

Fylkesmannen i Hordaland

*Saksnr: 115262**Ansvarlig advokat: Jakob Bentsen*

Nyborg, 29.06.2017

KOMMUNENS REF.: 14/379 HATLAND – SØKNAD OM DISPENSASJON FRA UTNYTTINGSGRAD - KLAGE

Jeg viser til vedtak som er fattet 31. mai 2017, der utbygger blir gitt dispensasjon fra utnyttelsesgrad. Vedtaket er sendt i brev til meg den 12. juni 2017.

På vegne av Åse Guri Larsen, eier av gnr. 14 bnr. 221 påklages herved vedtaket. Klagefristen er overholdt.

1. SAKENS BAKGRUNN

Det er tidligere søkt om oppføring av to rekker med fire eneboliger i hver rekke på gnr. 14 bnr. 379. Maksimal utnyttelsesgrad i reguleringsplanen er 20 %. Det ble etter søknad om dispensasjon godkjent maksimal utnyttelsesgrad på 27 %. Jeg vedlegger som

Bilag 1 **Vedtak 07.03.12 av Plan- og kommunalteknisk utvalg**

Vedtaket om terrengheving er fattet i vedtak som vedlegges som

Bilag 2 **Delegert vedtak 30.04.12 – sak 095/12**

Bilag 3 **Delegert vedtak 30.04.12 – sak 096/12**

Vedtaket om terrengheving er kun administrativt behandlet, og har ikke vært behandlet i byggesaksutvalget. Jeg nevner her at jeg ikke kan se at det var anledning til å delegere dette vedtaket, og det fremstår som en åpenbar saksbehandlingsfeil.

Det er gitt tillatelse til kotehøyde overkant gulv første etasje på 60,7 meter over havet for rekken som ligger lavest, og 62,7 meter over havet for rekken som ligger høyest.

Boligene er bygget.

Ved tilsyn er det avdekket at det er utnyttet 31,3 % av tomten. Jeg vedlegger som

Bilag 4 14/379 – Hatland – Søknad om løyve til tiltak – Riving av uthus og bygging av 4 einebustader i rekkje – Tilsynsrapport prosjektering tiltaksklasse 1, datert 22.12.16

Jeg ber Fylkesmannen legge merke til at kommunen i utgangspunktet har reagert sterkt på avvikene som er funnet. Jeg hitsetter:

«Kommunen har registrert vesentleg sviket med omsyn til oppfyljing av krav stilt i medhald av forskrift om tekniske krav til byggverk § 5-5, jf. § 5-4. Tilliten til føretaket er svekka. Kommunen vil vurdere å fylgje opp føretaket med sanksjonar.»

Det som har skjedd er at utbygger har valgt å bygge ut samtlige andreetasjer på de åtte eneboligene relativt sett betydelig. Jeg vedlegger som

Bilag 5 Brev 07.07.16 fra Bergan Bygg AS

Dette er ikke noen regnefeil. Det er en bevisst handling fra utbygger, der han har valgt å legge til 8,5 kvm til alle andreetasjene i samtlige eneboliger. Eneboligene i rekke er betydelig endret. Motivasjonen er sannsynligvis ønsket om å få et større areal i hver bolig, noe som selvsagt har betydning for verdien på boligene. Utbygger hevder at endringene er gjort på grunn av brannskille på eiendommene. Det er ikke fremkommet noen dokumentasjon på at det er en realitet, eller at det er tatt slike vurderinger i forkant av utvidelsen av byggene. Det må legges til grunn av brannsikringen i de omsøkte byggene i utgangspunktet var tilfredsstillende om bygget skulle oppføres i samsvar med TEK 10. Det fremgår av TEK 10 § 11-6 første ledd:

«(1) Brannspredning mellom byggverk skal forebygges slik at sikkerheten for personer og husdyr ivaretas, og slik at brann ikke kan føre til urimelige store økonomiske tap eller samfunnsmessige konsekvenser.»

I veiledningen til bestemmelsen fremgår det at det skal benyttes brannvegger, og at tilstøtende tak skal ha en viss brannmotstand. Det må forutsettes at disse forholdene var vurdert når søknad ble inngitt. Det er ikke sannsynlig at det er brannsikring som er motivasjonen for endringen.

Uansett er det slik at utbygger har hatt en klar oppfordring til å sende inn ny søknad til kommunen når de skulle legge til 8,5 kvadratmeter i åtte eneboliger ved å heve taket, og således utvide utnyttelsesgraden. Det er nærmest uforståelig at utbygger ikke har omsøkt en så stor endring av byggene. Den mest sannsynlige forklaringen er at utbygger har tatt sjansen på at dette ikke kom til å bli avdekket, og så bare tatt seg til rette.

Mønehøyden er 39 cm høyere enn omsøkt, noe som i seg selv er betydelig. Byggene har fått en helt annen profil enn hva som er omsøkt. Jeg vedlegger som

Bilag 6	Datagenerert bilde av omsøkt fasade
Bilag 7	Omsøkt fasade
Bilag 8	Bilder

Takskjegget er et helt annet i realiteten enn det som er omsøkt, i tillegg til at mønehøyden er økt.

I tillegg til at mønehøyden er blitt høyere enn omsøkt, har utbygger heller ikke forholdt seg til maksimal kotehøyde for overkant gulv i første etasje, som er havnet langt høyere enn hva som er gitt tillatelse til. Jeg vedlegger som

Bilag 9 Data på innmålt grunnmur

Det fremgår at grunnmur på nedre rekke er i gjennomsnitt 60,84 meter over havet, mens øvre rekke i gjennomsnitt er 62,88 meter over havet. Det er godkjent henholdsvis 60,7 meter på gulv i første etasje over havet for nedre rekke, og 62,7 meter over havet på gulv i første etasje for øvre rekke. Selv uten å regne med at gulv bygger mer enn grunnmur, er nedre rekke 14 cm for høyt, mens øvre rekke er 18 cm for høyt.

Når begge disse feilene legges sammen, står vi igjen med at mønehøyden i forhold til godkjent byggesøknad på nedre og øvre rekke er henholdsvis 53 cm for høyt og 57 cm for høyt.

Når disse forholdene legges til grunn, er byggenes profil og ruving i terrenget betydelig større i dag enn hva som ble godkjent av kommunen. Fasaden er en helt annen enn det som er omsøkt. Jeg vedlegger til illustrasjon

Bilag 10 Bilder

Jeg har illustrert med rød strek i bildet hva som skulle vært mønehøyde, altså topp av taket, dersom bygget var oppført i henhold til godkjent søknad. Dersom det ønskes å kontrollmåle på bildet, viser jeg til at det er satt en meterstokk opp langs hjørnet på fasaden der jeg har markert med en sirkel.

Til orientering har Åse Guri Larsen klaget på høyden på byggene tidligere i saken.

Åse Guri Larsen er, etter alt som har skjedd i saken, skeptisk til opplysninger som kommer fra utbygger. Jeg ber derfor kommunen foreta kontrollmåling på mønehøyden på bygningene.

Plan- og kommunalteknisk utvalg i Osterøy kommune fattet vedtak i saken den 31. mai 2017, som vedlegges som

Bilag 11 Sakspapir plan- og kommunalteknisk utval

Det fremgår at utvalgsleder er Atle Solberg. Han er broren til Terje Solberg, som er en berørt part av utbyggelsen. Terje Solberg har sannsynligvis mottatt kompensasjon fra utbygger i forbindelse med utbyggelsen. Jeg vedlegger som

Bilag 12 Henvendelse fra Terje Solberg til andre naboer

I følge min klient var Terje Solberg en pådriver overfor øvrige naboer for at utbygger skulle få byggetillatelse. Han har også fått asfaltering på veien til sitt hus bekostet av utbygger. Disse forholdene kan utbygger og Terje Solberg sikkert uttale seg om.

Rådgiver Marit Nedreli i Osterøy kommune har ifølge min klient blitt erklært inhabil i saken på grunn av vennskap med Terje Solberg. Kommunen bes om å gjøre rede for disse forholdene.

2. SAKENS RETTSLIGE SIDER

2.1. Inhabilitet

Det anføres for det første at utvalgsleder Atle Solberg var inhabil da han fattet påklagde vedtak. Broren hans er tilstrekkelig involvert i saken til at Atle Solberg burde unnlatt å behandle saken. Jeg viser til at Terje Solberg har fått asfaltert vegen til seg i forbindelse med utbyggingen, samt at han har vært en pådriver for prosjektet overfor naboer.

Jeg viser dessuten til at en saksbehandler tidlig ble erklært inhabil i saken på grunn av vennskap med Terje Solberg. Nært slektskap er i utgangspunktet større inhabilitetsgrunn enn vennskap, og det virker klart at Atle Solberg burde erklært seg inhabil.

Etter forvaltningsloven § 6, andre ledd, er en offentlig tjenestemann inhabil dersom det er særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Jeg anfører på vegne av Larsen at det foreligger slike særegne forhold i saken.

Når inhabile deltar i saksbehandlingen vil det i seg selv være en så alvorlig feil at det etter rettspraksis skal relativt lite til før en antar at dette kan ha virket bestemmende på sakens utfall.

Konsekvensen av slik inhabilitet er derfor at vedtaket er ugyldig.

2.2. Søknad om dispensasjon burde vært avslått

Uansett hevder Larsen at søknad om dispensasjon uansett burde vært avslått.

I plan- og bygningsloven § 19-2, andre ledd, er det to kumulative vilkår som må være oppfylt for at dispensasjon skal gis. For det første kan ikke dispensasjon gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens

formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. For det andre må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.

Ved vurderingene av disse vilkårene skal det *ikke* hensyntas at bygget allerede er oppført. Vurderingen skal tas som om bygget ikke er oppført, og det skal legges til grunn de samme vurderingene som ble gjort da det opprinnelig ble gitt dispensasjon fra 20 % utnyttelsesgrad til 27 % utnyttelsesgrad.

2.2.1. Utnyttelsesgrad er høyere enn hva kommunen har lagt til grunn

Utbygger og kommunen har etter hva jeg forstår lagt til grunn reglene som gjaldt på tidspunktet for vedtakelse av reguleringsplan når de har beregnet utnyttelsesgrad til 33,1 %.

I sak 2011/1167 har Sivilombudsmannen omtalt beregningen av utnyttelsesgraden ved eldre reguleringsplaner. Jeg hitsetter:

«1. Beregning av utnyttelsesgrad for eiendommen

Eiendommen omfattes av reguleringsplan X, stadfestet 2. mai 1974. Eiendommen er regulert til boligareal for ene- og tomannsboliger og ligger i felt B. I utfyllende bestemmelser til planen § 3 annet punktum fastsettes følgende for dette feltet:

"Utnyttelsesgrad U maks = 0,15."

Ved tolkning av eldre reguleringsplan, eksempelvis ved beregning av utnyttelsesgrad, bør som hovedregel forskriften som gjaldt ved vedtakelsen av planen legges til grunn. Da reguleringsplanen er fra 1974, vil det i denne saken si byggeforskrift 1969 og NS 848.

Det fremgikk av fylkesmannens vedtak at det omsøkte tiltaket medførte at eiendommen fikk en utnyttelsesgrad på 0,24 "utregnet etter dagens regler om utregning av BYA ekskludert garasje". Etter foreleggelsen herfra snudde imidlertid fylkesmannen og kom "under sterke tvil ... til at beregningsmåten etter Byggeforskrift 1969 ... burde vært lagt til grunn". Beregnet etter disse reglene opplyste fylkesmannen at eiendommens utnyttelsesgrad blir 0,40 i motsetning til 0,24, som var lagt til grunn i vedtaket.»

Det fremgår altså klart at man ved eldre reguleringsplaner skal legge til grunn dagjeldende byggeteknisk forskrift. I vår sak er reguleringsplanen fra 1993. Det er derfor Byggeforskrift 1987 med veiledning og NS 3940 som skal legges til grunn for beregning av utnyttelsesgrad. I Byggeforskrift 1987 står det under Kap. 22, grad av utnytting, punkt 22:11:

«Der parkeringsplass ikke er vist i garasje eller under terreng, kan bygningsrådet reservere inntil 25 m² av det tillatte areal for hver krevet bilplass.»

I veiledningen til samme bestemmelse står det:

«22:11 Parkeringsplass

Bestemmelsen tar utgangspunkt i at bilplass og bruksenhet blir sett under ett. Hensikten er å sikre ensartet praksis når garasje blir byggeanmeldt eller oppført. De 25m² er aktuelle i parkeringsbus, for frittliggende garasjer kan 18m² være tilstrekkelig.»

Jeg viser til at det står klart at *«Bestemmelsen tar utgangspunkt i at bilplass og bruksenhet blir sett under ett.»* Det må føre til at biloppstillingsplass må medregnes i beregningen av utnyttelsesgraden. Denne utregningsmåten er det som blir lagt til grunn i dag, og er en fornuftig bruk av regelverket. Biloppstillingsplasser bidrar reelt sett i høyeste grad til utnyttelsesgraden av tomten.

I vedtaket fra kommunen der det gis byggetillatelse, er det vedtatt at hver bruksenhet skal ha to parkeringsplasser per bruksenhet.

Dersom det legges til 36 m² til hver bruksenhet, må bruksarealet økes fra 888 m² til 1176 m². Riktig utnyttelsesgrad som må legges til grunn i dispensasjonssøknaden er derfor 41,5 %.

2.2.2. Hensynet til reguleringsplanen og loven

Det første spørsmålet er om hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, er blitt vesentlig tilsidesatt.

I forarbeidene til plan- og bygningsloven, Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), står det blant annet følgende om adgangen til å dispensere fra arealplaner:

«Avvik fra arealplaner reiser særlige spørsmål. De ulike planene er som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess og er vedtatt av kommunens øverste folkevalgte organ, kommunestyret. Planene omhandler dessuten konkrete forhold. Det skal ikke være en kurant sak å fravike gjeldende plan.

Dispensasjoner må heller ikke undergrave planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag. 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. Innstramningen er likevel ikke til hinder for at det f.eks. dispenseres fra eldre planer som ikke er fullt utbygget, og der reguleringsbestemmelsene er til hinder eller direkte motvirker en hensiktsmessig utvikling av de gjenstående eiendommene.»

Kommunen har i sin begrunnelse lagt særlig vekt på at reguleringsplanen er gammel, og den ikke tar hensyn til nyere krav og utvikling i området. Videre har kommunen tatt følgende hensyn ved vurdering av fordeler og ulemper.

«Rådmannen legg til grunn at i rullering av kommuneplanen i 2011 vart det i planskildringa under innleiinga i punkt 1.1 mellom anna fastsett i overordna arealstrategiar at Lonevåg skal vere kommunesenter og kommunen skal leggje til rette for vekst i tilknytning til eksisterande kommunesenter. Vidare vart det fastsett under arealstrategi for område for bustader at hovudtyngda av bustadbygginga mellom anna skal skeje i regulerte område i tilknytning til eksisterande kommunesenter og kommunen skal i størst mogleg grad fremje fortetting i kommunesenter.

I planomtalen punkt 5.1 vart det mellom anna i planprogrammet fastsett kriterium for lokalisering av bustader:

Prioritere bustadbygging i senterområda

Utnytte eksisterande infrastruktur

Fortetting i eksisterande bustadområde»

Kort sagt kan det legges til grunn at kommunen har lagt vekt generelle hensyn, og at reguleringsplanen er gammel.

Det er ikkje anledning til å ta hensyn til slike generelle hensyn som kommunen her har gjort. Jeg viser til sak 2011/1167 fra Sivilombudsmannen som allerede er referert til. Kommunen og Fylkesmannen hadde tatt generelle hensyn ved vurdering av dispensasjon fra en eldre reguleringsplan:

«Fortettingsbehov er et generelt hensyn som – slik fylkesmannen bruker det – trolig kan gjøres gjeldende for store deler av Nord-Jæren. Det kan ikke sees å være godtgjort at dette hensynet gjør seg eksplisitt gjeldende for foreliggende reguleringsplan og eiendom. Jeg kan vanskelig se at et hensyn av så generell art kan være et tungtveiende argument for en dispensasjon av dette omfanget. Dersom hensynet gjør seg så sterkt gjeldende i dette boligområdet at reguleringsplanen fra 1974 ikke lenger gir uttrykk for ønsket grad av utnyttning, bør det gjennomføres en planprosess for å endre planen. Jeg viser til sitatet fra forarbeidene om at «endringer i planer av betydning» må skeje ved planendring.

Fylkesmannen har videre vektlagt at utbyggingen «tilfredsstiller de krav til grad av utnyttning som stilles i nye boligfelt». Også dette momentet er generelt og kan gjøres gjeldende for mange eiendommer i boligområder som reguleres av eldre planer. Fylkesmannen har i liten grad knyttet momentet til den konkrete vurderingen av om vilkårene for å dispensere fra regulert maksimal utnyttelsesgrad er oppfylt i denne saken, og det synes ikke å foreligge holdepunkter for at nye reguleringsplaner kan ha slik «smitteeffekt» på den aktuelle planbestemmelsen.

Dersom en arealplan ikke er i strid med nasjonale eller viktige regionale interesser, har planmyndighetene i stor grad adgang til å utøve skjønn ved utarbeidelse av planer. Det må derfor normalt legges til grunn at ulik tillatt grad av utnyttning er basert på et bevisst valg av hva som anses mest hensiktsmessig for det enkelte planområdet. Dersom en reguleringsplan av ulike grunner ikke lenger er i samsvar med kommunens ønsker, vil som nevnt endring av planen være riktig vei å gå. Jeg viser her til at også fylkesmannen har ansett det ønskelig at kommunen hadde

foretatt «en helbetsvurdering av området», noe som etter lovens system gjøres gjennom en planprosess.»

Dersom kommunen mener at en reguleringsplan er uhensiktsmessig og uheldig, skal reguleringsplanen endres gjennom en planprosess. Den skal ikke uthules og «endres» ved dispensasjoner. I denne saken har kommunen tatt generelle hensyn som ikke skal vektlegges ved vurdering av dispensasjon.

Hensynene bak reguleringsplanen er blitt vesentlig tilsidesatt av kommunen.

2.2.3. *Avveining av fordeler og ulemper*

Jeg viser til det som jeg har sagt ovenfor om at høyden er økt for nedre og øvre rekke med henholdsvis 53 cm og 57 cm. Det er klart at det har stor påvirkning på lysforhold for Larsen. Hun har et stort og høyt bygg som ligger kort avstand i vestlig retning fra hennes hjem.

I saksforberedelsene påpekte jeg på vegne av Larsen at de oppførte boligene har tatt lys og utsikt fra henne. I sin vurdering av merknaden skriver kommunen:

«Rådmannen legg til grunn av området er regulert til bustadforemål, og ein må då vera forebudd på at bustader kan forast opp. Rådmannen vurderer at lys og utsiketstilhøva er redusert, men ikkje utover det ein bør forventa i høve til at det er regulert til bustadforemål.»

Kommunen har tatt en feil vurdering. Jeg viser igjen til sak 2011/1167 fra Sivilombudsmannen, der en lignende vurdering fra kommunen kommenteres av Sivilombudsmannen:

«At man må påregne en viss utvikling i boligområder, slik at solforhold og grad av innsyn endres, kan være et greit utgangspunkt når det gjelder fortetting innenfor de rammer lov og plan gir. Som jeg tidligere har uttalt, blant annet i uttalelse publisert i ombudsmannens årsmelding for 2011 side 70 (sak 2011/87), blir imidlertid utgangspunktet det motsatte når det gjelder bygging i strid med reguleringsplan. Da er utgangspunktet at borgerne skal kunne innrette seg i tiltro til det som fremgår av planen. Selv om tiltaket ikke er i strid med de krav som stilles i lov og reguleringsplan til høyde eller etasjeantall, medfører tiltaket et brudd på bestemmelsen om maksimal tillatt utnyttelsesgrad. Slik økning av utnyttelsesgraden vil i seg selv kunne medføre økte naboulemper. Det fremstår således som uklart om fylkesmannen har lagt til grunn et riktig vurderingstema også etter pbl. § 19-2 annet ledd annet punktum.»

Kommunen har gjort tilsvarende feilslutning i vår sak. Larsen må kunne innrette og forholde seg i tiltro til det som fremgår av planen. En økning av utnyttelsesgraden vil i seg selv medføre økte naboulemper, det være seg om man legger til grunn utnyttelsesgrad på 31,3 % eller 41,5 %. Jeg minner om at reguleringsplanen tillater kun 20 % utnyttelsesgrad. En dispensasjon vil medføre et markant avvik fra reguleringsplanen som Larsen har rett til å forholde seg til. Det vil i seg selv medføre en stor ulempe for Larsen, som ikke blir oppveid av fordelene ved en dispensasjon. Jeg minner om at vurderingene av fordeler og ulemper skal tas som om bygget ikke allerede var ført opp.

I denne vurderingen må det dessuten tillegges vekt at utbyggingen av andre etasjene i byggene er gjort bevisst, selv om det var åpenbart at de stred med godkjente byggetegninger og utnyttelsesgrad.

Fordelene ved en dispensasjon er ikke klart større enn ulempene.

2.3. Tiltaket er i strid med plan- og bygningloven

Det fremgår av plan- og bygningsloven § 29-4, første ledd, at byggverkets høydeplassering skal godkjennes av kommunen. I rådmannens saksforberedelse til dispensasjonsvedtaket fremgår det at kommunen har gjeldende praksis på å godkjenne inntil 50 cm avvik fra høydeplasseringen.

Jeg har ovenfor påvist at avviket ikke er 39 cm, som er lagt til grunn av kommunen. Høydeplasseringen på nedre og øvre rekke er henholdsvis 53 cm for høyt og 57 cm for høyt. Avviket overskrider klart kommunens slingringsmonn på 50 cm.


Tiltaket er i strid med plan- og bygningsloven § 29-4.

3. Konklusjon

Etter dette anføres det at vedtaket er ugyldig på grunn av inhabilitet, jfr. forvaltningsloven § 6, at det uansett var feil av kommunen å gi dispensasjon fra reguleringsplanen, jfr. plan- og bygningloven § 19-2, samt at tiltaket er i strid med plan- og bygningsloven § 29-4.

Dersom kommunen ikke finner å kunne omgjøre vedtaket, ber jeg om at det oversendes Fylkesmannen for klagebehandling.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Høgseth DA



Jakob Bentsen
advokat
E-post: jakob.bentsen@hogseth.net