

OSLO, 13. DESEMBER 2007

ANSVARLIG ADVOKAT:
STEIN NESS

TIL:
AKSJON STANS!NO

FOR:
HÅKON WIUM LIE

FRA:
ADVOKAT STEIN NESS/
ADVOKATFULLMEKTIG
KARI HANGELAND BUVIK

DERES REF.:

VÅR REF.:
749848/3

REKLAMETÅRNENE I OSLO – SPØRSMÅL OM OMGJØRING AV GITTE TILLATELSER

1. Kan tillatelsene omgjøres? Oppsummering av konklusjoner

- Fylkesmannens slår i sine vedtak datert 8. og 28. november 2007 fast at kommunen har brukt feil hjemmel ved omgjøring av vedtakene som innebærer at tillatelsene til å sette opp såkalte reklametårn trekkes tilbake.
- Fylkesmannen har ikke tatt stilling til hvorvidt omgjøring kan skje på annet grunnlag.
- Tillatelsene til oppføring av reklameinstallasjoner, er beheftet med så vidt alvorlige feil og mangler at de vil være ugyldige. Konsekvensen av dette blir at plan- og bygningsetaten alene av den grunn kan omgjøre vedtakene av eget tiltak, jfr forvaltningsloven § 35 c).
- Hensynet til offentlige, politiske og allmenne interesser må veie tyngre enn de private interessene i saken. Også dette gir et selvstendig grunnlag for å omgjøre de gitte tillatelser.
- Plan- og bygningsetaten har derfor grunnlag for å omgjøre de gitte tillatelser, og det kreves at etaten går inn i alle sakene på nytt og gjør de lovpålagte vurderingene konkret for hvert tiltak.

2. Innledning

2.1 Sakens bakgrunn

Fylkesmannen i Oslo og Akershus har i to vedtak datert henholdsvis 8. og 28. november 2007 opphevet plan- og bygningsetatens vedtak om å omgjøre tillatelser til oppføring av 65 reklameinstallasjoner. 40 tårn er i dag oppført, mens 25 er planlagt oppført.

Bakgrunnen for Fylkesmannens vedtak er at kommunen har omgjort sitt eget vedtak, i praksis ved å trekke tilbake gitte tillatelser til oppføring av reklameinstallasjoner. Dette omgjøringsvedtaket ble siden påklaget av JCDecaux AS som var tiltakshaver for reklametårnene. Fylkesmannen kom til at det foreligger feil ved kommunens omgjøring, ved at kommunen utelukkende hadde benyttet en sanksjonsbestemmelse som grunnlag for sitt omgjøringsvedtak.

Oslo kommune ønsker å fjerne de omstridte lysreklametårnene i Oslo sentrum. Spørsmålet er om og eventuelt på hvilket grunnlag kommunen kan omgjøre vedtakene med de eksisterende tillatelsene. Aksjonsgruppen Stans!no har bedt Haavind Vislie om å utrede på hvilken måte plan- og bygningsetaten lovlig kan omgjøre vedtakene.

Vi er fra tidligere kjent med sakens bakgrunn og det vises i denne forbindelse til vår utredning av 6. september 2005 hvor vi konkluderer med at de gitte byggetillatelsene er beheftet med såpass alvorlige saksbehandlingsfeil at det gir grunnlag for å underkjenne tillatelsene.

Vi presiserer at vi ikke har gått igjennom samtlige gitte søknader og tillatelser eller noe annet faktum enn det som lå til grunn for vår tidligere vurdering.

Vi vil i det følgende først kommentere Fylkesmannens vedtak. Deretter vil vi redegjøre nærmere for adgangen til å omgjøre kommunens tillatelser til oppføring av reklametårn.

2.2 Fylkesmannens vedtak

Kommunen har i sitt omgjøringsvedtak benyttet pbl. § 107 som hjemmel for å omgjøre de tidligere gitte tillatelsene. Fylkesmannen har konkludert med at § 107 ikke hjemler slik omgjøring.

Pbl. § 107 oppstiller materielle vilkår for tiltaket. I tillegg hjemler den adgang til å gi pålegg om å fjerne installasjoner som er i strid med lovens krav. Bestemmelsen hjemler imidlertid ingen egentlig omgjøringsadgang av de underliggende vedtakene (tillatelsene). Dersom bestemmelsen skulle brukes som grunnlag for påbud om fjerning, måtte derfor tillatelsene først trekkes tilbake gjennom omgjøring av vedtakene. Det hadde kommunen ikke gjort her. Når omgjøring ikke på forhånd var vedtatt, var tillatelsene derfor fortsatt gyldige. Fjerning kunne derfor ikke pålegges overfor tiltakshaver.

Fylkesmannen har i vedtaket om oppheving kun tatt stilling til om det foreligger feil ved kommunens rettsanvendelse. Andre sider ved saken, herunder spørsmålet om omgjøring kunne skje på andre grunnlag eller spørsmålet om det foreligger ugyldighet ved kommunens gitte tillatelser, er ikke behandlet.

3. Adgangen til å omgjøre vedtak

3.1 Generelt

Et forvaltingsorgan kan omgjøre sitt eget vedtak på visse vilkår. Adgangen til dette er hovedsakelig begrunnet i at feil som har skjedd på et tidligere tidspunkt i saksbehandlingen skal kunne rettes opp. Forholdene som lå til grunn for vedtaket kan også ha endret seg, slik at det offentlige kan ha behov for å gjøre om på tidligere tillatelser. I praksis vil en omgjøring av en gitt tillatelse, slik tilfellet er her, innebære at tillatelsen trekkes tilbake. En avgjørelse om å omgjøre vedtak anses da som et nytt, eget vedtak. Også dette vedtaket kan påklages.

Det er reist spørsmål ved om avgjørelsen i Rt. 2002 s 683 kan være til hinder for slik omgjøring. Saken gjaldt om et midlertidig bygge- og deleforbud etter plan- og bygningslovens (pbl.) § 33 kan gripe inn i en tidligere gitt byggetillatelse. Avgjørelsen har ingen betydning for spørsmålet om en tillatelse kan omgjøres etter de alminnelige reglene for omgjøring i forvaltningsloven. Den er følgelig verken relevant for vår sak eller til hinder for at omgjøring kan skje.

3.2 Vilåårene for omgjøring

Den alminnelige adgangen til å omgjøre eget vedtak, følger av fvl. § 35. I første ledd er det fastsatt at et forvaltningsorgan kan omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget dersom;

- a) endringen ikke er til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser eller*
- b) underretning om vedtaket ikke er kommet fram til vedkommende og vedtaket heller ikke er offentlig kunngjort, eller*
- c) vedtaket må anses ugyldig*

Av § 35 siste ledd fremgår det dessuten at vedtak på visse vilkår kan omgjøres når det følger av "alminnelige forvaltningsrettslige regler". Dette kommer vi tilbake til under punkt 5.

Alternativene i § 35 a) og b) er ikke aktuelle i denne saken. Spørsmålet blir derfor om vedtakene er ugyldige slik at § 35 c) er aktuell. Dersom vedtaket lider av feil som medfører ugyldighet, vil kommunen kunne omgjøre vedtakene i medhold av fvl. § 35 på visse vilkår. Vi må derfor først se nærmere på om det foreligger ugyldighetsgrunner ved vedtakene.

4. Omgjøring på grunnlag av ugyldighet

4.1 Innledning

Denne saken gjelder tillatelser gitt til lysreklametårn som er søknadspliktige etter plan- og bygningslovens (pbl.) § 93, 1. ledd, bokstav g. Tillatelsene er å anse som enkeltvedtak i forvaltningsrettslig forstand og er derfor underlagt reglene i forvaltningsloven og de krav som kan utledes av alminnelig, ulovfestet forvaltningsrett. I tillegg kommer mer spesifikke krav, for eksempel reglene nedfelt i den såkalte saksbehandlingsforskriften til plan- og bygningsloven.

Det må presiseres at ikke ethvert brudd på de forvaltningsrettslige reglene vil medføre at vedtaket er ugyldig. Etter fvl. § 41 er et vedtak likevel gyldig dersom det er grunn til å regne med at det må antas at feilen *"ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold."* Det må med andre ord foreligge feil av en viss alvorlighetsgrad for å kunne konstatere ugyldighet.

Vi skal se litt nærmere på mulige ugyldighetsgrunner når det gjelder vedtakene om tillatelse til oppføring av reklameinstallasjonene/reklametårnene. Gjennomgangen må betraktes som en oppsummering av de funn vi tidligere har gjort i forbindelse med gjennomgang av feil ved kommunens saksbehandling.

4.2 Manglende nabovarsling

Gjennom plan- og bygningslovens regler om nabovarsling skal berørte interesser få anledning til å gjøre seg kjent med tiltakets nærmere utforming gjennom innsyn i byggesaken jfr pbl § 94 nr 3. Berørte parter får slik mulighet til å fremsette kommentarer og eventuelt tilføre opplysninger i saken. Innhenting og bearbeiding av slike tilbakemeldinger, utgjør et sentralt ledd i utredningen av saken.

Reklameinnretningene ble nabovarslet sommeren 2002. Varslingen skjedde på bakgrunn av et opprinnelig forslag til utforming av reklametårnene. Etter avholdelsen av en plan- og designkonkurranse i 2004, ble imidlertid utformingen av tiltakene en annen.

Nabovarslene i forbindelse med reklameinnretningene fremstår derfor som ufullstendige. Sentrale forhold som at innretningene skulle lyse og hvilken høyde tårnene skulle ha, ble ikke inntatt som en del av redegjørelsen i varslet. Når avviket mellom tiltaket slik det var beskrevet i varslet og hvordan innretningene rent faktisk skulle bli seende ut var for stort, var det ikke noen realitet bak varslingen. Det skulle vært varslet på nytt.

I tillegg får det betydning at det hadde gått mer enn to år fra varslene ble sendt til søknadene faktisk ble behandlet. Det forhold at det opprinnelige nabovarslet ble sendt ut i fellesferien på et tidspunkt hvor bare få av de berørte hadde mulighet til å svare innen fristen, skulle også tilsi at det ble nabovarslet på nytt.

Manglende nabovarsling er en saksbehandlingsfeil som i dette tilfellet igjen kan ha medført at sentrale og avgjørende hensyn som skal vurderes i saken, verken er kommet godt nok frem eller er tilstrekkelig hensyntatt i vurderingene etter pbl. § 107 og Oslo kommunes lokale vedtekter om reklame.

4.3 Manglende konkrete vurderinger og begrunnelser

Forvaltningens plikt til forsvarlig saksbehandling og utredning av saken tilsier at det er ikke er tilstrekkelig med en såkalt massebehandling av søknadene. Forskjeller i de faktiske forholdene der hvor innretningene faktisk skulle oppføres, innebærer at vurderingene ikke uten videre blir sammenfallende for alle tiltakene. Det er derfor på det rene at kommunen plikter å gjøre konkrete vurderinger for hver enkelt søknad.

Det fremgår for øvrig også av pbl. § 107 og av de kommunale vedtektene at etablering av reklameinnretninger må vurderes konkret i forhold til omgivelsene. Når det gjelder boligområder er det i følge vedtektene dessuten et absolutt forbud mot lysreklame og større reklameinstallasjoner. Videre skal det i blandende strøk tas særlig hensyn til beboerne i vurderingen av hvorvidt reklameinstallasjonen skal etableres. Dette tilsier igjen at det må foretas grundige, konkrete vurderinger.

Det synes imidlertid gjennomgående å være slik at rammetillatelsene er gitt med samme henvisning til uttalelser fra fagetatene i fellesmøter med søker. Saksbehandlingen bærer således preg av at etaten nærmest har behandlet alle søknadene under ett og i stor grad med felles begrunnelser uavhengig av strøkets karakter og hensynet til beboerne. Mangelfulle begrunnelser kan i seg selv utgjøre et ugyldighetsgrunnlag.

Manglende konkrete vurderinger av lov- og vedtektspålagte hensyn representerer en feil ved saksbehandlingen som bør tilsi at vedtakene er ugyldige.

4.4 Tilstrekkelig avklaring i forhold til plangrunnlaget

For enkelte områder i Oslo foreligger det reguleringsbestemmelser som stiller særlige krav til reklameinstallasjoner og innretninger. Det fremgår ikke av rammetillatelsene at slike særlige krav, for eksempel utforming og plassering i samråd med Byantikvaren der hvor dette er pålagt, er vurdert.

Dette gir grunn til å tro at rammetillatelsene til reklametårnene er gitt uten at de enkelte søknadene er blitt vurdert i forhold til de aktuelle reguleringsbestemmelsene for området. I de tilfellene tiltakene ville stride mot plangrunnlaget, ville en dispensasjon etter pbl. § 7 vært nødvendig for å kunne oppføre tårnene. Det forhold at det ikke er gitt dispensasjoner fra plangrunnlaget, tyder på at etaten ikke har avklart forholdet til reguleringsbestemmelsene.

Rammetillatelser gitt i strid med reguleringsbestemmelser innebærer at vedtakene lider av saksbehandlingsfeil som bør tilsi ugyldighet.

4.5 Tilstrekkelig avklaring i forhold til grunneier

I rammetillatelsene forutsettes det at søker avklarer eiendomsråderetten med aktuelle grunneiere. Flere av reklametårnene er imidlertid oppført på tredjemanns grunn uten at det er gitt samtykke til dette.

Etaten har ikke forvissnet seg om at søker hadde de nødvendige rettigheter når tillatelsene ble gitt. Selv om Plan- og bygningsetaten som hovedregel ikke skal ta stilling til private rettsforhold i byggesaksbehandlingen, mener vi at dette er en svakhet ved saksbehandlingen som bidrar til at saksbehandlingen fremstår som summarisk og uten konkrete vurderinger for hver enkelt tillatelse, slik loven krever.

4.6 Delkonklusjon

Det foreligger mange og til dels alvorlige feil ved saksbehandlingen. Feilenes karakter, sakens faktiske forhold og den sterke politiske motstanden mot tiltakene indikerer at tillatelsene mest sannsynlig ikke hadde blitt gitt dersom sakene hadde blitt behandlet på riktig måte. Det må derfor legges til grunn at saksbehandlingsfeilene er så alvorlige at de har innvirket på vedtakets innhold. Enkeltstående saksbehandlingsfeil og feilene sett under ett medfører at det etter dette kan konkluderes med at vedtakene er ugyldige.

Selv om vedtakene er ugyldige, må det vurderes konkret om omgjøring skal skje. I denne vurderingen vil hvilke forventninger tiltakshaver har, stå sentralt. Før vi kan ta endelig stilling til omgjøring etter fvl. § 35 c), må vi derfor se nærmere på ulempene en omgjøring vil ha for JCDecaux.

4.7 Beskyttelse av berettigete forventninger

Hensynet til stabilitet og beskyttelse av berettigete forventninger innebærer at man anerkjenner at den som blir tilgodesett i vedtaket har en forventning og et behov for å innrette seg i tråd med vedtaket. Det blir derfor nødvendig å vurdere i hvilken grad JCDecaux/Hafslund som tiltakshaver har hatt forventninger som krever vern.

I denne forbindelse må det sondres mellom tillatelser som ennå ikke er iverksatt, og tillatelser som allerede er gjennomført ved at reklametårene allerede er oppført. Generelt vil det være enklere og omgjøre vedtak hvor tiltaket i henhold til tillatelsen ikke er oppført. I denne forbindelse vil vi nevne at en byggetillatelse utløper tre år etter at den er gitt, jfr pbl § 96. Tilsvarende dersom tiltaket er innstilt i lengre tid enn 2 år. I så fall bortfaller tillatelsen uten videre, og det er ikke nødvendig med noe omgjøringsvedtak

Dersom tillatelsene tilbakekalles, er det neppe tvilsomt at JCDecaux/Hafslund vil lide tap. Dersom vedtakene blir omgjort, må tiltakshaver imidlertid bære kostnadene ved å fjerne installasjonene og eventuelt erstatte dem med andre, lovlige innretninger som for eksempel ordinære kumlokk. I tillegg til tapet ved å ha investert i innkjøp av innretninger som likevel ikke kan benyttes, fjerning av disse og andre driftsmessige utgifter knyttet til de fysiske tårnene, kommer de avtaleforpliktelsene som JCDecaux har overfor tredjemenn. Selv om vi ikke har kjennskap til hvilke avtaleforpliktelser JCDecaux er bundet av overfor sine annonsører, antar vi at tapet som knytter seg til manglende reklameinntekter vil kunne bli betydelig for tiltakshaver. Dette er ulemper som taler mot omgjøring av vedtakene.

Mot dette kan det innvendes at JCDecaux er et stort, internasjonalt selskap som i større grad enn for eksempel privatpersoner vil være i stand til å bære kostnadene ved en omgjøring.

Man har ikke krav på å kunne gå ut fra at lover og regler ikke vil kunne endre seg eller at politiske standpunkter og behov ikke skifter. I vurderingen av om forventninger som av denne art er beskyttelsesverdige, vil det derfor få betydning at saken i lang tid har vært politisk betent. Allerede før tillatelsene var et faktum, hadde tiltaket foranlediget protester. Det må derfor tas inn i vurderingen at JCDecaux i en viss grad derfor måtte ta høyde for at tillatelsene ikke var kurante. Det forhold at saken fikk et etterspill både politisk, mediemessig og juridisk, kan derfor neppe ha kommet overraskende på JCDecaux. Ansvar for å innrette seg i tråd med vedtaket uten å ta høyde for at saken kunne ta en ny vending må derfor delvis bæres av JCDecaux.

I tillegg til at JCDecaux til en viss grad måtte forstå at tillatelsene ikke var uproblematisk rent politisk, kan man spørre om JCDecaux også måtte forstå at selve saksbehandlingen var mangelfull. Det må forutsettes at JCDecaux i forbindelse med søknadsprosessen måtte sette seg inn i hvilke krav som gjelder for denne type saker. Selv om ansvaret for mangelfull saksbehandling ligger hos kommunen, vil man kunne hevde at JCDecaux måtte forstå at slik massesaksbehandling ikke kunne være forenelig med de krav som må kunne forventes til en forsvarlig behandling av sakene. Mot dette kan det hevdes at man uansett ikke kommer forbi at de feil som er gjort er forvaltningens egne og at tiltakshaver selv ikke kan lastes for dette.

Det er ikke tvilsomt at JCDecaux/Hafslund vil lide betydelige, økonomiske tap dersom tillatelsene trekkes tilbake. På bakgrunn av den foranstående redegjørelsen, kan det likevel konkluderes med at forventningene bare nyter svakt vern.

4.8 Delkonklusjon

JC Decaux har ikke tilstrekkelig beskyttelsesverdig interesse i at tillatelsene ikke omgjøres. Konsekvensen av dette blir at tillatelsene kan trekkes tilbake og vedtaket omgjøres etter fvl. § 35 bokstav c).

5. Omgjøring på annet grunnlag

5.1 Innledning

Som nevnt under punkt 2.3 følger det av § 35 siste ledd at vedtak også kan omgjøres når det følger av "alminnelige forvaltningsrettslige regler". Dette betyr at også vedtak som i utgangspunktet er gyldige kan omgjøres dersom visse vilkår er oppfylt. Dette utgjør derfor et selvstendig grunnlag for omgjøring.

5.2 Tungtveiende allmenne hensyn

For å kunne omgjøre etter dette alternativet, må man foreta en interesseavveining mellom interessene til den part som blir skadelidende ved en omgjøring og interessene som taler for å gjøre om. Det er ikke kurant å omgjøre etter denne bestemmelsen, og praksis viser at det gjennomgående skal mye til for å lovlig kunne omgjøre på dette grunnlaget. Utgangspunktet er at interessene for å omgjøre må veie vesentlig tyngre enn interessene på den andre siden.

I denne saken vil offentligrettslige hensyn og publikums motstand mot å tillate reklameinnretningene utgjøre interessene på den ene siden. Kommunen har eksplisitt tatt standpunkt til at man ønsker å fjerne innretningene og at tillatelsene aldri skulle vært gitt. Standpunktet bygger på at reklamen som vises på tårnene representerer en privatisering og en kommersialisering av det offentlige rom som man ikke ønsker i rom til allmenn bruk. Også demokratiske hensyn tilsier at slike tillatelser som får konsekvenser for alle og som man ikke kan reservere seg mot, ikke skal gis.

Selv om det neppe uten videre kan legges til grunn at alle Oslos innbyggere er imot at reklameinnretningene får stå, viser det brede, folkelige engasjementet herunder massive oppslag i media, politisk arbeid, møter og underskriftskampanjer at motstanden mot reklametårnene har vært og fortsatt er sterk. Allmennhetens sterke interesse i å få fjernet tårnene taler for at private interesser må vike. Det nevnes også at praksis har vist at tiltakets art vil kunne spille inn i vurderingen. Det forhold at reklameinnretningene neppe kan sies å være viktig i en samfunnsmessig sammenheng, vil derfor bidra ytterligere til å begrunne at omgjøring vil kunne skje.

For øvrig vil momenter nevnt under punkt 3.6 om at tiltakshavers forventninger bare i mindre grad vil være berettigede, også være relevante i vurderingen.

Selv om terskelen for å omgjøre etter dette alternativet er høy, vil det kunne konkluderes med at hensynet til offentlige, politiske og allmenne interesser må veie tyngre enn de private interessene som gjør seg gjeldende. Omgjøring av vedtakene vil derfor også på dette grunnlaget være mulig.

5.3 Delkonklusjon

Det foreligger tilstrekkelige tungtveiende allmenne hensyn som kan gi grunnlag for omgjøring av tillatelsene.

6. Oppsummering og konklusjon

Fylkesmannens vedtak går kun ut på at kommunen har benyttet et feil rettslig grunnlag for å omgjøre sine vedtak. Fylkesmannen har ikke med dette tatt stilling til hvorvidt det foreligger et grunnlag for omgjøring av gitte tillatelser.

De foreliggende tillatelsene til oppføring av reklameinstallasjoner, er beheftet med så vidt alvorlige feil og mangler at de vil være ugyldige. Konsekvensen av dette blir at Plan- og bygningsetaten kan omgjøre vedtakene av eget tiltak, jfr forvaltningsloven § 35 c). Plan- og bygningsetaten kan derfor etter vår vurdering omgjøre vedtakene. I tillegg kommer at hensynet til offentlige, politiske og allmenne interesser må veie tyngre enn de private interessene i saken. Også på dette grunnlaget kan tillatelsene trolig omgjøres.

Adgangen til å omgjøre vedtakene gjelder i utgangspunktet både tillatelsene for tårn som allerede er oppført og de planlagte installasjonene. Hensynet til tiltakshavers innretning står likevel sterkere når det gjelder de allerede oppførte installasjonene.

For å forsikre seg om at rettsanvendelse og saksbehandling av sakene skjer i overensstemmelse med regelverket, må plan- og bygningsetaten gå inn i alle sakene på nytt. De lovpålagte vurderingene etaten er underlagt må gjøres konkret for hvert tiltak. Når sakene er vurdert på riktig måte, kan de lovlig omgjøres i medhold av forvaltningslovens § 35.