

Indre Fosen kommune
v/saksbehandler Anne Lise Sætre

postmottak@indrefosen.kommune.no
Anne.Lise.Saetre@indrefosen.kommune.no

POST/BESØK Julsundvegen 4
6412 Molde
TELEFON +47 71 24 94 00
TELEFAX +47 71 24 94 01
ORG.NR 916 611 455 MVA

E-POST molde@ovgj.no

WEB www.ovgj.no

Medlemmer av Den Norske Advokatforening

Vår ref.:
129561/548879/MOP

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

Ansvarlig advokat:
Marina Opstad

Molde,
29. januar 2021

EINERVEIEN – GNR. 122 BNR. 351 OG 353 – KLAGE PÅ VEDTAK – VESENTLIGE TERRENGINNGREP I NABOGRENSEN

1 INNLEDNING

Vårt kontor bistår Aud Kristin Benberg («**Benberg**»), eier av gnr. 122 bnr. 258.

Benberg er nærmeste nabo til gnr. 122 bnr. 351 og 353, hvor kommunen ved vedtak av 10. og 11. mars 2020 (sak nr. 2020/865 og 2020/863) ga tiltakshaver Copper Eiendom AS tillatelse til oppføring av tomannsbolig med tilhørende carport på hver av eiendommene.

Benberg har ingen merknader til at det er omsøkt og godkjent tomannsboliger på bnr. 351 og 353, men ved nabomerknad av 10. februar 2020 kom hun med merknader til at det var planlagt sprengning og inntegnet en «bergskråning» svært nærme hennes eiendomsgrense. Nabomerknaden ble ikke kommentert av tiltakshaver eller ansvarlig søker KW Bygg AS. Bergskråningen var inntegnet på situasjonsplanen på følgende måte:



Den enkle, svarte pennestreken på situasjonsplanen viser bergskråningen. Situasjonsplanen er ikke målsatt. Lengde og høyde på skråningen, samt avstand til nabogrense, er heller ikke spesifisert på tegningene som fulgte søknaden.

I forbindelse med kommunens behandling av saken er det ikke etterspurt nærmere opplysninger om bergskråningen sin utforming.

Av kommunens vedtak i sak nr. 2020/865 og 2020/863 er Benberg sin merknad vedrørende sprengning behandlet slik:

«Det er innsendt erklæring om ansvarsrett for PRO/UTF grunn- og landskapsutforming, og det er ansvarlig foretak sin plikt å påse at arbeidene blir gjennomført i samsvar med bestemmelsene gitt i eller i medhold av plan- og bygningsloven.»

2 KLAGE PÅ VEDTAK I SAK NR. 2020/865 OG 2020/863

2.1 Oppfriskning av oversittet klagefrist

På vegne av Benberg fremsettes med dette klage på vedtak i sak nr. 2020/865 og 2020/863. Nærmere begrunnelse for klagen fremgår av punkt 2.2 nedenfor.

Klagefristen på vedtakene er oversittet. Vi anmoder om at klagen tas under behandling, til tross for at klagefristen er oversittet, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 31.

Etter fvl. § 31 første ledd bokstav b) kan klagen tas under behandling selv om klageren har oversittet klagefristen, såfremt *«det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.»* Videre skal det ved vurdering av om klagen bør tas opp til behandling, legges vekt på om endring av vedtaket kan medføre skade eller ulempe for andre.

Som begrunnelsen for klagen i pkt. 2.2 nedenfor vil vise, er det begått saksbehandlingsfeil ved behandlingen av disse byggesakene. (i) Saken er ikke tilstrekkelig opplyst, (ii) det mangler tillatelse til vesentlig terrenginngrep, (iii) det mangler tillatelse til etablering av sikringsgjerdar mot fall og masseutglidning, samt (iv) det mangler tillatelse til dispensasjon fra byggegrensen mot nabo for terrenginngrepene og gjerdene.

Vedtaket har slik mangler som kan lede til ugyldighet dersom de ikke rettes. Ved vurderingen av om det foreligger «særlige grunner», skal kommunen se hen til om det er sannsynlig at klagen vil føre frem. 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.

Det anmodes på dette grunnlag om at det gis oppfriskning av oversittet klagefrist og at klagen på vedtakene tas til behandling.

Dersom det mot formodning skulle besluttes å ikke ta klagen til behandling, minner vi om at en beslutning om å avvise en klage som er for sent fremkommet, er et enkeltvedtak som vil bli påklaget, jf. fvl. § 2 tredje ledd.

2.2 Begrunnelsen for klagen

2.2.1 Saken er ikke tilstrekkelig opplyst

På vegne av Benberg anføres det at byggesaken på bnr. 351 og 353 ikke er godt nok opplyst hva gjelder terrenginngrep, herunder etablering av bergskråning mot bnr. 257 og 258. Det gjøres gjeldende at forholdet er en saksbehandlingsfeil som medfører at vedtakene er ugyldig.

Av fvl. § 17 følger det at kommunen «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.» Bestemmelsen oppstiller at kommunen har et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Dette betegnes gjerne som undersøkelsesprinsippet eller utredningsprinsippet. Kravet til sakens opplysning henger nøye sammen med kommunens veilednings- og orienteringsplikt overfor både tiltakshaver og naboer.

Hvor potensielt vesentlige forhold ikke er tilstrekkelig avklart i søknaden, har kommunen plikt til å gjøre ansvarlig søker / tiltakshaver oppmerksom på dette, og om mulig be søker om å sørge for nødvendig avklaring eller dokumentasjon. I sak 2020/865 og 2020/863 er forholdet til bearbeiding av terrenget og etablering av skråning i nabogrensen ikke etterspurt før vedtak, eller eksplisitt vurdert i kommunens vedtak.

Av plan- og bygningsloven (pbl.) § 20-2 følger det at søknaden «skal gi de opplysninger som er nødvendige for at kommunen skal kunne gi tillatelse til tiltaket.» Søknadene i disse sakene har klare mangler.

En oversikt over opplysninger som skal gis ved søknad om tillatelse til tiltak fremgår av byggesaksforskriften (SAK10) § 5-4. Av § 5-4 bokstav m) er det inntatt at tegninger og målsatt situasjonsplan skal følge søknaden. Utforming av tiltaket skal vises på tegninger og plassering av tiltaket skal vises på situasjonsplan. Hovedmål på tiltaket må påføres planer og snitt. Tiltaket skal tegnes inn med plassering, målsetting og avstander til nabogrenser. I tillegg skal terrengearbeider (nye terrenglinjer) fremgå.

I denne saken er tegningene og situasjonsplanen vedlagt søknadene enkle, og gir ingen opplysninger hva angår eksisterende og nye terrenglinjer. Det er heller ikke angitt lengde og høyde på bergskråning, eller dennes avstand til nabogrense eller ny bebyggelse. Utforming og plassering av sikringsgjerder mot fall og masseutglidning er heller ikke omsøkt. I denne forbindelse vises det til kommunens brev av 22. januar 2021 i sak 2021/650, hvor tiltakshaver er bedt om å omsøke disse.

Det er kommunen som er ansvarlig for saksforberedelsen, og som må sørge for at faktum blir klargjort. Kommunen har plikt til å undersøke forhold og opplysninger. De må også kontrollere opplysninger som legges frem av søker. Kommunen har et selvstendig ansvar for å vurdere kvaliteten og troverdigheten av de opplysningene som mottas.

Verken søknad eller saksbehandlingen i kommunen er i tråd med fvl. og pbl. sine krav til sakens opplysning, når det gjelder terrenginngrepene på bnr. 351 og 353. Dette er en saksbehandlingsfeil som har virket inn på vedtakets innhold / resultatet i saken, jf. fvl. § 41, og som leder til at vedtakene er ugyldig.

2.2.2 Vesentlig terrenginngrep og sikringsgjerd er ikke omsøkt eller godkjent

På vegne av Benberg anføres det at de terrengarbeider og sikringsgjerd mot fall og masseutglidning som er oppført på bnr. 351 og 353 er søknadspliktige og avhengig av særlig tillatelse for å være lovlige.

Av pbl. § 20-1 bokstav k) følger det at «*vesentlig terrenginngrep*» omfattes av byggesaksbestemmelsene i plan- og bygningsloven. Slike tiltak kan dermed ikke utføres før tillatelse foreligger.

Begrepet «*vesentlig terrenginngrep*» omfatter både utgraving og oppfylling. Inn under utgraving går blant annet sprenging og masseuttak av sand og grus. Vesentlighetsvurderingen avgjøres ikke etter en fast formel, men foretas i lys av de stedlige forholdene.

Vesentlighetskravet må ses i lys av SAK10 § 4-1 første ledd bokstav e) nr. 7 som fastsetter at enkelte mindre fyllinger eller planering av terreng kan gjøres uten søknad og tillatelse. Hva som ansees som mindre, vil avhenge av tiltakets karakter og innvirkning på omgivelsene.

De søknadsfrie tiltakene er etter byggesaksforskriften nærmere angitt slik at de gjelder fylling/planering der høydeforskjellen i forhold til opprinnelig terreng er inntil (i) 3 m i spredtbygde strøk, (ii) 1,5 m i tettbygde strøk som her og (iii) 0,5 m på eiendom for rekke- og kjedehus og lignende tett bebyggelse.

Beregningen av høydeforskjellen gjelder slik at terrengendringen ikke på noe punkt kan overstige den gitte høydebegrensning. Arbeider som har et omfang i areal som gjør at de ikke kan betegnes som mindre, vil ikke være omfattet selv om de fastsatte grensene for avvik i forhold til opprinnelig terrengnivå ikke er overskredet.

Hva gjelder utbyggingen på bnr. 351, 352 og 353, så har det vært gjort omfattende terrengarbeiding for å kunne etablere tre tomannsboliger i området. Før arealet ble utbygget, var det i det alt vesentlige bestående av skog. Endringen av terrenget er verken behandlet i planprosessen eller byggesakene.

I grensen mot Benberg sin eiendom er det foretatt utsprenging og etablert en fjellskjæring / bergskråning på om lag 40 meter. Høydeforskjellen i forhold til opprinnelig terreng er om lag 5 – 6 meter på det høyeste. Det er samtidig fjernet en betydelig mengde masser i forbindelse med utbyggingen. Dette innebærer et vesentlig terrenginngrep som er avhengig av søknad og tillatelse.

Bergskråningen er skjemmende og innehar ikke gode visuelle kvaliteter. Når det gjelder de første 15 meter fra grensen til bnr. 257 og videre bortetter grensen til bnr. 258 har tiltaket medført fare for at masser kan skli ut. Det er satt opp et plankegjærde der nå.

Hva gjelder sikring av skråningen mot fall, har utbygger etablert et gjærde på Benberg sin eiendom. Benberg anfører at gjærdet ikke tilfredsstiller krav til sikkerhet, og gjør gjeldende at gjærdet må utformes med T-50 stolper med høyde 1,5 m og overligger. Avstanden mellom stolpene skal være 2 meter, og nederst på gjærdet må det benyttes bølgetråd som skal sys fast i bunnen på gjærdet for å opprettholde gjærdet sin stabilitet. Konstruksjonen må være av vedlikeholdsfri, galvanisert jern/stål.

For øvrig vises det til Byggforskserien 536.112 kapittel 14, hvor det fremgår at rekkverk skal utformes slik at de forhindrer klatring. Maskevidden i flettverk o.l. må ikke overstige 40 mm x 40 mm. Gjærdet i dette tilfellet må dermed utformes slik at det blir umulig å klatre over, eksempelvis med kraftig overheng.

På bakgrunn av den gjennomgang som er gitt ovenfor, anføres det at de terrengarbeider og sikringsgjærder mot fall og masseutglidning som er utført på og i grensen til bnr. 258, i tilknytning til utbygging av bnr. 351 og 353, er vesentlige, søknadspliktig og avhengig av særlig tilatelse for å være lovlige. Det anmodes om at tiltakene omsøkes og at nabovarsling gjennomføres i tråd med pbl. § 21-3.

2.2.3 Plassering av bergskråning og sikringsgjærder er avhengig av dispensasjon

På vegne av Benberg anføres det at plasseringen av de vesentlige terrengarbeidene og sikringsgjærder mot fall og masseutglidning er i strid med kravet om 4 m avstand til nabogrense mot bnr. 257 og 258 og slik avhengig av dispensasjon fra pbl. § 29-4 andre ledd.

Kravet til avstand fra nabogrensen gjelder ikke bare byggverk, men også andre varige konstruksjoner, anlegg og vesentlige terrenginngrep, jf. § 30-4. Formålet med bestemmelsen er at kommunen får anledning til å vurdere virkningen av tiltaket i forhold til blant annet terrenget og omgivelsene ellers.

I dette tilfellet er både skråningsfot og topp skråning plassert nærmere nabogrensen enn 4 meter. Det samme gjelder for sikringsgjærder mot fall og masseutglidning.

Tiltaket illustreres med bilder fra området:



Tiltakene har medført store ulemper på Benberg sin eiendom. I tillegg til at hun har fått en skjemmende fjellskråning i sin eiendomsgrense, er det fare for fall fra skråningen og utglidning av masser. Disse forholdene er bare delvis utbedret og medfører et ikke ubetydelig verditap. Sprengingen og terrengarbeidene har samtidig ført til skader på tre av hennes furutrær. Dette er hun i dialog med utbygger i forhold til å få kompensert. Vi merker oss likevel at kommunen har gitt ferdigattest og at det er flyttet inn personer i boligen på bnr. 351, til tross for at trærne enda ikke er fjernet. Dette utgjør en fare for sikkerheten.

Det anmodes på bakgrunn av overnevnte gjennomgang at Copper Eiendom AS pålegges å søke om dispensasjon fra avstandskravet til nabogrensen på bnr. 258 for vesentlige terrenginngrep og oppføring av sikringsgjerder mot fall og masseutglidning, tilknyttet arbeidene på bnr. 351 og 353.

3 OPPSUMMERING / AVSLUTNING

Det anføres å være begått saksbehandlingsfeil ved behandlingen av byggesakene på bnr. 351 og 353. Feilene består av følgende forhold:

1. Saken er ikke tilstrekkelig opplyst i tråd med fvl. og pbl.
2. Det mangler tillatelse til vesentlig terrenginngrep og etablering av sikringsgjerder mot fall og masseutglidning
3. Vesentlig terrenginngrep og etablering av sikringsgjerder mot fall og masseutglidning er avhengig av dispensasjon fra byggegrensen mot nabo bnr. 257 og 258.

Det er grunn til å regne med at feilene har virket bestemmende på vedtakenes innhold, og at vedtakenes slik er ugyldig dersom sakene nå ikke følges opp med etterfølgende søknad og behandling.

Undertegnede bes holdt orientert om den videre saksgang.

Med hilsen

ADVOKATFIRMAET ØVERBØ GJØRTZ AS

Sign.

Marina Opstad

Advokat