

Osterøy kommune
Teknisk forvaltning
Postboks 1
5293 Lonevåg

post@osteroy.kommune.no

Deres ref.	Deres brev av:	Vår ref. 182903005	Ansvarlig advokat: Christian Grahl-Madsen	Dato 23.11.2021
------------	----------------	-----------------------	--	--------------------

20/2332 - 21/20469 UTTALELSE TIL KLAGE GNR. 121 BNR. 1 MJELSTAD

Tiltak: Oppretting av ny grunneigedom
Byggjestad: Gbnr: 121/1 Mjelstad
Tiltakshavar: Einar Ove Håland

Det vises til brev datert 2.11.2021 fra Osterøy kommune. I brevet ble det gitt frist til 23.11.2021 for merknader til klagen fra Statsforvalteren i Hordaland.

Nedenfor er det vist til at klagen er fremsatt for sent. Det er grunn til å reise spørsmål omkring saksbehandlingen forut for utvidelse av klagefristen, herunder om utvidelsen av klagefristen er i samsvar med lovens krav til slik utvidelse, og om beslutningen er truffet av rette vedkommende.

Det er videre vist til at det er gitt tillatelse til deling etter jordloven, og at dette vedtaket ikke er påklaget. Av vedtaket går det klart frem at parsellen ikke har behov for det vernet som området har etter gjeldende arealplanformål. Arealet fremstår som lite egnet innenfor arealbrukskategorien som fremkommer av kommuneplanen. Fradeling av parsellen krever tillatelse både etter jordloven og etter plan- og bygningsloven. Isolert sett kan Statsforvalteren rent taktisk vente med å klage frem til siste vedtak er fattet. En slik metode eller praksis har imidlertid sterke negative sider. Ikke minst i forhold til forutberegnelighet for tiltakshaver og i forhold til bruk av ressurser både hos tiltakshaver og i kommunen.

Avslutningsvis er det vist til at Statsforvalterens klage er generell og i ingen grad konkret når det gjelder den aktuelle parsellen som er tillatt fradelt. Statsforvalteren legger til grunn en uriktig rettslig forståelse av vilkårene i plan- og bygningslovens § 19-2 annet ledd når det argumenteres for at et hvert avvik fra lov eller plan representerer en tilsidesettelse som er *vesentlig*. Statsforvalteren legger ingen vekt på at kommunen har foretatt en planfaglig vurdering som tilsier at den vedtatte arealbruken for den konkrete parsellen er utdatert og at det vil være *fornuftig* at dispensasjon gis. Sistnevnte begrunnet blant annet med hensynet til fremtidig bosettingsmønster i kommunen og dertil styrking av vernet i andre deler av området.

1. Klagen er fremsatt for sent.

Osterøy kommune, Plan- og kommunalteknisk utval, traff vedtak i sak 080/21 den 29.9.2021.

Klagen fra Statsforvalteren er fremsatt 28.10.2021, med referanse til kommunens dato 4.10.2021. Vedtaket ble sendt elektronisk fra Osterøy kommune den 4.10.2021. Det legges til grunn at Statsforvalteren fikk underretning om vedtaket denne datoen.

Klagefristen på tre uker startet den 4.10.2021, og løp i utgangspunktet ut den 25.10.2021.

Det går frem av forvaltningsloven § 29 at kommunen kan forlenge fristen før den er utløpet *i særlige tilfeller*.

I en e-post datert 20.10.2021, fra en *einingsleiar* i Osterøy kommune, ble Statsforvalteren gitt utvidet klagefrist:

«Hei

Kommunen ser at sakshandsaming og utforming av vedtak gjer at dykk treng meir tid til å vurdere klage. Klagefrista utvidast til 29.10.21 med heimel i forvaltningslova § 29 fjerde ledd».

Vedkommende saksbehandler er ikke registrert som saksbehandler i saken.

E-posten er en videreføring av en e-post-lenke mellom *einingsleiaren* i kommunen og saksbehandleren hos Statsforvalteren, men det kommer ikke frem hvilken e-postadresse som er benyttet. E-posten fra *einingsleiaren* mangler signaturfeltet som viser at den er sendt fra kommunen, herunder teksten: «*Eg gjer merksam på at dette er ei offentleg e-postadresse; både inngåande og utgåande e-post vert vurdert for journalføring i kommunen sitt sak-/arkivsystem og kan verte offentleggjort i tråd med offentleglova*». E-post korrespondansen er i ettertid journalført samlet den 28.10.2021, etter at klagefristen var utløpt.

Min e-post korrespondanse med saksbehandler den 4.10.2021 ikke journalført i sin helhet.

E-post korrespondansen mellom *einingsleiaren* i kommunen og saksbehandleren hos Statsforvalteren har fått en politisk oppfølging i kommunen. Jeg har kjent med at Rådmannen har orientert hele kommunestyret om at innledningen til e-postkorrespondansen var en telefonisk kontakt fra Statsforvalteren som ville forvisse seg om at (tidligere) klage stod ved lag. Det er vanskelig å ta stilling til denne påstanden, men oppfordringen fra saksbehandleren om å sende ny klage går frem av e-post som er datert 20.10.2021 og bærer ikke preg av å være oppfølging av noen henvendelse fra Statsforvalteren. Det går for øvrig frem at svaret fra saksbehandleren hos Statsforvalteren er at han hadde vært syk noen dager. Det går også frem av svaret fra saksbehandleren hos Statsforvalteren at han ikke var klart oppmerksom på hvilken sak henvendelsen gjaldt. Det er tilsynelatende en motstrid mellom Rådmannens redegjørelse for saksforløpet, og det som lar seg lese enkelt ut av e-postutvekslingen.

I oversendelsen av vedtaket den 4.10.2021 fra kommunen til Statsforvalteren går det klart frem av overskriften av det er tale om melding om nytt vedtak. Oversendelsesbrevet inneholder et eget avsnitt om klagereglene, herunder rett til å klage og frist for å klage.

Statsforvalteren har ikke oppgitt noen begrunnelse for behovet for utvidet klagefrist. Kommunen har ikke vist til at det er tale om et «særlig tilfelle» som begrunner utvidelse av klagefristen.

Det at Statsforvalteren har klaget på vedtaket etter fristens utløp reiser spørsmål i forhold til om kompetansen til å utvide klagefristen og i forhold til om materielle vilkår for å utsette klagefristen er oppfylt.

Dersom utvidelsen av fristen ikke representerer en lovlig fattet beslutning, så er utgangspunktet at klagen skal avvises. Det må i denne sammenheng legges til grunn at Statsforvalteren er vel kjent med regelverket for klage, både når det gjelder beslutningskompetanse og vilkår.

2. Forholdet til vedtak etter jordloven.

Plan- og kommunalteknisk utval behandlet sak om fradeling av parsell til bolig den 25.8.2021. Vedtaket har slik ordlyd:

«I medhald av jordlova §§ 1, 9 og 12 blir det gjeve løyve som omsøkt til frådeling av tomt for bustad på gnr. 121 bnr. 1. Det er klart større fordelar enn ulemper ved å gje løyve. Lova sitt føremål vert ikkje sett til side ved å gje løyvet».

Det går klart frem av vedtaket at kopi ble sendt til Statsforvalteren i Vestland. Vedtaket inneholder opplysninger om klagerett og klagefrist.

Vedtaket er ikke påklaget og er således endelig.

Jordloven er en særlov som regulerer forholdet mellom det offentlige og privatpersoner når det gjelder forvaltning og bruk av landbrukseiendommer. Jordlovens delingsbestemmelser gjelder for eiendommen gnr. 121 bnr. 1. Eiendommen er avsatt til LNF formål og er ikke regulert.

For denne eiendommen skal arealdisponeringen først og fremst styres av jordloven. Eiendommens art og reguleringsmessig status tilsier at vurderingen etter jordloven må og skal være styrende.

Forholdet til plan- og bygningsloven gjør seg ikke gjeldende når det kommer til avveininger mellom jordvern og utbyggingsformål, men plan- og bygningsloven kommer til anvendelse når det kommer til spørsmål om dispensasjon.

Dette tiltaket, fradeling av tomt til boligformål, krever tillatelse etter både jordloven og etter plan- og bygningsloven.

Det gir svært dårlig sammenheng når delingstillatelsen etter jordloven er endelig vedtatt, mens Statsforvalteren påklager vedtaket etter plan- og bygningsloven. Det må legges til grunn at Statsforvalteren ikke var uenig i at det skulle gis tillatelse etter jordloven. Noe annet er ikke anført i klage. I klagen fra Statsforvalteren over vedtaket etter plan- og bygningsloven er det vesentlig redegjort for betydningen av eiendommens generelle status innenfor område som er avsatt til LNF-formål.

Saken har underveis blitt svært gammel. Tiltakshaver søkte om tillatelser etter både jordloven og plan- og bygningsloven den 23.9.2020. Osterøy kommune forholdt seg til å søke avklaring etter plan- og bygningsloven først, og lot søknaden etter jordloven forbli ubehandlet. Dette ble endret i sak 050/21, da behandlingen av saken etter plan- og bygningsloven ble vedtatt utsatt i påvente av behandlingen etter jordloven. Dette er valg med hensyn til saksbehandlingen som kommunen står fritt til å ta.

Plan- og kommunalteknisk utval har gjennomført en grundig behandling av saken to ganger, basert på befaringsforut for sluttbehandling av saken.

3. Statsforvalterens anførsler i klagen.

Innledningsvis gir Statsforvalteren uttrykk for at de ikke kan «*sjå korleis kommunen kan ta klagen vår til følgje og samtidig opprettholde vedtak om dispensasjon i denne saka*».

Det er åpenbart at Osterøy kommune ikke tok klagen fra Statsforvalteren til følge. Ordlyden i det vedtatte forslaget til vedtak er ikke selvforklarende, men det går klart frem av begrunnelsen for det vedtatte forslaget til vedtak, at en dispensasjon i saken ikke bare er nødvendig, men også fornuftig.

I og med at Statsforvalteren har påklaget vedtaket med krav om realitetsbehandling av saken, så må det legges til grunn at Statsforvalteren til tross for innledning, likevel ikke anser seg for å ha fått medhold i klagen.

Ingen del av klagen retter seg mot saksbehandlingen i kommunen eller utvalget, så det må derfor også legges til grunn at Statsforvalteren er tilstrekkelig tilfreds med saksbehandlingen, herunder krav til klarhet.

Statsforvalteren sin klage er begrunnet med at hensyn, både til arealplanformålet og til formålsbestemmelsen i plan- og bygningsloven, blir satt vesentlig til side. I tillegg anfører Statsforvalteren kort at fordelene ved at det gis dispensasjon, ikke er klart større enn ulempene.

Vilkårene som må være oppfylt for at kommunen skal kunne gi dispensasjon fra kommuneplanens arealdisponering går frem av plan- og bygningsloven § 19-2 annet ledd. Det er to vilkår i loven som enkelt kan gjengis slik:

1. Hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, må ikke bli vesentlig tilsidesatt.
2. Fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.

Vurderingen av disse vilkårene er i utgangspunktet en rettslig vurdering - ett rettsanvendelsesskjønn.

Vurderingen av *om* det skal gis dispensasjon, dersom vilkårene ellers er oppfylt, er normalt et fritt skjønn. Statsforvalteren skal respektere kommunens frie skjønn av hensyn til det kommunale selvstyret.

I praksis vil det være glidende overganger mellom det bundne rettslige skjønnet, og det frie skjønnet.

Statsforvalteren sin klage er for det meste formuleringer i generelle ordelag og vendinger.

«Vesentlighetskriteriet» knyttet til gjeldende arealstatus er kort begrunnet på side 2 nest siste avsnitt. Begrunnelsen kan enda kortere oppsummeres slik:

1. Hovedhensynet bak arealdisponeringen er å ivareta jordbruks-, friluft- og naturinteressene i det området det her er tale om.

2. Bolig som samsvarer med arealformålet, eller som ikke er nødvendig av hensyn til «landbrukseigedomens sitt langsiktige behov og ressursgrunnlag», setter hensynene bak formålet til arealdisponering vesentlig til side.

Statsforvalteren utdyper dette kategoriske standpunktet ved å vise til hvordan utvikling innenfor areal- og ressursutviklingen «bør» og ikke «bør» skje, og at slik utvikling i «hovudsak» må skje gjennom planavklaring.

Osterøy kommune, ved Plan- og kommunalteknisk utvalg, har på sin side begrunnet sitt vedtak med følgende (oppsummert):

1. Statsforvalterens merknader er vurdert.
2. Det er gitt dispensasjon fra delingsforbudet i jordloven uten merknader.
3. Kommuneplanens arealdel er gammel, og det er behov for dispensasjoner.
4. Formålet bak arealformålet blir ikke satt til side.
5. Det omsøkte, aktuelle, området grenser til infrastruktur.
6. Dispensasjonen påvirker verken forhold knyttet til helse, miljø, sikkerhet eller tilgjengelighet. Verken for publikum eller annen ferdsel i området.
7. Parsellen vil kunne benytte eksisterende adkomst og ligger i nærheten av andre boliger i området.
8. Kommunen har i en årrekke vært nødt til å gi dispensasjoner som følge av at planen er gammel.
9. En dispensasjon i denne saken vurderes ikke å gi økt press på andre dispensasjoner.
10. Dispensasjon i denne saken vurderes å være fornuftig.

Kommunen har gitt en god og dekkende begrunnelse for sitt vedtak. Kommunen har vurdert de relevante forhold som gjør seg gjeldende i saken og har truffet sitt vedtak basert på konkret befaring og omfattende lokalkunnskap. Kommunen har satt hensynet til forsvarlig utvikling av arealressursene høyere enn hensynet til en plan som er generell, men også i ferd med å bli utdatert.

Kommunen har vurdert «presedensrisikoen» og konkludert med at den ikke er relevant i denne saken. Kommunen har også vurdert kommuneplanens status som styringsverktøy, og i den sammenheng risikoen for «undergraving». Dette er konkrete vurderinger som kommunen har foretatt basert på kunnskap og erfaring.

En fradeling til boligformål, som ikke er konkret forankret i landbrukseiendommen sitt langsiktige behov og ressursgrunnlag, vil formelt sette til side hensynet som ligger til grunn for kommuneplanens arealdisponering i dette konkrete området. Tilsidesettelsen er imidlertid ikke «vesentlig», og dispensasjonen er derfor ikke i strid med loven.

Statsforvalterens argumentasjon til støtte for sine anførsler i klagen, er basert på en idealisering av best mulig samfunnsplanlegging gjennom planarbeid. Når kommunen selv konkluderer med at gjeldende plan ikke er et optimalt redskap for styring av arealressursene overalt innenfor kommunen, så tilsier dette at den gitte dispensasjonen er innenfor kjerneområdet for når dispensasjonsregelen i plan- og bygningsloven § 19-2 annet ledd skal kunne komme til anvendelse.

Anvendelse av plan- og bygningsloven § 19-2 annet ledd forutsetter nettopp at hensyn, bak blant annet planbestemmelser, settes til side. Klassifiseringen av «tilsidesettelsen», om den er vesentlig eller ikke, ligger innenfor et rettslig bundet skjønn. Rangeringen av faktorene som inngår i rettsanvendelsen ligger innenfor kommunens friere skjønn. Statsforvalteren kan derfor i mindre grad foreta vurderinger i forhold til om gjeldende plan er et egnet styringsredskap for kommunen innenfor alle områder og blant alle tiltak. Hertil kommer faktagrunnlaget som kommunen har lagt til grunn for sine vurderinger, som verken er omtalt eller bestridt av Statsforvalteren i klagen.

«Vesentlighetskriteriet» knyttet til formålsbestemmelsen i plan- og bygningsloven er enda kortere begrunnet i det samme avsnittet på side 2 i klagen, og kan kort oppsummeres slik:

Fradeling av en boligtomt gjennom dispensasjon, uten at dette er begrunnet i «landbrukseigedomens langsiktige behov og ressursgrunnlag» er i strid med formålet i plan- og bygningsloven § 1-1.

Statsforvalteren legger også her til grunn en rent formell vinkling. I klagen er det ingen nærmere redegjørelse for hvorfor dispensasjonen i denne saken innebærer en tilsidesettelse som skal klassifiseres som «vesentlig». Det er åpenbart at ikke enhver tilsidesettelse kan ansees som «vesentlig». En slik tilnærming vil gjøre dispensasjonshjemmelen i plan- og bygningslovens § 19-2 annet ledd overflødig. I forlengelsen av dette vil en slik tilnærming krenke lovgivers intensjon med å gi en

ekspisitt hjemmel til å fravike både lov og bestemmelser gitt i medhold av lovgivningen.

Det fremste formålet som er inntatt i plan- og bygningsloven § 1-1 er at loven: *«skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner»*. Kommunens vedtak om dispensasjon fremmer nettopp dette formålet. Dispensasjonsreglene bidrar til å fremme dette formålet, ved at bestemmelser kan fravikes når bestemmelsen ellers motvirker nettopp dette formålet.

Avveiningen mellom fordeler og ulemper knyttet til at det gis dispensasjon er ikke begrunnet i klagen, men kun inntatt i en setning i den avsluttende konklusjonen.

Plan- og kommunalteknisk utval har i sin begrunnelse kun gitt en kortfattet vurdering av fordeler og ulemper ved at dispensasjon gis, men viser også til at det er fattet vedtak etter jordloven. I vedtaket etter jordloven kommer fordelene klart frem:

«Sikker busetnad i området er vesentleg for å sikre framtidig drift på dette og andre bruk. I området er det no få aktive bruk att, men dei fleste vel å bu på bruket sitt sjølv om drifta er lagt ned. Det er difor naudsynt å gje løyve til deling av eigedomar for å sikre busetnad og potensielle drivarar på gardane. Samstundes er det ein del arbeidsplassar i området, som og har trong om arbeidskraft. Det er difor grunnlag for deling jfr Jordlova §12 jfr rundskriv M2/2021».

De forhold som her er trukket frem er viktige for å sikre kommunens fremtidige utvikling. Forholdene er klart relevante, og tilsier utfra sammenhengen at overvekten av fordeler fremstår som klar.

Oppsummering:

Klagen fra Statsforvalteren er fremsatt etter klagefristens utløp. Utvidelsen av klagefristen har skjedd på en lite tillitvekkende måte. Det at klagefristen var utvidet ble journalført etter at klagefristen var utløpt. Saksbehandlingen på dette området fremstår å ville få et politisk etterspill i kommunen.

Vedtaket etter jordloven er endelig. Vedtaket er basert på en grundig vurdering av parsellen sett i forhold til behovet den har for vern etter den arealbruken som er vedtatt for området.

Klagen fra Statsforvalteren er utpreget generell og gir uttrykk for en terskel i forhold til hva som regnes som «vesentlig» tilsidesettelse av lov eller plan, som er lavere enn det som er det rettslige utgangspunktet. Statsforvalteren har ikke på noen måte vurdert eller korrigert kommunens faktiske beskrivelse av parsellen eller de planfaglige vurderingene som ligger til grunn for at dispensasjon ble gitt.

Samlet sett er det ingen grunn til å ta klagen fra Statsforvalteren til følge. Tvert om vil det å ta klagen til følge frata kommunen sin rett til å foreta saklige vurderinger omkring faktum i den enkelte sak, og også frata kommunen anledningen til å kompensere svakheter i eldre planverk gjennom å benytte lovens adgang til å dispensere fra bestemmelser.

Med hilsen

Christian Grahl-Madsen

Tlf.: 911 60 880

e-post: christian@advokat.bergen.no