

# Byggeforbudet langs sjø og forholdet til eldre planer II

## Plan- og bygningsloven § 1-8 tredje ledd

Fredrik Holth og Nikolai K. Winge

Vitenskapelig bedømt (refereed) artikkel

*Fredrik Holth and Nikolai K. Winge: The building and construction ban along the seashore and its impact on existing land use plans II*

KART OG PLAN, Vol. 75, pp. 255–260, POB 5003, NO-1432 Ås, ISSN 0047-3278

The Norwegian Planning and Building Act prohibits in its § 1-8 further construction activities in the 100-meter zone along the coast. This article focuses on the discussion regarding whether § 1-8 sets aside older zoning plans or not. The authors raised this question in an article in 2014. In a case brought forward to the Ombudsman in 2015, the conclusion was that § 1-8 sets aside older zoning plans. Despite this conclusion, the Ministry of Municipalities and Modernization maintains an opposing view.

The writers present a view on the impact of the ministries' conclusion and discuss the Ombudsman's role and significance in land use matters.

*Fredrik Holth*, Senior Lecturer in law, Department of Landscape Architecture and Spatial Planning, Norwegian University of Life Sciences, POB 5003, NO-1432 Ås. E- mail: fredrik.holth@nmbu.no

*Nikolai K. Winge*, Associate professor in law, Department of Landscape Architecture and Spatial Planning, Norwegian University of Life Sciences, POB 5003, NO-1432 Ås. E- mail: nikolai.winge@nmbu.no

### 1 Innledning

Denne artikkelen er en oppfølging av vår artikkel i Kart og plan nr. 1, 2014 om byggeforbudet langs sjø og forholdet til eldre planer. I artikkelen konkluderte vi med at den oppfatning Miljøverndepartementet, nå Kommunal- og moderniseringsdepartementet, la til grunn, var uriktig. Departementet la til grunn at byggeforbudet langs sjø i pbl. § 1-8 tredje ledd, kravet til byggegrense, ikke gjelder for eldre planer, det vil si planer etter pbl. 85 eller tidligere. Vi konkluderte med at departementets konklusjon var rettslig uholdbar, og la til grunn at utbygging etter eldre reguleringsplaner som ikke hadde byggegrense mot sjø var ulovlig. Siden den gang har Sivilombudsmannen avgitt en uttalelse som konkluderer i samme retning som vår

artikkel.<sup>1</sup> Til tross for dette opprettholder KMD sin lovforståelse og sitt prinsipielle standpunkt i saken.<sup>2</sup> Dette skaper enkelte dilemmaer som vi ønsker å belyse nærmere.<sup>3</sup>

Plandelen i plan- og bygningsloven trådte i kraft 1. juli 2009. Med dette fikk man også en ny og skjerpet byggeforbudsbestemmelse langs sjø i § 1-8. Hovedregelen i andre ledd er at enhver form for utbygging i 100-metersbeltet langs sjø er forbudt. Bestemmelsens tredje ledd åpner imidlertid opp for at en arealplan kan sette forbudet til side, så fremt byggegrense mot sjø uttrykkelig er inntatt i planen.

Departementet har i sin lovtolkning lagt til grunn at kravet til byggegrense i § 1-8 tredje ledd ikke gjelder for eldre planer, altså planer vedtatt i medhold av plan- og bygningsloven

1. Sivilombudsmannens uttalelse av 27. februar 2015, sak 2014/2809.

2. Brev fra Det kongelige kommunal- og moderniseringsdepartement av 15. april 2015, ref. 14/7373-9.

3. Vi tar ikke opp grunneiers «byggeforventning» i denne artikkelen. Det må likevel være åpenbart at en slik forventning knyttet til en eldre plan ikke har vern mot en ny og strengere lovbestemmelse som pbl. § 1-8. Rettsvirkninger av en plan, herunder en byggerett, strekker seg ikke lenger enn planen i seg selv virker. Pbl. § 1-8 er i så måte en innskrenkning i planers alminnelige rettvirkning jf. pbl. § 11-6 og § 12-4. Er det gitt en byggetillatelse stiller dette seg annerledes jf. Vassøy Canning-saken Rt. 2002 s. 683, sml. også Rt. 2015 s. 413.

av 1985 eller tidligere. I vår forrige artikkel argumenterte vi imot dette synet. Etter vårt syn kan både lovteksten og forarbeidene tas til inntekt for at lovintensjonen var at byggeforbudet også gjelder for eldre planer. Dette innebærer, etter vår forståelse, at eldre planer uten byggegrense, ikke gir grunnlag for byggetillatelse i 100-metersbeltet.

Problemstillingen er ikke kun av teoretisk interesse. Vi står overfor et rettsspørsmål hvor tolkningsresultatet kan ha store konsekvenser i praksis. Det er ikke gjort undersøkelser på hvor mange tillatelser som er gitt på grunnlag av eldre planer i 100-metersbeltet etter 1. juli 2009. Det er likevel grunn til å tro at antallet er betydelig.

I det følgende vil vi først gjengi Sivilombudsmannens syn på spørsmålet, herunder departementets tilsvarende. Videre vil vi gå dypere inn i departementets lovtolkning som blant annet har kommet til uttrykk i brevkorrespondanse mellom departementet og fylkesmannen. Deretter, med utgangspunkt i tre spørsmål, vil vi diskutere hvilke dilemmaer vi nå står overfor. Spørsmålene som reises er:

1. Hva er gjeldende rett med hensyn til plan- og bygningsloven § 1-8 tredje ledd og forholdet til eldre planer?
2. Er Sivilombudsmannens rolle svekket i arealforvaltningssaker?
3. Hvilket rettslig standpunkt skal kommunene legge til grunn i behandling av saker i 100-metersbeltet?

## 2. Sivilombudsmannens behandling av spørsmålet

### 2.1 Sakens faktum

Sivilombudsmannen avga sin uttalelse i saken 27. februar 2015 (sak 2014/2809).

Saken som ble klaget inn for Sivilombudsmannen gjaldt oppføring av et lysthus 12 meter fra sjøen i Lier kommune, et område som i reguleringsplan fra 1985 er regulert til boligformål. Verken i reguleringsplanen eller kommuneplanens arealdel var det angitt byggegrense mot sjø. Saken ble behandlet som en ordinær dispensasjonssak, og dermed forelagt Fylkesmannen i Buskerud.

I sin høringsuttalelse viste Fylkesmannen til nasjonale føringer for strandsonen og fra

rådet kommunen å gi dispensasjon. Kommunen innvilget imidlertid dispensasjonssøknaden under forutsetning at lysthuset ble flyttet 25 meter fra sjøen.

Tiltakshaver påklaget vedtaket, og kommunen omgjorde eget vedtak. Årsaken til omgjøringen var at kommunen var blitt kjent med departementets uttalelse fra februar 2013 om at byggeforbudet i § 1-8 ikke gjelder for eldre planer.

Eier av naboeiendommen påklaget kommunens omgjøringsvedtak. Fylkesmannen i Buskerud stadfestet kommunens vedtak. Naboene klaget deretter til Sivilombudsmannen som besluttet å undersøke saken. I første omgang ble departementet bedt om å uttale seg.

### 2.2 Departementets svar til Sivilombudsmannen

I sitt svar til Sivilombudsmannen fastholdt departementet i brev av 15. april 2015 (ref. 14/7373-9) forståelsen av byggeforbudet i § 1-8 og forholdet til eldre planer. Departementet viste til at det er foretatt en *grundig vurdering* av spørsmålet, og at de opprettholder sitt standpunkt om at ordlyden i plan- og bygningsloven § 34-2 fjerde ledd går foran plan- og bygningsloven § 1-8. Bestemmelsen det vises til er den generelle overgangsbestemmelsen som slår fast at eldre planer gjelder inntil de blir «blir endret, opphevet, erstattet eller satt til side av ny plan».

Departementet ga videre uttrykk for at når verken plan- og bygningsloven § 1-8 eller forarbeidene eksplisitt omtaler byggeforbudet og forholdet til eldre planer, er det riktig å anvende den generelle overgangsbestemmelsen ved tolkningen av byggeforbudets rettsvirkninger. Departementet viste til at dette «gir en fornuftig løsning i praksis», og at standpunktet også er lagt til grunn i deres veileder T-1491 om kommuneplanens arealdel.

Departementet fant også støtte for sitt syn i forarbeidenes omtale av § 1-8 i Ot.prp nr. 32 (2007–2008) s. 175. Uttalelsen det vises til er en merknad om at eldre reguleringsplaner bør revurderes dersom de ikke følger opp intensjonene i den nye loven. Departementet tar dette til inntekt for at gamle reguleringsplaner fremdeles gir hjemmel til utbygging i strandsonen.

Avslutningsvis pekte departementet på Statlige planretningslinjer for differensiert strandsoneforvaltning langs sjøen til støtte for sitt standpunkt.

Vi kommer tilbake til departementets tolkning og begrunnelse i vår gjennomgang av saken rettslige sider.

### 2.3 Sivilombudsmannens syn på saken

Sivilombudsmannen hadde et annet syn enn departementet. I sin tolkning tar Sivilombudsmannen utgangspunkt i plan- og bygningsloven § 1-8. Ombudsmannen konkluderer med at ordlyd, forarbeider og bestemmelsens uttrykte formål klart tilsier at byggeforbudet, herunder kravet til byggegrense, også gjelder for eldre planer.

Sivilombudsmannen fremhevet blant annet:

*Departementets standpunkt er ikke i samsvar med lovens ordlyd. Etter ordlyden i pbl. § 1-8 tredje ledd gjelder byggeforbudet i annet ledd så langt ikke annen byggegrense er fastsatt i kommuneplanenes arealdel eller i reguleringsplan. Kravet til byggegrense i plan gjelder generelt. Bestemmelsen tar ikke forbehold om at kravet kun gjelder for planer etter 2008-loven. Heller ikke forarbeidene tar noe slikt forbehold.*

Videre uttalte Sivilombudsmannen:

*Å tolke en bestemmelse i strid med ordlyden, forarbeidene og bestemmelsens formål krever klare holdepunkter i andre rettskilder. Plan- og bygningsloven § 34-2 fjerde ledd er generelt utformet og omhandler videreføring av planer etter tidligere plan- og bygningslov. Bestemmelsen retter seg ikke særskilt mot byggeforbudet i 100-metersbeltet langs sjøen. Verken ordlyden i pbl. § 34-2 fjerde ledd eller forarbeidene til bestemmelsen gir støtte for at byggeforbudet i pbl. § 1-8 annet ledd ikke skal gjelde for eldre planer.*

*Pbl. § 1-8 tredje ledd innehar en innstramning sammenlignet med 1985-loven. En endring i loven vil normalt få virkning også for eksisterende planer, med mindre noe annet fremgår av loven eller forarbei-*

*dene. Etter ombudsmannens syn gir pbl. § 34-2 fjerde ledd ikke tilstrekkelige holdepunkter for å fravike ordlyden i pbl. § 1-8 annet ledd.*

Sivilombudsmannen avsluttet sin uttalelse med å be fylkesmannen vurdere saken på nytt og holde ombudsmannen orientert om den fornyede behandling.

### 3. Hva har skjedd etter Sivilombudsmannens uttalelse?

I brev av 15. april 2015 til alle landets fylkesmenn viser departementet til at man der har foretatt en ny, grundig vurdering av spørsmålet, og at de fastholder sitt standpunkt i saken. I brevet uttalte departementet blant annet:

*Departementet har etter uttalelsen fra Sivilombudsmannen vurdert denne tolkingen på nytt. Departementet har etter en grundig vurdering kommet til at tidligere standpunkt opprettholdes. Departementet tar også sikte på å foreslå en presisering i overgangsbestemmelsen i plan- og bygningsloven om dette, i forbindelse med forslag om andre endringer i plan- og bygningsloven som for tiden vurderes.*

Avslutningsvis i brevet ber departementet fylkesmennene formidle sitt standpunkt til alle landets kommuner. Departementet trosser med andre ord Sivilombudsmannen klare konklusjon. Det har departementet anledning til all den tid Sivilombudsmannens uttalelse ikke er rettslig bindende, men kun retningsgivende for forvaltningen. Samtidig er det svært uvanlig at forvaltningen handler i strid med Sivilombudsmannens uttalelser. En slik holdning kan bidra til å undergrave Sivilombudsmannens rolle som Stortingets vokter over forvaltningen. Dette kommer vi tilbake til nedenfor.

For Fylkesmannen i Buskerud var det ikke uproblematisk å følge opp departementets syn. Fylkesmannen uttalte i brev til departementet den 28. april 2015 (ref. 2015/2608) følgende:

*Siden konklusjonen i Sivilombudsmannens uttalelse er veldig tydelig på at depar-*

*tementets lovforståelse er feil ber vi også departementet vurdere om ikke man straks bør sette i gang en lovendring på området. Dersom dette spørsmålet kommer opp for domstolene vil de fort komme til samme konklusjon som Sivilombudsmannen. Dersom departementets syn skal være gjeldende er det derfor av avgjørende betydning at dette tas inn i loven snarest mulig. Viser i denne forbindelse til at vi allerede har fått tilbakemelding fra en kommune om at de for nye saker vil legge ombudsmannens synspunkt til grunn.*

*Ved en eventuell lovendring ber vi også om at det gjøres en grundig vurdering av om overgangsbestemmelsen er riktig hjemmel for en slik presisering og om ikke dette heller bør tas direkte inn i pbl § 1-8.*

*Vi gjør oppmerksom på at spørsmålene i dette brevet er diskutert i nettverket med byggesaksbehandlere hos Fylkesmennene i Telemark, Vestfold og Østfold.*

Fylkesmannen ber departementet vurdere om en eventuell lovendring bør ta for seg § 1-8, og ikke den generelle overgangsbestemmelsen. Dette synes fornuftig all den tid spørsmålet om forholdet til eldre planer utelukkende knytter seg til byggeforbudet i 100-metersbeltet. Det er ingen andre bestemmelser i plan- og bygningsloven som inneholder en tilsvarende arealbruksbegrensning. Hvorfor skal da departementet gå den tunge veien om å endre overgangsbestemmelsen for å regulere et spørsmål som med enkelthet kan tilføyes i den aktuelle bestemmelsen?

Departementet svarer på brevet 7. mai 2015 (ref. 14/7373-11):

*Departementet viser til brevet og finner ikke grunn til ytterligere utdyping. Det tas sikte på å sende forslag til lovendring på høring før sommeren, sammen med enkelte andre endringer i plan- og bygningsloven.*

Departementet foreslår i høringsnotat av 5. august 2015 å tilføye overgangsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 34-2 fjerde ledd, at gamle planer også gjelder i 100-

metersbeltet langs sjøen selv om de ikke har byggegrense.

#### 4. Sakens dilemmaer

Denne saken gir grunnlag for flere dilemmaer. Den er av meget prinsipiell karakter, og dilemmaene kan belyses ut fra tre spørsmål:

- Hva er gjeldende rett med hensyn til plan- og bygningsloven § 1-8 tredje ledd og forholdet til eldre planer?
- Er Sivilombudsmannens rolle svekket i arealforvaltningssaker?
- Hvilket rettslig standpunkt skal kommunene legge til grunn i behandling av saker i 100-metersbeltet?

#### 4.1 Hva er gjeldende rett med hensyn til plan- og bygningsloven § 1-8 tredje ledd og forholdet til eldre planer?

Vi har i vår forrige artikkel gitt klart uttrykk for vår oppfatning om dette spørsmålet. Uten en ny, grundig vurdering vil vi fastholde vårt standpunkt, og vi skal ikke gjenta vår argumentasjon her. Departementets svar i anledning Sivilombudsmannens behandling av spørsmålet gir likevel grunnlag for noen ytterligere refleksjoner.

Departementet fastholder sitt forståelse av overgangsbestemmelsen, plan- og bygningsloven § 34-2 fjerde ledd, og mener denne går foran § 1-8 tredje ledd. Departementet klargjør ikke hvilket prinsipp i rettskildelæren som legges til grunn for denne konklusjonen, utover å fastslå at «det er riktig å anvende den generelle overgangsbestemmelsen også i forhold til § 1-8.»

Ut fra en lex specialis tilnærming må det være åpenbart at departementets tilnærming er feil. Departementet synes å legge til grunn at det er spesialbestemmelsen som eksplisitt må ta stilling til den generelle bestemmelsen, for at spesialbestemmelsen skal kunne gå foran den generelle bestemmelsen. Dette kan ikke være riktig, og fremstår i denne sammenheng som direkte ulogisk, da man nettopp må kunne forvente at en overgangsbestemmelse, om intensjonen var å utsette ikrafttredelsen av enkeltbestemmelser, var tydelig på dette.

Ordlyden i plan- og bygningsloven § 34-2 fjerde ledd er derimot klar på at allerede vedtatte planer «gjelder inntil de blir endret, opphevet, erstattet eller satt til side av ny plan». Det naturlige etter vår syn er å se dette som en bestemmelse, som sammen med plan- og bygningsloven § 1-5 annet ledd, klargjør forholdet mellom arealplaner. Plan- og bygningsloven § 34-2 fjerde ledd klargjør ikke forholdet mellom en ny og strengere byggeforbudsbestemmelse og forholdet til eldre planer.

Selv om departementet fastholder sitt standpunkt er det likevel departementets grunnlag for sin lovtolkning som er mest oppsiktsvekkende.

For å underbygge sin rettslige konklusjon viser departementet til at standpunktet gir en «fornuftig løsning i praksis». Hva departementet legger i dette er ikke forklart nærmere. Det er imidlertid klart at departementets standpunkt har fått, og får, den konsekvens at nedbygging av strandsonen fortsetter med grunnlag i gamle arealplaner. Skjerpning av vernet av strandsoner ble presentert som en av de viktigste endringene i plan- og bygningsloven av 2008. At innskjerpningen i beste fall lå flere år frem i tid må departementet ha vært den eneste som så fornuften i. Det er også vanskelig å se, når man gjennomgår forarbeidene, at dette er en premiss som er formidlet til lovgiver – altså Stortinget.

Departementet synes i sitt svar til Sivilombudsmannen også å legge stor vekt på uttalelser i forarbeidene Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 175. I sitatet departementet griper fatt i er ikke plan- og bygningsloven § 1-8 tredje ledd nevnt. Her er det generelt tale om revisjon av eldre planer eksempelvis som følge av manglende utredninger, miljøvurderinger og ivaretagelse av allmennhetens interesser. Tydeliggjøringen av behovet for å revidere eldre planer også i strandsonen i forarbeidene, strekkes mot en konklusjon om at det i dette også ligger at plan- og bygningsloven § 1-8 tredje ledd ikke gjelder for eldre planer. Dette har etter vårt syn lite for seg, og er i beste fall en kreativ tolking av forarbeidene.

Departementet legger også vekt på uttalelser i egne veiledere og i statlige planretningslinjer i sin lovtolkning. All den tid dette

vanskelig kan anses som gyldige rettskilder, finner vi ikke grunn til å kommentere dette under punktet gjeldende rett.

#### **4.2 Er Sivilombudsmannens rolle svekket i arealforvaltningssaker?**

Det er som vi har antydnet ovenfor åpenbart uheldig at departementet ikke legger til grunn ombudsmannens uttalelse i denne saken. Vi er også av den oppfatning at ombudsmannens rolle må sies å være svekket. Man står overfor et prinsipielt lovtolknings-spørsmål som får betydning langt utover den konkrete sak ombudsmannen fikk til uttalelse. Lovtolkningen departementet legger til grunn innebærer, og har allerede medført, en ytterligere nedbygging av strandsonen.

Om det virkelig skulle være en sakstype hvor ombudsmannens syn skulle slå igjen er det nettopp i denne typen saker. Vi vil her fremheve følgende momenter:

- Saken reiser prinsipielle lovtolknings-spørsmål
- Det er tale om bygging i strandsonen hvor man helt siden 1965 har hatt forbud
- Sivilombudsmannen er med stor sannsynlighet siste instans i denne typen saker, da det å bringe saken inn for domstolene er forbundet med stor prosessrisiko
- Grunneiere vil sjelden bringe saken videre som naboer, da de også er omfattet av samme plan
- Organisasjoner og foreninger er ikke parter i disse sakene, og selv om de skulle være kjent med tillatelser er også for de prosessrisikoen for stor
- Nettopp i arealforvaltningssaker er det av avgjørende betydning at ombudsmannens uttalelser følges, vi har nemlig ingen særdomstol for denne typen saker

La oss se litt nærmere på det siste punktet. I våre naboland har man uavhengige organer som tar stilling og avgjør i arealforvaltnings-/miljøsaker. I Danmark har man Natur- og miljøklagenævnet. I Sverige har man Mark- og miljöödomstolene. Disse uavhengige organene prøver flere tusen saker i året.

Sivilombudsmannen har likevel gjennom et økende antall uttalelser på plan- og byg-

ningsrettens område i betydelig grad bidratt til nødvendige avklaringer de senere årene. Ombudsmannen kan til en viss grad sies å ha fylt det tomrom man har hatt i arealforvaltningssaker, når det kommer til uavhengige klageorganer.

I lys av at ombudsmannen har fått sin kompetanse direkte av Stortinget for kontrollere forvaltningen, er departementets manglende vilje til å følge ombudsmannens uttalelse uttrykk for at lovgivers kontrollorgan, også i lovtolkningsspørsmål, ikke respekteres. Dette er alvorlig.

Spesielt alvorlig blir dette når departementet instruerer fylkesmennene om å informere kommunene om departementets standpunkt. Formodentlig ser kommunene annerledes på ombudsmannens uttalelse. Det er å håpe at kommunene lojalt følger opp Stortinget intensjon om at forvaltningen retter seg etter ombudsmannens uttalelser.

#### **4.3 Hvilket rettslig standpunkt skal kommunene legge til grunn i behandling av saker i 100-metersbeltet?**

Som vi så ovenfor, varslet Fylkesmannen i Buskerud om at ikke alle kommuner vil følge departementets syn. Det kommunale selvstyret innebærer at departementet ikke kan instruere kommunene i sin lovtolkning. Kommunene står derfor fritt til å velge om de vil legge departementets eller Sivilombudsmannens syn til grunn. Dette kan føre til ulik praksis i kommunene alt etter hva de velger å følge. Det er først i en innsigelse- eller klagebehandling at praksis blir mer kon-

sekvent ettersom fylkesmannen i større grad er bundet av departementets standpunkt. Man kan slik sett ende opp med en praksis hvor kommunene og klageinstansen legger til grunn ulik forståelse av samme bestemmelse. Det er vanskelig å se for seg at dette «gir en fornuftig løsning i praksis».

#### **5. Avsluttende refleksjoner**

Vi reagerer på at departementet i alle sakens ledd viser til at det er foretatt nye, grundige vurderinger. Hva disse grundige vurderingene har gått ut på, får man imidlertid ikke vite. Spørsmålet er derfor om departementets grundigere og grundigere vurderinger i realiteten er grunnere og grunnere. At departementet velger å holde fast på en uriktig lovforståelse, til tross for Sivilombudsmannens klare konklusjon, vitner om manglende evne til å rette opp egne feil. I stedet har departementet malt seg lenger og lenger inn i et hjørne, og bruker mildt sagt kreative metoder og tolkninger for å forsvare sitt standpunkt. At departementet nå foreslår å gjøre endringer i overgangsbestemmelsen i en lov som trådte i kraft for 6 år siden, må sies å illustrere dette. Konsekvensene av departementets standpunkt er imidlertid at kommunene står overfor flere dilemmaer når de nå må tolke og håndheve byggeforbudet i strandsonen, og at det trolig blir bygget langt mer i strandsonen enn hva lovgivers vilje skulle tilsi. Vi håper derfor at departementet nå tar til fornuft og at man unngår lignende prosesser i tiden som kommer.