

Karmøy kommune
Sektor areal og byggesak
Rådhuset
4250 KOPERVIK

Vår ref.: BR-16014-2593

Deres ref: **Saksid 20/24224**

15.01.2021

Vedr. svar på avslag i dispensasjonssøknad - gnr. 65 bnr 13 - Fridtjof Nansens veg 63C

Vi viser til mottatt avslag på dispensasjonssøknad dokument nr. 20/24224-6, datert 15.12.2020 samt de vedlegg som avslaget beskriver.

SKA Invest AS vil med dette klage på Karmøy kommune sitt avslag på søknad om dispensasjon fra Pbl §1-8 «Byggeforbud i 100 meters beltet langs sjø» og Pbl §12-4 «Rettsvirkning av reguleringsplan» jf. formål friområde.

Vi vil i det følgende redegjøre for vår klage på vedtaket.

Kommunens argumenter for å avslå dispensasjonssøknaden er 1) at allmenn ferdsel vanskeliggjøres vesentlig og 2) at friområdet blir vesentlig mindre tilgjengelig for lek, fritidsaktiviteter etc.

Vi er uenige i begge vurderingene fra kommunens side, og primært mener vi at fordelene med å opprettholde dagens plassering av mur klart overstiger ulempene etter en samlet vurdering.

Sekundært mener vi kommunen har foretatt saksbehandlingsfeil som gjør vedtaket ugyldig.

Primært:

Vi er uenige i at fordelene med å gi dispensasjon ikke overstiger ulempene etter en samlet vurdering.

En ny mur, som godkjent i opprinnelig plan, vil medføre vesentlig dårligere forhold for allmenn ferdsel og er i tillegg upraktisk. Alternativ mur vil gå helt ut til strandlinjen nord for næringsbygget, og vil fysisk stenge helt av for ferdsel fra friområdet i sør, til serviceområdet i småbåthavnen. En alternativ og tett mur vil utgjøre et fysisk hinder for å passere i strandsonen, og denne vil strekke seg helt til sjølinjen, i motsetning til dagens mur som både har en åpning på 4,5 meter ca 25 meter fra sjølinjen, og som har en 3 meters passasje i sjøkanten. I dag kan småbåthavnen nås fra nord, og fra til flere åpninger i mur i sør. Hele området er tilgjengelig for fri ferdsel.

Vi kan ikke se at en alternativ mur tjener allmennheten på noen positiv måte. En ny mur vil med andre ord være en klar ulempe for allmenn ferdsel.

Murens plassering har ingen negativ praktisk betydning for SKA Invest AS' friområde i sør. Det er SKA Invest AS som er grunneier av friområdet, som er åpent for ferdsel, lek og aktivitet.

SKA Invest AS er grunneier av et totalt areal på over 5000 m² i området som er regulert. Mesteparten av dette er et friområde stort sett bestående av en gammel fylling, uten noen form for kulturell eller historisk verdi. Området er ryddet opp, beplantet og forskjønnnet av grunneier nettopp av hensyn til allmennheten. Murens plassering fungerer som en naturlig overgang fra friområdet til et nødvendig serviceområde for næringsbygget. Muren er oppført samtidig med bygging av næringsbygg sommeren 2017, dvs for snart 4 år siden. Muren er feilplassert med 2 m mot et stort friområde, på SKA Invest AS' eiendom, og påvirker ikke natur- eller kulturmiljø, friluftsliv, landskap eller andre allmenne interesser i negativ grad, tvert imot.

Det er sendt nabovarsel med beskrivelse ifm dispensasjonssøknad, og ingen naboer har innsigelser mot å la muren fra 2017 stå. Dette tilsier også at det ikke er til ulempe for mennesker som bor og ferdes i området at muren er plassert slik den er.

Det vil gjøre serviceområdet i sør for næringsbygget vesentlig forringet dersom mur skal settes opp iht opprinnelig plan, dvs at verdien av næringsbygget vil bli vesentlig forringet. Avstand til opprinnelig omsøkt mur er uhensiktsmessig med tanke på transport av f.eks båter inn og ut av næringsbygg, og en flytting av muren vil være en stor ulempe for vedlikehold og bruken av næringsbygget.

Muren fungerer også som bølgebryter, og fjernes denne muren vil det medføre betydelig risiko for store vannskader på næringsbygget. Det vil derfor ikke være et alternativ å ikke ha en mur i overgangen fra serviceområdet til friområdet slik kommunen beskriver som et alternativ.

Helt åpen adgang med universell utforming nord for næringsbygg er heller ikke nevnt i kommunens avslag.

Det vil videre være unaturlig og upraktisk med trapp ned til friområdet, der man deretter må klyve over en mur for å komme inn til serviceområdet til næringsbygget.

Bildet som saksbehandler har tatt fra sør viser ikke åpningen slik den er for fri ferdsel.

Åpning i mur på 4,5 m er heller ikke kommentert fra kommunens side. Det er heller ikke nevnt nåværende muligheter for å passere næringsbygg på både øst og vestside. Se bilder i vedlegg.

Det vil være en svært omfattende jobb å rive eksisterende mur, og deretter sette opp en ny tett mur som i omsøkt plan. Denne kostnaden estimeres til mange hundre tusen kroner, med et resultat som er til hinder for fri ferdsel.

Det er en klar ulempe at kommunen, som har vært kjent med murens plassering siden 2017, nå forlanger den fjernet. Hadde kommunen gjort tiltakshaver oppmerksom på forholdet når de var på området på kontroll høsten 2017, ville kostnaden med flytting av mur kunne blitt noe redusert. Ulempene for allmennheten ville imidlertid vært de samme.

Sekundært:

Kommentar fra byggherrens advokat Lars Baklund vedrørende saksbehandlingsfeil:

Saksbehandlingsfeil - Brudd på fvl. § 17

Det følger av fvl. § 17 (1) at

"Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes".

Det følger av Norsk Lovkommentar Note 473 v/ Jan Fridthjof Bernt at "tanken om at forvaltningen har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, betegnes gjerne som undersøkelsesprinsippet, offisielmekanismen eller utredningsprinsippet".

Videre følger det av note 475 at:

"§ 17 første ledd står ikke bare som uttrykk for et sentralt forvaltningsrettslig prinsipp, men også som en praktisk viktig regel. Bestemmelsen gir således en håndfast forankring for de krav om som stilles til forsvarlig saksbehandling".

I herværende tilfelle står vi ovenfor et enkeltvedtak som er blant sakene som krever den grundigste behandlingen (jf. note 476).

Forvaltningsloven § 17 fordrer at tjenestemennene som er ansvarlig for saksforberedelsen sørger for at faktum blir klargjort. De har en plikt til å undersøke forhold og opplysninger til gunst og til skade for borgerne.

For at sakens faktiske forhold skulle bli belyst så godt som mulig har tiltakshaver og ansvarlig søker flere ganger oppfordret til en **felles** befaring og gjennomgang av sakens faktiske side. Dette er avslått fra kommunens side. En slik felles befaring ville bidratt til avklaring av sakens faktiske side som også inkluderer klagers synspunkter og momenter. Dette har kommunen bevisst valgt å unnlate, og således kun foretatt undersøkelser som synes å underbygge sin egen argumentasjon.

Videre fremstår kommunens avslag på søknad om dispensasjon som lite balansert, og kommunen synes ikke å ha vurdert de positive forholdene ved muren og at det faktisk er flere åpninger i muren.

Kommunen har unnlatt å nevne at det faktisk er åpninger i muren, og heller ikke tatt med dette på en god måte i bilder av område.

Kommunen synes heller ikke å ha vurdert alternative løsninger. I en dispensasjonssøknad som i herværende tilfelle fremstår det naturlig å vurdere alternative løsninger, jf. pbl. § 19-2 (1) andre setning og at det kan settes vilkår for dispensasjonen. Ettersom det allerede er åpning i muren (4,5 meter), ville det vært naturlig og hensiktsmessig å vurdere eventuelt en ytterligere åpning i muren nærmere sjøen. Dette synes å være en løsning som i stor grad ville avbøte de ulemper kommunen legger til grunn at muren utgjør, samt at det ville vært unødvendig å rive en allerede eksisterende mur, for så å sette opp en ny mur. Som nevnt ovenfor vil en ny mur i henhold til opprinnelig plan utgjøre en større ulempe for miljø og de som ferdes i området.

Ettersom det ikke er behandlet i avslaget, er det videre uklart om kommunen har tatt i betraktning at det faktisk også er en 3 meters passasje i sjøkanten. Dette, samt at det er åpning i muren på 4,5 meter synes å være forhold som kommunen har sett bort ifra i sin vurdering, og er forhold som gjør at saken ikke er så godt opplyst som den burde være.

Nevnte forhold synes å være i strid med kommunens konklusjon om at muren både har en "... fysisk og en psykisk hindring til ferdsel i strandsonen...".

Sett under ett er det foreliggende faktagrunnlaget som vedtaket bygger på ikke tilstrekkelig dokumenter, og saken er ikke så godt opplyst som den burde være. Det foreligger brudd på fvl. § 17 og saksbehandlingsfeil fra kommunens side.

Saksbehandlingsfeil - Brudd på pbl. 32-1, jf. fvl. § 11

Til sommeren er det 4 år siden kommunen oppdaget, slik de vurderer det, at muren var feilplassert i henhold til gjeldende plan. Til tross for dette har kommunen frem til nylig ikke foretatt noen faktiske eller rettslige skritt i saken. SKA Invest AS har dermed innrettet seg til at forholdene ikke ville bli forfulgt og krevd rettet opp. Hvis så var tilfelle, ville man foretatt rettingen tilbake i 2017.

Det følger av pbl. § 32-1 at kommunen skal forfølge overtredelser av bestemmelser gitt i medhold av denne loven. Bestemmelsen angir kommunens plikt til å forfølge ulovligheter. Dette følger også av forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 352.

Det følger av note 996 til Norsk Lovkommentar v/ Øystein Nore Nyhus at:

"Kommunens plikt til å forfølge ulovligheter innebærer også et visst krav til fremdrift."

Videre heter det:

"Kommunen har et ansvar for å ha tilstrekkelige ressurser og kompetanse til å håndtere saker etter lovverket den er satt til å håndtere."

Reglene for saksbehandlingstiden i saker om ulovlighetsoppfølging fremgår av fvl. § 11 a, jf. pbl. § 1-9.

Tatt i betraktning at det har tatt kommunen mer enn 3 år før de foretok seg noe, synes ikke kravet til fremdrift å være oppfylt, og kommunen har reagert for sent. Kommunen har ikke overholdt kravet til at saken skal forberedes og avgjøres "uten ugrunnet opphold". Det vises i denne forbindelse også til Sivilombudsmannens avgjørelse, Sak 2016/419. Ovennevnte taler klart for at ulovlighetsoppfølging fra kommunens side kan være avskåret.

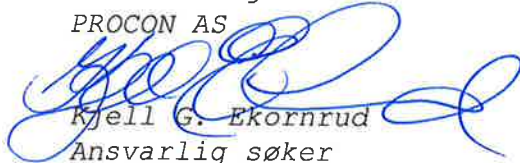
Dette utgjør et brudd å fvl. § 11 a hvor det følger at:

"Forvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold".

Ovennevnte forhold er forhold som etter denne sides vurdering burde ha betydning for behandling av avslag på dispensasjon. Det vises i denne forbindelse at avslag på søknad om dispensasjon vil få betydning for kommunens videre saksgang, og at det som redegjort ovenfor foreligger flere feil knyttet til kommunens saksbehandling og overtrjedelse av plan og bygningsloven.

Med vennlig hilsen

PROCON AS



Kjell G. Ekorud
Ansvarlig søker

Vedlegg:

Vedlegg 1: Ferdigattest, og grunnlaget for denne

Vedlegg 2: Områdets tilstand da nåværende eier overtok i 2011

Vedlegg 3: Allmenn ferdsel, muligheter og eksempler

Vedlegg 4: Bilder av passasjemuligheter i sjølinjen

Vedlegg 5: Murens begrensning av ferdsel på friområdet

Vedlegg 6: Påstand fra kommunen om at muren står på «Offentlig fri-område»

Vedlegg 7: Gatetun, ulovlige og sterkt privatiserende tiltak

Vedlegg 8: Privatlivets fred og råderett over egen eiendom.