



NH Treningspartner AS v/Max Fitness Frekhaug
Fløksand 76
5918 FREKHAUG

Referanser:
Dykkar:
Vår: 14/3945 - 14/19142

Saksbehandlar:
Tore Johan Erstad
tore.johan.erstad@meland.kommune.no

Dato:
04.12.2014

GBNR 24/24 - Krav om oppstettande verknad av klage

SAKSUTGREIING:

Saka gjeld:

Det vert vist til pålegg om reduserte opningstider av treningssenteret Max Fitness i Frekhaug sentrum dagsett 1.2.2014. Kommunen sitt vedtak [påklaga vedtak] hadde følgjande ordlyd:

«Med heimel i plan- og bygningslova § 32-4 vert det gjeve følgjande pålegg om opphør av bruk av bygget:

- På vekedagar skal verksemda Max Fitness Frekhaug ikkje vere open mellom kl 23:00 og 06:00.
- På laurdagar, søndagar og andre heilagdagar skal verksemda Max Fitness Frekhaug ikkje vere open mellom 22:00 og 07:00.

Pålegget skal gjennomførast innan onsdag 3.12.2014. Vedtaket gjeld fram til det er gjeve ferdigattest for tiltaket, jf pbl § 21-10.»

Om bakgrunnen for saka og grunngjevningen for vedtaket vert det vist til påklaga vedtak i sin heilskap.

Ved udatert klage sendt Meland kommune i epost 3.12.2014 frå tiltakshavar vert vedtaket påklaga og det er fremja krav om oppsettande verknad av klagen i medhald av Forvaltningslova § 42.

I klagen har tiltakshavar gjort gjeldande følgjande:

«Vi anser kommunens vedtak som sterkt urimelig og uforholdsmessig, og mener at det ikke er grunnlag for å gi pålegg om opphør av bruk med øyeblikkelig virkning etter plan- og bygningsloven § 32-4. Verken karakteren av den sjenanse naboene eventuelt kan oppleve ved driften, eller det forhold at det er vi som har ansvaret for at bruken ikke ble igangsatt uten tillatelse, kan begrunne fravik fra lovens klare hovedregel om at det skal gis forhåndsvarsel og pålegg med frist for å rette det ulovlige forholdet.

Det er først og fremst aktuelt å anvende unntaksbestemmelsen i tilfeller der det ulovlige forholdet medfører fare eller uopprettelig skade. Det skal med andre ord svært mye til for å fravike lovens klare hovedregel. I dette tilfellet har bygningsmyndighetene bekreftet at virksomheten er i samsvar med gjeldende arealplaner, og at en bruksendring ikke betinger dispensasjon fra reguleringsplanen. Bygningsmyndighetene har heller ikke funnet det sannsynliggjort, etter å ha vært på befaring på eiendommen, at virksomheten er i strid med gjeldende støykrav eller andre bestemmelser. Det er for øvrig heller ikke alle beboerne i bygget som støtter kravet om stengning av virksomheten.

Kommunens vedtak om å pålegge delvis opphør av bruk med øyeblikkelig virkning er begrunnet med at det er vi som har ansvaret for det ble gjennomført bruksendring uten forutgående tillatelse fra bygningsmyndighetene, og at det i et slikt tilfelle er vi som må bære risikoen for tvil om bruksendringen er i strid med gjeldende støykrav. Dette er ikke tilstrekkelig til å fravike lovens klare hovedregel om at det skal gis forhåndsvarsel og frist for å rette det ulovlige tiltaket.

Enhver form for ulovlighetsoppfølging etter plan- og bygningsloven kapittel 32 bygger på en forutsetning om at det foreligger en overtredelse av bestemmelser gitt i, eller i medhold av, plan- og bygningsloven. I alle disse sakene er det tiltakshaver som bærer ansvaret for at bestemmelsene i plan- og bygningsloven blir overholdt. Denne saken skiller seg i så måte ikke i nevneverdig grad fra andre saker om ulovlighetsoppfølging. I den grad saken skiller seg ut, er det heller i retning av at vi i mindre grad kan klandres for å ha misforstått regelverket.

Vi viser til at kommunen i dette tilfellet selv har gitt klart uttrykk for at de var i tvil om bruksendringen i det hele tatt var søknadspliktig. Det fremstår på det grunnlag som uforholdsmessig at en feilvurdering fra tiltakshaver på dette punktet, nærmest alene skal kunne begrunne unntak fra lovens klare hovedregel ved ulovlighetsoppfølging.

I dette tilfellet har også tiltakshaver fra første kontakt med bygningsmyndighetene gitt klart uttrykk for at de har til hensikt å innrette seg i samsvar med loven. De har opplyst at søknad om bruksendring vil bli sendt til kommunen i henhold til kommunens instruksjoner innen den frist som er satt av kommunen.

Kommunens vedtak vil påføre tiltakshaver et betydelig tap som ikke står i forhold til de ulempene beboerne eventuelt kan oppleve, og som heller ikke er sannsynliggjort etter at kommunen har vært på befaring på eiendommen. I en slik situasjon er ikke tiltakshavers misforståelse av regelverket, som kommunen ikke selv var sikker på, tilstrekkelig til å fravike de vanlige saksbehandlingsreglene i saker som gjelder ulovlighetsoppfølging.

På grunnlag av ovennevnte ber vi om at kommunen omgjør sitt vedtak i saken. Dersom klagen blir behandlet av klageinstansen påstås kommunens vedtak opphevet. Som nevnt innledningsvis, ber vi videre om at begjæringen om at klagen gis oppsettende virkning oversendes til klageinstansen for vurdering straks, dersom kommunen ikke gir klagen oppsettende virkning eller straks omgjør sitt vedtak.»

Det vert vist til klagen i sin heilskap.

VURDERING:

Kravet om oppsettande verknad må vurderast på bakgrunn av forvaltningslova (fvl) § 42, første ledd, første setning, som har følgjande ordlyd :

«Underinstansen, klageinstansen eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikkje skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort.»

I rundskriv H 17/92 har Kommunal- og moderniseringsdepartementet gjeve følgjande utgangspunkt for bygningsstyresmaktene sin skjønnsutøving i ved handsaminga av slike krav. Det er her vist til Sivilombudsmannen sin uttale i årsmelding 1985 s 154:

«Avgjørelsen vil måtte bero på et helhetlig skjønn basert på en foreløpig vurdering av klagen og av de ulike interesser og forhold knyttet til selve klagesaken.»

I dette tilfellet finn kommunen at det ikkje er grunnlag for å beslutte oppsettande verknad av klagen. Ei slik avgjerd vil etter kommunen sitt syn motverke føremålet med vedtaket, først og fremst ved å verne bebuarane i bygget mot støyplagar frem til bruksendringa har vore søknadshandsama og eventuelt godkjent. Etter ei førebels vurdering av klagen meiner kommunen at vedtaket ikkje lir av retts- eller sakshandsamingsmanglar av ei slik art at vedtaket er ugyldig.

Tiltakshavar grunngjer klagen mellom anna med at kommunen sjølv har gjeve uttrykk for tvil om tiltaket i det heile var søknadspliktig som bruksendring. Kommunen tilbakeviser dette. Kommunen har i samsvar med forvaltningslova § 17 hatt ei forsvarleg utredning og handsaming av dette spørsmålet. Resultatet av denne handsaminga og avgjerda om søknadsplikt kan ikkje vurderast tvilsamt. Det er frå kommunen sin side korkje i den førebelse vurderinga av søknadsplikten i brev dagsett 16.10.2014 eller avgjerda dagsett 6.11.2014 gjeve uttrykk for tvil om dette. Etterfølgjande opplysningar om naudsynte tiltak i bygget innvending for å motverke støyulempar, understøttar etter administrasjonen sitt syn ytterlegare behovet for ei forsvarleg handsaming etter plan- og bygningslova sitt system. Som ein profesjonell næringsaktør meiner kommunen at Max Fitness burde forsikra seg om at drifta ikkje vart satt i gang utan søknad og godkjenning. Dei problem og den uvisse som no er knytt til støy som følgje av at dette ikkje vart gjort, bør etter kommunen sitt syn ikkje gå ut over bebuarane i bygget.

Det vert ut over dette vist til grunngjevinga i påklaga vedtak side 4 og 5. Desse merknadene er etter kommunen sitt syn dekkjande for saka og dei ulike omsyn som gjer seg gjeldande. Kommunen legg til at verksemda allereie frå orientering i brev frå kommunen 6.11.2014 har vore kjent med at kommunen ville ta stilling til kravet frå bebuarane i medhald av pbl § 32-4 og at resultatet av denne vurderinga kunne verte ei avgrensing av opningstidene på nattetid. Tiltakshavar har i denne perioden hatt høveleg tid til å orientere medlemmane i senteret om moglege konsekvensar og planlegge tekniske løysingar for gjennomføring av eit eventuelt pålegg.

Vurdert på bakgrunn av saka i sin heilskap meiner kommunen at påklaga vedtak ikkje er sterkt urimeleg overfor tiltakshavar, men byggjer på ei balansert avveging av dei ulike omsyna i saka.

AVGJERD:

På bakgrunn av ovanstående og etter ein førebels vurdering av klagen finn Meland kommune ikkje grunnlag for å ta krav om oppsettande verknad til følgje.

Vidare handsaming av klagen og krav om oppsettande verknad:

I samsvar med oppmoding frå tiltakshavar vert kravet om oppsettande verknad av klagen sendt Fylkesmannen i Hordaland for vurdering og avgjerd.

Med helsing

Anny Bastesen
sektorsjef teknisk

Tore Johan Erstad
konsulent byggjesak

Dokumentet er elektronisk godkjent og har difor ingen signatur.

Kopi til:

Bebuarar i Sameiet Frekhaug Senter v/Alf-Helge Moldekleiv	Havnevegen 3	5918	FREKHAUG
VestenFjeldske Eiendom AS	Postboks 1116 Sentrum	5809	BERGEN

Mottakere:

NH Treningspartner AS v/Max
Fitness Frekhaug

Fløksand 76

5918

FREKHAUG