

Til Byggesak
Bærum kommune

Sandvika, 29.mars 2019

GNR. 49 BNR. 129 - AD SØKNAD OM DISPENSASJON LOKASJON AV AVFALLSBEHOLDERE - KLAGE PÅ VEDTAK

Vi viser til søknad datert 29. 11. 2018 («**Søknaden**») på vegne av Jongskollen Boligsameie V («**Sameiet**»). Videre viser vi til vedtak datert 21.02.2019 og 22.02.2019, av kommunen oppdelt i henholdsvis sak 18/9962-19/39094 og 18/9962-19/41183. Vi benevner vedtakene samlet som Vedtaket.

Innledningsvis bemerker vi at vi forstår at det for kommunen har gitt mening å dele opp Vedtaket i to deler, men som det fremgår av Søknaden ønsker Sameiet å få på plass en helhetlig avfallsløsning, og Klagen gjelder derfor for ordens skyld avslaget på Søknaden i sin helhet.

Vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil, uriktig rettsanvendelse og feil bruk av faktum. Kommunens skjønnsutøvelse gir dessuten et urimelig resultat. Feilene er av en slik karakter at de både samlet sett og hver for seg gjør Vedtaket ugyldig, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 41.

Vedtaket påklages, og må oppheves eller omgjøres.

Saksbehandlingsfeil

Det følger av fvl § 17 første ledd at en sak skal være «så godt opplyst som mulig» før det fattes vedtak. Saksbehandlingen oppfyller ikke dette vilkåret. Det fremgår av Vedtaket at kommunen ikke i tilstrekkelig grad har gjort seg kjent med de faktiske forholdene på en slik måte at saken er opplyst i henhold til § 17. Som det fremgår av Søknaden og dokumentasjonen, gjør det seg gjeldende særegne forhold på stedet som begrunner en dispensasjon. Kommunen kan vanskelig vurdere Søknaden uten å gjøre seg kjent med området ved en befaring. I den grad det er mulig å ta stilling til Søknaden på bakgrunn av skriftlig dokumentasjon alene, viser kommunens beskrivelse av situasjonen i Vedtaket at kommunen ikke har satt seg tilstrekkelig inn i de særegne forholdene. Dette er særlig tydelig ved kommunens omtale av behov for vegskulder mv. I stedet bærer avslaget på dispensasjon preg av en sjablonmessig vurdering av hvilke forhold som utgjør en normalsituasjon langs en vei og i områder regulert til veiformål.

Et av de sentrale poengene i Søknaden er at dispensasjonen gjelder et område som ikke kan brukes til veiformål – heller ikke til formål som med noen sannsynlighet kan knyttes til vedlikehold av veien. Brøyting av veien vil ikke være til hinder for det omsøkte tiltaket, og tiltaket vil likeledes heller ikke være til hinder for brøytingen. Trafikksikkerheten vil dessuten bedres ved tiltaket, og de aktuelle avfallsskapene vil ikke plasseres slik at de reduserer frisktsonen, jf. uttalelse 18. desember 2018 fra Vei og trafikk. Den fysiske og faktiske situasjonen har vært den samme siden 60-tallet, og det er som opplyst i søknaden ingen annen enn en hypotetisk mulighet for at dette vil endre seg i overskuelig fremtid. Den oppfatningen kommunen gir uttrykk for skiller seg fra de faktiske og konkrete forholdene på stedet i en slik grad at det fremstår som klart at saken ikke har vært opplyst så godt som mulig.

Vi legger dessuten til at kommunen ikke har foretatt noen reell og selvstendig vurdering av Søknaden. Som det fremgår nedenfor har kommunen kun basert seg på uttalelsen fra Vei og trafikk. Denne uttalelsen er imidlertid av generell karakter, og tilfredsstillende under enhver omstendighet ikke kravene til behandling av en dispensasjonssøknad på en slik måte at den kan legges til grunn som dekkende for den vurderingen kommunen må foreta.

I tillegg bemerker vi at kommunen ikke skal spekulere i sin vurdering. Når kommunen skriver at plasseringen «kan ev. også være i strid med krav til friskt» er det tale om en spekulasjon som er unødvendig. Det kan ikke utelukkes at kommunen har lagt vekt på denne spekulasjonen i disfavør av en dispensasjon. I tråd med kravet til sakens opplysning i fvl § 17 første ledd burde forholdene rundt dette vært avklart av kommunen før Vedtaket ble fattet dersom kommunen mente at dette var av betydning. Dersom kommunen mente at det var nødvendig at vi opplyste nærmere om siktforholdene, måtte kommunen i tråd med veiledningsplikten i § 11 ha gjort oss oppmerksom på dette. Uansett går det omsøkte tiltaket ikke på bekostning av friskt, og det fremkommer også tydelig av Søknaden at tiltaket ikke går på bekostning av trafikksikkerhetsmessige forhold.

For øvrig er det et brudd på veiledningsplikten i § 11 at kommunen ikke har gitt noen tilbakemelding på hvilke justeringer som etter kommunens oppfatning kunne tilfredsstillende vilkårene for dispensasjon. Kommunen har heller ikke sett nærmere på muligheten for å gi en midlertidig dispensasjon med vilkår knyttet til eksempelvis fremtidig behov for å bruke det aktuelle området. Vi minner om hensynet i legalitetsprinsippet som tilsier at offentlig myndighet ikke skal opptre mer inngripende enn nødvendig – dette gjør seg analogisk gjeldende her.

Rettsanvendelsesfeil

Vedtaket er tuftet på at vilkåret i plan- og bygningsloven (pbl) § 19-2 om at hensynet bak bestemmelsen det dispenseres fra ikke skal vesentlig tilsidesettes. Som det fremgår av Søknaden er det ikke tale om noen tilsidesettelse av noen hensyn. Uansett legger kommunen listen feil for når en tilsidesettelse er «vesentlig». Kommunen presenterer en automatisk kobling mellom at et tiltak – etter kommunens oppfatning – er i strid med formålet og at det er tale om en «vesentlig tilsidesettelse». Dette er en grunnleggende rettslig feil, og med en slik resonnering ville det jo være umulig å få innvilget en dispensasjon. Dersom tiltaket var i tråd med reguleringsformålet ville det jo ikke være behov for å kunne dispensere.

Generelt synes kommunen å ha lagt avgjørende vekt på uttalelsen fra Vei og trafikk. Uttalelsen fra Vei og trafikk er imidlertid helt generell, og det ser ikke ut til at denne er basert på de konkrete forholdene. Uten å vise til noen hjemmel uttaler Vei og trafikk blant annet at det ikke kan plasseres avfallsskap på areal regulert til veiformål. Dette kan ikke legges til grunn som en allmenngyldig regel og må oppfattes som feil. Det urimelig i et slikt rettslig standpunkt kan eksempelvis illustreres ved en ny-regulert vei som går over en hage, men som ikke vil bli oppført på flere år. Det er selvsagt ikke slik at i påvente av en mulig utbygging og faktisk bruk av arealene til veiformål så må eventuelle lekeapparater, avfallsdunker, avfallsskap eller for den saks skyld bygninger fjernes.

Kommunen har heller ikke gitt uttrykk for en riktig forståelse av vilkåret om interesseavveining i pbl. § 19-2. De opplyser at det er en «ulempe at tiltaket er plassert på regulert veiformål», men det er nettopp formålet det søkes dispensasjon fra. Forholdet det dispenseres fra kan ikke vektlegges som en ulempe. Kommunen har dessuten ikke kunnet vise til at det foreligger noen reell ulempe. Påstanden om at «veivedlikehold vanskeliggjøres/hindres» gir ingen mening, men bekrefter som nevnt at kommunen ikke har satt seg inn i de faktiske forholdene. Det er ingenting som tyder på at veivedlikeholdet vanskeliggjøres eller hindres, og kommunen har heller ikke kunnet vise til noe som tyder på det.

I forlengelsen av dette bemerker vi at Vedtaket i realiteten ikke er begrunnet, jf. fvl §§ 24 og 25. Det er ikke gitt noen forklaring på hvordan tiltaket faktisk tilsidesetter hensyn bak planen, utover å vise til generelle betraktninger ved hva vei som reguleringsformål innebærer. Når kommunen opplyser at «Vei og trafikk ... har motsatt seg plasseringen da den vil være til hinder for drift og vedlikehold, spesielt vinterstid» innebærer det ingen begrunnelse. Det er ikke gitt noen forklaring på hvordan plasseringen faktisk vil være til slik hinder, og Vei og trafikk har heller ikke vist til dette i sin uttalelse. Som nevnt har Vei og trafikk ikke tatt stilling til de konkrete forholdene på stedet. Det er heller ikke så rart, da tiltaket ikke er ment å være på et sted der det er til hinder.

Kommunen ser dessuten ut til å legge til grunn at kommunen har en privatrettslig rett til å benytte det aktuelle området til veiformål. Det er ikke riktig. En reguleringsplan endrer ikke de privatrettslige rettighetene. Området det er tale om ligger langt innenfor eiendomsgrensen for Sameiets eiendom. Dersom det mot all formodning skulle være aktuelt for offentlig myndighet å benytte området, enten direkte til vei eller til veivedlikehold mv, vil dette måtte bero på en avtale eller ekspropriasjon. Vi er ikke kjent med at det foreligger noen avtale. Retten til ekspropriasjon etter plan- og bygningsloven § 16-2 har dessuten løpt ut.

Feil faktum lagt til grunn

Som det fremgår har kommunen ikke lagt de reelle forholdene på stedet til grunn for Vedtaket. Flere momenter knyttet til dette er nevnt ovenfor. Kommunen synes ikke å ha forstått at det er tale om å bruke et område som i dag er bratt skrånende på fjellgrunn, i god avstand fra veien og innenfor veiskulderen. Området har siden utbyggingen av området på 60-tallet fungert som hage for Sameiet, og er ikke egnet til veiformål slik det er i dag. Det ligger slik til at det ikke deponeres snø verken på området eller på veiskulderen foran. Dersom det skulle freses snø foran avfallsbeholderne, noe kommunen formodentlig har rett til, jf. blant annet Vegdirektoratets

uttalelse 9. desember 1969, er ikke situasjonen annerledes enn ellers langs kommunal vei. Sameiet må selv besørge fjerning av snøen, og Sameiet har tilstrekkelig areal til å deponere snø på egen eiendom.

Kommunen synes heller ikke å ha merket seg at dispensasjonen i realiteten gjelder et terrenginngrep, fordi området ikke er flatt. Det er ikke en søknad om å etablere et avfallsanlegg. Plasseringen av avfallsbeholderne, enten det er i skap eller ikke, innebærer en plassering av løsøre som i seg selv ikke medfører noen søknadsplikt etter plan- og bygningsloven og som heller ikke er å anse som tiltak i lovens forstand. Vi minner om at det er normalt å plassere avfallsbeholdere langs vei når dette gjøres i god avstand fra veibanen og på innsiden av vegskulderen.

Vi legger avslutningsvis til at kommunen har lagt vekt på Vei og trafikks uttalelse på en slik måte at uttalelsen etter kommunens oppfatning taler mot dispensasjon. Slik uttalelsen er formulert burde uttalelsen ikke tillegges vekt i en slik retning. Vei og trafikk fremhever at regulert vei «i tillegg til asfaltert bredde også skal ta vare på vedlikeholdsarealet til veien, dette er spesielt viktig på vinterstid». I og med at Vei og trafikk her lister opp hensyn som ligger bak veiregulering og det er åpenbart at det omsøkte tiltaket ikke berøres av verken «asfaltert bredde» eller «vedlikeholdsarealet», bør uttalelsen forstås slik at den taler for å gi dispensasjon.

Avsluttende merknader

Som det fremgår er Vedtaket beheftet med en rekke feil som samlet sett og hver for seg tilsier at Vedtaket er ugyldig og må oppheves eller omgjøres.

Dersom klagen ikke tas til følge ber vi om at den uten opphold oversendes fylkesmannen, som vi legger til grunn kan prøve alle sider av saken, jf. fvl. § 34 annet ledd.

Med vennlig hilsen
Asker og Bærum Boligbyggelag AL
Prosjektavdelingen



Mette Heidi Kirksæther
Prosjektsjef / siv.ark. MNAL