

Betenkning om Tromsø kommunestyrets vedtak av 31. august 2022 som tilrettelegger for bygging av private fritidsboliger og reiselivsanlegg i Kvaløyvågen.

I denne betenkningen søker jeg å utlede relevante regler av betydning for vurderingen av gyldigheten av kommunens vedtak. Jeg skal være forsiktig med å ta helt konkret stilling til saken, men vil trekke fram regelverket slik jeg leser det og relevante forhold i saken reglene kan vurderes opp mot, slik at kommunen og andre interesserte kan vurdere saken nærmere:

Sakens opplysning

Det grunnleggende kravet til sakens opplysning fremgår av forvaltningsloven § 17 hvor det heter at forvaltningen skal påse at saken er «så godt opplyst som mulig». De alminnelige utredningskravene suppleres med de særskilte utredningskravene for planer etter plan- og bygningsloven § 4-3. Etter § 4-2, annet ledd skal reguleringsplaner som «kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn undergis en konsekvensutredning etter metodikken i forskrift for konsekvensutredninger. Mange virker å forstå dette slik at planer kan deles inn i to kategorier; konsekvensutredningspliktige og ikke konsekvensutredningspliktige reguleringsplaner.

I formuleringen «så godt opplyst som mulig» ligger det imidlertid etter sikker rett at saker skal opplyses så grundig som *nødvendig* idet det tas hensyn til alle sakens omstendigheter og hvilke interesser som står på spill. Faller et tiltak utenfor oppfangskriteriene i forskriftens vedlegg, men likevel treffer på noen punkter og nærmere seg tersklene for å utløse krav om konsekvensutredning, taler dette for at utredningskravene skjerpes tilsvarende. Om ikke slik at det utløser formell konsekvensutredning, så i hvert fall noe mer enn den utredningsprosessen kommunene normalt følger ved private reguleringsplanforslag.¹

Når planforslag som ikke legger til rette for fritidsboliger innenfor et område på mer enn 15 dekar oppfattes å ikke utløse krav om konsekvensutredning, bygger det på en veileder fra Kommunal- og distriktsdepartementet som antyder en grense i denne retning.² Resonnementet bygger på at grensen i en tidligere forskrift som satte terskelen på 15 dekar, og uttalelser i lovforarbeider som på ingen måte kan tas til inntekt for noen slik regel. Her henvises det bare til hyttefelt «av en viss størrelse» og rettskildemessig har uttalelsen begrenset rettskildemessig belegg. Metodisk er det uansett å begynne i feil ende, først å undersøke hva et fagdepartement forsiktig har antydnet i en veileder. Utgangspunktet finnes i plan- og bygningsloven § 4-2 annet ledd hvor etter planer som *kan* få vesentlige virkninger for miljø og samfunn skal konsekvensutredes. Dette er en videreføring av tidligere lov, hvor etter det først og fremst var plan- og bygningsloven (1985) § 16-2 som angav vilkåret for konsekvensutredning, og hvor bestemmelsene i kapittel 33 utdypet dette. Kongen er gitt hjemmel i § 4-2 tredje ledd for å gi forskrifter og forskriftene må ikke bare ligge innenfor rammene av loven, men også tolkes i lys av denne. Det vil si at konsekvensutredning utløses allerede med en *kan-prognose*. Går vi så videre til konsekvensutredningsforskriften, finnes den grunnleggende bestemmelsen i § 6, første ledd som bestemmer at reguleringsplaner angitt i vedlegg I skal konsekvensutredes.

Bilag 1 angir i pkt. 25 et tydelig krav om konsekvensutredning for alle nye fritidsboligområder som ikke er i overenstemmelse med overordnet plan. Ordlyden er helt tydelig og helt ubetinget, og den klare juridiske ryggmargsrefleks vil være å tolke denne klare ordlyden i lys av loven, ikke en

¹ En tilnærming hvor konsekvensutredningsforskriften forstås som uttrykk for det alminnelige kravet til sakens opplysning legger Høyesterett for dagen i Rt 2009 side 661 (Ambassadedommen).

² Konsekvensutredninger for planer etter plan- og bygningsloven, Kommunal- og distriktsdepartementet, i kraft 1. juli 2017, pkt. 7.1.3.

tolkningsveileder fra et departement. Dette særlig når tolkningsuttalelsen egentlig ikke på noen måte utelukker konsekvensutredningsplikt for områder under terskelen og fremstår som nokså løst rettskildemessig forankret. Vi er da tilbake på vurderingen *kan få vesentlige virkninger* og forskriften angir endatil et absolutt og helt ubetinget krav om konsekvensutredning for alle fritidsboligområder i strid med overordnet plan. Det eneste rettskildemessig holdbare argument for å tolke ordlyden innskrenkende er den overordnede loven, og den gir anvisning på en totalvurdering om prosjektet samlet sett *kan* ha slike virkninger. Denne tilnærmingen følger også Høyesterett som neppe ville henvendt seg til et fagdepartement for å skaffe grunnlag for å tolke en ordlyd ment for å verne miljøet innskrenkende på et så tynt grunnlag.³ Når departementet så foreslår en terskel på 15 dekar kan ikke det forstås som noe mer enn at konsekvensutredningsplikt ubetinget utløses med et areal med dette omfanget. Det må også undersøkes om andre planer utløser konsekvensutredningsplikt. En veileder som Stortinget ikke har gitt sin velsignelse til gir ikke i seg selv grunnlag for en innskrenkende tolkning av loven. Og når departementet er gitt hjemmel til å utdype loven gjennom forskrift skal nettopp forskriftsformen brukes.

Det er flere forhold som etter en nærmere vurdering kan tilsi at konsekvensutredningsplikten slår inn. Jeg skal være forsiktig med å ta stilling til faktum. Det være seg det forhold at planen er i strid med den overordnede strategien kommunen har lagt i sin bindende overordnede plan. Det samme gjelder antallet hytter og det forhold at hyttebyggingen vil innebære en massiv redefinering av et lokalsamfunn. Hertil kommer inngrepet i strandsonen; at området er skjemet er ikke noe argument da det med enkle tiltak kan gjøres attraktivt for allmenheten. Det samme gjelder størrelsen på området, og det konsesjonspliktige uttaket av stein planen legger til rette for. Leter man landet rundt finner man konsekvensutredninger av et langt mindre antall hytter enn 57. Og når dette sammenholdes med steinuttaket, reiselivsplanlegget og mulige ulemper for utmarksnæringer blir argumentene for konsekvensutredning desto tyngre. Det vises i så måte til at det er vurderingsplikt også for steinuttak på mindre enn 200 dekar etter konsekvensutredningsforskriften, dens vedlegg II nr. 2 a.

I denne sammenheng er det også verd å merke seg Grunnloven § 112 som ifølge Høyesterett i det berømte klimasøksmålet i noe begrenset grad legger rammer for hvilket innhold, i hvert fall et stortingsvedtak kan ha, men som legger desto klarere rammer for hvordan et vedtak blir til. Høyesterett viser til en rekke uttalelser i forarbeider, tidligere rettspraksis og litteratur som tas til inntekt for at domstolene i begrenset grad kan overprøve Stortingets vurderinger. Kan hende gjelder disse perspektivene ikke i samme grad for en kommune, selv om maktfordelingsprinsippet gjelder også her. Dette er imidlertid ikke sakens kjerne. De samme rettskildene understreker nemlig tydelig at Grunnloven § 112 legger tydelige rammer for saksbehandling og utøving av skjønn i den utøvende myndighet. Dette er en så samstemt oppfatning, som også gjaldt i relasjon til den tidligere Grunnloven § 110b at jeg ikke ser behov for å underbygge det nærmere, men på forespørsel kan jeg gi et grundig rettskildebelegg. Alle sakbehandlingsregler i lov og forskrift skal tolkes i lys av bestemmelsen og bestemmelsen er ifølge dommen, langvarig praksis fra Høyesterett og samstemt litteratur en grunnlovsfestet retningslinje: Hvor miljøhensyn er relevant skal det alltid vurderes, og det skal vurderes grundig.

Det bakenforliggende EØS-regelverket krever også en offentlig tilgjengeliggjort begrunnelse for hvordan kommunen har vurdert dette spørsmålet, og da særlig hvorfor en plan ikke er vurdert som konsekvensutredningspliktig. Den samme begrunnelsesplikten finner vi i § 11, tredje ledd i forskriften som må tolkes harmoniserende med EØS-retten. Hvis noen skulle ha behov for belegg for dette i

³ Slik Rt 2009 side 661.

praksis fra EU-domstolen, kan jeg oppgi flere rettsavgjørelser på forespørsel. Jeg kan ikke se at det er gitt noen begrunnelse slik norsk rett krever, men lar det være opp til andre å undersøke dette nærmere.

Samlet sett er det nok på langt nær utelukket at en natur- eller miljøorganisasjon, eller andre med søksmålsadgang etter tvisteloven §§ 1-3 til 1-5, ville nådd fram med at planen krever konsekvensutredning. Og verken utbygger, kommunen eller andre berørte vil være tjent med at planleggingen vil måtte begynne forfra.

Uansett om man skulle mene at tiltaket ikke krever formell konsekvensutredning, ligger det alminnelige kravet til sakens opplysning i bunn. Når saker som nevnt skal være så godt opplyst som alle sakens omstendigheter tilsier, og i hvert fall flere av komponentene i konsekvensutredningsregimet slår inn, skjerpes kravet ytterligere. Her kan det i hvert fall stilles spørsmål ved at det eneste sporet av utredning av hyttebebyggelsen jeg i hvert fall klarer å finne i saksutredningen, er at kommunen egentlig ikke ønsker hytter. Noen systematisk vurdering av fordeler og ulemper med hyttebyggingen klarer jeg ikke å finne. Og er den massive motstanden mot tiltaket fra lokalsamfunnet tilstrekkelig belyst?

Utredningskravene suppleres også av andre lover. Naturmangfoldloven § 7 krever at vurderingen prinsippene i §§ 8-12 skal fremgå «av beslutningen». Hva lovgiver har ment med «beslutningen» fremstår som noe usikkert, men forarbeidene viser til at vurderingene og vektleggingen av prinsippene skal inn i begrunnelsen for vedtaket.⁴ Planvedtak som en rekke andre kommunale vedtak inneholder sjelden noen egen begrunnelse, men nøyer seg som regel med en stemmeprotokoll. En nokså utbredt praksis er at det er administrasjonens saksfremlegg som fungerer som begrunnelse, i hvert fall så langt politikerne slutter seg til innstillingen. Om også en planbeskrivelse kan fungere som begrunnelse fremstår som usikkert, men når planbeskrivelsen er skrevet av utbygger, taler det forhold at politikerne selv skal vurdere naturmangfoldet for at vurderingen også i det minste integreres i saksfremlegget. Dette underbygges med at prinsippene ifølge de samme forarbeidene er ment som retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Og Sivilombudsammen har generelt lagt til grunn at forutgående utredninger, og da særlig av utbygger selv, ikke kan erstatte de vurderinger naturmangfoldloven legger opp til at vedtaksorganet skal gjøre.⁵ Sivilombudsammen har i den berømte Karmøy-saken vært tydelig på at vurderingen ikke kan gjøres av utbygger selv alene.⁶

Reindrift og landbruk kan også ha private rettigheter til arealene. For reindrifta er rettigheter ervervet etter alders tids bruk kodifisert i reindriftsloven. Inngrep i slike rettigheter kan kreve en forholdsmessighetsvurdering etter EMK P-1-1 og etter omstendighetene også ekspropriasjon. Og i en reindriftsrettslig forutsettes vernet også innebygd i Grunnloven § 108. Terskelen for at noe skal regnes som et inngrep er i alminnelighet svært lav, det er i proporsjonaliteten den reelle terskelen for krenkelse ligger. Med EMDs stadig skjerpede tendens i retning av prosessuell kontroll blir det et poeng at nettopp myndighetene selv vurderer forholdsmessigheten av inngrep. Skulle det være behov for belegg for dette kan jeg på forespørsel vise til en rekke dommer fra EMD som viser at selve inngrepsterskelen er svært lav og at kontrollen fortøner seg som en prosesskontroll. Og her ligger hele poenget; EMD eller Høyesterett overprøver svært sjelden forholdsmessighetsvurderingen, skjønnsmarginen er vid, men begrunnelsen må vise at forholdsmessighetsvurderingen er gjort.

For reindrift og andre beitenæringer er det kanskje ikke av all verdens praktisk betydning om virksomheten driver utleie eller ikke, men ut fra en proporsjonalitetsvurdering er det av stor

⁴ Ot.prp.nr.52 (2008-2009) side 378.

⁵ Sak 2011/1327.

⁶ Uttalelse 28. august 2018, 2018/1219.

prinsipiell betydning hvilke samfunnshensyn som ligger i den andre vektskålen. I urfolksretten generelt og sameretten spesielt ligger det også et krav til konsultasjoner. I sameloven kapittel 4 er det stilt krav om konsultasjoner, ikke bare med Sametinget, men også andre rettighetshavere og plikten er rettet konkret også mot kommunene etter § 4-4. Konsultasjonen bygger på folkeretten generelt og SP artikkel 27 spesielt og det er verd å minne om at konsultasjonsplikten i henhold til praksis fra menneskerettighetskomiteen slår inn ved langt mindre inngrep enn slike som i seg selv utgjør en krenkelse av SP artikkel 27. Selve konsultasjonsprosessen i seg selv skal bidra til å avklare om tiltaket vil representere en krenkelse og om nødvendig finne tiltak som gjør at det ikke finner sted noen krenkelse. Og departementet understreker i forarbeidene at varslingsplikten kan gå lenger enn til å sende et planforslag på alminnelig høring.⁷ Og enn så lenge er det ikke fastsatt noen nedre terskel for aktivisering av konsultasjonsplikten.⁸ I forarbeidene vises det til at det ofte i mindre saker også vil være behov for å konsultere andre enn Sametinget, men heller de som blir særlig berørt av tiltaket.⁹ Forarbeidene har riktig nok en uttalelse om at det bare unntaksvis er behov for å konsultere i saker som bare berører enkeltpersoner.¹⁰ Uttalelsen synes å bygge på at det er det er samisk kultur som sådan loven har som formål å verne. Her er det imidlertid lagt til at et naturlig utgangspunkt vil være Sametingets vurdering. Tolket i lys av den folkeretten loven har som formål å gjennomføre, reindriftas sentrale plass i kulturutøvelsen og med utgangspunkt i retten til å bli konsultert etter § 4-2, er det mye som taler for at konsultasjonsplikten slår inn overfor de fleste inngrep som kan berøre reindrifta.

Det legges til grunn at reindrifta ikke bare påvirkes av store og ofte konsesjonspliktige utbygginger, men også av summen av en rekke små tiltak. I denne saken har jeg registrert en høringsuttalelse fra Sametinget og leseren henvises til hvordan denne er løst i merknadsbehandlingen.

Selve det politiske skjønnet

Bygger ikke det politiske skjønnet på et adekvat informasjonsgrunnlag og ikke er tilstrekkelig bredt og saklig kan det videre foreligge en skjønnsangel.¹¹ I kravet til at skjønnet skal være tilstrekkelig bredt og saklig ligger det at hensyn kommunestyret plikter å trekke inn i vurderingen skal overveies og en ytre ramme for hvilke hensyn som kan vektlegges. Inn i vurderingene må dermed de utredninger som er gjort og i den utstrekning de er relevante, de formål og hensyn plan- og bygningsloven §§ 1-1 og 3-1 angitt, prinsippene i naturmangfoldloven og om påkrevd også en forholdsmessighetsvurdering. Inn her kommer også Grunnloven § 112 som uavhengig av dens funksjon som materiell kompetansebegrensning alltid sier noe om på hvilket grunnlag myndighetene skal treffe beslutninger og hvilke vurderinger som skal gjøres. Grunnloven § 112 fungerer alltid som en tydelig retningslinje for skjønnsutøvelsen og når organisasjonene ikke så langt har nådd fram med at bestemmelsen i enkeltsaker legger rammer for innholdet i vedtak, i hvert fall ikke fra Stortinget, kan man kanskje regne med at det vil være lettere å nå fram med at miljøhensyn ikke er tilstrekkelig vurdert.

Rammene for saklige hensyn er i utgangspunktet vide. Særlig gjelder dette for såkalte sidehensyn, hensyn som sammen med andre mer bærende hensyn er utslagsgivende for voteringen. Hva gjelder de hovedhensyn skjønnet bygger på, har tendensen i juridisk litteratur vært at disse ikke kan ligge utenfor rammene av lovens formål.¹² Her kan leseren i lys av saksfremlegget og debatten i

⁷ Innst. 620 L (2020-2021) side 8.

⁸ Innst. 620 L (2020-2021) side 9.

⁹ Prp.86.L (2020-2021)

¹⁰ Prop. 86 L (2020-2021)

¹¹ Se for eksempel Rt 2012 side 1985 i avsnitt 142.

¹² Idet det vises til Moens utførlige analyse i «Forvaltningskjønn og domstolskontroll», kapittel 5.3..

kommunestyret vurdere hva som synes å ha vært hovedhensynet bak flertallets votum og om dette ligger innenfor rammene av lovens formål.

Lovtolkningen

Et minimumskrav er at forvaltningen har bygget skjønnsutøvelsen på en riktig tolkning av loven. I relasjon til rekkefølgekrav i reguleringsplaner må kommunene bygge på en riktig forståelse av adgangen til å fastsette slike krav etter plan- og bygningsloven § 12-7 nr.10. Etter bestemmelsen kan kommunen fastsette rekkefølgekrav i den utstrekning det er nødvendig, jfr. første ledd. Høyesterett har lagt til grunn at rekkefølgekrav kan fastsettes i den utstrekning det dekker reelle behov som utløses eller forsterkes av utbyggingen planen legger til rette for, eller for å avhjelpe ulemper som følger av utbyggingen.¹³ Det kan riktig nok reises spørsmål om krav om trinnvis utbygging rammes av denne begrensningen som kanskje i særlig grad retter seg mot tyngende vilkår utbygger pålegges i et ellers begunstigende vedtak. Likevel er krav til trinnvis utbygging hjemlet i den samme bestemmelsen og Høyesterett tar ikke inn noen reservasjon i denne retning og hele resonnementet virker å bygge på at et rekkefølgekrav har virkning som et tyngende byggeforbud inntil kravet er innfridd.¹⁴

Kommunens politikere må også være tydelig innforstått med de praktiske og juridiske virkningene av rekkefølgekravet som er fastsatt og at det fungerer som tiltenkt.¹⁵ Her er det et poeng at utbygger vil kunne søke dispensasjon fra rekkefølgekravet når tiden for dette er kommet og at slike søknader ofte innvilges. Det er også et poeng at hyttene og reiselivsbygget fra og med byggetillatelse vil leve hver sine liv helt uavhengig av hverandre. For det første fordi rekkefølgekravet slår inn først etter 32 hytter, for det andre fordi det vil kunne bygges ytterligere 25 hytter etter reiselivsbygget er påbegynt og for det tredje fordi hyttene vil bli stående uavhengig av om reiselivsbygget holder virksomheten gående eller ikke i framtiden.

Den samme rettsoppfatningen om at skjønnet i plansaker er bredt, sier også tydelig at politikerne må ha bygget sin votering på en korrekt oppfatning av hva de ut fra en riktig tolkning av loven har lagt til rette for.

Tromsø 8. september 2022 Eivind Elvestad

¹³ HR-2021-953-A Mortensrud avsnitt 40 og 58.

¹⁴ I avsnitt 38 synes førstvoterende snarere å likestille tilfellene.

¹⁵ Noe forenklet: Kommunen må legge til rette for den arealbruken de selv ønsker, slik Rt 2007 side 281.