

Jan og Ingvild Greve
Mistelteinen 48
3154 Tolvsrød

Tønsberg 28. juni 2019

Tønsberg kommune
Kommuneutvikling
Postboks 2410
3104 Tønsberg

Mistelteinen 48 – 0090/0169 – påbygg på eksisterende enebolig – Klage på vedtak

I Innledning

Byggested: Gbnr: 90/169
Tiltakshaver: Jan Hagfors Greve

Tønsberg kommunes utvalg for bygge- og arealsaker (UBA) fattet 7. juni 2019 følgende vedtak:

Påbygget anses på grunn av sin gesimshøyde å medføre en så stor betydelig ulempe for naboer at kravet til tilpasning til omgivelse etter pbl. § 29-2 ikke anses for oppfylt.

Vedtaket påklages.

II Klagens begrunnelse

1. Innledende merknader

Vedtaket er beheftet med en rekke feil som kan sammenfattes under to kategorier:

- Feil rettsanvendelse:
§ 29-2 kan ikke benyttes som hjemmel for avslag i denne saken. Eventuell skjønnsutøvelse etter denne bestemmelsen må begrenses til vurdering av veggflater, farger, byggeskikk eller tilsvarende visuelle kvaliteter. Verken administrasjonen, naboene eller UBA har hatt merknader til slike forhold. Byggets møne- og gesimshøyde er ikke gjenstand for skjønn så lenge høydene ligger innenfor det som er regulert i pbl. § 29-4 og reguleringsplanen. I denne saken er det slik at så lenge tiltaket holder seg innenfor de regulerte høydene har man rett til å bygge.
- Saksbehandlingsfeil:
Vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil som har virket bestemmende på vedtaket. Som følge av dette er vedtaket ugyldig.

Det vil i det følgende redegjøres nærmere for de nevnte punktene.

2. Feil rettsanvendelse

a) Utgangspunktet for vurderingen – hensynet bak regulering av byggeretten

Utgangspunktet etter plan- og bygningsloven (pbl.) er at tiltakshaver har rett til å bygge. Det er begrensninger i tiltakshavers byggerett som krever hjemmel i lov eller planverk hjemlet i lov. Dette systemet er med på å danne berettigede forventninger til mulighetene for utvikling av eiendommen

og bygg på eiendommen når man kjøper en ny eiendom. Det vises i denne sammenheng til pbl. § 1-1 fjerde ledd:

«Planlegging og vedtak skal sikre åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning for alle berørte interesser og myndigheter. Det skal legges vekt på langsiktige løsninger, og konsekvenser for miljø og samfunn skal beskrives.»

Da vi kjøpte Mistelteinen 48 undersøkte vi reguleringsbestemmelsene og de faktiske forholdene. Vi flyttet fordi vi ventet barn nummer tre og trengte mer plass. Huset vi kjøpte hadde bare tre soverom og ca. 145 m² areal inne, ikke vesentlig mer enn det vi hadde fra før, men vi visste at det i reguleringsplanen var åpnet for byggehøyder som ga muligheter for en full andre etasje. Vi gikk tidlig i dialog med kommunen for å få bekreftet at vår forståelse av reguleringsbestemmelsene var riktige, og for å få et inntrykk av kommunens syn på krav til visuelle kvaliteter og utforming av bygg generelt. Da vi endelig sendte byggesøknaden hadde vi sikret oss at de visuelle kvalitetene var klart i samsvar med kommunens uttrykte preferanser, og at byggehøydene med svært god margin lå under det som var regulert. Selv om tegningene våre i utgangspunktet lå godt innenfor de tillatte byggehøydene, valgte vi å redusere både møne- og gesimshøyden på bakgrunn av de overraskende sterke reaksjonene fra naboene. Dette innebærer at det ikke er full takhøyde ved yttervegg, men det er et kompromiss vi kan akseptere for å redusere høyden på østsiden.

b) *Rammene for kommunens skjønnsutøvelse – forholdet mellom pbl. §§ 29-2, 29-4 og reguleringsplanen*

Plan- og bygningsloven kapittel 29 har materielle bestemmelser om blant annet arkitektoniske, visuelle og tekniske krav til tiltaket. Bestemmelsene i kapitlet er likestilte og skal ivareta utformingen av tiltaket som helhet. Krav til tiltaket kan også fremgå av planbestemmelser blant annet i reguleringsplanen og brudd på bestemmelsene kan gi grunnlag for avslag.

I pbl. § 29-2 er det bestemt at tiltaket skal ha gode visuelle kvaliteter både i seg selv, i forhold til dets funksjon, dets bygde og naturlige omgivelser og plassering. I forarbeidene, Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 230, står i tilknytning til den helhetlige vurderingen av tiltaket på bakgrunn av bestemmelsene i kapittel 29 at:

Holdbarheten av den faglige begrunnelsen for de valgte elementer som påvirker tiltakets utseende, som høyde, volum, materialvalg, samspill mellom flater, vil være det sentrale elementet i vurderingen av om kvalitetskravet er ivaretatt. I tillegg legges det opp til flere elementer i vurderingen."

Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsen generelt, vises det til Frode A. Innjord, Plan- og bygningsloven med kommentarer, 1. utgave, 1. opplag 2010 (Innjord), s. 799 flg:

"Loven legger opp til en estetisk kvalitetssikring, ikke en detaljstyring og overprøving av tiltakshavers preferanser for utseendemessig utførelse innenfor reguleringsbestemmelsene. ...kommunen bør utvise en viss varsomhet ved håndhevingen av de estetiske krav. ...I tvilstilfeller bør kommunen innhente sakkyndige uttalelser fra personer med byggteknisk, arkitektonisk, plan-faglig og eventuelt også historisk og kurturfaglig kompetanse, med sikte på å få en størst mulig grad av fagkyndighet og objektivitet knyttet til vurderingen."

Som det fremgår av kommunens vedtak må det legges til grunn at det er tilpasningene til omgivelsene avslaget er begrunnet i. Noen nærmere faglig begrunnelse med momentene som er nevnt ovenfor, finnes ikke i vedtaket.

I vurderingen, skjønnsutøvelsen etter pbl. § 29-2, av tiltakets tilpasning til dets bygde og naturlige omgivelser, kan byggeskikken i området så vel som landskapsbildet, være relevante faktorer. Det er imidlertid ingen del av kommunens saksbehandling eller skjønnsutøvelse som inneholder noen form for begrunnelse som knytter seg til slike kvaliteter. I administrasjonens saksfremlegg er det lagt vekt på virkningene av at gesimshøyden øker med ca. to meter. Det er ikke lagt vekt på at tiltaket selv etter økning av mønehøyden ligger ca. 1,5 meter lavere enn det som er tillatt etter reguleringsplanen. Det samme gjelder gesimshøyden. Tvert imot er det lagt vekt på at naboene gir uttrykk for at de mener de vil tape sollys. Slike momenter hører ikke inn under skjønnsvurderingen etter pbl. § 29-2, men de hører inn under vurderingen etter pbl. § 29-4.

I pbl. § 29-4 står det at byggverkets plassering, herunder høydeplassering og byggverkets høyde skal godkjennes av kommunen. I tredje setning står det at mønehøyde over 9 meter og gesimshøyde over 8 meter må ha hjemmel i plan. Hensynet bak denne bestemmelsen er å sørge for tilstrekkelig med lys og luft mellom bygg på eiendommene av hensyn til bomiljø, men også blant annet av brannhensyn.

I den helhetlige vurderingen av byggetiltaket må skjønnsutøvelse som i vårt tilfelle ikke fører til veiledning eller alternative godkjenninger, men kun avslag på byggesøknaden, i det minste knyttes til den riktige hjemmelen for avslaget. Det er tydelig både på administrasjonens redegjørelse og kommunens behandling i møtet at det ikke var de visuelle kvalitetene som var avslagsgrunnen, men virkningen av at gesimshøyden økte. Slike vurderinger skal eventuelt foretas på bakgrunn av pbl. § 29-4.

I vårt tilfelle foreligger det en reguleringsplan som angir høyeste tillatte mønehøyde til 9 meter, hvilket vil si 9 meter over gjennomsnittlig planert terreng. Den gjennomsnittlige mønehøyden er i dag ca. 7 meter. Det er ingen reguleringsbestemmelse om gesimshøyden. Bestemmelsen om høyeste tillatte gesimshøyde på 8 meter i pbl. § 29-4 kommer til anvendelse. Når kommunen allerede har tatt stilling til byggverkets plassering og i reguleringsplan tatt stilling til høydene, har ikke kommunen adgang til å begrense dette ved skjønn etter pbl. § 29-4. Det vises til rundskriv H-8/15 av 26.06.2015 hvorfra jeg siterer:

"Der kommunen gjennom plan allerede har tatt konkret stilling til byggverkets avstand til nabogrense og byggverkets høyde, vil dette gå foran kravene i plan- og bygningsloven § 29-4. Det vil da normalt ikke være rom for ytterligere vurdering etter plan- og bygningsloven § 29-4. Der planen ikke angir absolutte bestemmelser for plassering eller høyde, må det foretas en tolking av planen, se i den forbindelse SOMB-2012-1852. Se for øvrig også SOMB2013-2341, som gjaldt tolkning av en skjønsmessig planbestemmelse om plassering av garasje. Ombudsmannen kom i den saken til at § 29-4 skulle inngå som et relevant moment ved tolkningen av planbestemmelsen. Der det omsøkte tiltaket er i strid med den arealbruken, høyde eller avstand med mer som fremgår av arealplan vedtatt i medhold av plan- og bygningsloven, må det søkes om dispensasjon fra denne."

På grunnlag av gjennomgangen ovenfor er det ikke anledning for kommunen til å avslå søknaden på grunnlag av skjønnsutøvelse, hverken etter § 29-2 eller § 29-4.

Så snart det ble klart at kommunen vurderte avslag, skulle det vært gitt anledning til kontradiksjon. Det er også i beste fall tvilsomt om bestemmelsene faktisk gir anledning til å avslå søknaden i stedet for å veilede om hva som vil bli godkjent. Det vises i den anledning til Odd Jarle Pedersen, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness, Audvar Os, Plan- og bygningsrett, del II – Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner, 2. utgave, s. 427 flg.:

"Spørsmålet om bygningsmyndighetene plikter å gi råd om alternative løsninger før søknaden avslås, ble satt på spissen i saken i Somb 1977 s. 108. ...Før saken settes "på spissen ved

forbud eller inngrep", bør en ta saken opp med søkeren, og så vidt mulig gi veiledning om hvilke endringer i anmeldte byggearbeider som bør foretas, slik at kravet til "rimelige skjønns hensyn" kan tilfredsstilles. I rundskriv H 20/89 fulgte departementet opp med at bygningsmyndighetene hadde både rett og plikt til å gi råd om alternative løsninger."

Kommunens forsømmelser i denne sammenheng medfører saksbehandlingsfeil som følge av feil forståelse av reglenes materielle innhold. En slik manglende forståelse er i seg selv også et brudd på forvaltningens utredningsplikt. Dette nevnes også nedenfor under punkt 3.

Subsidiært, for det tilfellet at fylkesmannen skulle komme til at kommunen kan utvise skjønn etter pbl. § 29-2 eller § 29-4, oppstilles krav til faglighet i skjønnsutøvelsen.

Kommunens skjønnsutøvelse skal være basert på faglig forankrede argumenter som kan utledes av loven. Det vises til Ot. Prp. Nr. 45, der det fremgår at:

"Etter departementets syn bør det presiseres at lovens krav til det visuelle uttrykket er om tiltaket er godt eller dårlig utformet ut fra faglige kvalitetsnormer. Departementet foreslår derfor at kravet til tiltaks utseende formuleres som at det skal inneha "gode visuelle kvaliteter". Holdbarheten av den faglige begrunnelsen for de valgte elementer som påvirker tiltakets utseende, som høyde, volum, materialvalg, samspill mellom flater, vil være det sentrale elementet i vurderingen av om kvalitetskravet er ivaretatt. I tillegg legges det opp til flere elementer i vurderingen."

Dersom slike faglige argumenter skal danne grunnlaget for begrensninger i tiltakshavers byggerett må det fremgå under saksforberedelsen og som nevnt være gjenstand for kontradiksjon. I administrasjonens saksfremstilling fremkommer ikke slike argumenter, ei heller under utvalgets befarings eller i utvalgets møte. Tvert imot fremstår begrunnelsen i utvalgets møte som utpreget subjektiv, knyttet opp til medlemmenes personlige oppfatninger av tiltaket. Det påpekes at vilkårligheten i kommunens saksbehandling og skjønnsutøvelse, er misbruk av den myndigheten som utvalget forvalter. Det er videre en vilkårlighet i saksbehandlingen som medfører urimelig forskjellsbehandling. Selv om vedtakene bygger på fritt skjønn, kan både myndighetsmisbruk og vilkårlighet prøves for de alminnelige domstolene. Det vises til vedlagte utskrift av dialogen i UBA-møtet.

Vedlegg: Utskrift av dialog fra møte i Utvalget for bygge- og arealsaker 7. juni 2019.

3. Saksbehandlingsfeil

a) Innledning

Kommunens vedtak er beheftet med en rekke saksbehandlingsfeil som gjennomgås summarisk nedenfor.

b) Sakens opplysning

Det følger av fvl. § 17 at kommunen må sørge for at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. I denne saken dreier det seg om et vedtak som bygger på skjønnsmomentene i pbl. § 29-2, slik de er presentert under punkt 2. Utvalgets befarings er et sentralt virkemiddel for å få det nødvendige grunnlaget. Slik befarings ble gjennomført i denne saken, kan ikke utvalget ha fått den informasjonen de trengte. Befaringsen varte bare ca. ti minutter, og utvalget var aldri inne på selve eiendommen. De observerte eiendommen fra nord – nord/øst og hørte merknader fra partene. De så ikke på omkringliggende bebyggelse, fasadene til naboeiendommene på den samme høyden, de så heller ikke hvordan eiendommen ser ut fra sørsiden. Det er heller ikke innhentet faglige vurderinger

av lovens kriterier slik litteraturen og Sivilombudsmannen legger til grunn at man skal. Kommunens utvalg har forsømt sin plikt til å sørge for å opplyse saken godt nok.

c) Utenforliggende hensyn

I utvalgets møte sies det innledningsvis av utvalgets leder at bygget tar utsikt fra naboene. (Det vises til vedlagte utskrift av dialogen.) Det er ikke hevdet fra naboene og ble ikke hevdet under befaringen og må dermed anses som et utenforliggende hensyn. Det bemerkes at forbudet mot vektlegging av utenforliggende hensyn er en viktig skranke for å hindre muligheten for myndighetsmisbruk.

Utsikt har ikke vært et tema og har dermed heller ikke vært gjenstand for kontradiksjon. Mistelteinen 48 ble bygget ut før eiendommene til Hegrenæs og Berg-Olsen. Oppføringen av byggene på disse eiendommene tok utsikten fra bygget på Mistelteinen 48, ikke motsatt. Se bilde 1 og 2 nedenfor. Dette ville vært klart for utvalget dersom det hadde gjennomført en fullgod befaring. Dette er sannsynligvis også grunnen til at de fleste eiendommene som ligger på den samme "kollen" som vår eiendom, har fått tillatelse til å bygge i høyden og på den måten gjenvinne utsikten som har gått tapt når eiendommene foran har blitt bebygget. Det antas at dette var en del av administrasjonens vurdering da de innstilte for godkjenning av tiltaket. Om utvalget hadde gått befaring ville de sett at naboeiendommen i Hvitveisstien er høyere enn Mistelteinen 48 vil bli etter omsøkte utbygging (se bilde 3), har de samme høydevirkningene særlig på vestsiden (se bilde 4) og har bygget ut andre etasje. I denne sammenheng vil en kort bemerke at det er påfallende at utvalget ikke har funnet grunn til å se på saken fra tiltakshavers side og drøfte hva et avslag på søknaden innebærer for tiltakshaver.



Bilde 1: Hegrenæs' eiendom sett fra kjøkkenet



Bilde 2: Hegrenæs' eiendom sett fra terrassen



d) Manglende begrunnelse

Det følger av fvl. § 25 at begrunnelsen i et vedtak skal nevne de faktiske forhold som vedtaket bygger på. Videre skal hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøvingen av forvaltningsmessig skjønn nevnes. I dette tilfellet er det gitt utfyllende informasjon i plan- og bygningsloven om hvilke elementer som kan trekkes inn i skjønnsutøvelsen, og en slik faglig begrunnelse for skjønnsutøvelsen skulle vært presentert i vedtaket.

Vedtaket i vår sak er, som det fremgår av gjengivelsen under punkt 1, svært knapp og oppfyller ikke lovens krav til begrunnelse. Virkningen av manglende begrunnelse forsterkes ytterligere ved at kravene til begrunnelse er strengere jo mer inngripende et vedtak er. Kommunen har i denne saken avslått søknaden, og dialogen i møtet etterlater inntrykk av at utvalget vil nedlegge et byggeforbud. Vedtakets alvorlige karakter understrekes av at det forbyr gjennomføring av et tiltak som er i samsvar med en gyldig reguleringsplan, lovens bestemmelser om tiltakets plassering i forhold til omgivelsene og administrasjonens innstilling. Dermed brytes forutberegneligheten som forutsettes å følge av en lojal tilpasning til planverket, lovens bestemmelser og administrasjonens veiledning. Et slikt vedtak stiller skjerpede krav til begrunnelsen. Krav til vedtakets begrunnelse er ikke oppfylt i dette vedtaket.

e) I strid med veiledningsplikten

Forvaltningens veiledningsplikt generelt, fremgår av fvl. § 11. Videre vises det til redegjørelsen under punkt 2 for Sivilombudsmannens forståelse av kravene til kommunens veiledning i byggesaker. Kommunen plikter å veilede om hva som kreves for at tiltaket skal kunne godkjennes. Kommunen har ikke oppfylt sin veiledningsplikt i denne saken.

f) Vilkaerlig saksbehandling/usaklig forskjellsbehandling

En følge av alle feilene som er begått i saksbehandlingen og manglende samsvar mellom administrasjonens vurderinger og UBAs fravær av vurderinger, er at saksbehandlingen fremstår som vilkaerlig. Den vilkaerlige behandlingen og manglende forståelse av kravene til det faglige innholdet i skjønnsutøvelsen er også tydelig om man bare ser på saken som ble behandlet umiddelbart før vår sak i samme møte i UBA. Forbudet mot vilkaerlig saksbehandling og usaklig forskjellsbehandling skal hindre myndighetsmisbruk, og som det fremgår av denne klagen har ikke kommunen i sin saksbehandling oppfylt disse grunnleggende kravene til saksbehandling.

Dersom kommunen hadde gjennomført en skikkelig befaring, ville de sett at naboieidommene på den samme "kollen" i Hvitveisstien og Granlyveien, har høye fasader og høye andreetasjer. Det er naturlig at også eiendommene på toppen av kollen skal ha anledning til å bygge i høyden ettersom eiendommene foran får anledning til det. For å gjenvinne utsikt må man få anledning til å ha en andre etasje. I vårt tilfelle er det allerede tillatt bygget slike eiendommer på det samme høydetraget, hvilket bidro til å forme våre forventninger til hva som var tillatt. Det er relativt tydelig på bilde 4 ovenfor at vår eiendom i dag ikke akkurat preger terrenget. Det vil den heller ikke gjøre etter en utbygging slik som det er søkt om.

Ser man videre på en rekke eiendommer i ca. én kilometers radius fra eiendommen, er det mange eksempler på dominerende bygg som må sies å være til større ulempe for naboene enn vårt bygg vil være. Det vises blant annet til Opalveien 1, Ringshaugveien 59, Rønningveien 2a og Fregattveien 19 a.

Vilkaerligheten i skjønnsutøvelsen svekker tilliten til utvalgets objektivitet og faglighet i saksbehandlingen, og åpner for større grad av, vilkaerlighet, syensing og usaklig forskjellsbehandling.

g) Saksbehandlingstiden

Selv om det ikke er avgjørende for vedtaket, er det kritikkverdig at det tok ca. 18 uker fra søknaden ble mottatt og til det forelå endelig vedtak i saken.

4. Virkningene av saksbehandlingsfeilene

Saksbehandlingsfeilene som er beskrevet ovenfor er grove. Feilene knytter seg til sentrale forhold ved vedtaket og har virket bestemmende på vedtakets innhold. Det følger av forvaltningsloven § 41 at feil som virker bestemmende på vedtakets innhold medfører at vedtaket er ugyldig. På denne bakgrunn krever en at vedtaket enten omgjøres og søknaden innvilges, eller at saken oversendes fylkesmannen for klagebehandling.

III Oppsummering

- Det er ikke anledning til å avvise byggesøknaden på grunnlag av pbl. § 29-2. Tiltaket oppfyller alle krav som kommunen allerede har godkjent til byggets tillatte høyde og volum i reguleringsplanen.
- Det er ikke anledning til å utøve ytterligere skjønn etter pbl. § 29-4.
- Det er begått en rekke saksbehandlingsfeil som medfører at vedtaket er ugyldig.
- Vedtaket kreves på dette grunnlag enten omgjort og søknaden innvilget eller oversendt fylkesmannen for klagebehandling.

Tønsberg 28. juni 2019


Jan Hagfors Greve


Ingvild Greve

Utskrift fra samtale i Tønsberg kommunes utvalg for bygg- og arealsaker (UBA) 7. juni 2019

Neste sak er 144-19 og det er Mistelteinen 48. Påbygg på eksisterende enebolig. Der har vi vært og befart i dag og det uheldige med den boligen er vel at den ligger på en kolle så det gjør at huset blir liggende høyt. Så det vil ta både utsikt og sol fra naboer, det er det ikke tvil om. (mmm.) Så mitt forslag er altså. Ja.. jeg ser søknad om oppføring er godkjenning av lovnad men jeg har litt vanskeligheter med det. Per Martin Åmot.

Et vi hadde vel en liten sånn diskusjoner i bussen. Og kanskje litt rundt dette er sånn.

Det er noe som heter kongen på haugen, og det er litt kongen på haugen det huset. I forhold til reguleringsplanen Det er sånn typisk hus med halvhvalm eller helhvalm er vel det og er vel dempa ned i forhold til omkringliggende hus. så det er klart at hvis du da skjærer av taket, og setter på en etasje og legger på et nytt tak. Så så så ser du det som Kåre har på tavla der sånn. Det blir en ganske dominerende sak. Og Det der med alternativet administrasjonen legger opp til at man skal sette opp man skal gjøre grep og sette inn at gesims eller møne. Eller gesims er det vel enkli man snakker om her innen for en høyde.... Jeg syns ikke det er lurt jeg. Jeg syns det er bedre at huset har sin nåværende form. Så

Forslag til vedtak: Påbygget anses på grunn av sin gesimshøyde å medføre så stor ulempe for nabo at kravet til tilpassing til §29-2 ikke anses for oppfylt.

Jeg oppfattet at det var litt sånn fellesforslag her sånn. Men jeg prøver meg. Så får de som ikke er enig rope ut. Det gikk litt fort her

Anne Mai Hoksnes

Egentlig så er jeg jo for, det har jeg sagt før i dag, at jeg er for at de skal få utnytte tomtene sine og bygge på og bygge ut. Men jeg er også for at man skal hensyn til de naboene som bor der. Når det gjelder sol og når det gjelder denne herre høyden, og det lå ganske høyt oppå den hauen det huset. Og hvis du løfter det så er det mange naboer som mista sola si blant annet. Så, ja, jeg, denne gangen støtter jeg jeg Arbeiderparties forslag.

Det er det felles forslag.

Da blir det felles forslag.

Ja det er felles forslag.

Felles forslag, ja.

Da er det det.

Da er det fort til votering

Da er det votering over rådmannens innstilling og felles forslag. Og jeg regner med at det er felles forslag som er flertall. Da er det felles forslaget som er vedtatt.

