

KANDIDAT

XXXXXX

PRØVE

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett

Emnekode JUS2211

Vurderingsform Hjemmeeksamen

Starttid 21.12.2020 07:45

Sluttid 21.12.2020 12:30

Sensurfrist 12.01.2021 22:59

Eksamensoppgave JUS2211 høst 2020

Gerberskogen er et skogsområde i Oddenes kommune, eiet av private. Skogen gir mulighet for kortreist friluftsliv og er hyppig brukt av lokalbefolkningen til turer og lek. Skogsområdet er derfor viktig for nærmiljøet. Skogen er usedvanlig rik på biologisk mangfold og huser flere truede arter. Det er dokumentert forekomst av eremittbille, som er definert som prioritert art med hjemmel i lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven, nml.) § 23. I skogen finnes det også «hule eiker». Dette er en utvalgt naturtype beskyttet etter FOR-2011-05-13-512 om utvalgte naturtyper etter naturmangfoldloven, og dessuten et levested for

eremittbillen.

I arealdelen av kommuneplanen fra 2010 skogsområdet regulert til landbruks-, natur- og friluftsmål (LNF område), jfr. lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven, pbl., § 11- 7, nr 5). I kommunens planstrategi heter det at det ikke skal gjøres inngrep i LNF-områder som er viktige for biologisk mangfold, og Gerberskogen er nevnt som eksempel.

Peder Ås eier en stor del av Gerberskogen, og ønsker å bygge 100 nye helse- og omsorgsboliger der. Peder Ås mener at det er et stort behov for flere boliger i Oddenes kommune, noe som vises blant annet gjennom økende boligpriser, og at det er et særlig behov for omsorgsboliger, siden gjennomsnittsalderen i kommunen øker.

I januar 2020 fremmet Peder Ås et privat reguleringsforslag til Oddenes kommune for utbyggingen. I begrunnelsen for prosjektet står det: «Planen skal bidra til å løse utfordringene i kommunens boligsosiale handlingsplan og legge til rette for å bygge miljøvennlige, rimelige boliger av variert størrelse og med høy grad av tilgjengelighet.»

En kartlegging utført av Artsfokus AS like før reguleringsvedtaket ble fattet, avdekket flere nye funn av truede sopparter. Det var ikke gjennomført noen tilsvarende kartlegging med hensyn til insekter og amfibier, og hvilken betydning planen ville ha for de hule eikene og livet i dem var heller ikke redegjort for. Kommunestyret vedtok likevel i juni 2020 en ny reguleringsplan for hele Gerberskogen som åpner for bygging av 100 omsorgsboliger, basert på forslaget fra Peder Ås.

En rekke lokale organisasjoner og privatpersoner mente at den nye reguleringsplanen var i strid med kommuneplanens arealdel. Sammen dannet de organisasjonen «Vern Gerberskogen!», en miljøorganisasjon som etter vedtektene særlig skal arbeide for varig vern av nettopp Gerberskogen, men også for fremme av andre miljøsaker.

«Vern Gerberskogen!» påklaget innen fristen kommunestyrets vedtak. Det samme gjorde Kari Vold, en ivrig bruker av Gerberskogen som rekreasjonsområde.

I klagen gjorde «Vern Gerberskogen!» gjeldende at reguleringsplanen var i strid med kommuneplanens arealdel, og dermed ikke kunne tillates. Organisasjonen viste også til kommunens planstrategi, som sier at det ikke skal bygges ut i verdifulle naturområder. Videre påpekte «Vern Gerberskogen!» det klimamessige uheldige ved en nedhugging av Gerberskogen fordi denne skogen, som er en såkalt boreal skog, tar opp og lagrer mer CO enn

2

noen annen skog.

«Vern Gerberskogen!» gjorde videre gjeldende at kommunen hadde handlet i strid med naturmangfoldloven og lov om klimamål (lov 16. juni 2017 nr. 60; klimaloven), og at en utbygging vil være i strid med Norges folkerettslige forpliktelser. Her anførte de særlig direktiv 92/43/EØF (habitatdirektivet), direktiv 2014/52/EU, direktiv 2001/42/EF og Parisavtalen, som ble vedtatt under FNs Rammekonvensjon om klimaendringer.

Endelig anførte «Vern Gerberskogen!» at når de saksbehandlingsreglene som følger av konsekvensutredningsforskriften (FOR-2017-06-21-854) eller direktivene ikke er fulgt, er vedtaket ugyldig, og viste til EU-domstolens avgjørelse i sak C-24/19 A. m.fl., avsnittene 82 og 83, hvor EU-domstolen uttalte at når det i direktiv 2001/42/EF ikke er

«bestemmelser om de konsekvenser, der skal drages af en tilsidesættelse af dets processuelle bestemmelser, påhviler det medlemsstaterne inden for rammerne af deres kompetence at træffe alle de almindelige eller særlige foranstaltninger, der er nødvendige for, at alle »planer« og »programmer«, som kan have »væsentlig indvirkning på miljøet« i dette direktivs forstand, underkastes en miljøvurdering i overensstemmelse med fremgangsmåden og kriterierne i dette direktiv [...].

I henhold til det princip om loyalt samarbejde, der er fastsat i artikel 4, stk. 3, TEU, skal medlemsstaterne bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af EU-retten til ophør. Det følger heraf, at de kompetente nationale myndigheder, herunder de nationale retsinstanser, som er forelagt et søgsmål til prøvelse af en retsakt, der er vedtaget i strid med EU-retten, har pligt til som led i deres kompetencer at træffe samtlige foranstaltninger, der er nødvendige, for at råde bod på, at der ikke er blevet foretaget en miljøvurdering. Dette kan f.eks. bestå i, at der for en »plan« eller et »program«, som er blevet vedtaget i strid

der allerede er givet, med henblik på at gennemføre en sådan vurdering [...]»

Lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 og homogenitetsprinsippet i EØS, hevdet «Vern Gerberskogen!», medfører at det samme gjelder etter EØS-retten.

Kari Vold gjorde gjeldende de samme anførselene som «Vern Gerberskogen!», og la til at hun klaget for det tilfellet at klagen fra «Vern Gerberskogen!» skulle bli avvist.

Kommunen mente at hverken «Vern Gerberskogen!» eller Kari Vold hadde rettslig klageinteresse, og avviste begge klagene. Både «Vern Gerberskogen!» og Kari Vold påklaget dette.

I) Drøft og avgjør om avvisningsvedtakene er gyldige.

Forutsett i det følgende at minst en av klagene kan tas under behandling.

I saksfremlegget til kommunestyret fremgikk det at kommunen som planmyndighet står fritt til å avgjøre spørsmålet om hva arealene i kommunen skal kunne brukes til, og at hverken Fylkesmannen eller domstolene kan overprøve dette. Det fremgikk videre at man var enig i at reguleringsplanen etter konsekvensutredningsforskriften § 6 b) sammenholdt med vedlegg I pkt. 25 skal konsekvensutredes, men at en slik utredning ikke ville tilført ny kunnskap fordi kommunestyret var godt kjent med rapporten fra Artsfokus. Uansett kan miljøhensynene vike i denne saken, het det. Endelig ble det påpekt at nær sagt uansett hva utredningen hadde frembragt, ville vedtaket blitt det samme. Det følger da av forvaltningsloven § 41, het i det saksfremlegget, at det at det ikke er foretatt en formell konsekvensutredning, ikke er en feil som medfører ugyldighet.

Det fremgikk av saksfremlegget at kommuneadministrasjonen ikke var uenig i at Gerberskogen som boreal skog lagrer mer CO enn noe annen skog, men det ble påpekt at hverken Parisavtalen eller klimaloven er til hinder for

²
at den hugges. Det ble også vurdert slik at hverken eksisterende planer, kommunens planstrategi, naturmangfoldloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne var til hinder for reguleringsvedtaket. Kommuneadministrasjonen mente videre at for så vidt angår de direktivene det ble vist til, var habitatdirektivet helt uten betydning, og at når de andre to direktivene er gjennomført i norsk rett med konsekvensutredningsforskriften, må saksbehandlingen vurderes i forhold til forskriften og virkningene av eventuelle feil fastlegges i samsvar med norsk rett for øvrig.

Kommunestyret fastholdt på dette grunnlaget sitt opprinnelige vedtak, og sendte klagen over til Fylkesmannen for endelig behandling.

II) Drøft og avgjør om de ugyldighetsgrunnene oppgaven gir grunnlag for å behandle medfører at reguleringsvedtaket er ugyldig.

Besvarelse

Skriv ditt svar her...

SPØRSMÅL I

Det har oppstått en tvist mellom Kari Vold og "Vern Gerberskogen" på den ene siden og kommunen på den andre siden om en reguleringsplan.

Det overordnede problemstillingen er om avvisningsvedtakene er gyldige.

For at et vedtak skal bli ugyldig må vedtaket være beheftet med en feil som medfører ugyldighet. Det vurderes først om vedtaket er beheftet med en feil.

Både Vold og "Vern Gerberskogen" ønsker å påklage en reguleringsplan endring.

Det fremgår av plan- og bygningsloven (pbl.) § 12-12 tredje ledd at et vedtak om reguleringsplan kan påklages. Videre fremgår det av pbl. § 1-9 at forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som

fremgår av plan- og bygningsloven.

Dette fremgår også fra forvaltningsloven (fvl.), der det i paragraf 1 heter at forvaltningsloven gjelder for et hvert organ for stat eller kommune. Så lenge ikke noe annet fremgår av annen lov, jf. også lex specialis prinsippet.

Det er ingen særskilte klageregler i plan- og bygningsloven slik at forvaltningsloven kommer til anvendelse.

Reglene om klage fremgår av forvaltningsloven kapittel VI. Der rekkevidden av klageadgangen fremgår av fvl. § 28 første ledd. Etter bestemmelsen kan et "enkeltvedtak" påklages av en "part" eller en annen med "rettslig klageinteresse".

Det er klart at et reguleringsvedtak kan påklages, jf. pbl. § 12-12 tredje ledd. Videre regnes avvisning på en klageadgang som et "enkeltvedtak", jf. fvl. § 2 tredje ledd. Vilåret om at det må foreligge et "enkeltvedtak" er følgelig oppfylt.

Avvisningsvedtakene til Kari Vold og "Vern Gerberskogen" vurderes hver for seg. "Vern Gerberskogen" vurderes først.

Det rettslige spørsmålet er om avvisningsvedtaket mot "Vern Gernerskogen" er

ugyldig. Innledningsvis kommenteres det kort om "Vern Gaberskogen" er å regne som

"part".

Ordlyden "part" er et vidt begrep, men det er legaldefinert i fvl. § 2 bokstav e. En part er en person som avgjørelsen "retter seg mot" eller "ellers direkte gjelder". Det er klart at reguleringsvedtaket ikke direkte retter seg mot "Vern Gerberskogen", slik at første alternativ er her ikke aktuelt. Videre kan det drøftes partsbegrepet andre alternativ er relevant for "Vern Gerberskogen" da de vil bli påvirket av vedtaket. Det er imidlertid en høy terskel for å kunne regnes som part etter annet alternativ, og det avgjøre er om vedkommende tilstrekkelig faktisk og rettslig blir påvirket av reguleringsvedtaket. Dette kan ikke sies å være oppfylt for "Vern Gerberskogen" sitt vedkommende.

Spørsmålet blir om "Vern Gerberskogen" har "rettslig klageinteresse" etter fvl. § 28 første ledd.

Det fremgår av ordlyden at de som skal få klageadgang må ha en viss rettslig interesse i utfallet av klagen. Dette medfører at ikke enhver som er uenig i vedtaket vil kunne få klageadgang. Det foreligger følgelig et kvalifikasjonskrav for å få rettslig klageadgang. Utover dette gir ikke ordlyden mye veiledning.

Fra forarbeidene til forvaltningsloven fremgår det at ordlyden er inspirert av da gjeldende tvistemålsloven § 54, som er videreført i tvisteloven (tvl.), og at de som har søksmålsadgang etter tvisteloven hvertfall har klageadgang etter fvl. § 28. Etter dette bør en som har adgang til å gå til søksmål i en sak, også bør ha anledning til å kunne få overprøvd vedtaket ved en klage først. Dette har også støtte i at å reise en sak for domstolene er ressurskrevende og kostbart, mens å overprøve vedtaket i et forvaltningsorgan, er mindre ressurskrevende. Videre er overprøving en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti, noe som tilsier at terskelen for å ha "rettslig klageinteresse" skal være lavere enn å få søksmålsadgang etter tvisteloven. Videre vil bestemmelsene tvl. §§ 1-3, 1-4 og 2-1 bli anvendt analogisk.

I vår sak er det tale om klageadgangen til en organisasjon. Det følger av tvl. § 1-4 at organisasjoner kan ha søksmålsadgang. Videre fremgår det fra bestemmelsen hva som skal til for at organisasjonen kvalifiserer for det.

"Foreninger og stiftelser" kan reise søksmål om "forhold som ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta", jf. tvl. § 1-4. Videre er det et forbehold at vilkårene i § 1-3 må være oppfylt. Organisasjonen som kun forvalter sine egeninteresser vil følgelig ikke ha søksmålsadgang. Organisasjonen må være representativ for interesser av allmenn interesse og som de er nærmest til å fremme. Dette må vurderes konkret etter en helhetsvurdering.

For organisasjoner med "mindre fast struktur" må man vurdere om organisasjonen har "den nødvendige faste struktur" til å tilfredsstille kravet til partsevne, jf. Rt. 2003 s. 833 avsnitt 27 og 29. Momentene i tvl. § 2-1 annet ledd vil da stå sentralt. Ettersom det formelt sett ikke er noe krav til partsevne for å kunne

klage, må vurderingen være mindre streng for å gi klagerett enn å gi søksmålsadgang.

Det fremgår av faktum at "Vern Gerberskogen" er en organisasjon dannet av en rekke andre lokale organisasjoner og privatpersoner. Dette trekker i retning av at de har den faste strukturen som er

5/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

nødvendig.

Ut fra faktum virker det som at det er en relativt ung organisasjon da den ble opparbeidet i forbindelse med planene rundt Gerberskogen. Dette kan trekke i motsatt retning.

Det er imidlertid ingen andre holdepunkter i faktum som tilsier at organisasjonen ikke har den faste strukturen som er nødvendig for å kunne klage.

"Vern Gerberskogen" har etter dette den nødvendige faste strukturen for å få klageadgang. Neste spørsmål blir da om det ligger innenfor deres "formål og naturlig virkeområde" å klage på reguleringsvedtaket, jf. tvl. § 1-4 første ledd.

Aksjonsgrupper som er opparbeidet kun til det formål for å få klageinteresse, vil normalt ikke oppfylle kravene til å få klageadgang. Dette fremgår fra dommen inntatt i Rt. 2008 s. 833, *SRØ-dommen*, på avsnitt 29.

Ut fra faktum i vår sak kan det virke som at organisasjonen "Vern Gerberskogen" kun ble opprettet i forbindelse med å få kunne klage. Dette fremgår dels også fra deres formål om å sikre varig vern av Gerberskogen. Dette kan trekke i retning av at de ikke skal få klageadgang.

På den andre siden fremgår det av formålet at organisasjonen skal fremme andre miljøsaker.

I denne vurderingen vil også faktisk hva organisasjonen har gjort være med å klarlegge om dette er innenfor deres formål. Det er ingen holdepunkter i faktum om hva organisasjonen har foretatt seg, heller ikke hva de lokale organisasjonen tidligere har foretatt seg. Det er imidlertid nærliggende å legge til grunn at det kan være naturlig for organisasjonen å fremme andre miljøinteresser etter en tolkning av deres formål.

Ettersom terskelen for å kunne få klageadgang er lavere etter forvaltningsloven enn etter tvisteloven, og at formålet til organisasjonen uttrykkelig er vern av miljøet taler de beste grunner for at dette vilkåret er oppfylt.

Det neste spørsmålet er om "Vern Gerberskogen" har et "reelt behov" for å klage på saken, jf. tvl. § 1-4 første ledd, jf. § 1-3 annet ledd. Her vil særlig kravets aktualitet og organisasjonens tilknytning til klagen stå sentralt, jf. annet punktum.

"Vern Gerberskogen" kan ikke sies å ha en direkte tilknytning til reguleringsvedtaket. Imidlertid har private rettssubjekt sjelden direkte tilknytning til miljøinteresser. I forbindelse med dette har rettspraksis åpnet for å gi miljøorganisasjoner mulighet til å reise søksmåls på vegne av miljøet. Dette har støtte i at miljøet ikke har mulighet til å representeres seg selv. Kravet er imidlertid at det gjelder en klage som er ment å ivareta miljøet og naturvernet og at det er organisasjonen som er den naturlige representanten for disse interessene, jf. Rt. 2008 s. 833 avsnitt 32.

Dette har overføringsverdi på vår sak da også her gjelder en klage for å ivareta miljøet og naturvernet. Det er ingen holdepunkter i faktum som tilsier at det er noen andre som er nærmere til å klage enn miljøorganisasjonen. Dette medfører at "Vern Gerberskogen" er en naturlig representant for å klage.

Det at det er tale om en så stor risiko knyttet til miljøet taler også for at organisasjonen burde få rettslig klageinteresse.

Etter dette har "Vern Gerberskogen" et "reelt behov" for å få prøvd saken.

Svaret på det rettslige spørsmålet er at "Vern Gerberskogen" har en "rettslig klageinteresse" etter fvl. § 28 første ledd.

Avvisningsvedtaket mot "Vern Gerberskogen" er følgelig beheftet med en feil.

Videre må det vurderes om denne feilen fører til at avvisningsvedtaket er ugyldig.

Når miljøorganisasjonen hadde klageadgang etter loven vil avvisningsvedtaket være beheftet med en innholdsmangel. Kommunen hadde ikke hjemmel til å avvise vedtaket på dette grunnlaget.

Utgangspunktet er at om vedtaket er beheftet med en innholdsmangel fører dette til at vedtaket er ugyldig.

6/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

Det finnes imidlertid en snever domstolsskapt unntaksregel. Der det har gått lang tid siden vedtaket ble truffet, det er til skade for parten, der feilens art og omfang tilsier det kan vedtaket være gyldig. Denne unntaksregelen kommer imidlertid ikke til anvendelse på vår sak.

Etter dette er avvisningsvedtaket ovenfor miljøorganisasjonen "Vern Gerberskogen" ugyldig.

Etter drøftelsen over har miljøorganisasjonen rett til å klage på reguleringsvedtaket etter pbl. § 12-12 tredje ledd, jf. § 1-9 første ledd, jf. fvl. § 28 første ledd.

Svaret på det rettslige spørsmålet er at avvisningsvedtaket mot "Vern Gernerskogen" er

ugyldig. Det rettslige spørsmålet er om avvisningsvedtaket mot Kari Vold er ugyldig.

Mye av det samme som nevnt over gjelder også for Kari Vold.

Etter fvl. § 28 kan Kari Vold klage på reguleringsvedtaket om hun er å regne som "part" eller om hun har "rettslig klageinteresse".

Det vurderes først om hun er å regne som "part".

Som tidligere nevnt er "part" legaldefinert i fvl. § 2 bokstav e. En part er en person som avgjørelsen "retter seg mot" eller "ellers direkte gjelder".

Det er klart at vedtaket ikke direkte retter seg mot Kari Vold, slik at første alternativ ikke er aktuelt.

Det som må vurderes er om det andre alternativet til å kunne regnes som part er relevant for Kari

Vold.

Som redegjort for over er det en høy terskel for å kunne regnes som part etter dette alternativet, og det avgjørende er om vedkommende tilstrekkelig faktisk og rettslig blir påvirket av vedtaket.

Det er klart at Kari Vold ikke rettslig blir påvirket av vedtaket da hun ikke har noen eierinteresser i skogen. Det kan imidlertid vurderes om hun har en tilstrekkelig faktisk tilknytning til reguleringsvedtaket.

Det fremgår av faktum at hun benytter Gerberskogen som rekreasjonsområde. Dette kan imidlertid ikke være nok til å oppfylle kravet om tilstrekkelig faktisk tilknytning til reguleringsvedtaket. Det ville vært å utvidet partsbegrepet for langt.

Etter dette er ikke Kari Vold å regne som "part".

Det rettslige spørsmålet er om hun har "rettslig klageinteresse" etter fvl. § 28 første ledd.

Som redegjort for over gir ikke ordlyden mye veiledning til denne drøftelsen. En analogisk anvendelse av tvistelovens bestemmelser vil også i denne saken være relevant.

Det følger av tvl. § 1-3 nummer 1 at det må foreligge et "rettskrav" for å få søksmålsadgang. Videre må det være tale om et "reelt behov" vurdert opp mot aktualitet og partstilknytningen, jf. tvl. § 1-3 nummer 2.

I vår sak foreligger det et "rettskrav" da Kari Vold ønsker å få opphevet reguleringsvedtaket. Det som må

vurderes er om Vold har et "reelt behov" vurdert opp mot aktualitet og hennes partstilknytning.

Vold kan ikke sies å ha en direkte tilknytning til vedtaket. På den andre siden har hun tilknytning i form av at hun benytter seg av skogen som rekreasjonsområde. Dette kan tale for at hun har nok tilknytning til å ha et reelt behov for å få klage.

På den andre siden vil ikke man automatisk få rettslig klageinteresse på grunn av at benytter seg av et sted. Det er ingen holdepunkter i faktum som tilsier at Gerberskogen er den eneste rekreasjons muligheten Vold har å benytte seg av i område. I denne saken vil også miljøorganisasjonen "Vern Gerberskogen" være nærmere til å klage en Kari Vold.

Denne tilknytning kan ikke alene oppfylle kravet til "reelt behov", til tross for at det er en lavere terskel etter forvaltningsloven. Dette vil være å strekke klageadgangen for langt.

7/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

Etter dette er vilkåret i tvl. § 1-3 nummer 2 om at det må foreligge et "reelt behov" ikke oppfylt.

Dette medfører at Kari Vold ikke har rett til å klage på reguleringsvedtaket og avvisningsvedtaket mot henne er følgelig gyldig.

Svaret på det rettslige spørsmålet er at avvisningsvedtaket mot Kari Vold er gyldig.

Svaret på den overordnede problemstillingen er at avvisningsvedtaket mot Kari Vold er gyldige. Avvisningsvedtaket mot "Vern Gerberskogen" er ugyldig.

SPØRSMÅL II

Den overordnede problemstillingen er om reguleringsvedtaket er ugyldig.

Oppgaven forstås dithen at den skal vurderes fra fylkesmannen ståsted som klageinstans. Det fremgår av pbl. § 1-9 femte ledd at departementet er klageinstans for enkeltvedtak etter plan- og bygningsloven. Det legges videre til grunn i denne oppgaven at departementet har delegert denne kompetansen videre til fylkesmannen. Som er en naturlig delegasjon da fylkesmannen er statens representant i fylkeskommunene.

Innledningsvis er det hensiktsmessig og kort redegjøre for fylkesmannens kompetanse som klageinstans. Det anføres i denne sammenheng fra kommunestyret at fylkesmannen ikke kan overprøve hva kommunestyre ønsker å bruke arealet i kommunen til.

Det ligger hos forvaltningens frie skjønn og avgjøre spørsmålet om hva arealene i kommunen skal brukes til, innenfor rammene loven oppstiller.

Det fremgår ingen særskilte regler tilknyttet klageinstansens kompetanse i plan- og bygningsloven. Forvaltningslovens regler kommer følgelig til anvendelse, jf. pbl. § 1-9 første ledd.

Klageinstansen kompetanse fremgår av fvl. § 34. Fra bestemmelsens annet ledd fremgår det at klageinstansen kan "prøve alle sider av saken" og skal vurder de synspunkter som klageren kommer med. Dette medfører at klageinstansen har en plikt til å vurdere alt klageren anfører, jf. ordlyden "skal". Videre fremgår det av bestemmelsens annet ledd annet punktum at når fylkesmannen overprøver kommunens forvaltningsskjønn skal det legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre. Dette skal videre fremgå av vedtaket fra klageinstansen hvordan dette hensynet er ivaretatt.

Kommunen sin anførsel om at fylkesmannen ikke kan overprøve deres skjønn kan følgelig ikke føre frem. Det fylkesmannen imidlertid skal er å legge stor vekt på det kommunale selvstyre når det overprøver skjønnet.

Siden det anføres at både fylkesmannen og domstolen ikke kan overprøve skjønnet kommenteres også dette kort. Domstolen kan alltid overprøve saksbehandlingen, lovforståelsen, om det er lagt vekt på faktisk riktig faktum og om forvaltningen har gått utenfor skrankene som læren om myndighetsmisbruk oppstiller. De kan også som utgangspunkt prøve subsumsjonen. Imidlertid der det foreligger et forvaltningsskjønn har domstolen en begrenset prøvingsrett. Det vil imidlertid ikke bli redegjort noe mer for dette, da det ikke er domstolen som overprøver vedtaket i denne saken.

For at et vedtak skal bli ugyldig må vedtaket være beheftet med en feil som medfører ugyldighet. Det vurderes først om reguleringsvedtaket er beheftet med feil.

"Vern Gerberskogen" anfører at reguleringsvedtaket er beheftet med flere feil. Oppgaven videre vil drøfte feilene i den rekkefølgen som "Vern Gerberskogen" anfører de.

For det første anførte de at reguleringsplanen var i strid med kommuneplanens arealdel og dermed ikke kunne tillates.

I denne saken står vi over et tilfelle der det er motstrid mellom kommuneplanen arealdel og den vedtatte reguleringsplanen. Det fremgår av pbl. § 1-5 annet ledd at "ny plan" vil ved eventuell "motstrid" gå foran eldre plan for samme areal. Videre fremgår det hvis det fremgår av den nye planen at den ikke skal gå foran den eldre vil den ikke det.

8/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

Overført på vår sak vil følgelig den nye reguleringsplanen gå foran den eldre kommuneplanen arealdel. Det er ingen holdepunkter i faktum som tilsier at det fremgår i den nye reguleringsplanen at hovedregelen i pbl. § 1-5 annet ledd ikke skal gjelde.

Etter dette er det ingen feil ved reguleringsplanen at den er i motstrid med den eldre kommuneplanen arealdel.

For det andre anførte "Vern Gerberskogen" at kommunen hadde handlet i strid med naturmangfoldloven.

Naturmangfoldloven (nml.) er sektorovergripende og kan følgelig være relevant når forvaltningen fatter vedtak etter andre lover.

Det fremgår av nml. § 7 første punktum at prinsippene i §§ 8 til 12 skal legges til grunn som retningslinjer ved "utøving av offentlig myndighet". I annet punktum slås det fast at denne vurdering "skal" fremgå av beslutningen. Det er følgelig en plikt for forvaltningen å inkludere dette i vurderingen, jf. ordlyden "skal".

Det kan kort slås fast at å vedta en reguleringsplan etter plan- og bygningsloven er "utøving av offentlig myndighet", da dette er noe forvaltningen gjør i kraft av sin høyhetsrett. Det å vedta en reguleringsplan er ikke noe man som privatperson har mulighet til å gjøre.

Etter dette er forvaltningen pliktig til å legge prinsippene i nml. § 8 til 12 til grunn ved vurderinger, og dette skal fremgå av beslutningen. Det som imidlertid må vurderes er om disse prinsippene er relevante i vår sak. Forvaltningen er kun pliktig til å få med prinsippene i beslutningen hvis de kommer inn som retningslinjer.

Det vurderes først om prinsippet om kunnskapsgrunnlaget er relevant i vår sak, jf. nml. § 8.

Det fremgår av nml. § 8 at ved offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal det "så langt det er rimelig" bygge på "vitenskaplig kunnskap" om hvordan tiltaket vil påvirke naturmangfoldet. Dette kravet må stå i rimelig forhold til sakens karakter og omfang. Vurdering av hva som regnes som "vitenskaplig kunnskap" er en objektiv vurdering.

Kravet til konsekvensutredning og utredningsplikten i fvl. § 17 vil være med å oppfylle dette prinsippet. Videre vil det også være med å oppfylle det grunnlovsfestede kravet om retten til et sunt miljø, jf. GrL. § 112.

I vår sak er det tale om et reguleringsvedtak som vil påvirke flere truende arter, slik som eremittbillen. Det vil også påvirke "hule eiker" som er beskyttet gjennom en forskrift. Følgelig taler sakens karakter og omfang for at det her burde legges tilstrekkelig med "vitenskapelig kunnskap" til grunn før vedtaket blir truffet.

Det fremgår av faktum at selskapet Artsfokus AS har kartlagt hvordan tiltaket vil påvirke truede sopparter. Dette kan tale for at det er et godt nok vitenskapelig kunnskap for å fatte vedtaket.

På den andre siden fremgår det fra faktum at det ikke er gjennomført en slik kartlegging av insekter og amfibier eller betydningen av tiltaket for de "hule eikene". Dette er insekter som er prioritert etter nml. §

23 som trekker i sterk retning av at det må kartlegges hvordan de påvirkes av tiltaket. Videre er også de "hule eikene" beskyttet gjennom forskrift.

Etter dette er det klart at prinsippet om kunnskapsgrunnlaget er relevant i vår sak, jf. nml. § 8.

Det er ingen holdepunkter i faktum at vurderingen av dette prinsippet fremgår av begrunnelsen til vedtaket eller at dette prinsippet er særskilt vurdert. Det er følgelig en saksbehandlingsfeil fra kommunens sin side at dette ikke er inkludert.

Videre er også føre-var-prinsippet relevant å se på, jf. nml. § 9.

Det er det defensive føre-var-prinsippet som er relevant i vår sak.

Dette har også sammenheng med kunnskapskravet. Det fremgår av føre-var-prinsippet at der det ikke er klarlagt hvilke konsekvenser som tiltaket vil medføre på miljøet så skal man være tilbakeholden med å iverksette tiltaket. Tvil skal komme miljøet til gode.

Også dette prinsippet er relevant i vår sak. Følgelig burde det også ha kommet frem hvordan føre-var-

9/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

prinsippet er blitt vurdert i begrunnelsen. Dette er også en saksbehandlingsfeil.

Etter dette har kommunen handlet i strid med naturmangfoldloven. "Vern Gerberskogen" vinner følgelig frem med den anførselen.

For det tredje anførte de at vedtaket ville være i strid med klimaloven.

Det fremgår av klimaloven sin formålsbestemmelse at loven er ment å fremme gjennomføringen av Norges Klimamål som ledd i omstillingen til et lavutslippssamfunn i Norge i løpet av 2050. Loven oppstiller videre mål for hvor mye klimagasser Norge skal slippe ut. Denne loven er fastsatt som et krav etter parisavtalen, jf. klimaloven § 2.

Det er ikke omtvistet at Gerberskogen lagrer mer CO2 enn noen annen skog. Kommunen anfører imidlertid at denne loven ikke er til hinder for å hugge ned skogen.

Klimaloven er ingen rettighetslov og den gir ingen privatpersoner materielle rettigheter. Loven er ment for å sikre at forvaltningen oppfyller klimamålene som er satt.

Etter dette kan ikke klimaloven eller parisavtalen være til hinder for reguleringsvedtaket.

For det fjerde anfører "Vern Gerberskogen" at vedtaket ville være i strid med Norges folkerettslige forpliktelser, særlig habitatdirektivet 92/43/EØF, direktiv 2014/52/EU og direktiv 2001/42/EF.

Det vurderes først om habitatdirektivet er relevant i vår saken, da kommunen anfører at dette direktivet er helt uten betydning.

Etter EØS-loven § 1 gjelder EØS-avtalen som norsk lov. Videre fremgår det av EØS-avtalen at EFTA-stater er pliktige til å gjennomføre direktiver fastsatt av EU i nasjonal rett. Det er imidlertid begrensninger ved hvilke rettsakter EØS-statene er pliktige og gjennomføre, videre er det forskjell i kravene til hvilken gjennomføring som kreves.

Direktiver som er fastsatt av EU som ikke faller inn under EØS-avtalens virkeområde vil ikke kreves implementert i norsk rett.

Det fremgår av forarbeidene til naturmangfoldloven, Ot.prp.nr.52 at habitatdirektivet ikke er en del av EØS avtalen. Dette medfører at det er riktig som kommunen anfører at habitatdirektivet ikke er relevant her. Naturmangfoldloven gjennomfører mye av det som fremgår i det direktivet i norsk rett. Og som redegjort for over er reguleringsvedtaket i strid med bestemmelser i denne lov.

Når det gjelder de andre to direktivene anfører kommunen at de er gjennomført i norsk rett med konsekvensutredningsforskriften slik at da må saksbehandlingen vurderes i forhold til forskriften og virkningene av eventuelle feil fastlegges i samsvar med norsk rett.

Det legges til grunn at det er riktig det kommunen anfører at de to direktivene er gjennomført i norsk rett gjennom konsekvensutredningsforskriften. Dette bekreftes også av at det refereres til disse i starten av forskriften.

Som redegjort for over er Norge forpliktet til å gjennomføre direktiver som er innenfor EØS-avtalens virkeområde som Norsk rett. Det er imidlertid flere måter å implementere direktiver i Norsk rett. De kan enten implementeres direkte etter sin ordlyd eller så kan forpliktelsene etter direktivet fastsettes med egne ord gjennom forskrift. Det er det siste alternativet som er benyttet for å gjennomføre de ovennevnte direktivene.

Det er følgelig denne forskriften som kan gi rettsvirkninger for norske borgere. Det er følgelig korrekt det kommunen anfører at saksbehandlingsreglene må vurderes etter konsekvensutredningsforskriften.

Anførselen om at vedtaket ville være i strid med særlig habitatdirektivet 92/43/EØF, direktiv 2014/52/EU og direktiv 2001/42/EF kan følgelig ikke føre frem. Det kan være i strid med direktivet, men det må vurderes etter konsekvensutredningsforskriften.

For det femte anførte "vern Gerberskogen" at saksbehandlingsreglene knyttet til konsekvensutredning og direktivene ikke er fulgt.

10/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

Det er ikke omtvistet at reguleringsplanen skulle hatt en konsekvensutredning. Hvilke tiltak som krever konsekvensutredning fremgår av pbl. § 14-1. Videre er det klart at nye bolig- og fritidsboligområder som ikke er i samsvar med overordnet plan alltid krever konsekvensutredning, jf. konsekvensutredningsforskriften § 6 b, jf. vedlegg I punkt 25.

Kommunen anfører imidlertid at en slik utredning ikke ville ha tilført ny kunnskap fordi kommunestyret var godt kjent med rapporten fra Artsfokus.

Dette kan vanskelig føre frem da denne kunnskapen ikke kan oppfylle alle kravene til konsekvensutredningens innhold.

Det fremgår blant annet fra forskriften § 21 at en konsekvensutredningen skal identifisere og beskrive alle faktorer som kan bli påvirket og vurdere vesentlige virkninger for miljø og samfunn.

Det er klart i vår sak at det ikke er klarlagt hvilke konsekvenser tiltaket ville ha på insekter og biler, eller hvilke konsekvenser det vil ha for de "hule eikene".

Etter dette er ikke kravet om konsekvensutredning oppfylt. Dette er følgelig en saksbehandlingsfeil ved reguleringsvedtaket.

Etter denne drøftelsen er reguleringsvedtaket beheftet med saksbehandlingsfeil. For det første er det en saksbehandlingsfeil at vurderingen av prinsippene i naturmangfoldloven ikke fremgår av begrunnelsen. For det andre er det en saksbehandlingsfeil at det ikke er foretatt en konsekvensutredning etter kravene i konsekvensutredningsforskriften.

Det må følgelig vurderes om disse feilene fører til at reguleringsvedtaket er ugyldig.

Det vurderes først om saksbehandlingsfeilen etter naturmangfoldloven fører til at reguleringsvedtaket er ugyldig.

Der det foreligger en saksbehandlingsfeil ved vedtaket kan feilen medføre at vedtaket blir ugyldig. Det er imidlertid ingen automatikk i at saksbehandlingsfeil medfører at vedtaket er ugyldig. Følgelig må det vurderes om vedtaket "likevel er gyldig" etter fvl. § 41. I denne saken kommer ikke fvl. § 41 direkte til anvendelse da bestemmelsen etter sin ordlyd gjelder kun for saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven. I vår sak er det tale om en saksbehandlingsfeil etter naturmangfoldloven. Det er imidlertid sikker rett at fvl. § 41 kan brukes analogisk på andre saksbehandlingsfeil etter andre lover. Se Rt. 2009 s. 661, *ambassade dommen*, der fvl. § 41 ble brukt analogisk på saksbehandlingsregler etter plan- og bygningsloven.

Det fremgår av fvl. § 41 at til tross for feil ved saksbehandlingen av enkeltvedtak, etter reglene i

forvaltningsloven, kan vedtaket være "likevel gyldig" når det er "grunn til å regne med" at feilen "ikke har virket bestemmende" på vedtakets innhold.

Det rettslige spørsmålet er om det er "grunn til å regne med" at saksbehandlingsfeilen fra kommunen "ikke har virket bestemmende" på vedtakets innhold.

Det fremgår av ordlyden "grunn til å regne med" at det må være en form for sannsynlighetsvurdering. Det fremgår av dommen inntatt i Rt. 2009 s. 661, ambassade-dommen, at det ikke er noe krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har hatt betydning. Førstvoterende uttalte at det er tilstrekkelig med en "ikke helt fjerntliggende mulighet".

Det som må vurderes konkret i vår sak er om det er en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at innholdet i reguleringsvedtaket ville vært annerledes uten saksbehandlingsfeilen.

En begrunnelse er noe som skjer i etterkant av en avgjørelse og kan følgelig ikke direkte ha virket inn på vedtakets innhold. Det fremgår imidlertid fra rettspraksis at mangler ved begrunnelsen kan indikere materielle eller prosessuelle feil, eller i hvert fall gjøre det vanskelig å bedømme hvorvidt slike feil er begått, jf. Isene-dommen.

I vår sak mangler begrunnelsen hvordan de har hensyn tatt pliktige vurderinger. Dette må anses som en alvorlig mangel ved begrunnelsen. Dette indikerer at kommunen ikke har vurdert de pliktige hensynene. En slik vurdering vil lett kunne ha virket inn på vedtakets innhold. Dette trekker i retning av at det ikke er en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold.

På den andre siden så fremgår det at de var klar over kartleggingen av de truede soppartene, men fattet

11/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

likevel reguleringsvedtaket. Dette kan trekke i retning av at det å se på de andre konsekvensene ikke ville ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Derimot er det vanskelig å vite om de nødvendige vurderingene av prinsippene i naturmangfoldloven er foretatt når det ikke fremgår av beslutningen.

På bakgrunn for den lave terskelen for å konstatere at feilen har virket inn på vedtakets innhold blir konklusjonen at det er en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at den manglende begrunnelsen har vært bestemmende for reguleringsvedtakets innhold.

Vedtaket er ikke "likevel gyldig" etter fvl. § 41. Denne bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes antitetisk. Det må følgelig vurderes videre om vedtaket er ugyldig etter den ulovfestede ugyldighetslæren.

Den ulovfestede ugyldighetslæren har en todelt vurdering. For det første må feilen ha virket inn på innholdet, innvirkningskriteriet, og for det andre må det foretas en helhetsvurdering av den konkrete saken at ugyldighet er den riktige løsningen.

Innvirkningsvurderingen har mange likhetstrekk med vurdering etter fvl. § 41. På bakgrunn av drøftelsen ovenfor er innvirkningskriteriet oppfylt i denne saken.

Det må videre foretas en helhetsvurdering der det avgjørende er feilens art og omfang, hvorvidt ugyldighet er til skade for parten, hvor lang tid som har gått, og om parten selv er å bebreide for feilen. Det er imidlertid en høy terskel for at man kommer til at et vedtak som er beheftet med en feil som har virket inn på innholdet ikke kjennes ugyldig etter denne helhetsvurderingen.

I vår sak vil ugyldighet komme til skade for Peder Ås. Noe som kan trekke i retning av at reguleringsvedtaket ikke skal anses ugyldig. I samme retning trekker det at Peder Ås kan ha innrettet seg etter reguleringsvedtaket.

Det er imidlertid ingen holdepunkter i faktum at Peder Ås har gjennomført noe konkret i forbindelse med reguleringsvedtaket. I tillegg er det ingen som har rettskrav på å få et reguleringsvedtak fattet til gunst for seg slik at når vi nå er innenfor klagefristen kan ikke det at Peder Ås har innrettet seg hindre at reguleringsvedtaket kjennes ugyldig.

Feilens art og omfang er videre betydelig da den kan ha store konsekvenser på miljøet. Dette har også støtte i Grunnloven § 112, som grunnlovsfester rettet til et sunt miljø. Dette trekker i retning av ugyldighet. På den andre siden er det forvaltningen som er å bebreide for feilen noe som kan trekke i

retning av at vedtaket ikke skal bli ugyldig.

Etter dette er det ingenting som trekker i avgjørende retning av at reguleringsvedtaket ikke skal kjennes ugyldig.

Etter dette er reguleringsvedtaket ugyldig på bakgrunn av saksbehandlingsfeil etter naturmangfoldloven.

Det må også vurderes om saksbehandlingsfeilen av manglende utredning fører til at reguleringsvedtaket er ugyldig.

Kommunen anfører at reguleringsvedtaket hadde vært det samme uansett om det hadde blitt foretatt en konsekvensutredning, jf. forvaltningsloven § 41.

Også her kommer fvl. § 41 analogisk til anvendelse, da det er tale om en saksbehandlingsfeil etter plan- og bygningsloven.

Det følgelig vurderes her om reguleringsvedtaket er "likevel gyldig" til tross for manglende konsekvensutredning.

Vurderingstemaet er om det ikke er en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen har virket inn på vedtakets innhold.

I ambassade-dommen gjaldt saken manglende konsekvensutredning etter plan- og bygningsloven i forbindelse med utbygging av den amerikanske ambassaden på huseby. I denne dommen kom Høyesterett frem til at en manglende konsekvensutredning ikke kunne ha virket inn på vedtakets innhold. Høyesterett vurderte det slik at en konsekvensutredning ville ikke ha endret beslutningen.

12/13

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

Denne saken har kun middels overføringsverdi på vår sak da det de i ambassadedommen manglet å utrede var alternative plasseringer for ambassaden. Det fremgår av dommen at det ikke fantes noe alternative plasseringer og derfor ville det ikke være relevant å gjøre. I vår sak er det manglende utredning for påvirkningen på miljøet i nærområde. Resultatet av en konsekvensutredning vil her klart kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Etter dette er ikke vedtaket "likevel gyldig" etter fvl. § 41.

Det må videre vurderes om vedtaket er ugyldig etter den ulovfestede

ugyldighetslæren. Dette er som nevnt todelt, men et innvirkningskrav og en

helhetsvurdering.

Også her er innvirkningskravet oppfylt, jf. drøftelsen over av fvl. § 41.

Helhetsvurderingen etter den ulovfestede ugyldighetslæren her har mange likhetstrekk med drøftelsen ovenfor.

"Vern Gerberskogen" anfører også at lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 og homogenitetsprinsippet i EØS medfører at EU-domstolens uttalelser også gjelder for EØS-retten. EU-domstolens uttalelse trekker i retning av å kjenne reguleringsvedtaket som ugyldig.

Det fremgår av EØS-avtalen art. 6 at avgjørelser fra EU-domstolen før EØS-avtalen ble inngått er relevant i tolkningen av EØS-avtalen. Her er skjæringstidspunktet før avtalen ble inngått, altså 1992. Den nevnte saken fra EU-domstolen gjelder en sak fra 2020. Dette er imidlertid uten betydning da det fremgår av ODA avtalen art. 3 nummer 2 at det skal tas "tilbørlig hensyn" til nyere avgjørelser fra EU-domstolen når EØS retten klarlegges.

Dette er også i tråd med homogenitetsprinsippet omtalt i fortalen punkt 16 og lojalitetsplikten etter art. 3.

På bakgrunn av presumpsjonsprinsippet bør følgelig Norge også avsi sine avgjørelser i tråd med sine folkerettslige forpliktelser.

I den ovennevnte dommen fra EU-domstolen fremgår det at når det planer som er vedtatt i strid med kravet om konsekvensutredning som kan ha "væsentlig indvirkning på miljøet" må få konsekvenser. Som eksempel på konsekvenser fremholder EU-domstolen å "tilbagekalde eller udsætte en tilladelse, der allerede er givet".

Presumpsjonsprinsippet trekker følgelig klart i retning av at mangel på konsekvensutredning må føre til at vedtaket er ugyldig.

Etter dette er fører også manglende konsekvensutredning at vedtaket er ugyldig.

Svart på den overordnede problemstillingen er at reguleringsvedtaket er ugyldig.

Fylkesmannen kan etter sin kompetanse treffe et nytt vedtak i saken, eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen, jf. fvl. § 34 fjerde ledd. I dette tilfelle ville det mest hensiktismessige være å sende saken tilbake til kommunen slik at de kan avvsi en reguleringsplan i tråd med saksbehandlingsreglene.