

Notat - unntatt offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 15 andre og tredje ledd, samt offentlighetsloven § 13

Til: Meland kommune
Fra: Advokat / Partner Gerd Aaland Fagerli
Dato: 18. mai 2017

Saknr.: 104529

VURDERING AV VEDTAK I MELAND KOMMUNESTYRE

1. INNLEDNING

Meland kommunestyre fattet onsdag den 10. mai 2017 et slikt vedtak:

«Det vil ikke bli gitt tillatelse til etablering av nye kunstgressbaner i Meland kommune, hvor en skal bruke gummi- og plastgranulat.»

Ordfører, gjennom konstituert rådmann, har bedt Advokatfirmaet Harris å vurdere hvorvidt vedtaket er lovlig, herunder om kommunen kan nekte etablering av kunstgressbaner med gummi – og plastgranulat når det fortsatt er lovlig å bruke på fotballbaner i Norge.

I punkt 7 under er vår konklusjon og forslag til veien videre tatt inn. Konklusjonen er som følger:

Uansett hva vedtaket kan defineres som, konkluderes det med at det foreligger en saksbehandlingsfeil som leder til ugyldighet. Særlig utredningsplikten er satt til side. I tillegg er det en ugyldighetsgrunn at det ikke er vist til hjemmel i lov for vedtaket. Det er videre knyttet usikkerhet til om kommunen i det hele tatt har hjemmel for vedtaket.

2. OM VEDTAKET

Vedtaket ble fremmet som et benkeforslag fra ett av medlemmene i kommunestyret. Forslaget fikk 21 stemmer for og 5 stemmer mot.

Vedtaket er ikke del av saksutredningen til administrasjonen i kommunen og ble heller ikke behandlet av Utval for levekår.

Det fremkommer av mottatte sakspapir at administrasjonen først og fremst har sett på tiltak knyttet til å begrense miljøulempene ved driften av kunstgressbaner. Administrasjonen har påpekt at overgang til naturgress ikke er aktuelt og har gitt en nærmere begrunnelse for standpunktet. Alternativer til plastgranulat er redegjort for, men ingen alternativ peker seg foreløpig klart ut. Administrasjonen skriver at kunstgressbaner også har positive effekt for folkehelsen, at det skjer mye forskning på feltet og mange kommuner og fylkeskommuner arbeider med de samme problemstillingene.

Administrasjonens innstilling gikk ut på å nedsette en arbeidsgruppe som skulle arbeide videre med temaet, samtidig som innstillingen anbefalte at kommunen «på sikt» skulle fase ut gummi- og plastgranulat på kunstgressbaner i Meland.

Administrasjonen har ikke i saksutredning vurdert hvorvidt kommunen har hjemmel til å forby fremtidige kunstgressbaner med gummi- og plastgranulat innenfor kommunegrensene til Meland kommune.

Kommunestyrets vedtak har skapt reaksjoner. Vedtaket er bl.a. problematisk for IL Kvernbit som har kommet langt i planene med å etablere en innendørshall der dekket inneholder granulat-

Faktumredegjørelsen i notatet er basert på opplysninger mottatt fra rådmann i e-post og per telefon.

3. NÆRMERE OM INNHOLDET I VEDTAKET

Vedtaket er realiteten et forbud mot all etablering av nye kunstgressbaner med gummi- og plastgranulat i Meland kommune.

Vedtaket er formulert vidt. Det gjelder uavhengig av hvem som ønsker å bygge nye kunstgressbaner. Det betyr at det gjelder både for private aktører, f.eks. idrettslag, og offentlige, så som kommunen selv. I og med at vedtaket også vil gjelde for private aktører/organisasjoner som ønsker å bygge nye kunstgressbaner, er det et vedtak i forvaltningslovens forstand, jf. forvaltningslovens § 2 første ledd bokstav a.

Videre er begrepet «tillatelse» brukt i vedtaket. Hvilken type tillatelse kommunestyret har i tankene fremkommer ikke. Skal det inntas noe om forbudet i planer (kommune- og reguleringsplaner)? Er det i så fall hjemmel til det¹? Eller er det byggetillatelser kommunestyret har i tankene og er det hjemmel til det?² Er det andre typer tillatelser som kan tenkes å være omfattet?³

Det er videre uklart om vedtaket er avgrenset til utendørs kunstgressbaner eller om det også gjelder innendørsanlegg. Herunder er det et spørsmål om ulike hensyn gjør seg gjeldende for om mikroplasten befinner seg utendørs eller innendørs.

Det er også uklart hvilket vedtak kommunestyret har fattet. Er det en instruks til administrasjonen i kommunen om at de ikke skal gi tillatelse til denne type baner? Eller er det en forskrift om at denne type kunstgressbaner er forbudt i Meland kommune? Eller er det et enkeltvedtak siden det er så få aktører som er aktuell som fremtidig eier av nye baner i Meland kommune?

Kommunestyret synes å ha utøvd såkalte inngrepskompetanse rettet mot private gjennom vedtaket. Dette styrkes av Miljødirektoratets vurdering om at det foreløpig ikke klart om det finnes alternativer til gummi- og plastgranulat som kan forsvares økonomisk. Et forbud kan

¹ Mulige hjemler som kan utredes nærmere er blant annet plan- og bygningsloven § 11-9 til 11-11 (kommuneplan) og § 12-7 (reguleringsplan)

² Plan- og bygningsloven §§ 28-1, 20-1 m.fl?

³ Mener kommunestyret at det f.eks. må innhentes tillatelse etter forurensingsloven eller lov om naturmangfold?

således medføre at det ikke blir bygd flere fotballbaner i Meland kommune – også på privat grunn. Et slikt inngrep krever særskilt lovhjemmel.⁴ Kommunalloven i seg selv gir ikke tilstrekkelig hjemmel. Det må finnes en annen lov som hjemler vedtaket.⁵

4. TILTAK MOT MIKROPLASTUTSLIPP

Administrasjonen redegjør i innstillingen for at temaet vil være en del av regjeringens «kommande plaststrategi». Det fremkommer at det er mye forskning innen feltet og mange kommuner og fylkeskommuner arbeider med tilsvarende problemstillinger. Videre er det opplyst at fotballspillernes interesseorganisasjoner oppfordrer til at problematikken må undersøkes nærmere. Av hensyn til de positive effektene kunstgressbaner har for folkehelsen (økt aktivitet), er administrasjonens innstilling at saken utredes nærmere.

Dette er noenlunde i tråd med hvordan Miljødirektoratet ser på saken⁶ etter at regjeringen har bedt direktoratet vurdere en tiltakspakke mot mikroplast:

Miljødirektoratet mener at vi bør vurdere om gummigranulat på sikt kan fases ut og foreslår blant annet å kartlegge hvilke alternative materialer som finnes. Er det gode alternativer med kostnader som kan forsvares, er det aktuelt å vurdere et forbud.

– Dersom bruken av gummigranulat skal fortsette, vil det være aktuelt med en ny forskrift som stiller krav til hvordan man bygger og driver kunstgressbaner. Det vil blant annet gå på vedlikehold, lagring av granulat etter snømåking, hvordan banene utformes og gjenbruk, sier Ellen Hambro.

Miljødirektoratet har således ikke konkludert med hensyn til om et forbud er veien å gå, men mener det er nødvendig å utrede spørsmålet nærmere. Miljødirektoratet er fagmyndigheten på området⁷, og et eventuelt forbud i form av nasjonal forskrift antas bli hjemlet i forurensingsloven.

5. ER VEDTAKET EN GYLDIG FORSKRIFT?

Slik vedtaket er formulert taler mye for at det er en forskrift. Dette fordi det er et vedtak som innskrenker «rettighetene» til et «ubestemt antall personer eller en ubestemt krets av personer», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c.⁸ Det er i realiteten lagt ned et forbud mot fremtidige kunstgressbaner med gummi og plastgranulat i Meland kommune.

⁴ Kommunalrett 4. utgave av Jan Fridthjof Bernt m.fl., se side 76.

⁵ Kommunalrett 4. utgave av Jan Fridthjof Bernt m.fl., se side 90 flg.

⁶ <http://www.miljodirektoratet.no/no/Nyheter/Nyheter/2017/Januar-2017/Slik-far-vi-ned-mikroplastutslippene/>

⁷ Miljødirektoratets viktigste funksjoner er at direktoratet skaffer og formidler miljøinformasjon, utøver og iverksetter forvaltningsmyndighet, styrer og veileder regionalt og kommunalt nivå, gir faglige råd og deltar i internasjonalt miljøarbeid.

⁸ Kommunalrett 4. utgave av Jan Fridthjof Bernt m.fl., se side 330 flg.

Er vedtaket er en forskrift, kommer forvaltningsloven kap. VII til anvendelse. Her er det særlig utredningsplikten, plikten til forhåndsvarsling og plikten til å innhente uttalelser fra interesserte som følger av § 37 som ikke er overholdt i vår sak.

Kommunestyret har en plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtaket treffes. Det synes ikke å være tilfelle i vår sak da et forbud ikke er utredet av administrasjonen. Det må også ses hen til det faktum at Miljødirektoratet som faginstans ikke har konkludert enda, men ønsker å skaffe seg mer kunnskap om alternativer og kostnadene ved disse.

I sak som denne burde også uttalelse fra lokale idrettslag m.fl. vært innhentet på forhånd, jf. forvaltningsloven § 37 annet ledd.

Videre er det grunnleggende forutsetning av enhver forskrift skal være hjemlet i lov, jf. legalitetsprinsippet nedfelt i Grunnloven § 113⁹. Siden det ikke er innført noe generelt forbud mot kunstgressbaner med gummi- og plastgranulat i Norge¹⁰, er det svært viktig at Meland kommune får utredet grundig at kommunen har hjemmel i lov for å innføre et slikt forbud.

Det vises videre til hva som fremkommer i NUT 1977:1 Utkast til lov om vern mot forurensing og forsøpling med motiver, om hvem som har forskriftsmyndighet etter forurensingsloven:

Myndigheten etter § 8¹¹ er lagt til Kongen. I enkelte tilfelle - særlig hvor forskriftene har vidtrekkende eller prinsipiell betydning, eller hvor de berører en rekke fagområder som sorterer under forskjellige departementer - kan det være naturlig at de gis ved kongelig resolusjon. Men som hovedregel vil forskriftsmyndigheten bli delegert til Miljøverndepartementet. Når det gjelder forskrifter av mindre betydning, især ved mindre endringer i bestående forskrifter og justeringer av tekniske krav, kan det komme på tale å delegerer forskriftsmyndighet videre til Statens forurensningstilsyn¹². Utgangspunktet vil imidlertid være at forskriftene gis av departementet.

For saksbehandlingen ved utferdigelse av forskrifter gjelder reglene i forvaltningslovens kapittel VII. Departementet ser ingen grunn til å foreslå supplerende regler.

Det samme er gjentatt i Ot. Prp. nr. 11 (1979-1980).

Det er ikke gitt en åpning i forarbeidene for at hver enkel kommune kan gi lokale forskrifter etter forurensingsloven. Dette med mindre annet er uttrykkelig bestemt¹³. Forurensingsloven synes således ikke å hjemle det vedtaket som kommunestyret har fattet, og det er usikkert om det er andre lover hjemler vedtaket.

⁹ Grunnloven § 113 lyder slik: Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket

¹⁰ Miljødirektoratet har p.t. ikke tatt til orde for at kunstgressbaner med gummi- og plastgranulat er ulovlig etter forurensingsloven.

¹¹ Nå § 9 i forurensingsloven

¹² Nå Miljødirektoratet

¹³ F eks forurensingsforskriften § 15-6 som gir kommunen hjemmel for å gi forskrift om krav til utslipp av oljeholdig avløpsvann

Administrasjonen har i saksutredningen sett på muligheten til å regulere «driften» av kunstgressbaner i en lokal forskrift. Administrasjonen konkluderer med at tiltaket må utredes nærmere, sett i forhold til lovverk, reguleringer og nasjonalt arbeid på feltet. Tilsvarende gjelder for en lokal forskrift om å forby fremtidige kunstgressbaner med nevnte dekke.

Brudd på ovennevnte medfører med stor sannsynlighet at forskriften/vedtaket er ugyldig.

Følgene av at en forskrift er ugyldig er beskrevet slik i Forvaltningsrett av Eckhoff og Smith, 9. utgave, side 507:

«Hvis det oppdages at en forskrift, eller en av dennes bestemmelser, mangler hjemmel eller lider av en annen feil som medfører ugyldighet, bør det kompetente organ selvsagt rette feilen ved å oppheve eller endre på den. Men også før dette blir gjort, skal ugyldighet tillegges betydning. Det skjer ved at den ugyldige bestemmelse settes til side, i den forstand at man unnlater å anvende den i saker hvor den ellers skulle være anvendt.»

6. ER VEDTAKET EN GYLDIG INSTRUKS?

Alternativt kan vedtaket tolkes som en instruks til administrasjonen i Meland kommune om at den ikke må gi fremtidig «tillatelse» til denne type kunstgressbaner.

Er vedtaket en instruks, er instruksene meget uvanlig. Dette fordi den angir resultatet uten at det er sett hen til hvilke overveielser som må gjøres under hvilke lover. Kommunestyret kan ikke instruere administrasjonen å si nei til alle kunstgressbaner på et generelt grunnlag.

Unntak kan bare tenkes dersom kommunestyret har en klar hjemmel for en slik instruks i lov (legalitetsprinsippet).¹⁴ Det er ikke utredet nærmere, og det er også beheftet med betydelig tvil om det p.t. eksisterer en slik hjemmel.

Det er videre uklart hvilken type «tillatelse» kommunestyret har ment å regulere gjennom vedtaket. Det er ikke presisert gjennom vedtaket, jf. punkt 3 over.

Hvis det f.eks. er gjennom plankompetansen kommunen skal sørge for at forbudet blir håndhevet, er det pågående diskusjon om hvor langt kommune kan detaljstyre gjennom planer med en henvisning til miljøsensyn¹⁵. Hvorvidt hjemmelen er tilstrekkelig, vil således kreve en nærmere utredning før konklusjonen tas.

Høystrettsdommen inntatt i Rt. 1964 s. 93 er et eksempel på at når den påberopte hjemmelen ikke holder, er det ikke tilstrekkelig at det finnes en alternativ hjemmel som kunne vært påberopt av kommunen i stedet. Ifølge Høyesterett var overveielserne etter den alternative hjemmelen

¹⁴ Forvaltningsrett av Eckhoff og Smith, 9. utgave, side 371 flg.

¹⁵ Osterøy kommune ønsker å tilby areal til lukkede oppdrettsanlegg i Osterfjordbassenget gjennom å nytte planverktøyet i medhold av plan – og bygningsloven. Ordføreren har innrømmet i media at dette er kompleks regelverk, jf. <http://kyst.no/nyheter/vil-tilby-sjoareal-for-lukkede-anlegg/>

andre. Feilen kunne således har betydning for resultatet. Tilsvarende gjelder for denne sak. Overveielene etter de ulike aktuelle bestemmelsene kan være ulike.

Dersom vedtaket er en instruks, er det ugyldig.

7. ER VEDTAKET ET GYLDIG ENKELTVEDTAK?

Slik vedtaket er formulert er det ikke enkeltvedtak. Det gjelder ikke «rettigheter og plikter til en eller flere bestemte personer», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

For det tilfelle at det er svært få som kan bli fremtidige eiere av en kunstgressbane i Meland kommune, kan det muligens argumenteres med at det i realiteten er et enkeltvedtak. Vi vet imidlertid ikke med sikkerhet hvem som kan være aktuelle søkere i fremtiden.

Skulle vedtaket mot formodning være et enkeltvedtak, er utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 første ledd overtrådt. Videre er ikke hensynet til kontradiksjon ivaretatt. Dette fordi de som presumtivt er parter (typisk idrettslagene i kommunen), ikke har fått anledning til å uttale seg på forhånd. Det er heller ikke vist til lovhjemmel.

Manglende utredning, kontradiksjon og lovhjemmel kan ha virket inn på vedtaket, jf. forvaltningsloven § 41. Det vil igjen medføre at vedtaket er ugyldig.

8. OPPSUMMERING OG VEIEN VIDERE

Oppsummert kan det slås fast at vedtaket fattet Meland kommune neppe er et enkeltvedtak, men antakeligvis en forskrift eller en instruks til administrasjonen i kommunen.

Uansett hva vedtaket kan defineres som, konkluderes det med at det foreligger en saksbehandlingsfeil som leder til ugyldighet. Særlig utredningsplikten er satt til side. I tillegg er det en ugyldighetsgrunn at det ikke er vist til hjemmel i lov for vedtaket. Det er videre knyttet usikkerhet til om kommunen i det hele tatt har hjemmel for vedtaket.

Vårt råd er således at kommunestyret omgjør sitt vedtak og ber eventuelt administrasjonen om å utrede spørsmålet nærmere.

Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 kan være et alternativ dersom det ikke er flertall for en omgjøring i kommunestyret.

