

FRØYA KOMMUNE

HOVEDUTVALG FOR FORVALTNING		Saksliste
Møtested: Kommunestyresalen	Møtedato: 29.04.2019	Kl. 15:00 - 00:00

Møteinnkalling

Medlemmene innkalles herved til overnevnte møte. Forfall må straks meldes til informasjonen, Tlf 72 46 32 00 eller til postmottak@froya.kommune.no
Varamedlemmer møter etter nærmere beskjed.

Sakliste:

Saksnr.	Arkivsaksnr.	Innhold
63/19	19/1065	FRØYA VINDKRAFTVERK - PÅLEGG OM STANS MED ØYEBLIKKELIG VIRKNING - KLAGE

Sistranda, 26.04.19

Gunn Heidi Hallaren
Leder

Siv-Tove Skarshaug
Sekretær

Saksdokumentene er lagt ut til offentlig ettersyn på følgende sted:

www.froya.kommune.no.

FRØYA KOMMUNE

Hovedutvalg for forvaltning		Møtebok
Møtedato: 29.04.2019	Arkivsaksnr: 19/1065	Sak nr: 63/19
Saksbehandler: Kitt Julie Hansen	Arkivkode: S82	Gradering:

Saken skal behandles i følgende utvalg:		
63/19	Hovedutvalg for forvaltning	29.04.2019

FRØYA VINDKRAFTVERK - PÅLEGG OM STANS MED ØYEBLIKKELIG VIRKNING - KLAGE

Forslag til vedtak:

- Hovedutvalg for forvaltning står ved vedtak om stans av arbeid i tilknytning til Frøya vindkraftverk av 15. april 2019 i saksnummer 19/1065
- Klagen tas ikke til følge
- Det finnes ikke grunnlag for å gi utsatt iverksettelse av vedtak datert 15.04.2019
- Saken oversendes Fylkesmannen i Trøndelag for endelig klagebehandling

Vedlegg:

Klage på pålegg om stans med umiddelbar virkning – Utsatt iverksettelse
 Kommetar til klage på pålegg om stans i anleggsarbeider og spørsmål om utsatt iverksettelse – Steenstrup
 Stordrange
 Notat Steenstrup Stordrange – Tre-års regelen, Sarepta-avtale og saksframlegg -
 Leserinnlegg froya.no

I tillegg ligger vedlegg knyttet til «Klage på pålegg om stans med umiddelbar virkning» i Goodreader – mappe
 KST – vedlegg klage

Saksopplysninger:

1 BAKGRUNN FOR SAKEN

Sarepta søkte om dispensasjon fra arealformålet (LNFR2) i kommuneplanens arealdel (2011) den 18. august 2015 for utbygging av Frøya vindpark.

10. mars 2016, under sak nr. 49/16, innvilget Hovedutvalg for forvaltning søknaden om dispensasjon. Underrettelse om vedtaket ble gitt 7. april 2016.

I brev av 5. april 2019 tilskrev Frøya kommune TrønderEnergi Vind AS (heretter «TrønderEnergi») og orienterte dem om at dispensasjonstillatelsen ville falle bort 7. april 2019, dersom tiltaket ikke var satt i gang innen denne dato. Det ble samtidig varslet om at overtredelser ville bli ulovlighetsoppfulgt.

Da anleggsarbeidene ikke var satt i gang den 11. april 2019, fattet kommunestyret i sak 53/19 vedtak om at dispensasjonstillatelsen var bortfalt. Det ble samtidig inntatt at kommunen ville vurdere å gi pålegg om stans overfor eventuelle bygge- og anleggsarbeider på stedet.

Ved brev av 12. april 2019 tilkjennega TrønderEnergi at byggearbeidene ville fortsette. Som begrunnelse for dette ble det vist til at treårsfristen etter plan- og bygningsloven § 21-9 ikke gjelder for vindkraftutbygging.

15. april 2019, under sak nr. 19/1065, fattet Frøya kommune vedtak om pålegg om stans med øyeblikkelig virkning av arbeid i tilknytning til Frøya Vindkraftverk. Vedtaket hadde følgende ordlyd:

«Frøya kommune gir TrønderEnergi Vind AS pålegg om øyeblikkelig stans av arbeid i tilknytning til Frøya vindkraftverk, jf. plan- og bygningsloven § 32-4. Pålegget begrunnes med at vedtak om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel er bortfalt etter lovens § 21-9.»

2 KLAGE PÅ VEDTAK OM STANS

Ved brev av 16. april 2019 har TrønderEnergi påklaget vedtaket om stans. Det er samtidig bedt om utsatt iverksettelse av vedtaket. Som begrunnelse for klagen er det i det vesentlige gjort gjeldende følgende:

1. vedtaket er ugyldig da det er basert på feil lovanvendelse. Herunder er det vist til at fristbestemmelsen i pbl. § 21-9 ikke gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven. Om fristbestemmelsen likevel skulle gjelde, er det anført at denne er avbrutt som følge av at tiltaket er satt i gang.

2. vedtaket er ugyldig da begrunnelsen er basert på utenforliggende hensyn. Herunder er det vist til at vedtaket ene og alene er fundamentert på et politisk ønske om å stoppe vindkraftutbyggingen. Advokatfirmaet SANDS har på vegne av Folkeaksjonen mot vindkraft på Frøya og flere grunneiere/naboer til vindkraftanlegget kommet med kommentar til klagen ved brev av 23. april 2019, også med henvisning til sitt notat av 5. mars 2019. Her blir kommunen oppfordret til å ikke gi vedtaket utsatt iverksettelse. Det er videre fremholdt at kommunen har opptrådt forsvarlig og ikke tatt utenforliggende hensyn ved vurdering av treårsfristen etter plan- og bygningsloven.

3 KORT OM DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR PÅLEGG OM STANS

Av pbl. § 32-1 fremgår det at kommunen «skal» forfølge overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven. Det er kun overtredelser av mindre betydning kommunen «kan» avstå fra å forfølge. Kommunens hjemmel til å gi pålegg om stans og opphør med øyeblikkelig virkning følger av pbl. § 32-4. Av bestemmelsen følger det:

«Om nødvendig kan plan- og bygningsmyndighetene gi den ansvarlige pålegg om stans av arbeid eller opphør av bruk med øyeblikkelig virkning. Slikt pålegg kan gis uten forhåndsvarsel. Om nødvendig kan plan- og bygningsmyndighetene kreve bistand av politiet for gjennomføring av pålegg om stans.»

Det beror på myndighetenes skjønn om slik stoppordre skal gis, jf. formuleringen «om nødvendig» i første punktum. Forarbeidene fremhever at bruk av øyeblikkelig stans særlig er aktuelt i tilfeller der det ulovlige forhold medfører fare eller uopprettelig skade. Eksempler på bestemmelsens bruksområde er tilfeller der det bygges uten tillatelse eller i åpenbar strid med tillatelse. De arbeider det vil kunne være aktuelt å kreve stanset etter § 32-4, er eksempelvis utgraving og oppfylling i landbruks-, natur- og friluftsområder som i denne saken.

4 VURDERING AV KLAGEN

4.1 Bortfall av tillatelse etter 3 år – fristbestemmelsen gjelder for vindkraftanlegget

Av pbl. § 21-9 (1) fremgår det at hvis et tiltak ikke er «satt i gang senest 3 år etter at tillatelse er gitt, faller tillatelsen bort». Tilsvarende gjelder for dispensasjon. Videre er det presisert at fristen ikke kan forlenges.

Bakgrunnen for at kommunen fattet pålegg om stans i byggearbeidene den 15. april, var at dispensasjonstillatelsen ble vurdert som bortfalt etter pbl. § 21-9 den 7. april 2019. TrønderEnergi bestrider dette, og anfører at pbl. § 21-9 ikke gjelder for vindkraftanlegget på Frøya.

I brev av 29. mars 2019 har Kommunal- og moderniseringsdepartementet (heretter «KMD») på generelt grunnlag konkludert med at pbl. § 21-9 gjelder for dispensasjonsvedtak som fattes i forbindelse med etablering av nye kraftproduksjonsanlegg, og at det følgelig løper en treårsfrist før dispensasjonstillatelsen bortfaller. Kommunen har ved behandlingen av pålegget om stans lagt til grunn den lovtolkning som fremkommer av KMDs brev. Det skal likevel knyttes noen tilleggsmerknader til de anførsler som fremkommer av klagen.

Det er på det rene at kraftproduksjonsanlegg som vindkraftverk omfattes av plan- og bygningsloven, til forskjell fra eksempelvis anlegg for overføring av elektrisk energi jf. pbl. § 1-3 (2).

Det er videre uomtvistet at vindkraftverk med anleggskonsesjon er unntatt de fleste reglene om byggesaksbehandling etter plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 20-6 jf. byggesaksforskriften (SAK) § 4-3 (1) c). Også slike tiltak må imidlertid forholde seg til gjeldende planregler. Dette følger for det første av at de foran nevnte bestemmelser kun hjemler unntak fra byggesaksbestemmelser, og ikke plan- og bygningsloven for øvrig. Videre er det presisert i (SAK) § 4-3 (1) at tiltaket må være «i samsvar med reglene i plan- og bygningsloven § 1-6 andre ledd» for at unntaket skal gjøre seg gjeldende. Av pbl. § 1-6 annet ledd fremgår at tiltak omfattet av loven blant annet må være i samsvar med gjeldende arealplaner. Det kan ikke være tvilsomt at dette også gjelder vindkraftverk med anleggskonsesjon etter energiloven jf. Ot.prp nr 32 (2007-2008) s. 174:

«Dette omfatter også tiltak etter bokstav c, som innebærer unntak fra søknadsplikt når de behandles etter annen lov. Dersom slike tiltak ikke er i samsvar med planer og bestemmelser som nevnt, vil unntakene ikke gjelde.»

Kommunen har vanskelig for å se at saksbehandlingsreglene etter energiloven skal innebære en annen løsning, slik dette er anført av TrønderEnergi. Det er riktignok slik at det ikke er krav til utarbeidelse av ny reguleringsplan for et vindkraftverk med anleggskonsesjon, jf. også pbl. § 12-1 (3). Dette endrer imidlertid ikke det faktum at også et slikt tiltak må forholde seg til, og være i samsvar med, allerede gjeldende planer. Dette fremgår også av kommentarene til SAK 4-3 i veilederen til byggesaksforskriften, samt Ot.prp nr 32 (2007-2008) i kap. 3.6.2 s. 41:

«Der det allerede foreligger arealdel til kommuneplan eller reguleringsplaner som er til hinder for gjennomføringen av tiltaket, kan kommunen velge å sørge for nødvendig planendring, eller alternativt gi dispensasjon etter § 19-2 tredje ledd.

...

...tiltaket kan ikke gjennomføres før det er gjennomført planendring, gitt dispensasjon eller OED har bestemt at konsesjon får virkning som statlig arealplan.»

Det er i denne sammenheng av interesse at TrønderEnergis forgjenger, Sarepta, søkte dispensasjon fra kommuneplanens arealdel i brev av 18. august 2015. I søknaden ble det uttrykkelig lagt til grunn at det aktuelle tiltaket måtte være i samsvar med kommuneplanens arealdel og at dispensasjon dermed var nødvendig etter pbl. § 19-2. Denne søknaden var ikke vedlagt klagen fra TrønderEnergi. Som nevnt ble dispensasjon gitt og meddelt Sarepta 7. april 2016.

Konsekvensen av ovennevnte er at TrønderEnergi må forholde seg til fristreglene i pbl. § 21-9. At bestemmelsen er plassert i byggesaksdelen av pbl. endrer ikke dette. Det fremgår uttrykkelig av § 21-9 at den også gjelder for dispensasjoner fra arealplan gitt etter pbl. § 19-2. Noteverket (i Lovdata) i de respektive bestemmelsene krysshensviser også til hverandre.

For sammenhengens skyld bemerkes at kommunen skal foreta en ordinær vurdering av en dispensasjonssøknad, uavhengig av tiltakets (konsesjons)behandling for øvrig, jf. KMDs tolkingsuttalelse datert 29. mars 2019. Det er således ikke riktig, som anført av TrønderEnergi, at det foreligger en ubetinget plikt for kommunen til å gi dispensasjon til tiltak som allerede har anleggskonsesjon. Heller ikke forarbeidene til plan- og bygningsloven eller energiloven gir støtte for et slikt syn. Vilkårene for å gi dispensasjon etter pbl. § 19-2 (2) vil riktignok som regel være oppfylt, men hvorvidt dispensasjon skal gis beror fortsatt på et «kan»-skjønnet jf. pbl. § 19-2 (1). Det skal også presiseres at Frøya kommune *ga* dispensasjon til det aktuelle tiltaket, men at denne nå har bortfalt grunnet for sen igangsettelse jf. nedenfor om dette. TrønderEnergi har per i dag ikke søkt ny dispensasjon.

4.2 Treårsfristen er ikke avbrutt – tiltaket er ikke satt i gang

Et dispensasjonsløyve er gyldig i tre år, jf. pbl. § 21-9. Formålet bak regelen er at man skal sikre at godkjente byggearbeider kommer i gang innen rimelig tid etter at byggetillatelsen ble gitt. Det er flere hensyn som taler for en slik regel, et av disse er at naboer og andre med tidens løp kan få reelle innsigelser som ikke forelå på innvilgelsestidspunktet.

Hvordan vilkåret «satt i gang» skal forstås er grundig behandlet i vedtaket om pålegg om stans. Også til dette spørsmålet er det imidlertid hensiktsmessig å knytte noen tilleggsmerknader til de anførsler som fremsettes i klagen.

TrønderEnergi har anført at tiltaket må anses satt i gang ved innsendelse av søknad om MTA-plan, subsidiært ved mobilisering av anleggsmaskiner, og atter subsidiært ved at arbeidene ville ha blitt satt i gang dersom de ikke hadde blitt hindret av demonstrasjoner.

Rådmannen fastholder at igangsettelse må forstås som iverksettelse av fysiske tiltak, og at fristavbrytelse ikke kan skje ved (søknad om) tillatelse. Dette fremgår eksempelvis av KMDs tolkingsuttalelse TUDEP-2017-4867-2, Innjord, «Plan- og bygningsloven med kommentarer», 2008 s. 651 og 652 og Pedersen m.fl., «Plan- og bygningsrett», 3. utg. s 82 med videre henvisninger. Videre er et vindkraftverk med anleggskonsesjon unntatt søknadsplicht etter plan- og bygningsloven jf. punkt 4.1 ovenfor. Det følger av Ot prp nr 112 (2001-2002) s. 140 at fristavbrytelse da under enhver omstendighet skjer ved fysisk igangsetting, jf. også KMDs tolkingsuttalelse av 29. mars 2019.

Det registreres at TrønderEnergi argumenter for at ovennevnte er en lite hensiktsmessig løsning, all den tid energiloven har et eget system for konsesjon/tillatelse. Pbl. § 21-9 åpner imidlertid ikke for å hensynta dette, jf. også punkt 4.1 ovenfor. Det vises for øvrig til bl.a. Ot.prp nr 32 (2007-2008) s. 41, hvor det fremgår at dispensasjon etter plan- og bygningsloven håndteres separat fra konsesjonsprosessen i energiloven:

«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.»

Det relevante fristavbrytende tiltak for vindkraftverk med anleggskonsesjon er således fysisk igangsettelse av arbeidene. Dersom denne rettstilstanden skal endres, er dette en lovgiveroppgave. Konsekvensen av ovennevnte er at TrønderEnergis prinsipale anførsel om at søknad om MTA-plan er fristavbrytende ikke kan føre frem.

Hva gjelder anførselen om at fristavbrytelse skjedde ved mobilisering, gir både forarbeidene og entydig juridisk litteratur klart uttrykk for at forberedende tiltak, herunder planlegging, mobilisering, mindre forberedende inngrep mv. ikke innebærer igangsetting i henhold til pbl. § 21-9. Både bestemmelsens ordlyd og hensynet til forutberegnelighet støtter et slikt skjæringstidspunkt.

Kommunen kan ikke se at situasjonen stiller seg annerledes for TrønderEnergis anførsel om at fristavbrytelse skjedde ved tiltenkt oppstart primo april, når oppstart ikke lot seg gjøre grunnet demonstrasjoner. Til dette skal for det første bemerkes at *kommunen* ikke kan klandres for å ha forskjøvet igangsetting, oppstart e.l., slik tilfellet var i Sivilombudsmannens avgjørelse SOM-2011-730. Utgangspunktet må da klart nok være at tiltakshaver selv har ansvaret for å igangsette arbeidene innen fristen i pbl. § 21-9, herunder at tiltakshaveren har risikoen for forhold som kan medføre forsinkelse, dette være seg demonstrasjoner, konkurs hos underentreprenør, dårlig vær osv. For sammenhengens skyld skal det videre bemerkes at demonstrantene (Folkeaksjonen mot Vindkraft) er av den oppfatning at forholdene under demonstrasjonene var langt mindre konfliktfylt og inngripende enn det TrønderEnergi gir uttrykk for, jf. leserinnlegg i Hitra-Frøya datert 25. april 2019 (vedlegges). Atter videre må det bemerkes at *selv om* TrønderEnergi hadde startet opp arbeidene som tiltenkt, demonstrasjonene tenkt borte, fremgår det av fremdriftsplanen fra Søbstad inntatt i bilag 28 til klagen at de i dagene forut for fristens utløp (uke 14) kun skulle foreta forberedende arbeider på tilkomstvei. Som fremgår av avsnittet ovenfor ville heller ikke dette medføre fristavbrytelse.

På bakgrunn av ovennevnte fastholdes at TrønderEnergi ikke har satt i gang tiltaket innen treårsfristen i pbl. § 21-9. Dispensasjonen er således bortfalt.

4.3 Vedtaket med pålegg om stans er ikke basert på utenforliggende hensyn

TrønderEnergi har gjort gjeldende at kommunens vedtak om stans i arbeidene ikke er fundamentert på en saklig og juridisk begrunnelse, men kun et politisk ønske om å stoppe vindkraftutbyggingen.

Rådmannen tilbakeviser dette som uriktig. Frøya kommune har i denne saken opptrådt ryddig og i samsvar med de føringer som ligger i plan- og bygningsloven. I den perioden TrønderEnergi hadde dispensasjon forholdt kommunen seg til dette. Pålegget om stans er et resultat av dispensasjonen bortfalt. Tiltakshaver mottok varsel før stoppordre ble gitt, selv om dette ikke er et krav etter loven. Tiltakshaver har videre fått mulighet til å uttale seg i saken. Lovtolkingsspørsmålet har blitt nøye vurdert og sjekket opp med Kommunal- og moderniseringsdepartementet som øverste planmyndighet. Det er innhentet flere juridiske vurderinger, samtidig som saken har vært forelagt kommunens øverste politiske organ, kommunestyret. Kommunen har videre gjort en konkret vurdering av fristbestemmelsen i plan- og bygningsloven opp mot hvilke tiltak som faktisk var igangsatt på det tidspunkt stoppordren ble gitt. Kommunen har som en del av dette også sett på hvilken relevans det skulle få at det var igangsatt protestaksjoner.

Tidsfristen som fremgår av pb. § 21-9 innebærer at dispensasjonstillatelsen automatisk faller bort når fristen overskrides. Loven åpner ikke for at kommunen kan utvise skjønn eller velge å utvide fristen. Vedtaket om å pålegge stans i arbeidene er slik saklig og juridisk fundamentert og er ikke basert på utenforliggende hensyn, jf. også brev fra SANDS av 23. april 2019.

5 UTSATT IVERKSETTELSE AV PÅLEGG OM STANS

TrønderEnergi har begjært utsatt iverksettelse av kommunens vedtak om pålegg av stans frem til klagesaken er endelig avgjort. Dette er i hovedtrekk begrunnet med at stans av anleggsarbeidet vil medføre forsinkelser og derav kostnader.

Av forvaltningsloven (fvl.) § 42 første setning følger det at underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ «kan» velge å beslutte at et vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen avgjort.

Bakgrunn for stoppordren var som nevnt at arbeidene med vindkraftutbyggingen manglet nødvendig tillatelse, da dispensasjonen ble ansett bortfalt, samt at TrønderEnergi fremholdt at de ville starte anleggsarbeidet til tross for dette. Det vises i denne forbindelse til Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, 3. utgave, side 643 hvor det uttales:

«(...) Mangler arbeidene nødvendig tillatelse, kan det ikke være tvilsomt at det kan gis stoppordre uten annen begrunnelse enn at igangsettingstillatelse ikke er gitt. Det må være tilstrekkelig at bygningsmyndighetene finner det nødvendig å se nærmere på hva neste skritt vil bli.»

Det følger videre av Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, 3. utgave, side 644 at det vil være lite rom for å gi utsatt iverksettelse av vedtak om pålegg om stans etter pbl. § 32-4. Dette er også lagt til grunn i Hålogaland lagmannsretts dom av 24. juni 2016 (LH-2016-011426).

Kommunen var på tidspunktet for vedtaket klar over at pålegg om stans kunne få økonomiske konsekvenser for TrønderEnergi. All den tid TrønderEnergi selv bærer risikoen for å igangsette arbeid innen treårsfristen, ble dette likevel ikke funnet avgjørende. I denne sammenheng skal det særskilt bemerkes at en eventuell byggestart som følge av utsatt iverksettelse av pålegget om stans vil medføre irreversible miljøinngrep på Frøya mens klagen behandles.

Etter en totalvurdering, der både hensynet til tiltakshaver og natur- og friluftsførholdene er vurdert, finner Frøya kommune ikke grunnlag for å gi vedtak av 15. april 2019 utsatt iverksettelse etter fvl. § 42.

For sammenhengens del kan det opplyses om at TrønderEnergi også har fremmet begjæring om midlertidig forføyning (av 16. april 2019) til Fosen tingrett med krav om utsatt iverksettelse. Her ble det anmodet om at midlertidig forføyning skulle bli besluttet umiddelbart og forut for rettsmøtet fordi det angivelig var «fare ved opphold» jf. tvl. 32.7 annet ledd som følge av påleggets økonomiske konsekvenser for TrønderEnergi. Tingretten tok imidlertid ikke dette til følge, og innkalte til muntlig forhandling på ordinært vis.

RÅDMANNENS INNSTILLING

- Hovedutvalg for forvaltning står ved vedtak om stans av arbeid i tilknytning til Frøya vindkraftverk av 15. april 2019 i saksnummer 19/1065
- Klagen tas ikke til følge

Saknr: 63/19

- Det finnes ikke grunnlag for å gi utsatt iverksettelse av vedtak datert 15.04.2019
- Saken oversendes Fylkesmannen i Trøndelag for endelig klagebehandling

SAKSFRAMLEGG

Saksbehandler: Kitt Julie Hansen
Arkivsaksnr.: 19/1065

Arkiv: S82

Saken skal behandles i følgende utvalg:

Hovedutvalg for forvaltning

FRØYA VINDKRAFTVERK - PÅLEGG OM STANS MED ØYEBLIKKELIG VIRKNING - KLAGE

Forslag til vedtak:

- Hovedutvalg for forvaltning står ved vedtak om stans av arbeid i tilknytning til Frøya vindkraftverk av 15. april 2019 i saksnummer 19/1065
- Klagen tas ikke til følge
- Det finnes ikke grunnlag for å gi utsatt iverksettelse av vedtak datert 15.04.2019
- Saken oversendes Fylkesmannen i Trøndelag for endelig klagebehandling

Vedlegg:

Klage på pålegg om stans med umiddelbar virkning – Utsatt iverksettelse
Kommetar til klage på pålegg om stans i anleggsarbeider og spørsmål om utsatt iverksettelse – Steenstrup Stordrange
Notat Steenstrup Stordrange – Tre-års regelen, Sarepta-avtale og saksframlegg -
Leserinnlegg froya.no

I tillegg ligger vedlegg knyttet til «Klage på pålegg om stans med umiddelbar virkning» i
Goodreader – mappe KST – vedlegg klage

Saksopplysninger:

1 BAKGRUNN FOR SAKEN

Sarepta søkte om dispensasjon fra arealformålet (LNFR2) i kommuneplanens arealdel (2011) den 18. august 2015 for utbygging av Frøya vindpark.

10. mars 2016, under sak nr. 49/16, innvilget Hovedutvalg for forvaltning søknaden om dispensasjon. Underrettelse om vedtaket ble gitt 7. april 2016.

I brev av 5. april 2019 tilskrev Frøya kommune TrønderEnergi Vind AS (heretter «TrønderEnergi») og orienterte dem om at dispensasjonstillatelsen ville falle bort 7. april 2019, dersom tiltaket ikke var satt i gang innen denne dato. Det ble samtidig varslet om at overtredelser ville bli ulovlighetsoppfulgt.

Da anleggsarbeidene ikke var satt i gang den 11. april 2019, fattet kommunestyret i sak 53/19 vedtak om at dispensasjonstillatelsen var bortfalt. Det ble samtidig inntatt at kommunen ville vurdere å gi pålegg om stans overfor eventuelle bygge- og anleggsarbeider på stedet.

Ved brev av 12. april 2019 tilkjennega TrønderEnergi at byggearbeidene ville fortsette. Som begrunnelse for dette ble det vist til at treårsfristen etter plan- og bygningsloven § 21-9 ikke gjelder for vindkraftutbygging.

15. april 2019, under sak nr. 19/1065, fattet Frøya kommune vedtak om pålegg om stans med øyeblikkelig virkning av arbeid i tilknytning til Frøya Vindkraftverk. Vedtaket hadde følgende ordlyd:

«Frøya kommune gir TrønderEnergi Vind AS pålegg om øyeblikkelig stans av arbeid i tilknytning til Frøya vindkraftverk, jf. plan- og bygningsloven § 32-4. Pålegget begrunnes med at vedtak om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel er bortfalt etter lovens § 21-9.»

2 KLAGE PÅ VEDTAK OM STANS

Ved brev av 16. april 2019 har TrønderEnergi påklaget vedtaket om stans. Det er samtidig bedt om utsatt iverksettelse av vedtaket. Som begrunnelse for klagen er det i det vesentlige gjort gjeldende følgende:

1. vedtaket er ugyldig da det er basert på feil lovanvendelse. Herunder er det vist til at fristbestemmelsen i pbl. § 21-9 ikke gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven. Om fristbestemmelsen likevel skulle gjelde, er det anført at denne er avbrutt som følge av at tiltaket er satt i gang.
2. vedtaket er ugyldig da begrunnelsen er basert på utenforliggende hensyn. Herunder er det vist til at vedtaket ene og alene er fundamentert på et politisk ønske om å stoppe vindkraftutbyggingen.

Advokatfirmaet SANDS har på vegne av Folkeaksjonen mot vindkraft på Frøya og flere grunneiere/naboer til vindkraftanlegget kommet med kommentar til klagen ved brev av 23. april 2019, også med henvisning til sitt notat av 5. mars 2019. Her blir kommunen oppfordret til å ikke gi vedtaket utsatt iverksettelse. Det er videre fremholdt at kommunen har opptrådt forsvarlig og ikke tatt utenforliggende hensyn ved vurdering av treårsfristen etter plan- og bygningsloven.

3 KORT OM DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR PÅLEGG OM STANS

Av pbl. § 32-1 fremgår det at kommunen «skal» forfølge overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven. Det er kun overtredelser av mindre betydning kommunen «kan» avstå fra å forfølge. Kommunens hjemmel til å gi pålegg om stans og opphør med øyeblikkelig virkning følger av pbl. § 32-4. Av bestemmelsen følger det:

«Om nødvendig kan plan- og bygningsmyndighetene gi den ansvarlige pålegg om stans av arbeid eller opphør av bruk med øyeblikkelig virkning. Slik pålegg kan gis uten forhåndsvarsel. Om nødvendig kan plan- og bygningsmyndighetene kreve bistand av politiet for gjennomføring av pålegg om stans.»

Det beror på myndighetenes skjønn om slik stoppordre skal gis, jf. formuleringen «om nødvendig» i første punktum. Forarbeidene fremhever at bruk av øyeblikkelig stans særlig er aktuelt i tilfeller der det ulovlige forhold medfører fare eller uopprettelig skade. Eksempler på bestemmelsens bruksområde er

tilfeller der det bygges uten tillatelse eller i åpenbar strid med tillatelse. De arbeider det vil kunne være aktuelt å kreve stanset etter § 32-4, er eksempelvis utgraving og oppfylling i landbruks-, natur- og friluftsområder som i denne saken.

4 VURDERING AV KLAGEN

4.1 Bortfall av tillatelse etter 3 år – fristbestemmelsen gjelder for vindkraftanlegget

Av pbl. § 21-9 (1) fremgår det at hvis et tiltak ikke er «*satt i gang senest 3 år etter at tillatelse er gitt, faller tillatelsen bort*». Tilsvarende gjelder for dispensasjon. Videre er det presisert at fristen ikke kan forlenges.

Bakgrunnen for at kommunen fattet pålegg om stans i byggearbeidene den 15. april, var at dispensasjonstillatelsen ble vurdert som bortfalt etter pbl. § 21-9 den 7. april 2019. TrønderEnergi bestrider dette, og anfører at pbl. § 21-9 ikke gjelder for vindkraftanlegget på Frøya.

I brev av 29. mars 2019 har Kommunal- og moderniseringsdepartementet (heretter «KMD») på generelt grunnlag konkludert med at pbl. § 21-9 gjelder for dispensasjonsvedtak som fattes i forbindelse med etablering av nye kraftproduksjonsanlegg, og at det følgelig løper en treårsfrist før dispensasjonstillatelsen bortfaller. Kommunen har ved behandlingen av pålegget om stans lagt til grunn den lovtolkning som fremkommer av KMDs brev. Det skal likevel knyttes noen tilleggsmerknader til de anførsler som fremkommer av klagen.

Det er på det rene at kraftproduksjonsanlegg som vindkraftverk omfattes av plan- og bygningsloven, til forskjell fra eksempelvis anlegg for overføring av elektrisk energi jf. pbl. § 1-3 (2).

Det er videre uomtvistet at vindkraftverk med anleggskonsesjon er unntatt de fleste reglene om *byggesaksbehandling* etter plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 20-6 jf. byggesaksforskriften (SAK) § 4-3 (1) c). Også slike tiltak må imidlertid forholde seg til gjeldende *planregler*. Dette følger for det første av at de foran nevnte bestemmelser kun hjemler unntak fra byggesaksbestemmelser, og ikke plan- og bygningsloven for øvrig. Videre er det presisert i (SAK) § 4-3 (1) at tiltaket må være «*i samsvar med reglene i plan- og bygningsloven § 1-6 andre ledd*» for at unntaket skal gjøre seg gjeldende. Av pbl. § 1-6 annet ledd fremgår at tiltak omfattet av loven blant annet må være i samsvar med gjeldende arealplaner. Det kan ikke være tvilsomt at dette også gjelder vindkraftverk med anleggskonsesjon etter energiloven jf. Ot.prp nr 32 (2007-2008) s. 174:

«Dette omfatter også tiltak etter bokstav c, som innebærer unntak fra søknadsplikt når de behandles etter annen lov. Dersom slike tiltak ikke er i samsvar med planer og bestemmelser som nevnt, vil unntakene ikke gjelde.»

Kommunen har vanskelig for å se at saksbehandlingsreglene etter energiloven skal innebære en annen løsning, slik dette er anført av TrønderEnergi. Det er riktignok slik at det ikke er krav til utarbeidelse av *ny reguleringsplan* for et vindkraftverk med anleggskonsesjon, jf. også pbl. § 12-1 (3). Dette endrer imidlertid ikke det faktum at også et slikt tiltak må forholde seg til, og være i samsvar med, *allerede gjeldende planer*. Dette fremgår også av kommentarene til SAK 4-3 i veilederen til byggesaksforskriften, samt Ot.prp nr 32 (2007-2008) i kap. 3.6.2 s. 41:

«Der det allerede foreligger arealdel til kommuneplan eller reguleringsplaner som er til hinder for gjennomføringen av tiltaket, kan kommunen velge å sørge for nødvendig planendring, eller alternativt gi dispensasjon etter § 19-2 tredje ledd.

...

...tiltaket kan ikke gjennomføres før det er gjennomført planendring, gitt dispensasjon eller OED har bestemt at konsesjon får virkning som statlig arealplan.»

Det er i denne sammenheng av interesse at TrønderEnergis forgjenger, Sarepta, søkte dispensasjon fra kommuneplanens arealdel i brev av 18. august 2015. I søknaden ble det uttrykkelig lagt til grunn at det aktuelle tiltaket måtte være i samsvar med kommuneplanens arealdel og at dispensasjon dermed var nødvendig etter pbl. § 19-2. Denne søknaden var ikke vedlagt klagen fra TrønderEnergi. Som nevnt ble dispensasjon gitt og meddelt Sarepta 7. april 2016.

Konsekvensen av ovennevnte er at TrønderEnergi må forholde seg til fristreglene i pbl. § 21-9. At bestemmelsen er plassert i byggesaksdelen av pbl. endrer ikke dette. Det fremgår uttrykkelig av § 21-9 at den også gjelder for dispensasjoner fra arealplan gitt etter pbl. § 19-2. Noteverket (i Lovdata) i de respektive bestemmelsene krysshensviser også til hverandre.

For sammenhengens skyld bemerkes at kommunen skal foreta en ordinær vurdering av en dispensasjonssøknad, uavhengig av tiltakets (konsesjons)behandling for øvrig, jf. KMDs tolkingsuttalelse datert 29. mars 2019. Det er således ikke riktig, som anført av TrønderEnergi, at det foreligger en ubetinget plikt for kommunen til å gi dispensasjon til tiltak som allerede har anleggskonsesjon. Heller ikke forarbeidene til plan- og bygningsloven eller energiloven gir støtte for et slikt syn. Vilkårene for å gi dispensasjon etter pbl. § 19-2 (2) vil riktignok som regel være oppfylt, men hvorvidt dispensasjon skal gis beror fortsatt på et «kan»-skjønn jf. pbl. § 19-2 (1). Det skal også presiseres at Frøya kommune *ga* dispensasjon til det aktuelle tiltaket, men at denne nå har bortfalt grunnet for sen igangsettelse jf. nedenfor om dette. TrønderEnergi har per i dag ikke søkt ny dispensasjon.

4.2 Treårsfristen er ikke avbrutt – tiltaket er ikke satt i gang

Et dispensasjonsløyve er gyldig i tre år, jf. pbl. § 21-9. Formålet bak regelen er at man skal sikre at godkjente byggarbeider kommer i gang innen rimelig tid etter at byggetillatelsen ble gitt. Det er flere hensyn som taler for en slik regel, et av disse er at naboer og andre med tidens løp kan få reelle innsigelser som ikke forelå på innvilgelsestidspunktet.

Hvordan vilkåret «satt i gang» skal forstås er grundig behandlet i vedtaket om pålegg om stans. Også til dette spørsmålet er det imidlertid hensiktsmessig å knytte noen tilleggsmærknader til de anførsler som fremsettes i klagen.

TrønderEnergi har anført at tiltaket må anses satt i gang ved innsendelse av søknad om MTA-plan, subsidiært ved mobilisering av anleggsmaskiner, og atter subsidiært ved at arbeidene ville ha blitt satt i gang dersom de ikke hadde blitt hindret av demonstrasjoner.

Rådmannen fastholder at igangsettelse må forstås som iverksettelse av fysiske tiltak, og at fristavbrytelse ikke kan skje ved (søknad om) tillatelse. Dette fremgår eksempelvis av KMDs tolkingsuttalelse TUDEP-2017-4867-2, Innjord, «Plan- og bygningsloven med kommentarer», 2008 s. 651 og 652 og Pedersen m.fl., «Plan- og bygningsrett», 3. utg. s 82 med videre henvisninger. Videre er et vindkraftverk med anleggskonsesjon unntatt søknadsplikt etter plan- og bygningsloven jf. punkt 4.1 ovenfor. Det følger av Ot prp nr 112 (2001-2002) s. 140 at fristavbrytelse da under enhver omstendighet skjer ved fysisk igangsetting, jf. også KMDs tolkingsuttalelse av 29. mars 2019.

Det registreres at TrønderEnergi argumenter for at ovennevnte er en lite hensiktsmessig løsning, all den tid energiloven har et eget system for konsesjon/tillatelse. Pbl. § 21-9 åpner imidlertid ikke for å hensynta dette, jf. også punkt 4.1 ovenfor. Det vises for øvrig til bl.a. Ot.prp nr 32 (2007-2008) s. 41,

hvor det fremgår at dispensasjon etter plan- og bygningsloven håndteres separat fra konsesjonsprosessen i energiloven:

«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.»

Det relevante fristavbrytende tiltak for vindkraftverk med anleggskonsesjon er således fysisk igangsettelse av arbeidene. Dersom denne rettstilstanden skal endres, er dette en lovgiveroppgave. Konsekvensen av ovennevnte er at TrønderEnergis prinsipale anførsel om at søknad om MTA-plan er fristavbrytende ikke kan føre frem.

Hva gjelder anførselen om at fristavbrytelse skjedde ved mobilisering, gir både forarbeidene og entydig juridisk litteratur klart uttrykk for at forberedende tiltak, herunder planlegging, mobilisering, mindre forberedende inngrep mv. ikke innebærer igangsetting i henhold til pbl. § 21-9. Både bestemmelsens ordlyd og hensynet til forutberegnelighet støtter et slikt skjæringstidspunkt.

Kommunen kan ikke se at situasjonen stiller seg annerledes for TrønderEnergis anførsel om at fristavbrytelse skjedde ved tiltenkt oppstart primo april, når oppstart ikke lot seg gjøre grunnet demonstrasjoner. Til dette skal for det første bemerkes at *kommunen* ikke kan klandres for å ha forskjøvet igangsetting, oppstart e.l., slik tilfellet var i Sivilombudsmannens avgjørelse SOM-2011-730. Utgangspunktet må da klart nok være at tiltakshaver selv har ansvaret for å igangsette arbeidene innen fristen i pbl. § 21-9, herunder at tiltakshaveren har risikoen for forhold som kan medføre forsinkelse, dette være seg demonstrasjoner, konkurs hos underentreprenør, dårlig vær osv. For sammenhengens skyld skal det videre bemerkes at demonstrantene (Folkeaksjonen mot Vindkraft) er av den oppfatning at forholdene under demonstrasjonene var langt mindre konfliktylft og inngripende enn det TrønderEnergi gir uttrykk for, jf. leserinnlegg i Hitra-Frøya datert 25. april 2019 (vedlegges). Atter videre må det bemerkes at *selv om* TrønderEnergi hadde startet opp arbeidene som tiltenkt, demonstrasjonene tenkt borte, fremgår det av fremdriftsplanen fra Søbstad inntatt i bilag 28 til klagen at de i dagene forut for fristens utløp (uke 14) kun skulle foreta forberedende arbeider på tilkomstvei. Som fremgår av avsnittet ovenfor ville heller ikke dette medføre fristavbrytelse.

På bakgrunn av ovennevnte fastholdes at TrønderEnergi ikke har satt i gang tiltaket innen treårsfristen i pbl. § 21-9. Dispensasjonen er således bortfalt.

4.3 Vedtaket med pålegg om stans er ikke basert på utenforliggende hensyn

TrønderEnergi har gjort gjeldende at kommunens vedtak om stans i arbeidene ikke er fundamentert på en saklig og juridisk begrunnelse, men kun et politisk ønske om å stoppe vindkraftutbyggingen.

Rådmannen tilbakeviser dette som uriktig. Frøya kommune har i denne saken opptrådt ryddig og i samsvar med de føringer som ligger i plan- og bygningsloven. I den perioden TrønderEnergi hadde dispensasjon forholdt kommunen seg til dette. Pålegget om stans er et resultat av dispensasjonen bortfalt. Tiltakshaver mottok varsel før stoppordre ble gitt, selv om dette ikke er et krav etter loven. Tiltakshaver har videre fått mulighet til å uttale seg i saken. Lovtolkingsspørsmålet har blitt nøye vurdert og sjekket opp med Kommunal- og moderniseringsdepartementet som øverste planmyndighet. Det er innhentet flere juridiske vurderinger, samtidig som saken har vært forelagt kommunens øverste politiske organ, kommunestyret. Kommunen har videre gjort en konkret vurdering av fristbestemmelsen i plan- og bygningsloven opp mot hvilke tiltak som faktisk var igangsatt på det

tidspunkt stoppordren ble gitt. Kommunen har som en del av dette også sett på hvilken relevans det skulle få at det var igangsatt protestaksjoner.

Tidsfristen som fremgår av pb. § 21-9 innebærer at dispensasjonstillatelsen automatisk faller bort når fristen overskrides. Loven åpner ikke for at kommunen kan utvise skjønn eller velge å utvide fristen. Vedtaket om å pålegge stans i arbeidene er slik saklig og juridisk fundamentert og er ikke basert på utenforliggende hensyn, jf. også brev fra SANDS av 23. april 2019.

5 UTSATT IVERKSETTELSE AV PÅLEGG OM STANS

TrønderEnergi har begjært utsatt iverksettelse av kommunens vedtak om pålegg av stans frem til klagesaken er endelig avgjort. Dette er i hovedtrekk begrunnet med at stans av anleggsarbeidet vil medføre forsinkelser og derav kostnader.

Av forvaltningsloven (fvl.) § 42 første setning følger det at underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ «kan» velge å beslutte at et vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen avgjort.

Bakgrunn for stoppordren var som nevnt at arbeidene med vindkraftutbyggingen manglet nødvendig tillatelse, da dispensasjonen ble ansett bortfalt, samt at TrønderEnergi fremholdt at de ville starte anleggsarbeidet til tross for dette. Det vises i denne forbindelse til Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, 3. utgave, side 643 hvor det uttales:

«(...) Mangler arbeidene nødvendig tillatelse, kan det ikke være tvilsomt at det kan gis stoppordre uten annen begrunnelse enn at igangsettingstillatelse ikke er gitt. Det må være tilstrekkelig at bygningsmyndighetene finner det nødvendig å se nærmere på hva neste skritt vil bli.»

Det følger videre av Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, 3. utgave, side 644 at det vil være lite rom for å gi utsatt iverksettelse av vedtak om pålegg om stans etter pbl. § 32-4. Dette er også lagt til grunn i Hålogaland lagmannsretts dom av 24. juni 2016 (LH-2016-011426).

Kommunen var på tidspunktet for vedtaket klar over at pålegg om stans kunne få økonomiske konsekvenser for TrønderEnergi. All den tid TrønderEnergi selv bærer risikoen for å igangsette arbeid innen treårsfristen, ble dette likevel ikke funnet avgjørende. I denne sammenheng skal det særskilt bemerkes at en eventuell byggestart som følge av utsatt iverksettelse av pålegget om stans vil medføre irreversible miljøinngrep på Frøya mens klagen behandles.

Etter en totalvurdering, der både hensynet til tiltakshaver og natur- og friluftsforsholdene er vurdert, finner Frøya kommune ikke grunnlag for å gi vedtak av 15. april 2019 utsatt iverksettelse etter fvl. § 42.

For sammenhengens del kan det opplyses om at TrønderEnergi også har fremmet begjæring om midlertidig forføyning (av 16. april 2019) til Fosen tingrett med krav om utsatt iverksettelse. Her ble det anmodet om at midlertidig forføyning skulle bli besluttet umiddelbart og forut for rettsmøtet fordi det angivelig var «fare ved opphold» jf. tvl. 32.7 annet ledd som følge av påleggets økonomiske konsekvenser for TrønderEnergi. Tingretten tok imidlertid ikke dette til følge, og innkalte til muntlig forhandling på ordinært vis.

RÅDMANNENS INNSTILLING

- Hovedutvalg for forvaltning står ved vedtak om stans av arbeid i tilknytning til Frøya vindkraftverk av 15. april 2019 i saksnummer 19/1065
- Klagen tas ikke til følge
- Det finnes ikke grunnlag for å gi utsatt iverksettelse av vedtak datert 15.04.2019
- Saken oversendes Fylkesmannen i Trøndelag for endelig klagebehandling

Frøya kommune
Rådmannen

postmottak@froya.kommune.no
Kopi: Fylkesmannen i Trøndelag

Bergen, 23. april 2019
Vår ref.: 4389280.1-139123 MELHAL/MELHAL
Ansvarlig advokat: Mellbye, Halfdan

Kommentar til klage på pålegg om stans i anleggsarbeider og spørsmål om utsatt iverksettelse

1. Innledning

Vi viser til brev av 16. april 2019 fra advokatfirmaet Thommesen på vegne av TrønderEnergi Vind AS ("TrønderEnergi") med klage på Frøya kommunes vedtak av 15. april d.å. Kommunens vedtak pålegger TrønderEnergi å stanse anleggsarbeidene ved Frøya vindkraftverk. I klagen fra TrønderEnergi er det også anmodet om utsatt iverksettelse etter forvaltningsloven § 42.

Vi vil kommentere TrønderEnergis klage på vegne av våre klienter, Folkeaksjonen mot vindkraft på Frøya og flere grunneiere/naboer til vindkraftanlegget. Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at vi ved utarbeidelsen av denne kommentaren kun har hatt tilgang til klagen fra TrønderEnergi uten vedlegg.

Hovedtemaet i denne kommentaren er spørsmålet om utsatt iverksettelse. Våre klienter mener det ikke skal gis utsatt iverksettelse i en sak som dette, særlig fordi utsatt iverksettelse vil innebære at TrønderEnergi gis anledning til å gjennomføre et irreversibelt miljøinngrep. Tema for klagen vil blant annet være om TrønderEnergi har det nødvendige rettslige grunnlag for å gjennomføre miljøinngrepet. Utsatt iverksettelse skal åpenbart ikke benyttes i et slikt tilfelle. Miljøinngrepet kan ikke tillates gjennomført mens klagen behandles. Våre videre kommentarer til dette spørsmålet kommer i pkt 2 under.

Vi vil også knytte noen kommentarer til klagens innhold. De følger av brevets pkt 3.

2. Utsatt iverksettelse

Etter forvaltningsloven § 42 har både kommunen og Fylkesmannen kompetanse til å beslutte at «*et vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort*». Forvaltningen vil aldri være forpliktet til å gi utsatt iverksettelse, men ordningen er viktig fordi utgangspunktet er at et forvaltningsvedtak skal gjennomføres når det er truffet. Dette utgangspunktet gjelder selv om det er klaget.

Utsatt iverksettelse skal typisk benyttes i tilfeller der dette er nødvendig for at klageretten skal være reell. Har klageren fått pålegg om å gjennomføre en handling, for eksempel rive et ulovlig tilbygg, vil klageretten ha liten verdi for klager om han må rive tilbygget før klagen er ferdigbehandlet.

I denne saken er realiteten helt annerledes. Dersom det gis medhold i kravet om utsatt iverksettelse vil konsekvensen nettopp være at miljøinngrepet gjennomføres mens klagen behandles. Hvis klager ikke får medhold i kravet om utsatt iverksettelse, men mot formodning får medhold i klagen, kan anleggsvirksomheten gjennomføres når det lovlige grunnlaget for virksomheten er avklart. Det blir muligens en forsinkelse i gjennomføringen av utbyggingen, men ingen skadevirkninger ut over dette.

TrønderEnergi har på s. 15 i klagen fremlagt et estimat for kostnadene ved stans i arbeidet. Det er selvsagt umulig å vurdere om dette er et riktig estimat, alle relevante forhold tatt i betraktning. Noe tungtveiende argument for å gi utsatt iverksettelse er det imidlertid ikke. Økonomiske hensyn av denne karakter bør ikke være avgjørende for adgangen til å sette i verk et så inngripende miljøinngrep som dette mens en klage blir behandlet.

Vi vil også bemerke at TrønderEnergi selvsagt vil begrense sitt tap slik at det uansett ikke vil være snakk om et løpende tap av det omfang som anføres i klagen. Det anleggsarbeidet som ble planlagt igangsatt i begynnelsen av april er etter det vi forstår et hasteprojekt utløst av at utbygger ble oppmerksom på 3-års fristen. Vi merker oss også at TrønderEnergi har et rettslig standpunkt som innebærer at det ikke var nødvendig å sette i gang dette arbeidet. Prinsipielt mener jo TrønderEnergi at 3-års fristen ikke gjelder. Subsidiært mener de, av flere grunner, at fristen avbrytes før det fysiske arbeidet settes i gang. Vi trekker dette frem i denne sammenheng fordi det er forhold som underbygger at hensynet til det løpende tapet ikke bør medføre at det gis utsatt iverksettelse.

3. Kommentarer til klagen

3.1 Innledning

Vi vil i denne kommentaren begrense oss til å gi noen bemerkninger til de spørsmål som er reist i klagen, og vi vil løpende vurdere om det er aktuelt å komme med utdypende innspill på et senere tidspunkt.

Vi vil ikke i denne sammenheng gi noen helhetlig juridisk begrunnelse for hvorfor det etter vår oppfatning er riktig at TrønderEnergis dispensasjon fra kommuneplanens arealdel har falt bort. Vi har tidligere redegjort grundig for regelverket i et notat til Frøya kommune av 5. mars 2019. Vi vil her begrense oss til å påpeke det helt grunnleggende utgangspunktet. Plan- og bygningslovens regler gir unntak fra byggesaksreglene for bygging av et vindkraftverk. Regelverket gir ikke noe unntak fra reglene om planbehandling og kravet om nødvendig planmessig grunnlag for utbyggingstillaket.

Det vi i dette brevet vil kommentere er noen av de anførsler om kommunestyrets opptreden som fremkommer i klagen. Vi oppfatter at klagen prøver å sette kommunestyret i et langt dårligere lys enn det saksbehandlingen gir grunnlag for. Etter vår oppfatning har Frøya kommune i denne saken opptrådt i

samsvar med de føringer som ligger i plan- og bygningsloven når det gjelder kommunens oppgaver som planmyndighet.

3.2 Om kommunestyrets vedtak og grunnlaget for deres lovtolkning

Klagen fremstiller kommunestyrets vedtak av 11. april 2019 som et rettslig uforsvarlig, og det anføres også at det er tatt utenforliggende hensyn.

Vi er helt uenig i denne forståelsen av kommunens opptreden i saken.

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

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

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

I tillegg er det foretatt en konkret subsumsjon blant annet knyttet til hvilke tiltak som var iverksatt på det tidspunkt da tre-årsfristen løp ut og relevansen av protestaksjonene for spørsmålet om fristløpet er avbrutt. Også på dette punktet har det vært ulike innspill, og det ligger intet uforsvarlig eller usaklig i at kommunestyret her ikke har fulgt rådet fra den advokat kommunen selv har engasjert eller fra kommunens administrasjon. Ut fra de saksfremstillinger som forelå da kommunestyret traff sitt vedtak var det fullt forsvarlig å konkludere med at fristløpet ikke ble avbrutt før tre-årsfristen løp ut.

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

Det er her viktig å merke seg at lovgiver har gitt en generell tidsfrist som medfører at dispensasjonen automatisk faller bort når fristen løper ut. Det er ikke en regel som innebærer at kommunen kan utvise skjønn og velge å la være å trekke dispensasjonen tilbake. Frøya kommune har derfor lojalt fulgt opp sin rolle som planmyndighet etter loven ved først å ta stilling til om dispensasjonen har falt bort etter plan- og

bygningsloven § 21-9 og deretter fulgt opp saken overfor TrønderEnergi med utgangspunkt i at de ikke lenger har dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

I klagen fra TrønderEnergi hevdes det i pkt 3.5 (på s. 14) at det er tatt utenforliggende hensyn ved vurderingen av om fristen etter plan- og bygningsloven § 21-9 har løpt ut uten at tiltaket er satt i verk. Rettslig sett er dette en meningsløs påstand. Kommunestyret har foretatt en lovtolkning. Det er ikke noe rom for fritt forvaltningsskjønn ved denne lovtolkningen. Spørsmål om det er tatt utenforliggende hensyn er kun rettslig interessant ved avgjørelser der det foreligger et fritt forvaltningsskjønn. Det er med andre ord slik at lovtolkningen vil være riktig eller gal helt uavhengig av hvilke grunner det enkelte kommunestyremedlem måtte ha for å la seg overbevise om at den lovtolkning kommunestyret la til grunn for vedtaket er korrekt.

Vi merker oss også at TrønderEnergi både i klagen og i andre dokumenter oppfatter at Frøya kommune bryter avtaler og fremstår som uforutsigbare. Vi ser utgangspunktet for TrønderEnergis synspunkter her, men etter vår oppfatning har ikke kommunen gjort noe annet enn det som følger av deres ulike forvaltningsoppgaver. I den perioden TrønderEnergi har hatt dispensasjon har kommunen selvsagt fulgt opp utbyggingsplanen og inngått de avtaler om praktiske løsninger som fremstod som rasjonelle ved en slik omfattende utbygging. Når det gjelder dispensasjonssaken har kommunen på den annen side opptrådt korrekt som planmyndighet. Utgangspunktet er her at det er TrønderEnergi som har valgt å søke om en dispensasjon som innebærer at vedtaket har en 3-års frist. Utbygger kunne alternativt ha valgt å fremme en privat reguleringsplan. Denne fristen for dispensasjoner er tatt inn i loven fordi slike avvik fra gjeldende arealplaner skal tas opp til vurdering på nytt etter en viss tid dersom de ikke blir satt i gang. Når dispensasjonen har falt bort er konsekvensen at kommuneplanens arealdel for området igjen gjelder og at en eventuell avklaring av bruken av eiendommen til noe annet krever en ny politisk behandling. I den forbindelse er det selvsagt svært relevant hva som er dagens politiske oppfatning av utbyggingsprosjektet i kommunen.

4. Avslutning

På vegne av våre klienter ber vi om at Frøya kommune og Fylkesmannen unnlater å vedta utsatt iverksettelse av pålegget om stans i anleggsarbeidene ved Frøya vindkraftverk.

Vi forbeholder oss retten til å komme tilbake med nærmere innholdsmessige kommentarer til klagen.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA



Halfdan Mellbye
Partner | Advokat (H)



FRØYA NYHETER (.)

Regnskaps
Fokus AS



PowerOffice

7 kjappe: Derfor liker Regnskapsfokus AS å bruke PowerOffice Go for sine kunder



-Vi har ikke brutt loven

Aksjonsgruppa Nei til vindkraftverk på Frøya kjenner seg ikke igjen i måten de blir fremstilt etter aksjonen i Nessadalen. -Vi er ikke lovbrøyttere, sier Lene Dahlø Skarsvåg.

Lena Jørgensen

lena.jorgensen@www.froya.no (mailto:lena.jorgensen@www.froya.no)

+47 976 98 465 (tel:+47 976 98 465)

Del artikkel:

Tweet

Liker 429

Del

AKSJONSGRUPPA «NEI TIL VINDKRAFTVERK PÅ FRØYA» - I MOTVIND OG MEDVIND.

KJÆRE STÅLE GJERSVOLD, BENGT EIDEM, KJETIL UTNE, CHUL CHRISTIAN AAMOT MED FLERE.

Det verserer forskjellige rykter om oss i aksjonsgruppa «nei til vindkraftverk på Frøya». Vi har blitt framstilt i media og av ansatte i Trønderenergi som lovbrytere og rasister. Det kjenner vi oss ikke igjen i. Dette er ikke oss.

Aksjonsgruppa ble satt sammen rundt årsskiftet 2018/2019. Vi er åtte kvinner og menn fra forskjellige steder på Frøya. Alle brenner vi for vindkraftsaken, i den forstand at vi ikke ønsker vindkraftverk. Noen av oss har jobbet med dette siden 2005, andre har blitt engasjert i senere tid.

Vi har ulike årsaker til at vi er så opptatt av denne saken, og årsakene har blitt flere og flere etterhvert som det har kommet fram ny informasjon om landbasert vindindustri.

Den første oppgaven vi hadde var å skape blest om vindkraftsaken, og å jobbe mot å få gjennomført en ny folkeavstemning om vindkraft på Frøya. Vi arrangerte en fredelig demonstrasjon på Hallaren, med appeller, vardebrenning og gode samtaler over kaffekoppen. Det kom rundt 300 stykker, og vi fikk godt med mediedekning, noe vi var veldig godt fornøyd med.

Den 31.01.2019 vedtok kommunestyret, med kun en stemme imot, at en ny folkeavstemning skulle avholdes.


Da ble hovedoppgaven for vår del å få ut informasjon om vindkraftsaken, og å jobbe for å få folk til å bruke stemmeretten sin. Mange timer ble lagt ned i å forme informasjonsbrosjyrer som ble utdelt i alle postkasser, lage digitale plakater, arrangere informasjonsmøte og dele saklig informasjon via sosiale media. 27.mars arrangerte vi vardebrenning for å sette fokus på saken. Da ble det tent varder flere steder rundt om i landet. Dette er en sak som opptar mange.

Vi tar sterk avstand fra alle ufine og rasistiske ytringer som har versert i sosiale media. I den siste tida er det spesielt en plakat, «Trønderterror og ny okkupasjon», som har vekket negativ oppmerksomhet.

Vi vil presisere at denne plakaten ALDRI har vært brukt av oss i «nei til vindkraftverk på Frøya». Den har ikke vært delt på noen av våre facebooksider, og vi kjenner ikke til opphavet til denne plakaten utover det vi har lest i media.

Vi ble først gjort kjent med at denne plakaten eksisterer ved Kjetil Utne sine grunnløse anklager mot oss i sitt leserinnlegg i Adresseavisa og Chul Christian Aamodt sine humoristiske betraktninger av Nordmarka i Oslo (den hellige ku) versus vår (ubetydelige) urørte natur på Frøya, på enewe.no.

I tillegg så har kommentarer av Ståle Gjersvold på Facebook om at vindkraftmotstanderene på Frøya bruker denne i sin kamp mot vindkraftverk opplyst oss om våre ugjerninger.

 Forventer oss mer av konsernsjefer, politikere og administrerende direktører! Man skulle forvente at vi er litt kildeskritiske og at de sjekker bakgrunnsinformasjon før de slår seg løs i media med beskyldninger vi i motstandsgruppa tar på det største alvor. Vi tør påstå at denne plakaten har fått oppmerksomhet og «liv» ved hjelp av tilhengere av vindkraftverk og ikke gjennom oss.

Dagen før folkeavstemninga bestemte Trønderenergi seg for å begynne byggearbeidet i Nessadalen. Dette til tross for Frøya kommunes anmodning om å vente til etter folkeavstemningen var avholdt. Da ble vårt fokus brått rettet fra valg til anleggsområdet.

Det var observert hekkende havørn på reir med tre egg ca. 250 meter fra oppstartsområdet. Med grunnlag i naturmangfoldloven ville vi stoppe byggearbeidet for å verne den fredete havørna.

Her starter «aksjonen» i Nessadalen.

Vi er ikke garvede aksjonister. Vi har vel aldri deltatt i noen aksjon før. Vi hadde likevel et ønske om at utbygger ikke skulle komme tilstrekkelig langt i utbygginga fram til 07.04 som var dagen dispensasjonen for området gikk ut.

Etter den dagen ville området gå tilbake til å bli et LNF-område (landbruk, natur og friluftsliv), og Trønderenergi og Stadtwerke München har ikke lenger lov til å anlegge industri der.

Tanken var å benytte området etter friluftslvsloven, og rett og slett være på tur. Når (vi tenkte ikke hvis!) Trønderenergi kom til stedet med skilt og gjerder som tilsa at det var ulovlig for oss å oppholde oss der, skulle vi fortsette vår turvirksomhet utenfor området.

Da skulle vi dokumentere framskritt og håpe at det ikke ble gjort tilstrekkelig arbeid, slik at vi kunne få stoppet utbygginga ved hjelp av plan- og bygningslovens paragraf 21-9 : «Bortfall av tillatelse».

Vi har ikke på noe tidspunkt oppfordret til ulovlige handlinger i forbindelse med vårt opphold i Nessadalen.

At Trønderenergi ikke kom med oppmerking og skilting for å opplyse at det var et anleggsområde finner vi ganske merkelig. Etter å ha forhørt oss med erfarne entreprenører er vi blitt fortalt at det er vanlig framgangsmåte. Det er likeledes vanlig å senke fartsgrensen i forbindelse med anleggsarbeid nær trafikkert vei.

Fartsgrensen ble riktignok satt ned i området, etter pålegg fra politiet, for å unngå farlige situasjoner med så mange mennesker og biler som etterhvert samlet seg i Nessadalen.

Dagen før hadde et trettitalls biler fått bot for ulovlig parkering langs veikanten i 80-sone. De fleste hadde nok ikke tenkt over at det var ulovlig å parkere der, men ingen hadde problemer med å forstå det, og godtok bota. Etter at fartsgrensen ble satt ned til 50km/t ble det også lov til å parkere.

Dagene gikk og mange hundre var innom Nessadalen for en kopp kaffe, en god prat og sosialt samvær. Alle med et stort hjerte for Frøya, og med stor bekymring for framtida om det blir vindindustri her.

Vi fikk stor støtte fra næringslivet både på Frøya og Hitra. Butikker fra begge øyene kom med frukt, ferske bakevarer, sjokolade, brus og kaker. Vi fikk middag levert i store kasseroller. Mange privatpersoner kom også innom med vafler, kaker og kveldsmat. Det var et stort og rørende engasjement!

Fredag 5.april kom det to lastebiler fra Trondheim med halvfulle lass med grus til anleggsområdet. Disse ble eskortert av noen politibetjenter. De skulle angivelig ha av disse gruslassene i veikanten på området, men der sto det biler og traktorer lovlig parkert.

Eierne av disse kjøretøyene var på tur i marka og hørte ikke at politiet anmodet de om å flytte bilene.

Lastebilene kjørte etter en stund inn til Trondheim igjen, etter å ha hatt av grusen til en kjenning på Hitra. Vi går ut i fra at denne mottakeren av grusen er oss i aksjonsgruppa veldig takknemlig.

Vi stiller oss spørsmål om hva som var hensikten til Trønderenergi med disse to halvfulle gruslassene? Ingen entreprenør vi har snakket med kan forstå hvorfor Trønderenergi tenker å begynne sitt anleggsarbeid med grus?

Ingen ulovligheter ble begått, og vi vil ha oss frabedt at talspersoner fra Trønderenergi til stadighet hevder at det har vært ulovlige aksjoner! Det er vel sånn at man er uskyldig til det motsatte er bevist, her mangler det også dokumentert begrunnelse fra Ståle Gjersvold og Bengt Eidem.

Det var aldri dårlig stemning, selv om det også kom noen nedturer underveis. Samholdet og det gode vennskapet som oppsto overskygget alt.

Her var alt fra barn til godt voksne representert. Studenter, strikkende bestemødre, arbeidsfolk fra mange av Frøyas bedrifter, helsearbeidere, lærere, politikere, bønder, entreprenører, laksemilliardærer og pensjonister var alle en likeverdige del av dette gode fellesskapet som oppsto i Nessadalen i disse dagene. Ingen ble dårlig mottatt. Alle fikk en kaffekopp og en god prat.

Vi undrer oss på hva Kjetil Utne hentyder til i sitt leserinnlegg når han sier: «i saken på Frøya dreier det seg blant annet om noen hundre ansatte i Trønderenergi og deres familier. Fortjener de at vi behandler dem på denne måten?»

Hvordan har disse ansatte blitt behandlet og av hvem? Frøya er ikke så stor. De fleste av oss kjenner vel noen som arbeider i Trønderenergi. De er våre naboer, våre venner, vår familie. Vi har ikke noe imot, eller noen form for agenda gående mot ansatte i Trønderenergi. Ei heller mot noen av de entreprenørene som har fått oppdrag i forbindelse med vindkraftutbygginga.

Det var en sak som vi ble gjort oppmerksom på gjennom Facebook, den ble det umiddelbart tatt tak i.

Det blir lagt stor vekt på å holde en god tone og ha saklige og fine uttalelser til media og til folk rundt oss. Selvfølgelig blir det av og til sterke følelser når engasjementet er så stort, og saken betyr så mye. Det må vi regne med. Det har også vi fått kjent på. Det har ikke bare vært klapp på skuldra underveis. Det har til tider vært tøft for enkelte av oss som har fått mange ufine og nærmest truende tilnærmelser. Vi har valgt å ikke fokusere så mye på det. Dette er enkeltpersoner og de gjør ikke noe godt for saken på noen av sidene.

Vår sak dreier seg kun om utbygging av vindkraftverk.

Det er store, meningsløse irreversible inngrep i naturen. Det skader fugleliv og fauna. Det skaper utrygghet blant store deler av Frøyas befolkning fordi vi ikke vet hvordan dette vil påvirke oss i forhold til støy, skyggekast, solblink, iskast.

Det er litervis av hydraulikkolje som skal fraktes inn i området. Drikkevannet vårt ligger ikke langt unna. Er vi helt trygge på hva det vil gjøre med drikkevannet vårt om det skulle oppstå ulykker med turbinene? Kan vi fastslå det med 100% sikkerhet? En lekkasje av hydraulikkolje vil isåfall være katastrofalt for næringslivet, og således for samfunnet på Frøya.

Som sagt: øya er ikke stor, bokstavelig talt. Lyden av turbinene vil høres over store deler av kommunen. Det blir slutt på stille sommerkvelder med fiskestanga i hånda, der kun naturens egne lyder kan høres. Skal du på topptur på Frøya må du slite deg opp hele 76 høydemeter. Vindturbinene blir 180 meter. Ikke over havet, men fra knauser og berg. Turbinene vil være synlige over store deler av kommunen. Man vil ikke få kjenne på følelsen av å være i urørt natur og nyte stillheten noe sted på Frøya om det blir vindindustri her.

Dette er et enormt stort inngrep. Det er ingen angrefrist når de først har begynt. Det er for sent å si at dette var feil når turbinene står der.

Det har i de senere årene kommet stadig ny forskning på vindkraft. Det er kommet nye opplysninger. Flere og flere får øynene opp for at dette er ikke måten vi skal redde verden på. Økosystemet vårt er sårbart. Vindkraftverk på land er katastrofalt. Vi trenger urørt natur der fugler, dyr, insekter og fauna får være i fred. Det er den nye mangelvaren.

Stadig flere forstår at dette ikke er den miljøvennlige veien til fornybar energi.

Nå er det kun kapitalen som vinner på vindkraftutbygging, takket være de «grønne» sertifikatene.

Det må konsekvensutredes og forskes på vindkraft til havs. Der er det mulig at framtida til fornybar energi ligger. Vi må oppgradere eksisterende vannkraftverk, de vil da produsere opp mot 30% mer energi enn de gjør i dag. Vi må produsere fornybar energi. Vi hjelper så gjerne Europa med det. Vi kan bare ikke gjøre det på den måten dere nå er i ferd med å gjøre, Trønderenergi og Stadtwerke München.

Derfor henvender vi oss til dere Ståle Gjersvold og Bengt Eidem, som talsmenn for utbyggerne. Vi kan ikke ofre livsviktig natur, og sette folkehelsa på spill. Vi må ta grep før det er for sent.

Derfor samles vi i Nessadalen. Ikke for å gjøre livet vanskelig for Trønderenergi. Vi har forståelse for at dette ikke er en lett situasjon for dem heller. Men for oss kan ikke denne utbygginga forsvares med penger.

Det er alt for viktig. Vi håper å tror på ei vindkraftfri øy. Det er den eneste løsningen for framtida.

NOTAT

Til: Frøya kommune/KMD

Bergen, 5. mars 2019

Fra: Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

Vår ref.: 4337084.1-147107 ALSLAR/ALSLAR
Ansvarlig advokat: Alsaker, Lars Selmar

Tre-årsregelen i pbl. § 21-9 – anvendt for dispensasjoner til tiltak etter SAK 4-3.

1. Bakgrunn for notatet

Vårt firma representerer flere grunneiere/naboer og Folkeaksjonen mot vindkraft på Frøya.

Frøya kommune har besluttet å be KMDs planavdeling om en avklarende uttalelse om hvorvidt bestemmelsen i plan- og bygningslovens § 21-9 kommer til anvendelse for dispensasjoner som gjelder tiltak som omfattes av plan- og byggesaksforskriftens § 4-3. Det har vært uenighet mellom Frøya kommunes advokat, og vårt advokatfirma, om hvorvidt tre-årsfristen i pbl. § 21-9 gjelder for slike dispensasjoner.

I lys av de ulike oppfatninger om hva som er gjeldende rett, har kommunen besluttet å sende en forespørsel til KMD for å be om en avklaring, slik at departementets uttalelse kan legges til grunn for kommunens videre sakshåndtering. Spørsmålet antas også å ha prinsipiell interesse.

Dette notatet har til hensikt å presentere det syn som fremmes på vegne av vårt firmas klienter. Kommunens advokat har utarbeidet et tilsvarende notat. Begge syn vil derfor være redegjort for i ekspedisjonen til departementet.

2. Utløper dispensasjon til et vindkraftverk etter tre åre etter pbl. § 21-9?

Advokatfirmaet Bjerkan Stav har i sitt notat lagt til grunn at dispensasjon til etablering av vindkraftverk i LNF-område ikke utløper etter tre år i samsvar med plan- og bygningslovens § 21-9. Begrunnelsen er at byggesaksforskriftens § 4-3 gjør unntak, blant annet fra pbl. kap 21, for tiltak som er gitt tillatelse etter visse sektorregelverk, herunder energiloven. I og med at regelen om bortfall av dispensasjon etter tre år står i kapittel 21, så kommer denne ikke til anvendelse for tiltak omtalt i byggesaksforskriftens § 4-3.

Vårt advokatfirma mener en slik tolkning ikke gir et korrekt uttrykk for gjeldende rett.

2.1 Forskrift må tolkes i lys av hjemmelsbestemmelsen

Unntaksbestemmelsen i SAK § 4-3 må tolkes i lys av hjemmelsbestemmelsen i pbl. § 20-6. Ingen forskrift kan gå lenger enn hva hjemmelsbestemmelsen gir rammer for. Dersom man i forskrift skal kunne fastsette en bestemmelse som strider mot regel som fremkommer i lov (derogasjon) så fordrer dette både en derogasjonshjemmel, og at hjemmelen faktisk er benyttet.

Hjemmelsbestemmelsen i § 20-6 lyder som følger:

«§ 20-6 Unntak fra søknadsplikt for visse tiltak som behandles etter andre lover
Tiltak som nevnt i § 20-1, er ikke søknadspliktig dersom tiltaket blir tilfredsstillende behandlet etter andre lover. Departementet skal gi forskrift om hvilke tiltak etter første punktum som er unntatt fra søknadsplikt og hvor langt bestemmelser i loven her gjelder.»

I hjemmelsbestemmelsen i pbl. § 20-6 heter det at tiltak nevnt i pbl. § 20-1, som er tilfredsstillende behandlet etter andre lover, er unntatt søknadsplikten etter pbl. § 20-1, og at departementet i forskrift kan fastsette hvilke tiltak som er unntatt søknadsplikt og hvor langt bestemmelser i loven rekker.

Både ordlyd og overskrift i pbl. § 20-6 tilsier at bestemmelsen gir hjemmel til å fastsette forskrift om hvilke tiltak som er unntatt søknadsplikt fra byggesaksbehandling, og hvilke bestemmelser i loven som kan unntas for å sikre fritaket fra byggesaksbehandlingen.

Pbl. § 20-6 gir således ikke hjemmel for å fastsette at det kan gis forskrift som sier at tiltak som ellers ville trengt dispensasjon/planendring ikke skal behøve dispensasjon/planendring. Rammen for hjemmelen i pbl. § 20-6 gjelder fritak fra byggesaksbehandling – ikke fritak fra lovens bestemmelser om at tiltak må ha et avklart forhold til gjeldende arealplan. Bestemmelsen gjelder unntak fra byggesaksbehandling – ikke planbehandling/dispensasjon. SAK § 4-3, lest i lys av hjemmelsbestemmelsen, gir således ingen unntak fra regelen om at en dispensasjon bortfaller etter 3 år.

At SAK § 4-3 kun er ment å regulere unntak fra byggesaksbehandling fremgår også av overskriften i kapittel 4 i byggesaksforskriften. Denne lyder: «*Kapittel 4. Tiltak som er unntatt fra byggesaksbehandling*».

Regelen om bortfall av en dispensasjon etter 3 år, er et helt annet saksforhold enn unntak fra plikten til å sende byggesøknad etter plan- og bygningslov. Dispensasjonen i denne saken ble gitt etter plan- og bygningsloven § 19-2 etter en saksbehandling som ble avsluttet da dispensasjonen ble innvilget. Plan og bygningsloven § 20-6 jf. SAK § 4-3 har den konsekvens at man ikke trenger byggetillatelse i tillegg til dispensasjonen. Reglene i SAK § 4-3 har imidlertid ingen betydning i relasjon til behovet for dispensasjonen, eller gyldighetstiden for dispensasjonen.

Det heter også i pbl. § 21-9 at «*Fristene kan ikke forlenges*». Skal en legge til grunn det synet som advokatfirma Bjerkan Stav anfører, så vil en dispensasjon for et energianlegg kunne være gyldig i inntil 30 år, selv om anlegget ikke påbegynnes. En slik regeltolkning er direkte i strid med ordlyden i § 21-9 om at treårsfristen ikke kan forlenges. Klar ordlyd i lov må gis rettskildemessig forrang foran bestemmelse i forskrift.

Dersom en forskrift skal fastsette en rettstilstand som avviker fra lov, så må det som nevnt ovenfor foreligge en klar hjemmel for å fravike loven i forskrift, og derogasjonshjemmelen må i tillegg være benyttet. Som vi har sett gir pbl. § 20-6 ingen hjemmel til å fastsette avvikende forskrifter om dispensasjoner/forhold til plangrunnlaget. Og for det tilfelle man aksepterte at pbl. § 20-6 var en derogasjonsbestemmelse som inkluderte hjemmel for å fastsette avvirkende forskriftsbestemmelser også for dispensasjoner, så ville det uansett være klart at hjemmelen ikke var benyttet. Både kapitteloverskrift i SAK kap. 4 og ordlyd i SAK § 4-3 tilkjenner gir at reglene kun gir unntak fra lovens krav til byggesaksbehandling – ikke forholdet til plangrunnlaget/dispensasjoner.

2.2 Formålstolkning

Det samme vil følge av en formålstolkning av pbl. § 21-9. Formålet til bestemmelsen om bortfall av dispensasjoner og tillatelser er at forhold endrer seg over tid, og at plan- og bygningsmyndigheten vil kunne vurdere forhold annerledes etter et gitt tidsforløp. Her er tre år grensen lovgiver har satt, og lovgiver har fremhevet i loven at treårsfristen ikke kan forlenges. Det vil være i motstrid med dette formålet om en dispensasjon skulle kunne gjelde i inntil 30 år uavhengig av om tiltaket ble realisert eller ikke (som er gyldighetstiden til anleggskonsesjonen for Frøya vindpark), eller endog evigvarende f.eks. for dispensasjon for en akvakulturlokalitet i sjø der SAK 4-3 jo også fastsetter unntak.

2.3 SAK § 4-3 kommer kun til anvendende om forholdet til plangrunnlaget er i orden – det vil det ikke være om dispensasjonen er «utgått på dato»

At SAK § 4-3 ikke får anvendelse der et tiltak med tillatelse etter annet lovverk strider mot gjeldende arealplan kommer også til uttrykk gjennom SAK § 4-3 sin henvisning til pbl. § 1-6.

Paragraf 1-6 slår fast at tiltak kun er lovlige om de ikke er i strid med plan. Her er det presisert at dette også gjelder for tiltak som ikke trenger tillatelse etter plan- og bygningslov. Forarbeidene til § 1-6 lyder:

*«Andre ledd klargjør at tiltaket og tillatelsen må følge de rammer som gjelder for vedkommende tiltak. Disse vil framgå av lov og forskrift og/eller være fastsatt i bindende arealplaner med arealformål og bestemmelser, herunder bestemmelser til hensynssoner, som har rettsvirkning etter loven. Siste punktum klargjør at dette kravet også gjelder for tiltak som tiltakshaver selv kan forestå eller som i utgangspunktet er fritatt for søknad og tillatelse. Dette omfatter også tiltak etter bokstav c, som innebærer unntak fra søknadsplikt når de behandles etter annen lov. **Dersom slike tiltak ikke er i samsvar med planer og bestemmelser***

som nevnt, vil unntakene ikke gjelde. Når det gjelder tiltak etter energi- og vannressurslovgivningen, vises det til omtalen i kap. 3.6.2»[vår uthev.]

For at SAK § 4-3 overhodet skal komme til anvendelse, så må det konkluderes med at tiltaket ikke strider mot gjeldende arealplan. Dersom det er gått mer enn tre år uten at anleggsarbeidene for vindmølleparken er igangsatt, så vil dispensasjonen være bortfalt. Tiltaket er da ikke lenger i samsvar med gjeldende arealplan – og SAK § 4-3 kommer derfor overhodet ikke til anvendelse. Det fremgår tydelig av ordlyden i SAK § 4-3 at vurderingen om samsvar med plangrunnlaget må komme først. Kun dersom et tiltak er i samsvar med plan, eller har et gyldig unntak fra plangrunnlaget gjennom dispensasjon, kommer SAK § 4-3 til anvendelse. SAK § 4-3 kan da ikke benyttes som argument for at et tiltak som er i strid med plan, likevel ikke er det.

Våre klienter legger således til grunn at kommunens dispensasjonsvedtak av 10.03.2016 faller bort etter tre år, hvis ikke anleggsarbeidene for dispensasjonspliktige tiltak i det kartfestede konsesjonsområdet er igangsatt innen utløpet av treårsfristen.

2.4 Rettskilder om forståelse av treårsfristen i pbl. § 21-9

Forarbeidene til pbl. § 20-6 (hjemmelsbestemmelsen for SAK § 4-3) lyder som følger:

*«Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende plan- og bygningslov § 20-4 første ledd, og er hjemmel for i forskrift å unnta en rekke konkrete tiltak fra reglene om saksbehandling, ansvar og kontroll. **Tiltakene må likevel være i samsvar med arealbruk og bestemmelser fastsatt i plan.** Hensikten med bestemmelsen er å hindre dobbeltbehandling av saker som behandles tilfredsstillende etter annet lovverk. Tiltakshaver trenger med andre ord ikke søke om tillatelse etter plan- og bygningsloven, selv om tiltaket i utgangspunktet faller inn under søknadsplikten i § 20-2 første ledd»[vår uthev].*

Som det ses understrekes det i forarbeidene at tiltakene må være i samsvar med plan, selv om de er uttatt byggesaksbehandling etter pbl. Dette tilsier at hjemmelsbestemmelsen for SAK § 4-3 ikke gir hjemmel for unntak fra hovedregel om at tiltak skal være i samsvar med plangrunnlaget, og forskriften i SAK § 4-3 kan følgelig heller ikke tolkes som et unntak for plikten at tiltaket ikke må stride mot plangrunnlaget.

I departementets veileder fra 2006 om forholdet mellom energilov og plan- og bygningslov heter det som følger:

(https://dibk.no/globalassets/byggeregler/tidligere_regelverk/eldre_temaveiledere_og_rundskriv/2006ho-1-elektriske-anlegg-og-kraftledninger.pdf):

«Unntaket etter SAK § 7 betyr ikke at slike anlegg er unntatt fra all kommunal behandling. Plan- og bygningslovens planregler gjelder, og kommunen skal føre tilsyn med at disse tiltakene gjennomføres i overensstemmelse med plan- og bygningsloven og dens underliggende regelverk (se pbl § 10-1 førsteledd og SAK § 35).»

Paragraf 7 i «gamle SAK» tilsvarte § 4-3 i någjeldende. Dispensasjonsreglene er del av lovens planregler, ikke byggesaksregler. Det vil si at SAK 4-3 ikke kommer til anvendelse på forhold som har med dispensasjon å gjøre. SAK kap. 4 regulerer kun unntak fra byggesaksbehandling, mens øvrige regler gjelder. Det er dette som understrekes i veilederen.

Samme fremgår også av veileder til dagens byggesaksforskrift:

«Tiltak som underlegges tilfredsstillende behandling etter annet lovverk kan derfor unntas fra bygningslougivningens krav om byggesaksbehandling, herunder krav om tillatelse, ansvarsrett, kvalitetssikring og kontroll, tilsyn og eventuelt fra materielle byggeregler. Det er en generell forutsetning at dersom deler av det aktuelle tiltak ikke er behandlet og godkjent etter annet regelverk eller plan som nevnt i forskriften, skal disse delene av tiltaket undergis byggesaksbehandling etter reglene i plan- og bygningslougivningen og oppfylle de tekniske og andre krav som følger av plan- og bygningslougivningen.

Det følger av pbl. § 1-6 andre ledd at "Iverksetting av tiltak som omfattes av denne lov, kan bare skje dersom de ikke er i strid med lovens bestemmelser med tilhørende forskrifter, kommuneplanens arealdel og reguleringsplan, jf. kapittel 20 om søknadsplikt og tillatelse. Dette gjelder også hvis tiltaket er unntatt fra søknadsplikt etter §§ 20-5 og 20-6»[vår uthev].

Dette betyr at det ikke er unntak, for tiltak unntatt søknadsplikt, for at iverksetting av tiltak bare kan skje dersom det ikke er i strid med plan.

Også disse rettskildene tilsier at SAK § 4-3 ikke er ment å skulle utgjøre noe unntak fra annet enn plikten til byggesaksbehandling etter plan- og bygningslovens regler. Forskriftsbestemmelsen gjelder ikke forhold som har med dispensasjon og plan å gjøre, og innebærer ikke at regler som begrenser gyldigheten av et dispensasjonsvedtak, herunder pbl. § 21-9, settes til side.

3. Hva avbryter fristen etter pbl. § 21-9 for en dispensasjon?

I notat fra Frøya kommune sin advokat er det fremholdt at spørsmålet om hva som skal til for å avbryte treårsfristen for bortfall av dispensasjon etter pbl. § 21-9 ikke er avklart. I notatet heter det:

«I juridisk teori synes det å være enighet om at dispensasjon som ikke er avhengig av ytterligere byggetillatelse bortfaller om tiltaket ikke er satt i gang innen tre år. Det er imidlertid ulike syn

på når treårsfristen for dispensasjon faller bort for søknadspliktige tiltak. Frode Innjord legger i sin kommentarutgave til plan- og bygningsloven av 2010 på side 653 til grunn at tillatelse til tiltaket må være gitt innen tre år for at dispensasjonen ikke skal falle bort. Carl Wilhelm Tyrén hevder på side 406 i sin kommentarutgave fra 2010 at innsending av søknad om tillatelse vil være nok for å avbryte fristen.

Vindkraftverk med anleggskonsesjon er unntatt fra søknadsplikt etter plan- og bygningsloven, jf. SAK § 4-3 første ledd bokstav c. I alle konsesjoner til vindkraftverk blir det satt vilkår om utarbeidelse av detaljplan og miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) som skal godkjennes av Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) før arbeid relatert til anlegget kan settes i gang, se nærmere NVEs veileder nr. 1/2016. Aktuelle tidspunkt for avbrytelse av en eventuell treårsfrist kan etter dette være da konsesjon blir gitt, ved innsending av MTA med detaljplan, ved NVEs godkjenning av MTA med detaljplan eller ved den fysiske igangsettelsen av tiltaket. Froya kommune ber om departementets avklaring på dette.»

På vegne av vårt firmas klienter anføres at dispensasjon vil falle bort etter pbl. § 21-9 dersom tiltaket ikke er fysisk igangsatt gjennom start av anleggsarbeidene. Lovens ordlyd er som følger:

«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.»

Lovens bestemmelse fastsetter at byggeløyver faller bort dersom de ikke er igangsatt innen tre år etter at byggevedtaket ble mottatt av tiltakshaver. Dette gjelder tilsvarende for dispensasjoner. Lovens ordlyd tilsier således at det fristavbrytelse for dispensasjonsvedtaket skjer på samme måte som for byggevedtaket – nemlig ved at bygge/anleggsarbeidene igangsettes. Det er ikke grunnlag i lovens ordlyd for å behandle dispensasjoner annerledes enn byggetillatelser på dette punktet.

I tolkningsuttalelse av 28.06.2018 (TUDEP-2017-4867-2) uttaler KMD som følger med støtte i forarbeider (Ot.prp.nr.45 (2007–2008) side 83) og uttalelse fra 22. desember 2004, med referanse sak 04/3942:

«Fristen for bortfall av rammetillatelse avbrytes når tiltaket blir "satt i gang". Dette innebærer at det fysiske arbeidet må være igangsatt. Det er ikke nok at det er sendt inn søknad om, eller gitt, igangsettingstillatelse. Hvorvidt de fysiske arbeidene er tilstrekkelige til å slå fast at tiltaket er satt i gang, må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Departementet har tidligere uttalt at et tiltak må anses å være satt i gang dersom fundament eller grunnmur er oppført.»

Det anføres at dette også må gjelde for dispensasjoner. I lovforarbeidene (Ot.prp.nr.45 (2007–2008) side 325 heter det følgende om tre-årsfristen for dispensasjoner:

*«Første ledd tredje punktum er en videreføring av gjeldende lov § 96 første ledd tredje punktum, og innebærer at **dispensasjoner som er gitt separat også faller bort etter tre år***

dersom tiltaket ikke er satt i gang. Dette innebærer at det må gis tillatelse til tiltak innen tre år for at dispensasjonen ikke skal falle bort. Videre foreslås lovfesting av at fristene er absolutte og at varigheten av rammetillatelsen «ikke kan forlenges», jf. første ledd fjerde punktum. Dette er en kodifisering av gjeldende rett.»[vår uthev.]

Forarbeidene påpeker at dersom man skal kunne bygge i samsvar med en dispensasjon, så må også byggeløyet foreligge for utløpet av tre-årsfristen for dispensasjonen, slik at tiltaket kan igangsettes før utløpet av tre-årsfristen for dispensasjonen. Dispensasjon faller bort separat, altså uavhengig av eventuelle nødvendige tillatelser i selve byggesaken. Det er altså opp til tiltakshaver å sørge for at det øvrige tillatelsesgrunnlag for å kunne bygge blitt innvilget i tide til at byggearbeidene kan starte før utløpet av tre-årsfristen for dispensasjonen.

For at tre-årsfristen for dispensasjonen til Frøya vindkraftverk ikke skal være bortfalt, så innebærer dette at anleggsarbeidene for tiltaket det er gitt dispensasjon til (ut over fjerning av vegetasjon og bortgraving av jord) må være igangsatt før utløpet av treårsfristen den 9. april 2019.

4. Den konkrete saken – går dispensasjon for å etablere vindkraftverk i LNF-område ut den 9. april 2019?

Gjeldende kommuneplan for Frøya er fra 2011. Kommuneplanen har arealdisponert området der vindkraftverk nå planlegges til LNF-formål. Kommuneplanen inneholdt også en båndlegging av området til vindkraft-formål. Denne båndleggingsbestemmelsen utløp imidlertid i 2015 i samsvar med pbl. § 11-8 d). Fra 2015 gjaldt således KPAs arealdisponering til LNF-formål uten begrensning.

I august 2015 søkte Sarepta Energi AS om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel med sikte på å etablere vindkraftverk i LNF-området. Søknaden ble behandlet av Frøya kommune i mars 2016. Det ble her innvilget dispensasjon for vindkraftparken som ble konsesjonssøkt, og gitt anleggskonsesjon i 2012. Dispensasjonssøknaden ble ikke nabovarslet, og naboene fikk heller ikke underretning om vedtaket. Underretning om kommunens dispensasjonsvedtak ble sendt til tiltakshaver den 7. april 2016. Med normal postgang på to dager innebærer dette at dersom treårsfristen i pbl. § 21-9 kommer til anvendelse, så vil treårsfristen være utløpt fra 9. april 2019.

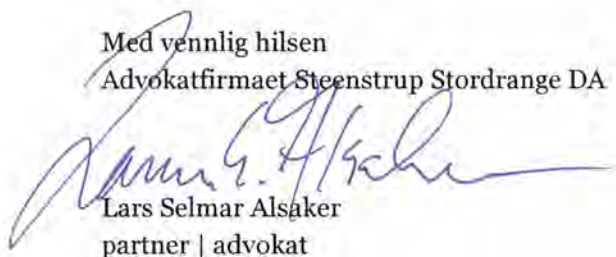
- Bilag 1:** Søknad om dispensasjon fra Sarepta Energi AS
- Bilag 2:** Kommunens saksinnstilling og vedtak om dispensasjon
- Bilag 3:** Kommunens underretning om vedtaket til Sarepta Energi AS

5. Videre saksgang – anmodning om at KMD gir saken tidsmessig prioritet

Dette er en sak der partene har behov for en hurtig avklaring. Som nevnt ovenfor vil dispensasjonen være utløpt fra og med 9. april 2019 dersom treårsfristen i § 21-9 kommer til anvendelse. Det ville derfor bli satt stor pris på om departementet hadde anledning til å gi saken tidsmessig prioritet.

Skulle det være behov for ytterligere spørsmål eller avklaring i forbindelse med departementets vurdering av saken, så vil både vårt firma og våre klienter søke å bistå på beste måte.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Lars Selmar Alsaker', is written over the typed name and title.

Lars Selmar Alsaker
partner | advokat



Advokatfirmaet St. enstrup Stordrange DA

Bilag 1

501
500

20082015
4246/15
15/1174-1



Frøya Kommune
Postboks 152
7261 SISTRANDA

Trondheim, 18. august 2015

Vedrørende søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for bygging av Frøya vindkraftverk

Viser til vedlagte søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for bygging av Frøya vindkraftverk.

Spørsmål i forhold til søknaden kan rettes til: Ørjan Werner Jenssen, tlf 906 30 152
e-post orjan.werner.jenssen@multiconsult.no

Med vennlig hilsen
Sarepta Energi AS

Bernt Rune Richardsen
Prosjektleder

Frøya kommune
Postboks 152
7261 SISTRANDA

Trondheim, 18. august 2015

Søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for bygging av Frøya vindkraftverk

Sarepta Energi vil med dette søke om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for Frøya kommune for byggingen av det konsesjonsgitte Frøya vindkraftverk. Vi vil videre i brevet redegjøre for hvorfor dispensasjon fra plan er nødvendig og bør innvilges.

Nærmere om konsesjon, grensesnittet mellom lovverkene, planstatus og begrunnelse for å innvilge dispensasjon

Frøya vindkraftverk er gitt anleggskonsesjon etter energiloven av NVE den 28. juni 2012 for et vindkraftverk på inntil 60 MW med vindturbiner, transformatorstasjon og nødvendig tilhørende infrastruktur innenfor konsesjonsområdet (her inngår høyspenningsanlegg, veianlegg, bygninger, massetak mv.). [NVE har videre den 5. juli 2012 gitt anleggskonsesjon etter energiloven til TrønderEnergi Nett for spenningsoppgradering av eksisterende 22 kV fra Frøya trafo til vindkraftverket. Denne delen av utbyggingen er ikke tema i dette brevet.]

Det er stilt krav om teknisk detaljplan ved vesentlige endringer av vindkraftverket ift. konsesjonssøknaden (eks. flytting av vegtraseer og turbiner) og utarbeidelse av miljø-, transport- og anleggsplan (MTA) i dialog med kommunen. Disse planene, som trolig blir utarbeidet som en felles plan, skal godkjennes av NVE før utbygging kan igangsettes.

Anleggskonsesjonene etter energiloven kan sies å fungere omtrent som en områderegulering etter plan- og bygningsloven (pbl.), mens teknisk detaljplan og MTA etter energiloven har mye av de samme funksjoner som detaljregulering og byggesak. NVE trår i praksis inn i kommunens sted som utbyggingsmyndighet for denne type tiltak.

De konsesjonsgitte høyspentanlegg og transformatorstasjon [og tilknytningslinja] er unntatt fra plan- og bygningsloven med unntak av lovens kapittel 2 (kartgrunnlag) og 14 (konsekvensutredninger), jf. pbl. § 1-3. Disse tiltakene kan dermed bygges uavhengig av planstatus og trenger ikke byggetillatelse. Øvrige tiltak som omfattes av vindkraftkonsesjonen, dvs. atkomstvei og internveier, oppstillingsplasser, vindturbiner med fundamenter, drifts- og servicebygg og annen tilhørende infrastruktur innenfor konsesjonsområdet er unntatt fra krav om reguleringsplan, jf. pbl. § 12-1 tredje ledd. De er også unntatt fra krav om byggetillatelse, jf. pbl. § 20-4 og byggesaksforskriften § 4-3 første ledd bokstav c. Unntaket fra krav om byggetillatelse forutsetter imidlertid at tiltakene er i tråd med plan, jf. pbl. § 1-6 andre ledd.

Planstatus for arealene berørt av Frøya vindkraftverk framkommer av Frøya kommunes arealdel fra 25. mai 2011. I kommuneplanens arealdel er konsesjonsområdet og atkomstveg utlagt til LNF uten bestemmelser om spredt utbygging. Et stort areal sentralt på øya, som omfatter så å si hele konsesjonsområdet samt et betraktelig større areal som tidligere ble vurdert for vindkraftutbygging, er gitt hensynssone framtidig vindmøllepark. I bestemmelsen til hensynssonen heter det:

«Tiltak innenfor denne sonen skal ikke være til hinder for framtidig bygging av vindmøller. Hensynssonen gjelder fram til konsesjonsbehandlingen er avgjort. Dersom konsesjonen blir gitt, vil hensynssonen måtte erstattes av reguleringsplan for tiltaket. Dersom konsesjon ikke blir gitt, opphører hensynssonen og planformål i plankartet blir gjeldende.»

Arealdelens bestemmelsesdel viser for hensynssonen til pbl. § 11-8, bokstav ikke angitt. Sarepta forstår bestemmelsen slik at den er ment som en form for båndlegging etter § 11-8 andre ledd bokstav d (båndlegging), evt. i kombinasjon med bokstav b (forbud/påbud om infrastruktur), da øvrige bokstavledd ikke passer. Siden det er gått fire år siden vedtaket vil et vedtak hjemlet i bokstav d nylig være bortfalt, jf. bokstav d andre ledd. I arealdelens bestemmelse, sitert over, er det i nest siste setning en formulering om reguleringsplan. Krav om reguleringsplan gis med hjemmel i § 11-9 som ikke er brukt her. Sarepta legger derfor til grunn at hensynssonen fremdeles gjelder som en restriksjon på annen infrastruktur enn vindkraftverk, men ikke innebærer krav om reguleringsplan for utbygging. Dersom kommunen har en annen vurdering så bes det om at dispensasjonen også gis virkning for de berøringspunkt utbyggingen måtte ha mot hensynssonen.

Et vindkraftverk er i plan- og bygningslovens forstand å anse som et industrianlegg og dermed i strid med LNF-formålet (som er primærnæring, naturmiljø og friluftsliv). Utbyggingen må bringes i tråd med plan for å unngå en dobbeltbehandling etter energilov og plan- og bygningslov. Dette er bakgrunnen for dispensasjonssøknaden.

Med ny plan- og bygningslov vedtatt i 2008 ble det gjort flere endringer for å fjerne dobbeltbehandling av konsesjoner etter vassdrags- og energiregelverket. I forarbeidene til ny plan- og bygningslov, Ot.prp. nr. 32 fra 2007-8, framgår det bl.a. følgende i omtalen av unntakene for tiltak med slike konsesjoner:

Der det allerede foreligger arealdel til kommuneplan eller reguleringsplaner som er til hinder for gjennomføringen av tiltaket, kan kommunen velge å sørge for nødvendig planendring, eller alternativt gi dispensasjon etter § 19-2 tredje ledd.

Departementet la også inn muligheten for at konsesjon får virkning som statlig plan i tilfeller der kommunen ikke legger til rette for tiltaket gjennom planendring eller dispensasjon, jf. pbl. § 6-4 tredje ledd.

Søker legger på denne bakgrunn til grunn at dispensasjon fra plan er formelt nødvendig for Frøya vindkraftverk, og at lovgiver har ment at slik dispensasjon skal være kurant å innvilge når konsesjonsspørsmålet er avgjort.


Forholdet til naboer og andre

Plan- og bygningslovens § 21-3 om nabovarsling gjelder ikke for tiltakene omfattet av Frøya vindkraftverk. Grannelovas § 6 gir likevel et selvstendig varslingskrav. Utbygger er opptatt av å ha et godt forhold til grunneiere og rettighetshavere, naboer, øvrig befolkning på Frøya og til kommunen i det videre arbeidet, og vil sørge for god informasjon ut før en evt. anleggsstart.

Frøya vindkraftverk i framtidig arealdel

Utbygger ser det som naturlig at kommunen ved en rullering av arealdelen legger ut konsesjonsområdet for Frøya vindkraftverk til et egnet utbyggingsformål.

Med vennlig hilsen
Sarepta Energi AS



Magnus Axelsson
Administrerende direktør



Advokatfirmaet Steenstrup Stordran

Bilag 2

Saksprotokoll

Utvalg:	Hovedutvalg for forvaltning	
Møtedato:	10.03.2016	
Sak:	49/16	Arkivsak: 15/143

SAKS PROTOKOLL - DISPENSASJONSSØKNAD FOR FRØYA VINDKRAFTVERK - RUNDE 2

Vedtak:

1. I henhold til Plan- og bygningslovens § 19-2, gir Frøya kommune Sarepta Energi AS dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.
2. Området det dispenseres for begrenses til området det er gitt anleggskonsesjon til.
3. Sarepta Energi AS gis også dispensasjon fra Plan- og bygningslovens § 21-3, nabovarsel.
4. Hvis steinalderlokalitet med ID 95270 (i Askeladden) er til hinder for planlagte tiltak, må det søkes dispensasjon fra kulturminneloven.
5. Dersom en under opparbeidingen skulle støte på noe spesielt i grunnen (mulig fredet kulturminne), må en stanse arbeidet og varsle fylkeskommunen.

Enstemmig.

Behandling:

SAKSFRAMLEGG

Saksbehandler: Kristin Strømskag
Arkivsaksnr.: 15/143

Arkiv: PLAN 1620200803

Saken skal behandles i følgende utvalg:

Hovedutvalg for forvaltning

DISPENSASJONSSØKNAD FOR FRØYA VINDKRAFTVERK – RUNDE 2

Vedtak:

Forslag til vedtak:

1. I henhold til Plan- og bygningslovens § 19-2, gir Frøya kommune Sarepta Energi AS dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.
2. Området det dispenseres for begrenses til området det er gitt anleggskonsesjon til.
3. Sarepta Energi AS gis også dispensasjon fra Plan- og bygningslovens § 21-3, nabovarsel.
4. Hvis steinalderlokalitet med ID 95270 (i Askeladden) er til hinder for planlagte tiltak, må det søkes dispensasjon fra kulturminneloven.
5. Dersom en under opparbeidingen skulle støte på noe spesielt i grunnen (mulig fredet kulturminne), må en stanse arbeidet og varsle fylkeskommunen.

Vedlegg:

Søknad fra Sarepta Energi AS

Mail med søknad fritak nabovarsel

Kart over konsesjonsområde

Uttalelse fra Fylkesmannen og Sør-Trøndelag fylkeskommune

Saksopplysninger:

Frøya kommune mottok 20.08.15 søknad fra Sarepta Energi AS om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for bygging av det konsesjonsgitte Frøya vindkraftverk (se vedlegg). 08.12.15 mottok Frøya kommune en tilleggssøknad til opprinnelig søknad angående fritak fra nabovarsling (se vedlegg).

Saken var oppe i Hovedutvalg for forvaltning 14.01.16. På bakgrunn av innspill fra Fylkesmannen i Sør-Trøndelag og Sør-Trøndelag fylkeskommune fremmes saken på nytt.

Frøya vindkraftverk ble 28.06.12 gitt anleggskonsesjon etter Energiloven av NVE (Norges vassdrags- og energidirektorat). Anleggskonsesjonen ble gitt for et mindre område enn hensynssonen avsatt i kommuneplanens arealdel (se vedlagt kart). Etter NVEs vurdering er de samlede fordeler ved anlegget større enn ulempene tiltaket medfører. NVEs vedtak ble påklaget. Olje- og energidepartementet ga endelig konsesjon den 26.08.13.

Under behandling av konsesjonsøknaden ble det utført en rekke konkrete vurderinger knyttet til naturmangfold i 2003, 2005 og 2012. Dette inkluderte blant annet:

- Konsekvensutredninger, tilleggsutredninger og fagrapporter
- *Utredning av Frøya vindkraftverk med tilgrensende områder for utbredelse av Hubro* av Martin Pearson (2012)
- *Havørn og vindkraftverk på Frøya* av NINA (rapport 884/2012)
- Oppdaterte registreringer i *Naturbase* og *Artsdatabanken*

Etter en samlet vurdering av Frøya vindkraftverk, samt en helhetlig vurdering av belastning av vindkraftutbygging i regionen, fant Olje- og energidepartementet at fordelene ved utbyggingen overstiger mulige negative skader og ulemper ved etablering av prosjektet.

Kommuneplanens arealdel, vedtatt 15.02.11, viser i Bestemmelser til kommuneplanens arealdel for Frøya kommune, punkt 2 d), gitt med hjemmel i Plan- og bygningsloven (PBL) § 11-8:

Hensynssone for fremtidig vindmøllepark:

Tiltak innenfor denne sonen skal ikke være til hinder for fremtidig bygging av vindmøller. Hensynssonen gjelder fram til konsesjonsbehandlingen er avgjort. Dersom konsesjon blir gitt, vil hensynssonen måtte erstattes av reguleringsplan for tiltaket. Dersom konsesjon ikke blir gitt, opphører hensynssonen og planformål i plankartet blir gjeldende.

Denne bestemmelsen har bortfalt, da det er over fire år siden planen var vedtatt, jmfør PBL § 11-8 d), 2.ledd. Gjennomføring av tiltaket Frøya vindkraftverk er derfor i strid med gjeldende kommuneplans arealdel.

Ny PBL utgjør en forenkling av behandling av plan- og konsesjonsprosessene for anlegg for produksjon og overføring av elektrisk energi. Bakgrunnen for denne forenklingen var å unngå behandling av slike saker etter to lovverk, noe som vanskeliggjorde en god samordning. Dette innebærer for større vindkraftverk at kravene til offentlighet, medvirkning og dokumentasjon overfor innbyggere, kommune og sektormyndigheter ivaretas gjennom konsesjonsbehandlingen, som behandles etter Energiloven. Når NVE har gitt anleggskonsesjon, er vilkårende for å gi dispensasjon fra kommuneplanens arealdel oppfylt. Endringen av PBL gjør også at hvis kommunen velger å ikke legge til rette for en planendring eller dispensasjon, gis Olje- og energidepartementet adgang til å gi konsesjonen virkning som statlig arealplan.

Endringer i PBL § 12-1, tredje ledd, gjør at vindkraftverk ikke har krav om reguleringsplan:

For gjennomføring av større bygge- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn, kreves det reguleringsplan. Tillatelse etter § 20-2, jf. 21-4 for slike tiltak, kan ikke gis før det foreligger reguleringsplan. Krav til reguleringsplan gjelder ikke for konsesjonspliktige anlegg for produksjon av energi etter energiloven, vannressursloven eller vassdragsreguleringsloven.

Kommunen kan allikevel velge å utarbeide reguleringsplan selv, men ikke pålegge utbygger dette. Temaer som tidligere ble behandlet i reguleringsplan er nå erstattet av krav om detaljplan for utbygging, samt miljø-, transport- og anleggsplan som skal utarbeides i dialog med kommunen.

I forhold til nabovarsling henviser Sarepta Energi AS til at gjennom konsesjonsbehandlingen etter Energiloven, var tiltaket til høring og det ble avholdt offentlige møter på Frøya våren 2012. Tiltaket har derfor vært gjenstand for omfattende varsling og saksbehandling.

Søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel har vært på høring til Fylkesmannen i Sør-Trøndelag og Sør-Trøndelag fylkeskommune. Fylkesmannen har ingen merknader fra fagavdelingene. Sør-Trøndelag fylkeskommune påpeker at det er registrert en steinalderlokalitet innenfor konsesjonsområdet (ID 95270 i Askeladden). Denne er automatisk fredet. Sør-Trøndelag fylkeskommune ber om at hvis lokaliteten er til hinder for planlagte tiltak må det søkes om dispensasjon fra kulturminneloven. Ellers henviser fylkeskommunen til brev sendt Multiconsult datert 07.10.14. (Ref: 201207681). Sør-Trøndelag fylkeskommune minner også om den generelle aktsomhetsplikten etter § 8 i kulturminneloven. Dersom en under opparbeidingen skulle støte på noe spesielt i grunnen (mulig fredet kulturminne), må en stanse arbeidet og varsle fylkeskommunen.

Vurdering:

Generelt om dispensasjon:

Kommunens adgang til å gi dispensasjon er avgrenset. Det kreves at hensynene bak den bestemmelsen det dispenseres fra ikke blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må det foretas en interesseavveining, der fordelene ved tiltaket må vurderes opp mot ulempene. Det må foreligge en klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon.

Arealbruk skal primært avtales gjennom kommuneplaner og reguleringsplaner. Dette vil blant annet sikre at lokalisering av utbyggingsområder skjer etter en samlet vurdering av konsekvenser for samfunn, naturressurser og miljø. Kommuneplanens arealdel er kommunens førende dokument i utbyggingssaker og har blitt til gjennom en omfattende prosess hvor myndigheter og offentligheten har medvirket og der ulike interesser er veid opp mot hverandre for å finne en best mulig arealdisponering. For å bevare planen som et viktig styringsredskap for kommunens arealforvaltning skal det derfor ikke være kurant å fravike fra planens dispensasjon.

Sosiale/økonomiske/helsemessige forhold blir normalt tillagt liten vekt. Forhold som teller er midlertid at dispensasjonen ikke avklares i bedre i en mer omfattende prosess (omregulering), den har ikke betydning for planen for øvrig, den medfører ikke presedens, den gir en bedre løsning enn det lovverket legger opp til eller at spesielle naturforhold/tekniske forhold gjør det "nødvendig" med dispensasjon (bratthet, kommunalt ledningsnett eller lignende).

Hvis konklusjonen etter vurdering i forhold til foregående kriterier er det at det rettslig sett anledning til å gi dispensasjon- så må i tilfelle kommunen foreta en vurdering av om de finner til grunn å gi dette. Det forutsettes at kommunen må ha en saklig grunn for og ikke å dispensere (og som i tilfelle ikke kan avbøtes gjennom dispensasjonsvilkår).

Om naturmangfold:

Alle saker som berører natur og miljø skal vurderes etter prinsippene i naturmangfoldlovens §§ 8- 12 (jf. nml § 7). Gjennom konsesjonsbehandlingen med anke, var prosjektet gjenstand for en rekke utredninger knyttet til konsekvenser for naturmangfold, med særlig fokus på blant annet hubro, havørn og kystlynghei. Konsesjonen ble gitt på bakgrunn av vurdering av beste tilgjengelige kunnskapsgrunnlag. Tiltaket ble også vurdert i forhold til samlet belastning

av vindkraftutbygging i regionen. På bakgrunn av dette anser rådmannen at tiltaket er tilstrekkelig vurdert etter konkrete utredninger jamfør naturmangfoldlovens §§ 8-12.

Om kulturminner:

Sør-Trøndelag fylkeskommune har kommet med merknader til søknaden. Dette gjelder aktsomhet i forhold til automatisk fredede kulturminner, jamfør kulturminneloven. Rådmannen ber søknadshaver ta dette til etterretning.

Om kommuneplanens arealdel:

Forenklingen av PBL i forhold til konsesjonspliktige anlegg innebærer for kommune, sektormyndigheter, innbyggere og andre interessenter at innspill, innsigelser og eventuelle klager behandles i konsesjonsprosessen. Når en anleggskonsesjon foreligger, er kommunens anledning til å gi dispensasjon oppfylt. Olje- og enegridepartementet kan også gi konsesjonen virkning som statlig plan. Det vurderes som viktig at kommunen beholder området innenfor kommunens planverk. Rådmannen innstiller derfor at Frøya vindkraftverk ved Sarepta Energi AS blir gitt dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

Søknaden om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel begrenses til det areal det er gitt konsesjon til, se vedlagt kart. Området satt av i arealplanen som er gitt hensynssone for fremtidig vindmøllepark, men som ikke omfattes av anleggskonsesjon, vil bli en del av rulleringen av kommuneplanens arealdel.

Angående nabovarsling:

På bakgrunn av forenklingen av søknadsprosessen rundt anleggskonsesjon anser rådmannen at naboer og andre interessenter er tilstrekkelig hørt. Rådmannen innstiller derfor at Frøya vindkraftverk v/Sarepta Energi AS gis dispensasjon fra PBL § 21-3.



FRØYA KOMMUNE

Kraft og mangfold

Sarepta

Postboks 2958 Sluppen
7438 TRONDHEIM

Deres ref.

Vår ref.

Arkivkode

Sted, dato

15/143

PLAN 1620200803 Sistranda, 07.04.2016

Underrettelse om vedtak – dispensasjonssøknad for Frøya vindkraftverk

Viser til dispensasjonssøknad for Frøya vindkraftverk mottatt 20.08.15 fra Sarepta Energi as, samt tilleggssøknad mottatt 08.12.15. Søknaden ble behandlet i Hovedutvalg for forvaltning sak 49/16. Følgende vedtak ble fattet:

1. I henhold til Plan- og bygningslovens § 19-2, gir Frøya kommune Sarepta Energi AS dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.
2. Området det dispenseres for begrenses til området det er gitt anleggskonsesjon til.
3. Sarepta Energi AS gis også dispensasjon fra Plan- og bygningslovens § 21-3, nabovarsel.
4. Hvis steinalderlokalitet med ID 95270 (i Askeladden) er til hinder for planlagte tiltak, må det søkes dispensasjon fra kulturminneloven.
5. Dersom en under opparbeidingen skulle støte på noe spesielt i grunnen (mulig fredet kulturminne), må en stanse arbeidet og varsle fylkeskommunen.

Frøya kommune har mottatt uttalelse fra Fylkesmannen i Sør-Trøndelag. Denne ligger vedlagt. Søker bes om å ta denne til etterretning.

Med hilsen
Frøya kommune

Kristin Strømskag
Kommuneplanlegger

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen signatur.

Kopi til:
Sarepta Energi AS
Sør-Trøndelag fylkeskommune
Fylkesmannen i Sør-Trøndelag

Fylkesmannen i Trøndelag
v/ Frøya kommune
Postboks 152
7261 Sistranda

Sendt til: postmottak@froya.kommune.no
Kopi til: Fylkesmannen i Trøndelag

Vår referanse: 12905244/1
Ansvarlig advokat: Jens Naas-Bibow

Oslo, 16. april 2019

KLAGE PÅ PÅLEGG OM STANS MED UMIDDELBAR VIRKNING. UTSATT IVERKSETTELSE.

1 INNLEDNING

På vegne av TrønderEnergi Vind AS ("**TrønderEnergi**") inngis klage på vedtak om fattet 15. april 2019 med pålegg om øyeblikkelig stans i anleggsarbeidene som pågår ved Frøya vindkraftverk, jf plan- og bygningsloven ("**pbl**") § 32-4. TrønderEnergi anfører at vedtaket er ugyldig, både fordi det foreligger myndighetsmisbruk gjennom å ta utenforliggende hensyn fra kommunens side, og fordi vedtaket er basert på feil lovanvendelse. TrønderEnergi lider et betydelig økonomisk tap som følge av vedtaket, et tap som øker med minimum kr 513 648 for hvert døgn den ulovlige byggestansen varer. Anleggsarbeidene må tas opp igjen så snart som mulig, og det inngis derfor klage på vedtaket. Det bes derfor også om at vedtaket gis utsatt iverksettelse, jf forvaltningsloven ("**fvl**") § 42.

2 SAKENS FAKTISKE SIDE

Som det fremgår av Frøya kommunes hjemmesider, har det vært en pågående prosess om utbygging av Frøya vindkraftpark siden 2002. I denne prosessen har kommunen støttet initiativet om vindkraftutbygging i kommunen. Det har kontinuerlig og frem til desember 2018 blitt fattet positive vedtak i kommunestyret. Blant annet har Frøya kommune i flere omganger anbefalt Norges vassdrags- og energidirektorat ("**NVE**") å gi konsesjon til vindkraftverket.

Bilag 1: Utklipp fra Frøya kommunes gjennomgang av Frøya vindkraftverk 2002 til 2018

ADVOKATFIRMAET
THOMMESSEN AS
Foretaksregisteret
NO 957 423 248 MVA
thommessen.no

OSLO
Haakon Vills gate 10
Pb 1484 Vika
NO-0116 Oslo
+47 23 11 11 11

BERGEN
Vestre Strømkaien 7
Pb 43 Nygårdstangen
NO-5838 Bergen
+47 55 30 61 00

STAVANGER
Fjordpiren
Labergget 22
NO-4020 Stavanger
+47 23 11 11 11

LONDON
Paternoster House, 2nd floor
65 St Paul's Churchyard
GB-London EC4M 8AB
+44 207 920 3090

Da TrønderEnergi AS og Nord-Trøndelag Elektrisitetsverk FKF søkte om konsesjon i 2004, var kommunens holdning et sterkt argument for valg av lokaliteter for vindmølleparken. På side 5 i konsesjonssøknaden uttales at: *"I tillegg har Frøya kommunes offensive holdning til vindkraft påvirket lokaliseringen, idet planområdet utgjør ett av områdene som i kommuneplanens arealdel (2001) er avsatt til vindkraftformål."*

Bilag 2: Konsesjonssøknad og konsekvensutredning Frøya vindmøllepark november 2004

NVE meddelte 28. juni 2012 anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1 til Sarepta Energi AS ("**Sarepta**"), eid av TrønderEnergi AS og Nord-Trøndelag Elektrisitetsverk FKF, for utbygging og drift av Frøya vindkraftverk. I høringen av konsesjonssøknaden tilrådet Frøya kommune overfor NVE at konsesjon skulle gis til vindkraftverket, noe som fremgår av NVEs behandling av bakgrunnen for vedtaket s 49 flg.

Bilag 3: Bakgrunn for vedtak NVE 28. juni 2012

Anleggskonsesjonen ble påklaget, og Olje- og energidepartementet ("**OED**") stadfestet konsesjonen ved vedtak 26. august 2013. Konsesjonen har senere blitt overført til TrønderEnergi (se bilag 12).

Bilag 4: OEDs stadfestelse av anleggskonsesjon 26. august 2013

Sarepta søkte 18. august 2015 om dispensasjon fra Frøya kommunes arealplan. Kommunestyret fattet endelig vedtak om dispensasjon fra kommunens arealplan 10. mars 2016. Dispensasjonsvedtaket ble meddelt Sarepta per epost 7. april 2016.

Bilag 5: Frøya kommunes dispensasjonsvedtak 10. mars 2016

Bilag 6: Underrettelse om vedtak dispensasjonssøknad for Frøya vindkraftverk 7. april 2016

Videre inngikk Frøya kommune en oppdatert avtale med Sarepta, basert på tidligere inngått avtale fra 2005. Avtalen regulerer visse forhold ved arealbruk, engangskompensasjon og betaling for avbøtende tiltak.

Bilag 7: Kommuneavtale mellom Frøya kommune og Sarepta 2. august 2016

Videre ble arbeidet med den nærmere tekniske utformingen av prosjektet igangsatt, herunder utarbeidelsen av detaljplan og miljø-, transport- og anleggsplan ("**MTA-plan**"). Denne ble ferdigstilt og oversendt NVE for godkjenning 19. november 2018. Slik godkjenning av den nærmere utformingen av et planlagt vindkraftanlegg er nødvendig for at anleggsarbeidene kan igangsettes, jf standardvilkår for anleggskonsesjon punkt 6 og 8 (se bilag 12). Frøya kommune ved formannskapet vedtok å støtte godkjenning av MTA-planen 4. desember 2018.

Bilag 8: Oversendelse av MTA-plan til NVE 19. november 2018

Bilag 9: Protokoll fra formannskapsmøte i Frøya kommune 4. desember 2018

I tillegg sendte Frøya kommune forslag til kommuneplanens arealdel på høring 19. desember 2018, med høringsfrist 12. april 2019. Kartet viser at det er satt av arealer til vindparken. I

någjeldende arealplan er arealene satt av til LNF-formål, men med hensynssone for vindkraft.

Bilag 10: Forslag til kommuneplanens arealdel sendt på høring 19. desember 2018

Bilag 11: Kart fra kommunekart.no for Frøya med arealformål og hensynssone

For fullstendighetens skyld vedlegger vi den oppdaterte og gjeldende anleggskonsesjonen til utbygging av Frøya vindkraftverk, som ble meddelt TrønderEnergi Vind AS 11. januar 2019 (overført fra Sarepta).

Bilag 12: Anleggskonsesjon meddelt TrønderEnergi Vind AS 11. januar 2019

I etterkant av kommunens vedtak 4. desember 2018 har det imidlertid pågått en omfattende mobilisering blant motstandere av vindkraftutbygging på Frøya, og dette har resultert i at saken har blitt løftet politisk. På denne bakgrunn vedtok kommunestyret i Frøya kommune 31. januar 2019 å avholde ny folkeavstemning om vindkraftverk på Frøya.

Bilag 13: Protokoll kommunestyremøte 31. januar 2019

Videre vedtok formannskapet 26. februar 2019 en tilleggsuttalelse til høringen av MTA-planen, hvor formannskapet krever at foreslåtte turbinhøyder i MTA-planen ikke godkjennes.

Bilag 14: Protokoll formannskapsmøte 26. februar 2019

To dager senere behandlet kommunestyret dispensasjonsvedtaket, hvor det med 12 mot 11 stemmer ble vedtatt ikke å omgjøre dispensasjonsvedtaket. Kommunestyret ba i tillegg NVE om å avvente godkjenning av MTA-planen til folkeavstemningen var avholdt.

Bilag 15: Protokoll kommunestyremøte 28. februar 2019

NVE godkjente MTA-planen for vindkraftverket 28. mars 2019. Vedtaket ble påklaget.

Bilag 16: NVEs vedtak om godkjenning av MTA-plan, 28. mars 2019

Umiddelbart etter godkjenning av MTA-planen mobiliserte TrønderEnergi og TrønderEnergis entreprenører anleggspersonell og anleggsmaskiner for igangsetting av anleggsarbeider som planlagt 1. april 2019. Frøya kommune ble også varslet om at TrønderEnergi ville starte anleggsarbeidet 1. april 2019.

Bilag 17: Oppstartlogg og fremdriftsplan, mars/april 2019

Bilag 18: Varsel til Frøya kommune om oppstart av anleggsarbeider 29. mars 2019

Det har i denne forbindelse vært reist spørsmål om treårsfristen i pbl § 21-9 gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1, og hva som i tilfelle avbryter fristen. TrønderEnergi anfører prinsipielt at treårsfristen ikke gjelder i disse tilfellene, fordi slike tiltak i sin helhet er unntatt kapittel 21 i loven, jf byggesaksforskriften § 4-3 første ledd bokstav c.

Subsidiært, hvis treårsfristen gjelder, ville kommunens vedtak om dispensasjon fra arealplan løpe ut 7. april 2019, med mindre arbeidet allerede var "satt i gang", jf pbl § 21-9 første ledd

første punktum. TrønderEnergi har derfor fremmet følgende subsidiære og atter subsidiære anførsler:

- 1) Fristen avbrytes ved innsendelse av søknad om MTA-plan til NVE (energilovens ekvivalent til byggesøknad),
- 2) Fristen avbrytes i et prosjekt av denne dimensjonen allerede ved mobilisering av anleggsmaskiner, eller
- 3) Fristen avbrytes dersom fysiske arbeider ville vært igangsatt dersom de ikke ville vært forhindret av ulovlige aksjoner.

Vi kommer tilbake til de rettslige anførslene i punkt 3.

TrønderEnergi og TrønderEnergis entreprenører ble 1. april 2019 møtt av aksjoner som hindret anleggsarbeidets fremdrift. For motstanderne var målet med å hindre fysisk fremdrift at anlegget ikke skulle anses som "satt i gang" ved den angivelige fristen 7. april 2019. Aksjonene og politiets behandling i perioden 1. til 5. april fremgår av bilag 26.

Frøya kommune sendte brev til TrønderEnergi 5. april 2019, hvor kommunen så bort fra at fremdriften i det fysiske arbeidet ble forhindret av ulovlige demonstrasjoner. Her refererer kommunen til en tolkningsuttalelse fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet ("KMD") som behandles nærmere i punkt 3.

Bilag 19: Brev fra Frøya kommune til TrønderEnergi 5. april 2019

Advokatfirmaet Thommessen sendte 7. april 2019 brev til kommunen hvor det på vegne av TrønderEnergi ble formidlet at TrønderEnergi fastholder at dispensasjonsfristen ikke gjelder for tiltaket, og at fristen i alle tilfeller er avbrutt.

Bilag 20: Brev til Frøya kommune fra Advokatfirmaet Thommessen 7. april 2019 med vedlegg

Uken etter ble saken behandlet politisk i ekstraordinære møter i formannskapet og kommunestyret mandag 8. og torsdag 11. april. Behandlingen gjelder egentlig en tolkning av pbl § 21-9, det vil si om tiltaket er "satt i gang." Den politiske debatten viser imidlertid at det blir tatt hensyn som er helt utenforliggende for dette spørsmålet. Det politikerne diskuterer, er nemlig om de er for eller imot vindkraftverket som sådan. Det illustreres ved at innstillingen fra rådmannen for møtet 8. april, hvor det er foretatt en grundig vurdering og hvor det konkluderes med at fristen er avbrutt, ikke blir tatt til følge. I stedet vedtar formannskapet med fire mot tre stemmer å utsette saken til torsdag 11. april 2019, med en klar instruks til rådmannen (vår understreking):

"Saken utsettes med bakgrunn i at konsekvensene ikke er tydelig nok beskrevet. Folkeavstemmingen har gitt oss et tydelig råd om å søke å få stoppet vindkraftutbyggingen på Frøya.

*Rådmannen bes om å søke å få svar på følgende spørsmål innen torsdag:
1. Hva er konsekvensen av at vi konkluderer med at igangsettelse ikke er utført/er utført.*

2. Er det realisme i at konsesjonen blir trekt eller ikke blir benyttet av utbygger?

3. Er det sannsynlig at staten kommer med en statlig plan dersom kommunen får medhold i at treårsfristen er oversittet?"

Vedtaket viser tydelig at politikerne forsøker å stanse vindkraftutbyggingen, og at dette er den reelle bakgrunnen for kommunens behandling av om fristbestemmelsen i pbl § 21-9 gjelder, og om tiltaket er "satt i gang".

Bilag 21: Innkalling til ekstraordinært møte i formannskapet 8. april 2019

Bilag 22: Protokoll fra møte i formannskapet 8. april 2019

Samme dag besvarte olje- og energiminister Kjell-Børge Freiberg et skriftlig spørsmål i Stortinget fra Lars Haltbrekken (SV) om statsråden ville se på utbyggingen av vindparken på nytt. Freiberg svarte blant annet:

"Konsesjonen for selve vindkraftverket ligger fast. Det er ikke rettslig grunnlag for omgjøring av vindkraftkonsesjonen. Spørsmålet som skal behandles av konsesjonsmyndigheten nå er begrenset til klagene på detaljplanene for utbyggingen."

Bilag 23: Spørsmål fra Lars Haltbrekken (SV) til olje- og energiministeren besvart 8. april 2019

At avgjørelsen om at anleggsarbeidene ikke ble ansett å være igangsatt var en politisk beslutning, understrekes også av at kommunens ordfører Berit Flåmo i Frøya kommune 9. april 2019 reiste til Oslo i møte med OED for å be OED om å trekke TrønderEnergis anleggskonsesjon tilbake.

Bilag 24: Intervju med ordfører Berit Flåmo 12. april 2019

Frøya kommune ved advokat Leira Bjørnsøs ba i brev til KMD om KMDs vurdering av hva det vil si at et tiltak er "satt i gang" i henhold til pbl § 21-9. Vi behandler dette nærmere i punkt 3.

Bilag 25: Brev fra Bjerkan Stav Advokatfirma til KMD 9. april 2019

TrønderEnergi sendte 10. april 2019 brev til Frøya kommune hvor protestaksjonene beskrives nærmere. Som det fremgår, er det snakk om betydelige aksjoner, samt aksjonister som nektet å etterkomme politiets pålegg om å fjerne seg. Politiet har avstått fra å aksjonere av frykt for at konflikten ville eskalere. Vedleggene viser også at TrønderEnergi har hatt løpende kommunikasjon med politiet, men at politiet har avslått TrønderEnergis forespørsler om å starte anleggsmaskinene av samme frykt for at situasjonen skulle eskalere.

Bilag 26: Brev fra TrønderEnergi til Frøya kommune 10. april 2019 (med vedlegg)

For fullstendighetens skyld nevnes at TrønderEnergi samme dag mottok OEDs avgjørelse om at klage på NVEs godkjenning av MTA-planen ikke gis oppsettende virkning.

Bilag 27: OED brev om ikke utsatt iverksettelse 10. april 2019

Før det ekstraordinære møtet i kommunestyret 11. april 2019 fortsatte diskusjonen om de rettslige problemstillingene. Advokat Leira Bjørnsnøs utarbeidet en redegjørelse til kommunen hvor spørsmålene fra vedtaket 8. april 2019 ble besvart. Det påpekes her at kommunens tolkning av pbl § 21-9 må være saklig begrunnet: *"Dersom den reelle begrunnelsen er at politikerne ikke lenger ønsker vindkraft på Frøya, vil dette være et utenforliggende hensyn."*

Bilag 28: Notat fra Bjerkan Stav Advokatfirma 10. april 2019 (med vedlegg)

Brevet fra advokat Leira Bjørnsnøs til KMD ble besvart 11. april 2019. KMD uttaler at de ikke kan utelukke at *"det kan være et moment i vurderingen av om en tillatelse eller dispensasjon har bortfalt, om tiltakshaver har gjort det som med rimelighet kan kreves for å få satt i gang arbeidet."* Vi kommer tilbake til dette i punkt 3.

Bilag 29: Brev fra KMD til Bjerkan Stav Advokatfirma, 11. april 2019

I notat fra TrønderEnergi ved advokat Naas-Bibow påpekes det at et midlertidig byggeforbud vil være rettsstridig. Videre understrekes det her at det ikke er kommunen som er konsesjonsmyndighet, og at kommunen ikke kan benytte kommunal planmyndighet til å stanse et prosjekt med endelig konsesjon etter energiloven.

Bilag 30: Notat fra Advokatfirmaet Thommessen om midlertidig byggeforbud 11. april 2019

Samme dag, i ekstraordinært kommunestyremøte, gjorde Frøya kommune følgende vedtak med 20 mot 2 stemmer:

"Frøya kommune registrerer at tiltakshaver ikke har igangsatt noe byggearbeid. Dispensasjonen av 10.03.16 har dermed bortfalt i henhold til treårsfristen. Frøya kommune må vurdere pålegg om å stanse eventuelle bygge- og anleggsarbeider på stedet."

Dette omtales i det følgende **"11. april-vedtaket"**. Frøya kommune har med dette gått imot egen administrasjon og egen advokat i vurderingen av om tiltaket er satt i gang. I brevet hvor TrønderEnergi underrettes om 11. april-vedtaket, fremgår det at kommunen "forutsetter at vedtaket respekteres" og at kommunen i motsatt fall vil vurdere å gi pålegg om stans med øyeblikkelig virkning etter pbl § 32-4.

Bilag 31: Melding om politisk vedtak – underretning om bortfall av dispensasjon for Frøya vindkraftverk 12. april 2019

TrønderEnergi sendte samme dag brev til kommunen om at vedtaket er rettstridig og at anleggsarbeidene vil igangsettes så snart det lar seg gjøre.

Bilag 32: Brev fra TrønderEnergi til Frøya kommune 12. april 2019

Samme kveld deltok varaordfører Pål Terje Bekken på Dagsnytt 18 i NRK Radio, hvor han blant annet uttalte at det politiske flertallet over tid har skiftet, noe som har gitt et flertall mot vindkraft nå. Videre får Brekken direkte spørsmål om pengene Frøya kommune får fra vindkraftutbyggingen ikke lenger er så viktig, fordi oppdrettsnæringen har gitt kommunen en styrket økonomisk situasjon. Brekken uttaler at kommunens økonomiske situasjon i dag er

annerledes enn for 17 år siden, og at dette er en årsak til at kommunen nå tenker annerledes.¹

Bilag 33: Transkribering av debatt i Dagsnytt 18 12. april 2019

Mandag 15. april 2019 fattet Frøya kommune vedtak hvor TrønderEnergi pålegges stans med øyeblikkelig virkning, jf pbl § 32-4. Vedtaket omtales i det følgende som "**15. april-vedtaket**". Rådmannens begrunnelse i vedtaket er juridisk. Gjennomgangen over viser imidlertid at den reelle begrunnelsen er politisk motstand mot vindkraftparken.

Bilag 34: Brev fra Frøya kommune med pålegg om stans med øyeblikkelig virkning 15. april 2019

Det er sistnevnte vedtak som påklages, da dette vedtaket er basert på feil lovanvendelse og har en reell begrunnelse basert på utenforliggende hensyn.

3 SAKENS RETTSLIGE SIDE

3.1 Innledning

TrønderEnergi anfører prinsipalt at 15. april-vedtaket er ugyldig grunnet feil lovanvendelse. For det første gjelder ikke fristbestemmelsen i pbl § 21-9 for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven. For det andre er tiltaket under enhver omstendighet satt i gang før fristens utløp. I tillegg ble det tatt utenforliggende hensyn da kommunestyret i 11. april-vedtaket avgjorde at tiltaket ikke var satt i gang, og i 15. april-vedtaket da TrønderEnergi fikk pålegg om stans i anleggsarbeidene med øyeblikkelig virkning. I det følgende vil vi begrunne TrønderEnergis anførsler. Først behandles de særskilte saksbehandlingsreglene som gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven.

3.2 Kort om forholdet mellom energiloven og plan- og bygningsloven ved tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven

Ved innføringen av ny plan- og bygningslov i 2008 ble forholdet til tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven vurdert særskilt i kapittel 3.6.2. Kapittelet behandler behovet for forenkling av regelverket både for overførings- og produksjonsanlegg:²

"Det er behov for å effektivisere plan- og konsesjonsprosessene knyttet til anlegg for produksjon og overføring av elektrisk energi. En effektiv behandling av slike saker er viktig for å avklare om prosjekter kan gjennomføres. 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. I praksis har det vært vanskelig å få til en god samordning mellom behandlingen etter plan- og bygningsloven og konsesjonsbehandlingen. Det er derfor behov for å vedta særskilte regler for denne typen tiltak.

Konsesjonsbehandlingen etter energi- og vannressurslovgivningen ivaretar langt på vei kravene til saksbehandling etter plan- og bygningsloven. Dette gjelder særlig for de tiltakene som faller inn under plan- og bygningslovens bestemmelser om konsekvensutredning. Dette vil alltid

¹ Hele innslaget kan høres på radio.nrk.no.

² Ot prp nr 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 40.

være tilfellet for kraftledninger i sentral- og regionalnettet, for vindkraftanlegg på mer enn 10MW og for større vannkraftutbygginger. For disse sakene vil kravene til offentlighet, medvirkning og dokumentasjon av virkninger alltid innebære mer omfattende prosesser enn det en ordinær regulerings sak etter plan- og bygningsloven krever. Det foreslås også justeringer som vil ivareta den kommunale innflytelsen i prosessene, samtidig som berørte statlige myndigheters interesser ivaretas gjennom å innføre en innsigelsesordning i konsesjonsbehandlingen."

For produksjonsanlegg spesielt understreker KMD at regionale vurderinger og prioriteringer er nødvendige for å bidra til den beste lokaliseringen av slike anlegg.³ KMD legger også til at kommunenes syn ivaretas gjennom konsesjonsbehandlingen:⁴

"Både i behandlingen av småkraft og vindkraft skal konsesjonsmyndigheten vektlegge de regionale planene ved sin behandling av søknader. Der det ikke foreligger slike planer, skal kriteriene i retningslinjene for vindkraft og tilsvarende i retningslinjene for små vannkraftverk, legges til grunn ved konsesjonsmyndighetens behandling av søknadene. På samme måte må konsesjonsmyndigheten vektlegge kommunale arealplaner og reguleringsplaner i sin konsesjonsbehandling."

KMD foreslår at kommunene ikke skal være pliktige å utarbeide reguleringsplan parallelt med søknad om konsesjon for slike anlegg, fordi dette har begrenset nytteverdi. Vi bemerker at KMD selv påpeker at et konsesjonsvedtak etter energiloven innebærer at dispensasjonsvilkårene etter pbl § 19-1 alltid er oppfylt.⁵

Tiltaket må imidlertid være i tråd med kommunens planer, jf pbl § 1-6 andre ledd. For å sikre dette har kommunen ifølge KMD to løsninger:⁶

"Der det allerede foreligger arealdel til kommuneplan eller reguleringsplaner som er til hinder for gjennomføringen av tiltaket, kan kommunen velge å sørge for nødvendig planendring, eller alternativt gi dispensasjon etter i § 19-2 tredje ledd."

Dette innebærer kort oppsummert at kommunen er en viktig høringsinstans i konsesjonsprosessen, med innsigelsesrett.⁷ Det er imidlertid konsesjonsmyndighetene NVE og OED som er ansvarlig for saksbehandlingen, og som fatter konsesjonsvedtaket. Her skal det legges stor vekt på kommunens eget syn. Når konsesjonsvedtaket er fattet, skal kommunen endre sine planer, eventuelt gi dispensasjon fra disse. For å unngå dobbeltbehandling er det ikke krav til reguleringsplan for tiltaket, og tiltaket er unntatt store deler av byggesaksdelen i plan- og bygningsloven, herunder kapittel 21, hvor den omtvistede fristbestemmelsen finnes.⁸

³ Ot prp nr 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 40.

⁴ Ot prp nr 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 41.

⁵ Ot prp nr 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 243.

⁶ Ot prp nr 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 41.

⁷ Jf energiloven § 2-1 syvende ledd.

⁸ Jf FOR-2010-03-26-488 Forskrift om byggesak (byggesaksforskriften) § 4-3 første ledd bokstav c jf plan- og bygningsloven § 20-6.

3.3 Fristbestemmelsen i § 21-9 gjelder ikke tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven

TrønderEnergi anfører prinsipalt at pbl § 21-9 ikke gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1. Pbl § 21-9 regulerer bortfall av tillatelse. Bestemmelsens 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."

Formålet med bestemmelsen er å sikre at tiltak kommer i gang innen rimelig tid etter at tillatelse er gitt:⁹

"Dette vil for det første motvirke at tiltakshavere har byggetillatelse uten konkrete planer om å sette i gang bygging. For det andre vil eksistensen av eldre, ubenyttede tillatelser som ikke nødvendigvis vil komme til å bli realisert, vanskeliggjøre arealplanlegging. For det tredje vil nye offentlige bestemmelser med krav til bygningers standard eller nye planer med videre kunne bli innført, uten at man kan gjøre disse gjeldende overfor allerede tillatte, men ikke igangsatte arbeider."

Bestemmelsen må ses i sammenheng med de særskilte saksbehandlingsreglene for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven § 3-1. Når anleggskonsesjon er gitt, gis det også vilkår om konsesjonens varighet. For konsesjonen gitt TrønderEnergi 11. januar 2019 fremgår det at produksjonsanlegget må være fullført og satt i drift innen 1. oktober 2020, jf bilag 12. Etter dette har konsesjonen en alminnelig varighet på 25 år.

Tiltak med anleggskonsesjon er som nevnt unntatt store deler av plan- og bygningsloven. Av pbl § 20-6 fremgår at visse tiltak ikke er søknadspiktig etter pbl § 20-1, der tiltaket blir tilfredsstillende behandlet etter andre lover. Videre inneholder bestemmelsen en forskriftshjemmel, benyttet i byggesaksforskriften ("SAK"). SAK § 4-3 første ledd lyder:

"For tiltak som er nevnt nedenfor under bokstav a til h og som er i samsvar med plan- og bygningsloven § 1-6 andre ledd, gjelder ikke reglene i plan- og bygningsloven kapitlene 20 (Søknadsplicht), 21 (Krav til innhold og behandling av søknader), 22 (Sentral godkjenning av foretak), 23 (Ansvar i byggesaker), 24 (Kvalitetssikring og kontroll med prosjektering og utførelse av tiltak), 25 (Tilsyn), 27 (Tilknytning til infrastruktur), 28 (Krav til byggetomta og ubebygd areal), 29 (Krav til tiltaket), 30 (Krav til særskilte tiltak) og 31 (Krav til eksisterende byggverk). Bestemmelsene i plan- og bygningsloven § 29-5 (Tekniske krav) og § 29-7 (Krav til produkter til byggverk) med tilhørende deler av byggteknisk forskrift gjelder så langt de passer for nevnte tiltak (...)"

Anlegg for produksjon av elektrisk energi med anleggskonsesjon etter energiloven er angitt i bestemmelsens bokstav c. Slike tiltak er altså unntatt hele byggesaksdelen i plan- og bygningsloven, med unntak av kapittel 26, som gjelder opprettelse og endring av eiendom.

⁹ Ot prp nr 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen) s 82.

Av SAK § 4-3 første ledd første punktum fremgår at bestemmelsen gjelder for tiltak som er i samsvar med pbl § 1-6 andre ledd. Pbl § 1-6 andre ledd har følgende ordlyd:

"Iverksetting av tiltak som omfattes av denne lov, kan bare skje dersom de ikke er i strid med lovens bestemmelser med tilhørende forskrifter, kommuneplanens arealdel og reguleringsplan, jf. kapittel 20 om søknadsplikt og tillatelse. Dette gjelder også hvis tiltaket er unntatt fra søknadsplikt etter §§ 20-5 og 20-6."

Av forarbeidene fremgår følgende:¹⁰

"Andre ledd klargjør at tiltaket og tillatelsen må følge de rammer som gjelder for vedkommende tiltak. Disse vil framgå av lov og forskrift og/eller være fastsatt i bindende arealplaner med arealformål og bestemmelser, herunder bestemmelser til hensynssoner, som har rettsvirkning etter loven. Siste punktum klargjør at dette kravet også gjelder for tiltak som tiltakshaver selv kan forestå eller som i utgangspunktet er fritatt for søknad og tillatelse. Dette omfatter også tiltak etter bokstav c, som innebærer unntak fra søknadsplikt når de behandles etter annen lov. Dersom slike tiltak ikke er i samsvar med planer og bestemmelser som nevnt, vil unntakene ikke gjelde. Når det gjelder tiltak etter energi- og vannressurslovgivningen, vises det til omtalen i kap. 3.6.2."

Siste setning refererer til nevnte overordnede vurdering av tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven, jf punkt 3.1 over. Etter vår oppfatning innebærer henvisningen til § 1-6 andre ledd i SAK § 4-3 første ledd bokstav c kun en presisering av det selvsagte, nemlig at tiltak trenger nødvendig planavklaring og at de ikke kan igangsettes dersom slik avklaring ikke foreligger. Den gir liten veiledning til det konkrete spørsmålet om et tiltak med anleggskonsesjon, som har fått nødvendig planavklaring gjennom dispensasjonsvedtak, vil være omfattet av fristbestemmelsen i § 21-9.

Spørsmålet om bestemmelsen gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven, er ikke behandlet i forarbeidene. Begrunnelsen er etter vårt syn at KMD gir en generell begrunnelse for å unnta slike tiltak fra byggesaksdelen i plan- og bygningsloven i et eget kapittel, som behandlet i punkt 3.1 over. Da gir det ikke mening å kommentere hver enkelt bestemmelse i byggesaksdelen og understreke at de ikke gjelder for slike tiltak. For øvrig er spørsmålet etter hva vi kan se verken behandlet i forarbeidene, juridisk teori eller rettspraksis.

Det foreligger etterarbeid av betydning for saken. KMD har i denne saken avgitt to tolkningsuttalelser i brev til Frøya kommune ved advokat Leira Bjørnsnøs. Den første gjelder nettopp spørsmålet om fristbestemmelsen i § 21-9 gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven. Den andre behandles i punkt 3.4 under. KMD konkluderer i den første uttalelsen med at fristbestemmelsen gjelder også disse tiltakene. Siden KMDs begrunnelse er svært kort, ser vi grunn til å innta hele begrunnelsen her:

"Henvisningen til pbl. § 1-6 andre ledd innebærer at tiltakene må være i samsvar med plan. Hvis et tiltak er avhengig av dispensasjon fra plan, må

¹⁰ Ot prp nr 32 (2007–2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 174.

denne gis for at tiltaket skal være unntatt fra reglene som er angitt i SAK10 § 4-3 første ledd. Tiltak som faller inn under SAK10 § 4-3 er følgelig ikke unntatt fra reglene om dispensasjon. Dispensasjonssøknader skal i prinsippet behandles for seg, og det skal gis et særskilt begrunnet vedtak. 1 Dispensasjonsvedtaket gis etter en selvstendig vurdering av om vilkårene i pbl. kapittel 19 er oppfylt, og gjelder uavhengig av behandlingen av tiltaket for øvrig. Departementet mener derfor at pbl. § 21-9 må gjelde for dispensasjonsvedtaket, selv om kapittel 21 ikke gjelder for selve tiltaket, f.eks. et vindkraftverk med anleggskonsesjon."

Dette er en kort og lite utfyllende etterarbeidsuttalelse. Uttalelsen kan ikke tillegges stor vekt, og i så fall kun begrunnet i dens argumentasjonsverdi. Etter vårt syn er argumentasjonsverdien lav. Den refererer heller ikke til begrunnelsen for at slike tiltak er unntatt byggesaksdelen, herunder at sakene blir tilfredsstillende behandlet gjennom konsesjonssystemet. Den kommenterer ikke at energiloven med forskrifter og forvaltningspraksis har egne fristbestemmelser, eller at slike tiltak regelmessig tar lengre tid enn tre år fra endelig konsesjonsvedtak til igangsetting. Den vurderer heller ikke konsekvensene av at slike tiltak er omfattet av fristbestemmelsen, herunder kommunenes ressursbruk ved gjentatte behandlinger og hensynet til utbyggers forutsigbarhet der planlegging og saksbehandling hos konsesjonsmyndighetene trekker ut i tid. Det er også et sentralt poeng at det ikke vil være behov for gjentatte dispensasjonsvedtak, fordi vurderingen av om det bør gis dispensasjon, foretas nettopp når det gis anleggskonsesjon. Så lenge et tiltak har anleggskonsesjon etter energiloven, vil tiltaket alltid vil oppfylle vilkårene for dispensasjon.¹¹ Heller ikke dette poenget er kommentert i uttalelsen.

Bilag 35: Brev fra KMD til Frøya kommune 29. mars 2019

Etter dette bør det legges størst vekt på ordlyden i SAK § 4-3 første ledd, jf pbl § 20-6, som fastsetter unntak fra kapittel 21, herunder § 21-9, for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven som har nødvendig planavklaring, det vil si et dispensasjonsvedtak. Sammenhengen i regelverket, herunder sammenhengen med energilovens egne fristbestemmelser, tilsier at § 21-9 ikke gjelder slike tiltak. Sterke reelle hensyn, herunder hensynet til å unngå unødvendig saksbehandling samt behovet for forutsigbarhet for utbygger, trekker i samme retning. Det er heller ikke behov for å la bestemmelsen få anvendelse på slike tiltak. Til sist gir det rett og slett liten mening å mene at et dispensasjonsvedtak for et tiltak bortfaller på grunn av en bestemmelse som ikke gjelder for tiltaket.

3.4 Subsidiært: Fristen er under enhver omstendighet avbrutt, da tiltaket er "satt i gang"

Dersom Fylkesmannen skulle komme til at fristbestemmelsen i pbl § 21-9 gjelder for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven, er fristens utløp 7. april 2019, se bilag 6. TrønderEnergis subsidiære anførsel er at tiltaket ble satt i før fristens utløp 7. april 2019. TrønderEnergi anfører at fristen avbrytes ved innsendelse av søknad om MTA-plan, subsidiært ved mobilisering av anleggsmaskiner, og atter subsidiært etter en konkret vurdering av hvorvidt de fysiske anleggsarbeidene ville vært igangsatt dersom tiltaket ikke ble forhindret av aksjonister som oppholdt seg ulovlig på anleggsområdet.

¹¹ Ot prp nr 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s 243.

Fristbestemmelsen i § 21-9 første ledd avbrytes dersom tiltaket er "satt i gang". Ordlyden gir liten veiledning i hva som kreves for at et tiltak er satt i gang. Forarbeidene behandler som nevnt over ikke fristavbrytelse for tiltak med anleggskonsesjon etter energiloven, og det foreligger ingen relevant rettspraksis som gir veiledning. Forarbeidene har noen motstridende uttalelser. Det fremgår først at fysiske arbeider må være i gang for fristavbrytelse:¹²

"Etter departementets syn må selve byggeprosessen, det vil si det fysiske arbeidet, være 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. Derimot vil for eksempel byggverket være igangsatt når grunnmur eller tilsvarende fundament er oppført. Det er ikke tilstrekkelig for å avbryte fristen at tiltakshaver er meddelt igangsettingstillatelse, selve tiltaket må være påbegynt før tre år er gått."

Like under dette avsnittet fremgår en helt motsatt uttalelse: "Dette innebærer at det må gis tillatelse til tiltak innen tre år for at dispensasjonen ikke skal falle bort." I tillegg fremgår det at innholdet i bestemmelsen ikke var ment å endres ved ny plan- og bygningslov fra 2008,¹³ En må derfor se hen til gjeldende rett før 2008. Bestemmelsen kom inn i dagjeldende plan- og bygningslov fra 1985 i 2002, og det fremgår av forarbeidene at:¹⁴

"En fristavbrytende handling i forhold til 3-årsfristen vil være innsending av en søknad om rammetillatelse eller en byggemelding. Der tiltaket ikke krever melding eller tillatelse, vil fristavbrytelsen være igangsetting av tiltaket."

Likevel har førstnevnte uttalelse i 2008-forarbeidene blitt lagt til grunn som standarden for tolkningen av "satt i gang" i pbl § 21-9.¹⁵ Blant annet har KMD i en tolkningsuttalelse fra 2004 konkludert med at også tiltak som krever byggetillatelse, må være fysisk igangsatt med vesentlige inngrep i marken for å kunne anses som "satt i gang."¹⁶

Sivilombudsmannen kom imidlertid til motsatt konklusjon i en uttalelse fra 2011.¹⁷ Spørsmålet var om innsendelse av byggesøknad kunne anses som fristavbrytende tiltak. Saken har overføringsverdi til vår sak, fordi den viser at en kan legge vekt på også andre hensyn enn hvilke fysiske tiltak som er igangsatt.

Saken gjaldt varigheten av en gitt rammetillatelse, hvor tiltakshaver hadde innsendt byggesøknad i henhold til rammetillatelsen seks uker før rammetillatelsen utløp. Kommunen avviste søknaden fire måneder etter innsendelse av byggesøknad, fordi rammetillatelsen på det tidspunktet var utløpt.

I sin vurdering uttalte Sivilombudsmannen at det ikke kunne legges avgjørende vekt på forarbeidsuttalelsen som er gjengitt foran. Vi bemerker også at Sivilombudsmannen ikke

¹² Ot prp nr 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen) s 325.

¹³ Ot prp nr 45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen) s 324.

¹⁴ Ot prp nr 112 (2001-2002) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (tidsfrister i byggesaker, forenklinger m.m) s 127.

¹⁵ S

¹⁶ Kommunal- og moderniseringsdepartementet 22. desember 2004, KMD ref 04/3942.

¹⁷ SOM-2011-730.

viste til juridisk teori eller tolkningsuttalelsen fra KMD, men derimot til nevnte uklarhet i forarbeidene. Sivilombudsmannen viste til at departementets syn om at fysiske arbeider måtte være igangsatt, ikke var begrunnet, og at det ikke fremgikk noen vurdering av konsekvensene av departementets syn. Videre var det ikke tatt stilling til en situasjon som i den aktuelle saken, hvor det var kommunens egen saksbehandlingstid som medførte at det fysiske arbeidet ikke var igangsatt ved utløpet av treårsfristen. Sivilombudsmannen la derfor til grunn at den nye loven og forarbeidene til den ikke ga veiledning til den aktuelle problemstillingen.

Sivilombudsmannen vurderte etter dette at krav om igangsettelse av fysiske arbeider, som igjen var avhengig av at byggetillatelse var gitt, ville medføre uheldige og utilsiktede virkninger. Det ble blant annet lagt vekt på sterke reelle hensyn og sammenhengen i regelverket, herunder tiltakshavers evne til å påvirke egen situasjon og det urimelige i at kommunens saksbehandlingstid skulle få avgjørende betydning for fristoversittelse:¹⁸

"Muligheten for å utføre fristavbrytende tiltak og dermed påvirke sin egen rettsposisjon vil ikke være til stede, noe som klart er i strid med lovgivers forutsetninger."

Sivilombudsmannen konkluderte ikke generelt med at innsendelse av byggesøknad ville være fristavbrytende, men at tiltakshavers aktivitet måtte ses i sammenheng med myndighetenes plikt til å behandle igangsettingssøknaden.

Det er etter dette på det rene at det ikke i alle tilfeller vil kreves at fysisk arbeid må være igangsatt for fristavbrytelse etter plan- og bygningsloven § 21-9. Dette må ses i sammenheng med energilovens system. Når konsesjon er gitt etter energiloven (tilsvarende rammetillatelse), må tiltakshaver få godkjent MTA-planen (tilsvarende byggetillatelse). Tiltaket kan ikke iverksettes før MTA-planen er godkjent. Tiltakshaver er her i samme situasjon som når en tiltakshaver med rammetillatelse sender inn søknad om byggetillatelse.

Innsendingen av MTA-planen skjedde 19. november 2018, altså i god tid før dispensasjonen ville utløpe. Tiltakshaver har her gjort det som er mulig for å sikre tiltakets fremdrift etter at dispensasjonsvedtaket ble fattet. Reelle hensyn og sammenhengen i regelverket taler for at innsendelse av MTA-planen var fristavbrytende i denne saken.

I det tilfelle at det kreves fysisk igangsettelse av tiltaket for å avbryte fristen, tilsier reelle hensyn at en ikke kan stille for strenge krav for hvilke handlinger som kreves. Generelle uttalelser i juridisk teori om at grunnmur må være støpt eller lignende, kan ikke tillegges vekt. De er begrunnet i at en ikke skal kunne stikke en spade i jorda for å avbryte fristen, det vil si at tiltaket reelt sett må være i gang. Utbygging av en vindpark har helt andre dimensjoner enn alminnelige tiltak som behandles etter byggesaksdelen i plan- og bygningsloven. Fysiske forberedelser som mobilisering av anleggsmaskiner er det nødvendige første steget, og er av slike dimensjoner at dette i seg må kunne anses som fristavbrytende.

TrønderEnergi fikk tillatelse til å bygge ved godkjennelse av MTA-planen 28. mars 2019, og igangsatte prosjektet 1. april 2019 ved å mobilisere anleggsmaskiner. Dette innebærer fysisk mobilisering og transport av både tunge anleggsmaskiner og en borerigg fra Trondheim, samt mobilisering av personell som skal arbeide på anleggsstedet. Etter avtalen med entreprenøren skulle oppstart skje 1. april 2019. Etter mobiliseringen påløper kostnader på

¹⁸ SOM-2011-730.

flere hundre tusen kroner per døgn. Det er åpenbart at tiltakshaver har igangsatt den nødvendige mobiliseringen for å gjøre det fysiske arbeidet, og at disse tiltakene er reelle tiltak for å igangsette anleggsarbeidet. Allerede dette har slike dimensjoner at tiltaket må anses å være satt i gang.

I denne skjønnsmessige vurderingen må det også kunne legges vekt på at den videre fremdriften har blitt forhindret av protestaksjoner. En slik hindring av videre fremdrift, når prosjektet tydelig har forlatt et planleggingsstadium, kan klart ikke hindre at tiltaket anses å være satt i gang. Urettmessig hindring av fysiske arbeider ikke kan ha som rettslig konsekvens at tillatelser bortfaller. En motsatt forståelse ville ha helt generelle åpenbare og sterkt negative konsekvenser for lovlige tiltak som utsettes for ulovlige aksjoner.

Kort oppsummert er TrønderEnergis påstand at både 11. april-vedtaket og 15. april-vedtaket baserer seg på feil lovanvendelse. Videre er 15. april-vedtaket mangelfullt begrunnet, og det er tatt utenforliggende hensyn, noe som begrunnes i det følgende.

3.5 Det er tatt utenforliggende hensyn

Det må anses ubestridt at 11. april-vedtaket ble fattet fordi kommunestyret ikke lenger ønsker vindkraft på Frøya. Den dokumentasjonen som foreligger, gir ingen opplysninger om hvorfor kommunestyret anser tiltaket for ikke å være satt i gang. Vi vet at kommunens advokat og rådmannen mente fristen var avbrutt, se bilag 21 s 5 og 30. TrønderEnergi anser det som åpenbart at det ikke ligger en saklig og juridisk fundert begrunnelse bak, men kun et politisk ønske om å stoppe vindkraftutbyggingen. Dette synes heller ikke å være bestridt av motparten.

11. april-vedtaket om at dispensasjonen anses utløpt, er ikke et enkeltvedtak som kan påklages. Når kommunen basert på samme politisk motiverte lovforståelse fatter vedtak om stans i anleggsarbeidene, må likevel 11. april-vedtaket trekkes inn i vurderingen av om kommunen har basert 15. april-vedtaket på utenforliggende hensyn.

Forvaltningen er underlagt helt grunnleggende krav til saklighet i sin skjønnsutøvelse. Den ulovfestede læren om myndighetsmisbruk, som bygger på rettspraksis, inneholder et forbud mot usaklig forskjellsbehandling og mot å bygge på utenforliggende og usaklige hensyn. Sentralt vil være om de hensynene som ligger bak et vedtak gjenfinnes i formålet med bestemmelsen.

Formålet med pbl § 21-9 første ledd er beskrevet over i punkt 3.3. Sentralt er hensynet til å sikre tilstrekkelig fremdrift og ikke båndlegge arealer over lengre tid dersom et tiltak ikke gjennomføres; som nevnt ivaretas dette av konsesjonssystemets fristbestemmelser. Det må anses åpenbart at en politisk omkamp om vindkraftverket ikke er et saklig hensyn i vurderingen av om et tiltak er satt i gang eller ikke. Tiltakshaver må kunne kreve at vurderingen av om tiltaket er igangsatt og fristen avbrutt ikke er politisk motivert.

Siden det er lagt vekt på utenforliggende hensyn, må 15. april-vedtaket oppheves som ugyldig.

3.6 Kort om rådmannens begrunnelse

Rådmannen foretar i pålegget om stans med øyeblikkelig virkning en vurdering av de rettslige sidene som er omtalt her. Vi vil kort kommentere følgende:

"Etter rådmannens vurdering er hensynet til at en stoppordre vil påføre tiltakshaver kostnader ikke tilstrekkelig til å oppveie for hensynet som

ligger bak kommunens plikt til å gripe inn overfor uopprettelige tiltak som gjennomføres i strid med arealformålet i kommuneplanens arealdel. Rådmannen finner derfor at det er nødvendig å gi TrønderEnergi Vind AS pålegg om stans etter pbl. § 32-4, jf. også § 32-10."

Rådmannens begrunnelse og interesseavveining hviler på at dispensasjonen faktisk er bortfalt, hvilket ikke er tilfellet. Videre viser dette manglende forståelse for nettopp konsesjonssystemet. Konsesjonen ligger fast, og tiltaket vil bli gjennomført. Det er derfor ikke behov for å gripe inn overfor tiltak, heller ikke de som kan være uopprettelige, fordi disse uansett vil bli gjennomført på et senere tidspunkt.

4 KLAGEBEHANDLINGEN

Som klageinstans kan Fylkesmannen prøve alle sider av saken, jf fvl § 34 første ledd. Saken innebærer ikke prøving av kommunens diskresjonære skjønn, men om 15. april-vedtaket er fattet basert på feil lovanvendelse og utenforliggende hensyn. Fylkesmannen skal dermed ikke i denne saken ta hensyn til det kommunale selvstyret og slik legge vekt på kommunens synspunkter hva gjelder vindkraftutbygging på Frøya.

Når det gjelder prøvingen av lovtolkningen, understreker vi at kommunen, hvis den hadde fulgt anbefalingen fra egen advokat og administrasjon, ville ha landet på at dispensasjonen ikke hadde gått ut. Dersom fylkesmannen kommer til at det er utenforliggende hensyn som medførte at kommunen landet på at dispensasjonen var gått ut, må resultatet bli at fylkesmannen opphever 15. april-vedtaket og anser dispensasjonsvedtaket som fortsatt gjeldende.

Videre vil vi understreke at det er forbundet med store kostnader å stanse eller forsere anleggsarbeidet på Frøya vindkraftverk. TrønderEnergis entreprenør har estimert kostnadene til kr 513 648 per dag ved stans i arbeidet og kr 642 060 per dag ved forsering av arbeidene.

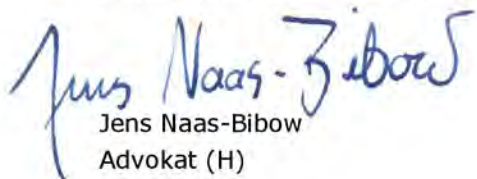
Bilag 36: Kostnadsestimat Søbstad AS 11. april 2019.

Det er derfor avgjørende at klagen behandles raskt. Vi understreker at OED både gjennom avslaget på oppsettende virkning av klage på detalj- og MTA-plan 10. april 2019 og statsrådets svar til Stortinget 12. april 2019 har gitt klar beskjed om at konsesjonen ikke vil bli trukket tilbake, jf bilagene 27 og 23. I ytterste konsekvens vil det være mulig for OED å fatte vedtak om at konsesjonen gis virkning som statlig plan, jf pbl § 6-4 tredje ledd.

Anleggsarbeidet som skal gjennomføres i tiden frem mot uke 23, er uansett ikke av betydning for det som er det sentrale temaet for klagen på godkjenning av detalj-/MTA-planen, nærmere bestemt turbinvalg og -plassering. Dette er i samsvar med OEDs synspunkter i vurderingen av om klagene på detalj-/MTA-planen skulle gis oppsettende virkning, se bilag 27. Her påpekes det at anleggsarbeidene i en lengre periode fremover ikke har betydning for den behandling som skal foretas av klagene. Vi viser også til statsråd Freibergs svar i bilag 23. Vi minner om at det er OED som har øverste myndighet til å vurdere fordelene opp mot skadevirkningene ved å gi konsesjon til produksjon av elektrisk energi.

Grunnet behovet for snarlig igangsettelse av arbeidet bes samtidig om at vedtaket gis utsatt iverksettelse til klagen er behandlet, jf fvl § 42.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Thommessen AS


Jens Naas-Bibow
Advokat (H)

Jens Naas-Bibow
Advokat (H)