



Ørland kommune
postmottak@orland.kommune.no

**Klage
til
Fylkesmann i Trøndelag**

Klager: Staten v/Forsvarsdepartementet v/Forsvarsbygg
Postboks 405 Sentrum
0103 Oslo

Prosessfullmektig: Advokatene i Forsvarsbygg
v/Adv. Aniken Bugge
Aniken.bugge@forsvarsbygg.no
Postboks 405 Sentrum
0103 Oslo

Innklaget: Ørland kommune

Saken gjelder: Delegert sak 19/23 - Reguleringsplan for Ørland flystasjon –
Dispensasjonsvedtak med vilkår

1 Innledning

Staten v/Forsvarsdepartementet v/Forsvarsbygg søkte den 12.02.2019 om dispensasjon fra Fellesbestemmelser § 4.8. om støy i «Reguleringsplan for Ørland hovedflystasjon» av 13.11.2014 vedtatt av Kommunal- og moderniseringsdepartementet 10.08.2015, heretter benevnt Reguleringsplan.

Den 12.06.2019 fattet Ørland kommune vedtak i delegert sak 19/23, som lyder slik:

«Vedtak:

«I medhold til plan og bygningsloven §19-2 gis det følgende dispensasjon fra reguleringsplan §4.8 for Ørland flystasjon:

- Varig dispensasjon fra kravet til utendørs støynivå for videreføring av bebyggelse til huseiere som ønsker å bli boende i rød støysone*
- Midlertidig dispensasjon fra kravet til utendørs støynivå frem til 31.12.2021 for de deler av støyavbøtende tiltak som i henhold til søknad ikke lar seg gjennomføre innen fristen.*

Varig og midlertidig dispensasjon gis på følgende vilkår:

- *For å sikre helheten i reguleringsplanen og spesielt interesser rundt landbruksdrift og kulturlandskap ikke blir vesentlig tilsidesatt, skal det ved stedbundet næring gis tilbud om delt bofunksjon for de som ønsker å bli boende i våningshus på gårder i rød støysone i henhold til reguleringsbestemmelsene § 4.8.»*

Klageren har rettslig klageinteresse, jf. pbl § 1-9 og forvaltningslovens §§ 28 flg.

Det klages med dette på at varig og midlertidig dispensasjonen er gitt på det vilkår at «*det ved stedbundet næring [skal] gis tilbud om delt bofunksjon for de som ønsker å bli boende i våningshus på gårder i rød støysone i henhold til reguleringsbestemmelsene § 4.8.*»

Det klages over rettsanvendelsesfeil iht. ulovfestet rett.

Det er etter pbl. § 19-2 adgang til å sette vilkår for dispensasjon. Selv om loven gir hjemmel for å sette vilkår må vilkåret stå i saklig sammenheng med den tillatelsen som gis og ikke være uforholdsmessig. Vilåret om at «*det ved stedbundet næring [skal] gis tilbud om delt bofunksjon for de som ønsker å bli boende i våningshus på gårder i rød støysone*» oppfyller ikke hensynet bak reguleringsplanen samt kravet til saklighet og forholdsmessighet, jf. Vilkårslæren og Myndighetsmisbrukslæren (ulovfestet rett).

2 Bakgrunn

2.1 Reguleringsplan

Av Reguleringsplan for Ørland hovedflystasjon fremgår følgende av § 4 Fellesbestemmelser, pkt. 4.8.2 Utenfor planområdet:

"Eksisterende bebyggelse med støyfølsomt bruksformål skal sikres innendørs lydforhold tilsvarende lydklasse C angitt i NS 8175:2012. Der det ikke er mulig fra bygningstekniske forhold eller et forsvarlig kost-nytteforhold, skal lydklasse D angitt i NS 8175:2012 overholdes.

For eksisterende bygninger utenfor planområdet med støyfølsomt formål skal lydnivået utenfor rom med støyfølsomt formål ikke overstige $MFN_{day} \geq 100 \text{ dBA}$ eller $L_{den} = 62 \geq \text{dBA}$, angitt som beregnet frittfelt lydnivå. Dersom tilbud om innløsning avslås, skal forurensningsforskriftens krav til innendørs støy ($L_{pA24t42\text{dB}}$) overholdes.

Tiltak som er nødvendig for å nå de fastsatte støygrensene skal gjennomføres uten unødig opphold. Tiltak skal være sluttført senest 31.12.2019»

2.2 Delt bofunksjon

I reguleringsbestemmelsen er det en plikt til å tilby innløsning. Forsvarsbygg finner de betraktninger som ble fremmet i vår klage av 21.09.2018 over Ørland kommunes vedtak i sak PS18/60 om fradeling av våningshus på 74/6, også å være relevante i forhold til vilkåret om delt bofunksjon. Fra klagen hitsettes:

[«Sett T – 1442 og arealplanens uttalelser om statens plikt til å tilby innløsning i sammenheng, er det klart at arealplanen også har til formål å legge til rette for støyavbøtende tiltak, herunder tiltak som medfører at støyfølsom bruk i rød støysone opphører. Beboelsesformål er støyfølsom bruk.

Forsvarsbygg vil også her henvise til Fylkesmannens sak 2018/16211 første avsnitt på side 12, sitat:

«Vi viser til reguleringsplanens bestemmelser i pkt.4.8.2 hvor det er fastsatt at «Dersom tilbud om innløsning avslås, skal forurensingsforskriftens krav til innendørs støy (LpA24t42dB) overholdes.» Det er ikke tvilsomt at det er et klart overordnet mål at færrest mulig skal bo i rød støysone. Vi viser til Kommunal- og moderniseringsdepartementets vedtak av 7. februar 2018, vedrørende innsigelse til kommuneplanens arealdel for Ørlandet, der det følgende fremgår:

«Kommunal- og moderniseringsdepartementet er enig i at det er viktig å begrense bebyggelsen i rød støysone. Det er et viktig nasjonalt hensyn å sikre Forsvarets interesser og også unngå at boliger blir utsatt for støy, jfr. Støyretningslinjen T – 1442. Dette hensynet har ligget til grunn for de bestemmelser som er fastsatt i reguleringsplan for Ørland Hovedflystasjon, og hensynet får også betydning for eksisterende bebyggelse i rød støysone utenfor området som omfattes av reguleringsplan.»]

Sitat slutt (Forsvarsbyggs understrekning)

Forslaget om delt bofunksjon har vært oppe til vurdering av Forsvarsdepartementet. Forsvarsdepartementet ga sitt uttrykkelige syn på dette i brev av 05.04.2019, hvor det sies følgende på hhv. side 1 og 2:

«Hensikten med å definere en rød støysone er å forhindre at innbyggerne utsettes for en vedvarende høy støyeksponering som gir negative helseeffekter. Ivaretagelse av befolkningens helse og trivsel veier derfor i denne saken tungt. Med bakgrunn i de krav som fremgår av vedtatt reguleringsplan, vil derfor ikke departementet legge til rette for eller stimulere folk til at folk blir boende i rød støysone rundt Ørland flystasjon ved å tilby delt bofunksjon. [.....]» (vår understrekning).

«Forsvarsdepartementet har lagt til grunn at Ørland kommune vektet og prioriterte de ulike samfunnsmessige interessene opp mot hverandre når reguleringsplanen ble vedtatt. I ettertid å legge til rette for en delt bofunksjon og stimulere til fortsatt beboelse i rød støysone, vurderes derfor å være i strid med de hensyn som er lagt til grunn når reguleringsplanen ble godkjent og stadfestet. Forsvarsdepartementet anser at tiltaksplikten er oppfylt når tilbud om kjøp av bustad er gitt i samsvar med gjeldende reguleringsplan.

Som kjent ble det gjennomført et møte mellom Ørland kommune, Forsvarsdepartementet, Klima- og miljødepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Landbruks- og matdepartementet og Folkehelseinstituttet

den 8. februar 2019 hvor delt bofunksjon ble diskutert. På møtet ble det fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet gitt uttrykk for at dersom kommunen mener det foreligger endrede forutsetninger for videreføring av gårdsbebyggelsen i rød støysone, bør det foretas en helhetlig vurdering av behovet for endring av støybestemmelsene i planen. En slik endring er etter Forsvarsdepartementets syn nødvendig for å gi en tydelig begrunnelse og hjemmel for en eventuell forskjellsbehandling av de som er berørt av kravene i rød støysone.»

Brev av 05.04.2019 fra Forsvarsdepartementet til Ørland kommune vedlegges – bilag 1.

2.3 Statens behov for midlertidig dispensasjon

Staten har behov for midlertidig dispensasjon i rød og gul støysone for følgende tilfeller:

- i) de som har solgt boligen i rød støysone og har disposisjonsrett i 2 år etter utkjøp
- ii) de huseierne i rød støysone som skal bli boende og venter på støytiltak
- iii) de gårdbrukere i rød støysone som ennå ikke har fått tilbud om innløsning
- iv) eiere av fritidsboliger i rød og gul støysone

2.4 Statens behov for varig dispensasjon

Staten har behov for varig dispensasjon for de som velger å bli boende i rød støysone.

3 Jus/Rettslig vurdering

3.1 Ugyldig vilkår for dispensasjon, jf. pbl. § 19-2

I pbl. § 19 – 2 første ledd heter det følgende:

«Kommunen kan gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av denne lov. Det kan settes vilkår for dispensasjonen.»

Under henvisning til Vilkårslæren og Myndighetslæren kan ikke Ørland kommune lovlig sette slikt vilkår for varig og midlertidig dispensasjon, som gjengitt nedenfor:

«For å sikre helheten i reguleringsplanen og spesielt interesser rundt landbruksdrift og kulturlandskap ikke blir vesentlig tilsidesatt, skal det ved stedbundet næring gis tilbud om delt bofunksjon for de som ønsker å bli boende i våningshus på gårder i rød støysone i henhold til reguleringsbestemmelsene §4.8.» (understrekning fremhevet her)

Delt bofunksjon er her satt som et eget vilkår for dispensasjon. Delt bofunksjon er ikke et avbøtende tiltak inntatt i reguleringsplanen pkt 4.8 og kan ikke nå introduseres som ny premiss uten fremme av ny reguleringsplan, jf. Forsvarsdepartementets brev av 05.04.2019.

Etter den alminnelige ulovfestede forvaltningsrettslige Vilkårslæren settes det rammer for hvilke vilkår som kan settes.

3.2 Vilkårslæren

3.2.1 Vilkåret må ligge innenfor formålet med bestemmelsen det dispenseres fra

Adgangen til å sette vilkår for dispensasjon må ses i lys av de begrensninger som følger av alminnelig forvaltningsrett om at vilkåret må ligge *«innenfor rammen av de hensyn som loven skal ivareta»*.

Det er sagt ettertrykkelig i lovforarbeidene at pbl. § 19 – 2 første ledd annet punktum at bestemmelsen har samme innhold som den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårs læren, jf. Ot.prp.nr 32 (2007-2008) side 142 sitat; *«Første ledd andre punktum viderefører adgangen til å sette vilkår for dispensasjon, jf. dagens § 7. Her har bestemmelsen samme innhold som uskreven, alminnelig forvaltningsrett (vilkårs læren).»*

Formålet bak denne bestemmelsen i reguleringsplanen er å legge til rette for at de som er berørt av støy i rød støysone kan flytte ut av rød støysone. Delt bofunksjon legger derimot opp til at de med stedbunden næring i rød støysone kan flytte inn og ut av boligen etter egen vurdering. Virkningen av delt bofunksjon blir en økt støyeksponering sammenlignet med tilfeller der det kun drives næringsvirksomhet på gården.

Delt bofunksjon som innebærer at flere vil bo innenfor rød støysone er etter dette utenfor formålet om at *«færrest mulig skal bo i rød støysone»*, jf. sak 2018/16211 hos Fylkesmannen i Trøndelag. Vilåret om delt bofunksjon er etter dette i strid med formålet i reguleringsplanens bestemmelse 4.8.

3.2.2 Vilåret må stå i saklig sammenheng med tillatelsen og ikke være urimelig tyngende

Vilåret må stå i saklig sammenheng med tillatelsen, og ikke være urimelig tyngende.

Hva som er en saklig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår er belyst i forarbeidene til plan- og bygningsloven, jf. Ot.prp.nr 32 (2007-2008) side 135 sitat; *«Etter loven kan det settes vilkår for dispensasjon. Det er ikke et hvilket som helst vilkår som kan settes. Disse må ligge innenfor rammene av de hensyn loven skal ivareta. Det må være en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår.»*

Det må videre være forholdsmessighet mellom mål og middel. Dette er det såkalte «proporsjonalitetsprinsippet» jf. Torsten Eckhoff og Eivind Smiths Forvaltningsrett 9. utgave side 424.

3.2.2.1 Midlertidig dispensasjon

Det er på vilkår gitt *«Midlertidig dispensasjon fra kravet til utendørs støy nivå frem til 31.12.2021 for de deler av støyavbøtende tiltak som i henhold til søknad ikke lar seg gjennomføre innen fristen.»*

Vilåret om at *«det ved stedbundet næring [skal] gis tilbud om delt bofunksjon for de som ønsker å bli boende i våningshus på gårder i rød støysone»* står ikke i saklig sammenheng med en forlenget frist til 31.12.2021 for å gjennomføre støyavbøtende tiltak. I tillegg til at vilåret er satt av utenforliggende hensyn er det urimelig tyngende. Vilåret må etter dette settes til side som ugyldig, jf. Myndighetsmisbrukslæren.

3.2.2.2 Varig dispensasjon

Det er på vilkår gitt «*Varig dispensasjon fra kravet til utendørs støynivå for videreføring av bebyggelse til huseiere som ønsker å bli boende i rød støysone.*»

i) *Vilkåret må ligge innenfor formålet med bestemmelsen det dispenseres fra*

Forsvarsdepartementet har ved brev av 04.05.2019 fremhevet følgende:
«*Hensikten med å definere en rød støysone er å forhindre at innbyggerne utsettes for en vedvarende høy støyeksponering som gir negative helseeffekter. Ivaretagelse av befolkningens helse og trivsel veier derfor i denne saken tungt. Med bakgrunn i de krav som fremgår av vedtatt reguleringsplan, vil derfor ikke departementet legge til rette for eller stimulere folk til at folk blir boende i rød støysone rundt Ørland flystasjon ved å tilby delt bofunksjon.* [.....]» (Forsvarsbyggs understrekning).

Tilbudet om delt bofunksjon er etter dette ikke i tråd med formålet i bestemmelsen det dispenseres fra.

ii) *Vilkåret må stå i saklig sammenheng med tillatelsen og ikke være urimelig tyngende*

Vilkåret legger opp til en forskjellsbehandling av de som er berørt i rød støysone, jf. FDs brev av 05.04.2019. Fra brevet hitsettes:

«*Som kjent ble det gjennomført et møte mellom Ørland kommune, Forsvarsdepartementet, Klima- og miljødepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Landbruks- og matdepartementet og Folkehelseinstituttet den 8. februar 2019 hvor delt bofunksjon ble diskutert. På møtet ble det fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet gitt uttrykk for at dersom kommunen mener det foreligger endrede forutsetninger for videreføring av gårdsbebyggelsen i rød støysone, bør det foretas en helhetlig vurdering av behovet for endring av støybestemmelsene i planen. En slik endring er etter Forsvarsdepartementets syn nødvendig for å gi en tydelig begrunnelse og hjemmel for en eventuell forskjellsbehandling av de som er berørt av kravene i rød støysone.*» (Forsvarsbyggs understrekning)

Vilkåret om delt bofunksjon innebærer videre at kommunen forplikter staten til å betale erstatning for ny bofunksjon uten avgivelse av gammel bofunksjon. Vilkår strider således mot erstatningsrettslige prinsipper for gjennerverk, hvor ny bofunksjon skal erstattes av gammel bofunksjon, jf. vederlagsloven § 7. Ved delt bofunksjon vil erstatningsrettslig kompensasjon gå utover «full erstatning», jf. grunnlovens § 105.

Vilkåret om å tilby erstatning utover hva grunnloven setter som en grense vil således være uforholdsmessig og uproporsjonalt i forhold til tillatelsen.

Dispensasjonsvilkåret er satt ut i fra utenforliggende hensyn og oppfyller ikke grunnleggende krav til saklig sammenheng og forholdsmessighet/proposjonalitet (balanse) mellom vilkår og dispensasjon.

4 Evt. omgjøring av eget tiltak

Ørland kommune oppfordres til av eget tiltak å omgjøre sitt vedtak, jf. forvaltningsloven § 35 c).

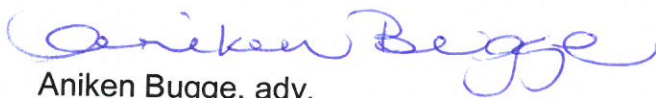
Staten er ikke uenig i at det er anledning til å sette vilkår for dispensasjonssøknaden, jf. pbl. § 19-2. Staten foreslår etter dette følgende omgjøring og endring:

Søknaden godkjennes med hjemmel i plan- og bygningslovens § 19-2 uten noen form for forbehold.

5 Påstand.

1. Vedtak i sak 19/23 for Ørland kommune kjennes delvis ugyldig ved at vilkåret for midlertidig og varig dispensasjonen settes til side.
2. Staten v/Forsvarsdepartementet v/Forsvarsbygg frafaller krav på dekning av saksomkostninger

Oslo den 26. juni 2019



Aniken Bugge, adv.

