

Vestby kommune, bygningsavdelingen
Postboks 144
1541 Vestby

Oslo, 28. september 2015

Ansvarlig advokat: Frode A. Innjord
Referanse: M 1366938.1

Deres ref.: 15/00836-1

Vadbakkveien 12, gnr. 65, bnr. 29 i Vestby kommune – klage på pålegg om retting mv.

1 Innledning

Den 7. september 2015 ga Vestby kommune pålegg om retting av ulike innretninger som er plassert på ovennevnte eiendom, med tilhørende fastsettelse av tvangsmulkt. Vedtaket lyder som følger:

«1) Kommunen gir følgende pålegg om retting av ulovlige tiltak etter plan- og bygningsloven § 32-3 og friluftsløven § 40 2. ledd:

- a. Pålegg om retting/rivning av stakittgjerde fra hjørne av terrasse/utegulv ved nordøstre hjørne av bygningsnr. 148654816 og langs Vadbakkveien og inn langs innkjøringen til Vadbakkveien 16.
- b. Pålegg om retting/riving av vedskur nord for adkomst til Vadbakkveien 16.
- c. Pålegg om retting/fjerning av blomsterkasser/kjøkkenhagekasser, kajakkstativ, opparbeidet uteplass/utegulv, hageutstyrsbod, huskestativer, klatrestativer, fotballmål og trampoline.

Pålegg er gitt på følgende vilkår:

Retting av de ulovlige forholdene må være gjennomført innen 16. oktober 2015.

Pålegg etter plan- og bygningsloven § 32-3 kan følges opp med forelegg som kan få samme virkning som rettskraftig dom, jf. plan- og bygningsloven § 32-6.

- 2) *Vedtaket om tvangsmulkt jf. plan- og bygningsloven § 32-5. Hvis fristen etter pkt 1 i dette pålegg ikke overholdes vil det påløpe tvangsmulkt med et engangsbeløp på kr 10.000,- ti-tusen kroner, og en løpende dagmulkt på kr 500,- fem-hundre kroner, for hver dag som går uten at påleggene er etterkommet.»*

Selv om vedtaket er datert 7. september 2015, ble det mottatt først fire dager senere. Herværende klage er uansett inngitt i rett tid.

Vedtaket er rettet mot Anne Grosvold, som innehar formell grunnbokshjemmel til den angjeldende eiendommen. I vårt brev til kommunen av 5. juni 2015 ble det imidlertid meddelt at Anne Grosvold har overdratt eiendommen til sin bror Gunnar Grosvold. Eiendomsoverdragelsen er så langt ikke registrert i grunnboken. I alle tilfelle legger vi til grunn at både Anne Grosvold og Gunnar Grosvold har klagerett i denne saken. På vegne av Anne Grosvold og Gunnar Grosvold påklager vi også *deler* av vedtaket til Fylkesmannen i Oslo og Akershus. I det følgende vil vi omtale Anne Grosvold og Gunnar Grosvold i fellesskap som «klager» eller «grunneier».

Til opplysning vil grunneier et stykke på vei etterkomme vedtaket punkt 1 bokstav a, som gjelder stakittgjerdene på eiendommen. Selv om det ikke fremgår av vedtaket, er det oppført to gjerder på eiendommen til klager.

Det ene gjerdet, som i denne klagen er kalt «det øvre gjerdet», ble oppført for noen år tilbake, etter at grunneier fjernet en rynkerosehekk som var plantet i deler av den nåværende gjerdetraseen. Det øvre gjerdet starter ved innkjøringen til Vadbakkveien 16 og går langsetter atkomstveien mot nordøst til T-krysset i Vadbakkveien, og svinger deretter cirka 90° til høyre, hvoretter det går parallelt med Vadbakkveien i om lag 25 meter.

Det andre gjerdet, som her er benevnt «*det nedre gjerdet*», har derimot stått på eiendommen i flere tiår, uten noen form for påtale fra kommunen. Dette gjerdet har i alle disse årene skjermet eiendommen mot trafikken fra Vadbakkveien. Det nedre gjerdet går parallelt med Vadbakkveien i cirka 30 meter fra bygningsnummer 148654816 mot nordvest.

Etter omstendighetene vil grunneier akseptere å fjerne *det øvre gjerdet* frem til T-krysset i Vadbakkveien. Denne delen av det øvre gjerdet vil etter det opplyste bli fjernet innen utløpet av 16. oktober 2015. Etter dette vil eiendommen bli liggende helt åpen mot sjøen i hele sin bredde.

Grunneier vil i tillegg etterkomme vedtaket punkt 1 bokstav b, som gjelder riving av vedskuret nord for adkomstveien til Vadbakkveien 16. Etter det opplyste vil vedskuret bli revet innen utløpet av 16. oktober 2015.

På den annen side fastholder grunneier at *det nedre gjerdet* ikke er i strid med friluftsløven eller plan- og bygningsloven. Det samme gjelder den delen av *det øvre gjerdet* som ikke vil bli fjernet. Grunneier fastholder videre at vedtaket punkt 1 bokstav c ikke har hjemmel i loven. Grunneier påklager derfor vedtaket punkt 1 bokstav a for så vidt gjelder hele det nedre gjerdet og deler av det øvre gjerdet, samt hele punkt 1 bokstav c. For disse forholdene omfatter klagen også vedtaket punkt 2. Når det i det følgende er vist til «vedtaket», gjelder dette, mindre noe annet fremgår, de delene som er gjenstand for klage.

Slik vedtaket er utformet, oppstår det for øvrig et spørsmål om hjemmelsgrunnlaget for pålegget om fjerning, retting eller rivning av de innretningene som er angitt under punkt 1 bokstav c. Slik vi forstår det, er det ikke gitt pålegg om fjerning av disse innretningene med hjemmel i plan- og bygningsloven.

Det som likevel skaper en viss uklarhet om dette spørsmålet, er formuleringen i vedtaket punkt 1 første avsnitt, hvor det er henvist til både plan- og bygningsloven § 32-3 og friluftsløven § 40 andre ledd. Av den grunn er det mulig å lese vedtaket slik at det skal foreligge et dobbelt rettsgrunnlag for pålegget om fjerning, retting eller fjerning av de innretningene som er angitt i vedtaket punkt 1 bokstav c. Mer presist kan man forstå vedtaket slik at samtlige av disse innretningene ikke bare skal utgjøre ulovlige stengsler etter friluftsløven, men også ulovlige tiltak etter plan- og bygningsloven.

Et slikt vedtak vil uansett være rettslig uholdbart. Plan- og bygningsloven § 32-2 første ledd foreskriver at kommunen plikter å varsle den ansvarlige før det blir gitt pålegg. Det er på det rene at forhåndsvarselet etter plan- og bygningsloven kun gjelder *stakittgjerdet* og *vedskuret*, som fremgår av vedtaket punkt 1 bokstav a og b. Det er følgelig ikke gitt forhåndsvarsel etter plan- og bygningsloven om fjerning av de innretningene som er angitt i vedtaket punkt 1 bokstav c. For så vidt gjelder disse innretningene, legger vi derfor til grunn at det ikke foreligger et gyldig vedtak etter plan- og bygningsloven § 32-3.

Klager gjør gjeldende at vedtaket er basert på feil rettsanvendelse, i den forstand at kommunen har lagt til grunn en feil forståelse og anvendelse av de påberopte rettsreglene. Vedtaket lider slik sett av en materiell kompetansemangel, og er derfor ugyldig, nærmere bestemt en nullitet. Klager vil videre gjøre gjeldene at det foreligger saksbehandlingsfeil, særlig fordi kommunen ikke har påsett at saken var så godt opplyst som mulig før vedtaket ble truffet. For det tilfelle at førstinstansen ikke omgjør sitt eget vedtak, ber vi derfor om at klageinstansen opphever vedtaket, så langt dette er påklaget.

Vedtaket er for øvrig av en slik karakter at det er nødvendig å be om utsatt iverksettelse, hvilket er nærmere omtalt under punkt 2 nedenfor. Deretter er det under punkt 3 gitt en mer overordnet omtale av klagegrunnene, i relasjon til den begrunnelsen som er gitt i vedtaket. Endelig er det gitt en mer inngående presentasjon av klagegrunnene under punkt 4 nedenfor. Sistnevnte del av klagen er i hovedsak sammenfallende med de tidligere fremsatte innvendingene mot forhåndsvarselet fra kommunen, slik disse framgår av vårt brev til kommunen datert 5. juni 2015.

2 Utsatt iverksettelse

Under henvisning til forvaltningsloven § 36, anmoder vi om at det blir fattet beslutning om at vedtaket ikke blir iverksatt før klagen er avgjort. Vi viser i den forbindelse at man står overfor et inngripende vedtak, relativt sett. Dersom vedtaket blir stående, vil det for alle praktiske formål innebære en reversering av enhver innretning og en enhver opparbeiding på eiendommen til klager. Det er derfor avgjørende viktig at vedtaket ikke blir iverksatt før dette er overprøvd av klageinstansen. Vi viser for øvrig til redegjørelsen for klagegrunnene nedenfor. På denne bakgrunn tør vi be om at kommunen, eventuelt fylkesmannen, tar stilling til anmodningen om utsatt iverksettelse uten ugrunnet opphold.

3 Overordnet om klagegrunnene

3.1 «Innmark eller utmark»

Et grunnvilkår for at kommunen skal kunne gi pålegg etter frilufsloven, er at de såkalte innretningene er plassert i utmark. Grensedragningen mellom innmark og utmark vil bero på en analyse av rettskildefaktorene, herunder de retningslinjer som er trukket opp i flere høyesterettsdommer. Kommunen kan med andre ord ikke definere hva som er innmark og utmark utfra eget forgodtbefinnende.

Et utslag av dette er at kommunen må gjøre en konkret vurdering av forholdene på den angjeldende eiendommen. Kommunen kan ikke bare forholde seg til mer overordnede betraktninger om det aktuelle området, for eksempel med hensyn til strøkskarakter og plansituasjon.

Slik vi ser det, viser begrunnelsen i vedtaket av 7. september 2015 med all tydelighet at kommunen har grepet feil i sin rettsanvendelse. Dette gjelder både den generelle lovtolkningen og den konkrete subsumsjonen.

Det eneste som fremgår av vedtaket, er at kommunen «regner» området som utmark. For så vidt gjelder det faktiske og det rettslige grunnlaget for dette standpunktet, er det i vedtaket kun henvist til tidligere korrespondanse fra kommunen, herunder brevet av 17. juni 2014. Ettersom sontringen mellom innmark og utmark er av sentral betydning for denne saken, fremstår en slik henvisningsteknikk som lite hensiktsmessig. Etter vår oppfatning hjelper det heller ikke å se nærmere på den angjeldende korrespondansen. Det er for så vidt riktig at det også der fremkommer at kommunen *anser* området som utmark, men hvorfor og hvordan kommunen har kommet frem til dette standpunktet, er et helt åpent spørsmål. Konklusjonen om at man står overfor utmark er etter dette intet annet enn en ren påstand fra kommunen sin side.

Det er også verdt å merke seg at kommunen i stor utstrekning nøyer seg med å vise til det den kaller for «området». For klager er det vanskelig å forstå dette på annen måte enn at kommunen uten videre anser hele *strandsonen* som utmark, slik at det ikke er nødvendig å gjøre en konkret vurdering av forholdene på den aktuelle eiendommen. Etter det vi kan se, er både vedtaket og den forutgående korrespondansen fra kommunen tause om de konkrete forholdene på eiendommen til klager.

Klager er innforstått med at den konkrete grensedragningen mellom innmark og utmark undertiden kan være komplisert. Det er likevel ikke til å komme bort fra at kommunen *må* gjøre denne vurderingen, i samsvar med de retningslinjer som er trukket opp av Høyesterett. Realiteten i det foreliggende vedtaket er at kommunen selv har valgt å definere *hele* eiendommen til klager som utmark. Dette har kommunen gjort uten å se hen til de relevante rettskildefaktorer. Kommunen har med andre ord fritt bestemt at klager har en lovlig etablert fritidseiendom *helt* uten innmark.

Når det gjelder forholdet til plan- og bygningsloven, finner kommunen det «*helt klart*» at alle innretningene på eiendommen til klager faller inn under tiltaksbegrepet etter plan- og bygningsloven. Også dette fremstår som en ren konstatering fra kommunen sin side. Det er intet i vedtaket eller den forutgående korrespondansen som tilsier at kommunen har gjort en konkret vurdering av om den enkelte innretning går over eller under den nedre grensen for hva som er et tiltak. I den nevnte dokumentasjonen er det ingen henvisning til eller omtale av de rettskildefaktorene som berører denne problemstillingen. Av den grunn er det heller ikke gjort en subsidiær vurdering av hvorfor en innretning i tilfelle er i strid med det relevante arealformålet i arealplan. Etter omstendighetene er dette uansett en teoretisk problemstilling. For det første vil grunneier etterkomme vedtaket punkt 1 bokstav b, og for det andre er det ikke gitt et gyldig vedtak etter plan- og bygningsloven om retting av innretningene etter vedtaket punkt 1 bokstav c.

3.2 «Interesseavveining»

Sett hen til de ovennevnte feilene ved rettsanvendelsen til kommunen, gir det seg selv at kommunen ikke har foretatt en tilstrekkelig interesseavveining i denne saken. I alle tilfelle viser vedtaket at det ikke er gjort en konkret avveining av de motstående interessene. Vedtaket bygger kun på et generelt standpunkt om at «*allmennhetens rett til tilgang og bruk av strandarealene (...) er viktigere enn grunneiers rett til å bruke arealene etter eget ønske*». Det er derimot ikke sagt noe om hvordan disse allmenne interessene er vurdert og avveid mot de konkrete forholdene på eiendommen til klager, herunder for eksempel plasseringen av både fritidsboligen og den enkelte innretning. Også på dette punktet er det altså slik at kommunen ser helt forbi forholdene på den konkrete eiendommen, men i stedet forholder seg til det den omtaler som «*strandområdet*».

Under dette punktet i vedtaket viser kommunen igjen til en skrinlagt sak fra 2006-2007. For klager er det fortsatt vanskelig å forstå hvilken betydning denne saken har for de foreliggende problemstillingene. At det gjelder særskilte arealdisponeringshensyn i strandsonene, er på det rene. Dette innebærer likevel ikke at kommunen kan avstå fra å gjøre de konkrete vurderinger og avveininger som det er gitt anvisning på etter friluftsløven.

I forhåndsvarselet fra kommunen ble det for øvrig lagt til grunn at «*området er reell strand med bademuligheter*». Det er intet i vedtaket som tilsier at kommunen har endret oppfatning på dette punktet. Slik vi ser det, underbygger denne uttalelsen at kommunen på fritt grunnlag har definert hele «*området*» som utmark, uten å se hen de faktiske forholdene på eiendommen til klager, herunder den omstendighet at eiendommen har et areal på 2 731 m². Selv om det neppe er av avgjørende betydning for den rettslige bedømmelsen av saken, finner vi grunn til å bemerke at det er lite treffende å bruke betegnelsen «*reell strand*». Bakgrunnen for dette er at bunnforholdene utenfor eiendommen til klager er relativt farlige, i den forstand at man står ved fare for å synke ned i sjøbunnen. Bunnforholdene er et resultat av den tidligere sagbruksvirksomheten på eiendommen. Av denne grunn velger folk i stedet å bade ut fra den stranden som ligger rett øst for eiendommen til klager, hvor bunnforholdene er upåklagelige.

3.3 «Samsvar med plan/ikke søknadspliktige tiltak»

Når det gjelder denne delen av vedtaket, viser vi til det som er sagt ovenfor og den nærmere redegjørelsen for klagegrunnene nedenfor.

3.4 «Befaring uten representasjon fra grunneier»

Det er ubestridt at kommunen i denne saken har befart eiendommen uten representasjon fra grunneiersiden. I vårt brev av 5. juni 2015 ble det på vegne av klager også tatt initiativ til en dialog med kommunen, og man ba i den forbindelse om en tilbakemelding på spesifikke løsningsforslag. Klager har imidlertid ikke hørt noe fra kommunen, før mottakelsen av vedtaket datert 7. september 2015. Dette indikerer at kommunen har tatt sin beslutning i en tidlig fase, og at man derfor ikke ønsket noen form for input fra grunneier. Etter vår oppfatning har kommunen med dette har opptrådt i strid med god forvaltningsskikk.

Saksbehandlingen viser for øvrig at kommunen ikke har vært interessert i en nærmere avklaring av omstendighetene bak de ulike innretningene, for eksempel med hensyn til etableringstidspunkt og bruksformål. Kommunen har derfor brutt sin utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17.

4 Nærmere om klagegrunnene

4.1 Forholdet til frilufsloven

4.1.1 Skillet mellom innmark og utmark – generelt

Ferdselsretten er som hovedregel begrenset til å gjelde «*utmark*», slik det fremgår av frilufsloven §§ 2 og 3. For det tilfelle at et område er å anse som «*innmark*», er det klare rettslige utgangspunktet at allmennheten *ikke* har ferdselsrett. Hvordan man fastsetter grensesnittet mellom utmark og innmark, fremgår av frilufsloven § 1a. Med henvisning til Rt. 2005 s. 805 (Hvaler) avsnitt 62, finner vi også grunn til å bemerke at frilufsloven ikke oppstiller noe prinsipielt skille mellom «*boliger for helårsbruk og fritidsboliger*».

Et grunnleggende problem i denne saken er som nevnt at kommunen ikke har gjort en konkret vurdering av om noen del av eiendommen til vår klient er å anse som innmark. Mer presist er det intet i vedtaket som tilsier at kommunen har karakterisert eiendommen ut fra de objektive kriteriene i frilufsloven § 1a første punktum, herunder arealtypene «*hustomt*» og «*dyrket mark*». Tvert imot fremstår det som klart at vedtaket kun er basert på en generelt beslutning om at *hele* eiendommen skal være utmark, noe som åpenbart er uholdbart.

4.1.2 Skillet mellom innmark og utmark – «hustomt»

Som fremholdt i Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa), må man begrense begrepet «hustomt» til «den mer private sonen rundt bolighuset», eller i vår sak fritidshuset. I Rt. 2008 s. 803 (Kongsbakke) avsnitt 45 er forståelsen av begrepet «hustomt» omtalt som følger:

«Hustomt er klart nok et areal som er benyttet til byggeformål, og når begrepet benyttes i frilufsloven, er siktemålet å angi det areal som i konkurranse med allemannsrettene tilhører den mer private sone rundt bolighuset/hytten, på en slik måte at det fremstår som rimelig at grunneieren her har rett til eksklusiv bruk. Den nærmere avgrensning vil kunne være vanskelig.»

At fritidsboligen til klager, i likhet med alle andre helårsboliger og fritidsboliger, har en privat sone, er på det rene. Hvor grensen for hustomten går i det foreliggende tilfellet, vil bero på en konkret helhetsvurdering. Dersom man ikke gjør en slik konkret vurdering, slik tilfellet er i vår sak, vil dette i seg selv utgjøre en rettsanvendelsesfeil. Alternativt viser dette at kommunen ikke har oppfylt sin utredningsplikt.

I Rt. 2005 s. 805 (Hvaler) avsnitt 61 er det tilføyd at man ved fastleggingen av begrepet «hustomt» må ta hensyn til blant annet «terrengforhold, arrondering og tomtens plassering», i tillegg «arealets størrelse». I vår sak er det like fullt intet som tilsier at disse momentene er vurdert av kommunen, hvilket også underbygger at kommunen ikke har sørget for en tilstrekkelig saksutredning.

Når det gjelder «tomtens plassering», er klager selvsagt kjent med eiendommer i strandsonene står i en spesiell stilling. Vi viser her til Rt. 2005 s. 805 (Hvaler), hvor det heter:

«For allmennhetens behov for rekreasjon og friluftsliv står strandområder i en særstilling. Som følge av den store betydning slike områder har for allmennhetens friluftsliv må grunneiere som bygger i strandsonen, etter min mening finne seg i å få allmennheten tettere inn på seg enn det som gjelder i områder hvor allmennhetens behov for ferdsel er mindre.»

Kommunen virker imidlertid å være av den oppfatning at alle strandeieendommer i sin helhet er å anse som utmark. Et slikt standpunkt vil i tilfelle ikke bare være uttrykk for feil rettsanvendelse, men også fremstå som temmelig oppsiktsvekkende.

I den foreliggende saken må man etter vår oppfatning legge betydelig vekt på momentene «terrengforhold» og «arrondering». Det er en realitet at fritidshuset til vår klient ligger helt innklemmt i det sydøstlige hjørnet av eiendommen. Huset står uten tilgjengelige utearealer på tre av fire sider. Situasjonen er nærmere bestemt slik at huset på tre ulike sider grenser direkte til selve Vadbakkveien, parkeringsplassen i enden av Vadbakkveien og sjøarealet. Hustomten må derfor med nødvendighet strekke seg mot nordvest, hvor de angjeldende innretningene er plassert.

Det er videre slik at eiendommen har et terreng som skråner noe ned mot sjøen og huset, med de ulemper dette innebærer for grunneier med hensyn til blant annet innsyn. Den foreliggende saken står på dette punktet i klar kontrast til sakene i Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa) og Rt. 2005 s. 805 (Hvaler), hvor det tilsynelatende ble lagt stor vekt på at husene lå betydelig høyere i terrenget enn ferdselstraseene.

For ytterligere å underbygge betydningen av «terrengforhold» og «arrondering» i herværende sak, viser vi til Rt. 2008 s. 803 (Kongsbakke) avsnitt 49-52:

«I Direktoratet for naturforvaltnings håndbok nr. 14/2000 sidene 11-16 fremheves også ulike forhold som kan ha betydning ved den konkrete avgrensning. Jeg kommer tilbake til disse forholdene, men nevner allerede innledningsvis at de forhold som anses relevante, også her gjelder objektive forhold med tilknytning til eiendommen. En bred interesseavveining som også tar med mer subjektive forhold, er det ikke rom for når den konkrete utstrekning av «hustomt» skal fastlegges.

I håndboken er ellers to av de forhold som trekkes frem, av særlig betydning i vår sak. Det fremheves for det første på side 15 at

«Hvor terrenget eller vegetasjonen på noen sider av huset danner en avgrensning mellom innmark/utmark, kan det være naturlig at den private sone utvides tilsvarende på andre deler av tomta.»

Jeg er enig i at slike forhold vil kunne ha betydning, og forholdene på Colletts eiendom illustrerer dette. Hytte A har bak seg en rimelig bratt skråning som ikke godt kan utnyttes til uteaktiviteter. Det er det flatere partiet foran hytten og over mot hytte C, som utpeker seg som hustomt. Hytten er klart nok plassert med dette for øyet.

Tilsvarende gjelder for hytte C med anneks. Det er her ikke noe grøntareal på sjøsiden, og uteaktivitet knyttet til hytten, er henvist til arealet mot hytte A. Dette ble det tatt hensyn til ved byggingen av annekset da dette ble bygget i 1982. Det vender seg ut mot arealet ved at alle rom har dør som vender mot dette. Jeg tilføyer at hytten og annekset her klart er å anse som en bruksenhet som må vurderes samlet i forhold til friluftslovens bestemmelser.»

Det må videre være slik at innmarken dekker en relativt stor del av eiendommen til vår klient. Vi viser i den forbindelse til Frode A. Innjord og Egil Jarslett, Allmennhetens ferdselsrett i strandsonen, *Tidsskrift for eiendomsrett* 2006 s. 79 flg., hvor det på s. 98 er uttalt følgende:

«Det man kan si på bakgrunn av Høyesteretts avgjørelser i Furumoa-saken og i Hvaler-saken, er at store eiendommer på mange dekar sjelden kan regnes som én hustomt i friluftslovens forstand, i alle fall ikke dersom de ligger i strandsonen. På den annen side antar vi – i likhet med Direktoratet for Naturforvaltning – at det sjelden vil være aktuelt å karakterisere deler av en tomt på ca. 1 dekar som utmark, selv i slike pressområder. Mellom disse ytterpunktene er det vanskelig å si noe sikkert om hvor stor en «hustomt» normalt er. Det må foretas en konkret vurdering hvor det legges vekt på de momenter som Høyesterett har gitt anvisning på i Hvaler-saken, og hvor det avgjørende til syvende og sist blir hva domstolene ut fra lovens formål og lokal tradisjon anser som en rimelig avgrensning i det enkelte tilfelle.» (Vår understrekning)

4.1.3 Skillet mellom innmark og utmark – «dyrket mark»

Spørsmålet om hva som utgjør «dyrket mark» er av direkte betydning for det vedtaket punkt 1 bokstav c omtaler som «blomsterkasser» og «kjøkkenhagekasser».

Som det fremgår av Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa) på s. 1171, er «dyrket mark» en kategori av innmark som tar sikte på «utnyttelse av markens produktive evne», hvilket nettopp er tilfelle i den foreliggende saken.

På eiendommen er det opparbeidet fem kvadratiske kjøkkenhager. Hver av de fem kjøkkenhagene er rammet inn med planker som har en høyde på cirka 25 centimeter. Formålet med plankene er simpelthen å beskytte matjorda mot ugress, snegler og sjøvann. Som kommunen formentlig er kjent med, har det vært dyrket poteter og gress på eiendommen i flere tiår.

Som en bekreftelse på at kjøkkenhagene er å anse som innmark, viser vi til Frode A. Innjord og Egil Jarslett, Allmennhetens ferdselsrett i strandsonen, *Tidsskrift for eiendomsrett* 2006 s. 79 flg., hvor det på s. 94 er uttalt:

«På den annen side er det klart at ferdselsretten - som andre allemannsretter - bare kan utøves på det som til enhver tid er å anse som utmark. Friluftsloven er ikke til hinder for at eier foretar tiltak som medfører at arealer som tidligere var å anse som utmark, skifter karakter og blir innmark. Foretar eieren nydyrking slik at et tidligere utmarksområde går over til å bli «dyrket mark», kan allmennheten ikke lenger gå over området. Og bygger eieren nye boliger eller fritidshus på eiendommen, vil det oppstå nye «hustomter» der allmennheten ikke lenger har rett til å ferdes som tidligere. Lagdommer Ola Rygg har beskrevet allemannsrettens betingede karakter på følgende måte:

‘Det er slik med allemannsrettene, – de gjelder så lenge betingelsene for å utøve dem er til stede, men de er uten beskyttelse mot at betingelsene endres slik at de faller bort. De mangler altså rettsvern i forhold til f.eks., omdisponering fra grunneiers side.’¹»

¹ Ola Rygg, Rettigheter i strandsonen, *Lov og rett* 1990 s. 273 flg. (s. 278)

I likhet med spørsmålet om hva som utgjør hustomten på eiendommen til klager, er det intet i vedtaket som indikerer at kommunen har vurdert om kjøkkenhagene er å anse som dyrket mark etter frilufsloven. I alle tilfelle må det være slik at kjøkkenhagene utgjør en del av hustomten på eiendommen.

4.1.4 Skillet mellom innmark og utmark – «sekkebestemmelsen»

Ettersom kommunen ikke har gjort en konkret vurdering av hva som utgjør «*hustomt*» og «*dyrket mark*», kan vi ikke se at det er grunn til å gå detaljert inn på anvendelsen av «sekkebestemmelsen» og «særregelen» i frilufsloven § 1a.

Vi vil imidlertid si noe mer overordnet om «sekkebestemmelsen», som i prinsippet kan føre til at den private sonen blir større enn det som følger av begrepet «*hustomt*». I Rt. 2012. s. 882 avsnitt 47 er det angitt at den skjønnsmessige bedømmelsen etter «sekkebestemmelsen» må være basert på «*lokale forhold i det enkelte tilfellet*». Under avsnitt 50 er det videre uttalt at man må legge vekt på om det eksisterer «*ferdselsmuligheter som er til mindre sjenanse og ulempe for grunneieren*». Deretter er det i avsnitt 51 uttalt følgende:

«Betydningen av alternative ruter vil etter mitt syn måtte avhenge av ferdselens formål. Er hensikten, som i Kongsbakkesaken, først og fremst å nå frem til et bestemt sted, vil det være naturlig å legge atskillig vekt på om det finnes brukkbare alternative traseer.»

Slik klager ser det, er Vadbakkveien den klart beste og mest foretrukne traseen ned til sjøen. Allmennheten vil også kunne ta seg ned til sjøen i den vestre kanten av eiendommen til klager. En trasé over den østre halvdelen av eiendommer, hvor de aller fleste av innretningene er plassert, er derfor ikke nødvendig, og den vil heller ikke være like brukbar som de øvrige traseene. Hertil kommer at en slik trasé vil være til utilbørlig fortrengsel for klager, særlig fordi fritidsboligen har en helt innklemt plassering i det sydøstlige hjørnet av eiendommen.

4.1.5 Spørsmålet om ulovlig stengsel

Gitt at deler av eiendommen er å anse som utmark, og forutsatt at noen av de angjeldende innretningene befinner seg i dette området, er vår klient innforstått med at frilufsloven § 13 setter visse grenser for eiendomsutnyttelsen. Problemet i denne saken er imidlertid at vedtaket omfatter forhold som uansett går utover rammen for hva kommunen kan forby etter frilufsloven § 13.

Frilufsloven § 13 første ledd gir anvisning på to ulike vurderingstemaer. For det første må man ta stilling til om eier ved stengsel eller på annen måte har *vanskeliggjort* ferdsel, bading eller høsting som er tillatt etter frilufsloven. Dersom det foreligger et tiltak som vanskeliggjør for eksempel ferdsel, må man for det andre ta stilling til om tiltaket likevel er lovlig fordi det tjener eierens «*berettigede interesser*» og ikke er til «*utilbørlig fortrengsel*» for allmennhetens utøvelse av ferdselsrett.

Hvorvidt et tiltak rammes av forbudet i friluftsløven § 13, vil med andre ord bero på en konkret *avveining* mellom på den ene siden grunneierens interesse i å beskytte sin eiendom og sitt privatliv, og på den andre siden allmennhetens interesse i å kunne ferdes fritt i naturen.

Vedtaket etterlater seg som nevnt ingen spor av at kommunen har foretatt denne interesseavveiningen.

Slik vi forstår vedtaket, er det retten til ferdsel som er det helt sentrale for kommunen. På den annen side er retten til opphold kort omtalt i forhåndsvarselet. Retten til opphold er regulert i friluftsløven § 9. Vi registrerer imidlertid at vedtaket ikke inneholder noen konkret vurdering etter denne bestemmelsen.

4.2 Innretningene

4.2.1 Opptakt

Når det gjelder stakittgjerdet, eller rettere sagt det nedre gjerdet, som er angitt i vedtaket punkt 1 bokstav a, vil klager fremholde at dette står på innmark. Det samme gjelder den gjenværende delen av det øvre gjerdet. Klager vil videre anføre at samtlige av innretningene oppregnet i vedtaket punkt 1 bokstav c er plassert på innmark. Under enhver omstendighet bestrider klager at noen av angjeldende innretningene utgjør et ferdselshinder etter friluftsløven.

Så lenge kommunen ikke har tilnærmet seg bestemmelsene i friluftsløven §§ 1a og 13 på en riktig måte, kan vi i utgangspunktet ikke se at det er nødvendig å gå nærmere inn på de enkelte innretningene. I det følgende vil vi likevel knytte noen merknader til den enkelte innretning. Overskriftene i det følgende er for øvrig i samsvar med begrepsbruken i vedtaket punkt 1 bokstav a og c.

4.2.2 Stakittgjerde

Det nedre gjerdet har som tidligere nevnt eksistert i flere tiår. Kommunen har i hele denne perioden vært vel kjent med gjerdet, men den har ikke på noe tidspunkt funnet grunn til å reagere.

For klager er det åpenbart at det nedre gjerdet er plassert på innmark. Dersom man skal betrakte denne delen av eiendommen som utmark, må man, slik kommunen har gjort, innta det klart uholdbare standpunkt at ingen deler av eiendommen til klager er å anse som innmark. Det nedre gjerdet skjærer de helt sentrale delene av hustomten til klager mot trafikken fra Vadbakkveien. Samtidig er det slik at gjerdet ikke på noen måte hindrer ferdsel, ettersom det går parallelt med Vadbakkveien. Tilsvarende gjelder for den gjenværende delen av det øvre gjerdet.

4.2.3 Blomsterkasser/kjøkkenhagekasser

Beplantningen av tomten er nærmere omtalt under punkt X ovenfor, og slik klager ser det, kan det ikke være tvilsomt at kjøkkenhagene er å anse som «*dyrket mark*». Like klart må det være at kjøkkenhagene, som er opparbeidet i umiddelbarnærhet av fritidsboligen, befinner seg på «*hustomteten*» til klager.

4.2.4 Kajakkstativ

Kajakkstativet er en flyttbar innretning av relativt marginal størrelse. Dersom man skal forholde seg til den plasseringen kajakkstativet hadde de kommunen var på befarings, må det være hevet over tvil at dette sto på innmark.

4.2.5 Opparbeidet uteplass/utegulv samt klatrestativer

Den angjeldende uteplassen er en mindre trekonstruksjon som er plassert i det nordøstre hjørnet av eiendommen. I umiddelbar nærhet av uteplassen er det også plassert et klatrestativ. Disse innretningene befinner seg på det man kan kalle hagedelen på eiendommen til klager, og det er vanskelig å forstå hvordan kommunen kan karakterisere dette arealet som utmark.

4.2.6 Hageutstyrsbod

Som et utgangspunkt vil vi bemerke at det blir noe upresist å omtale denne innretningen som en hageutstyrsbod. Det er i realiteten tale om en kasse med en lengde på cirka 1,5, meter og en bredde på cirka 1,0 meter. Høyden er på cirka 1,5 meter. Klager bruken kassen til oppbevaring av hageutstyr. Kassen har en tilbaketrukket plassering inntil gjerdet mot Vadbakkveien. Funksjonelt er kassen direkte tilknyttet kjøkkenhagene. Det må videre være klart at kassen er plassert på innmark.

4.2.7 Huskestativer

Denne innretningen er også upresist beskrevet i vedtaket. Det er ikke tale om et separat stativ med husker. Grunneier har kun festet to taukveiler i den bjørken som står noenlunde midt på eiendommen. De primære brukerne av husken er barn i nabolaget. Selv om man ser bort fra standpunktet om at bjørketreet står på innmark, er det for klager vanskelig å forstå hvordan kommunen kan hevde at husken er i strid med friluftsløven. Som det fremgår av friluftsløven § 1, er formålet med loven å sikre retten til blant annet ferdsel og opphold, slik at muligheten til å utøve friluftsliv som en helsefremmende, trivselsskapende og miljøvennlig fritidsaktivitet blir bevart og fremmet. Slik klager ser det, vil en eventuell fjerning av husken i bjørketreet kun bidra til å motvirke dette formålet.

4.2.8 Fotballmål

Fotballmålene er i realiteten gamle vannrør av metall som er satt ned i bakken. Målnettene er kun festet til stolpene når det pågår fotballspill. Brukerne av fotballmålene er primært barn og unge i nrområdet. Slik sett bidrar fotballmålene til å fremme formålet med frilufsloven. En fjerning av fotballmålene vil med andre ord innebære at man reduserer mulighetene for en helsefremmende, trivselsskapende og miljøvennlig fritidsaktivitet.

4.2.9 Trampoline

I likhet med husken i bjørketreet, er trampolinen først og fremst brukt av barn i nabolaget.

5 Forholdet til plan- og bygningsloven

5.1 Det nedre stakittgjerdet og den gjenværende delen av det øvre stakittgjerdet

Ettersom det nedre gjerdet har stått i flere tiår uten noen form for påtale fra kommunen, må det være en presumsjon for at dette er lovlig oppført. Mer presist må det være opp til kommunen å dokumentere at det nedre gjerdet er oppført i strid med dagjeldende plan- og bygningslovgivning.

Til sammenligning kan vi nevne at gjerdet formentlig ville vært unntatt fra søknadsplikt etter någjeldende plan- og bygningslovgivning. Vi viser her til unntaksbestemmelsen i byggesaksforskriften § 4-1 første ledd bokstav d nr. 3, som gjelder «*innhegning mot veg med inntil 1,5 m høyde*», forutsatt at innhegningen ikke hindrer sikten i frisiktsoner mot vei.

Den gjenværende delen av det øvre gjerdet er kun en forlengelse av det nedre gjerdet, slik at man får en tilstrekkelig skjerming mot trafikken i Vadbakkveien. Dette gjerdet erstattet en tidligere rynkerosehekk, og skal ha blitt oppført da eiendommen var avsatt til fritidsbebyggelse i arealdelen til kommuneplanen.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Hjort DA



Jan Gudmund Aanerud
Advokat
jga@hjort.no

Kopi: Anne Grosvold og Gunnar Grosvold