

SAKSFRAMLEGG

Saksnr	Utvalg	Møtedato
20/75	Planutvalget	13.10.2020

KLAGE PÅ ENKELTVEDTAK FOR AREALOVERFØRING FRA 182/214 TIL 182/302

Kommunedirektørens innstilling:

Vurdering av klagen:

Ørland kommune ved Planutvalget avviser klage på enkeltvedtak for arealoverføring, uten realitetsbehandling. Avvisningen er begrunnet i at absolutt klagefrist i fvl. § 31 tredje ledd er oversittet.

Avvisningsvedtaket er et enkeltvedtak som kan påklages.

Vurdering av ugyldighet:

Ørland kommune ved Planutvalget har drøftet om enkeltvedtak for arealoverføring bør oppheves og registreringen i matrikkelen reverseres.

Planutvalget har etter en konkret vurdering besluttet at vedtaket ikke oppheves, og at registreringen i matrikkelen blir stående uendret. Ved vurderingen er det lagt til grunn at vedtaket var og er ugyldig - og at kommunen har rett, men ikke plikt, til å oppheve vedtaket og reversere registreringen i matrikkelen. Ved vurderingen er det lagt avgjørende vekt på at dette har vært en systemsvikt som kjøper av arealet ikke kan lastes for og at de har innrettet seg etter vedtaket i mer enn 3 år. Planutvalget minner likevel om at arealoverføringen ikke gir rett til bebyggelse på arealet, og at dette eventuelt må avklares innen rammene av gjeldende reguleringsplan og plan- og bygningslovens regler om søknadsplikt m.v.

Dette er en beslutning og ikke et enkeltvedtak. Beslutningen kan ikke påklages.

Samlet saksframlegg oversendes på klagers begjæring til kontrollutvalgets sekretariat.

Klage:

Vi mottok en klage fra Geir Gossmann pr. epost av 27.05.2020, se vedlegg nr. 1.

Av klagen fremkommer det at han eier bolig i Jørgen Bjelkes veg 6 og at han har friområde 182/214 som allment tilgjengelig friområde for sin eiendom.

Han viser til at han, sitat:

I senere tid har det blitt kjent at Ørland kommune solgt unna 200 kvadratmeter av friområdet til Arild Risvik og Liz Raaken og gitt dispensasjon fra arealformålet «lekeareal/friområde» og til å tillate det anvendt til «boligformål».

Han anfører at han har partsinteresser og rettslig klageinteresse i saken, og hevder at Ørland kommunens disponeringer og vedtak i saken er ugyldige. Til støtte for sin klage anfører han at:

- Kommunen er forpliktet til fremskaffe annet fullverdig erstatningsareal
- Leke- og friareal er etablert av felles- og allmenne hensyn, og kunne uansett ikke blitt gjenstand for omdisponering gjennom begrensede prosesser som i en disposisjonssak.

Han viser også til at arealet er solgt 45 kr/m² til to personer som er ansatt i kommunen, og anfører at saksbehandling, beslutninger og vedtak i saken er under enhver kritikk.

Han ber om at kommunen gjør om sine vedtak i saken, og i «*annet fall bes saken lagt fram for kontrollutvalget for behandling*».

Faktisk og juridisk utgangspunkt:

Tiltaket

Arealoverføring fra 182/214 til 182/302, som eies av henholdsvis Ørland kommune og Liz Raaken/Arild Livard Risvik. Overført areal er 180,9 m².

Planstatus

Arealet som er overført er i gjeldende reguleringsplan «Ottersbo II» (1978) satt av til arealformålet «Leikeområde», jf. tegnforklaringen i reguleringsplanen. I planbestemmelsene er arealet omtalt som friområde. Fradeling til boligformål kan ikke tillates uten planendring eller dispensasjon. Dispensasjon er ikke omsøkt, og dispensasjon er ikke gitt på annet grunnlag.

Avstand til sjøen

Arealet er plassert inntil ca. 25 meter fra strandlinja. I 100-metersbeltet mot sjø er det ikke tillatt med fradeling eller bygging, dette fremkommer av pbl. § 1-8. Dispensasjon er ikke omsøkt, eller gitt på annet grunnlag.

Søknadsplikt

Arealoverføring er søknadspliktig i henhold til plan- og bygningsloven § 20-2 jf. § 20-1 bokstav m). Arealoverføring fra 182/214 til 182/302 er ikke omsøkt, og det er ikke gitt tillatelse til tiltak på annet grunnlag.

Matrikkelføring

Arealoverføring fra 182/214 til 182/302 ble registrert i matrikkelen 06.09.2017.

Det fremkommer av matrikkellova § 6 bokstav d) at oppmålingsforretning skal gjennomføres før arealoverføring kan registreres. Ved oppmålingsforretning skal kommunen kontrollere at alle nødvendige offentlige tillatelser foreligger, dette fremkommer av matrikkelforskriften § 27.

Registreringen i matrikkelen er et enkeltvedtak som kan påklages i henhold til regler om klage i forvaltningsloven (fvl), dette fremkommer av matrikkellova § 46 bokstav a).

Forvaltningspraksis

I gamle Ørland kommune var det over tid etablert en forvaltningspraksis som tilsa at små tilleggsareal ble arealoverført uten at dette var omsøkt etter plan- og bygningsloven, forutsatt at arealet var av begrenset størrelse og fremsto som kurant. Forvaltningspraksisen er nå endret slik at søknadsplikten blir overholdt.

Klage:

Enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse, jf. fvl. § 28.

Klagefristen er 3 uker fra det tidspunkt underretning er kommet frem til vedkommende part. Dersom underretning ikke er mottatt, løper fristen fra det tidspunkt han har eller burde ha skaffet seg kjennskap til vedtaket. Om vedtaket går ut på å tilstå noen en rettighet, skal klagefristen for andre likevel løpe ut når det er gått 3 måneder fra det tidspunkt vedtaket ble truffet.

Klager *kan* jf. fvl. § 31 behandles på tross av oversittet klagefrist, dersom parten ikke kan lastes for oversittet frist, eller dersom det er særlige grunner til at det er rimelig at klagen blir prøvd. Dette er et unntak som ikke kommer til anvendelse dersom det er gått mer enn 1 år siden vedtaket ble truffet.

Omgjøring av vedtak uten klage

Kommunen *kan* i enkelte tilfelle omgjøre eget vedtak uten at det påklaget, jf. fvl. § 35. Det er sikker rett at omgjøringsadgangen i utgangspunktet er diskresjonær, dvs. at dette er opp til kommunens frie skjønn.

Endring uten klage *forutsetter* enten at vedtaket er ugyldig, eller at gyldig vedtak kan endres uten at det er til skade for noen som blir tilgodesett eller retter seg mot, eller underretning ikke er kommet frem til den som bygger rett på vedtaket. Omgjøring av gyldig vedtak er ikke aktuelt i denne saken, mulig ugyldighet må vurderes.

Dersom vedtaket er ugyldig, må det vurderes hvilken konsekvens dette må, kan eller bør få.

Vedtaket kan i tilfelle omgjøres, ved at matrikkelregistreringen reverseres dvs. at tomta får sin opprinnelige avgrensing. Dersom partene ønsker det kan det etter omgjøring eventuelt søkes om de nødvendige tillatelser. Dersom tillatelsene blir gitt, kan ny arealoverføring gjennomføres.

Det følger i utgangspunktet ingen plikt til omgjøring, av ordlyden i fvl. § 35 første ledd bokstav c). Rettslig grunnlag for en slik plikt må eventuelt være alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Om vi har en plikt til å gjøre om arealoverføringen i denne saken, beror på en konkret helhetsvurdering med interesseavveining.

Dersom en omgjøring er til skade for en part som har innrettet seg etter vedtaket, kan det tale for at vedtaket ikke må, kan eller bør omgjøres. Ved vurderingen må alle relevante hensyn veies opp mot hverandre, også hensynene til den/de som blir/kan bli skadelidende av at vedtaket *ikke* blir rettet.

Kontrollutvalg

Kommunens kontrollutvalg skal føre løpende tilsyn og kontroll med den kommunale forvaltningen, på vegne av kommunestyret. Utvalgets arbeid reguleres av kommuneloven § 23-1 og forskrift om kontrollutvalg og revisjon.

Sakens dokumenter

Vi har i denne saken søkt råd fra fylkesmannen. Klager har uttrykt misnøye ved dette, og til vår saksbehandling generelt. Vi vedlegger dialog med klager og fylkesmannen i vedlegg 6 – 11.

Administrasjonens vurdering

Klagen

Klagen er fremsatt mer enn et år etter at arealoverføringen ble registrert. Klagen må avvises jf. den absolutte klagefrist i forvaltningsloven § 31 tredje ledd. Kommunen finner på dette grunnlaget at det ikke er nødvendig å ta stilling til om klager har rettslig klageinteresse.

Ugyldighet

Det skulle vært søkt om tillatelse til tiltak jf. pbl. § 20-2 og dispensasjon jf. pbl. § 19-2. At dette var gjort, og søknadene var innvilget, skulle vært kontrollert før oppmålingsforretning ble gjennomført. Arealoverføringen er gjennomført på bristende grunnlag, og dette er en saksbehandlingsfeil.

Det fremkommer av fvl. 41 at vedtak likevel er gyldige dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Det fremkommer av rettspraksis at det er tilstrekkelig at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at feilen har fått betydning for vedtaket. I denne saken fremstår det som klart at manglende saksbehandling etter plan- og bygningsloven kan ha virket inn på det endelige resultatet, dvs. arealoverføringen - selv om dette ikke vurderes som sannsynlig. Arealoverføringen som er gjennomført er etter administrasjonens vurdering et ugyldig enkeltvedtak.

Omgjøringsadgang

Departementet har uttalt at vedtak som er i strid med lov eller forskrift som hovedregel kan annulleres, og at omgjøringskompetansen er vid. Administrasjonen kan ikke se at det er forhold i denne saken som medfører at omgjøring er utelukket.

Omgjøring

I denne saken var kommunen både grunneier/selger, plan- og byggesaksmyndighet og matrikkelfører. Den mangelfulle praksisen kan ikke på noen måte tilskrives forhold som kjøperen av tilleggsarealet har ansvaret for.

Det er nå mer enn 3 år siden arealoverføringen ble gjennomført. Kjøper har innrettet seg etter tomtas nye nabogrenser og planlegger husbygging. Han har fått tillatelse til å rive den gamle boligen, og har lagt ressurser i å prosjektere ny bolig. Sivilombudsmannen uttalte i SOM-2012-

1080 at det vanskelig kan sies noe presist om hva som er for lang tid ved omgjøring etter fvl. § 35 første ledd bokstav c), men at grensen for det akseptable som et generelt utgangspunkt er passert når det er gått to og et halvt år. Dette er kun en vurdering av *generelt* utgangspunkt og gir ingen absolutt tidsfrist for forvaltningens adgang til omgjøring.

Arealoverføringen berører kun tomtegrenser og gir ikke kjøper rett til å bygge på tilleggsarealet. Arealet kan likevel få betydning for hvor ny bolig kan plasseres på den *oppriinnelige* tomte, jf. firemetersregelen i pbl. § 29-4. Dersom han vil bygge noe på tilleggsarealet må han eventuelt søke om dispensasjon fra arealformålet i gjeldende reguleringsplan og byggeforbudet mot sjøen.

Klager anfører at dette dreier seg om et areal om kommunen eventuelt må erstatte. Dette er ikke riktig. Dersom det hadde blitt søkt om dispensasjoner for delingen ville kommunen som plan- og byggesaksmyndighet vurdert om hensynene bak arealformålet og bygge/deleforbudet blir vesentlig tilsidesatt om dispensasjoner for arealoverføring blir godkjent. Det er administrasjonens vurdering at så ikke var tilfelle i denne saken. Denne reguleringsplanen er gammel og betydelige områder ble satt av til arealformålet leikeområde/friområde. Store deler av dette arealet fremstår som restareal som er uegnet til leik eller friluftsliv. Dette gjelder også de 180 kvadratmeter som er overført i denne saken, dette er bratt terreng som aldri har vært tilrettelagt for bruk, eller brukt til ferdsel eller annet. Det er fortsatt en åpen korridor med friareal tilhørende kommunen på minimum 28 meter vest for boligeiendommen, dette arealet er noe mindre kupert enn det overførte arealet, og det strekker seg ned til sjøen.

Nærmeste nabo mot vest har sin nabogrense 28 meter fra tilleggsarealet. Klager har sin bolig ca. 140 meter i horisontalplanet, mot nord. Administrasjonen kan ikke se at arealoverføringen har medført at generell brukbarhet av områder til leik og friluftsliv, herunder tilgangen til strandsona, er blitt endret i særlig grad for naboer eller en større krets av beboere i området.

Medgått tid, kjøpers innrettelse herunder ressursbruk i forbindelse med prosjektering av bolig, og manglende ulempe for andre, tilsier etter administrasjonens vurdering at kommunen ikke bør eller må oppheve vedtaket og reversere matrikkelføringen.

Kontrollutvalgets rolle

Klager har anmodet om at saken sendes over til kontrollutvalget. Saken sendes kontrollutvalgets sekretariat for vurdering og eventuell saksforberedelse knyttet til de spørsmål som er reist i saken.

Klager peker på at kjøperne er ansatt i kommunen, og at pris på 45 kr/m² er «*gibortpris*». Vi kan ikke se at anførselen på at prisen var 45kr/m² stemmer. Ifølge kjøpsavtalen ble prisen satt til 50kr/m². Ørland kommune opererte med faste priser for salg av denne type små tilleggsarealer. Prisen var 100kr/m² i Brekstad sentrum og 50kr/m² utenfor sentrum. Prisen er dermed i tråd med dagjeldende praksis.

Liz Raaken var i 2017 enhetsleder for hjemmetjenesten i gamle ørland kommune. Arild Livard Risvik var fra 01.07.2017 ansatt som personal- og organisasjonssjef i gamle Bjugn kommune, før dette var han ansatt i Snillfjord kommune. Administrasjonen kan ikke se at kjøperne har fått fordeler i kraft av sine stillinger i kommunene Ørland og Bjugn, da verken saksgangen eller prisen skiller seg ut fra lignende saker i samme periode. Stillingene til kjøperne verken var eller

er innpasset slik i delegasjonsreglementet at det er grunn til å vurdere om arealoverføringen er gjennomført av person som er inhabil.

Vedlegg

- 1 Salg av friområde på Ottersbo
- 2 Svar på brev datert 07.08.20 vedrørende arealoverføring fra 182\214 til 182\302
- 3 Vedrørende arealoverføring fra 182/214 til 182/302 - realitetsavgjørelse
- 4 Vedrørende arealoverføring fra 182/214 til 182/302 - kopi av brev til Fylkesmannen
- 6 Anmodning om veiledning
- 7 Svar på anmodning om veiledning
- 8 Svar på henvendelse vedrørende arealoverføring fra 182/214 til 182/302
- 9 Vedrørende arealoverføring fra 182/214 til 182/302
- 10 Om saksbehandling m.v.
- 11 Vedrørende saksbehandling m.v.

Saksprotokoll i Planutvalget - 13.10.2020

Behandling:

Hans Eide ba om å få sin habilitet vurdert. Planutvalget vedtok at Hans Eide ikke er inhabil i saken.

Votering

Kommunedirektørens innstilling enstemmig vedtatt.

Vedtak:

Vurdering av klagen:

Ørland kommune ved Planutvalget avviser klage på enkeltvedtak for arealoverføring, uten realitetsbehandling. Avvisningen er begrunnet i at absolutt klagefrist i fvl. § 31 tredje ledd er oversittet.

Avvisningsvedtaket er et enkeltvedtak som kan påklages.

Vurdering av ugyldighet:

Ørland kommune ved Planutvalget har drøftet om enkeltvedtak for arealoverføring bør oppheves og registreringen i matrikkelen reverseres.

Planutvalget har etter en konkret vurdering besluttet at vedtaket ikke oppheves, og at registreringen i matrikkelen blir stående uendret. Ved vurderingen er det lagt til grunn at vedtaket var og er ugyldig - og at kommunen har rett, men ikke plikt, til å oppheve vedtaket og reversere registreringen i matrikkelen. Ved vurderingen er det lagt avgjørende vekt på at dette har vært en systemsvikt som kjøper av arealet ikke kan lastes for og at de har innrettet seg

etter vedtaket i mer enn 3 år. Planutvalget minner likevel om at arealoverføringen ikke gir rett til bebyggelse på arealet, og at dette eventuelt må avklares innen rammene av gjeldende reguleringsplan og plan- og bygningslovens regler om søknadsplikt m.v.

Dette er en beslutning og ikke et enkeltvedtak. Beslutningen kan ikke påklages.

Samlet saksfremlegg oversendes på klagers begjæring til kontrollutvalgets sekretariat.