



Ørland kommune

Postboks 43

7159 BJUGN

Saksbehandler, innvalgstelefon

Anna Carina Handberg, 73 19 91 90

Vedtak i klagesak - dispensasjon fra kommuneplan - fradeling av tilleggsareal fra 71/6 til 71/173 – Ørland kommune

Saken gjelder klage over Ørland kommunes vedtak om å innvilge søknad om fradeling av tilleggsareal og tilhørende dispensasjoner. Statsforvalteren har etter en gjennomgang av saken kommet til at kommunens vedtak er ugyldig, og må oppheves. Saken sendes tilbake til kommunen for videre behandling.

Statsforvalteren viser til Ørland kommunes oversendelse hit av 28. januar 2021 hvor den ovennevnte klagesaken ble oversendt for endelig klagebehandling.

Sakens bakgrunn

Ansvarlig søker, Halvor Jørgen Lysø, eier av eiendommen 71/6, søkte 20. juni 2019 om fradeling av to teiger som tilleggsareal til 71/173, samt tilhørende dispensasjoner. Søknaden ble endret den 26. november 2019, til å gjelde et noe mindre samlet areal. Kommunen innvilget dispensasjon fra pbl § 1-8 og arealformålet i reguleringsplan den 15. desember 2020. Delingstillatelse ble gitt i vedtak av 21. desember 2020.

Pretor Advokat AS, på vegne av fester av naboeiendom 71/6/5, påklagde kommunens vedtak i brev datert 7. januar 2021. Klagen retter seg mot både dispensasjonsvedtaket og vedtaket hvor fradelingstillatelsen ble gitt. Kommunen behandlet klagen på vedtakene samlet i møte 26. januar 2021. Det ble besluttet å ikke ta klagen til følge. Saken ble følgelig sendt Statsforvalteren i Trøndelag for endelig avgjørelse.

Klager har ved sin advokat inngitt utfyllende kommentarer til klagen i brev av 12. februar 2021. Der er vist til mange av de samme punktene som i brev fra samme advokat sendt til Ørland kommune 13. oktober 2020, og i klage 7. januar 2021. Statsforvalteren har ikke funnet grunn til å legge utfyllende kommentarer fram for øvrig part eller kommunen, da tilleggsmerknadene i seg selv ikke har vært avgjørende for utfallet av vår klagebehandling.

Klagen

Følgende er kun et sammendrag, det vises ellers til klagen i sin helhet.



Klager oppfatter at kommunen har lagt uriktig faktum og rettsanvendelse til grunn for sine vedtak. Videre mener klager at vedtakene lider av saksbehandlingsfeil som har virket inn på vedtakenes innhold.

Klager er uenig med at kommunen ikke kan konkludere med sikkerhet at eksisterende hytte på bnr. 173 er plassert i strid med tillatelse. Det er uansett kommunens plikt etter fvl § 17 å utrede konkret om plasseringen av hytten på bnr. 173 er i strid med tillatelsen. Dette er en saksbehandlingsfeil som gjør seg gjeldende for begge vedtak og har virket bestemmende på innholdet, jf. fvl § 41.

Det anføres videre at det etter plan- og bygningsloven kun kan gis dispensasjon til et konkret tiltak. Det må avklares hva det skal gis dispensasjon for, kommunen synes å se bort fra at det allerede, uten at tillatelse, er foretatt vesentlig terrenginngrep og opparbeidet parkeringsplass på arealet som søkes fradelt. Dispensasjonene framstår å være gitt på generelt grunnlag. Vedtaket av 18. desember 2020 er ikke tilstrekkelig begrunnet, jf. fvl § 25.

Klager oppfatter den konkrete dispensasjonsvurderingen som uriktig, kommunen har begått en rettsanvendelsesfeil. Hensyn bak pbl § 1-8 anføres å være vesentlig tilsidesatt. Klager kan videre ikke se at det er noen relevante fordeler knyttet til areal- og ressursdisponering som tilsier en dispensasjon. Fradelingen innebærer kun ulemper i et areal- og ressursdisponerings øyemed.

Klager oppfatter at opparbeidelse av stor parkeringsplass, bad, inngangsparti evt. soverom som forespeilet medfører en forringelse av klager sine uteområder og øvrige stedlige kvaliteter. Kommunen har ikke hensyntatt dette. Etablering av p-plass i området vil være dårlig tilpasset landskapet og framstå ruvende i kystlandskapet. Historikken omkring feilplassering av bebyggelsen på 71/173 må også tas i betraktning. Hyttens feilaktige plassering medfører at hytten er ruvende i terrenget og til stor ulempe for klager sin bakenforliggende bebyggelse. Dette forsterkes ytterligere ved dispensasjonen som er gitt.

Kort sammendrag av brev 12. februar 2021:

Klager oppfatter at kommunen ikke hensyntar sin tidligere praksis for bebyggelse i området og opptrer historieløs når de, uten nærmere begrunnelse, velger å ikke ta stilling til hvorvidt bebyggelsen er feilplassert. Det vises til historikk i området. Klager viser igjen til at kommunen burde hensyntatt den anførte feilplasseringen i sine vurderinger.

Videre oppfatter klager kommunens dispensasjonsvurdering å være mangelfull. Dispensasjonssøknaden kan heller ikke ses å være begrunnet, jf. pbl § 19-1. Dette innebærer ifølge klager et brudd på utredningsplikten etter fvl §§ 17 og 33.

Klager viser til at tomten vil få en helt annen avgrensning enn det som er angitt i plankartet. Klager kan ikke se at kommunen har vurdert dette. Kommunen har ikke vurdert oppføring av grillhytte opp mot planbestemmelse § 2. Fradeling til privat parkeringsplass er i strid med bestemmelse § 6.

Det anføres at kommunen ved å legge vekt på kommunens ønske om å spare egen kapasitet og tiltakshaver for planarbeid, har lagt vekt på utenforstående hensyn. I likhet med i klagen vises det til at det er uklart hva det gis dispensasjon for, og manglende grunnlag for dispensasjon.

Det vises til at Eidsbuktveien 52 og 40 ikke har mottatt nabovarsel, klager anfører at begge burde blitt varslet.



Statsforvalteren bes fatte vedtak om avslag på søknad om fradeling. Klager ser gjerne at Statsforvalteren befarer området.

Statsforvalteren bemerker

Statsforvalterens myndighet som klageinstans

Statsforvalterens myndighet som klageinstans framgår av forvaltningsloven (fvl.) § 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 har blitt til på lovlig måte. I tillegg kan Statsforvalteren 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 (2) siste punktum, 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 skjønn.

Klagefrist og rettslig klageinteresse

Klager er klageberettiget, jf. fvl. § 28. Klagen er levert i tide, jf. fvl. § 29. Vilåårene for å behandle klagen er oppfylt, jf. fvl. §§ 28 – 34.

Rettslig utgangspunkt

Det følger av pbl. § 21-4 (1) at kommunen «skal» gi tillatelse til det omsøkte tiltaket «*dersom tiltaket ikke er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av*» plan- og bygningsloven. Bestemmelsen gir uttrykk for den såkalte byggeretten eller legalitetsprinsippet i byggesaksbehandlingen, og innebærer at kommunen har plikt til å gi tillatelse til et tiltak så fremt det ikke foreligger klar hjemmel for avslag. Hjemmel for avslag kan blant annet være bestemmelser i plan- og bygningsloven, bestemmelser i forskrift med hjemmel i plan- og bygningsloven eller gjeldende planer.

Dersom tiltaket «*er i strid*» med bestemmelser i lov eller forskrift, eller gjeldende planer, vil tillatelse til tiltaket være betinget av at det med hjemmel i pbl. § 19-2 gis dispensasjon. Kommunen kan da ikke gi tillatelse uten at det først er søkt om og innvilget dispensasjon etter reglene i pbl. §§ 19-1 og 19-2.

Planstatus

Av pbl §§ 11-6 (2) og 12-4 (2) følger det at tiltak ikke må utføres i strid med kommuneplanens arealdel og gjeldende reguleringsplan.

I kommuneplanens arealdel for Ørland kommune er området vist som detaljeringssone – Reguleringsplan skal fortsatt gjelde. Gjeldende reguleringsplan er Lysøy Gård, i kraft 27. oktober 1994. Planen består av plankart og tilhørende bestemmelser.

Reguleringsplanen viser områder avsatt til landbruksområde - jord- og skogbruk, samt fritidsbebyggelse. Arealet som omfattes av planen er i all hovedsak avsatt til jord og skogbruk. Arealer til fritidsbebyggelse er kun vist som relativt små spredte områder i plankartet, med varierende størrelse og form. Den omsøkte fradeling vil berøre areal avsatt til jord og skogbruk. Delingen er i strid med arealformålet, og er betinget av dispensasjon for å kunne tillates.



Av pbl. § 1-8 (2) framgår et generelt bygge og deleforbud i 100- metersbeltet langs sjø, dette gjelder hvor annen byggegrense mot sjø ikke er regulert i plan. Nåværende tomtegrense mot sjø er ca. 92 meter fra strandlinjen, omsøkt grense er ca. 80 meter fra. Deler av arealet som søkes fradelt og tillagt som tilleggsareal ligger altså innenfor 100 metersbeltet langs sjø. Det er ikke vist byggegrense mot sjø i plan, og fradelingen vil også være betinget av dispensasjon fra § 1-8 for å kunne tillates.

Rettslig grunnlag for dispensasjon

Det følger av pbl. § 19-2 (1) at kommunen «kan» gi varig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i plan- og bygningsloven. Bestemmelsen gir kommunen hjemmel for etter en skjønnsvurdering å innvilge dispensasjon.

Denne skjønnsutøvelsen er etter pbl. § 19-2 (2) underlagt begrensninger. Etter pbl. § 19-2 (2) første punktum kan dispensasjon ikke gis dersom «hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse blir vesentlig tilsidesatt.» Videre må fordelene med dispensasjon være «klart større enn ulempene etter en samlet vurdering», jf. pbl. § 19-2 (2) andre punktum.

Når det gjelder vurderingen som skal foretas etter vilkårene i pbl. § 19-2 (2), uttales det følgende i forarbeidene:

«Andre ledd avgrenser kommunens adgang til å gi dispensasjon. Vilåret «særlige grunner» i gjeldende § 7 er erstattet med en mer detaljert angivelse som klargjør og strammer inn dispensasjonsadgangen. Det kreves at hensynene bak den bestemmelsen det dispenseres fra ikke blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må det foretas en interesseavveining, der fordelene ved tiltaket må vurderes opp mot ulempene. Dagens § 7 blir praktisert slik at det er tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt, men etter den nye bestemmelsen må det foreligge klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon. Ordvalget innebærer at det normalt ikke vil være anledning til å gi dispensasjon når hensynene bak bestemmelsen det søkes dispensasjon fra fortsatt gjør seg gjeldende med styrke.»

Hvorvidt vilkårene for dispensasjon i pbl. § 19-2 (2) er oppfylt eller ikke, vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Forvaltningslovens regel om at Statsforvalteren skal legge stor vekt på det kommunale selvstyret kommer i betraktning kun ved den etterfølgende interesseavveiningen av om dispensasjon «kan» gis, jf. pbl. § 19-2 (1).

Statsforvalteren bemerker ellers at vilkårene i pbl. § 19-2 (2) er kumulative. Dette innebærer at begge vilkårene i andre ledd må være oppfylt for at dispensasjon skal kunne gis.

Statsforvalterens vurdering

Statsforvalteren vil i det følgende vurdere gyldigheten av Ørland kommunes vedtak om dispensasjon og fradelingstillatelse.

- Dispensasjon fra arealformål i plan

Det klare utgangspunkt er at en reguleringsplan fastsetter framtidig arealbruk for området og er bindende for nye tiltak, jf. pbl § 12-4 (1). Tiltak må ikke være i strid med reguleringsplanens formål eller bestemmelser.

Kommunen har i sin dispensasjonsvurdering knyttet til arealformålet, i forhold til første vilkår i pbl



§ 19-2 (2), kort slått fast at hensynene bak arealformålet jord- og skogbruk i reguleringsplan ikke blir vesentlig satt til side ved dispensasjon. Det er lagt avgjørende vekt på at arealet som skal fradeles og tillegges 71/6 er uproduktivt.

I gjeldende plankart er området som omfattes av planen i det vesentlige avsatt til landbruksområder med underformål jord og skogbruk. Dette er arealer som i det vesentlige skal holdes fri for inngrep som ikke har direkte tilknytning til landbruk eller stedbunden næring.

Arealer avsatt til fritidsbebyggelse er som nevnt kun vist som små, spredte og avgrensede områder i plankartet. Det kan se ut som arealet som er regulert til jord- og skogbruk, og som ligger mellom arealer avsatt til fritidsbebyggelse, i all hovedsak er uproduktivt. De produktive arealene ser ut til å ligge i ytterkant av reguleringsområdet, det er likevel tatt et konkret valg om å regulere arealene mellom fritidsbebyggelsen til landbruksområder ved utarbeidelse av planen, og på den måten også begrenset områdene regulert til fritidsbebyggelse. Statsforvalteren mener det vil være relevant i dispensasjonsvurderingen å vise til hva som begrunnet den konkrete arealdisponeringen i den gjeldende planen.

Statsforvalteren savner at kommunen i større grad tar utgangspunkt i den konkrete gjeldende reguleringsplanen ved identifisering og redegjørelsen av aktuelle hensyn bak arealformålet, og vurderingen om disse blir vesentlig tilsidesatt ved dispensasjonen. Ved å bare vise til at det er tale om uproduktivt areal, framstår kommunens vurdering knyttet til første vilkår i pbl § 19-2 (2) som noe mangelfullt begrunnet.

Etter Statsforvalterens syn kan det videre være grunn til å stille spørsmål ved om planen med sine konkrete avgrensninger av arealformål, også har ment å direkte regulere størrelsen og dermed også tomtegrensene for fritidsbebyggelsen i planområdet.

Statsforvalteren vil også minne om at bestemmelsen i pbl § 19-2 forutsetter at det tas en vurdering av om dispensasjon vil medføre at hensynene i plan- og bygningslovens formålsbestemmelse (pbl § 1-1) vil bli vesentlig tilsidesatt. Kommunens vedtak i denne saken inneholder ikke en begrunnelse eller drøftelse av vesentlighetsvilkåret opp mot disse hensynene.

Når det gjelder vilkåret om at fordelene ved å gi dispensasjon må være *«klart større enn ulempene»*, er det i hovedsak de samfunnsmessige hensyn (allmenne interessene) av planfaglig og arealdisponeringsmessig karakter som her kan tillegges vekt, og som må avveies når det snakkes om fordeler og ulemper. Begrepet *«klart større»* innebærer at det må foreligge en kvalifisert overvekt av hensyn som taler for dispensasjon, det er ikke tilstrekkelig å vise til et fravær av ulemper.

Kommunen har i denne saken lagt til grunn at arealet mot nord kan gi en fin uteplass uavhengig av om det kan bygges noe der, og at det er en fordel at adkomst og parkering sør for hytta blir på egen eiendom. Administrasjonen vurderer at eier av 71/173 har en betydelig interesse i å få en mer brukbar tomt, som kan være egnet for videreutvikling av eiendommen. Videre viser kommunen at det er en fordel at kommunen ikke må bruke en begrenset kapasitet til planarbeid, for å legge til rette for en liten utvidelse av en tomt i et bebygd hytteområde. Kommunen har ikke identifisert noen relevante ulemper i fordel/ulempevurderingen.

Til denne vurderingen bemerker vi at dersom det skal kunne sies å være en relevant fordel med større tomt, må man ta utgangspunkt i at eiendommen med de grensene den har i dag, ikke framstår som egnet til bruken som fritidseiendom. Vi kan ikke se at det er redegjort for at eiendommen 71/173, med den utforming den har i dag, ikke er brukbar. Her må det eventuelt



begrunnes på hvilken måte det anses å være en planfaglig og arealdisponeringsmessig fordel at det gis dispensasjon til å fradele arealet (som er regulert til jord og skogbruk, og fortsatt vil være det etter en eventuell innvilgelse av dispensasjon) slik at dette tillegges eiendommen 71/173.

Når det gjelder anført fordel knyttet til at adkomst og parkering blir på egen tomt, bemerker Statsforvalteren at reguleringsplanen ikke viser regulert adkomstvei og parkering inn til hver enkelt eiendom, heller ikke til eiendommen 71/173. I plankartet er det bare regulert en vei gjennom planområdet, samt en felles parkeringsplass. Dette forholdet er ikke kommentert av kommunen. Vi ser at flertallet av fritidseiendommene som er omfattet av planen, ikke har parkering inne på egen tomt. Dispensasjonsvurderingen må begrunnes ytterligere også på dette punkt.

Når det gjelder anført fordel knyttet til at kommunen ved å innvilge dispensasjon ikke trenger å bruke kapasitet til planarbeid, er ikke dette en relevant fordel som kan vektlegges.

Statsforvalteren har etter dette kommet til at kommunens dispensasjonsvurdering er mangelfullt begrunnet også når det gjelder fordel/ulempevurderingen.

- *Dispensasjon fra pbl § 1-8*

All bygging i 100-metersbeltet langs sjøen er som hovedregel forbudt. Forbudet gjelder også deling og sammenføring av eiendom. Forbudet framgår direkte av pbl § 1-8 hvor det også er presisert at det i dette området skal særlig tas hensyn til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser. Lovgiver har understreket at strandsonen er av nasjonal interesse, og skal holdes uberørt. Det skal være en snever adgang til å gi dispensasjon fra bygge og deleforbudet. I forarbeidene står det: «*Det er et nasjonalt mål at strandsonen skal bevares som natur- og friluftsområde tilgjengelig for alle. Regjeringen ønsker en strengere og mer langsiktig strandsone forvaltning. Det er derfor nødvendig med en streng praksis ved behandlingen av dispensasjoner i 100- metersbeltet langs sjøen.*» Hensikten med den snevre adgangen til å gi dispensasjon å unngå en uheldig utvikling hvor strandsonen bygges ned bit for bit, og bygge og deleforbudet gradvis uthules.

Når det gjelder hensyn bak bestemmelsen i pbl § 1-8, slår kommunen kort fast at disse ikke vil bli vesentlig tilsidesatt ved dispensasjonen. Eneste begrunnelse er at det fortsatt vil være god plass mellom ny nabogrense og strandlinja, og at topografien medfører at dette ikke er en naturlig oppholdsplass/gangtrasse for allmenheten.

Statsforvalteren savner også i forhold til denne dispensasjonen en grundigere vurdering hvor alle relevante hensyn identifiseres og vurderes. Hensynene står i lovteksten og omfatter natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser.

Kommunen har foretatt en samlet fordel/ulempevurderingen for dispensasjon fra arealformålet og pbl § 1-8, dette i seg selv kan være hensiktsmessig i mange tilfeller, men i dette tilfellet anses ikke den konkrete vurderingen som er foretatt å være tilstrekkelig, se over.

Etter Statsforvalterens syn kan ikke begrunnelsen som er gitt i forhold til dispensasjon fra pbl § 1-8 sies å tilfredsstille de krav som stilles til begrunnelse av dispensasjonsvedtak i samsvar med pbl § 19-2, jf. fvl §§ 24 og 25.



- *Dispensasjonssøknad*

Det følger av pbl § 19-1 at dispensasjon krever grunngitt søknad. Loven angir ikke nærmere kravet til innholdet i begrunnelsesplikten. Det må imidlertid forventes at det klart framgå av søknaden hvilke bestemmelser det søkes dispensasjon fra, og hvilket tiltak dispensasjonen knytter seg til. Med grunngitt søknad forstås videre at de grunner som taler for dispensasjon i den konkrete saken skal framgå av søknaden.

Det kan etter Statsforvalterens syn stilles spørsmål om dispensasjonssøknaden i dette tilfellet oppfyller kravene til «*grunngitt søknad*». Det er ikke vist til hvilke konkrete bestemmelser det søkes dispensasjon fra, dette burde klart framgått av søknaden. Det er heller ikke i søknaden vist til grunner hvorfor bestemmelsene det søkes om dispensasjon fra bør fravikes i dette konkrete tilfellet. Kommunen oppfordres til å ta en ny vurdering hvorvidt søknaden oppfyller kravet i pbl § 19-1.

Konklusjon

Kommunens dispensasjonsvurderinger tilfredsstiller ikke de krav som stilles til begrunnelse av dispensasjonsvedtak i samsvar med pbl § 19- 2, jf. fvl §§ 24 og 25. Det er en ikke helt fjerntliggende mulighet for at manglene ved begrunnelsen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Kommunens vedtak oppheves grunnet ugyldighet, jf. prinsippet i fvl § 41.

Som en konsekvens av at dispensasjonsvedtaket oppheves, må også fradelingstillatelsen gitt 21. desember 2020 oppheves, da denne er betinget av gyldig dispensasjonsvedtak for å kunne gis.

Saken sendes tilbake til kommunen for videre oppfølging. Statsforvalteren har ved å oppheve saken grunnet mangler ved begrunnelsen, ikke tatt endelig stilling til hva utfallet av saken vil bli ved kommunens nye behandling. Spørsmål om videre saksgang må rettes til kommunen.

Statsforvalteren fatter følgende

vedtak:

Ørland kommunes vedtak av 15. og 21. desember 2020 oppheves.

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

Statsforvalteren gjør oppmerksom på at når et vedtak blir endret til gunst for en part, kan vedkommende søke om å få dekket vesentlige sakskostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, jf. fvl. § 36. Kravet må settes frem for Statsforvalteren senest 3 uker etter at dette vedtaket er mottatt.

Med hilsen

Elisabeth Holand Sjøli (e.f.)
seniorrådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Anna Carina Handberg
seniorrådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent



Kopi til:

PRETOR ADVOKAT AS	Postboks 1734	7416	TRONDHEIM
Mette Olberg	Skolegata 14	7130	Brekstad
Halvor Jørgen Lysø	Lysøyveien 180	7168	Lysøysundet