

Betydningen av en dispensasjons konsekvenser for behandlingen av senere dispensasjonssøknader

25.10.2022 (2022/1042)

På bakgrunn av en utbredt og uklar forvaltningspraksis valgte ombudet av eget tiltak og på generelt grunnlag å undersøke et spørsmål knyttet til dispensasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 19-2 med Kommunal- og distriktsdepartementet. Temaet for undersøkelsen var om forvaltningen, i vurderingen av om det skal gis dispensasjon til et konkret tiltak, kan legge vekt på hvilken betydning en innvilgelse vil kunne få for fremtidige dispensasjonsvurderinger, og i tilfelle hvilket vurderingstema i plan- og bygningsloven § 19-2 et slikt hensyn kan knyttes til.

Ombudet kom til at risikoen for at en dispensasjon i en sak vil kunne forplikte bygningsmyndighetene i fremtidige saker er relevant i «kan»-vurderingen av om dispensasjon skal gis etter § 19-2 første ledd. Dette stiller seg annerledes ved vurderingen av om hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra blir vesentlig tilsidesatt og om fordelene ved dispensasjonen er klart større enn ulempene, jf. § 19-2 andre ledd. I denne vurderingen etter andre ledd er det på generelt grunnlag ikke relevant å legge vekt på at den aktuelle dispensasjonen som er til behandling kan påvirke fremtidige dispensasjonsvurderinger.

Sakens bakgrunn

Plan- og bygningsloven legger opp til at kommunenes arealdisponering skal skje gjennom kommuneplaner og reguleringsplaner. Plan- og bygningsloven (pbl.) §§ 19-1 gir likevel anledning for en tiltakshaver til å søke om dispensasjon fra bestemmelser i plan- og bygningsloven, samt forskrifter eller kommunens planer gitt i medhold av loven. Pbl. § 19-2 gir forvaltningen en mulighet til å gi dispensasjon etter første ledd. I andre ledd oppstilles imidlertid to vilkår som må være oppfylt for at dispensasjon kan gis. For det første kan ikke dispensasjonen gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, hensynene i lovens formålsbestemmelse eller nasjonale eller regionale interesser blir vesentlig tilsidesatt. For det andre må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene.

Det er klart at vilkårene for å kunne gi dispensasjon etter pbl. § 19-2 andre ledd er underlagt rettsanvendelsesskjønn, som styres av rettskildeprinsippene. Videre er det klart at vurderingen av om kommunen skal gi dispensasjon etter første ledd, dersom vilkårene i andre ledd er oppfylt, er såkalt fritt skjønn. Dette skjønnet er begrenset av blant annet forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.

Ombudet behandler hvert år mange klager over vedtak truffet med hjemmel i dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2. I en rekke vedtak som gjelder avslag på søknad om dispensasjon har kommuner og statsforvaltere lagt vekt på noe som omtales som enten «presedenshensyn» eller «konsekvenshensyn». Uavhengig av hvilket begrep som er brukt, er essensen at forvaltningen, på tilsynelatende varierende måter, har lagt vekt på at det vil kunne få konsekvenser for mulige fremtidige dispensasjonssøknader dersom de innvilger den konkrete søknaden som er til behandling.

Ombudet har imidlertid sett en uensartet praksis når det gjelder hvilket vurderingstema i dispensasjonsbestemmelsen et slikt moment knyttes til. Det er også uklart på hvilken måte forvaltningen har ment at en innvilgelse av en dispensasjonssøknad har betydning for senere saker.

Ombudet har blant annet sett eksempler på at forvaltningen har lagt vekt på betydningen for senere saker i vurderingen av om hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra blir vesentlig tilsidesatt og om fordelene ved å gi dispensasjon er klart større enn ulempene, jf. andre ledd. Forvaltningen synes ikke å ha vurdert hvilken betydning det har for relevansen av argumentet at vilkårene i andre ledd er rettsanvendelse og at vurderingen av om dispensasjon skal gis etter første ledd er fritt skjønn.

Slik praksis kan det stilles spørsmål ved. Ombudet fant derfor grunn til å undersøke det rettslige grunnlaget for enkelte sider av denne praksisen av eget tiltak og på generelt grunnlag med Kommunal- og distriktsdepartementet.

Våre undersøkelser

Innledningsvis i undersøkelsen presiserte vi at undersøkelsen dreide seg om hvilke vurderinger av mulige konsekvenser fremover i tid som er relevante i en dispensasjonsvurdering for et konkret tiltak. Undersøkelsen gjaldt ikke de tilfellene der man i en sak viser til forvaltningspraksis

eller andre saker tilbake i tid som grunnlag for at vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er oppfylt eller at dispensasjonssøknaden skal innvilges etter første ledd.

Vi ba departementet redegjøre nærmere for om det er relevant å legge vekt på betydningen en dispensasjon vil kunne få for innvilgelse av fremtidige søknader om dispensasjon, når forvaltningen vurderer om det skal gis dispensasjon i saken som er til behandling. Videre ba vi departementet redegjøre for i hvilke deler av dispensasjonsvurderingen dette momentet eventuelt er relevant.

Departementet svarte at det å legge vekt på følgene en dispensasjon kan få for lignende saker i fremtiden er et utslag av forbudet mot usaklig forskjellsbehandling (likhetsprinsippet) i forvaltningen. Departementet beskrev dette nærmere slik:

«Departementet mener generelt at det er viktig at man er oppmerksom på den presedensvirkningen som en dispensasjon kan innebære, for å forhindre at arealplaner gradvis (bit for bit) blir helt undergravd. Vi understreker likevel at en gitt dispensasjon ikke automatisk vil føre til at forvaltningen er bundet til å innvilge senere dispensasjonssøknader. I løpet av den tiden som har gått fra den første dispensasjonen ble gitt, kan plangrunnlaget ha endret seg, eller det kan ha skjedd en innstramming i planretningslinjer el.l. Det skal også svært mye til før to eller flere saker kan anses for å være helt like. Så lenge det foreligger relevante ulikheter, vil en forskjellsbehandling kunne være saklig/rimelig.»

Departementet skrev videre at det må vurderes konkret hvilken betydning en dispensasjon vil kunne få for å få innvilget dispensasjonssøknader i fremtidige saker, og at det må være en reell mulighet for at lignende dispensasjonssøknader vil bli fremmet i fremtiden. Rent hypotetiske antagelser om lignende dispensasjonssøknader, uten grunnlag i virkeligheten, vil etter departementets syn, ikke være tilstrekkelig for å «avslå en dispensasjonssøknad».

Etter departementets vurdering er det mest aktuelt å legge vekt på faren for at det skapes en forventning om dispensasjon i fremtidige saker, ved «kan»-vurderingen etter § 19-2 første ledd første punktum. Departementet mente momentet bør inngå i kommunens «kan»-vurdering, for å unngå at dispensasjoner over tid undergraver arealplaner.

Når det gjelder de lovbestemte vilkårene i § 19-2 andre ledd, mente departementet at selv om utgangspunktet er at et tiltak skal vurderes konkret, kan det ikke utelukkes at momentet kan være relevant i vurderingen av begge vilkårene i andre ledd. For vilkåret om at hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra og hensynene i lovens formålsbestemmelse og nasjonale og regionale interesser ikke må bli vesentlig tilsidesatt ved en dispensasjon, vil dette særlig gjelde i saker som reiser «viktige prinsipielle spørsmål, og som berører miljøet og samiske interesser».

Som støtte for at momentet kan være relevant ved vurderingen av dette vilkåret i annet ledd, viste departementet til merknadene til dispensasjonsbestemmelsen i Prop. 169 L (2020–2021) Endringer i plan- og bygningsloven m.m. (regional plan, dispensasjon m.m.). Disse er nærmere omtalt i punkt 5.

Som støtte for at mulige konsekvenser framover i tid også er relevant ved vurderingen av om fordelene ved dispensasjonen er klart større enn ulempene, viste departementet først til at vurderingen etter § 19-2 andre ledd andre punktum er utpreget skjønnsmessig og har visse likhetstrekk med «kan»-vurderingen etter første ledd første punktum. Viktigere var det imidlertid at departementet mente det vil være uheldig å avgrense «ulempene» på en slik måte at de konsekvensene en dispensasjon vil kunne få for liknende saker i fremtiden, ikke var relevant. Dette begrunnet departementet med at mange byggetiltak etter plan- og bygningsloven isolert sett har små virkninger for omgivelsene, slik at ulempen ved mange tiltak hovedsakelig er knyttet til den samlede effekten/fremtidige konsekvenser dersom det gis mange dispensasjoner. Hvis fremtidige konsekvenser av en dispensasjon faller utenfor rettsanvendelsesskjønnet i § 19-2 andre ledd andre punktum, og dermed domstolenes kontroll med vilkårene, vil det etter departementets mening svekke ivaretagelsen av areal- og ressursdisponeringshensyn i kommunene. Departementet viste til ulike kilder til støtte for sitt syn.

Ombudet har mottatt innspill til problemstillingen fra Jakob Bakka og Statsforvalteren i Vestland.

Sivilombudets syn på saken

1. Innledning og problemstilling

Det overordnede temaet for ombudets undersøkelse er dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2.

Etter § 19-2 første ledd «kan» kommunen gi midlertidig eller varig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av plan- og bygningsloven. De nærmere vilkårene for å kunne gi dispensasjon fremgår av andre ledd:

«Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, hensynene i lovens formålsbestemmelse eller nasjonale eller regionale interesser, blir vesentlig tilsidesatt. Fordelene ved å gi dispensasjon skal være klart større enn ulempene.»

Dersom begge vilkårene i andre ledd er oppfylt, gir altså første ledd kommunen mulighet til, men ikke plikt til å gi dispensasjon, jf. ordlyden «kan». Det er følgelig ingen som har krav på dispensasjon.

I flere saker ombudet har hatt til behandling, har forvaltningen vist til at innvilgelse av en dispensasjonssøknad medfører risiko for at eventuelle senere tiltakshavere kan påberope seg tidligere innvilgelser som grunnlag for å få innvilget sine dispensasjonssøknader, og at en innvilgelse vil kunne medføre en praksis som binder kommunen til en gradvis, men uønsket utbygging av et område.

I retts- og forvaltningspraksis brukes både «presedenshensyn» og «konsekvenshensyn» som betegnelse på de hensyn som vektlegges. Uttrykkene har i seg selv ikke presise innhold, og det går sjelden fram hva som mer bestemt er ment. I denne uttalelsen brukes derfor ikke begrepene presedens- eller konsekvenshensyn.

Det er flere måter man kan se for seg at en innvilgelse av en dispensasjonssøknad kan påvirke fremtidige dispensasjonsvurderinger. Mest aktuelt er at dispensasjonsvedtaket kan tenkes å bli påberopt som grunnlag for en anførsel om usaklig forskjellsbehandling i en fremtidig dispensasjonssak. Et første spørsmål er om en slik fare for fremtidig usaklig forskjellsbehandling er relevant i vurderingen av om det skal gis dispensasjon til et konkret tiltak, og i tilfelle om et slikt hensyn kan vektlegges både i vurderingen etter § 19-2 første og andre ledd. Det er videre spørsmål om det kan legges vekt på andre mulige virkninger for fremtidige dispensasjonsvurderinger. For at slike hensyn skal være relevante, er det etter ombudets syn en forutsetning at det foreligger en risiko for at forvaltningen i en fremtidig avgjørelse kan bli bundet til et resultat som ikke er ønskelig.

Det er enkelte vurderinger knyttet til dispensasjonsbestemmelsen som kan tenkes å berøre forhold fremover i tid som faller utenfor den problemstillingen ombudet behandler her. Det gjelder for det første tilfeller hvor bestemmelsen det søkes dispensert fra i seg selv legger opp til en vurdering av det omsøkte tiltakets langsiktige konsekvenser, for eksempel tiltakets miljøvirkninger over tid. For det andre kan det kanskje tenkes spesielle tilfeller der hensynet bak en bestemmelse uttrykkelig legger opp til en vurdering av den fremtidige utviklingen av et gitt område. Det vil i så fall bero på en tolkning av bestemmelsen det søkes dispensert fra om en slik fremtidsrettet vurdering er relevant. Begge disse tilfellene skiller seg fra spørsmålet om det generelt er adgang til å legge vekt på hensynet til at den aktuelle dispensasjonen som er til behandling kan påvirke fremtidige dispensasjonsvurderinger. Det er bare det siste som har vært temaet i denne undersøkelsen.

2. Rettslige utgangspunkt

For den videre drøftelsen er det nødvendig å først redegjøre for hvilke rettslige rammer som gjelder for henholdsvis vurderingen av vilkårene for dispensasjon i pbl. § 19-2 andre ledd og «kan»-vurderingen i første ledd.

Det går klart fram av forarbeidene til pbl. § 19-2 at vurderingen av vilkårene i andre ledd er rettsanvendelsesskjønn, som domstolene kan prøve fullt ut, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) punkt 5.7.2.5 og punkt 6.19. Forvaltningens rettsanvendelse, altså vurdering av om vilkårene i andre ledd er oppfylt, styres derfor av de alminnelige rettskildeprinsippene. Se her blant annet Graver, Alminnelig forvaltningsrett (4. utg. 2015) side 238, som skriver at «[s]om hovedregel kan vi si at de vanlige prinsipper for lovtolkning i rettskildelæren er avgjørende for rettsanvendelsesskjønnet». Forvaltningen står derfor ikke fritt til å velge hvilke hensyn som er relevante i vurderingen eller hvilken vekt de ulike hensynene har når de skal vurdere om vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er oppfylt – dette styres av rettskildeprinsippene.

Av de samme forarbeidene går det fram at «kan»-vurderingen etter første ledd er såkalt fritt skjønn. Kommunen har derfor i utgangspunktet stor frihet til å velge om dispensasjonssøknaden skal innvilges (forutsatt at vilkårene i andre ledd er oppfylt) eller avslås, og kommunens skjønnsutøvelse etter første ledd kan romme et bredt spekter av hensyn, herunder politiske synspunkter. Statsforvalteren skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved sin overprøving av kommunens skjønnsutøvelse, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum. At «kan»-vurderingen er fritt skjønn, innebærer endelig at domstolens overprøving er begrenset.

Kommunens skjønnsutøvelse etter pbl. § 19-2 første ledd må imidlertid holde seg innenfor visse rettslige rammer, se blant annet Ekchoff/Smith, Forvaltningsrett (12. utg. 2022) side 381. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er en av disse begrensingene i kommunens skjønnsutøvelse. Spørsmålet om en avgjørelse er i strid med forbudet mot usaklig forskjellsbehandling må vurderes opp mot forvaltningsorganets skjønnsutøvelse i tidligere avgjorte saker.

Ombudet har i uttalelse 30. november 2017 (SOM-2017-1231) konkludert med at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling ikke har en plass i vurderingen av om de rettslige vilkårene i andre ledd er oppfylt. Ombudet viste til at vurderingen av vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er rettsanvendelse, og dermed styrt av de alminnelige rettskildeprinsippene.

I Rt. 2007 s. 302 uttalte Høyesterett at det gjelder et krav til likebehandling også i andre saker enn de som gjelder fritt skjønn. Standpunktet er videreført i HR-2019-273-A, men Høyesteretts uttalelser der er mer forbeholdne. Begge dommene knytter seg til skatterettens område, henholdsvis spørsmål om arbeidsgiveravgift og etterberegning av utgående merverdiavgift. I juridisk teori synes både den rettslige kategoriseringen, rekkevidden og det nærmere innholdet av Høyesteretts uttalelser å være omdiskuterte, se blant annet Stub, «Gjelder det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling ved lovtolkning?», Uten sammenligning – Festskrift til Eivind Smith 70 år, s. 563-598. Ombudet finner ikke grunn til å gå nærmere inn på samtlige spørsmål dommene reiser her. Etter ombudets syn gir dommene uansett ikke tilstrekkelige holdepunkter for å oppstille en generell rettsregel tilsvarende forbudet mot usaklig forskjellsbehandling for rettsanvendelsesskjønnet i plan- og bygningslovens dispensasjonsbestemmelse.

3. Utgangspunkt: Relevant i «kan-skjønnet i første ledd

Spørsmålet er så om det i «kan»-vurderingen etter første ledd er relevant å vektlegge en risiko for at en innvilgelse vil kunne bidra til en praksis som binder kommunen til en gradvis, men uønsket senere utbygging av et område. Som nevnt tidligere, virker en slik argumentasjon først og fremst å være knyttet til risikoen for at kommunen i fremtiden vil kunne bli møtt med at et eventuelt avslag vil innebære usaklig forskjellsbehandling.

Å forhindre en uønsket utvikling eller utbygging av et område, må anses å være i kjernen av kommunens styring av arealutnyttelsen. I «kan»-vurderingen i første ledd må det dermed være et saklig hensyn å legge vekt på risikoen for at det kan etablere seg en praksis som kan innebære at et senere avslag etter første ledd kan bli rammet av forbudet mot usaklig

forskjellsbehandling. Etter ombudets syn må kommunen kunne avslå en søknad om dispensasjon med hjemmel i første ledd, dersom kommunen frykter å binde seg til en praktisering av første ledd som medfører en uønsket gradvis utvikling eller utbygging av et område.

Ombudet bemerker for ordens skyld at kommunen kan forskjellsbehandle saker i vurderingen av første ledd, dersom forskjellsbehandlingen beror på saklige hensyn. Det er bare den usaklige forskjellsbehandlingen som er forbudt. Kommunen kan også endre sin generelle dispensasjonspraksis etter § 19-2 første ledd for fremtidige saker, se blant annet Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (12. utg. 2022) på side 423.

4. De rettslige vilkårene for dispensasjon i andre ledd – utgangspunkt

I de fleste sakene ombudet har hatt til behandling hvor forvaltningen har vektlagt risikoen for å bli bundet fremover i tid, har forvaltningen ikke knyttet hensynet opp til skjønnsutøvelsen etter første ledd, men til den konkrete vurderingen av om vilkårene for dispensasjon i andre ledd er oppfylt. Det er imidlertid sjelden omtalt på hvilken måte forvaltningen har ment at dette er et relevant hensyn under de enkelte vurderingstemaene i andre ledd i den konkrete saken.

Spørsmålet er først om det er grunnlag for å utvide utgangspunktet i punkt 3, slik at risikoen for en fremtidig anførsel om usaklig forskjellsbehandling etter første ledd ikke bare er relevant i «kan»-skjønnen etter første ledd, men også i vurderingen av om vilkårene for dispensasjon i andre ledd er oppfylt i den konkrete saken som er til behandling.

Som tidligere nevnt, er en anførsel om usaklig forskjellsbehandling forbeholdt skjønnsutøvelsen i første ledd og har ikke plass i vurderingen av de rettslige vilkårene i andre ledd. Etter ombudets syn er en naturlig konsekvens av dette at heller ikke en vurdering av om kommunen i fremtiden kan bli bundet av usaklig forskjellsbehandling hører hjemme i vurderingen av de rettslige vilkårene. Det kan derfor ikke være en relevant ulempe ved den rettslige vurderingen etter andre ledd at kommunen i fremtiden kan bli bundet til et bestemt resultat i rettsanvendelsen som følge av forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, slik departementet synes å åpne for.

Dernest er spørsmålet om det i vurderingen av vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er relevant å vektlegge en risiko for at vilkårene for dispensasjon lettere vil anses oppfylt i senere saker dersom vilkårene anses oppfylt i den konkrete saken som er til behandling.

Slik ombudet ser det, er det særlig to måter en innvilget dispensasjon kan tenkes å påvirke fremtidige vurderinger av dispensasjonsvilkårene i andre ledd. For det første kan den innvilgede dispensasjonen bidra til at det utvikler seg en forvaltningspraksis som utgjør en relevant rettskildefaktor ved fremtidige tolkninger av planer eller bestemmelser i plan- og bygningsloven med tilhørende forskrifter. For det andre kan en innvilget dispensasjon endre de faktiske forholdene i et område, slik at senere dispensasjonsvurderinger må bygge på de nye faktiske forholdene som foreligger på det enkelte vedtakstidspunktet. Over tid kan området endre karakter, slik at dispensasjonsvilkårene lettere blir oppfylt, for eksempel ved at den gjeldende planen blir uthulet.

Ombudet kan imidlertid ikke se at risikoen for noen av disse fremtidige virkningene av et dispensasjonsvedtak er et relevant hensyn i vurderingen etter andre ledd. Argumentasjonen synes å bygge på en forutsetning om at kommunen i en fremtidig dispensasjonsvurdering kan bli bundet til et resultat som ikke er ønskelig. Som nevnt foran, kan kommunen avslå en dispensasjonssøknad med hjemmel i første ledd, dersom avslaget er begrunnet med saklige hensyn. Kommunen kan derfor stoppe en uønsket utvikling av et område med hjemmel i første ledd ved å endre sin generelle praktisering av første ledd. Kommunen vil dermed aldri være bundet til å innvilge en dispensasjonssøknad som følge av at vilkårene i andre ledd er oppfylt. Det synes derfor ikke å være noen risiko for at kommunen blir bundet til et bestemt resultat i eventuelle fremtidige dispensasjonsvurderinger som følge av at kommunen kommer til at vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er oppfylt i den konkrete saken som er til behandling.

Når forvaltningen vurderer om vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er oppfylt, synes det på denne bakgrunn ikke å være rom for å vektlegge en risiko for at dispensasjonsvilkårene lettere vil anses oppfylt i senere saker dersom vilkårene blir oppfylt i den konkrete saken som er til behandling.

5. Relevant i de rettslige vilkårene for dispensasjon? Gjennomgang av rettskildene

Etter gjennomgangen foran, synes utgangspunktet å være at det ikke er relevant å vektlegge virkningene for mulige fremtidige dispensasjonssaker i vurderingen av de rettslige vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd. Departementets svar på ombudets spørsmål og enkelte rettskilder synes imidlertid å bygge på et annet standpunkt. Spørsmålet for den videre drøftelsen er om disse rettskildene gir grunnlag for at en mulig betydning for fremtidige dispensasjonssaker på ulike måter likevel kan være relevant i vurderingen av om vilkårene i andre ledd er oppfylt.

Ombudet vil først vurdere dette ut fra ordlyden, så enkeltuttalelser i for- og etterarbeider og deretter ut fra utvalgt retts- og ombudspraksis. Avslutningsvis vurderes enkelte reelle hensyn fremhevet av departementet.

Ordlyd

Vurderingstemaet i det første vilkåret i pbl. § 19-2 andre ledd er gitt i lovteksten; den konkrete dispensasjonen skal vurderes opp mot hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra og i lovens formålsbestemmelse, og mot nasjonale og regionale interesser.

Det finnes et vidt spekter av planbestemmelser og bestemmelser i plan- og bygningsloven som tiltakshavere kan søke om dispensasjon fra. Når det gjelder vurderingen av hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, vil derfor de konkrete hensynene som skal vurderes variere ut ifra hvilke bestemmelser og hvilke faktiske forhold dispensasjonssøknaden gjelder. Hensyn som begrunner ulike bestemmelser kan eksempelvis være å ivareta lysforhold, luft mellom bygninger, brannsikkerhet, naturmangfold, friluftsliv og barn og unges levevilkår. Ut ifra ordlyden er det de konkrete hensynene som den aktuelle bestemmelsen gir anvisning på som skal vurderes opp mot den faktiske situasjonen i den konkrete saken som er til behandling. Ordlyden

synes ikke å legge opp til å ta hensyn til om vurderingen får betydning for at senere dispensasjonssøknader kan bli innvilget.

Lovteksten viser også til at dispensasjonen ikke må vesentlig tilsidesette hensynene i lovens formålsbestemmelse eller nasjonale eller regionale interesser. I dette ligger det enkelte fremtidsrettede vurderinger. Dette gjelder særlig pbl. § 1-1 første ledd om at loven skal «fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner», og fjerde ledd andre punktum om at det skal «legges vekt på langsiktige løsninger». Som nevnt i punkt 1 er imidlertid langsiktige virkninger av det konkrete tiltaket dispensasjonsvurderingen gjelder noe annet enn den problemstillingen som drøftes her. Det er ingen holdepunkter for at lovgiver, ved å ta hensynene i lovens formålsbestemmelse inn som en del av vilkårene for å få dispensasjon, har ment at den betydningen en dispensasjon vil kunne få for eventuelle fremtidige dispensasjonssøknader kan være relevant ved vurderingen av om vilkåret i andre ledd første punktum er oppfylt.

Etter ordlyden i § 19-2 andre ledd andre punktum er det fordelene «ved dispensasjonen» som må være klart større enn ulempene. Ordlyden i seg selv utelukker ikke å anse det som en ulempe at vilkårene i andre ledd for en fremtidig dispensasjonssøknad om dispensasjon lettere vil være oppfylt fordi de faktiske forholdene endret seg ved gjennomføringen av det første tiltaket. En slik hypotetisk ulempe fremstår imidlertid nokså svakt tilknyttet det faktiske omsøkte tiltaket, se ombudets uttalelse 27. oktober 2021 (SOM-2020-4737) punkt 2.2.

For- og etterarbeider

To uttalelser i Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) under punkt 6.19 om merknader til § 19-2 kan synes å gjelde relevansen av fremtidige vurderinger. Det gjelder for det første følgende formulering:

«Det skal svært mye til før dispensasjon kan gis til bygging [i strandsonen], spesielt i områder med stort utbyggingspress.»

Henvisningen til «stort utbyggingspress» kan oppfattes som å tale for en videre vurdering, som også omfatter hvilke søknader som kan forventes å komme i fremtiden. Den siterte setningen er imidlertid knyttet til den tidligere bestemmelsen i fjerde ledd første punktum om at statlige og regionale rammer og mål skulle tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det skulle gis dispensasjon fra planer. Fjerde ledd synes altså å ha vært en vektingsbestemmelse. Det fremgår heller ikke hvilke deler av § 19-2 merknaden gjelder, og det er ikke knyttet noen videre drøftelse til den.

I samme punkt i proposisjonen fremgår det en mulig relevant uttalelse i forbindelse med bestemmelsen i tidligere fjerde ledd andre punktum (om at kommunen ikke burde gi dispensasjon i strid med uttalelse fra statlig eller regional myndighet). Der reindriftens forvaltnings- og styringsorganer går imot at det skal gis dispensasjon, mente departementet at kommunen normalt ikke bør gi dispensasjon, med denne begrunnelsen:

«Dette har sammenheng med at reindriften er en arealkrevende næring, både på grunn av marginale beiteområder og på grunn av reinens behov for ulike sesongbeiter og flyttveier

mellom dem. Summen av mange små dispensasjoner kan få utilsiktede følger for reindriften ved at mange små inngrep og forstyrrelser vanskelig lar seg forene med reinens behov for sammenhengende frie områder og flytt- og trekkveier.»

Heller ikke denne uttalelsen er direkte knyttet til vurderingen av vilkårene for å gi dispensasjon i andre ledd. Det pekes her på en sentral utfordring for reindriften som det er viktig å ta høyde for ved behandlingen av mange typer dispensasjonssaker i aktuelle områder. Etter ombudets syn vil denne utfordringen ivaretas gjennom først en konkret vurdering av om en dispensasjon i seg selv oppfyller vilkårene i andre ledd, eventuelt etterfulgt av en skjønnsmessig vurdering etter første ledd av om kommunen ønsker å gi slik dispensasjon.

Ingen av disse uttalelsene tilsier, etter ombudets syn, at det i vurderingen av vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er relevant å vektlegge en risiko for at vilkårene lettere vil kunne være oppfylt i senere saker fordi vilkårene er oppfylt i denne saken.

I svarbrevet hit har departementet vist til Prop. 169 L (2020–2021), som blant annet gjelder lovendringen om å ta statlige og regionale interesser inn som en del av vilkåret i pbl. § 19-2 andre ledd første punktum i stedet for tidligere fjerde ledd i bestemmelsen. Til spørsmålet om hvor terskelen for «vesentlig» tilsidesatt ligger, fremgår følgende både i punkt 6.6.4 og i merknadene til bestemmelsen:

«Generelt kan man si at de nasjonale og regionale interessene må gjøre seg gjeldende med en viss tyngde for at de skal kunne anses som vesentlig tilsidesatt. En tilsynelatende mindre sak kan imidlertid reise viktige prinsipielle spørsmål, hvor valg av løsning kan ha betydelige konsekvenser utover den foreliggende sak. Dette kan gjøre at den er av vesentlig betydning. Den samlede miljøeffekten for et område, skal også vektlegges.»

Det er ikke gjort nærmere rede for på hvilken måte valg av løsning i en tilsynelatende mindre sak kan ha «betydelige konsekvenser» utover den aktuelle saken. Uttalelsen kan forstås på ulike måter. Det kan for det første tenkes at en mindre sak påvirker sentrale hensyn eller interesser i så stor grad at disse vesentlig tilsidesettes. I så fall er vilkåret ikke oppfylt i den konkrete saken som er til behandling, fordi dispensasjonen i seg selv bidrar til en utvikling i strid med hensynene bak den aktuelle bestemmelsen. Det kan også tenkes at uttalelsen sikter til at det standpunkt forvaltningen tar ved tolkningen av vilkårene i annet ledd, rent faktisk har betydning for den tolkning forvaltningen gjør i senere saker.

For det andre er det mulig at valg av løsning for et mindre tiltak i seg selv kan få betydning utover den konkrete saken, ved at de faktiske forholdene endrer seg og dermed endrer vurderingsgrunnlaget for eventuelle fremtidige søknader. Betydningen av endrede faktiske forhold er behandlet over i punkt 4.

For det tredje kan bygningsmyndighetene avslå en søknad om dispensasjon etter første ledd med den begrunnelse at de ikke ønsker å åpne for bebyggelse i det aktuelle området. En slik argumentasjon hører hjemme under «kan»-vurderingen i § 19-2 første ledd, som beskrevet i punkt 3 foran.

I redegjørelsen hit adresserer ikke departementet spørsmålet om hvilken betydning det har for vurderingene i § 19-2 at første ledd er fritt skjønn og andre ledd er rettsanvendelse.

Problemstillingen er heller ikke omtalt i uttalelsene i forarbeidene. På bakgrunn av at forarbeidene kan forstås på ulike måter og at det ikke er problematisert på hvilken måte de nevnte hensynene i uttalelsen får betydning for vurderingene i § 19-2, mener ombudet at uttalelsen i forarbeidene ikke kan tillegges den vekt som departementet synes å ha gjort i sitt svar til hit.

Departementet har videre vist til et sitat fra spesialmerknaden til § 19-2 andre ledd i samme proposisjon kapittel 9, under overskriften «[s]ærskilt om forholdet til samiske interesser»:

«Selv om et tiltak isolert sett kan være relativt beskjedent, må det vurderes i lys av tidligere og andre planlagte inngrep. Rekkevidden av [Norges forpliktelser hva gjelder samiske interesser] må vurderes konkret i hvert tilfelle. Tradisjonell samisk nærings-utøvelse og utmarksbruk, herunder reindrift, er arealkrevende og lett utsatt for at mange inngrep og forstyrrelser i sum kan true grunnlaget for denne kulturutøvelsen.»

Her trekker departementet inn en vurdering utover den konkrete saken, men uten at det er nærmere problematisert eller forklart hva som menes. Det sies ingen ting om hvordan det vil være relevant å vurdere et tiltak i lys av «andre planlagte inngrep». Ombudet kan derfor heller ikke se at denne uttalelsen kan føre til at risikoen for å måtte gi andre senere dispensasjoner er relevant utover «kan»-skjønnen i første ledd.

Oppsummert synes verken lovens for- eller etterarbeider å ha tatt det standpunkt at det er relevant ved vurderingen av vilkårene i andre ledd å legge vekt på risikoen for at om vilkårene anses oppfylt i den konkrete saken, vil vilkårene kunne bli oppfylt også i fremtidige saker. Det fremkommer enkeltuttalelser som tilsier at lovgiver har vært oppmerksom på faren for bit for bit nedbygging av viktige arealer, men uten at slike uttalelser er uttrykkelig knyttet til vurderingen av vilkårene i § 19-2 andre ledd. Etter ombudet mening gir derfor ikke disse kildene grunnlag for å fravike utgangspunktet om at konsekvensene for senere utvikling av området hører hjemme i «kan»-vurderingen etter første ledd.

Rettspraksis og ombudspraksis

Saken i Agder lagmannsretts dom LA-2019-8060 gjaldt søknad om oppføring av en sjøbod som krevde dispensasjon fra en rekke bestemmelser, herunder byggeforbudet i strandsonen i pbl. § 1-8 andre ledd. I punkt 2.5 under vurderingen av vilkåret i § 19-2 andre ledd første punktum skrev lagmannsretten:

«I tillegg vil oppføringen kunne innebære en presedenseffekt som kan lede til at ytterligere sjøboder kan bli oppført i fremtiden, noe som vil svekke sikt og utsyn til sjøen ytterligere. Selv om den omsøkte sjøboden i seg selv i begrenset grad vil endre landskapsbildet i Kjøbmannsvig, er den således ikke uten konsekvenser for allmenheten, særlig fordi konsekvensene kan bli større over tid på grunn av en mulig presedenseffekt av det nye tiltaket som er vurdert etter nytt og strengere regelverk. Presedenseffekten må antas å

være høyst reell i et område som er definert som pressområde i de statlige planretningslinjene.»

Videre i punkt 2, om fordel-/ulempevurderingen i § 19-2 andre ledd andre punktum, siterte lagmannsretten følgende fra Fylkesmannens vurdering av ulempene:

«I ovennevnte sammenheng bør det etter vår vurdering legges stor vekt på konsekvenshensyn. Vi kan ikke se at denne saken skiller seg vesentlig fra andre saker vedrørende oppføring av sjøbod, og dersom det gis dispensasjon i aktuelle sak, vil dette kunne skape uheldige presedensvirkninger i forhold til senere liknende saker. I sum vil en rekke slike dispensasjoner kunne føre til en uheldig praksis, som igjen kan medføre at ulike arealdisponeringshensyn blir skadelidende.»

Deretter fremgikk det at lagmannsretten «deler denne vurdering av hvilke ulemper som ble vurdert å foreligge på søknadstidspunktet». Tilsvarende ble lagt til grunn i LB-2019-183702, hvor retten mente at eventuell «presedens for senere saker» var en «relevant ulempe å ta i betraktning» ved vurderingen etter § 19-2 andre ledd andre punktum.

Agder lagmannsrett anså altså muligheten for at det kan bli oppført ytterligere sjøboder i fremtiden både som et relevant moment i vurderingen av om hensynene bak byggeforbudet ble vesentlig tilsidesatt og som en relevant ulempe i interesseavveiningen. Det er imidlertid uklart for ombudet hva retten her la i en «presedenseffekt» og på hvilken måte dette hensynet knytter seg til vurderingstemaene i § 19-2 andre ledd. En tillatelse til oppføring av denne sjøboden bidrar ikke i seg selv til at andre sjøboder kan bli oppført. Dersom det senere søkes om oppføring av en annen sjøbod, må vurderingen av om vilkårene er oppfylt i den nye saken vurderes konkret. I den nye saken vil imidlertid de faktiske forholdene (her landskapsbildet i Kjøbmannsvig) være noe endret fra den første søknaden. De endrede faktiske forholdene vil kunne innvirke på vurderingen av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt i den nye saken, som beskrevet i punkt 4. Det er imidlertid vanskelig å se ut ifra formuleringene i dommen at det er dette lagmannsretten siktet til.

Kommunen vil uansett ikke være forpliktet til å innvilge senere søknader. Slik lagmannsretten har formulert seg i dommen, synes argumentasjonen å ligge nærmere den «kan»-vurderingen som skal gjøres etter første ledd enn vurderingstemaene for dispensasjonsvilkårene i andre ledd. Etter ombudets syn er det uklart hva lagmannsretten bygger sitt resonnement på når det ikke er tatt nærmere stilling til på hvilken måte slik fremtidsrettet vurdering knytter seg til de ulike vurderingstemaene i § 19-2.

Spørsmålet denne uttalelsen gjelder kan ikke anses å ha være avklart i rettspraksis etter at loven trådte i kraft i 2008. Dispensasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven (1985) § 7 tillot dispensasjon ved «særlige grunner». Slik bestemmelsen var utformet, var det ikke på samme måte nødvendig å vurdere nærmere om hensynene var relevante for rettsanvendelsen eller det frie skjønnet, slik som dagens dispensasjonsbestemmelse krever. Ettersom endringene fra den tidligere dispensasjonshjemmelen er omfattende, bør det foreligge grundigere og mer direkte drøftelser av problemstillingen, for at et standpunkt i den ene eller andre retningen skal kunne anses som tungtveiende rettskilder. Det er ikke tilfellet for den rettspraksisen som er nevnt her.

Ombudet har i flere uttalelser, også etter at 2008-loven trådte i kraft, vist til og vektlagt momentet om at en dispensasjon kan få følger for lignende saker i fremtiden. Uttalelsene er delvis uklare hva gjelder hvilket vurderingstema momentet knytter seg til. Felles for de fleste av uttalelsene er imidlertid at ombudet – på tilsvarende måte som uttalelsene i for-, etterarbeider og rettspraksis – ikke i tilstrekkelig grad har problematisert og vurdert om eller på hvilken måte dette momentet er relevant ved vurderingen av om vilkårene i andre ledd er oppfylt. Ombudets tidligere uttalelser kan dermed ikke tas til inntekt for at betydningen en dispensasjon vil kunne få for å få innvilget dispensasjon i fremtidige saker også kan være relevant i rettsanvendelsen etter andre ledd. Det er først i denne uttalelsen at ombudet uttrykkelig har undersøkt og vurdert denne problemstillingen.

Reelle hensyn

Departementet har vist til enkelte hensyn som taler for å trekke inn betydningen for eventuelle fremtidige søknader i vurderingen av vilkåret i andre ledd andre punktum i en konkret søknad som er til behandling.

For det første har departementet vist til at vurderingen etter andre ledd andre punktum er «utpreget skjønnsmessig» og vil ha visse likhetstrekk med «kan»-vurderingen i første ledd. Skjønnnet i første ledd er fritt (innenfor de skranker som alltid vil gjelde for myndighetsutøvelse) og åpner for eksempel for at bygningsmyndighetene kan ta politiske hensyn. Vilråene i andre ledd er rettsanvendelse, hvor vurderingen av om vilråene er oppfylt utelukkende beror på rettskildes prinsippene. Ombudet mener at de ulike prinsippene som styrer vurderingene i første og andre ledd gjør det vanskelig å tillegge departementets synspunkt vekt.

For det andre har departementet vist til at det er uheldig om «ulempene» prinsipielt skal avgrensnes mot konsekvensene en dispensasjon vil kunne få for lignende saker i fremtiden. Dette er forklart med at mange tiltak isolert sett har små virkninger for omgivelsene, slik at ulempene hovedsakelig knytter seg til den samlede effekten eller de fremtidige konsekvensene dersom det gis mange dispensasjoner. Hvis slike fremtidige konsekvenser av en dispensasjon faller utenfor rettsanvendelsesskjønnet i andre ledd andre punktum, og dermed utenfor domstolenes kontroll, vil det svekke areal- og ressursdisponeringshensyn i kommunen.

Ombudet legger til grunn at det er adgang til å vektlegge konsekvensene en dispensasjon vil kunne få for lignende fremtidige saker i «kan»-vurderingen i første ledd, som beskrevet i punkt 3. I mange tilfeller vil dette gi tilstrekkelig sikkerhet for at kommunene kan forhindre en uønsket bit for bit-nedbygging. Ombudet kan ikke se at det kan få avgjørende betydning for det spørsmålet ombudet vurderer i denne uttalelsen, at kommunens vurderinger etter første ledd er underlagt en mindre inngripende kontroll fra domstolene, statsforvalterne og ombudet.

Oppsummering

Utgangspunktet synes å være at faren for at kommunen over tid kan bli bundet til en gradvis uønsket utbygging av et område kun er relevant å vektlegge i vurderingen etter pbl. § 19-2 første ledd. Etter ombudets syn gir ikke de foreliggende rettskildene tilstrekkelige holdepunkter for å fravike dette utgangspunktet.

Konklusjon

Sivilombudet er kommet til at risikoen for at en dispensasjon i en sak vil kunne forplikte bygningsmyndighetene i fremtidige dispensasjonsvurderinger er relevant i «kan»-vurderingen av om dispensasjon skal gis etter § 19-2 første ledd.

Dette stiller seg annerledes ved vurderingen av om hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra blir vesentlig tilsidesatt eller om fordelene ved dispensasjonen er klart større enn ulempene, jf. § 19-2 andre ledd. I denne vurderingen etter andre ledd er det på generelt grunnlag ikke relevant å legge vekt på at den aktuelle dispensasjonen som er til behandling kan påvirke fremtidige dispensasjonsvurderinger.

Det understrekes at ombudet i uttalelsen har avgrenset mot eventuelle tilfeller der hensynet bak en bestemmelse det dispenseres fra uttrykkelig legger opp til en vurdering av den fremtidige utviklingen av et gitt område.

25.10.2022 (2022/1042)