

sivilarkitekt nils-jacob lugg as

byggesak - plan - prosjektutvikling

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
postmottak@kmd.dep.no

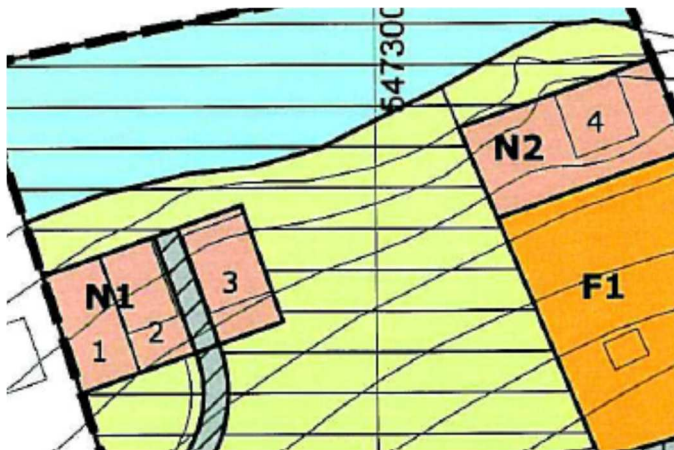
Tønsberg, den 09.04.20

BARØYHAUGAN 22 I ÅFJORD – BEGJÆRING OM OMGJØRING AV FYLKES-
MANNEN I TRØNDELAG SITT VEDTAK 09.08.19 PGA. UGYLDIGHET –
FORVALTNINGSLOVEN § 35

Vi representerer tiltakshaver Sidsel Svenning i denne sak.

Bakgrunn

Denne omgjøringsbegjæring gjelder byggesak for endret planløsning for naust nr. 2 i
Reguleringsplan for Barøyhaugen hyttefelt, område N1 vedtatt av Åfjord kommunestyre
05.09.07. Utsnitt av gjeldende plankart (Vedlegg 1) og bestemmelser (Vedlegg 2) vises her:

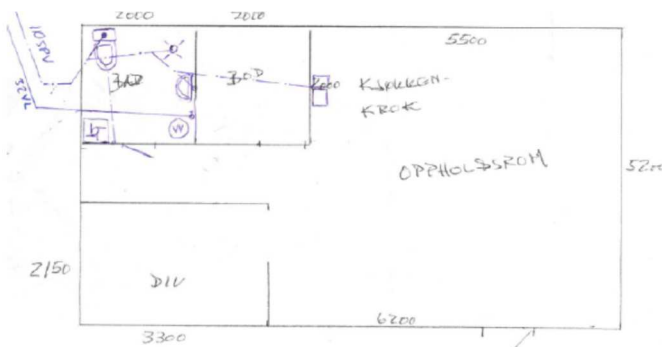


Gjeldende reguleringsplan – utsnitt plankart og bestemmelser

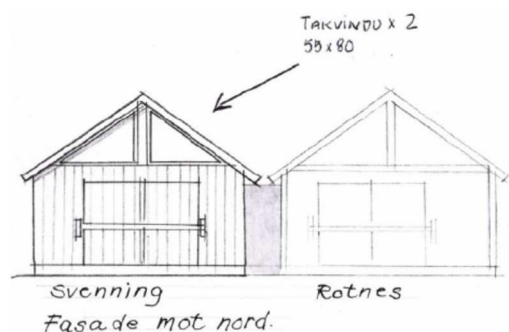
Reguleringsbestemmelsene § 2.2:

Innenfor område N1 tillates det oppført inntil tre naust. På nausttomter merket 1 og 2 tillates oppført naust med innredning for administrasjon for hytteutleie, sanitæranlegg, samt fellesfunksjoner for hyttetomtene F3-F10. Innenfor område N2 tillates det oppført ett naust (eksisterende bebyggelse).

Svenning søkte 25.01.18 om endret planløsning for sitt naust, og Åfjord kommune godkjente søknaden 28.11.18 (Vedlegg 3), med unntak av kjøkkenkrok:



Ny planløsning godkjent av kommunen 28.11.18 (med unntak av kjøkkenkrok)



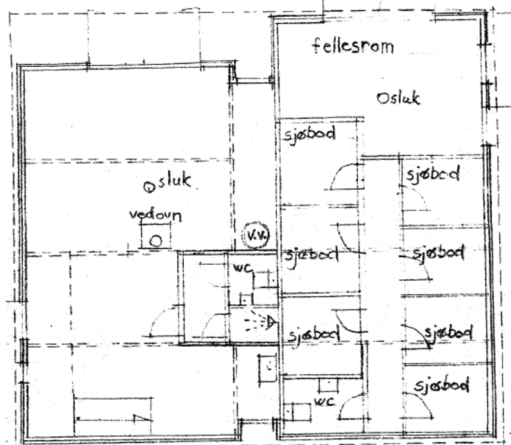
Vedtaket lyder:

Plan- og byggesaksavdelingen gir i henhold til Plan- og bygningslovens (Pbl) § 20-1 byggetillatelse for våtrom og innredning i naust på gnr. 66, bnr. 83 med unntak av kjøkkenkrok.

Kjøkken er beregnet for bygg eller rom for varig opphold, og er derfor uforenlig med innredning i naust.

Det gis også utslippstillatelse i henhold til Forurensningsforskriftens kap. 12. Det forutsettes at kloakkledningen tilkoples det godkjente felles avløpsanlegget for barøyhaugen.

Planløsning for naust 1 og 2 ble opprinnelig godkjent 08.01.09 og gitt ferdigattest 17.06.13:



Planløsning for naust 1 og 2 godkjent 08.01.09. Svennings del til høyre.

Kommunen anførte den gang følgende grunnlag for godkjenningen:

Naust oppføres som 2 sammenbygde bygninger. Den ene bygningen er oppdelt med flere bodplasser samt et fellesrom i ene enden. Den andre er ikke inndelt, men det er avsatt et rom for WC og dusj. Det tenkes således innlagt vann i naustet med utslipp til samme avløpsanlegg. Det er også omsøkt installering av vedovn med stålpipes i den ene. I utgangspunktet er bygningsmyndighetene skeptisk til at det legges inn vann og monteres ildsted i naust. Utførelsen med pipe kan gi noe feil signaler til omgivelsene da naust kan oppfattes som fritidsbolig. Tiltaket vurderes likevel å være hjemlet i reguleringsbestemmelsene for hyttefeltet, der det tillates oppført naust med innredning for administrasjon for hytteutleie, sanitæranlegg samt fellesfunksjoner. Tiltaket kan dermed godkjennes, dog litt under tvil med hensyn til pipe/ildsted.

For fullstendighetens skyld bør nevnes at eier av naust 1 fikk godkjent en midlertidig dispensasjon fra reguleringsplanen den 14.04.16 for sitt naust med slikt vedtak:

Det faste planutvalget gir i henhold til Plan- og bygningslovens § 19-3 midlertidig dispensasjon fra Reguleringsplan for Barøyhaugen hyttefelt for bruksendring av sørvis-/administrasjonsbygg til boligformål for de to søkerne i inntil 5 år, eller til at bygningen selges eller til at behovet for bolig på stedet opphører.

Planutvalget presiserer at den midlertidige dispensasjonen begrunnes i at eiendommen ønskes benyttet til boligformål.

Dette innebærer at det heller ikke vil være anledning til å gjøre tiltak på eiendommen i denne perioden som kommer i konflikt med opprinnelig formål som servicebygg.

Ordinære kommunale avgifter blir fastsatt som for bolig.

Dispensasjonen begrunnes med at tillatelsen er midlertidig, og at bygget er tilnærmet oppført i boligstandard ved sin opprinnelige utførelse som sørvis-/administrasjonsbygg.

Den midlertidige dispensasjonen har senere blitt trukket tilbake av kommunen.

Vedtakene ovenfor viser at både reguleringsbestemmelsene for naustene 1 og 2, og kommunens konkrete forvaltning av dem, innebærer at bruken av disse to naustene, hverken formelt eller reelt, er begrenset til tradisjonelt naustformål.

Svenning påklaget (Vedlegg 4) den delen av kommunens vedtak som unntok kjøkkenkroken, men fikk ikke medhold i kommunens klagebehandling 06.02.19 (Vedlegg 5), som ble oversendt fylkesmannen i Trøndelag.

Fylkesmannen valgte imidlertid i sin klageavgjørelse 09.08.19 (Vedlegg 6) å ikke bare behandle klagen, men å oppheve kommunens vedtak i sin helhet.

Vi mener fylkesmannens klageavgjørelse er ugyldig og må omgjøres i medhold av forvaltningsloven § 35, 1. ledd, bokstav c, i det den etter vår mening bygger på feil faktagrunnlag og mangelfull skjønnsutøvelse. Prinsipielt ber vi om at fylkesmannens vedtak omgjøres slik at Svenning gis medhold i sin klage, sekundært slik at fylkesmannens vedtak oppheves og kommunens vedtak blir stående.

Det er to forhold ved fylkesmannens klageavgjørelse som vi mener tilsier ugyldighet:

- 1) Fylkesmannen har ikke lagt korrekt planbestemmelse til grunn, og uansett heller ikke alminnelig akseptert bruk av bygningstypen «naust» iht. bygningsmyndighetenes praksis i dag.
- 2) Fylkesmannen har overskredet sin kompetanse ved at klageavgjørelsen representerer en endring av det påklagede vedtak til skade for klager.

Vi vil i det nedenstående redegjøre nærmere for våre anførsler.

Forholdet til plangrunnlaget

Feilaktig vurdering av plangrunnlaget utgjør vår hovedbegrunnelse for denne omgjøringsbegjæring.

Om plangrunnlaget skriver fylkesmannen i klageavgjørelsen 09.08.19:

Slik Fylkesmannen ser det, blir den grunnleggende problemstillingen i saken om de omsøkte byggetiltakene kan utføres uten at det gjør bygningen til noe annet enn et naust, sett hen til hvordan reguleringsformålet «naust» skal forstås.

Av grunner som er vanskelig å forstå ser fylkesmannen her bort fra at den aktuelle bygning ikke er regulert til formålet «naust», men, som det fremgår klart av bestemmelsene, til «naust med innredning for administrasjon for hytteutleie, sanitæranlegg, samt fellesfunksjoner for hyttetomtene F3-F10».

I sin klagebehandling 06.02.19 redegjorde kommunen nærmere for bygningens historikk:

Som det går fram av de opprinnelig godkjente byggeplaner fra januar 2009, (vedlegg 4) har naustet til Sidsel Svenning aldri vært tenkt til båtlager. Det var planen til tidligere eier at dette skulle inneholde boder som hyttefolket kunne oppbevare sjøutstyr i.

Hovedsakelig av den grunn godkjente kommunen også en fasadeendring av veggen på hennes naust ned mot sjøen. (D.sak 230/17).

Det går også fram av den opprinnelige plantegningen at det var ment å bruke vann i fellesrommet, da det er vist sluk i golvet der. Det er ikke vist noen fast innredning der. Derfor ble det heller ikke godkjent kjøkkenkrok som omsøkt i henhold til skisse datert 31.10.18. Men på grunn av historikken har man valgt å godkjenne tiltaket med unntak av kjøkkenkrok. Det må også her bemerkes at forutsetningene for dette bygget som var tenkt som felles naust, ble vesentlig endret etter stormen i 2011.

Det fremgår av veiledningen til saksbehandlingsforskriften § 2-1 «Varig og tidsbestemt bruksendring» at:

... det er bruksendring når byggverk eller del av det tas i bruk til eller blir tilrettelagt for en annen bruk enn det formålet som tidligere er godkjent eller ellers er lovlig etablert. Hva som er lovlig bruk før endring skjer vurderes ut fra de bestemmelser og de forutsetninger som gjaldt den gang nåværende bruk ble lovlig etablert, herunder eventuelle vilkår i tillatelsen som ble gitt.

Fylkesmannen har altså i sin klagebehandling ikke tatt innover seg at Svennings naust er regulert til «naust med innredning for administrasjon mv.», og at det aldri har vært godkjent som, brukt som, eller egnet som tradisjonelt naust med innendørs båtopplag. Pga. gjeldende planstatus, samt godkjent og reell bruk av naustet hittil, mener vi at formell bruksendring i strid med reguleringsplanen ikke har funnet sted hverken ved Svennings omsøkte planløsning, eller kommunens godkjenningsvedtak.

Fylkesmannen utdypet sin vurdering av forholdet til plangrunnlaget i sitt brev 11.11.19 (Vedlegg 7) til Svenning med slik konklusjon:

Vedtaket er basert på forutsetning av at naustet ble lovlig fradelte i 2010, for å brukes som vanlig naust tilhørende hytten på gnr/bnr 66/83. Dette er også lagt til grunn av kommunen. Med dette er forutsetningene om bruken i planen fraveket. Vi kan ikke se at opplysningene som nå er fremført, tilsier en annen vurdering.

Den fradelingen som ble foretatt i 2010, og som fylkesmannen viser til, ble gjennomført på grunnlag av reguleringsplanen med bestemmelser. Dette dokumenteres ved at det i protokollen fra kartforretningen 12.02.10 (Vedlegg 8) er henvist til tillatelse gitt på delegasjon iht. sak 49/07, som var saksnummeret for kommunestyrets godkjenning av reguleringsplanen for Barøyhaugen den 05.09.07 (Vedlegg 9).

Det fins ingen holdepunkter for fylkesmannens påstand om at planforutsetningene er endret. Påstanden er uten rot i virkeligheten og uten enhver rettsvirkning. Gjeldende plan har fortsatt den samme bindende virkning for ethvert tiltak som den hadde ved kommunestyrets vedtakelse 05.09.07.

Vi slår fast at både naust nr. 1 og 2 er regulert til «*naust med innredning for administrasjon for hytteutleie, sanitæranlegg, samt fellesfunksjoner for hyttetomtene F3-F10*». Hverken naust 1 eller 2 har noensinne fysisk kunnet fungere som tradisjonelle naust med innendørs båtopplag. Hvordan disse to naustene internt og seg imellom innretter sine planløsninger kan ikke ha betydning så lenge de ikke krenker reguleringsformålet «administrasjon, sanitæranlegg mv.». Det har aldri vært reguleringsplanens intensjon at disse to naustene skal fungere som båtopplag, kun at de skal utformes som naust og gli naturlig inn i naustrekken. Det er først ved en evt. senere ombygging og bruksendring til tradisjonelle naust for båtopplag, at det er påkrevet med reguleringsendring eller dispensasjon.

Alminnelig akseptert bruk av bygningstypen «naust»

Som det fremgår ovenfor mener vi at Svennings omsøkte planløsning, og i hvert fall planløsningen slik den ble godkjent av kommunen 28.11.18 uten kjøkkenkrok, ikke krenker reguleringsbestemmelsene. Men i fall Kommunal- og moderniseringsdepartementet ikke kan slutte seg til dette, er det av interesse å vurdere om naustet, med unntak av kjøkkenkroken, likevel bør kunne godkjennes som tradisjonelt «naust», i det begrepet «naust» i dag er gitt en noe utvidet definisjon i forhold til rent oppbevaringsformål.

Dette erkjenner faktisk også fylkesmannen i Trøndelag selv, i det han 07.08.19 (*Vedlegg 10*), i en tilsvarende søknad om nybygg/ending av naust på naboeiendommen gbnr. 66/8, skriver:

Det er åpnet for at naust kan ha innlagt vann og enkel kjøkkeninnredning, men sauna, bad og hems er fasiliteter som sier at dette dreier seg om en fritidsbolig

Fylkesmannen praktiserer her forskjellsbehandling i forhold til Svennings sak.

Kommunal- og moderniseringsdepartementets veiledning 07.11.19 om dette tema gir også holdepunkter for en utvidet definisjon av begrepet naust som samsvarer med kommunens vurdering:

Naust er først og fremst et bygg som skal benyttes til lagring, men det kan også brukes til bading, grilling, soling og sosiale aktiviteter i strandsonen. Enkeltvis og sporadiske overnattinger er neppe ulovlig. Det vil imidlertid ikke være lovlig bruk hvis naustet blir benyttet til permanent overnatting nærmest på lik linje med fritidsbolig. Utgangspunktet er følgelig at naust ikke skal være innredet med sikte på overnatting og opphold, dvs. at naust ikke kan være innredet for varig beboelse. Etablering av kjøkken og overnattingsfunksjoner (soverom), er derfor ulovlig i et naust og krever søknad om bruksendring.

Også andre kommuner bruker en definisjon som er samsvarende med kommunens vurdering i denne sak, f.eks. kan vi her vise til Bømlo kommunes definisjon, som vår tiltakshaver har forholdt seg til:

Bømlo kommune har definert naust som eit bygg for lagring/oppbevaring av båtar og ulike fiskerireiskap, samt eit bygg for maritim rekreasjon. Det kan etter søknad godkjennast toalett og dusj i naustet, der maksimal størrelse på våtrommet er på 4 m². Det er i tillegg lov å isolere naustet og det er lov til å ha sløyebenk og vask. Naust skal likevel vera eit lagerbygg og ikkje nyttast som fritidsbustad eller til å bu/overnatta i.

Alt i alt har Svenning i sin søknad forholdt seg til dagens alminnelige, og noe utvidete, definisjon av denne bygningstypen slik fylkesmannen har referert henne i sin klageavgjørelse 09.08.19:

Fra søker anføres at det ikke er snakk om et kjøkken, men et grovkjøkken slik at fisk kan renses og krabbe kokes. Ifølge klager er det avgjørende for at bygget skal ha funksjon for sjø-fritidsaktiviteter for familien. Bygningen er ikke egnet som naust, hevdes det. Ominnredningen vil ikke gjøre bygget egnet til overnatting, men kan sammenlignes med fiskemottak for havfisketurister, anføres det.

Endring til skade for klager

Fylkesmannens oppheving av kommunens vedtak er en endring til skade for klager.

Fra Fylkesmannen i Møre og Romsdal sin veiledning «Regler ved klagebehandling etter plan- og bygningsloven» hitsettes:

Dersom vilkårene for å behandle klagen er oppfylt kan kommunen oppheve eller endre eget vedtak, hvis klagen gir grunnlag for det. Et vedtak kan bare endres i favør av klageren. Man skal i utgangspunktet ikke måtte ta noe risiko ved å klage på et vedtak. Ved åpenbare feil bør kommunen omgjøre sitt eget vedtak.

Også Husbanken har 29.09.16 utgitt en veiledning til forvaltningsloven hvorfra hitsettes:

Klagen skal bli fremsatt for det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket (førsteinstansen). Klageren må i klagen nevne det vedtaket han klager på og hvilken endring han ønsker, se § 32. Førsteinstansen har bare kompetanse til å endre sitt vedtak i klagerens favør i en klagesak, se § 33. Klageinstansen har en viss adgang til å treffe vedtak i klagerens disfavør, se § 34. Hovedregelen for klageinstansen er at den kan endre førsteinstansens vedtak i klagerens disfavør hvis klageinstansen finner at klagerens interesser må vike for hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser.

Vi mener etter dette at fylkesmannen her har overskredet sin generelle kompetanse når han har opphevet kommunens vedtak til skade for Svenning.

Nå er det slik at kommunens vedtak også er påklaget av en annen part, nemlig eier av naust nr. 1. Det må dermed vurderes hvorvidt fylkesmannens klageavgjørelse tilgodeser ham direkte, og om en omgjøring av klageavgjørelsen vil kunne være til skade for ham og dermed forhindres av forvaltningsloven § 35, 1. ledd, bokstav a.

Faktum er imidlertid at begge naustene omfattes av den samme reguleringsbestemmelsen, og at fylkesmannens begrensende klageavgjørelse er til skade for begge, hvilket igjen betyr at en omgjøring som begjært i dette brev ikke vil være til skade for noen av nausteierne.

Oppsummering og konklusjon

Alle tiltakshavere har et rettskrav på å få søknaden innvilget dersom den ikke krenker de materielle reglene i plan- og bygningsloven eller bestemmelser vedtatt i medhold av loven - jf. lovens § 21-4, 1. ledd. Dette omtales gjerne som grunneierens byggerett, og er et utslag av legalitetsprinsippet. For å gjøre inngrep i denne retten må det foreligge en konkret og klar avslagshjemmel.

Hovedspørsmålet i denne sak er hvorvidt endringen av planløsningen fra gjeldende planløsning godkjent 08.01.09 til planløsning omsøkt 25.01.18 krenker noen materiell regel i plan- og bygningsloven eller bestemmelser vedtatt i medhold av loven.

Underhenvisning til våre ovenstående anførsler mener vi at en slik klar hjemmel mangler i dette tilfelle, primært fordi fylkesmannen har lagt feil planbestemmelse til grunn, og sekundært fordi den omsøkte planløsning, evt. med unntak av kjøkkenkroken, ikke krenker bygningsmyndighetenes godkjenningsspraksis for naust i dag. Hertil kommer at fylkesmannen har overskredet sin kompetanse ved å avgjøre klagen til skade for klageren.

Videre mener vi at Svennings søknad om endret planløsning egentlig neppe utgjør et søknadspliktig tiltak i det hele tatt. Badet er med stor nøyaktighet plassert og utformet tilsvarende den gjeldende og tidligere godkjente planløsning, eneste forskjell er at det er innpasset en dusj i badet på den «nye» planløsningen, en endring som ikke er søknadspliktig. Den andre endringen er at det såkalte «fellesrommet», som er hoveddel i den originale, godkjente planløsningen har blitt noe større og blitt betegnet som «oppholdsrom». En streng tolkning av saksbehandlingsforskriften kan, under tvil, gjøre denne endringen søknadspliktig i og med at del av gulvarealet endres fra tilleggsdel til hoveddel, jf. SAK § 2-1, bokstav c: «*Varig og tidsbestemt bruksendring er søknadspliktig dersom tilleggsdel tas i bruk til hoveddel eller omvendt*». Men endringen krenker ikke noen materiell bestemmelse, og behøver således uansett ikke noen dispensasjon. Departementet bes vurdere hvorvidt søknadsplikt foreligger.

Vi har som utgangspunkt at Kommunal- og moderniseringsdepartementet prøver alle sider ved saken, både kommunens avslag på etablering av «kjøkkenkrok» og fylkesmannens oppheving av kommunens vedtak. Primært anmoder vi om at departementet omgjør fylkesmannens vedtak dithen at Svenning gis medhold i sin klage. Sekundært anmoder vi om at fylkesmannens vedtak oppheves slik at kommunens vedtak blir stående.

Med vennlig hilsen
for Sidsel Svenning:
Nils-Jacob Lugg
(sign.)

Vedlegg:

- 01) Reguleringsplan plankart
- 02) Reguleringsplan bestemmelser
- 03) 2018_11_28 Tillatelse ombygging unntatt kjøkkenkrok
- 04) 2019_01_18 Svennings utfyllende klage
- 05) 2019_02_06 Kommunens klagebehandling
- 06) 2019_08_09 Klageavgjørelse - fylkesmannen opphever kommunens vedtak
- 07) 2019_11_11 Svar fra fylkesmannen på anmodning om omgjøring
- 08) 2010_02_12 Protokoll kartforretning
- 09) 2007_09_05 Kommunestyret vedtar reguleringsplan for Barøyhaugen hyttefelt
- 10) 2019_08_07 Uttalelse fra fylkesmannen

Kopi:

- Sidsel Svenning sidsel.svennin@gmail.com
- Åfjord kommune postmottak@afjord.kommune.no
- Fylkesmannen i Trøndelag fmtlpost@fylkesmannen.no