



VEDLEGG TIL ANMODNING OM OPPHEVELSE AV VEDTAK

TIL: KOMMUNAL- OG DISTRIKTSDEPARTEMENTET

FRA: 13 LOKALE PARTER OG MOTVIND NORGE

EMNE: KLAGEAVGJØRELSE, LILLESAND VINDKRAFTVERK

DATO: 26.01.2022

KOPI: STATSFORVALTEREN I AGDER, LILLESAND KOMMUNE



SAMMENDRAG

- Partene anmoder KDD om å oppheve klageorganets vedtak grunnet feil ved lovanvendelsen og saksbehandlingsfeil som innebærer ugyldighet.
- **Vår primære påstand** er at det foreligger brudd på retten til kontradiksjon som ikke kan repareres. Vedtaket må oppheves og saken behandles på nytt.
- **Vår sekundære påstand** er at rettsanvendelsesskjønnet etter fvl. § 31, lider av grove saksbehandlingsfeil både som følge av vår primære påstand men også grunnet feil rettsanvendelsen og feil og mangelfulle faktum. Riktige faktum og saksbehandling ville gitt et annet utfall.
- **Vår primære påstand** er at klageorganet har fratatt partene lovfestet rett til to trins prøving av avvisning av klagerett, jf. fvl § 28, første og tredje ledd, andre punktum.
- Klageorganet har krenket Lillesand bystyre. Vedtaket om å gi vår klage fristoppreisning ble truffet av bystyret 10.02.2021. Vedtaket er gyldig og var naturlig nok ikke gjenstand for ny behandling i bystyret den 16.06.2021. Klageorganet angrep et vedtak som ikke var påklaget og som Lillesand Vind ikke hadde klagerett på. Vedtakets innhold ble likevel prøvet, vurdert som ugyldig og anvendt som grunnlag for å etterkomme klagen fra Lillesand Vind og ugyldiggjøre bystyrets vedtak av 16.06.2021. Klageorganet respekterte ikke loven og partenes rett til to trins prøving. Vår klage gjaldt planutvalgets vedtak om dispensasjon den 25.06.2019.
- I den grad klageorganet mente bystyrets vedtak av 10.02.2021 led av saksbehandlingsfeil som innebærer ugyldighet, så er det dette vedtaket som organet i så fall måtte ha opphevet for ny behandling. Treffes vedtak om å avvise vår klage må vi innrømme klagerett på avvisningsvedtaket. Først når klagen er prøvet gjennom ordinære to trinns prøvningsrett vil det foreligge grunnlag for at bystyret kan foreta kompetansevalget mellom fvl. § 33 og § 35 c og prøve gyldigheten av planutvalgets vedtak datert 25.06.2019. Står bystyret fortsatt fast på at vindkraftverket ikke ønskes realisert vil bystyret gjennom to trinns klagebehandling av et avvisningsvedtak ha fått klarlagt på hvilket grunnlag de skal utrede og treffe nytt vedtak.
- Klageretten på et avvisningsvedtak følger direkte av fvl. § 28, 3. ledd. Slik dette ble behandlet er oppreisningsvedtaket å anse som et enkeltvedtak etter fvl. § 2 bokstav b som tilkjenner partene rettighet. Statsforvalterens bemerkning om at spørsmålet om fristoppreisning av klagen fra Motvind Norge er blitt prøvet i to instanser medfører ikke riktighet.
- Jf. fvl. § 34, 2. ledd skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret. Bystyrets kompetanse etter fvl. § 33 skal tolkes vidt så lenge PBLs § 19-2 første ledd åpner for å avslå dispensasjon etter det såkalte «kan» skjønnet. Tilsvarende er det intet krav om konstatering av ugyldighet etter klage med hjemmel i fvl. § 33. Det er tilstrekkelig at bystyret finner klagen begrunnet.

- Departementet anmodes om å klargjøre derogasjonshjemmel for at kommunal myndighet kan unndra Lillesand Vind sin dispensasjonssøknad fra vurdering av hensyn og fordeler/ulempes tiltaket krever dispensasjon fra, for å kunne realiseres. Vi ser ikke at vurdering av hensyn åpner for å behandle dispensasjoner et tiltak krever hver for seg og til ulike tidspunkt.
- Videre bes klageorganet klargjøre derogasjonshjemmel for å unndra tiltaket fra rettsanvendelsesskjønnet etter PBL § 19-2 andre ledd. Dersom slik hjemmel ikke finnes vil vi anmode om at departementet gjør bystyrets medlemmer klar over, at den myndighetsbegrensning som følger av PBL § 19-2 andre ledd («*kan ikke*»), gjelder og skal gå foran lovens forarbeider, jf. også departementets tolkningsuttalelse den 06.06.2020(Frøya saken).
- **Vårs sekundære påstand** gjelder feil ved saksbehandlingen etter fvl § 31 bokstav a og b.
- Basert på vår primære påstand vil bruddet på vår kontradiksjonsrett innebære at partene ikke er gitt anledning til å fremføre sine argumenter etter fvl. § 31 bokstav a eller b, før klageorganet traff sitt uhjemlede endelige vedtak om at partene ikke har kontradiksjonsrett. Saken kan da ikke være riktig eller tilstrekkelig opplyst og kunne ikke danne grunnlag for et gyldig vedtak. Dette er et klart brudd på EMK, jf. LOV-1999-05-21-30. Det må legges til grunn at terskelen for varslingsfeil og opplysningsplikt under enhver omstendighet er grovt overskredet.
- Vår klage 19.06.2020 gjaldt planutvalgets dispensasjonsvedtak 25.06.2019 og viser kun til hjemmel og begrunnelse for vår klage. Dette i tillit til at forvaltningen ville utrede partsrettigheter som grunnlag for rettsanvendelsesskjønnet etter fvl. § 31 bokstav a og b basert på sakens særegne karakter, loven, god forvaltningsskikk og sakens faktum. Vår tillit til forvaltningen er svart ut med brudd på vår kontradiksjonsrett. Vi mener statsforvalterens klageavgjørelse skal ansees som en nullitet og oppheves.
- Vi mener Lillesand bystyre i denne sak har utvist et holdbart og bedre opplyst rettsanvendelsesskjønn, i samsvar med lovgivers hensikt og intensjon med å gi rett til fristoppreisning, enn hva klageorganet har evnet.
- Partene kan i denne saken ikke tillegges forsett eller uaktsomhet. Det er utbygger selv og forvaltningen som gjennom hele sakens gang, og etter å ha blitt gjort kjent med forholdet, gjentatte ganger har unndratt seg ansvaret for å definere hvem som ut fra tiltaket særegne karakter og omfattende virkninger skal tilkjennes partsrettigheter.
- Det er også utbygger og forvaltningen å laste for manglende samordning av prosessene og arealdisponeringsavklaringene i henhold til de krav loven stiller. Manglene har komplisert saken til et nivå som på utilbørlig måte har rammet partenes rettsikkerhet og som i denne konkrete saken, har medført brudd på menneskerettighetene til partene bak klagen. Feilen kan antas betydelig mer omfattende ved at en rekke andre parter som er direkte berørt av tiltakets virkninger og har rettslig interesse i saken, ikke er ivaretatt hverken av tiltakshaver/søker eller av forvaltningen.
- Det faktum at forvaltningen selv ikke har evnet, eller aktivt unnlatt å innrette saken i henhold til lovens krav, for å ivareta innbyggernes grunnleggende rettssikkerhet, er i en så omfattende og for partene inngripende sak, et grovt

brudd både på loven og på den grunnleggende tillit mellom innbyggere og forvaltningen.

- Klageorganets underkjennelse av uttalelser fra planutvalgets medlemmer, fremført i kommunens øverste myndighetsorgan etter plan- og bygningsloven – bystyret - og uten innhenting av underliggende faktum, er krenkende og upassende fra klageorganets side.
- Det faktum at klageorganet, etter å ha vært anmodet om, på ny ikke angir derogasjonshjemmel som åpner for å tilsidesette plan- og bygningslovens rettsanvendelsesskjønn i § 19-2 andre ledd, eller for oppsplitting av tiltaket i flere dispensasjonssaker, eller for å anse at en dispensasjon gjelder ett annet tiltak enn hva det ble gitt dispensasjon til, viser at planutvalgets medlemmer har solid grunnlag i lov når det ble skriftlig påpekt at saken var for dårlig opplyst men fikk til svar, at utvalget i realiteten ikke hadde et valg(ingen myndighet).
- Klageorganet har ved tidligere anledninger og i andre konsesjonssaker etter energilovens § 3-1, formidlet at rettsanvendelsesskjønnet etter § 19-2 ikke gjelder, - uten, selv etter anmodning og klager, - å kunne anvise derogasjonshjemmel! Lovens forarbeider kan ikke anvendes i strid med gjeldende lov. Ved motstrid gjelder loven foran forarbeidene. Klageorganet som nå beskylder folkevalgte politikere for grunnløs usikkerhet knyttet til sin myndighetsutøvelse, ser for partene ut til å være en vesentlig årsak til denne usikkerheten og til utøvelse av uhjemlet forvaltning.
- Partene vil her anføre at det for oss fremstår som at klageorganet opptrer i klar strid med vår Grunnlov § 98 - Alle er like for lova.
- Parten kan på denne bakgrunn under ingen omstendigheter beskyldes for å ha oversett fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå. Det kan til dette tilføyes at tiltakshaver/søker fremsatte søknad om ekspropriasjon 1. november 2019 mot flere av partenes eiendommer. Flere av disse partene var ikke omfattet av tiltakshaver/søkers varsel om dispensasjonssøknad den 31.05.2019. NVE innvilget ekspropriasjon den 9. november 2020. Da aktuelle eiendommer lå utenfor konsesjonsområdet, tilkjente NVE Lillesand Vind «bruksrett» til Nordbø veien(kommunal). Dette som underliggende vedtak med den hensikt å etablere hjemmel for å kunne innvilge søknad om ekspropriasjonstillatelse. Ekspropriasjonstillatelsen er til en arealbruk som er i strid med jordlov § 9 og § 12, i strid med gjeldende plan, planformål og bestemmelser etter plan- og bygningsloven. Energilovens virkeområde (§1-1) omfatter ikke arealdisponeringer og går under ingen omstendigheter ut over konsesjonsområdet. NVE har som undersinnstans opprettholdt sin ekspropriasjonstillatelse etter klage. Saken ligger nå i OED for endelig behandling. Det er opp mot denne forvaltningen klageorganet nå beskylder partene for å ha oversett klagefristen og konkluderer med at det ikke foreligger særlige grunner for at partene skal få prøvet sin sak gjennom fristoppreisning etter fvl. § 31 og i tillegg tar fra de samme partene retten til kontradiksjon.
- Det er tiltakshaver/søker sitt ansvar å omsøke tiltaket i henhold til lovens plikt og i samsvar med lovens krav. Det er forvaltningens ansvar å kontrollere riktig varsling, tilstrekkelig opplyst søknad, treffe begrunnet vedtak og å underrette partene riktig. Vi finner ikke at disse forhold er omtalt og utredet i klagen fra

Lillesand Vind. Vi finner ikke at tiltakets virkninger og arealomfang ble vurdert av planutvalget ved behandlingen og vi finner heller ikke at disse forhold er vurdert i klagesaken mht. om partene er å bebreide eller om det foreligger særlige grunner.

- Dersom departementet ikke gir partene medhold i vår primære anførsel anmodes departementet om å oppheve klageorganets vedtak som ugyldig etter fvl. § 35 c grunnet påviste feil ved rettsanvendelsesskjønnet etter fvl. § 31.
- Etterkommers anmodningen må følgeskaden av ugyldigheten rettes opp, bl.a. ved at OED orienteres om at vedtaket om å gi utsatt frist for idriftsettelse av Lillesand vindkraftverk bygger på feil faktum og derfor må oppheves.

INTRODUKSJON:

Statsforvalteren i Agder avgjorde 1. desember 2021 klagesak. Klagen fra advokat Tormod Ludvik Nilsen, på vegne av Lillesand Vind AS, var fremsatt 22.06.2021. Lillesand Vind ved Nilsen anførte at vi ikke har krav på fristoppreisning etter fvl. § 31 og at vår klage på dispensasjonsvedtaket ikke tilførte saken nye opplysninger. Statsforvalteren gav klagen medhold og opphevet bystyrets omgjørings- og avslagsvedtak datert 16.06.2021. Klageorganets avgjørelse innebærer at planutvalgets dispensasjonstillatelse av 25.06.2019 nå står som gyldig vedtak.

Statsforvalteren grunngir sin beslutning med at partene som hadde fremsatt klagen på planutvalgets 2019 vedtak, ikke hadde klagerett etter fvl. § 31. Bystyret hadde derfor ikke kompetanse etter fvl. § 33 til å oppheve dispensasjonstillatelsen fra 2019 på grunnlag av klagen. Vedtaket er endelig og kan ikke påklages. Statsforvalterens konklusjon er at gyldigheten av 2019 vedtaket ikke kunne prøves fullt ut da det ville innebære at klagerne likevel fikk prøvd sin sak.

Vedlegget er skrevet for å utdype og begrunne vårt anmodningsbrev om omgjøring av klageorganets vedtak.

Saken har stor allmenn interesse. Tiltaket er inngripende for partene som fikk sin klage avvist. Forvaltningen av vind-industrietableringer er kompleks. Vind-industriens virkninger for omgivelsene er mangslungne og omfattende. Konsesjonsgitt vind-industri er gitt ulike særuntak i vårt lovverk. Uklarheter i lovverket har medført forskjellsbehandling og lovbrudd. Forvaltningen skaper konflikt og mistillit i befolkningen og mellom myndigheter og forvaltningsnivåer. Vedlegget er derfor også skrevet for allmenn belysning av hvordan uklarheter, en oppsplittet organisering av forvaltningens myndighetsutøvelse og lovbrudd, truer grunnleggende rettssikkerhet. Saksprosessen knyttet til Lillesand Vindkraftverk har stor allmenn interesse nettopp fordi den ikke er et særtilfelle.

Bystyret innrømmet i sak BS-022/21 den 10. februar 2021 fristoppreisning for vår klage fremsatt den 19.06.2020 etter fvl. § 31.

Statsforvalteren begrunnet sin avgjørelse med at 16.06 vedtaket var ugyldig fordi vår klage ikke tilfredstilte kravene i fvl. § 31 for fristoppreisning. Klageorganet trakk den konklusjon at partene var å laste for ikke å ha benyttet sin klagerett i tide og at det ikke forelå særlige grunner for å innrømme partene fristoppreisning. Siden

statsforvalteren sitt vedtak er endelig er partene avskåret sin rett til å få prøvet avvisning av sin klage i to instanser.

Spørsmålet om fristoppreisning ble ikke avgjort den 16.06.2021 men av bystyret den 10.02.2021. Vi hadde ikke påklaget bystyrets vedtak 16.06.2021. Klagen fra Lillesand Vind gjaldt vedtaket som ble truffet 16.06.2021. Klagen gjaldt ikke bystyrets vedtak den 10.02.21. Vilåårene for å behandle denne delen av klagen fra Lillesand Vind var ikke til stede og denne delen av klagen skal da avvises. I denne saken hadde underinstansen gitt opppreisning og deretter selv truffet nytt vedtak i klagesaken basert på oppreisningsvedtaket (jf. § 33 annet ledd annet punktum). Klageinstansen må i slike tilfeller først oppheve underinstansens vedtak om å gi fristoppreisning. Deretter må partenens klagerett på avvisningsvedtaket respekteres. Først når dette er gjort vil underinstansen ha klarlagt på hvilket kompetansegrunnlag dispensasjonsvedtaket fra 2019 skal vurderes. Jf. Siv.omb. 2008 s. 114 (somb 2008-29).

Vi anførte i vår klage 19.06.2020 sekundært at dersom det ikke ble gitt fristoppreisning ble bystyret anmodet om å oppheve planutvalgets vedtak av 25.06.2019 med hjemmel i fvl. § 35 c. Heller ikke denne anmodningen blir nærmere omtalt ut over vurderingen av om «*særlige grunner*» foreligger etter fvl. § 31. En anmodning kan fremsettes uavhengig av klagen og spørsmålet om klagerett etter fvl. § 31. Vår anmodning står nå ubesvart av forvaltningen. Dette selv om bystyret 07.04 konkluderte med at planutvalgets vedtak 25.06.2019 var ugyldig med hjemmel nettopp i fvl. § 35 c.

Bystyret har av eget tiltak kompetanse til å omgjøre planutvalgets vedtak etter fvl. § 35 c. Bystyret hadde etter et innbyggerforslag allerede den 02. desember 2020 gjort kjent at et flertall på 23 mot 4 stemmer, ikke ønsket vindkraftverket realisert og at et underordnet organ sin dispensasjonstillatelse skulle behandles på nytt. Dette ble forankret i nye bystyrevedtak den 10. februar 2021, 07. april 2021, 16. juni 2021 og ved bystyrets forberedende behandling av klagen den 08.09.2021.

Bystyret ble av klageorganet ikke gitt mulighet eller råd mht. hvordan bystyret kunne etterkomme et demokratisk fremsatt innbyggerforslag ved å oppheve et hastevedtak i et underliggende organ. Dette selv om klageorganet var bragt i kunnskap at bystyret den 07.04.2021 vurderte planutvalgets vedtak som ugyldig etter fvl. § 35 c.

Kjernen i vår anmodning er å få belyst alle sider av klageorganets behandling for å kunne få en ny vurdering av vedtakets gyldighet. Utøvde klageorganet god forvaltningsskikk og hadde klageorganet hjemmel til å tilsidesette bystyrets vedtak BS-022/21 når det ikke forelå klagerett på dette vedtaket? Hadde klageorganet kompetanse til å frata de partene som bystyret hadde innrømmet fristoppreisning, sin klagerett uten at partene ble gitt klagerett på avvisningsvedtaket? Hva er meningen med fvl. § 31 dersom ikke saksbehandlingsfeil som bystyret har funnet medfører ugyldig, skal tilfredsstille «*særlige grunner*» etter fvl. § 31?

Klageorganet sitt opphevelsesvedtak fikk umiddelbart følgefeil. Olje- og energidepartementet (OED) anvende 20.12.2021 statsforvalteren sitt vedtak som begrunnelse for å omgjøre NVE sitt avslagsvedtak på søknad om utsatt frist for idriftsettelse fra Lillesand Vind.

DE ULIKE VEDTAKENE

KLAGEORGANETS AVGJØRELSE

Fra Statsforvalterens avgjørelse refereres avsnittet *Oppsummering av saken og nåværende status* samt *Vedtaket og Om klageadgang*. For øvrig vises til brevet i sin helhet.

Oppsummering av saken og nåværende status

«Statsforvalteren har i dette vedtak funnet at inngangsvilkårene for fristoppreisning i fvl. § 31, ikke er oppfylt for klagen fra Motvind Norge med grunneiere, datert 19.06.2020. Siden det var feil av kommunen å realitetsbehandle klagen, må kommunens dispensasjonsvedtak 16.06.2021 oppheves som ugyldig. Dette betyr at det positive dispensasjonsvedtaket fra 25.06.2019 må anses som gjeldende.

Statsforvalteren bemerker at realiseringen av vindkraftanlegget er avhengig av flere andre tillatelser som per i dag ikke foreligger. Det vises til at NVE ikke har innvilget utsatt frist for idriftsettelse, og klagen fra Lillesand Vind AS på dette vedtaket ligger fortsatt til behandling i OED. Dette gjelder også avslag fra NVE for konsesjonsendring av atkomstvei. Videre har Lillesand kommune avslått dispensasjon for nødvendig utbedring av Nordbø veien, som er en forutsetning for transport av vindturbiner inn til vindkraftanlegget. Sistnevnte avslag er påklaget til Statsforvalteren og vil bli avgjort i eget vedtak.»

Statsforvalterens vedtak

«Kommunens dispensasjonsvedtak av 16.06.2021 oppheves under henvisning til begrunnelsen over. Klagen fra Lillesand Vind AS tas til følge.»

Om klageadgang

«Statsforvalterens vedtak i klagesaken er endelig og kan ikke påklages til overordnet forvaltningsorgan, jf. fvl. § 28. Det bemerkes at spørsmålet om fristoppreisning av klagen fra Motvind Norge er blitt prøvet i to instanser.»

BYSTYRETS VEDTAK BS- 096/21 AV 16.06.2021

Det er dette vedtaket Statsforvalteren opphevet. Vedtaket lyder, sitat:

«Bystyret tar klagen fra Lillesand Vind AS og Motvind Norge på vedtak fattet av bystyret i møte 07.04.2021 i sak BS-049/21 til følge. Klagen har tilført saken nye momenter som gir grunnlag for å oppheve vedtaket som er påklaget.

Bystyrets vedtak fattet 07.04.2021 oppheves, jf. fvl. § 33 annet ledd.

Klage fra Motvind Norge datert 19.06.2020 på planutvalgets vedtak av 25.06.2019 har tilført og belyst saken med nye forhold som gir grunnlag for å endre vedtaket om dispensasjon fra arealformålet for etablering av vindturbinene.

På bakgrunn av vurderingene i saken, finner bystyret å endre vedtaket i sak PUV-069/19 datert 25.06.2019, da planutvalgets medlemmer ble ufullstendig opplyst om kommunens kompetanse og anledning til å utøve fritt skjønn etter plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd. Basert på ny vurdering avslår bystyret med hjemmel i plan- og bygningslovens § 19-2 søknad om dispensasjon fra Lillesand vind AS/ASKO FORNYBAR AS datert 31.05.19, fra LNF-formålet i kommuneplanens arealdel, for utbygging av tre vindturbiner med tilhørende anlegg på gnr/bnr. 22/1.»

«Begrunnelse: Omgjøringsvedtaket av 07.04.2021 medførte at klage fra Motvind Norge ikke ble realitetsbehandlet, da det etter bystyrets vurdering ikke lenger forelå et positivt dispensasjonsvedtak å påklage og således at klager gjennom omgjøringsvedtaket fikk medhold i sin klage. Det har i ettertid vist seg å ikke være korrekt fremgangsmåte i saken. Klagene fra Motvind Norge og Lillesand Vind AS på omgjøringsvedtak fattet den 07.04.2021 tas derfor til følge.

I forbindelse med behandling av klage fra Motvind og behandling av innbyggerforslaget har kommunen etter forvaltningsloven § 33 anledning til å foreta de undersøkelser klagen gir grunn til.

Det sentrale punktet i denne saken er, slik vi vurderer det, den manglende skjønnsutøvelsen som lå til grunn for dispensasjonsvedtaket av 25.06.2019. Det har i tiden etter dispensasjonsvedtaket ble fattet i planutvalget i juni 2019 kommet frem at planutvalgets politikere og administrasjonen ikke var kjent med kommunens handlingsrom og bruk av fritt skjønn ved behandling av vindkraftsaker etter plan- og bygningsloven.

I Kommunal- og moderniseringsdepartementets behandling av Frøya vindkraftverk, datert 06.06.2019, omtales forholdet mellom konsesjon etter energiloven og videre behandling etter plan- og bygningsloven slik: «Departementet kan ikke se at det er holdepunkter i forarbeidene for at dette er ensbetydende med at man ubetinget har krav på å få dispensasjon. Ved vurderingen av dispensasjon skal det foretas to selvstendige vurderinger. Først må man vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. 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.»

Den 19.06.2020 kom Stortingsmelding 28 (2019-2020) Vindkraft på land – Endringer i konsesjonsbehandlingen. Her fremgår det følgende omtale av kommunenes anvendelse av dispensasjonsbestemmelsen i vindkraftsaker: «Vilkårene for å gi dispensasjon vil være til stede når det foreligger en endelig konsesjon etter energiloven, men det er opp til kommunen om dispensasjon skal innvilges.»

Da administrasjonen og politikere ikke var kjent med disse presiseringene på det aktuelle tidspunktet, er det i administrasjonens saksfremstilling fra juni 2019 følgende

ikke gjort vurderinger etter plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd, og det er i saksfremstillingen ingen vurderinger rundt bruk av kommunens frie skjønn. I sak om aktuelle møte i Lillesandsposten datert 28.06.2019, er det bl.a. referert til at en politiker spør følgende: «Er det sann at vi eventuelt kan bruke plan- og bygningsloven til å hindre dette, eller er dette ute av vår kontroll?» hvorpå svaret fra administrasjonen var: «Her er det gitt konsesjon av NVE som er stadfestet av departementet. På mange måter er den nå ute av våre hender.»

Vi vurderer derfor at det ikke er tvil om at det opprinnelige vedtaket ble fattet under feil forutsetninger, manglende informasjon og med en misvisende lovforståelse. Saksfremstillingen mangler vurderinger av kommunens handlingsrom og frie skjønn, og denne feilen har etter vår vurdering ikke bare vært styrende, men også bestemmende for vedtakets innhold.

Bystyret ser at de mest tungtveiende argumenter i denne saken er forvalteransvaret ovenfor framtidige generasjoner og prinsippet om lokalt selvstyre. Formålsparagrafen i plan- og bygningsloven sier: «Loven skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner.» Med dagens kunnskap om bærekraft sett i et miljøperspektiv, så oppleves et så stort inngrep i viktige naturtyper og friluftsområder som et tiltak med minimal gevinst for Lillesands befolkning og som hverken kommer naturen eller innbyggerne til gode. Man kan heller ikke se at Lillesand bystyre skal unnlate å benytte seg av tilgjengelige muligheter for lokal innflytelse på planer og vedtak som vil kunne få store konsekvenser for befolkning og miljø.

Etablering av vindkraftverk på Nordbø vil ha store negative konsekvenser for naturmiljøet på Nordbøknuden, vil redusere området verdi som friluftsområde for en voksende befolkning og vil forringe opplevelsen av landskapet i store deler av kommunens viktigste friluftsområder og turmål. Etter en samlet vurdering kommer derfor Bystyret frem til at man ikke ønsker å innvilge dispensasjon, selv om vilkårene kan påstås å være til stede.

BYSTYRETS FORBEREDENDE KLAGEBEHANDLING - VEDTAK BS-118/21, DEN 8. SEPTEMBER 2021

Bystyrets vedtak:

«På bakgrunn av vurderingene i saken, finner bystyret ikke å kunne ta klagen til følge. Klagen har ikke tilført eller belyst saken med nye forhold som kan gi grunnlag for å endre vedtak om avslag på søknad om dispensasjon fra arealformålet for etablering av vindkraftturbiner på GBR 22/1.

Vedtak om avslag på dispensasjon i sak BS-096/21 fattet av bystyret den 16.06.2021 opprettholdes.

Saken oversendes Statsforvalteren i Agder for endelig avgjørelse».

BYSTYRETS VEDTAK BS- 022/21 DEN 10. FEBRUAR 2021

Dette vedtaket tilkjenner partene opppreisning for oversittelse av forvaltningslovens klagefrist med hjemmel i fvl. § 31. Klagen ble fremsatt før den absolutte ett års fristen og parallelt med et innbyggerforslag som krevde ny behandling av vindkraftsaken i bystyre. Bystyret behandlet innbyggerforslaget 2. desember 2020 og realitetsbehandlet spørsmålet om fristoppreisning og ny behandling den 10. februar 2021. Vedtaket lyder, sitat:

«Lillesand bystyre anser at det er rimelig grunn til at klagen blir prøvd. Klage på dispensasjonsvedtak (PUV-069/19) tas til behandling. Den forberedende klagebehandlingen blir behandlet i neste møterunde.

Klagen gis oppsettende virkning etter forvaltningsloven § 42.»

Begrunnelse:

Etter forvaltningsloven § 42 kan underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ beslutte at et vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort. Behovet for å treffe beslutning om oppsettende virkning vil i første rekke være aktuelt der det er fare for uopprettelig skade eller at det vil være kostbart/vanskelig å gjenopprette. Beslutning om oppsettende virkning vil kunne gjøre seg gjeldende i de tilfeller gjennomføring av vedtak kan føre til nærmest uopprettelige skader om iverksettelsen ikke utsettes, for eksempel uopprettelige skader på naturmiljøet eller på sårbare arter eller andre interesser. Der det er risiko for store irreversible terrenginngrep i urørt natur- og friluftsområder. Furuskogen på selve Nordbøknuden og granskogen i dalsiden er registrert som viktige naturtyper i Naturbase. Bystyret vurderer derfor at det er fare for uopprettelig skade på naturmiljøet dersom iverksettelsen ikke utsettes og gir derfor klagen oppsettende virkning.

BYSTYRETS FORBEREDENDE VEDTAK BS-138/20 DEN 02.12.2020

Bystyret foretok forberedende behandling av innbyggerinitiativet 2. desember 2020. Vedtaket lyder, sitat:

«Innbyggerinitiativet ønskes behandlet. Før saken kommer opp til behandling i februar 2021 bes det om en ekstern vurdering av juridiske og økonomisk konsekvenser for kommunen ved en eventuell omgjøring av dispensasjonsvedtaket PUV- 069/19.

I saksframlegget skal det belyses om det har vært saksbehandlingsfeil eller om saken er mangelfullt opplyst. Følgende skal også vurderes juridisk: Med hjemmel i forvaltningslovens § 31 skal klagen som kom inn etter klagefrist på vedtak PUV-069/19 tas til behandling. Bystyret anser at det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd pga tiltakets størrelse og omfang. Flere av klagerne ville normalt vært høringspart i en detaljreguleringsplan, men har ikke blitt underrettet om dette enkeltvedtaket. Partene kan således ikke lastes for å ha oversett fristen. Det er i alles interesse at partene får prøvd sin sak.»

BYSTYRETS OPPHEVELSESVEDTAK BS- 049/21 DEN 7. APRIL 2021
GRUNNET UGYLDIGHET

Vedtaket bystyret opphevet i sak BS- 096/21 den 16. juni 2021, etter klage fra både Lillesand Vind og partene, ble truffet av bystyret 7. april 2021. Bystyret opphevet den 7. april planutvalgets vedtak PUV-069/19 med hjemmel i fvl § 35 c som ugyldig. Riktig hjemmelshenvisning for opphevelse etter klage er imidlertid fvl. § 33 annet ledd. Bystyrets vedtak og begrunnelsen tas med. Begrunnelsen har relevans for belysning av om det forelå «særlige grunner» for fristoppreisning etter fvl § 31 bokstav b og for belysning av det såkalte «kan» skjønnet etter PBL § 19-2.

«Bystyret omgjør med hjemmel i forvaltningsloven § 35 vedtak i sak PUV-069/19 fattet av planutvalget den 25.06.2019, slik at det ikke blir gitt dispensasjon fra LNF-formålet i kommuneplanens arealdel for utbygging av tre vindturbiner med tilhørende anlegg på gnbr/bnr. 22/1. Vedtaket omgjøres da det er basert på feil lovtolkning og rettsgrunnlag, og må anses ugyldig etter forvaltningsloven § 35 bokstav c.»

Begrunnelse

«Det har i tiden etter vedtaket ble fattet i planutvalget i juni 2019 kommet frem at planutvalgets politikere og administrasjonen ikke var kjent med kommunens handlingsrom og bruk av fritt skjønn ved behandling av vindkraftsaker etter plan- og bygningsloven.

I Kommunal- og moderniseringsdepartementets behandling av Frøya vindkraftverk, datert 06.06.2019, omtales forholdet mellom konsesjon etter energiloven og videre behandling etter plan- og bygningsloven slik: «Departementet kan ikke se at det er holdepunkter i forarbeidene for at dette er ensbetydende med at man ubetinget har krav på å få dispensasjon. Ved vurderingen av dispensasjon skal det foretas to selvstendige vurderinger. Først må man vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. 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.»

Den 19.06.2020 kom Stortingsmelding 28 (2019-2020) Vindkraft på land – Endringer i konsesjonsbehandlingen. Her fremgår det følgende omtale av kommunenes anvendelse av dispensasjonsbestemmelsen i vindkraftsaker: «Vilkårene for å gi dispensasjon vil være til stede når det foreligger en endelig konsesjon etter energiloven, men det er opp til kommunen om dispensasjon skal innvilges.»

Da administrasjonen og politikere ikke var kjent med disse presiseringene på det aktuelle tidspunktet, er det i administrasjonens saksfremstilling fra juni 2019 følgelig ikke gjort vurderinger etter plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd, og det er i saksfremstillingen ingen vurderinger rundt bruk av kommunens frie skjønn. I sak om aktuelle møte i Lillesandsposten datert 28.06.2019, er det bl.a. referert til at en politiker spør følgende: «Er det sann at vi eventuelt kan bruke plan- og bygningsloven til å hindre dette, eller er dette ute av vår kontroll?» hvorpå svaret fra

administrasjonen var: «Her er det gitt konsesjon av NVE som er stadfestet av departementet. På mange måter er den nå ute av våre hender.»

Vi vurderer derfor at det ikke er tvil om at det opprinnelige vedtaket ble fattet under feil forutsetninger og er basert på feil lovforståelse. Saksfremstillingen mangler vurderinger av kommunens handlingsrom og frie skjønn, og denne feilen har etter vår vurdering ikke bare vært styrende, men også bestemmende for vedtakets innhold. Etter vår vurdering bør vedtaket kjennes ugyldig etter forvaltningsloven § 35 bokstav c, da det i saksforberedelsene har blitt forelagt feil informasjon om kommunens handlingsrom og muligheten til å fremme forslag om å avvise dispensasjonssøknaden.

Bystyret ser at de mest tungtveiende argumentene i denne saken er forvalteransvaret ovenfor framtidige generasjoner og prinsippet om lokalt selvstyre. Formålsparagrafen i plan og bygningsloven sier: «Loven skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner.» Med dagens kunnskap om bærekraft sett i et miljøperspektiv, så oppleves et så stort inngrep i viktige naturtyper og friluftsområder som et tiltak med minimal gevinst for Lillesands befolkning og som hverken kommer naturen eller innbyggerne til gode. Man kan heller ikke se at Lillesand bystyre skal unnlate å benytte seg av tilgjengelige muligheter for lokal innflytelse på planer og vedtak som vil kunne få store konsekvenser for befolkning og miljø.

Etablering av vindkraftverk på Nordbø vil ha store negative konsekvenser for naturmiljøet på Nordbøknuden, vil redusere områdets verdi som friluftsområde for en voksende befolkning og vil forringe opplevelsen av landskapet i store deler av kommunens viktigste friluftsområder og turmål. Etter en samlet vurdering kommer derfor Bystyret frem til at man ikke ønsker å innvilge dispensasjon, selv om vilkårene kan påstås å være til stede.»

KLAGEORGANETS KOMPETANSE

Klageorganets kompetanse fremgår av fvl. § 33 siste ledd og § 34. Av hensyn til allmenne lesere gjengis bestemmelsen.

Klageinstansen skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Den kan pålegge underinstansen å foreta nærmere undersøkelser m.m.

Klageinstansen kan prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter. Klageinstansen skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham.

Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyre.

Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.

SAKSBEHANDLINGSFEIL SOM MEDFØRER UGYLDIGHET.

FEIL FAKTUM I

Statsforvalteren legger til grunn, sitat: *«Det bemerkes at spørsmålet om fristoppreisning av klagen fra Motvind Norge er blitt prøvet i to instanser.»*

Klageorganet legger her til grunn feil faktum. Kravet om fristoppreisning av klage fra partene og Motvind Norge ble gitt medhold i Lillesand bystyre den 10.02.2021 etter forberedende behandling den 02.12.2020. Spørsmålet om fristoppreisning etter fvl. § 31 ble ikke avvist og er derfor ikke prøvd av underinstansen.

Statsforvalterens avvisning av fristoppreisning er omfattet av klagerett med hjemmel i fvl. § 28 tredje ledd, andre punktum, i henhold til den ordinære retten til prøving i to instanser.

Ett klageavvisningsvedtak er å anse som et enkeltvedtak etter fvl. § 2 bokstav b. Vedtaket faller ikke inn under unntak etter fvl. § 28 bokstav a til d. Vi viser til Kyrre Grimstad og Siri Halvorsen i veiledning og kommentarer til forvaltningsloven (2011) kapittel 17.7.1 s. 483, sitat: *«En slik avvisning regnes imidlertid som et eget enkeltvedtak som kan påklages, jf. § 2 tredje ledd.»*

Statsforvalteren hadde ikke hjemmel til å frata partene og Motvind Norge klagerett på avvisning av fristoppreisning som ledd i behandling av klagen.

FEIL FAKTUM II

Statsforvalteren har lagt til grunn at Wikborg Rein hadde klagerett på bystyrets vedtak om fristoppreisning til partene og Motvind Norge den 10.02.2021. Klagen fra Wikborg Rein gjelder bystyrets vedtak 16.06.2021. Klageinstansen kan kun prøve den saken klagen gjelder. Klageorganet har gått ut over sin kompetanse ved å ta opp et vedtak som ikke er påklaget jf. SOM -2009-1233 og 2009-1936.

Klageorganets vedtak bygger på feil faktum så langt gjelder bystyrets vedtak om fristoppreisning den 10.02.2021.

Lillesand Vind ved advokat Tormod Ludvik Nilsen, Wikborg Rein Advokatkontor, ble gitt medhold i en klage fremsatt mot et vedtak som ikke omhandlet det forhold som ble påklaget og hvor klager hadde oversittet sin klagefrist.

Normalt vil spørsmålet om klagerett være gjenstand for forberedende behandling som del av saksbehandlingen i samme møte som tar stilling til realiteten i det klagen gjelder. Innrømmes parten klagerett vil denne delen av behandlingen være å anse som prosessledende og uten klagerett. Avvises klagen vil det oppstå klagerett på avvisningsvedtaket, jf. fvl. § 28 tredje ledd.

I denne saken var spørsmålet om oppreisning for oversittelse av ordinær klagefrist gjenstand for to egne behandlinger i bystyret. Først en forberedende behandling på

bakgrunn av et innbyggerinitiativ den 2. desember 2020 og deretter realitetsbehandling av fristoppreisningsspørsmålet den 10. februar 2021. Bystyrets vedtak 10.02.2021 fyller alle formelle krav til enkeltvedtak jf. fvl. § 2 bokstav b. Vedtaket ble ikke påklaget og var derfor ikke del av realitetsbehandlingen av klagen den 16.06.2021. Spørsmålet om oppreisning var dermed utenfor Statsforvalterens kompetanse som ledd i klagebehandling som var rettet mot bystyrets vedtak den 16.06.2021.

SAKSBEHANDLINGSFEIL I

Ivaretagelse av kontradiksjonsretten er en vesentlig forutsetning for at en forvaltningssak skal være riktig og tilstrekkelig opplyst før vedtak, jf. fvl. §§ 16, 17 og 33 siste ledd. Partene og Motvind Norge ble fratatt anledning til å opplyse spørsmålet om fristoppreisning gjennom anvendelse av sin lovfestede klagerett. Saken kan da ikke være tilstrekkelig eller riktig opplyst som grunnlag for klageorganet sitt vedtak.

Feilen medførte at klageorganet la til grunn feil eller mangelfullt faktum for sin behandling av spørsmålet om fristoppreisning. Retten til kontradiksjon var misligholdt av det organ som er gitt et særlig ansvar for borgernes rettsikkerhet. Dette var igjen avgjørende for bystyrets kompetansegrunnlag for behandling av planutvalgets dispensasjonstillatelse (PUV-069/19) og for opphevelse av bystyrets avslag den 16.06.21.

SAKSBEHANDLINGSFEIL II

Klageorganet fratok ved sin behandling Lillesand bystyre muligheten til å saksbehandle planutvalgets vedtak (PUV-069/19) på et avklart kompetansegrunnlag. Etter fvl. § 33 andre ledd kan bystyre oppheve eller endre vedtaket dersom bystyret finner en klage begrunnet. Etter fvl. § 35 c kan bystyret omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget på gitte vilkår. Bystyret fant klagen begrunnet, men klageorganet fant fristoppreisningsvedtaket, som det ikke var klageadgang på, uhjemlet.

Klageorganet forutsettes å være brakt i kunnskap at Lillesand bystyre gjennom 5 ulike behandlinger har kommet frem til at dispensasjon ikke skulle vært gitt til Lillesand vindkraftverk. Bystyret traff den 7. april 2021 vedtak om at planutvalgets dispensasjonsvedtak var ugyldig etter fvl. § 35 c. Dette vedtaket ble opphevet fordi vedtaket ikke la til grunn bystyrets fristoppreisning av klagen den 10.02.2021. Fristoppreisningsvedtaket innebærer at riktig hjemmel for opphevelse og endring av vedtaket var fvl. § 33.

Etter plan- og bygningslovens § 3-3 andre ledd har kommunestyret selv ledelsen av den kommunale planleggingen og skal sørge for at plan- og bygningslovgivningen følges i kommunen. Fvl. § 34 andre ledd lyder, sitat:

«Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale

selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret.»

Bystyrets valg av kompetanse etter fvl. § 33 var en konsekvens av bystyrets fristoppreisningsvedtak 10.02.2021. Kompetansekravet for omgjøring etter fvl. § 33 er at bystyret finner klagen begrunnet mens det etter § 35 c må kunne konstateres ugyldighet. Konstateres ugyldighet vil bystyret stå fritt til å avslå dispensasjon da ingen har rettskrav på dispensasjon.

Det kan etter dette slås fast at klageorganet gjennom sin klageavgjørelse ikke har lagt vekt på det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Var klageorganet av den formening at det ikke skulle vært gitt fristoppreisning for klagen til partene og Motvind Norge, måtte klageorganet ha opphevet bystyrets vedtak av 10.02 og returnert saken for ny behandling til kommunen slik at det ble klarlagt på hvilket kompetansegrunnlag planutvalgets dispensasjonstillatelse skulle prøves.

Klageorganet har ved feil faktum og feil saksbehandling fratatt partene og Motvind Norge sin klagerett på avvisning av klage. Klageorganet har videre krenket det lokale folkestyret ved Lillesand bystyre, som kommunens øverste folkevalgte myndighet etter plan- og bygningsloven.

RETTSANVENDELSESSKJØNNET ETTER FVL. § 31

Klageorganet opphever kommunens dispensasjonsvedtak av 16.06.2021 begrunnet med at klagen fra Motvind Norge med grunneiere ikke skulle vært behandlet av kommunen, men avvist.

Statsforvalteren mente tidsbruken fra klagernes kjennskap til vedtaket til klagen ble fremsatt, må anses som uforholdsmessig og klanderverdig og skjerpet av det forhold at det allerede hadde gått lang tid siden kommunens vedtak forelå.

«Statsforvalteren viser til at det fremstår som uavklart når Motvind Norge faktisk ble kjent med kommunens vedtak. Lillesand Vind AS har anført at det fremgår av en artikkel i Lillesandsposten 07.06.2020, at en representant for Motvind Norge var i dialog med kommunen om saken sommeren 2019.» «Lillesand Vind AS har videre anført at Motvind Norge som interesseorganisasjon på dette bestemte feltet må forventes å ha fått med seg vedtaket relativt kort tid etter det forelå, herunder hensyntatt at saken har fått mediaoppmerksomhet. Statsforvalteren er enig i at dette er relevante momenter som kan tilsi at Motvind Norge enten fikk eller burde skaffet seg kjennskap til vedtaket på et langt tidligere tidspunkt enn når klagen ble fremsatt. Klagen omfatter videre flere grunneiere, hvorav tre fremsatte merknader til dispensasjonssaken og fikk vedtaket tilsendt 05.08.2019. Disse grunneierne vil følgelig ha oversett klagefristen på tre uker før utgangen av august 2019. Av de øvrige grunneierne er det ingen som fikk tilsendt vedtaket, da de ikke hadde fremsatt merknader, og det er derfor ut fra foreliggende opplysninger vanskelig å vurdere nærmere tidspunkt for faktisk kjennskap eller når disse burde skaffet seg kjennskap til vedtaket.»

På denne bakgrunn fant Statsforvalteren at Motvind Norge, med grunneiere, kunne lastes for å ha fremsatt klagen for sent. Statsforvalteren kom til at vilkåret for fristoppreisning i fvl. § 31 første ledd bokstav a), ikke var oppfylt.

Statsforvalteren fant videre at grunneiernes interesser i å få prøvet klagen ikke fremstår som så utpregede at de kvalifiserer til å oppfylle kravet om «*at det av særlig grunner er rimelig at klagen blir prøvd*».

Statsforvalteren konkluderte med at vilkåret for fristoppreisning i fvl. § 31 første ledd bokstav a) og b) ikke var oppfylt. På det grunnlaget ble bystyrets vedtak av 16.06.2021 opphevet. Som konsekvens av opphevelsen er planutvalgets dispensasjon til vindkraftverket fortsatt gyldig.

FORVALTNINGSLOVENS § 31

Forvaltningslovens § 31 gir partene mulighet til å påklage ett vedtak selv om den ordinære klagefristen på tre uker etter at underretning om vedtaket har kommet frem til vedkommende part, er utløpt. Retten er avgrenset. «*Kan*» i første ledd innebærer at kommunen har anledning til å avvise klagen ut fra den ordinære begrunnelsesplikten i forvaltningsloven.

Partene er enige i klageorganets generelle påpekning av at terskelen for fristoppreisning etter fvl. § 31 er høy. Vi er videre enige i at terskelen bør øke frem mot utløpet av ettårsfristen. Ved innrettelse, i form av at et tiltak faktisk er lovlig iverksatt, bør kompetansekravet for omgjøring etter fvl. § 31 nærme seg fvl. § 35 c. Vi oppfatter det da også slik at «*kan*» skjønnet etter første ledd gir kommunen et betydelig handlingsrom for å ta hensyn til faktisk innrettelse så langt vedtaket kan ansees å være gyldig etter fvl. § 41.

«*Såfremt*» i første ledd innebærer et minimumskrav hvor minst ett av etterfølgende kriterier etter bokstav a eller b må være til stede. Det er disse vilkårene som avgrenser retten til fristoppreisning etter fvl § 31.

«*§ 31.(oversitting av klagefristen).*»

Selv om klageren har oversittet klagefristen, kan klagen tas under behandling såframt

a. *parten eller hans fullmektig ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå, eller*

b. *det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.*

Klagen kan ikke tas under behandling som klagesak dersom det er gått mer enn ett år siden vedtaket ble truffet.»

Det er i saken ingen dissens om at ettårsfristen er overholdt. Klagen ble innlevert 19.06.2020 og PVU-069/19 ble truffet 25.06.2019.

Klageorganet konklusjon mht. fristoppreisning er den motsatt av hva bystyret gjennom sine behandlinger kom frem til.

Som vi allerede har dokumentert er situasjonen i denne saken at klageorganet ved anvendelse av feil faktum og feil saksbehandling, har fratatt partene og Motvind Norge sin klagerett på avvisning av klage. Klageorganet har videre krenket Lillesand bystyre som kommunens øverste folkevalgte myndighet etter plan- og bygningsloven.

Klageorganets anvendelse av feil faktum og påviste feil ved saksbehandlingen skal innebære at klageorganets vedtak er ugyldig uavhengig av om vilkårene etter fvl. § 31 var til stede eller ikke.

Feil faktum og feil ved saksbehandlingen vil under enhver omstendighet tilfredsstillende kravet til «*særlige grunner*» etter fvl. § 31 bokstav b.

Når vi likevel velger å se nærmere på klageorganets rettsanvendelse så skyldes det overføringsverdi og rettsikkerhetsbetydning av denne saken.

Klageorganet har i saken unnlatt å ta stilling til «*hvem som saken ellers gjelder*» (fvl. § 2 bokstav e). Partsomfanget må baseres på sakens faktum. Det er da avgjørende at klageorganet innhenter de opplysninger som er nødvendig for å ta stilling til saken. Videre har klageorganet unnlatt å kontrollere om «*den saken ellers gjelder*» faktisk ble underrettet av organet om vedtak og klageadgang.

Uten å ta utgangspunkt i riktig faktum vil ikke klageorganet ha grunnlag for å utøve rettsanvendelsesskjønn etter fvl. § 31. Riktig faktum vil være en forutsetning for skjønn både i forhold til bokstav a og b.

Dernest må spørsmålet om lovens regler for fristoppreisning tolkes i lys av lovens hensikt og intensjon og om lovens angivelse av rettigheter, plikter og oppgaver er blitt ivarettatt.

Overordnet vises vi til Ot.prp. nr 38 (1964-65) s. 102 hvor det uttales at en mangelfull underretning er «*selvsagt noe som vil kunne begrunne oppreisning etter § 31.*»

KONTRADIKSJONSRETTENS HENSIKT

Kontradiksjonsprinsippet, jf. forsvarlighetsprinsippet, skal ivarettatt borgernes rett til å motsi ved å fremme eget syn. Kontradiksjonsprinsippet henger nøye sammen med offentlighetsprinsippet hvor innsyn og kunnskap er viktige forutsetninger. Vi skal se nærmere på hvordan kontradiksjonsprinsippet gjør seg gjeldende i denne saken. Generelt gjelder at ved rettsinngripende vedtak vil forsvarlighetsprinsippet være mer tyngende desto mer rettsinngripende et vedtak er. Kontradiksjonsretten er en av grunnpilarene i vår rettstradisjon og er derfor også forankret i EMK som ble inntatt som lov (LOV-1999-05-21-30). Statsforvalteren kan synes å utøve sin saksbehandling nærmest fristilt fra kontradiksjonsrettens tyngde, mening og innhold.

VEDTAKETS KARAKTER

Forvaltningsloven er en generell og overordnet lov for offentlig saksbehandling. Loven skal beskytte borgerne og gi forutsigbarhet. Loven skiller mellom enkeltvedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer og forskrifter

som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer. I forhold til varslings- og opplysningsplikt anvender loven begrepet *part - person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder*. Hvem saken «ellers direkte gjelder» må bero på et konkret skjønn av sakens faktum.

Tilsvarende skiller plan- og bygningsloven mellom varslings- og opplysningsplikten knyttet til søknad om enkelttiltak, og varslings-, hørings-, bekjentgjøring og utredningsplikten ved plantiltak. Plantiltak omfatter større tiltak og gjerne et ubestemt antall personer og vil derfor langt på veg ha prosessregler tilsvarende forskrifter etter forvaltningsloven. Etter plan- og bygningslovens § 1-9 gjelder forvaltningsloven med de særlige bestemmelser som er gitt i pbl.

Fordi plan- og bygningsloven i det alt vesentlige er avgrenset til vedtak om arealdisponeringer og tiltak, kan vedtak være av stor inngripende betydning for mange borgere. Kontradiksjonsretten er i loven derfor beskyttet med «skal» bestemmelser hvor rettspraksis tilsier at det skal små feil til for at et vedtak må kjennes ugyldig.

Et vindkraftverk vil ordinært falle inn under et tiltak som krever arealplan, men ble ved lovrevisjonen i 2008 gitt særuntak fra detaljreguleringskrav. For å fange opp kontradiksjonsretten vil det derfor være nødvendig å anvende lovens varslingsbestemmelse med særlig årvåkenhet. Varsel kan kun unnlates når tiltaket ikke, eller i liten grad berører naboer og gjenboere. Kommunen kan på sin side, for tiltak med omfattende virkninger, kreve at andre eiere eller festere enn naboer og gjenboere skal varsles. Dette vil i særlig grad gjøre seg gjeldende når et tiltak med omfattende virkninger søkes planavklart ved unntak fra plankravet, dvs. som enkelttiltak etter dispensasjon.

I forhold til vindkraftsaker som omsøkes realisert ved dispensasjon vil det derfor være vesentlig å ta utgangspunkt i tiltakets faktiske virkninger på omgivelsene når utbygger skal klarlegge hvem som er parter og forvaltningen utøve kontroll med at riktig varsling er ivarettatt.

Vindkraftverk krever vedtak etter to lover og av to myndigheter. NVE treffer vedtak om konsesjon etter energiloven. Etter energiloven kan høring unnlates når «*det finnes ubetenkelig*». Når reguleringsfritaket ble innarbeidet i pbl uttaler derfor forarbeidene «*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.*»

Det er kommunene som treffer vedtak om arealdisponeringen etter plan- og bygningsloven. Etter plan- og bygningsloven «skal» som allerede nevnt, søknader varsles- og søknaden «skal» gi de opplysninger som er nødvendige for at parten skal kunne vurdere og ivareta sine interesser ved nabomerknad og ved eventuell påklage.

Et vindkraftverk er kjennetegnet ved bevegelige turbiner med totalhøyde som i Lillesand er over 200 meter høye. Rotordiameter er 150 meter. Turbintårnet er utstyrt med blinkende lys. Gearhuset inneholder gjerne over 1000 liter olje plassert i toppen av turbintårnet og med vingespisshastighet som kan komme opp mot 300 km/t. Både turbintårn og bevegelig rotor utsettes for voldsomme mekaniske krefter. Vinger

representerer fare for iskast og forurensning, både stofflig, i form av støy og lysforurensning til omgivelsene. Utsiktede hendelser og erosjon representerer risiko. Store og bevegelige tekniske konstruksjoner representerer sikkerhetsrisiko og virkninger for omgivelsene. Dette gjelder så vel folkehelse som for viltlevende arter og for visuell effekt og for eiendomsverdier. Nyere forskning indikerer at dem som «*saken ellers direkte gjelder*», dvs. som kan påregne direkte virkninger av vindkraftverket i et omfang som rammer eiendomsrett, folkehelse, miljø- og nærnatur, skal omfattes av partsrett og varslingsplikt. Dette vil i de fleste tilfeller omfatte eiendommer innenfor en radius på ca 2 kilometer ut fra en vindturbin (10x turbindhøyden). Til dette kommer at arealomfanget av tiltaket er ekstremt omfattende og langt ut over hva loven ellers åpner for ved dispensasjoner i et LNF område.

I denne saken var faktum at flere parter ikke var varslet om dispensasjonssøknaden av Lillesand Vind den 31.05.2019. Flere av disse ble ett halvt år senere av samme utbygger varslet om ekspropriasjonssøknad. Vindkraftverket kunne ikke realiseres uten tilgang til eiendom som ikke var varslet om dispensasjonssøknaden. Flere av disse ble heller ikke underrettet om vedtak og klageadgang.

Flere parter var heller ikke varslet av utbygger om ulike søknader til NVE etter energiloven. NVE foretok ikke vurdering av hvem som var omfattet av kontradiksjonsretten. NVE overlot til utbygger å definere sakens parter og fant det, ved flere av søknadene, ubetenkelig å unnlate varsling. Statsforvalteren veksler her mellom å frasi seg ansvar for saken med henvisning til energimyndighet og å anvende saksbehandling etter energiloven som begrunnelse for å se vekk fra krav etter plan- og bygningsloven. Statsforvalteren sitt utgangspunkt er avgrenset til en klagesak på vedtak etter plan- og bygningsloven.

HVEM BÆRER VARSLINGS- OG OPPLYSNINGSPLIKTEN

Varsling av søknad

Det er tiltakshaver som bærer søknads-, varslings- og opplysningsplikten etter plan- og bygningsloven. Etter forvaltningsloven skal forhåndsvarslet gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv. For tiltak som krever konsekvensutredning skal tiltakets virkninger naturlig nok være gjort kjent for dem som berøres. Er effekten over 10 MW foreligger plikt for utbygger til også å melde tiltaket og gi partene påvirkning og medbestemmelse mht. utredningens innhold og gjennomføring. Dette må selvsagt skje før arealdisponeringsmyndighet skal utøves.

Det at energimyndighet har funnet det ubetenkelig å høre parter som direkte berøres, er ikke en begrunnelse for å unnlate «skal» varsles etter plan- og bygningsloven. Det er da heller ikke opp til energimyndighet å vurdere saksbehandlingsfeilen ved at konsekvensutredning ikke ble meldt. Det tilligger bystyrets som myndighet å se til at lovens krav er ivaretatt slik at gyldige vedtak kan treffes.

Sakens faktum og borgernes kontradiksjonsrett skal tilsi at det er bystyret som utøver myndighet med hjemmel i plan- og bygningsloven. Når Statsforvalteren henviser til energimyndighets ivaretagelse av kontradiksjonsretten, som begrunnelse for å unnlate

dette etter plan- og bygningsloven, legger klageorganet feil og mangelfullt faktum til grunn for vurderingen av vilkår for fristoppreisning etter fvl. § 31. Energimyndighet er ikke bemyndiget etter plan- og bygningsloven til å binde opp bystyrets vedtak. Har energimyndighet begått feil så er det energimyndighets ansvar å rydde opp i feilen slik at rettsikkerhet blir ivaretatt. Statsforvalteren unnlater både å legge pbl § 3-3 til grunn for sin vurdering og å forholde seg til at energimyndighet ikke har varslet arealdisponeringsvedtak i henhold til plan- og bygningslovens krav og forarbeidenes klare forutsetning.

Underretning om vedtak og klageadgang

Underretning skal gis av det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, hvis ikke særlige grunner tilsier at dette overlates til et annet organ. I regelen gis underretning skriftlig.

I underretningen skal videre gis opplysning om klageadgang, klagefrist, klageinstans og den nærmere fremgangsmåte ved klage, samt om retten etter § 18, jfr § 19 til å se sakens dokumenter. Dersom vedtaket kan tenkes gjennomført til skade for parten før klagesaken er avgjort, skal det også gjøres merksam på adgangen til å be om at gjennomføringen utsettes, jfr. § 42 første ledd.

Her må det anføres at energimyndighet har overlatt sin plikt til å underrette parter om vedtak og klageadgang ved å definere utbygger som «*annet organ*». Dette innebærer at parter hverken er blitt varslet om søknad, vedtak eller sin rett til å påklage vedtak. Det vil derfor heller ikke på dette grunnlag være riktig faktum å legge til grunn at partene var ivaretatt i forhold til sin kontradiksjonsrett ved behandlingen etter energiloven. Når parten hverken er varslet ved søknad og heller ikke orientert om vedtak og klageadgang etter plan- og bygningsloven er parten å anse som uforskyldt etter fvl. § 31.

Kan det konstateres at parter som ikke ble varslet ved høring heller ikke ble underrettet om vedtak og klageadgang samtidig med at tiltaket er inngripende for parten, vil de som hovedregel være grunnlag for å fastslå ugyldighet etter fvl. § 35 c. Vedtaksorgan som får påvist slike feil vil som hovedregel ha plikt til å omgjøre vedtaket med mindre det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold (fvl. § 41).

HVA INNEBÆRER VARSLINGS- OG OPPLYSNINGSPLIKTEN

Den som bærer varslings- og opplysningsplikten bærer også dokumentasjonsplikten. Søker må kunne dokumentere at varsling faktisk er gjennomført og hvilke opplysninger som er varslet. I dag varsles de fleste større tiltak elektronisk. For parter som av ulike grunner ikke er mottakere av elektronisk post er det et krav at datasystemet registrerer uåpnet post og sender ut rekommandert varsel per post dersom melding ikke blir åpnet innen en viss tid. Tiltakshaver kan også innhente signert kvittering for mottatt nabovarsel. I begge tilfeller skal kvittering sendes myndighetsorganet som dokumentasjon av at varsling og nødvendige opplysninger faktisk er gitt ved nabovarsel. I denne saken har partene etterspurt dokumentasjon, men ikke mottatt slik dokumentasjon.

Leverandører av e-søktjenester som f.eks. Norkart gikk ut med egen advarsel til brukere av tjenesten, sitat: «*Dersom du vil sende en dispensasjonssøknad til kommunen før du er sikker på at det kan bli en byggesak må du gjøre det på utsiden av eByggesøk.*» Systemet er siden forbedret slik at uåpnet epost nå blir registrert.

Denne gjennomgangen av kontradiksjonsretten og borgernes rettigheter til demokratisk medvirkning og medbestemmelse samt lovens hensikt bak disse reglene skal etter vår mening danne utgangspunkt for rettsanvendelsesskjønnet etter forvaltningslovens § 31. Dette skal være en selvfølge, men denne saken viser med all tydelighet at borgere må kjempe for sin rettsikkerhet.

FORARBEIDENE TIL FVL. § 31

Av forarbeidene til fvl. § 31 i Ot.prp. nr 38 (1964-65) fremgår at forsømmelsen ved ikke å ha klaget innenfor ordinær frist, må være uforskyldt. Forarbeidene trekker paralleller til Dl. §§ 153-158.

«*Forsømmelsen vil være **uforskyldt** – når f.eks. underretningen ikke har inneholdt noen opplysning om klageretten eller gitt uriktige opplysninger om fristen eller klagemyndighetene, eller når vedkommende på grunn av reisefravær eller sykdom ikke har kunnet gjøre seg kjent med vedtaket. Forutsetningen er videre at ikke særlige grunner taler mot å gi oppreisning.*»

Forarbeidene viser til domstolovens § 153 første ledd. «*Etter denne bestemmelse skal oppreisning gis når fristoversittingen ikke kan legges parten til last, eller hvis særlige forhold taler for oppreisning og forsømmelsen **ikke er forsettlig**. Det er med andre ord bare den forsettlige oversitting av fristen som medfører at oppreisning ikke kan gis. Samme regel bør man etter departementets oppfatning også ha i forvaltningsloven.*»

Av forarbeidene fremgår at «*kan*» i fvl. § 31 første ledd, bl.a. er rettet mot innrettelseshensynet, dvs. at dersom den tilgodesette part har innrettet seg etter vedtaket så kan forvaltningsorganet nekte å ta klagen til behandling selv om særlige grunner foreligger. Den som derimot uforskyldt har oversittet klagefristen, kan kreve å få oppreisning mot forsømmelsen, **når ikke særlige grunner taler mot det**. (Vår utheving).

«*Forvaltningskomiteen foreslår at oppreisning bare skal kunne kreves dersom ikke særlige grunner taler mot det. Det er den samme tanke departementet uttrykker når det i utkastet heter at oppreisning kan gis når de nærmere angitte vilkår foreligger.*»

For øvrig la departementet i forarbeidene opp til at det var underinstansen som avgjorde spørsmålet om fristoppreisning etter fvl. § 31. Dette vil da også være tilfellet når underorganet gir klagen oppreisning samtidig med realitetsbehandlingen. Det vil da ikke foreligge klagerett på oppreisningen, men på realitetsbehandlingen av klagen. Blir klagen avvist vil det imidlertid være ordinær klagerett på avvisningsvedtaket.

Det går tydelig frem av «*kan klagen tas under behandling*» at underinstansen er gitt handlingsrom for skjønn når kriteriene er til stede. Fvl. § 34 andre ledd, tredje punktum «*...skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale*

selvstyre ved prøving av det frie skjønn» - må ved usikkerhet hos klageorganet mht. rettsanvendelsesskjønnet av om vilkår foreligger, kunne forventes forvaltet ved at det utvise varsomhet med å overprøve et vedtak truffet av kommunens øverste demokratiske organ - bystyret. Kommunestyret var i denne saken tilført nye opplysninger. I denne saken unnlater Statsforvalteren å undersøke disse opplysningene og anvender historikken og mangelfulle faktum til å underkjenne bystyrets kompetanse til fordel for utbygger.

Forarbeidene legger vekt på om søker selv eller den offentlige forvaltning er å laste for at parter ikke er riktig varslet eller gitt mangelfulle opplysninger. *«Kan varslingsfeil eller mangelfulle opplysninger konstateres, så må særlige grunner tale mot fristoppreisning. Taler særlige grunner ikke mot fristoppreisning så må det foreligge en forsettlig forsømmelse fra parten for å unnlate å ta klagen til behandling.»* (Vår uthevning).

«PARTEN ELLER HANS FULLMEKTIG IKKE KAN LASTES FOR Å HA OVERSITTET FRISTEN ELLER FOR Å HA DRØYD MED KLAGE ETTERPÅ»

Klageorganet har ikke innhentet de opplysninger (jf. fvl. § 33 siste ledd) som er nødvendig for å kunne gjennomføre rettsanvendelsesskjønnet etter fvl. § 31 bokstav a.

Partene og Motvind Norge har hevdet varslingsfeil. Vi har etterspurt kvittering som viser at de partene søker oppgir som varslet, faktisk ble varslet og gitt de opplysninger som var påkrevd for at parten kunne ivareta sine interesser. Vi har ikke fått fremlagt kvittering for mottatt varslingsfeil. Slik dokumentasjon fremstår ikke som innhentet av klageorganet. Tvert om anvender klageorganet informasjon fra administrasjonen og utbygger som bystyret i ettertid har erkjent er uriktig. Den utskrift av elektronisk forsendelse som har fulgt saken, datert 31.05.2019, er ingen dokumentasjon av at varsel faktisk er mottatt.

Med mindre dokumentasjon fremlegges av søker (bærer varslingsplikten og plikten til å inngi riktig opplysninger), vil vi hevde klageorganet har lagt feil faktum til grunn for sitt skjønn.

Forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen (eForvaltningsforskriften) FOR-2004-06-25-988

«§ 8. Bruk av elektronisk kommunikasjon ved meddelelser fra et forvaltningsorgan, herunder underretning om enkeltvedtak mv.

«Informasjonssystemet skal registrere tidspunktet for når parten har skaffet seg tilgang til enkeltvedtaket, og data som bekrefter at vedkommende har rett til å gjøre seg kjent med vedtaket. Har parten ikke skaffet seg tilgang til enkeltvedtaket innen én uke fra det tidspunktet vedtaket ble gjort tilgjengelig, og varsel ble sendt, skal parten varsles en gang til i samsvar med tredje ledd. Første og annet punktum gjelder ikke dersom vedtaket er sendt en elektronisk adresse mottaker oppgir jf. annet ledd annet punktum.

Det som gjelder enkeltvedtak i annet til femte ledd ovenfor, gjelder tilsvarende for;

- a. forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16,
- b. for andre meldinger som har betydning for vedkommendes rettsstilling eller for behandlingen av saken, og
- c. for meldinger som det av andre grunner er av særlig betydning å sikre at vedkommende mottar.»

Partene og Motvind Norge har videre hevdet at «den som saken ellers direkte berører» omfatter flere enn de som omfattes av kvittering for elektronisk sendt nabovarsel. Denne opplysningen er av stor betydning for å fastslå omfanget av varslingsfeilen. Omfanget av varslingsfeilen vil ha direkte relevans for om det foreligger særlige grunner etter bokstav b) men vil også omfatte bokstav a). Flere av partene bak klagen hevder å ikke være varslet om dispensasjonssøknaden. Statsforvalteren synes å mene at det skulle foreligge en eller annen form for motsatt bevisbyrde i sin saksutredning. Det er derfor vi innledningsvis har måttet gå igjennom kontradiksjonsretten.

Det er en kjensgjerning at parter ble varslet av utbygger ved søknad om ekspropriasjonstillatelse ett halvt år etter dispensasjonsvarslingen. Dette uten at de samme partene var varslet om dispensasjonssøknaden. Disse partene ble heller ikke underrettet om dispensasjonsvedtak eller klageadgang. Flere av partene er derfor å anses som uforskyldte mht. fristoversittelsen og vi vil hevde denne saksbehandlingsfeilen alene skal medføre ugyldighet og omgjøring.

Klageinstansen bemerker at PBL § 19-1 kun oppgir varsling av *naboer* og ikke *gjenboere*. Statsforvalteren unnlater å gjøre kjent hva de partene som ble elektronisk varslet faktisk ble varslet om. Så langt vi har fremskaffet opplysninger ble det hverken varslet om støyfare, iskastfare, lysforurensning annen forurensningsfare eller dominerende visuelle virkninger av tiltaket. Det ble ikke varslet om mulig tap av eiendom, eiendomsverdi og nærnatur. Det ble heller ikke varslet riktig om de arealer og dispensasjoner tiltaket krever for å kunne realiseres.

Ordlyden i PBL § 19-1 lyder: «Før vedtak treffes, **skal** naboer varsles på den måten som nevnt i § 21-3». Bruken av begrepet «naboer» i § 19-1 er mao. ikke avgrensende slik klageinstansen velger å fremstiller loven. Ordlyden i § 21-3 som § 19-1 henviser til er: «Før søknad sendes inn, **skal naboer og gjenboere** varsles **av søker**...». Søknaden skal etter § 19-1 være grunngitt, jf. utdyping både i § 21-2 og 3 samt SAK10 § 5-2.

Det er svært vanskelig for partene å anse klageorganet som uvitende om lovens krav og ordlyd. Ut fra tiltakets karakter og virkninger fremstår klageorganets mangelfulle gjengivelse av lovteksten, som et forsøk på å avgrense utbyggers varslingsansvar. Dette er ikke et arbeidsuhell fra et klageorgan som skal kunne forventes å besitte juridisk spesialkompetanse.

Det er videre en kjensgjerning at dispensasjonssøknaden på 8 linjer med vedlegg ikke gav de opplysninger utbygger plikter å gi, for at partene skulle være i stand til å vareta sitt tarv. Søknaden fremstod ikke som begrunnet eller opplyst. Søknaden omfattet

hverken de arealer eller dispensasjoner tiltaket krevde for å kunne realiseres. Søknaden omfattet heller ikke henvisning til det tiltaket utbygger søkte realisert, men til et tiltak som ble gitt konsesjon den 30.11.2016. Søknaden gav ingen informasjon om tiltakets endringer eller virkninger for omgivelsene.

Statsforvalteren henviser til opplysningen fra Lillesand Vind om at en representant for Motvind Norge, i flg. en artikkel i Lillesandsposten 07.06.2020, skal ha vært i dialog med kommunen om saken sommeren 2019. Statsforvalteren anfører dette som et relevante momenter som kan tilsi at Motvind Norge enten fikk eller burde skaffet seg kjennskap til vedtaket på et langt tidligere tidspunkt enn når klagen ble fremsatt.

Motvind Norge ble stiftet 7. september 2019 og avholdt sitt første landsmøte 16. november 2019, og hadde rettslig interesse fra januar 2020. 7. juni 2020 var en søndag og Motvind Norge var sommeren 2019 ikke stiftet. Statsforvalteren bygger sitt «*relevante moment*» på feil faktum når opplysningen fra Lillesand Vind ansees som troverdig. Motvind Norge sitt første møte med Lillesand kommune ble avholdt i august 2020, dvs. etter at klagen var innlevert.

For øvrig bærer ikke folkebevegelsen ansvaret for å underrette parter om vedtak og klageadgang. Klageorganet kan synes å ha gått ut av sin objektive rolle. Partene som ikke er blitt ivaretatt av utbygger eller av forvaltningen selv, vurderes som dårligere stilt i saken som følge av at Motvind Norge ikke har fremsatt klage og tatt vare på partene. Det er utbygger som bærer varslingsplikten og det er forvaltningsorganet som bærer underrettingsplikten og det er klageorganet som skal se til at partenes rettsikkerhet blir ivaretatt gjennom klagebehandlingen.

Partene er uforskyldte og har under ingen omstendigheter handlet forsettlig. Tvert om er Lillesand Vind den tilgodesett part etter å ha har misligholdt sin plikt. Det kan ikke utelukkes at Lillesand Vind har hatt motiv og forsett i saken. Dispensasjonssøknaden ble kjørt frem overfor Lillesand kommune som hastesak. Dette er godt dokumentert ved epostkorrespondanse mellom kommunens saksbehandler, utbygger og NVE rett før planutvalgets møte den 25.06.2019. Selv kommunens saksbehandler var usikker på hvilket tiltak dispensasjonssøknaden omfattet, jf. epostutveksling med utbygger og NVE, lenge etter at søknaden var varslet.

Videre er det godt dokumentert via epost fra et av medlemmene i planutvalget rett før behandlingen, at vedkommende varslet utsettelsesforslag fordi saken ikke var tilfredsstillende opplyst. I ettertid har utvalgets medlemmer tilkjennegitt at de ble feil informert om sin kompetanse og mangelfullt om saken. Utbygger var selv til stede og overvar møte i planutvalget.

Ved klageorganets vedtak oppnådd Lillesand Vind medhold. Dette selv om den innrettelse utbygger anførte bestod i å iverksette klareringshøgst uten at tiltaket hadde lovlig tilgang til de arealer tiltaket krevde for å kunne realiseres. Innrettelse som er fremført fra utbygger var ivaretagelse av ordinær søknadsplikt for lov-avklaring av tiltaket. Både pbl § 1-6 og forarbeidene er her entydige. Utbygging av et vindkraftverk kan ikke iverksettes lovlig før det foreligger både konsesjon etter energiloven og nødvendige planavklaringsvedtak etter plan- og bygningsloven.

Vi vil for øvrig bemerke at utbygger og forvaltningen selv var skyld i kaoset som oppstod ved parallelle søknadsprosesser i en rekke enkeltsaker knyttet til lov-avklaring av Lillesand vindkraftverk i perioden etter mai 2019. Sakene omfattet både søknader etter energiloven, oreigningslova, plan- og bygningsloven og jordloven. I enkelte av sakene ble partene ikke varslet mens i andre ble noen varslet. Samtlige saker var preget av at tiltakets virkninger ikke var lagt til grunn for å definere partsrettigheter.

Etter partenes møte med kommunens ledelse 19. august 2020 tok administrasjonen tak i påviste feil knyttet til dispensasjonssøknaden til ombygging og utvidelse av Nordbøveien. Dispensasjon ble avslått 10.02.2021. Klagesaken ble endelig avgjort av Statsforvalteren i Agder 29.12.2021. Bystyrets avslag ble opprettholdt. Vedtaket innebærer at utbygger, ikke på noe tidspunkt i prosessen har disponert de tillatelser vindkrafttiltaket krever for lovlig å kunne igangsettes. Utbyggers iverksettelse av klareringshogst manglet gyldig tillatelse men ble av OED lagt til grunn som iverksatt anleggsvirksomhet når NVE sitt avslag på utsatt frist for idriftsettelse ble overprøvd av OED den 20.12.2021. OED har dermed uavhengig av denne saken bygget sitt vedtak på feil faktum.

NVE sin varslingspraksis samsvarte ikke med plan- og bygningslovens krav selv om lovforarbeidene bygger på denne forutsetning som grunnlag for reguleringsfritaket. Motvind Norge rettet derfor sin primære innsats inn mot respektive forvaltningsorganer for å gjøre dem oppmerksomme på bruddene på lovens varslingsplikt og partenes kontradiksjonsrett. Videre gjorde vi forvaltningen oppmerksomme på at saken om Lillesand vindkraftverk var splittet opp slik at forvaltningssakene ikke omfattet de arealer tiltaket krevde for å kunne realiseres.

Det er derfor ikke partene å laste når forvaltningens feil rammer rettsikkerheten til partene som fremmet klagen. Feilen er at forvaltningen ikke tok ansvar for å rette forholdet slik at uforskyldte parter blir riktig ivaretatt og grunnlaget lagt for god informasjon og gyldige forvaltningsvedtak.

Årsaken til at klage ikke ble fremsatt tidligere var ganske enkelt at partene ikke kontaktet Motvind Norge i tide. En folkebevegelse som jobber på ideelt grunnlag kan ikke hente inn et advokatkontor til 3.000,- kroner timen. Møte med kommunen ble av kommunen utsatt, til etter ettårsfristen sommeren 2020. Det var den faktiske foranledning til at partene fant det nødvendig å klage på dispensasjonsvedtaket. Faktum var ganske enkelt at de langt fleste av partene ikke var gjort kjent med sin rett til å påklage vedtaket og ingen av partene var kjent med sin rett etter fvl. § 31.

Kommunen kunne når som helst ha sendt ut underretning om vedtak med informasjon om klageadgang til parter om ble berørt av tiltakets virkninger med hjemmel i plan- og bygningslovens § 21-3, sitat: *«Kommunen kan også kreve at andre eiere eller festere enn de som er nevnt i første ledd, skal varsles»*.

Kommunen var imidlertid selv forledet til å tro at kommunens myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven ikke var reell. Dette var derfor hovedtema i møte med kommunen den 19. august 2020. Hvordan kan statsforvalteren legge til grunn at ordinære borgere skal kunne oppvise pågangsmot og lov-kunnskap til å ivareta sitt

tarv? Realiteten er at så vel partene som kommunen måtte overbevises om at konsesjonsgitt vindkraft ikke var unntatt fra planavklaring og at ingen hadde rettskrav på dispensasjon. Denne myndighet som er tillagt kommunen etter pbl § 3-3 er ikke en avgrenset myndighet. Myndigheten utøves ikke ved hørings-uttalelser men ved vedtak med hjemmel i lov.

Klageorganet fristiller saken fra lovgrunnlaget klagesaken gjelder, den myndighet bystyret er delegert ved lov, partenes retts-sikkerhet og sakens faktum. Vi finner å måtte bemerke at klageorganet i en klagesak på enkeltvedtak må forventes å forholde seg til hva saken gjelder og den lov klagen gjelder. Det er nettopp denne type tilnærminger som er årsak til det forvaltningskaos og de rettssikkerhetsbrudd som har oppstått rundt lov-avklaring av vind-industri.

Klageorganet synes å opptre som om det skulle foreligge en derogasjonshjemmel for å unnta konsesjonsgitt vindkraft fra ordinær planavklaring, ordinær plikt til varsling og opplysning, ordinær plikt til underretning om vedtak og klageadgang og ordinær plikt til å utøve myndighet med hjemmel i lov. Så lenge slik derogasjonshjemmel ikke er gitt ved lov, må vi be om at den lov som faktisk er gjort gjeldende, kommer til anvendelse i saken.

Jf. forarbeidene til fvl. § 31 kan det i denne saken konstateres varslingsfeil og mangelfulle opplysninger. Det må da foreligge særlige grunner som taler mot fristoppreisning. Taler særlige grunner ikke mot fristoppreisning så må det foreligge en forsettlig forsømmelse fra parten for å unnlate å ta klagen til behandling. I denne saken har partene ingenting å tjene på å vente med en klage.

I denne saken foreligger det ikke særlige grunner som taler mot fristoppreisning. Utbygger er selv skyld i situasjonen og bystyrets fem vedtak levner ingen tvil om hva bystyret mener kommunen er tjent med.

Klageorganets unnlattelse av å innhente riktige opplysninger, belyse sakens faktum og å angi de rammer loven gir for varsling og underretning om vedtak og klageadgang, er omfattende.

Partene kan ikke lastes for å ha oversett fristen når de er uforskyldte i forsømmelsen. Partene kan heller ikke mistenkes for å ha handlet med forsett. Partene har vært utsatt for lovbrudd gjennom grov krenkelse av sin rett til kontradiksjon av klageorganet. Det foreligger ikke særlige grunner som taler mot fristoppreisning.

Fvl. § 31 bokstav a vil i dette tilfellet utvilsomt være tilfredsstillt og riktig begrunnet av Lillesand bystyre. Bystyret peker på tiltakets størrelse og omfang hvor partene normalt sett ville vært høringsparter i en detaljreguleringsplan men ikke har blitt underrettet om enkeltvedtaket.

Vi kan ikke se annet enn at bystyret med denne formuleringen treffer intensjonen og lovens bokstav svært godt.

«DET AV SÆRLIGE GRUNNER ER RIMELIG AT KLAGEN BLIR PRØVD»

Er vilkårene etter § 31 bokstav a til stede er det som utgangspunkt ikke nødvendig å vurdere om det foreligger *særlige grunner* som gjør det rimelig at klagen blir prøvd. Det er nok at ett av vilkårene er tilfredsstilt.

Dersom vilkårene etter bokstav a ikke er til stede så er terskelen for oppreisning høyere fordi kompetansegrunnlaget etter bokstav a da ikke foreligger.

Her ledes vi inn i en glidende overgang mellom fvl. §§ 35 c og 33. Etter § 35 c kan forvaltningsorganet omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget dersom vedtaket må ansees som ugyldig. For ugyldige vedtak foreligger ingen foreldelsesfrist. Vi vil mene varslingsfeilene og opplysningsfeilen alene, i denne saken er så omfattende at en riktig varslet søknad ville kunne gitt et annet resultat. Det er her ikke krav om sannsynlighetsovervekt, men tilstrekkelig med en ikke altfor fjerntliggende mulighet for ett annet utfall.

Terskelen for at organet kan omgjøre et vedtak etter klage, dersom hjemmel etter § 31 er til stede vil, grunnet skjønnsforutsetningene i PBL § 19-2 være betydelig lavere enn ved anvendelse av § 35 c. Etter § 35 c er det et krav at feilen må føre til konklusjon om ugyldighet. Dersom det påvises feil av en alvorlighetsgrad som kan tilsi ugyldighet vil terskelen for å tilfredsstille «*særlige grunner*» etter fvl. § 31 være passert med god margin.

Kyrre Grimstad og Siri Halvorsen viser i boka Forvaltningsloven i kommunene s. 484 til momentene «*særlig stor betydning*», eller om avgjørelsen av rettslige og faktiske grunner har vært tvilsom, eller det er grunn til å tro at underinstansens vedtak lider av feil, nye omstendigheter, saken er prinsipielt viktig eller gjelder store verdier.

Statsforvalteren viser til Woxholth sin vurdering av «*særlige grunner*» etter bokstav b. Woxholth uttaler seg noe mer avgrensende og fremhever tre punkter:

- at saken er av særskilt stor betydning for klageren,
- om den reiser et prinsippspørsmål,
- om realitetsavgjørelsen som er truffet av underinstansen synes tvilsom rettslig sett

Bystyret behandlet spørsmålet om dispensasjonsvedtakets gyldighet i møte 6. april 2021. Med 24 mot 4 stemmer konkluderte bystyret med at vedtaket var heftet med feil som innebar ugyldighet. Vedtaket ble omgjort og dispensasjon avslått.

Avslagsvedtaket ble påklaget og opphevet 16.06.2021. Bystyret kom i skade for å unnlate å legge til grunn fristoppreisning av klagen fra partene og Motvind Norge. Fristoppreisning hadde bystyret som nevnt allerede gitt ved behandlingen 10.02.2021. Oppreisningsvedtaket la premisser for behandlingen den 6. april og 16. juni. Derfor opphevet da også bystyret sitt vedtak av 6. april for å kunne innrømme klagen fristoppreisning i samsvar med bystyrets vedtak 10.02.2021. Dette er vesentlig fordi

riktig kompetansekrav og hjemmel for omgjøring da var § 33 hvor terskelen for omgjøring er betydelig lavere enn etter § 35c.

Den logiske slutning av bystyrets vedtak om ugyldighet 07.04.2021 er at «særlige grunner» under enhver omstendighet forelå ved bystyrets vedtak 16.06.2021.

Igjen mener vi klageorganet har unnlatt å behandle klagesaken basert på sakens faktum da bystyrets argumenter 07.04.2021 ikke fremgår som vurdert av klageorganet som ledd i rettsanvendelsesskjønnet av § 31 bokstav b.

Mens det i forvaltningslovens forarbeider uttrykkes: *«Taler særlige grunner ikke mot fristoppreisning så må det foreligge en forsettlig forsømmelse fra parten for å unnlate å ta klagen til behandling»*, utleder Woxholth en noe strengere tilnærming til *«særlige grunner»*. Det vil i flg. Woxholth være tilstrekkelig om ett av de tre nevnte vilkårene er til stede.

Med 9 parter utsatt for ekspropriasjonstrussel fremsatt i etterkant av dispensasjonssøknaden var vår formodning at klageorganet skulle finne at saken var av stor betydning for partene. Videre var det for oss vanskelig å se at sakens karakter ikke skulle være prinsipiell da rettsikkerhetsaspektet åpenbart berører kontradiksjonsretten vernet i EMK og FNs menneskerettighetskonvensjon.

Vi vil derfor mene begge de to første vilkårene til Woxholth er innfridd med god margin.

SYNES REALITETSAVGJØRELSEN TVILSOM RETTSLIG SETT?

Om realitetsavgjørelsen som er truffet av underinstansen synes tvilsom rettslig sett, vil i saken måtte vurderes både i forhold til bystyrets dispensasjonsvedtak den 16.06.2021 men også i lys av feil og mangler ved dispensasjonsvedtaket til planutvalget fra 2019.

Dette kan slutes både som en konsekvens av bystyrets begrunnelse og konklusjon den 07.04.2021 og den 16.06.2021 om at planutvalget var uriktig opplyst om sin vedtakskompetanse i 2019. Dernest fordi ugyldighet utvilsomt vil innebære at realitetsavgjørelsen som ble truffet av underinstansen i 2019 synes tvilsom rettslig sett, dvs. at vilkåret *«særlige grunn»* for å innrømme fristoppreisning for partenes klage av denne grunn alene, skal ansees å være til stede.

Statsforvalteren bestrider ikke i sin klageavgjørelse bystyrets myndighet til å utøve *«kan»* skjønnet etter PBL § 19-2 første ledd. Dette er da også naturlig siden klageinstansen kompetanse etter forvaltningslovens § 34, andre ledd, tredje og fjerde punktum er avgrenset, sitat: *«Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret.»*

Statsforvalteren tar en annen tilnærming til dette spørsmålet, sitat: *«Dersom kommunen hadde grunnlag for å realitetsbehandle klagen fra Motvind Norge, vil*

Statsforvalteren måtte vurdere dispensasjonsspørsmålet i saken.» Statsforvalteren aviser klagen fra partene og opphever bystyrets vedtak 16.06.2021 og lar planutvalgets omstridte hastevedtak fra 2019 stå som gyldig vedtak. Grunnen til at klageinstansen ikke vil foretar full prøving av gyldigheten av dispensasjonsvedtaket fra 2019, er at Motvind Norge og partene ikke har krav på realitetsbehandling av sin klage. Dette selv om bystyret ved sin behandling 07.04 kom til samme konklusjon!

Statsforvalteren realitetsbehandler på den ene side utbyggers anførsel om at Motvind Norge og partene ikke hadde krav på fristoppreisning, men unnlater å ta stilling til gyldigheten av planutvalgets dispensasjonsvedtak i 2019.

Statsforvalteren viser i sin saksutredning til at spørsmålet om vindkraftutbygging per i dag må anses som et utbyggingsspørsmål som primært behandles etter energilovgivningen og langt på vei avgjøres av konsesjonsmyndighetene.

«Kommunen er en av flere høringsparter i denne forbindelse, og dersom kommunen er positive til konsesjon, vil mange av de mer overordnede avveininger i saken i realiteten ha blitt vurdert av kommunen før dispensasjonssaken tas under behandling. Det er videre slik at dispensasjonsvilkårene skal anses oppfylt når konsesjon foreligger for tiltaket, noe som er av stor avgrensende betydning for kommunens behandling etter plan- og bygningsloven.»

Denne svekkelsen av loven, bystyrets myndighetsutøvelse og parterets rettsvern etter loven gjentas i saksutredningen, sitat: *«Det er et særtrekk ved konsesjonssakene for vindkraftanlegg at dispensasjonsvilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd skal anses oppfylt når det er gitt konsesjon. Omtrent samtidig med kommunens dispensasjonsvedtak forelå KMDs avgjørelse i den såkalte Frøya-saken (06.06.2019), som understrekte at kommunens kan skjønn fortsatt består og at ingen har rettskrav på dispensasjon selv om det foreligger konsesjon. Dette er en veiledende avgjørelse fordi den på en oversiktlig måte påpeker skillet mellom vurderingene i pbl. § 19-2 første og andre ledd i sakene som gjelder vindkraftanlegg.»*

Statsforvalteren fremsetter deretter en påstand, sitat: *«Motvind Norge er heller ikke enig i det syn som er blitt fremført av Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD), hvor det henvises til lovens forarbeider, og fastholdes at gitt konsesjon etter energiloven innebærer at dispensasjonsvilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd skal anses oppfylt.»*

Motvind Norge vil sette pris på om klageinstansens tok utgangspunkt i sakens faktum. Vi tillater oss derfor å sitere hva KMD faktisk uttalte om § 19-2, nettopp på bakgrunn av sitatet fra Ot.prp. nr. 34 (2007-2008), i Frøyasaken, sitat:

«Ved vurderingen av dispensasjon skal det foretas to selvstendige vurderinger.

Først må man vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. 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.» Vår utheving.

Klageinnsatsen gjengir KMD sin uttalelse feil for deretter å hevde at Motvind Norge er uenige med KMD. KMD uttaler ikke at bystyret kan se bort fra rettsanvendelsesskjønnet i pbl § 19-2. Tvert om uttaler KMD «*skal det foretas to selvstendige vurderinger*» og videre «*...Forutsatt at vilkårene er oppfylt...*».

Loven levner ingen tvil om hvem som skal utøve myndighet. Det er kommunen ved kommunestyret som etter lovens § 3-3 (§19-4) er gitt det overordnede ansvaret for myndighetsutøvelse i forhold til pbl § 19-2. Loven gir ingen derogasjonshjemmel. Noen slik hjemmel er heller ikke gitt i energiloven. Arealdisponeringsvedtak ligger utenfor energilovens virkeområde og formål, jf. § 1-1 og § 1-2. KMD gjengir i sin uttalelse hva som er lovens utgangspunkt men Statsforvalteren kan synes å utelate deler av KMD sin uttalelse for å kunne fremsette en påstand om Motvind Norge?

Motvind Norge kan da ikke se det annerledes enn at klageorganet synes å være uenige både med KMD og med den loven som organet skal forvalte i denne klagesaken. Alternativt må Statsforvalteren kunne fremlegge en derogasjonshjemmel som gir anledning til å tilsidesette «*..kan ikke..*» i pbl § 19-2 andre ledd, andre setning. Som kjent må gyldige vedtak ha hjemmel i lov. Dette gjelder for både statsforvaltere, energimyndigheter, Regjering og Storting.

PLANUTVALGETS 2019 VEDTAK

Det omstridte hastevedtaket fra 2019 lyder, sitat:

«PUV- 069/19

Vedtak:

Kommunen gir med hjemmel i plan- og bygningsloven § 19-2 dispensasjon fra arealformålet «LNF» i kommuneplanens arealdel for utbygging av tre vindturbiner med tilhørende anlegg på GBR 22/1.

Dispensasjonen gis på følgende vilkår:

- Forutsettes at vilkår gitt i anleggskonsesjonen gitt 30.11.2016 følges
- Tiltaket skal plasseres som vist på situasjonskart journalført 14.06.2019 (journalpost nr 3)

Arbeidene tillates ikke igangsatt før:

- ansvarlig søker har forsikret seg om at bygget ikke kommer i konflikt med kabler, ledninger mv.
- miljø-, transport- og anleggsplan (MTA-plan) og detaljplan er godkjent av NVE
- tillatelse etter jordloven er gitt

Orientering om klagerett, innsynsrett og generelle vilkår for tillatelsen er vedlagt.

Vilkår for dispensasjon:

Innenfor rammene som kan aksepteres av Fylkesmannen skal veien i området legges til rette for syklister, fotgjengere, rullestolbrukere etc. for å dempe de negative konsekvenser for friluftsliv.

Innenfor rammene som kan aksepteres av Avinor etableres radarstyrt lysteknologi eller tilsvarende for å dempe de negative landskapsvirkningene.

Administrasjonen legger frem MTA-plan for politisk behandling før den godkjennes av NVE.»

Vilkårene for dette vedtaket henviser til anleggskonsesjonen datert 30.11.2016 som var endret allerede før vedtaket ble truffet. Tiltaket ble heller ikke plassert i samsvar med vilkåret «*som vist på situasjonskart journalført 14.06.2019*». MTA-plan ble ikke fremlagt for politisk behandling, men uttalelsen ble avgitt administrativt. Varslingsfeil ble innrømmet av bystyret ved behandlingen 2. desember 2020. Dispensasjonen omfattet ikke de arealer tiltaket krevde for å kunne realiseres.

Klageorganet overprøver medlemmer i planutvalget når disse i bystyret offentlig bekreftet å være feil informert om sin myndighet etter plan- og bygningsloven. Klageorganet respekterer ikke Kommunal- og moderniseringsdepartementet tolkningsuttalelse om bystyrets rett til å avslå, selv om vilkårene er oppfylt, dvs. med hjemmel i PBL § 19-2 første ledd.

Klageorganet er gitt et vidt mandat i fvl. § 33, siste ledd og i § 34 men unndrar seg sin myndighet til å prøve alle sider ved saken og til å innhente og legge vekt på nye omstendigheter og til å ta opp forhold som ikke er berørt i klagen fra Wikborg Rein.

Vi har i tillegg allerede påpekt forhold ved 2019 vedtaket som tilsier at vedtaket er ugyldig og gjentar ikke disse. Det er imidlertid grunn til å påpeke vår anmodning i klagen av 19.06.2020 om omgjøring av dispensasjonsvedtaket etter fvl. § 35 c, dersom vår klage ble forkastet. Denne anmodningen var begrunnet, men er ikke nevnt av klageorganet, selv om klageorganet avviste vår klagerett.

Lillesand bystyre er utvilsomt i stand til å ivareta kommunens interesser. Vi finner likevel å ville fremheve klageorganets tilnærming til bystyret som øverste folkevalgte organ og klageorganets omtale av uttalelser fra valgte representanter i bystyret og planutvalget.

KLAGEORGANETS OVERPRØVING AV UTTALELSER FRA PLANUTVALGETS MEDLEMMER

Statsforvalteren velger i sin utredning å ikke vektlegge uttalelser fra bystyremedlemmer som satt i planutvalget når dispensasjonen ble gitt i 2019. Flere av planutvalgets medlemmer har uttalt at de ikke var klar over den myndighet de var tillagt etter plan- og bygningsloven. Dette var spørsmål som faktisk ble tatt opp i planutvalgets møte, men i møte ble besvart med at saken nå lå hos NVE.

Så sent som den 24.06.2019 – dagen før møte i planutvalget - henvendte medlem i planutvalget Ingrid Vollstad (Ap) seg til kommunedirektøren, leder for saksområdet og ordfører, med kopi til medlemmer i planutvalget og gruppeledere i bystyret. Henvendelsen går i sin helhet på mangelfull opplysning av saksforholdet, bl.a. hva partene og andre organer mener om saken. Vollstad varslet utsettelsesforslag.

Utsettelsesforslaget ble ikke effektivt, ifølge Vollstad, fordi medlemmene ble fortalt at løpet var kjørt og lå i hendene på NVE. Kommunen ble sagt å være uten reell myndighet. For så vidt ikke så helt ulikt hva klageorganet i denne saken uttaler.

Den samme usikkerhet som preget våre folkevalgte preget naturlig nok også parter i 2019. Det er logisk å anta at flere nok resignert anså at de ikke hadde noe de skulle ha sagt i saken.

Statsforvaltere uttaler, sitat: *«Statsforvalteren mener likevel at det må ha fremstått som klart for kommunen at den faktisk skulle foreta en vurdering av dispensasjonsspørsmålet. At konsesjon er gitt preger åpenbart kommunens dispensasjonsbehandling, men det har formodning mot seg at kommunen var av den oppfatning at saksbehandling og dispensasjonsvedtak kun besto i formalia og at resultatet var helt gitt. Et slikt syn burde i så fall ha kommet tydelig frem i kommunens saksfremstilling og vedtak, noe vi mener det ikke er grunnlag for å konstatere.»*

Hva Statsforvalteren legger i å ha *«formodningen mot seg»* kan fremstå noe uklart. Ifølge Encyclopedia kan den juridiske formodningen tillate å bevise fraværet av et faktum. I dette tilfellet synes begrepet å skulle forstås dithen at statsforvalteren tilskriver seg retten til å ikke feste lit til uttalelsene fra representantene som troverdig. Dette fordi det måtte ha kommet tydelig frem i kommunens saksfremstilling og vedtak hva representantene ble fortalt av sin administrasjon og så vidt vi har forstått, to tilstedeværende representanter for utbygger og daværende ordfører (nåværende fylkesordfører) som, slik vi har forstått det var til stede eller kom innom planutvalgets møte.

Det er for så vidt det samme hvem som anførte at utvalget ikke hadde noen reell myndighet. Det som har faktisk betydning er at det var varslet et utsettelsesforslag, begrunnet med mangelfulle opplysninger. Dette forslaget ble avskåret med at opplysninger ikke ville ha betydning fordi utvalget ikke hadde innflytelse på avgjørelsen.

Det har formodningen mot seg at klageorganet har anledning til å harselere med demokratisk valgte representanter slik organet her faktisk gjør.

Flere av representantene som satt i planutvalget i 2019 har ved behandlingene 02.12.20, 10.02.21, 07.04.21, 16.04.21 og 08.09.21 i offentlig møte med tilsvarsrett, uttalt seg sammenfallende og entydig. Saksutredningen til planutvalget gir i sin lovutredning av PBL § 19-2 ingen holdepunkter for at planutvalget ble formidlet sin kompetanse til å avvise dispensasjonssøknaden basert på *«kan»* skjønnet eller at rettsanvendelsesskjønnet etter § 19-2 skal gjennomføres og fullt ut er basert på ordinær kommunal myndighetsutøvelse.

Statsforvalteren har jo selv skapt grunnlaget for denne forvirring og misforståelse ved å blande myndighetsutøvelse og politikk og ved så tvil ved om plan- og bygningslovens regler gjelder som grunnlag for kommunens utøvelse av planmyndighet etter loven og i henhold til loven. Forarbeidene til loven gir ikke rom for denne tvilen og slett ikke for at kommunens tidligere høringsuttalelser skal overstyre kommunens myndighetsutøvelse etter lov.

Produksjonsanlegg for energi er ikke gitt unntak etter lovens § 1-3 men er omfattet av tiltaksbegrepet i § 1-6.

Av forarbeidene til plan- og bygningsloven, Ot.prp. 32 (2007-2008), kap. 3.6.2 fremgår, sitat: *«En pliktig samordning av behandlingen som foreslått av Planlovutvalget vil ikke endre det forhold at det vil være to beslutningsprosesser og to myndigheter som begge tar stilling til arealbruken.»*

Videre tydeliggjør forarbeidene at unntaket fra reguleringsplikten for konsesjonsgitte vindkraftanlegg i PBL. § 12-1, ikke skulle være en omgåelse av de rammer loven setter for arealdisponeringer, 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.»*

Unntaket fra reguleringsplikten innebærer ikke et unntak fra lovens planavklaringskrav. Unntaket innebærer kun at planmyndighet ikke kan kreve at utbygger utarbeider reguleringsplan for tiltaket. Kommunen kan selv velge å gjøre det eller den kan avstå fra å gjøre det. Tilfredsstiller tiltaket etter kommunens vurdering ikke kravene til offentlighet, medvirkning og dokumentasjon av virkninger, og vurderer kommunen at det ikke er ønskelig å anvende Nordbø marka til vind-industri har kommunen formell kompetanse gitt av Stortinget til å avslå dispensasjon.

Når dispensasjonsspørsmålet så løftes opp i kommunens øverste folkevalgte organ på grunnlag av et innbyggerinitiativ og en klage, som omfatter rettighetshavere, naboer, gjenboere og enkelte som ellers direkte berøres av tiltaket, med det resultat at bystyreflertallet gjennom 5 ulike behandlinger tilkjennegir å ville anvende sitt lovbestemte rett til «kan» skjønn for å avslå dispensasjonen, så har det formodningen mot seg at klageorganet skal tilsidesette et demokratisk valgt bystyre sin myndighet til å oppheve et underliggende organs vedtak og deretter overprøve bystyrets avslag på dispensasjon til vindkraftverket.

Til dette kommer at bystyret har avslått dispensasjon til utvidelse av Nordbø veien og gitt flere uttalelser til NVE som entydig motsetter seg realisering av vindkraftverket. For øvrig har Statsforvalteren i Agder nå stadfestet bystyrets dispensasjonsavslag etter klage.

Klageorgan er etter fvl. § 34 andre ledd, pålagt å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.

Bystyremedlemmenes uttalelser er for øvrig dokumentert i saksutskrifter, med videoopptak og gitt medieomtale i lokalpressen.

SPØRSMÅLET OM DEROGASJON

Statsforvalteren har med henvisning til forarbeidene som rettskilde hevdet at rettsanvendelsesskjønnet etter PBL § 19-2 ikke kan gjøres gjeldende i vindkraftsaker som er gitt konsesjon etter energilovens § 3-1. Spørsmålet er hvor Statsforvalteren finner derogasjonshjemmel for sin påstand. Et unntak fra loven må ha hjemmel og slike unntak benevnes en derogasjon.

Lovens dispensasjonsbestemmelse ble utformet slik at den begrenset kommunenes myndighet til å gi dispensasjon. Denne delen av loven ble skjerpet ved revisjonen. Dispensasjonsbestemmelsen i § 19-2 er rettsanvendelse underlagt kommunal myndighet. Bestemmelsen åpner ikke for unntak fra rettsanvendelsesskjønnet. Tvert imot fastslår loven at det ikke kan dispenseres fra saksbehandlingsregler.

Ved å åpne for konsesjon etter energiloven før arealavklaring etter plan- og bygningsloven, ble det etablert et marked for omsetning av energikonsesjoner som ikke var lov avklart: *«Det er for øvrig ikke noe rettslig hinder for at konsesjon gis før forholdet til kommunale planer er avklart, **men tiltaket kan ikke gjennomføres før det er gjennomført planendring, gitt dispensasjon eller OED har bestemt at konsesjon får virkning som statlig arealplan.** Konsesjonsprosessen kan derfor starte opp uavhengig av spørsmålet om dispensasjon, og grunnlaget for å gi dispensasjon kan avklares i løpet av denne prosessen.»* Vår utheving.

I forarbeidenes kapittel 6.19 Dispensasjon, oppstår det et motsetningsforhold mellom plan- og bygningslovens krav om rettsanvendelsesskjønn etter § 19-2 andre ledd, andre setning og forarbeidene: *«Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering. Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler.»*

Motsetningen trer tydelig frem i forarbeidenes formulering: *«Når det gjelder tiltak som konsesjons behandles etter vannressursloven, vassdragsreguleringsloven og energiloven legges det til grunn at sektormyndighetens syn avklares og tas stilling til gjennom konsesjonsbehandlingen, jf. forslaget om å innføre innsigelsesadgang i slike saker for de samme organer som har innsigelsesrett til arealplaner etter plan- og bygningsloven. Vilklårene for å gi dispensasjon vil alltid være til stede når det foreligger en endelig konsesjon etter disse lovene.»*

Derogasjon er et begrep fra rettskildelæren og innebærer at en lov angir at loven kan fravikes. Svak derogasjon innebærer at kun loven derogasjonsbestemmelsen inngår i kan fravikes. Sterk derogasjon betyr at forvaltningsorgan også kan fravike andre lover. Et eksempel på en sterk derogasjonshjemmel er beredskapslovens § 3 "Om nødvendig kan det i bestemmelsene gjøres avvik fra gjeldende lov"

Det kan uten videre slås fast at plan- og bygningsloven kapittel 19 om dispensasjoner ikke omfatter derogasjonshjemmel for konsesjongsatt vindkraft.

Går vi til energiloven omfattes lovens virkeområde ikke arealdisponeringer, sitat: *«Denne lov kommer til anvendelse på produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi» (§ 1-1).* Lovens formål (§1-2) omfatter heller ikke arealdisponeringer, sitat: *«Loven skal sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt.»* Hverken virkeområde eller formål gir noen derogasjonshjemmel for dispensasjonsbehandling av arealdisponeringer etter plan- og bygningsloven.

Dette understøtter av lovens begrepsdefinisjoner (§ 1-3): *«Med elektrisk anlegg forstås i denne lov: Fellesbetegnelse på elektrisk utrustning og tilhørende bygningstekniske konstruksjoner for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi.»*

Energilovens konsesjonshjemmel § 3-1 omfatter: *«Anlegg for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi, kan ikke bygges, eies eller drives uten konsesjon. Det samme gjelder ombygging eller utvidelse av bestående anlegg.»*

Etter § 3-1 siste ledd kan, sitat: *«Departementet kan bestemme at ethvert kraftanlegg med endelig konsesjon etter denne lov, og som ikke er unntatt fra plan- og bygningsloven etter tredje ledd, uten videre skal ha virkning som statlig arealplan etter plan- og bygningsloven § 6-4.»*

Energiloven gir ingen derogasjonshjemmel for å avvike rettsanvendelsesskjønnet etter PBL § 19-2. Konsesjonsmyndighet er ikke delegert myndighet til å treffe vedtak etter plan- og bygningsloven men det ene unntaket for fastsettelse av statlig arealplan. For øvrig et underlig unntak siden det opplagt ligger utenfor energilovens virkeområde (§1-1).

Det kan etter dette slås fast at Statsforvalteren i Agder mangler derogasjonshjemmel for sin påstand om at konsesjonsgitte produksjonsanlegg uten videre tilfredsstiller plan- og bygningslovens krav i § 19-2 andre ledd for å kunne gi dispensasjon. Det regnes som sikker rett at en setning fra lovens forarbeider som mangler hjemmel ikke kan gis rang foran lovens ordlyd.

Statsforvalternes rettsanvendelsesskjønn etter fvl. § 31 i denne saken blir dermed stående i et underlig lys i forhold til statsforvalterens manglende praktisering av rettsanvendelsesskjønnet etter PBL § 19-2 andre ledd.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet tolkingsuttalelse fra Frøya saken viser til forarbeidenes ordlyd om at vilkårene alltid er til stede når konsesjon er gitt og uttaler, sitat:

«Departementet kan ikke se at det er holdepunkter i forarbeidene for at dette er ensbetydende med at man ubetinget har krav på å få dispensasjon. Ved vurderingen av dispensasjon skal det foretas to selvstendige vurderinger. Først må man vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. 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.»

Uttalelsen er isolert sett tydelig nok, men den unnlater å slå fast at unntaket fra rettsanvendelsesskjønnet også mangler derogasjonshjemmel. Superiorprinsippet gjelder for lovfortolkningen. Lovens bokstav vil ha rang foran forarbeidene.

Vi mener å kunne slå fast at Statsforvalteren i Agder gjennom sin behandling av klager på dispensasjonsvedtak til vindkraftindustri har bedrevet uhjemlet myndighetsutøvelse i det minste siden 20. november 2018. Statsforvalteren stadfestet da Kvinesdal kommune sin dispensasjonstillatelse med følgende vurdering, sitat:

«Prøving av kommunens vedtak om å innvilge dispensasjonssøknaden

Vilkårene for å gi dispensasjon fremgår av PBL. § 19-2 andre ledd. Av forarbeidene til dispensasjonsbestemmelsen, Ot. prp. nr. 32 (2007-2008) side 243, følger det at vilkårene for å gi dispensasjon «vil alltid være til stede» når det foreligger endelig konsesjon etter blant annet energiloven. I dette tilfellet er omsøkte tiltak gitt anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1. Av den grunn finner Fylkesmannen at vilkårene for å innvilge dispensasjonssøknaden er oppfylt.»

Fylkesmannen mangler derogasjonshjemmel for sitt vedtak og har siden begått samme feil i Birkenes og nå i Lillesand. Det er da ikke til å undres over at så vel folkevalgte representanter som parter blir forvirret og i villrede.

Er svaret at hjemmel og kompetanse var til stede for å avvise partene uten å innrømme partene klagerett på avvisningen, vil vi derfor sekundært anmode om opphevelse grunnet feil faktum som resulterte i feil ved rettsanvendelsen etter fvl. § 31 og et ugyldig klagevedtak.

Vi vil i tillegg anføre at forvaltningen unndrar seg ansvar for helhetlig vurdering av de tillatelser vindkraftverket krever for å kunne realiseres. Gjennom å splitte opp saksbehandlingen av arealdisponeringen i flere enkeltsaker fratar forvaltningen partene den rettsikkerhet de er gitt etter loven og omgår lovens krav til helhetlig og samlet vurdering av tiltakets konsekvenser.

Tiltaket krever tillatelse etter flere lover og av to myndigheter. Av forarbeidene i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) kapittel 3.6.2 Nærmere om energitiltak fremgår, 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.»*

Vi har som parter rett til å bli varslet og ivareta våre interesser ved å medvirke til at saken er riktig og tilstrekkelig opplyst. Denne retten er brutt ved at forvaltningen har unnlatte å legge vindkraftverkets virkninger og arealkrav til grunn for sin saksbehandling.

Dette forhold innebærer alene ugyldighet av et dispensasjonsvedtak etter PBL § 19-2 som kun tar stilling til deler av de arealer og dispensasjoner tiltaket krever for å kunne

realiseres. Det er videre i direkte motstrid til Stortingets forutsetning for å innrømme konsesjonsgitt vindkraft fritak fra reguleringsplikten i PBL § 12-1 tredje ledd.

Vår anmodning redegjør først for de vedtak som har direkte relevans for klageorganets vedtak. Deretter redegjør vi for feil ved lovanvendelsen som medfører at vi er fratatt vår rett til å påklage avvisningen av vår klage. Vi går så inn i klageorganets rettsanvendelse av vilkårene i fvl. § 31 i lys av forarbeidende til denne bestemmelsen. Vi påviser uriktige og mangelfulle opplysninger lagt til grunn i klageorganets saksutredning.

Avslutningsvis redegjør vi for hvordan vi som parter er fratatt vår rettsikkerhet ved manglende samordning av lov-forvaltningen og manglende derogasjonshjemmel for det dispensasjonsvedtak som klageorganet har gjeninnsatt. I enhver hensende er vår forventning en slutning som medfører at klageorganets vedtak oppheves.

SLUTTORD

Lillesandssaken gir et konkret eksempel og illustrerer systematiske feil ved lovanvendelsen knyttet til konsesjonsgitte vindkraftanlegg. Rettssikkerhetsbruddene som påvises og dokumenteres i vindkraftområde etter vindkraftområde kan ikke neglisjeres av forvaltningen. Tillitsbrudd og konsekvenser eskalerer i høyt tempo, splitter befolkningen, folkestyret og forvaltningen selv.

Forvaltningen har lenge blitt presset fra skanse til skanse av borgere som er rammet. Høyesteretts dommen i Fosens saken slår fast at skjønnet skal oppheves i et anlegg hvor utbygger angir 6 milliarder kroner investert basert på forhåndstiltredelse av en konsesjon Høyesterett dømmer som ugyldig og hvor det derfor heller ikke forelå lovlig tilgang til arealene og hvor idømt lovbrudd også ulovlig-gjør arealdisponeringsvedtakene fordi menneskerettighetene ikke var respektert.

NVE uttalte om forholdet til plan- og bygningsloven ved konsesjonsbehandlingen av Okla vindkraftverk i 2013, sitat: *«Etter den nevnte lovendring er det NVE som styrer vedtaksprosesser og som følger opp vedtak i detaljplan- og byggefasen.»*

Statsforvalteren i Hedmark opphevet i 03.02.2016 Nord-Odal kommune sitt dispensasjonsavslag til vindkraftverk med begrunnelsen, sitat: *«Fylkesmannen mener at siste del av denne uttalelsen er så klar at den rettskildemessig vil overstyre hva man kan utlede etter en språklig og juridisk tolkning av ordlyden i § 19-2. Fylkesmannen mener derfor at kommunens vedtak bygger på feil rettsanvendelse og derfor må anses som ugyldig.»*

Fylkesmannen viser i begrunnelsen til forarbeidenes formulering om at vilkårene for dispensasjon alltid vil være til stede når konsesjon etter energiloven er gitt.

Fylkesmannen i Vest-Agder kopierer begrunnelsen til sin kollega i Hedmark når klage på dispensasjon til Buhei vindkraftverk avvises i 2018, sitat: *«Av den grunn finner Fylkesmannen at vilkårene for å innvilge dispensasjonssøknaden er oppfylt.»*

6. juni 2019 avgir KMD sin tolkningsuttalelse i Frøya saken, sitat: «Ved vurderingen av dispensasjon **skal** det foretas to selvstendige vurderinger. Først må man vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt. 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.»

De fire sitatene eksemplifiserer ulik lovforståelse og lovanvendelse fra ulike statlige forvaltningsorganer herunder klageorganer. Ingen av uttalelsene eller avgjørelsene angir derogasjonshjemmel for å unnlate lovens rettsanvendelsesskjønn.

Fylkesmannen i Hedmark mener forarbeidenes «Vilkårene for å gi dispensasjon vil alltid være til stede..» «er så klar at den rettskildemessig vil overstyre hva man kan utlede etter en språklig og juridisk tolkning av ordlyden i § 19-2». Lovens ordlyd er «Dispensasjon kan ikke gis...». Departementets tolkningsuttalelse levner imidlertid ingen tvil «..skal det foretas to selvstendige vurderinger..» og «Forutsatt at vilkårene er oppfylt..» «..har kommunen likevel rett til å avslå». Lex Superior prinsippet vil rettskildemessig overstyre Fylkesmannen i Hedmark.

Realiteten vil være at rettsanvendelsesskjønnet ikke er gjennomført fordi energimyndighet etter energiloven gjennomfører et fritt skjønn basert på energilovens formål og i tillegg ikke er bemyndiget til å gjennomføre rettsanvendelsesskjønnet etter PBL § 19-2 basert på plan og bygningslovens formål.

Vår rett som parter og folkebevegelse er å påvise feil ved uttalelser og klager. Når påvisningen ikke besvares og derogasjonshjemmel ikke påvises er vår konklusjon at forvaltningen har drevet uhjemlet forvaltning i vindkraftsaker siden revisjonen av plan- og bygningsloven trådte i kraft.

I Lillesand ble planutvalget åpenbart feilinformert om sin kompetanse før behandlingen i 2019. Folkebevegelsen og partene gjorde i tide bystyret kjent med at plan- og bygningsloven gjelder. Dette avverget åpenbart forhåndstiltredelse, irreversible terrenginngrep og krenkelse av partenes rettsvern.

Statsforvalteren i Agder, som skal rettlede kommunene i plan- og bygningslovssaker, har imidlertid fortsatt ikke fremlagt derogasjonshjemmel som hjemler Statsforvalterens klageavslag i dispensasjonssaker til vindkraftanlegg i Agder.

Statsforvalteren innrømmer nå kommunen myndighet til å avslå dispensasjon etter «kan» skjønnet. Statsforvalteren synes fortsatt å fastholde at lovens forarbeider skal gis status foran loven, basert på at et fritt skjønn etter energiloven og av et organ som ikke er bemyndiget etter plan- og bygningsloven. Statsforvalteren synes å mene at et fritt skjønn skal erstatte et rettsanvendelsesskjønn hvor bystyret er bemyndiget av vårt Storting. Statsforvalteren synes å se bort fra krav som anføres i andre klagesaker på dispensasjonsavgjørelser.

Vi kan ikke se saken annerledes enn at klageorganet utøver en uhjemlet forvaltning i strid også med Grunnlovens § 98 om at alle er like for loven. Vi kan heller ikke se det

annerledes enn at klageorganet søker å undra partene «*særlige grunner*» til å få sin klage prøvet.

For partene og Motvind Norge

Eivind Salen (s)

Leder

Stein Malkenes(s)

Daglig leder

Eivind Mauland(s)

Saksbehandler