

KANDIDAT

XXXXXX

PRØVE

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett

Emnekode JUS2211

Vurderingsform Hjemmeeksamen

Starttid 28.05.2021 06:45

Sluttid 28.05.2021 13:30

Sensurfrist 17.06.2021 21:59

PDF opprettet 03.08.2021 06:02

Oppgave Tittel Oppgavetype Informasjonsdokument Dokument **Seksjon 2**

Oppgave Tittel Oppgavetype 1 Innlevering JUS2211 Langsvar

Generell informasjon

EKSAMENSOPPGAVE
JUS2211

Info dokument

Eksamen skal være et selvstendig arbeid. På hjemmeeksamen er det tillatt å bruke alle tilgjengelige kilder. Utover dette gjelder alminnelige eksamensvilkår:

1. Under eksamen er det ikke tillatt å kommunisere med andre personer om oppgaven, eller å distribuere utkast til besvarelse eller fullstendig besvarelse. Slik kommunikasjon er å anse som fusk.
2. Innleverte eksamensbesvarelser blir behandlet i UiOs datasystem for tekst- og plagiattkontroll.

Kildehenvisninger

Inspira åpner ikke for fotnoter. Kildehenvisninger må gjøres i teksten. På skoleeksamener som går som hjemmeeksamen, kan man bruke alle tilgjengelige kilder. Det er ikke noe krav om at du gjør dette. Skoleeksamen som går som hjemmeeksamen følger alminnelige eksamensvilkår og du kan skrive hjemme som om du var på skolen. Da gjelder utgangspunktet om at man ikke behøver henvisninger, for eksempel der man bruker runde vendinger som "det er hevdet i juridisk teori at". Dersom du velger å benytte kilder og siterer direkte, eller direkte bygger på andres materiale, må du få frem at det er dette du gjør. Dette får du frem ved å sette sitater i anførselstegn og å angi kilder i parentes med årstall og side, eventuelt nettside.

Dersom fakultetet skal sende beskjeder under eksamen, vil dette gjøres ved SMS. Sørg derfor for at du har din mobiltelefon tilgjengelig under eksamen.

Hvis det oppstår problemer under eksamen, ta kontakt med:
Info@jus.uio.no merk mailen: HASTER - EKSAMEN – JUS2211

Del 1: Praktikumsoppgave (4 timer)

I

Storevika bondelag er en interesseorganisasjon for bønder i Storevika kommune. Høsten 2020 ble

det avholdt et foreningsmøte, hvor temaet var effektivisering av gårdsdrift. Foreningen hadde blant annet invitert styrelederen i en dansk søsterorganisasjon til å snakke om vindkraft som en miljøvennlig, billig og stabil strømforsyningskilde i dansk landbruksvirksomhet. Den danske representanten holdt et flammende innlegg og fremsnakk vindkraft som fremtidens løsning innenfor landbrukssektoren. Foredraget gjorde inntrykk på mange av foreningens medlemmer. Dette var det bøndene trengte for å øke inntektene og senke utgiftene slik at gårdsdriften ville gi god nok avkastning til å dekke behov for investeringer i nye landbruksmaskiner. Peder Ås, som er bonde og sivilingeniør, foreslo at bondelagets medlemmer skulle foreta en felles bestilling av vindkraftturbiner, som kunne settes opp på den enkeltes eiendom for å produsere strøm til gårdsdriften. Disse kunne brukes til strøm til gårdsdriften og til å selge overskuddsstrøm til andre i nærområdet. Han regnet også med at det etter hvert ville komme bedre batteriteknologi, slik at man kunne få mer effektiv utnytting av strømmen i gårdsdriften.

Ettersom det er en grense for konsesjonsplikt på vindkraftanlegg på 1 MW installert effekt (energilovforskriften § 3-1 andre ledd), foreslo Peder Ås at de burde holde seg til små turbiner (ca. 0,9 MW installert effekt pr. turbin). Turbinene skulle etter planen bestilles felles fra en leverandør i Danmark og oppføres på høsten etter skuronna. Til sammen ble 15 gårdsbruk i bondelaget med på opplegget, og andre medlemmer av bondelaget ville bidra med innskudd slik at de ville få en eierandel i enkeltturbiner. De 15 gårdsbrukene sendte separate byggesøknader til kommunen om oppføring av én turbin på hver eiendom. Fem av turbinene ville ligge relativt nær hverandre (innenfor en radius av 1 kilometer), mens de øvrige ti eiendommene lå mer spredt (flere kilometers avstand). Alle vindturbine skulle plasseres på steder som i kommuneplanens arealdel er satt av til områder med arealformål "landbruks-, natur- og frilufsformål samt reindrift", og med underformål "areal for nødvendige tiltak for landbruk og reindrift og gårdstilknyttet næringsvirksomhet basert på gårdens ressursgrunnlag" (plan- og bygningsloven § 11-7 andre ledd nr. 5 bokstav a). Du er saksbehandler i Storevika kommune og mottar søknadene fra bøndene. Kommunedirektøren ber deg avklare følgende tre spørsmål:

- 1) Kan det være at søknadene må vurderes samlet og at de dermed utløser konsesjonsplikt etter energiloven?
- 2) Dersom det ikke er behov for konsesjon etter energiloven, kan det likevel være krav om at det utarbeides reguleringsplan for de berørte eiendommene før det gis byggetillatelse?
- 3) Dersom det ikke er nødvendig med reguleringsplan eller konsesjon, vil det være behov for dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for å kunne innvilge byggetillatelsene?

II

I notatet som kommunedirektøren mottok fra den kommunale saksbehandleren fremgikk det at det var en del usikkerhet om de tre spørsmålene. Kommunedirektøren var derfor litt usikker på hva som ville være den beste måten å behandle saken på, og tok kontakt med ordføreren for å høre hennes syn på saken. Med utgangspunkt i notatet ble kommunedirektøren og ordføreren enige om at det var best å få kommunestyrets samtykke til den videre saksbehandlingen av søknadene.

Kommunedirektøren utarbeidet følgende forslag til vedtak for behandling i kommunestyret:

"Kommunestyret gir sin tilslutning til at søknadene fra Storevika bondelags medlemmer om oppsetting av 15 vindturbiner på 15 landbrukseiendommer behandles hver for seg og som ordinære byggesaker."

I saksframlegget argumenterte kommunedirektøren med at man ved en slik saksbehandling ville gjøre individuelle vurderinger om forholdet til naboene som ville bli berørt og dermed kunne forebygge eventuelle nabokonflikter. Han mente at hensynene til lokalt selvstyre og det å få en rask avgjørelse i saken slik at man kunne sette opp vindturbine allerede høsten 2021, måtte være avgjørende. Marte Kirkerud, som representerer partiet Rødt, fikk tilsendt sakspapirene en uke før kommunestyremøtet. Hun stusset på saksframlegget og forslaget til vedtak, og henvender seg per e post til deg som advokatfullmektig i det lokale advokatkontoret. Marte lurte på om kommunestyret på denne måten kunne ta stilling til spørsmålet om eventuell konsesjonsplikt under energiloven, og om dette vedtaket førte til at det nå var endelig avgjort hvordan saken skulle vurderes etter plan- og bygningsloven. Hun ber om et uformelt råd om hvilke juridiske argumenter som kan anføres mot å fatte et slikt vedtak i kommunestyremøtet.

Utarbeid et svar på Martes henvendelse.

III

Etter at alle problemstillingene som er nevnt i del I og II var avklart, ble det gitt individuelle tillatelser til oppsetting av alle de 15 vindturbine. To måneder etter at bøndene hadde fått tillatelsene, ble Vestlandet ornitologiske forening gjort oppmerksom på vedtakene. På det første medlemsmøtet, som ble avholdt en måned senere, vedtok foreningen å umiddelbart sende inn en klage til Sivilombudsmannen der de påpekte at vindturbine vil utgjøre en trussel for trekkfugler som benytter et våtmarksområde i nærheten. Våtmarksområdet er både vernet som biotopvernområde etter naturmangfoldloven § 38 og godkjent som Ramsar-område i henhold til Ramsar-konvensjonen

(Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat, 1971). Foreningen viste til at hensynet til trekkfuglene ikke var vurdert i vedtaket. Foreningen påpekte også at saken skulle vært konsekvensutredet i henhold til kapittel 4 og 14 i plan- og bygningsloven og EU direktivene om konsekvensutredninger. Foreningen mente derfor at vedtakene måtte være ugyldige. Du arbeider som saksbehandler hos Sivilombudsmannen, og får i oppdrag å lage en kort oversikt over hvilke problemstillinger saken reiser innenfor Sivilombudsmannens mandat, samt å vurdere om saken bør tas til behandling, jfr. sivilombudsmannsloven §§ 6 og 10 og instruks for Sivilombudsmannen § 5.

(Problemstillingene i oppgavens del I og II skal ikke behandles her.)

Del 2: Teorioppgave (2 timer)

I Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) storkammersak Strand Lobben mot Norge, september 2019 (snr. 37283/13), uttalte EMD:

208. ... Thus, where the authorities are responsible for a situation of family breakdown because they have failed in their above-mentioned obligation, they may not base a decision to authorise adoption on the grounds of the absence of bonds between the parents and the child.

Høyesterett uttalte i storkammeravgjørelsen i barnevernssaken HR-2020-661-S (mars 2020): (115) Dersom det foreligger feil fra barnevernet eller fylkesnemnda på et tidligere trinn i saksbehandlingen, kan retten etter omstendighetene søke å reparere slike feil ved å oppheve en avgjørelse om omsorgsovertakelse eller om adopsjon, for eksempel fordi det ikke er forsøkt tilstrekkelige hjelpetiltak eller fordi avgjørelsen bygger på et beslutningsgrunnlag eller en begrunnelse som er utilfredsstillende. I andre saker kan retten endre en tidligere avgjørelse, eksempelvis ved å øke det fastsatte samværet. Men hvis slike muligheter ikke står åpne, vil retten etter omstendighetene måtte velge omsorgsovertakelse eller adopsjon hvis dette på domstidspunktet klart fremstår som den riktige løsningen hensett til barnets beste, til tross for at det tidligere er gjort feil ved behandlingen av saken. Hvorvidt ikke bare feilen, men også den avsluttende norske rettsavgjørelsen må anses for å være i strid med artikkel 8, hvis EMD senere konstaterer krenkelse, vil dermed bero på en tolkning av EMDs dom.

I en annen barnevernssak mot Norge (M.L. mot Norge, desember 2020, snr. 64639/16), som ble avgjort etter høyesterettsavgjørelsen, uttalte EMD:

98. The Court is mindful that its approach to cases such as the instant one – namely its practice of considering each case within its own context, in the light of the case as a whole and in retrospect (see paragraph 84 above) – may systemically differ from the approach followed by domestic child care services and authorities (including the domestic courts), which have to decide what to do with the child (and his or her family) on the basis of the child's and the family's situation at the time at which the decision in question is taken and with an eye primarily on the future (see, for example, Hernehult, cited above, §§ 75-76). This is a consequence of the distinctive perspectives attached to each respective role – the role of the Court being to assess, within the scope of the application lodged with it, whether the organs of the respondent State acted in accordance with the State's obligations under the Convention. The Court therefore also fully concurs with the emphasis placed by the Supreme Court in its decision cited above (see paragraph 55) on the crucial importance, from the very outset, of the child welfare services, the County Social Welfare Board and, thereafter, the domestic courts, considering all the relevant requirements under Article 8 of the Convention, in order to avoid errors and shortcomings that cannot readily be repaired at a later stage.

Beskriv hva som er ulikt i Høyesteretts og EMDs tilnærming («approach») til disse sakene. Redegjør for det rettslige grunnlaget for at norske domstoler behandler slike saker med en annen tilnærming enn det EMD gjør, og forklar hvorfor tilnærmingen er ulik. Sammenlign ordningen for denne typen saker med det som ellers gjelder når norske domstoler overprøver forvaltningsvedtak, og begrunn eventuelle forskjeller.

¹Innlevering JUS2211

Skriv ditt svar her

Del 1

5/12

JUS2211 1 Forvaltningsrett og EØS-rett Candidate xxxxxx

|

Kan det være at søknadene må vurderes samlet og at de dermed utløser konsesjonsplikt etter energiloven?

Hovedregelen er at elektriske anlegg ikke kan «bygges, eies eller drives uten konsesjon», jf. energiloven § 3-1 (1) første punktum. Utgangspunktet er at det må foreligge en tillatelse for å bygge, eie eller drive et elektrisk anlegg.

Departementet er gitt kompetanse til å bestemme på forskriftsnivå når hovedregelen nevnt overfor kommer til anvendelse, jf. energiloven § 3-1 (2).

I følge energilovforskriften § 3-1 (2) første punktum er hovedregelen at et vindkraftanlegg på land er unntatt fra konsesjonsplikten når den installerte effekten er under 1 MW. I vår sak skal gårdeierne installere en turbin på hvert gårdsbruk med 0,9 MW installert effekt per turbin. Så utgangspunktet er at gårdsbrukene er unntatt kravet til konsesjon. Hensynet bak regelen er trolig å forenkle oppføringen av små anlegg. Unntaksvis følger det av energilovforskriften § 3-1 (2) annet punktum at dersom «vindkraftanlegget» omfatter mer enn fem vindturbiner, så er det likevel krav til konsesjon. Hensynet bak unntaket er trolig begrunnet i forvaltningens oppfølging og kontroll med større anlegg slik at det passer inn i øvrige planer, tillatelser og området for øvrig.

Spørsmålet i vår sak er dermed om de 15 vindturbinene gårdsbrukene ønsker å installere kan subsumeres under forskriftens ordlyd «vindkraftanlegget». Bestemmelsen gir ikke selv noe veiledning på hvordan «vindkraftanlegget» skal forstås og hvor de konkrete grensene skal trekkes.

Etter en naturlig språkforståelse trekker ordlyden i «vindkraftanlegget» i retning av at det er snakk om en forholdsvis tett oppføring av vindturbiner. Dette begrunnes spesielt i ordet «anlegget» som peker mot en fast installasjon med avgrenset område. Men på den annen siden er det stor variasjon i hvordan vindkraftområder utformes. Det må også sies at «anlegg» generelt kan være forholdsvis store. Det observeres at det er store variasjoner i hvordan vindturbiner oppføres. Enkelte steder kan vindturbinene ligge tett inntil hverandre, mens andre steder kan de ligge mer spredt. De konkrete vindforholdene på stedet kan også spille en rolle i plasseringen.

Men det følger av energiloven § 1-3 at legaldefinisjonen på et elektrisk anlegg er en «*Fellesbetegnelse på elektrisk utrustning og tilhørende bygningstekniske konstruksjoner for produksjon, omforming, overføring og fordeling av elektrisk energi.*» Etter denne legaldefinisjonen må et elektrisk anlegg forstås som en «fellesbetegnelse» på både «utrustningen» og «tilhørende bygningstekniske konstruksjoner». Lovteksten legger altså opp til en samlet vurdering av alle komponentene som inngår for at det elektriske anlegget skal fungere. Det er ikke snakk om kun de elektriske komponentene. I vår sak betyr dette at det er ikke kun vindturbinene som sådan som kommer inn i vurderingen av om kravet til konsesjon foreligger. Det må foretas en bredere vurdering hvor også de «tilhørende bygningstekniske konstruksjoner» tas inn i vurderingen.

Selv om gårdene skal oppføre en vindturbin på hver eiendom, er det trolig nødvendig med noe felles infrastruktur, herunder tilkomstveier, servicebygg og tilførselskabler. Det følger av faktum at formålet med innkjøpet vindturbinene er «effektivisering», så jeg legger til grunn at vindturbinene vil være koblet til hverandre for å kunne effektivisere gårdsdriften til hver enkelt gård men også alle samlet sett. Dette vil trekke ytterligere i retning av at de «tilhørende bygningstekniske konstruksjoner» må sees på som en del av det elektriske anlegget. Når dette sees i lys av det som ble nevnt om legaldefinisjonen av et elektrisk anlegg, taler det med tyngde at de 15 vindturbinene i vår sak omfattes av ordlyden «vindkraftanlegget» og at det er krav til konsesjon for å drive de elektriske anleggene, jf. energilovforskriften § 3-1 (2) annet punktum.

Konklusjon: Søknadene må behandles samlet og utløser konsesjonsplikt etter energiloven.

Dersom det ikke er behov for konsesjon etter energiloven, kan det likevel være krav om at det utarbeides reguleringsplan for de berørte eiendommene før det gis byggetillatelse?

Kapittel 12 i plan- og bygningsloven omhandler rettsregler knyttet til reguleringsplaner. I vår sak er det spørsmål om de 15 vindturbinene må sees på som et «større bygge- og anleggstiltak» eller «andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn», jf. pbl. § 12-1 (3) første punktum som utløser krav om reguleringsplan for tiltaket. Legaldefinisjonen av et «tiltak» følger av pbl. § 1-6 og er oppfylt i vår sak. Det videre spørsmålet er om tiltaket som de 15 vindturbinene utgjør samlet er av en art og har et slikt omfang som gjør at tiltaket krever en reguleringsplan. Hensynet bak bestemmelsen er et kontrollhensyn med oppføringen av store byggeprosjekter slik at det passer inn i øvrige planer. Etter ordlyden er det snakk om at det er kun de bygge- og anleggstiltakene som er «større» og de tiltakene

som kan få «vesentlige virkninger for miljø og samfunn» som krever reguleringsplan, men dette bringer oss ikke særlig nærmere subsumsjonen i vår sak.

Det følger av Rt. 2009 s. 354 avsnitt 47 at «*Det hører under plan- og bygningsmyndighetene å vurdere*

forholdene i den enkelte kommune for å ta stilling til om reguleringsplan må utarbeides». Høyesterett peker her på at de lokale forvaltningsmyndighetene er gitt en vid adgang til selv å bestemme hvorvidt tiltaket må ansees som et «større bygge- og anleggsarbeid». Hensynet bak den vide kompetansen som legges til forvaltningen begrunnes i planmyndighetenes faglige vurderingsevne av når tiltak medfører at reguleringsplan er nødvendig.

Av det som her er gjennomgått, er det utfordrende å gi et helt definitivt svar på forhånd om det skal utarbeides reguleringsplan for de 15 vindturbinene. Kompetansen til å avgjøre spørsmålet er som nevnt lagt til den lokale planmyndighetens faglige vurdering. Men det trekker i retning av at det er krav til utarbeidelse reguleringsplan.

Konklusjon: Det kan være krav om utarbeidelse av reguleringsplan for de berørte eiendommene. Dersom det ikke er nødvendig med reguleringsplan eller konsesjon, vil det være behov for dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for å kunne innvilge byggetillatelsene?

Spørsmålet er om kommuneplanens arealdel gir grunneieren rett til å oppføre vindturbinene uten dispensasjon eller om det er krav til dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

Pbl. § 11-6 (1) første punktum sier at kommuneplanens arealdel «er ved kommunestyrets vedtak bindende for nye tiltak». Dette betyr at planen er direkte bindende for grunneierne når det gjelder adgangen til å bygge nytt eller endre på arealbruken sin. Dette betyr at utgangspunktet er at grunneierne kan bygge rettigheter direkte på kommuneplanens arealdel og ikke behøver en dispensasjon fra kommuneplanens arealdel.

Men det neste som må avklares i vår sak er om arealformålet som følger av pbl. § 11-7 nr. 5 bokstav a gir grunneierne hjemmel til å oppføre vindturbinene uten dispensasjon fra kommuneplanens arealdel. Det helt avgjørende i vår sak er om oppføringen av vindturbinene er «nødvendige tiltak for landbruk».

På den ene siden er det ikke tvilsomt at vi befinner oss på landbruksområdet da vindturbinene skal oppføres på eiendommen til gårdene, men på den annen side er det vanskelig å subsumere oppføringen av vindturbinene inn under lovens ordlyd «nødvendige tiltak».

Ot.pr.nr.32 (2007-2008) på side 215 gir noe veiledning til hva som inngår i ordlyden. Forarbeidet sier at det bare er tillatt å oppføre det som er nødvendig for drift av næringsmessig landbruk, eksempelvis jordbruk, skogbruk og «gårdstilknyttet næringsvirksomhet basert på gårdens ressursgrunnlag». Forutsetningen for den tilknyttede næringsvirksomheten er at den kommer i tillegg til igangværende landbruksdrift. Vi har ikke nok opplysninger i faktum til å vite om gårdene har en underliggende drift, men jeg legger det til grunn i den videre drøftelsen. Det utdypes videre i forarbeidet at næringsvirksomheten må være basert på gårdens ordinære ressursgrunnlag, men at en fradeling av grunn til næringsvirksomhet vil falle utenfor og innebære en bruksendring.

På den ene siden finnes det delvis støtte i forarbeidet for at oppføringen av vindturbinene kan være omfattet av underformålet i pbl. § 11-7 nr. 5 bokstav a, men på den annen side følger det av det samme forarbeidet at hovedregelen og formålet for LNFR-områder er at «*Dette er arealer som i det vesentlige skal være ubebygget, eller bare bebygget i tilknytning til landbruk og reindrift*». Det er av den grunn vanskelig å si oppføringen av vindturbiner kan være omfattet av arealformålet. Ettersom gårdeierne ikke kan bygge rett direkte på kommuneplanens arealdel til å oppføre vindturbinene, må de søke om en dispensasjon etter pbl. § 19-2.

Konklusjon: Gårdeierne må søke om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel etter pbl. §

19-2. II

Til: Marte Kirkerud

Fra: Advokatfullmektig i det lokale advokatkontoret

Vedrørende: uformelle råd om hvilke juridiske argumenter som kan anføres mot å fatte et slikt vedtak i kommunestyremøtet.

Når det gjelder ditt første spørsmål om kommunestyret på denne måten kunne ta stilling til spørsmålet om

eventuell konsesjonsplikt etter energiloven, så forstår jeg spørsmålet slik at du lurer på om beslutningsgrunnlaget til kommunestyret er tilstrekkelig bredt og saklig. Det fremgår av kommuneloven § 13-1 (3) at:

Kommunedirektøren skal påse at saker som legges fram for folkevalgte organer, er forsvarlig utredet. Utredningen skal gi et faktisk og rettslig grunnlag for å treffe vedtak.

Spørsmålet som oppstår i denne sammenhengen er om saken som skal legges frem her er «forsvarlig utredet», og videre om utredningen gir et «faktisk og rettslig grunnlag for å treffe vedtak». Det er ikke helt enkelt å si etter bare ordlyden hva som er en forsvarlig utredning – eller motsatt – hva som er en uforsvarlig utredning. Som en absolutt avgrensning kan man si at dersom det ikke foretas noe utredning er ikke kravet til forsvarlig utredning oppfylt, men det er neppe omstendighetene i denne saken.

I følge lovmotivene i NOU 2016: 4 til den nye kommuneloven til kommuneloven § 13-1 står det at «*Hvor omfattende denne utredningsplikten er, vil bero på en konkret vurdering av den aktuelle saks omfang, kompleksitet, tidsaspekt og så videre.*» Det må altså foretas en konkret vurdering av saken for å vurdere hvor «forsvarlig» saken må utredes. I vår sak er det snakk oppføring av 15 vindturbiner – et tiltak som både er forholdsvis stort, ganske komplekst og etter min forståelse ganske inngripende i naturen. Etter min vurdering vil kravet til forsvarlighet skjerpes i denne saken nettopp fordi saken er av en slik størrelse. Innvirkningene er store og det skjerper kravet til forsvarlig saksforberedelse.

Forvaltningsloven § 17 sier at forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Bestemmelsen må ikke forstås slik at forvaltningen har en plikt til å snu alle steiner for å avdekke alt, men dette er et krav om at saken må sees i sammenheng med hvor inngripende vedtaket er. Her kommer det også inn en avveining mellom hvor effektiv saksbehandlingen skal være og hvor mye rettssikkerhet som skal gis. Dette kan du brukes for å understøtte dine synspunkter etter kommuneloven § 13-3 (3).

For å oppsummere er mine uformelle råd til deg at siden saken er såpass inngripende så skjerpes kravene til utredningen. Dokumentunderlaget i denne saken oppfylder ikke kravet til at saken er så godt opplyst som mulig når det sees i lys av hvor inngripende tiltaket er. Du kan også si at kommunedirektøren ikke har oppfylt sine rettslige plikter etter kommuneloven § 13-1 (3).

Når det gjelder ditt andre spørsmål om dette vedtaket førte til at det nå endelig var avgjort hvordan saken skulle vurderes etter plan- og bygningsloven, så forstår jeg det som et spørsmål om det fremtidige kommunestyrevedtaket ikke kan angripes.

Kommunedirektøren sier i sitt forslag til vedtaket at søknadene skal behandles som «ordinære byggesaker». Det henvises her til plan- og bygningslovens fjerde del om byggesaker. Gårdeierne må sende inn søknad for hver sitt anlegg etter pbl. § 20-2 (1) ettersom deres tiltak er omfattet av pbl. § 20-1 (1) bokstav a om «oppføring, tilbygging, påbygging, underbygging eller plassering av bygning, konstruksjon eller anlegg».

Tillatelsene som gis til grunneierne er et «enkeltvedtak» etter legaldefinisjonen i fvl. § 2 (1) bokstav b ettersom det etablerer rettigheter for grunneierne. Ettersom tillatelsen er et enkeltvedtak utløses det rettssikkerhetsgarantier som eksempelvis klageadgang og omgjøringsadgang uten forutgående klage. Etter fvl. § 28 (1) så følger det at en «part» eller «annen med rettslig klageinteresse» kan påklage vedtaket. Aktuelle personer med rettslig klageinteresse i denne saken kan være berørte naboer eller interesseorganisasjoner med et legitimt formål.

Etter fvl. § 35 (1) bokstav c så «kan» forvaltningsorganet omgjøre sitt eget vedtak uten forutgående klage dersom, vedtaket må ansees som ugyldig. Det spørsmålet som oppstår i den sammenhengen er om den uforsvarlige saksbehandlingen kan sies å ha virket inn på vedtaket innhold og at dermed må sees på som ugyldig. Lignende saker har vært behandlet av Høyesterett. I saken Rt. 2009 s. 1319 var spørsmålet om kommunen hadde begått en feil ved tildeling av driftshjemmel til en fysioterapeut. Høyesterett fant at det var begått saksbehandlingsfeil fordi saken ikke var tilstrekkelig utredet og fysioterapauten ble tilkjent erstatning. Det samme argumentet kan gjøres gjeldende i denne saken; saken er ikke tilstrekkelig utredet og opplyst fra forvaltningens side og vedtaket må anses som ugyldig. Etter ordlyden i fvl. § 35 så er ikke forvaltningen pliktet til å omgjøre et ugyldig vedtak, men det kan likevel følge av spesiallovgivningen at en slik plikt foreligger. Det er ikke meg bekjent at det foreligger en omgjøringsplikt i denne saken, men her tar jeg et vesentlig forbehold om min egen utredning av spørsmålet ditt. Til slutt kan det nevnes at dersom forvaltningen blir gjort oppmerksom på at et vedtak etter alt å dømme er ugyldig, så kan det utøves politisk press mot organet til å omgjøre vedtaket.

og bygningsloven.

Endelig vil jeg påpeke at det er et skille mellom jus og politikk og vurderingene her kan dermed ha begrenset vekt i dine videre vurderinger.

III

Notat fra Sivilombudsmannen

Vedrørende: kort oversikt og hvilke problemstillinger vindturbinsaken reiser.

Formålet til sivilombudsmannen er å sikre at den offentlige forvaltningen ikke utøver urett mot borgerne og bidra til at den offentlige forvaltningen respekterer og sikrer menneskerettighetene, jf. sivilombudsmannloven § 3. Det som er aktuelt i denne saken er å undersøke de problemstillinger som reiser seg i forhold til den offentlige forvaltnings utøvelse av makt overfor den enkelte borger, herunder om det er grunnlag for å påstå at vedtakene fra kommunen er ugyldige.

I følge ombml. § 6 fremgår det at «enhver» som mener at den er utsatt for urett fra forvaltningen kan klage til Ombudsmannen. Etter ordlyden begrenser ikke klageretten til Sivilombudsmannen kun de personer eller grupperinger som er «part» eller har «rettslig klageinteresse» etter fvl. § 28. Vestlandet ornitologiske forening («VOF») har dermed rett til å fremsette en klage til Sivilombudsmannen. Utgangspunktet for klagerettighetene som følger av alminnelig og spesiell forvaltningsrett er at lovens klageordninger først må uttømmes før Sivilombudsmannen tar stilling til en klage. Dette fremgår også av Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 5 (1) første setning. Unntaksvis kan Sivilombudsmannen ta saken straks til behandling dersom han finner «særlig grunn til å ta saken opp straks». I denne saken kan det være at hensynet til tidspress gjør at saken kommer på spissen og at Sivilombudsmannen må ta stilling til saken før de ordinære klageinstansene etter forvaltningsretten. Det er opplyst at det er 2 måneder siden vedtakene ble fattet og det er tenkelig at grunneierne vil iverksette byggearbeidet umiddelbart. Dersom vedtakene bygger på uriktige opplysninger og det er grunnlag til å påstå at vedtaket er ugyldig, vil det være vanskelig å tilbakestille de oppsatte vindturbinene. En omgjøring til ugunst for borgerne i en slik sak vil neppe være realistisk ettersom hensynet til innrettelse kommer inn for fullt i en slik vurdering.

Naturligmangfoldloven § 38 sier at «*Det kan fastsettes forbud mot virksomhet og ferdsel som kan påvirke eller forstyrre arten eller dens livsbetingelser*». Etter ordlyden kan forvaltningsmyndigheten nedlegge et forbud i de områder som er opprettet i medhold av nml. § 38 første punktum. Etter ordlyden er det altså ingen plikt for forvaltningsmyndigheten å nedlegge et slikt forbud. På den ene siden vil trolig virksomheter som fortrenger vernekategorien ikke kunne tillattes, men på den annen side er det likevel tenkelig at virksomheter og artsmangfoldet kan eksistere side ved side. Forvaltningen er også tillagt en betydelig skjønnsmessig kompetanse etter bestemmelsen til å foreta vurderinger basert på sin faglige forståelse. Dersom bestemmelsen leses i sammenheng med § 1 om formålet til loven, fremgår det at loven skal gi grunnlag for menneskenes virksomhet nå og i fremtiden. Det er i vår sak fremtidsvurderingen som er aktuell fordi vindturbinene har som mål å effektivisere fremtidens gårdsdrift og sikre mer miljøvennlige måter å forvalte virksomheten. Spørsmålet er hvor inngripende oppføringen av vindmøllene er på terrenget og den vernekategorien som området skal ivareta.

Når det gjelder forholdet til Ramsar-konvensjonen kan jeg ikke se at Norge har underskrevet eller ratifisert avtalen og vil av den grunn ikke reise noen problemstillinger i Sivilombudsmannens vurdering av om vedtaket kan være ugyldig.

Når det gjelder hensynet til at trekkfuglene ikke har vært vurdert i saken oppstår det et spørsmål om hvilken avgrensning forvaltningen har til å foreta en tilstrekkelig bredt og saklig utredning. Det er rimelig at forvaltningen har kompetanse til å foreta en adekvansvurdering av hvor man skal avslutte kartleggingen av sakens påvirkning og at den skal være så godt opplyst som mulig, men spørsmålet er jo nettopp hvor denne grensen går. Trolig må det gjøres en ulik behandling av de bestander som har fast tilhørighet i området og de bestander som bare flyr forbi. Det er utfordrende for forvaltningen å si med sikkerhet hvilke fugler som kommer til å fly forbi og spesielt med hvilken sikkerhet man kan fastslå at de vil holde seg til de samme mønstrene.

I følge pbl. § 4-1 (1) så skal det utarbeides et planprogram for planer som «kan» få «vesentlige virkninger» for miljøet og samfunnet. Etter ordlyden er det altså ikke et krav om at planen har fått eller vil få «vesentlig virkninger»; lovskravet er at planen «kan» få «vesentlig virkninger». I dette ligger et krav om at planmyndigheten selv må foreta en vurdering av de planer som legges frem om det skal utarbeides et planprogram.

Etter pbl. § 4-1 (2) så er det hensynet til kontradiksjon som gjør seg gjeldende. Bestemmelsen sier at

planprogrammet skal oppgi et formål, gi frister og medvirkning spesielt for grupper «som antas å bli særlig berørt». Spørsmålet i denne saken er dermed om VOF er «særlig berørt» av vedtakene. Etter ordlyden så kan man altså være berørt av planarbeidet, men ikke så berørt at man må tas spesielt hensyn til i utarbeidelsen av planprogrammet. Det er lite opplysninger i faktum å bygge på, så i mangelen på holdepunkter trekker det i retning av at VOF ikke er «særlig berørt» av planprogrammet. Pbl. § 14-1 sier at reglene i kapittel 14 om konsekvensutredninger gjelder for «nærmere bestemte verneplaner etter naturmangfoldloven kapittel V». Kapittel 14 i plan- og bygningsloven kommer altså til anvendelse i vår sak.

Forskrift om konsekvensutredninger er hjemlet i pbl. § 14-6. I følge forskriftens § 6 (1) bokstav a så skal alltid planer og tiltak etter pbl. §§ 11-1 og 11-5 konsekvensutredes. Etter dette vil det trolig være et krav til en konsekvensutredning før oppføringen av vindturbinene.

Når det gjelder spørsmålet om saken skulle vært utredet i henhold til EU-direktivene, så gjennomfører forskrift om konsekvensutredninger EU-direktivene om konsekvensutredninger. Dette fremgår eksplisitt av kongelig resolusjon av 21. juni 2017 med saksnummer 17/2879. Ettersom forskriften gjennomfører EU direktivene er det ikke nødvendig å ta selvstendig stilling til om kravene i direktivene er oppfylt. Dette følger av definisjonen på hva gjennomføring av internasjonale forpliktelser i nasjonal rett er.

Det siste spørsmålet er om saken bør tas til behandling hos Sivilombudsmannen. I følge Sivilombudsmannsloven § 6 siste ledd får Ombudsmannen kompetanse til å selv vurdere om en klage skal tas til behandling. Kompetansen innskrenkes delvis av Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 5 som oppstiller vilkår for klagebehandlingen. Som allerede nevnt, er utgangspunktet at klageren må uttømme klageordningen i vedkommende lov før Sivilombudsmannen tar stilling til saken. Men unntaksvis, dersom det er «særlig grunn» til å ta opp saken straks kan Sivilombudsmannen se bort i fra det kravet. Spørsmålet er om vilkåret «særlig grunn» er oppfylt i vår sak. Etter ordlyden så skal det ganske mye til for at Sivilombudsmannen skal ta en sak til behandling før klageren har uttømt de ordinære klageordningene. Dette må sees i sammenheng med de klageordninger som er lagt opp etter de ordinære lovene og den spesielle posisjonen Sivilombudsmannen har i maktfordelingen. Sivilombudsmannen er ikke en ordinær klageinstans for alle forvaltningsområder. Sivilombudsmannen skal sikre at borgernes rettigheter blir ivaretatt i møte med forvaltningen, jf. ombml. § 3.

Konklusjon: Saken bør ikke tas til behandling av Sivilombudsmannen.

Del 2

Jeg skal nå se på, og begrunne, Høyesteretts og EMDs ulike tilnærminger i saker som omhandler omsorgsovertakelse og adopsjon.

I Strand Lobben-saken sier EMD i avsnitt 208 at nasjonale myndigheter ikke kan bygge en avgjørelse om tvangsadopsjon på bakgrunn av at myndighetene selv ikke har oppfylt sine menneskerettsforpliktelser (EMK Art. 8; retten til respekt for privatlivet og familielivet).

Høyesterett på den annen side sier i HR-2020-661-S i avsnitt 115 at myndighetene kan iverksette omsorgsovertakelse eller adopsjon dersom dette er den beste løsningen for barnets beste på domstidspunktet.

Det som er interessant å merke seg her, er at Høyesterett forholder seg til de omstendigheter som foreligger på domstidspunktet og holder muligheten åpen for å foreta en vurdering av hva som er til barnets beste når saken står til doms. Dette har en interessant side til langdradde saksbehandlingstider i klage- og domstolsapparatet. Fordi det er ofte ganske tidkrevende prosesser å ta et forvaltningsvedtak helt til Høyesterett. Hva som er barnets beste på domstidspunktet er ikke nødvendigvis det samme som er barnets beste på vedtakstidspunktet. Og det er nok her en vesentlig ulikhet mellom EMDs og Høyesteretts tilnærming til spørsmålet. Fordi EMD sier at når nasjonale myndigheter ikke har klart å oppfylle sine positive menneskerettslige forpliktelser under saksbehandlingen, og effektivt er ansvarlig for en «family breakdown», så kan ikke nasjonale myndigheter bygge et adopsjonsvedtak på dette. Det er for så vidt en rimelig tilnærming – fordi menneskerettsforpliktelsene skal gjøres gjeldende under all utøvelse av offentlig myndighet – ikke bare når Høyesterett behandler saken.

Det ulike perspektivet kan også begrunnes i de ulike oppgavene til Høyesterett og EMD. Utgangspunktet er at Høyesterett skal avsi konkrete saker for nasjonale domstoler basert på norsk lovgivning. Men nå er norsk lovgivning i stor grad påvirket av de internasjonale forpliktelsene, men Høyesterett skal som et utgangspunkt anvende nasjonal juridisk metode og ta selvstendig stilling til de rettsspørsmålene som de er presentert med – innenfor de skrankene som følger av Norges internasjonale forpliktelser. Dette kan for så vidt leses ut av siste setning i avsnitt 115 i HR-2020-661-S hvor Høyesterett sier at EMDs dom må tolkes

for å ta stilling til om det er strid med artikkel 8.

EMD sier på sin side at nasjonale myndigheter ikke under noen omstendigheter kan bygge et adopsjonsvedtak på en situasjon som myndighetene selv er ansvarlig for som følge av å ikke etterleve sine forpliktelser etter EMK. EMD sier ikke det siterte avsnittet noe mer om hva nasjonale myndigheter kan gjøre, de avfeier bare forholdsvis bastant at de ikke bygge vedtaket på de tidligere omstendigheter. Høyesterett tilbakeviser dette til en viss grad og gir et mer nyansert bilde av hvilken rimelig løsning de kan komme frem til. Dette må igjen sees i sammenheng med det jeg har nevnt overfor om de ulike oppgavene til EMD og Høyesterett.

I saken M.L mot Norge i avsnitt 98 kommer denne ulike tilnærmingen ytterligere til syne og begrunnes i domstolenes ulike roller. Hvor EMDs sak er å avgjøre den konkrete saken med henblikk på om den nasjonale staten har oppfylt sine forpliktelser etter EMK. Mens Høyesteretts oppgave er å avgjøre den konkrete saken med henblikk på nasjonal lovgivning sett i lys av de internasjonale forpliktelsene. Og det er her det kan oppstå en «systemically» forskjell mellom de ulike tilnærmingene.

Det er svært interessant at de to domstolene kan ha så ulik tilnærming, fordi begge er bundet av de samme rettsregler. EMD skal på sin side undersøke om de nasjonale myndighetene har overholdt sine forpliktelser, men Norge har tatt inn EMK i nasjonal lovgiving gjennom mrl. § 2 og gitt de forrang ved motstrid etter mrl. § 3. Burde ikke utgangspunktet være at domstolene har en ganske lik tilnærming til samme spørsmål? Det er her prinsippet om *statenes skjønnsmargin* kommer inn i bildet. Det er et rettslig grunnlag som er anerkjent av EMD og sier at nasjonale myndigheter er gitt et viss spillerom til å anvende en konvensjonsbestemmelse i lys av de nasjonale forholdene. Dette omtales også som et prinsipp om subsidiaritet – som sier at den internasjonale retten kommer i annen rekke. Grunnen til at nasjonale myndigheter er tildelt denne skjønnsmarginen er et iboende spenningsforhold mellom nasjonal rett og internasjonal rett. På den ene siden er menneskerettighetene like i hele verden, men på den andre siden må det tas hensyn til nasjonale forhold. På den ene siden må det foretas internasjonal kontroll med regelverket, men på den andre siden er det første og fremst de nasjonale myndighetene som har ansvaret for å håndheve regelverket.

Det kan sies at jo nærmere man kommer en europeisk konsensus, jo mindre blir den nasjonale skjønnsmarginen. Dersom man ser motsatt på det, så øker den nasjonale skjønnsmarginen jo lengre vekk fra europeisk konsensus man er. Nasjonale verdiprioriteringer og kulturelle betingelser spiller her en stor rolle og kan øke skjønnsmarginen.

Når det gjelder spørsmålet om «ordningen for denne typen saker» forstår jeg det som et spørsmål om i hvilken grad norske domstoler foretar en realitetsavgjørelse av vedtaket når sakene prøves for domstolene.

Utgangspunktet for norske domstoler ved spørsmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, er at de avsier dom for gyldigheten eller ugyldigheten av vedtakets innhold. Videre er hovedregelen at dersom vedtaket kjennes som ugyldig så må forvaltningen foreta en ny saksbehandling og ta stilling til vedtaksspørsmålet en gang til. Forvaltningen er ikke bundet til å komme til et motsatt resultat. Unntaksvis kan det oppstå et spørsmål om domstolene har kompetanse til også å avgjøre det underliggende materielle kravet. Det er altså et spørsmål om domstolene har kompetanse til å avsi en realitetsavgjørelse. Spørsmålet har blant annet vært behandlet i Rt. 2001 s. 995 på side 1003 hvor Høyesterett sier at det ikke er grunnlag i norsk rett for «*en generell regel om at domstolene ved lovbundne forvaltningsvedtak kan gi dom for realiteten*». Nå gjelder denne uttalelsen riktig nok ved lovbundne avgjørelser, men utgangspunktet gjennom Høyesteretts praksis ser ut til å være at det ikke gis dom for realiteten. Dette må sees i sammenheng med skillet mellom rettspleie og forvaltningens oppgaver og maktfordelingen for øvrig.

Men i saken HR-2021-474-A som gjaldt fastsettelse av samvær går Høyesterett langt i realitetsavgjørelsen og sier i sin domsslutning at:

«*C og hennes foreldre, A og B, gis rett til samvær 6 – seks – ganger i året med en varighet av 2 – to – timer hver gang. Barnvernstjenesten gis anledning til å føre tilsyn under samværene.*»

Dette er ikke bare en realitetsavgjørelse, det er vel strengt tatt også et nytt vedtak. Det er trolig omstendighetene i saken som er så spesielle at Høyesterett ser seg nødt til å realitetsbehandle samværsfastsettelsen i stedet for å sende vedtaket tilbake til forvaltningen. Det kan nok også ha en preventiv effekt overfor forvaltningen i fremtiden da de vil i større grad oppleve seg bundet av Høyesteretts bemerkninger i dommen ettersom Høyesterett går inn og realitetsbehandler saken og setter seg i forvaltningens sted.

