



Sak: Vestby - kommuneplan 2023 - 2034 - arealdel og samfunnsdel

Vår dato:

Vår ref.:

18.10.2022

2021/19966

Til:
Torgeir Fagersand

Saksbehandler, innvalgstelefon
Anne Danielsen Haugland,

Kopi til:

Innspill fra juridisk avdeling - kommuneplanens arealdel for Vestby kommune 2023-2034

Statsforvalterens juridiske avdeling har vurdert om de foreslåtte rettslige bindende planbestemmelsene har tilstrekkelig og nødvendig forankring i loven. Vi har med dette kun vurdert arealdelen.

Hvilke bestemmelser en kommuneplan kan ha er uttømmende fastlagt i plan- og bygningsloven. På den bakgrunn vil bestemmelser som ikke er hjemlet i loven, være ugyldige. Kommunen har, som ansvarlig myndighet, det primære ansvar for utarbeiding av planverket. Vi presiserer at vi med dette ikke har foretatt en lovlighetskontroll av bestemmelsene. Kommunen må selv påse at de vedtatte bestemmelser er lovlig forankret.

Plan- og bygningsloven gjør det mulig å fastlegge, sikre og framstille ulike hensyn og interesser på flere måter i kommuneplanens arealdel. Det kan skje ved hjelp av arealformål, hensynssoner, generelle planbestemmelser, bestemmelser til arealformål og hensynssoner og ved bruk av kartsymboler. Arealformålene kan suppleres med bestemmelser etter §§ 11-10 og 11-11. Det kan også gis bestemmelser etter § 11-8 i tilknytning til hensynssoner, og generelle bestemmelser etter § 11-9 som har betydning for hvordan arealene kan brukes. Kommunen kan altså gi rettslige bindende bestemmelser med utgangspunkt i plan- og bygningslovens §§ 11-8 til 11-11. For at en planbestemmelse skal hjemle en avslagsgrunn, må denne være tilstrekkelig «klar og entydig», jf. legalitetsprinsippet slik dette er praktisert i langvarig forvaltningspraksis.

Juridisk avdeling har noen kommentarer til enkelte av de foreslåtte bestemmelsene til kommuneplan for Vestby kommune. Vi redegjør for dette nedenfor.

§ 5 Naturmangfold

I områder som ikke er LNF skal eiketrær med en diameter over 40 cm eller omkrets over 125 cm bevares. Det tillates ikke tiltak nærmere dryppsonen til treet enn 1,0 meter. Innenfor hensynssone NATUR 2 skal dammer med sitt økosystem bevares.

§ 23 Naturmangfold i strandsonen og vassdrag

Innenfor forbudsgrense sjø skal trær av alm, lind, spisslønn, ask, eik, bøk og svartor med en diameter over 40 cm eller omkrets over 125 cm bevares. I tillegg skal trær av selje med diameter over 20 cm og hasselbusker bevares. Det tillates ikke tiltak nærmere dryppsonen til slike trær enn 1,0 meter.



Innenfor hensynssone NATUR 3 skal naturtypenes økosystem bevares.

I veilederen til planbestemmelsene står det dette om § 5:

«Hensikten med første avsnitt er å ta vare på en viktig del av naturmangfoldet som disse trærne utgjør. Bestemmelsen gjelder ikke i LNF-områder.

Hensikten med andre avsnitt er å bevare og utvikle de naturlige bestandene av amfibier i dammene. Som amfibier regnes storsalamander, småsalamander, spissnutefrosk, buttsnutefrosk, damfrosk og nordpadde.

Fysiske tiltak i dammene er ikke tillat, med mindre de inngår i forvaltning av dammen som er positivt for bestandene av amfibier. Det er ikke tillat å fylle eller dumpe noen typer av masser i dammen eller i hensynsonen rundt. Tiltak som ikke forringer dammens økologiske funksjon er tillat. Det kan være tiltak for landbruksdrift som for eksempel vanning og hogst. Utslipp av miljøskadelige stoffer som for eksempel olje, sprøytemidler og kjemikalier er forbudt.

I veilederen til planbestemmelsene er det foreslått en retningslinje til § 24:

«Det kan gis dispensasjon fra § 24 dersom det er fare for skade på person eller materielle verdier. Slik fare må dokumenteres av arborist. Det skal kun gis dispensasjon for å begrense den aktuelle faren. Lysinlipp, løvnedfall og utsikt er ikke grunn til å gi dispensasjon.»

Vi kan ikke se at tilsvarende retningslinje er gitt for § 5. § 24 vil være aktuell for områder for boligbebyggelse, i og med at områder avsatt til boligbebyggelse er unntatt fra forbudssonen langs sjø, jf. planbestemmelse § 22.

Bestemmelsen er til en viss grad tilsvarende Småhusplanen, S-4220, § 6.7 i Oslo kommune som lyder:

«Nye tiltak skal plasseres slik at større trær bevares. Med større trær menes trær med stammeomkrets over 90 cm, målt 1 meter over terreng. Det skal avsettes plass på eiendommen i plan og dybde til utvikling av rotsystem og krone. Treets rotsone regnes som største omkrets for treets krone. Tiltak eller byggeproper innenfor denne sonen tillates ikke»

Kommunal- og distriktsdepartementet har lagt til grunn at denne bestemmelsen oppstiller et forbud mot trefelling, og at dette må behandles enten gjennom byggesøknad eller dispensasjonssøknad. I denne vurderingen leste departementet bestemmelsen i sammenheng med øvrige bestemmelser i småhusplanen. Det er derfor ikke gitt at foreslått bestemmelse i Vestby kommune kan leses som et forbud mot trefelling. Dersom dette er tilfelle, bør det komme tydeligere frem.

Statsforvalteren har i flere klagesaker uttalt at forbudt i småhusplanen § 6.7 ikke gjelder i de tilfeller der grunneier er forpliktet til å fjerne trær etter annen lovgivning, eksempelvis naboloven eller straffeloven. I vedtak av 27.12.2019 i sak 2019/32336 skriver Statsforvalteren: «Dette vil eksempelvis kunne omfatte trær som av ulike grunner kan utgjøre en fare for omgivelsene. Dersom det skulle være forbudt å fjerne slike trær vil grunneier kunne befinne seg i en situasjon der han plikter til både å fjerne og bevare aktuelle trær. Fylkesmannen har derfor tidligere gitt uttrykk for at felling av trær



som grunneier etter annet lovverk plikter å felle kan tenkes å falle utenfor trevernet i småhusplanen § 6.7.»

En annen utfordring ved praktiseringen og forståelsen av bestemmelsen er hvorvidt bestemmelsen også angir et unntak fra forbudet mot felling av større trær i byggesak der det ikke finnes alternative plasseringsmuligheter for bebyggelse. Vi stilte dette spørsmålet til departementet i brev av 11.07.2016 i sak 2015/25435.

Vi påpekte også at vi fant det tvilsomt om det er lovlig, eller fremstår som retts teknisk hensiktsmessig, å formulere en planbestemmelse som får en ulik materiell rekkevidde som avslagshjemmel alt ettersom en står i eller utenfor en byggesak, altså at en tillatelse til felling av trær kan gjøres på bakgrunn av en alminnelig skjønnsmessig vurdering i byggesak, mens felling av trær utenom byggesak utløser krav om behandling av saken som dispensasjonssak. Vi ba med andre ord departementet avklare om småhusplanen innebærer at felling av større trær alltid krever særskilt dispensasjonssøknad, også der kommunen har godkjent plassering og gitt tillatelse til et tiltak som forutsetter inngrep i terreng og vegetasjon.

Departementet besvarte dette slik i brev av 16.09.2016, sak 15/3157:

«I henvendelsen fra fylkesmannen bes det om en avklaring av rekkevidden for dette trevernet. En slik avgrensning kan gjelde flere forhold, blant annet mot beskjæring, vedlikehold og plassering av tiltak. Den konkrete avgrensningen som tas opp av fylkesmannen er om det er gitt et tilsvarende unntak for trevernet, som for terrenginngrep som er nødvendig for selve byggegroppen. Det vil i så fall innebære at det er i tråd med planen å ta bort trær der felling er nødvendig for å gjennomføre et tiltak det er gitt tillatelse til. For eksempel i forbindelse med at kommunen godkjenner plassering av en bolig og gir tillatelse til oppføring, slik at det gjelder et unntak for trefelling som er nødvendig for utgraving av selve byggegroppen. Dersom småhusplanen derimot tolkes slik at bestemmelsen er ment å ramme trær som står under husets godkjente plassering, må det slik fylkesmannen sier gjelde et igangsettingsforbud inntil det er gitt en egen dispensasjon, selv om kommunen har gitt tillatelse til boligen og godkjent plassering. Det er klart at kommunen har anledning til å gi unntak fra det generelle trevernet i reguleringsbestemmelsene. Etter departementets mening må et slikt unntak i så fall komme til uttrykk i planen. Det må derfor foretas en nærmere tolkning av bestemmelsen.

Ordlyden i reguleringsbestemmelsen § 6 punkt 6.7 første punktum sier at nye "tiltak skal plasseres slik at større trær bevares". Videre sies det i tredje punktum at tiltak innenfor treets krone "tillates ikke". Departementet er enig med fylkesmannen i at ordlyden taler for at forbudet gjelder all trefelling. Kommunens hensikt har imidlertid vært å gi unntak i forbindelse med godkjenning av tiltakets plassering. Kommunen viser til at planen gir en byggerett innfor tillatt utnyttingsgrad, og at i en del tilfeller vil denne byggeretten føre til at vegetasjon og trær må fjernes for å sikre en hensiktsmessig plassering av nye tiltak. Etter kommunens mening blir ikke en eiendom ubebyggelig fordi det er store trær på tomten.

Planforarbeidene trekker i retning av at meningen har vært å gi unntak, jf. ordlyden ved offentlig ettersyn 4. mai 2010. Formålsparagrafen i småhusplanen § 3 sier også at hensikten med planene er "å legge til rette for en utvikling i planområdet med bebyggelse", uten at det kan legges særlig vekt på dette som støtte for et unntak. Et annet moment er sammenhengen med småhusplanen § 6 punkt 6.5 første ledd tredje punktum om forbud mot terrenginngrep. Her er det lagt til grunn en regel som gir unntak for etablering av selve



byggegropen, selv om regelen ellers innebærer et generelt forbud mot terrenginngrep. Sammenhengen, og at bestemmelsene er gitt under samme overskrift om plassering av tiltak, kan tale for et tilsvarende unntak for felling av trær. Ordlyden i § 6 punkt 6.7 tredje punktum taler imidlertid for at trevernet favner videre, jf særlig begrepet "tillates ikke". Departementet er usikker på om unntaket fra det generelle forbudet mot felling av trær kommer tilstrekkelig klart frem, særlig med hensyn til ordlyden i tredje punktum.

Med bakgrunn i uttalelsen 23. august 2016 fra Oslo kommune ser departementet at kommunen har hatt en fast praksis for å gi unntak fra trevernet i § 6 punkt 6.7 i forbindelse med godkjenning av tiltakets plassering. Etter omstendighetene og under noe tvil finner departementet å kunne legge til grunn en regel om unntak i tråd med kommunens faste praksis. Bestemmelsen er ikke klar, og for tiltakshaver vil et unntak være mindre byrdefullt enn veien om en egen dispensasjonssøknad som kommer i tillegg til ordinær byggesøknad. En streng forbudsbestemmelse uten unntak burde vært klart uttrykt. Departementet finner det også vanskelig å tolke bestemmelsen restriktivt i strid med kommunens oppfatning.

Oslo kommune bør vurdere å endre reguleringsbestemmelsen slik at unntak kommer tilstrekkelig klart frem i småhusplanen. Ved en justering kan det også være naturlig at kommunen vurderer om det er behov for å klargjøre reguleringsbestemmelsens rekkevidde når bestemmelsen anvendes utenfor byggesak. Det gjelder blant annet for unntak ved beskjæring, vedlikehold, herunder eventuelt felling av enkelttrær, og lignende. Departementet viser til at fylkesmannen har tatt opp problemstillingen om rekkevidden av trevernet i brev 8. april 2014, 10. oktober 2014, 15. juni 2016 og 11. juli 2016.»

Overnevnte viser at bestemmelsen om vern av trær i Småhusplanen har vært vanskelig å praktisere, og det kan også stilles spørsmål ved om bestemmelsen er tilstrekkelig klar og entydig til å oppstille et forbud mot fjerning av visse typer trær. Vi ber kommunen vurdere dette nøye i sitt videre arbeid med planen. Problemstillingen er særlig interessant når de opplistede trærne hindrer plassering av byggetiltak.

Vi viser også til tolkningsuttalelse fra departementet i sak 21/3893 av 5. november 2021, som vist til over under kommentarer til punkt 1.4. Det fremgår her at detaljerte avklaringer bør gjøres på reguleringsplannivå slik at forhåndsvarsling og eventuelt klagerett gjelder. Dersom detaljeringsgraden er høy og planen går inn i spørsmål og avklaringer som har stor betydning for enkeltgrunneiere eller andre berørte, bør man som hovedregel velge å regulere dette i reguleringsplan. Tre-bestemmelsen kan bli særlig inngripende for enkelte grunneiere.

§ 9 Parkering

§ 9 inneholder en tabell som viser kravene til parkering for bil og sykkel. Ifølge veilederen til bestemmelsen er hensikten todelt. For det første skal det sikres nok parkeringsplasser for boliger, slik at parkering av biler ikke skjer langs vei eller andre steder hvor det ikke er tilrettelagt. For det andre skal antallet parkeringsplasser begrenses mest mulig og med dette å begrense biltrafikken generelt. Til dette vil vi bemerke at maksimumkrav til parkering i realiteten ikke er et krav om parkering. Man kan etter bestemmelsen velge ikke å ha parkeringsplasser, i og med at det ikke står minimum.



§ 12 Gesimshøyde

Der det tillates arker og takoppløft skal disse ikke regnes inn i gesimshøyden hvis de har en bredde mindre enn 1/3 av takflaten.

I veilederen til bestemmelsen står det:

«Gesimshøyden er satt for å regulere høyden på bygg slik den oppfattes, sett fra bakkenivå rundt bygget. Hensikten med bestemmelsen er å tillate mindre arker og takoppløft uten at bygget oppfattes høyere.

Bestemmelsen gjelder for hele kommunen, både i regulerte og uregulerte områder.

Bestemmelsen gir ingen tillatelse til å etablere arker og takoppløft. Bestemmelsen angir kun hvordan gesimshøyden skal beregnes. Det er andre bestemmelser som angir om arker og takoppløft kan bygges eller ikke.

Det skal tas utgangspunkt i hver enkelt takflate. Et enkelt vinkelbygg med saltak vil totalt ha fire takflater. Bredden på takflaten måles øverst på takflaten.»

Det er ikke anledning til å vedta bestemmelser som er i strid med TEK så fremt det ikke åpnes for dette i lov eller forskrift. TEK § 6-2 fjerde ledd regulerer hva som kan bestemmes i plan. Etter denne bestemmelsen kan det i plan vedtas:

«Kommunen kan i planbestemmelser fastsette at høyder skal måles i forhold til ferdig planert terreng, eksisterende terreng, gatenivå eller en nærmere fastsatt kotehøyde. For bygning som går gjennom et kvartal, bestemmer kommunen hvilke høyder som skal brukes for de ulike deler av bygningen. Det samme gjelder for hjørnebygninger og for byggverk med meget stort areal eller uvanlig form.»

Vi kan ikke se at det åpnes for en slik løsning som kommunen foreslår.

§ 17 Næring

I uregulerte områder for næring kan det oppføres bebyggelse for næring. Kontor, bensinstasjon, hotell og bevertning tillates ikke. Der det er godkjent bensinstasjon, tillates denne utviklet videre. Maksimal gesimshøyde er 6 meter og maksimal mønehøyde er 9 meter. Prosent bebygd areal for den enkelte tomt %-BYA=30 %.

I veilederen står det at hensikten med bestemmelsen er å tillate endringer av eksisterende næringsbebyggelse i områder uten reguleringsplan. Også rivning og nybygg er tillatt. Bestemmelsen er hjemlet i pbl. § 11-9 nr. 5.

Vi stiller spørsmål ved gyldigheten av bestemmelsens 2. og 3. pkt; «Kontor, bensinstasjon, hotell og bevertning tillates ikke. Der det er godkjent bensinstasjon, tillates denne utviklet videre.»

Pbl. § 11-9 nr. 5 åpner for å vedta bestemmelser om «byggegrens, utbyggingsvolum og funksjonskrav, herunder om universell utforming, leke-, ute- og oppholdsplasser, skilt, reklame, parkering, frikjøp av parkeringsplasser etter § 28-7 og utnytting av boligmasse etter § 31-6». Bestemmelsen åpner ikke for å vedta bestemmelser om *hvilken type næring* som skal tillates og som kan utvikles videre. Vi kan heller ikke se at andre alternativ i §§ 11-9 til 11-11 åpner for dette. Bakgrunnen er nok at kommuneplanens arealdel er ment å være en grovmaske, overordnet plan.



Det fremgår av *reguleringsplanveilederen*¹ under formålet forretning at man ikke kan vedta reguleringsbestemmelser om bransjeregulering eller konkretisering av bestemte varegrupper, kun angivelse av plasskrevende varer, detaljhandel og dagligvare. Problematikken er ikke omtalt i kommuneplanveilederen, men det er som nevnt over naturlig å legge til grunn at det heller ikke i kommuneplanens arealdel kan vedtas bestemmelser om bransjeregulering, konkretisering av bestemte varegrupper eller bestemt næring.

Foreslåtte bestemmelse i kommuneplanen angir type næringsvirksomhet, og det kan videre stilles spørsmål ved om man med dette også går i retningen av å vedta bestemmelser som regulerer bransje. Bestemmelsen kan også tolkes slik at det kun er eksisterende bensinstasjon som kan utvikles videre, med andre ord den konkrete bensinstasjonen. Planbestemmelser skal regulere arealer, ikke hvem som kan benytte området.

Dersom man ønsker å begrense utbyggingsvolum, trafikk og støy, bør dette heller gjøres gjennom bestemmelser om for eksempel antall parkeringsplasser, grad av utnyttning og støy. Uansett hører slike detaljerte bestemmelser mer hjemme i en reguleringsplan.

Som støtte for overnevnte, viser vi også til at arealformålet næring er et underformål til formålet bebyggelse og anlegg etter plan- og bygningsloven § 11-9 andre ledd nr. 1. Det følger av veilederen til kommuneplanens arealdel punkt 4.5.2.2.10 at i kommuneplanens arealdel er det kun hovedformålet næringsbebyggelse som skal brukes. Næringsbebyggelse omfatter kontor, hotell, overnatting, bevertning, industri-, håndverks- og lagervirksomhet, bensinstasjon, vegserviceanlegg og annen næringsvirksomhet som ikke er angitt som eget formål.

Vi ber kommunen ta med seg våre merknader i sitt videre arbeid med kommuneplanens arealdel. Det er viktig at kommunen tar konkret stilling til rekkevidden av pbl. § 11-9 nr. 5 og hvorvidt bestemmelsen åpner for slike detaljerte bestemmelser om type næring, samt hvorvidt kommunen har gått i retning av å vedta bransjeregulerende bestemmelser.

Vi sendte 09.03.2022 brev til Kommunal- og distriktsdepartementet med anmodning om tolkningsuttalelse om disse spørsmålene. Brevet ligger vedlagt. Vi har p.t. ikke mottatt svar fra departementet, men departementet har i foreløpig svar skrevet at de arbeider med disse problemstillingene.

§ 18 Offentlig og privat tjenesteyting

I uregulerte områder for offentlig og privat tjenesteyting kan det oppføres bebyggelse for den virksomheten som i dag er lovlig etablert på eiendommen. Maksimal gesimshøyde er 6 meter og maksimal mønehøyde er 9 meter. Prosent bebygd areal for den enkelte tomt %-BYA=30 %

I veilederen til bestemmelsen står det at hensikten med bestemmelsen er å tillate endringer av eksisterende bebyggelse for offentlig og privat tjenesteyting i områder uten reguleringsplan. Også rivning og nybygg er tillatt. Bestemmelsen er hjemlet i pbl. § 11-9 nr. 5.

Vi stiller spørsmål ved gyldigheten av bestemmelsens 1. pkt, herunder om den er tilstrekkelig klar og entydig. Det er kun den *virksomheten* som er lovlig etablert på eiendommen i dag som kan utvikles. Planbestemmelser skal regulere arealer, ikke hvilken virksomhet/hvem som kan benytte området. Samtidig fremgår det av veilederen til bestemmelsen at eksisterende *bebyggelse* kan endres. Dette

¹ Utgitt september 2022 fra Kommunal- og distriktsdepartementet



kan bety at annen offentlig og privat tjenesteyting kan overta eksisterende bebyggelse. Dette bør klargjøres. Dersom bestemmelsen kun skal tilgodese den konkrete virksomheten/den konkrete offentlige/private tjenesteytingen som er der i dag, men ikke annen virksomhet som er i samsvar med planformålet, mener vi bestemmelsen ikke er gyldig.

§ 22 Byggeforsbud i strandsonen og langs vassdrag

Fra forbudsgrense sjø og ut i sjøen og innenfor hensynssone naturmiljø (langs vassdrag) tillates det ikke utført tiltak. Forbudet gjelder alle tiltak som omfattes av plan- og bygningsloven, også midlertidige bygninger, konstruksjoner og anlegg, herunder flytebrygger, husbåter, bøyer, båttopplag, anleggsbrakker, campingvogner og lignende. Forbudet gjelder ikke innenfor områder avsatt til boligbebyggelse.

Sonen med kantvegetasjon på 15 meter mot vassdrag skal bevares.

Forbudene gjelder ikke tiltak i samsvar med regulerte småbåthavner i sjø og friluftsområder/badeplasser, rivning, mindre vesentlige fasadeendringer, fradeling ved innløsning av bebygd festetomt etter tomtefesteloven, anlegg for navigasjonsmessig bruk og vann- og avløpsanlegg. Slike tiltak må likevel ikke hindre ferdsel, være til skade for viktige eller svært viktige friluftsområder eller områder for kartlagt naturmangfold. (vår understrekning)

Spørsmålet er hvordan man angir byggegrense langs sjø, herunder unntak fra byggeforsbudet.

Departementet² har lagt til grunn at kravet om byggegrense mot sjø i plan må være fastsatt på en klar og entydig måte, og at dette må avgjøres ved en tolking av hver enkelt plan. Ved utarbeiding av planer er det viktig at byggegrensen fastsettes på en tydelig måte, gjennom angivelse på plankartet og/eller bestemmelser i planen. Bakgrunnen for kravet om at det skal være fastsatt en byggegrense for at lovens forbud skal vike, er at det i områder som avsettes til byggeformål skal foretas en nærmere vurdering av hvor bygging skal kunne gjennomføres. Når det skal fastsettes en byggegrense, må det derfor foretas en konkret vurdering av allmenne interesser i strandsonen. Det må vurderes i den konkrete planen om det finnes en klar og entydig byggegrense. Ved bruk av formålsgrenser må det fremgå klart og entydig av planen. Det må fremgå av planen at formålsgrensen også er en byggegrense mot sjø.

Vi stiller spørsmål ved om vurderingskriteriet i bestemmelsens tredje ledd andre punktum er tilstrekkelig klart og entydig. I veilederen til bestemmelsen står det at «Det må bero på et konkret skjønn i hver enkelt sak om tiltaket er til hinder for ferdsel eller til skade for friluftinteresser eller naturmangfold». Vurderingstemaet er svært skjønnsmessig og vil kunne by på problemer ved praktisering i den enkelte byggesak. Vi ber kommunen ta dette med seg i sin videre behandling av planen.

² Se svar på henvendelse fra Fylkesmannen i Rogaland i sak 17/5725 av 25.04.2018