

Fylkesmannen i Agder

fmagpost@fylkesmannen.no

9. september 2020

Manglende ivaretagelse av kommunal plikt til ulovlighetsoppfølging samt anmodning om opphevelse av dispensasjonsvedtak grunnet ugyldighet.

Sammendrag

Vi ber Fylkesmannen i Agder rettlede Kvinesdal kommune om kommunal plikt til ulovlighetsoppfølging av Buheii Vindkraftverk AS etter plan- og bygningsloven § 32-1. Vi ber Fylkesmannen bidra til at tiltaket blir stanset med øyeblikkelig virkning. Etter krav om dokumentinnsyn på vegne av parter med rettslig interesse i saken, har vi ikke mottatt dokumentasjon av at vindkrafttiltaket har søkt om tillatelse til eiendomsendring etter pbl § 20-1 bokstav m). Vi har heller ikke mottatt dokumentasjon som viser at vindkraftverket har søkt om dispensasjon etter pbl § 19-1 til eiendomsendring. Det er da naturlig nok heller ikke fremlagt dokumentasjon av at søknad om eiendomsendring er varslet eller behandlet etter pbl § 26-1, eller av at søknad om dispensasjon til eiendomsendring er varslet eller behandlet etter pbl § 19-2. Kommunen har ikke besvart vår henvendelse hvor vi ber kommunen bekrefte eller avkrefte vår påstand. Kommunen har likevel truffet vedtak om matrikulering av festerett i strid med lov om eigedomsendring § 10 første ledd. Vi mener tiltaket ble igangsatt uten de tillatelser tiltaket krever den 31. mars 2020. Til tross for at tiltakshaver er anmeldt for forholdet pågår anleggsvirksomhet fortsatt uten dokumentasjon av de tillatelser tiltaket krever. Parter med rettigheter og rettslig interesse som er rammet av det ulovlige tiltaket, synes å være prisgitt en forvaltning som ikke evner å utøve sin plikt etter loven. Saken er i ferd med å gjøre betydelig skade mht. den allmenne rettsoppfatning, tillit til forvaltningen og hensynet til grunnlovens § 98 om likhet for loven.

Vi anmoder videre Fylkesmannen i Agder om å omgjøre stadfestelse av kommunens dispensasjonsvedtak datert 20. november 2018 av eget tiltak. Vedtaket lider av tilblivelsesfeil som innebærer ugyldighet.



Bak denne henvendelsen står: Laila og Knut Risnes, Einar Risnes, Terje Risøen, Siv Heidi Risnes, Trygve Eftestøl, Helge Briseid Risnes, samt Motvind Norge.

[Manglende ivaretagelse av plikt til ulovlighetsoppfølging](#)

Buheii Vindkraftverk AS har iverksatt anleggsarbeid uten å ha omsøkt de tillatelser tiltaket krever for å kunne lovlig igangsettes.

Tiltakshaver har ikke omsøkt søknadspliktig eiendomsendring etter plan- og bygningslovens § 20-1 bokstav m). Eiendomsendringen er i strid med gjeldende plan og krever derfor også dispensasjon etter pbl § 19-2. Eiendomsendringen er hverken omsøkt, varslet, hørt, saksutredet eller behandlet som ledd i det dispensasjonsvedtak som Fylkesmannen i sin tid stadfestet etter klage den 20.november 2018. Tiltaket er etter at vedtaket ble truffet i tillegg vesentlig endret. Det er i ettertid også avdekket vesentlige mangler ved dispensasjonssøknad og saksbehandlingen i 2018. Som om ikke dette skulle være nok, er det avdekket mangler ved lovfortolkningen ved at lovforarbeidenes forutsetning for å anse kriteriene i § 19-2 som ivaretatt, ikke var til stede.

Forholdet er påpekt overfor Kvinesdal kommune første gang i brev 11.11.2019. I svarbrev datert 27.03.2020 viser kommunen til utredning fra Advokatfirma Tofte ved advokat Gro Hamre datert 26. mars 2020. I brev datert 07.04.2020 gjør vi kommunen oppmerksom på at utredningen fra advokat Gro Hamre unnlater å besvare vår påvisning av manglende søknad og manglende tillatelse til eiendomsendring. Utredningen unnlater videre å omtale flere påviste feil og mangler ved dispensasjonssøknad og tillatelse.

Etter å ha etterspurt, men ikke mottatt dokumentasjon, ba Motvind Norge kommunen iverksette plikt til ulovlighetsoppfølging straks tiltaket ble igangsatt uten tillatelse 31. mars 2020. Kommunen har, så langt vi er kjent med, unnlatt å besvare våre henvendelser og unnlatt å håndheve sin plikt til ulovlighetsoppfølging.

Allmenne forsøk på å hindre iverksettelse av det ulovlig tiltaket har ikke ført frem eller resultert i kommunal gjennomgang av sakskomplekset. Tiltakshaver oppnådde derfor politibeskyttelse overfor allmenne forsøk på å hindre ulovlig igangsetting. Så lenge kommunal myndighet unnlater å kreve pliktig søknad og iverksette plikt til ulovlighetsoppfølging, kan tiltakshaver hevde sitt forhold i orden. Det kan fremstå som om ordensmakten unnlater å forholde seg til eller utøve kontroll av tiltakshaver så lenge forvaltningsmyndighet ikke utøver sin plikt. Forholdet underminerer den allmenne rettsoppfatning og grunnlovens § 98 om likhet for loven, samtidig som parter med rettigheter og rettslige interesser ikke er ivaretatt i samsvar med rettigheter i norsk lov.

For Motvind Norge er det viktig å understreke vår intensjon og vårt ønske når denne saken ble løftet frem for Kvinesdal kommune i november 2019. Vår hensikt var å gjøre kommunen oppmerksom på utbyggers manglende ivaretagelse av sin søknadsplikt for på den måten å legge til rette for å unngå den situasjon som nå har oppstått.

Manglende avklaring av rettsgrunnlag og partsinteresser

Foruten avklaring av vindkrafttiltaket etter plan- og bygningsloven er produksjonsanlegg til vindkraft underlagt energilovens krav om konsesjonsbehandling etter § 3-1, herunder krav om konsekvensutredning etter pbl kap. 14., jf. energiloven § 2-1. Vindkraftverket fikk konsesjon den 17.09.2015. Konsesjonen er siden endret, og 15.04.2019 ble vindkraftverket innrømmet utsatt frist for idriftsettelse til 31.12.2021. Konsesjonsprosessen ble gjennomført uten klargjøring av rettighetsforhold til arealet og uten å klargjøre hvem som besitter partsrettighet knyttet til konsesjonsområdet etter loven. Energimyndighet overlot sin plikt til å utøve kontroll til utbygger, og har dermed gjennomført konsesjonsprosessen i strid med partenes lovfestede rettigheter for å kunne ivareta sitt tarv.

Så langt gjelder arealer til vindkraftverket under Risnes gård unnlot utbygger og energimyndighet å undersøke merknader fra parter som gjennom hele konsesjonsprosessen hevdet bruksrett til ressurser i vindkraftområdet. Etter at vedtak om konsesjon etter energiloven og ekspropriasjonstillatelse etter oreigningsloven var truffet, ble utskiftningsprotokoll over Risnes gård (tingslyst i år 1900) funnet. Protokollen ble lagt frem for utbygger, for Lister skjønnsrett, kommunen, OED og NVE. **Protokollen dokumenterer at den del av konsesjonsområdet som ligger under Risnes gård ikke er utskiftet til eneeie.** I stedet for å respektere protokollen og ta konsekvensen av manglende kontroll, kvalitetssikring og gjennomgående forvaltningsfeil, unnlot offentlige organer å respektere utskiftningsprotokollen og partene. Vi kan ikke se at offentlig forvaltning har hjemmelsgrunnlag for denne unnlatsen som er i strid med lovdefinert plikt til å følge opp tiltak som er igangsatt uten gyldig tillatelse. Det fremstår videre som et grunnleggende brudd på god offentlig forvaltningsskikk og på grunnlovens § 98.

Partenes siste mulighet for å ivareta sitt tarv i forhold til forvaltningen lå i påvisning av at tiltakshaver ikke hadde ivaretatt sin plikt til søknad om eiendomsendringer etter pbl § 20-1 bokstav m). Fordi denne søknaden også krever dispensasjon etter § 19-2, da landbrukseiendommer forutsettes omdisponert til industrieråder for en tidsperiode på 25 år, ville parter gjennom nabomerknader til søknad og eventuell klage på vedtak, kunne påvise dokumenterte feil og få prøvet sine argumenter.

Søknadsplikten etter pbl § 20-1 bokstav m) er uomtvistet. Det samme gjelder at søknaden utløser krav om dispensasjon til tiltaket. Søknadsplikten fremgår direkte av saksbehandlingsforskriften til plan- og bygningslovens § 4-3 første ledd hvor § 26-1 ikke er omfattet av unntaket for energiproduksjonsanlegg. Søknadsplikten er omtalt i NVE sin rettleder til MTA og detaljplanlegging (Nr 1/2016) kap. 3.4.3 s 20, sitat: *«Unntaket omfatter ikke reglane i pbl § 26-1 (om oppretting og endring av eigedom). Vidare vil reglane i § 29-5 (tekniske krav) og § 29-7 (krav til produkt og byggverk) med tilhøyrande delar av byggteknisk forskrift gjelde så langt dette passar for tiltaket. Det er tiltakshavar sitt ansvar å sørge for av krava blir oppfylte.»*

Når det ikke ble gitt unntak fra denne søknadsplikten ved revisjon av pbl i 2008 så skyldes ikke det en tilfeldighet. Jf. pbl § 21-2 nest siste ledd er det kun dem som er nevnt i lov om eigedomsregistrering § 9 som kan søke om tillatelse til å opprette ny grunneiendom, ny anleggseiendom, ny festegrunn eller nytt jordsameie, eller tillatelse til arealoverføring. Det innebærer at hjemmelshaver eller fullmaktshaver med gyldig fullmaktsavtale skal signere søknaden. Søker må kunne dokumentere at tiltaket har de privatrettslige avtaler tiltaket forutsetter for å kunne realiseres, arealet må ikke være uegnet til planlagt tiltak på grunn av sin størrelse, form eller plassering etter reglene i plan- og bygningsloven. Det er grunn til å fremheve størrelse, form eller plassering da det her er snakk om

mekaniske, bevegelige byggestrukturer med 180 meters høyde med betydelig fare- og skadepotensial for omgivelsene. Tiltaket må ikke være i strid med lov, forskrift eller plan. I dette tilfellet er eiendomsendringen i strid med lov, forskrift eller plan og krever derfor også dispensasjonssøknad og dispensasjonsbehandling av søknad om eiendomsendring. Tillatelse etter denne bestemmelsen er en forutsetning for at matrikkelmyndighet kan treffe matrikuleringsvedtak som igjen er en forutsetning for at endringen kan tinglyses og eventuelt pantsettes. Som det fremgår er slik søknaden av avgjørende betydning for å ivareta grunnbokas notoritet. Som det også fremgår, er grunnbokas notoritet rammet ved at festerett er matrikulert i strid med lov om eiedomsendring § 10 første ledd, sendt til tinglysing, overdratt til nye australske eiere og i følge grunnboka den 03.04.2020 pansatt av ny eier for € 385 000 000 i franske Crédit Agricole Corporate and Investment Bank.

Når det som i denne saken av parter legges frem bevis for at rettigheter til den grunn tiltaket krever ikke er skiftet ut til eneeie, og at ansvaret for manglende rettsavklaring utelukkende hviler på at utbygger har oversett og neglisjert partsmerknader, er det oppsiktsvekkende at offentlig forvaltning likevel unnlater å avkreve utbygger for lovens definerte søknadsplikt. Partene må kunne forvente at offentlig forvaltning i denne situasjonen reagerer umiddelbart og raskt. Det er i denne sammenheng likegyldig hvilke rettigheter som til slutt blir utledet fra utskiftingsprotokollen fra 1900. Poenget er at rettsgrunnlaget blir respektert og ivaretatt slik forvaltningen har plikt til.

Realitetene i saken synes å være at de privatrettslige avtaler som måtte være inngått for arealer under Risnes gård er ugyldige, fordi parter har oversett at arealet ikke er utskiftet til eneeie. Partenes signatur kan ikke binde parter som besitter rettigheter på det samme arealet. Forholdet mellom partene er privatrettslig og må eventuelt løses gjennom jordskifte eller frivillige avtaler. Det tillegges imidlertid det offentlige å utøve kontroll med at tiltakshaver har de rettigheter tiltaket krever og når parter gjør merknader gjeldende har den offentlige forvaltning plikt til å utøve skjønn av de merknader som er fremmet og eventuelt stille krav om fremleggelse av nødvendig dokumentasjon. Det offentliges kontrollfunksjon har i denne saken sviktet i alle ledd.

Jordskifteverket er et spesialorgan under domstolsadministrasjonen opprettet nettopp for å klargjøre private rettigheter til arealer og ressurser. Det fremstår som åpenbart at så vel konsesjonsvedtak som vedtak etter oreigningsloven og plan- og bygningsloven bygger på bristende forutsetninger. Tiltakets fysiske omfang, karakter og konfliktomfang kombinert med iverksettelse uten tillatelse samt det offentliges tilbud av særfordeler til en profesjonell privat utbygger, gjør saken unik.

Hvilke andre private kapitalinteresser i samfunnet får tilbud om store naturområder uten reguleringsplikt og uten at overordnede samfunnsinteresser som elforsyningssikkerhet, fornybarandel eller avtaleforpliktelser om ny fornybar kraftmengde (Sverige) er til stede. På toppen av dette uten å måtte klarlegge hvem som har rettigheter og uten at tiltaket kreves omsøkt? Vår forventning er at Fylkesmannen gjennom sitt ansvar for å overvåke kommunenes virksomhet bistår partene til umiddelbart å få stanset anleggsarbeidet som er igangsatt uten de tillatelser tiltaket krever og uten avklaring av det privatrettslige grunnlaget for tiltaket.

Anmodning om opphevelse av dispensasjonsvedtak

Vi anmoder Fylkesmannen i Agder om å omgjøre stadfestelse av kommunens dispensasjonsvedtak datert 20. november 2018 av eget tiltak. Vedtaket lider av tilblivelsesfeil som innebærer ugyldighet.

Fylkesmannens hjemmel til omgjøring av eget vedtak uten at det foreligger klage, følger av forvaltningslovens § 35 bokstav c). For omgjøring etter denne bestemmelsen gjelder ingen foreldelsesfrist.

Så langt vi kan se vil det i denne saken ikke kunne anføres at feilen ikke har virket inn på vedtakets innhold jf. forvaltningslovens § 41. Jf. Høyesteretts tolkningsavgjørelse i den såkalte Husebydommen er det ikke krav om sannsynlighetsovervekt, men tilstrekkelig at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan ha innvirket. Denne saken er kjennetegnet av fundamental brist i sakens underliggende faktum, hvor konsekvensene må klargjøres i forhold til vedtakskjeden truffet etter energiloven, oteigningsloven, matrikkelloven, tinglysingsloven og plan- og bygningsloven.

Eiendomsendringen er hverken omsøkt, varslet, hørt, saksutredet eller behandlet som ledd i det dispensasjonsvedtak som Fylkesmannen i sin tid stadfestet etter klage den 20. november 2018. Tiltaket er etter at vedtaket ble truffet i tillegg vesentlig endret. Det er i ettertid også avdekket vesentlige mangler ved dispensasjonssøknad og saksbehandlingen i 2018. Som om ikke dette skulle være nok er det avdekket mangler ved fylkesmannens lovfortolkning ved stadfesting av kommunens dispensasjonsvedtak.

Lovforarbeidenes forutsetning for å anse kriteriene i § 19-2 ivaretatt var definitivt ikke til stede. Vi redegjør nærmere for noen av disse forutsetningene i neste kapittel. § 19-2 andre avsnitt siste setning gir ikke anledning til å dispensere fra saksbehandlingsregler. I denne saken vil det være en åpenbar mulighet for at rettighetshavere til arealer tiltaket beslaglegger i 25 år ikke engang er definert å ha partsrettigheter etter loven. Vi kan ikke se at det foreligger mulighet til å vurdere eller anføre at feilen ikke har innvirket på vedtakets innhold før det er klarlagt hvem som er krenket, hva krenkelsen gjelder og hvordan vedkommende part stiller seg til dispensasjon til vindkraftverket.

Skulle Fylkesmannen ha behov for nærmere redegjørelse for å kunne treffe beslutning vil vi gjerne supplere vår begrunnelse.

Forutsetningen for reguleringsfritak, anvendelse av statlig arealplan og dispensasjon i forarbeidene til pbl

Ved revisjon av plan- og bygningsloven i 2008 ble arealdisponeringer til vindindustri unntatt fra reguleringsplikt. Av lovens forarbeider kap. 3.6.2 fremgår flere kvalitative forutsetninger, sitat: «*For disse sakene vil kravene til offentlighet, medvirkning og dokumentasjon av virkninger alltid innebære mer omfattende prosesser enn det en ordinær reguleringssak etter plan- og bygningsloven krever.*»

Denne kvalitative forutsetningen utdypes i kap 6.12 som omhandler reguleringsfritaket og forholdet til plan- og bygningslovens dispensasjonsbestemmelse, sitat: «*Det følger av § 19–2 andre ledd tredje punktum at det ikke kan dispenseres fra saksbehandlingsregler. Dette gjelder både saksbehandlingsregler som framgår av forvaltningsloven og plan- og bygningsloven, f.eks. krav om kunngjøring og varsling av planer, utleggelse til offentlig ettersyn, medvirkning i forhold til private og offentlige, krav om planprogram og konsekvensutredning mv.*»

Videre utdypes dette i samme kapittel, sitat: «*Grunnlaget for denne praksisen videreføres slik at det vil være adgang til å dispensere fra plankrav i den utstrekning det ikke er slik sammenheng mellom plankravet og et ev. krav om konsekvensutredning at det er til hinder for dispensasjon. Videre må de*

øvrige vilkårene for å dispensere i alle tilfelle være oppfylt også i forbindelse med dispensasjon fra plankrav.»

De samme kvalitative kravene fremgår av forarbeidene for anvendelse av statlig arealplan i kap 6.22, sitat: «*Alle fordeler og ulemper avveies i en helhetlig vurdering under konsesjonsbehandlingen der lokale, regionale og nasjonale prioriteringer, samt hensyn til grunneiere og andre private og allmenne interesser inngår.*»

Det er disse kvalitative kravene til en konsesjonsprosess som skal ivareta plan- og bygningslovens formål, utrednings- og prosesskrav herunder partsavgrensning, medvirkning, medbestemmelse og varsling, involvering/samordning og underretning om vedtak og klageadgang. Det er videre disse kvalitative kravene som lå til grunn for formuleringen i forarbeidenes kapittel 6.19, sitat: «*Vilkårene for å gi dispensasjon vil alltid være til stede når det foreligger en endelig konsesjon etter disse lovene.*»

Er de kvalitative kravene ikke ivaretatt i en konsesjonsprosess vil forutsetningen for reguleringsfritak, dispensasjon eller statlig arealplan heller ikke være til stede. I fylkesmannens klageavgjørelse er det sett helt bort fra forarbeidenes kvalitative krav som grunnlag for konklusjon om at § 19-2 andre avsnitt alltid er ivaretatt ved endelig konsesjon etter energiloven. Dette representerer en forutintatt tilnærming. Fylkesmannen legger til grunn at statlig energimyndighet er ufeilbarlig, tar heller ikke utgangspunkt i lovens bokstav eller det faktum at det er en annen myndighet som er forutsatt å forvalte § 19-2. Fylkesmannen legger videre til grunn at en sektorlov for energiforvaltning skulle stå over vår sektorovergripende lov for arealdisponering.

Disse forutsetningene kommer kun til uttrykk i forarbeidene til plan- og bygningsloven og ble ikke innarbeidet i energiloven når reguleringsfritaket ble gitt. Energiloven er ikke utviklet for planlegging av arealdisponeringer. Arealdisponeringer var forutsatt avklart gjennom regulering etter pbl. når ny energioverkom kom i 1990. Energilovens saksbehandlingsregler i § 2-1 som åpner for «unntaket når det finnes ubetenkelig» er utilstrekkelig til å ivareta, sitat: «For disse sakene vil kravene til offentlighet, medvirkning og dokumentasjon av virkninger alltid innebære mer omfattende prosesser enn det en ordinær reguleringssak etter plan- og bygningsloven krever.» Likevel benytter energimyndighet denne bestemmelsen til å undra enkeltvedtak etter energiloven fra varsling av parter før vedtak og til å unndra parter fra orientering om vedtak og klageadgang etter at vedtak er truffet. Når rettsinngripende konsesjonsprosesser og tillatelser til ekspropriasjon etter ervervsloven kan gjennomføres uten klargjøring av rettsgrunnlaget i konsesjonsrådet slik som i Buheii saken, bør det være åpenbart at det må gjennomføres grunnleggende endringer av vårt konsesjonssystem.

Mens konsesjonsvedtak etter energiloven treffes lenge før energitiltaket er ferdig utredet og derfor også før virkningene er konsekvensutredet, vil et reguleringsvedtak alltid komme til slutt dvs. når alle forhold er utredet, parter hørt og ivaretatt, sektorinteresser hørt og avklart. Planvedtaket vil da danne ramme for videre byggesaksbehandling. I Buheii saken kom konsesjonsvedtaket allerede i 2015. Tiltaket er vesentlig endret og i mange omganger også etter at dispensasjon ble stadfestet i 2018.

Stortinget traff 19. juni 2020 tre enstemmige vedtak. To av vedtakene var knyttet til konsesjonsgitte vindkraftverk og ett vedtak til ny stortingsmelding.



Regjeringen ble bedt om å gjennomgå gitte konsesjoner med presisering om at gitte konsesjoner skal stanses ved funn av feil og mangler. Videre ble regjeringen bedt om å ikke gi utsettelse for idriftsettelse ut over 31.12.2021.

Vår forventning er at anleggsarbeidet knyttet til Buheii vindkraftverk stanses med umiddelbar virkning.

Motvind Norge står selvsagt til disposisjon ved spørsmål og vil ettersende dokumenter som etterspørres.

Med hilsen for partene og Motvind Norge

Eivind Salen(s)

Leder

Eivind Mauland

Saksbehandler

Kopi:

Kvinesdal kommune post@kvinesdal.kommune.no

Agder fylkeskommune postmottak@agderfk.no

Norges vassdrags- og energidirektorat nve@nve.no

Olje- og energidepartementet postmottak@oed.dep.no

Kommunal- og moderniseringsdepartementet postmottak@kmd.dep.no

Klima- og miljødepartementet postmottak@kld.dep.no

Stortingsrepresentanter fra Agder per epost

Medieorganer per epost