

Frøya kommune
Postboks 152
7261 Sistranda

Bergen, 29. april 2019
Vår ref.: 4412892.1- MELHAL/ALSLAR
Ansvarlig advokat: Alsaker, Lars Selmar

Frøya vindkraftverk – kommentarer til klage over kommunens vedtak om byggestans av 15. april 2019

1. Kommunens stans-vedtak er i samsvar med KMDs anvisninger om gjeldende rett

Vårt advokatfirma representerer folkeaksjonen mot vindkraftverk på Frøya, samt flere grunneiere.

Frøya kommune fattet den 15. april 2019 vedtak om byggestans for vindkraftverket med utgangspunkt i at dispensasjonen for vindkraftverket var bortfalt, jfr. plan- og bygningslovens (pbl.) § 21-9. I brev av 16. april 2019 har TrønderEnergi påklaget kommunens vedtak.

I det følgende vil vi kommentere anførslene i klagen fra TrønderEnergi.

Allerede innledningsvis kan en imidlertid slå fast at TrønderEnergis klage på vesentlige punkt er basert på en uriktig rettsforståelse og en uriktig gjengivelse av faktum i saken. TrønderEnergi har også i sin klage brukt mange tekstsider og vedlegg til å gjengi forhold som ikke er relevant for det spørsmål kommunen og Fylkesmannen skal avgjøre i forbindelse med klagesaksbehandlingen – nemlig spørsmålene knyttet til pbl. § 21-9.

Kommunen på sin side har basert sine vedtak på en korrekt forståelse av pbl. § 21-9, og har fulgt de anvisninger som er gitt i uttalelsene fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet av 28.03.19 og 11.04.19 i sin myndighetsutøvelse.

Det er således ikke grunn til at verken kommune eller Fylkesmann skal omgjøre kommunens stansvedtak i forbindelse med klagesaksbehandlingen.

2. Rettslige utgangspunkt for kommunens myndighetsutøvelse

Det er ikke noe uvanlig i norsk forvaltningsrett at et tiltak trenger et avklart tillatelsesgrunnlag etter flere lover for å kunne realisere et tiltak. I slike tilfeller kan man ikke argumentere med at fordi en har tillatelse etter en lov, så må en automatisk også få tillatelse etter andre lover. Om et tiltak trenger både

forurensingstillatelse og byggetillatelse, så kan ikke tiltakshaver argumentere med at han har rett på byggeløyvet fordi en har fått forurensingstillatelse. En oppdretter som har fått tillatelse fra Kystverket til en oppdrettslokalitet likevel må ha tillatelse fra Mattilsyn og Fylkesmann. At man har fått en eller flere tillatelser innebærer ikke at dette skal påvirke saksbehandlingen etter annet regelverk.

Slik er situasjonen også i denne saken. At en anleggskonsesjon for vindkraftverk er innvilget med hjemmel i energiloven, er ikke til hinder for at tiltaket behøver lovlig avklaring i forhold til eksisterende og rettslig bindende arealplaner, eller at regelen om bortfall av tillatelse etter plan- og bygningslovens § 21-9 ikke kommer til anvendelse. Det er ikke noe i konsesjonssystemet etter energiloven som tilsier at det ikke trenges gyldig plan/tillatelsesgrunnlag etter plan- og bygningsloven. TrønderEnergis uttalelser på s. 15, annet avsnitt, i klagen – gir derfor et uriktig bilde av gjeldende rett. At en har konsesjon etter et sektorregelverk betyr ikke med nødvendighet at tiltaket kan realiseres. For om ikke alle nødvendige tillatelser etter alle gjeldende lover er på plass foreligger ikke samlet et gyldig utbyggingsgrunnlag. Her synes TrønderEnergi å ha hatt et for ensidig fokus på energiloven, mens en synes å ha oversett relevansen av andre relevante regelsett.

Etter reglene i plan- og bygningsloven og byggesaksforskriften gir en anleggskonsesjon for et vindkraftverk unntak fra *byggesaks*reglene i loven. Det er også unntak fra plankrav, jfr. pbl. § 12-1. Men ut over disse unntakene gjelder plan- og bygningsloven fullt ut også for et vindkraftverk. Kravet om at tiltaket skal være i samsvar med gjeldende kommunale planer gjelder fullt ut – likeså pbl. § 21-9.

Det er heller ikke slik at det er noe særskilt eller uvanlig i at et plangrunnlag, eller grunnlaget for og ønskeligheten av å innvilge dispensasjon, kan endre seg over et lengre tidsforløp. Dette er nettopp grunnlaget for reglene om at byggeløyver og dispensasjoner bortfaller etter tre år – slik at plan- og bygningsmyndigheten kan gjøre en ny vurdering av et tiltak basert på en ny vurdering av ønsket arealbruk. Det skjer rett som det er at utbyggere som har lagt betydelige ressurser ned i planarbeid og utvikling av et tiltak, må konstatere at plangrunnlaget endrer seg slik at tiltaket likevel ikke kan realiseres. Dette er en ordinær del av vårt plansystem basert på lokaldemokratiske avgjørelser. Så at TrønderEnergi har planlagt vindkraftverket over et betydelig tidsrom er ikke i seg selv noe argument for at de må få lov å bygge – i en situasjon der dispensasjonen er utgått og tiltaket er i strid med gjeldende arealplangrunnlag. At Frøya kommune ved tidligere anledninger har uttrykt støtte til vindkraftanlegg – er dermed uten enhver rettslig betydning for spørsmålet om bortfall av dispensasjon etter pbl. § 21-9.

Realiteten i denne saken synes å være at TrønderEnergi ikke har vært seg bevisst at en dispensasjon bortfaller etter tre år, jfr. pbl. § 21-9. Selskapet kan dermed ikke beklage seg over manglende forutsigbarhet – når forholdet som forårsaker den manglende forutsigbarheten har ligget i dagen hele veien. Når TrønderEnergi med åpne øye har tatt sikte på å gjennomføre vindkraftplaner i strid med arealdisponeringen til LNF-formål i Frøyas kommunes rettslig bindende kommuneplan, og dermed gjort seg avhengig av en dispensasjon med datostempel, så har selskapet tatt en risiko. For hovedregelen i norsk plan- og bygningslov er at det er kommunene som fastsetter arealdisponeringen innen kommunens grenser – og dermed bestemmer om et område skal åpnes for vindkraft eller ikke. Stortinget kunne selvsagt valgt å la unntaksregelen i pbl. § 1-3 gjelde også selve kraftanleggene – og ikke kun linjeføring/trafoanlegg. Men det har ikke Stortinget gjort. Stortinget har dermed som den klare hovedregel ønsket at vindkraftverk og andre kraftanlegg kun skal kunne realiseres dersom dette er i

samsvar med kommunenes arealplaner – og dermed lokaldemokratiets ønske. Her må således TrønderEnergi ta inn over seg at en tillatelse etter energiloven ikke i seg selv gir et tilstrekkelig grunnlag til å kunne realisere et tiltak. Så om gjeldende plan- og bygningslov har kommet som en overraskelse på selskapet – så tilser ikke dette noe berettiget krav om at plan- og bygningsmyndighetene må ta særskilte hensyn eller behandle dette tiltaket grunnleggende annerledes enn ethvert annet større bygge- og anleggstiltak som reguleres av plan- og bygningsloven.

Foruten de spesifikke unntak som lov og forskrift fastsetter, så skal dermed et vindkraftverk i relasjon til plan- og bygningsloven behandles som ethvert annet tiltak som omfattes av loven.

Når det på s. 8 i klagen fra TrønderEnergi heter at «Når konsesjonsvedtaket er fattet, skal kommunen endre sine planer, eventuelt gi dispensasjon fra disse», så er dette basert på en grunnleggende misforståelse av gjeldende rett. Selv om et kraftanlegg er innvilget konsesjon etter energiloven, så står en kommune fritt til å opprettholde eller vedta arealplaner med en arealdisponering som ikke åpner for tiltaket. Dette følger direkte av pbl. § 1-6 samt reglene om vedtakelse av kommuneplaner og reguleringsplaner. Det vises også til grunnlovens § 49, 2. ledd der det heter at: «*Innbyggjarane har rett til å styre lokale tilhøve gjennom lokale folkevalde organ. Nærare føresegner om det lokale folkevalde nivået blir fastsette i lov.*» Arealdisponering gjennom kommuneplan og reguleringsplan, og om en gjennom plan vil åpne opp for vindkraftverk eller ikke, er nettopp slike «lokale tilhøve» som grunnlovsbestemmelsen som den store hovedregel overlater til lokaldemokratiet.

Det er også grunnleggende uriktig når TrønderEnergi i det ovenfor siterte uttaler at en kommune har en plikt til å innvilge dispensasjon, dersom et konsesjonsvedtak etter energiloven er fattet. Påstand om at dette er gjeldende rett er i direkte motstrid med dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2. Grunnlovens § 49, 2. ledd støtter opp under en slik forståelse. Reglene slår fast at dispensasjonsbestemmelsene er en «kan»-regel. Selv om lovens vilkår for å innvilge dispensasjon er til stede, så står det kommunen fullstendig fritt å likevel velge å opprettholde den arealdisponering som følger av gjeldende planer – og på dette grunnlag avslå en søknad om dispensasjon. Forvaltningslovens § 34 tilsier av kommunens forvaltningsskjønn i forhold til om dispensasjon bør innvilges eller ikke skal tillegges stor vekt av overordnet statlig organ. En domstol vil heller ikke kunne overprøve selve forvaltningsskjønnet.

De forhold som her er omtalt er ment å illustrere at det ikke er rettskildebelegg for å hevde at tiltak som krever dispensasjon etter plan- og bygningsloven, men som samtidig også krever konsesjon etter energilovgivningen, skal stå i en særstilling når reglene om innvilgelse av dispensasjon og bortfall av dispensasjon skal fortolkes.

Kommunen skal dermed behandle saken om bortfall av dispensasjon for Frøya vindkraftverk som enhver annen sak om bortfall av byggeløyve/dispensasjon etter pbl. § 21-9. Det er tale om lovtolkning med utgangspunkt i lovens vurderingskriterier, og der kommunen som plan- og bygningsmyndighet må gjøre en konkret vurdering i hver enkelt sak. KMD understreker i sin uttalelse av 11.09.2019 at det er bygningsmyndigheten selv som er nærmest til å ta stilling til om tillatelsen fortsatt gjelder eller om den har falt bort.

3. Kommunen har basert sitt vedtak på en korrekt forståelse av pbl. § 21-9

Det anses ikke å være bestridt at kommunens stoppordre er rettmessig dersom det er korrekt at TrønderEnergi sin dispensasjon er bortfalt etter pbl. § 21-9. Er dispensasjonen bortfalt – så vil det ikke være tillatt å etablere et kraftanlegg i et LNF-område. Det er for øvrig uriktig når det på s. 2/3 i klagen heter at: «*I någjeldende arealplan er arealene avsatt til LNF-formål, men med hensynsone for vindkraft.*» Det gjelder ingen slik båndleggingssone som klager påstår. Slike faller automatisk bort etter fire år i samsvar med pbl. Gjeldende arealdisponering i Frøya kommune sin rettslig bindende kommuneplan er således et rent LNF-område.

TrønderEnergi har i sin klage av 16.04.2019 over kommunens vedtak lagt til grunn at det er uriktig at fristbestemmelsen i pbl. § 21-9 gjelder for tiltak med anleggskonsesjon.

Dette spørsmålet er imidlertid rettslig å anse som avklart gjennom KMD sin uttalelse av 29.03.2019. Kommunen og Fylkesmannen, i egenskap av underordnet plan- og bygningsmyndighet, vil legge til grunn den rettsforståelse som departementet som øverste plan- og bygningsmyndighet har fastslått.

Departementets konklusjon er også åpenbart korrekt.

For å sette departementets uttalelse av 29.03.2019 i kontekst oversendes de to notatene fra vårt advokatfirma, og Advokatfirmaet Bjerkkan Stav, som var utgangspunktet for departementets uttalelse. Her er det i notatet fra SANDS gitt en grundig rettslig begrunnelse for at pbl. § 21-9 kommer til anvendelse.

Bilag 1: Henvendelse fra Frøya kommune av 06.03.2019 vedlagt notater fra SANDS og Bjerkkan Stav

TrønderEnergi kan således ikke bli hørt med at pbl. § 21-9 ikke kommer til anvendelse for den dispensasjon denne saken gjelder.

4. Hva skal til for å avbryte treårsfristen i pbl. § 21-9

4.1 Ikke tilstrekkelig å sende inn MTA-plan for å avbryte fristen

I sin klage av 16.04.2019 har TrønderEnergi anført at det å sende inn søknad om godkjenning av detaljplan/MTA-plan må anses tilstrekkelig for å avbryte tre-årsfristen i pbl. § 21-9.

Det anføres at denne rettsoppfatningen er åpenbart uriktig, og uten rettskildemessig dekning.

I forarbeidene til loven heter det klart at det fysiske arbeidet må være satt i gang, og at det ikke er tilstrekkelig for å avbryte fristen at tiltakshaver er meddelt igangsettingstillatelse. I relasjon til et tiltak med anleggskonsesjon vil det være godkjenning av detaljplan/MTA-plan som tilsvarer en igangsettingstillatelse. Forarbeidene fastslår imidlertid utvetydig at innvilgelse av en IG ikke er

tilstrekkelig til å avbryte fristen. Da vil selvsagt heller ikke innsendende av søknad om IG være tilstrekkelig.

I klagen fremstilles det imidlertid på s. 12 at forarbeidene likevel ikke er klare fordi det senere heter at: *«Dette innebærer at det må gis tillatelse til tiltak innen tre år for at dispensasjonen ikke skal falle bort.»* Denne setningen representerer imidlertid ingen motstrid til det forarbeidene ellers fastslår. For uten en endelig tillatelse kan en jo heller ikke sette i gang de fysiske arbeidene. Setningen slår kun fast det temmelig selvsagte at dersom endelig tillatelse til å starte bygging ikke er gitt innen tre år, så vil i alle tilfeller tillatelsen/dispensasjonen være bortfalt.

Det vises også til etablert forvaltningspraksis i samsvar med forarbeidene. I uttalelse fra KMD av 28.06.2018 het det: *«Det er ikke nok at det er sendt inn søknad om, eller gitt, igangsettingstillatelse.»*

I klagen anføres det også at Sivilombudsmanns uttalelse fra 2011 i sak 2011-730 kan tas til inntekt for at tiltaket ikke trenger å være fysisk igangsatt for å avbryte tre-årsfristen. Denne uttalelsen gjald imidlertid helt andre forhold enn i Frøya-saken. I SOMB 2011/730 lot kommunen være å behandle søknad om IG innen lovens saksbehandlingsfrist, slik at tillatelsen falt bort. Sivilombudsmannen la her til grunn at loven må anses å forutsette at myndighetene opptrer i samsvar med gjeldende regler, og at søker måtte stilles som om kommunen hadde handlet korrekt.

I saken om Frøya vindmøllepark har det imidlertid ikke vært noen mangler ved kommunens eller andre myndigheters saksbehandling overfor TrønderEnergi. NVE brøt ingen saksbehandlingsfrister i sin behandling av søknaden om godkjenning av detaljplan/MTA. Det er tvert imot TrønderEnergi selv som har vært sent ute, og ikke handlet for å ivareta egne interesser. TrønderEnergi har hatt fulle muligheter til å påvirke sin egen rettsposisjon for å ivareta trårsfristen. Søknad om MTA/detaljplan kunne vært innsendt i hele tidsrommet etter at konsesjon første gang ble gitt i juni 2012. At TrønderEnergi kom «på hæla» skyldes deres egne disposisjoner – og ikke mangler ved noe offentlig organs myndighetsutøvelse slik som i SOMB-2011-730. TrønderEnergi kunne begynt søknadsprosessene knyttet til detaljplan/MTA langt tidligere enn en gjorde, og måtte ta høyde for saksbehandlingstid innen gjeldende rammer. I denne saken skjedde saksbehandlingen endog raskere enn en hadde grunn til å regne med fordi NVE unnlot å etterleve plikten til å sikre utredning av konsekvensene av endringene i prosjektet i samsvar med KU-forskriftens § 26 flg.

Som det fremgår nedenfor var det heller ikke tilstedeværelsen av personer i Nessadalen som hindret igangsettelse. TrønderEnergi etablerte aldri noe avgrenset anleggsområde med adgangskontroll i samsvar med byggherreforskriftens § 9. Dette ble ikke en gang forsøkt. TrønderEnergi hadde således full mulighet til å påvirke egen situasjon slik at igangsettelse kunne skje innen utløpet av tre-årsfristen. Saken i SOMB 2011-730 har således liten relevans som rettskilde i denne saken. Også KMD konkluderer i sin uttalelse av 11.04.2019 med at: *«Saken er dermed ikke direkte overførbar til spørsmålet i denne henvendelsen.»*

4.2 *Forberedende tiltak er ikke å anse som fysisk igangsettelse*

I klagen av 16.04.2019 har TrønderEnergi også anført at det å forflytte anleggsmaskiner fra Trondheim til Frøya innebærer at tiltaket må anses å være fysisk igangsatt.

Dette stemmer imidlertid ikke. Gjeldende rett er tydelig på at forberedende tiltak ikke er tilstrekkelig. Det vises her blant annet til uttalelse fra KMD datert 22.12.2004 med videre henvisninger til rettslitteratur.

Som eksempler på forberedende arbeider som ikke er tilstrekkelig for å avbryte treårsfristen er nevnt fjerning av vegetasjon og avgraving av jord på tomten. Det er også nevnt at det ikke er tilstrekkelig at byggegropen er gravd ut. Det kreves således fysisk igangsettelse av selve byggetiltaket, ut over graving og vegetasjonsfjerning, for at tiltaket skal anses å være satt i gang. Når selv slike tiltak som her nevnt ikke kan anses som igangsettelse, så fremstår det som klart at flytting av maskiner og mannskap fra et sted til et annet – ikke kan regnes som annet enn forberedende tiltak.

TrønderEnergi anfører også at prosjektet er så stort at dette i seg selv tilsier at mobilisering av personell og maskiner må være tilstrekkelig til at tiltaket må anses å være igangsatt. Her er det imidlertid ingenting som skiller dette prosjektet fra ethvert annet bygge- og anleggstiltak av et tilsvarende betydelig omfang. At dette tiltaket trenger anleggskonsesjon i tillegg til en gyldig dispensasjon, utgjør ikke noen saklig grunnlag for forskjellsbehandling i forhold til tiltak som også trenger byggetillatelse etter plan- og bygningsloven. Heller ikke på dette punkt er det grunnlag i rettskildene for å gi TrønderEnergi medhold i sine anførsler.

4.3 *Igangsetting av tiltaket ble ikke hindret av tilstedeværelsen av folk i Nessadalen*

I klagen av 16.04. 2019 er det også gjentatte steder hevdet at det var protestene i Nessadalen forårsaket at anleggsarbeidene ikke ble satt i gang i tide, og at treårsfristen dermed ble avbrutt.

Her er imidlertid klagen på en rekke vesentlige punkt basert på et fatum som ikke er korrekt. På s. 4 heter det at: «*TrønderEnergi og TrønderEnergis entreprenør ble 1. april møtt av aksjoner som hindret anleggsarbeidets fremdrift.*» På samme side heter det at «*...det fysiske arbeidet ble hindret av ulovlige demonstrasjoner*». På s. 11 heter det at tiltaket hadde vært igangsatt «*...dersom tiltaket ikke ble forhindret av aksjonister som oppholdt seg ulovlig i anleggsområdet*».

Våre klienter vil anføre at dette er en uriktig gjengivelse av faktum.

Anleggsarbeidene ble ikke fysisk hindret av dem som oppholdt seg i Nessadalen. Det vises her til logg fra en av dem som oppholdt seg i området i disse dagene. Området ble også filmet. – Om det er ønskelig å sjekke at det som gjengis i loggen er korrekt, så kan opptakene fremlegges for kommune/fylkesmann.

Bilag 2: Logg fra aktiviteten i Nessadalen i tidsrommet 1.-11. april 2019

Det her heller ikke korrekt at «aksjonister oppholdt seg ulovlig i anleggsområdet». Tvert imot gjorde TrønderEnergi aldri noe forsøk på å avgrense et anleggsområde, og sikre adgangskontroll til dette. Det ble aldri satt opp anleggsgjerder, eller forsøkt satt opp anleggsgjerder eller annen avgrensing. Det ble heller aldri etablert adgangskontroll til anleggsområdet. Byggherreforskriftens regler ble således ikke fulgt. Etter byggherreforskriftens § 9 skal byggherren sikre «at det treffes nødvendige tiltak for å sikre at uvedkommende ikke får atkomst til bygge- eller anleggsplassen.» Dette gjøres normalt ved at det settes opp anleggsgjerder, eller at bygge- eller anleggsplassen tydelig avgrenses på annen måte. Det skal også føres oversiktslister over dem som oppholder seg på anleggsområdet.

Dersom TrønderEnergi hadde avgrenset anleggsområdet i samsvar med gjeldende regler, så ville det vært tydeliggjort hvor personer i området hadde hatt lov til å oppholde seg – og hvor en ikke hadde hatt lov til å oppholde seg. Slik avgrensing av anleggsområdet ble imidlertid aldri gjort. Det ble således aldri definert hva byggherren definerte som anleggsområdet.

Dessuten oppholdt personene som uttrykte motstand mot vindkraft seg på andre siden av veien enn der Innslaget for avkjørselen inn i det planlagte anleggsområdet skulle finne sted.

I KMDs uttalelse av 11.04.2019 heter det:

«Departementet utelukker imidlertid ikke at det kan være et moment i vurderingen av om en tillatelse eller dispensasjon har bortfalt, om tiltakshaver har gjort det som med rimelighet kan kreves for å få satt i gang arbeidet».

På vegne av Folkeaksjonen mot vindkraftverk på Frøya anføres at TrønderEnergi ikke gjorde det som med rimelighet kunne forventes for å få satt i gang arbeidet.

For det første ble ikke tiltakshavers entreprenør fysisk hindret.

For det andre ville arbeidene kunne funnet sted på vanlig måte dersom anleggsområdet hadde vært avgrenset, og adgangskontroll etablert, i samsvar med gjeldende regler.

For det tredje iverksatte ikke tiltakshaver sin egen arbeidsplan. Blant annet ble fartsreduksjon fra 80 km/t til 50 km/t ikke gjennomført.

For det fjerde kan det ikke ses dokumentert at tiltakshaver hadde innhentet gravetillatelse, slik Vegvesenets avkjørselstillatelse forutsatte. I SVVs avkjørselstillatelse av 28.06.2018 het det som følger:

«Vi gjør oppmerksom på at arbeidene med avkjørselen kan kreve arbeidsvarsling og/eller gravetillatelse. For mer informasjon om dette:

<http://www.vegvesen.no/fag/Veg+og+gate/Arbeidsvarsling>

<http://www.vegvesen.no/fag/Veg+og+gate/gravemelding/gravetillatelse>»

Der det er infrastruktur langs vei, så kreves gravetillatelse for tiltak som påvirker slik infrastruktur. På Vegvesenets hjemmeside omtales dette som følger:

«Du må søke om tillatelse til graving, legging, flytting, reparasjon og fjerning av kabler og ledninger over, under og langs offentlig veg.

Dette følger av ledningsforskriften og veglova §§ 32 og 57.

Søknadsplikten dekker Vegvesenets eiendomsområde og alltid området innenfor 3 meter fra vegkant, uavhengig av hvem som er grunneier.»

For det femte hadde tiltakshaver ikke avklart forholdet til naturmangfoldsloven. Det var bla. hekkende havørn i området. Reir og hi har etter lovens § 15 særskilt vern i hekketiden, og unødig skade og lidelse er forbudt. Dette vernet gjelder «ethvert tiltak», og følgelig også om tiltakshaver har en byggetillatelse eller anleggskonsesjon. TrønderEnergis «før-undersøkelse» for fugleliv var dessuten 4-5 år gammel, og utdatert i forhold til hva som reelt fantes av fugleliv i området. Tiltakshaver hadde ingen oppdatert og aktuell oversikt over fugleliv og reirplasser. Det kan heller ikke ses dokumentert at tiltakshaver på noe tidspunkt søkte å avklare forholdet til naturmangfoldsloven med lovlig miljømyndighet – og det er således per dags dato ikke avklart om igangsettelse av anleggsarbeidet ville være i strid med naturmangfoldslovens § 15 eller ikke. Folkeaksjonen søkte imidlertid avklaring med miljømyndighet – og fikk bekreftet at tiltak med konsesjon etter energiloven ikke var unntatt fra lovens bestemmelser.

Bilag 3: E-postkorrespondanse mellom folkeaksjonen og Fylkesmannen/Miljødirektoratet

For det sjette må en tiltakshaver også ta høyde for lovlige protester knyttet til et omstridd prosjekt – særlig der tiltakshaver selv i strid med en massiv folkevilje, og uten å ta hensyn til noen av kommunens innspill, vil gjøre tiltaket enda mer massivt og omfattende enn hva som lå i den opprinnelige anleggskonsesjon.

Konklusjonen er således at TrønderEnergi ikke har gjort det som med rimelighet kan kreves for å få satt i gang arbeidet innen utløpet av fristen. TrønderEnergi har da heller ikke grunnlag for noe unntak fra lovens regel om at igangsettelse, jfr. pbl. § 21-9, forutsetter at det fysiske arbeidet med selve byggetiltaket må være igangsatt utover forberedende tiltak og graving.

En konkret vurdering av en alternativsituasjon tilsier også at også dersom arbeidene i tidsrommet 1.-5. april hadde gått helt slik tiltakshaver hadde planlagt, så er det uansett ikke sannsynlig at en ville kunnet utføre annet enn forberedende arbeider, herunder avgraving av masse. Tid ville måtte vært brukt til etablering av anleggsområde og rigg, avklaring i forhold til naturmangfoldslov/innhenting av gravetillatelse og tiden ville ikke tillatt mer enn fjerning av vegetasjon og avgraving av jord og løsmasse. Dette ville uansett ikke være tilstrekkelig til å regne tiltaket som igangsatt jfr. pbl. § 21-9.

For den vurdering kommune og fylkesmann skal gjøre er det imidlertid tilstrekkelig å slå fast at de fysiske arbeidene ikke ble igangsatt, og at TrønderEnergi heller ikke gjorde det som med rimelighet kunne kreves for å få satt i gang arbeidet. I KMDs uttalelse heter det at det vil være tiltakshavers ansvar å dokumentere

at han eller hun har gjort det som med rimelighet kan forventes for å få satt i gang arbeidet. Noen slik dokumentasjon forelå ikke verken den 11. eller 15. april, og er heller ikke forelagt per dags dato.

Konklusjonen er således at kommunen har basert vedtaket av 15. april 2019, og vurderingen av bortfall av dispensasjonen, på en korrekt rettsanvendelse og i samsvar med anvisningene fra departementet som øverste plan- og bygningsmyndighet. Det er således ikke grunnlag for at kommunen omgjør vedtaket om byggestans av 15.04.2019.

5. Ikke grunnlag for anførsel om at det er tatt utenforliggende hensyn

Fra tiltakshavers side har det vært anført at kommunen har tatt utenforliggende hensyn, og at det er motstand mot vindmølleprosjektet som har motivert kommunens vurdering etter pbl. § 21-9.

Denne anførselen avvises.

I kommunestyret har meningene om vindmøllesaken vært ulike. Likevel vurderte alle unntatt to kommunestyremedlemmer det slik at tiltaket ikke var igangsatt inne tre-årsfristen – og at dispensasjonen dermed var bortfalt. Kommunestyremedlemmene har uavhengig av egen oppfatning om vindmøllesaken foretatt en grundig og samvittighetsfull vurdering av det vurderingstema som pbl. § 21-9 angir.

Etter vår oppfatning viste kommunestyret ansvarlighet ved å ta opp til behandling og vurdere det lovtolkningsspørsmålet de tar stilling til i sitt vedtak av 11. april d.å. I normale tilfeller vil selvsagt ikke kommunestyret ta stilling til spørsmål om tre-årsfristen i plan- og bygningsloven § 21-9 skal tolkes i et enkelttilfelle. Her er det imidlertid en stor utbyggingssak og uenighet om tolkningen. I et slikt tilfelle er det naturlig at kommunens høyeste organ tar stilling til lovtolkningsspørsmålet slik at kommunens administrasjon får den nødvendige avklaring av hvordan de skal opptre i saken.

Kommunestyret hadde også et helt forsvarlig grunnlag for å konkludere med at den korrekte tolkning av plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd første punktum innebærer at TrønderEnergi sin dispensasjon var falt bort da kommunestyret traff sitt vedtak 11. april d.å.

I forkant av vedtaket var det fremlagt flere omfattende juridiske vurderinger, og det var uenighet om tre-årsfristens virkeområde. Det var på bakgrunn av denne uenigheten at Frøya kommune valgte å innhente råd om lovtolkningen fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet. Departementet ga sin vurdering av spørsmålet i brev av 29. mars 2019. Kommunen baserer sin vurdering på denne lovtolkningen, jfr. brev av 5. april 2019 fra Frøya kommune til TrønderEnergi.

I tillegg er det foretatt en konkret subsumsjon, med utgangspunkt i anvisningene fra KMD i brev av 11.04.2019, blant annet knyttet til hvilke tiltak som var iverksatt på det tidspunkt da tre-årsfristen løp ut og relevansen av protestaksjonene for spørsmålet om fristløpet er avbrutt. TrønderEnergi har heller ikke dokumentert at selskapet gjorde det som med rimelighet kunne ventes for å få satt i gang arbeidet innen fristens utløp. Også på dette punktet har det vært ulike innspill, og det ligger intet uforsvarlig eller usaklig

i at kommunestyret her ikke har fulgt egen kommuneadvokat eller administrasjon. Det vises her blant annet til at KMD sin uttalelse av 11.04.2019 ført ble mottatt samme dag som kommunestyret behandlet saken. Ut fra de saksfremstillinger som forelå da kommunestyret traff sitt vedtak var det fullt forsvarlig å konkludere med at fristløpet ikke ble avbrutt før 3-års fristen etter pbl. § 21-9 løp ut.

Legger vi så til grunn at fristen har gått ut er det etter vår oppfatning ingen grunn til å kritisere at kommunen har fulgt opp bortfallet av dispensasjon. De har gjort det som må forventes av dem som planmyndighet.

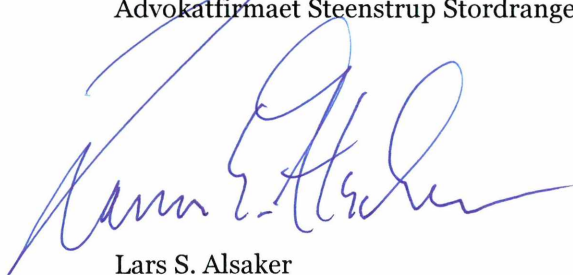
For helhetens skyld presiseres også at spørsmålet om det er tatt utenforliggende hensyn uansett er irrelevant for vurderingen av om kommunens tolkning av plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd første punktum er korrekt. Det er kun der det offentlige har fritt skjønn at det har rettslig betydning om det er tatt utenforliggende hensyn eller ikke.

6. Videre saksbehandling i kommunen og Fylkesmannen

Med grunnlag i det ovennevnte anføres at kommunens vedtak av 15.04.2019 om byggestopp opprettholdes, og at saken videresendes Fylkesmannen for klagesaksbehandling.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA



Lars S. Alsaker
advokat – partner



Halfdan Mellbye
advokat (H) - partner