



SIVILOMBUDET

Uttalelse

Sak: 2020/4737

Midlertidig dispensasjon for vindmåler – «kan»-skjønnnet i pbl. § 19-2 første ledd og vilkårene i andre ledd

Saken gjelder avslag på søknad om midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmåler. Søknaden var i realiteten avslått med hjemmel i den skjønnsmessige bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd første punktum, uten at Høyanger kommune hadde vurdert om vilkårene for midlertidig dispensasjon i andre ledd var oppfylt. Kommunen avsto søknaden fordi de ikke ønsket å ta stilling til noen form for vindkraftutbygging før nasjonal ramme for vindkraft var behandlet og eventuelt vedtatt. Regjeringen hadde fem dager før kommunens vedtak besluttet å ikke videreføre arbeidet med slik nasjonal ramme. Fylkesmannen i Vestland stadfestet kommunens avslag. Fylkesmannen gikk til en viss grad inn i vilkårene i andre ledd, og mente at kommunen hadde lagt vekt på et saklig og lovlig hensyn i sin skjønnsvurdering etter første ledd.

Etter klage fra tiltakshaveren fant ombudet grunn til å undersøke saken med både Statsforvalteren og Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

Ombudet er kommet til at premisset som lå til grunn for kommunens vurdering om ikke å gi midlertidig dispensasjon var bortfalt. Da arbeidet med nasjonal plan var det eneste momentet kommunen hadde brukt for å avslå søknaden om midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmåler, har feilen vært utslagsgivende for Fylkesmannens avgjørelse. Fylkesmannen skulle opphevet kommunens avslag og sendt saken tilbake til kommunen for ny vurdering på grunnlag av riktige premisser. Statsforvalteren er derfor bedt om å vurdere saken på nytt.

Ombudet er videre kommet til at det ikke er saklig å legge vekt på kommunens generelle motstand mot vindkraftutbygging ved vurderingen av om det skal gis midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmåler, jf. § 19-2 første ledd første punktum.

For øvrig har ombudet lagt til grunn at § 19-2 første ledd første punktum legger en reell skjønnsfrihet til kommunen, samt at denne bestemmelsen kan være en selvstendig avslagshjemmel når det er søkt om dispensasjon fra plan, uten at det er nødvendig med en

forutgående vurdering av om vilkårene i andre ledd er oppfylt.

Når det gjelder vilkårene i § 19-2 andre ledd er det slik saken er opplyst vanskelig for ombudet å se hvordan et såpass begrenset tiltak vil kunne sette hensynene bak kommuneplanens LNF-formål eller lovens formålsbestemmelse vesentlig til side. Med samme forbehold synes også fordelene ved den midlertidige vindmåleren å være klart større enn ulempene. Kunnskapsinnhenting om vindforholdene kan være en relevant fordel ved å gi dispensasjon. Det er likevel ikke tilstrekkelig sammenheng mellom vindmåleren og en eventuell senere vindkraftutbygging, til at ulemper ved slik utbygging kan vektlegges etter § 19-2 andre ledd andre punktum.

Ombudet ber om at Statsforvalteren orienterer om utfallet av den nye behandlingen, ved oversendelse av kopi av brev til klageren.

Sakens bakgrunn

Fred Olsen Renewables AS søkte om midlertidig dispensasjon for inntil tre år fra kommuneplanens landbruks-, natur- og friluftformål (LNF-formål) for å sette opp en vindmåler i Høyanger kommune. Hensikten med vindmåleren var å kartlegge vindforholdene for en eventuell vindpark på stedet. Tiltaket gjelder en lider (et instrument plassert på bakken), en strømforsyning og en dieselgenerator. Tiltaket vil være reversibelt og følgelig bli fjernet etter utløpet av en midlertidig dispensasjon.

Planutvalget i Høyanger kommune avsto dispensasjonssøknaden under henvisning til at vilkårene for midlertidig dispensasjon ikke var oppfylt. Den nærmere begrunnelsen for avslaget fremgikk av rådmannens saksfremstilling. Her viste rådmannen til at kommunen ikke skulle ta stilling til noen form for utbygging, herunder sette i gang konsesjonsbehandling eller kartlegging, før nasjonal ramme for vindkraft var ferdig behandlet og eventuelt vedtatt. Det fremgikk ikke om og eventuelt hvordan lovens vilkår var vurdert.

Klagen fra tiltakshaveren ble ikke tatt til følge av Fylkesmannen i Vestland (som videre omtales ved dagens tittel, Statsforvalteren i Vestland). Statsforvalteren kom til at kommunen tydeligere burde ha vurdert vilkårene for dispensasjon og begrunnet vedtaket bedre. Statsforvalteren kom likevel til at fordelene «ved tiltaket» ikke var klart større enn ulempene. Deretter fremgår følgende:

«Likevel er det på det rene at kommunen ikke ønsker å gi dispensasjon. Dette standpunktet er forankret innenfor det kommunale selvstyre, og det vil derfor ikke i noe tilfelle ... være grunnlag for innvilgelse av søknaden.»

Fred Olsen Renewables AS klaget Statsforvalterens vedtak inn for Sivilombudet. Klageren pekte innledningsvis på at vindmåling med påfølgende analyse av vindforhold er nødvendig for å kunne vurdere om et område egner seg til vindkraftutbygging. Etter klagerens oppfatning innebærer kommunens avslag i realiteten at hele beslutningsprosessen avskjæres ved at konsesjonsmyndigheten ikke får vurdert om det kan være grunnlag for en vindpark på dette stedet. Klageren har anført at det er feil når Statsforvalteren har lagt til grunn at det

hører under kommunens frie skjønn om dispensasjon skal gis uavhengig av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. Klageren mener «kan»-skjønnet i plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd i praksis blir konsumert av vurderingene av de rettslige vilkårene i andre ledd. Forutsatt at det likevel finnes et slikt handlingsrom til å avslå søknaden etter første ledd dersom en har kommet til at vilkårene i andre ledd er oppfylt, mener klageren at det uansett ikke er tilfellet i denne saken, som ikke skaper noen konkrete interesse- eller arealbrukskonflikter.

Subsidiært anførte klageren at vilkårene for dispensasjon er oppfylt. Når det gjelder vilkåret om at fordelene må være klart større enn ulempene mente klageren at det ikke kan legges vekt på en hypotetisk, fremtidig vindkraftutbygging, men kun på eventuelle ulemper ved å gi dispensasjon til det konkrete tiltaket som er omsøkt; En midlertidig vindmåler. Det foreligger, etter klagerens syn, ingen klare og objektive ulemper ved dette tiltaket.

Våre undersøkelser

Sivilombudet fant grunn til å undersøke saken nærmere. I første omgang stilte vi spørsmål til Statsforvalteren i Vestland knyttet til vurderingene etter henholdsvis plan- og bygningsloven (pbl.) § 19-2 andre og første ledd.

1. Spørsmål til Statsforvalteren i Vestland pbl. § 19-2 andre ledd

Vi ba Statsforvalteren utdype sitt standpunkt om at det er vanskelig å se at «det foreligger nevneverdige, objektive og arealmessige fordeler ved å gi dispensasjon til den omsøkte vindmåleren slik plansituasjonen er nå». Dette forklarte Statsforvalteren med at den aktuelle fordel i denne saken er at tiltakshaveren får kartlagt området før konsesjonssøknad, og at denne fordel er av subjektiv karakter for tiltakshaveren.

Videre spurte vi om Statsforvalteren med dette mente at det aldri kan være relevante fordeler ved å gi dispensasjon til denne type vindmålere i områder avsatt til LNF-formål. Statsforvalteren avkreftet en slik forståelse og viste til at dette spørsmålet må vurderes konkret i hver enkelt sak, «også i lys av både nasjonale og lokale holdninger til vindkraftutbygging, slik det kommer til uttrykk i stortingsmeldinger (nasjonalt) og avgjørelser i kommunestyre». Overordnede og generelle planprinsipper kan etter Statsforvalterens mening veie tyngre enn stedlige argumenter for dispensasjon.

Ombudet spurte deretter om hensynet til å fremskaffe kunnskap som et ledd i en søknadsprosess etter annen lovgivning, i dette tilfellet etter energiloven, kan være en relevant fordel etter pbl. § 19-2 andre ledd. Statsforvalteren bekreftet at den objektive hensikten bak et tiltak kan være en relevant fordel etter denne bestemmelsen. Konkret i denne saken skrev Statsforvalteren at analyse av vindforholdene er et viktig element i prosessen for ethvert vindkraftprosjekt og derfor kan være en relevant fordel som må veies opp mot andre momenter.

Neste spørsmål gjaldt om det er relevant å vektlegge statlige og regionale rammer og mål, herunder energipolitiske mål om en sikker, fornybar energiproduksjon i vurderingen etter pbl. § 19-2 andre ledd, og om det ble vektlagt i denne saken. Her svarte Statsforvalteren at slike rammer og mål, herunder energipolitiske mål om en sikker, fornybar energiproduksjon, «skal» vektlegges etter bestemmelsen, men at dette ikke ble konkret vurdert i saken. Stats-

forvalteren ga deretter uttrykk for at energipolitiske mål om en sikker, fornybar energiproduksjon ikke betyr at all virksomhet knyttet til vindkraft skal ses på som et samfunnstjenlig tiltak med klare fordeler i den enkelte saken. Igjen fremhevet Statsforvalteren at dette må ses i en større sammenheng og vurderes opp mot andre hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, som «for eksempel hensynet til naturmangfoldet i området og nasjonal eller lokal holdning til vindkraft».

Ombudet spurte om eventuelle ulemper ved en storstilt vindkraftutbygging er et relevant hensyn i vurderingen av om vilkårene for midlertidig dispensasjon til oppføring av en vindmåler er oppfylt. Statsforvalteren svarte igjen at et tiltak ofte må ses i en større sammenheng enn selve det omsøkte tiltaket. Ombudet forstår Statsforvalterens videre svar slik at intensjonen og hensikten med et tiltak her å legge til rette for utbygging av vindkraftanlegg i området er et relevant hensyn i vurderingen av om vilkårene for midlertidig dispensasjon til en vindmåler er oppfylt.

Statsforvalteren ble så bedt om å redegjøre nærmere for sin vurdering av vilkåret om at hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra eller hensynene i lovens formålsbestemmelse ikke må bli vesentlig tilsidesatt ved en dispensasjon, jf. pbl. § 19-2 andre ledd første punktum.

Statsforvalteren svarte at de tolket kommunen dithen at en midlertidig dispensasjon for vindmåler må ses i sammenheng med planen om utbygging av vindkraft i området, og at en dispensasjon helt klart vil sette LNF-formålet vesentlig til side (selv om kommunen ikke har brukt ordet «vesentlig»).

2. Spørsmål til Statsforvalteren i Vestland pbl. § 19-2 første ledd

Etter denne bestemmelsen «kan» kommunen gi dispensasjon dersom vilkårene er oppfylt. Vi ba Statsforvalteren kommentere klagerens anførsel om at kommunens generelle motstand mot utbygging av vindkraft er et utenforliggende hensyn i dispensasjonssaken for den midlertidige vindmåleren. Klagerens begrunnelse for dette var at kommunen i så fall vil kunne foregripe og eliminere den lovbestemte saksbehandlingsprosessen for vindkraftanlegg, blant annet slik at energimyndigheten ikke får mulighet til å vurdere godheten i prosjektet gjennom konsesjonsbehandling.

Statsforvalteren svarte at kommunens generelle motstand til utbygging av vindkraft ikke er et utenforliggende hensyn. Det er etter Statsforvalterens syn ikke tvil om hensikten bak vindmåleren, og den har ingen annen funksjon eller hensikt enn å måle og gi svar i prosessen med å vurdere vindkraftproduksjon.

Ombudet viste deretter til at kommunen traff sitt vedtak fem dager etter at regjeringen opplyste at arbeidet med nasjonal ramme for vindkraft ikke ville bli videreført. I lys av dette spurte vi om Statsforvalteren mente at kommunen kan begrunne avslaget med at den ikke ønsker å ta stilling til noen form for utbygging før nasjonal ramme for vindkraft er ferdigbehandlet.

Under henvisning til at kommunen skal ta hensyn til nasjonale føringer, mente Statsforvalteren at det kan være et relevant hensyn for kommunen å se hen til hvilke føringer som gjelder og som videreføres, og dessuten å avvente nasjonalt arbeid på området. Poenget om

at regjeringen hadde besluttet å ikke videreføre arbeidet med nasjonal ramme for vindkraft før kommunen traff sitt vedtak, kommenterte Statsforvalteren slik: «Det at planen ikke blir videreført, kan være et moment som gir kommunen større handlingsrom for å utøve lokalt selvstyre.»

3. Klagerens kommentarer til Statsforvalterens svar

Klageren kommenterte samtlige av Statsforvalterens svar, og fastholdt sine opprinnelige anførsler. Særlig fremhevet klageren at Statsforvalteren synes å vurdere et eventuelt fremtidig vindkraftanlegg og ikke en vindmåler, som er det som er omsøkt i denne omgang. Klageren presiserte også at det ikke er noen automatikk i at plassering av midlertidig vindmåler fører til utbygging av vindkraftverk.

4. Spørsmål til Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Ombudet beslutter deretter å stille Kommunal- og moderniseringsdepartementet noen generelle og prinsipielle spørsmål løst fra den konkrete saken.

For det første spurte vi om en tiltakshaver er avhengig av dispensasjon fra en kommune for lovlig å kunne sette opp en vindmåler, eller om det finnes andre virkemidler i gjeldende lovverk. Forutsetningen for spørsmålet er at slik vindmåler er i strid med gjeldende arealplan.

Departementet kunne ikke se at det i gjeldende lovverk finnes andre virkemidler enn planendring eller dispensasjon.

For det andre spurte vi om en kommune, gjennom å nekte dispensasjon til oppføring av vindmåler, kan hindre at en tiltakshaver får hentet inn nødvendig kunnskap til en lovbestemt saksbehandlingsprosess for vindkraftanlegg etter energiloven.

Departementet svarte følgende:

«Selv om vilkårene for dispensasjon foreligger, er det opp til kommunen å vurdere om dispensasjon skal gis. Vurderingen ligger innenfor kommunens frie skjønn, jf. også forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum, og vil kun være begrenset av myndighetsmisbrukslæren.»

Videre viste departementet til at det er plan- og bygningsloven som er den gjeldende loven for arealdisponering, noe som i utgangspunktet også gjelder for vindkraft. Departementet var enig i følgende uttalelse fra Statsforvalteren, som de siterte:

«Først når NVE mottar en konsesjonssøknad med konsekvensutredning starter fasen der behandlingen reguleres av energilovgivningen. Før dette, slik som er tilfelle i denne saken, er det de allmenne rammene for dispensasjon og behandling etter plan- og bygningsloven som gjelder.»

Til ombudets avsluttende spørsmål svarte departementet at det ikke kjenner til andre saker hvor en kommune ikke har gitt dispensasjon til oppføring av vindmåler.

Sivilombudets syn på saken

1. Innledende merknader

Oppføring av vindmåler er i strid med kommuneplanens arealformål som er LNF-formål. Tiltakshaveren har derfor søkt om midlertidig dispensasjon fra arealformålet. Det følger av pbl. § 19-2 første ledd første punktum at kommunen kan gi midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i medhold av loven, noe som omfatter kommuneplanens arealformål. Pbl. § 19-3 første ledd lyder slik:

«Midlertidig dispensasjon kan gis tidsbestemt eller for ubestemt tid. Ved dispensasjonstidens utløp eller ved pålegg må søkeren uten utgift for kommunen fjerne eller endre det utførte, eller opphøre med midlertidig tillatt bruk, eller oppfylle det krav det er gitt utsettelse med, og hvis det kreves, gjenopprette den tidligere tilstand.»

Vilkårene for midlertidig dispensasjon er de samme som for varig dispensasjon, jf. § 19-2 andre ledd slik denne lød før 1. juli 2021. For det første kan ikke dispensasjon gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra eller hensynene i lovens formålsbestemmelse blir vesentlig tilsidesatt. For det andre skal fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.

Det overordnede spørsmålet i saken er om det er rettslig adgang til å avslå søknaden om midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmåler. Plan- og bygningsmyndighetene har i realiteten avslått søknaden med hjemmel i «kan»-skjønnnet i pbl. § 19-2 første ledd første punktum. Ombudet anser det likevel hensiktsmessig å først knytte noen kommentarer til vurderingen av om vilkårene i § 19-2 andre ledd er oppfylt. Dette gjøres i punkt 2, før ombudet går videre til «kan»-skjønnnet etter første ledd i punkt 3. Dette punktet deles i underpunkter hva gjelder om «kan»-skjønnnet i pbl. § 19-2 første ledd har selvstendig betydning (punkt 3.1), om kommunen har adgang til å avslå en søknad om midlertidig dispensasjon etter første ledd, uten å ta stilling til om vilkårene i andre ledd er oppfylt (punkt 3.2), og om plan- og bygningsmyndighetene har lagt vekt på henholdsvis riktig faktum (punkt 3.3) og saklige hensyn (punkt 3.4).

2. Pbl. § 19-2 andre ledd

2.1 Pbl. § 19-2 andre ledd første punktum om hensynene blir vesentlig tilsidesatt

Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra eller hensynene i lovens formålsbestemmelse blir vesentlig tilsidesatt.

Ombudet har tidligere uttalt at plan- og bygningsmyndighetene som grunnlag for denne vurderingen må identifisere hvilke hensyn bestemmelsen det er spørsmål om å dispensere fra er ment å ivareta, jf. for eksempel ombudets rapport om dispensasjoner i strandsonen i Kragerø kommune (SOM-2019-4817) punkt 3.2. Dette har ikke Statsforvalteren gjort. Videre er det vanskelig å se om og eventuelt hvordan kommunen og Statsforvalteren har vurdert dette vilkåret i sine vedtak. Ombudet ba derfor Statsforvalteren redegjøre nærmere for vesentlighetsvurderingen. I sitt svar har Statsforvalteren vist til uttalelser fra kommunen som Statsforvalteren tolker slik at «Høyanger kommune mener en midlertidig dispensasjon for vindmåler må ses i en større sammenheng, og at å gi dispensasjon helt klart vil sette LNF-

formålet vesentlig til side». Det fremgår ikke uttrykkelig om Statsforvalteren er enig i denne vurderingen, eller om Statsforvalteren har andre synspunkter på dette vilkåret.

Ombudet har etter dette begrenset grunnlag for å ta stilling til om vilkåret er oppfylt. På bakgrunn av mottatte saksdokumenter synes likevel ikke tiltaket å påvirke andre relevante hensyn. Rådmannen skrev følgende i sin saksutredning til planutvalget:

«Utplassering av måleutstyr for ein kortare periode, som også i tillegg er heilt reversibel, kan verke uskyldig og vil nok ikkje i seg sjøl sette 'store fotavtrykk' i naturen og i den urøyrde naturen, men i prinsippet er den del av ei større sak.»

Den såkalte større saken, som synes å være en eventuell senere vindkraftutbygging, er etter ombudets syn i utgangspunktet ikke en del av vurderingstemaet etter § 19-2 andre ledd første punktum. Ombudet kommer tilbake til om dette er et saklig hensyn i vurderingen etter § 19-2 første ledd i pkt. 3.4 under.

Slik saken er opplyst er det etter dette vanskelig å se hvordan et såpass begrenset tiltak som en vindmåler vil kunne sette hensynene bak kommuneplanens LNF-formål eller lovens formålsbestemmelse vesentlig til side.

2.2. Pbl. § 19-2 andre ledd andre punktum om fordelene er klart større enn ulemperne

For at kommunen skal kunne gi midlertidig dispensasjon må også fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulemperne etter en samlet vurdering.

Det er ikke klart for ombudet i hvilken grad kommunen og Statsforvalteren har tatt konkret stilling til om dette vilkåret er oppfylt. Statsforvalteren har i vedtaket pekt på at kommunen ikke har gitt en fullstendig begrunnelse hva gjelder standpunktet om at dette vilkåret ikke er oppfylt. Videre fremgår at Statsforvalteren har «vanskelig for å se at det foreligger nevneverdige objektive og arealmessige fordeler ved å gi dispensasjon til den omsøkte vindmåleren slik plansituasjonen er nå».

Statsforvalteren ga i sitt brev til ombudet uttrykk for at et tiltak «ofte må kunne sees i en større sammenheng enn det ene konkrete tiltaket» ved vurderingen av hvilke fordeler og ulemper som er relevante. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig grunnlag for en slik forståelse av vurderingstemaet etter pbl. § 19-2 andre ledd andre punktum.

Det er fordelene «ved å gi dispensasjon» som etter en samlet vurdering skal være klart større enn ulemperne. Dersom kommunen gir en dispensasjon vil det nødvendigvis kunne inntrø følger som kan være av positiv eller negativ art. Ordlyden kan følgelig åpne for en videre avgrensning av hvilke fordeler og ulemper som kan være relevante enn kun de som inntrer som en direkte konsekvens av tiltaket.

I Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 139 fremkommer Kommunal- og moderniseringsdepartementets vurdering av Planlovutvalget og Bygningslovutvalgets forslag til dispensasjonsbestemmelse i den nye loven. Departementet foreslo en ny utforming av bestemmelsen slik at det ble tydeligere hvilken avveining som må foretas. Deretter viste departementet til de to nye vilkårene som de foreslo å innføre. Det første vilkåret ble kommentert slik:

«Deretter skal det vurderes om fordelene ved å tillate tiltaket blir klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.»

Formuleringen «ved å tillate tiltaket» gir etter ombudets syn henvisning på en vurdering som nettopp er videre enn kun fordeler og ulemper ved selve tiltaket. Vilåret er ikke nærmere kommentert i dette punktet. I samme odelstingsproposisjon side 242 er det imidlertid lagt til grunn at «fordelene ved tiltaket må vurderes opp mot ulempene». Denne formuleringen gir uttrykk for en mer avgrenset forståelse av relevante fordeler og ulemper, når dette knyttes kun opp mot «tiltaket». Lovens forarbeider er med andre ord ikke entydige i hva departementet har ment at vurderingstemaet skal være. Da ingen av uttalelsene er nærmere utdypet, er det vanskelig å trekke en konklusjon på dette ut av proposisjonen.

Det følger av Prop.169 L (2020-2021) side 55 at det ved vurderingen vil være relevant å vektlegge fordeler og ulemper «både for samfunnet, tiltakshaver eller tredjeparter». Selv om det kan tenkes fordeler og ulemper for samfunnet ved en isolert vurdering av et konkret tiltak, er det etter ombudets syn mer nærliggende at dette momentet vurderes i en noe større sammenheng. En slik forståelse fremstår også rimelig: Tiltak av mer teknisk art som for eksempel oppføring av vindmøller og lignende måleinstrumenter, vann- og avløpsanlegg eller strøm- og mobilmaster vil i seg selv kunne gi svært begrensede fordeler og ulemper dersom en ser bort fra den funksjonen disse tiltakene er ment å ha i en videre sammenheng. For slike tiltak gir vurderingen av dette vilåret i pbl. § 19-2 andre ledd andre punktum liten mening i alle fall ved vurderingen av fordeler dersom det ikke er adgang til å vektlegge fordeler som tiltaket har når det settes i drift. Ombudet er følgelig enig med Statsforvalteren i at det kan være adgang til å legge vekt på fordeler og ulemper utover det konkrete tiltaket som dispensasjonen gjelder. Det må selvsagt vurderes konkret om slike fordeler og ulemper er relevante og tilstrekkelig nært knyttet til det aktuelle tiltaket.

Fordeler

Statsforvalteren har i sitt brev til ombudet bekreftet at «den objektive hensikten bak et tiltak» vil kunne være en relevant fordel. Da innsamling av data til bruk ved analyse av vindforholdene er et viktig element i prosessen for ethvert påtenkt vindkraftprosjekt, mener Statsforvalteren at å gjøre slik innsamling mulig, kan være en relevant fordel. Ombudet er enig i dette.

Samtidig har Statsforvalteren vist til at denne fordelen er av «subjektiv karakter for tiltakshaveren». Ombudet er ikke enig i dette. Bedring av kunnskapsgrunnlaget for et eventuelt vindkraftprosjekt er ikke bare en fordel som vil komme tiltakshaveren til gode. Slik kunnskap vil også mer generelt kunne være en fordel når arealer og ressurser skal disponeres. Til støtte for dette viser ombudet til pbl. § 19-2 fjerde ledd slik denne lød før 1. juli 2021. Etter første punktum skulle «statlige og regionale rammer og mål» tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det skulle gis dispensasjon fra planer. Statsforvalteren har som svar på spørsmål herfra bekreftet at den nevnte nå opphevede bestemmelsen medfører at energipolitiske mål om en sikker, fornybar energiproduksjon skal vektlegges i vurderingen etter pbl. § 19-2 andre ledd. Det fremstår riktignok ikke klart for ombudet om dagjeldende fjerde ledd var ment å gi føringer for rettsanvendelsen etter andre ledd eller skjønnsutøvelsen etter første ledd. Ved den seneste lovendringen er dette vurderingstemaet nå plassert i andre ledd første punktum, slik at det er knyttet til spørsmålet om dispensasjon

vesentlig tilsidesetter nasjonale eller regionale interesser. Det anses derfor ikke nødvendig for ombudet å ta endelig stilling til spørsmålet. Uansett mener ombudet at det uttalte energipolitiske målet om en sikker, fornybar energiproduksjon vil falle inn under «statlige og regionale rammer og mål» som skal tillegges «særlig vekt» ved vurderingen av om det skal gis dispensasjon fra planer. Dette vil derfor støtte at kunnskapsinnhenting om vindforholdene ikke er en fordel av ren subjektiv karakter for tiltakshaveren. Ombudet viser også til pbl. § 1-1 første ledd der det fremgår at loven «skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner».

Ulemper

Statsforvalteren synes å legge til grunn at ulemper ved en eventuell senere vindkraftutbygging er en relevant ulempe ved vurderingen av om fordelene ved å gi dispensasjon for å oppføre vindmøllene er klart større enn ulempene. For at plan- og bygningsmyndighetene skal kunne legge vekt på ulemper utover det konkrete tiltaket som dispensasjonen gjelder, må det være en tilstrekkelig nær tilknytning og nødvendig sammenheng mellom disse. Det er temmelig klart at resultatene fra vindmåleren vil kunne si noe om vindforholdene er slik at området kan egne seg for en vindkraftutbygging, og slik sett kan være en fordel. Når det gjelder ulemper ved en slik vindkraftutbygging er det ikke like nødvendig sammenheng mellom vindmåleren og slike ulemper. Som klageren har pekt på er ikke oppføring av en midlertidig vindmåler ensbetydende med at det vil komme en vindkraftutbygging. Det er mange faktorer som innvirker på om dette vil bli resultatet. For eksempel er en eventuell vindkraftutbygging avhengig av at resultatene av målingene tilsier at området faktisk egner seg for slik utbygging. Dersom målingene viser at vindforholdene ikke gjør stedet egnet for vindkraftutbygging, har det formodningen mot seg at tiltakshaveren ønsker å søke om konsesjon for å bygge ut dette området. Men også mange andre faktiske forhold vil spille inn, selv om vindforholdene skulle bli sett som velegnede. Videre vil en eventuell vindkraftutbygging være avhengig av at konsesjonsmyndighetene innvilger en søknad om konsesjon. I tillegg er en eventuell vindkraftutbygging avhengig av at utbyggingen er i samsvar med arealdisponeringen etter plan- og bygningsloven. Dette kan skje gjennom endring av kommuneplanen, dispensasjon eller at Olje- og energidepartementet bestemmer at en eventuell konsesjon får virkning som statlig arealplan, jf. pbl. § 6-4 tredje ledd.

Det er med andre ord mange stadier med usikkerhetsmomenter i en prosess frem mot utbygging av et eventuelt vindkraftanlegg. Flere av disse momentene ligger utenfor plan- og bygningsmyndighetenes kontroll. Ombudet er på dette grunnlaget enig med klageren i at det ikke er tilstrekkelig sammenheng mellom vindmåleren som den midlertidige dispensasjonen gjelder og en vindkraftutbygging, til at ulemper ved slik eventuell utbygging kan vektlegges etter pbl. § 19-2 andre ledd andre punktum.

Statsforvalteren har i sitt brev til ombudet pekt på at vilkåret om at fordelene må være klart større enn ulempene, må vurderes i lys av lokale holdninger til vindkraftutbygging. Dette kan forstås slik at Statsforvalteren anser kommunens negative holdning til vindkraftutbygging som en relevant ulempe i vurdering etter pbl. § 19-2 andre ledd andre punktum.

Vurderingen av om vilkårene for dispensasjon er oppfylt er rettsanvendelsesskjønn. Det innebærer at kommunens vurdering av om vilkårene er oppfylt ikke beror på politisk skjønn eller hva som er hensiktsmessig i den enkelte saken. Kommunens eventuelle negative

holdninger til vindkraftutbygging er dermed ikke relevante her. Ombudet vurderer i punkt 3.4 om dette er et saklig moment i «kan»-skjønnnet etter først ledd.

Slik saken er opplyst for ombudet synes fordelene ved den midlertidige vindmåleren å være klart større enn ulempene.

3. Pbl. § 19-2 første ledd første punktum «kan»-skjønnnet

Dersom vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er oppfylt, «kan» kommunen gi midlertidig dispensasjon fra kommuneplanens arealformål for oppføring av vindmåler. Selv om det formelt fremgår av planutvalgets vedtak at vilkårene for å innvilge midlertidig dispensasjon ikke er oppfylt, synes kommunen i realiteten å ha avslått søknaden med hjemmel i pbl. § 19-2 første ledd.

3.1. Har «kan»-skjønnnet i pbl. § 19-2 første ledd første punktum selvstendig betydning?

Klageren har anført at Rt. 2007 s. 257 (Trallfa-dommen) «må ... være relevant for tolkningen av § 19-2, nærmere bestemt slik at rettsanvendelsen etter andre ledd for alle praktiske formål 'spiser opp' rommet for skjønnsutøvelse etter første ledd». Dette mener klageren må gjelde selv om dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2 er utformet på en annen måte enn den tidligere bestemmelsen i plan- og bygningsloven av 1985 (plbl.) § 7. Bestemmelsen i 1985-loven § 7, fastsatte at kommunen «kan» gi dispensasjon når det forelå særlige grunner. Høyesterett klaggjorde i Trallfa-dommen at vurderingen av uttrykket «særlige grunner» i plbl. § 7 måtte ses i sammenheng med bestemmelsens «kan»-skjønn og samlet falle inn under det frie skjønnet.

I Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 242, som gjelder merknaden til § 19-2, skrev departementet:

«Første ledd første punktum gir kommunen myndighet til etter søknad å dispensere fra bestemmelser i loven, forskrifter eller planer gitt i medhold av loven. Skjønnsutøvelsen er underlagt omfattende begrensninger som følger av andre ledd.»

Klageren anfører at de beste grunner tilsier at den andre setningen i dette sitatet er ment å være en referanse til Trallfra-dommen, med den konsekvens at «kan»-skjønnnet etter første ledd «i praksis blir konsumert av» vurderingen etter andre ledd om vilkårene for dispensasjon er oppfylt.

Departementet adresserte Trallfa-dommen slik i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 139:

«Lovforslaget har klarere rettslige kriterier som må være oppfylt for å kunne godkjenne en søknad om dispensasjon. Med slike kriterier som grunnlag for dispensasjonsvedtaket vil lovforslaget innebære en endring av rettstilstanden i forhold til den aktuelle dommen. Vurderingene i andre ledd i bestemmelsen om dispensasjonsvedtaket skal anses som rettsanvendelsesskjønn. Dette er for så vidt på linje med den forståelsen av den gjeldende dispensasjonsbestemmelsen som har vært praktisert forut for nevnte dom med basis i uttalelser fra Sivilombudsmannen.»

Lovgiver gir her uttrykk for en distansering fra den rettstilstanden som fulgte av Trallfaldommen, men uten å angi helt presist hvordan den nye rettstilstanden dermed skal bli. Ombudet er enig med klageren i at formuleringen om at skjønnsutøvelsen etter første ledd første punktum er underlagt «omfattende begrensninger som følger av andre ledd» kan være ment å sikte til en begrensning i det frie skjønnet. Det er imidlertid vanskelig å se at en slik formulering uten ytterligere drøftelser gir tilstrekkelige holdepunkter for klagerens anførsel. Den aktuelle setningen må vurderes på bakgrunn av øvrige uttalelser i proposisjonen. På side 242 fremhevet departementet at vurderingen av om lovens vilkår for å kunne dispensere er oppfylt, vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Videre sies det at forvaltningslovens regel i § 34 andre ledd tredje punktum om å vektlegge det kommunale selvstyret «kommer således i betraktning kun ved interesseavveiningen om dispensasjon skal gis når lovens formelle vilkår for å gi dispensasjon er oppfylt». Departementet forutsetter med andre ord her at plan- og bygningsmyndighetene i tillegg til normalt å vurdere om vilkårene er oppfylt, skal foreta en interesseavveining av om dispensasjon skal gis. Det tilsier forutsetningsvis at det må gjenstå noe å vurdere, altså at vurderingen vil være noe annet noe mer enn den forvaltningen i de fleste tilfeller allerede har gjort ved vurderingen av vilkårene i andre ledd.

Det har ved flere anledninger vært foreslått endringer i dispensasjonsbestemmelsen. Endringene i § 19-2 annet ledd, våren 2021, se Prop. 169 L (2020-2021) side 25, kan gi ytterligere holdepunkter for hva departementet har ment. I forbindelse med forslag til endringer i dispensasjonsbestemmelsen, fremgår følgende under punktet om gjeldende rett:

«Ingen har dermed krav på dispensasjon selv om de materielle vilkårene er oppfylt. Det må imidlertid forutsettes at kommunen har saklig grunn for ikke å dispensere (og som i tilfelle ikke kan avbøtes gjennom dispensasjonsvilkår), jf. Prop.149 L (2015–2016) side 48 og 49. Saklig grunn kan for eksempel være at kommunen vil se saken i en større sammenheng, eller at det har vært mange dispensasjoner i området og at det derfor bør utarbeides ny plan før det gis tillatelse til flere tiltak. Denne delen av dispensasjonsvurderingen er undergitt fritt skjønn, som domstolene ikke kan prøve. Statsforvalteren kan prøve det frie skjønnet, men er etter forvaltningsloven § 34 andre ledd pålagt å 'legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn'.»

Departementet har også i en tolkningsuttalelse 6. juni 2019 (Frøya Vindkraftpark) uttalt følgende:

«Forutsatt at vilkårene er oppfylt, er det opp til kommunens frie skjønn om det bør gis dispensasjon. Selv om vilkårene for dispensasjon er oppfylt, har kommunen likevel rett til å avslå. Ingen har mao. rettskrav på å få dispensasjon selv om vilkårene er oppfylt.»

Olje- og energidepartementet har i Meld. St. 28 (2007-2008) side 27 lagt til grunn lignende standpunkt:

«Vilkårene for å gi dispensasjon [for oppføring av vindkraftverk] vil være tilstede når det foreligger en endelig konsesjon etter energiloven, men det er opp til kommunen om dispensasjon skal innvilges.»

I juridisk teori kan det synes å være noe uenighet om spørsmålet. Klageren har vist til Innjord mfl., Plan- og bygningsloven med kommentarer, Plandelen (2. utgave 2020) side 555. Forfatterne uttrykker seg noe forbeholdent når de skriver at det er «vanskelig å se at det er noe særlig rom for en ytterligere interesseavveining etter at det eventuelt er fastslått at lovens vilkår er oppfylt». Om uttalelsen er ment som en faktisk beskrivelse, eller om den sikter til en rettslig begrensning av skjønnsfriheten eller hvilke momenter i skjønnet som vil være relevante, er ikke klart. Pedersen mfl., Plan- og bygningsrett Del 1 Planlegging og ekspropriasjon (3. utgave 2018), side 211 inntar imidlertid et annet standpunkt. Her slås det fast at Trallfa-dommen ikke kan opprettholdes etter lovendringen, slik at en søknad om dispensasjon «kan avslås selv om de materielle vilkårene i § 19-2 finnes oppfylt».

Ombudet finner etter dette å legge størst vekt på at senere departementspraksis tilsier at lovgiver i forarbeidene til gjeldende plan- og bygningslov synes å ha ment å legge en reell skjønnsfrihet til kommunen som dispensasjonsmyndighet etter pbl. § 19-4 første ledd. Klageren kan dermed ikke høres med sin anførsel om at «kan»-skjønnet etter første ledd i praksis blir konsumert av den vurderingen kommunen normalt gjør etter andre ledd.

3.2. Første ledd som selvstendig avslagshjemmel

Klageren har anført at kommunen ikke har adgang til å gå rett på første ledd, men først må ta stilling til om vilkårene for midlertidig dispensasjon i andre ledd er oppfylt. Spørsmålet er om pbl. § 19-2 første ledd kan være en selvstendig avslagshjemmel når det er søkt om dispensasjon fra plan, uten en forutgående vurdering av om vilkårene i andre ledd er oppfylt.

Det følger av pbl. § 19-2 første ledd at kommunen «kan» gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av plan- og bygningsloven. Selv om ordet «kan» gir anvisning på en skjønnsfrihet for kommunen, avklarer ikke ordlyden om det er adgang til å avslå søknad uten først å ha vurdert og eventuelt konkludert med at vilkårene i andre ledd er oppfylt. Heller ikke forarbeidene berører dette direkte.

Til støtte for sitt syn har klageren vist til ombudets uttalelse 10. mars 2014 (SOM-2013-2528) hvor ombudet uttalte:

«Når klager anfører at vilkårene i plan- og bygningsloven § 19-2 [andre] ledd er oppfylt, følger det av forvaltningsloven § 34 annet ledd annet punktum at fylkesmannen plikter å vurdere anførselen.»

Klageren anfører at førsteinstansen ikke kan bruke loven på annen måte enn klageinstansen. På dette grunnlag mener klageren at kommunen ikke kan unnlate å vurdere om vilkårene i § 19-2 andre ledd er oppfylt, for i stedet gå rett på skjønnsutøvelse etter § 19-2 første ledd.

Som det fremgår av sitatet over gjelder den aktuelle uttalelsen Statsforvalterens (tidligere Fylkesmannens) prøvingsplikt. I den aktuelle saken hadde kommunen kommet til at vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd ikke var oppfylt og avslått på dette grunnlaget. Kommunen hadde med andre ord ikke begrunnet avslaget i «kan»-skjønnet i første ledd, og klagerens anførsler gjaldt vurderingen av vilkårene i andre ledd. Det er mot denne bakgrunn at ombudet uttalte at *klageinstansen*, med hjemmel i forvaltningsloven § 34, må vurdere om vilkårene faktisk er oppfylt. Uttalelsen kan ikke tas til inntekt for at *førsteinstansen* ikke kan

gå rett på «kan»-skjønnnet i første ledd, forutsatt at kommunen har en saklig grunn for at de ikke ønsker å gi dispensasjon.

I egenskap av lokal planmyndighet har kommunen stor frihet hva gjelder om og eventuelt hvordan arealene skal disponeres. Kommunen kan for eksempel beslutte at private reguleringsplanforslag ikke skal fremmes, jf. pbl. § 12-11. Denne beslutningen er ikke et enkeltvedtak, jf. LA-2006-34860, med den konsekvens at fvl. §§ 24-25 om begrunnelse ikke gjelder. Det stilles dermed relativt beskjedne krav til kommunens beslutning om ikke å fremme et privat reguleringsplanforslag. Det vil for eksempel kunne være tilstrekkelig at kommunen ønsker en annen arealdisponering og dermed ikke ønsker den planen som er foreslått.

Videre neves at kommunen står svært fritt til å legge ned midlertidig forbud mot tiltak etter pbl. § 13-1 første ledd dersom de mottar en søknad om tiltak som er i samsvar med gjeldende plangrunnlag. Det er tilstrekkelig at kommunen ønsker en annen arealutnyttelse og har planer om å endre gjeldene plangrunnlag.

På bakgrunn av hvor fritt kommunen står hva gjelder planlegging- og endring (også når tiltak er i samsvar med plan), tilsier hensynet til sammenheng i regelverket at kommunen også bør ha stor frihet ved spørsmålet om det skal dispenseres fra planer de tidligere har vedtatt. Denne friheten må nødvendigvis knytte seg nettopp til «kan»-vurderingen i første ledd, og kan tilsi at det ikke alltid er nødvendig å vurdere om vilkårene i andre ledd er oppfylt. Forutsatt at kommunen har en saklig grunn for at de ikke ønsker å gi dispensasjon, og at denne vurderingen fremgår av vedtaket, fremstår det unødig formalistisk å kreve at kommunen likevel må vurdere om vilkårene er oppfylt. Effektivitetshensyn taler dermed for at kommunen på denne måten kan gå direkte til den frie skjønnsvurderingen.

Støtte for dette synet finner ombudet i Pedersen mfl., Plan- og bygningsrett Del 1 Planlegging og ekspropriasjon (3. utgave 2018), side 211-212:

«Søknaden kan også avslås uten at de materielle vilkårene er vurdert, dersom kommunen finner at spørsmålet bør vurderes i sak om endring av planen.»

Etter ombudets syn vil det ligge innenfor loven å la pbl. § 19-2 første ledd første punktum være en selvstendig avslagshjemmel når det er søkt om dispensasjon fra plan, uten at det er nødvendig med en forutgående vurdering av om vilkårene i andre ledd er oppfylt. Men ombudet forutsetter som nevnt at kommunen må ha saklig grunn for at de ikke ønsker å gi dispensasjon og at denne vurderingen fremgår av vedtaket. Når det på denne måten ikke først er foretatt en vurdering av vilkårene i pbl. § 19-2 annet ledd, kan det være grunn til å være ekstra nøye i begrunnelsen for avslaget, slik at det går fram at saklighetskravet er oppfylt.

3.3. Har Statsforvalteren lagt vekt på riktig faktum?

Høyanger kommunes begrunnelse for å avslå søknaden om midlertidig dispensasjon er knyttet til forholdet til nasjonal ramme for vindkraft på land. Ombudet forstår kommunen slik at den ikke ønsker å ta stilling til noen form for vindkraftutbygging før slik plan er «ferdig handsama og eventuelt vedteken». Kommunen har presisert at dette også gjelder kartlegging av vindforholdene i området, som er formålet med den omsøkte vindmåleren.

Forslaget til nasjonal ramme for vindkraft er utarbeidet av Norges vassdrags- og energidirektorat på oppdrag fra Olje- og energidepartementet. Forslaget inneholder for det første et oppdatert kunnskapsgrunnlag om hvordan vindkraft kan påvirke miljø- og samfunnsinteresser. Denne delen var ment å gi et godt grunnlag for å vurdere lokalisering av landbasert vindkraftverk i fremtiden. For det andre inneholder forslaget et kart over de 13 områdene som direktoratet mente kan være mest egnet for ny vindkraftutbygging. Kartet var ment å være et styringsverktøy for hvilke områder som ville bli prioritert, og var dermed kun ment å være veiledende. Enkeltprosjekter ville uansett måtte vurderes konkret i en konsesjonsbehandling.

Fem dager før kommunen traff sitt vedtak om å avslå søknaden om midlertidig dispensasjon, opplyste regjeringen at arbeidet med nasjonal ramme for vindkraft på land ikke ville bli videreført. Bakgrunnen for dette var at omfattende kritiske høringsinnspill avdekket at nasjonal ramme for vindkraft på land trolig ikke ville oppnå målsetningen om å være konfliktdempende. Olje- og energidepartementet ga uttrykk for at kunnskapsgrunnlaget fra forslaget til nasjonal ramme og høringsinnspillene vil være sentralt i det videre arbeidet med å vurdere endringer i konsesjonssystemet.

I klagen til Statsforvalteren skrev klageren at kommunen på vedtakstidspunktet «måtte ... ha vært vel kjent med» at arbeidet med den nasjonale rammen for vindkraft var innstilt. Klageren anførte at det i seg selv medførte ugyldighet at kommunen begrunnet avslaget med arbeidet med nasjonal ramme.

Statsforvalteren la i vedtaket til grunn at kommunens argument om å avvente ferdig behandling og eventuell vedtakelse av nasjonal ramme var et «saklig og lovlig hensyn slik plansituasjonen er i dag». Det ble ikke kommentert at regjeringen på tidspunktet for kommunens vedtak allerede hadde besluttet og orientert om at arbeidet med den nasjonale rammen ikke ville bli videreført.

Det er faktum på vedtakstidspunktet som skal legges til grunn. Ombudet prøver Statsforvalterens vedtak, og det er klart at Statsforvalteren på vedtakstidspunktet var kjent med at arbeidet med nasjonal ramme for vindkraft var avsluttet. Premisset som lå til grunn for kommunens vurdering om ikke å gi midlertidig dispensasjon til oppføring av vindmåleren var dermed bortfalt.

Da arbeidet med nasjonal ramme var det eneste momentet kommunen hadde brukt for å avslå søknaden om midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmåler, har feilen vært utslagsgivende for avgjørelsen. Statsforvalteren skal ved klagebehandlingen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Statsforvalteren skulle derfor opphevet kommunens avslag. Følgen av opphevelsen ville være å sende saken tilbake til kommunen for ny vurdering på grunnlag av riktige premisser. På denne bakgrunnen ber ombudet Statsforvalteren om å vurdere saken på nytt.

3.4. Har Statsforvalteren lagt vekt på saklige hensyn?

I forbindelse med Statsforvalterens nye vurdering, finner ombudet det nødvendig også å kommentere Statsforvalterens standpunkt i svaret hit, om at «kommunens generelle motstand til utbygging av vindkraft ikke er et utenforliggende hensyn».

Selv om vurderingen etter pbl. § 19-2 første ledd er et fritt skjønn, er det kun adgang til å vektlegge hensyn som er saklige etter bestemmelsen. I forarbeidene er dette formulert slik at den skjønnsmessige «kan»-vurderingen må oppfylle «de vanlige forvaltningsmessige kravene til saklighet og forsvarlighet mv.», jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 243. Hva som er saklige og relevante hensyn i det enkelte tilfelle, må vurderes i lys av det kompetansegrunnlaget forvaltningen bygger sin myndighet på. Etter plan- og bygningsloven er generelt sett en lang rekke hensyn saklige og relevante. Det følger blant annet av lovens formålsbestemmelse.

I både Prop. 149 L (2015-2016) side 48-49 og Prop. 169 L (2020-2021) side 25 om gjeldende rett, har departementet gitt eksempler på saklige grunner for å avslå en søknad etter første ledd. Det ble nevnt at kommunen vil se saken i større sammenheng, eller at det har vært mange nok dispensasjoner i området og at det derfor bør utarbeides ny plan før kommunen gir tillatelse til flere tiltak.

Proposisjonene gir her anvisning på momenter som kan tilsi at kommunene har relativt stor frihet til å kunne avslå en søknad om dispensasjon etter første ledd. De eksemplene som nevnes vil imidlertid regelmessig være knyttet til og relevante for det tiltaket søknaden gjelder. Motstand mot vindkraft vil klart nok være et saklig hensyn ved en dispensasjons-søknad som gjelder utbygging av vindkraftanlegg. Spørsmålet her er om det også er et saklig hensyn ved søknad om midlertidig dispensasjon i inntil tre år for en vindmåler der formålet er kunnskapsinnhenting.

Det er dispensasjon fra LNF-formålet i arealplanen som her er aktuelt. LNF-områder er arealer der det kun er tillatt å oppføre bygninger eller iverksette tiltak som er nødvendige for drift av næringsmessig landbruk, samt enkle tilretteleggingstiltak for friluftslivet. Flere hensyn kan være relevante i vurderingen av om dispensasjon bør gis f.eks. knyttet til kommunens generelle holdning til ethvert inngrep i LNF-området eller at kommunen ikke ønsker å tillate tiltak gjennom dispensasjon, men ønsker avklaring i plan. En generell motstand mot vindkraftutbygging kan i noen grad anses å være knyttet til hensynene bak arealformålet. Ombudet mener likevel at Statsforvalteren ved å anse et slikt moment for å være relevant, i for stor grad distanserer seg fra hva den midlertidige dispensasjonen gjelder: Oppføring av vindmåler, ikke utbygging av vindkraftanlegg. Selv om tillatelse til å sette opp en midlertidig vindmåler, er en forutsetning for en fremtidig søknad om utbygging av vindkraft, er det to helt ulike tiltak.

Selv om generell motstand mot vindkraft kan ha en side mot arealdisponering, er momentet først og fremst knyttet til vurderinger som hører hjemme i energiloven. Ved å stadfeste kommunens avslag har Statsforvalteren avskåret tiltakshaverens mulighet til å innhente kunnskap om og eventuelt i hvilket omfang området på Høyangerfjellet er egnet til en større vindkraftutbygging. Eventuell konsesjonssøknad etter energiloven skal behandles av Norges vassdrags- og energidirektorat med eventuell klagebehandling av Olje- og energidepartementet. Beslutningsmyndigheten for slike saker etter energiloven ligger med andre ord på et annet nivå enn for (varig og midlertidig) dispensasjon etter plan- og bygningsloven. Ved at plan- og bygningsmyndighetene i denne saken i realiteten har stoppet en eventuell fremtidig søknad om konsesjon, flyttes myndigheten til kommunen i første instans og Statsforvalteren i andre instans. Slik kompetanseflytting er problematisk og kan tale for at kommunens generelle

motstand mot vindkraft ikke er et saklig moment ved vurderingen av om det skal gis midlertidig dispensasjon etter plan- og bygningsloven for oppføring av vindmøller.

Også mer generelt synes det problematisk å begrunne avslag på søknader om tiltak som trengs for kunnskapsinnhenting, hvis det alene skjer med begrunnelse at kommunen er motstander av den type prosjekter den aktuelle kunnskapen kan ha betydning for. Dette gjelder i hvert fall der det senere prosjektet uansett er avhengig av en separat tillatelse etter en bred vurdering.

Ombudet har også sett hen til at energiltak i dag langt på vei er løftet ut av plan- og bygningsloven. Plan- og bygningsmyndighetenes mulighet til å regulere denne sektorvirksomheten er dermed ment å være begrenset. Det følger av pbl. § 6-4 tredje ledd at departementet, i den enkelte saken, kan bestemme at endelig konsesjon til kraftproduksjonsanlegg etter blant annet energiloven uten videre skal ha virkning som statlig arealplan. Tilsvarende bestemmelse er inntatt i energiloven § 3-1 fjerde ledd. Følgende fremgår om pbl. § 6-4 tredje ledd i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 197:

«Bestemmelsen vil ... være aktuell å bruke i situasjoner hvor det er gitt konsesjon for slike anlegg, men hvor tiltaket er i strid med kommuneplanens arealdel og hvor kommunen ikke ønsker å regulere i samsvar med konsesjonen eller å dispensere fra arealdelen, jf. omtalen i kap. 3.6.2.»

Plan- og bygningsloven har følgelig en egen bestemmelse for å forhindre at lokal motstand kan stanse et vindkraftprosjekt. Også hensynet til sammenheng i regelverket kan dermed tale for at det ikke er saklig å legge vekt på kommunens generelle motstand mot vindkraftutbygging ved vurderingen av om det skal gis midlertidig dispensasjon etter § 19-2.

Oppsummert finner ombudet at et avslag på søknad om dispensasjon for midlertidig oppføring av om vindmøller, ikke kan begrunnes med at kommunen er motstander av utbygging av vindkraftanlegg.

Konklusjon

Ombudet er kommet til at premisset som lå til grunn for kommunens vurdering om ikke å gi midlertidig dispensasjon var bortfalt. Da arbeidet med nasjonal plan var det eneste momentet kommunen hadde brukt for å avslå søknaden om midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmøller, har feilen vært utslagsgivende for Fylkesmannens avgjørelse. Fylkesmannen skulle opphevet kommunens avslag og sendt saken tilbake til kommunen for ny vurdering på grunnlag av riktige premisser. Statsforvalteren er derfor bedt om å vurdere saken på nytt.

Ombudet er videre kommet til at det ikke er saklig å legge vekt på kommunens generelle motstand mot vindkraftutbygging ved vurderingen av om det skal gis midlertidig dispensasjon for oppføring av vindmøller, jf. § 19-2 første ledd første punktum.

For øvrig har ombudet lagt til grunn at § 19-2 første ledd første punktum legger en reell skjønnsfrihet til kommunen, samt at denne bestemmelsen kan være en selvstendig avslagshjemmel når det er søkt om dispensasjon fra plan, uten at det er nødvendig med en forutgående vurdering av om vilkårene i andre ledd er oppfylt.

Når det gjelder vilkårene i § 19-2 andre ledd er det slik saken er opplyst vanskelig for ombudet å se hvordan et såpass begrenset tiltak vil kunne sette hensynene bak kommunepanens LNF-formål eller lovens formålsbestemmelse vesentlig til side. Med samme forbehold synes også fordelene ved den midlertidige vindmåleren å være klart større enn ulempene. Kunnskapsinnhenting om vindforholdene kan være en relevant fordel ved å gi dispensasjon. Det er likevel ikke tilstrekkelig sammenheng mellom vindmåleren og en eventuell senere vindkraftutbygging, til at ulemper ved slik utbygging kan vektlegges etter § 19-2 andre ledd andre punktum.

Ombudet ber om at Statsforvalteren orienterer om utfallet av den nye behandlingen, ved oversendelse av kopi av brev til klageren innen **22. desember 2021**.

Oslo, 27.10.2021

Hanne Harlem
sivilombud

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ikke håndskrevet underskrift.