



Indre Fosen kommune
Rådhusveien 13
7100 RISSA

Vår dato: 03.07.2018
Vår ref.: 2018/8306

Deres dato: 20.03.2018
Deres ref.: 2018/961

Behandling av klage på avslått dispensasjon for oppføring av flytebrygge - Holadalen 40 - Indre Fosen 168/3- kommunens vedtak stadfestes

Saken gjelder klage på avslått dispensasjon for oppføring av flytebrygge på eiendommen 168/3 i Indre Fosen kommune. Etter en gjennomgang av saken er Fylkesmannen i likhet med kommunen kommet til å vilkårene for dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 19-2 ikke er oppfylt for den omsøkte flytebryggen. Kommunens vedtak blir etter dette å stadfeste og klagen tas ikke til følge.

Fylkesmannen viser til Indre Fosen kommunes oversendelse hit av 20. mars 2018 hvor den ovennevnte klagesaken ble oversendt for endelig klagebehandling. Fylkesmannens myndighet som klageinstans følger av plan- og bygningsloven (pbl.) § 1-9 femte ledd og delegering fra overordnet departement.

Sakens bakgrunn

Ansvarlig søker Hulsund Entreprenør AS søkte den 18. juni 2017, på vegne av tiltakshaver Willy Hulsund, om dispensasjon og tillatelse til oppføring av en flytebrygge på eiendommen 168/3 i Indre Fosen kommune. Det ble søkt om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen, jf. pbl. § 1-8. Flytebryggen skulle være 13x2 meter. Dispensasjonssøknaden var begrunnet i at det var regulert nye hyttetomter på eiendommen og at disse var lagt ut for salg med rett til båtplass.

Søknaden ble sendt på høring til berørte sektormyndigheter. Fylkesmannen og Sør-Trøndelag fylkeskommune uttalte seg ved brev av 26. september 2017.

Fylkesmannen viste til at tiltaket var tenkt plassert i en del av strandsonen som allerede var privatisert, og med forbehold om at eksisterende bygningsmasse var lovlig oppført hadde ikke Fylkesmannen merknader til tiltaket. Sør-Trøndelag fylkeskommune frarådet det omsøkte tiltaket. Dette på bakgrunn av at det allerede var utlagt en flytebrygge med 10 båtplasser fra eiendommen, og et ønske om at

Postadresse:
Postboks 2600
7734 Steinkjer
fmlpost@fylkesmannen.no

Besøksadresse:
Steinkjer: Strandveien 38
Trondheim: Prinsensgt 1
www.fylkesmannen.no/trondelag

Telefon:
74 16 80 00
Org.nr.:
974 764 350

Saksbehandler:
Hege Aas
Telefon:
74 16 80 23

kommunen stilte krav til at flytebrygger skulle dekke behovet for flere enn én i et område. I tillegg påpekte fylkeskommunen faren for presedens.

Kommunen behandlet søknaden den 16. november 2017 og det ble fattet vedtak om avslag. Avslaget ble begrunnet i at det var regulert inn områder for småbåthavn i nærheten av hvor flytebryggen var omsøkt plassert, og at en innvilget dispensasjon ville skape fare for presedens.

Vedtaket ble påklaget av tiltakshaver ved brev datert 9. desember 2017. Tiltakshaver stilte spørsmålstegn ved om tiltaket i det hele tatt var søknadspliktig, og viste for øvrig til at fordelene med en dispensasjon uansett måtte anses større enn ulempene.

Klagen ble behandlet av kommunen den 20. mars 2018 og den ble ikke tatt til følge.

Saken ble den 20. mars 2018 oversendt Fylkesmannen for endelig klagebehandling.

Fylkesmannen bemerker

Fylkesmannens myndighet som klageinstans fremgår av forvaltningsloven § 34. Etter bestemmelsens andre ledd kan vi prøve alle sider av saken, herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Med dette menes at vi kan prøve om vedtaket er innholdsmessig lovlig, om det er truffet av rette myndighet, og om det er blitt til på lovlig måte. I tillegg kan Fylkesmannen prøve førsteinstansens skjønnsutøvelse, om vedtaket bygger på riktig faktum og om det kommer i strid med ulovfestede regler for saksbehandlingen. I dette ligger prøving av om vedtaket innebærer såkalt myndighetsmisbruk, det vil si om vedtaket er motivert ut fra utenforliggende eller usaklige hensyn, om avgjørelsen bærer preg av vilkårlighet eller om den innebærer usaklig forskjellsbehandling.

Den ovennevnte bestemmelsen, jf. § 34 andre ledd siste pkt., fastsetter samtidig at statlig organ som er klageinstans for kommunale vedtak, skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn.

Vilkår for klage

Det er på det rene at kommunens vedtak av 16. november 2017 er et «*enkeltvedtak*» og at klager er «*part (...) i saken*», jf. forvaltningsloven § 28. Fylkesmannen legger for øvrig til grunn at klagen er fremsatt rettidig innen klagefristen, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd.

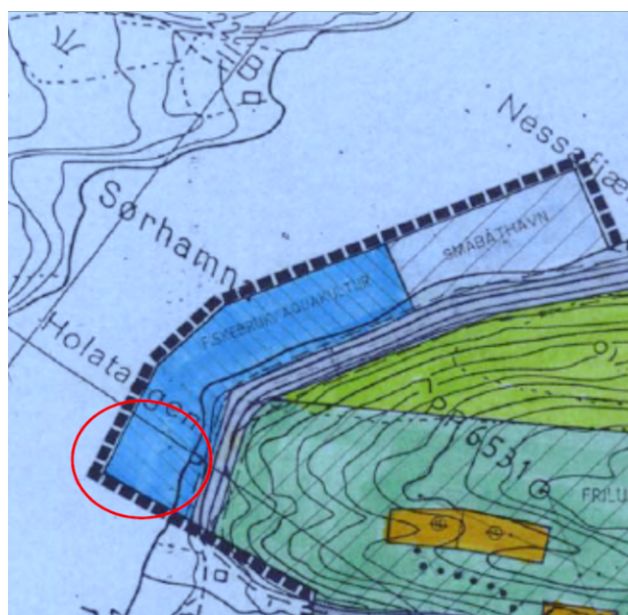
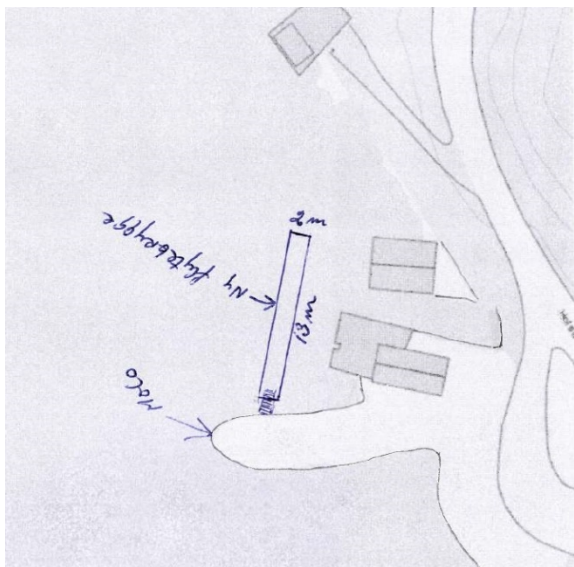
Vilkårene for å behandle klagen er dermed oppfylt, jf. forvaltningsloven § 34 første ledd.

Planstatus

I kommuneplanens arealdel for Rissa 2010-2021, vedtatt 23. september 2010, er det i bestemmelse fastsatt at «*I områder med gjeldende reguleringsplaner er arealdelen i*

kommuneplanen ikke rettslig bindende (...)». Fylkesmannen legger dermed til grunn at gjeldende plan i dette tilfellet er reguleringsplan for *Holadalen hyttefelt*, vedtatt 24. september 1997. Det omsøkte området er i reguleringsplanen avsatt til formålet *fiskebruk/akvakultur*.

Etter pbl. § 12-4 er denne planen bindende for framtidig arealbruk. Av bestemmelsens andre ledd fremgår videre at «*Tiltak (...) må ikke være i strid med planens arealformål og bestemmelser*».



Spørsmålet i det følgende blir om den omsøkte flytebryggen er «*i strid med*» planens arealformål og bestemmelser.

Angående formålet fiskebruk/akvakultur er fastsatt i bestemmelsene til reguleringsplanen punkt 6.1.1 at «*I område regulert til Fiskebruk/Akvakultur kan oppføres kaianlegg med tilhørende bygninger tilknyttet fiskeridriften. Området kan også nyttes til oppføring av anlegg for akvakultur med utlegg av mærdar (...)».*

Fylkesmannen forstår bestemmelsen som at området er tiltenkt bruk i forbindelse med næringsvirksomhet. I dette tilfellet fremstår det som klart for oss at den omsøkte flytebryggen ikke skulle etableres som ledd i næringsvirksomhet. Vi er følgelig av den oppfatning at flytebryggen er «*i strid med*» planens arealformål og bestemmelser. Tillatelse til tiltaket er følgelig betinget av at det med hjemmel i pbl. § 19-2 gis dispensasjon fra reguleringsplanen.

For øvrig er det klart at det omsøkte tiltaket ligger innenfor 100-metersbeltet langs sjøen for den delen som er festet i land. Oppføring av flytebryggen er i utgangspunktet således også betinget av dispensasjon fra det generelle bygge- og deleforbudet i strandsonen, jf. pbl. § 1-8 andre ledd.

Dispensasjon

Plan- og bygningsloven § 19-2 første ledd gir kommunen hjemmel til å dispensere fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av plan- og bygningsloven. Det følger av bestemmelsens andre ledd at dispensasjon ikke kan gis *«dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt»*. I tillegg må *«fordelene ved en dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering»*.

Vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd er kumulative, hvilket innebærer at kommunen kun har rettslig adgang til å gi dispensasjon dersom begge vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Vurderingen av om lovens vilkår er oppfylt eller ikke, er ifølge bestemmelsens forarbeider et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. I den enkelte dispensasjonssak må det foretas en konkret og reell vurdering av de faktiske forhold i saken, sammenholdt med lovens vilkår for å gi dispensasjon.

I forarbeidene til pbl. § 19-2, jf. Ot.prp.nr.32 (2007-2008) pkt. 6.19, er det fremhevet at planer som oftest er blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess, og at de er vedtatt av kommunens øverste organ. På bakgrunn av det skal det ikke være en kulant sak å fravike gjeldende plan.

Ordlyden i bestemmelsen fastsetter at kommunen først må avklare hvilke hensyn som ligger bak den eller de bestemmelsene det søkes om dispensasjon fra. Når dette er avklart, må kommunen vurdere om disse hensynene blir *«vesentlig tilsidesatt»* dersom det gis dispensasjon. Av bestemmelsens forarbeider fremgår at det ikke vil være adgang til å gi dispensasjon dersom hensynene bak bestemmelsen det søkes dispensasjon fra, fortsatt gjør seg gjeldende med styrke. Dersom hensyn bak bestemmelsen ikke blir *«vesentlig tilsidesatt»* blir neste spørsmål om fordelene ved en dispensasjon er *«klart større»* enn ulempene etter en samlet vurdering.

Dispensasjonsvurdering

I dette tilfellet er det klart at tillatelse til tiltaket er betinget av at det gis dispensasjon fra både arealformålet i reguleringsplanen, samt byggegrense mot sjø.

I det følgende vil Fylkesmannen først vurdere om vilkårene for dispensasjon er oppfylt hva gjelder arealformålet i reguleringsplanen. Første spørsmål blir dermed om hensyn bak fiskebruk/akvakultur-formålet i reguleringsplanen vil bli *«vesentlig tilsidesatt»* dersom det gis dispensasjon fra dette for oppføring av naust, jf. pbl. § 19-2 andre ledd.

Hensyn bak fiskebruk/akvakultur-formålet er å sikre områder som kan nyttes til slik næring.

En flytebrygge etablert for privat bruk vil naturlig nok bruke av arealet som er tiltenkt et annet formål. Området tilgjengelig for formålet fiskebruk/akvakultur vil dermed reduseres. Dette trekker i retning av at hensyn bak formålet vil bli «*vesentlig tilsidesatt*». I forlengelsen av dette er det også et poeng at en dispensasjon kan medføre en viss presedensvirkning. En hyppig dispensasjonspraksis er ikke ønskelig, og vil undergrave kommuneplanene som styringsredskap.

I denne sammenheng er det også grunn til å påpeke at gjeldende reguleringsplan har et område avsatt til småbåthavn som ligger like ved der hvor den omsøkte flytebryggen er tenkt plassert. At planen har områder avsatt til småbåthavn tilsier at de ulike formåls plasseringene er gjennomtenkte, og at en ikke bør uthule de ulike områdene ved å innvilge dispensasjoner.

I tillegg er det klart at området hvor flytebryggen er omsøkt plassert er markert som et område med potensiell skredfare. Dette er klart et argument som taler mot at det gis dispensasjon i dette tilfellet.

Fylkeskommunen som sektormyndighet har avgitt en negativ høringsuttalelse i forbindelse med søknaden og frarådet at det ble gitt dispensasjon for den omsøkte flytebryggen. Dette på bakgrunn av at det allerede var utlagt en flytebrygge med 10 båtplasser fra eiendommen, og et ønske om at kommunen stilte krav til at flytebrygger skulle dekke behovet for flere enn én i et område. I tillegg ble faren for presedens påpekt. Det fremgår av pbl. § 19-2 fjerde ledd at det ikke bør gis dispensasjon fra planer når en direkte berørt statlig eller regional myndighet har uttalt seg negativt til dispensasjonssøknaden. Den nevnte bestemmelsen er ikke en selvstendig avslagshjemmel, men er et betydelig moment i vurderingen av om det bør gis dispensasjon.

Etter dette er Fylkesmannen av den oppfatning at hensynene bak formålet fiskebruk/akvakultur i reguleringsplanen blir «*vesentlig tilsidesatt*» dersom dispensasjon for oppføring av flytebrygge gis i denne saken. Følgelig er det første vilkåret for dispensasjon i pbl. § 19-2 ikke oppfylt. Ettersom begge vilkårene i pbl. § 19-2 andre ledd må være oppfylt for at dispensasjon skal kunne gis, finner Fylkesmannen ikke grunn til å drøfte eventuelle fordeler og ulemper ved en dispensasjon. Vilårene for dispensasjon vil uansett ikke være oppfylt.

Fylkesmannen finner for øvrig heller ikke grunn til å vurdere om vilårene for dispensasjon er oppfylt hva gjelder byggegrensen mot sjø, da tillatelse til tiltaket er betinget av at det gis dispensasjon fra begge forholdene som strider mot planen.

På bakgrunn av det ovennevnte og med hjemmel i forvaltningsloven § 34 fatter Fylkesmannen følgende

vedtak:

Indre Fosens kommune vedtak av 16. november 2017, stadfestes.

Klagen har ikke ført fram.

Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages videre i forvaltningen, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen

Ingrid Gjeltén (e.f.)
Seniorrådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Hege Aas
rådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen underskrift

Kopi til:			
Hulsund Entreprenør AS	Holadalen 21	7114	RÅKVÅG
Willy Malvin Hulsund	Holadalen 40	7114	RÅKVÅG