



Ørland kommune
Postboks 401
7129 BREKSTAD

Vår dato: 31.01.2019
Vår ref.: 2018/15314

Deres dato: 03.09.2018
Deres ref.: 11314/2018/1621/68/204/TROLAN

Klagesaksbehandling - Klage på byggesak - oppføring av terrasse og levegg - Ørland 68/204

Saken gjelder klage på Ørland kommunes vedtak av 13. juni 2018 hvor det ble gitt dispensasjon fra avstandskravet mot nabogrense, jf. plan- og bygningsloven (pbl) § 29-4, og godkjent oppføring av veranda med basseng/jacuzzi og levegger som utført på eiendom gnr 68, bnr 204. Kommunen tok ikke klagen til følge og oppretthold sitt vedtak. Fylkesmannen har etter en gjennomgang av saken og klagen kommet til at kommunens vedtak er ugyldig. Vedtaket oppheves og returneres kommunen for ny behandling.

Viser til oversendelse fra Ørland kommune datert 3. september 2018. Fylkesmannen fant oversendelsen mangelfull og mottok ytterligere dokumenter i saken desember 2018. Fylkesmannen beklager lang saksbehandlingstid grunnet stor saksmengde.

Saksgang

Gjeldende tiltak er oppgitt å være omsøkt allerede 5. august 2015. Søknaden omfattet to terrasser på aktuelle eiendom. Den 27. juli 2017 ga kommunen tillatelse til oppføring av terrassene som omsøkt. Tiltakshaver er Håvar Nilsen, eier av 68/204.

Kommunen startet ulovlighetsoppfølging av terrasse bak huset (mot vest) i brev av 18. september 2017, da det ikke var samsvar mellom faktisk oppført terrasse og den som var omsøkt og godkjent. Det presiseres at herværende sak kun gjelder denne terrassen.

Den 14. februar 2018 søkte tiltakshaver v/ advokat Tor Rikard Evensen om dispensasjon etter pbl § 19-2 knyttet til den oppførte terrassen.

Ørland kommune v/Planutvalget behandlet dispensasjonssøknaden i møte 13. juni 2018. Det ble gitt dispensasjon fra pbl § 29-4 vedrørende avstand til nabogrense, og

gitt godkjenning til oppføring av veranda med basseng/jacuzzi og levegger på gnr 68, bnr 204, som utført.

Bilder av aktuelle terrasse med levegger som godkjent av kommunen:



Nabo Harald Olafsen, gnr. 68 bnr. 205 påklaget vedtaket i brev fra advokatfullmektig Line Anett Gillebo datert 29. juni 2018.

Kommunen v/Planutvalget behandlet klagen i møte 29. august 2018. Klagen ble ikke tatt til følge og saken oversendt Fylkesmannen for endelig avgjørelse.

Klagen

Hovedanførsler i klagen:

- Tiltaket omfattes av pbl § 20-1 (1) bokstav a. Tiltaket er ikke frittliggende og omfattes ikke av unntaket i pbl § 29-4 (3) bokstav b.
- Klager stiller seg undrende til hvorfor Ørland kommune velger å fete vedtak i saken da det er begjært jordskiftebehandling knyttet til uklare eiendomsgrenser. Kommunen burde ha ventet til jordskiftesaken ble avsluttet før de fattet endelig vedtak i saken.
- Det foreligger ingen tungtveiende grunner til å gi dispensasjon som omsøkt i denne saken.
- Klager viser til uttalelse fra sivilombudsmannen (SOM- 2011-1023) hvor det framgår at forbudet mot bygging nærmere nabogrensen enn fire meter innebærer at lovgiver har foretatt en avveining av interesser. Det må da utvises tilbakeholdenhet med å dispensere fra dette. Beskjedne naboulempen er ikke selvstendig argument for at dispensasjon skal gis. Tiltakshaver må kunne påvise relevante fordeler.
- Nilsen har bevist oppført et ulovlig tiltak. Relevante fordeler med å opprettholde tiltaket der det er plassert framstår ikke som klart angitt. Vilårene for innvilgelse av dispensasjon er derfor ikke oppfylt.
- Begrunnelse for innvilgelse av dispensasjon fremstår som vilkårlig fra kommunens side, jf. fvl §§ 24 og 25.
- Nilsens høye levegger avviker stort fra det som er vanlig i nærområdet.
- Vedtaket etter pbl § 29-4 er ugyldig da vilårene for dispensasjon ikke er oppfylt. Kommunen har ikke anledning til å innvilge dispensasjon basert på minimale fordelene dette har for tiltakshaver.
- Det bes om at vedtaket ikke iverksettes før klagen er ferdig behandlet, jf fvl § 42.

For øvrig vises det til klagen i sin helhet.

Fylkesmannen bemerker:Fylkesmannens kompetanse som klageinstans

Forvaltningsloven (fvl) § 34 danner det rettslige utgangspunktet for Fylkesmannens kompetanse i klagesaker. Fylkesmannen kan prøve alle sider av saken, og kan også ta hensyn til nye omstendigheter. Fylkesmannen skal vurdere de synspunkter klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av klageren. Der Fylkesmannen er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune skal det legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Fylkesmannen kan stadfeste, oppheve eller fatte nytt vedtak i saken.

Klagefrist og rettslig klageinteresse

Klager har rettslig klageinteresse, jf. fvl § 28.

Det er anført av tiltakshavers advokat at klagen er innkommet for sent ut ifra når søknad om dispensasjon er datert. Klagefrist framgår av fvl § 29, og utgangspunktet er at fristen for å klage er 3 uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet fram til vedkommende part. Kommunen fattet vedtak i saken 13. juni 2018, klagen er datert 29. juni 2018, klagen er dermed rettidig, jf. fvl § 29.

Planstatus og rettslig utgangspunkt

Eiendommen er i kommuneplanens arealdel for Ørland kommune vist som eksisterende boligbebyggelse.

Eiendommen omfattes videre av Reguleringsplan for Brekstad sentrum, planID 1621200001, vedtatt 15. juni 2000. Arealformålet for aktuelle eiendom er boliger.

Tiltak kan bare iverksettes dersom de ikke er i strid med plan- og bygningslovens bestemmelser med forskrifter, kommuneplanens arealdel og reguleringsplan, jf. pbl § 1-6 og kapittel 20 om søknadsplikt og tillatelse.

Terrasse er ikke unntatt søknadsplikt etter pbl § 20-5. Terrasse er i utgangspunktet et «tiltak» etter pbl § 20-1 (1), men ikke dersom den er bygd på bakken. På bakken betyr at terrassegulvet ikke på noe sted kan ligge høyere enn 0,5 m over terreng, jf. veiledning til Byggesaksforskriften.

Kommunen opplyser at tiltaket er oppført ca. 70 cm over terreng, og det er dette Fylkesmannen legger til grunn. Ved måling skal det tas utgangspunkt i ferdig planert terreng ved oppføring av terrassen. Eventuell senere heving av terrenget under/rundt terrassen kun for å oppnå at terrassegulvet får en høyde under 0,5 m over terreng, tas det ikke hensyn til.

Terrassen i denne saken er følgelig et tiltak etter pbl § 20-1 (1) og omfattes av byggesaksbestemmelsene i pbl.

Det følger av pbl § 29-4 at byggverk skal ha en avstand fra nabogrense som ikke er under 4 meter. Eier av naboeiendom har ikke gitt skriftlig samtykke til nærmere plassering, det er heller ikke tale om en frittliggende terrasse og pbl § 29-4 (3) bokstav a og b kommer ikke til anvendelse.

Plassering nærmere nabogrense enn 4 meter krever dermed dispensasjon i medhold av pbl § 19-2.

Dispensasjon

Pbl § 19-2 (1) gir kommunen hjemmel til å kunne dispensere fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av pbl. Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir *«vesentlig tilsidesatt»*. I tillegg må *«fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering»*, jf. § 19-2 (2). Begge vilkår må være oppfylt. Dette innebærer at det normalt ikke vil være anledning til å gi dispensasjon når hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra fortsatt gjør seg gjeldende med styrke.

Fylkesmannens vurdering

Fylkesmannen vil i det følgende ta stilling til gyldigheten av kommunens vedtak om å gi dispensasjon som omsøkt.

Det kommer ikke klart fram av søknad hva det søkes dispensasjon fra. Kommunen har behandlet det som en søknad om dispensasjon fra pbl § 29-4 angående avstand til nabogrense mot eiendom 68/205.

Det følger av pbl § 19-1 at søknad om dispensasjon skal være grunngitt. Søknad om dispensasjon er i dette tilfellet beskjedent begrunnet. Det anføres at tiltaket er lite omfangsrikt og ikke til sjenanse for naboene. Ulempen med å rive et tiltak som allerede er satt opp er større enn å la det stå, og det søkes om at tiltaket får stå.

I forhold til pbl § 19-2 (2) og det første vilkåret om hvorvidt hensyn bak bestemmelsen det dispenserer fra blir *«vesentlig tilsidesatt»*, har kommunen identifisert hensynet bak pbl § 29-4 til å være brannforebyggende hensyn. Kommunen mener innvilgelse av dispensasjon ikke vil sette til side dette hensynet i vesentlig grad. Fylkesmannen savner imidlertid en vurdering knyttet til andre relevante hensyn bak pbl § 29-4 slik som utsyn og lysforhold for naboeiendommer/omgivelser.

Kommunen har videre foretatt en vurdering knyttet til om fordelene anses *«klart større»* enn ulempene, og kommet til at dette vilkår også er oppfylt.

Som ulempe har kommunen trukket fram at det ikke er vanlig å sette opp en jacuzzi utendørs i tettbygd boligfelt. Det kan antas å virke sjenerende visuelt og at det kan medføre støy.

Da verken klager eller øvrige naboer vil ha direkte innsyn til tiltakshavers terrasse og jacuzzi fra sine respektive møblerte uteplasser, har rådmannen kommet til at

fordelene ved å gi dispensasjon for tiltaket er «*klart større*» enn ulempene. Til støtte for denne konklusjonen trekker kommunen fram en vurdering av forholdsmessighet, kostnadene med å rette/tilbakeføre til noe som ikke er så forskjellig fra det som er bygd, i forhold til nytten ved å stille et slikt krav.

Fylkesmannen kan ikke se at det er identifisert noen klare relevante fordeler med selve tiltaket og finner kommunens dispensasjonsvurdering å være mangelfullt begrunnet. At nabo ikke har direkte innsyn til terrassen vil vanskelig kunne regnes som en fordel ved å inngi dispensasjonen. Kommunen virker kun å ha lagt vekt på jacuzzi og bruken av denne. Relevant må også være omfanget og høyden av terrassen med leegger, og hvordan dette faktisk er plassert i forhold til nabogrense og hvordan tiltaket påvirker omgivelsene. At tiltaket allerede er oppført vil ikke kunne vektlegges i dispensasjonsvurderingen.

Fylkesmannen er etter dette av den oppfatning at kommunens vurdering og begrunnelse ikke tilfredsstiller de krav som stilles når en vurdering av vilkårene i pbl § 19-2 skal foretas, og heller ikke krav til begrunnelse jf. fvl § 25. Dispensasjonen er ikke bedre begrunnet i kommunens egen klagesaksbehandling. Vedtaket er mangelfullt begrunnet, dette er en rettsanvendelsesfeil som medfører ugyldighet, jf. prinsippet i fvl § 41. Vedtaket må på bakgrunn av dette oppheves.

- Veglova § 29

Mot vest grenser eiendommen 68/204 til 68/112, Prestegårdsjordet. Prestegårdsjordet inngår i reguleringsplan som «*Fellesområder*», med underformål «*felles gangveg*». Det er kommunen som er oppført som hjemmelshaver til eiendom 68/112. Status til traseen Prestegårdsjordet er dermed kommunal gangveg. Det er ikke inntegnet byggegrense mot veien i plankartet. Planen er fra 2000 og veglova av 1963 sine regler om avstand til kommunal veg som gjelder. Det følger av veglova § 29 (2) at «*For gang- og sykkelveg er avstanden 15 meter (anten vegen er riksveg, fylkesveg eller kommunal veg).*» Avstanden skal regnes fra «*midtlina i høvevis kjørebana, eller gang- og sykkelvegen*».

Det er på det rene at terrassen er oppført nærmere enn 15 meter fra midtlinja i den kommunale gangveien. Det framkommer ikke av søknad om dispensasjon hvilke regler det faktisk er søkt dispensasjon fra, det er imidlertid klart at forholdet til veien ikke er behandlet i saken. Terrassen med leegger er betinget av at det søkes om og gis dispensasjon fra avstandskravet i veglova § 29. En slik dispensasjonsvurdering gjøres etter plan- og bygningslovens alminnelige dispensasjonsbestemmelse.

Konklusjon

Fylkesmannen har etter en gjennomgang av saken kommet til at Ørland kommunes vedtak av 13. juni 2018 er heftet med rettsanvendelsesfeil som medfører ugyldighet. Begrunnelsen er mangelfull dispensasjonsvurderingen i forhold til pbl § 29-4. Det er heller ikke foretatt en dispensasjonsvurdering i forhold til avstandskrav i veglova § 29, dette representerer i seg selv en ugyldighetsgrunn da vedtaket godkjenner oppført terrasse. Vedtaket oppheves og returneres kommunen for ny behandling.

Det presiseres at Fylkesmannen ikke har tatt stilling til sakens endelige utfall.

I medhold av pbl § 1-9 og delegering fra departementet fattes følgende

Vedtak:

Ørland kommunes vedtak av 13. juni 2018, i sak 18/26, hvor det med hjemmel i pbl § 19-2 gis dispensasjon fra pbl § 29-4 vedr. avstand til nabogrense, og godkjenning av veranda med basseng/jacuzzi og levegger på gnr 68 bnr 204 som oppført, oppheves.

Klagen har ført fram.

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

Med hilsen

Trond Flydal (e.f.)
seksjonsleder
Kommunal- og justisavdelingen

Anna Carina Handberg
rådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen underskrift

Kopi til:

Advokat Tor Rikard Evensen AS	Falkenborgvegen 35 C	7044	TRONDHEIM
Advokatfirmaet Helberg AS v/Line	Sentrumsvegen 10	7160	BJUGN
Gillebo			