



ØVERBØ GJØRTZ

Indre Fosen kommune
v/saksbehandler Anne Lise Sætre

postmottak@indrefosen.kommune.no
anne.lise.saetre@indrefosen.kommune.no

Vår ref:
129561/557089/MOP

Deres ref:
2020/865, 2020/863, 2021/650

Ansvarlig advokat:
Marina Opstad

Molde,
11. mars 2021

EINERVEIEN - GNR. 122 BNR. 351 OG 353 - KOMMENTAR TIL MERKNADSSKRIV FRA TILTAKSHAVER

1 INNLEDNING

Vi viser til brev av 8. mars 2021 fra advokatfullmektig Jørgen Hansen hos Virtus Advokat med merknader til vår klage av 29. januar 2021.

Skrivet foranlediger noen kommentarer fra denne side.

2 DET FORELIGGER SÆRLIGE GRUNNER TIL Å BEHANDLE KLAGEN

Advokatfullmektig Hansen har på vegne av tiltakshaver anført at det ikke foreligger særlige grunner for å prøve klagen. Dette er vi uenig i.

I vår klage er det anført følgende særlige forhold for at klagen bør behandles:

- Det foreligger rettsanvendelse- og saksbehandlingsfeil knyttet til kommunens vedtak.
- Det foreligger mangler ved søknaden.
- Manglene ved søknad og vedtak innebærer at vedtakene er ugyldige.
- Det er sannsynlig at klagen ville ført frem dersom den var inngitt innenfor fristen.
- Endring av vedtaket ved at tiltakshaver må søke om dispensasjon for godkjenning av etablering av fjellskråning og sikringsgjerder, er en fordel og ikke en ulempe for alle parter, både tiltakshaver og naboer.
- Endring av vedtaket ved at kommunen må behandle og vurdere om det skal gis dispensasjon fra avstandskravet mot nabo for godkjenning av vesentlige terrenginngrep og oppføring av sikringsgjerder, er en fordel og ikke en ulempe for alle parter, både tiltakshaver og naboer.



Utover dette anføres det at tiltakshavers innrettelse bør få begrenset vekt i denne saken. Det er ikke urimelig at det er tiltakshaver og ikke naboene som må bære følgene av at søknaden er mangelfull. Videre skal det heller ikke gå ut over naboene at kommunen ikke har behandlet saken korrekt etter byggesaksbestemmelsene.

At fjellskråningen var tegnet inn på situasjonskartet kan ikke få avgjørende betydning i denne saken. Vesentlige terrenginngrep som utsprenging av fjell som leder til en endring av terrenget på seks meter, som i denne saken, er nemlig avhengig av søknad om dispensasjon fra avstandskravet mot nabo. En slik skråning krever også sikring mot fall og masseutglidning. Disse forholdene er ikke omsøkt. Det er dette man har klaget på.

Det er bygningsmyndighetene sin oppgave å sørge for å vurdere vesentlige terrenginngrep opp mot blant annet avstandskravet mot nabo og forholdet til omgivelsene. En slik vurdering er ikke foretatt av kommunen.

Nabo var i dette tilfellet tidlig ute med å peke på følgene etablering av fjellskråningen kunne få. Selv om forholdet ble tatt opp i nabomerknaden av februar 2020, krevde kommunen likevel ikke at søknaden ble supplert med terreng- og snittegninger eller dispensasjons-søknad. Det er videre på det rene at forholdet til vesentlig terrenginngrep og avstand til nabogrense ikke er eksplisitt vurdert og behandlet i kommunens vedtak. Kommunen kan uansett ikke gi dispensasjon dersom dette ikke er omsøkt, noe det ikke er i denne saken.

I denne saken er det lite rimelig å avvise klagen, fordi rettsspørsmålet ikke derved bringes ut av verden. Forvaltningen kan på andre grunnlag likevel senere komme til å måtte vurdere sentrale forhold i denne byggesaken igjen, ettersom det er flere forhold som ikke er behandlet. Rettsanvendelsen kan også komme på spissen gjennom en retts sak dersom tiltakshaver tiltales for å ha overtrådt vedtaket eller etablert konstruksjoner og anlegg uten søknad og tillatelse.

I denne sammenheng pekes det på at Benberg også i august 2020 kom med merknader til de terrengarbeider som ble utført i forbindelse med klargjøring av tomtene i Einerveien. Merknaden er saklig og peker på relevante forhold som at det ble foretatt utsprengninger og masseuttak inntil hennes grense. Disse påpekningene burde fått kommunen til å reagere, noe det ikke gjorde. Brevet av 4. august 2020 burde blitt forstått som en klage på tillatelsen av mars 2020, og burde åpenbart satt kommunen i stand til å forstå at det var en rekke viktige forhold de ikke hadde behandlet i byggesaken.

I dette tilfellet vil det være en fordel for alle parter at de deler av tiltaket som mangler gyldig tillatelse, blir omsøkt og behandlet på riktig måte. Samt at de deler av vedtaket som baserer seg på feil rettsanvendelse blir korrekt behandlet. Et vedtak fra kommunen om at klagen ikke skal avvises, men realitetsbehandles, innebærer kun at kommunen må foreta en ny vurdering av saken, jf. også fvl. § 17 første ledd. Med et slikt vedtak utelukker dermed ikke kommunen at de på nytt kan gi tillatelse, men da på korrekt grunnlag – samtidig som andre relevante forhold, som i dag ikke er behandlet, blir tatt med i betraktningen.



At klagen tas under behandling har åpenbart stor betydning for Benberg og hennes eiendom. Per i dag har hun en fjellskråning og et sikringsgjerde på sin eiendom som verken er omsøkt eller behandlet i tråd med plan- og bygningsloven.

At vesentlige terrenginngrep omfattes av byggesaksbestemmelsene og at avstandskravet i pbl. § 29-4 gjelder for vesentlige terrenginngrep, er ikke gjenstand for kommunens skjønn. Dette følger av pbl. § 20-1. Det er ikke gitt tillatelse til vesentlig terrenginngrep i denne saken. Dette styrkes av at fjellskjæringen sin utførelse, avstand til nabogrense og høyde ikke var omtalt i søknadsgrunnlaget. Det var slik ikke mulig for kommunen å gjøre en fyllestgjørende vurdering av dette forholdet.

På denne bakgrunn bes kommunen om å gi Benberg oppfriskning for oversittet klagefrist og at klagen på vedtaket tas til behandling. Det foreligger i høyeste grad spesielle omstendigheter i denne saken, og tiltakshaver har ikke en berettiget interesse i at et vedtak som baserer seg på feil faktum og rettsanvendelse blir stående.

Med hilsen
Advokatfirmaet Øverbø Gjørtz AS

Sign.
Marina Opstad
Advokat