

Vestland fylkeskommune  
Plan- og forvaltningsseksjon

Post@vlfk.no

DERES REFERANSE  
2020/37719

VÅR REFERANSE  
10212848  
nochaa

DATO  
09.07.2020

## **KLAGE – UTESERVERING - EGON KJØTTBASAREN**

### **1. Tema**

Det vises til vedtak fra Vestland fylkeskommune av 28.05.2020, samt tidligere korrespondanse med Statens Vegvesen datert 15.11.2019 og 16.01.2020. Det vises også til sakens øvrige dokumenter. Saken gjelder klage på vedtak om innskrenking av eksisterende uteserveringsareal. Sweco Norge AS bistår leietaker (Torget Hotelldrift AS) i saken. På vegne av leietaker påklages fylkeskommunens vedtak.

### **2. Prosessuelt**

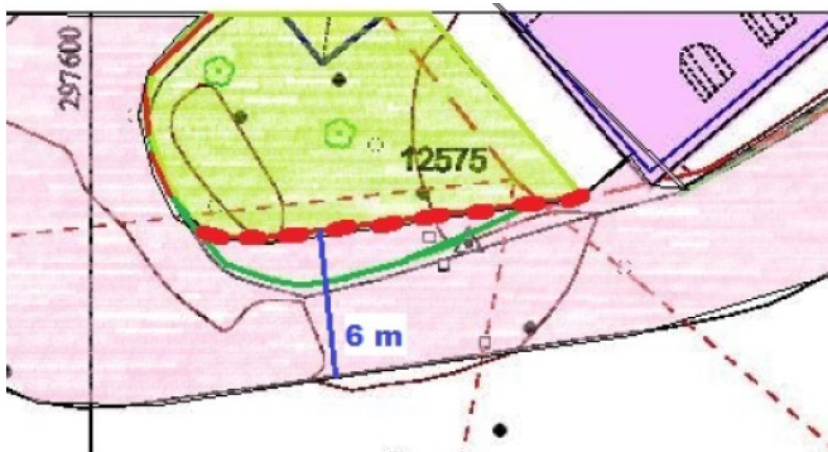
#### **2.1 Vedtak etter veglova**

Fylkeskommunen viser til at bruk av fortausareal til annet enn trafikkformål, er avhengig av vedtak etter veglova §§ 9 og 57. Etter veglova § 57 (2) nr. 2 er det forbudt uten tillatelse fra veimyndigheten etter § 9 å plassere innretninger på eiendomsområdet til offentlig vei. For forvaltningsavgjørelser etter veglova, gjelder reglene i forvaltningsloven, jf. veglova § 11. I tråd med forvaltningsrettslige prinsipper og forvaltningslovens system, plikter veimyndigheten å fatte vedtak for hele det omsøkte arealet.

#### **2.2 Vedtakets omfang**

Arealet som er innskrenket og gjenstand for klagen, befinner seg på fortausareal langs fylkesvei 5342 Bryggesporden og fylkesvei 577 Torget. Slik vi forstår vedtaket omfatter dette kun deler av omsøkte areal, tilsvarende 157,5 kvm:

«Vestland fylkeskommune samtykker for heile 2020 til utleige av eit fortasareal som vist på kartutsnittet under. Det totale utleigearealet blir 157,5 m<sup>2</sup>. Samtykket **for dette arealet** (vår utheving) er eit enkeltvedtak etter veglova §§ 9 og 57».



Hele arealet innenfor den grønne linjen er tidligere omsøkt og godkjent av Plan- og bygningsetaten. Det er også søkt om videreføring av eksisterende leieavtale for dette arealet for sesongen 2020 knyttet til uteservering. Veimyndighetens vedtak viser at det er gitt tillatelse til uteservering for arealet innenfor den røde stiplede linjen.

### 2.3 Begrunnelse for unnlatt bruk av kompetanse

Vestland fylkeskommune har begrunnet begrensningen av vedtakets omfang med at den bare kan fatte vedtak for areal som er i samsvar med kommunedelplan sentrum.

Vi stiller spørsmålsteget ved at veimyndigheten skulle ha slik begrenset kompetanse til å fatte vedtak etter veglova, når de plan- og arealmessige sider ved tiltaket er et anliggende som hører inn under plan- og bygningsloven. Etter vår vurdering tilligger det den kommunale plan- og bygningsmyndigheten å ta stilling til slike spørsmål, jf. pbl. §§ 1-4 og 21-4, samtidig som dette ikke utelukker veimyndighetens kompetanse til å treffe vedtak etter veglova for det samme arealet. De hensyn som skal ivaretas ved forvaltningens vedtak etter veglova og plan- og bygningsloven er naturligvis ikke sammenfallende, hvilket ligger i sakens natur i og med at tiltakets lovlighet forutsetter tillatelse etter begge lovene.

Tiltaket er uansett i tråd med gjeldende kommunedelplan. Arealformålet for det konkrete området er «Gangareal med byromsbruk». I kommunedelplanen pkt. 6.3 tilknyttet nevnte arealformål, er «Gatesalg og uteservering» tillatt. Bestemmelsen henviser til en skjønsmessig vurdering. Omsøkte uteservering er ikke i strid med verken arealformål eller bestemmelser i kommunedelplanen. Fylkeskommunen har imidlertid innhentet en uttalelse fra Plan- og bygningsetaten av 29.03.2019 v/Kjell Åge Matre, hvor han kommer med en *anbefaling* basert på sin tolkning av kommunedelplanen pkt. 6.3. Slik vi ser det er ikke uteserveringen *i strid* med kommunedelplanens formål og bestemmelser, selv om Plan- og bygningsetaten har kommet med sin anbefaling basert på en tolkning av kommunedelplanen. Dessuten har Plan- og bygningsetaten presisert i sin uttalelse at vurderingen er gjort for sesongen 2019:

*«Det må understrekes at ovenstående vurdering er gjort for sesongen 2019. Det er nødvendig å gjøre grundigere vurderinger knyttet opp mot tellinger og antall gående i makstimen...».*

Vi er ikke kjent med at det er foretatt eller lagt til grunn grundigere vurderinger som nevnt i uttalelsen, hvilket tilsier at uttalelsen uansett ikke er relevant eller kan få betydning i herværende sak som gjelder uteservering for sesongen 2020. Som det fremgår av ovennevnte er det feilaktig lagt til grunn at arealbruken ikke er i samsvar med kommunedelplan sentrum.

Vi vil nedenfor redegjøre for at det er grunnlag for å treffe positivt vedtak etter veglova for hele arealet som er gjenstand for søknad om fornyet leieavtale og som er godkjent av Plan- og bygningsetaten.

### **3. Plan- og arealmessige forhold**

#### **3.1 Gyldig byggetillatelse (1997)**

Det ble gitt byggetillatelse til Egon Kjøttbasaren for uteserveringsareal med møblering i 1997. Det ble da tatt stilling til de plan- og arealmessige sidene ved tiltaket, på grunnlag av dagjeldende arealplan for området, en plan som var annerledes på dette tidspunktet.

#### **3.2 Forholdet til kommunedelplan sentrum (2001)**

I fylkeskommunens vedtak legges det til grunn vurderinger knyttet til gjeldende kommunedelplan sentrum:

«Ved Kjøttbasaren og Bryggesporden **legg Vestland fylkeskommune til grunn** plan- og bygningsetaten si avklaring av **arealbruk i høve til kommunedelplan sentrum** (vår utheving), som er gitt i e-post til Statens vegvesen 29.03.2019».

Nevnte kommunedelplan er vedtatt i 2001 - 4 år etter at det ble gitt byggetillatelse for tiltaket på grunnlag av dagjeldende arealplan. Etter plan- og bygningsloven § 11-6 er kommuneplanens arealdel bindende for nye tiltak eller utvidelser etter § 1-6. Tillatelse etter plan- og bygningsloven i 1997 er vurdert etter en eldre arealplan enn kommunedelplan sentrum. Det ville innebære ulovlig tilbakevirkning å fatte vedtak etter en nyere arealplan.

#### **3.3 Omgjøring av vedtak om innskrenking**

I tillegg til at kommunedelplan sentrum ikke kan legges til grunn for eventuelt nytt vedtak fra Vestland fylkeskommune, må eventuell endring av vedtaket skje i tråd med reglene om omgjøring jf. forvaltningsloven § 35.

Vi kan ikke se at det foreligger verken materiell eller personell kompetanse for omgjøring av vedtaket, og heller ikke at det er omgjøringsadgang på grunnlag av vedtaket selv.

### Materiell kompetanse

Etter § 35 (1) kan vedtak omgjøres dersom bestemte vilkår er oppfylt. Vilkårene går ut på at endringen ikke må være til skade for noen som vedtaket retter seg mot, at underretning om vedtaket ikke er kommet frem til vedkommende / ikke er kunngjort, eller at vedtaket må anses ugyldig. Ingen av de nevnte vilkårene er oppfylt og det er derfor ikke adgang til omgjøring etter første ledd.

Etter § 35 (2) kan vedtak omgjøres også uten at nevnte vilkår er oppfylt, dersom hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser tilsier det. Det skal da foretas en helhetsvurdering av de offentlige hensyn på den ene siden, veid opp mot partens interesse på den andre siden. Herunder er det relevant å se hen til partens interesse i å innrette seg etter vedtaket, i hvilken grad parten faktisk har innrettet seg, samt ulempene for vedkommende ved omgjøring. I et tilfelle som dette hvor vedtaket ble fattet for 23 år siden, og hvor tiltakshaver har gjort investeringer i virksomheten, tilpasset staben/ansatte til vedtaket, samt benyttet området med berettigede forventninger om videre bruk, kan det ikke under noen omstendigheter være grunnlag for omgjøring. Uansett er fristen for å melde om overprøving samt omgjøring oversittet, jf. annet ledd annet pkt.

### Personell kompetanse

Veimyndigheten har dessuten ikke kompetanse til å omgjøre vedtaket. Etter § 35 (1) er det forvaltningsorganet som har fattet vedtaket, eller klageinstansen som har kompetanse til omgjøring. Etter § 35 (2) er det klageinstans eller overordnet myndighet som har kompetanse til omgjøring. Vedtaket om byggetillatelse er fattet av plan- og bygningsmyndigheten, og veimyndigheten har således ikke kompetanse til å omgjøre dette. Det er uansett ikke et anliggende for veimyndigheten og dens avgjørelse etter veglova å ta stilling til de arealmessige sider av saken.

### Omgjøringsadgang i vedtaket

Fylkeskommunen har vist til at det inntatt et forbehold i vedtaket fra 1997 om «*rett til å kreve justering av utearealets begrensning*». For det første er det plan- og bygningsmyndigheten som etter vedtaket har kompetanse til eventuell justering. Veimyndigheten har derfor ikke myndighet til justering av arealet på grunnlag av vedtaket. Dessuten innebærer justering av arealet omgjøring av vedtaket, og eventuell endring på grunnlag av vedtaket må ses i lys av forvaltningsloven § 35.

Etter § 35 (3) gjelder ikke begrensningene i første, annet og tredje ledd når endringsadgangen følger av vedtaket selv. Spørsmålet er derfor om det foreligger endringsadgang etter vedtaket fra 1997. I lovkommentaren til § 35 (3) er følgende uttalt om dette:

*«Som alminnelig utgangspunkt kan et forvaltningsorgan ikke utvide eller innskrenke omgjøringsadgangen ved å ta inn noe om dette i vedtaket. Det kan imidlertid være situasjoner hvor det må anses som legitimt at forvaltningsorganet gjør parten oppmerksom på at det vedtak som nå er truffet må anses som mer eller mindre foreløpig, fordi man enten mangler alle opplysninger eller ikke har mulighet til å gjennomføre en fullstendig saksbehandling, eller fordi det knytter seg vesentlig usikkerhet til den fremtidige utvikling av forhold som må anses som avgjørende for om vedtaket kan bli stående, for eksempel når det gjelder miljømessige forhold. Motsatt kan det tenkes at et vedtak inngår i en sammenheng hvor det fremgår at parten har særlig grunn til og behov for å kunne basere seg på at vedtaket ikke blir omgjort. Dette vil kunne heve terskelen betydelig for når omgjøring kan skje, både i underinstansen og av overordnet organ».*

Som det fremgår av uttalelsen ovenfor er det alminnelige utgangspunktet at omgjøringsadgangen *ikke* kan utvides i vedtaket. Det kan likevel foreligge slik adgang unntaksvis, i tilfeller hvor dette er legitimt.

Vi kan ikke se at vedtaket må anses å være av «foreløpig» karakter, verken ut ifra rettslige eller faktiske forhold på vedtakstidspunktet, eller ut ifra vedtaket som sådan. Bygningsmyndigheten har i vedtaket inntatt adgang til omgjøring i tilfeller hvor den «*allmenne ferdsel krever større fortausareal*». Etter vår vurdering var det fullt mulig for bygningsmyndigheten å ta stilling til arealbehovet ved fortausarealet på vedtakstidspunktet, slik at det ikke var legitimt å utvide omgjøringsadgangen på dette grunnlaget. Det er heller ikke påvist faktiske endringer av behovet for fotgjengere som tilsier at forutsetningen kan anes å ha inntruffet. Uansett burde eventuell justering av arealet ha vært tema på et mye tidligere tidspunkt, og kan ikke under noen omstendighet være aktuelt 23 år etter at vedtaket er fattet. Som det fremgår av lovkommentaren ovenfor, vil terskelen for når omgjøring kan skje heves betydelig når parten har særlig grunn til og behov for å kunne basere seg på at vedtaket ikke blir omgjort. Det vises til ovennevnte momenter om at vedtaket ble fattet for 23 år siden, og hvor tiltakshaver har gjort investeringer i virksomheten, tilpasset staben/ansatte til vedtaket, samt benyttet området med berettigede forventninger om videre bruk. Hensynet til tiltakshaver må her tillegges stor vekt, og er etter vår vurdering avgjørende for at forbeholdet om justering i vedtaket ikke gir grunnlag for omgjøring i dag.

### 3.4 Konklusjon

Det er ikke grunnlag for å fatte vedtak i strid i med byggetillatelsen fra 1997. Det ville innebære omgjøring av vedtaket, som i dette tilfellet vil være i strid med adgangen til omgjøring etter forvaltningsloven § 35. Forbeholdet i vedtaket fra 1997 er ikke legitimt, og kan ikke under noen omstendigheter påberopes 23 år etter vedtakstidspunktet. Dermed tilsidesettes ikke begrensningene av omgjøringsadgangen etter § 35 av innholdet i vedtaket jf. § 35 (3). Dersom det til tross for ovennevnte skulle anses å være adgang til omgjøring, kan ikke en nyere arealplan enn den på vedtakstidspunktet som var gjeldende, legges til grunn for nytt vedtak. Det ville innebære å gi ny arealplan tilbakevirkende kraft. Dertil kan ikke veimyndigheten fatte vedtak for arealmessige forhold, når det skal fattes vedtak på grunnlag av veglova og de trafikkmessige hensyn som er relevante.

## 4. Vedtak etter veglova

### 4.1 Forbud mot plassering av innretning

Som nevnt i pkt. 2.1 ovenfor er det etter veglova § 57 (2) nr. 2 forbudt å plassere innretninger på eiendomsområdet til offentlig vei, uten tillatelse fra veimyndigheten. Arealet omsøkt til uteservering er fortausareal langs fylkesvei 5342 Bryggesporden og fylkesvei 577 Torget. Klagen gjelder arealet som er beskrevet i pkt. 2.3 ovenfor, og vi vil i det følgende redegjøre for at det er grunnlag for å innvilge søknad etter veglova § 57 (2) for også dette arealet.

## 4.2 Vurderingen etter veglova

### 4.2.1 Formålsbestemmelsen i veglova

Etter formålsbestemmelsen i veglova § 1 a. er formålet med loven å sørge for planlegging, bygging, vedlikehold og drift av veger, «*slik at trafikken på dei kan gå på eit vis som trafikantane og samfunnet til ei kvar tid kan vere tent med. Det er ei overordna målsetting for vegstyremaktene å skape størst mogleg trygg og god avvikling av trafikken og ta omsyn til grannane, eit godt miljø og andre samfunnsinteresser elles*».

Trafikkavviklingen er åpenbart det sentrale hensynet for veimyndigheten, men også andre samfunnsinteresser som naboer, miljø ol. er relevante i forbindelse med vedtak etter veglova.

### 4.2.2 Utenforliggende hensyn i vedtaket

I vedtaket «*legg Vestland fylkeskommune til grunn plan- og bygningsetaten si avklaring av arealbruk i høve til kommunedelplan sentrum, som er gitt i e-post til Statens vegvesen 29.03.2019*».

- 1) Fylkeskommunen har tatt utenforliggende hensyn. Overordnede vurderinger av arealbruk er ikke i tråd med hensynene som skal ivaretas av veglova. Arealbruk kan kanskje ved tolkning i vid forstand gå inn under «samfunnsinteresser elles», men det kan ikke legges til grunn en slik forståelse ettersom slike vurderinger hører inn under plan- og bygningsmyndighetens område og i så fall ville uthule systemet med plan- og bygningsloven og de vurderinger som skal gjøres av arealbruk etter denne.
- 2) Kommunedelplan sentrum vedtatt i 2001 kan ikke legges til grunn for vurderinger om arealbruk, jf. pkt. 3.2 om tilbakevirkning.
- 3) I uttalelsen gitt i e-post til Statens vegvesen har Plan- og bygningsetaten forutsatt at vurderingen er gjort for sesongen 2019, og også at nye vurderinger skal knyttes til empiri som tellinger av antall gående i makstimen. Det er ikke relevant å legge uttalelsen til grunn for søknaden for 2020.

### 4.2.3 Vurderingen etter veglova § 57

Ved en helhetlig vurdering etter veglova § 57, er hensynet til fotgjengere relevant. Vi er imidlertid uenig i vegmyndighetens vurdering av at omsøkte areal markert med rosa i vedtaket, er nødvendig gangareal. For det første er det ikke dokumentert tellinger som grunnlag for økt behov for gangareal. Dessuten viser vi til at de fleste turistgrupper bruker lyskrysset over Vetrilidsallmenningen i stedet for å gå opp langs tiltakshavers fasade, hvilket de trolig gjør nettopp for å krysse veien på en forsvarlig måte. Det er slik sett både mulig og i praksis i bruk alternativt fortausareal for sikker kryssing av vei. Omsøkte areal er derfor ikke nødvendig til fotgjengere, som har god nok plass på øvrig fortausareal. Videre er det ikke registrert noen ulykker i veien utenfor omsøkte serveringssted ifølge daglig leder for Kjøttbasaren. For sesongen 2020 tilsier uansett dagens situasjon med korona, at det ikke vil være et problem med antall gående turister i området. Som det er redegjort for er det ikke nødvendig å ta i bruk det omsøkte arealet til fotgjengerareal.

Vi viser også til at øvrige serveringssteder i området beslaglegger areal slik at fortauet på disse stedene har mindre enn 6 meters bredde. De fleste stedene har 4 meters bredde, og Fisketorget har helt ned i 1,5 meter med fortau. Det vises til vedlagte bilag 1 – 7, med bilder av

de aktuelle sammenliknbare serveringsstedene og påtegnet avstand på fortauet. Av hensyn til likebehandling kan ikke arealet innskrenkes slik det er gjort i herværende sak.

Andre samfunnsforhold som må få betydning i vurderingen, er det positive bidraget til bybildet og kulturen med spisesteder og et levende sentrum, som serveringsstedet gir. Dertil kommer hensynet til næringslivet, ved at innskrenkning av arealet får negative konsekvenser for leietaker, som har innrettet seg etter opprinnelig vedtak og eksisterende servering over svært lang tid. Det er gjort investeringer og planlagt virksomhet i tråd med et areal for uteservering av denne størrelsen. Virksomheten er også tilpasset med hensyn til bemanning for servering i tråd med arealomfanget. Det påpekes at sesongen 2020 er særlig utfordrende for restaurantnæringen med tanke på koronasituasjonen, og vi bemerker at innskrenkning av arealet kan få negative konsekvenser for livsgrunnlaget til leietaker og dens ansatte. Med de kravene myndighetene stiller til avstand mellom gjestene hos restauranter i disse tider, er arealets størrelse for uteserveringen særlig viktig for sesongen 2020.

På bakgrunn av dette mener vi at det er grunnlag for å innvilge søknaden om uteservering for hele det omsøkte arealet etter veglova § 57 (2).

#### **4.2.4 Forholdet mellom grunneier og veimyndighet**

Vi stiller også spørsmålsteget ved at det skal fattes nytt vedtak etter veglova i forbindelse med forlengelse av leiekontrakten. Vi forstår at fylkeskommunen som grunneier kan stille vilkår om leiekontraktenes løpetid samt stille krav til leietaker ved forlengelse. Som fylkeskommunen selv beskriver i vedtaket, skal den godkjenne bruk av areal til uteservering både som grunneier og som veimyndighet. Som veimyndighet fattes det vedtak etter veglova, men vi kan ikke se at fylkeskommunen som grunneier har grunnlag for å fatte nye, løpende vedtak etter veglova, som i prinsippet omgjør tidligere tillatelser til uteserveringen. For oss fremstår dette som en blanding av roller med uforutsigbar myndighetsutøvelse som resultat.

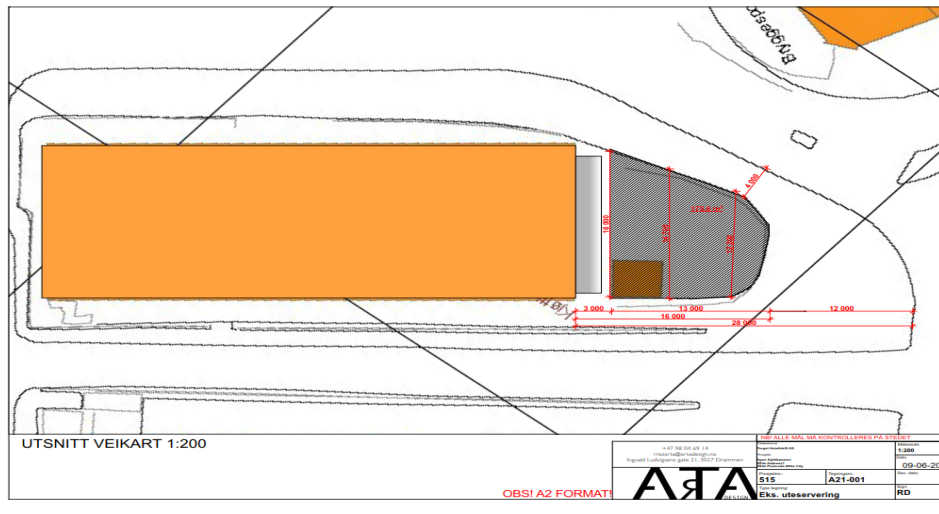
På bakgrunn av ovennevnte bes det om at klagen tas til følge.

### **5. Forutsatt at klagen ikke tas til følge – forslag til utvidet areal**

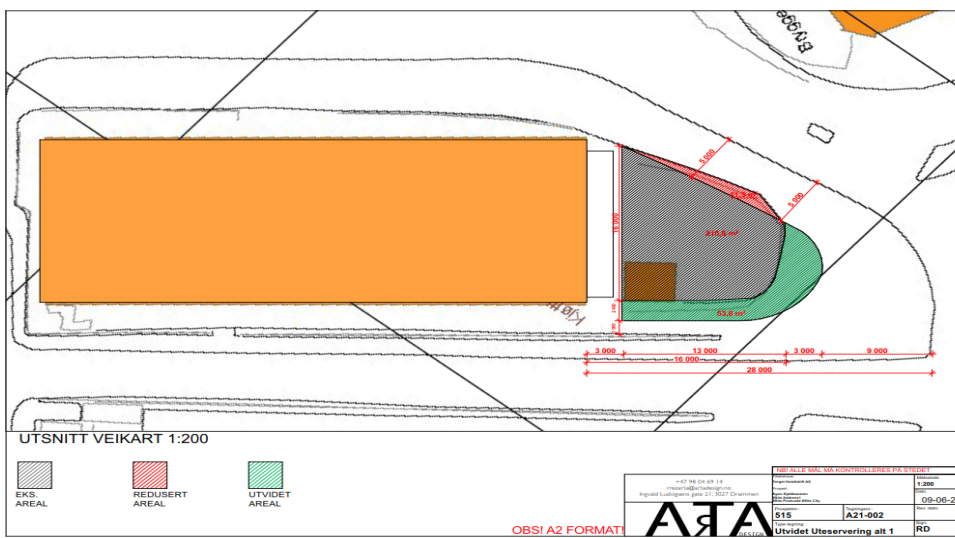
Dersom Vestland fylkeskommune ikke tar klagen til følge, bes det om at det vurderes mulighet for utvidelse andre steder på uteserveringen dersom leietaker må innskrenke det omtvistede arealet. Det er registrert godkjente utvidelser på andre uteserveringer i sentrum, herunder blant annet Sjøboden.

Det gjøres særlig oppmerksom på at det i disse dager er kritisk at driften holdes i gang på ordinær måte. En innskrenking vil, som nevnt tidligere, gi innvirkning på ressursituasjonen på ansatte, samt gi negative konsekvenser for økonomien til leietaker.

Under vises eksisterende uteserveringsareal og 2 forslag til utvidelse av arealet som vi håper at kan vurderes dersom klagen ikke tas til følge.

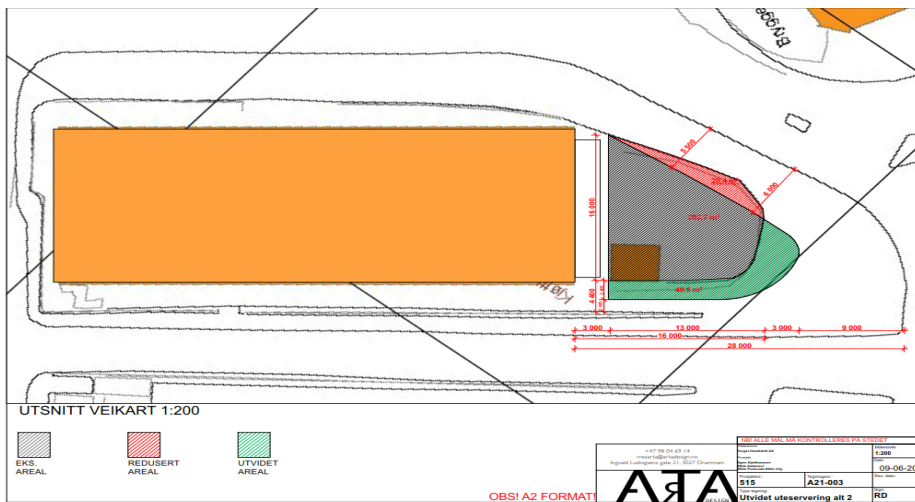


Eksisterende uteserveringsareal



Forslag til utvidelse – alternativ 1





Forslag til utvidelse – alternativ 2

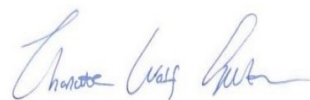
Dersom kommunen har behov for ytterligere opplysninger, bes det om at Charlotte Wolf Apelthun kontaktes på [charlottewolf.apelthun@sweco.no](mailto:charlottewolf.apelthun@sweco.no) eller på telefon +47 452 48 307.

Med vennlig hilsen  
Sweco Norge AS

Med vennlig hilsen  
Sweco Norge AS



Ingrid Helene Ramfjord  
Jurist/rådgiver



Charlotte Wolf Apelthun  
Jurist/rådgiver