

Notat

Dato 22.10.2019
Til Thomas Engen/Ørland kommune
Fra Advokat Karl Bj. Olsen
Tema Pkt. 7.1.1 og 7.1.2 i bestemmelsene til kommuneplanens arealdel – hva ligger i uttrykket «gjenoppbygging etter brann og skade»

1 Innledning

I epost datert 17.09.2019 stiller du følgende spørsmål:

I kommuneplanen er det en bestemmelse i rød sone som sier.

«For eksisterende boliger tillates gjenoppbygging etter brann og skade, om- og tilbygg uten plankrav såfremt ingen nye boenheter etableres.»

Det var eget forslag om å stryke «etter brann og skade» men dette var gjenstand for innsigelse. Vedlagt dokument i forbindelse med denne saken. (vedlagt kommuneplanen er etter vedtak i kommunestyret og er endret av KMD)

Nå er det spørsmål hva tolkningen er «skade» er det vanlig slitasje eller hvor går grensa.

Spørsmålet som vi ønsker belyst:

- *Når kan det tillattes at et hus rives og gjenoppbygges «etter brann eller skade»?
Litt mer spesifikt, hva ligger i skadebegrepet.*

Jeg vil nedenfor forsøke å avklare innholdet i begrepet, men samtidig se litt tilbake på innsigelsessaken. Dessverre er det ikke mulig å lage en definisjon som vil løse alle enkelttilfeller, og anvendelsen av bestemmelsen må i det enkelte tilfelle baseres på en konkret vurdering.

Den aktuelle bestemmelsen er ikke en «kan-bestemmelse» hvor det er opp til kommunen å bestemme om gjenoppbygging skal tillates eller ikke. Bestemmelsen angir en rettslig ramme for når gjenoppbygging kan tillates og vurderingen må derfor knytte seg til om det konkrete tilfellet faller inn under unntaket eller ikke.

Dersom gjenoppbygging fremtrer som et relevant alternativ, men ikke faller inn under unntaket må det eventuelt løses gjennom en dispensasjon. Jeg minner da samtidig om de vilkår som er satt for å kunne gi dispensasjon i pbl. kap. 19. Det vil være en risiko for at et vedtak om dispensasjon vil bli påklaget og det er derfor særlig viktig – som alltid – å påse at et eventuelt vedtak om dispensasjon er godt begrunnet. For eksempel vil de fordeler som oppnås ved å bygge nytt da måtte veies opp imot formålet med støybestemmelsene.

Jeg har til slutt i dette notatet oppsummert mitt syn slik:

Uttrykket *skade* satt sammen med *brann* som vilkår for *gjenoppbygging* forutsetter at det har skjedd noe alvorlig og irregulært som har hatt betydelige konsekvenser. Dette avgrenser klart mot utidsmessighet, dårlige løsninger mv.

Hovedregelen vil være at skaden må ha skjedd «plutselig og uforutsett». Men også skader som har utviklet seg over tid kan i spesielle tilfeller være relevante. Det vil – etter en konkret vurdering - for eksempel kunne gjelde råteskader, vannskader, setningsskader osv.

Det må avgrenses mot skader som følger av manglende/neglisjert vedlikehold eller unnlattelse av å gripe fatt i skader under utvikling. Dette følger av at bestemmelsen er et unntak som er ment å gjelde for de irregulære tilfeller.

Det må være nær sammenheng mellom skaden som årsak og gjenoppbygging som løsning. Skaden må altså i seg selv ha et omfang som – etter en totalvurdering – gjør gjenoppbygging til et nødvendig valg, fremfor rehabilitering/utbedring. Det at skaden har oppstått/er avdekket må være det avgjørende momentet for at tilfellet skal falle inn under bestemmelsen.

I gjenoppbygging ligger i utgangspunktet å gjenskape det tapte med hensyn til størrelse og funksjon/rom. Annet enn mindre avvik fra det som erstatter det opprinnelige byggets størrelse og funksjon vil kreve dispensasjon, med mindre dette faller innenfor «om- og tilbygg», jfr. ordlyden i bestemmelsen forøvrig.

Det er ikke et vilkår at skaden er dekket av forsikring, eller ville ha vært dekket av forsikring.

2 Kort om plan og historikk

Den formulering det vises til finnes i pkt. 7.1.1 og 7.1.2 i bestemmelsene til arealdelen i gjeldende kommuneplan. Uttrykket «Rød støysone» er forankret i de retningslinjer som følger av T 1442 og de begrensninger som er lagt inn i gjeldende reguleringsplan pkt. 4.8 *Støy* som lyder:

4.8 STØY

Aktiviteten, herunder flyvirksomheten som følge av planen skal ikke medføre støy som gir høyere støybelastning enn følgende:

4.8.1 Innenfor planområdet:
(...)

4.8.2 Utenfor planområdet:
Eksisterende bebyggelse med støyfølsomt bruksformål skal sikres innendørs lydforhold tilsvarende lydklasse C angitt i NS 8175:2012. Der dette ikke er mulig ut fra bygningstekniske forhold eller et forsvarlig kost nytte-forhold, 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 $MFN_{day} \geq 100$ dBA eller $L_{den} = 62 \geq$ dBA, angitt som beregnet frittfelt lydnivå.

Dersom tilbud om innløsning avslås, skal forurensningsforskriftens krav til innendørs støy (L_{pA24t} 42dB) overholdes.

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

Vilkåret om at gjenoppbygging kun tillates etter «brann og skade» ble forsøkt fjernet ved revisjon av kommuneplanen, men det ble reist innsigelse fra FB mot en slik endring. Kommunens redegjorde slik for begrunnelsen bak endringen i brev til KMD datert 09.06.2017:

5.3 Kommunens syn på innsigelse nr. 1

5.3.1 "Etter brann og skade" fjernes

Endring av planbestemmelse pkt. 7.1.1 og 7.1.2 er ifølge Forsvarsbygg ikke i samsvar med Kommunal- og moderniseringsdepartementets avgjørelse i brev av 10.08.2015 vedrørende reguleringsplanen for Ørland Hovedflystasjon, og Fylkesmannen i Sør-Trøndelag sin presisering i ref. av 20.10.2015 hvor Fylkesmannen formulerte seg slik:

"Det fremstår dermed som klart at bruksendring som nevnt og gjenoppføring av boliger etter brann i rød støysone er lite ønskelig, og ikke i tråd med hensynene som ligger bak de støykrav en har fastsatt i reguleringsplanen. Slik bruksendring vil imidlertid ikke være i strid med reguleringsplanen."

Fylkesmannens uttalelse kom i forlengelsen av en henvendelse fra Ørland kommune vedrørende forholdet mellom reguleringsplanen og kommuneplanens arealdel.

Fylkesmannens brev er avklarende i den forstand at de tiltak kommuneplanen åpnet for ikke var i strid med reguleringsplanen og at det derfor ikke er/var nødvendig å endre/stramme inn bestemmelsene til kommuneplanens arealdel som følge av reguleringsplanen. Planbestemmelsene til kommuneplanens arealdel som sådan var det altså ingen formelle ankepunkter mot.

Hvilke bygninger bestemmelsen/endringene vil gjelde for:

Bestemmelsen omhandler eksisterende boliger innenfor rød sone. Dette er boliger hvor eier har valgt å ikke flytte/akseptere tilbud om innløsning. I slike tilfeller skal innendørs støy tilfredsstillende kravene i forurensningsforskriften, som er lavere enn kravene i gul sone. Dette følger av reguleringsplanen for Ørland hovedflystasjon, pkt. 4.8.2 s.l. som lyder Dersom tilbud om innløsning avslås skal forurensningsforskriftens krav til innendørs støy (LpA24t 42 dB), overholdes).

For slike bygninger åpner planen – før endring – for ".. om- og tilbygg uten plankrav så fremt ingen nye boenheter etableres". I tillegg åpner gjeldende plan for gjenoppbygging etter brann og skade.

Eksisterende hus kan således restaureres og påbygges til dagens standard og de kan gjenoppbygges etter brann og skade – som opplagt vil være de mest forekommende begrunnelser og hvor forsikring kan bidra til finansieringen. For slik om-/tilbygging og gjenoppbygging vil langt strengere støykrav måtte legges til grunn, noe som vil bedre støyforholdene for beboerne.

Bakgrunnen for endringsforslaget

Endringsforslaget har som mål å forenkle bestemmelsen, fjerne tolkningstvil og sikre gjenværende beboere bedre mot støy – uten at det går ut over målet med støysonen. Bestemmelsen i dag åpner for tolkningstvil mht. om gjenoppbygging skyldes brann eller skade, eller andre årsaker.

Bestemmelsen vil sikre gjenværende beboere, særlig på landbrukseiendommer mulighet for å etablere tidsmessig boligstandard med godt innvendig støyvern – selv om brann eller skade ikke er årsaken til gjenoppbyggingen. Bestemmelsen gir ikke rom for flere boenheter og vil ikke i seg selv bidra til å øke antallet beboere innenfor rød støysonen.

I høringsrunden rundt innsigelsen var både Forsvarsdepartementet og Klima- og miljødepartementet imot at bestemmelsen skulle endres og KMD besluttet i brev av 07.02.2017 at innsigelsen til endringen av bestemmelsene skulle tas til følge og bestemmelsen bestå. Begrunnelsen var:

Kommunal- og moderniseringsdepartementet er enig i at det er viktig å begrense bebyggelsen i rød støysonen. Det er et viktig nasjonalt hensyn å sikre Forsvarets interesser og også å 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 støysonen utenfor området som omfattes av reguleringsplanen. I Kommunal- og moderniseringsdepartementets brev 10. august 2015 om reguleringsplan for Ørland hovedflystasjon er det på s. 7 uttalt:

"Kommunal- og moderniseringsdepartementet vil presisere at tillatelse til bruksendring og gjenoppføring av boliger i rød støysone ikke vil være i tråd med støykravene i reguleringsplan for Ørland hovedflystasjon."

I brev fra Fylkesmannen i Sør-Trøndelag 20. oktober 2015 framgår at departementet har gitt følgende presisering:

"Hensikten med avsnittet på side 7 var å klargjøre overfor kommunen at det ikke er ønskelig å videreføre støyømfintlig bebyggelse som ikke får akseptable støyforhold inne og ute."

Uttalelsene viser at det er departementets oppfatning at bebyggelse i rød støysone bør unngås. Det vil derfor være uheldig å gi rett til gjenoppbygging av boliger generelt, og ikke beholde den tidligere begrensningen til gjenoppbygging etter brann og skade. Det vil også være uheldig å åpne for rett til å ha et våningshus på hver eiendom, slik kommunen også har tatt inn i bestemmelsene.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har på denne bakgrunnen kommet til at innsigelsen til pkt. 7.1.1 og 7.1.2 i bestemmelsene må tas til følge.

3 Bestemmelsens art

Kommuneplanens og reguleringsplanens bestemmelser rundt støy skal samlet sett sikre flere ulike hensyn. Det primære målet for bestemmelsen (-e) er å sikre virksomheten på flystasjonen. Skal den kunne drives må færrest mulig berøres av støy som går ut over det som er anbefalt.

Samtidig skal bestemmelsene sikre at de som ønsker å bo innenfor rød sone ikke utsettes for unødig støybelastning innendørs.

Endelig skal bestemmelsene, dvs. bestemmelsene om gjenoppbygging (og om- og tilbygg) sikre en viss forutsigbarhet for de som blir boende. De skal ha mulighet for å gjennomføre endringer på boligen – likt med andre, forutsatt at ingen nye boenheter etableres. Samtidig skal de kunne gjenoppbygge boligen «etter brann og skade».

Om- og tilbygg, og gjenoppbygging etter brann og skade vil være søknadspliktige tiltak som skal behandles på ordinært vis, om nødvendig i forhold til bestemmelsene om dispensasjon. Kommuneplanens bestemmelse gir imidlertid sterke føringer og i praksis rettigheter til dem det gjelder, i forhold til søknad om tiltak som ligger innenfor bestemmelsene. Bestemmelsen sikrer dem en rett til «gjenoppbygging» etter «brann og skade», men ikke til gjenoppbygging av hva som helst. Tilsvarende gjelder for «om- og tilbygg».

4 Tolkning

Det er i utgangspunktet opp til den enkelte kommune å fortolke hva som ligger i bestemmelsene til sine egne planer, men det sagt med betydelige forbehold. Å klarlegge hvor langt en

bestemmelse i en reguleringsplan strekker seg, dvs. hva den åpner for eller forbyr er i juridisk språkbruk «rettsanvendelse». Man kan i så måte sammenligne planbestemmelsene med en kommunal forskrift.

Hva kommunen har ment med bestemmelsen vil være et tolkningsmoment, og kommunen kan ikke i ettertid tolke inn en forståelse som ligger utenfor en alminnelig forståelse av de ord som er brukt, med mindre det har sterk forankring i andre kilder. Bestemmelsene til en plan har rettsvirkning og inneholder reguleringer som tillater eller forbyr – som utenverdenen relativt enkelt skal kunne forholde seg til ut ifra ordlyden i dem. Dette gjelder både for Forsvaret og for de beboere som er berørt.

En viss vekt ved tolkningen her vil også KMD's forståelse ha – i den grad man kan utlede noe av den. KMD har gjennom innsigelsessaken tilkjennegitt en restriktiv holdning til beboelse innenfor rød sone, men har ikke konkret uttalt seg om forståelsen av uttrykket «skade». Det fremstår imidlertid som helt klart at KMD legger til grunn at det i uttrykket *gjenoppbygging etter brann og skade* ligger en begrensning.

Det er imidlertid også et poeng at den opprinnelige bestemmelsen står urørt etter innsigelsessaken. Da er det innholdet i bestemmelsen slik den ble vedtatt som bør være avgjørende.

5 «Gjenoppbygging etter skade»

Uttrykket skade er knyttet sammen med brann, som også gir grunnlag for gjenoppbygging. I tillegg tillater bestemmelsen «om- og tilbygg» uten plankrav. Dertil er selvsagt ordinært vedlikehold tillatt, likt med annet som kan gjennomføres uten tillatelse.

Kommuneplanen inneholder ingen bestemmelse om generelt byggeforbud, for eksempel forbud mot alle tiltak, og med en henvisning til pbl. § 1-6. De alminnelige bestemmelser om hva som kan utføres og oppføres uten tillatelse gjelder derfor også innenfor rød støysone, forutsatt at de grunnleggende vilkår er på plass.

5.1 «Gjenoppbygging»

I og med at bestemmelsen åpner for ombygging (som i visse tilfeller krever tillatelse), og det ikke er gitt noe generelt byggeforbud – gir kommuneplanen eier nødvendig rom for å kunne utføre det som trengs av vedlikehold og utbedringer på eksisterende bygningsmasse. Det er vanskelig å se at det i praksis ligger noen begrensning i hva eier kan utføre på den bestående bygningen, så lenge det ikke etableres flere boenheter og så lenge tiltaket oppfyller alminnelige krav.

Åpningen for *gjenoppbygging* etter skade (og brann) knytter seg etter min mening til situasjoner hvor skaden er såpass stor at det ikke fremstår som fornuftig – totalt sett – å utbedre det som står, og hvor det heller bør bygges nytt. I forhold til *gjenoppbygging* må fokuset først og fremst ligge på skadens omfang. Dersom et eldre og lite tidsmessig hus får/har en mindre skade kan det totalt sett være fornuftig å bygge nytt, men da følger ikke behovet for gjenoppbygging nødvendigvis av skaden – og man er i yttergrensen eller utenfor det bestemmelsen er ment å favne. Etter min mening bør det altså konstateres årsakssammenheng mellom skaden og

skadens omfang – og behovet for å gjenoppbygg/bygge nytt. Bestemmelsen forutsetter at gjenoppbygging skal skje *etter*, altså som følge av en skade.

Bestemmelsen åpner for «gjenoppbygging», som strengt tatt betyr å gjenskape nøyaktig det som har gått tapt. Det vil være en for bokstavelig fortolkning. Med gjenoppbygging forstår jeg å gjenskape det tapte med hensyn til størrelse og funksjon/rom. Annet enn mindre avvik fra det som erstatter størrelse og funksjon vil kreve dispensasjon.

Samtidig åpner ordlyden i bestemmelsen for «*om- og tilbygg*» uten plankrav. Eksisterende bygninger kan altså ombygges og påbygges, uten krav om ny plan, men selvsagt kun etter søknad. Dersom det ved gjenoppbygging søkes om en utvidelse som senere ville ha blitt godkjent som «*tilbygg*» bør dette aksepteres allerede i første omgang.

5.2 «Skade»

Det finnes ingen entydig definisjon av uttrykket «skade» som kan benyttes i vår sammenheng. All den tid uttrykket er brukt sammen med *brann* er det naturlig først å tenke på konsekvenser av plutselige hendelser med fatalt utfall, men også råde er en *skade* (råteskade). Sprekker i grunnmur som gjerne har utviklet seg over tid og medført setninger er også en *skade*. Det samme kan forårsakes av en vannlekkasje, også når denne er usynlig og pågår over lang tid.

På den annen side kan ikke konsekvenser av manglende vedlikehold defineres som en skade i vår sammenheng, i alle fall ikke dersom vedlikeholdet har vært neglisjert.

5.3 Forsikring

Det er naturlig å se hen til forsikringsbransjen og hvordan skade defineres der og om dette har noen overføringsverdi, eventuelt at definisjonen må være den samme.

En «skade» blir i forsikringssammenheng gjerne definert som (delvis) ødeleggelse eller funksjonsnedsettelse (som resultat av ytre påvirkning). Det finnes imidlertid heller ikke innen forsikring en entydig definisjon av uttrykket «skade». Det er forsikringsvilkårene som setter rammene her.

«Plutselig og uforutsett skade» er en vanlig betingelse for forsikringsselskapets ansvar. Betingelsen brukes for å begrense hvilke risikoer selskapene kan bli erstatningsansvarlige for, siden selskapene ikke ønsker å overta risikoen for enhver skade som kan ramme forsikringstaker. Betingelsen forekommer særlig hyppig i vilkårene til hus- og bygningsforsikring.

«Plutselig» betyr gjerne etter alminnelig språkbruk «brått», eller at noe skjer veldig fort og gjerne uventet. «Plutselig» er derfor gjerne avgrenset i tid, men det er vanskelig å forstå ut fra ordlyden hvor grensen går. Finansklagenemnda har uttalt at skader som utvikler seg over ca. én dag, er å anse som plutselige. Det sentrale ved vurderingen er hvorvidt påvirkningen skjedde innenfor et avgrenset tidsrom, og dessuten at påvirkningen hadde kontinuerlig skadevirkning frem til oppdagelsestidspunktet. «Uforutsett» forstås gjerne på samme måte som «uventet», «uberegnelig» eller «overraskende». Siden «plutselig» gjerne også har et element av uberegnelighet i seg, kan det spørres om «uforutsett» egentlig tillegger vilkåret noe annet enn «plutselig». I likhet med «plutselig» begrenser «uforutsett» dekningen til risiko for de ulykkeslignende skadene.

Forsikringsselskapenes avgrensning av skadebegrepet har et annet formål enn i vårt tilfelle. Formålet ved forsikring er at forsikringstakeren skal kunne beskytte seg mot økonomisk tap som følge av skade som kan ramme oss alle, og som rammer «plutselig og uforutsett». Ved forsikring skal virkningen av slike uheldige og tilfældige hendelser bli pulverisert gjennom et spleiselag.

Etter min mening kan det – i spørsmålet om det foreligger en *skade* som gir anledning til gjenoppbygging – ikke legges særlig vekt på om skaden gir grunnlag for et forsikringsoppgjør. At skaden har vært gjenstand for et forsikringsoppgjør gir i seg selv ikke noen veiledning, og det at skaden eventuelt ikke leder til et forsikringsoppgjør medfører ikke at skaden faller utenfor bestemmelsen.

6 Mer om skadebegrepet – oppsummering

Uttrykket *skade* satt sammen med *brann* som vilkår for *gjenoppbygging* forutsetter at det har skjedd noe alvorlig og irregulært som har hatt betydelige konsekvenser. Dette avgrenser klart mot utidsmessighet, dårlige løsninger mv.

Hovedregelen vil være at skaden må ha skjedd «plutselig og uforutsett». Men også skader som har utviklet seg over tid kan i spesielle tilfeller være relevante. Det vil – etter en konkret vurdering - for eksempel kunne gjelde råteskader, vannskader, setningsskader osv.

Det må avgrenses mot skader som følger av manglende/neglisjert vedlikehold eller unnlatelse av å gripe fatt i skader under utvikling. Dette følger av at bestemmelsen er et unntak som er ment å gjelde for de irregulære tilfeller.

Det må være nær sammenheng mellom skaden som årsak og gjenoppbygging som løsning. Skaden må altså i seg selv ha et omfang som – etter en totalvurdering – gjør gjenoppbygging til et nødvendig valg, fremfor rehabilitering/utbedring. Det at skaden har oppstått/er avdekket må være det avgjørende momentet for at tilfellet skal falle inn under bestemmelsen.

I gjenoppbygging ligger å gjenskape det tapte med hensyn til størrelse og funksjon/rom. Annet enn mindre avvik fra det som erstatter det opprinnelige byggets størrelse og funksjon vil kreve dispensasjon, med mindre dette faller innenfor «om- og tilbygg», jfr. ordlyden i bestemmelsen forøvrig.

Det er ikke et vilkår at skaden er dekket av forsikring, eller ville ha vært dekket av forsikring.