være uforsvarlig av kommunen å gi en dispensasjon uten utredning eller kontroll. At de setter vilkår som "tjener til å motvirke de skadevirkninger eller ulemper som ellers kan følge av vedtaket", trekker derfor i retning av å være saklig, jf. Rt. 2003 s. 764 (*Løvenskiold*) avsnitt 61.

Kommunens vilkår om å ansvarliggjøre Peder Ås i forbindelse med utredning og kontroll av forekomsten av sjøgress i området må etter en konkret vurdering anses som saklig og formålmessig.

Det neste spørsmålet er om vilkårene er forholdsmessig.

Med forholdsmessig siktes det til at noe ikke er en urimelig byrde for den ene part. Forholdsmessighet kan ses på som en proporsjonalitetsvurdering, hvor det stilles krav til nødvendighet, egnethet og rimelighet.

I Rt. 2003 s. 764 (*Løvenskiold*) kom Høyesterett frem til at det ikke var "uforholdsmessig tyngende" å kreve at parten selv stod for dekking av veier som var nødvendige i forbindelse med utbyggingen. I denne saken kostet utbyggingen ca. 100 millioner kroner, mens utgiftene for dekking av gang- og sykkevei lå på om lag 3-4 millioner kroner. Dette utgjør ca. 3-4 %. Selv

om Høyesterett ikke oppstiller dette som noe vilkår, vil det være naturlig å se hen til Løvenskiold-saken som veiledende når man vurderer økonomisk uforholdsmessighet.

I foreliggende sak er det tale om innleie av en fagkyndig for å vurdere den biologiske bestanden i strandområdet. Det opplyses at det er høye kostnader å leie tjenester fra fagkyndig. Dette kan rettferdiggjøres i forbindelse med en utredning, i likhet med Løvenskiold-saken, men neppe i forbindelse med periodevise kontroller. Dette trekker i retning av at vilkåret er uforholdsmessig tyngende.

Det er nærliggende å anta at Løvenskiold AS måtte stå for vedlikehold av gang- og sykkelveien i sin sak. Dersom det er tilfelle, vil trolig et slik vedlikehold være - proporsjonalt - beskjedent i forhold til periodisk kontroll av fagkyndig. Dette trekker også i retning av at vilkåret er uforholdsmessig tyngende.

Det at Peder Ås er en privatperson styrker også de uforholdsmessige utgiftene knyttet til dispensasjonen, da stupebrettet klart anses som en familieaktivitet og hobbyvirksomhet, enn et profesjonelt prosjekt gjort av en næringsvirksomhet.

Samlet sett taler forholdene for at vilkåret om utredning og kontroll av sjøgresset på egen regning er økonomisk uforholdsmessig tyngende for Peder Ås. Kommunen hadde ikke i medhold av pbl. § 19-2 eller den alminnelige vilkårlæren anledning i å sette slike vilkår.

Delkonklusjonen er at vilkårene er ugyldige.

Spørsmålet blir så hvilken betydning de ugyldige vilkårene har for vedtaket.

Den klare hovedregelen er at ugyldighet strekker seg kun like langt som ugyldighetsgrunnen. Selv om vilkårene *kan* antas å ha virket inn på vedtaket, er det ikke ved begunstigende vedtak alltid nødvendig å stille vedtaket ugyldig.

I foreliggende sak er det tale om et begunstigende vedtak som er heftet av noen uforholdsmessige vilkår. Når disse vilkårene ikke blir opprettholdt, vil ikke kommunen ha mulighet for utredning eller kontroll av det sjeldne sjøgresset i strandområdet. Som kommunen selv legger til grunn, forelå det ingen dokumentasjon på forekomst av sjøgresset i området, ei var området regulert som en hensynssone, jf. pbl. § 11-8 tredje ledd bokstav c. Dette trekker i retning av at vedtaket står og forblir gyldig, uten vilkårene.

På den andre siden vil lovens formålsbestemmelse tale i motsatt retning, jf. bl.a. § 1-1 og § 3-1. Her vil hensynene til bærekraftig utvikling og ivaretagelse av naturressursene trekke i retning av at også vedtaket bør kjennes ugyldig.

Etter en konkret vurdering, og i mangel av konkret dokumentasjon og holdepunkter som taler i motsatt retning, blir det rimelig å la dispensasjonsvedtaket stå gyldig, uten vilkårene.

Konklusjonen er at vilkårene blir ikke opprettholdt, og det påvirker ikke vedtakets gyldighet.

Spørsmål 2: Er dispensasjonsvedtaket ugyldig?

Twisten står mellom Lars Holm og Lillevik Kommune. Lars Holm er part i saken med Peder Ås, og hevder kommunens dispensasjonsvedtak til Peder Ås er ugyldig. Kommunen motsetter seg dette.

Den overordnede problemstillingen er om dispensasjonvedtaket til å lage stupebrettet er ugyldig.

Holm anfører i hovedsak to ugyldighetsgrunner. For det første er det feil ved anvendelsen av pbl. § 19-2 og vilkårene derunder. For det andre har ikke Holm blitt gitt nabovarsel etter pbl. § 21-3 og byggeforskriften § 5-3. Dette er en saksbehandlingsfeil. Feilene vil av hensiktsmessige grunner bli vurdert hver for seg, og tatt under ett i interesseavveiningen på slutten.

Etter pbl. § 19-2 første ledd kan forvaltningen velge å utstede dispensasjon. Etter bestemmelsens andre ledd fremmes det en rekke begrensninger som forvaltningen må holde seg innenfor for at et slikt vedtak skal anses gyldig.

En dispensasjon kan ikke gis dersom "hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra", "hensynene i lovens formålsbestemmelse" eller nasjonale eller regionale interesser" blir "vesentlig tilsidesatt". Dessuten skal det foretas en interesseavveining hvor dispensasjonens fordeler "skal være klart større" enn dens ulemper, jf. pbl. § 19-2 andre ledd.

Ordlyden "vesentlig tilsidesatt" er tatt inn i ny plan- og bygningsloven av 2008. Tidligere var det "særlige grunner", og selv om ordlyden er nokså forskjellig, taler de begge for en streng terskel, jf. f.eks. Rt. 2007 s. 257 (*Trallfa*). Ordlyden "vesentlig" sikter til at det ikke er tilstrekkelig at hensynene/formålene kun er tilsidesatt. Det kreves "en negativ innvirkning på de relevante hensyn/interesser, [og] må anses å ha et kvalifisert preg", jf. LA-2019-8060 (*Sjøbod*), pkt. 2.5.

Det første spørsmålet er om hensynene til loven og nasjonale og regionale interesser blir "vesentlig tilsidesatt".

Ordlyden "nasjonale eller regionale interesser" ble tatt inn ved lovendring i 2021 og er ikke ment å innebære noe realitetsendring, jf. forarbeidene. Det vil si at vurderingen om "nasjonale eller regionale interesser [...] blir vesentlig tilsidesatt" kan sammenfalles med de øvrige hensynene.

Det første vurderingsmomentet er hensynet til lovbestemmelsen det fravikes fra.

I lagmannsretts dom LA-2019-8060 (*Sjøbod*), som gjaldt gyldigheten av et dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2, kom lagmannsretten under tvil frem til at oppføring av en sjøbod ikke kunne anse som å vesentlig tilsidesette hensynene bak byggeforbudet i pbl. § 1-8. Saken har likhetstrekk til foreliggende sak, da det i begge tilfeller er tale om bygging i 100-metersbeltet, og byggeprosjektet i vår sak er av en svært mer beskjeden art.

Et stupebrett og et betongfundament på sandbunnen kan neppe tenkes å være mer sjikane enn en sjøbod.

I motsetning til en sjøbod vil et stupebrett være fordelaktig ved sjøen. Det vil bidra til mer utnyttelse av strandområdet for familien Ås.

Holm anfører at stupebrettet vil være nokså synlig, og dermed til sjikane for han og andre hytteiere. Stupebrettet er, slik det er å forstå, plassert oppå et svaberg. Selve stupebrettet vil neppe være til sjikane for andre, og det må anses som en naturlig attraksjon på et svaberg ved sjøen. Dette trekker i retning av at hensynene ikke er "vesentlig tilsidesatt".

Videre må det ses til lovens hensyn for øvrig. Det er ingen holdepunkter som taler for at stupebrettet vil være i strid med hensynene og formålene til loven for øvrig, jf. pbl. § 1-1, jf. § 3-1.

Det kan argumenteres for at hensynene i noen grad har blit tilsidesatt ettersom det er strenge regulering i 100-metersbeltet og LNFR-områder, men de er klart ikke "vesentlig tilsidesatt", jf. også lagmannsrettens forståelse og tolkning av sjøbod-saken.

Delkonklusjonen er at hensynene blir ikke vesentlig tilsidesatt.

Det andre vurderingsmomentet er om dispensasjonens fordel er "klart større" enn dens ulempe, jf. pbl. § 19-2 andre ledd andre punktum.

En naturlig språklig forståelse av "klart større" taler for at det foreligger kvalifisert overvekt av fordeler kontra ulemper. Denne forståelsen er støttet av forarbeidene, som krever "klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon", jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242. Det skal mye til å fravike en gjeldende plan.

De relevante hensynene for dispensasjon "må ha stor vekt dersom vilkåret skal være oppfylt". Det er ikke tilstrekkelig at ulempene er "beskjedne", jf. bl.a. LA-2022-95573 med videre henvisning.

Det er i foreliggende sak snakk om et stupebrett til familien Ås. Ettersom stupebrettet bygges på Ås sin eiendom, er det nærliggende å tenke seg at stupebrettet forblir privat, og kan ikke fritt brukes av allmennheten. Dette minker de fordeler et stupebrett gir. Når ikke allmennheten kan ferdes og benytte seg av stupebrettet, vil fordelene kun gjelde et fåtall personer - Ås og hans familie.

Dessuten er det allerede klart at stupebrettet tilsidesetter hensynene i byggeforbudet i pbl. § 1-8. Når de fordeler som da gjør seg aktuelle er såpass beskjedne, skal det mindre til for å statuere at vilkåret ikke er oppfylt.

Det er mye som taler for at de fordeler Ås får ut av stupebrettet, ikke kan være "klart større" enn de ulemper dispensasjonen innehar. Både klagene fra naboen, Holm, men også risikoen for at det *kan* befinne seg sjeldne sjøgress i området. Da vil Ås uansett måtte rive stupebrettet, som vil være til stor ulempe for ham, jf. pbl. § 19-3.

Det er ikke klart større fordeler enn ulemper ved å gi Ås dispensasjon til å bygge stupebrettet på svaberget.

Plan- og bygningsloven § 19-2 tredje ledd krever at det skal legges "særlig vekt" på dispensasjonens konsekvenser for "helse, miljø, jordvern, sikkerhet og tilgjengelighet".

I likhet med ovennevnt drøfting taler også hensynet "miljø" for at man skal være føre-var i å tillate utbygging i strandsonen og LNFR-områder når det er en viss risiko for at sjedlen biologiske arter kan befinne seg der. Selv om kommunen ikke har kartlagt noe forekomst av sjøgresset, er det fortsatt plausibelt at de forekommer. En utredning ville derfor vært forsvarlig før dispensasjonen ble gitt. Også dette trekker i retning av ugyldighet.

Ettersom vilkårene i pbl. § 19-2 ikke er oppfylt, "kan ikke" dispensasjonsvedtaket gis.

Det er imidlertid ingen automatikk i at feil medfører ugyldighet. For at det skal foreligge ugyldighet, må feilen ha innvirket på vedtaket, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41, og det må foretas en konkret interesseavveining (helhetsvurdering), jf. den ulovfestede ugyldighetslæren.

Rettspraksis har formulert innvirkningskriteriet på ulike måter, men kjernen er den samme. Det er et krav om at "feilen kan ha virket bestemmende inn på avgjørelsens innhold", jf. Rt. 2009 s. 851 avsnitt 86.

Hva som er bestemmende, vil variere ut fra vedtakets inngrep, vedtakets art og omfang, og lignende.

I foreliggende sak blir Peder Ås gitt et begunstigende vedtak som viser seg å være feil fordi kommunen ikke har veiet fordelene godt nok opp mot eventuelle ulemper det gis. Denne feilene har klart virket inn på avgjørelsens innhold.

I tillegg til feilen i pbl. § 19-2, anfører Holm at det ikke er blitt gitt nabovarsel etter pbl. § 21-3 og byggeforskriften § 5-3. Kommunen motsetter seg ikke dette, og erkjenner å ha glemt å ta stilling til nabovarselet.

Saksbehandlingsfeil er en tilblivelsesmangel, og er følgelig ingen absolutt ugyldighetsgrunn, jf. LE-2015-186577.

Det følger av forvaltningsloven § 41 at saksbehandlingsfeil gjør ikke et vedtak ugyldig, med mindre det er grunn til å regne med at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold. Bestemmelsen får imidlertid kun anvendelse for saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven, noe som ikke anføres i denne sak.

Det er imidlertid alminnelig godtatt at forvaltningsloven § 41 kan anvendes analogisk på saksbehandlingsfeil i andre lover, jf. Rt. 2009 s. 661 (*USAs ambassade*) avsnitt 71. Saken gjaldt vedtak om bygging av den nye amerikanske ambassaden i Husebyskogen i Oslo. Saken var regulert av plan- og bygningsloven, men forvaltningsloven § 41 ble analogisk anvendt i forbindelse med saksbehandlingsfeil.

I USAs ambassade-saken la Høyesterett til grunn at det er "tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet" at saksbehandlingsfeilen kan ha virket inn på vedtakets innhold. Det stilles dermed ingen høy terskel. Dette er videre bekreftet av HR-2017-2247-A (*Reinøya*), som fastslår at det må vises en "reell mulighet for at feilen har fått betydning for vedtaket innhold", jf. avsnitt 97.

Nabovarsel er hjemlet i pbl. § 21-3 og har til hensikt å gi naboer en mulighet å uttale seg om prosjekter i sitt nærvær før kommunen fatter vedtak. Bestemmelsen har en rettssikkerhetsventil, idet den ivaretar ikke bare søkers og kommunens interesser, men også naboer som kan ha viktige innspill å komme med i saken.

Holm hevder at nabovarselet hadde gitt han mulighet til å kommentere på funn av "noe som lignet sjøgress". Dette trekker i retning av at manglende nabovarsel kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

På den andre siden er sjøgress svært normalt langs norskekysten. Det er i denne sak tale om en sjelden type sjøgress. At Holm hadde skrevet at han så sjøgress i havet ville dermed trolig ikke ha virket bestemmende på vedtaket.

Likevel er det et skjørt strandområde. Hadde Holm gitt opplysninger om at det fantes noe "som lignet", ville det gitt kommunen et incentiv om å foreta mer konkrete undersøkelser, eventuelt nekte Peder Ås dispensasjonen i sin helhet. Dette trekker i motsatt retning.

Dessuten vil forvaltningen tjene på en forsvarlig saksbehandling. Alle berørte parter bør bli hørt, jf. prinsippet om kontradiksjon i forvaltningsloven § 17. Det er derfor viktig å la Holm uttale seg, selv om tilbakemeldingen ikke direkte ville virket inn.

Ut fra dette taler de fleste momentene for at feilen hadde en reell mulighet å virke bestemende på vedtakets innhold.

Når en sak hefter flere feil, har Høyesterett åpnet for at man kan kumulere feilene i interesseavveiningen, jf. Rt. 2004 s. 76 avsnitt 55. I denne saken kumulerte Høyesterett en rektors manglende kompetanse (personell kompetanse) og saksbehandlingsfeil.

I foreliggende sak er det tale om en materiell feil og en prosessuell feil. Ut fra Høyesteretts tolkning, synes det å være forsvarlig å kumulere også disse i en interesseavveining.

I interessevurderingen skal det legges vekt på om vedtaket er til gunst eller skade for parten, hvor lang tid som har gått, og om en part selv er å bebreide for feilen, jf. NOU 2019: 5 s. 536.

Det er helt klart at Peder Ås for en fordel av dispensasjonen. Denne kommer derimot på bekostning av naboen Holm, samt mulig bekostning av strandsonen og det biologiske livet i strandområdet (f.eks. sjøgresset).

Det er tiltakshaveren selv som har ansvaret for å sende ut nabovarsel, jf. pbl. § 21-3 og LA-2022-95573. Det at Peder Ås ikke sender nabovarsel til Holm må han selv bebreides for.

Det har ikke gått særlig lang tid. Vedtaket er fortsatt til behandling hos Statsforvalteren og byggingen er enda ikke startet. Dette får dermed ikke særlig vekt.

Det er tale om to feil som begge antas å ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Kumulert sammen, og sett opp mot de momentene som er drøftet rett over, taler de beste grunner for at vedtaket er ugyldig. Selv om Peder Ås sin forglemmelse i å sende Holm nabovarsel kan bebreide ham i noen grad, vil ikke det ha utslagsgivende effekt på gyldigheten av vedtaket.

Konklusjonen er at dispensasjonsvedtaket er ugyldig.

Spørsmål 3: Hvilke sider av vedtaket kan tingretten ta stilling til?

Den overordnede problemstillingen er hvilke sider av vedtaket domstolen kan ta stilling til.

Det følger av Grunnloven § 89 at domstolen har "rett og plikt til å prøve" alle saker som reises for domstolen. Domstolens prøvingsrett er grunnlovsfestet, men ordlyden er noe uheldig utformet. Den gir ingen indikasjon på hvor vidt eller snevert domstolens prøvingsmyndighet er.

Den klare hovedregelen er at domstolen kan prøve "alle sider av saken", jf. tvisteloven § 36-5 tredje ledd. Med alle sider av saken siktes til "ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte", jf. Rt. 1995 s. 1427 (*Naturfredning*) på s.1433.

Det finnes unntak til denne regelen, og de går på hva forvaltningen selv har diskresjonær kompetanse til å avgjøre - såkalt "fritt skjønn". Høyesterett har i Rt. 2014 s. 310 avsnitt 54 lagt til grunn at begrensningen i domstolsprøvingen er "i tråd med de grunnleggende maktfordelingsprinsipper at domstolene ikke overprøver selve hensiktsmessighetsvurderingen".

Domstolsprøvingen er dermed begrenset til å gjelde alle saker foruten om forvaltningens frie skjønn, det såkalte "kan"-skjønn. Rettsanvendelsesskjønn har domstolen anledning til å prøve.

Det fremgår av pbl. § 19-2 første ledd at kommunen "kan" gi dispensasjonsvedtak. Ordlyden "kan" er vag, og taler ofte for forvaltningsskjønn.

Plan- og bygningsloven § 19-2 andre ledd inneholder begrensninger til "kan"-skjønn. Spørsmålet er om dette anses å være forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn.

Ordlyden i andre ledd er vage og generelle, og trekker i retning av forvaltningsskjønn, jf. forståelsen i Rt. 2007 s. 257 (*Trallfa*).

Forarbeidene har derimot lagt til grunn at vurdering i andre ledd er underlagt rettsanvendelsesskjønn, og kan prøves av domstolen, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) og LA-2022-95573.

Domstolen kan prøve alle sider av saken, foruten om "kan"-skjønn - forvaltningens frie skjønn i å velge om de ønsker å gi dispensasjon eller ikke. Domstolen kan overprøve forvaltningens vurdering av vilkårene i andre og tredje ledd.

Konklusjonen er at domstolen kan prøve alle sider av saken, bortsett fra "kan"-skjønn i første ledd.

Ord: 3430

2 Del II - Teori

Rekkevidden og typen av forvaltningens kompetanse må fastlegges gjennom tolkning. Redegjør for tolkningsmomentene og -prinsippene som er relevante når man skal avgjøre om en lovbestemmelse gir hjemmel for et vedtak, og hva slags kompetanse bestemmelsen gir. Belys disse tolkningsmomentene og -prinsippene med eksempler fra lov og praksis innen velferdsretten.

Skriv ditt svar her

1. Innledning

Jeg tolker oppgaven dithen at jeg skal redegjøre for de tolkningsmomentene og -prinsippene som gjør seg gjeldende ved tolkning av en forvaltningsrettslig lovbestemmelse. Videre hva slags kompetanse denne tolkningen gir. Det vil bli belyst med eksempler fra velferdsretten.

I det følgende vil forvaltningens kompetansetyper, herunder lovbundet og diskresjonær kompetanse, kort forklares (**pkt. 2**), før tolkningsmomentene og -prinsippene forklares (**pkt. 3**). Deretter vil disse belyses i velferdsretten med lov og praksis (**pkt. 4**). Endelig vil en kort redegjørelse av forvaltningens grenser nevnes (**pkt. 5**), samt avsluttende bemerkninger (**pkt. 6**).

2. Forvaltningens kompetansetyper

Forvaltningen har to typer kompetanser. De har rettsbundet (lovbundet) kompetanse, og diskresjonær (skjønnsmessig) kompetanse. Med rettsbundet kompetanse menes kompetanse hvor forvaltningen **må** utøve sin kompetanse. For eksempel ved folketrygd, dagpenger eller studielån. Dersom en person har oppfylt lovens vilkår, f.eks. om å være student og være selvboende (borte fra foreldre), så *må* forvaltningen fatte vedtak om studielån. Denne kompetansen sikter seg gjerne til de rettigheter individene har, så fremt lovens vilkår er oppfylt. Det finnes en rekke eksempler på lovbundet forvaltning, og mye er i velferdsretten. Dersom man etter folketrygdløven kapittel 4 oppfyller kravet til dagpenger, *skal* vedkommende ha det.

Dersom forvaltningen *kan velge* om de skal fatte vedtak, gi stønad, og lignende, er det snakk om forvaltningens diskresjonære kompetanse (skjønnsmessig kompetanse). Dette er kompetanse som forvaltningen er gitt av lovgiver til å selv avgjøre om noen skal eller skal ikke få noe - det er ofte tale om begunstigede vedtak som dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2, men kan også være inngrep, som tilbakekall av advokatbevilling etter domstolloven § 230 (med enkelte vilkår).

Etter sosialtjenesteløven § 18 har man "krav" på økonomisk bistand om man ikke klarer å sørge for sitt eget livsopphold. Dette er en rettsbundet kompetanse. Men i sosialtjenesteløven § 19 "kan" forvaltningen, selv om vilkårene i § 18 ikke er oppfylt, yte økonomisk hjelp til de som trenger det. Bestemmelsen inneholder krav som "i særlige tilfeller" og "for å kunne overvinne eller tilpasse seg en vanskelig livssituasjon", men i det store og det hele, beror vurderingen på forvaltningens egne vurderinger. Diskresjonær kompetanse omtales gjerne som forvaltningens frie skjønn.

3. Tolkningsmomentene og -prinsippene

Forvaltningsretten består av en rekke lover og forskrifter. Dets vide spekter kan gjøre det vanskelig å til enhver tid forstå grensen og kompetansen til forvaltningen. Forvaltningen har derfor enkelte tolkningsmomenter og prinsipper de bruker for å kartlegge lovbestemmelsens anvendelse - om den gir hjemmel for vedtak, om den gir adgang for diskresjonær kompetanse, om den gir adgang for unntak, osv.

Et klart utgangspunkt for forvaltningen er å se hen til lovbestemmelsens ordlyd. Dersom ordlyden er vag, som f.eks. "kan", "bør", "særlige grunner" og lignende, kan det *tale for* diskresjonær kompetanse. Men det er ikke gitt at bestemmelsen er ment å tolkes slik. Som det følger av Rt. 2015 s. 1388 (*Internflukt*) med videre henvisning til Rt. 2007 s. 257 (*Trallfa*) avsnitt 40, må diskresjonær kompetanse blant annet vurderes ut fra hele lovbestemmelsens ordlyd og formål - samt lovens formål. Noen ganger kan svaret ligge i forarbeidene. For eksempel er det klart fastslått i plan- og bygningslovens forarbeider at § 19-2 om dispensasjonsvedtak har et "kan"-skjønn, og at vurderingen av vilkårene i andre ledd er et rettsanvendelsesskjønn. Det er likevel ikke alltid slik. Når man foretar en konkret vurdering, kan man komme frem til at vage ord og uttrykk som "særlige tilfeller" ikke anses som forvaltningsskjønn, men heller rettsanvendelsesskjønn, som igjen kan overprøves av domstolen. Dette vil gjerne være i situasjoner hvor det er tale om inngrep.

Enkelte ganger kan legalitetsprinsippet være en skranke for forvaltningens kompetanse. Det er derfor viktig å tolke rettsområdet, bestemmelsen og om det er tale om et inngrep. Ethvert inngrep må ha "grunnlag i lov", jf. Grunnloven § 113, men selve lovkravet vil på sin måte variere ut fra "hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes", jf. Rt. 1995 s. 530 (*Fjordlaks*) på s. 537.

Videre vil en rekke forvaltningsrettslige lover (*lex specialis*) ha anledning til å treffe vedtak. Noen nevner det uttrykkelig, som barnevernloven § 5-1, mens andre lover åpner for det mer taust og implisitt. Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a om "enkeltvedtak" er retningsgivende for lover som ikke uttrykkelig sier noe om vedtak.

4. Bruken av forvaltningens kompetanse i velferdsretten

Barnevernloven (bvl.) av 2021 § 3-1 legger til grunn at barneverntjenesten "skal" tilby og sette i verk hjelpetiltak for barnet dersom omsorgsstasjonen eller atferden har særlig behov for hjelp. Ordlyden "skal" er nokså klar, og fastslår en lovbundet kompetanse hos forvaltningen i å "tilby og sette i verk hjelpetiltak". Det er imidlertid ingen plikt fra barnet eller foreldrene å takke ja til slikt tiltak, jf. overskriften "frivillig hjelpetiltak". Dette er følgelig et eksempel hvor forvaltningen er pålagt å utøve sin kompetanse, men hvor individene fritt kan velge om de ønsker å benytte seg av den.

Et annet eksempel er helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) av 2011 § 10-3 om tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige. Loven fastslår at det "kan" vedtas at gravide rusmiddelavhengige skal holdes tilbake i hele svangerskapet. Bestemmelsen er utfyllt med vilkår og formål som gjør det lettere å tolke loven. Etter hol. § 10-3 er det primære formålet å hindre eller begrense "sannsynligheten for at barnet påføres skade". Selv om ordlyden "kan" i første ledd gir anvisning på forvaltningsskjønn, vil forholdene ellers og formålet i bestemmelsen trolig begrense skjønnet, jf. pkt. 3 over.

Når det gjelder velferdsretten vil mange vedtak være inngripende overfor en person. Enten dette er vedtak om avslag på dagpenger, vedtak om innleggelse på tvungen psykisk helsevern, vedtak om tvangsmedisinering, eller lignende. På inngripende vedtak er forvaltningens kompetanse begrenset. Rt. 2010 s. 612 (*Sårstell*) er illustrerende til legalitet. Saken gjaldt spørsmålet om et sykehjem lovlig kunne tvinge en pasient kroppsvask og skrifte bandasjer. Dommen er kompleks og ble avsagt under sterk dissens 3-2. Flertallet kom til at sykehjemmet hadde lov til å tvinge pasienten til kroppsvask og sårstell. Dommen er i senere tid blitt kritisert for å ha brukt tvang hvor forvaltningen ikke hadde tvangshjemler.

Psykisk helsevernloven § 3-3 om tvungen psykisk helsevern er nok et eksempel. Bestemmelsen er unntaket fra lovens kapittel 2, som er hovedregelen om samtykke til psykisk helsevern. Bestemmelsen i § 3-3 er omfattende og inneholder en rekke vilkår. Det er ved første øyekast vanskelig å vite om bestemmelsen er diskresjonær eller lovbundet.

Oppramsingen av vilkårene taler for at innleggelse "skal" skje dersom alle vilkårene er oppfylt. Bestemmelsen har imidlertid ikke noe vage ord til forvaltningen som kan trekke i retning forvaltningsskjønn eller ikke. Men lovens kapittel, lovens formål og ikke minst hensynet til individet og dens nærmeste trekker i klar retning av at regelen bør tolkes som en "skal"-regel.

For det første må det konstateres at frivillig psykisk helsevern etter kapittel 2 er forsøkt, eller at dette har vært åpenbart formålsløst. Videre må det fastslås at pasienten har en "alvorlig sinnslidelse". Bestemmelsens vilkår 4-6 gjelder pasientens samtykkekompetanse, institusjonens tilstand, samt pasientens kontradiksjonsmulighet. Dersom alle vilkårene (1-6) er oppfylt, må det likevel foretas en helhetsvurdering, hvor den "klart beste løsning for vedkommende" er tvungen psykisk helsevern.

På mange måter virker loven åpen, og forvaltningen kan her velge. Det blir imidlertid upresist. Dersom alle 7 vilkårene er oppfylt, og helhetsvurderingen trekker i retning av tvungen innleggelse, er det svært lite forvaltningen kan gjøre. Forvaltningen har derimot fritt skjønn i enkelte situasjoner - og da spesielt med tanke på medisinske og faglige vurderinger. Dette er skjønn som domstolen i *utgangspunktet kan prøve*, men har sagt seg svært tilbakeholden med å overprøve, jf. HR-2022-718-A (*Hyttekarantene*) avsnitt 75 og Rt. 1995 s. 1427 (*Naturfredning*) på s. 1433.

Dersom alle vilkårene er oppfylt, vil pasienten bli innlagt på tvungen psykisk helsevern.

5. Kort om forvaltningens grense - myndighetsmisbruk

Selv om forvaltningen har kompetanse til å både foreta vurderinger og skjønn, finnes det en grense, den såkalte *myndighetsmisbrukslæren*. Begrepet er uhelig og noe upresist. Det er ikke nødvendig "myndighetsmisbruk" om setter grenser. Det kan også være manglende utøvelse av pålagt skjønn, for eksempel manglende skjønnsutøvelse.

Myndighetsmisbrukslæren er forvaltningens grense for hvordan de kan opptre i saker. Forvaltningen kan ikke under noen omstendigheter bygge en sak på; 1) utenforliggende (usaklige) hensyn, 2) vilkårlighet, 3) usaklig forskjellsbehandling, eller 4) urimelig grovt vedtak.

Poenget med myndighetsmisbrukslæren er å påse at forvaltningen opererer likt i like saker, og anvender relevante og riktige hensyn i enhver sak. Selv om domstolen aldri kan prøve "kan"-skjønnen (forvaltningsskjønnet), kan domstolen alltid prøve forvaltningens myndighetsmisbruk.

Domstolens adgang i å prøve forvaltningens misbruk er en sikkerhetsventil og sørger for en sterkere maktfordeling.

Et problem med myndighetsmisbrukslæren er at den per dags dato er ulovfestet. Dette gjør det vanskelig for borgere - men også uerfarne forvaltningsansatte - å vite forvaltningens grenser. Utvalget i NOU 2019: 5 har foreslått en kodifisering av myndighetsmisbrukslæren i ny forvaltningslov.

6. Avsluttende bemerkninger

Forvaltningens grense og kompetanse varierer mellom rettsområder, lov og bestemmelse. For å finne ut hvilke type kompetanse (lovbundet eller diskresjonær), må loven tolkes etter alminnelig rettskildelæren. Her vil lovens ordlyd, formål og forarbeider være svært veiledende. Vage uttrykk taler gjerne for forvaltningsskjønn, mens vage uttrykk som bærer preg av inngrep kan trekke i retning rettsanvendelsesskjønn. Videre vil forvaltningens kompetanse til å utvise skjønn variere fra hvilken bestemmelse det er. I psykisk helsevernloven § 3-3 er det mindre rom for "skjønn" enn i plan- og bygningsloven § 19-2. Det er blant annet fordi bestemmelsene har to vidt forskjellige hensyn og formål bak seg.

Tidsnød!

Ord: 1575