

REFERATSAK TIL HTM 22.08.13

Bygnings- og geodataavdelingen

Fylkesmannen har i brev av 06.06.13 opphevet kommunens vedtak av 17.01.13 om at Tonerud Transports virksomhet på gnr 27 bnr 6, Gamle Mossevei 29 må avvikles.

Se vedlegg

MO T T A Y T

07 JUN 2013



FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS

Juridisk avdeling

Ås kommune
Postboks 195
1431 Ås

Dato:	14/6-13	Saksbe:	ITH
Saknr.:	09/1980-132		
Løpnr.:	14800/13		
Arkivnr.:	GB 27/6		

Deres ref.:
09/1980

Deres dato:
20.03.2013

Vår ref.:
2013/6495-6 FM-J

Saksbehandler:
Bård Berge

Dato:
06.06.2013

Fylkesmannens vedtak i klagesak om omgjøring av tillatelse til bruksendring - Ås kommune - Gamle Mossevei 29 - gnr. 27 bnr. 6

Fylkesmannen viser til kommunens oversendelse datert 20.03.13.

Sakens bakgrunn

TK Bygg AS søkte på vegne av Tonerud Transport AS om tillatelse til innvendig ombygging og bruksendring av bygning på gnr. 27 bnr. 6 fra saltlager til kjøle- og fryselerager for omlasting av fisk den 23.06.09.

Teknisk etat ved Bygnings-, regulerings- og oppmålingsavdelingen i Ås kommune, heretter kalt Teknisk etat, godkjente søknaden den 18.09.09, under sak D 216/09 ("tillatelsen").

Ola Sørhagen henvendte seg til kommunen i e-post av 13.12.09. I e-posten klager Sørhagen på økt tungtrafikk og endret bruk av gnr. 27 bnr. 6 i e-post. Marius Brenden henvendte seg til kommunen i e-post av 15.12.09. E-posten gjelder i det vesentlige de samme forhold som e-posten fra Sørhagen. Fylkesmannen kan ikke se at klagen på noe tidspunktet var vært undergitt en realitetsbehandling.

Teknisk etat fattet den 23.02.10, under sak D 42/10, vedtak med pålegg om stans av all virksomhet på gnr. 27 bnr. 6 med hjemmel i plan- og bygningsloven av 1985 § 113, samt ileggelse av tvangsmulkt.

Ferdigattest for tiltaket ble gitt i vedtak datert 04.03.10.

Saken ble forelagt Hovedutvalg for teknikk og miljø, heretter kalt HTM, som i møte den 19.01.12, under sak 6/12, vedtok å utsette saken i påvente av ny saksforberedelse.

HTM behandlet saken i møte 15.03.12, under sak 22/12, hvor det ble fattet vedtak med pålegg om opphør av bruk av eiendommen gnr. 27 bnr. 6 til kjølelager (omlastingslokale for fisk) med hjemmel i plan- og bygningsloven av 2008 (pbl.) § 32-3. Som grunnlag for pålegget vises det til at *"bruken har vist seg å medføre fare og ulempe i form av trafikk og støy for tilliggende boligstrøk [...] som ikke var tilstrekkelig opplyst når det ble gitt tillatelse til bruksendring"*.

Postadresse:
Postboks 8111 Dep
0032 Oslo

Besøksadresse:
Tordenskiolds gt 12
Inngang sjøsiden

Telefon: 22 00 35 00
Telefontid:
Tirsdag, onsdag og torsdag
09.00-15.00

E-post: fmoapostmottak@fylkesmannen.no
Org.nummer: NO 974 761 319
Internett: www.fylkesmannen.no/OsloOgAkershus

FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS

Vedtaket datert 15.03.12 ble påklaget av Advokatfirmaet Thommessen AS, heretter kalt Thommessen, på vegne av eier av eiendommen gnr. 27 bnr. 6, Mesta Eiendom AS, i brev datert 27.04.12. Utfyllende begrunnelsen for klagen ble gitt i brev datert 23.05.12. Vedtaket ble også påklaget av NLF-advokatene på vegne av eiere av virksomheten på eiendommen, Tonerud Transport AS og Martiniussens Bilservice AS, i brev datert 02.05.12.

Klagene ble forelagt HTM for forberedende klagebehandling i møte 07.06.12, under sak 56/12. HTM vedtok å utsette saken til det ble innhentet en juridisk vurdering.

KS-advokatenes juridiske vurdering i saken ble gitt i dokument datert 26.11.12.

Thommessen kommenterte KS-advokatenes juridiske vurdering i brev datert 31.12.12.

HTM foretok en forberedende klagebehandling av klagen på påleggsvedtak i møte 17.01.13, under sak 4/13, hvor klagen på påleggsvedtaket ble tatt til følge og vedtaket ble opphevet. HTM vedtok samtidig å omgjøre tillatelsen datert 18.09.09, under sak D 216/09, i medhold av forvaltningsloven (fvl.) § 35.

Vedtaket datert 17.01.13 ble påklaget av Thommessen på vegne av Mesta Eiendom AS i brev datert 27.02.13. Vedtaket ble også påklaget av NLF-advokatene på vegne av Tonerud Transport AS i brev datert 22.02.13.

HTM foretok en forberedende klagebehandling av klagen på påleggsvedtak i møte 14.03.13, under sak 30/13, hvor klagen ikke ble tatt til følge. Saken ble etter dette oversendt Fylkesmannen.

Kommunen oversendte dokumentasjon for trafikkteiling foretatt av nabo Ola Sørhagen til Fylkesmannen i brev datert 15.04.13.

NLF-advokatene anmodet Fylkesmannen om at klagen ble gitt oppsettende virkning i brev datert 02.05.13.

Thommessen knyttet kommentarer til kommunens oversendelse og anmodet om at klagen ble gitt oppsettende virkning i brev datert 08.05.13.

Fylkesmannen forutsetter at partene er kjent med sakens dokumenter og gir derfor ikke ytterligere saksreferat.

Fylkesmannen er klageinstans for kommunale vedtak etter plan- og bygningsloven, jf. Kommunal- og regionaldepartementets brev av 28.09.09 og Miljøverndepartementets rundskriv T-2/09.

Fylkesmannen ser slik på saken

Saken for Fylkesmannen gjelder klage på HTM sitt vedtak datert 17.01.13 ("omgjøringsvedtaket"). Vedtaket lyder som følger:

"Klage på vedtak i sak 22/12 av 15.03.2012 tas til følge og vedtaket oppheves.

FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS

I medhold av forvaltningslovens § 35, siste ledd, omgjøres kommunens vedtak i sak D 216/09 om godkjenning av innvendig ombygging til fryseler i Gamle Mossevei 29, gnr 27 bnr 6.

Vedtaket innebærer at Tonerud Transport AS' virksomhet på denne eiendommen må være avvirket innen 01.09.2013.

Dersom fristen ikke overholdes, vil pålegget kunne følges opp med forelegg som kan få samme virkningsom rettskraftig dom. jfr. plan- og bygningslovens § 32-6."

Omgjøringsvedtakets ordlyd og begrunnelse

Fylkesmannen finner innledningsvis grunn til å knytte noen kommentarer til vedtakets ordlyd.

Vedtaket innebærer at klagen på påleggsvedtaket datert 15.03.12 tas til følge og vedtaket oppheves. Dette er ikke tvilsomt.

Vedtaket innebærer også at vedtaket om tillatelse til innvendig ombygging og bruksendring datert 18.09.09 omgjøres med hjemmel i fvl. § 35. Det fremgår imidlertid ikke av vedtaket på hvilken måte vedtaket endres. Dette utgjør en svakhet ved vedtaket. Fylkesmannen bemerker at kommunen plikter å behandle en søknad om tiltak etter plan- og bygningsloven, så fremt kommunen ikke har hjemmel til å avvise denne. En omgjøring av et vedtak om tillatelse til en opphevelse av vedtaket vil følgelig innebære at søknaden må behandles på nytt. En omgjøring til et avslag innebærer at saken avsluttes. Et avslag fordrer imidlertid en avslagshjemmel. Fylkesmannen viser til at søker har rettskrav på å få sin søknad godkjent, dersom det omsøkte tiltaket er i samsvar med bestemmelser i eller medhold av i plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 21-4 første ledd. Fylkesmannen finner det mest nærliggende å forstå omgjøringsvedtaket dit hen at tillatelsen endres til et avslag.

Videre kommer det til uttrykk at "*[v]edtaket innebærer at Tonerud Transport AS' virksomhet på denne eiendommen må være avvirket innen 01.09.2013.*". Det er uklart hva kommunen har ment med en slik formulering. Et vedtak med omgjøring av en tillatelse får som utgangspunkt rettsvirkninger fra vedtakstidspunktet. Fylkesmannen finner imidlertid å kunne legge til grunn at kommunen, ut fra en "fra det mer til det mindre" betraktning, kan og har utsatt rettsvirkningene av omgjøringsvedtaket, slik at disse ikke inntreffer før 01.09.13. Dersom Tonerud Transport AS' bruk av den aktuelle bygningen er å anse som en søknadsppliktig bruksendring, sett hen til tidligere lovlig bruk, så vil bruken være avhengig av bruksendringstillatelsen. En fortsatt bruk etter at tillatelsen er omgjort vil utgangspunktet være i strid med plan- og bygningsloven. Fylkesmannen finner imidlertid grunn til å presisere at Tonerud Transport AS' virksomhet på eiendommen som ikke er avhengig av den aktuelle tillatelsen ikke nødvendigvis vil være i strid med plan- og bygningsloven som en følge av at bruksendringstillatelsen oppheves. Dette må vurderes på bakgrunn av plan- og bygningslovens øvrige regler. Hvorvidt omgjøringsvedtaket har slike rettsvirkninger at "*Tonerud Transport AS' virksomhet på denne eiendommen*" må avvikles i sin helhet, fremstår derfor som uklart.

Fylkesmannen finner videre grunn til å stille spørsmål ved betydning av vedtakets siste avsnitt. Avsnittet gir uttrykk for at ved oversittelse av fristen kan "*pålegget følges opp med forelegg*". Som nevnt er det ikke tvilsomt at omgjøringsvedtaket opphever det tidligere gitte pålegget i saken. Fylkesmannen bemerker at det vil kunne oppstå en bruk i strid med plan- og bygningsloven når bruksendringstillatelsen omgjøres. En slik ulovlig bruk kan forfølges med

vedtak om pålegg med hjemmel i pbl. § 32-3. Et slikt påleggsvedtak må imidlertid oppfylle kravene til plan- og bygningsloven kapittel 32. Fylkesmannen finner det ikke tvilsomt at omgjøringsvedtaket i seg selv ikke oppfylder kravene til et pålegg. Fylkesmannen ser at eksistensen av omgjøringsvedtakets siste avsnitt mest sannsynlig er en inkurie etter at HTM endret Rådmannens innstilling til vedtak. Det er derfor mest nærliggende å se bort fra avsnittet i sin helhet. Avsnittet kan etter Fylkesmannens syn i høyden ses på som et varsel om at det ulovlige forhold som oppstår ved en fortsatt bruk utover 01.09.13, da rettsvirkningen av omgjøringsvedtaket trår til, vil kunne forfølges med pålegg.

Det følger av fvl. § 24 første ledd at "[e]t enkeltvedtak skal grunngis" og at forvaltningsorganet som hovedregel "skal gi begrunnelsen samtidig med at vedtaket fattes". Begrunnelsen for vedtaket skal vise "de regler vedtaket bygger på", "de faktiske forhold som vedtaket bygger på" og "[d]e hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn", jf. fvl. § 25. Omgjøring av en tillatelse til et avslag tre år etter at tillatelsen ble gitt er et inngripende vedtak. Dette skjerper kravet til vedtakets begrunnelse, se Rt. 2000 s. 1056 (s. 1063).

Rådmannen uttaler i saksfremlegget til den forberedende klagebehandlingen at "[d]et skal mye til for «unngå» å få med seg begrunnelsen for omgjøringsvedtaket". Fylkesmannen er ikke enig. En lengre sakshistorikk med mye korrespondanse og flere vedtak med ulikt innhold fattet på ulike hjemmelsgrunnlag fritar ikke kommunen fra å begrunne nye enkeltvedtak. Etter Fylkesmannens syn oppfylder ikke omgjøringsvedtaket, isolert sett, kravene til begrunnelse i fvl. §§ 24 og 25. På den andre siden ser Fylkesmannen at omgjøringsvedtaket kan leses på bakgrunn av den juridiske utredningen fra KS-advokatene, jf. Rådmannens henvisning i saksfremlegget til møtet 17.01.13 om at "Ås kommune viser til advokat Renslos oppfatning om at det er rettslig grunnlag for å omgjøre kommunens vedtak".

KS-advokatene mener at kommunen kan omgjøre vedtaket med hjemmel i fvl. § 35 første ledd bokstav c. HTM har imidlertid ikke hjemlet omgjøringsvedtaket i denne bestemmelsen.

Forvaltningsloven § 35 femte ledd

Det sentrale spørsmålet i saken er om vilkårene i fvl. § 35 femte ledd, omgjøring etter alminnelige forvaltningsrettslige regler, er oppfylt for å omgjøre tillatelsen til et avslag.

Omgjøringsadgangen etter fvl. § 35 femte ledd er ikke begrenset til omgjøring av *ugyldige vedtak*, slik tilfellet er for fvl. § 35 første ledd bokstav c. Adgangen til å omgjøre et vedtak om tillatelse til tiltak etter plan- og bygningsloven vil likevel være noe begrenset. All den tid søker har rettskrav på å få godkjent en søknad om tiltak etter plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 21-4 første ledd, kan bygningsmyndighetene etter Fylkesmannens oppfatning ikke omgjøre et vedtak om tillatelse til et avslag dersom en ikke hadde hjemmel til å avslå det omsøkte tiltaket på avgjørelsestidspunktet.

Det springende punktet i saken er derfor om kommunen hadde hjemmel i plan- og bygningsloven til å avslå det aktuelle tiltaket på avgjørelsestidspunktet.

Dersom kommunen hadde slik hjemmel, vil kommunen kunne omgjøre vedtaket dersom hensynene som taler for en omgjøring veier "vesentlig tyngre" enn hensynene som taler mot etter en konkret interesseavveining, se Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave, s. 296.

FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS

Tillatelsen gjaldt innvendig ombygging og bruksendring av eksisterende bygning på gnr. 27 bnr. 6 fra saltlager til kjøle- og fryselerer for omlasting av fisk.

På avgjørelsestidspunktet var eiendommen uregulert, men omfattet av Kommuneplan for Ås kommune 2007-2019, vedtatt 20.06.07. Eiendommen var i kommuneplanen lagt ut med arealformålet "*Områder for offentlige anlegg og bebyggelse*".

I den juridiske utredningen fra KS-advokatene gjøres det gjeldende at den omsøkte bruken som tillatelsen åpner for var i strid med arealformålet i kommuneplanens arealdel. Dette forholdet har ikke blitt nærmere vurdert av kommunen, verken i omgjøringsvedtaket eller under den forberedende klagebehandlingen. Hvorvidt kommunen selv mener at det omsøkte tiltaket var i samsvar med arealformålet, slik tillatelsen tilsynelatende gav uttrykk for, fremstår som uklart. Dette utgjør nok en svakhet ved vedtaket.

I brev datert 31.12.12 viser Thommessen til at eiendommen har vært brukt til "lagervirksomhet" siden 1964. Thommessen viser videre til at brev fra Statens vegvesen Akershus vegkontor datert 02.10.95, som gjelder søknad om oppføring av "lagerhall for salt". Fylkesmannen legger til grunn at bygningen som beskrives i dette brevet er bygningen som søknaden om ombyggings- og bruksendringstillatelsen knytter seg til.

Hall for lagring av veisalt for Statens vegvesen, knyttet til vegvesenets ansvar for vedlikehold av offentlig infrastruktur, må anses som et tiltak med karakter av offentlig tjenesteyting i samsvar med arealbruksformålet "*offentlig anlegg og bebyggelse*". Kjøle- og fryselerer for omlasting av fisk som ledd i alminnelig næringsvirksomhet kan ikke anses å være et tiltak knyttet til offentlig tjenesteyting. Ut fra opplysningene som foreligger i saken synes tiltaket å være i strid med arealbruksformålet.

Det følger av tidligere plan- og bygningslov av 1985 (pbl.85) § 20-6 andre ledd at tiltak ikke må være i strid med arealbruk fastlagt i endelig arealplan. Kommunen hadde hjemmel til å avslå det omsøkte tiltaket med hjemmel i arealformålet i Ås kommunes kommuneplans arealdel for 2007-2019 jf. pbl.85 § 20-6 andre ledd.

Spørsmålet blir deretter om hensynene som taler for en omgjøring i denne saken veier "vesentlig tyngre" enn hensynene som taler mot, jf. fvl. § 35 femte ledd.

Kommunens begrunnelse for å omgjøre vedtaket er i det vesentlige knyttet til ulemper for naboeiendommene og nærmiljøet generelt i form av støy og økt trafikk fra virksomhet på gnr. 27 bnr. 6.

Plan- og bygningsloven reiser ikke i seg selv rettslige skranker for støy som følge av tiltak. Et eventuelt forbud mot eller skranker for støyende virksomhet på plan- og bygningslovens område er avhengig av at slike bestemmelser er nedfelt i arealplan, eksempelvis ved å gjøre retningslinjene for støy i arealplanleggingen (T-1442) rettslig bindende. Ås kommunes kommuneplans arealdel for 2007-2009 hadde ikke egne bestemmelser om støy. All den tid tiltaket var avhengig av dispensasjon fra arealbruksformålet, kunne kommunen stilt krav til støyskjerming som vilkår for en dispensasjon.

Plan- og bygningsloven reiser heller ikke direkte rettslige skranker for trafikk som følge av tiltak. Forholdet mellom infrastruktur og arealbruk vil imidlertid være sentralt moment ved fastlegging av arealbruk i arealplaner. Tillatt arealbruk vil derfor indirekte innebære en rettslig

FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS

skranke for tillatt trafikkbelastning. Gitt at en omsøkt bruk er i samsvar med tillatt bruk i gjeldende arealplan, er plan- og bygningsloven i seg selv ikke til hinder for tiltaket selv om tiltaket fører til økt trafikk. Der omsøkt bruk er i strid med tillatt bruk i gjeldende arealplan vil imidlertid trafikkbelastningen som følge av tiltaket kunne være et vesentlig moment i en dispensasjonsvurdering.

Fylkesmannen hitsetter Rådmannens uttalelse i saksfremlegget til omgjøringsvedtaket: "*Kommunen opprettholder [...] sitt tidligere vedtak om at virksomheten til Tonerud Transport AS må avvikles*". Kjernen i saken er *ikke* om Tonerud Transport AS' virksomhet generelt kan avvikles, slik kommunen synes å gjøre gjeldende. Spørsmålet er om den konkrete tillatelsen kan omgjøres. Det er derfor heller ikke slik at enhver ulempe knyttet til virksomhet på eiendommen kan tillegges vekt i interesseavveiningen. Etter Fylkesmannens syn kan det bare legges vekt på ulemper som følge av den virksomhet som tillatelsen åpner for. Det kan ikke legges vekt på ulemper som følge av virksomhet som *ikke* er knyttet til det omsøkte tiltaket, eksempelvis andres virksomhet på eiendommen, eller virksomhet som kan knyttes til det omsøkte tiltaket men som utføres i strid med forutsetningene i tillatelsen.

Kommunen, med henvisning til KS-advokatenes juridiske utredning, synes ikke å skille mellom støy og økt trafikk som følger av virksomhet som tillatelsen åpner for, bruk av den aktuelle bygningen til kjøle- og fryselager for omlasting av fisk, og støy og økt trafikk som følge av *annen virksomhet* på eiendommen eller virksomhet knyttet til den aktuelle bygningen utover det som følger av tillatelsen.

Sett hen til kommunens begrunnelse for omgjøringsvedtaket er det etter Fylkesmannens syn svært uklart i hvilken grad støyen og den økte trafikken som kommunen legger vekt på i interesseavveiningen er en følge av virksomheten som tillatelsen åpner for. Det foreligger således en reell sannsynlighet for at kommunen har lagt vekt på ulemper som må anses utenforliggende i interesseavveiningen for omgjøring av den aktuelle tillatelsen. På bakgrunn av sakens opplysninger finner Fylkesmannen ikke selv å kunne skille følgene fra virksomheten fra hverandre på en slik måte at kommunens vurdering lar seg presisere.

På bakgrunn av de ovennevnte forhold finner Fylkesmannen ikke å kunne utelukke at kommunens vedtak er heftet med feil rettsanvendelse eller at det er lagt vekt på utenforliggende hensyn. Videre er det etter Fylkesmannens syn uheldig at omgjøringsvedtakets ordlyd er så upresis at det skaper usikkerhet til hvilke rettslige følger omgjøringsvedtaket har.

Fylkesmannen finner etter dette at omgjøringsvedtaket må oppheves. Følgen av Fylkesmannens vedtak er at tillatelsen til innvendig ombygging og bruksendring av bygningen tidligere benyttet til saltlager blir stående. Fylkesmannen finner grunn til å presisere at en med dette ikke har ment å ta stilling til om vilkårene for å omgjøre den aktuelle tillatelsen med hjemmel i fvl. § 35 femte ledd, alminnelige forvaltningsrettslige regler, er oppfylt.

Fylkesmannen finner avslutningsvis grunn til å bemerke at kommunen ikke er avskåret fra å forfølge forhold i strid med materielle bestemmelser i plan- og bygningsloven med hjemmel i pbl. § 32-3 selv om det aktuelle forholdet er i samsvar med gitt tillatelse, så fremt det ikke er gitt dispensasjon fra den aktuelle bestemmelsen. Dette vil imidlertid kunne utløse krav på erstatning, se NOU 2005: 12 s. 321 jf. pbl.85 § 116.

Klagen har etter dette ført frem. Kommunens omgjøringsvedtak oppheves.

FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS

Slutning

Kommunens vedtak av 17.01.13 oppheves.

Fylkesmannens vedtak er endelig.

Nødvendige sakskostnader for å få endret kommunens vedtak kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36. Eventuelle krav må fremsettes for Fylkesmannen **innen tre uker**.

Kopi av denne avgjørelsen er sendt partene.

Med hilsen

Merethe Helstad
avdelingsdirektør

Odd Meldal
underdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent.

Kopi til:

Mesta Eiendom AS v/Anne Mette Klokkerud	pb 253	1326	LYSAKER
Marius Brenden, for naboer	Gamle Mossevei 25	1430	ÅS
Tonerud Transport AS	Brueng	1912	ENEBAKK
Advokatfirma Thommessen AS v/advokat Johan Nyrerød Spiten	Postboks 1484 Vika	0116	OSLO
Advokatfirmaet Aksnes Arnkværn Halvorsen & Pedersen DA v/ advokat Skjalg Røhne Halvorsen	Pb 7134 St Olavs plass	0130	OSLO
Martiniussen Bilservice AS	Industriveien 6	1820	SPYDEBERG