

Juridisk utredning om konsekvensutredning av  
akvakulturanlegg



# HOLTH & WINGE

## Om Holth & Winge AS

Holth & Winge AS har spisskompetanse på plan- og bygningsrett og tilstøtende rettsområder. Firmaet besitter oppdatert kunnskap fra forskning og praksis, gjennom utredninger, kurs og undervisning.

[www.holthogwinge.no](http://www.holthogwinge.no)

[kontakt@howi.no](mailto:kontakt@howi.no)

## Dokumentinformasjon

<b>Oppdragsgiver:</b>	Evje og Hornnes kommune
<b>Tittel:</b>	Juridisk utredning om konsekvensutredning av akvakulturanlegg
<b>Utarbeidet av:</b>	Holth & Winge AS v/Nikolai Winge og Tone Steinnes
<b>Forbehold:</b>	Holth & Winge AS er ikke i noen henseende ansvarlig for oppdragsgivers eller andres bruk av utredningen.

## Innholdsfortegnelse

Sammendrag .....	3
1. Tema .....	4
2. Krav til konsekvensutredning for akvakulturanlegg .....	5
2.1 Generelt om myndighets- og ansvarsfordelingen ved konsekvensutredninger .....	5
2.2 Når skal akvakulturanlegg konsekvensutredes og hvilken myndighet har ansvaret .....	6
2.2.1 Kommuneplanens arealdel .....	6
2.2.2 Detaljreguleringsplan for akvakulturanlegg .....	7
2.2.3 Søknad om tillatelse etter akvakulturloven .....	9
2.3 Oppsummering .....	9
3. Statsforvalters rolle og ansvar i kommunale plansaker .....	11
3.1 Statsforvalters rolle som veiledningsressurs .....	11
3.2 Statsforvalters rolle som høringsorgan .....	11
3.3 Statsforvalters rolle som innsigelsesmyndighet .....	12
3.4 Statsforvalters rolle som klageinstans .....	13
4. Virkningen av manglende konsekvensutredning .....	14
4.1 Generelt om forvaltningsloven § 41 og ugyldighetsvurderinger .....	14
4.2 Innvirkningskriteriet ved mangelfull eller manglende konsekvensutredning .....	15
4.3 Særlig om statsforvalters plikt til å begrunne oppheving i lys av fvl. § 41 .....	18

## Sammendrag

Denne utredningen har sett nærmere på regelverket knyttet til konsekvensutredningsplikt for reguleringsplaner for akvakulturanlegg. Den tar utgangspunkt i en konkret reguleringsplan i Evje og Hornnes kommune, som ble opphevet av Statsforvalteren i Agder grunnet manglende konsekvensutredning. Utredningen har undersøkt både kommunens og Statsforvalterens lovtolkning og rettsanvendelse i saken.

Utredningen viser for det første at regelverket som gjelder konsekvensutredning for akvakultur, til dels er uklart når det gjelder hvem som er ansvarlig myndighet. Selv om konsekvensutredningsforskriften legger ansvaret for slike utredninger til fylkeskommunen når tiltaket behandles etter akvakulturloven, er det kommunene som har ansvaret når tiltaket behandles som et privat reguleringsplanforslag etter plan- og bygningsloven. I saken her er det altså kommunen som har ansvaret for å avgjøre om planen utløser krav om konsekvensutredning. Utredningen viser videre at Evje og Hornnes kommune har tatt for lett på denne avgjørelsen, ved at de utelukkende har vist til forslagsstillers til dels mangelfulle beskrivelse og vurdering av de faktiske forholdene og potensielle konfliktene i saken.

For det andre viser utredningen at statsforvaltere har en viktig rolle som veiledningsressurs, høringsorgan og innsigelsesmyndighet. Statsforvalter kan gjennom disse rollene og det tilhørende ansvaret fange opp rettslige feil og mangler, slik at både forslagsstiller og kommunen blir oppmerksomme på manglene før planen fremmes til endelig behandling i kommunen. Selv om statsforvalter ikke har noen *plikt* til å foreta en lovlighetskontroll i pågående plansaker, ligger det en forventning i systemet om at det sies fra om klare brudd på saksbehandlingsregler. Statsforvalterne bør være spesielt oppmerksomme på saker hvor kommunen mener det ikke er krav om konsekvensutredning. I den foreliggende saken kunne Statsforvalter med fordel ha stilt spørsmål ved kommunens vurdering av KU-kravet som et ledd i deres høringsuttalelse. Med dette ville forslagsstiller og kommunen fått mulighet til å rette opp feilen på et tidligere stadium av saken.

For det tredje viser utredningen at Statsforvalters klagevedtak i den aktuelle saken er mangelfullt. Det er ikke foretatt en utfyllende vurdering av om saksbehandlingsfeilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 41. Det fremgår ikke av klagevedtaket at Statsforvalter har vurdert om planbeskrivelsen, som også inneholder en vurdering av konsekvensene av planen, har gitt kommunen tilstrekkelig informasjon til å treffe vedtaket på forsvarlig grunnlag, og om en manglende formell konsekvensutredning dermed ikke har virket inn på vedtakets innhold. Statsforvalter har videre en mangelfull drøftelse av om saksbehandlingsfeilen faktisk fører til ugyldighet. Dette er etter vårt syn en mangel ved Statsforvalterens vedtak, som kan gi grunn til å vurdere om det skal fremmes en omgjøringsbegjæring.

## 1. Tema

Denne utredningen skrives på oppdrag fra Evje og Hornnes kommune. Saken gjelder reguleringsplan for utvidelse av et landbasert oppdrettsanlegg for fisk. Reguleringsplanen ble opphevet etter klage til Statsforvalteren i Agder. Statsforvalteren mente det var begått en saksbehandlingsfeil ved at reguleringsplanen ikke var konsekvensutredet. Utredningen reiser følgende hovedspørsmål:

1. Når kreves det konsekvensutredning for akvakulturanlegg, hvem er ansvarlig myndighet, og hvordan reguleres forholdet mellom plan- og bygningsloven og akvakulturloven?
2. Foretok Evje og Hornnes kommune en tilstrekkelig vurdering av spørsmålet om planforslaget utløste krav om konsekvensutredning?
3. I hvilken grad har statsforvalter ansvar for å påpeke rettslige feil og mangler som hørings- og innsigelsesmyndighet?
4. Har Statsforvalteren foretatt en tilstrekkelig vurdering av innvirkningen av saksbehandlingsfeilen med hensyn til reguleringsplanens gyldighet?

Som spørsmålene viser, veksler utredningen mellom å behandle de rettslige rammene på generelt grunnlag og de særskilte spørsmålene som reises i den konkrete saken. All drøftelse og analyse skjer fra et nøytralt ståsted. Hensikten er utelukkende å klargjøre gjeldende rett, herunder å undersøke om det foreligger feil eller mangler ved både kommunens og Statsforvalterens saksbehandling og vedtak i den konkrete saken.

Utredningen går ikke inn på de faktiske forholdene i den konkrete saken. Det vil si at det ikke foretas en vurdering av om det planlagte tiltaket vil ha konsekvenser som utløser krav om konsekvensutredning, eller hvilke virkninger en manglende konsekvensutredning har i denne saken. Det er kommunens og Statsforvalterens rettslige vurderinger anvendt på sakens faktum som utgjør analysegrunnlaget.

Den konkrete saken har gått over lang tid og inneholder en rekke dokumenter. Innenfor rammen av utredningsoppdraget har vi kun hatt mulighet til å se på et utvalg dokumenter, og tar derfor forbehold om at vi ikke kjenner til saken i detalj.

## 2. Krav til konsekvensutredning for akvakulturanlegg

### 2.1 Generelt om myndighets- og ansvarsfordelingen ved konsekvensutredninger

Konsekvensutredning av planer og tiltak reguleres av plan- og bygningsloven § 4-2 og kapittel 14. Mens § 4-2 gjelder konsekvensutredninger for planer etter plan- og bygningsloven, gjelder kapittel 14 konsekvensutredning for tiltak, og visse verneplaner, som behandles etter sektorlovgivningen. Med dette dannes et skille mellom plan-KU og tiltaks-KU, som har sitt utspring i EUs to direktiver om konsekvensutredninger på henholdsvis strategisk nivå og tiltaksnivå. Den norske implementeringen har ikke vært helt heldig, da planer og tiltak etter norsk rett ikke korresponderer fullt ut med hvordan strategiske planer og tiltak er definert i EU-direktivene. Blant annet vil detaljreguleringsplaner falle inn under tiltaksdirektivet i EU-retten.

I norsk rett er det først og fremst forskrift om konsekvensutredninger (KU-forskriften) som fastsetter reglene for konsekvensutredninger, herunder bestemmelser om hvilke planer og tiltak som skal konsekvensutredes. Forskriften gjelder både for planer etter plan- og bygningsloven og for tiltak som behandles etter sektorlovgivningen, og oppstiller i stor grad de samme prosesskravene for planer og tiltak. Det samme gjelder krav til innholdet i konsekvensutredninger. Skillet mellom planer og tiltak har derfor først og fremst betydning for spørsmålet om hvem som er ansvarlig myndighet. Myndighetsfordelingen er også delt på nasjonalt nivå, ved at det er Kommunal- og distriktsdepartementet som har det overordnede ansvaret for plan-KU, mens det er Klima- og miljødepartementet som har det overordnede ansvaret for tiltaks-KU.

I en konkret sak har ansvarlig myndighet flere oppgaver. Blant annet skal ansvarlig myndighet avgjøre om planen eller tiltaket er KU-pliktig, hva som skal inngå i et eventuelt plan- eller utredningsprogram, og om den gjennomførte konsekvensutredningen oppfyller forskriftens krav og dermed gir et forsvarlig beslutningsgrunnlag. Gjennom hele KU-prosessen treffer ansvarlig myndighet såkalte prosessledende beslutninger, se KU-forskriften § 3 andre ledd. Det er ikke klagerett på slike beslutninger. For eksempel har ikke en miljøorganisasjon anledning til å påklage en beslutning om at en reguleringsplan anses for å falle utenfor KU-plikten. Miljøorganisasjonen må i stedet vente til selve reguleringsplanen er vedtatt, og da anføre at manglende konsekvensutredning er en saksbehandlingsfeil. Gis klager medhold slik at vedtaket blir opphevet, må hele prosessen starte på nytt. Dette kan være uheldig for både ansvarlig myndighet og eventuelle private forslagsstillere. Det kan derfor argumenteres for at det burde vært klagerett på de prosessledende beslutningene i en KU-prosess. På den annen side finnes det mekanismer i regelverket som skal redusere faren for at ansvarlig myndighet begår feil i de prosessledende beslutningene. Helt sentralt er reglene om andre myndigheters høring og medvirkning i prosessen. Når kommunene er ansvarlig myndighet for en privatinitiert reguleringsplan, bør de offentlige høringsinstansene være spesielt oppmerksomme på hvordan kommunen har vurdert spørsmålet om KU-plikt. Det er bedre for alle parter at eventuelle feil fanges opp i høringsrundene, enn at et vedtak blir opphevet på et langt senere tidspunkt i en eventuell klagesak. Vi kommer tilbake til statsforvalters ansvar som hørings- og innsigelsesmyndighet i punkt 3.2 og 3.3 nedenfor.

Det er alltid kommunene som er ansvarlig for konsekvensutredninger knyttet til kommunale arealplaner. For tiltak som behandles etter sektorlovgivningen, følger det av KU-forskriftens vedlegg I og II hvem som er ansvarlig myndighet. En utfordring her er at de fleste tiltak som behandles etter sektorlovgivningen, også kan være omfattet av plan- og bygningsloven. Enten ved at kommunene kan avsette områder til denne type tiltak i kommuneplanens arealdel, eller regulere til konkrete tiltak i reguleringsplaner. Dermed kan det oppstå tvil om hvorvidt det er krav om konsekvensutredning for planen eller for søknaden etter sektorlovgivningen, herunder hvem som er ansvarlig myndighet etter KU-reglene. Dette kan ikke besvares generelt, men vil bero på koblingene fra den enkelte sektorlov til plan- og bygningsloven. Sektorlovene opererer med svært ulike koblingsmodeller, noe som har ført til en del usikkerhet i praksis med hensyn til hvordan regelverket, herunder KU-kravet, skal tolkes og håndheves.

Koblingen mellom akvakulturloven og plan- og bygningsloven kan også karakteriseres som noe uklar, særlig når det gjelder spørsmål om når det kreves konsekvensutredning, og hvem som er ansvarlig myndighet. Dette skal vi forsøke å klargjøre i det følgende.

### 2.2 Når skal akvakulturanlegg konsekvensutredes og hvilken myndighet har ansvaret

KU-forskriftens system innebærer at det kan skilles mellom tre kategorier planer og tiltak:

1. Planer og tiltak som alltid skal konsekvensutredes.
2. Planer og tiltak som skal konsekvensutredes dersom de etter en konkret vurdering anses for å kunne medføre vesentlige virkninger for miljø og samfunn.
3. Planer og tiltak som ikke skal konsekvensutredes.

Når det gjelder akvakulturanlegg, vil spørsmålet om KU-plikt bero på hvilket loververk prosessen knyttes opp mot. Er det tale om å tilrettelegge for akvakulturvirksomhet i arealplaner, er det plan- og bygningsloven § 4-2 som danner grunnlaget for når det er krav om konsekvensutredning. Er det derimot tale om søknadsbehandling etter akvakulturloven, er det plan- og bygningsloven kapittel 14 som gjelder. Disse bestemmelsene må leses sammen med KU-forskriftens kapittel 2 og 3, som oppstiller til dels detaljerte bestemmelser som skal lede til en beslutning om hvilken av de tre kategoriene planen eller tiltaket havner inn under.

I det følgende gir vi en beskrivelse av tre mulige scenarioer for myndighetenes behandling av akvakulturanlegg, hvor vi klargjør hvordan spørsmålet om konsekvensutredninger skal avgjøres.

#### 2.2.1 Kommuneplanens arealdel

Det følger av plan- og bygningsloven § 4-2 andre ledd og KU-forskriften § 6 at det alltid skal utarbeides konsekvensutredning for «regionale planer og kommuneplaner med retningslinjer eller rammer for framtidig utbygging». Det vil si at det alltid er KU-plikt når et nytt område avsettes eller reguleres til akvakultur i kommuneplanens arealdel eller i områdereguleringsplaner.

Kommunene har ikke adgang til å unnlate å gjennomføre en konsekvensutredning i kommuneplanens arealdel under henvisning til at dette blir foretatt ved en påfølgende reguleringsplanprosess eller ved en senere søknadsbehandling etter sektorlovgivningen, se Sivilombudets uttalelse i SOM-2015-3565. Poenget er at på kommuneplannivå skal det foretas en mer overordnet vurdering av hvilke områder som er egnet for utbygging og ny arealbruk, og hvilke områder som burde forbli uberørt. En konsekvensutredning på dette plannivået skal gi kommunen grunnlag for å ta stilling til *om* og eventuelt *hvor* ny utbygging skal tillates eller ikke. På reguleringsplannivå er tanken at arealbruken allerede er avklart i kommuneplanens arealdel. Da er ikke spørsmålet lenger om og hvor det skal bygges, men *hvordan*. En konsekvensutredning skal dermed gå mer detaljert til verks innenfor planområdet, og finne den beste løsningen med hensyn til lokalisering, utforming og omfang av tiltaket.

KU-forskriften § 18 presiserer at konsekvensutredninger for kommuneplanens arealdel kan skje på overordnet nivå. Dette gjelder imidlertid ikke dersom man i kommuneplanens arealdel planlegger for et konkret tiltak. Da kreves fullstendig konsekvensutredning på linje med en detaljregulering, se KU-forskriften § 18 første ledd andre punktum. Dette vil først og fremst være aktuelt for tiltak som ikke omfattes av planplikten etter pbl. § 12-1 andre eller tredje ledd. Dersom tiltaket er omfattet av planplikten, kreves uansett ikke ny konsekvensutredning av det konkrete tiltaket, se KU-forskriften § 6 første ledd bokstav b og § 8 første ledd bokstav a.

Når det gjelder akvakulturanlegg, er det normal praksis at mulige lokaliteter blir avklart i kommuneplanens arealdel eller i en områderegulering, hvor det gjennomføres en overordnet konsekvensutredning. Dersom slike planer blir vedtatt uten at konsekvensutredning er gjennomført, vil dette være en saksbehandlingsfeil som kan medføre at denne delen av planen blir ugyldig, se Sivilombudets uttalelser i SOM-2022-1374 og SOM-2022-1377.

### *2.2.2 Detaljreguleringsplan for akvakulturanlegg*

Når det utarbeides detaljreguleringsplan for akvakulturanlegg, er det alltid tale om ett eller flere konkrete tiltak. Som nevnt vil det ikke være krav om konsekvensutredning dersom det konkrete tiltaket allerede er konsekvensutredet i overordnet plan. Er det derimot kun gjennomført en overordnet konsekvensutredning i kommuneplanen, vil det også kunne være krav om konsekvensutredning for reguleringsplanen. Det kan heller ikke unnlates å kreve konsekvensutredning av en reguleringsplan med den begrunnelse at det vil gjennomføres en konsekvensutredning ved søknadsbehandlingen etter akvakulturloven.

Selv om plan- og bygningsloven legger opp til at reguleringsplaner skal følge opp rammer i overordnede planer, er dette ikke et absolutt krav. Rettslig sett er det ikke noe i veien for at kommunen vedtar en reguleringsplan i strid med kommuneplanens arealdel. I slike tilfeller vil reguleringsplanen gis forrang foran den eldre kommuneplanen ved motstrid, pbl. § 1-5 andre ledd. Dersom en kommune skal vedta en reguleringsplan for akvakultur, som helt eller delvis vil være i strid med kommuneplanens arealdel, oppstår spørsmålet om reguleringsplanen vil være konsekvensutredningspliktig.

Reguleringsplaner er ikke alltid underlagt krav om konsekvensutredning. KU-kravet inntreffer kun dersom planen kan få «vesentlige virkninger for miljø og samfunn», se pbl. § 4-2. KU-forskriften inneholder flere bestemmelser som gir rammene for når vesentlighetskriteriet anses oppfylt.



## HOLTH & WINGE

Når det gjelder akvakultur, er dette eksplisitt inntatt i KU-forskriftens vedlegg II nr. 1 bokstav f. Det innebærer at akvakulturanlegg alltid skal underlegges en konkret vurdering med hensyn til om planen eller tiltaket kan få vesentlige virkninger. I vedlegg II fremgår det videre at det er fylkeskommunen som er ansvarlig myndighet. Dette kan fremstå som forvirrende, og må ikke tas helt på ordet. Der kommunen avsetter eller regulerer et område i plan til akvakultur, er det kommunen som er ansvarlig myndighet for konsekvensutredningen. Det er kun for søknadsprosessen etter akvakulturloven at fylkeskommunen er ansvarlig myndighet. I sistnevnte tilfelle må fylkeskommunen undersøke om det er gjennomført en tilstrekkelig konsekvensutredning av tiltaket i forbindelse med kommunens planarbeid. Vi kommer tilbake til dette nedenfor.

Detaljreguleringsplaner for akvakultur vil stort sett være privatinitierte. Dermed gjelder særskilte prosesskrav, blant annet krav om oppstartsmøte. Spørsmålet om planen er KU-pliktig skal omtales i planinitiativet og tas opp under oppstartsmøtet, jf. forskrift om behandling av private forslag til detaljregulering etter plan- og bygningsloven § 1 bokstav l og § 2 bokstav b. Hvordan forslagsstiller og kommunen har vurdert KU-kravet skal fremgå av referatet, se § 3 andre ledd. Kommunen skal i form av en prosessledende beslutning avgjøre om planen faller inn under KU-plikten. Ved privatinitierte planer skal kommunen bygge på opplysninger tiltakshaver frembringer, se KU-forskriften § 9. Ifølge KU-forskriften § 11 skal kommunen avgjøre spørsmålet før planarbeidet starter, og senest seks uker etter at forslagsstilleren har gitt opplysningene etter § 9. Kommunen skal treffe beslutningen om KU-plikt på grunnlag av kriteriene i KU-forskriften § 10.

I denne utredningen tar vi ikke stilling til om reguleringsplanen for Syrtveit fiskeanlegg er KU-pliktig eller ikke. Vi vil likevel bemerke at forslagsstillerens planinitiativ av 16. august 2021 synes å være mangelfullt med hensyn til beskrivelse av mulige virkninger av planforslaget. Det er riktignok foretatt en vurdering i henhold til kriteriene i KU-forskriften § 10, men det vises stort sett til at det ikke foreligger noen konflikter. Med forbehold om at vi ikke kjenner til de faktiske forholdene i saken, er det alltid grunn til å være noe kritisk når et planforslag som omfatter uberørt natur anses for å være nærmest uten negative konsekvenser. I referatet fra oppstartsmøtet blir spørsmålet om KU-kravet avgjort med én setning. Kommunen treffer her den prosessledende beslutningen om at planen ikke er KU-pliktig, med følgende begrunnelse:

*Planen utløser ikke krav om konsekvensutredning jf. forslagsstillerens vurdering i vedlagt planinitiativ.*

Etter vår vurdering har kommunen truffet denne beslutningen på mangelfullt grunnlag. Det må også bemerkes at kommunen ikke har foretatt en selvstendig vurdering av kriteriene i KU-forskriften § 10, men kun lagt til grunn opplysningene fra den private forslagsstilleren. Dette er kritikkverdig. Dersom kommunen hadde gjort en grundigere vurdering på dette stadiet, eventuelt innhentet råd og veiledning fra Statsforvalteren, ville de raskt forstått at det skal svært mye til for at etablering av akvakulturanlegg faller utenfor KU-plikten.

Det er også grunn til å bemerke at spørsmålet om KU-plikt er et rettslig spørsmål. Det innebærer at statsforvalter i en klagesak kan overprøve kommunens vurderinger fullt ut, uten at det er rom for å legge vekt på hensynet til det lokale selvstyret. Det kan godt tenkes at

kommunen og statsforvalter vil være uenige om utfallet av denne vurderingen. Som overordnet instans i klagesaken vil imidlertid statsforvalter kunne treffe vedtaket med endelig virkning. Dersom kommunen eller tiltakshaver mener statsforvalters vurdering beror på feil rettsanvendelse, er dette et spørsmål som i siste instans må avgjøres av domstolene.

### *2.2.3 Søknad om tillatelse etter akvakulturloven*

Akvakulturloven § 4 oppstiller et generelt krav til søknad og godkjenning for akvakulturanlegg. Etter § 6 er ansvaret lagt til Nærings- og fiskeridepartementet, men tildelingsmyndigheten er delegert til fylkeskommunen. I samme bestemmelse er det oppstilt flere kriterier for at tillatelse kan gis, blant annet at «kravene i § 15 om forholdet til arealplaner og vernetiltak er oppfylt».

Akvakulturloven § 15 er en av bestemmelsene som skal sikre samordning mellom ulike lover og myndigheters ansvarsområder. Bestemmelsen slår blant annet fast at det ikke kan gis tillatelse til akvakulturanlegg i strid med vedtatte arealplaner etter plan- og bygningsloven, se første ledd bokstav a. Det er for alle praktiske formål kommunale arealplaner, det vil si kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner, bestemmelsen sikter til. Dette gjør at kommunene har en betydelig rolle og et viktig ansvar som reguleringsmyndighet ved etablering av akvakulturanlegg.

Kravet i § 15 første ledd bokstav a, er imidlertid ikke absolutt. Det følger av andre ledd at «tillatelse til akvakultur kan likevel gis dersom det foreligger samtykke fra vedkommende plan- eller vernemyndighet». Det vil si at kommunen kan godkjenne at det iverksettes en søknadsbehandling av akvakulturanlegg, selv om tiltaket vil være i strid med gjeldende arealplan. Forarbeidene viser til at hensikten er at det kan skje en parallell prosess, ved at søknaden behandles etter akvakulturloven samtidig som kommunen iverksetter en prosess med planendring eller dispensasjonsbehandling.<sup>1</sup>

Dersom kommunen har gitt samtykke til at fylkeskommunen kan behandle søknad om tillatelse etter akvakulturloven, vil KU-kravet måtte avgjøres av fylkeskommunen som ansvarlig myndighet etter akvakulturloven. Dersom tiltaket konsekvensutredes som et ledd i søknadsbehandlingen etter akvakulturloven, må kommunen vurdere om denne utredningen er tilstrekkelig for at den senere kan ta stilling til en eventuell planendring. Det følger av KU-forskriften § 3 første ledd at utredningskravene skal samordnes på tvers av lovgivningen.

## 2.3 Oppsummering

Det ovenstående viser at spørsmålet om konsekvensutredning for akvakulturanlegg er tidvis nokså komplekst. Hvilket regelverk som gjelder, herunder hvem som er ansvarlig myndighet, beror på hvilket prosess-spor som er valgt i den enkelte sak.

Lovgiver har nok sett for seg et system hvor kommunene (og fylkeskommunene) avsetter aktuelle områder for akvakultur i overordnede planer. I slike tilfeller skal det gjennomføres konsekvensutredning, men da på overordnet nivå. Situasjonen blir en annen når det fremmes

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) side 68

## HOLTH & WINGE

et privat reguleringsplaninitiativ som helt eller delvis er i strid med kommuneplanens arealdel. Da må KU-spørsmålet avgjøres konkret, hvor det er kriteriene i KU-forskriften § 10 som skal legges til grunn. Ettersom en konsekvensutredning vil innebære økt tidsbruk og økte kostnader for forslagsstiller, er det nok enkelte aktører som vil argumentere for at planforslaget ikke utløser krav om konsekvensutredning. I slike tilfeller har kommunene som ansvarlig myndighet et viktig ansvar for å påse at forslagsstillers opplysninger er fullstendige og bygger på korrekt informasjon. I tillegg må kommunen foreta en selvstendig vurdering av spørsmålet om planen faller innenfor eller utenfor KU-kravet.

Vi er kjent med at det i praksis ofte tas for lett på disse vurderingene, både fra private aktører og kommunene. Stort sett skaper dette ikke noen problemer for disse aktørene, fordi vurderingene ikke blir underlagt kontroll. Blir derimot planen påklaget, blir spørsmålet om KU-kravet underlagt full overprøving av statsforvalter. Utfallet kan da bli at hele planen blir opphevet på grunn av manglende konsekvensutredning. Dette er uheldig for både den private parten og for kommunen som ansvarlig myndighet. Det hadde vært langt mer hensiktsmessig for alle involverte parter om dette spørsmålet ble avklart så tidlig som mulig i prosessen. Kommunene burde derfor være svært bevisste på at det må foretas en grundig vurdering av om planforslag utløser krav om konsekvensutredning. Dertil hadde det vært en fordel om mangelfulle vurderinger ble påpekt av høringsinstansene. Dette leder over til spørsmålet om Statsforvalteren kunne fanget opp denne feilen tidligere i prosessen i denne saken.

### 3. Statsforvalters rolle og ansvar i kommunale plansaker

#### 3.1 Statsforvalters rolle som veiledningsressurs

Det er kommunene som er ansvarlig myndighet ved behandlingen og vedtakelsen av reguleringsplaner. Dette innebærer blant annet at det er kommunen som skal påse at lovens krav om konsekvensutredninger blir fulgt.

I plan- og bygningsretten har statsforvalter på sin side et kontrollansvar. Dette kommer direkte til uttrykk i pbl. § 3-2 fjerde ledd, hvor det heter at «Statsforvalteren skal påse at kommunene oppfyller plikten til planlegging etter loven.»

Bestemmelsen må forstås som at statsforvalter skal hjelpe kommunene med juridiske og planfaglige spørsmål gjennom råd og veiledning. I dette ligger også at statsforvalter skal kunne bistå kommuner med å avklare spørsmål om når en plan er underlagt krav om konsekvensutredning. Slik veiledning kan skje på generelt grunnlag, for eksempel ved at statsforvalter sørger for opplæring og kurs om konsekvensutredninger, eller i form av innspill i konkrete plansaker. Det siste kan skje både uformelt i form av rådslagning etter henvendelse fra kommunene, eller mer formelt i form av høringsuttalelse.

#### 3.2 Statsforvalters rolle som høringsorgan

Offentlig medvirkning i planprosesser er et grunnleggende prinsipp i plan- og bygningsretten. I plan- og bygningsloven har dette kommet direkte til uttrykk i pbl. § 3-2 tredje ledd, som lyder:

*Alle offentlige organer har rett og plikt til å delta i planleggingen når den berører deres sakfelt eller deres egne planer og vedtak og skal gi planleggingsmyndighetene informasjon som kan ha betydning for planleggingen.*

At andre myndigheter har rett til å involveres i kommunale planprosesser, innebærer at de har krav på å bli varslet og til å få planforslag på høring. Mer uklart er hva som ligger i andre myndigheters «plikt» til å delta i planleggingen. Forarbeidene viser til at plikten innebærer at offentlige organer ikke kan «stille seg utenfor» planprosesser, og dermed unngå å bli forpliktet av planene som vedtas. Videre presiseres det at plikten må knyttes til de særskilte ansvarsområder berørte myndighetene har med hensyn til den konkrete planen og planoppgavene for øvrig.<sup>2</sup>

Statsforvalterne har en sentral rolle som medvirkende aktører i kommunal arealplanlegging, både gjennom deres rolle som innsigelsesmyndighet og som overordnet instans ved klager på reguleringsplaner. Statsforvalters plikt til å medvirke i kommunale planer må derfor knyttes til disse ansvarsområdene. Når det gjelder privatinitierte reguleringsplaner, skal statsforvalter bidra med innspill ved høring av planforslaget, herunder gi synspunkter på rettslige spørsmål. I de tilfeller statsforvalter skal uttale seg om et planforslag som kommunen anser for å falle utenfor KU-plikten, bør dette vies spesielt stor oppmerksomhet. Vi bruker formuleringen «bør» villet og bevisst. Statsforvalter er ikke pålagt å utøve en lovlighetskontroll i høringsrunden. Det

---

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 182.

kan derfor ikke forventes at statsforvalter foretar en grundig og selvstendig vurdering av hvorvidt kriteriene i KU-forskriften § 10 er oppfylt eller ikke. Samtidig er spørsmålet om KU-plikten av såpass stor betydning for den videre saksgangen, herunder spørsmålet om gyldigheten av det endelige planvedtaket, at dette burde gis spesiell oppmerksomhet i høringsuttalelsen.

I den foreliggende saken fremgikk det av varsel om oppstart at det var vurdert at planen ikke falt inn under KU-forskriften. I sitt innspill til varselet, nevner ikke Statsforvalteren eventuell KU-plikt, men er innom at det må vurderes konsekvenser på enkelte spesielle områder. Ved offentlig ettersyn var høringsfristen satt til 16. mai 2023. Statsforvalteren ga ikke hørings svar innen denne fristen. Etter henvendelse fra kommunen, ga Statsforvalter sin uttalelse i brev av 9. juni 2023. I høringsuttalelsen bemerker Statsforvalteren at:

*Det er i planbeskrivelsen punkt 1.5 vurdert at planen ikke vil falle inn under forskrift om konsekvensutredning. Etter forskrift om konsekvensutredning § 8 punkt a, skal det utarbeides konsekvensutredning for reguleringsplaner som omfatter akvakultur dersom de kan få vesentlige virkninger for miljø. Landbasert oppdrett av fisk vil medføre et konsentrert utslipp av næringssalter til elv, som kan gi negativ virkning på miljø. Uavhengig av krav til konsekvensutredning etter forskriften, så skal virkninger av planen utredes på et tilfredsstillende nivå, jf. pbl. § 1-1 fjerde ledd og § 4-2.*

Deretter kommenteres mangelfulle utredninger på enkelte spesielle områder. Det fremgår imidlertid ikke klart om Statsforvalteren mener at planen er KU-pliktig eller at kommunen må gjøre ytterligere vurderinger for å avklare dette.

I en påfølgende henvendelse som oppfølging av oversendelse av dokumenter fra kommunen, kommenterer Statsforvalteren behov for enkelte ytterligere vurderinger av konsekvenser. Det sies likevel ikke noe uttrykkelig om krav til konsekvensutredning etter KU-forskriften.

Det er neppe grunnlag for å konkludere med at Statsforvalteren har begått rettslige feil ved å ikke påpeke manglende konsekvensutredning i høringsuttalelsen. At dette ikke ble nevnt i hørings svaret, innebærer heller ingen begrensninger i Statsforvalterens plikt til å foreta en fullstendig lovlighetskontroll i en påfølgende klagebehandling. Det er likevel grunn til å være noe kritisk til Statsforvalters vage uttalelser i hørings svaret. Statsforvalter burde ha fanget opp og kommentert at både kommunen og den private forslagsstilleren hadde tatt for lett på spørsmålet om planen var KU-pliktig. Hadde Statsforvalteren stilt kritiske spørsmål til denne vurderingen, kunne det medført at kommunen og forslagsstiller hadde foretatt en ny og mer grundig vurdering, og dermed trolig kommet frem til at planen skulle vært underlagt konsekvensutredning. Med dette kunne feilen blitt rettet opp på et langt tidligere stadium, enn hva som ble tilfellet når vedtaket ble opphevet av Statsforvalteren i klagesaken.

### 3.3 Statsforvalters rolle som innsigelsesmyndighet

Plan- og bygningsloven § 5-4 gir statsforvalter rett til å fremme innsigelse til kommunale arealplaner. Innsigelse kan fremmes på to grunnlag. For det første kan innsigelse fremmes på grunnlag av spørsmål som er av nasjonal eller vesentlig regional betydning, eller som av andre

grunner er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde, se pbl. § 5-4 første ledd. For det andre kan innsigelse fremmes dersom planforslaget er i strid med overordnede planer eller med lovbestemmelser, se pbl. § 5-4 fjerde ledd.

Vi har ikke grunnlag til å diskutere om Statsforvalteren i Agder skulle eller burde ha varslet innsigelse i den foreliggende saken på grunnlag av hensynet til interesse av nasjonal eller vesentlig regional betydning. At det ikke ble varslet innsigelse i saken, kan likevel tyde på at Statsforvalteren anså planforslaget som forsvarlig.

Det er lettere å konkludere med at Statsforvalter skulle ha varslet innsigelse på grunnlag av rettslige mangler, se pbl. § 5-4 fjerde ledd. Hadde Statsforvalter foretatt en noe grundigere kontroll av planforslaget i høringsrunden, ville de raskt ha oppdaget at vurderingen knyttet til selve KU-plikten var til dels mangelfull. Dersom Statsforvalter hadde påpekt dette i høringsrunden, og varslet innsigelse, er det grunn til å regne med at feilen ville blitt rettet før planen ble vedtatt.

### 3.4 Statsforvalters rolle som klageinstans

Statsforvalter er klageinstans for kommunale enkeltvedtak. Dette innebærer at det er statsforvalter som skal avgjøre klager på blant annet reguleringsplaner. Etter forvaltningsloven § 34 kan statsforvalter prøve alle sider av saken, det vil si både de planfaglige og rettslige spørsmål saken reiser. De rettslige spørsmålene skal prøves fullt ut. Det er kun ved prøving av kommunenes frie skjønn at statsforvalter skal legge «stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret», se fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

Om en reguleringsplan er underlagt KU-plikt eller ikke, er helt og holdent et rettslig spørsmål. Det innebærer at statsforvalter kan prøve kommunens vedtak fullt ut, uten at det skal legges vekt på hensynet til det lokale selvstyret. Selv om kommunen kan være uenig i statsforvalters tolkning og rettsanvendelse, er det statsforvalter som skal avgjøre saken. Dersom kommunen eller forslagsstiller mener statsforvalters vurdering er mangelfull, kan det eventuelt begjæres omgjøring. En slik begjæring kan sendes til statsforvalter eller direkte til Kommunal- og distriktsdepartementet.

I foreliggende sak har vi ikke gått inn i den konkrete vurderingen som er foretatt av om planen var KU-pliktig eller ikke. Vi har derfor ikke grunnlag til å vurdere Statsforvalterens prøving av spørsmålet. På generelt grunnlag kan vi likevel si at Statsforvalters vurdering synes å være langt grundigere enn Evje og Hornnes kommunes egen vurdering, og det er derfor vanskelig å se at kommunen, eller den private forslagsstilleren, vil komme noen vei ved å prøve Statsforvalters vurdering av KU-plikten. Derimot kan det reises spørsmål Statsforvalteren har foretatt en tilstrekkelig vurdering når det gjelder betydningen av manglende formell konsekvensutredning. Dette er temaet i neste kapittel.

## 4. Virkningen av manglende konsekvensutredning

### 4.1 Generelt om forvaltningsloven § 41 og ugyldighetsvurderinger

Plan- og bygningsloven oppstiller en rekke krav til saksbehandlingen av både planer og byggesaker. Loven inneholder ikke egne bestemmelser om virkninger av brudd på disse saksbehandlingsreglene, men det følger av pbl. § 1-9 første ledd at: «Forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven.» Bestemmelsen kobler sammen plan- og bygningsloven og forvaltningsloven, og innebærer at forvaltningslovens regler om blant annet virkningene av saksbehandlingsfeil også vil gjelde for saker etter plan- og bygningsloven.

Forvaltningsloven § 41 omhandler virkningen av feil i behandlingen av en sak, og sier at:

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

Bestemmelsen sier dermed at et vedtak fortsatt er *gyldig* selv om det foreligger feil i behandlingen, dersom feilen *ikke* kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Den fastslår likevel ikke at et vedtak alltid er ugyldig dersom en feil *kan ha* virket bestemmende på innholdet. Eckhoff og Smith beskriver dette slik:

*Det § 41 sier, er at visse vedtak - tross sine feil - er gyldige. Den sier ikke at alle andre vedtak som lider av feil i saksbehandlingen, er ugyldige.<sup>3</sup>*

Bestemmelsen er altså ikke en regel om ugyldighet, men om når et vedtak som lider av feil likevel er gyldig. Den innebærer også at et vedtak kan være gyldig selv om det er begått saksbehandlingsfeil som *kan* ha påvirket vedtaket. Hensikten med bestemmelsen er at små og bagatellmessige feil ikke skal kunne føre til at et vedtak blir ugyldig.

Det sentrale kriteriet for å vurdere om saken faller innenfor rammene av fvl. § 41, er om «feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Dette er det såkalte innvirkningskravet, altså om feilen som er gjort, har hatt innvirkning på resultatet i vedtaket. I rettspraksis, Rt. 2009 s. 661, er dette kravet definert som at det må foreligge «en ikke helt fjerntliggende mulighet» for at feilen har innvirket på vedtakets innhold.<sup>4</sup> Det er ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning. I dommen uttaler Høyesterett blant annet at:

*Vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nokså lite til.*

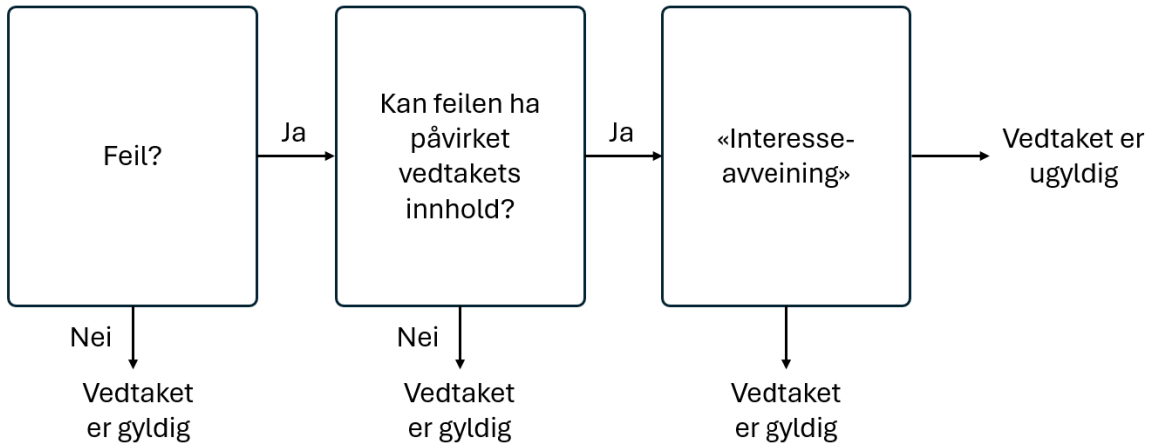
Hvis det faktisk foreligger en slik «fjerntliggende mulighet» for at feilen kan ha virket inn på vedtaket, er man *utenfor* rammene av fvl. § 41. Det må da tas stilling til om feilens innvirkning gjør at vedtaket må anses som ugyldig. Dette vurderes etter ulovfestede regler. Det er klart

<sup>3</sup> T. Eckhoff & E. Smith, *Forvaltningsrett* (2018), s. 468

<sup>4</sup> Rt. 2009 s. 661, avsnitt 71

fastslått at fvl. § 41 ikke kan anvendes antitetisk.<sup>5</sup> Det vil si at man ikke kan legge til grunn at fordi vedtaket ikke vurderes som *gyldig* etter fvl. § 41, er det automatisk *ugyldig*. Det vil i saksbehandlingen dermed ikke være tilstrekkelig å fastslå at fordi feilen kan ha hatt betydning for vedtakets innhold, er vedtaket derfor ugyldig, med henvisning til fvl. § 41.

Verken loven eller ulovfestede regler angir klart at enkelte typer saksbehandlingsfeil alltid fører til ugyldighet. Dette vil bero på en konkret vurdering av den enkelte saken. Hovedtrekkene i vurderingsprosessen er illustrert slik av Eckhoff og Smith<sup>6</sup>:



I vurderingen må det ses hen til hva slags feil som er begått. Vedtak som mangler hjemmel, eller som er fattet av noen som ikke hadde myndighet til det, vil som hovedregel være ugyldige. Der det er begått andre typer feil, slik som feil i skjønnsutøvelsen eller saksbehandlingsfeil som mangelfull utredning av saken, må det gjøres ytterligere vurderinger. Det må ses hen til både feilens karakter og hvilket omfang den har, om en eventuell ugyldighet er til skade eller gunst for parten, hvor lang tid som er gått, i hvor stor grad de berørte har innrettet seg etter vedtaket, og om parten eventuelt kan bebreides for ugyldigheten, for eksempel ved å ha gitt feilaktige opplysninger.

#### 4.2 Innvirkningskriteriet ved mangelfull eller manglende konsekvensutredning

Som nevnt er beslutningen om en plan eller et tiltak er KU-pliktig en prosessledende beslutning, og ikke et enkeltvedtak, se KU-forskriften § 3 andre ledd. Denne beslutningen kan dermed ikke påklages isolert sett. Samtidig kan denne beslutningen anføres som en saksbehandlingsfeil i klagen på selve planvedtaket, se punkt. 2.1 ovenfor.

Utgangspunktet er at konsekvensutredning i mange tilfeller er en sentral del av grunnlaget for et planvedtak. Av forarbeidene til endring av lovbestemmelsene om konsekvensutredning fremgår det at formålet med konsekvensutredninger er å klargjøre virkningene av tiltak som kan ha vesentlige konsekvenser for miljø-, naturressurser og samfunn. Videre skal ordningen

<sup>5</sup> Se for eksempel T. Eckhoff & E. Smith, *Forvaltningsrett* (2018), s. 468

<sup>6</sup> T. Eckhoff & E. Smith, *Forvaltningsrett* (2018), s. 475



også bidra til å integrere hensynet til slike virkninger i utbyggers prosjektplanlegging, sikre en åpen planleggingsprosess med reelle muligheter for påvirkning, styrke beslutningsgrunnlaget og øke kunnskapen om virkningene av store utbyggingsprosjekter.<sup>7</sup> Spørsmålet blir dermed hvilken betydning det kan få for planvedtaket i de tilfeller hvor konsekvensutredningen er mangelfull eller manglende, og hvordan dette vurderes etter fvl. § 41 og innvirkningskriteriet som følger av denne.

En sentral avgjørelse på dette området er den nevnte Høyesterettsdommen i Rt. 2009 s. 661. Saken gjaldt gyldigheten av Fylkesmannens godkjenning av Oslo kommunes vedtak om endring av reguleringsplan for deler av et friområde i Husebyskogen. Den endrede reguleringsplanen åpnet for etablering av ny amerikansk ambassade på området. Det var ikke foretatt pliktig konsekvensutredning i forbindelse med endringen av reguleringsplanen, og partene i saken var enige om at konsekvensutredning skulle vært foretatt. Spørsmålet for Høyesterett var om manglende konsekvensutredning med tanke på alternativ plassering, innebar at vedtaket var ugyldig.

Høyesterett drøfter formålet med konsekvensutredninger og kravene til vurdering av alternativ plassering. Når det kommer til ugyldighetsvurdering i lys av fvl. § 41, uttaler førstvoterende:

*Sammenholdt med de interesser som skal ivaretas gjennom reglene om konsekvensutredning, og den komplekse utredningsprosessen det der legges opp til, vil veien frem til ugyldighet derfor kunne være kort når saksbehandlingsfeilen består i manglende eller mangelfull konsekvensutredning. Men noen automatikk er det ikke tale om. Og det er etter mitt syn heller ikke rom for en alminnelig presumsjon for innvirkning, slik de ankende parter har tatt til orde for. En slik presumsjon ville representere en ugrunnet stor vektning av form fremfor innhold. Det kan ikke tas for gitt at de hensyn og interesser som skal ivaretas gjennom reglene for konsekvensutredning, i en konkret sak ikke også kan ivaretas innenfor rammene av en ordinær planbehandling. I forhold til innvirkningskriteriet må man etter mitt syn derfor gå konkret til verks, og knytte undersøkelsen til de enkelte påberopte avvik fra den saksbehandlingen som skulle ha vært fulgt dersom det var gjennomført konsekvensutredning i den aktuelle saken. (våre understrekninger)*

Etter en gjennomgang av foreliggende utredninger og dokumentasjon i saken, kom Høyesterett til at manglende konsekvensutredning ikke kunne ha virket bestemmende for kommunens omreguleringsvedtak, og at derfor det ikke var grunnlag for ugyldighet. Dommen var enstemmig.

Det fremgår altså her at Høyesterett legger til grunn at en mangelfull konsekvensutredning eller en manglende formell konsekvensutredning ikke uten videre vil føre til ugyldighet. Videre er det klart at Høyesterett mener at det må foretas en helt konkret vurdering av forholdene når det gjelder innvirkningskriteriet. Høyesterett ser ut til å mene at det må ses hen til ikke bare formen på utredningene, altså om det foreligger en formell konsekvensutredning, men hvilket innhold som ligger i saksutredningene. Dommen i seg selv tilsier at det i vurderingen av eventuell ugyldighet på grunn av manglende konsekvensutredning, må tas stilling til hvordan de aktuelle temaene for en konsekvensutredning ellers er vurdert i saken. Dersom de relevante

---

<sup>7</sup> Ot.prp.nr.24 (1994–1995) s. 8

konsekvensene likevel er utredet på tilfredsstillende måte, uten at det er foretatt en formell konsekvensutredning, kan det være grunn til å komme frem til at vedtaket likevel er gyldig.

Det er verdt å merke seg at dommen bare drøfter vedtakets *gyldighet*, ettersom retten kommer til at feilen ikke kan ha hatt betydning for vedtakets innhold, slik at saken er innenfor rammene for fvl. § 41. Retten foretar dermed ikke stilling til en faktisk *ugyldighet*.

Det må ellers bemerkes at dommen har vært kritisert i ettertid, særlig av Backer og Bugge.<sup>8</sup> De er uenige i Høyesteretts standpunkt om at det ikke er «rom for en alminnelig presumsjon for innvirkning» og at dette ville innebære «en ugrunnet stor vektning av form fremfor innhold». Etter Backer og Bugges syn ser Høyesterett her bort fra hovedpoenget med konsekvensutredninger, og påpeker at kravene om konsekvensutredninger ikke bare er et spørsmål om form. Videre påpeker de:

*At ikke enhver mangel ved en konsekvensutredning kan føre til ugyldighet, er vi naturligvis enige i. Men når den lovpålagte konsekvensutredningen helt er unnlatt, som her, skal det mye til for å kunne slå fast at feilen ikke kan ha hatt betydning for utfallet. Det må etter vårt syn foreligge helt spesielle holdepunkter dersom manglende konsekvensutredning skal kunne godtas ut fra fvl. § 41. Og «bevisbyrden» i så henseende må påligge den som i utgangspunktet er forpliktet til å følge reglene.*

Høyesterett har også senere kommet til at manglende konsekvensutredninger ikke nødvendigvis fører til ugyldighet. I HR-2017-2247-A (Reinøya) var spørsmålet om et ekspropriasjonsvedtak var ugyldig fordi det ikke var foretatt konsekvensutredning av den forutgående reguleringsplanen, som dannet grunnlaget for ekspropriasjonsvedtaket.

Høyesterett delte seg her i to. Flertallet på tre dommere kom til at mangel på en formell konsekvensutredning, ikke kunne ha påvirket resultatet i saken. I dommen heter det at:

*Som gjennomgangen av saksgangen har vist, ble det etter kommunedelplanvedtaket foretatt en rekke reindriftsfaglige utredninger. Spørsmålet om manglende konsekvensutredning kan ha hatt betydning for kommunestyrets vedtak, må vurderes på bakgrunn av det som fremkommer i disse utredningene. (vår understrekning)*

Førstvoterende drøfter de ulike utredningene som var foretatt og tatt inn i en *konsekvensanalyse* som var del av saken, og konkluderer med at «det ikke er noen reell mulighet for at en konsekvensutredning ville ført til noen endring av de vedtak som er truffet».

Mindretallet i Høyesterett kom imidlertid til at den manglende konsekvensutredningen hadde hatt betydning for planvedtakets innhold:

*Etter mitt syn foreligger det mer enn en fjerntliggende mulighet for at kommunestyret da reguleringsplanen ble vedtatt i 2010, dersom den forutgående saksbehandlingen hadde vært gjennomført på riktig måte med utarbeidelse av konsekvensutredning, ville ha valgt en annen løsning når det gjaldt omlegging av veien ved Stakkvik. Med en konsekvensutredning ville det ha foreligget et annet og bredere beslutningsgrunnlag enn det som forelå på vedtakstidspunktet. Gjennomføring av konsekvensutredning ville, i tråd med det jeg har påpekt om formålet med en*

---

<sup>8</sup> H.C. Bugge & I.L. Backer, «Forsømt konsekvensutredning av alternativer» LoR nr. 3 (2010) s. 115-127

*slik utredning, også gitt grunnlag for en mer åpen planleggingsprosess der reindriftsinteressene ville hatt bedre forutsetninger for å delta i en dialog og også hatt mulighet til å påvirke i større grad enn i den prosessen som ble gjennomført.*

Verken flertallet eller mindretallet i Høyesterett viser til den kritikken som Backer og Bugge rettet mot dommen i Husebysaken. Det kan imidlertid synes som om mindretallet legger til grunn omtrent samme synspunkt som kritikken når det gjelder formålet med konsekvensutredninger.

Heller ikke i denne dommen foretas det en faktisk vurdering av ugyldigheten. Mindretallet konkluderer riktignok med at «vilkårene i fvl. § 41 ikke er oppfylt», og fastslår at vedtaket må være ugyldig. Det gjøres imidlertid ingen drøftelse av ugyldigheten etter ulovfestede regler, se punkt 4.1 ovenfor. Denne delen av avgjørelsen er også kritisert i juridisk teori.<sup>9</sup>

Samlet sett er det vanskelig å finne klare holdepunkter for når en mangelfull eller manglende konsekvensutredning faktisk vil føre til *ugyldighet*. Det klare utgangspunktet som er slått fast av Høyesterett, er at det skal lite til for at en slik saksbehandlingsfeil «kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold», slik at saken vil være utenfor rammene av fvl. § 41. Samtidig er dette en vurdering som alltid skal foretas når betydningen av en saksbehandlingsfeil skal drøftes. Spørsmålet i det videre er hvordan Statsforvalteren har vurdert dette i den foreliggende saken fra Evje og Hornnes kommune.

### 4.3 Særlig om statsforvalters plikt til å begrunne oppheving i lys av fvl. § 41

I punkt 3.4 ovenfor har vi sett på statsforvalters rolle som klageinstans i plansaker, herunder prøving av om en reguleringsplan er underlagt KU-plikt eller ikke. Det er klart at dette er et tema som statsforvalter kan prøve fullt ut. Temaet i dette punktet er statsforvalters plikter ved selve prøvingen i klagesaken.

Som nevnt tar denne utredningen ikke stilling til om reguleringsplanen for oppdrettsanlegget skulle vært underlagt konsekvensutredning eller ikke. Det er kommunens og Statsforvalterens vurdering av dette spørsmålet som er gjenstand for analyse. I klagesaken kom Statsforvalteren til at reguleringsplanen skulle vært konsekvensutredet, og at det derfor er skjedd en saksbehandlingsfeil. Dermed er spørsmålet hvordan Statsforvalteren har vurdert innvirkningskriteriet etter forvaltningsloven § 41.

Ved behandling av en klage på reguleringsplan, kan statsforvalter «prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter, se fvl. § 34 andre ledd. Etter bestemmelsen skal statsforvalter vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt i klagen. Det følger av fvl. § 33 at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV og V gjelder for klagesaksbehandlingen. Disse kapitlene gjelder henholdsvis saksforberedelsen/-utredningen og selve vedtaket. Det er sentralt at også klagesaksbehandling følger kravene til saksbehandling som følger av både forvaltningsloven og

---

<sup>9</sup> N. Winge & F. Holth, «Virkingen av saksbehandlingsfeil på plan- og bygningsrettens område» i H.N. Tøssebro, *Ugyldighet i forvaltningsretten* (2019), s. 261-278

ulovfestede regler om god forvaltningsskikk m.m. Vedtakene som fattes av statsforvalter som klageinstans er endelige og kan ikke påklages, og det må da forventes at de er i tråd med regelverket og har en høy standard.

Det er fastslått i fvl. § 24 første ledd at enkeltvedtak skal begrunnes, og at dette skal gjøres samtidig med at vedtaket treffes. For klagesaker er det bare unntak fra kravet om samtidig begrunnelse i særskilte tilfeller etter tredje ledd. Kravene til begrunnelsens innhold er angitt i fvl. § 25. Begrunnelsen skal som minimum vise til reglene, faktiske forhold og skjønnnet som vedtaket bygger på. Bakgrunnen for reglene om begrunnelse er for det første at partene i saken skal kunne forstå avgjørelsen og ha mulighet til å vurdere om de vil godta den. Videre tilsier en god og effektiv forvaltning at vedtak skal begrunnes, og at begrunnelsen oppfyller visse krav. For klagesaksbehandling er det lagt til grunn at klageinstansen må gi en selvstendig og dekkende begrunnelse, synliggjøre at klagerens synspunkter er vurdert, og være varsomme med å bruke bare underinstansens vedtak som begrunnelse.<sup>10</sup>

Dersom statsforvalter kommer til at det skulle vært utført konsekvensutredning i en plansak, må statsforvalter også vurdere hvilken virkning denne saksbehandlingsfeilen kan ha fått for planvedtaket.

For det første må statsforvalter ta stilling til om manglende konsekvensutredning «kan ha virket bestemmende» på planvedtakets innhold. Sett i lys av Husebyskogen og Reinøya, kan det legges til grunn at et relevant moment vil være om det på tross av manglende *formell* konsekvensutredning, likevel er foretatt utredninger av en slik karakter og et slikt omfang, at de aktuelle konsekvensene er tilstrekkelig utredet. I den aktuelle saken om Syrtveit fiskeanlegg er det liten tvil om at det ikke foreligger en formell konsekvensutredning, all den tid både forslagsstiller og kommunen fastslår at planen ikke utløser krav om konsekvensutredning. I planbeskrivelsen av 29. mars 2023, som var del av høringsdokumentene, er det imidlertid flere forhold som er vurdert, blant annet i kapittel 6 «Virkinger av planforslaget». Så vidt vi kan se, er dette kapittelet verken nevnt eller vurdert av Statsforvalteren i klagebehandlingen. Vi vil understreke at vi her ikke tar stilling til om de utredningene som er gjort i plansaken, kan føre til at planens konsekvenser faktisk er tilstrekkelig utredet, men vi bemerker at dette ikke synes å være vurdert av Statsforvalter i klagesaken.

For det andre må statsforvalter i en klagesaksbehandling gjøre en konkret vurdering av om vedtaket faktisk skal kjennes ugyldig. Som det fremgår ovenfor i punkt 4.1, kan ikke fvl. § 41 tolkes antitetisk slik at et vedtak uten videre er ugyldig dersom det foreligger saksbehandlingsfeil som kan ha påvirket vedtakets innhold. Det må foretas en vurdering av eventuell ugyldighet etter den ulovfestede ugyldighetslæren. I den aktuelle saken fastslår Statsforvalteren at

*Planen er ikke konsekvensutredet, og vi anser at dette er en saksbehandlingsfeil som kan ha hatt betydning for planvedtakets innhold, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41.*

Deretter sies det kort at man er kommet til «at det foreligger saksbehandlingsfeil som tilsier at planvedtaket må oppheves». Det må her påpekes at Statsforvalteren verken vurderer

---

<sup>10</sup> Sivilombudet, Veileder: *Begrunnelser*, side 15

## HOLTH & WINGE

ugyldighet etter ulovfestede regler, eller rent faktisk sier at vedtaket er ugyldig. Vi legger til grunn at Statsforvalter ikke har ment at en saksbehandlingsfeil som *ikke* fører til ugyldighet, likevel skal innebære at planvedtaket må oppheves. Det synes imidlertid som om Statsforvalteren fastslår at saksbehandlingsfeilen uten videre fører til ugyldighet, og henvisningen til fvl. § 41 gir inntrykk av en antitetisk tolkning som det altså ikke er rom for. For ordens skyld understreker vi at vi med dette ikke tar stilling til den faktiske virkningen av saksbehandlingsfeilen eller om planvedtaket er ugyldig eller ei. Vi påpeker kun at Statsforvalterens vedtak ikke inneholder tydelige vurderinger på dette punktet. Dette er etter vårt syn en mangel ved Statsforvalterens vedtak, som kan gi grunn til å vurdere om det skal fremmes en omgjøringsbegjæring.

Avslutningsvis kan det bemerkes at ettersom klagesaksbehandling og -vedtak er underlagt forvaltningslovens regler, vil eventuelle brudd på saksbehandlingsregler etter loven og ulovfestede prinsipper, også kunne føre til behov for at klagesaksvedtaket i seg selv underlegges vurderinger etter fvl. § 41 og den ulovfestede ugyldighetslæren.