



Fylkesmannen i Hordaland

Sakshandsamar, telefon
Cathrine Tvedt Lorentzen, 5557 2113

Vår dato
16.02.2018
Dykkar dato
06.10.2017

Vår referanse
2017/12172 423.1
Dykkar referanse
14/356

Osterøy kommune
Rådhuset
5282 Lonevåg

Osterøy kommune - gnr 14 bnr 379 - Hatland - oppføring av einebustader – utnyttingsgrad

Vi viser til oversending frå Osterøy kommune, mottatt her 06.10.2017.

Vedtak

Fylkesmannen opphevar Osterøy kommune ved Plan- og kommunalteknisk utval sitt vedtak av 31.05.2017, sak 064/17.

Bakgrunn

Osterøy kommune ga i vedtak av 27.03.2012, sak 013/12, dispensasjon for oppføring av to bygningar med fire bueiningar i kvar på gnr. 14 bnr. 379. I vedtak av 30.04.2012 vart det gitt løyve til oppføring av rekkehus med fire bueiningar. Desse vedtaka vart ikkje klaga på innanfor klagefristen.

Det er tidlegare gitt dispensasjon frå føresegn i gjeldande reguleringsplan som fastset maksimum utnyttingsgrad $TU\% = 20\%$, slik at utnyttingsgraden på eigedomen kan være $TU\% = 27\%$. Ved tilsyn på eigedomen vart det avdekket at utnyttinga er høgare enn det som er godkjent. Det er derfor søkt om dispensasjon til utnyttingsgrad på $31,3\%$.

Osterøy kommune ved Plan- og kommunalteknisk utval ga i vedtak av 31.05.2017, sak 064/17, dispensasjon til utnyttingsgrad på $31,3\%$.

Vedtaket er klaga på av Advokatfirmaet Høgseth DA ved advokat Jakob Bentsen, jfr. brev av 29.06.2017, på vegne av nabo Åse Guri Larsen. I klaga vart det mellom anna gjort gjeldande at utvalsleiar Atle Solberg var inhabil da han var med å fatte vedtak av 31.05.2017. Det vart vidare gjort gjeldande at vilkåra for å gi dispensasjon ikkje er oppfylte, og at søknad om dispensasjon burde vore avslått. Etter klagar si vurdering er korrekt utnyttingsgrad for tiltaket $41,5\%$.

Åse Guri Larsen har kome med tilleggsmerknadar ved brev av 01.07.2017. I merknadane går det mellom anna fram at kommunen ikkje har gjort gode nok vurderingar når dei har vurdert den private vegen. Larsen viser til at den private vegen er svært utrygg med dårleg sikt. Den held ikkje dei krava Statens vegvesen stiller til tryggleik.

Advokatfirmaet Høgseth DA ved advokat Jakob Bentsen kom med ytterlegare merknadar til klaga ved brev av 26.09.2017. I brevet vart det mellom anna gjort gjeldande at tiltaket ikkje oppfyller kommuneplanen sine krav om leikeområde. Det vart vidare vist til at høgdeplasseringa på nedre rekke er 53 cm for høgt og at øvre rekke er plassert 57 cm for høgt.

Fylkesmannen viser til klagene i sin heilskap.

Plan- og kommunalteknisk utval behandla klaga i møte den 27.09.2017, sak 116/17, og tok ikkje klaga til følge. Saka ble deretter sendt til Fylkesmannen for endeleg avgjerd.

For ordens skuld viser Fylkesmannen til at vi tidlegare har behandla tre sakar på same eigedom. Desse gjaldt endra løysing på oppføring av murar og endring av avkøyrsløp rundt bygg 1 og 2. Fylkesmannen stadfesta denne endringa av løysinga i vedtak av 30.09.2015 (vår ref: 2015/579 – bygg 1) og 25.09.2015 (vår ref: 2015/7345 – bygg 2). Fylkesmannen avviste klage på utomhusplan i vedtaket vårt av 25.09.2015 (vår ref: 2015/7147). Dette vedtaket vart påklaga av Åse Guri Larsen. Kommunal- og moderniseringsdepartementet stadfesta vedtaket vårt den 07.01.2016.

Fylkesmannen sendte den 13.12.2017 brev til Osterøy kommune og bad om grunngjeving for kommunen si vurdering av habilitetsspørsmålet. Plan- og kommunalteknisk utval behandla spørsmålet om habilitet på nytt i møte den 24.01.2018, sak 005/18. Fylkesmannen fekk den 31.01.2018 brev frå kommunen kor grunngjevinga gjekk fram.

Fylkesmannen fekk den 26.01.2018 to e-postar frå Åse Guri Larsen. Vedlagt e-posten låg nabovarsla situasjonsplan, situasjonsplanen som låg vedlagt søknaden og nokre bildar frå staden.

Når det elles gjeld bakgrunnen for saka, viser vi til dokumenta i saka, som vi føreset at partane er kjende med.

Fylkesmannen finn saka tilstrekkeleg opplyst, jfr. forvaltningslova (fvl) § 33 femte ledd.

Fylkesmannen si vurdering

Forvaltningslova gjeld for Fylkesmannen si behandling av saka. Fylkesmannen har kompetanse til å prøve alle sider av saka og ta omsyn til nye omstende. Klageinstansen kan sjølv treffa nytt vedtak i saka eller oppheva det kommunale vedtaket og sende saka attende for heilt eller delvis ny behandling, jfr. fvl § 34.

Habilitet

Det følgjer av fvl § 6 at «[e]n offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller for å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når han er i slekt eller svogerskap med en part (...) i sidelinje så nær som søsken.»

Klagar har gjort gjeldande at utvalsleiar Atle Solberg er inhabil. Bakgrunnen for det er at broren hans, Terje Solberg, er nabo til tiltaket, og deler veg med tiltaket. Det går fram av klaga frå advokat Jakob Bentsen av 29.06.2017 at Terje Solberg har fått asfaltert vegen til seg i forbindelse med utbygginga, samt at han har vore ei pådrivar for prosjektet ovanfor naboar.

Plan- og miljøteknisk utval behandla spørsmålet om Atle Solberg sin habilitet i møte den 27.09.2017, sak 116/17. Solberg vart kjent gild med fem mot to røyster. Vedtaket manglar grunngeving for vurderinga. Fylkesmannen sendte derfor brev til kommunen den 13.12.2017, der vi bad om at kommunen gjorde greie for dei vurderingane som låg bak denne vurderinga.

Plan- og kommunalteknisk utval behandla spørsmålet om habilitet på nytt i møte den 24.01.2018, sak 005/18. Det går fram av vurderinga:

«Plan- og kommunalteknisk utval sine vurderingar om Atle Solberg sin habilitet i møte den 27.09.2017 saksnr. 116/17 var: Brev av 21.03.2011 gjeld privatrettslege tilhøve som kommunen ikkje har teke stilling til. PT-sak 116/17 gjeld søknad om utnyttingsgrad på tomten. Utvalet kunne difor ikkje sjå at broren er part i denne saka, og utvalsleiar vart difor kjend gild i h.t. fvl. § 6, bokstav b. Utvalet vurderte heller ikkje at det låg føre ugildskap etter fvl. § 6, 2. ledd, då løysing for privat fellesveg ikkje var til handsaming/vurdering, og avgjerda i saka ikkje ville ha betydning for vegspørsmålet.»

Fylkesmannen er samd i kommunen si vurdering. Vi viser til at denne saka berre gjeld auka utnyttingsgrad. Spørsmålet om veg er allereie avklart, og klagefristen har gått ut. Spørsmålet om auka utnyttingsgrad får difor, slik Fylkesmannen ser det, ingen fordel for utvalsleiarens bror. Vi viser samstundes til at vedtaket om auka utnyttingsgrad vart samrøystes vedtatt av utvalet.

Fylkesmannen finn etter dette at utvalsleiar ikkje var inhabil til å treffe avgjerd om auka utnyttingsgrad, jfr. fvl § 6.

Spørsmålet om habilitet knytt til dei andre vedtaka i saka

Utvalsleiar Atle Solberg var og med under behandlinga av dei andre vedtaka som gjeld eigedomen.

Det følgjer av fvl § 35 bokstav c) at Fylkesmannen «*kan*» gjere om både sitt eige vedtak og kommunen sine vedtak dersom dei er «*ugyldig*».

Om eit vedtak skal gjerast om, må avgjerast etter ei konkret heilskapsvurdering. På den eine sida må ein samanhalde dei offentlegrettslege omsyna og på den andre sida partane sine interesser i å kunne innrette seg etter vedtaket og i kva grad dei vil få ulemper ved ei eventuell omgjerding.

Sivilombodsmannen har i sak 2012/1080 uttalt at:

«Selv om det ikke er lovfastsatte frister for omgjøring etter første ledd, vil tiden som har løpt siden det opprinnelige vedtaket, ha betydning for forvaltningens adgang til å omgjøre. Dersom ikke omgjøringen skjer innen rimelig tid etter det ugyldige vedtaket, bør tidsmomentet være blant de «hovedhensyn» som nevnes når forvaltningen begrunner hvorfor den diskresjonære adgangen til omgjøring skal anvendes, jf. fvl. § 25 tredje ledd, jf. § 24 første ledd, jf. § 35 første ledd.»

I den aktuelle saka fann Ombodsmannen at tida på to og eit halvt år frå godkjenninga til omgjerdinga var for lang.

Fylkesmannen finn det uheldig at Atle Solberg har vore med på å treffe vedtak som gir bror sin ein økonomisk fordel. Ei slik praktisering av habilitet kan lett svekke tiltrua til upartisk og uavhengig behandling av dei konkrete sakene og generelt svekke legitimiteten til kommunen som forvaltningsorgan på dette området.

Vi viser likevel til at vedtak om løyve til oppføring av rekkehus med fire bueiningar for bygg 1 og 2 er fatta som administrative vedtak. Inga av desse vedtaka vart påklaga. Også endring av plassering av murar og endra avkøyrsløysning for bygg 1 og 2 vart gitt som administrative vedtak. Utvalet har klagebehandla desse vedtaka. Avgjerda til utvalet om å ikkje ta klaga til følgje vart samrøysta, og i tråd med rådmannen si innstilling.

Plan- og kommunalteknisk utval behandla spørsmålet om dispensasjon frå reguleringsføresegn om utnyttingsgrad den 07.03.2012, og ga dispensasjon til TU 27 %. Utvalet sitt vedtak vart samrøysta vedtatt, og i samsvar med rådmannen si innstilling.

Fylkesmannen viser til at Solberg ikkje aleine har fatta vedtaka. Han har vidare hatt lite med sakene å gjere, og alt er i tråd med rådmannen si innstilling. Det har vidare gått lang tid frå vedtaka vart gjort. Innrettingsomsynet må difor vege sterkt.

Fylkesmannen finn etter dette ikkje grunn til å gjere om dei tidlegare vedtaka i saka med heimel i fvl § 35.

Avgjerda om å ikkje gjere om tidlegare vedtak er ikkje eit enkeltvedtak, og kan ikkje klagast på.

Situasjonsplan

Larsen meiner at nabovarsla situasjonsplan avvik frå omsøkt situasjonsplan.

Fylkesmannen viser til at dei to situasjonsplanane Larsen har sendt inn ikkje samsvarar med situasjonsplanen som viser dagens situasjon. Flyfoto over eigedomen viser at det er oppført avkøyring til kvar av dei to rekkene, slik Fylkesmannen stadfesta i vedtaka våre av 30.09.2015 (vår ref: 2015/579 – bygg 1) og 25.09.2015 (vår ref: 2015/7345 – bygg 2). Situasjonsplan av 28.08.2014, som ligg vedlagt saksdokumenta som er oversendt frå kommunen, samsvarar med denne situasjonen.

Fylkesmannen viser vidare til at Larsen klaga på endra løysning for avkøyrsløysning på eigedomen, og at ho er godt kjent med korleis situasjonen er på eigedomen i dag. Ho har fått kome med merknadar til tiltaket, og kommunen har behandla klaga hennar. Denne saka gjeld berre endra utnyttingsgrad. I følgje søkjar får det berre betydning for mønehøgda på bustadene på eigedomen. Ei eventuelle feil tilvising til situasjonsplan ved nabovarsel av søknad om endra utnyttingsgrad har difor ikkje verka inn på vedtaket, jfr. prinsippet i fvl § 41.

Dispensasjon

Omsøkte eigedom er omfatta av reguleringsplan Lonevåg – Hatland, planID 504_51 i område som er regulert til byggeområde for bustad.

Gjeldande reguleringsplan opnar for maksimal utnyttingsgrad på eigedomen på 20 %. Osterøy kommune ga den 07.03.2012 dispensasjon frå reguleringsplanen, slik at maksimal utnyttingsgrad for eigedomen er 27 %. Ved tilsyn er det avdekka at utnyttinga er høgare enn godkjent. Det er difor no søkt om dispensasjon til utnyttingsgrad på 31,3 %.

Vilkåra for å gi dispensasjon fremgår av plan- og bygningslova (pbl.) § 19-2 andre ledd:

«Dispensasjon kan 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.»

Det følger av Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) at *«det må foretas en interesseavveining, der fordelene ved tiltaket må vurderes opp mot ulempene»*. Videre følger det av forarbeidene at *«det må foreligge en klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon»*.

Det følgjer av rådmannen si innstilling til plan- og kommunalteknisk utval sitt møte den 31.05.2017, sak 064/17, at:

«Det er rådmannen si vurdering at tiltaket ikkje er i samsvar med reguleringsplan for Lonevåg – Hatland Plan id 504_51, og vil ha trong for dispensasjon for auka utnyttingsgrad. Plan- og kommunalteknisk utval har i møte 07.03.2012 saksnr. 013/12 gjeve dispensasjon til auka utnyttingsgrad til TU% = 27%.

I vektinga av fordelar og ulemper la rådmannen den gong særleg lagt vekt på at reguleringsplanen er av eldre dato.

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 skje 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.*

Tidlegare søknad om dispensasjon frå krav til utnyttingsgrad var basert på arealopplysningar over eigedomen sitt totalareal, og dette vart oppdaga ved tilsyn.

Rådmannen vurderer at felles veg til fleire eigedomar som ligg innafor tomte ikkje skal reknast med i tomtearealet, ref. rundskriv frå kommunal- og regionaldepartementet utgjeve i 2014 publikasjonskode H-2300 B side 56. Kommunen har difor motteke ny søknad om dispensasjon for auka utnyttingsgrad på gnr. 14, bnr. 379.

Rådmannen vurderer at reknefeilen ikkje var avgjerande for om det vart gjeve dispensasjon til auka utnyttingsgrad ved handsaming av dispensasjonssøknad 07.03.2012 saksnr. 013/12.

Rådmannen vurderer at endra utnyttingsgrad ikkje medfører meir fysisk utbygging på tomte enn det som alt er utført. Bygd areal er det same som tidlegare, men utrekning av utnyttingsgrad er i samsvar med kommunen sin konklusjon i tilsyn av 22.12.2016.

Vidare er utnyttinga auka i samband med at mønehøgda vart heva med 39 cm, og kvar bustadeining har fått auka bruksarealet med 8,5 m².

Utbyggjar har mellom anna uttalt at brannsikring mellom bueiningane er betre ved denne hevinga.

Rådmannen vurderer at brannsikring mellom bueiningane må tilleggjast stor vekt.

Nabo har mellom anna kome med merknader til auka byggjehøgda.

Byggehøgda som er lovleg etter plan- og bygningslova 29-4, 1.ledd er gesimshøgda 8 meter og mønehøgda 9 meter. Det er ikkje fastsett reglar om andre høgder i gjeldande reguleringsplan.

Rådmannen vurderer at godkjent løyve til oppføring av 2 rekkjer med 4 einebustader i kvar rekkje er i samsvar med plan- og bygningslova § 29-4, 1. ledd.

Vidare legg rådmannen til grunn at høgda på tiltaket kan avvike med inntil 0,5 meter, dersom anna ikkje er sagt i løyvet, eller tiltaket ikkje vert høgare enn maksimum mønehøgda fastsett i plan- og bygningslova § 29-4, 1. ledd, eller i gjeldande plan, jf. kommunen sin praksis. Sidan avviket er på under 0,5 meter, og avviket ikkje medfører at tiltaket får maksimum mønehøgda på meir enn 9,0 meter, vurderer rådmannen at tiltaket framleis er i samsvar med plan- og bygningslova § 29-4, 1. ledd, og at det ikkje er krav om søknad om endra løyve for auka mønehøgda med 39 cm.

Vurderingstemaet for rådmannen har vore om ein dispensasjon i saka vesentleg vil setje til side omsynet bak føresegna det vert dispensert i frå.

Etter ei samla og konkret vurdering finn rådmannen at vilkåra for å gje dispensasjon for auka utnyttingsgrad til oppføring av 2 rekkjer med 4 einebustader i kvar rekkje i reguleringsplan Lonevåg – Hatland plan id 504_51 er oppfylt.»

Fylkesmannen si vurdering er at plan- og kommunalteknisk utval ikkje har gjort ei slik konkret vurdering og interesseveging som pbl § 19-2 set krav om. Det er eit krav etter pbl § 19-2 at omsyna bak føresegna det vert dispensert frå ikkje vert sett vesentleg til side. I tillegg må det gjerast ei interesseavveging, der fordelane ved tiltaket må vurderast opp mot ulempene. Det må føreliggje ei klar overvekt av omsyn som talar for dispensasjon. I det ligg det at det ikkje kan gis dispensasjon når omsyna bak føresegna som det vert søkt om dispensasjon frå framleis gjer seg gjeldande med styrke.

Sjølv om kommunen har vist til vilkåra for dispensasjon, og avslutningsvis seier at dei har vurdert begge vilkåra, går vurderinga ikkje klart fram av grunngjevinga. Fylkesmannen viser spesielt til at det ikkje går fram kva som ligg bak kommunen si vurdering av at omsyna bak krava i gjeldande reguleringsplan om maksimal utnyttingsgrad på 20 % ikkje blir sett vesentleg til side ved at det gis dispensasjon til utnyttingsgrad på 31,3 %. Kommunen har vidare lagt vekt på at «*endra utnyttingsgrad ikkje medfører meir fysisk utbygging på tomta enn det som alt er utført. Bygd areal er det same som tidlegare (...)*». Fylkesmannen finn grunn til å presisere at kommunen ved behandling av søknad om endra utnyttingsgrad ikkje kan leggje vekt på kva som er ført opp på eigedomen. Vi viser til at det som er oppført, med høgare utnyttingsgrad og høgare mønehøgde enn det som er godkjent, er ført opp ulovleg. Ulovlege tilhøve skal ikkje vektleggjast ved behandling av søknad om endring av tiltaket. Kommunen må difor sjå til kva bygd areal som faktisk var godkjent tidlegare, og ikkje til kva utbygger har ført opp. Fylkesmannen viser mellom anna til at det er bygd 8,5 m² større i andre etasje i samlege bueiningar, og at mønehøgda er om lag 39 cm høgare enn det som var godkjent.

Då kommunen ikkje har gjort dei vurderingane som pbl § 19-2 legg opp til, og vektlagt relevante omsyn, kan vi ikkje sjå at det føreligg tilstrekkeleg grunngjeving for vedtaket, jfr. krava til grunngjeving i fvl §§ 24 og 25.

Grunngjeving av einskildvedtak har som føremål å gi partane ei forklaring på utfallet av saka. Ho vil også gjere greie for dei omsyna som vedtaket byggjer på. Partane vil då lettare kunne forstå kvifor saka fekk eit slikt utfall. Eit forvaltningsvedtak kan kjennast ugyldig når grunngjevinga ikkje gir tilstrekkeleg grunnlag for å vurdere om vedtaket lir av innhaldsmessige feil. I Isenedommen (Rt. 1981 s. 745) vart det uttalt at det var «*mangler ved begrunnelsen (som) kan tyde på svikt ved avgjørelsen*». Vedtaket vart deretter kjent ugyldig av domstolane.

Då det ikkje ligg føre ei grunngjeving som oppfyller lova sine krav, er det ikkje mogleg for Fylkesmannen å vurdere om kommunen har lagt til grunn ei korrekt lovforståing ved hand-saminga av saka.

Fylkesmannen kan etter dette ikkje utelukka at den mangelfulle grunngjevinga kan ha verka inn på resultatet i saka, jfr. prinsippet i fvl § 41. Vi finn difor å måtte oppheve Osterøy kommune v/Plan- og kommunalteknisk utval sitt vedtak av 31.05.2017, sak 064/17.

Berekning av utnyttingsgrad

Advokat Bentsen har gjort gjeldande at utnyttingsgraden må bereknast ut får dei reglane som gjaldt på det tidspunktet reguleringsplanen vart vedtatt.

Det går fram av rettleiar *Grad av utnytting*¹at:

«For å avklare hvordan grad av utnytting skal beregnes, må man bruke byggeforskriften, den norske standarden og veiledningen som gjaldt da reguleringsplanen ble vedtatt. Det har formodningen for seg at kommunen la teknisk forskrift på det aktuelle tidspunktet til grunn da planen ble vedtatt. En slik praksis vil videre bidra til forutsigbarhet og en enhetlig forståelse av planen. Unntak fra dette utgangspunktet vil være der en annen forståelse entydig følger av planens bestemmelser og/eller der planen konsistent er praktisert på en annen måte.»

¹ Utgitt av Kommunal- og moderniseringsdepartementet i 2014, på side 53 flg.

Gjeldande reguleringsplan er frå 1993. Det er derfor Byggeforskrift av 1987 og NS 3940 2. utgåve som i utgangspunktet skal leggjast til grunn. Ved ei fornya behandling må kommunen ta stilling til om berekninga av utnyttingsgraden for eigedomen er riktig, og vise til kva regelverk dei har nytta for berekninga. Dersom kommunen si berekning fråvik Byggeforskrift av 1987, må kommunen dokumentere at anna forståing eintydig følgjer av planen sine føresegner eller at planen konsekvent er praktisert på annan måte.

Mønehøgde

Når det gjeld byggets høgde, viser kommunen til at dei har praksis for å godkjenne avvik i utføringa på inntil 0,5 meter.

Ved ei fornya behandling må kommunen dokumentere at dei har praksis på å tillate avvik på inntil 0,5 meter. Dei må vidare vise til at dei har heimel til å gjere det. Dersom ein finn at det ikkje er heimel til å tillate det aktuelle avviket, må det krevjast søknad om endra mønehøgde.

Konklusjon

Fylkesmannen opphevar Osterøy kommune ved Plan- og kommunalteknisk utval sitt vedtak av 31.05.2017, sak 064/17. Vi sender saka tilbake til kommunen for ny behandling.

Fylkesmannen sitt vedtak på side éin er endeleg og kan ikkje påklagast vidare, jfr. fvl § 28 tredje ledd.

Fylkesmannen har med dette ikkje stilt opp føresetnader for resultatet ved ny behandling av saka i kommunen.

Det er høve for klagar å krevje dekning for vesentlege kostnader når eit vedtak er endra til gunst for klagar, jfr. fvl § 36. Kravet må setjast fram for Fylkesmannen innan tre veker.

Med helsing

Rune Fjeld
assisterande fylkesmann

Anne Kjersti Sande
seksjonsleiar

Brevet er godkjent elektronisk og har derfor inga underskrift.

Kopi til:

Advokatfirmaet Høgseth DA v/advokat Jakob Bentsen	Litleåsveien 51	5132	NYBORG
Arkoconsult AS v/Tom Andre Sivertsen	Postboks 103	5291	VALESTRANDSFOSSEN
Bergan Bygg AS	Flatevad	5282	LONEVÅG
Åse Guri Larsen	Hatland	5282	LONEVÅG