



«MOTTAKERNAVN»
«KONTAKT»
«ADRESSE»
«POSTNR» «POSTSTED»
«UTLANDSADRESSE»

Juridisk avdeling
Deres ref.: «REF»
Vår ref.: 2016/4508 421.4 ADH
Vår dato: 02.12.2016

Vedtak i klagesak – Fylkesmannen opphever Hvaler kommunes vedtak om detaljreguleringsplan for Stenbruddet, Kirkøy

Vi viser til klage datert 12.03.16 fra advokat Peter T. Hansen på vegne av Tom Kofoed, Trond Abrahamsen og Ørekroken Vel, med tillegg datert 05.07.16, 31.08.16, 06.10.16, 10.10.16 og 23.11.16, klage datert 22.03.16 fra Forum for natur og Friluftsliv (FNF), med tillegg datert 14.11.16, samt klage fra Birgit Patridge datert 30.03.16. Klagene gjelder Hvaler kommunes vedtak av 11.02.16 om godkjenning av detaljreguleringsplan for Stenbruddet (Steintippen øst) på Kirkøy.

Vi mottok sakens dokumenter fra kommunen den 28.06.16. Vi beklager lang saksbehandlingstid.

Fylkesmannens vedtak

Fylkesmannen opphever kommunens vedtak av 11.02.16 i sak 49/16 på grunn av mangelfull høring, jf. pbl. § 12-10. Saken sendes tilbake til kommunen for ny behandling.

Kommunen må behandle saken på nytt.

Fylkesmannens vedtak er endelig, og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd. Nærmere begrunnelse for vedtaket under avsnittet ”Fylkesmannens vurdering av saken” nedenfor.

En oversikt over dokumentene i saken følger av kommunens oversendelsesbrev.

Fylkesmannen gjennomførte befaringsplanområdet den 23.11.16. Tilstede på befaringsplanområdet var:

- Nina Frydenlund fra FNF Østfold
- Bjørn Gudevold fra FNF Østfold
- Kamil Dursun fra Høyskolen i Østfold
- Trond Abrahamsen
- Leif K. Ervik fra Ørekroken Vel
- Tom Kofoed
- Per Arne Johansen fra NOF (Norsk Ornitologisk Forening) avd. Østfold
- Elsa Thorenfeldt
- Robert Moan, Virksomhetsleder, Areal og byggesak i Hvaler kommune
- Advokat Peter T. Hansen
- Vidar Asbjørnsen, Kirkøy Maskinentreprenør AS
- Andreas Sporlid Olsen, Rambøll AS
- Anne Danielsen Haugland, seniorrådgiver Fylkesmannen i Østfold



- Gøril Hjelseth, seniorrådgiver Fylkesmannen i Østfold

Vi anser for øvrig at sakens dokumenter, digitale kart og bilder vedlagt saksdokumentene gir tilstrekkelig informasjon til at vi kan behandle klagen, jf. fvl. § 17.

Bakgrunnen for saken

Planforslaget er utarbeidet av Rambøll AS på vegne av Kirkøy maskinentreprenør AS.

Formålet med planen er å legge til rette for masseuttak og videreforedling av tilkjørte pukkverkmasser på eiendommen gbnr. 23/45. Planområdet er i hovedsak et areal som tidligere har vært steinmassedeponi etter utbygging av tunnelen mellom Asmaløy og Kirkøy. I perioder har det vært knusing av stein på området. Kirkøy maskinentreprenør AS ønsker å legge til rette for en videreutvikling av området. Området befinner seg rett sørøst for nedkjøringen til Hvalertunnelen fra Kirkøy. Planområdet ligger ca. 260 meter fra Arekilen naturreservat, ca. 510 meter fra Hvaler Prestegårdskog naturreservat og ca. 250 meter fra Ytre Hvaler nasjonalpark.

Varsel om oppstart av reguleringsplanprosessen ble sendt berørte myndigheter og naboer 30.06.06. Av ulike årsaker ble det etter varsel om oppstart en pause i prosjekteringen. I 2009 ble det avholdt ny forhåndskonferanse med kommunen, og det ble besluttet å sende fornyet varsel om oppstart. Fornyet varsel om oppstart ble sendt berørte myndigheter og naboer 13.04.10.

Området er avsatt til fremtidig næringsbebyggelse i gjeldene kommuneplans arealdel 2011-2023 av 07.04.11. Detaljplanens hovedformål er steinbrudd og masseuttak. Tiltaket er derfor ikke i tråd med kommuneplanens arealdel. Planforslagsstiller og kommunen har vurdert at planen ikke må konsekvensutredes. For nærmere detaljer viser vi til planbeskrivelsen, sist revidert 11.11.15.

Planen lå ute til høring og offentlig ettersyn i perioden 15.06.13-15.08.13. Det kom inn 36 uttalelser, ved en av uttalelsene fra berørte naboer var vedlagt 1339 underskrifter mot planforslaget.

Kommunestyret behandlet planforslaget 04.09.14 i sak 57/14, og avslo forslaget med følgende begrunnelse:

«Etablering av pukkverk i 25 år er i strid med kommuneplanen som sier at områder er satt av til næringsbygg.

Planområdet ligger innenfor hensynssone kulturmiljø og er et regionalt viktig kulturmiljø. Etableringen av pukkverket vil bli nærmeste nabo til Nasjonalparken og naturreservatet Arekilen. Vi ønsker ikke at et slikt anlegg skal gi stor støy og støvforurensning inn i disse områdene som også er et rekreasjonsområde for mange.

Støyen det vises til i planen og resultatene av målingene, er gjennomsnittlig støy gjennom hele året. Støymålingene sier ingenting om øyeblikksbildet av opplevd støy. Derfor gir ikke målingen noe riktig svar på støybildet når pukkverket faktisk er i drift. Vi frykter at friluftsområdene vil bli berørt og ødelagt av støy.

Drift av pukkverk avgir også mye støv. Dette er umulig å kontrollere 100 % med vanning. Vi frykter at områdene på utsiden av planområdet blir berørt av støv.

Tangenbekken er en stilleflytende bekk med skjørt habitat. Tangenbekken munner ut i Ørekroken som er et unikt område også nasjonalt. Vi kan ikke tillate at avrenning fra et pukkverk skal føre med seg miljøgifter og forurensning Tangenbekken og Ørekroken.»

Hvaler kommune mottok revidert planforslag fra Rambøll AS den 17.11.15. I det reviderte forslaget er tillatt driftstid i følge planforslagsstiller justert med 60 %. I tillegg er det foreslått en ny bestemmelse som forbyr bruk av tilsetningsvæske i overrislingsanlegg.

Kommunen vurderte at ny høring var unødvendig, da endringene var gjort for i større grad å imøtekomme signaler mottatt ved sluttbehandlingen høsten 2014. Kommunen vurderte at endringene er positive for omgivelsene og allmennheten generelt. Verken berørte offentlige instanser eller berørte naboer til planområdet ble varslet om at det var kommet inn et revidert planforslag.

Med 13 mot 18 stemmer vedtok kommunestyret 11.02.16 planforslaget, sist revidert 11.11.15, med følgende tillegg:

«Søker må drive innenfor tidsrommet 1. oktober til 1. april.

Kommunestyret vil anmode om at bearbeiding av steinmasser ikke foregår i forbindelse med jule- og påskehøytidene.»

På vegne av Tom Kofoed, Trond Abrahamsen og Ørekroken Vel påklaget advokat Peter T. Hansen vedtaket. Han anfører i hovedsak at vedtaket er ugyldig grunnet saksbehandlingsfeil, feil lovanvendelse og feil i faktum.

Saksbehandlingsfeil:

- Det er en saksbehandlingsfeil at kommunen ikke varslet berørte myndigheter og naboer om det reviderte planforslaget og gitt dem anledning til å uttale seg til det nye forslaget. Prinsipalt anføres at dette dreier seg om en ny sak, subsidiært at Hvaler kommunen har omgjort tidligere beslutning. Hvaler kommunens saksbehandling representerer et brudd på det kontradiktoriske prinsipp.
- Støy, utslipp av gråvann i Tangenbekken og luftforurensning skulle vært konsekvensutredet.

Feil faktum:

- Støyrapporten til Rambøll AS medfører ikke riktighet. Kommunen har derfor vedtatt planen på et feilaktig faktisk grunnlag.

Lovanvendelse:

- Støy- og støvforurensningene som vil oppstå ved en realisering av planen er i strid med kommuneplanens arealdel.
- Planforslaget er i strid med fredningsbestemmelsene for Arekilen Naturreservat punkt 4.

Advokat Hansen stiller også spørsmål ved tiltakshavers økonomiske evne til å gjennomføre prosjektet. For øvrig viser vi til klagen med tillegg i sin helhet.

Forum for Natur og Friluftsliv har i hovedsak anført at planen ikke er i tråd med bestemmelsene i naturmangfoldloven § 49, og at vurderingene som gjelder området verdi for friluftsliv ikke er valide. Reguleringen får store konsekvenser for friluftslivet i området og er i strid med Hvaler kommunes egne styrende dokumenter som kommuneplanens samfunnsdel og økonomiplan 2016-2019. Det fremheves at støyberegninger angitt som gjennomsnittsstøy ikke gir et riktig bilde av den faktiske støyen når anlegget er i drift. For nærmere detaljer viser vi til klagen i sin helhet med tillegg.

Birgit Patridge anfører i sin klage at det er skuffende at kommunen tar opp igjen plansaken bak «låste dører». Videre mener hun at vedtatt plan vil redusere verdien på hennes hytte i Ørekroken.

Kommunestyret behandlet klagen 22.06.16 og opprettholdt sitt tidligere vedtak med 13 mot 8 stemmer.

Saken ble deretter oversendt Fylkesmannen for endelig avgjørelse.

Vi refererer ikke ytterligere fra sakens dokumenter, kommunens vurderinger eller klagerens anførsler, fordi vi forutsetter at disse er kjent for partene i saken.

Fylkesmannens vurdering

Vi legger til grunn at klagerne i saken har klagerett, og at klagen er kommet inn i rett tid, jf. forvaltningsloven §§ 28 og 29. Vilkårene for å behandle saken er derfor oppfylt.

Fylkesmannen har behandlet saken i medhold av plan- og bygningsloven § 1-9 og delegasjon av avgjørelsesmyndighet fra Miljøverndepartementet gitt i rundskriv T-2/09.

1. Innledning

Kommunestyret er øverste planleggings- og reguleringsmyndighet og har ansvaret for å utøve det planfaglige skjønn, herunder arealdisponeringer innen planområdet, jf. plan- og bygningsloven § 3-3. Etter en samfunnsmessig vurdering, i samråd med berørte statlige fagmyndigheter, fylkeskommunen og andre som måtte ha interesser i planområdet, er det derfor kommunestyret som avgjør hvilke områder som skal med i reguleringsplanen.

Kommunens valg av ulike arealbruksformål etter § 12-5, hensynssoner etter § 12-6 og reguleringsbestemmelser etter § 12-7, er i utgangspunktet en fri skjønnsmessig vurdering. Det er kommunestyret som er tillagt oppgaven som den øverste reguleringsmyndighet, og kommunestyret må derfor foreta nødvendige avveininger av ulike hensyn og behov.

Fylkesmannen kan i utgangspunktet prøve alle sider av en sak som er til klagebehandling, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av kommunen, skal imidlertid klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Dette innebærer blant annet at Fylkesmannen skal vise varsomhet med å overprøve vedtak der kommunal skjønnsutøvelse har vært avgjørende for vedtakets innhold. Fylkesmannens vurdering av reguleringsplaners innhold er derfor i stor grad begrenset til å prøve om det konkrete vedtaket oppfyller de alminnelige forvaltningsrettslige krav til saklighet mv. Videre må Fylkesmannen kontrollere om planen har vært behandlet og utformet i samsvar med saksbehandlingsreglene for utarbeidelse av reguleringsplaner i plan- og bygningsloven kap. 12.

Det foreligger ikke innsigelse fra statlige eller regionale myndigheter mot reguleringsplanen. Vilkårene for at kommunestyret skal kunne godkjenne reguleringsplanen er derfor oppfylt.

Klagene har vært forelagt Østfold fylkeskommune. I brev av 09.08.16 uttaler fylkeskommunen at en gjennomføring av vedtatt plan vil kunne få negative følger for klagerne og berøre regionale interesser. Fylkeskommunen savner en bredere lokal og regional vurdering av behov og tilbud.

2. Nærmere om klagene

Det er fremmet en rekke anførsler i saken, og anførslene er med visse unntak sammenfallende. Anførslene retter seg mot kommunens saksbehandling - herunder manglende varsel om nytt planforslag og mangelfull utredning, feil i faktum - herunder mangelfull støyrappport, samt feil lovanvendelse. Klagerne mener planen er ugyldig og ber om at den oppheves.

Første spørsmål er om detaljreguleringsplanen er ugyldig grunnet saksbehandlingsfeil.

3. Saksbehandlingsfeil

Advokat Hansen anfører at det er en saksbehandlingsfeil at berørte myndigheter og naboer ikke ble varslet om det reviderte planforslaget kommunen mottok 15.11.15. Da kommunen avslø planforslaget i 2014, var det reviderte planforslaget en ny sak som skulle vært sendt på høring. I det minste hadde berørte naboer, med hjemmel i fvl. § 17 andre ledd, rett til å gjøre seg kjent med de nye opplysningene. De skulle vært forelagt dem for uttalelse. Unntakene i § 17 andre ledd a-c kommer ikke til anvendelse her. Manglende varsel er et brudd på det kontradiktoriske prinsipp.

Kommunen vurderte at ny høring var unødvendig, da endringene ble gjort for i større grad å imøtekomme signaler mottatt ved sluttbehandlingen høsten 2014. Kommunen vurderte at endringene er positive for omgivelsene og allmennheten generelt.

Er manglende varsel en saksbehandlingsfeil?

Kravet til medvirkning er fremhevet i formålsparagrafen i plan- og bygningsloven, og fremgår av flere bestemmelser i loven. Pbl. § 5-1 om medvirkning lyder:

«Enhver som fremmer planforslag, skal legge til rette for medvirkning. Kommunen skal påse at dette er oppfylt i planprosesser som utføres av andre offentlige organer eller private.»

Plan- og bygningsloven § 12-8 første ledd lyder:

«Når planarbeidet igangsettes, skal berørte offentlige organer og andre interesserte varsles. Når forslagsstilleren er en annen enn planmyndigheten selv, skal planspørsmålet legges fram for planmyndigheten i møte. Kommunen kan gi råd om hvordan planen bør utarbeides, og kan bistå i planarbeidet.»

Plan- og bygningsloven § 12-10 første ledd lyder:

«Forslag til reguleringsplan sendes på høring og legges ut til offentlig ettersyn. Planforslaget gjøres tilgjengelig gjennom elektroniske medier. Frist for å gi uttalelse og eventuelt fremme innsigelse skal være minst seks uker. Dersom reguleringsplan er underlagt krav om konsekvensutredning etter § 4-2, skal konsekvensutredningen følge planforslaget.»

I veileder til utarbeiding av reguleringsplan (T-1490) side 15 og 16 er medvirkning omtalt slik:

«Bestemmelsene om medvirkning i planprosessen er forsterket i den nye plan- og bygningsloven fra 2008. Planlegging og byggesaksbehandling skal sikre demokrati og medvirkning slik at alle som blir berørt, skal kunne delta og få mulighet til å uttale seg. Åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning i nødvendig utstrekning er ment å være

vesentlige elementer både ved plan- og byggesaksbehandling etter loven. Dette er i samsvar med grunnleggende demokratiske og rettssikkerhetsmessige prinsipper.»

Hensynene bak varslingsreglene er mange. Varslingsreglene i plan- og bygningsloven § 12-8 og § 12-10 bygger på det kontradiktoriske prinsipp om at parter/andre berørte i en sak skal orienteres om at en sak er reist og gis anledning til å uttale seg. Slik medvirkning vil bidra til sakens opplysning og skape åpenhet og tillit til forvaltningen, slik «god forvaltningsskikk» tilsier. I en planprosess er det viktig at berørte får anledning til å fremlegge sine synspunkter så tidlig som mulig, slik at de kan få reell innflytelse på utformingen av planforslaget. Samtidig vil planmyndigheten få informasjon av betydning for det videre arbeidet med utkastet.

I og med at kommunestyret avsto planforslaget i 2014, er vi enig med advokat Hansen i at det reviderte planforslaget må anses som en ny sak som skal følge reglene i pbl. Etter pbl. § 12-10 skal planforslaget sendes på høring og legges ut til offentlig ettersyn. Det er en saksbehandlingsfeil at kommunen valgte å unnlate dette i denne saken.

Det kan stilles spørsmål ved om det nye reviderte planforslaget fordrer nytt varsel om planoppstart etter § 12-8. Vi finner ikke grunn til å konkludere endelig på dette, da vi uansett mener det nye planforslaget skulle vært sent på høring og lagt ut til offentlig ettersyn etter pbl. § 12-10.

Er vedtaket likevel gyldig, jf. prinsippet i fvl. § 41?

Etter forvaltningsloven § 41 er et vedtak likevel gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Bestemmelsen gjelder direkte for saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven. Imidlertid er det lagt til grunn at bestemmelsen kan benyttes analogisk på saksbehandlingsfeil etter særlovgivningen, herunder plan- og bygningsloven, så lenge særlovgivningen ikke har regler som avviker fra prinsippet i § 41.¹

Fvl. § 41 lyder:

«Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når der er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.»

Woxholt skriver i «Forvaltningsloven med kommentarer» side 646-647:

«Som det fremgår av ordlyden, setter bestemmelsen ikke positive vilkår som må oppfylles for at vedtaket skal bli ugyldig. Den sier bare at visse vedtak er gyldige til tross for feilene i saksbehandlingen. Formuleringen er tilsiktet. Meningen har vært at man skal åpne muligheten for at et vedtak ikke blir ugyldig som en ufravikelig følge av saksbehandlingsfeilen, selv om denne kan ha virket inn på resultatet. Dermed kan det

sies at § 41 ikke kan tolkes antitetisk.»

(vår understrekning)

Vi vil nedenfor først vurdere om vedtaket, til tross for overnevnte saksbehandlingsfeil, er *gyldig* etter fvl. § 41, dvs. om feilene ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold. Deretter vil vi vurdere om vedtaket er *ugyldig* etter de ulovfestede reglene om ugyldighet.

¹ «Forvaltningsloven med kommentarer» av Geir Woxholt side 646

Etter ordlyden oppstilles en lav terskel for når et vedtak ikke er gyldig etter § 41. I Husebyskogdommen, Rt 2009 side 661 avsnitt 71, hvor det forelå manglende konsekvensutredning av vedtak om bygging av ambassade, uttaler førstvoterende at «det er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet». Videre uttaler førstvoterende i avsnitt 72:

«Vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nokså lite til. Sammenholdt med de interesser som skal ivaretas gjennom reglene om konsekvensutredning, og den komplekse utredningsprosessen det der legges opp til, vil veien frem til ugyldighet derfor kunne være kort når saksbehandlingsfeilen består i manglende eller mangelfull konsekvensutredning. Men noen automatikk er det ikke tale om. Og det er etter mitt syn heller ikke rom for en alminnelig presumsjon for innvirkning, slik de ankende parter har tatt til orde for. En slik presumsjon ville representere en ugrunnet stor vektning av form fremfor innhold. Det kan ikke tas for gitt at de hensyn og interesser som skal ivaretas gjennom reglene for konsekvensutredning, i en konkret sak ikke også kan ivaretas innenfor rammene av en ordinær planbehandling. I forhold til innvirkningskriteriet må man etter mitt syn derfor gå konkret til verks, og knytte undersøkelsen til de enkelte påberopte avvik fra den saksbehandlingen som skulle ha vært fulgt dersom det var gjennomført konsekvensutredning i den aktuelle saken.»

Sivilombudsmannen har i sak som blant annet gjaldt unnlatt varsling om reguleringsendring uttalt²:

«Med hensyn til den vurderingen fylkesmannen i denne saken har foretatt etter § 41, ser jeg det slik at unnlatt varsling av en berørt part er en type saksbehandlingsfeil som relativt lett kan tenkes å påvirke resultatet. Som et utgangspunkt må det dessuten kunne legges til grunn at vurderingen vil være strengere ettersom vedtaket er mer inngripende eller kan få store virkninger for den berørte part.

Fylkesmannen har i svarbrevet hit gitt uttrykk for at feilen i form av manglende varsel er avhjulpet ved den klagebehandling som har funnet sted. Etter mitt syn kan det settes spørsmålstegn ved dette. Et varsel om de endringer som ble gjort på klagers eiendom, ville gitt klageren foranledning til å fremsette innvendinger mot planforslaget som igjen kunne ha vært grunnlag for å vurdere hensiktsmessigheten av omregulering til friluftsområde. [...].»

Vi mener det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at manglende høring av revidert planforslag har virket inn på vedtakets resultat, jf. prinsippet i fvl. § 41.

I vurderingen har vi lagt vekt på hensynene bak varslingsreglene. Berørte skal bli orientert om at kommunen har en sak til behandling og gis en tilfredsstillende frist for uttalelse, i dette tilfellet minst 6 uker, jf. pbl. § 12-10. Innspillene fra berørte skal bidra til å opplyse saken. Det er viktig at berørte får fremme sine synspunkter så tidlig som mulig i planprosessen, for slik ha en reell påvirkning på resultatet. Manglende orientering om at planforslagsstiller har levert et revidert planforslag, og at kommunen ønsker å behandle denne saken på nytt, svekker tilliten til kommunen og er i strid med god forvaltningsskikk.

Det er naturlig å legge til grunn at klagerne mente de ble hørt i 2014 da kommunestyret avslo planforslaget. Det blir derfor en stor overraskelse når kommunestyret, uten forvarsel, velger å vedta et noe endret planforslag uten at man er gitt anledning til å kommentere foreslåtte endringer.

² Sak 2009/1306

Saken var tidligere gjenstand for mye motstand, og det burde fra kommunens side ikke være grunn til å tro at motstanden ville bli mindre ved det reviderte planforslaget. Klageanførlene i ettertid viser nettopp dette. Kommunens konklusjon om at varsel ikke er nødvendig, da endringene i planbestemmelsene i stor grad imøtekommer innkomne merknader, blir ensidig og forutinntatt i en sak som har skapt mye engasjement.

I vurderingen har vi også lagt vekt på at kommunens vedtak av 11.02.16 bygger på nærmere 3 år gamle uttalelser fra berørte naboer og offentlige instanser. Uttalelsene kan derfor være utdaterte, og det kan stilles spørsmål ved om planen er tilfredsstillende utredet. Vi viser her til at det kan ha kommet nye naboer til planområdet som aldri er gitt anledning til å uttale seg til planforslaget. Videre er det ikke gitt at offentlige instanser vil opprettholde sin uttalelse uforandret nærmere tre år etter uttalelsen ble gitt. Det kan også ha kommet nye statlige og regionale styringssignaler som stiller saken i et annet lys.

Et relevant spørsmål er om feilen er reparert i klageomgangen ved at berørte har klaget og fremmet sine synspunkter her. Vi mener feilen til en viss grad må anses reparert. Kommunestyret er orientert om klagerens synspunkter, og har vurdert disse i sin forberedende klagebehandling.

Likevel må det legges avgjørende vekt på at når vedtaket er fattet, er det normalt noe sent å komme med innspill. Reell innflytelse og medvirkning er sterkest før vedtakstidspunktet. I tillegg har klagerne kun en klagefrist på 3 uker, dvs. at de har mistet 3 uker av den lovbestemte fristen for å komme med merknader, jf. pbl. § 12-10.³ Vi velger også å fremheve at Fylkesmannens kompetanse ved behandling av klage på reguleringsplan underbygger viktigheten av at merknader til planforslaget blir fremmet før kommunen fatter sitt vedtak. Vi viser her til rundskriv T-2/09, jf. rundskriv T-8/86 fra Miljøverndepartementet, samt presiseringer fra Miljøverndepartementet i planjuss 1/2004. Her fremgår at Fylkesmannen i utgangspunktet ikke har myndighet til å endre reguleringsbestemmelsene uten at kommunen er enig i endringen.

Etter Fylkesmannens syn er prinsippet om medvirkning i planarbeidet ikke blitt tilstrekkelig ivarettatt i denne saken. Vi finner det sannsynlig at berørte ville ha uttalt seg til den reviderte planforslaget, og at uttalelsene ville ha kunnet påvirke kommunestyrets behandling av saken og den endelige beslutningen. I denne saken var det også dissens i kommunestyret, både ved vedtakelse av planen og ved klagebehandlingen.

Vurderingene over viser at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at manglende høring av revidert planforslag har hatt betydning for vedtakets innhold. Vedtaket er etter dette ikke gyldig etter § 41.

Er vedtaket ugyldig etter ulovfestede regler om ugyldighet?

Det at det ikke kan utelukkes at feilen har virket inn på resultatet, jf. prinsippet i fvl. § 41, fører ikke automatisk til at vedtaket er ugyldig. Neste spørsmål blir derfor om vedtaket er ugyldig etter ulovfestede regler om ugyldighet.

Relevante momenter kan være hvor lang tid det har gått siden vedtaket ble truffet, i hvilken grad berørte har innrettet seg etter vedtaket, om noen kan klandres for feilen og om det er urimelig å kjenne vedtaket ugyldig.

³ Pbl. § 12-10 oppstiller en frist på minimum 6 uker

Manglende høring av planforslaget kan ha påvirket beslutningsgrunnlaget til kommunen, som har basert vedtaket sitt på nesten 3 år gamle uttalelser fra offentlige instanser og berørte naboer. I rettspraksis er det lagt til grunn at manglende utredning er en saksbehandlingsfeil som typisk vil lede til ugyldighet etter den ulovfestede regelen om ugyldighet.⁴

Opphevelsen vil få betydning for Kirkøy maskinentreprenør AS som må avvente en ny behandling i kommunen og realisering av planlagte tiltak. Dette er uheldig. Likevel mener vi at tillit til forvaltningen tilsier at planen må være gjenstand for en ny høringsrunde, slik at berørte offentlige instanser og berørte naboer får reell medvirkning. Da de berørte ikke var klar over at kommunen mottok revidert planforslag i november 2015 og først ble kjent med at planforslaget hadde vært gjenstand for ny behandling etter at vedtak forelå, er det vanskelig for dem å akseptere vedtaket. Hensynene til åpenhet og tillit til forvaltningen tilsier derfor at en opphevelse ikke vil gi urimelige utslag.

Da vedtaket er oppheves grunnet saksbehandlingsfeil, ser vi ikke grunn til å vurdere øvrige klageanførsler nærmere.

4. Konklusjon

Fylkesmannen har kommet til at kommunens vedtak må oppheves. Som det fremgår ovenfor, mener vi at kommunens saksbehandling er mangelfull. Det følger av prinsippet i fvl. § 41 at et vedtak likevel er gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. I dette tilfellet mener vi at feilen kan ha påvirket vedtakets innhold. Vi mener også at vedtaket er ugyldig etter ulovfestede regler om ugyldighet. Vi sender derfor saken tilbake til kommunen for ny behandling, jf. fvl. § 34 siste ledd.

Sakskostnader

Fylkesmannen gjør oppmerksom på retten til å kreve dekning av vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket til en parts gunst, jf. fvl. § 36. Kravet må sendes til Fylkesmannen innen 3 uker.

Med hilsen

Katrine Bjørnstad e.f.
direktør

Anne Danielsen Haugland
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:
Kirkøy Maskinentreprenør AS
Østfold fylkeskommune Postboks 220 1702 Sarpsborg
Rambøll AS

⁴ Blant annet dom fra Nord-Troms tingrett av 18.01.16, sak 14-086089SKJ-NHR side 16

Hvaler kommune

Storveien 32

1680

Skjærhalden