

Dispensasjon fra krav om avstand til nabogrense – utvidelse av uteoppholdsareal som relevant areal- og ressursdisponeringshensyn

13.6.2014 (2014/334)

Saken gjelder avslag på søknad om dispensasjon fra avstandskravet i plan- og bygningsloven 27. juni 2008 nr. 71 (pbl.) § 29-4 for oppføring av støttemur. Fylkesmannen i Oslo og Akershus omgjorde kommunens tillatelse. Hun tok utgangspunkt i at tiltakshaver også uten dispensasjonen ville ha et funksjonelt og kvalitetsmessig godt uteareal, og mente en utvidelse av utearealet måtte anses som et personlig hensyn det ikke kunne legges avgjørende vekt på.

Jeg er kommet til at utvidelse av uteoppholdsareal kan være et areal- og ressursdisponeringshensyn, som skal vektlegges i en dispensasjonsvurdering og som etter forholdene også kan tillegges avgjørende vekt. På bakgrunn av sakens lange forhistorie, der kvaliteten på utearealet uansett synes å være vektlagt og veid opp mot ulempene for naboeiendommen, finner jeg imidlertid å kunne la den konkrete saken bero.

Sakens bakgrunn

Det fremgår av de innsendte saksdokumentene at klager i 2001 oppførte en mur i naturstein langs nabogrensen uten at den var omsøkt. Muren ble søkt ettergodkjent i 2007 og i mai 2008 ble det også søkt om dispensasjon fra plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 70 nr. 2 for plassering nærmere nabogrense enn fire meter. Asker kommune godkjente søknaden, men Fylkesmannen i Oslo og Akershus opphevet tillatelsen 23. juni 2010. Fylkesmannen mente kommunen ikke i tilstrekkelig grad hadde vurdert eventuelle ulemper for naboeiendommen.

Kommunen godkjente deretter i vedtak 20. oktober 2010 støttemuren under forutsetning av at muren ble etablert med en høyde på maksimalt én meter beregnet fra eksisterende terreng.

Tiltakshaver påklaget vedtaket, og bygningsrådet omgjorde sitt eget vedtak i møte 12. januar 2011 slik at den oppførte støttemuren ble godkjent «på vilkår av at tiltakshaver fjerner øverste rad av granittblokker fra høyeste del av muren og forskjønner støttemuren ved egnet beplantning».

Bygningsrådet ga følgende begrunnelse for å gi dispensasjon:

«Bygningsrådet vil anføre at støttemuren utvilsomt er ruvende, noe som i hovedsak er å henføre til den faktiske høydeforskjellen mellom tomtene. Muren er videre laget av grove granittblokker og har et røft utseende som ikke er til pryd for naboens eiendom.

Nabo har anført at støttemuren og trær/busker på fyllingen er i ferd med å gli ut. Disse påstander er ikke dokumentert. Bygningsrådet legger i stedet til grunn de fremlagte sakkyndige vurderinger som konkluderer med at muren er utført på faglig forsvarlig måte, at muren er stabil og at det ikke er fare for utrasing av stein eller masse fra muren.

Bygningsrådet legger også til grunn sakkyndig uttalelse om at vegetasjonen på muren står bra og ikke indikerer bevegelse i massene bak muren. Bygningsrådet finner ikke at naboen taper sol på grunn av muren, da denne i hovedsak ligger nord for naboens eiendom. Når det gjelder murens beliggenhet nær naboens hus og virkningen av dette legger bygningsrådet vekt på at naboen ikke har sitt hovedutsyn fra huset i retning muren, og det heller ikke har vært etablert uteplass i det aktuelle hjørne av eiendommen.

Bygningsrådet finner ikke at hensynet bak avstandskravet er vesentlig tilsidesatt. En støttemur kan hevdes å representere en utbedring av terrengsituasjonen til fordel for begge parter og det ansees godtgjort at etableringen skjedde på grunnlag av muntlig avtale med naboens avdøde ektefelle. Det styrker også denne oppfatningen at støttemuren ikke ble påklaget før 5 år etter etableringen.

Bygningsrådet legger avslutningsvis til grunn at den foreslåtte riving og flytting av muren med tilhørende tilpasning av massene i skråningen ville være et uforholdsmessig pålegg.

Bygningsrådet viser for øvrig til begrunnelse i saksutredningen av 08.01.2009, som tiltres.»

Fylkesmannen omgjorde 16. september 2011 kommunens vedtak og avslo dispensasjonssøknaden. Fra fylkesmannens begrunnelse hitsettes:

«Selv om tiltaket ikke medfører at nabo mister sol eller utsikt, er det likevel Fylkesmannens syn at hensyn til nabo i en viss grad blir skadelidende ved det aktuelle tiltaket.

Fylkesmannen viser her til at muren er massiv og ruvende og plassert helt inn i nabogrensen. Slik Fylkesmannen ser det bidrar muren til en følelse av å øke høydeforskjellene mellom de to eiendommene, og gi eiendommen på nedsiden en større innestengt følelse. ...

—

Basert på vurderingene ovenfor er det Fylkesmannens syn at nabohensyn [gjør] seg gjeldende i denne saken med en viss styrke.

Det neste spørsmålet som reiser seg er om det foreligger fordeler ved å gi dispensasjonen, som er større enn ulempene.

Fylkesmannen kan ikke se at Bygningsrådet i sitt vedtak har vist til hvilke fordeler som tilsier at det bør dispenseres. Bygningsrådet har riktignok vist til at støttemuren 'kan hevdes å representere en utbedring av terrengsituasjonen til fordel for begge parter', uten at dette er utdypet. Den åpenbare fordelen for tiltakshaver er at han får et større, flatere og mer funksjonelt uteareal mot sør/sørøst.

Basert på flyfoto av eiendommen, er det i denne sammenheng et moment at tiltakshaver også synes å ha et opparbeidet uteareal mot vest. Utearealet mot klagende nabo er således ikke det eneste utearealet for eiendommen. Slik Fylkesmannen ser det tilsier derfor ikke hensyn rundt tomtens topografi og behov for et uteareal, at det bør dispenseres i dette tilfellet.

—

Det er derfor eventuelt tiltakshavers personlige behov som kan begrunne en dispensasjon i denne saken. Personlige ønsker om best utnyttelse av tomta, kan være tilstrekkelig til å begrunne en dispensasjon, men dersom mothensyn gjør seg gjeldende skal det mye til. I denne saken er imidlertid mothensynene av en begrenset styrke.

Fylkesmannen har funnet dispensasjonsspørsmålet i denne saken vanskelig. Slik Fylkesmannen ser det gjør det seg gjeldende hensyn som taler både for og i mot dispensasjon. Fylkesmannen har derfor funnet at det avgjørende moment er at det her er tale om dispensasjon fra et lovsatt forbud. Slik Fylkesmannen ser det har naboen en viss beskyttelsesverdig forventning om at tiltak av en viss størrelse ikke skal kunne etableres innenfor 4-metersgrensen og i alle fall ikke i selve nabogrensen.

Etter en helhetsvurdering av de relevante hensyn som gjør seg gjeldende i saken, har Fylkesmannen derfor kommet til at hensynet til tiltakshavers ønske om å etablere et større uteareal, ikke kan veie tyngre enn de ulempene tiltaket medfører for nabo.»

Tiltakshaver fremsatte ny søknad 29. november 2011 om ettergodkjenning av muren. Asker kommune godkjente søknaden i vedtak 7. mai 2012, på vilkår av at støttemuren hadde en maksimal høyde på 1,0 meter fra eksisterende terreng. Vedtaket ble påklaget av tiltakshaver, og bygningsrådet fattet nytt vedtak 12. september 2012 der søknaden ble godkjent på vilkår av at muren over terreng ble forskjønnert med egnet beplantning.

Vedtaket ble påklaget av tiltakshavers nabo og i møte 30. januar 2013 fattet Bygningsrådet følgende vedtak:

«Saken avvises grunnet feil saksgrunnlag. Bygningsrådet opphever sitt vedtak av 12.09.2012 og ber om å få klagen på Plan- og Bygningsavdelingens vedtak av 7.5.2012, sak 12/496 til ny behandling.»

Kommunen innstilte på nytt å godkjenne søknaden og har i sitt saksfremlegg begrunnet dispensasjonen slik:

«Ved senking av muren fra opprinnelig 2,75 meter til det nå omsøkte 1,6 meter kan de hensyn som ligger bak avstandskravet ikke lenger anses satt vesentlig til side. Muren reduseres med 1,5 meter og vil fremstå som mindre massiv og ruvende. Til sammen vil dette redusere følelsen av innstengt følelse for As eiendom. Jf. Fylkesmannens vedtak av

16. september 2011, hvor dette hensynet ble tillagt vekt ved dispensasjonsvurderingen. Den nederste delen av muren skal videre dekkes ved å legge en grønn 'gressmatte' festet med geonett over det nederste laget med steiner slik at muren her ikke vil synes. Etter plan- og bygningsavdelingens vurdering kan de hensyn som ligger bak avstandskravet etter dette ikke lenger anses satt vesentlig til side.

Støttemuren vil for tiltakshaver gi mulighet for et mer funksjonelt uteareal mot sør/sørøst. Eiendommen består av to boenheter og er en generasjonsbolig med tre generasjoner. Sammenlignet med en mur på en meter over eksisterende terreng, vil dette tilsi at generasjonsboligens uteareal ved omsøkte mur kan utvides med ca. fire meter, hvor et ellers minimalt uteareal for generasjonsboligen får en mer anvendelse utforming. Fordelene for generasjonsboligen i form av mer anvendelig uteareal er større enn ulempene i form av tapt lys og luft for nabo, som ikke har sin uteplass der muren er på sitt høyeste.

Dette er et relevant hensyn som taler for dispensasjon og tilsier at fordelene ved å gi en dispensasjon for omsøkte mur må anses klart større enn ulempene etter en samlet vurdering, jf. pbl. § 19-2.»

I møte 20. mars 2013 fattet bygningsrådet følgende vedtak:

«Bygningsrådet omgjør plan- og bygningsavdelingens vedtak av 7. mai 2012. Det gis dispensasjon fra avstandskravet i pbl. § 29-4 annet ledd for støttemur som omsøkt i brev av 29.11.2011.

Slik muren nå er omsøkt vil den etter bygningsrådets vurdering fremstå som mindre massiv og ruvende. Etter bygningsrådets vurdering kan derfor de hensyn som ligger bak avstandskravet i pbl. § 29-4 ikke lenger anses vesentlig satt til side.

Støttemuren vil for tiltakshaver gi mulighet for et mer funksjonelt uteareal mot sør/sørøst, der sekundærleiligheten har sitt uteoppholdsareal. Dette er et relevant hensyn som taler for dispensasjon og tilsier at fordelene ved å gi en dispensasjon for omsøkte mur må anses klart større enn fordelene etter en samlet vurdering, jf. pbl. § 19-2.»

Fylkesmannen omgjorde 29. juli 2013 kommunens vedtak. Av fylkesmannens vedtak fremgår:

«Avstandsbestemmelsen i pbl. § 29-4 andre ledd er først og fremst begrunnet ut fra brannsikringsmessige hensyn samt hensynet til naboer, ved at den sikrer rom, utsikt og lys til den enkelte eiendom.

Når Fylkesmannen ikke går videre inn i den vurderingen er det fordi det etter Fylkesmannens syn er utvilsomt at fordelene i denne saken ikke er større enn ulempene.

Kommunen synes å ha lagt til grunn at det er noe ulempe for nabo ved en eventuell dispensasjon i form av tapt lys og luft. Det er imidlertid lagt til grunn at nabo ikke har sin uteplass der muren er på sitt høyeste og at de fordelene ved at tiltakshavers uteareal kan utvides med fire meter og dermed får en mer anvendelig utforming, derfor må anses klart større enn ulempene for nabo.

Fylkesmannen er ikke enig i kommunens interesseavveining.

Fylkesmannen viser til at forbudet i pbl. § 29-4 innebærer at lovgiver har tatt en avveining av interesser. Det må allerede derfor utvises tilbakeholdenhet med å dispensere fra dette. At ulempene naboen vil oppleve er beskjedne vil derfor ikke være et selvstendig argument for at dispensasjon kan gis. Tiltakshaver må kunne påvise relevante fordeler ved dispensasjon. En slik fordel må være tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og den må ligge innenfor de rammene plan- og bygningsloven setter.

Kommunen og tiltakshaver har særlig påpekt at en dispensasjon vil medføre at utearealet for generasjonsboligen blir større og mer anvendelig. Tiltakshavers ønske om et større uteareal fremstår som et personlig hensyn. Slike hensyn har normalt ikke 'avgjørende vekt i dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven', se Ot.prp nr. 32 (2007-208) s. 242. I en til dels sammenlignbar sak har Sivilombudsmannen lagt til grunn at dersom et slikt personlig behov skal kunne tillegges vekt i det konkrete tilfellet 'må det også vurderes hvorvidt dette behovet kan tilfredsstilles i harmoni med lovens hovedregel om minimum fire meter avstand til nabogrense'.

Fylkesmannen ser at tiltaket vil gjøre at det blir et større og mer funksjonelt uteareal på tiltakshavers eiendom. Basert på flyfoto og observering på befaring, er imidlertid ikke tiltaket avgjørende for om tiltakshaver får et uteareal. Tiltakshaver vil selv uten tiltaket ha et grøntområde utenfor sin del av generasjonsboligen. Det synes også å være etablert en uteplass med en platting i stein tilknyttet utearealet.

Slik Fylkesmannen la til grunn i vedtaket av 16.9.2011 gjorde nabohensyn seg gjeldende med en viss styrke. Det er riktig som både kommunen og tiltakshaver påpeker at klager ikke synes å ha sitt primære uteområde der muren er størst. Tiltaket vil derfor ikke gå på bekostning av klagers primære uteareal. Det er videre allerede begrenset utsikt for klager mot vest, som følge av nivåforskjellen. Ulempene for nabo kan derfor sies å være begrenset. Slik muren er utformet er det imidlertid fortsatt Fylkesmannens syn at den fremstår som ruvende og massiv, og bidrar til en innestengt følelse for klagende nabo.

Slik Fylkesmannen har vært inne på tidligere vil den nivåforskjellen som allerede finnes mellom eiendommene være til en viss ulempe for nedenforliggende eiendom. De store stablesteinene vil imidlertid fortsatt bidra til at nivåforskjellen oppleves massiv, selv om høyden begrenses oppad til 1,6 meter.

Fylkesmannen kan ikke se at det er anført fordeler som bør gå på bekostning av det vernet pbl. § 29-4 gir naboer. Slik Fylkesmannen ser det vil det være i strid med pbl. § 19-2 å gi en dispensasjon i denne saken som gir personlige fordeler for tiltakshaver, så lenge det medfører ulemper for nabo på nedsiden.»

Tiltakshaver klaget saken inn for ombudsmannen ved brev 2. februar 2014. Det fremholdes i klagen blant annet det hefter feil ved fylkesmannens saksbehandling og vedtakets innhold, samt vises til at fylkesmannen i siste vedtak har utøvd et skjønn som fraviker føringer gitt i tidligere vedtak. Videre anføres at viktige hensyn er utelatt i fylkesmannens vurdering, og det vises særlig til at boligen er en generasjonsbolig der tiltakshaver har sitt eneste uteareal mot klagende nabo.

Undersøkelsene herfra

Det ble funnet grunn til å undersøke saken nærmere. Fylkesmannen ble spurt om et større og mer funksjonelt uteareal kunne være et areal- og ressursdisponeringshensyn og dermed et relevant planfaglig hensyn i en dispensasjonsvurdering etter plan- og bygningsloven eller om hun mente den økte funksjonaliteten på utearealet kun ivaretok denne tiltakshaverens personlige behov.

Fylkesmannen ble også bedt om å vurdere hvorvidt vektleggingen av fordeler i dispensasjonsvurderingen i denne saken kunne bli en annen dersom den økte kvaliteten på utearealet ble ansett som et relevant areal- og ressursdisponeringshensyn.

I svaret til ombudsmannen kunne fylkesmannen ikke utelukke at kvaliteten på et uteareal *generelt* vil kunne være et relevant areal- og ressursdisponeringshensyn i en dispensasjonsvurdering, og «kanskje særlig der det er tale om dispensasjon fra bestemmelser i plan».

Fylkesmannen viste til at det i denne saken er tale om dispensasjon fra det lovbestemte avstandskravet i plan- og bygningsloven § 29-4. I tillegg har det vært fylkesmannens syn at dispensasjonsvurderingen må ta utgangspunkt i at tiltakshaver også uten dispensasjonen vil ha et funksjonelt og kvalitetsmessig godt uteareal i tilknytning til sin del av generasjonsboligen. Det var derfor et spørsmål om dispensasjon for å *utvide* utearealene. Dette har Fylkesmannen ansett som et personlig hensyn, og sammenlignbart med Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2011/1023.

Fylkesmannen opprettholdt derfor sin vekting av fordeler og ulemper i den konkrete saken.

Klager kom med merknader til fylkesmannens svar og fastholdt sine standpunkter.

Jeg ser slik på saken

I henhold til plan- og bygningsloven § 19-2 annet ledd kan dispensasjon ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.

Etter lovens ordlyd må begge vilkårene være oppfylt for at dispensasjon skal kunne innvilges. Undersøkelsene herfra har i denne saken først og fremst vært innrettet mot det siste vilkåret, herunder mot relevante fordeler ved tiltaket og vektleggingen av disse.

Fylkesmannen har lagt til grunn at utvidelse av et uteareal, der tiltakshaver allerede har et tilfredsstillende uteareal, fremstår som et personlig hensyn som ikke kan tillegges avgjørende vekt, og sammenlignet saken med ombudsmannens uttalelse i sak 2011/1023.

I to til dels sammenlignbare saker (sak 2011/1023 og 2011/3124) har jeg uttalt at dersom et slikt behov skal kunne tillegges vekt «må det også vurderes hvorvidt dette behovet kan tilfredsstilles i harmoni med lovens hovedregel om minimum fire meter avstand til nabogrense». Jeg har funnet grunn til å presisere disse to uttalelsene noe.

Det er i uttalelsene og i fylkesmannens vedtak vist til omtalen av individuelle hensyn i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242:

«Bestemmelsen åpner for at det i saker hvor det foreligger helt spesielle sosialmedisinske, personlige og menneskelige hensyn, kan slike hensyn tillegges vekt. Det understrekes at slike hensyn normalt ikke har avgjørende vekt i dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven.»

Betydningen av individuelle forhold knyttet til søkers person er omtalt i juridisk litteratur. I Plan- og bygningsrett del 2 (2. utgave 2011) skriver Pedersen m.fl. på side 210–211 at slike hensyn bare i begrenset utstrekning kan tillegges vekt, ettersom arealbruk fastlegges i et livslangt perspektiv, mens eierforholdene på stedet vil være skiftende. Videre uttales at det er vanskelig å se at individuelle forhold kan tillegges vekt utenom i de tilfeller hvor det dreier seg om forhold knyttet til søkerens fysiske person.

Hvilke hensyn som er relevante i en dispensasjonsvurdering må sees i sammenheng med de offentlige hensyn som skal ivaretas i loven og gjennom planlegging. Personlige ønsker om en bestemt utnyttelse av en eiendom vil imidlertid i mange tilfeller være sammenfallende med de hensyn plan- og bygningsloven med tilliggende forskrifter og arealplaner er satt til å ivareta, for eksempel der dispensasjon begrunnes med høyere funksjonalitet ved et byggverk eller et uteoppholdsareal, eller der tiltaket vil gi høyere arkitektonisk kvalitet.

Når forarbeidene omtaler individuelle hensyn, er dette hensyn som er begrunnet i søkers særskilte situasjon, og ikke utelukkende i slike relevante fordeler ved tiltaket nevnt ovenfor. Grunnene som da oppgis er individuelle, i den forstand at de ikke kan gjøres gjeldende av de fleste. Forarbeidene nevner sosialmedisinske, personlige eller sterke menneskelige hensyn.

Jeg kan ikke se at det er påberopt slike individuelle hensyn i denne saken. De hensynene som er oppgitt og vurdert fremstår som generelle areal- og ressursdisponeringshensyn knyttet til en bedre utnyttelse av et uteoppholdsareal for en generasjonsbolig. Gode og funksjonelle utearealer er areal- og ressursdisponeringshensyn nedfelt i plan- og bygningsloven med forskrifter og tilhørende veiledere. Utvidelse av et uteoppholdsareal vil kunne gi økte kvaliteter i form av bedre solforhold, topografi og muligheter for lek og opphold. Selv om et uteareal fra før har tilfredsstillende kvalitet, vil økt kvalitet likevel være en objektiv fordel for eiendommen.

Denne fordelene må imidlertid veies opp mot ulempene, og i denne avveiningen vil det være aktuelt å se hen fordelens størrelse og betydning. At eiendommen fra før har tilfredsstillende uteareal kan etter en konkret vurdering gjøre at fordelene som oppnås er liten.

Saksbehandlingen ved mitt kontor er skriftlig, og jeg har normalt ikke anledning til å reise på befaring. Dette begrenser mine muligheter til å ta stilling til de ulike anførselene om faktiske forhold som er fremsatt i saken. Ut fra kart- og billedmaterialet synes det som utvidelsen av utearealet vil være en fordel av noe betydning for klagers eiendom.

Som det fremgår, mener jeg henvisningen i vedtaket til «personlig hensyn» ikke er treffende. Vektleggingen av fordelene i saken synes etter dette å bygge på til dels uriktig forståelse av lovens dispensasjonsavveining.

Når jeg likevel ikke finner grunn til å be fylkesmannen behandle saken på nytt, er det etter en samlet vurdering av at saken totalt sett synes å være undergitt en grundig behandling, der relevante fordeler og ulemper reelt sett ser ut til å være veid mot hverandre. Saken har vært behandlet som klagesak tre ganger hos fylkesmannen, som også har vært på befaring.

Fylkesmannen synes å ha sett og vurdert de hensynene som gjør seg gjeldene under vurderingen av om det var grunnlag for å gi dispensasjon. Det fremgår av saken at både kommunen og fylkesmannen reelt sett har vurdert utvidelsen av utearealet som en fordel for klagers eiendom som sådan. Fylkesmannen har bl.a. uttalt at tiltaket vil gjøre at det blir et større og mer funksjonelt uteoppholdsareal på tiltakshavers eiendom.

Når det gjelder den konkrete avveiningen av hensyn, vil det måtte være et visst spillerom for hvilken vekt de ulike momentene tillegges. Fylkesmannen har i denne saken lagt avgjørende vekt på ulempene for naboen og at fordelene for klager ikke er av en slik størrelse at de bør gå på bekostning av det vernet pbl. § 29-4 gir naboer.

Ut fra sakens karakter, den tid som er gått og at en ny behandling av saken trolig ikke vil føre til et endret resultat for klager, har jeg derfor funnet grunn til å la saken bero, jf. sivilombudsmannsloven § 10 fjerde ledd. Saken er med dette avsluttet her.

13.6.2014 (2014/334)