



SIVILOMBUDSMANNEN

Dispensasjoner i strandsonen

Kragerø kommune

Innhold

1. Sammendrag	2
1.1 Sammendrag av rettslige utgangspunkter.....	2
1.2 Sammendrag av resultatet av undersøkelsen	3
1.3 Sammendrag av kommunens merknader til den foreløpige rapporten.....	4
2. Bakgrunnen for undersøkelsen	4
3. Rettslig utgangspunkt.....	6
3.1 Generelt.....	6
3.2 Vesentlighetsvilkåret	7
3.3 Vilkåret om klar overvekt av fordeler	9
3.4 Oversendelse til – og uttalelse fra – andre myndigheter	10
3.5 Statlige og regionale rammer og mål	10
3.6 Kommunens «kan»-skjønn	11
4. Resultatet av undersøkelsen	11
4.1 Generelt.....	11
4.2 Vesentlighetsvilkåret	13
4.3 Vilkåret om klar overvekt av fordeler	15
4.4 Oversendelse til – og uttalelse fra – andre myndigheter	16
4.5 Statlige og regionale rammer og mål	18
4.6 Kommunens «kan»-skjønn	18
5. Ombudsmannens anbefalinger	19

1. Sammendrag

Ombudsmannen har av eget tiltak iverksatt en systematisk undersøkelse av Kragerø kommunes vedtak om dispensasjon for oppføring av tiltak i strandsonen.

1.1 Sammendrag av rettslige utgangspunkter

Plan- og bygningsloven (pbl.) § 1-8 andre ledd fastsetter et generelt forbud mot tiltak i 100-metersbeltet langs sjø (strandsonen). Hensikten med byggeforbudet er å sikre allmennheten tilgang til strandsonen, samt å ivareta andre allmenne interesser, slik som natur- og kulturmiljø, friluftsliv og landskap, jf. pbl. § 1-8 første ledd.

Kommunene har likevel vid adgang til å tillate nye tiltak i strandsonen. Ny utbygging skal først og fremst tillates gjennom kommunestyrets vedtak i kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan. Unntaksvis kan kommunen tillate enkelttiltak ved å gi dispensasjon fra byggeforbudet i pbl. § 1-8, fra arealformål eller bestemmelser om for eksempel byggegrense mot sjø i kommunens planer. Kommunens hjemmel til å gi dispensasjon følger av pbl. § 19-2. Bestemmelsens første ledd første punktum lyder:

«Kommunen kan gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av denne lov.»

Bestemmelsen gir kommunen anledning, men ingen plikt, til å gi dispensasjon. Det er altså ingen som har krav på dispensasjon. Kommunen kan med andre ord avslå en dispensasjonssøknad selv om vilkårene i pbl. § 19-2 er oppfylt. Det forutsetter imidlertid at avslaget er saklig begrunnet og ikke et utslag av usaklig forskjellsbehandling.

I pbl. § 19-2 andre ledd fremgår hvilke vilkår som må være oppfylt for at kommunen skal kunne innvilge dispensasjonssøknaden:

«Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempe etter en samlet vurdering. Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler.»

Dispensasjon kan altså ikke gis dersom hensynene bak den lov- eller planbestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt (vesentlighetsvilkåret). Videre må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempe etter en samlet vurdering (fordel-/ulempevilkåret). Det fremgår av forarbeidene at vurderingen av om lovens vilkår er oppfylt, er å anse som rettsanvendelse. Det innebærer at kommunens vurdering av om vilkårene er oppfylt ikke beror på et politisk skjønn eller hva som er hensiktsmessig i den enkelte saken.

Regionale og statlige myndigheter, hvis saksområde blir direkte berørt, skal ha mulighet til å uttale seg før det gis dispensasjon fra planer, plankrav og byggeforbudet i pbl. § 1-8, jf. pbl. § 19-1 fjerde punktum. Dispensasjoner i strandsonen vil i mange tilfeller berøre fylkesmannens saksområder. For slike tiltak stiller altså loven krav om at fylkesmannen skal få mulighet til å uttale seg før kommunen eventuelt gir dispensasjon. Kommunen har ikke plikt til å avslå dispensasjonssøknaden dersom for eksempel fylkesmannen uttaler seg negativt. I disse tilfellene «bør» imidlertid ikke kommunen gi dispensasjon, jf. pbl. § 19-2 fjerde ledd andre punktum.

Kommunen har plikt til å begrunne enkeltvedtak. Det følger av forvaltningsloven (fvl.) §§ 24 og 25. Begrunnelsesplikten skal blant annet sikre at berørte parter i saken får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå kommunens avgjørelse og hvorfor kommunen eventuelt ikke etterkommer

partens søknad. Dette er viktig av hensyn til parten selv, men er også nødvendig for å ivareta kommunens legitimitet og publikums tillit til kommunen. Krav om begrunnelse oppfordrer til større grundighet og nøyaktighet ved behandling og avgjørelse av saken, noe som i neste omgang vil føre til flere materielt sett riktige avgjørelser. Det fremgår av Ot.prp. nr. 75 (1993-1994) (om endringer i forvaltningsloven mv) side 40 at «[m]instemålet må være at fremstillingen er så fullstendig at den viser at lovens vilkår for å treffe vedtak er oppfylt».

Dersom kommunen gir dispensasjon til bygging i strandsonen for eksempel uten å vise til hvilke hensyn som begrunner bestemmelsen det dispenseres fra, har ikke kommunen oppfylt sin begrunnelsesplikt. Manglende begrunnelse er en saksbehandlingsfeil som kan medføre at dispensasjonsvedtaket er ugyldig.

1.2 Sammendrag av resultatet av undersøkelsen

I perioden 2016–2019 har Kragerø kommune truffet rundt 600 dispensasjonsvedtak for tiltak i strandsonen, hvorav om lag 75 % av vedtakene er innvilgelser. Enkelte søknader har blitt dels innvilget og dels avslått.

Det er et fellestrekk ved vedtakene der kommunen har *innvilget* dispensasjon at vurderingene er generelt utformet med meget knappe begrunnelser. Vedtakene etterlater et inntrykk av at kommunen ikke har foretatt vurderingene som pbl. § 19-2 krever. Det er derfor vanskelig å etterprøve om vilkårene for å gi dispensasjon i de enkelte sakene er oppfylt. I flere vedtak er det også tvil om kommunen har tatt et riktig rettslig utgangspunkt.

I flertallet av vedtakene der kommunen har *innvilget* dispensasjonssøknadene har kommunen ikke vurdert om vesentlighetsvilkåret er oppfylt. I saker som gjelder dispensasjon fra flere bestemmelser, for eksempel byggeforbudet i pbl. § 1-8 og LNFR-formålet i kommuneplanens arealdel, har kommunen foretatt en felles behandling av vesentlighetsvilkåret. Kommunen har dermed ikke vurdert om hensynene bak de ulike bestemmelsene – som ikke nødvendigvis er like – blir vesentlig tilsidesatt, slik loven krever. Kommunen har heller ikke vurdert om dispensasjonen vesentlig tilsidesetter plan- og bygningslovens formålsbestemmelse.

I bare et fåtall av vedtakene har kommunen foretatt en tilfredsstillende fordel-/ulempevurdering. Flertallet av vedtakene mangler beskrivelse av relevante fordeler, eller er begrunnet med hensyn som ikke er relevante eller kun har liten vekt i fordel-/ulempevurderingen. Kommunen har sjelden påpekt ulemper ved dispensasjonen.

Kommunens «kan»-vurdering etter pbl. § 19-2 første ledd mangler i alle vedtakene.

Ut fra det ovenstående er det tvilsomt om kommunen har oppfylt den begrunnelsesplikten som følger av fvl. §§ 24 og 25, når det gjelder flertallet av de innvilgede dispensasjonene.

Flertallet av *avslagene* er begrunnet med at vesentlighetsvilkåret ikke er oppfylt, og de fleste vedtakene inneholder en tilfredsstillende begrunnelse for den konklusjonen kommunen har kommet til.

Drøyt halvparten av sakene er sendt til Fylkesmannen for uttalelse. Kommunen har sjelden begrunnet hvorfor øvrige saker ikke er oversendt til Fylkesmannen. I sakene der Fylkesmannen har uttalt seg negativt om dispensasjonen, mangler de fleste vedtakene en relevant begrunnelse for hvorfor dispensasjonssøknaden likevel er innvilget. Det er derfor tvil om kommunen har lagt tilstrekkelig vekt på statlige myndigheters uttalelser i sakene, slik pbl. § 19-2 fjerde ledd forutsetter.

Ut fra tilgjengelig informasjon fra Statistisk sentralbyrå (SSB) synes Kragerø kommune å ha et høyt antall dispensasjoner sammenlignet med andre kystkommuner med stort utbyggingspress. Dette kan

indikere at kommunen i for liten grad benytter kommuneplanen og reguleringsplaner som styringsverktøy når det gjelder arealforvaltningen i strandsonen. Ombudsmannen minner om at lovgiver har ment at dispensasjon skal være en snever unntaksregel som skal brukes med forsiktighet, og at det er forvaltning gjennom arealplanlegging som er hovedregelen.

1.3 Sammendrag av kommunens merknader til den foreløpige rapporten

Ombudsmannen sendte 30. juni 2020 en foreløpig rapport til Kragerø kommune for eventuelle merknader. Kommunen kommenterte de foreløpige funnene i brev 17. september 2020, hvor kommunen ønsket å synliggjøre mulige forklaringer til de foreløpige funnene. Innledningsvis i tilbakemeldingen bemerket kommunen at den største andelen av vedtakene er fattet før sammenslåing av fylkesmannsembetene i Vestfold og Telemark, og at kommunens håndhevelse av dispensasjonsbestemmelsen er et resultat av praksis som Fylkesmannen i Telemark godtok over flere år. Kommunen skrev videre at byggesaksavdelingen består av kun fire årsverk, og at kapasiteten ikke samsvarer med det totale antallet byggesøknader som behandles i kommunen. Videre ble det vist til at saker som ikke ble oversendt Fylkesmannen til uttalelse i hovedsak gjaldt søknader om tilkobling til kommunalt vann- og avløpsnett. Avslutningsvis ble det vist til at kommunens dispensasjonsbehandling er vesentlig endret etter fylkesmannssammenslåingen, og at byggesaksavdelingen har styrket sin juridiske kompetanse og utarbeidet nye rutiner for behandling av dispensasjonssøknader. Kommunen bemerket også at administrasjonen nå i stor grad følger Fylkesmannens anbefalinger og vurderinger, og i større grad følger lovens krav.

2. Bakgrunnen for undersøkelsen

Bakgrunnen for undersøkelsen er at kommunene årlig treffer et stort antall vedtak om dispensasjon til utbygging i strandsonen etter pbl. § 19-2. Tall fra SSB viser at det i 2018 ble søkt om tillatelse til 1 319 nye bygninger i strandsonen utenom tettsteder. Av disse ble 751 innvilget ved dispensasjon.¹ Dette skjer til tross for at plan- og bygningsloven i 2008 strammet inn kommunenes myndighet til å treffe vedtak om dispensasjon generelt, og i strandsonen spesielt. I forarbeidene er det uttalt at det «skal svært mye til før dispensasjon kan gis til bygging her, spesielt i områder med stort utbyggingspress».²

Å få dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen er positivt for den enkelte tiltakshaver. Dersom dispensasjoner gis i strid med plan- og bygningslovens regler, vil det imidlertid kunne utgjøre en urett overfor andre borgere, enten disse er naboer eller inngår i en videre krets. Det heter i sivilombudsmannsloven § 3 at ombudsmannen skal «søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger». Å undersøke hvordan den offentlige forvaltningen utøver sin oppgave der ulike borgeres interesser står mot hverandre, inngår i dette. Der den eventuelle motsetningen står mellom en tiltakshaver og borgernes allmenne interesse, vil det ofte ikke være noen naturlig talsperson for denne interessen i den enkelte sak. Det kan da være ekstra grunn for ombudsmannen til å undersøke praksis i slike saker, slik det er gjort her.

Bygging i strandsonen vil kunne forringe allmennhetens mulighet til å ferdes langs kysten, enten ved at områder som tidligere har vært utmark blir omdisponert til innmark, eller ved at økt privatisering skaper fysiske eller psykiske barrierer for å ferdes i området. I tillegg inneholder strandsonen særlige

¹ <https://www.ssb.no/strandsonen> Ombudsmannen bemerker at det er knyttet usikkerhet til tallene fra www.ssb.no.

² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 243.

miljøkvaliteter, som er sårbare for arealbruksendringer.³ Plan- og bygningsloven § 1-8 første ledd slår derfor fast at det skal tas særlig hensyn til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser i strandsonen.

Ombudsmannen mottar årlig om lag 100 klager, som gjelder saker om dispensasjon etter pbl. § 19-2. Flere av disse gjelder dispensasjon fra byggeforbudet i pbl. § 1-8 og fra byggegrenser mot sjø. Gjennom disse klagesakene får ombudsmannen først og fremst kjennskap til de tilfellene hvor tiltakshaveren har fått avslag på søknaden om dispensasjon. Langt færre klager gjelder dispensasjonssøknader som er innvilget. I lys av at SSB har registrert om lag 3 600 innvilgelser og 560 avslag på søknader om dispensasjon i strandsonen langs sjø i perioden 2016–2019, synes det derfor å være svært få innvilgede søknader som klages inn til ombudsmannen. I de sakene hvor naboer eller interesseorganisasjoner påklager dispensasjoner som er innvilget, får ombudsmannen et visst innblikk i hvordan slike saker behandles i forvaltningen. Samtidig er det på det rene at det tilfanget ombudsmannen mottar av klagesaker kan gi et noe skjevt bilde av virkeligheten. Ombudsmannen fant derfor grunn til å foreta en bredere undersøkelse av hvordan kommunalforvaltningen behandler dispensasjonssaker.

Ombudsmannen valgte å foreta en systematisk undersøkelse i tre kommuner i forskjellige fylker; Kragerø kommune, Mandal kommune (sak 2019/4028) og Askøy kommune (sak 2020/989). Utvelgelsen ble gjort på grunnlag av tall fra SSB om antall dispensasjonssaker i strandsonen, en vurdering av kommunens størrelse og lokalisering, samt erfaringer fra klagesaksbehandlingen her.

I brev 29. november 2019 ba ombudsmannen Kragerø kommune om å oversende alle dispensasjonsvedtakene i strandsonen fra og med 1. januar 2016 til og med 31. desember 2019 som gjaldt dispensasjon fra:

- byggeforbudet i strandsonen etter pbl. § 1-8,
- plan med byggegrense mot sjø, eller
- LNFR-formål i strandsonen.

Kommunen sendte inn om lag 600 vedtak, hvorav om lag 75 % var innvilgelser og 25 % var avslag. Enkelte vedtak inneholdt dels innvilgelse og dels avslag.

Undersøkelsen har i all hovedsak vært begrenset til hvordan kommunen har tolket og anvendt dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2. I tillegg har vi undersøkt kommunens oversendelse av saker til Fylkesmannen for eventuell uttalelse. Det innebærer at vi ikke har undersøkt kommunens behandling av dispensasjonssøknader i sin helhet. Forhold som for eksempel nabovarsling og om søknadene har vært tilstrekkelig begrunnet, faller dermed utenfor. Vi har ikke undersøkt om de aktuelle tiltakene faktisk er avhengig av dispensasjon eller om noen av vedtakene senere er opphevet eller omgjort. Vi har heller ikke vurdert lovligheten av de vilkårene som er stilt.

Vi har gjennomgått alle de tilsendte vedtakene. Gjennomgangen har hatt til hensikt å undersøke kommunens dispensasjonspraksis. I rapporten omtaler vi bare funn som gjelder en så stor andel vedtak at vi har sett et mønster i kommunens vurderinger. Som følge av dette, vil enkeltsaker ikke bli omtalt, utover å eksemplifisere enkelte funn. Der resultatet av undersøkelsen viser gjennomgående feil som reiser spørsmål om vedtakenes gyldighet, har ombudsmannen påpekt dette, uten å foreta en nærmere vurdering av de enkelte vedtakenes gyldighet.

³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 174 og 243 som begrunner byggeforbudet i strandsonen nærmere.

3. Rettslig utgangspunkt

3.1 Generelt⁴

Plan- og bygningsloven § 1-8 andre ledd fastsetter et generelt forbud mot tiltak i 100-metersbeltet langs sjø. Bortsett fra rene fasadeendringer, gjelder forbudet alle tiltak nevnt i pbl. § 1-6 første ledd, herunder opprettelse og endring av eiendom.⁵ Bakgrunnen for forbudet er tydeliggjort i pbl. § 1-8 første ledd:

«I 100-metersbeltet langs sjøen og langs vassdrag skal det tas særlig hensyn til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser.»

Lovgiver har i forarbeidene understreket at strandsonen er av nasjonal interesse, og at slike områder i utgangspunktet skal holdes fri for bebyggelse.⁶

Byggeforbudet i pbl. § 1-8 andre ledd er ikke absolutt. Plan- og bygningsloven gir kommunen to muligheter for å tillate ny utbygging i strandsonen. For det første kan utbygging reguleres gjennom kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan. Det følger av pbl. § 1-8 tredje ledd at byggeforbudet i 100-metersbeltet ikke gjelder der «annen byggegrense er fastsatt i kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan».⁷ Lovgiver har med dette gitt kommunen vide fullmakter til å tillate utbygging i strandsonen. Forutsetningen er imidlertid at dette skjer gjennom plan. Dette er understreket i lovens forarbeider:⁸

«Utbygging må imidlertid skje i henhold til planer og retningslinjer som differensierer hensynene ut fra en konkret vurdering av strandsonen, ikke som enkeltvise dispensasjoner. Det er en forutsetning at miljøvirkningene av ny utbygging skal vurderes grundig, framtidsrettet og i en helhetlig sammenheng gjennom planprosessen.»

For det andre kan kommunen gi individuell tillatelse til tiltak i strandsonen ved å dispensere fra byggeforbudet etter søknad, jf. pbl. § 19-2 første ledd første punktum.⁹ Som det fremgår av bestemmelsen, «kan» kommunen gi dispensasjon dersom vilkårene i andre ledd er oppfylt. Formuleringen innebærer at kommunen kan avslå en dispensasjonssøknad, selv om vilkårene i andre ledd er oppfylt.

Vilkårene for å kunne innvilge en dispensasjonssøknad fremgår av pbl. § 19-2 andre ledd, som lyder:

«Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering. Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler.»

⁴ Den 2. april 2020 sendte Kommunal- og moderniseringsdepartementet forslag til endringer av blant annet pbl. § 19-2 på høring, se høringsnotat på www.regjeringen.no. Vår undersøkelse gjelder kommunenes tolkning og praktisering av gjeldende rett.

⁵ Forbudet gjelder ikke fradeling ved innløsning av festet tomt, jf. pbl. § 1-8 andre ledd andre punktum.

⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 30.

⁷ Dersom kommuneplanens arealdel eller reguleringsplanen ikke inneholder særskilt byggegrense mot sjø, vil byggeforbudet i pbl. § 1-8 gjelde, se Innst. 181 L (2016-2017) s. 8.

⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 175.

⁹ Et vedtak om dispensasjon krever at tiltakshaveren har sendt inn en begrunnet søknad om dispensasjon, jf. pbl. § 19-1 første ledd første punktum. Kommunen har ikke hjemmel til å gi dispensasjon uten at tiltakshaveren har sendt en slik søknad, se eksempelvis ombudsmannens uttalelse 27. mars 2019 (SOM-2018-4012) med videre henvisninger.

For at dispensasjon skal kunne gis, må begge vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd være oppfylt. Dersom kommunen gir dispensasjon uten at det fremgår av vedtaket at begge vilkårene er vurdert, vil vedtaket være mangelfullt begrunnet, jf. fvl. §§ 24 og 25.¹⁰

Ordlyden i pbl. § 19-2 andre ledd viser at det ikke skal være en kurant sak å få dispensasjon. Dette gjelder særlig i strandsonen. I forarbeidene er det uttalt:¹¹

«Det er et nasjonalt mål at strandsonen skal bevares som natur- og friluftsområde tilgjengelig for alle. Regjeringen ønsker en strengere og mer langsiktig strandsoneforvaltning. Det er derfor nødvendig med en streng praksis ved behandlingen av dispensasjoner i 100-metersbeltet langs sjøen. Forbudet i § 1-8 mot bygging i 100-metersbeltet langs sjøen veier tungt. Det skal svært mye til før dispensasjon kan gis til bygging her, spesielt i områder med stort utbyggingspress.»

Lovgiver har med dette gitt uttrykk for en meget snever adgang til å gi dispensasjon til ny utbygging i strandsonen. Hensikten er å unngå en uheldig utvikling, hvor strandsonen bygges ned bit for bit og byggeforbudet gradvis uthules. I stedet skal ny utbygging skje gjennom planprosesser, som sikrer bred medvirkning og demokratisk forankrede beslutninger, og hvor sektormyndigheter har mulighet til å fremsette innsigelse dersom planen ikke ivaretar nasjonale og viktige regionale interesser i tilstrekkelig grad.

Det fremgår uttrykkelig av lovens forarbeider at vurderingen etter pbl. § 19-2 andre ledd er å anse som rettsanvendelse.¹² Det innebærer at kommunens vurdering av om vilkårene er oppfylt ikke beror på politisk skjønn eller hva som er hensiktsmessig i den enkelte saken. Kommunen må foreta sine vurderinger ut ifra tolkning og subsumsjon, som styres av loven. Dette innebærer videre at en anførsel om usaklig forskjellsbehandling ikke er relevant ved vurderingen av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. En slik anførsel er først relevant ved vurderingen av om dispensasjonssøknaden skal innvilges etter «kan»-skjønnnet i pbl. § 19-2 første ledd.

At pbl. § 19-2 andre ledd oppstiller rettslige vilkår, innebærer også at forvaltningens vurdering av om vilkårene i § 19-2 er oppfylt kan overprøves fullt ut av både sivilombudsmannen og domstolene. Når det gjelder forvaltningens vurdering under «kan»-skjønnnet i pbl. § 19-2 første ledd, er adgangen til overprøving begrenset til om det foreligger myndighetsmisbruk.

3.2 Vesentlighetsvilkåret

Det første vilkåret i pbl. § 19-2 andre ledd er at dispensasjonen ikke må medføre at «hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt». I denne vurderingen må kommunen identifisere hvilke hensyn bestemmelsen det dispenseres fra er ment å ivareta. Ved dispensasjon fra byggeforbudet i pbl. § 1-8 andre ledd, er det et minstekrav at kommunen knytter vesentlighetsvurderingen opp mot hensynet til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser, som nevnt i bestemmelsens første ledd. Dersom tiltaket for eksempel innebærer fysiske eller psykiske barrierer for allmennhetens ferdselsmuligheter, skal det lite til for å konstatere vesentlig tilsidesettelse av hensynet bak byggeforbudet.

¹⁰ De nærmere kravene til begrunnelse følger av fvl. § 25, som er omtalt i blant annet ombudsmannens uttalelse 7. juni 2012 (SOM-2011-2812).

¹¹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 243.

¹² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242.

Er det tale om dispensasjon fra en plan, må kommunen undersøke hvilke hensyn som ligger bak planformålet eller den aktuelle planbestemmelsen, eksempelvis hvilke hensyn som begrunner at et område er avsatt til LNFR-område, eller hvilke hensyn som begrunner byggegrensen i gjeldende plan.¹³ Der hensynene ikke følger direkte av bestemmelsen, bør de hensyn kommunen anser som bærende, som hovedregel komme til uttrykk i vedtaket.¹⁴

I mange tilfeller søkes det om dispensasjon i et område som allerede er utbygd og som av den grunn er lite tilgjengelig for allmenn ferdsel. At området fra før er privatisert, kan tilsi at dispensasjonen ikke medfører vesentlig tilsidesettelse av hensynet bak byggeforbudet.¹⁵ Lovgiver har samtidig i forarbeidene fremhevet at det skal svært mye til før kommunen kan gi dispensasjon, og at dette gjelder «spesielt i områder med stort utbyggingspress».¹⁶ Det er nettopp gjennom enkeltvise dispensasjoner at mange områder har blitt utbygd bit for bit. Loven krever derfor at kommunen foretar en konkret vurdering av om ny utbygging vil medføre *ytterligere* forringelse av området til skade for blant annet de hensynene som er nevnt i pbl. § 1-8 første ledd. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å kun henvise til at området allerede er privatisert.

I tillegg kreves det at dispensasjonen ikke vesentlig tilsidesetter lovens formålsbestemmelse. Formålet i pbl. § 1-1 fremhever lovens bærende hensyn, hvor bærekraftig utvikling oppstilles som lovens overordnede formål. Et tiltak som innebærer irreversible inngrep i strandsonen, på bekostning av både dagens og fremtidige generasjoners muligheter til å ferdes i området, kan innebære at lovformålet blir vesentlig tilsidesatt. Formålsbestemmelsens fjerde ledd fremhever også hensyn som skal danne premisset for alle beslutninger etter loven. Bestemmelsen lyder:

«Planlegging og vedtak skal sikre åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning for alle berørte interesser og myndigheter. Det skal legges vekt på langsiktige løsninger, og konsekvenser for miljø og samfunn skal beskrives.»

Utbygging i strandsonen som tillates ved dispensasjon vil også kunne være i vesentlig strid med de hensynene som nevnes her. Et dispensasjonsvedtak vil ikke ivareta hensynene til åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning i like stor grad som en planprosess. Videre vil dispensasjonsvedtak sjelden fremme hensynet til langsiktige løsninger. I motsetning til planprosesser, vurderes den enkelte dispensasjonssak isolert, uten at området ses i en større sammenheng. Loven krever derfor at kommunen også vurderer særskilt om dette er hensyn som blir vesentlig tilsidesatt i den enkelte dispensasjonssaken.

Dersom et tiltak er avhengig av dispensasjon fra flere bestemmelser, for eksempel fra LNFR-formålet i kommuneplan og byggeforbudet i pbl. § 1-8, må kommunen følgelig som utgangspunkt foreta separate vurderinger av om de ulike hensynene bak bestemmelsene blir vesentlig tilsidesatt.

¹³ Se ombudsmannens uttalelse 26. januar 2016 (SOM-2014-3266).

¹⁴ Se ombudsmannens uttalelse 13. mars 2018 (SOM-2017-1346).

¹⁵ Se Agder lagmannsrett LA-2019-8060.

¹⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 243.

3.3 Vilkåret om klar overvekt av fordeler

Det andre vilkåret i pbl. § 19-2 andre ledd er at fordelene ved å gi dispensasjon er «klart større enn ulempene etter en samlet vurdering». Bestemmelsen legger opp til en interesseavveining, hvor relevante fordeler og ulemper ved dispensasjonen skal vurderes opp mot hverandre. Forarbeidene understreker at formuleringen «klart større» skal tolkes strengt:¹⁷

«Ordvalget innebærer at det normalt ikke vil være anledning til å gi dispensasjon når hensynene bak bestemmelsen det søkes dispensasjon fra fortsatt gjør seg gjeldende med styrke.»

Hvilke *fordeler* som er relevante, og dermed skal inngå i interesseavveiningen, beror på de konkrete forholdene i saken. De fordelene kommunen vektlegger må ha sammenheng med de hensynene plan- og bygningsloven er ment å ivareta. Det innebærer at det først og fremst er areal- og ressursdisponeringshensyn som er relevante i interesseavveiningen.¹⁸ Kommunen må derfor vurdere de objektive forholdene på eiendommen. Dersom tiltaket avhjelper en mangel eller dekker et behov ved eiendommen, kan dette være en relevant fordel. Et eksempel kan være dispensasjon fra byggeforbudet for å legge vann- og kloakkledning. Tiltakshaverens subjektive ønsker og behov er derimot sjelden relevant. Bakgrunnen for at dette er at eierforhold vil være skiftende over tid, mens plan- og bygningsmyndighetene skal styre arealbruken i kommunen i et langsiktig perspektiv.¹⁹ Tiltakshaverens subjektive ønsker og behov kan være sammenfallende med hva som objektivt sett er en god utnyttelse av eiendommen. Dette endrer likevel ikke utgangspunktet om at det er de objektive forholdene ved eiendommen som skal vurderes.

Det følger av forarbeidene at det bare er i tilfeller der det foreligger «helt spesielle sosialmedisinske, personlige og menneskelige hensyn» at personlige interesser kan tillegges vekt, samt at slike hensyn «normalt ikke har avgjørende vekt i dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven».²⁰ Dette kan for eksempel være der det søkes om dispensasjon til tiltak som tilrettelegger for bruk av rullestol på eiendommen. En tiltakshavers ønsker om å føre opp en sjøbod på fastlandet på grunn av behov for å komme til og fra helårsbolig, er imidlertid ikke et slikt helt spesielt personlig eller menneskelig hensyn.²¹

Hvilke *ulemper* som er relevante, vil både bero på hvilken bestemmelse dispensasjonssøknaden gjelder, og på forholdene i den enkelte saken. Der det søkes om dispensasjon fra byggeforbudet, vil blant annet ulemper som rammer de interessene som er nevnt i pbl. § 1-8 første ledd, være aktuelle. Kommunen må for eksempel vurdere om tiltaket vanskeliggjør allmennhetens ferdsel i området, om det vil forringe estetiske landskapskvaliteter og om det vil medføre skadevirkninger for naturmangfoldet. Søkes det om dispensasjon fra arealformålet i en plan, må kommunen vurdere eventuelle ulemper som kan ramme de hensynene som begrunner det aktuelle arealformålet. Er det tale om dispensasjon fra LNFR-formålet, må kommunen vurdere eventuelle ulemper som rammer landbruks-, natur- og friluftshensyn, samt reindrift, der det er aktuelt. Kommunen må i tillegg vurdere andre hensyn, eksempelvis tap av lys og utsikt for naboeiendommene. Flere av de ulempene som skal avveies mot fordelene vil som regel allerede være vurdert under vesentlighetsvilkåret. Slike ulemper skal likevel underlegges en egen vurdering i fordel-/ulempevurderingen. Hvorvidt en

¹⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242.

¹⁸ Se blant annet ombudsmannens uttalelser 14. november 2019 (SOM-2018-4760) og 13. juni 2014 (SOM-2014-334).

¹⁹ Se ombudsmannens uttalelse 26. januar 2016 (SOM-2014-3266).

²⁰ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242.

²¹ Se Agder lagmannsrett LA-2019-8060.

dispensasjon innebærer vesentlig tilsidesettelse av hensynene bak en bestemmelse, er et annet vurderingstema som reiser andre spørsmål enn hvorvidt fordelene ved dispensasjonen klart overstiger ulempene. Loven krever derfor at kommunen skiller klart mellom disse vurderingene i behandlingen av en dispensasjonssøknad.

Når de relevante fordelene og ulempene ved dispensasjonen er kartlagt, må kommunen foreta en samlet avveining. Det er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig for å innvilge en dispensasjonssøknad at ulempene ved dispensasjonen antas å være beskjedne.²² Kommunens vurdering må vise at det foreligger relevante, klare og positive fordeler som er «klart større» enn ulempene dispensasjonen medfører. Kommunen må her gjøre en selvstendig vurdering og kan ikke uten videre legge til grunn tiltakshaverens redegjørelse. Det følger av forvaltningsloven § 17 første ledd at kommunen har en plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.

3.4 Oversendelse til – og uttalelse fra – andre myndigheter

Det følger av pbl. § 19-1 fjerde punktum at regionale og statlige myndigheter, hvis saksområde blir direkte berørt, skal få mulighet til å uttale seg før det gis dispensasjon fra planer, plankrav og byggeforbudet i pbl. § 1-8. Dispensasjoner i strandsonen vil i mange tilfeller berøre fylkesmannens saksområder. For slike tiltak stiller altså loven krav om at fylkesmannen skal få mulighet til å uttale seg før kommunen eventuelt gir dispensasjon. Når kommunen ønsker å åpne for utbygging i strandsonen uten å gå veien om å utarbeide eller endre plan, er slik høring viktig for å sikre at nasjonale og viktige regionale interesser blir ivaretatt. Lovgiver har i forarbeidene forutsatt at de som mottar søknaden til uttalelse, skal gi klart uttrykk for eventuelle innvendinger mot dispensasjonen, og at det skal fremgå av uttalelsen hvilke konkrete forhold i søknaden som strider mot de føringene som myndigheten er ansvarlig for å følge opp.²³

Kommunen har ikke plikt til å avslå dispensasjonssøknaden dersom andre myndigheters uttalelse er negativ. Det følger imidlertid av pbl. § 19-2 fjerde ledd andre punktum at kommunen ikke «bør» dispensere når det foreligger slik negativ uttalelse.

3.5 Statlige og regionale rammer og mål

I vurderingen av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt, skal statlige og regionale rammer og mål tillegges særlig vekt, jf. pbl. § 19-2 fjerde ledd første punktum. Formålet er å hindre at dispensasjonsadgangen brukes på en måte som undergraver overordnede mål for arealpolitikken.

Som nevnt i punkt 3.1, fremgår det av forarbeidene at det er et nasjonalt mål at strandsonen skal bevares som natur- og friluftsområde tilgjengelig for alle, og at hensikten med byggeforbudet er en strengere og mer langsiktig strandsoneforvaltning.

For å sikre at det strenge strandsonevernet ivaretas, har Regjeringen utarbeidet Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen.²⁴ Formålet med disse

²² Se ombudsmannens uttalelser 14. november 2019 (SOM-2018-4760) og 1. november 2016 (SOM-2015-3269).

²³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 243.

²⁴ Retningslinjene ble fastsatt ved kgl.res. av 25. mars 2011, jf. pbl. § 6-2. Den 5. juni 2020 sendte Kommunal- og moderniseringsdepartementet forslag til reviderte statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen på høring, se høringsnotat på www.regjeringen.no. Vår undersøkelse gjelder kommunens tolkning og praktisering av gjeldende rett.

retningslinjene er å tydeliggjøre nasjonal arealpolitikk i 100-metersbeltet langs sjøen. Målet er å ivareta allmenne interesser og unngå uheldig bygging langs sjøen. Retningslinjene utdyper innholdet i byggeforbudet i pbl. § 1-8 og gir statlige føringer for planlegging av arealer i strandsonen.

Det følger av pbl. § 6-2 andre ledd bokstav b at statlige planretningslinjer skal legges til grunn når kommunen treffer enkeltvedtak etter loven. Det innebærer at kommunen må vurdere hvorvidt en dispensasjonssøknad i strandsonen er i samsvar med de statlige strandsoneretningslinjene.

3.6 Kommunens «kan»-skjønn

Plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd slår fast at kommunen «kan gi» dispensasjon. Formuleringen innebærer at kommunen har anledning, men ingen plikt, til å gi dispensasjon. Med andre ord har ingen krav på å få en dispensasjonssøknad innvilget, selv om vilkårene for å kunne gi dispensasjon er oppfylt.

Kommunens adgang til å gi dispensasjoner er imidlertid betinget av at vilkårene i § 19-2 andre ledd er oppfylt. Dersom vilkårene ikke er oppfylt, skal kommunen avslå søknaden. Er derimot begge vilkårene oppfylt, skal kommunen foreta en særskilt vurdering av om søknaden skal innvilges eller ikke, etter pbl. § 19-2 første ledd, en såkalt «kan»-vurdering. Denne vurderingen hører inn under kommunens faglige og politiske skjønn. Plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd, sammenholdt med den begrunnelsesplikten som følger av fvl. §§ 24 og 25, forutsetter at denne skjønnsmessige «kan»-vurderingen fremgår av vedtaket.

Selv om kommunen er gitt anledning til å avslå en dispensasjonssøknad etter «kan-vurderingen» i første ledd, gjelder det også her rettslige krav til den beslutningen som treffes. For det første gjelder et krav om at avslaget er forankret i saklige hensyn. Slike hensyn kan for eksempel være at kommunen ønsker at ny utbygging i området skal skje gjennom plan fremfor enkeltvis dispensasjoner. For det andre begrenses kommunens skjønnsutøvelse av den ulovfestede læren om myndighetsmisbruk, der forbudet mot vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling inngår.²⁵ Ombudsmannen bemerker at det ikke er tilstrekkelig til å fastslå at det har skjedd usaklig forskjellsbehandling at andre på sviktende grunnlag tidligere har fått dispensasjon, for eksempel der de rettslige vilkårene for dispensasjon ikke var oppfylt.

4. Resultatet av undersøkelsen

4.1 Generelt

Gjennomgangen av vedtakene fra Kragerø kommune viser at kommunen svært ofte skriver kortfattede vedtak med standardiserte formuleringer og utilstrekkelige begrunnelser. Kun 10 % av vedtakene hvor kommunen har *innvilget* dispensasjonssøknaden, inneholder en begrunnelse som ikke skaper tvil om at vilkårene for dispensasjon er oppfylt. I mange vedtak er det ikke foretatt noen vurderinger av vilkårene i pbl. § 19-2 overhodet. Et eksempel er følgende vurdering i et vedtak, som siteres i sin helhet:

«I medhold av plan- og bygningsloven (pbl) § 19-2 innvilges dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 1-8 og fra formål vist i kommuneplanen for oppsett av tilbygg på

²⁵ Se ombudsmannens uttalelse 30. november 2017 (SOM-2017-1231).

eksisterende fritidsbolig, i samsvar med søknad mottatt [dato] og korrigerede tegninger mottatt [dato] og tilleggsdokumentasjon mottatt [dato].

[...]

Etter bygningsmyndighetens vurdering vil tilbygget ligge relativt skjermet fra strandsonen og vil bare i liten grad øke eksponeringen fra sjøen.»

Det fremgår ikke hvilket av vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd vurderingen gjelder, men ombudsmannen antar at kommunen her har vurdert vesentlighetsvilkåret. Det er i så fall relevant at et tilbygg vil ligge relativt skjermet og i liten grad øke eksponeringen fra sjøen. Det fremgår imidlertid ikke om andre hensyn kan trekke i motsatt retning, for eksempel hensynet til allmenn ferdsel og naturmangfoldet på stedet. Som det fremgår av punkt 3.2 over, er det et minstekrav at kommunen knytter vesentlighetsvurderingen opp mot de hensynene som er nevnt i pbl. § 1-8 første ledd. Videre er det i dette vedtaket heller ikke foretatt en fordel-/ulempevurdering. Det blir dermed også vanskelig for Fylkesmannen, ombudsmannen og andre å kontrollere vedtakets lovlighet.

Undersøkelsen viser også at kommunen sjelden foretar atskilte vurderinger av de to vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd. I en rekke vedtak hvor kommunen har innvilget dispensasjon er kun ett av vilkårene nevnt. I andre vedtak blandes de to vilkårene sammen. Et eksempel på det siste fremgår av følgende sitat, fra et vedtak som gjaldt dispensasjon for tilbygg til fritidsbolig:

«Her kan vi da ikke se at hensynene bak bestemmelsene det må dispenseres fra eller hensynene i lovens formålsbestemmelser blir vesentlig tilsidesatt eller skadelidende. Så fordelene her er større enn ulempene.»

I en del vedtak har kommunen innvilget søknaden etter en «helhetlig vurdering», uten at det følger ytterligere begrunnelse eller vurdering knyttet til vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd. Lovgiver har ikke lagt opp til en slik «helhetlig vurdering». Det følger av bestemmelsens oppbygning at vesentlighetsvilkåret og fordel-/ulempevilkåret skal vurderes hver for seg. Vurderingstemaene er ulike, og det vil ofte være ulike hensyn som er relevante. Det er en alvorlig mangel ved kommunens vedtak at flere dispensasjonssøknader er innvilget uten at kommunen har vurdert vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd og i stedet har knyttet vurderingen opp til et annet vurderingstema enn det som fremgår av lovteksten.

Søk på SSBs nettside tilsier at Kragerø kommune har et høyt årlig antall dispensasjoner for tiltak i strandsonen sammenlignet med andre kystkommuner i områder med stort utbyggingspress. Dette kan indikere at kommunen i for liten grad benytter kommuneplanen og reguleringsplaner som styringsverktøy når det gjelder arealforvaltningen i strandsonen. Det er grunn til å minne om at lovgiver har ment at dispensasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven skal være en snever unntaksregel, som skal brukes med forsiktighet, og at det er forvaltning gjennom arealplanlegging som er hovedregelen. Det er etter dette tvil om kommunen benytter dispensasjonsbestemmelsen slik den er ment.

I merknadene til den foreløpige rapporten viste Kragerø kommune til at den største andelen av vedtakene er fattet i perioden før sammenslåing av fylkesmannsembetene i Vestfold og Telemark, og at kommunens håndhevelse av dispensasjonsbestemmelsen er et resultat av praksis som Fylkesmannen i Telemark godtok over flere år. Kommunen viste videre til at ulikhetene mellom Fylkesmannen i Telemark og Fylkesmannen i Vestfold har skapt store utfordringer for Kragerø etter at fylkesmannsembetene ble slått sammen i 2019. Kommunen understreket at den ikke mener å frasi seg ansvaret for tidligere praktisering, men påpekte at offentlige myndigheter likevel har et ansvar

for å veilede og påse at kommunen behandler dispensasjonssaker i tråd med overordnede rammer og forventninger. Til dette vil ombudsmannen bemerke at det er Kragerø kommune som etter loven skal avgjøre om vilkårene for dispensasjon er oppfylt i den enkelte saken. Undersøkelsen viste riktignok at Fylkesmannen i Telemark sjelden kom med negative uttalelser til dispensasjonssøknadene, og at dette endret seg etter sammenslåingen av fylkesmannsembetene i 2019. Ombudsmannen har derfor forståelse for at Kragerø kommune tidligere har lagt til grunn at deres praksis var i tråd med fylkesmannens syn. Likevel vil ombudsmannen understreke at selv om fylkesmannen ikke uttaler seg negativt til en dispensasjonssøknad, har kommunen et ansvar for at loven håndheves på korrekt måte i de sakene kommunen behandler.

Kragerø kommune viste også til at kommunen har relativt få fastboende innbyggere. Selv om byggesaksavdelingen etter det opplyste består av kun fire årsverk, og kapasiteten ikke samsvarer med det totale antallet byggesøknader som behandles, har kommunen likevel plikt til å vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt i hver enkelt sak. Som kommunen selv påpeker, vil det pågående arbeidet med å revidere gjeldende kommuneplan trolig redusere antallet dispensasjonssøknader i tiden som kommer.

Når det gjelder *avslagene*, mener ombudsmannen at over halvparten av vedtakene inneholder en tilfredsstillende vurdering av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. Under 10 % av vedtakene mangler helt en vurdering av vilkårene, og om lag 35 % av vedtakene har mangelfull begrunnelse. En sak som gjaldt ombygging og utvidelse av bod er et eksempel på at kommunen har tatt korrekt rettslig utgangspunkt:

«Imidlertid har ikke søker opplyst om allmenne fordeler ved tiltaket, det er kun anført at tiltaket medfører fravær av ulemper. Det er et absolutt vilkår for dispensasjon at de allmenne fordelene ved tiltaket er klart større enn ulempene. Bygningsmyndigheten kan ikke se at omsøkte tiltak medfører allmenne fordeler som klart overstiger ulempene.»

Her bruker kommunen lovens krav om klar overvekt av fordeler på riktig måte. Kommunes synes samlet sett å begrunne avslagene på dispensasjonssøknader bedre enn innvilgelsene, og begrunner avslagene i større grad med relevante hensyn.

4.2 Vesentlighetsvilkåret

I om lag 35 % av vedtakene har kommunen ikke knyttet noen bemerkninger til vesentlighetsvilkåret overhodet. I 40 % av vedtakene har kommunen kun konstatert at hensynene bak bestemmelsene det dispenseres fra ikke blir vesentlig tilsidesatt. En formulering som går igjen, er at «[t]iltaket vurderes til ikke å ha negativ betydning for de hensyn strandsonevernet skal ivareta». Kommunen har i de fleste tilfellene nøydt seg med denne konstateringen, uten å begrunne konklusjonen nærmere eller peke på hvilke hensyn som begrunner strandsonevernet og som, etter kommunens vurdering, ikke blir berørt av tiltaket.

Videre inneholder ingen vedtak en vurdering av om dispensasjonen vesentlig tilsidesetter hensynene i plan- og bygningslovens formålsbestemmelse, utover å konstatere at dispensasjonen ikke innebærer en slik tilsidesettelse.

I om lag halvparten av vedtakene er det søkt om dispensasjon fra både byggeforbudet i pbl. § 1-8 andre ledd og fra kommuneplanens LNFR-formål. Der det søkes om dispensasjon fra flere bestemmelser, må kommunen vurdere vesentlighetsvilkåret for alle bestemmelsene det søkes dispensasjon fra. Undersøkelsen viser at i vedtakene hvor det er gitt dispensasjon fra både

byggeforbudet i § 1-8 og LNFR-formålet i kommuneplanen, har kommunen i all hovedsak vurdert om tiltaket er i strid med strandsoneretten. Dermed er det gitt dispensasjon fra LNFR-formålet uten at kommunen har vurdert om hensynet bak arealformålet blir vesentlig tilsidesatt. Også i vedtakene der det er gitt dispensasjon fra andre bestemmelser, for eksempel andre arealformål eller bestemmelser i reguleringsplaner, har kommunen i de fleste tilfellene unnlatt å vurdere vesentlighetsvilkåret opp mot de enkelte bestemmelsene og de hensynene som begrunner disse bestemmelsene.

De overnevnte forholdene innebærer at kommunen i flertallet av vedtakene om innvilgelse av dispensasjonssøknadene ikke har foretatt den vurderingen av vesentlighetsvilkåret som pbl. § 19-2 andre ledd krever. I lys av det høye antallet dispensasjonsvedtak i kommunen er denne mangelen alvorlig.

Om lag 20 % av vedtakene inneholder kun en konstatering av at tiltaket ikke er til hinder for allmennhetens interesser, ettersom området allerede er privatisert, og at tiltaket ikke privatiserer området ytterligere. En slik konstatering fant vi i saker om gjaldt innvilgelse av dispensasjonssøknad for oppføring av gjerde, gangvei, uthus og anneks. Som det fremgår av punkt 3.2, er det ikke tilstrekkelig å henvise til at området allerede er privatisert. Kommunen har i disse vedtakene ikke foretatt en konkret vurdering av hvorvidt den nye utbyggingen vil medføre ytterligere belastning av området, slik bestemmelsen forutsetter. Kommunen synes heller ikke å ha vektlagt en eventuell risiko for at et større område blir ytterligere privatisert ved at mange små tiltak tillates over tid.

I mange vedtak har kommunen i vesentlighetsvurderingen vist til at dispensasjonen er i tråd med kommuneplanens retningslinjer. En formulering som går igjen, er at «tiltaket ligger innenfor de retningslinjene kommuneplanen gir for å kunne gi dispensasjon». Også i saker der Fylkesmannen har frarådet dispensasjon, har kommunen likevel ansett vilkårene for dispensasjon som oppfylt under henvisning til at dispensasjonen er i tråd med kommuneplanens retningslinjer for å kunne gi dispensasjon i området. Ut fra vedtakene er det uklart hva kommunen mener med sin henvisning til kommuneplanens retningslinjer, herunder om det vises til retningslinjer for behandling av dispensasjonssøknader eller retningslinjer for tillatt arealutnyttelse, som størrelsesbegrensning på boliger eller fritidsboliger. Ombudsmannen presiserer at vilkårene for dispensasjon fremgår av pbl. § 19-2 andre ledd. Kommunen har ikke hjemmel til å gi planbestemmelser eller -retningslinjer med strengere eller lempeligere vilkår for dispensasjon. Retningslinjer som angir hvilken praksis kommunen skal ha for å innvilge dispensasjonssøknader er bare relevante i vurderingen av «kan»-skjønn etter pbl. § 19-2 første ledd, som forutsetter at vilkårene for dispensasjon i andre ledd er oppfylt. Det er etter dette uklart om kommunen har tatt et riktig rettslig utgangspunkt for vesentlighetsvurderingen i disse sakene.

I flere saker peker kommunen på relevante momenter i sin vesentlighetsvurdering. Kommunen viser for eksempel i noen saker til at mindre tilbygg, som plasseres i bakkant av eksisterende bebyggelse slik at tilbygget ikke blir synlig fra sjøen, ikke vil føre til økt privatisering eller eksponering mot sjøen. Dette er utvilsomt relevant i vurderingen av vesentlighetsvilkåret. Ombudsmannen minner imidlertid om at kommunen alltid må vurdere slike momenter konkret, samt at andre relevante momenter kan trekke i motsatt retning.

Kommunen har i hovedsak begrunnet avslagsvedtakene med at vesentlighetsvilkåret ikke er oppfylt. Over halvparten av avslagene inneholder gode begrunnelser, der kommunen har vektlagt relevante hensyn. Ombudsmannen har merket seg at flere avslag er begrunnet med at en dispensasjon vil kunne medføre ytterligere privatisering av området. Dette viser at kommunen er bevisst på at også mindre tiltak kan medføre en ytterligere privatisering av et allerede utbyggt område.

Konklusjon

- Flertallet av vedtakene er mangelfulle og etterlater tvil om kommunen har foretatt en vesentlighetsvurdering i tråd med loven.
- Mange av vedtakene mangler en vurdering av vesentlighetsvilkåret. I andre vedtak har kommunen kun konstatert at vilkåret er oppfylt, uten at det er foretatt en konkret vurdering.
- Ingen vedtak inneholder en vurdering av om dispensasjonen innebærer vesentlig tilsidesettelse av lovens formål.
- Vesentlighetsvilkåret er drøftet tilfredsstillende i flertallet av vedtakene om avslag.

4.3 Vilkåret om klar overvekt av fordeler

I om lag halvparten av vedtakene har kommunen unnlatt å vise til noen konkrete fordeler ved å gi dispensasjon. I mange vedtak er ikke fordel-/ulempevilkåret nevnt, og i andre vedtak har kommunen kun konstatert at fordelene ved dispensasjonen er klart større enn ulempene uten å redegjøre nærmere for begrunnelsen. Som nevnt i punkt 3.3, er dispensasjon betinget av at kommunen kan påvise klar overvekt av konkrete areal- og ressursdisponeringshensyn. Det er heller ikke tilstrekkelig for å innvilge dispensasjon at ulempene er beskjedne. Når kommunen har unnlatt å vise til hvilke relevante fordeler ved dispensasjonen som innebærer at fordel-/ulempevilkåret er oppfylt, har ikke kommunen oppfylt sin begrunnelsesplikt etter fvl. §§ 24 og 25. Dermed er det tvil om disse vedtakene er gyldige.

I en betydelig del av vedtakene som nevner fordeler ved dispensasjonen, synes tiltakshaverens ønske om å få utføre tiltaket å være avgjørende for at fordelene er klart større enn ulempene. Herunder har kommunen i flere vedtak lagt vekt på hensyn av privatrettslig eller personlig art, eksempelvis å tilrettelegge for nye eiendomsgrenser eller for at tinglyste privatrettslige rettigheter blir oppfylt, eller ønske om mer lagringsplass for vannsportutstyr. Som nevnt i punkt 3.3, er tiltakshaverens ønske om å få utføre slike tiltak på eiendommen sjelden relevant i kommunens vurdering av om vilkårene for dispensasjon fra byggeforbudet er oppfylt. Det er areal- og ressursdisponeringshensyn som er relevante i vurderingen. Det er med andre ord forholdene på den omsøkte eiendommen som må vurderes konkret, ikke søkerens personlige ønsker og behov. I de tilfellene hvor tiltakshaverens ønsker og behov er eneste og avgjørende fordel i fordel-/ulempevurderingen, mener ombudsmannen det er tvilsomt at vilkåret om at fordelene er «klart større» enn ulempene er oppfylt.

I flere vedtak har kommunen uttalt at fordelene ved dispensasjonen er klart større enn ulempene, fordi hensynene bak bestemmelsene det dispenseres fra ikke blir vesentlig tilsidesatt eller skadelidende. Hensynet bak bestemmelsen det er søkt dispensasjon fra, vil kunne være relevant også i den samlede vurderingen av fordeler og ulemper ved dispensasjon. Ombudsmannen presiserer imidlertid at vesentlighetsvilkåret og fordel-/ulempevilkåret er to ulike vilkår som skal vurderes hver for seg, og at ulike hensyn kan gjøre seg gjeldende i de to vurderingene. Fordel-/ulempevilkåret er ikke oppfylt utelukkende fordi vesentlighetsvilkåret er oppfylt. Det er derfor tvil om fordel-/ulempevilkåret er oppfylt i disse sakene.

I om lag 10 % av vedtakene er dispensasjonen utelukkende begrunnet med at den omsøkte løsningen er like god eller bedre enn dagens løsning. Denne eventuelle fordelene er av generell art og vil trolig

gjelde for mange tiltak. Ombudsmannen kan vanskelig se at dette er et moment som kan ha avgjørende vekt i de vedtakene som er gjennomgått her.

I bare svært få av de innvilgede dispensasjonsvedtakene har kommunen nevnt noen ulemper ved dispensasjonen. I en sak som gjelder oppføring av to hytter, annekser, utvidelse av brygger og etablering av vann- og avløp, har kommunen ikke nevnt noen ulemper i vedtaket om innvilgelse av søknad om dispensasjon fra byggeforbudet i pbl. § 1-8. Andre eksempler der kommunen har unnlatt å nevne ulemper eller påpekt at tiltaket ikke medfører ulemper ved dispensasjon fra pbl. § 1-8, er vedtak om henholdsvis oppføring av jacuzzi og utedusj, tilbygg til fritidsbolig, utvidelse av brygge, og riving og oppføring av ny hytte med plattinger, trapper og uthus med plattinger. Ombudsmannen minner om at hensynene som begrunner bestemmelsene det er søkt om dispensasjon fra vil kunne være relevante ulemper i vurderingen. Plan- og bygningsloven § 1-8 er begrunnet i en rekke nasjonale interesser som kan være relevante ulemper i de enkelte dispensasjonssakene. På den bakgrunn har ombudsmannen vanskelig for å forstå at det ikke kan påvises ulemper ved så stort antall dispensasjoner for tiltak i strandsonen. I den forbindelse er det også grunn til minne om forvaltningens utredningsplikt i fvl. § 17. Det er tvilsomt om kommunen har utredet og beskrevet eventuelle ulemper ved dispensasjonene tilstrekkelig.

Som redegjort for i punkt 3.3, er ikke fravær av ulemper tilstrekkelig til at vilkåret er oppfylt. I om lag 15 % av vedtakene har kommunen likevel angitt fravær av ulemper i fordel-/ulempevurderingen, og i flere av sakene synes dette å være avgjørende moment for dispensasjonen. Det er i disse sakene tvilsomt om fordel-/ulempevilkåret er oppfylt, og dermed om vedtakene er gyldige.

Konklusjon

- Flertallet av vedtakene er mangelfulle og etterlater tvil om kommunen har foretatt en fordel-/ulempevurdering.
- Flertallet av vedtakene mangler beskrivelse av relevante fordeler, slik loven krever.
- Mange vedtak er begrunnet med hensyn som ikke er relevante eller har liten vekt i fordel-/ulempevurderingen.
- I enkelte vedtak har kommunen angitt fravær av ulemper som begrunnelse for at fordel-/ulempevilkåret er oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig til å oppfylle fordel-/ulempevilkåret.
- Det er tvil om kommunen har utredet og beskrevet eventuelle ulemper ved dispensasjonene tilstrekkelig.

4.4 Oversendelse til – og uttalelse fra – andre myndigheter

I drøyt halvparten av de innvilgende dispensasjonene fremgår det at søknaden har vært sendt på høring til Fylkesmannen i Telemark (Fylkesmannen i Vestfold og Telemark fra og med 1. januar 2019). Kommunen har sjelden gitt en begrunnelse for hvorfor de øvrige sakene ikke er sendt til Fylkesmannen for uttalelse. I merknadene til den foreløpige rapporten skrev Kragerø kommune at sakene som ikke ble oversendt Fylkesmannen i hovedsak, gjaldt tiltak som innebærer søknader om tilkobling til kommunalt vann- og avløpsnett. Kommunen viste til at disse sakene bevisst ikke ble oversendt med bakgrunn i tilbakemeldinger fra Fylkesmannen i Telemark, der denne praksisen ble akseptert. Ombudsmannen ser at det kan være hensiktsmessig at kommunen i samråd med Fylkesmannen blir enige om hva slags dispensasjonssaker som kan avgjøres uten at søknaden sendes på høring. Ombudsmannen vil samtidig bemerke at undersøkelsen viser at også en rekke andre dispensasjonssøknader enn de som gjaldt tilkobling til kommunalt vann- og avløpsnett heller ikke ble oversendt Fylkesmannen til uttalelse. Som det fremgår av plan- og bygningslovens forarbeider, er

«foreleggningen [...] viktig for å sikre at nasjonale og viktige regionale interesser blir ivaretatt».²⁶ I lys av dette formålet, og av hensyn til kommunens plikt til å opplyse saken tilstrekkelig etter fvl. § 17, mener ombudsmannen at flere av sakene skulle vært sendt på høring. I sakene som ikke oversendes til statlige myndigheter, bør kommunen begrunne i vedtaket hvorfor saken ikke er sendt på høring.

I perioden 2016–2018 uttalte Fylkesmannen i Telemark seg negativt til dispensasjon i fire av sakene der kommunen innvilget dispensasjonssøknaden. I 2019 uttalte Fylkesmannen i Vestfold og Telemark seg negativt til dispensasjon i 13 av sakene der kommunen innvilget dispensasjonssøknaden. Kommunen har i liten grad begrunnet hvorfor dispensasjonssøknadene er innvilget til tross for frarådingen, utover å vise til at dispensasjon er i tråd med retningslinjene i kommuneplanen. Ettersom pbl. § 19-2 fjerde ledd slår fast at kommunen ikke bør innvilge dispensasjonssøknader som Fylkesmannen har uttalt seg negativt om, forutsetter ombudsmannen at kommunen i vedtaket angir hvilke konkrete hensyn som likevel taler for at dispensasjon skal gis. Ettersom det mangler en slik begrunnelse i de fleste vedtakene der kommunen har innvilget dispensasjonssøknaden til tross for Fylkesmannens fraråding, er ombudsmannen i tvil om kommunen har lagt tilstrekkelig vekt på Fylkesmannens uttalelser i sakene.

I enkelte vedtak fra 2019, der Fylkesmannen i Vestfold og Telemark har frarådet dispensasjon, har kommunen begrunnet vedtakene med at Fylkesmannen i Vestfold og Telemark har en strengere dispensasjonspraksis enn Fylkesmannen i Telemark hadde før 2019, og at kommunen ikke ønsker å endre sin dispensasjonspraksis. Kommunen har også skrevet at et avslag vil innebære en forskjellsbehandling fra andre tiltakshavere som tidligere har fått innvilget lignende søknader. Som eksempel kan det vises til en sak som gjaldt utvidelse av et fritidshus. Fylkesmannen frarådet dispensasjon, ettersom tiltaket kom i «alvorlig konflikt med nasjonale interesser», og fordi det «ikke er pekt på fordeler for de allmenne interesser». Fylkesmannen viste videre til at en dispensasjon her «er egnet til å skape presedens og slik svekke byggeforbudet». I dispensasjonsvedtaket kommenterte kommunen dette slik:

«Bygningsmyndighetene vil påpeke at tiltaket er innenfor de retningslinjene kommuneplanens arealdel gir for å kunne gi dispensasjon. Denne praksisen har vi hatt gjennom flere år, og har allerede skapt presedensen som Fylkesmannen frykter i sitt brev. Det er praksisen til Fylkesmannen som har endret seg, siden vi tidligere ville fått positiv tilbakemelding fra Fylkesmannen på lignende tiltak. Kragerø kommunes kommuneplan er nylig blitt revidert, uten at Fylkesmannen hadde innsigelse på dette punktet. Bygningsmyndighetene kan, på bakgrunn av ovenstående, ikke se at man har mulighet for å endre sin praksis, da dette vil være forskjellsbehandling av tiltak av tilsvarende karakter som bygger på samme lovverk og samme kommuneplan.»

Slik Fylkesmannens uttalelser er gjengitt i kommunens vedtak, synes Fylkesmannens negative uttalelser i hovedsak å knytte seg til om tiltaket oppfyller vilkårene for dispensasjon, jf. pbl. § 19-2 andre ledd. Som det fremgår i punkt 3.1, er ikke en anførsel om usaklig forskjellsbehandling relevant ved vurderingen av om vilkårene for om dispensasjon er oppfylt. Kommunen synes dermed å ha tatt et feil rettslig utgangspunkt når de har lagt til grunn at kommunen vil utøve usaklig forskjellsbehandling hvis kommunen følger Fylkesmannen i Vestfold og Telemarks anbefaling om å avslå søknaden.

²⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 242.

Konklusjon

- Flere saker skulle vært oversendt Fylkesmannen på høring.
- Kommunen har sjelden begrunnet konkret hvorfor dispensasjonssøknadene er innvilget til tross for Fylkesmannens fraråding, og det er derfor tvil om kommunen har lagt tilstrekkelig vekt på Fylkesmannens uttalelser.
- Kommunen har tatt feil rettslig utgangspunkt når den har lagt til grunn at kommunen vil utøve usaklig forskjellsbehandling hvis kommunen følger Fylkesmannen i Vestfold og Telemarks anbefaling om å avslå søknaden.

4.5 Statlige og regionale rammer og mål

I henhold til Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen punkt 5.1 og 5.2, ligger Kragerø kommune i området med størst press og omfattes av de strengeste bestemmelsene i retningslinjene. Kommunen har likevel i svært få vedtak vist til planretningslinjene. Kommunen har heller ikke vurdert vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd i lys av Regjeringens og Stortingets målsetning om en streng dispensasjonspraksis i områder med stort utbyggingspress for å forhindre en gradvis nedbygging av strandsonen.

Det er således vanskelig å se at statlige og regionale rammer og mål er tillagt «særlig vekt», som pbl. § 19-2 fjerde ledd krever. Denne mangelen ved vedtakene er en saksbehandlingsfeil som kan føre til ugyldighet.

Konklusjon

- Kommunen har kun i et fåtall saker vist til Regjeringens og Stortingets målsetninger for strandsonen. Det reiser tvil om disse er vektlagt som forutsatt.
- Kommunen har kun i et fåtall saker vist til Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen. Det reiser tvil om disse er vektlagt som forutsatt.

4.6 Kommunens «kan»-skjønn

Ingen av vedtakene der kommunen har kommet til at begge vilkårene for dispensasjon er oppfylt, inneholder en separat vurdering av om dispensasjon skal gis, som kan skilles fra den rettslige vurderingen av vilkårene. Det er en mangel ved alle Kragerø kommunes vedtak om innvilgelse av dispensasjon at kommunen ikke synes å ha foretatt den vurderingen som kreves i pbl. § 19-2 første ledd. Det fremstår med andre ord som at kommunen automatisk gir dispensasjon dersom de rettslige vilkårene er oppfylt. Loven forutsetter at kommunen også skal vurdere om det bør gis dispensasjon og angi de avgjørende hensyn i denne vurderingen.

Når kommunen ikke har nevnt de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av skjønn, er det vanskelig for ombudsmannen å kontrollere om kommunens skjønnsutøvelse ligger innenfor de rammene som myndighetsmisbrukslæren setter. Ombudsmannen har derfor ikke hatt anledning til å vurdere Kragerø kommunes skjønnsutøvelse etter pbl. § 19-2 første ledd.

Konklusjon

- Kommunens vurderinger etter § 19-2 første og andre ledd må holdes atskilt i vedtakene.
- Kommunens «kan»-vurdering etter § 19-2 første ledd mangler i samtlige vedtak.

5. Ombudsmannens anbefalinger

Ombudsmannen understreker at Kragerø kommune i fremtiden må sikre at de oppfyller de lovbestemte kravene som følger av pbl. § 19-2. Dette innebærer at kommunen må vurdere både vesentlighetsvilkåret og fordel-/ulempevilkåret i dispensasjonsvedtakene. Vilkårene må vurderes hver for seg. Videre skal det fremgå hvilke bestemmelser det er søkt dispensasjon fra og hvilke hensyn bestemmelsene skal ivareta. Gjelder søknaden dispensasjon fra flere bestemmelser, må kommunen som hovedregel vurdere vesentlighetsvilkåret for hver bestemmelse. I tillegg må kommunen vurdere om hensynene bak plan- og bygningslovens formålsbestemmelse blir vesentlig tilsidesatt. De relevante momentene som kommunen vektlegger, skal fremgå av vedtaket.

Videre må det fremgå av fordel-/ulempevurderingen hvilke relevante fordeler og ulemper kommunen har vektlagt. Ombudsmannen minner om at det først og fremst er areal- og ressursdisponeringshensyn som utgjør relevante fordeler.

Ombudsmannen mener videre at kommunen i fremtiden må begrunne sine vedtak vesentlig bedre. Der dispensasjonssøknaden blir innvilget, skal det fremgå av vedtaket at, og hvordan, kommunen har vurdert begge vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd. I disse tilfellene må kommunen også vurdere om dispensasjon skal gis, jf. pbl. § 19-2 første ledd. Ombudsmannen minner om at en anførsel om usaklig forskjellsbehandling bare er relevant i denne vurderingen, og ikke i vurderingen av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt etter andre ledd.

Kommunen må også legge særlig vekt på statlige rammer og mål, herunder de statlige retningslinjene for strandsonen. Det skal fremgå av vedtaket hvordan slike hensyn er vektlagt. Der Fylkesmannen har uttalt seg negativt om søknaden, følger det av loven at kommunen ikke bør gi dispensasjon.

Det er positivt at Kragerø kommune har styrket byggesaksavdelingens juridiske kompetanse og lagt om praksis i tråd med lovens krav. Der er også positivt at kommunen vil revidere kommuneplanens arealdel med sikte på å redusere antallet dispensasjonssøknader i fremtiden.

Oslo, 15.01.2021

Hanne Harlem
sivilombudsman