KVALE

Austrheim kommune
Sætremarka 2
5943 Austrheim

Kun sent pr. e-post til post@austrheim.kommune.no og christopher.marius.straumoy@austrheim.kommune.no

Kvale Advokatfirma DA
Haakon VIIs gate 10
Postboks 1752 Vika
N-0122 Oslo

Tel +47 22 47 97 00
post@kvale.no
www.kvale.no

NO 947 996 053 MVA

Oslo, 19. mai 2022
Vår ref.: MKA/36681-501

Ansvarlig advokat:
Jonas Benkow

MERKNAD TIL KLAGE PÅ KOMMUNENS VEDTAK OM DISPENSASJON VEDR. FORSTØTNINGSMUR

1 INNLEDNING

1.1 Overordnet

Det vises til Ruben Johnsens ("Johnsen"), eier av gnr./bnr. 157/60, klage av 27. april 2022 vedrørende Austrheims kommunes vedtak av 6. april 2022 om dispensasjon fra avstandskrav til oppført forstøtningsmur på Anette Bergsvik og Espen Pedersens ("Bergsvik") eiendom med gnr./bnr. 157/81. Kvale Advokatfirma bistår Bergsvik.

Johnsen anfører at vilkårene for dispensasjon ikke er oppfylt, jf. plan- og bygningsloven § 19-2. Innholdet i klagen er i stor grad tilsvarende som Johnsens klage av 26. august 2021. I den sammenheng påpekes det at Johnsen ikke har fremlagt ny dokumentasjon, men er uenig i kommunens interesseavveining, herunder vurdering av hensynene bak pbl. § 29-4 og hvorvidt fordelene med dispensasjon er klart større enn ulempene, jf. § 19-2. Uten å påklage øvrige forhold, mener Johnsen det er behov for gjennomgang av hele byggeprosessen.

Denne side anfører at vedtaket av 6. april 2022 er fyllestgjørende begrunnet av kommunen og ber om at vedtaket opprettholdes. Kommunen har i tilstrekkelig grad vurdert og tatt konkret stilling til hensynene bak § 29-4 og interesseavveiningen etter § 19-2. Det redegjøres for dette nærmere i punkt 2.

Ettersom øvrige forhold i kommunens vedtak ikke påklages av Johnsen, er det ikke nødvendig å ta stilling til Johnsens kommentarer om saksbehandlingen i byggesakene. Denne side viser uansett til at de fleste forhold allerede er påklaget og endelig avgjort i Statsforvalterens vedtak av bl.a. 19. mai 2020, 17. august 2020, 30. mars 2021 og 27. januar 2022, samt i kommunens etterfølgende vedtak og nåværende reguleringsplan. På denne bakgrunn er det klart at gjeldende reguleringsplan er gyldig og bindende, herunder at Bergsviks bolig og garasje er innenfor byggegrensen og at eksisterende tilkomst til både Bergsvik og Johnsens eiendommer er i tråd med reguleringsplanen. Ettersom Johnsen kun klager over forstøtningsmuren, vil det ikke inngis ytterligere kommentarer til de øvrige forholdene.

Johnsen anfører, som et argument mot dispensasjon, bl.a. at kommunen ikke har "*vurdert i hvilken grad det er heving av terreng fra naturlig nivå på 157/81, og planering helt ut til tomtegrense, som har utløst behov for en så høy mur*". Anførselen er uriktig og beror på Johnsens feilaktig forståelse av faktum. Det samme gjelder en rekke av Johnsens øvrige anførsler. Denne side vil derfor gi en kort gjennomgang av sakens faktiske forhold i punkt 1.2 nedenfor, før dispensasjonen kommenteres i punkt 2.

1.2 Kort om sakens faktiske forhold

Bergsvik innga byggesøknad for oppføring av bolig på 157/81 i desember 2015. Grunnet grunnfjell og steinmasser, samt naturlige terrengforskjeller på tomten, ble det igangsatt utsprengning og graving i april 2016 før oppføring av boligen. I mai 2016 opparbeidet Bergsvik og Ansgar Bergsvik – tidligere hjemmelshaver av 157/60 – i fellesskap vei opp til eiendommene, herunder vei opp til 157/81 og innkjørsel til 157/60. Arbeidet ble betalt separat av Bergsvik og Ansgar Bergsvik. Veien ble anlagt noe lenger vest for å sikre tilfredsstillende innkjøring til eiendommene, og veien er i tråd med gjeldende reguleringsplan.

I juni 2016 startet Bergsvik boligbygging på 157/81. På dette tidspunkt var det sprengt bort enkelte stein/berg og planeringen var ferdigstilt. At det ble foretatt terrengheving, slik Johnsen anfører, er positivt uriktig. Området ble kun planert ut, og det er i dag gjenværende synbart grunnfjell som viser at terrenget ikke ble hevet.

Sommeren 2016 sprengte Ansgar Bergsvik ut sin tomt på 157/60. Arbeidene løp over de neste årene og i mars 2018 ble tomten grovplanert. Forut for dette forelå det allerede høydeavvik mellom 157/81 og 157/60, hvor sistnevnte eiendom lå lavere i terrenget enn 157/81. Sprengnings- og planeringsarbeidene til Ansgar Bergsvik førte til at terrengforskjellene økte og ble tydeligere med en skrent mellom eiendommene.

Da Johnsen ervervet 157/60 i september 2018 var det følgelig opparbeidet vei til eiendommen som var grovplanert, og Johnsen hadde god kjennskap til de faktiske forholdene, herunder terrengforskjellene. Vinteren og våren 2019 igangsatte Johnsen ytterligere grave- og planeringsarbeider på tomten, og Johnsen besluttet å grave bort steinmasser ved eiendomsgrensen til 157/81. Dette medførte at terrengforskjellene økte og at masser i skrenten raste ut, slik at tilkomstveien til 157/81 ikke lenger kunne tas i bruk. I forlengelsen av dette avviste Johnsen ethvert ansvar for utbedring av de skader gravingen hadde medført på Bergsviks eiendom. Samtidig ga Johnsen beskjed om at det var Bergsviks ansvar å sikre skrenten, herunder bekoste slik sikring.

I november 2019 fikk Johnsen byggetillatelse. Til tross for at Bergsvik kunne rettet krav mot Johnsen for de påførte skadene, besørget og bekostet Bergsvik i februar/mars 2020 oppføring av forstøtningsmur som ble satt opp av Haugen Maskinstasjon AS. Dette for å hindre ytterligere utrasing som følge av at Johnsens sprengnings- og planeringsarbeider økte terrengforskjellene mellom eiendommene. Johnsen hadde ingen innsigelser til oppføringen av forstøtningsmuren på daværende tidspunkt, og Bergsvik var av den forståelse at Johnsen verdsatte oppføringen av forstøtningsmuren ettersom dette forhindret utrasing mens Johnsens byggearbeider påløp. Bergsvik ble først kjent med Johnsens synspunkter ved klagen av 26. august 2021.

I mellomtiden har det vist seg at Johnsen har gravd og benyttet trollkraft i selve fundamentet under forstøtningsmuren. Bergsvik stiller seg uforstående til Johnsens handlinger, all den tid Johnsen først ba Bergsvik sikre skrenten og deretter unnlot å kommentere oppføringen av forstøtningsmuren før halvannet år senere. Slik denne side oppfatter det har Johnsen – inntil klagen av 26. august 2021 ble inngitt – ikke hatt innsigelser til forstøtningsmuren. Dette

naturligvis fordi muren sikrer mot utrasing overfor Johnsens bolig – et skadepotensiale som ikke ville ha oppstått med mindre Johnsen gravde og planerte eiendommen helt ut mot skrenten ved eiendomsgrensen. At Johnsen nå ønsker muren fjernet, vil medføre at det oppstår et betydelig risiko- og skadepotensial overfor Johnsens eiendom, samtidig som regulert tilkomstvei til Bergsvik kan rase ut. Den nærmere vurderingen for opprettholdelsen av dispensasjonsvedtaket, følger nedenfor.

2 DISPENSASJON TIL FORSTØTNINGSMUR

Bergsvik anfører at vilkårene for dispensasjon er oppfylt etter pbl. § 19-4, og at kommunens vedtak av 6. april 2022 er basert på en grundig og konkret vurdering av hensynene bak § 29-4 og interesseavveiningen etter § 19-2 – i tråd med Statsforvalterens vedtak av 26. januar 2022.

Om vurderingen viste Statsforvalteren til at følgende måtte hensyntas:

> "*Kommunen har ikke vist til hvilke hensyn som pbl. § 29-4 skal ivareta. Vi legger til grunn at hensynene bak avstandsbestemmelsen* [pbl. §29-4] *er å ivareta bl.a. brannsikkerhet, steds- og terrengtilpasning, samt sikre lys, luft og utsikt. Kommunen har heller ikke vurdert om disse hensynene bli vesentlig tilsidesatt dersom dispensasjon gis.*
>
> *Det neste som skal vurderes etter pbl. § 19-2 er om fordelen med en dispensasjon er klart større enn ulempene. Kommunen har heller ikke gjort en slik vurdering i vedtaket av 04.08.2021. Kommunen har riktignok vist til at muren vil sikre masseforflytting mellom eiendommene og at den er viktig av sikkerhetsmessige grunner. Kommunen har dermed identifisert fordelen ved en dispensasjon. Eventuelle ulemper er imidlertid ikke synliggjort, og det er heller ikke gjort en vekting av ulempene opp mot fordelene ved en dispensasjon.*
>
> *Daværende Sivilombudsmann, nå Sivilombudet, har uttalt at et grunnleggende krav til begrunnelsen for et vedtak om dispensasjon etter pbl. § 19-2 er at det fremgår at hvert av lovens kumulative vilkår er vurdert og hvilke konklusjoner vurderingene munner ut i. Når dette ikke er gjort i vedtaket av 04.08.2021, og heller ikke er rettet opp ved den etterfølgende klagebehandlingen, etterlater det et inntrykk av at kommunen ikke har vurdert om vilkårene om dispensasjon er oppfylt. Vedtaket er etter dette mangelfullt begrunnet, og vi kan ikke utelukke at feilen har virket inn på resultatet.*"

Bergsvik gjør gjeldende at kommunens begrunnelse for dispensasjon av 6. april 2022 viser at kommunen klart har vurdert de kumulative vilkårene i pbl. § 19-4, samt at kommunen har redegjort for konklusjonene som vurderingene bunnet ut i. Kommunen viste innledningsvis til at:

> *"[…] Dispensasjon ikkje kan gis dersom omsyna bak bestemmelsane det dispenserens frå, eller omsyna i lovens føremålsbestemmelse, eller nasjonale eller regionale interesser blir "vesentlig tilsidesatt". I tillegg må fordelane ved å gi dispensasjon være "klart større enn ulempene*".

Kommunen tok deretter konkret stilling til hensynene bak pbl. § 29-4 i spørsmålet om avstandskravet ble vesentlig tilsidesatt ved å gi dispensasjon til forstøtningsmuren:

> "*Branntryggleiken vil ikkje bli utfordra her. Steds- og terrengtilpasning vil heller ikkje blir særleg tilsidesatt. Muren er plassert mellom to eigedomer som har høgdeforskjell mellom seg og passar naturleg inn i terrenget. Når det gjeld lys, luft og utsikt er desse omsyna godt ivareteke for begge eigedomane sjølv ved oppføring av muren. Begge eigedomane har dette godt ivareteke i minst 3 av 4 himmelretningar. Muren ligg inn som eit naturleg*

skille mellom tomtane for å avgrense risiko for masseforflytning Omsynet bak føremålet det søkast dispenserast frå vil altså ikkje bli særleg skadelidande og vil ikkje tilsidesette omsyna bak avstandskravet i § 29-4 i «vesentlig» grad.

Slik kommunen ser det vert dermed dei omsyn bak §29-4 ikkje «vesentlig tilsidesatt» ved å gi dispensasjon frå avstandskravet."

Det ovenstående viser etter Bergsviks oppfatning at kommunen i tilstrekkelig grad vurderte de enkelte hensyn bak § 29-4, samt at hensynene ikke blir vesentlig tilsidesatt. Denne side kan heller ikke finne at Johnsen har påpekt øvrige hensyn som bør tillegges avgjørende vekt mot dispensasjonen for forstøtningsmuren.

Når det gjelder den oppførte leveggen, så bemerkes det at denne er nødvendig for å ivareta sikkerheten til personer og motorvogner, slik at disse ikke risikerer å falle utfor skrenten. Videre vil leveggen begrense innsyn mot Johnsens eiendom, hvilket denne side antar er ønskelig for Johnsen. Johnsen har heller ikke hatt innsigelser eller kommentarer til leveggen før klagen av 26. august 2021. I tillegg hindrer heller ikke leveggen Johnsens utsikt, lys- eller luftforhold i vesentlig grad.

Når det gjelder interesseavveiningen, har kommunen identifisert og avveid de konkrete ulempene og fordelene ved tiltaket. Kommunen har således foretatt en grundig vurdering av om fordelene med dispensasjonen var klart større enn ulempene. Johnsens anførsler om at ulempene ikke ble tilstrekkelig vektlagt, kan således ikke føre frem. Kommunen fremholdt at:

"Fordelane med å gi dispensasjon til [sic] er at ein får på plass forstøtningsmur som sjåast som naudsynt for å sikre at det ikkje skjer masseforflytning frå tomta på gbnr 157/81 til tomta på gbnr 157/60. Vidare er det naudsynt med sikring her ettersom det er ein ikkje uvesentleg høgdeforskjell mellom eigedomane. Muren er difor viktig at [sic] omsyn til tryggleik. Muren må også plasserast slik den har vore gjort for å sikre masseforflytning. Kven av partane som eventuelt er ansvarleg for at behovet for sikring er oppstått er ikkje av betydning i denne vurderinga.

Samstundes finn kommunen at ulempene ved tiltaket er minimale ettersom dei ulempane ved tiltaket ikkje er særleg merkbare. Muren er riktignok av ein viss storleik, men den opplevast ikkje som unødvendig dominerande i landskapet. Den reduserer heller ikkje nabos lys, utsyn, utsikt i særleg grad. Vidare er og tilkomst til nabo 157/60 sikra på ein tilfredsstillande [sic] i tråd med gjeldande reguleringsplan. Tilkomst er mist 3 meter og oppfyller alle offentlegrettslege krav til tilkomst. Tilkomsten er riktignok ikkje den same som den som vert gjeve i hjå statsforvalteren før planen vert endra.

I vektinga av fordelar og ulemper har kommunedirektøren særleg lagt vekt på at behovet for forstøtningsmur er sentral av tryggleiksmessige omsyn for å hindre masseforflytning mellom eigedomane, og at ulemper for nabo ikkje er av særleg sterk karakter.

Eit dispensasjonsvedtak i denne saka kan etter kommunedirektøren si vurdering heller ikkje skapa noko uheldig presedens. Etter ei samla vurdering finn Kommunedirektøren at det bør gjeva dispensasjon frå avstandskravet ettersom fordelane ved å gi dispensasjon her er "klart større enn ulempene." Kommunedirektøren rår til at det vert gjeve dispensasjon frå avstandskrav som omsøkt."

Johnsens anførsel om at kommunen ikke vurderte at behovet for forstøtningsmuren skyldtes terrengheving på Bergsvik eiendom, er derfor ikke korrekt. Kommunen fastslo at årsaken til behovet for sikringen ikke var av betydning for vurderingen. Denne side er enig med kommunen

på dette punkt. Videre viser denne side uansett til at ovennevnte gjennomgang har synliggjort at Johnsens anførsel er misvisende. Dette fordi det var Johnsens grave- og sprengningsarbeider som økte terrengforskjellen, hvilket utløste utrasingen og behovet for støttemuren, som Johnsen selv tidligere erkjente behovet av.

Mot dispensasjon til forstøtningsmuren, anfører Johnsen også at muren hindrer anleggelse av tilkomstvei som forutsatt i Johnsens byggetillatelse, slik det var lagt til grunn ved utnyttelse av tomten. Anførselen synes oppkonstruert uten å ha relevans i vurderingen av dispensasjon for forstøtningsmuren. Ettersom gjeldende reguleringsplan skal legges til grunn i vurderingen – hvilket Johnsen også erkjenner – er det ikke relevant hva den tidligere reguleringsplanen opplyste om tilkomstvei. Johnsens påberopte ulempe blir dermed hypotetisk ut i fra en plan som ikke lenger er gjeldende.

Videre viser denne side til at eksisterende tilkomstvei til 157/60 allerede var opparbeidet da Johnsen erververt eiendommen i september 2018. Det er denne veien Johnsen de siste 3,5 årene har benyttet til tilkomst, og denne side kan ikke se at Johnsen har behov for å få endret tilkomstveien. En eventuell anleggelse av en ny tilkomstvei vil også være i strid med gjeldende reguleringsplan. Den oppførte forstøtningsmuren hindrer heller ikke for tilkomst for Johnsen, men sikrer derimot at masser ikke raser ut i Johnsens eiendom og vei.

Med bakgrunn i ovennevnte forhold fastholder Bergsvik at dispensasjonen for oppføring av forstøtningsmuren er klart større enn ulempene, jf. § 19-4. Det foreligger ikke grunnlag for hverken å omgjøre eller oppheve kommunens vedtak av 6. april 2022. Bergsvik anmoder følgelig om at vedtaket opprettholdes.

* * *

Med vennlig hilsen
KVALE ADVOKATFIRMA DA

Magnus Krogh Ankerstad
Fast Advokat