

Botkyrka kommun
Samhällsbyggnadsförvaltningen
Bygglovsenheten
Endast per e-post till:
bygglov@botkyrka.se
katarina.balog@botkyrka.se
anneli.fager@botkyrka.se

Stockholm den 14 oktober

Dnr SBN 2020-000056

Yttrande över tjänsteskrivelse den 28 september 2020

I egenskap av ombud för Kenneth Svalborg får undertecknad härmed inkomma med yttrande över tjänsteskrivelsen den 28 september 2020 (Dnr SBN 2020-000056).

1. Inställning, yrkande och grunder

Kenneth Svalborgs inställning till Bygglovsenhetens förslag till beslut, tjänsteskrivelsens punkt 1–9 redovisas i det följande.

1. Kenneth Svalborg bestrider att byggsanktionsavgift ska tas ut avseende en tillbyggnad om 26,6 m² på fastigheten Tullinge 17:129. Kenneth Svalborg har påbörjat rivning och rättelse kommer att ske före den 20 oktober 2020.
2. Kenneth Svalborg har ingen erinran mot förslaget avseende parkeringsplatser.
3. Kenneth Svalborg bestrider att byggsanktionsavgift ska tas ut avseende en tillbyggnad i form av skärmtak. Kenneth Svalborg har påbörjat rivning och rättelse kommer att ske före den 20 oktober 2020.

4. Kenneth Svalborg bestrider att byggsanktionsavgift ska tas ut avseende uppförande av väderskydd. Kenneth Svalborg har påbörjat rivning och rättelse kommer att ske före den 20 oktober 2020.
5. Kenneth Svalborg bestrider att byggsanktionsavgift ska tas ut avseende uppförande av container. Kenneth Svalborg har redan borttransporterat containern.
6. Kenneth Svalborg bestrider förbudet att vid vite om 100 000 kr fortsätta restaurangverksamhet på fastigheten Tullinge 17:129. Förutsättningar att meddela förbudet föreligger inte och ett sådant förbud är under alla omständigheter inte proportionerligt med hänsyn till det enskilda intresset att få fortsätta verksamheten.
7. Kenneth Svalborg bestrider det föreslagna beslutet. Beslutet så otydligt utformat att det inte går att förstå vad Kenneth Svalborg har att göra för att undvika vitesbeloppet.
8. Kenneth Svalborg bestrider det föreslagna beslutet om att avgiften ska betalas inom två månader från delgivning av beslutet mot bakgrund av att någon avgift inte ska tas ut.
9. Kenneth Svalborg har ingen erinran mot det föreslagna beslutet avseende plank, växthus m.m.

Om samhällsbyggnadsnämnden anser att det finns förutsättningar för att ta ut en byggsanktionsavgift yrkar Kenneth Svalborg att byggsanktionsavgiften ska sättas ned till 7 284 kr avseende punkt 1, 17 738 kr avseende punkten 2, 3 134 kr avseende punkten 4 samt 1 774 kr avseende punkten 5. Till stöd för det åberopar Kenneth Svalborg att maximal jämkning enligt 11 kap. 53 a § plan- och bygglagen (2010:900) (PBL) ska ske.

Om samhällsbyggnadsnämnden anser att det finns förutsättningar för att besluta om vite enligt punkten 6 yrkar Kenneth Svalborg att vitesbeloppet ska sättas ned till 50 000 kr. Skälet till detta är att det föreslagna beloppet är oproportionerligt stort i förhållande till den effekt som vitet eftersträvar att uppnå.

2. Utvecklande av talan

2.1 Bakgrund

Fastigheten Tullinge 17:129 förvärvades 2005 av Kenneth Svalborg och bebyggdes inledningsvis i syfte att bedriva näringsverksamhet i form av en handelsträdgård. Verksamheten har under årens lopp utökats först med ett café och därefter med ett gatukök. Fastigheten har varit föremål för ett flertal lovärenden och tillsynsärenden. Samtliga turer i dessa ärenden redogörs inte i denna bakgrundsbeskrivning.

År 2008 ansökte Kenneth Svalborg om bygglov för nybyggnad av en byggnad för försäljning av blommor samt för caféverksamhet sommartid. Bygglov beviljades den 5 maj 2009 (Dnr 08-858). Beslutet innehöll en upplysning om att caféverksamheten behövde tillstånd från kommunens miljöenhet. Kenneth Svalborg ansökte sedermera och beviljades ett sådant tillstånd för caféverksamhet.

Tjänsteskrivelsen utelämnar det faktum att bygglovet som beviljades avsåg även caféverksamhet, inte endast blombutik och tjänsteskrivelsen är således felaktig i detta avseende. Utgångspunkten för samhällsbyggnadsnämndens prövning måste vara att bygglov avseende caféverksamhet föreligger.

Byggnadsnämnden beslutade att vid vite förbjuda restaurangverksamheten den 20 februari 2017 (Dnr LOV 2010-000781). Beslutet överklagades till länsstyrelsen som upphävde förbudet den 31 mars 2017 med motiveringen att det enskilda intresset av att fortsätta verksamheten vägde tyngre än det allmännas intresse av att motverka olovliga byggnadsåtgärder.

Kenneth Svalborg ansökte under 2017 om ändring av detaljplanen för fastigheten vilket resulterade i nu gällande detaljplan som anger att fastigheten får användas för Centrumändamål vilket omfattar café och restaurangverksamhet (detaljplan 45-45 som vann laga kraft den 18 april 2019).

Kenneth Svalborg ansökte sedermera, efter uppmaning från kommunen, om bygglov för tillbyggnad samt för ändrad användning av byggnaden från caféverksamhet till take away för snabbmat. Bygglovsnämnden beslutade att neka bygglovsansökan den 23 januari 2019. Beslutet överklagades till länsstyrelsen som den 24 juni 2020 upphävde nämndens beslut om att avslå ansökan om bygglov för tillbyggnader och avslag överklagandet avseende ändrad användning från café- till restaurangverksamhet. Skälet till detta var att länsstyrelsen gjorde bedömningen att det inte var möjligt att ge bygglov för ändrad användning av en byggnad som saknar bygglov/delvis saknar bygglov, om inte bygglov samtidigt ges för hela byggnaden.

Kommunen beslutade den 21 april 2020 att förelägga Kenneth Svalborg att ansöka om bygglov som omfattar restaurangverksamhet. Den 22 juli 2020 ansökte därför Kenneth Svalborg på nytt om bygglov för ändrad verksamhet till gatukök med take away.

På senare år, efter nybyggnation av en ny butik för blomförsäljning, har byggnaden som nu är föremål för prövning endast använts för café och gatukök.

I dagsläget drivs ett gatukök som serverar mat med asiatisk inriktning i byggnaden som är föremål för prövning. Verksamheten drivs av Palatina Handelsträdgård AB. För närvarande är tre personer anställda och jobbar i gatuköket.

2.2 Förutsättningar saknas för att ta ut byggsanktionsavgift

Kenneth Svalborg har påbörjat rivning av tillbyggnaden om 26,6 m², skärmtaket om 40 m² samt av väderskyddet om 18 m². Rivningarna kommer att vara avslutade före nämndmötet den 20 oktober 2020. Kenneth Svalborg avser återkomma med fotografier som visar att rättelse har skett före den 20 oktober 2020.

Kenneth Svalborg har redan borttransporterat containern, se **bilaga 1**.

Eftersom Kenneth Svalborg har vidtagit, respektive kommer att vidta, rättelse före nämndmötet den 20 oktober 2020 finns det inte någon grund för byggnadsnämnden att ta ut någon byggsanktionsavgift enligt tjänsteskrivelsens förslag till beslut, punkterna 1, 3, 4 och 5.

Om samhällsbyggnadsnämnden anser att det ändå finns förutsättningar för att ta ut en byggsanktionsavgift ska beloppet sättas ned. Mot ovan bakgrund är det uppenbart oskäligt att förelägga Kenneth Svalborg en full byggsanktionsavgift. Nedsättning ska ske av byggsanktionsavgiften till en fjärdedel enligt 11 kap. 53 a § PBL.

2.3 Tjänsteskrivelsens punkt 6 förbud att fortsätta verksamheten

2.3.1 Förutsättningar att meddela förbud föreligger inte

Bygglovsenheten föreslår att förbjuda Kenneth Svalborg att fortsätta den pågående restaurangverksamheten på fastigheten vid vite om 100 000 kr. Utifrån tjänsteskrivelsen går det inte att utläsa på vilken grund kommunen avser att förbjuda restaurangverksamheten vilket gör beslutsförslaget svår att bemöta. Byggnadsnämnden får besluta om förbud mot användning av byggnadsverk i två situationer, vid säkerhetsbrister samt om det inte finns förutsättningar för att ge slutbesked (11 kap. 33 § PBL).

Det föreligger inte några säkerhetsbrister som kan äventyra säkerheten för de som uppehåller sig i eller i närheten av byggnaden. Tjänsteskrivelsen innehåller inte heller några påståenden om sådana brister. Byggnadsnämnden kan därför inte förbjuda verksamheten på den grunden.

Bestämmelsen om förbud på grund av att det inte finns förutsättningar att ge slutbesked tar sikte på att byggnaden är belastad med betydelsefulla brister, t.ex. beträffande utrymningsvägars framkomlighet eller tillgänglighet och användbarhet för funktionshindrade. Det föreligger inte några sådana betydelsefulla brister. Kenneth Svalborg har låtit utföra en tillgänglighetsutredning som visar att kraven på tillgänglighet är uppfyllda, **bilaga 2**. Det kan noteras att den ursprungliga byggnaden även uppfyllde tillgänglighetskraven som ställdes då bygglov ansöktes och beviljades 2008/2009.

Sammanfattningsvis föreligger det inte förutsättningar för att meddela förbud med stöd av 11 kap. 33 § PBL.

2.3.2 Det är oproportionerligt att förbjuda verksamheten

Av 2 kap. 1 § PBL framgår att vid prövningen av frågor enligt PBL ska hänsyn tas till både allmänna och enskilda intressen.

Om byggnadsnämnden, trots vad som framförts ovan i punkt 2.3.1, skulle anse att det finns förutsättningar att förbjuda verksamheten, ska nämnden ändå inte göra detta eftersom det inte är proportionerligt med hänsyn till att det enskilda intresset av att få fortsätta verksamheten väger tyngre än det allmännas intresse av att motverka användning av lovstridiga byggnader.

Enligt bygglovsenhetens tjänsteskrivelse den 28 september 2020 (Dnr SBN 2020-000601) föreslår bygglovsenheten att bevilja bygglov i efterhand för ändrad användning av verksamheten till gatukök med take away. Därtill kommer att verksamheten i byggnaden är detaljplanenlig och att bygglovsenheten förelagt Kenneth Svalborg att ansöka om bygglov vilket görs när bygglov kan påräknas. Allt talar därmed för att bygglov för verksamheten kommer att beviljas samt att start- och slutbesked kommer att meddelas inom en inte alltför avlägsen framtid.

För det fall byggnadsnämnden beslutar att förbjuda verksamheten kommer Kenneth Svalborg, genom bolaget som driver verksamheten, emellertid bli tvungen att stänga gatuköket och avveckla verksamheten. Det är nämligen inte möjligt att hålla temporärt stängt fram till dess att bygglovsprocessen är avslutad och start- och slutbesked har erhållits eftersom de löpande utgifterna inte kommer kunna betalas. I dagsläget går verksamheten knappt runt och det finns inte någon buffert för de löpande utgifterna. Detta medför bl.a. att de tre anställda kommer behöva sägas upp vilket Kenneth Svalborg givetvis till varje pris vill undvika. Inte bara Kenneth Svalborg utan även de anställda har därmed ett mycket starkt intresse av att verksamheten på fastigheten ska få fortgå.

Vid en avvägning mellan det allmänna intresset av att motverka olovliga byggnadsåtgärder och den enskildes intresse av att kunna fortsätta sin verksamhet och undvika kapitalförstöring som i efterhand visar sig vara onödig, måste det enskilda intresset i detta fall anses ha företräde. Denna slutsats har även länsstyrelsen kommit fram till i beslut den 31 mars 2017 (Dnr 4034-12885-2017) efter att byggnadsnämnden beslutat att förbjuda den då pågående verksamheten (sambäddningsbyggnadsnämndens beslut den 20 februari 2017, Dnr 2010-000781).

2.3.3 Byggnaden är detaljplanenlig

Den lagakraftvunna detaljplanen för fastigheten anger centrumändamål. Med detta avses enligt Boverkets allmänna råd all sådan verksamhet som bör ligga centralt eller på annat sätt vara lätt att nå för många människor. I ändamålet centrum ingår således bl.a. butiker, service, kontor, bio och restauranger. Verksamheten i byggnaden bedrivs således i enlighet med detaljplanen. Bygglov ska då ges enligt 9 kap. 30 § PBL. Som framgår ovan har Kenneth Svalborg för avsikt att riva tillbyggnaderna som saknar lov. Att under dessa förutsättningar förbjuda den pågående verksamheten framstår som oproportionerligt särskilt med tanke på de stora negativa konsekvenserna som detta skulle leda till för den enskilde.

Som ett bemötande av vad bygglovsenheten har kommunicerat till Kenneth Svalborg angående hur verksamheten ska klassificeras får följande framhållas.

Av 9 kap. 2 § första stycket 3 a plan- och bygglagen (2010:900) framgår att bygglov krävs för annan ändring av en byggnad än tillbyggnad, om ändringen innebär att byggnaden helt eller delvis tas i anspråk eller inreds för ett väsentligen annat ändamål än det som byggnaden senast har använts för eller enligt senast beviljade bygglov har anpassats till utan att den avsedda användningen kommit till stånd. Det är alltså i första hand byggnadens senaste faktiska användning som är avgörande för lovplikten och det är först när byggnaden stått oanvänd man får falla tillbaka på vad som finns angivet i det senast lämnade lovet (prop. 2009/10:170 s. 467 och prop. 1985/86:1 s. 677).

Vad som ska anses vara väsentligt annat ändamål får avgöras med ledning av praxis. Lov för ändrat användningssätt har krävts t.ex. för förändring av garage till lager, förändring av lager och garage till plåtslageri respektive bilverkstad samt inrättande av kaféverksamhet i en villabyggnad. Bygglov har inte krävts för ändrad användning av en byggnad från vandrarhem till asylboende (se MÖD P 1565-15 och P 5105-15).

Det krävs alltså endast bygglov vid ändrad verksamhet om byggnaden tas i anspråk eller inreds för ett *väsentligen* annat ändamål. En ändring från kaféverksamhet till gatukök utgör inte ett sådant väsentligen annat ändamål. Det är givetvis skillnad mellan ett gatukök och en

restaurang, vilket bygglovsenheten anser att byggnaden används till. I en restaurang beställer och serveras gästerna vid borden samt äter företrädesvis i lokalen, take away utgör typiskt sett en begränsad del av verksamheten. I ett gatukök däremot beställer gästerna vid disken, precis som i ett café, avhämtning utgör den största delen av verksamheten. Det får här påpekas att det inte kommer förekomma någon bordsservering i byggnaden som är föremål för prövning.

Sammanfattningsvis kan ändringen av verksamheten från café till gatukök inte anses innebära en sådan väsentlig förändring som medför att bygglov krävs.

Kenneth Svalborg har emellertid ansökt om bygglov för ändrad verksamhet till gatukök med take away eftersom han blivit uppmanad därtill av bygglovsenheten. Detta förändrar dock inte faktumet att ändringen av verksamheten inte innebär en sådan väsentlig förändring som medför att bygglov krävs. Eftersom bygglov inte krävs för den ändrade verksamheten från café till gatukök krävs inte heller något start- och slutbesked. Verksamheten kan alltså inte förbjudas med hänsyn till att något start- och slutbesked inte finns.

2.4 Beslutsförslagets punkt 7 är alltför otydlig och ska utgå

Ett vitesföreläggande måste utformas så, att adressaten får helt klart för sig vad som fordras av honom för att han skall undgå att erlægga det fastställda vitesbeloppet. För att ett försuttet vite skall kunna utdömas är det också nödvändigt, att det utsatta vitet knutits till en klart definierad prestation eller underlåtenhet (se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 1994 ref. 29).

Tjänsteskrivelsens punkt 7 är så otydligt utformat att det inte går att förstå vad Kenneth Svalborg har att göra för att undvika vitesbeloppet. Rent språkligt är beslutet felaktigt då beslutets första mening är ofullständig vilket gör innebörden obegriplig. Det sägs att Kenneth Svalborg förpliktas ”vid vite om 100 000 kr för varje gång som förbudet överträddes”. Vilket förbud är det som avses? Vad avses med ”varje gång”?

Om syftet är att vitesföreläggandet i punkt 7 tar sikte på överträdelse av förbudet mot att fortsätta restaurangverksamheten i punkten 6 kan det konstateras att förbudet i punkten 6 redan är förenat med vite enligt samma punkt. Det finns därmed inte någon mening med att besluta om ytterligare vite för överträdelse av detta förbud.

Därutöver är det givetvis inte möjligt att besluta om vite för ”varje gång” ett förbud mot en pågående verksamhet överträds eftersom detta skulle betyda att ett oändligt stort vitesbelopp skulle kunna utdömas i samma ögonblick som förbudet överträds.

Sammanfattningsvis är tjänsteskrivelsens punkt 7 alltför otydligt utformad för att kunna utgöra ett vitesbeslut och även vid en välvillig tolkning av beslutsförslaget är det tydligt att innebörden av ett sådant beslut medför en orimlig följd.

2.5 Vitesbeloppet är för stort

När vite föreläggs, skall det fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå honom att följa det föreläggande som är förenat med vitet (3 § lag om viten (1985:206)). Ett vitesbelopp ska fastställas så att det kan antas förmå personen att följa det föreläggande eller förbud som är förenat med vitet.

Ett vitesbelopp om 100 000 kr är oproportionerligt stort i förhållande till vad vitet avser att uppnå. Det finns ingen anledning att anta ett lägre vitesbelopp inte skulle förmå Kenneth Svalborg att följa förbudet. Om byggnadsnämnden anser att ett förbud ska meddelas och att ett sådant ska förenas med vite, får 50 000 kr anses skäligt.

Övrigt

Fullmakt för ombudets rätt att företräda Kenneth Svalborg inges.

Bilagor

1. Fotografi som visar att containern är borttransporterad
2. Tillgänglighetsutlåtande

Som ovan


Nils Karlsson Green



ÅTBART

Tillgänglighetsutlåtande

Tullinge 17:129

1:1 Uppdraget

Att granska tillgängligheten i arbetslokaler samt publika delar i blivande gatukök i Tullinge 17:129 i samband med bygglov.

Jag har under granskat handlingar som planer, sektioner och fasader, stämplade 200818, med avseende på utformningskrav för tillgänglighet och användbarhet för personer med nedsatt rörelse- eller orienteringsförmåga.

Detta är mitt granskningsutlåtande, enligt Plan- och bygglagen 10 kap. 8 §, som upprättats av mig i egenskap av certifierad sakkunnig kontrollant av tillgänglighet enligt Boverkets föreskrifter om certifiering av sakkunniga (BFS 2011:18 / TIL 2).

2:1 Gällande lagar och byggregler

För projektet tillämpas Plan- och bygglagen (PBL 2010:900), Plan- och byggförordningen (PBF 2011:338) och Boverkets byggregler (BBR 25 / BFS 2017:5). I följande text anger rubrikerna berörda kapitel i BBR.

3:112 Dimensionerande mått för rullstol

Då publika lokaler ska vara tillgängliga och användbara ska måtten för eldriven rullstol för begränsad utomhusanvändning (mindre utomhusrullstol) vara dimensionerande och utrymme för manövrering med rullstol ska finnas. Måtten för manuell eller liten eldriven rullstol för inomhusanvändning (inomhusrullstol) får dock vara dimensionerande i kontorslokaler (enligt AFS 2009:2 46 §).

3:122 Gångvägar, angörings- och parkeringsplatser

Byggnadens gångvägar, angörings- och parkeringsplatser uppfyller BBR´s krav för tillgänglighet. Det finns tillgängliga och användbara gångvägar mellan byggnadens tillgängliga entréer och till angöringsplatser för bilar, friytor, samt till allmänna gångvägar i anslutning till fastigheten.

Angöringsplats för bilar finns inom 25 meters gångavstånd från byggnadens entré. Antalet tillgängliga parkeringsplatser anses godkänt.

Att tänka på inför fortsatt projektering är lutningar, belysning, ev räcken och handledare. Vid trappor bör även kontrastmarkering av steg och handledare beaktas.

3:132 Huvudentré

Byggnadens huvudentré uppfyller BBR´s krav för tillgänglighet.

Att tänka på inför fortsatt projektering är att entréer har dörrautomatik, ledstråk, klämskyddssensorer samt kontrastmarkering och skyltning.

3:142 Entré- och kommunikationsutrymmen

Byggnadens entré- och kommunikationsutrymmen uppfyller BBR´s krav för tillgänglighet.

Här bör hänsyn tas till skyltning, räcken, kontrastmarkering, eventuell dörrautomatik, mm.

3:143 Dörrar och portar

Byggnadens dörrar och portar uppfyller BBR´s krav för tillgänglighet.

Att bevaka under projekteringen är kontrastmarkeringar i dörrar och glasdörrar samt att tunga dörrar kompletteras med dörrautomatik.

Plan- och bygglag (2010:900) 8 kap 6 §

Kraven för tillgänglighet anses obefogade i köket och dess utrymmen då arbetets art är för tungt och svårhanterligt. Fokus har riktats på kundens behov.

Samhällsbyggnadsnämnden

Bemötande av yttrande avseende Dnr SBN 2020-000056

Fastighetsägaren har inkommit med yttrande daterad 2020-10-15 över förvaltningens tjänsteskrivelse och angivit att rivning av olovligt utförda åtgärder har påbörjats och kommer att färdigställas till 2020-10-20.

Förvaltningen har varit på tillsynsbesök 2020-10-15 och konstaterat att Endast container är borttagen. De övriga åtgärderna är inte påbörjade men fastighetsägaren har tid till 20 oktober då förvaltningen kommer åter igen utföra tillsynsbesöket.

Fastighetsägaren bestrider förbudet att vid vite om 100 000 kr fortsätta restaurangverksamhet på fastigheten Tullinge 17:129. Han har angivit att han kommer att utföra rättelse och river de tillbyggda byggnadsdelarna. Detta innebär att ytorna ska återuppbyggas i enlighet med bygglov dnr SBN 2020-601. Enligt bygglov krävs det start- och slutbesked för att byggnaden ska kunna tas i bruk. Det framgår även att ytorna/funktionerna är nödvändiga för att kunna fortsätta verksamheten. Förutsättningar att meddela förbudet för fortsatt restaurangverksamhet föreligger och storlek på vite proportionerligt med hänsyn till att förvaltningen.

Fastighetsägaren hävdar att det finns bygglov för caféverksamhet. Bygglov dnr LOV 08-858 anser endast blomsterförsäljning. Beslutet innehöll en upplysning om att caféverksamheten behövde tillstånd från kommunens miljöenhet. Informationen har fastighetsägaren jämfört med beviljande av lov för verksamheten. Att verksamheten kräver bygglov framgår även länsstyrelsens beslut.

Tjänsteskrivelsen är inte felaktig avseende vilken/vilka lov som finns på fastigheten.

Om fastighetsägaren vidtar rättelse före nämndmötet den 20 oktober 2020 finns det inte någon grund för byggnadsnämnden att ta ut någon byggsanktionsavgift enligt tjänsteskrivelsens förslag till beslut, punkterna 1, 3, 4 och 5. Det anger även tjänsteskrivelsen.

Fastighetsägaren har angivit att:

Bygglovsenheten föreslår att förbjuda fastighetsägaren att fortsätta den pågående verksamheten på fastigheten vid vite om 100 000 kr. Utifrån tjänsteskrivelsen går det inte att utläsa på vilken grund kommunen avser att förbjuda restaurangverksamheten vilket gör beslutsförslaget svår att bemöta. Byggnadsnämnden får besluta om förbud mot användning av byggnadsverk i två situationer, vid säkerhetsbrister samt om det inte finns förutsättningar för att ge slutbesked (11 kap. 33 § PBL).

Slutbesked kan erhållas efter att fastighetsägaren och förvaltningen har haft teknisksamråd och erhållit startbesked. Startbesked ange alla kriterier för att ett slutbesked ska kunna erhållas.