

ADVOKATER MNA

Statsforvalteren i Vestland
Statens hus
Njøsavegen 2
6863 Leikanger

Roald Angelfoss (H)
Atle Birkeland Siv.øk.
Jakob Chr. Christensen (H)
Karsten Krüger Engedal
Line Nilsen
David Hilton
Lars Stakston Kvinge

Mari Brügger Villanger
Margarethe Kielland Stoltz
Tarjei Hovland
Beate Katrin Selstad Røysland
Kari Sælen
Bente Ebbesvik
Petter Randa Bøe
Endre Nämndal Ph.D
Tore Johan Erstad
Nina Søvik Mjømen (adv.flm.)

Ansvarlig advokat
Karsten Krüger Engedal

Vår referanse
9759/439917

Bergen, den
12. mars 2021

(H)=Møterett for Høyesterett

**VEDRØRENDE KLAGESAK - BYGGESAK - ALVER - 428/101 OG 428/155 HYLKJE
5109 KVALHEIM - LEGALISERING AV TILTAK – DERES SAKSNR. 2021/1928**

1. INNLEDNING

Advokatfirmaet Kyrre ANS bistår Gunn og Tor Helge Opdahl (**Opdahl**) som er to av klagerne i ovennevnte sak. På vegne av Opdahl inngis enkelte merknader til Alver kommunes behandling av klagen i Rådmannens saksfremlegg til Utval for areal, plan og miljø datert 7. januar 2021. Merknadene bes inntatt som en del av sakens dokumenter og hensyntatt i den videre saksbehandlingen.

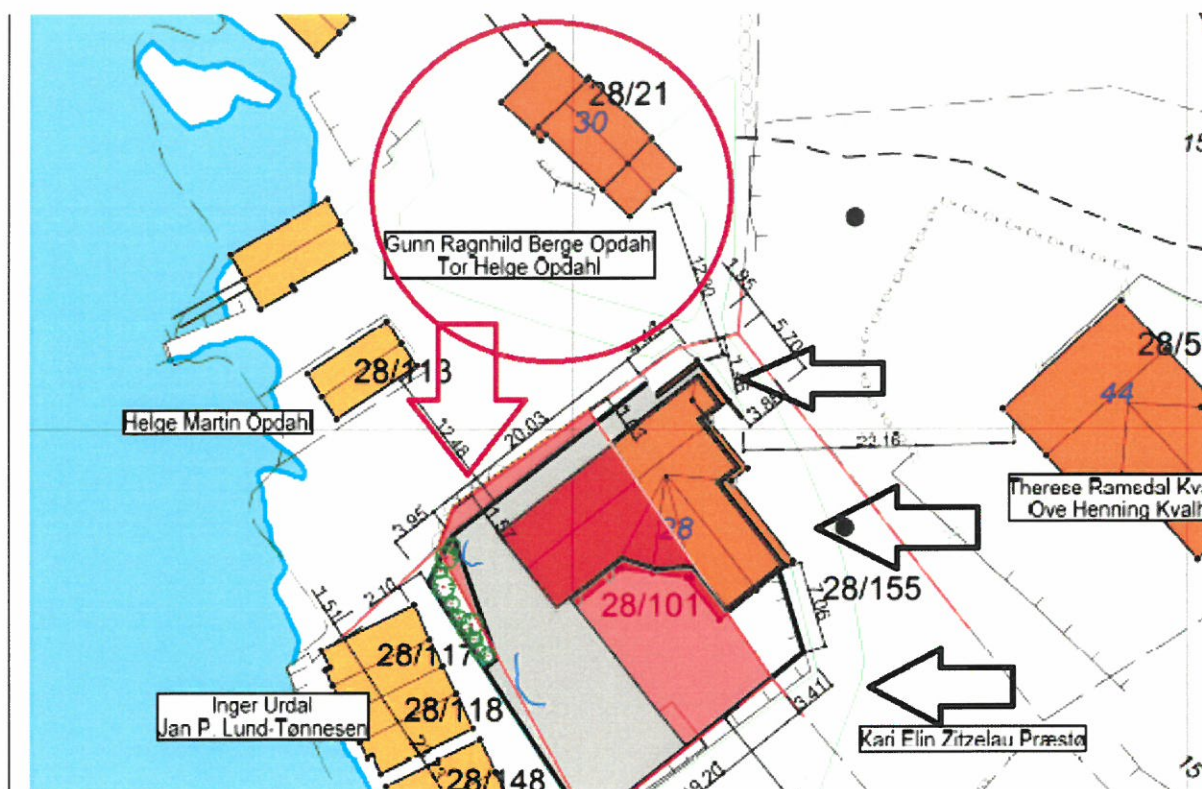
I tillegg til de klagegrunner som er gjort gjeldende i Opdahls klage vil det bli gjort gjeldende at tiltaket også krever dispensasjon fra KPA punkt 3.1.1, se punkt 2.2 nedenfor.

2. NÆRMERE OM KOMMUNENS BEHANDLING AV KLAGENE

2.1 Avstand til nabogrense – pbl. § 29-4

I Rådmannens saksutredning er det lagt til grunn at de bærende hensynene bak pbl. § 29-4, herunder å hindre brannspredning, hensynet til usjenert uteplass for nabo og utsiktsforhold, ikke blir vesentlig tilsidesatt av at muren plasseres i nabogrensen. Dette er begrunnet med at ulempene for nabo er «*kompensert med vilkår*». Vilkåret det vises til er krav om at det skal opprettholdes minimum tre meter bredde på tilkomstveien til Opdahls eiendom. Opdahl er ikke enig i kommunens vurdering.

Opdahls og tiltakshavers eiendommer er vist på situasjonskartet inntatt på s. 13 i Rådmannens saksutredning. På neste side følger utklipp fra situasjonskartet, hvor traseen for Opdahls tilkomstvei over tiltakshaver eiendom er markert med svarte piler og Opdahls hytte er markert med rød ring. Eiendomsgrensen mellom Opdahls eiendom og tiltakshavers eiendom er vist med rød pil.



Som det fremgår av illustrasjonen er veien som kommunens vilkår knytter seg til plassert øst for tiltakshavers bolig og terrasse. Vilkåret får ingen betydning for hensynet til brannspredning, hvor ruvende muren blir, hvor mye innsyn Opdahl får til sin eiendom eller hvor mye lys og luft som opprettholdes mellom eiendommene. Opdahl kan derfor ikke se at vilkåret om veiens bredde kan kompensere for de ulemper de påføres i form av forringelse av utsiktsforhold og lys og rom mellom eiendommene samt svært stor grad av innsyn.

Opdahl fastholder derfor at hensynene bak bestemmelsen blir vesentlig tilsidesatt.

Som fordeler ved å gi dispensasjon viser kommunen til at tiltakshaver kan få «*legalisert nokon av tiltaka som ønskjer å utnytte terrassen vidare.*»

Pbl. § 19-2 andre ledd stiller krav om at fordelene ved å dispensere må være «*klart større*» enn ulempene. Formuleringen innebærer et krav om «*klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon*», jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242, altså et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Som redegjort for i punkt 2.2.4 i Opdahls klage fremgår det av Sivilombudsmannens uttalelse i SOM-2011-3124 at tiltakshavers personlige ønsker om store terrasser normalt har liten vekt, særlig i tilfeller hvor tiltakshavers ønsker kan løses på andre måter enn ved å etablere tiltak i strid med regelen i pbl. § 29-4.

Som redegjort for i Opdahls klage har tiltakshaver allerede svært store terrassearealer på sin eiendom. Det er derfor vanskelig for Opdahl å forstå at tiltakshavers ønsker om enda større terrasser skal gå på bekostning av det lovbestemte hensynet til nabogrensen i pbl. § 29-4, med de ulemper dette medfører for Opdahl. Dette må særlig gjelde i et tilfelle som vårt, hvor en eventuell dispensasjon fra bestemmelsen vil bidra til en presedens i området som er i strid med gjeldende KPA, se punkt 2.2 nedenfor.

Etter Opdahls klare oppfatning foreligger det derfor ingen kvalifisert interesseovervekt til fordel for dispensasjon, og vilkårene i pbl. § 19-2 er derfor ikke oppfylt.

2.2 Dispensasjon fra utnyttelsesgrad – 25% BYA, krav om dispensasjon fra KPA

I sin saksutredning legger Rådmannen stor vekt på at det angivelig allerede er etablert en presedens innenfor planområdet for reguleringsplanen på opp til 27% BYA. Følgende gjengis fra Rådmannens vurdering:

«Det har for andre eiedomar innafor planområde vore gjeve dispensasjon til bygningar opp til 27% BYA. Det er kommunen si vurdering at presedensverknaden allereie er tilstades ved at det tidlegare er gjeve dispensasjon frå utnyttingsgrad opp til 27%. Avviket i utnyttingsgrad frå 25% BYA til 29% BYA er 4% BYA. Dette er kun 2% meir enn det som er gjeve for andre eiedomar i området med dispensasjon til bygningar opp til 27% BYA. 4% BYA auke kan ikkje medføre ein uheldig presedensverknad så lenge det ligg føre ein presedens på opptil 27% BYA.»

Tiltakshavers eiendom er regulert til boligformål i gjeldende KPA. For eneboliger følger det av gjeldende KPA punkt 3.1.1 at maksimal utnyttelsesgrad er 25% BYA. Tiltaket medfører at utnyttelsesgraden på tiltakshavers eiendom blir 29% BYA. Tiltaket er dermed i strid med KPA punkt 3.1.1, og det skulle derfor også vært søkt om dispensasjon fra KPA punkt 3.1.1.

Dispensasjon krever grunnlagt søknad, og før vedtak fattes skal berørte naboer nabovarsles, jf. pbl. § 19-1 andre setning. Manglende søknad om dispensasjon kan heller ikke repareres gjennom etterfølgende byggesaksbehandling eller klagesaksbehandling, jf. Sivilombudsmannens uttalelse i sak SOM-2018-4012.

Manglende dispensasjon fra KPA punkt 3.1.1 er klart nok en feil som kan ha virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41, og vedtaket må derfor oppheves som ugyldig på dette grunnlag.

I alle tilfeller fastholder Opdahl at vilkårene for dispensasjon ikke er til stede. Kommunen viser som nevnt ovenfor at det allerede skal være etablert en presedens for inntil 27% BYA innenfor planområdet til reguleringsplanen. Det er imidlertid ikke vist til konkrete dispensasjonsvedtak som kan underbygge en slik oppfatning, og det er derfor ikke mulig å ta nærmere stilling til dette.

Opdahl vil uansett anføre at man ikke kan begrunne en dispensasjon med allerede etablert presedens slik kommunen gjør. For det første vises det til at en utstrakt bruk av dispensasjoner kan bidra til å undergrave planen som informasjons- og beslutningsgrunnlag. På denne bakgrunn er det understreket i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242, i merknadene til pbl. § 19-2, at ut fra hensynet til

«offentlighet, samråd og medvirkning i planprosessen, er det viktig at endringer i planer av betydning ikke skjer ved dispensasjoner, men behandles etter reglene om kommuneplanlegging og reguleringsplaner.»

Kommunen baserer sin vurdering på at det angivelig er etablert en form for «generell presedens» innenfor planområdet på opp til 27% BYA. I realiteten legger kommunen med dette til grunn at planens utnyttelsesgrad kan endres på mer permanent basis utenom lovens krav til gjennomføring av planprosesser, herunder krav til offentlighet, samråd og

medvirkning. En slik dispensasjonspraksis fremstår klart i strid med forarbeidenes understreking av at endringer av betydning skal skje gjennom formelle planprosesser.

Dette understrekes ytterligere av at kommunens praksis også er i strid med KPA punkt 3.1.1, og vil derfor også bidra til å undergrave kommuneplanen som dispensasjons- og informasjonsgrunnlag. Det vises i den forbindelse til forarbeidenes merknader om pbl. § 11-6 om kommuneplanens arealdel i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 230:

«Formålet med arealdelen er å bestemme hvordan arealene skal anvendes i framtiden. Dette oppnås bare dersom de mange etterfølgende vedtak av betydning for arealbruken respekterer planen og bidrar til at den gjennomføres. Det ligger i dette at myndighetene så langt som mulig skal følge planen når det skal treffes vedtak.»

Siste revisjon av KPA er vedtatt så sent som 20. juni 2019, og det vil innebære en svært uheldig presedens dersom kommunen gjennom dispensasjonspraksis skal kunne fravike en nylig vedtatt KPA, med bakgrunn i tidligere gitte dispensasjoner. En slik praksis er heller ikke i tråd med forarbeidenes beskrivelse av formålet med KPA. I den grad det skulle være et eventuelt rom for å tillate dispensasjoner i området ut fra tidligere gitte dispensasjoner, må dette rommet anses lukket fra og med vedtakelsen av gjeldende KPA.

I lys av dette reagerer Opdahl også på kommunens dispensasjonspraksis i en sak som dette, hvor det er tale om en etterfølgende legalisering av et i utgangspunktet ulovlig tiltak.

Endelig vises det til at dispensasjonen også medfører en høyere utnyttelsesgrad enn den presedens kommunen hevder allerede er etablert i området, uten at det er begrunnet nærmere hvorfor kommunen aksepterer å fravike den påståtte presedensen. Dette reiser en rekke spørsmål og uklarheter om blant annet hvor mye over «grensen» man kan gå, i hvilke tilfeller man kan gå over «grensen» og hva som eventuelt kan begrunne at kommunen ikke vil akseptere at «grensen» overskrides. Praksisen fremstår som tilfeldig og lite forutberegnelig, og situasjonen illustrerer etter Opdahls vurdering også godt hvorfor eventuelle utvidelser av utnyttelsesgraden bør skje gjennom en planprosess og ikke gjennom dispensasjonspraksis, slik at denne typen uklarheter og manglende forutberegnelighet kan unngås.

2.3 Manglende visuelle kvaliteter mv.

Opdahl vil også bemerke at tiltaket ikke tilfredstiller kravene i pbl. §§ 29-1 og 29-2 om god arkitektonisk utforming og visuelle kvaliteter, jf. punkt 2.2.2 i Opdahls klage. Det følger av pbl. § 29-2 at ethvert tiltak skal ha gode visuelle kvaliteter, både i seg selv, og sett opp mot «dets bygde og naturlige omgivelser» og tiltakets plassering.

Kravet om at tiltakets visuelle kvaliteter også skal måles opp mot dets bebygde og naturlige omgivelser er et selvstendig krav, og selv om et tiltak i seg selv har gode kvaliteter «er det ikke sikkert det kan plasseres i alle typer omgivelser.», jf. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 342. Ved at tiltakets plassering er et selvstendig kriterium i ordlyden fremgår det av proposisjonen at det bør stilles «strengere krav til et tiltak som vil prege landskapet».

Opdahl viser videre til at det, uavhengig av byggegrenser mot sjø, fremgår av pbl. § 1-8 første ledd at innenfor 100-metersbeltet mot sjø skal det tas «særlig hensyn» til blant annet natur- og kulturmiljø og landskap. Bestemmelsen nedfeller hensyn som det skal tas særskilt hensyn til, blant annet i dispensasjonssaker, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 174.

Pbl. § 1-8 første ledd innebærer således at det må stilles særlig strenge krav til visuelle kvaliteter for tiltak som ligger innenfor 100-meters grensen mot sjø.

Tiltaket fremstår etter Opdahls vurdering som svært ruvende og skjemmende for omgivelsene, og det vises til billedokumentasjonen i bilag 4 til klagen. Opdahl vil også anføre at tiltaket fremstår som særlig skjemmende og ruvende ettersom det er etablert i umiddelbar nærhet til strandsonen. Som redegjort for i punkt 2.2.2 i Opdahls klage har kommunen i sitt dispensasjonsvedtak beskrevet tiltaket slik:

«Mur mot nausta er ruvende mot naust og i frå sjø slik den er søkt om. Både volum og plassering nært sjø og nabogrensa inneber at tiltaket etter kommunen si vurdering er ruvende, overdimensjonert og bryt med tradisjonell byggeskikk både generelt og i dette byggefeltet spesielt.»

Opdahl har vansker med å forstå hvordan kommunen med en slik vurdering av tiltakets visuelle kvaliteter sett opp mot tiltakets «bygde og naturlige omgivelser» og nærhet til strandsonen samtidig tilsynelatende har lagt til grunn at vilkåret i pbl. § 29-2 er oppfylt.

Opdahl vil derfor anføre at dispensasjonen er gitt i strid med kravene i pbl. § 29-2.

2.4 Manglende begrunnelse

Kommunen anfører at eventuelle mangler med vedtakets begrunnelse må anses reparert gjennom klagebehandlingen. Opdahl er ikke enig i dette.

Som det fremgår av punkt 2.2 ovenfor krever tiltaket også dispensasjon fra KPA punkt 3.1.1, og manglende dispensasjon kan ikke repareres gjennom klagebehandlingen.

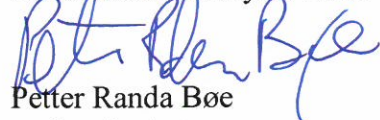
Videre har kommunen fortsatt ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor kommunen nå har kommet til motsatt konklusjon mht. dispensasjon fra pbl. § 29-4 enn det kommunen gjorde da saken første gang ble behandlet i 2018, se punkt 2.3 i Opdahls klage.

3. AVSLUTNING

Med dette fastholdes Opdahls oppfatning om at dispensasjonsvedtaket må oppheves som ugyldig.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Kyrre ANS



Petter Randa Bø
senioradvokat