

TIL Sogndal kommune v/leder for plan og byggesak Åsmund Gaukstad
FRA Advokatfirmaet Hjort DA v/partner/advokat Liv Zimmermann
DATO 26. mai 2021

Vurdering knyttet til behandling av klage over vedtak om stoppordre for masseuttak på Myradn, gnr. 105 bnr. 538

1 Innledning

Sogndal kommune fattet den 12. mai 2021, med hjemmel i plan- og bygningsloven § 32-4, vedtak om øyeblikkelig stans (stoppordre) av pågående arbeider med masseuttak på gnr. 105 bnr. 538. Vedtaket om stoppordre var rettet mot Kaupanger Hovedgård som er eier av eiendommen.

Begrunnelsen for stoppordren var at Statsforvalteren i Vestland, dagen før, den 11. mai 2021, hadde opphevet kommunens vedtak om dispensasjon for tiltaket.

Statsforvalterens opphevelse skjedde etter klage fra naboer over kommunens vedtak om å gi dispensasjon fra reguleringsplan for Myradn der det i vedtak av 1. desember 2016 om mindre vesentlig endring av planen ble gitt tillatelse til å drive masseuttak på ovennevnte eiendom frem til november 2020. Dispensasjonsvedtaket gikk ut på å gi forlenget tillatelse til masseuttak frem til 31. desember 2024. Statsforvalterens opphevelsesvedtak ble begrunnet med at kommunens vedtak led av saksbehandlingsfeil, fordi dispensasjonssaken ikke var tilstrekkelig opplyst når det gjaldt støy og støv fra tiltaket.

Advokat Hilde Avløs Grande har på vegne av Kaupanger Hovedgård v/Nils Joachim Knagenhjelm i brev av 14. mai 2021 dels begjært omgjøring, dels påklaget, kommunens vedtak om stoppordre.

Kommunen har bedt Advokatfirmaet Hjort DA om å foreta en vurdering av saken.

2 Begjæring om omgjøring/klage

2.1 Om forvaltningsloven § 33 og § 35

Innledningsvis bemerkes at så lenge kommunens vedtak er påklaget innenfor klagefristen på 3 uker og kommunen er forpliktet til å foreta forberedende klagebehandling i samsvar med reglene i forvaltningsloven § 33, er det ikke nødvendig at kommunen også vurderer omgjøring etter forvaltningsloven § 35. Sistnevnte bestemmelse kommer til anvendelse der det ikke foreligger en klage og gir hjemmel for at kommunen i visse tilfeller kan omgjøre sitt vedtak selv om det ikke er

påklaget, bl.a. dersom vedtaket må anses å være ugyldig, jfr. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c).

Etter forvaltningsloven § 33 skal underinstansen når et vedtak er påklaget foreta de undersøkelser klagen gir grunn til, og den kan oppheve eller endre vedtaket dersom den finner klagen begrunnet.

Anførselen om ugyldig vedtak er m.a.o. uansett, sammen med øvrige anførsler i brevet fra advokat Grande, nødvendig å ta stilling til ved kommunens behandling etter forvaltningsloven § 33. Så lenge vedtaket er påklaget er det derfor etter min oppfatning naturlig at vurderingen av gyldighetsspørsmålet skjer som ledd i kommunens behandling etter § 33. Jeg foretar derfor ingen nærmere vurdering av advokat Grandes begjæring om omgjøring i medhold av forvaltningsloven § 35.

I tillegg til anførselen om ugyldighet, som vil bli kommentert i punkt 2.2 nedenfor, har advokat Grande anført at vedtaket om stoppordre lider av saksbehandlingsfeil fordi hennes klient ikke ble varslet før vedtaket ble fattet. Denne anførselen kommenteres i punkt 2.3. Videre har hun anført at det var uforholdsmessig å gi stoppordre i påvente av ny realitetsbehandling av dispensasjonssøknaden, og at stoppordren ikke står i rimelig forhold til ulovligheten. Disse anførselene kommenteres i punkt 2.4.

2.2 Anførselen om at kommunens vedtak av 12. mai 2021 er ugyldig

Advokat Grande har i første del av sitt brev av 14. mai 2021 anført at kommunens vedtak av 12. mai 2021 er ugyldig. Dette begrunner hun med at et vedtak om stoppordre i medhold av plan- og bygningsloven § 32-4 bare kan fattes «*om nødvendig*», og i dette tilfellet var ikke stoppordre nødvendig. Hun viser til at driften med masseuttak har pågått over lang tid, den er ikke et nytt forhold og fortsatt drift medfører ingen fare eller uopprettelig skade.

I lovens vilkår om at det må være «*nødvendig*» å kreve øyeblikkelig stans av pågående arbeider ligger at det er overlatt til bygningsmyndighetenes skjønn å avgjøre om slikt pålegg skal gis, se NOU 2003: 12 s. 537 og Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) side 354.

I Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) fremgår følgende under merknadene til § 32-4: «*Bruk av øyeblikkelig stans er særlig aktuelt i tilfeller hvor det ulovlige forhold medfører fare eller uopprettelig skade, men også i tilfeller hvor det bygges uten tillatelse eller i åpenbar strid med tillatelse..*»

Pedersen m.fl. uttaler i Plan- og bygningsrett, del 2, 3. utgave på side 643 at «*Mangler arbeidene nødvendig tillatelse, kan det ikke være tvilsomt at det kan gis stoppordre uten annen begrunnelse enn at igangsettingstillatelse ikke er gitt. Det må være tilstrekkelig at bygningsmyndighetene finner det nødvendig å se nærmere på hva neste skritt skal bli.*»

I Hålogaland lagmannsretts dom av 24. juni 2016 (LH-2016-011426) var situasjonen som i herværende sak at fylkesmannen hadde opphevet kommunens dispensasjonsvedtak og kommunen hadde deretter gitt stoppordre. Lagmannsretten konstaterte følgende: «*Etter at fylkesmannen hadde*

opphevet kommunens vedtak om dispensasjon, var arbeidene som pågikk i strid med reguleringsplanen og manglet nødvendig tillatelse.» Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering frem til at det ikke var grunnlag for et erstatningskrav som var fremmet mot kommunen. Underforstått mente lagmannsretten m.a.o. at fylkesmannens opphevelsesvedtak ga kommunen grunnlag for å gi stoppordre.

Under henvisning til de ovennevnte kilder og uttalelser konkluderer jeg med at det ikke er grunnlag for anførselen om at kommunens vedtak om stoppordre må anses å være ugyldig. Når Statsforvalteren har fattet vedtak om opphevelse av kommunens dispensasjonsvedtak vil videre arbeid være uten tillatelse. Som det fremgår ovenfor kreves i disse tilfeller ikke mer begrunnelse enn dette for at kommunen *kan* velge å gi stoppordre.

2.3 Anførselen om at det foreligger saksbehandlingsfeil som følge av manglende varsling

En stoppordre etter plan- og bygningsloven § 32-4 er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og bestemmelsene om bl.a. krav til varsling og kontradiksjon gjelder i utgangspunktet. Som det fremgår av § 32-4 andre punktum kan pålegg etter denne bestemmelsen likevel gis uten forhåndsvarsel. Det ligger i disse sakenes natur at de haster og de vanlige reglene om varsling og kontradiksjon kan det derfor gjøres unntak fra.

Advokat Grande viser til at hennes klient verken ble varslet om at det var innkommet klage på kommunens dispensasjonsvedtak eller varslet før det ble gitt stoppordre som følge av Statsforvalterens opphevelsesvedtak.

Selv om det er eventuelle saksbehandlingsfeil knyttet til vedtaket om stoppordre som skal vurderes her, finner jeg grunn til også å komme med noen bemerkninger til anførselen om at kommunen ikke varslet advokat Grandes klient om at det var innkommet klage på dispensasjonsvedtaket. Dette fordi dette er et forhold som kan være et moment i en helhetsvurdering av saken.

Hvis det stemmer at naboenes klage over dispensasjonsvedtaket, datert 9. november 2021, ikke ble oversendt fra kommunen til Kaupanger Hovedgård/Knagenhjemm med mulighet for uttalelse, mener jeg dette må anses som et brudd på prinsippet om kontradiksjon, og på bestemmelsen i forvaltningsloven § 33, 3. ledd som sier at dersom noen regnes som motpart i (klage)saken skal underinstansen varsle vedkommende snarest mulig.

Fordi kommunen opprettholdt dispensasjonsvedtaket og ikke tok klagen til følge, kan jeg likevel ikke se at manglende mulighet til å uttale seg/manglende uttalelse fra Kaupanger Hovedgård/Knagenhjemm hadde noe å si for kommunens egen behandling av klagen. For Statsforvalterens behandling av saken kunne nok et tilsvarende svar til klagen fra Kaupanger Hovedgård/Knagenhjemm derimot vært egnet til å påvirke behandlingen til en viss grad. I klagen fra naboene ble det tatt opp at støy- og støvmålinger ikke var dokumentert i saken, og det var dette Statsforvalteren begrunnet opphevelsesvedtaket med. Dersom Kaupanger Hovedgård/Knagenhjemm hadde fått naboenes klage til uttalelse kunne, slik advokat Grande har anført, *«ny og oppdatert*

informasjon rundt driftens forhold til gjeldende grenseverdier for støv og støy mv. vært framlagt». Den manglende kontradiksjonen, som innebærer et brudd på forvaltningsloven § 33, 3. ledd, mener jeg utgjør en saksbehandlingsfeil ved Statsforvalterens vedtak som det kan stilles spørsmål ved om påvirket vedtakets innhold, noe som derved kan tilsi at Statsforvalterens vedtak bør anses ugyldig, jfr. forvaltningsloven § 41.

Når det gjelder kommunens manglende varsling av Kaupanger Hovedgård/Knagenhjelms stoppordre ble gitt, mener jeg at advokat Grandes argumenter om at det i dette tilfellet ikke forelå noen fare eller ville oppstå uopprettelig skade, taler for at kommunen burde tatt seg tid til å varsle Kaupanger Hovedgård/Knagenhjelms stoppordre ble gitt.

Det fremgår av Pedersen m.fl. i Plan- og bygningsrett, del 2, 3. utgave på side 644 at det ligger i muligheten som kommunen «kan» benytte seg av til å unnlate forhåndsvarsling, «at så langt det er forsvarlig å vente med pålegget, skal adressaten ha varsel og anledning til å uttale seg, jf. fvl. § 16 tredje ledd».

Som jeg var inne på ovenfor synes det ikke utelukket at Kaupanger Hovedgård/Knagenhjelms ville ha kunnet komme med «ny og oppdatert informasjon rundt driftens forhold til gjeldende grenseverdier for støv og støy» dersom de hadde fått anledning til å uttale seg til klagen fra naboene. Det samme gjør seg i enda sterkere grad gjeldene i relasjon til stoppordren. I lys av at ny støymåling er opplyst å skulle bli gjennomført allerede i uke 21 synes advokat Grande å ha rett i at det hadde vært mulig for hennes klient å fremlegge ny informasjon i løpet av kort tid og innenfor normal varslingsfrist på 3 uker regnet fra den 12. mai 2021. Til sammen taler dette for at den manglende varslingen må anses som en saksbehandlingsfeil som kan ha påvirket innholdet i vedtaket om stoppordre, jf. forvaltningsloven § 41.

Selv om jeg mener kommunen i dette tilfellet burde ha funnet det forsvarlig å varsle Kaupanger Hovedgård/Knagenhjelms stoppordre ble gitt, nøler jeg likevel noe med å konkludere med at det utgjør en saksbehandlingsfeil at det ikke ble gjort. Dette fordi vi her står overfor en utpreget skjønsmessig vurdering hvor kommunen i løpet av den korte tiden før stoppordren ble gitt, kan ha vurdert det som uforsvarlig å vente med å gi pålegget til det var gjennomført varsling. Etter hva jeg har fått opplyst kontaktet kommunen Statsforvalteren straks etter at opphevelsesvedtaket var mottatt for å be om råd, og svaret fra Statsforvalteren var at det umiddelbart måtte gis stoppordre. Videre er det en realitet at denne saken har stor oppmerksomhet i kommunen og at det var mange naboer som sto bak klagen til Statsforvalteren som ble tatt til følge. Kommunens vurdering av at det måtte handles raskt var sikkert preget av dette. Å si at kommunen likevel burde ventet med å gi stoppordre blir derfor lett etterpåklokskap.

2.4 Anførselen om det at var uforholdsmessig og urimelig å gi stoppordre

Det fremgår av plan- og bygningsloven § 32-10 at sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten. Denne bestemmelsen kodifiserer et generelt forvaltningsrettslig prinsipp om at reaksjon på overtredelser skal stå i rimelig forhold til overtredelsen.

Advokat Grande har anført uforholdsmessighet i relasjon til at det hadde vært mulig å avvente en ny realitetsbehandling av søknaden om dispensasjon før det ble gitt pålegg om stans, og uforholdsmessighet i relasjon til at en stoppordre som reaksjon ikke står i rimelig forhold til ulovligheten i denne saken. Hun viser også her til at ulovligheten gjelder drift av et masseuttak som har pågått over lang tid og som ikke utgjør noe nytt forhold, og som ikke vil føre til uopprettelig skade dersom det ikke stoppes. Videre viser hun til at pålegget om stans får store negative konsekvenser for hennes klient, herunder at bl.a. 20 arbeidsplasser settes i fare.

Som sagt ovenfor mener jeg kommunen burde ha varslet Kaupanger Hovedgård/Knagenhjelms før stoppordren ble gitt, fordi det kunne ha ført til at «*ny og oppdatert informasjon rundt driftens forhold til gjeldende grenseverdier for støv og støy*» kunne blitt fremlagt. Feilen som Statsforvalteren begrunnet sitt opphevelsesvedtak med, dvs. manglende vurdering av støy og støv fra tiltaket, kunne ved det vært rettet. Dette gjelder også dersom nye målinger konkluderer med at anbefalte/tillatte grenseverdier blir overskredet fordi det da i så fall normalt vil være mulig å gjennomføre avbøtende tiltak.

Det følger av forarbeidene, jf. NOU 2005: 12 s. 314, at graden av eventuell skyld hos den ansvarlige, grovheten av overtredelsen, samt mulige fordeler av overtredelsen, skal hensyntas ved utmålingen av sanksjoner.

I denne saken kan jeg ikke se at «den ansvarlige», dvs. Kaupanger Hovedgård/Knagenhjelms, kan bebreides for det ulovlige forholdet. Her foreligger i utgangspunktet en gyldig tillatelse, behandlet av kommunen både administrativt og politisk. Tillatelsen ble gitt på vilkår om flere støyreducerende tiltak, samt vilkår om oppsetting av støymåler som dokumenterer at støy fra virksomheten ikke overstiger grenseverdier for støy. Det er hittil ikke påvist at pågående drift overskrider grenseverdiene. Vilkåret gjør at kommunen ved tilsyn kan følge opp og gi pålegg om stans eller tiltak dersom eventuell overskridelse av grenseverdiene skulle gi grunnlag for det. Grenseverdiene som kommunens vilkår refererer til oppfatter jeg forøvrig at må være grenseverdiene i gjeldende retningslinjer for støy (T-1442/2020).

Etter min mening kan det stilles spørsmål ved om kommunens vedtak her var beheftet med feil ettersom kommunen helt klart foretok støyvurderinger og satte vilkår om støyreducerende tiltak, før vedtak ble fattet.

Statsforvalteren mente imidlertid at støy- (og støv)forholdene skulle vært vurdert bl.a. gjennom måling før tillatelse ble gitt. En saksbehandlingsfeil bestående i dette må etter min oppfatning først og fremst bebreides kommunen og ikke tiltakshaver. Uansett kan jeg ikke se at det er grunnlag for å si at overtredelsen var grov eller at tiltakshaver har fått fordeler av den. Dersom kommunen hadde krevet nye støy- og støvvurderinger og innhentet uttalelser fra relevante myndigheter før dispensasjonsvedtaket ble fattet, ville tiltakshaver ha måttet forholde seg til det. Enten hadde dette resultert i «klarsignal» for fortsettelse av driften, eller tiltakshaver hadde måttet utføre tiltak for å oppfylle kravene. Slik jeg forstår saken er det ikke sannsynlig at utfallet av denne saksbehandlingen

ville ført til at driften av masseuttaket ikke ville fortsette på en eller annen måte. Jeg viser her til kommunens begrunnelse for hvorfor det er gitt forlenget tillatelse til å fortsette virksomheten.

Oppsummert kan jeg ikke se at det er forhold ved ulovligheten i denne saken som tilsier at det er rimelig av kommunen å reagere strengt mot Kaupanger Hovedgård/Knagenhjem. Tvert imot er det forhold i denne saken som etter min mening tilsier at en avveining av interessene som taler for streng reaksjon/pålegg om umiddelbar stans, opp mot tiltakshaver behov for noe tid før et pålegg effektueres, bør gå i favør av tiltakshaver.

Selv om man ikke skal undervurdere naboenes og omgivelsenes behov for og interesse av at det sikres at driften av masseuttaket skjer innenfor fastsatte og akseptable grenser for bl.a. støy, fremstår det etter min mening ikke som avgjørende at driften av masseuttaket måtte stoppes omgående. En mer rimelig reaksjon, ref. plan- og bygningsloven § 32-10, ville vært å gi tiltakshaver en frist for stans av virksomheten som muliggjorde at det innenfor fristen kunne foretas retting av saksbehandlingsfeilen som Statsforvalteren mener dispensasjonsvedtaket led av.

I tilfeller der det er forsvarlig å gjøre det, er det for øvrig praksis for at tiltakshaver/den ansvarlige for en ulovlighet gis rimelig tid til å rette det ulovlige forholdet. Dette enten ved å foreta retting (fjerning eller avvikling) eller ved å søke om å få det ulovlige forholdet godkjent. Som en parallell til denne praksisen mener jeg det altså ville vært rimelig om Kaupanger Hovedgård/Knagenhjem fikk en frist som før det første ga tilstrekkelig tid til å foreta støymåling, for det andre ga tilstrekkelig tid til at det kunne bli innhentet eventuelle manglende uttalelser fra berørte myndigheter og som for det tredje ga rimelig tid til å gjennomføre kompenserende støy- og støvreduserende tiltak dersom det skulle vise seg behov for det.

Oppsummert er det etter dette min vurdering at kommunen gjennom behandling av klagen fra advokat Grande, på vegne av Kaupanger Hovedgård/Knagenhjem, bør ta klagen til følge, slik kommunen kan gjøre i medhold av forvaltningsloven § 33.

Etter forvaltningsloven § 33 skal underinstansen når et vedtak er påklaget som sagt foreta de undersøkelser klagen gir grunn til, og den kan oppheve eller endre vedtaket dersom den finner klagen begrunnet.

I Norsk Lovkommentar (Rettsdata) har Jan Fridthjof Bernt kommentert til denne bestemmelsen at:

Omgjøringsadgangen etter § 33 andre ledd andre punktum bør brukes med varsomhet. Regelen vil særlig være praktisk hvor det viser seg at det opprinnelige vedtak åpenbart er galt eller uheldig.

Videre har Bernt kommentert:

Underinstansen kan ikke endre det tidligere vedtaket til skade for den som har klaget. Derimot kan underinstansen endre sitt tidligere vedtak i samsvar med klagen, selv om endringen er til skade eller ulempe for andre parter i saken. Underinstansen kan også gi klager delvis medhold,

men dette bør bare gjøres hvor det er rimelig grunn til å tro at klager vil være fornøyd med det nye vedtaket, og klager må gjøres oppmerksom på sin rett til å påklage dette.

Kommunen kan altså omgjøre sitt eget vedtak når den under den forberedende klagebehandlingen finner at det opprinnelige vedtaket var galt eller uheldig og endringen ikke skjer til skade for klageren (i dette tilfellet Kaupanger Hovedgård/Knagenhjem).

I denne saken synes det for meg gjennom klagen å ha fremkommet momenter som ikke ble tilstrekkelig vurdert før kommunen ga stoppordre, og som gjør at saken nå stiller seg annerledes enn da opprinnelig vedtak ble fattet. Dette tilsier at kommunen tar klagen til følge og fatter nytt vedtak med pålegg om retting av det ulovlige forholdet innen en passende og rimelig frist, ref. ovenfor. Kommunen kan også varsle tvangsmulkt, jf. plan- og bygningsloven § 32-5, dersom den finner grunn til det, for å sikre etterlevelse av pålegget.

Jeg minner avslutningsvis om at det dersom kommunen fatter nytt vedtak vil dette være et vedtak som gir naboene og andre klagerett.