



Osen kommune
Rådhusveien 13
7740 STEINSDALEN

Vår dato: 31.01.19 Vår ref.: 2018/13629
Deres dato: 02.07.2018 Deres ref.: 3625/2018/5020/37/23/4RBR

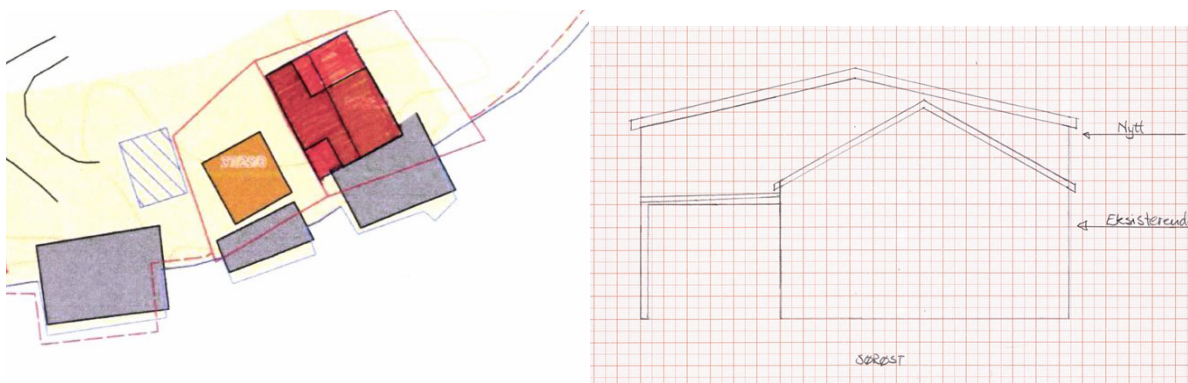
Klage over vilkår om takvinkel i vedtak om dispensasjon for oppføring av brygge/naust på eiendom 37/23 i Osen kommune - Kommunens vedtak oppheves

Saken gjelder delvis avslag på søknad om dispensasjon for oppføring av tilbygg til, og ombygging av, brygge/naust. Kommunen ga dispensasjon fra arealformål LNF og pbl. § 1-8, men avsto søknad om dispensasjon til å endre takvinkel på bryggen. Etter en gjennomgang av saken er Fylkesmannen kommet til at tiltaket er avhengig av dispensasjon fra pbl. § 1-8, men ikke fra arealformålet LNF. Videre konkluderes det med at vedtaket lider av svikt i begrunnelsen, slik at vilkårene for å dispensere ikke er godtgjort som oppfylte. Kommunens vedtak er etter dette i sin helhet ugyldig, og oppheves, jf. fvl. § 35.

Vi viser til Osen kommunes oversendelse hit av 02.08.2018, samt ettersendelse den 03.10.2018, hvor ovennevnte sak ble oversendt Fylkesmannen for endelig klagebehandling. Fylkesmannens myndighet som klageinstans følger av plan- og bygningsloven (pbl.) § 1-9 og delegering fra overordnet departement. Vi beklager lang saksbehandlingstid.

Saken gjelder

Tiltakshaver Jan-Ketil Buarø AS søkte den 12.01.2018 om tillatelse til tiltak og dispensasjon fra kommuneplanens arealdel og pbl. § 1-8 for oppføring av tilbygg/ombygging av brygge ved eiendommen gnr. 37/23 ved Ytre Skjervøya i Osen kommune. Bakgrunnen for søknaden var behov for lagringsplass til lagring av utstyr som teiner, tau og fiskekasser. Tiltakshaver er yrkesfisker. Omsøkte brygge hadde BYA på 72,0 m². Tilbygget skulle få BYA på 36,4 m². Eksisterende brygge skulle heves fra 2,9 m til 4,2 m på rafta, mens mønet skulle heves fra 4,7 m til 5,5 m. I forbindelse med ombyggingen ble det søkt om endring av takvinkel til 150 mot opprinnelig 300. Situasjonsplan og tegning fra søknaden viser inntegnet bygning, og endring:



Saken ble sendt på høring til Fylkesmannen i Sør-Trøndelag og Sør-Trøndelag fylkeskommune. Fra kommunens saksfremstilling hitsettes:

«Fylkesmannen påpeker at omsøkt tiltak befinner seg i et område som potensielt kan bli berørt av stormflo og havnivåstigning. Deres aktsomhetskart er definert ut fra beregninger av terrenghelning og er ikke basert på feltundersøkelser. Dersom bygningens plassering i forhold til sjø kan få betydning fra for eksempel stormflo må dette vurderes. (...)»

Administrasjonen innstilte på dispensasjon på enkelte vilkår. Hovedutvalg for utvikling og Miljø (heretter utvalget) fattet den 09.05.2018 i vedtak 16/18 følgende vedtak i tråd med administrasjonens innstilling:

«Osen kommune ved Hovedutvalg for Utvikling og Miljø gir med hjemmel i pbl. §§ 19-2 og 29-2 dispensasjon fra kommuneplanenes arealdel samt pbl. § 1-8, Forbud mot tiltak mv. langs sjø og vassdrag, for oppføring av tilbygg / ombygging av brygge med en avstand på 1,0 meter fra nabogrense ved gnr. 37/4 og 37/25. Byggetillatelse jfr. pbl. § 20-1, pkt. a gis med følgende vilkår:

Brygga skal oppføres med en takvinkel mellom 30o og 40o.

Reviderte tegninger skal godkjennes av saksbehandler før tiltaket igangsettes.

Den delen av brygga som kommer nærmere nabobrygga enn 8,0 m skal sikres med brannhindrende kledning, både vegger og tak.

Begrunnelse:

Fordelene med tiltaket anses å være klart større enn ulempene. Tiltaket er vurdert til ikke å være i strid med prinsippene i nml. §§ 8-12».

Begrunnelsen for vilkåret om takvinkel var følgende (hitsatt fra Rådmannens saksfremstilling):

«I tillegg ønskes rafta på eksisterende brygge hevet fra 2,8 til 4,1 m, mens takvinkel senkes til 15°, noe som gjør at fasaden som i dag har fasong som en brygge, vil minne mer om en lagerbygning. (...)»

Brygger og naust vil ofte ha en takvinkel mellom 35o og 40o takvinkel. Dersom ombygging av brygga godkjennes som omsøkt, vil den få et utseende som avviker fra de fleste bryggene i Skjervøyvågen, da disse stort sett har saltak med en takvinkel mellom 30o og 40-45o.

Det er et generelt ønske om å bevare litt av den gamle byggeskikken som er igjen langs kysten, og i Osen intet unntak. Dvs. at utforming av brygger så langt det lar seg gjøre bør tilpasses bryggestil, dvs. som de fleste brygger i området.

Det er viktig å ivareta denne byggeskikken så langt det lar seg gjøre. Selv om brygga vil bli noe høyere, vil en anbefale dette mot at brygga får en takvinkel på 15o.»

Vedtaket ble påklaget av søker i brev av 30.05.2018. I klagebehandlingen vurderte kommunen klagers anførsler og avviste forskjellsbehandling. Kommunen tok ikke klagen til følge, men tilføyde følgende:

«Osen kommune ved Hovedutvalg for Utvikling og Miljø opprettholder sitt vedtak i sak 16/18 at naust ved gnr. 37/23 skal oppføres med en takvinkel mellom 30 — 40°, men påpeker at bygget kan oppføres med en rafte høyde på 4,2 m.»

Saken ble oversendt FMTL for endelig behandling den 02.08.2018.

Klagen

Klagen var i hovedtrekk begrunnet slik:

- «Bryggenes» funksjon hadde endret seg siden 1960-tallet, herunder endret lagringsbehov (trenger ikke lagre i høyden, som før) pga. at materialene utstyret lages av er endret.
- Driftsformen til søker nødvendiggjorde omfattende endringer av eksisterende sjøhus. Utformingen av taket ville gjøre driften økonomisk hensiktsmessig.
- Argumentet om «tradisjonell byggeskikk» måtte ikke gjør det vanskeligere for næringsutøvere, og det var dessuten ikke «tradisjon» så lang tilbake i det gjeldende området.
- Det ble vist til at de fire eksisterende byggene i området hadde ulik utforming og bruk. Det ble videre vist til ulike områder i kommunen hvor brygger og sjøhus har fått ulik takutforming, og stilt spørsmål ved om det gjaldt ulike regler for ulike deler av kommunen.

Klager krevde omgjøring av vedtaket på punktet for vilkår om takvinkel og avsluttet klagen slik: *«Jeg vil påpeke at saken gjelder næringsutøvelse og at jeg ønsker et moderne, tjenlig bygg som ikke minst ivaretar ordinære HMS-krav og er tilpasset nåværende driftsform».*

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 vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Fylkesmannen kan stadfeste, oppheve eller fatte nytt vedtak i saken, jf. § 34 fjerde ledd.

Det følger av fvl. § 34 tredje ledd at vedtaket ikke kan *«endres til skade for klageren, med mindre dennes interesser finnes å måtte vike for omsynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser»*. Videre følger at *«Melding om slik endring må være sendt klageren innen 3 måneder etter at underinstansen mottok klagen»*. En omgjøring av de deler av vedtaket som ikke er påklaget, er en «endring til skade», da disse tilgodeser klager. Vedtaket ble oversendt Fylkesmannen i august 2018. Fvl. § 34 gir følgelig ikke hjemmel for å oppheve eller endre vedtaket.

Det følger imidlertid av fvl. § 35 første ledd bokstav c og annet ledd, at *ugyldige* vedtak kan oppheves eller omgjøres av klageinstans.

Klagefrist og rettslig klageinteresse

Klager er part og har rettslig klageinteresse, og klagen er rettidig, jf. fvl § 28 og § 29.

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 sendt inn en grunngitt søknad om, og innvilget dispensasjon, etter reglene i pbl. §§ 19-1 og 19-2.

Etter pbl. § 19-2 kan det dispenseres fra bestemmelser i, eller i medhold av, loven. Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra blir «*vesentlig tilsidesatt*». I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering. Begge vilkårene må være oppfylt. Vurderingen av om vilkårene er oppfylt er såkalt rettsanvendelsesskjønn, og hensynet til det kommunale selvstyret gjør det ikke gjeldende. Når vilkårene er oppfylte er det imidlertid underlagt kommunenes skjønn å vurdere om de ønsker å gi dispensasjon, jf. «*kan*» i pbl. § 19-2 (1), og hensynet til det kommunale selvstyret veier tungt.

Planstatus

Eiendommen gnr/bnr 37/23 er omfattet av kommuneplanens arealdel (vedtatt 07.09.2016). Området er regulert til LNFR-område, jf. pbl. § 11-7 nr. 5. Innenfor slikt formålsområde tillates kun «*nødvendige*» tiltak som har tilknytning til stedbunden næring, jf. pbl. § 11-11 nr.4. Av rundskriv H-2401 «Garden som ressurs» følger følgende kriterier for hvorvidt et tiltak er i tråd med LNFR-formål:

«*Kriterier som må være oppfylt for at tiltaket skal inngå i LNFR-formålet:*

—*Tiltaket er knyttet til produksjon på garden eller det behovet garden har for varer og tjenester, eller det er nødvendig i forbindelse med annen næringsvirksomhet knyttet til jordbruk, skogbruk, reindrift, yrkesfiske eller lignende.*»

Spørsmålet blir altså om den omsøkte endringen er «*nødvendig i forbindelse med annen næringsvirksomhet knyttet til (...) yrkesfiske*». Etter en naturlig ordlydsforståelse av «yrkesfiske» må det stilles krav om at klager har nødvendige driftstillatelser og hovedinntekt fra fiske. Jan-Ketil Buarø AS er registrert i Fiskermanntallet blad B (heltid) og har registrert fartøy, og inntekt fra dette. Etter dette må klager anses å drive med «fiske», jf. pbl. § 11-11 nr.4, og «yrkesfiske», jf. rundskrivet.

Han forklarer i søknaden at han er avhengig av endret bygning for oppbevaring av fiskeutstyr da hans to tidligere lagringsplasser nå er solgt/skal selges. Han opplyser at han nå oppbevarer deler av utstyret utendørs, og at dette gir stor slitasje. Det legges på bakgrunn av disse opplysningen til grunn av det omsøkte tiltaket gir «nødvendig» bygning med lagringsplass for å drive med yrkesfiske, jf. pbl. § 11-11 nr. 4.

Det omsøkte tiltaket er følgelig i tråd med landbruksdelen av kommuneplanens arealformål, og det er ikke nødvendig med dispensasjon fra planen, jf. plan- og bygningsloven § 19-2. Bryggen ligger imidlertid i strandsonen og omfattes av det generelle byggeforbudet i pbl. § 1-8. Det er nødvendig med dispensasjon fra denne bestemmelsen, jf. § 19-2.

Fylkesmannens vurdering

Spørsmålet for Fylkesmannen er om Osen kommunes vedtak om å innvilge dispensasjon fra pbl. § 1-8, jf. pbl. § 19-2 er gyldig. Dispensasjonen fra arealformålet kommenteres ikke nærmere da Fylkesmannen har kommet til at denne ikke var nødvendig.

Endelig vedtak av 09.05.2018 er i samsvar med administrasjonens innstilling, og det kan følgelig hentes støtte for vedtaket i saksframstillingen. Et dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2 er et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven (fvl.) § 2 (1) b, og skal begrunnes i samsvar med de kravene som oppstilles i fvl. §§ 24 og 25.

Sivilombudsmannen har i sin sak 2011/2812 redegjort for hvilke krav som stilles til begrunnelsen for et dispensasjonsvedtak. Det uttales det at «*Det må være et grunnleggende krav til begrunnelse for et dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2 at det fremgår at hvert av lovens kumulative vilkår er vurdert og hvilke konklusjoner vurderingen munnet ut i.*»

Selve vedtaket er ikke begrunnet utover setningen «*Fordelene med tiltaket anses å være klart større enn ulemperne. Tiltaket er vurdert til ikke å være i strid med prinsippene i nml. §§ 8-12.*».

I forbindelse med redegjørelsen for hvilke fordeler og ulemper dispensasjonene vil medføre, er det skrevet at ferdseilen ikke blir begrenset av tiltaket, og at tiltaket ikke kommer nærmere sjø enn det eksisterende tiltaket gjør i dag. Utover dette nevnes ikke relevante momenter tilknyttet hensyn bak pbl. § 1-8. Utvalget har tilsynelatende ikke tatt stilling til om det første vilkåret i pbl. § 19-2 er oppfylt. Det er ikke angitt hvilke hensyn som ligger bak pbl. § 1-8, og det framgår ikke noen vurdering eller konklusjon rundt hvorvidt hensynene vil bli vesentlig tilsidesatt ved dispensasjon.

I rettspraksis er det slått fast at et forvaltningsvedtak kan kjennes ugyldig når begrunnelsen ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å bedømme om vedtaket lider av innholdsmessige feil, jf. blant annet Høyesteretts avgjørelse i Rt.1981 s.745. Da det mangler begrunnelse for dispensasjonsvedtaket hva gjelder første vilkår, er det ikke er mulig å prøve den rettsanvendelsen kommunen har gjennomført. Den manglende begrunnelsen gjør at det er uklart om kommunen har forstått og anvendt pbl. § 19-2 riktig.

Bemerkning om vilkårsstillelse

Kommunen har redegjort godt for hvorfor de mener takvinkelen ikke kan godkjennes. Det følger av § 19-2 første ledd annen setning at kommunen kan sette vilkår til sin dispensasjon. Kommunens vilkår i denne saken er begrunnet i estetiske hensyn, og i tråd med estetikkhensyn i plan- og bygningslovens formålsparagraf, og er således saklig i vedtaket om dispensasjon. Vilkåret ville isolert sett kunne blitt akseptert.

Det er imidlertid en forutsetning for å stille vilkår at de alminnelige vilkårene for dispensasjon først er ansett oppfylt. Dersom ett eller flere av lovens vilkår for dispensasjon ikke er oppfylt, kan ikke dette repareres gjennom vilkår. Det må i tilfelle gis et delvis avslag på søknaden dersom vilkårene for å dispensere for det omsøkte ikke er oppfylt. Når kommunen ikke har vurdert begge vilkårene for dispensasjon og konkludert på dette, er det heller ikke anledning til å stille vilkår til dispensasjonen.

Hvorvidt Osen kommune har ansett begge dispensasjonsvilkår som oppfylt og fastsatt vilkår etter «kan»-skjønn, eller om vilkåret er ment å reparere manglende oppfylte vilkår i loven, er det ikke mulig å lese ut fra saksfremstillingen. Det er følgelig ikke mulig for Fylkesmannen å prøve gyldigheten av vilkåret.

Begrunnelsen for vilkåret får betydning for klagers anførsel om usaklig forskjellsbehandling, jf. SOMB 2017/1231. Fra uttalelsen hitsettes: «*Ombudsmannen er kommet til at vurderingen av om vilkårene i pbl. § 19-2 annet ledd er oppfylt er rettsanvendelse. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er en begrensning i forvaltningens frie skjønn og retter seg ikke mot rettsbruken. En anførsel om usaklig forskjellsbehandling vil derfor ikke ha relevans i vurderingen av om vilkårene i pbl. § 19-2 annet ledd er til stede*». Videre følger det av uttalelsen at en slik anførsel vil måtte begrenses til kan-skjønn i pbl. § 19-2 første ledd første punktum, altså spørsmålet om dispensasjon skal gis dersom de rettslige vilkårene i § 19-2 annet ledd er oppfylte.

Den mangelfulle begrunnelsen tilknyttet vilkåret får som nevnt betydning både for relevansen av anførsler om usaklig forskjellsbehandling, og for vurderingen av om det er satt et gyldig vilkår eller om kravet om takvinkel må anses om et delvis avslag.

Fylkesmannen anmoder på bakgrunn av dette om at begrunnelsen for et evt. tilsvarende vilkår i nytt vedtak klargjøres ved at man vurderer dispensasjonsbestemmelsen to vilkår for det omsøkte, før fastsettelse av estetikkvilkår. Alternativt må det gjøres endringer i søknaden for å oppfylle de to vilkårene i lovbestemmelsen. Kommunen kan også i spesielle tilfeller tilvise en annen løsning enn omsøkt i stedet for å avslå. Da ut i fra at lovens vilkår vil være oppfylt ved eks en endret utforming eller en endret plassering.

Etter Fylkesmannens vurdering foreligger det mangler ved vedtakets begrunnelse som kan tyde på svikt ved selve avgjørelsen. Det er en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at feilen har hatt betydning for vedtakets innhold, jf. Rt. 2009 s.661 avsnitt 71. Det er grunn til å regne med at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold, og vedtaket er dermed ugyldig etter prinsippet i fvl. § 41.

Konklusjon og vedtak

På bakgrunn av ovenstående og sakens opplysninger fatter Fylkesmannen følgende

v e d t a k :

Osen kommunens vedtak i sak 16/18 den 09.05.2018 oppheves og saken returneres for ny behandling i kommunen, jf. fvl. § 35. Klagen har ført frem.

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

Med hilsen

Trond Flydal (e.f.)
Seksjonsleder juridisk
Kommunal- og justisavdelingen

Victoria Sakshaug Wheeler
Seniorrådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen underskrift

Kopi til:
Jan-Ketil Buarø AS Ytre Skjærvøya 35
7742 Yttervåg