



Osen kommune
Rådhusveien 13
7740 STEINSDALEN

Vår dato: 01.02.2019
Vår ref.: 2018/15690

Deres dato: 10.09.2018
Deres ref.: 2017/586-11

Klagesaksbehandling - Klage - dispensasjon fra kommuneplanens arealdel - oppføring av naust - Buarøya - Osen 18/2

Saken gjelder klage over Osen kommunens vedtak om å innvilge dispensasjon fra LNFR-formål og pbl § 1-8, samt tillatelse til å oppføre naust på eiendommen 18/2 i Osen kommune. Kommunen tok ikke klagen til følge og saken ble deretter oversendt Fylkesmannen for endelig avgjørelse. Fylkesmannen har kommet til at kommunens vedtak må oppheves grunnet mangelfull og manglende dispensasjonsvurdering. Saken returneres kommunen for ny behandling.

Viser til oversendelse fra Osen kommune datert 10. september 2018. Fylkesmannen beklager lang saksbehandlingstid grunnet stor saksmengde.

Saksgang

Osen kommune mottok den 24. oktober 2017 søknad om dispensasjon fra LNFR-formål og pbl § 1-8 i tilknytning til oppføring av naust. Søker er Tore J. Buarø, eier av gnr. 18, bnr. 2, Osen kommune.

Kommunen v/ Hovedutvalg for Utvikling og Miljø behandlet søknaden i møte 14. februar 2018. Kommunen innvilget omsøkte dispensasjoner.

Den 17. april 2018 mottok Osen kommune søknad om tillatelse til tiltak uten ansvarsrett for oppføring av naust på 56 m² fra Tore J. Buarø. Søknaden ble godkjent av kommunen 20. april 2018.

Den 5.mars 2018 påklaget Oddbjørg Kristin Hepsø kommunens vedtak. Hepsø har tilknytning til eiendommen 18/3, naboeiendom til nausttomten. Henvendelsen som må forstås som en klage ble ikke sendt til kommunen, men til Fylkesmannen i Trøndelag. Etter lovens ordning skal klage først fremmes for det organ som har truffet vedtaket, i dette tilfellet kommunen. Klagen av 5. mars 2018 ble endelig oversendt kommunen den 28. juni 2018.

Postadresse:
Postboks 2600
7734 Steinkjer
fmltpost@fylkesmannen.no

Besøksadresse:
Steinkjer: Strandveien 38
Trondheim: Prinsensgt 1
www.fylkesmannen.no/trondelag

Telefon:
74 16 80 00
Org.nr.:
974 764 350

Saksbehandler:
Anna Carina Handberg
Telefon:

Klager henvendte seg også direkte til kommunen i brev av 6. august 2018 vedrørende samme sak.

Kommunen v/Hovedutvalg for Utvikling og Miljø behandlet klagen i møte 5. september 2018. Kommunen ser ut til å legge til grunn at både innvilgelse av dispensasjon og byggetillatelsen er påklagd. Klage tas ikke til følge. Uten at det framgår uttrykkelig av kommunens vedtak, må det forstås at både vedtak av 14. februar og 20. april 2018 stadfestes.

Klager har i anledning saken også henvendt seg til kommunen ved brev av 3. november 2018, med kopi til Fylkesmannen. Fylkesmannen anser dette brev som supplerende til tidligere innsendte klager, det framkommer imidlertid ingen nye opplysninger i brevet. Bilder under viser omsøkt plassering av naustet. Bolighuset klager har tilknytning til er markert med 1 og ligger på 18/3.:



Klagen

Hovedanførslene i klage 5. mars 2018 er at huset bak naustet mister all utsikt. Tiltakshaver har naust og sjå på Buarøya fra før, han kan gjøre plass der eller han kan leie plass et annet sted. Klager ønsker at det blir stopp på all bygging på Buarøya.

Klagen utdypes 6. august 2018, hvor følgende anføres.

- Som person med særlige interesser for Buarøya og området rundt og som kommende grunneier på Buarøya har klager ventet på oppfølging av saken gjennom behandling av byggesøknad for det planlagte naustet.

- Klager antar at nabovarsel skal sendes ut i god tid før eventuell byggetillatelse blir gitt. Har ventet på at dette skal bli sendt ut til naboer. Vil ikke vente på nabovarsel og påfølgende byggesak, ønsker å bli orientert om status i saken

- Naustet vil i stor grad ta bort den fine utsikten og redusere naturopplevelsen sett fra fritidseiendom.

-Det planlagte naustet er tenkt som oppbevaring av en Åfjord-sekstring. Slik oppbevaring burde kunne skje på fastlandet, på et område som ikke er regulert som et LNFR-område.

-Det sies i dispensasjonssaken at tiltakshaver ikke har mottatt merknader til søknaden. Dette beror sikkert på misforståelse. Verken søknad eller tilhørende nabovarsel er kjent eller sendt ut. Oppsiktsvekkende og feil saksbehandling hvis nabovarsel sløyfes. Venter at nabovarsel sendes ut i god tid før byggesøknad behandles. Vanskelig for høringsinstanser å uttale seg når naboene ennå ikke har fått sagt sitt.

-Kommunen har et lovverk og vedtatte arealplaner å forholde seg til. Stadige dispensasjoner uthuler kommuneplanen. Hensikten med slike planer blir sterkt redusert, de kvaliteter som skal tas vare på taper alt for ofte.

-Det er vanskelig å bli orientert når det arbeides med saker av betydning for hverdagen. Forvaltning av Buarøya betyr såpass mye for klager at hun vil ha innflytelse når det legges opp til ulike typer endringer eller inngrep. Ber om å bli orientert i god tid før slike tiltak settes i gang.

Det vises for øvrig til klagene 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

Kommunen har i sin begrunnelse for å ikke ta klagen til følge bemerket at Hepsø ikke er å regne som grunneier/nabo. Det følger av forvaltningsloven (fvl) § 28 (1) at ett av vilkårene for å ta en klage opp til behandling, er at klagen er framstilt av *«en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken»*.

Etter fvl § 33 (2) skal kommunen avvise saken dersom vilkårene for å behandle klagen ikke er til stede. Det framgår ikke av sakens dokumenter hvorvidt kommunen har foretatt en konkret vurdering knyttet til vilkåret i fvl § 28 (1), det er imidlertid ikke tvil om at kommunen har realitetsbehandlet klagen.

Fylkesmannen vil i det følgende foreta en vurdering knyttet til vilkåret i fvl § 28 (1), hvor første spørsmål er om Hepsø er å anse som *«part»* i saken.

Som *«part»* i saken regnes etter fvl § 2 (1) bokstav e *«person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder.»*

Når det gjelder klage over vedtak etter plan- og bygningsloven (pbl), fremgår det i juridisk teori, jf. Forvaltningsloven med kommentarer (2009), Geir Woxholt, på s. 108 at:

«Spørsmål om partsstatus er usikkert der en innvilgelse av søknaden vil føre til forskjellig slags skade og/eller ulempe for naboer og folk som bor i nærheten. Det kan f.eks. gjelde byggesøknad, søknad om adgang til å sette opp spillehall etter lotteriloven, søknad om dispensasjon fra forskjellige forbud eller reguleringsaker mv. Vil tiltaket bare innebære en viss sjenanse, kan den det angår som utgangspunkt ikke sies å være part. På den annen side vil den som berøres mer kvalifisert gjennom skadevirkninger økonomisk, faktisk og rettslig ha partsstilling. Naboer vil f. eks. være parter ved søknad om byggetillatelse, og ved utarbeidelse av reguleringsplan regnes de grunneiere og rettighetshavere som planen omfatter som parter, jf. Ot. Prp. 22 (1980-81) s. 29.»

Hepsø var verken på søknadstidspunkt, vedtaksdato eller da første klage ble sendt registrer som hjemmelshaver/eier til hele eller deler av eiendommen 18/3 som grenser til tiltakshavers eiendom, eller noen annen eiendom på Buarøya. Fylkesmannen anser ikke Hepsø å være «part» i dispensasjonssaken eller byggesaken knyttet til oppføring av naustet.

Spørsmålet blir videre om Hepsø anses å ha «rettslig klageinteresse», jf. fvl § 28.

En naturlig forståelse av ordlyden «rettslig klageinteresse» tilsier at retten til å klage på et enkeltvedtak er begrenset til å omfatte klagere som har en eller annen form for rettslig interesse i å få prøvd vedtaket. En slik ordlydsfortolkning bekreftes i lovens forarbeider, jf. Ot. prp. Nr. 38 (1964-65) s. 99, hvor det framgår at uttrykket «rettslig klageinteresse» skal motsvare tilsvarende regel i tvistemålsloven § 54, nå tvl § 1-3 (2).

Utgangspunktet ved vurderingen av om det foreligger «rettslig klageinteresse» etter fvl § 28 (1) må da være at det foreligger et «reelt behov» for å få klagen behandlet. Det må legges vekt på klagens aktualitet og partenes tilknytning til saken, jf. tvl § 1-3 (2).

Det sentrale vurderingstema vil være om klager har tilstrekkelig tilknytning til saken, på en slik måte at vedtaket får rettslige eller faktiske direkte og håndfaste virkninger for han. Det er i praksis og teori tradisjonelt lagt betydelig vekt på det man kaller nærhet i den interessen som klager har til klagegjensstanden. At man har en allmenn interesse i å forfølge kommunens vedtak som ikke utmerker seg fra hva andre tilfeldige borgere har, er ikke tilstrekkelig til å gi klagerett.

Hepsø anfører å ha sterk tilknytning til Buarøya generelt, og spesielt som kommende grunneier/arving til eiendommen 18/3. Av grunnboka følger at klager ble registrert som hjemmelshaver til 1/3 av eiendommen 18/3 den 9. august 2018. 18/3 grenser til eiendommen hvor naustet er søkt oppført og omsøkte plassering viser at naustet kommer ca. 12 meter fra bolighuset på 18/3. Selv om klager ikke var registrert som eier av 18/3 på søknadstidspunkt, vedtakstidspunkt eller tidspunkt for første klage, er det nærliggende å legge til grunn at klager hele tiden også har hatt mer enn en allmenn interesse i å forfølge aktuelle sak. Den tilknytning klager lenge har hatt til

18/3 og tiltakets plassering i forhold til bolighuset på 18/3 medfører at klager anses å ha et reelt behov for å få sin klage behandlet.

Fylkesmannen finner etter dette klager å ha «*rettslig klageinteresse*», jf. fvl § 28.

I begrunnelsen for vedtaket skriver kommunen videre at klagen er framsatt for sent, kommunen har imidlertid realitetsbehandlet klagen uten å begrunne dette nærmere. Spørsmålet er om klagen er framsatt rettidig, jf. fvl § 29.

Klager sendte den 5. mars en epost til Fylkesmannen som forstås som klage på kommunens vedtak av 14. februar 2018. Klagen skulle vært sendt til kommunen og ikke til Fylkesmannen, jf. fvl § 32 a. Klagen ble ikke fanget opp av Fylkesmannen før mai 2018, og ble deretter sendt kommunen juni 2018. Klagen er etter dette i utgangspunktet ikke rettidig framsatt for kommunen, jf. fvl § 29.

Selv om klagefrist er oversittet, kan klage likevel i noen tilfeller tas under behandling, jf. fvl § 31. Dette gjelder såframt a) «*parten (..) ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller for å ha drøyd med klage etterpå*», eller b) «*det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.*»

Det er på det rene at klager ikke har «*drøyd med klage*», klagen ble framsatt til Fylkesmannen innen klagefristen. Det følger imidlertid som nevnt av fvl § 32 at klagen skal framsettes for det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket. Når klage blir stilet til klageinstansen, må mottakerorganet etter fvl § 11 og forvaltningsforskriftens § 4 sørge for at klagen sendes førstestansen. Klager kan etter dette ikke alene «*lastes for å ha oversittet fristen*», men er ved å fremsette klagen for feil organ likevel delaktig.

Klagen reiser flere relevante problemstillinger, det skal heller ikke være en kurant sak å fravike gjeldende planer. Tiltaket ligger videre i strandsonen som er et område av betydning for allmennheten. Kommunens vedtak er som det framgår av vurderinger lenger ned, beheftet med rettsanvendelsesfeil som medfører ugyldighet. Fylkesmannen mener hensynet til korrekte avgjørelser veier tungt, og har kommet til at klagen tas under behandling da det av «*særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.*», jf. fvl § 31 (1) b.

I forhold til klagefrist og rettslig klageinteresse oppfordrer Fylkesmannen kommunen i senere saker til å knytte vurderingene opp mot forvaltningslovens bestemmelser knyttet til dette.

Planstatus og rettslig utgangspunkt

Eiendommen ligger i et område som i kommuneplanens arealdel, vedtatt 7. september 2016, er avsatt til landbruks-, natur- og friluftsmål samt reindrift (LNFR).

Kommuneplanens arealdel er bindende for framtidig arealbruk, og nye tiltak må ikke være «*i strid med*» planens arealmål og bestemmelser, jf. pbl § 11-6.

Naustet ønskes oppført i 100- metersbeltet langs sjøen, og omfattes dermed av det generelle bygge- og deleforbudet som følger av pbl § 1-8. Det er ikke fastsatt annen byggegrense mot sjø i plankartet.

Da oppføring av naust vil være i strid med LNFR formålet i kommuneplanens arealdel og omfattes av det generelle byggeforbudet i pbl § 1-8, er det søkt om dispensasjon i medhold av pbl § 19-2.

Pbl § 19-2 (1) gir kommunen hjemmel til å dispensere fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av pbl. Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene bak 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 fortsatt gjør seg gjeldende med styrke.

Fylkesmannens vurdering

- Dispensasjon fra LNFR og pbl § 1-8

Fylkesmannen vil i det følgende ta stilling til gyldigheten av kommunens vedtak om å innvilge dispensasjon fra LNFR-formål i kommuneplanens arealdel og pbl § 1-8, herunder om vedtaket er tilstrekkelig begrunnet, jf. fvl § 25.

Ordlyden i pbl § 19-2 trekker i retning av at terskelen for å gi dispensasjon fra vedtatte planer skal være høy, dette bekreftes i bestemmelsens forarbeider. De ulike planene er som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess og er vedtatt av kommunens øverste folkevalgte organ. Det skal ikke være en kurant sak å fravike gjeldende plan.

Osen kommune har knyttet dispensasjonsvurderingen til korrekt bestemmelse i pbl, § 19-2. Kommunen vurderer først hvorvidt hensyn bak LNFR-formålet vil bli *«vesentlig tilsidesatt»* ved å gi dispensasjon. I vurderingen trekkes hensynet til landbruket fram som det sentrale. Uten videre begrunnelse konkluderes det med at LNFR-formålet ikke vil bli *«vesentlig tilsidesatt»* ved å gi dispensasjon. Fylkesmannen har vanskelig for å se at det er landbruksinteresser som gjør seg sterkest gjeldende i denne saken. Kommunen burde foretatt en vurdering knyttet opp mot bokstavene N (natur) og F (friluft) i formålsbegrepet og de hensyn som ligger bak disse, særlig med tanke på at området også ligger i hensynssone bevaring naturmiljø. Fylkesmannen savner uansett kommunens begrunnelse for hvorfor hensyn bak LNFR-formålet ikke vil bli *«vesentlig tilsidesatt»*.

I mange tilfeller er hensyn bak LNFR-formål og hensyn bak byggeforbudet i pbl § 1-8 sammenfallende. Spørsmålet er om kommunens vurdering knyttet til pbl § 1-8 vil reparere manglende begrunnelsen knyttet til hensyn bak LNFR-formålet.

Byggeforbudet i strandsonen skal sikre styring med arealutviklingen i kyst- og strandområdene. Dette har lenge vært en viktig målsetning på grunn av de interessene som knytter seg til disse områdene. Disse interessene som er av

nasjonal verdi, er friluftsjnteresser, naturvern, biologisk mangfold, landskapsinteresser mv.

Kommunen viser riktignok i sin vurdering knyttet til pbl § 1-8 at det skal tas særlig hensyn til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre spørsmål ved utbygging i strandsonen. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å identifisere aktuelle hensyn, det må foretas en konkret vurdering hvorvidt relevante hensyn vil bli «*vesentlig tilsidesatt*». Kommunen konkluderer etter en gjennomgang av antatte fordeler og ulemper ved dispensasjon, at hensyn ikke vil bli «*vesentlig tilsidesatt*», dette uten at nevne hensyn direkte trekkes inn og vurderes.

Saken bærer veldig preg av at kommunen vektlegger at det tidligere har stått et naust på aktuelle tomt. Nytt naust vil etter kommunens mening medføre at området framstår mer komplett. I Innledende klagesaksbehandling har kommunen også trukket fram at oppføring av naust på tidligere bebygd nausttomt vurderes som en berikelse for øya. At det tidligere har stått et naust på tomte sier imidlertid lite om tilsidesettelse av hensyn til friluftsjnteresser, naturvern, biologisk mangfold, allmennhetens adgang til fri ferdsel mv, og vil ikke alene kunne begrunne at hensyn bak disse interesser i dag ikke vil bli «*vesentlig tilsidesatt*». Fylkesmannen finner etter dette heller ikke kommunens dispensasjonsvurdering knyttet til pbl § 1-8 å være tilstrekkelig begrunnet.

Av saksframlegget i innledende klagesaksbehandling framgår videre at «*skal utsikten fra alle de gamle bolighusene i dette området gå foran det som har med bevaring av det gamle miljøet med bolighus og naust, (gammelt fiskevær) vurderes dette som en mer uthuling av dagens planverk.*» Til dette viser Fylkesmannen at kommuneplanens arealdel for Osen kommune er nylig vedtatt. Planen inneholder egne områder avsatt til fritidsbebyggelse – Naust. Aktuelle område har ikke dette planformål. Hadde det vært et uttrykt ønske å gjenopprette det tidligere uttrykket for området, herunder nytt naust, ville det vært nærliggende å ta hensyn til dette i planarbeidet. Naustet er heller ikke inntegnet i plankartet. Utgangspunktet for vurderingen må være at området er avsatt til LNFR og oppføring av naust dermed er betinget av dispensasjon.

Kommunen har ikke foretatt en tilfredsstillende dispensasjonsvurdering knyttet til LNFR- formål og pbl § 1-8 i denne saken. I tillegg til å identifisere aktuelle hensyn som skal ivaretas gjennom de bestemmelser det er søkt å dispensere fra, kreves det at kommunen begrunner sin konklusjon hvorfor disse ikke anses «*vesentlig tilsidesatt*». I tillegg kommer at fordelene må være «*klart større*» enn ulempene. Fylkesmannen har forståelse for at kommunen mener det er viktig å bevare det gamle miljøet og kulturen ved Buarøya. Ønsket om å bevare/komplettere gammelt fiskevær vil imidlertid ikke alene begrunne at samtlige relevante hensyn bak LNFR- formålet og pbl § 1-8 ikke blir «*vesentlig tilsidesatt*» i denne saken.

- *Manglende dispensasjon fra pbl § 29-4.*

Av kommunens vedtak av 20. april 2018 framgår at «*omsøkte bygning tilfredsstiller de krav som pbl §§ 29-2 og 4 som går på utforming, visuelle kvaliteter og byggverkets plassering og høyde*». Tegninger og søknad om tillatelse viser at minste avstand fra naustvegg til nabogrense er 2 meter. Det følger av pbl § 29-4 at dersom

ikke annet er bestemt i plan skal byggverk ha en avstand fra nabogrense som angitt i forskrift eller som minst svarer til byggverkets halve høyde og ikke under 4 meter.

Etter pbl § 29-4 (3) bokstav b kan kommunen godkjenne at byggverk plasseres nærmere nabogrense, dersom det er tale om «*lignende mindre tiltak*». I byggteknisk forskrift er «lignende mindre tiltak» definert som bygning hvor verken samlet bruksareal eller bebygd areal er over 50 m². Naustet er 56 m².

Tiltaket oppfyller ikke lovens regel om minsteavstand til nabogrense på 4 meter og tillatelse til oppføring av naust som omsøkt krever dispensasjon fra avstandskravet i pbl § 29-4. Manglende dispensasjonsvurdering utgjør i dette tilfellet en rettsanvendelsesfeil, som medfører at kommunes vedtak er ugyldig.

Konklusjon

Etter vurderingene ovenfor, har Fylkesmannen kommet til at dispensasjonsvurdering knyttet til LNFR- formål og pbl § 1-8 er mangelfull begrunnet og ikke i tilstrekkelig grad godtgjør at vilkårene for å kunne innvilge dispensasjon er oppfylt, jf. pbl § 19-2. Det vises videre til fvl § 25. Det mangler i tillegg en dispensasjonsvurdering knyttet til avstandskravet i pbl § 29-4. Både mangelfull dispensasjonsvurdering og manglende dispensasjonsvurdering utgjør rettsanvendelsesfeil. Begge vedtak er etter dette ugyldige. Vedtakene oppheves og returneres kommunen for ny behandling.

Det presiseres at Fylkesmannen med dette ikke har tatt stilling til sakens utfall i kommunens nye behandling.

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

Vedtak:

Osen kommunes vedtak av 14. februar 2018 hvor det ble gitt dispensasjon fra LNFR formål i kommuneplanens arealdel og pbl § 1-8, oppheves. Osen kommunes vedtak av 20. april 2018 hvor det gis tillatelse for oppføring av naust på 56m², oppheves. Saken returneres kommunen for ny behandling. 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:

Tore Johan Buarø	Standaveien 230	7740	STEINSDALEN
Oddbjørg Kristin Hepsø	Einerhaugveien 1	7740	STEINSDALEN