

Fedje kommune
Stormarkvegen 49
5947 Fedje
postmottak@fedje.kommune.no

Oslo, 8. oktober 2019

Vår referanse: 154018/HKR

ANGÅENDE VEDTAK OM BYGGETILLATELSE FOR FLYTEBRYGGE PÅ GNR. 168 BNR. 16 I FEDJE KOMMUNE.

Undertegnede representerer Arent Wiken og Inger Steinsbø i Sjøanesvegen 3, gnr. 168 bnr. 28 i sak om søknad om byggetillatelse for flytebrygge på gnr. 168 bnr. 16 i Fedje kommune. Jeg vil i det følgende komme med merknader/klage til vedtak om byggetillatelse.

Det siste vedtaket er datert og sendt ut 18.09.2019. Merknadene er således rettidige.

1. Vedtaket er ugyldig

Etter at det ble avdekket at tiltakshaver hadde nabovarslet et tiltak med en annen plassering av flytebryggen enn den han hadde søkt til kommunen, sendte Fedje kommune ut nytt nabovarsel 07.08.2019. Arent Wiken sendte 20.08.2019 inn merknader til nabovarselet. Dette var rettidig. Fedje kommune fattet 09.09.2019 vedtak om å gi Wikens nabo, Jorunn Nygård, tillatelse til utlegging av flytebrygge i tråd med hennes søknad. Først to dager senere ble Wikens merknader til nabovarselet registrert i kommunens systemer. Kommunen har innrømmet at dette var en feil og at Wikens merknader dermed ikke var hensyntatt i saksbehandlingen før vedtaket av 09.09.2018.

Etter dette har Fedje kommune behandlet Wikens merknad som en klage på vedtaket av 09.09.2018 – dette er ikke riktig.

En slik feil i saksbehandlingen fører til at vedtaket er ugyldig, med mindre "det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold", jf. Fvl § 41. I denne saken er det åpenbart at Wikens merknader er så tungtveiende at unntaksregelen om at vedtak likevel kan være gyldige ikke kommer til anvendelse.

Et ugyldig vedtak kan ikke repareres ved at man tar det til klagebehandling. Det må behandles helt på nytt.

Det er også grunn til å sette spørsmålsteget ved kommunens saksbehandling i saken. Kommunen har som forvaltningsorgan plikt til å sjekke at grunnleggende saksbehandlingsregler er fulgt. Kravet om nabovarsel samt søkers plikt til å redegjøre for eventuelle merknader er å regne som en hovedoppgave. Kommunen hadde god anledning til å stanse saksbehandlingen og be søker om behandle innkommende merknader før saken ble videre behandlet i kommunen. Det er ikke betryggende at kommunen ikke ser dette under saksbehandlingen av saken.

2. Søknaden må avvises

Når søknaden skal behandles på nytt, må kommunen ta stilling til om søknaden skal avvises med grunnlag i at tiltakshaver ikke har de privatrettslige rettigheter søknaden forutsetter, jf. Pbl. § 21-6.

Hovedregelen etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 21-6 er at bygningsmyndighetene som utgangspunkt ikke skal ta stilling til privatrettslige forhold ved behandling av byggesøknader. Det er først når det fremstår som klart at tiltakshaver ikke har de privatrettslige rettighetene søknadene forutsetter, at bygningsmyndighetene kan avvise søknaden. Med "klart" menes at det må foreligge mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt. Av kravet om at det må fremstå som klart, følger det at bygningsmyndighetene er ment å ha en begrenset undersøkelsesplikt. Dette fordi bygningsmyndighetenes saksbehandling ikke er innrettet mot å avklare kompliserte privatrettslige spørsmål. Dette innebærer at en avvisning skal være forbeholdt de klare tilfellene, for eksempel der det fremgår utvetydig av offentlige registre, dommer, avtaler eller lignende at tiltakshaver ikke har de privatrettslige rettighetene søknaden forutsetter.

Der tiltakshaver søker om tillatelse til å oppføre et tiltak hvor det er uklare forhold rundt det underliggende privatrettslige forholdet, skal bygningsmyndighetene som et utgangspunkt ta søknaden under realitetsbehandling. Plan- og bygningsloven legger ikke opp til at bygningsmyndighetene har noen utvidet plikt i disse tilfellene. Men dersom bygningsmyndighetene i forbindelse med søknaden mottar uttrykkelige protester fra naboer/rettighetshavere der det klart fremgår at tiltakshaver ikke har privatrettslig adgang til å oppføre tiltaket skal søknaden avvises. Dersom det er mer enn sannsynlighetsovervekt for at tiltakshaver ikke har de privatrettslige rettigheter søknaden forutsetter, har ikke kommunen noe valg. Da skal søknaden avvises med hjemmel i pbl. § 21-6, 2. pkt.

Etter Wikens vurdering er dette tilfelle i denne saken.

Wiken har i sin merknad til nabovarselet påberopt seg at den omsøkte flytebyggen vil være til hinder for inn- og utseiling fra hans eiendom. En bygging av flytebyggen vil hindre tilflottsretten for Wikens eiendom, gnr. 168 bnr. 28, og vil dermed ikke kunne bygges. Wiken har også en tinglyst rett til å legge til en båt på inntil 50 fot langs fergekaiens østside, Gnr. 168 bnr. 43. Denne båten skal også ha mulighet til å seile til og fra sin kai plass, tilflottsrett for denne eiendommen. Det har ofte ligget en seilbåt på denne plassen. Det ligger ofte båter hele veien langs fergekaiens østside, og ikke sjelden er dette også større båter, se vedlagte bilde.

Tilflottsretten er ikke lovfestet, men følger av ulovfestet rett.

Sivillovbokutvalget foreslo i NOU 1988:16 (Rådsegn 14 om eiedomsgrensener og administrative inndelingsgrenser) å lovregulere den tilflottsretten som allerede gjaldt. I utredningen er tilflottsretten beskrevet slik:

«Det er sikker rett at den som eig til sjøen ikkje kan avskjerast frå å koma til og frå eiedomen sin med båt, ein seier gjerne at han har tilflotsrett. Det er ei krenkjing av

strandeigaren sin rett om nokon plasserar tilstellingar i sjøen som hindrar han i å koma til eller frå sin eigedom. Dette gjeld også om tilstellinga er plassert på grunn som vedkomande sjølv eig.»

Det er allerede trangt å komme til gnr. 168 bnr. 28 mellom tiltakshavers eksisterende kai og fergekaien. Det ligger båter langs disse kaiene på begge sider. Flytebryggen ligger ikke bare lenger inne i bukten enn store deler av eksisterende kai, den ligger også skrått, slik at den stikker utenfor den linjen som en forlengelse av den store kaien utgjør. I tillegg ligger den slik at de båter som skal ligge ved flytebryggen ytterligere vil hindre passasjen forbi.

Værforhold gjør også at man trenger noe mer plass for å kunne seile trygt inn og ut i dette området enn mange andre steder.

En flytebrygge, som omsøkt, vil i tillegg til landfeste, gangbro og selve brygga, også trenge fortøyningskjettinger i flere retninger. Det kan ikke sees at dette har vært omtalt verken i søknad, vurdering av søknad eller i vedtak i den tidligere prosessen. Det er heller ikke tegnet inn slike kjettinger på tegningen som kommunen baserer sitt ugyldige vedtak på. Dersom man legger ut en flytebrygge slik det er omsøkt er det en stor fare for at dyptstikkende båter, som seilbåt, vil berøre fortøyningskjettingene som går på skrå fra flytebryggen ned mot sjøbunnen. Dette er dermed en ytterligere grunn for at flytebryggen hindrer tilflottsretten til naboeiendommene innenfor – og at søknaden dermed må avvises etter regelen i pbl. § 21-6, andre punktum.

Fortøyningskjettingene til flytebryggen og faren for at båter (seilbåter) ville renne inn i disse, ville også utgjøre en reell fare for liv og helse for personer som befant seg på båten, på flytebryggen og området rundt.

Det er i saken ikke redegjort for eiendomsrett i sjøen. Det er sannsynlig at flytebryggen ikke bare hindrer tilflotten, men også er lagt utenfor eiendomsgrensen til tiltakshavers eiendom.

Etter en konkret vurdering fremstår det som tilstrekkelig klart at tiltakshaver ikke har privatrettslig adgang til å gjennomføre det omsøkte tiltaket, slik at saken må avvises. Kommunens bes derfor om å fatte vedtak om at søknaden avvises med hjemmel i pbl. § 21-6.

3. Subsidiært: Realitetsbehandling av saken

For det tilfelle at kommunen/fylkesmannen kommer til at denne saken kan behandles som klage på vedtaket, vil Steinsbø/Wiken anføre noen flere argumenter.

I 2014 søkte tiltakshaver om tillatelse til å legge ut flytebrygge i samme området. Den gangen sendte tiltakshaver inn kart som ikke stemte med den faktiske situasjonen på stedet. Fergekaien var forlenget med 9 meter noen år tidligere. Kartet som lå til grunn for vedtaket om tillatelse til flytebrygge, var fra før denne utvidelsen, se vedlagte kart til havnevesenets/kommunens vedtak.

Fedje kommune og Bergen og Omland Havnevesen forholdt seg dermed i sin behandling av saken til at det var bedre plass enn det i virkeligheten var mellom fergekaien og tiltaket.

Likevel har begge instanser klare på at dette kunne være problematisk for tilflotten for eiendommene i området. Begge instanser påla også i sine vedtak tiltakshaver å sørge for at forankringen ble løst slik at det ikke hindret tilflotten til naboeiendommer, se vedlagte vedtak fra Fedje kommune 27.10.2014 og vedtak fra Havnevesenet 6.10.2014.

Det er derfor underlig at dette spørsmålet overhode ikke blir vurdert når Fedje kommune nå behandler en tilsvarende sak i samme området.

Forskjellen på saken fra 2014 og dagens sak, er at flytebrygga der er søkt om i 2019 ligger vesentlig dårligere til og stenger i større grad for tilflott. Dette gjelder både for brygga som sådan, som ligger skjevt ut i passasjen, i forhold til båter som ligger til brygga og i forhold til nødvendige fortøyningskjettinger til brygga.

Arent Wiken og Inger Steinsbø mener etter dette at alle disse forhold tatt i betraktning, er det ikke hjemmel for å tillate bygging av dem omsøkte flytebryggen.

Jeg ber om å bli holdt underrettet om sakens utvikling.

Med vennlig hilsen



Helga Karin Torset Rannekleiv
Advokat MNA

Vedlegg:

1. Vedtak fra Fedje kommune av 27.10.2014.
2. Vedtak fra Bergen og Omland Havnevesen av 6.10.2014, med kart.
3. Bilde av havneinnløp.

Kopi: klient