

Frafall av rett etter byggetillatelse under klageinstansens behandling

18.7.2022 (2022/2305)

Saken gjelder spørsmålet om en erklæring fra søkeren om frafall av byggetillatelse binder Statsforvalteren til å oppheve kommunens vedtak uten realitetsbehandling. Erklæringen ble sendt inn etter at naboer og Statsforvalteren i fylket hadde påklaget tillatelsen gitt av kommunen og saken var innkommet til settestatsforvalteren for behandling. Søkeren besluttet å trekke søknaden og erklærte samtidig at han frafalt retten som fulgte av byggetillatelsen. Statsforvalteren mente at det ikke lenger var en søknad å trekke, og at rettsvirkningene inntrådte så snart byggetillatelsen var gitt. Videre mente Statsforvalteren at klagerne hadde en berettiget interesse av å få realitetsbehandlet klagen.

Ombudet kom til at det var naturlig å se det slik at klagegjensstanden var bortfalt som følge av frafallet. Ombudet ba Statsforvalteren om å vurdere sitt standpunkt på ny med sikte på å oppheve kommunens vedtak og avslutte klagebehandlingen.

Oppfølging

Sakens bakgrunn

Etter en lengre saksbehandling fikk tiltakshaver A tillatelse til å bygge et bryggeanlegg og en sjøbod på sin eiendom i Porsgrunn kommune. Tillatelsen omfattet ulike dispensasjoner, blant annet fra byggeforbudet i strandsonen i plan- og bygningsloven § 1-8 andre ledd. Både

Statsforvalteren i Vestfold og Telemark og naboer klaget på tillatelsen, og Statsforvalteren i Agder ble oppnevnt som settestatsforvalter.

Mens saken lå til klagebehandling hos Statsforvalteren i Agder, sendte klagerens advokat en e-post til Statsforvalteren og opplyste at det var «behov for å justere/endre det omsøkte tiltaket, og at det [forelå] feil/mangler i kommunens fremstilling av saken ovenfor Statsforvalteren». På denne bakgrunn besluttet klageren å trekke søknaden og ba Statsforvalteren om å «avslutte saken umiddelbart, dvs. uten at den underlegges realitetsbehandling». I senere brev utdypet advokaten at A som tiltakshaver står fritt til å trekke søknaden «på ethvert trinn så lenge saksbehandlingen pågår», det vil si frem til Statsforvalteren har truffet endelig vedtak. Klageren mente at konsekvensen av at klageren trekker søknaden er at «saken som sådan vil bortfalle», herunder at klageren ikke kan utlede noen rettigheter basert på kommunens tillatelse.

Statsforvalteren i Agder etterkom i flere henvendelser, sist i brev 18. mars 2022, ikke klagerens anmodning. Statsforvalteren mente det ikke fikk konsekvenser for det gyldige vedtaket om en søknad om tillatelse til tiltak etter plan- og bygningsloven ble trukket etter at tillatelsen er gitt. Dette gjaldt etter Statsforvalterens syn selv om tillatelsen ikke var endelig («rettskraftig») fordi en klage over tillatelsen ikke var avgjort av klageinstansen. Statsforvalteren skrev også at de må realitetsbehandle saken så lenge det foreligger klager fra de øvrige partene i saken.

A klaget 1. april 2022 ved sin advokat Dag Foyn Mjaaseth til ombudet over Statsforvalterens standpunkt når det gjaldt adgangen til å trekke søknaden og frafalle retten som tillatelsen gir. Klageren anførte at Statsforvalterens begrunnelse savnet faktisk og rettslig forankring. Videre mente klageren at han som tiltakshaver står fritt til å kunne trekke/tilbakekalle søknaden om tiltak på ethvert trinn frem til saken er endelig avgjort.

Våre undersøkelser

Som hovedregel behandler ikke ombudet saker som ikke er endelig avgjort i forvaltningen. Klagen her gjelder imidlertid ikke sakens materielle sider, men bare et prosessuelt spørsmål om adgangen til å trekke søknaden og frafalle tillatelsen under klagebehandlingen. Dette spørsmålet har klageren fått svar på, og Statsforvalterens svar er en prosessledende beslutning som det ikke er klagerett på etter forvaltningsloven.

Ombudet fant grunn til å undersøke saken nærmere med Statsforvalteren i Agder. I brev 25. mai 2022 ba vi først om en utdypende rettslig begrunnelse for at Statsforvalteren ville fortsette realitetsbehandlingen av klagesaken når tiltakshaveren synes å ha frafalt retten som tillatelsen ga og ha trukket søknaden. Vi spurte om det forelå noen gjenstand for klage når tiltakshaveren har frafalt sin rett etter tillatelsen.

Statsforvalteren i Agder svarte i brev 7. juni 2022 og fastholdt at det forelå gjenstand for klage, og at tiltakshaverens erklæring om å frafalle byggeretten etter vedtaket ikke hadde betydning for rettsvirkningen og gyldigheten av vedtaket. Under henvisning til plan- og bygningsloven § 21-9 uttalte Statsforvalteren at tillatelsen som var gitt som følge av dispensasjonen, løp fra den var

gitt og til den bortfalt etter nærmere angitte regler. Dette gjaldt uavhengig av om tillatelsen var påklaget så lenge det ikke var fastsatt utsatt iverksetting. Videre skrev Statsforvalteren:

«Tillatelse til dispensasjon og tillatelse etter plan- og bygningsloven er en særlig tillatelse gitt under utøvelse av offentlig myndighet, og skiller seg slikt sett fra privatrettslig ervervede rettigheter. Den byggeretten som vedtaket avstedkommer er ikke utelukkende knyttet til tiltakshavers person, men eksisterer som en konkret byggerett på den aktuelle eiendommen. Vi kan ikke se at vedtakets rettsvirkning bortfaller, selv om tiltakshaver ensidig erklærer frafallelse av byggeretten.»

Statsforvalteren fremholdt også at det kunne få uheldige og utilsiktede konsekvenser for den klagende part som kunne ha pådratt seg sakskostnader, dersom tiltakshaverens frafall av byggerett skulle medføre at klagegjensstanden bortfalt uten at klagen var realitetsbehandlet.

Rettsikkerhetshensyn talte etter Statsforvalterens syn for at klagen skulle realitetsbehandles. Klageretten til overordnet forvaltningsorgan er en helt sentral rettighet for å ivareta involverte parterets rettssikkerhet, skrev Statsforvalteren. Videre viste Statsforvalteren til at klageretten sikrer mest mulig riktige avgjørelser i forvaltningen, både materielt og prosessuelt, og at den private parten og den regionale myndigheten som har påklaget vedtaket har en berettiget interesse i at vedtaket overprøves av klageinstansen.

Vi spurte videre om det var grunn for Statsforvalteren til å forelegge klagerne i forvaltningssaken spørsmålet om å avslutte klagebehandlingen når tiltakshaveren frafalt sin rett.

Etter Statsforvalterens syn talte rettssikkerhetshensyn imot slik involvering av klagerne i forvaltningssaken. Dette kunne medføre at klagerne antok at tiltakshaveren hadde rett i sine anførsler og at de derfor ble påvirket på uriktig grunnlag til å trekke sine klager. Det vil etter Statsforvalterens mening være en alvorlig svekkelse av deres rettssikkerhet. Statsforvalteren pekte også på problemet ved at tiltakshaveren eller fremtidige eiere av eiendommen senere vil kunne peke på kommunens vedtak om dispensasjon og tillatelse som grunnlag for å (mulig rettmessig) igangsette tiltaket.

Avslutningsvis spurte vi om Statsforvalteren hadde vurdert å oppheve Porsgrunn kommunes vedtak under henvisning til at tiltakshaveren har frafalt sin rett. Statsforvalteren svarte ikke direkte på spørsmålet, men pekte på at det i utgangspunktet ikke var utelukket å oppheve vedtaket, da saken ennå ikke var realitetsbehandlet.

Klageren fikk anledning til å kommentere Statsforvalterens svar og gjorde dette i brev 16. juni 2022.

Særlig berørte tredjepersoner fikk mulighet til å uttale seg og fikk kopi av ombudets undersøkelse i saken. Ingen tredjepersoner har uttalt seg.

Til orientering er saken behandlet av setteombudet. Grunnen til dette er at saken omfatter Statsforvalteren i Agder. Sivilombud Hanne Harlem er en nær venn av Gina Lund, som fra 1. januar 2022 er statsforvalter i Agder. Med virkning fra samme dato anser Harlem seg inhabil i

saker som omfatter dette statsforvalterembetet. Stortinget har for perioden fram til 31. januar 2024 oppnevnt undertegnede som fast setteombud i klagesaker.

Sivilombudets syn på saken

Det er sikker rett at en søknad om et nytt tiltak som ikke er avgjort i kommunen, kan trekkes av søkeren, med den konsekvens at det ikke lenger foreligger noen byggesøknad for kommunen å behandle. Spørsmålet er om det samme gjelder når kommunen har gjort et vedtak som er påklaget. I saken her er kommunens vedtak om å innvilge søknaden påklaget av andre enn søkeren, og klagene er ennå ikke behandlet av klageinstansen. Spørsmålet er da om klagesaken bortfaller hvis søkeren trekker søknaden og frafaller retten som følger av den tillatelsen som kommunen har gitt.

En tillatelse kan som hovedregel benyttes så lenge den gjelder. Plan- og bygningsloven § 21-9 har særregler om bortfall av tillatelse. Etter første ledd første punktum vil en byggetillatelse bortfalle dersom tiltaket ikke er igangsatt senest tre år etter at tillatelsen ble gitt. En byggetillatelse vil også falle bort hvis tiltaket innstilles i mer enn to år, jf. første ledd andre punktum. Disse reglene gjelder på samme måte for en dispensasjon etter § 19-2, for eksempel fra kommunale planer eller strandvernet etter § 1-8, jf. § 21-9 første ledd tredje punktum. Plan- og bygningsloven § 21-9 første ledd åpner altså for at en tillatelse faller bort ved passivitet fra tiltakshaverens side. Hvis tillatelsen har vært påklaget, regnes fristene etter bestemmelsen fra klageinstansens vedtak, jf. Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 104–105 (punkt 7.5.6) og s. 325 sp. 1. Ombudet anser det klart at denne bestemmelsen ikke er til hinder for at en tillatelse kan falle bort på annet grunnlag før klagebehandlingen er avsluttet.

I denne saken har søkeren aktivt tatt initiativ til at Statsforvalteren skal bringe tillatelsen ut av verden. Det er gjort ved å frafalle søknaden og den retten som følger av kommunens vedtak, før Statsforvalteren har begynt sin avsluttende behandling av saken som klageinstans. Etter ombudets oppfatning er det naturlig å se det slik at det da ikke lenger er noen klagegjensstand, og følgelig ikke lenger noen klagesak å behandle.

Statsforvalteren har vist til at tredjepersoner som har påklaget et vedtak, i utgangspunktet vil ha en rettslig interesse av å få realitetsbehandlet klagen. Men dersom søkeren ikke lenger kan utlede noen rettigheter etter byggetillatelsen, vil de som har påklaget tillatelsen, neppe ha en slik beskyttelsesverdig interesse. For å sikre dette er det nødvendig at klageinstansen opphever vedtaket, slik at det ikke foreligger en byggerett på eiendommen. At tillatelsen blir opphevet, kan vanskelig antas å være til ugunst for dem som har klaget over den. Videre vil slik opphevelse av tillatelsen her være i samsvar med søkerens ønske. I tillegg er det ressursbesparende at Statsforvalteren ikke trenger å realitetsbehandle klager over en tillatelse som søkeren uansett ikke ønsker å benytte seg av. Etter ombudets vurdering er det dermed vanskelig å se vektige hensyn mot at Statsforvalteren opphever tillatelsen som anmodet av klageren og avviser klagesaken. At Statsforvalteren kan treffe et slikt vedtak som klageinstans, følger av forvaltningsloven § 34 første og fjerde ledd.

Konklusjon

Statsforvalteren i Agder bes i lys av ombudets merknader på nytt ta stilling til anmodningen om å oppheve kommunens vedtak og avslutte klagebehandlingen.

Ombudet ber om å bli holdt orientert om resultatet av Statsforvalterens behandling av saken senest 31. august 2022.

18.7.2022 (2022/2305)

Forvaltningens oppfølging

Statsforvalteren i Agder ba i brev 29. august 2022 om ombudets nærmere veiledning for hjemmelsgrunnlaget for en eventuell oppheving av kommunens vedtak. Ombudet svarte i brev 9. september 2022. Statsforvalteren traff deretter vedtak 28. september 2022 om oppheving av Porsgrunn kommunes vedtak 24. august 2021 med den følge at klagene ble avvist og saken avsluttet uten realitetsbehandling. Ombudet tok den fornyede behandlingen til etterretning og avsluttet saken.