



Ørland kommune
Postboks 401
7129 BREKSTAD

Vår dato: 16.03.2018
Vår ref.: 2018/3875

Deres dato: 18.01.2018
Deres ref.: 992/2018

Behandling av klage over Ørland kommunes avslag på dispensasjon for oppføring av naust i Sjøgata 7 på eiendommen 74/234 - kommunens vedtak stadfestes

Saken gjelder klage over avslag på dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 1-8 for oppføring av naust på eiendommen 74/234 i Ørland kommune. Kommunen fant at vilkårene for dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 19-2 ikke var oppfylt. Fylkesmannen er etter en gjennomgang av saken enig med kommunen i at vilkårene for dispensasjon ikke er oppfylt. Kommunens vedtak blir etter dette å stadfeste.

Fylkesmannen viser til Ørland kommunes oversendelse hit av 18. januar 2018 hvor den ovennevnte klagesaken ble oversendt for endelig klagebehandling. Fylkesmannens myndighet som klageinstans følger av plan- og bygningsloven § 1-9 femte ledd og delegering fra overordnet departement.

Sakens bakgrunn

Odd Thommesen søkte den 12. september 2017 om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen, jf. plan- og bygningsloven (pbl.) § 1-8, for å kunne bygge et naust på eiendommen 74/234 i Ørland kommune. Det ble anført at tiltaket ellers tilfredsstilte kravene for å være unntatt søknadsplikt, jf. pbl. § 20-5 og byggesaksforskriften § 4-1 bokstav a. Dispensasjonssøknaden var blant annet begrunnet i at tiltaket ikke ville gå ut over allmenne interesser, at et naust var stedstypisk som bygningstype og at det fantes andre naust i samme område. Vedlagt søknaden var gjenpart av nabovarsel, kvittering for nabovarsel, nabomerknad fra eier av naboeiendommen samt tilsvaret til denne merknaden fra tiltakshaver. I tillegg var situasjonskart og skisser av naustet vedlagt.

Saken ble sendt på høring til Sør- Trøndelag fylkeskommune, som uttalte seg ved epost av 24. oktober 2017. Fylkeskommunen viste blant annet til at det omsøkte naustet ville være i strid med verneformålet, og at bygget ikke ville kunne fremme kulturmiljøets formidlingsverdi på eiendommen. På bakgrunn av dette ble kommunen rådet til å gi avslag på dispensasjonssøknaden.

Kommunen behandlet søknaden den 21. november 2017, jf. sak 2017/1644, og det ble fattet vedtak om avslag på dispensasjonssøknaden. Kommunen viste i sin behandling til at området i reguleringsplan for Uthaug sentrum var regulert til spesialområde antikvarisk, samt at området ble omfattet av hensynssone bevaring kulturmiljø i Kommuneplanens arealdel. Det ble følgelig bemerket at tiltakshavers påstand om at tiltaket ikke var søknadspliktig, sett bort i fra at det krevdes dispensasjon fra pbl. § 1-8, var uriktig all den tid dette kun gjaldt

dersom tiltaket var i tråd med plan og lov. Vilåårene for dispensasjon i pbl. § 19-2 andre ledd ble vurdert, men ikke funnet oppfylt.

Vedtaket ble påklaget av advokat Lars Erik Solli, på vegne av tiltakshaver, den 13. desember 2017. Det ble bedt om at kommunen foretok en omgjåring av vedtaket. Klager anførte i hovedsak to anførsler. Det ene var en anførsel om at det forelå usaklig forskjellsbehandling mellom det omsåkte naustet og andre naust som var blitt oppført i området. Den andre anførselen knyttet seg til hensynet til den alminnelige ferdsel, og det ble anført at det omsåkte naustet ikke ville påvirke den alminnelige ferdselen i fjåra på en negativ måte.

Klagen ble behandlet av Planutvalget i Årland kommune den 17. januar 2018. Innledningsvis ble det antydnet tvil om hvorvidt klagefristen var blitt oversittet med noen dager. Likevel fant kommunen at eventuell tvil måtte komme tiltakshaver til gode, og tok klagen opp til behandling. Anførselene i klagen ble vurdert, men kommunen fant ikke at klagen inneholdt nye opplysninger eller momenter som tilsa at vedtaket burde endres. Klagen ble dermed ikke tatt til følge.

Den 18. januar 2018 ble saken oversendt Fylkesmannen i Tråndelag for endelig avgjårelse.

Fylkesmannen mottok den 6. februar 2018 epost fra Årland kommune. Vedlagt var merknader til avslått klage fra tiltakshaver v/ advokat, samt kommunens tilsvar til dette. Merknadene knyttet seg til byggeforbudet fra 1985 som kommunen hadde vektlagt i sin behandling av saken. Det ble fra klagers side stilt spørsmålstegn ved om det forelå et gyldig vedtak om byggeforbud vest for den eksisterende naustrekken, da det ble anført at det ikke fantes hjemmel i plan- og bygningsloven for å nedlegge et permanent byggeforbud. Samtidig ble det anført at kulturmiljøet måtte henspille på dagens situasjon i Sjøgata, og at dagens situasjon var svært forskjellig fra det tidligere kulturhistoriske miljøet. I forlengelsen av dette ble det anført at kommunen, ved å nekte bygging i et område av Sjøgata og tillate bygging i et annet, foretok usaklig forskjellsbehandling.

I kommunens tilsvar til disse merknadene, ble det påpekt at kommunen var klar over at det ikke fantes hjemmel i gjeldende plan- og bygningslov for å nedlegge et permanent byggeforbud, og at eventuell hjemmel måtte søkes i dagjeldende lov. For øvrig påpekte kommunen at de hadde lagt vekt på byggeforbudet, men at det ikke hadde vært avgjårende for utfallet av saken. Grunnlaget for avslaget var at vilåårene for dispensasjon ikke var til stede. I tillegg ble nevnt at dispensasjon ville skape uånsket presedens med hensyn til kulturmiljøet. Ut over dette hadde ikke kommunen merknader, og etter deres skjånn hadde det ikke fremkommet nye momenter eller opplysninger som tilsa at saken ble behandlet på nytt.

Den 20. februar 2018 mottok Fylkesmannen på nytt epost fra Årland kommune. Vedlagt var merknader fra tiltakshaver v/ advokat knyttet til kommunens merknader oversendt ved epost av 6. februar 2018, samt kommunens tilsvar til disse merknadene. For øvrig var det vedlagt billedokumentasjon for området. Merknadene knyttet seg til kommunens vektlegging av byggeforbudet fra 1985, samt kommunens oppfatning av kulturmiljøet for området. Kommunen viste til at nevnte byggeforbudet var blitt oppfattet og praktisert som et byggeforbud siden det ble fattet i 1985. Videre opprettholdt kommunen sin oppfatning av at oppføring av et moderne naust på det omsåkte området av stranda, ville være svært uheldig for opplevelsen av Sjøgata. For øvrig hadde ikke kommunen flere kommentarer til klagers merknader.

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 selvstyre ved prøvingen av det frie skjønnet.

Vilkår for klage

Det er på det rene at kommunens vedtak av 21. november 2017 er å anse som et «enkeltvedtak» og at klagen er fremsatt av en «part (...) i saken», jf. forvaltningsloven § 28 første ledd. Videre vurderer Fylkesmannen, i likhet med kommunen, at tvil om eventuell fristoversittelse på et par dager, må komme klager til gode. Klagen vurderes dermed å være rettidig fremsatt etter forvaltningsloven § 29 første ledd.

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

Innledende bemerkning

Tiltakshaver har lagt til grunn at det omsøkte naustet kun krever dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 1-8, og at det ellers tilfredsstiller kravene i byggesaksforskriften § 4-1 for å være fritatt søknadsplikt.

Fylkesmannen gjør oppmerksom på at fritaket fra søknadsplikten kun gjelder dersom tiltaket «ikke er i strid med lovens bestemmelser med tilhørende forskrifter, kommuneplanens arealdel og reguleringsplan, tillatelser eller annet regelverk», jf. byggesaksforskriften § 4-1 første ledd. All den tid det kreves dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 1-8 er tiltaket ikke i tråd med loven og planen, og fritaket fra søknadsplikten kommer følgelig ikke til anvendelse.

Planstatus

For den omsøkte eiendommen gjelder både kommuneplanens arealdel 2014-2026 for Ørland kommune, vedtatt 13. november 2014, samt reguleringsplan for Uthaug sentrum vedtatt 6. februar 1992. Den omsøkte eiendommen er i kommuneplanens arealdel regulert til «framtidig sentrumsformål», samtidig som den omfattes av hensynssone «Kulturmiljø-Fiskevær Uthaug». I reguleringsplanen er eiendommen regulert til spesialområde antikvarisk.

Det følger av plan- og bygningsloven §§ 11-6 og 12-4 at både kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner «fastsetter framtidig arealbruk for området og er (...) bindende for nye tiltak». Og videre fremgår at tiltak ikke må være i strid med planens arealformål og bestemmelser.

Når det gjelder rettsvirkningen av de ovennevnte planene, herunder hvilken av de nevnte planene som styrer arealbruken på den omsøkte eiendommen, er det rettslige utgangspunktet fastslått i plan- og bygningsloven § 1-5 andre ledd. Av denne bestemmelsen følger at «Ny plan (...) går ved eventuell motstrid foran eldre plan eller planbestemmelse for samme areal med mindre annet er fastsatt i den nye planen (...)».

Utgangspunktet etter denne bestemmelsen er at den nyeste planen gjelder, i dette tilfellet kommuneplanens arealdel. Likevel gjelder unntak fra dette dersom «annet» er fastsatt i ny plan. Det fremgår i bestemmelsene til kommuneplanens arealdel punkt 0.1 at «Vedtatte reguleringsplaner (...) skal fortsatt gjelde og ved eventuell motstrid går de foran

kommuneplanens arealdel med mindre annet er fastsatt i de øvrige bestemmelser til kommuneplanens arealdel».

Etter denne bestemmelsen er utgangspunktet følgelig at reguleringsplanen er gjeldende. Likevel gjelder dette kun dersom ikke «*annet er fastsatt i de øvrige bestemmelser*» til kommuneplanens arealdel.

Det fremgår videre i bestemmelsene til kommuneplanens arealdel punkt 0.1 at «*Dersom det er motstrid mellom formål/ og eller bestemmelser i kommuneplanens arealdel og formål eller bestemmelser i følgende planer skal kommuneplanen gå foran*», hvorpå en liste over planer følger. I denne listen nevnes blant annet reguleringsplanen for Uthaug sentrum.

Med andre ord er det slik at den nevnte reguleringsplanen i utgangspunktet gjelder, med mindre det er motstrid mellom formål og bestemmelser i reguleringsplan og kommuneplanens arealdel. Ved motstrid skal kommuneplanens arealdel gå foran.

Spørsmålet blir derfor om det foreligger motstrid mellom formål og/eller bestemmelser i reguleringsplanen og kommuneplanens arealdel.

I kommuneplanens arealdel er det aktuelle området avsatt til «*framtidig sentrumsformål*». Dette er et underformål til arealkategorien «*bebyggelse og anlegg*», jf. pbl. § 11-7 nr.1, og er altså et formål som er ment for utbygging.

I reguleringsplanen er området regulert til spesialområder, med underformål «*antikvarisk område*». I veileder til gammel plan- og bygningslov, T- 1128, fremgår s. 53 at dette formålet brukes «*når det primære mål ikke er å bygge nytt, men å bevare bestående bygninger, bygningsmiljøer eller anlegg (...) Regulering til bevaring innebærer i utgangspunktet et rivingsforbud og er et alternativ til og et supplement til fredning etter kulturminneloven*». Videre fremgår det også at en slik regulering innebærer et «*nybyggingsforbud, dersom ikke annet er fastsatt*». I bestemmelsene til reguleringsplanen fremgår i § 12 at det åpnes for en viss utbygging av området i tråd med bevaringsformålet.

Selv om det åpnes for en viss utbygging i tråd med bevaringsformålet i reguleringsplanen, er det klart at arealformålet «*framtidig sentrumsformål*» i kommuneplanens arealdel vil åpne for utbygging i en langt større utstrekning som ikke vil harmonere med bevaringsformålet i reguleringsplanen. Følgelig foreligger det motstrid mellom formålene i reguleringsplanen og kommuneplanens arealdel.

Bestemmelsen i kommuneplanens arealdel punkt 0.1 medfører dermed at kommuneplanens arealdel går foran reguleringsplanen. Videre må det avklares hvilken byggegrense som da er gjeldende. I punkt 0.7 i bestemmelsene til kommuneplanens arealdel fremgår at det gjelder et generelt byggeforbud i 100metersbeltet. Samtidig fremgår det at «*for eksisterende, bebygde tomter utlagt til byggeformål, gjelder byggegrense 50 m*».

Den omsøkte eiendommen er eksisterende og bebygd og er som nevnt utlagt til framtidig sentrumsformål. Formålskategorien er underformål til arealkategorien «*bebyggelse og anlegg*», jf. pbl. § 11-7 nr.1 og anses dermed å være utlagt til byggeformål. Dermed blir det byggegrense på 50 m som er gjeldende i dette tilfellet.

I denne sammenheng kan det påpekes kommunens vektlegging av byggeforbudet fra 1985 ikke er relevant, all den tid det allerede foreligger et byggeforbud i 50-metersbeltet langs sjøen, jf. kommuneplanens arealdel.

Kommunen har i sin behandling av saken lagt til grunn at det er byggegrense på 100 m som er gjeldende. Dette er en rettsanvendelsesfeil. Forvaltningsloven § 41 bestemmer at dersom

regler om behandlingsmåten i loven eller forskrift ikke er overholdt, er et vedtak likevel gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Utgangspunktet er altså at et vedtak som lider av feil er gyldig, så lenge feilen ikke kan ha virket inn på vedtakets innhold. Selv om forvaltningsloven § 41 uttrykkelig gjelder saksbehandlingsfeil, er det slått fast i rettspraksis at bestemmelsen gir uttrykk for et alminnelig prinsipp om at også feil i lovtolkningen og kompetansegrunnlaget som kan ha virket inn på vedtaket, vil medføre ugyldighet.

I dette tilfellet viser målinger gjort i kart at naustet uansett var tenkt plassert nærmere sjøen enn 50 m. Fylkesmannen anser det som klart at selv om kommunen har lagt til grunn feil byggegrense mot sjø, så vil ikke feilen ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Kommunens vedtak er følgelig gyldig.

Hjemmel for byggegrense mot sjø må dermed finnes i kommuneplanens arealdel. Det er klart at naustet var tenkt plassert nærmere sjøen enn 50 m. Det kreves følgelig dispensasjon fra byggegrensen i kommuneplanens arealdel.

Mad bakgrunn i ovennevnte drøftelse vil Fylkesmannen anmode kommunen om å gå gjennom rettsvirkningsbestemmelsene som regulerer forholdet mellom planene, og se om de har fått en virkningen en hadde tenkte seg ved vedtakelsen.

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 plan- og bygningsloven § 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 plan- og bygningsloven § 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 folkevalgte 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 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 kommunen konkluderer med at hensyn bak bestemmelsen ikke blir «vesentlig tilsidesatt», må det avklares hvilke fordeler og ulemper en dispensasjon vil medføre i den konkrete saken. Når kommunen har identifisert de aktuelle fordelene og ulempene med en dispensasjon, må det foretas en interesseavveining hvor konklusjonen må være at fordelene er «klart større» enn ulempene.

I dette tilfellet må det vurderes dispensasjon fra byggeforbudet i 50metersbeltet i strandsonen, jf. kommuneplanens arealdel punkt 0.7. Siden kommuneplanens arealdel ikke sier noe annet, legges det til grunn at det er de samme hensyn som ligger bak plan- og bygningsloven § 1-8 som gjør seg gjeldende. Det følger av pbl. § 1-8 første ledd at i 100-metersbeltet langs sjøen skal det tas særlig hensyn til «*natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser*».

Spørsmålet i det følgende blir om de ovennevnte hensyn blir «*vesentlig tilsidesatt*» hvis det gis dispensasjon.

Det omsøkte naustet var tenkt oppført på en åpen sandstrand som var fri for bebyggelse. Kommunen har i sitt avslag lagt vekt på at området er ansett som en svært viktig del av kulturmiljøet i Sjøgata, og at oppføring av naust i dette området vil virke negativt på kulturmiljøet. Samtidig nevnes også at naustet ikke var planlagt oppført i en stil som harmonerte med øvrige naust lenger bort på området. Fylkesmannen er av den oppfatning at en oppføring av et naust som omsøkt klart kan fremstå som et fremmedelement på den åpne sandstranden, og følgelig tale for at hensynet til kulturmiljøet blir «*vesentlig tilsidesatt*» dersom det gis dispensasjon.

Naustet var videre tenkt oppført med en trapp på siden, og tiltakshaver har anført at fjæra er vanskelig tilgjengelig på grunn av en høydeforskjell, og at trappen ville bidra til å gjøre fjæra lettere tilgjengelig for allmennheten. I likhet med kommunen finner Fylkesmannen at en trapp tilhørende et privat naust mest sannsynlig ikke vil oppleves og brukes som åpen for allmennheten. Tvert imot er det klart at et privat naust på et område som ikke tidligere er bebygd, vil virke privatiserende og ferdselshindrende for allmennheten. Dette trekker i retning av at hensynet bak byggeforbudet i strandsonen vil bli vesentlig tilsidesatt hvis det gis dispensasjon.

Fylkeskommunens kulturminnemyndigheter har som sektormyndighet avgitt en negativ høringsuttalelse i forbindelse med søknaden og gitt faglig råd om at søknaden avslås. Som begrunnelse for den negative uttalelsen er blant annet at det omsøkte naustet vil være i strid med verneformålet, og at bygget ikke vil kunne fremme kulturmiljøets formidlingsverdi på eiendommen den er planlagt på. Det vises videre til at bygget vil kunne virke privatiserende mot den åpne strandsonen, og at sjøhus som bygningstype ikke har historisk forankring på denne delen av strandsonen. Det fremgår av plan- og bygningsloven § 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 Fylkesmannens vurdering blir hensynene byggeforbudet i 50metersbeltet i strandsonen «*vesentlig tilsidesatt*» dersom dispensasjon for oppføring av naust gis i denne saken. Følgelig er det første vilkåret for dispensasjon i plan- og bygningsloven § 19-2 andre ledd ikke oppfylt. Ettersom vilkårene i § 19-2 andre ledd er kumulative, noe som betyr at begge må være oppfylt, finner Fylkesmannen ikke grunn til å gå nærmere inn på en drøfting av eventuelle fordeler og ulemper ved en dispensasjon.

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

vedtak:

Ørland kommunes vedtak av 21. november 2017 om avslag på dispensasjon fra plan- og bygningsloven § 1-8 for oppføring av naust, stadfestes.

Klagen tas ikke til følge.

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

Med hilsen

Trond Flydal (e.f.)
Seksjonsleder juridisk
Kommunal- og justisavdelingen

Hege Aas
rådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen underskrift

Kopi til:
Odd Thommesen Kristiansfeld gt. 9 7016 TRONDHEIM