



SANDEFJORD KOMMUNE

Postboks 2025
3202 SANDEFJORD

Saksbehandler, innvalgstelefon

Malin Lorentzen-Lund, 38 17 62 57

Sandefjord kommune. Statsforvalterens behandling av krav om lovlighetskontroll av vedtak fattet i kommunestyret i sak 12/21

Vi viser til Kommunal- og moderniseringsdepartementets oversendelse mottatt her 19.04.2021.

Statforvalteren avviser lovlighetsklagen. Vilkårene for lovlighetskontroll er ikke oppfylt.

Sakens bakgrunn

Sandefjord kommune mottok den 19.08.2020 en henvendelse fra Sandefjord turistforening, Sandefjord Naturvern og Sandefjord Jeger og Fiskeforening med ønske om å få fremmet en ny sak om stengsler på Yxney. Henvendelsen ble støttet av Forum for natur- og friluftsliv Vestfold. I henvendelsen gis det uttrykk for at grunneier har etablert ulovlige gjerder langs vestsiden av Truberjordet, spesielt gjerde ved «saueskuret» som stenger passasjen langs fjellet fra øst mot vest, port ved «Fiskehytta» sør for Engebukta langs privat vei og stengte driftsveier ved Truberjordet, Helle og Engebukta. Det påpekes at kravene til friluftslivets vilkår generelt er kraftig forbedret de siste åtte årene, og at folk er kjent med at de har anledning til å ferdes i strandsonen de fleste steder

Kommunestyret behandlet henvendelsen i møte den 18.02.2021 og fattet følgende vedtak med 37 mot 8 stemmer:

- 1. Eksisterende gjerder rundt Truberjordet vurderes ikke til å være et ulovlig stengsel som er i strid med § 13 i Friluftsloven.*
- 2. Port ved Engebukta vurderes ikke til å være et ulovlig stengsel som er i strid med § 13 i Friluftsloven.*
- 3. Alternativ sti på sydsiden av hestejordet vurderes utbedret slik at den får en universell utforming.*
- 4. Kostnadene dekkes av de midlene som er avsatt til drift og vedlikehold av Yxney*

Det ble den 10.03.2021 fremsatt krav om lovlighetskontroll etter kommuneloven § 27-1 første ledd fra Karin Virik (V), Peder Sunde (V), Camilla Bilstad Johannessen (V), Charlotte Jahren Øverbye (SV), Odd Runde Langeland (MDG) og Ina Coll Kjølmoe (MDG). I kravet bes det om at Statsforvalteren vurderer om innholdet i kommunestyrets vedtak er i strid med friluftsloven eller ikke. Det anføres at kommunen gjennom vedtaket tilsidesetter innbyggernes rettigheter til fri ferdsel når aktuelle



stengsler ikke fjernes, og videre at kart over Østerøya friområder utgitt av Sandefjord kommune i 1994 burde vært vedlagt i saksbehandlingen.

Kommunestyret behandlet kravet om lovlighetskontroll i møte den 25.03.2021. Rådmannens innstilling om at tidligere vedtak opprettholdes ble vedtatt med 38 mot 7 stemmer. Saken ble deretter oversendt Statsforvalteren i Vestfold og Telemark, som i brev til Kommunal- og moderniseringsdepartementet av 06.04.2021 erklærte seg inhabil til å behandle saken. Sistnevnte oppnevnte Statsforvalteren i Agder til å behandle og avgjøre saken.

Statsforvalterens vurdering

Generelt om lovlighetskontroll og rammene for kontrollen

Etter kommuneloven § 27-1 nr. 1 kan tre eller flere medlemmer av kommunestyret sammen bringe en avgjørelse truffet av et folkevalgt organ inn for departementet for kontroll av avgjørelsens lovlighet. Departementets myndighet til å utøve lovlighetskontroll av kommunale avgjørelser er i hovedsak delegert til Statsforvalteren, jf. kgl.res 30.08.2019 punkt IX.

Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 27-1 innebærer en prøving av om vedtaket er lovlig. Det innebærer etter § 27-3 første ledd en kontroll av følgende forhold:

- a) Om vedtaket har et lovlig innhold, dvs. om den har tilstrekkelig lovhjemmel og ikke strider mot lovgivningen eller andre rettsregler, bygger på en riktig lovtolkning eller om den kan være utslag av myndighetsmisbruk.
- b) Om vedtaket er truffet av noen som har myndighet til å treffe slikt vedtak, dvs. om vedtaksorganet har myndighet til å treffe avgjørelsen.
- c) Om vedtaket er blitt til på en lovlig måte, dvs. om saksbehandlingsreglene er fulgt og om avgjørelsen bygger på et korrekt og fullstendig faktum.

Hva som kan kontrolleres går fram av § 27-2 første ledd. Kontrollen kan omfatte:

- a) endelige vedtak som er truffet av et folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjonen
- b) vedtak om et møte skal holdes for åpne eller lukkede dører
- c) vedtak som gjelder spørsmål om inhabilitet

Av § 27-2 andre ledd går det uttrykkelig fram at prosessledende avgjørelser, utover de som er nevnt i bokstav b og c, ikke kan kontrolleres. Det samme gjelder vedtak om ansettelse, oppsigelse og avskjed. Om vedtak er i strid med lov om offentlige anskaffelser kan heller ikke kontrolleres. I Kommunal- og regionaldepartementets veileder H-2299 av 21.10.2013 «Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59» er det gitt nærmere retningslinjer for lovlighetskontrollen etter 1992-loven. Reglene i den nye kommuneloven er i all hovedsak en videreføring av reglene i 1992-loven og vi legger til grunn at rundskrivet fortsatt skal legges til grunn for behandlingen av saker etter ny kommunelov.

Lovlighetskontroll skiller seg fra ordinær klagebehandling ved at Statsforvalteren ved lovlighetskontroll som hovedregel ikke myndighet til å overprøve kommunens frie skjønn. Adgangen til overprøving ved lovlighetskontroll svarer i hovedsak til domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak, jf. rundskriv H-2299 pkt. 6.2.4. Finner Statsforvalteren at kommunens avgjørelse er ugyldig, kan Statsforvalteren ikke selv fatte nytt og korrekt vedtak i saken, men er henvist til å oppheve kommunens avgjørelse, jf. kommuneloven § 27-3 fjerde ledd.

Vurdering av om vilkårene for lovlighetskontroll er oppfylt

Vi tar først stilling til om vilkårene for å behandle kravet om lovlighetskontroll er oppfylt.



Det er på det rene at det i dette tilfellet står seks kommunestyrerepresentanter bak kravet. Vilkåret i kommuneloven § 27-1 første ledd første punktum om at det må stå minimum tre representanter bak kravet er dermed oppfylt.

Kravet er videre fremsatt innenfor fristen på tre uker som er fastsatt i kommuneloven § 27-1 første ledd andre punktum.

Spørsmålet er så om denne saken gjelder et «endelig vedtak», jf. kommuneloven § 27-2 første ledd bokstav a). Vi vurderer dette i det følgende.

Kravet om lovlighetskontroll er rettet mot kommunestyrets vedtak om at stengsler i form av gjerder rundt Truberjordet og port ved Engebukta ikke er ulovlige stengsler etter frilufsloven § 13. I saksfremstillingen til kommunens behandling av krav om lovlighetskontroll presiseres det at «kommunestyrets vedtak er en uttalelse etter frilufsloven § 20 om gjerdende rundt Truberjordet og porten ved Engebukten er å anse som ulovlige stengsler i medhold av frilufsloven § 13». Kommunen har i saksfremstillingen lagt til grunn at vedtaket er «det endelige», og dermed gjenstand for lovlighetskontroll.

Statsforvalteren bemerker at uttalelser etter frilufsloven § 20 etter forarbeidene i Ot.prp. nr. 2 (1957) på s. 37 ikke er bindende, og det fremgår av Ot.prp. nr. 27 (1995-1996) at bestemmelsen ikke gir myndighet til med rettskraftig virkning å avgjøre tvilsspørsmål som måtte bli presentert etter bestemmelsen. Tvilsspørsmål kan kun rettskraftig avgjøres av domstolen. Videre heter det at uttalelser ikke er gjenstand for klage. Av Frilufsloven med kommentarer (2016, Marianne Reusch, s. 332, fremgår det at «kommunens vedtak er ikke et forvaltningsvedtak».

Begrepet «vedtak» i kommuneloven § 27-2 første ledd bokstav a) er endret fra begrepet «avgjørelser» etter kommuneloven av 1992 § 59 første ledd. Av forarbeidene til kommuneloven av 2018 (Prop.46 L (2017-2018)) pkt. 27.1.4 fremgår det at begrunnelsen for dette var at dagens ordning i utgangspunktet kun omfattet endelige avgjørelser, og at uansett valg av begrep ville det være et spørsmål om den konkrete avgjørelsen kunne lovlighetskontrolleres eller ikke. Å benytte «vedtak» ville etter departementets syn også være mer i samsvar med hva som er den faktiske bruken i kommunene og hva som gjennomgående benyttes i loven. Det bemerkes at begrepet «vedtak» i kommunelovsammenheng er videre enn etter forvaltningsloven, og omfatter avgjørelser som ikke er vedtak etter sistnevnte lov. Departementet vurderte at selv om avgjørelser som ikke er vedtak etter forvaltningsloven i stor utstrekning omtales som vedtak i dag, ville det ikke bli store utfordringer knyttet til at kommuneloven har en annen definisjon av vedtak enn det som følger av forvaltningsloven. Av spesialmerknaden til bestemmelsen i § 27-2 fremgår det at den i hovedsak viderefører gjeldende rett. Veileder H-2299 bruker begrepet «avgjørelser», men vi legger den på denne bakgrunn til grunn i det følgende. Det følger av veilederen pkt. 6.1.3.1 at:

Ved vurderingen av om det er tale om en «avgjørelse» i kommunelovens forstand, må det blant annet skilles mellom realitetsavgjørelser og prosessledende avgjørelser.

Beslutninger som avgjør realiteten i en sak må anses som en «avgjørelse» etter kommuneloven § 59. Det er som hovedregel den endelige avgjørelsen i saken som er gjenstand for kontroll, dvs. den avgjørelsen som avslutter en sak. Dette er slått fast i forarbeidene til kommuneloven og samme forståelse er lagt til grunn i Ot.prp. nr. 17 (2008-2009). I § 59 nr. 1 er det i tillegg åpnet for at enkelte prosessuelle avgjørelser også kan lovlighetskontrolleres.



Ved tolkningen av avgjørelsesbegrepet i kommuneloven § 59 er det relevant å se hen til avgjørelsesbegrepet i forvaltningsloven. Avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6 har ingen legaldefinisjon, men det favner videre enn vedtaksbegrepet i fvl. § 2. Avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6 kan omfatte beslutninger som er ledd i en løpende saksbehandling, for eksempel avgjørelse om innsyn i saksdokumenter. Videre kan det omfatte uttalelser, retningslinjer, utredninger mv., dersom de er ment å være autoritative eller få betydning for andres saksbehandling. Også rene unnlatelser kan i visse tilfeller være avgjørelser etter fvl. § 6.

Om uttalelser følger det av veilederen at interne uttalelser i saker som avgjøres med endelig virkning på kommunens hånd er unntatt fra lovlighetskontroll, da gjenstand for kontroll i slike tilfeller vil være den endelige avgjørelsen som treffes i saken. Der den endelige avgjørelsen som bestemmer sakens realitet tas utenfor den kommunale organisasjonen, f.eks. av et statlig organ, kan situasjonen etter veilederen være noe annerledes, og det vises til at det er gode grunner for at utsagn som utgjør kommunens siste formelle befatning med saken før realiteten avgjøres bør kunne lovlighetskontrolleres. Videre heter det at:

Det må foretas en konkret og skjønsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. Dersom rådet, innstillingen eller uttalelsen gjelder en konkret sak som angår den bestemte kommunen, kan dette være et argument for at det foreligger en avgjørelse etter nr. 1 som er gjenstand for kontroll. Selv om vedtaket som nevnt ikke er den endelige avgjørelsen i saken som sådan, så er det kommunens siste formelle befatning med saken, og vedtaket bør derfor i noen tilfeller kunne regnes som en avgjørelse i kommuneloven § 59 sin forstand. Reelle hensyn og formålsbetraktninger kan tale for en adgang til rettslig kontroll med denne type avgjørelser. Særlig gjelder dette hvis utsagnet har vært gjenstand for votering i kommunestyret og/eller har karakter av å være rettslig bindende. Autoritative uttalelser fra kommunen som omfattes av avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6 kan i mange tilfeller antas å falle innenfor kommuneloven § 59.

Saken her gjelder ikke en uttalelse i forbindelse med at den endelige avgjørelsen skal tas utenfor kommunen, men vi vurderer likevel at veilederen er relevant ved vurderingen. Basert på veilederen, legger vi til grunn at relevante momenter ved vurderingen av om saken gjelder et «endelig vedtak», bl.a. vil være om det er kommunens siste formelle befatning med saken, om avgjørelsen har karakter av å være rettslig bindende, om den har vært gjenstand for votering, og om reelle hensyn og formålsbetraktninger taler for en adgang til rettslig kontroll.

Statsforvalteren bemerker at angjeldende stengsler er behandlet av kommunen en rekke ganger tidligere i noe ulike sammenhenger. Totalt oppfatter vi det slik at de har vært gjenstand for omfattende behandling tidligere. Vedlagt saksdokumentene er en tidslinje der dette fremkommer tydelig. I e-post av 27.10.2021 ba vi også kommunen redegjøre nærmere for om stengslene tidligere var gitt tillatelse eller dispensasjoner for etter plan- og bygningsloven, eller om de tidligere var behandlet etter friluftsløven. Vi ba også kommunen redegjøre for om «Port ved Engebukta» og «Port ved Fiskehytta» er samme stengsler, noe kommunen svarte bekreftende på.

I redegjørelse av 02.11.2021 viser kommunen til at «port ved Engebukta» ble behandlet og godkjent etter plan- og bygningsloven i sak 112/08 den 11.06.2008. Vedtaket ble påklaget, men klagen ble ikke tatt til følge av daværende Fylkesmannen i Telemark. Statsforvalteren vil bemerke at dette vedtaket er noe uklart. Det konkluderes der med at tiltaket ikke er søknadspliktig etter plan- og bygningsloven, men at det er i behov for dispensasjon fra det dagjeldende byggeforbudet i pbl. 1985, og det fremgår av vurderingen at «saken reiser imidlertid først og fremst spørsmål som må behandles etter friluftsløven». Det gjøres i liten grad vurderinger av om det foreligger «særlige grunner» for dispensasjon etter dagjeldende pbl. 1985 § 7 for tiltaket, men det sies heller ikke at



kommunens vedtak knyttet til dette tiltaket oppheves. Vi legger dermed til grunn at vedtaket om dispensasjon ble opprettholdt. Kommunen redegjør videre for at porten ble behandlet etter frilufsloven, første gang av hovedutvalget for kultur og fritid 8.8.2009 i sak 24/09 og formannskapet 21.10.2009 i sak 132/09 (før etablering). Det ble der fattet vedtak om at søknad om port med tilhørende gjerde og bom kunne aksepteres etter frilufsloven § 13 jf. § 1a. Etter at porten ble realisert, ble den på nytt vurdert etter frilufsloven av Kultur- og fritidsutvalget 16.10.2012 i sak 42/12. Grunnlaget for at saken på nytt ble vurdert etter frilufsloven var en klage på den oppførte porten fra Sandefjord og Oplands Turistforening. Anmodningen om å fjerne porten ble ikke tatt til følge. Vedtaket ble påklaget, men klagen ble avvist og avvisningsvedtaket ble opprettholdt av Fylkesmannen i Østfold i vedtak den 06.06.2013.

Når det gjelder eksisterende gjerder rundt Truberjordet, redegjør kommunen for at disse ikke er behandlet etter plan- og bygningsloven. Gjerdene ble imidlertid behandlet etter frilufsloven av kultur- og fritidsutvalget 27.03.2012 i sak 42/12, der rådmannen i saksfremstillingen gjorde følgende vurdering av om gjerdene er søknadspliktige eller i behov for dispensasjon fra plan- og bygningsloven:

Oppsetting av gjerder er ikke søknadspliktig etter Plan- og bygningsloven, men er et tiltak som omfattes av § 1-6 hvor det er et krav at tiltaket skal være i samsvar med gjeldene plan, det vil i dette tilfellet si kommuneplanens arealdel. Det vil si at dersom oppsatte gjerder ikke er i samsvar med formålet i kommuneplanen, kan bygningsmyndighetene kreve gjerdene fjernet. Området på Yxney er avmerket som LNF-område. Gården er en landbrukseiendom der gjerder for hesteinnhegning er i samsvar med formålet L, landbruk, i kommuneplanen.

Plan og bygningsloven kan benyttes dersom gjerdene ikke lenger er nødvendige for landbruket. En slik avgjørelse må landbruksmyndighetene ta stilling til. Plan- og bygningsloven kan også benyttes til å regulere et nærmere bestemt areal til friområde som gir hjemmel til et eventuelt erverv.

Det ble i vedtaket slått fast at gjerdene ikke er i strid med frilufsloven § 13. Senere klager på dette vedtaket er etter kommunens opplysninger behandlet av ulike fylkesmenn, men ikke tatt til følge.

Sammenfattet er altså situasjonen slik hva gjelder «port ved Engebukta», at det er innvilget dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet langs sjøen etter dagjeldende pbl. 1985, og porten er behandlet etter frilufsloven flere ganger. For gjerdene rundt Truberjordet er det ikke gitt tillatelse eller dispensasjon etter plan- og bygningsloven, men disse er vurdert av kommunen å være unntatt fra søknadsplikt og i samsvar med gjeldende arealformål.

Statsforvalteren bemerker at det i Frilufsloven med kommentarer (2016), Marianne Reusch s. 417 heter at «En uttalelse etter frilufsloven § 20 bokstav c) om stengsler, skilt og hindringer gjelder bare forholdet til frilufslovens regler. Tiltak som er oppført med hjemmel i annet rettsgrunnlag, for eksempel et gjerde i samsvar med reguleringsplan og tillatelse etter plan- og bygningsloven, verken skal eller kan kommunen vurdere lovligheten av i lys av annet regelverk. I slike tilfeller må kommunen kunne basere seg på premisser av denne typen: 'Forutsatt at gjerdet er oppført i samsvar med byggetillatelse, vil det ikke være i strid med frilufsloven.' 'Med mindre det foreligger tillatelse fra landbruksmyndighetene, er dette utmarksgjerdet i strid med frilufsloven.'».

Når det for porten ved Engebukta er gitt dispensasjon etter plan- og bygningsloven, kan Statsforvalteren på bakgrunn av litteraturen gjengitt over vanskelig se at kommunen gjennom en uttalelse etter frilufsloven § 20 kan komme til det resultat at stengselene er ulovlige. Tiltaket er oppført med hjemmel i annet regelverk, og da skal ikke kommunen vurdere lovligheten etter



friluftsløven. Det samme gjør seg etter vårt syn også gjeldende for gjerdene rundt Truberjordet, ettersom kommunen har vurdert at der i samsvar med gjeldende arealplan og unntatt fra søknadsplikt.

Når dette er situasjonen, kan vi vanskelig se at en uttalelse etter friluftsløven § 20 bokstav c kan anses som et «endelig vedtak» etter kommuneloven § 27-2 første ledd bokstav a som kan være gjenstand for lovlighetskontroll. Her viser vi også til at en uttalelse etter friluftsløven § 20 ikke er bindende, og at bestemmelsen ikke gir myndighet til med rettskraftig virkning å avgjøre tvilsspørsmål. Også reelle hensyn og formålsbetraktninger taler etter vårt syn for at det ikke bør være anledning til å foreta lovlighetskontroll av kommunens uttalelse etter friluftsløven § 20 i en situasjon som denne. Vi viser til at den omfattende saksbehandlingen kommunen har hatt for stengslene gjennom årene, og særlig den innvilgede dispensasjonen for porten ved Engebukta og vurderingen av at gjerdene rundt Truberjordet er i samsvar med gjeldende arealplan tilsier at sakene har fått et «endelig vedtak» på et langt tidligere tidspunkt. Vi viser også til at grunneier skal kunne innrette seg etter den gitte dispensasjonen og vurderingen av gjerdene rundt Truberjordet.

Etter vårt syn må kommunestyrets vedtak 18.02.2021 etter dette anses som en sammenfatning/konklusjon av den forutgående behandlingen av saken. Dette underbygges av saksfremstillingen til vedtaket, hvor det fremgår at man ikke finner holdepunkter for å vurdere saken annerledes enn i tidligere saksbehandling.

Vi ser etter dette ikke at vurderingen tilfredsstillende vilkåret om at det må foreligge et «endelig vedtak», jf. kommuneloven § 27-2 andre ledd bokstav a. Vi bemerker i denne sammenheng at det forhold at uttalelsen var gjenstand for votering i kommunestyret og at den nødvendigvis er kommunens siste formelle befattning med saken, i denne saken ikke synes å være tilstrekkelig til å konstatere at det dreier seg om et «endelig vedtak».

Kravet om lovlighetskontroll må etter dette avvises, fordi det ikke er rettet mot et «endelig vedtak». Jf. kommuneloven § 27-2 andre ledd bokstav a.

Statsforvalterens vedtak

Lovlighetsklage av 10.03.2021 avvises. Vilklårene for lovlighetskontroll er ikke oppfylt.

Statsforvalterens vedtak i sak om lovlighetskontroll kan ikke påklages. Dette gjelder også der Statsforvalteren avviser klagen fordi vilklårene for behandling ikke er oppfylt.

Med hilsen

Eva L. Jørlo (e.f.)
avdelingsdirektør
Justis- og vergemålsavdelingen

Malin Lorentzen-Lund
rådgiver
Justis- og vergemålsavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:
STATSFORVALTEREN I VESTFOLD OG
TELEMARK

Postboks 2076 3103 TØNSBERG