

Kommunestyrets konstatering av at dispensasjon for utbygging av vindkraftverk i Kjølberget ikke er bortfalt

3.12.2020 (2020/573)

Kommunestyret i Våler kommune kom med 10 mot 9 stemmer til at dispensasjon for utbygging av vindkraftverk i Kjølberget ikke var bortfalt, fordi tiltaket var «satt i gang» senest 3 år etter at dispensasjonen ble gitt, jf. plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd.

Ombudsmannen er kommet til at kommunestyrets begrunnelse for at dispensasjonen ikke er bortfalt, ikke er rettslig holdbar. Kommunestyret har vist til og vektlagt momenter som ikke er relevante for vurderingen av om tiltaket var «satt i gang» innen utløpet av treårsfristen. Ved å legge til grunn at det gjelder et lempeligere igangsettingskrav for større byggetiltak, har kommunestyret dessuten bygget på en uriktig rettslig forståelse av bortfallsbestemmelsen.

Slik saken er opplyst, er det vanskelig å finne holdepunkter for at tiltaket var «satt i gang» innen fristen. Gitt dette standpunktet, er dispensasjonen bortfalt.

Ombudsmannen ber Våler kommune vurdere hvordan saken skal følges opp videre. Ombudsmannen minner om at kommunen har plikt til å forfølge ulovligheter, med mindre ulovligheten er av «mindre betydning», jf. plan- og bygningsloven § 32-1.

Sakens bakgrunn

A (heretter «tiltakshaveren») ble ved Våler kommunes vedtak 9. mai 2016 innvilget dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for utbygging og drift av et vindkraftverk i Kjølberget. Tiltakshaveren ble orientert om dispensasjonen 11. mai 2016.

Naturvernorganisasjonen B (heretter «naturvernorganisasjonen») anførte i brev 12. mai 2019 til Våler kommune at dispensasjonen ikke lenger var gyldig fordi tiltaket ikke var «satt i gang» senest 3 år etter at dispensasjonen ble gitt, jf. plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd. Kommunen varslet tiltakshaveren om mulig bortfall av dispensasjonen, men varselet ble imøtegått. Det var tiltakshaverens syn at tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019.

Kommunen kontaktet KS-advokatene, og ba om deres vurdering av bortfallsspørsmålet. KS-advokatene konkluderte 16. mai 2019 med at «de beste grunner taler for at fristen etter ... § 21-9 første ledd ikke er avbrutt ... [og at det er] grunnlag for å anføre at dispensasjonen har falt bort». Rådmannen dro på befaring, og skrev deretter i sin innstilling til kommunestyret:

«Våler kommune har ved selvsyn kunnet konstatere at de reelle anleggsarbeidene ikke i tilstrekkelig grad var igangsatt på tidspunktet dispensasjonen utløp, og at fristen for oppstart følgelig er oversittet ... [Tiltakshaveren] må umiddelbart stanse anleggsarbeidet i Kjølberget inntil det foreligger rettslig grunnlag for arbeidene».

Kommunestyret i Våler kommune behandlet saken i møte 27. mai 2019. Kommunestyret kom med 10 mot 9 stemmer til at tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019, og dermed innen treårsfristen i plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd. Tiltakshaveren hadde følgelig lovlig dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Flertallets standpunkt ble begrunnet slik:

«Våler kommune konstaterer at [tiltakshaveren] ved utløpet av fristen har igangsatt arbeidet ved at de har gjennomført en langvarig og kostbar prosess fram mot beslutningen om utbygging. Dette arbeidet har bestått i ulike vindmålingsprosjekter for å konstatere om vinden i området er sterk og stabil nok, diverse boring i grunn for å fastslå hvilke typer fundamentering som skal benyttes. Langvarige prosesser med leverandører for å komme fram til de beste løsninger for kraftverket både miljømessig og økonomisk. [Tiltakshaveren] har bestilt og foretatt betaling for nær en tredjedel av den planlagte utbyggingskostnaden. I tillegg har utbygger i utgangspunktet ikke forholdt seg til en frist etter plan- og bygningsloven, men til fristen som er fastsatt i konsesjonen. Til tross for dette var også anleggsarbeidene i marka så vidt påbegynt 11.05.19.»

Kommunestyrets konstatering i møtet 27. mai 2019 ble påklaget av naturvernorganisasjonen. Kommunen avviste klagen under henvisning til at konstateringen ikke var et enkeltvedtak med klageadgang, men en prosessledende avgjørelse. Avvisningen ble stadfestet av Fylkesmannen i Innlandet i vedtak 17. juni 2019. Fylkesmannen var enig i at konstateringen var prosessledende, og mente at konstateringen av den grunn heller ikke kunne lovlighetskontrolleres. Det fremgikk at dette standpunktet var avklart med Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

Naturvernorganisasjonen anmodet Kommunal- og moderniseringsdepartementet om rettslig kontroll/omgjøring av Fylkesmannens vedtak 17. juni 2019. I brev 4. juli 2019 avviste departementet at det var grunnlag for omgjøring. Departementet var enig i at konstateringen i møtet 27. mai 2019 ikke kunne anses som et enkeltvedtak, og at det dermed ikke forelå klagerett, jf. forvaltningsloven § 28, jf. § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Advokat Anders J. Bækkemoen brakte saken inn for ombudsmannen på vegne av naturvernorganisasjonen.

Våre undersøkelser

Etter en gjennomgang av klagen og de innhentede saksdokumentene besluttet vi å undersøke den rettslige holdbarheten av kommunestyrets konstatering i møtet 27. mai 2019 nærmere. På bakgrunn av sakens opplysninger besluttet vi også å ta opp med Kommunal- og moderniseringsdepartementet – som ansvarlig departement for plan- og bygningsloven – enkelte spørsmål om borgernes overprøvningsmuligheter av en kommunal konstatering av at en tillatelse eller en dispensasjon *ikke* er bortfalt etter plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd. Spørsmålene til departementet ble stilt av eget tiltak og på generelt grunnlag.

I brev til Våler kommune spurte vi om de momentene kommunestyret hadde trukket frem som begrunnelse for at dispensasjonen *ikke* var bortfalt, er relevante og kan tillegges vekt ved vurderingen av om tiltaket var «satt i gang» senest 3 år etter at dispensasjonen ble gitt, jf. plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd. Vi spurte også hvilke «anleggsarbeider i marka [som] så

vidt [var] påbegynt» 11. mai 2019, og om kommunen mente at dokumentasjonen i saken på tidspunktet for kommunestyrets behandling tilsa at tiltaket i tilstrekkelig grad var «satt i gang» senest denne dato. Vi ba om at det i svaret ble knyttet kommentarer til rådmannens vurdering av spørsmålet, som ble gitt etter befaring, og KS-advokatenes vurdering av spørsmålet 16. mai 2019. Endelig ba vi kommunen gi sitt begrunnede syn på om tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019, jf. § 21-9 første ledd.

Våler kommune svarte 20. august 2020. Det ble opplyst at både tiltakshaveren og kommunen i utgangspunktet hadde trodd at bortfallsregelen i § 21-9 første ledd ikke gjaldt for vedtak om dispensasjon for oppføring av vindkraftverk med anleggskonsesjon. Da Kommunal- og moderniseringsdepartementet i tolkningsuttalelse 29. mars 2019 kom til at bestemmelsen gjelder også i slike tilfeller, hadde tiltakshaveren fått hastverk med å komme tilstrekkelig i gang innen fristen. Ved vurderingen av om tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019, hadde kommunestyret lagt vekt på anleggets kompleksitet. Flertallet i kommunestyret mente det var urimelig å stille samme krav til igangsetting av et komplekst energiproduksjonsanlegg som til et enkelt byggetiltak. Det var derfor lagt vekt på andre gjennomførte arbeider enn fysiske tiltak i marken. Dette gjaldt både planleggingsaktiviteter, bestilling av anleggsarbeider og inngåelse av store innkjøpskontrakter på mye av produksjonsutstyret.

Ifølge kommunen var rådmannens innstilling basert på en snever tolkning av de generelle vilkårene til igangsetting. De faktiske tiltakene som var igangsatt 11. mai 2019 var knyttet til forberedende arbeider, som veiutbedring, inntransport av maskiner og brakker, fjerning av vegetasjon og sikring av anleggsområdet. I en vurdering av om en enkelt byggesak var igangsatt ville dette ikke være tilstrekkelig til å kunne si at fristen var avbrutt. Kommunestyret hadde imidlertid «tatt videre hensyn og lagt vekt på et større sett av faktorer som tar hensyn til at dette er et komplisert anlegg der mye av innsatsen er knyttet til perioden før anlegget i marka blir realisert».

De generelle spørsmålene herfra til Kommunal- og moderniseringsdepartementet, ble besvart 10. september 2020. I svaret la departementet bl.a. til grunn at en kommunal konstatering av at en tillatelse eller en dispensasjon *ikke* er bortfalt etter plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd kan lovlighetskontrolleres. Departementet viste til at en slik konstatering må regnes som et «vedtak» etter kommuneloven § 27-2 første ledd bokstav a.

Svarbrevene ble oversendt naturvernorganisasjonen, som kom med merknader 28. september 2020. Det ble bl.a. opplyst at kommunestyrets konstatering i møtet 27. mai 2019 i etterkant hadde blitt kjent ugyldig av kommunestyret selv, idet en av representantene som utgjorde flertallet ikke hadde hatt møterett. Kommunestyret hadde imidlertid ikke funnet grunn til å ta spørsmålet om dispensasjonen var bortfalt opp til ny vurdering. Våler kommune skrev i brev 22. oktober 2020 hit at den etterfølgende utviklingen i saken ble ansett å falle utenfor ombudsmannens undersøkelse. Kommunen hadde ikke ytterligere merknader i saken.

Ombudsmannens syn på saken

1. Rettslige utgangspunkter

Plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd lyder:

«Er tiltaket ikke satt i gang senest 3 år etter at tillatelse er gitt, faller tillatelsen bort. Det samme gjelder hvis tiltaket innstilles i mer enn 2 år. Disse bestemmelser gjelder tilsvarende for dispensasjon. Fristene kan ikke forlenges.»

Bestemmelsen regulerer følgelig bortfall både av tillatelser og av dispensasjoner. Det er ikke gjort unntak for dispensasjoner for oppføring av vindkraftverk med anleggskonsesjon. En slik dispensasjon vil dermed bortfalle dersom tiltaket ikke er «satt i gang» senest 3 år etter at dispensasjonen ble gitt. Dette er også lagt til grunn i tolkningsuttalelse 29. mars 2019 fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet. I uttalelsen er det redegjort for det rettslige grunnlaget for dette standpunktet. Ombudsmannen er enig i departementets begrunnelse.

Vedtaket om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for utbygging av vindkraftverket i Kjølberget ble fattet 9. mai 2016, jf. plan- og bygningsloven § 19-2. Treårsfristen i § 21-9 første ledd regnes i hovedregelen fra det tidspunktet tiltakshaveren får melding om vedtaket. Tiltakshaveren ble underrettet om vedtaket 11. mai 2016. Avgjørende for om dispensasjonen er bortfalt er følgelig om tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019.

Plan- og bygningsloven § 21-9 viderefører plan- og bygningsloven 1985 § 96, med noen språklige endringer, jf. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 324. Av proposisjonens punkt 7.2 om gjeldende rett fremgår det på s. 83 om bortfall av tillatelse:

«Det følger av gjeldende lov § 96 første ledd første punktum at tiltaket må være 'satt i gang' senest tre år etter at rammetillatelse er gitt, ellers faller tillatelsen bort. At tiltaket skal være 'satt i gang' medfører etter departementets syn at selve byggeprosessen, det vil si det fysiske arbeidet, er satt i gang. At byggeprosessen er i gang gjennom at tegninger er utarbeidet og at byggesøknader er innsendt, medfører ikke at byggearbeidene er 'satt i gang'. Det er heller ikke tilstrekkelig for å avbryte fristen at tiltakshaver er meddelt igangsettingstillatelse. Selve tiltaket må også være påbegynt før tre år er gått. Er grunnmur eller fundament oppført, må byggverket sies å være satt i gang. Pedersen med flere legger i 'Plan- og bygningsrett' side 252 til grunn at det må være utført arbeider som er ledd i selve realiseringen av tiltaket. Rent forberedende arbeid som å rydde vegetasjon vil imidlertid ikke være tilstrekkelig. Det er vanligvis heller ikke tilstrekkelig at byggegropa er gravd ut.»

Som det fremgår, må det vurderes konkret om de arbeidene som er utført er tilstrekkelige til å anse tiltaket for å være «satt i gang», jf. også Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 76. Avgjørende er om det er igangsatt fysiske arbeider av et slikt omfang at det er naturlig å betrakte tiltaket som igangsatt. De utførte arbeidene må være knyttet til realiseringen av selve tiltaket. Det er ikke tilstrekkelig kun å ha igangsatt forberedende arbeider. Tilsvarende fremgår av Innjord og Zimmermann (red), Plan- og bygningsloven med kommentarer, 2. utg. 2020 s. 735, og Pedersen mfl., Plan- og bygningsrett, del II, Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner, 3. utg. 2018 s. 81-82.

2. Kommunestyrets begrunnelse for at dispensasjonen ikke er bortfalt

Som begrunnelse for at dispensasjonen 9. mai 2016 ikke er bortfalt, har kommunestyret i all hovedsak vist til at tiltakshaveren «har gjennomført en langvarig og kostbar prosess frem mot beslutningen om utbyggingen». Selv om denne prosessen naturlig nok har generert arbeider, kan ombudsmannen vanskelig se hvilken rettslig relevans dette har for spørsmålet om tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019, jf. plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd. At tiltakshaveren har gjennomført ulike vindmålingsprosjekter for å konstatere om vinden i området er sterk og stabil nok, og foretatt diverse boringer i grunnen for å fastslå hvilke typer fundamentering som skal benyttes, sier ikke noe om hvorvidt selve byggeprosessen, altså fysiske arbeider knyttet til realiseringen av selve tiltaket, var igangsatt 11. mai 2019, sml. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 83. Heller ikke langvarige prosesser med leverandører, eller bestillinger og betalinger for nær en tredjedel av den planlagte utbyggingskostnaden, sier noe om dette. Disse arbeidene faller følgelig utenfor det som er vurderingstemaet etter § 21-9 første ledd. Arbeidene kan dermed ikke tillegges vekt.

Kommunestyret har også vist til at «anleggsarbeidene i marka så vidt [var] påbegynt» 11. mai 2019. I svarbrevet hit har kommunen opplyst at disse anleggsarbeidene var forberedende, og besto av «veiutbedring, inntransport av maskiner og brakker, fjerning av vegetasjon og sikring av anleggsområdet». Ombudsmannen er enig i at disse arbeidene ikke knytter seg til realiseringen av selve tiltaket, og at de er av forberedende art. Det fremgår uttrykkelig av proposisjonen s. 83 at rent forberedende arbeider ikke er tilstrekkelig for å anse tiltaket igangsatt, se punkt 1 ovenfor. De nevnte arbeidene er følgelig ikke av betydning for spørsmålet om dispensasjonen er bortfalt.

Ombudsmannen kan ikke se at det i det foreliggende rettskildebildet er holdepunkter for at det gjelder lempeligere krav til igangsettingen av større byggetiltak. Hverken ordlyden, forarbeidene eller juridisk teori kan sees å åpne for en slik rettsforståelse. Tvert om fremgår det av § 21-9 første ledd fjerde punktum at treårsfristen ikke kan forlenges. Det at kommunestyrets flertall selv mener at en gjeldende rettsregel er urimelig, kan naturligvis ikke i seg selv begrunne en utvidende tolkning av bestemmelsen.

Etter dette er det ombudsmannens syn at den begrunnelsen kommunestyret har gitt for at dispensasjonen 9. mai 2016 ikke er bortfalt, ikke er rettslig holdbar. Flertallet har vist til og vektlagt momenter som ikke er relevante for vurderingen av om tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019, jf. § 21-9 første ledd. Ved å legge til grunn at det gjelder et lempeligere igangsettingskrav for større byggetiltak, har kommunestyret dessuten bygget på en uriktig forståelse av bestemmelsen. Det er ikke momenter i kommunestyrets begrunnelse som trekker i retning av at selve byggeprosessen var «satt i gang» 11. mai 2019. Slike momenter er heller ikke å finne blant de saksdokumentene ombudsmannen har mottatt kopier av. At tiltaket ikke var «satt i gang» senest 11. mai 2019 er lagt til grunn både av rådmannen, etter befaring, og av KS-advokatene. Dertil kommer at kommunen i svarbrevet hit har erkjent at det som var gjort av arbeider per 11. mai 2019 ikke ville vært tilstrekkelig for å anse et ordinært byggetiltak som igangsatt. Slik saken er opplyst for ombudsmannen, er det følgelig vanskelig å finne holdepunkter for at tiltaket var «satt i gang» senest 11. mai 2019. Gitt dette standpunktet, er dispensasjonen 9. mai 2016 bortfalt, jf. plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd.

På denne bakgrunn ber ombudsmannen Våler kommune vurdere hvordan saken skal følges opp videre. Ombudsmannen minner om at kommunen har plikt til å forfølge ulovligheter, med mindre ulovligheten er av «mindre betydning», jf. plan- og bygningsloven § 32-1.

3. Overprøvmuligheter av en kommunal konstatering av at en tillatelse eller en dispensasjon ikke er bortfalt

Ettersom Kommunal- og moderniseringsdepartementet i svarbrevet hit la til grunn at en kommunal konstatering av at en tillatelse eller en dispensasjon *ikke* er bortfalt eller plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd *kan* lovlighetskontrolleres, fant ombudsmannen ikke grunn til å gå videre med undersøkelsen av borgernes muligheter for overprøving av slike konstateringer. Dette ble meddelt departementet i eget brev herfra.

Konklusjon

Ombudsmannen er kommet til at kommunestyrets begrunnelse for at dispensasjonen ikke er bortfalt, ikke er rettslig holdbar. Kommunestyret har vist til og vektlagt momenter som ikke er relevante for vurderingen av om tiltaket er «satt i gang» senest 3 år etter at dispensasjonen ble gitt, jf. plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd. Ved å legge til grunn at det gjelder et lempeligere igangsettingskrav for større byggetiltak, har kommunestyret dessuten bygget på en uriktig rettslig forståelse av bestemmelsen.

Slik saken er opplyst, er det vanskelig å finne holdepunkter for at tiltaket var «satt i gang» innen fristen. Gitt dette standpunktet, er dispensasjonen 9. mai 2016 bortfalt.

Ombudsmannen ber Våler kommune vurdere hvordan saken følges opp videre. Ombudsmannen minner om at kommunen har plikt til å forfølge ulovligheter, med mindre ulovligheten er av «mindre betydning», jf. plan- og bygningsloven § 32-1.

3.12.2020 (2020/573)