

ADVOKATFIRMAET
REKVE PLEYM

Frogn kommune
Postboks 10
1440 Drøbak

Advokatfirmaet
Rekve, Pleym & Co DA
Org. nr. NO 888 414 312 MVA

Driftskonto nr. 5081 07 92407
Klientkonto nr. 5082 06 88217

Medlemmer av:
Den Norske Advokatforening
Advocatia

Besøksadresse:
Grønnegata 76
(Inngang Fr. Langesgate)

Postadresse:
Postboks 520, 9255 Tromsø

Tlf. 77 75 12 00
Faks 77 75 12 01/02

post@advrp.no
www.rekve-pleym.no

Partnere
Tor N. Rekve (H)*
Harald Pleym
Thor Hager Thorkildsen
Kristoffer Dons Brøndbo

Ansatte advokater
Jon Arild Strand
Bjørn A. Jakobsen
Hans Arne Nysæter
Håkon Eskildsen Pleym

I kontorfellesskap
Advokat Sølvi Wold
Org.nr. NO 983 523 323 MVA

Driftskonto nr. 8245 02 04893
Klientkonto nr. 8245 40 43312

* (H) = Høyesterettsadvokat
/ møterett for
Høyesterett

ADVOCATIA
Deltakende advokatfirmaer:

Oslo:
Kvale & Co Advokatfirma
Bergen/Førde:
Advokatfirmaet Harris
Trondheim:
Advokatfirmaet Bjerkan Stav
Stavanger/Bryne:
Advokatfirmaet Haver
Kristiansand:
Advokatfirmaet Kjær
Tromsø:
Advokatfirmaet Rekve, Pleym
Lillehammer:
Advokatfirmaet Thallaug
Molde:
Advokatfirmaet Øverbø, Standal
www.advocatia.no

Vår ref: 8879

Deres ref:

Dato: 16.10.2012

GNR 74 BNR 27 I FROGN KOMMUNE – SØKNAD OM
DISPENSASJON

Jeg representerer Elin og Helge Gjessing.

Innledning og historikk

Ved kommunens vedtak av 24.8.2009 fikk Gjessing innvilget tillatelse til oppføring av badehus på deres fritidseiendom gnr 74 bnr 27 på Rosekollen i Drøbak. Tillatelsen ble gitt etter gjennomført befaring.

Tillatelsen ble påklaget til Fylkesmannen, men i brev av 30.10.2009 stadfestet Fylkesmannen tillatelsen. I vedtaket ble det uttrykkelig presisert at klagesaken dermed var "endelig avgjort".

Igangsettingstillatelse ble gitt i november 2009 og badehuset ble deretter oppført i henhold til søknaden. Arbeidene ble fullført i juni/juli 2010, ferdigmelding ble sendt til kommunen i august og badehuset ble deretter tatt i bruk.

Klagerne brakte saken inn for Sivilombudsmannen som i brev av 7.3.2011 ba Fylkesmannen om å vurdere saken på nytt.

Ved vedtak av 27.4.2011, og således over 1,5 år etter at byggesaken egentlig var endelig avgjort, ble vedtaket om byggetillatelse omgjort av Fylkesmannen. Det ble da lagt til grunn at det godkjente tiltaket likevel ikke var omfattet av reguleringsplanens bestemmelse om badehus og at det dermed var i strid med reguleringsplanen.

Dette vedtaket ble den 7.3.2012 stadfestet av Miljødepartementet.

MOTTATT
15 NOV 2012
FROGN KOMMUNE



Ved brev av 19.9.2012 ble det gitt forhåndsvarsel om pålegg om retting mv. Det ble samtidig opplyst at det var anledning til å søke de utførte arbeidene godkjent ved en søknad om dispensasjon fra reguleringsplanen. Også Sivilombudsmannen og Fylkesmannen har vært inne på en slik mulighet, jf. henholdsvis brev av 7.3.2011 og 27.4.2011.

På denne bakgrunn inngis med dette slik søknad om dispensasjon fra reguleringsplanen for Rosekollen.

Søknad om dispensasjon

Lovgrunnlag for dispensasjonssøknad

Dispensasjonssøknaden innsendes etter 1.7.2010 og som utgangspunkt er det da plan- og bygningsloven (pbl.) av 2008 som får anvendelse.

Det følger av overgangsbestemmelsene i lovens § 34-4 fjerde ledd at hele tiltaket skal behandles etter den gamle loven når søknad om byggetillatelse er sendt kommunen før lovens ikrafttredelse. I dette tilfellet var den opprinnelige søknaden sendt inn i 2009 og det er ingen endringer i søknaden som nå innsendes utover at det samtidig søkes om dispensasjon.

Rimelighetshensyn kan derfor tilsi at dette må regnes som samme sak og at også dispensasjonssøknaden skal behandles etter den gamle loven. Vanligvis vil dette ikke være tilstrekkelig, men i dette tilfellet er det forvaltningens saksbehandling og de ugyldige vedtak som har medført at dispensasjonssøknad ikke ble innsendt før 1.7.2010. I slike tilfeller er det gode grunner for å behandle dispensasjonssøknaden etter plan- og bygningsloven av 1985. Det vises i denne forbindelse også til Somb 2007-83.

Da vilkårene for dispensasjon i dette tilfellet må anses oppfylt også etter reglene i plan- og bygningsloven av 2008, knyttes likevel dispensasjonssøknaden primært opp mot bestemmelsene i denne loven.

For det tilfelle at kommunen mot formodning skulle komme til at vilkårene for dispensasjon etter plan- og bygningsloven av 2008 ikke er oppfylt, bes det imidlertid om at søknaden også vurderes opp mot kravene etter plan- og bygningsloven av 1985.

Vilkårene for dispensasjon

Vilkårene for å gi dispensasjon etter plan- og bygningsloven av 2008 fremgår av § 19-2. Bestemmelsens annet ledd lyder som følger:

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.

MOTTATT
15 NOV 2012

FROGN KOMMUNE

Reguleringsplanen det søkes dispensasjon fra er reguleringsplan av 13.12.1999 for Rosekollen.

Eiendommen er i planen regulert til "bevaringsområde – fritidsbebyggelse".

Ved vurderingen av om hensynene bak reguleringsplanen blir vesentlig tilsidesatt ved dispensasjon, må det tas utgangspunkt i planbestemmelsene.

Ifølge planbestemmelsene er hensikten med reguleringsformålet å bevare, videreutvikle og dels gjenopprette kulturhistorisk, arkitektoniske og miljømessige verdier i sammenheng med omkringliggende miljø, jf. punkt 3.1. Av punkt 3.9 følger at det på strandparseller kan gis tillatelse til oppføring av badehus tilpasset terreng og omgivelser.

Etter mitt skjønn burde herværende tiltak vært ansett som et badehus i samsvar med planens punkt 3.9. Da dette er en søknad om dispensasjon fra planen skal det imidlertid ikke argumenteres for at tiltaket må regnes som et badehus og således er lovlig etter planen. For ordens skyld nevnes likevel helt kort at det ikke er korrekt at dette tiltaket er "betydelig større enn de badehusene som tidligere har blitt godkjent innenfor planområdet". Når Sivilombudsmannen, og dermed også Fylkesmannen, legger dette til grunn bygger de på en uriktig forutsetning. Det vises til søkers brev til Fylkesmannen av 13.4.2011 der dette dokumenteres og min redegjørelse om dette nedenfor.

Det må være på det rene at selv om tiltaket ikke skal regnes som et badehus må det regnes som et lignende/tilsvarende tiltak der vilkårene for å gi dispensasjon vil være oppfylt. Også dette innebærer at det ikke er nødvendig å argumentere ytterligere for at tiltaket skal regnes som et badehus etter planbestemmelsen.

Oppføring av badehus er lovlig etter planen og vil naturligvis ikke være i strid med hensynene bak denne. Men heller ikke tiltak som har store likhetstrekk med tiltakene som eksplisitt skal aksepteres etter planen, vil i vesentlig grad tilsidesette disse hensyn. Dette vilkår for dispensasjon vil således være oppfylt også for slike tiltak.

I sin uttalelse til Sivilombudsmannen uttalte Fylkesmannen at det ikke er noe i veien for at et badehus også innbefatter en veranda og at en underetasje benyttes til båthus. Videre ble det lagt til grunn at dette tiltaket ikke innfører noen nye elementer i forhold til øvrige badehus i planområdet og at det vil inneha de samme funksjoner som det nærmeste badehuset. Uavhengig av om dette rent formelt skal regnes som et badehus eller ikke tilsier dette at det bør gis en dispensasjon som det her søkes om.

I tillegg til tiltaket i seg selv vises det til at både kommunen og Fylkesmannen ved flere anledninger har lagt til grunn at dette må regnes som et badehus i reguleringsplanens forstand. Kommunen la dette til grunn både ved behandlingen av den opprinnelige søknaden, ved klagebehandlingen og senest da Fylkesmannens varslet mulig omgjøring.

Det har ikke fremkommet nye opplysninger eller momenter i etterkant av disse vedtak/uttalelser fra kommunen. Når kommunen ved alle disse anledningene har lagt til grunn

MOTTATT
15 NOV 2012

FROGN KOMMUNE

at tiltaket er et badehus i reguleringsplanens forstand, kan man naturligvis ikke ved dispensasjonsvurderingen snu fullstendig om og legge til grunn at tiltaket vil innebære at hensynene bak planen blir *vesentlig* tilsidesatt.

I denne sammenheng er det også illustrerende at kommunen i sitt brev til Gjessing av 19.9.2012 uttaler at deres forståelse av at tiltaket skulle regnes som et badehus var *forsvarlig*. Dersom det var forsvarlig å hevde at dette skal regnes som et badehus kan det ikke ved dispensasjonsvurderingen legges til grunn at det samme tiltaket vil innebære at hensynene bak planen blir *vesentlig* tilsidesatt.

For øvrig vises det til at det er tatt hensyn til reguleringsplanens bestemmelser om tilpassing i terreng da det i prosjekteringen av tiltaket ble tatt høyde for at sprengningsarbeid må unngås. Dette ble også vektlagt i saksfremlegget fra administrasjonen.

De ovennevnte forhold bør være tilstrekkelig til å vise at vilkårene for dispensasjon er oppfylt. For ordens skyld vil jeg likevel vise til noen øvrige forhold som taler for at det bør innvilges dispensasjon i dette tilfellet.

Ved vurderingen av om det bør gis dispensasjon eller ikke vil det være relevant om det foreligger sammenlignbare tiltak i nærområdet/planområdet.

Som Fylkesmannen har lagt til grunn synes alle badehusene i dette planområdet å ha en veranda eller plattning. Videre er det lagt til grunn at det omsøkte tiltaket ikke innfører noen nye elementer i forhold til de øvrige badehusene og at det vil inneha de samme funksjoner som det nærmeste badehuset.

Ved behandlingen av byggesøknaden la kommunen til grunn at det "omsøkte tiltak fremstår som et gjennomarbeidet prosjekt". Videre at tiltaket "samsvarer i stor grad med nærliggende badehus hva gjelder utforming og størrelse, og er etter kommunens oppfatning ikke å anse som dominant sett i forhold til omgivelsene". Dette ble gjentatt i kommunens uttalelse til Fylkesmannen ved brev av 12.4.2011.

Både uttalelsene fra Fylkesmannen og kommunen tilsier at dette tiltak er sammenlignbart med de øvrige godkjente badehus i nærområdet og at det derfor bør innvilges dispensasjon.

Badehusene på gnr 74 bnr 38 og bnr 74 bnr 33 kan tjene som konkrete eksempler. I sitt brev til Fylkesmannen av 13.4.2011 opplyste Elin og Helge Gjessing følgende om disse badehusene:

- “Aaby, Rosekolleveien 19, gbrnr 74/38
- Badehus ytre vegg mål: 16 m²
 - o Innlagt strøm, 2-fløyet port i gavl for båtlagring
 - o Takutspring mot sjøen: 1.25m
- Trykkimpregnert oppholdsplatt: 43 m²
- Tilstøtende horisontal naturflate med grill/utepeis: 13 m²
- Dette objektet er spesielt int med tanke på arealstørrelser”

MOTTATT
15 NOV 2012
FROGN KOMMUNE

“Livbjerg, Rosekollveien 17, 74/33

- Badehus delvis innsprengt i fjell, ytre veggmaal : 11 m²
 - o Oppdelt i oppholdsrom og garderobe/omkleddingsrom med forheng
 - o Oppholdsrom innvendig panelt, polstrede sittebenker og bilder på veggene
- Øvre betongplattning: 16m²
- Nedre betongplattning/brygge: 40m², noe i fellesbruk med nabo Steenstrup, Rosekollv 13”

Bilder av disse badehusene fremlegges som

Bilag 1 Bilder av badehus på gnr 74 bnr 38
 Bilag 2 Bilder av badehus på gnr 74 bnr 33

Om sitt eget tiltak ble uttalt:

Tiltaket som nå er ferdig beiset fremstår nå som en gjennomtenkt og praktisk løsning:

- Innendørs oppholdsareal 10 m²
 - o Tidligere utkast til reguleringsplan satte en grense på 12,5m² for badehus, denne absolutte grensen ble i endelig reguleringsplan fjernet slik at FK kunne stå friere i sin vurdering av hver enkelt byggesak
- Veranda 16m², bygget med reisverk boltet til fjell
- Innendørs ikke panelt eller isolert, reisverk + avstiverbånd metall er åpent/synlig
- Ikke vann eller strøm
- Fortsatt plass til senkekjøljolle og tursculler på bratt svaberg under veranda
- Dimensjoner tilpasset bratt terreng
- Stil, uttrykk, estetikk og størrelse: tilpasset nærmeste bygninger inkl nest nærmeste klagers store gule hytte(74/23) i funkisstil, se foto.

En sammenligning med disse to tiltakene tilsier klart at dispensasjon innvilges for herværende tiltak.

I dette tilfellet må det også legges til grunn at fordelene ved å gi dispensasjon vil være klart større enn ulemperne.

Dette tiltaket kan ikke sies å innebære store ulemper for naboer eller allmennheten.

Med tanke på tettheten med bebyggelse i området, må det legges til grunn at allmennheten ikke vil bli berørt av tiltaket.

De anførte ulemper fra naboene ble vurdert av kommunen ved behandlingen av byggesøknaden. Det ble der lagt til grunn at de anførte forholdene ikke var av en slik karakter at de tilsa at byggesøknaden ikke ble innvilget. Dette etter gjennomført befarings.

MOTTATT
 15 NOV 2012
 FROGN KOMMUNE

Angående redusert utsikt ble det i saksframlegget uttalt at tiltaket vil medføre noe redusert utsikt fra badeparsell mot nord (gnr 74 bnr 51), "men ikke mer enn hva som må påregnes for et slikt tiltak." Det ble videre uttalt at tiltaket ikke kan anses som dominant i forhold til omgivelsene.

Ved klagesaken uttalte Fylkesmannen at de ikke kunne se at "ulempene for naboene ved omsøkte plassering og utforming er større enn det som er påregnelig når tomten her utnyttes i tråd med reguleringsplanen".

Av dette følger at både kommunen og Fylkesmannen har lagt til grunn at tiltaket ikke vil medføre nevneverdige ulemper.

Kommunen var tvert imot svært positiv til tiltaket. I saksframlegget til planutvalget ble det uttalt at tiltaket fremstår som et gjennomarbeidet prosjekt. Videre synes kommunen å mene at tiltaket fremstår som en god mal for fremtidige bebyggelse på andre strandparseller i området, jf. rådmannens uttalelse om dette på side 4 i saksframlegget.

For søker vil tiltaket innebære at de får et pent og praktisk badehus. Strandparsellen består av bratt hellende svaberg og tiltaket vil gi trapp for adkomst til sjøkanten (uten at de må klatre på hender og knær) og et horisontalt utendørs oppholdsareal. Det vil videre medføre at båtlagringen kan fortsette på svaberget, men nå under veranda. I tillegg til beskyttelse for båt/utstyr vil dette medføre at strandparsellen fremstår som mer ryddig og pen. Dette vil være i alles interesse.

I denne saken vil det videre være svært urimelig dersom dispensasjon ikke innvilges.

Søkers handlemåte har vært upåklagelig. Gjessing har fulgt kommunens anvisninger til punkt og prikke. Etter anvisning fra kommunen i forhåndskonferanse ble det engasjert en lokal arkitekt og tatt utgangspunkt i nærmeste badehus i sør (74/32) angående stil, uttrykk og funksjon. Kommunen bør da naturligvis ikke nekte dispensasjon under henvisning til tiltakets stil, uttrykk eller funksjon.

Videre avventet søker oppføringen til de ble varslet om at klagesaken var endelig avgjort. Til da hadde verken kommunen eller Fylkesmannen uttrykt seg negativt om tiltaket og søker hadde da naturligvis en klar berettiget forventning om at klagesaken faktisk var endelig avgjort og at byggingen kunne iverksettes uten risiko.

Det har nå gått tre år siden klagesaken var "endelig avgjort" og over to år siden badehuset lovlig ble tatt i bruk. Dersom dispensasjonssøknaden ikke blir innvilget, og tiltaket følgelig blir ansett som ulovlig, vil dette være svært urimelig overfor Elin og Helge Gjessing. I verste fall kan dette innebære at bygget må rives og at Gjessing påføres et betydelig økonomisk tap. Gjessing har ingen skyld i de ugyldige vedtak og omgjøringen. Dette skyldes at Fylkesmannen endret oppfatning av hva som skulle regnes som et badehus etter planen. På bakgrunn av ansvarsforholdene og tidsaspektet i saken, vil det være svært inngripende overfor søker dersom dispensasjon ikke innvilges.

MOTTATT

15 NOV 2012

FROGN KOMMUNE

I tillegg til det økonomiske tapet kommer det tap Gjessing vil lide ved å miste et pent og praktisk badehus som de har innrettet seg etter.

Det skal videre påpekes at denne sak har vært en betydelig belastning for Elin og Helge Gjessing. Belastningen vil øke ytterligere dersom det ikke nå innvilges dispensasjon. En slik ytterligere merbelastning vil være svært urimelig overfor søker som ikke har gjort noe galt i saken. Det er kommunen og Fylkesmannen som har truffet vedtakene som senere har blitt ansett ugyldige og omgjort.

Konklusjon

Av redegjørelsen ovenfor følger at begge vilkårene for dispensasjon etter pbl. § 19-2 er oppfylt. Det er videre klart rimelig at slik dispensasjon innvilges.

Kommunen bes treffe vedtak i henhold til dette.

Kort om dispensasjon etter plan- og bygningsloven av 1985 § 7

For det tilfelle at kommunen mot formodning skulle komme til at vilkårene for dispensasjon ikke er oppfylt, bes søknaden også vurdert etter plan- og bygningsloven av 1985 § 7.

Det foreligger særlige grunner som klart tilsier at det bør innvilges dispensasjon for herværende tiltak. Det vises til alle momentene som det er redegjort for ovenfor til dispensasjonsvurderingen etter pbl. 2008 § 19-2.

Med vennlig hilsen

Kristoffer Dons Brøndbo
DonsBrondbo@advrp.no

Vedlegg

MOTTATT
15 NOV 2012
FRCC