



Fylkesmannen
i Oslo og Akershus

Frogn kommune
PB 10
1441 DRØBAK

Juridisk avdeling

Tordenskioldsgate 12
Postboks 8111 Dep, 0032 Oslo
Telefon 22 00 35 00
fmoapostmottak@fylkesmannen.no
www.fmoa.no
Organisasjonsnummer NO 974 761 319

Deres ref.:
Deres dato:
Vår ref.: 2014/7222-2 FM-J
Saksbehandler: Hege Rasch-Engh
Direktetelefon: 22 00 35 86

Dato: 10.04.2014

FROGN KOMMUNE - ROSEKOLLEN - GBNR 74/23 - KLAGE TILLATELSE BADEHUS

Vedlagt oversendes kopi av klage fra Kristin og Susanne Gjessing av 04.04.2014 over Frogn kommunes behandling den 24.03.14.

Vi anmoder kommunen om å foreta forberedende klagebehandling jf. forvaltningsloven § 33.

Kopi av denne oversendelse er sendt klageren til orientering.

Med hilsen

Hege Rasch-Engh
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent.

Kopi til:
Kristin og Susanne Gjessing
Vedlegg: klage av 04.04.2014



Fylkesmannen i Oslo og Akershus
Postboks 8111 Dep.
0032 OSLO

postmottak@fmoa.no

04.04 2014

KLAGE OVER UTVALGETS BEHANDLING PÅ DISPENSASJONSVEDTAK GNR. 74/23 – «BADEHUS» ROSEKOLLEN

Innledning:

Det vises til Frogn kommune, Hovedutvalget for miljø-, plan- og byggesaker, sin behandling den 24.03.2014 på klage på dispensasjonsvedtak for oppført "badehus".

Klage på dispensasjonsvedtaket ble ikke tatt til følge, og kommunen skal oversende saken til Fylkesmannen for endelig avgjørelse. Denne klagen fremsendes før oversendelsesbrevet fra kommunen til Fylkesmannen.

Fylkesmannen anmodes om å ta stilling til dispensasjonsvedtakets gyldighet iht. Pbl. § 19-2.

Saken:

Vi mener at vilkårene for å dispensere fra reguleringsplanen ikke foreligger.

Avgjørende for politikerne er at tiltakshaver har bygget iht. (opprinnelig) «lovlig» tillatelse fra Fylkesmannen. Derav mener politikerne at det foreligger særlige fordeler.

Det sentrale spørsmålet er hvilken betydning det skal få at tiltaket ble bygget iht. tillatelse fra Fylkesmannen før uttalelse fra SOM forelå. Vi mener dette spørsmålet er av prinsipiell interesse.

Politikerne har stemt mot Rådmannens anbefaling som er at Hovedutvalget omgjør sitt dispensasjonsvedtak (ref. Rådmannens saksfremlegg).

Vi er ikke enige i Rådmannens vurdering av at reguleringsplanens formål ikke blir vesentlig tilsidesatt ved en dispensasjon.

Saksgangen m.m.:

- Tiltakshaver sendte nabovarsel **8.02 2009** under såkalt "Melding om tiltak" og "Mindre byggearbeid". Tiltakshaver hadde ikke benyttet seg av sin mulighet til å innkalle nærmeste naboer på forhåndskonferansen (Pbl. § 93a).
- Etter protester omgjorde Frogn kommune saken til "ordinær byggesak", ref. kommunens brev til tiltakshaver **17.03.2009**. Omgjøringen ble ikke begrunnet, men vi antar at kommunen etter protestene så at saken ikke var så "kurant" som først vurdert.
- Uttalelse fra Akershus fylkeskommune, nyere tids kulturminner, forelå **20.04.2009**. Sitat (våre understrekinger): "*Fylkesrådmannen vurderer tiltaket som dominerende i terrenget. Både båtopplag og badehus i ett bygg gir langstrakt form. Reguleringsbestemmelsene åpner for bygging av badehus, og i begrepet badehus legger fylkesrådmannen et veldig lite bygg. Selv om det tidligere har vært oppført*

bygg i to plan med båtopplag i underetasjen i andre deler av planområde, mener fylkesrådmannen at disse ikke bør være retningsgivende for videre utforming av badehus i området. Fylkesrådmannen anbefaler at terrassen reduseres vesentlig i størrelse og lengde. Fylkesrådmannen anbefaler at badehuset oppføres uten båtopplag i underetasjen slik at tiltaket reduseres og badehuset tilpasses bedre terrenget”.

- Vi sendte vårt syn på saken **30.07.2009** og fremla bl.a. tegning på forslag til løsning av badehus.
- Tiltaket ble vedtatt i utvalgsmøte **24.08.2009** og kommunen stadfestet vedtaket **31.08.2009**. Vi var publikum i det politiske møtet 24.08. Verken i dette møtet, eller i saksdokumenter for øvrig, ble Fylkesrådmannen nyere tids kulturminner sin anbefaling eller våre klageanførsler drøftet.
- Saken ble klaget til Fylkesmannen, som stadfestet kommunens vedtak i brev **30.10.2009**.
- Vi sendte saken til SOM **15.11.2009**. E-posten gikk i kopi til tiltakshaver sammen med hele vår saksfremstilling. E-posten er dokumentert i flere brev.
- Den **18.05.2010** sendte fire naboer brev til SOM og ga uttrykk for at tiltaket strider mot reguleringsplanen og det ble uttrykt bekymring for at *”kommunen har fraveket både ordlyd og egne forutsetninger for sin egen reguleringsplan”*. Det ble uttrykt bekymring for presedens med *«helt ny norm for bygging av badehus med tilhørende fasiliteter på Rosekollen”*.
- I løpet av våren ble ”badehuset” satt opp. På vèl møte **sommeren 2010** bemerket tiltakshaver at SOM bare ”kommer med prinsipputtalelser.” Vår e-post var altså kommet frem, og trass dette valgte tiltakshaver å bygge (tok en risiko). Etter forespørsel fra SOM var vi blitt orientert om at SOM sin uttalelse er kun rådgivende, men at uttalelsene i praksis blir fulgt av forvaltningen, og at SOM generelt har mange nedrivingsaker.
Videre ble vi informert av Miljøverndepartementet (etter henvendelse fra oss) at juridisk sett bygger tiltakshaver alltid på egen risiko, dette selv om byggesaken er innvilget etter ordinær klagebehandling.
- SOMs uttalelse forelå **07.03.2011**. SOM ba fylkesmannen å vurdere tiltaket på nytt. Fylkesmannen omgjorde vedtaket i brev **27.04.2011** etter Forvaltningsloven § 35.
- Tiltakshaver påklaget til Miljøverndepartementet som stadfestet Fylkesmannens omgjøringsvedtak **7.03.2012**.
- Den **19.10.2012** tilskrev advokatfirma DALAN, som representerer klager Einar og Bjørg Gjessing, Advokatfirmaet Rekve, Pleym & Co. DALAN henviste til byggevarsel **16.10.2012** og ba om å få tilsendt dispensasjonssøknaden.
- Den **22.10.2012** orienterte Rekve, Pleym & Co *”Ved en feil ble innsendte dispensasjonssøknad til kommunen ikke vedlagt ovennevnte nabovarsel til samtlige naboer”* og merknadsfristen ble utsatt.
- Frogn kommune ba om uttalelse fra Fylkeskommunen kulturminnevern **25.01.2013**.
- Uttalelse fra Fylkeskommunen kulturminnevern forelå **26.02.2013**. Fylkeskommunen viser til sin uttalelse 20.04.2009.
- Frogn kommunes innstilling til Hovedutvalg for miljø-, plan og byggesaker for møte lyder, sitat: *”Til dispensasjonen knyttes følgende vilkår: Terrassens utstrekning reduseres. Panel rundt båtopplag under terrassen fjernes”*.
- Vi sendte inn forslag/grunnlagsmateriale til badehus” til kommunen **4.06.2013**, og ba kommunen å vurdere innstillingen på ny og utsette saken til neste møte 17.06.2013. Vi skrev i e-posten som en liten forklaring til forslaget (og som vi tidligere har skrevet i flere brev): *«Forslaget er samme løsning som to badehus lenger nord på Rosekollen,*

og som tiltakshaver selv, etter lenger skriftlig innspill ved 1. gangs gjennomsyn av reguleringsplanen argumenterte med var en god badehusløsning for Rosekollen. Innspillet medførte at reguleringsplanen pkt. 9 fikk sin utforming" ... badehus tilpasset terreng og omgivelser".

Situasjonen er altså slik at tiltakshaver selv medvirket til å åpne for badehusbygging på Rosekollen, og var sterkt delaktig i å utforme premissene for dette. Det fremstår på denne bakgrunn underlig at han 10 år senere byggemelder et tiltak som til de grader bryter med de argumenter som ble benyttet da reguleringsplanen var på høring.

- Advokatfirma DALAN sendte inn kommentarer **5.06.2013**, og ba om at *"dispensasjonen avslås og at det byggemeldes et nytt tiltak som hovedutvalget kan ta stilling til ut fra reguleringsplanens bestemmelser."*
- Det politiske møtet ble likevel holdt **10.06.2013**. Flertallet vedtok å innvilge dispensasjon slik som tiltaket står, altså: Rådmannens innstilling om å gi dispensasjon på vilkår av endringer ble ikke tatt til følge.
- Verken klageanførsler eller anbefalingen fra Fylkesmannen kulturminnevern ble drøftet.
- Vedtaket ble påklaget av oss i brev **26.06.2013**, og av Advokatfirma DALAN **3.07.2013**.
- Nytt politisk møte med befaring ble avholdt **24.03.2014**, herav vår klage.

Kort presentasjon av tiltaket og Rosekollens miljø:

Tiltakets grunnflate er **28,4 kvm**. Av dette utgjør veranda (over båthuset) ca. 16,6, omkleddingsrom med tre store vinduer til tre kanter 11,8 og båthus ca. 25 kvm. Omkleddingsrommet er utstyrt med sovesofa, bord og stoler. Gardiner må trekkes for dersom man vil skifte uten innsyn. I sin bredde, høyde og utforming er tiltaket svært dominerende i forhold til Rosekollens miljø og terreng.

Det er, tiltaket medberegnet, i alt syv badehus innenfor Rosekollens reguleringsplan. De seks øvrige badehusene ble bygget før reguleringsplanen av 1999. Rosekollen er et lite og sårbart planområde.

Vår vurdering

Iht. Pbl. § 19-2 kan dispensasjon ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsene det dispenseres fra blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.

Vi vil i det følgende gjennomgå kommunens saksfremstilling:

Reguleringsplanens formål – vesentlig tilsidesettelse:

Rådmannen mener at reguleringsplanens formål ikke blir vesentlig tilsidesatt ved en dispensasjon, og bemerker *«at det ikke noe sted i den forvaltningsrettslige prøving har blitt uttalt at byggverket skiller seg vesentlig fra ut fra det som i reguleringsmessig og språklig sammenheng kan betegnes som et badehus»*.

Vi viser til uttalelsen fra SOM (7.03.2011) (Våre understrekinger) og som Fylkesmannen og Miljøverndepartementet stadfestet:

Side 4, 3. avsnitt *«Videre synes det klart at tiltakets størrelse i det vesentlige skyldes at tiltaket skal tjene andre funksjoner, ikke at det skal fungere som badehus.»*

Side 4, femte avsnitt: " Uavhengig av hvilke opplysninger som legges til grunn, er det imidlertid klart at det aktuelle tiltaket er betydelig større enn de badehusene som tidligere har blitt godkjent innenfor planområdet. Det er da vanskelig å se at de lokale forholdene eller kommunens praksis gir en begrunnelse for å anse tiltaket som "badehus".

Side 4, siste avsnitt, «tiltaket ligger utenfor en naturlig forståelse av uttrykket "badehus" og det foreligger ikke opplysninger i saken som tilsier at tiltaket likevel er i samsvar med reguleringsplanen for området. Reguleringsplaner har en viktig informasjonsfunksjon, og skal skape forutsigbarhet for innbyggerne».

Vi referer til Saksgangen m.m ovenfor; naboer fant grunn til å skrive til SOM, samt anbefalingen fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus, fagmyndighet for kulturminnevern, brev **26.02.2013**. Deres uttalelser støtter vårt syn på at en dispensasjon vil i det vesentlige sette reguleringsplanens formål til side.

Den generelle veiledningsplikten:

Rådmannen skriver at «... både Sivilombudsmannen og Fylkesmannen har forutsatt lagt til grunn at forholdet vil kunne bringes i orden ved en dispensasjon fra reguleringsplanen».

Vi er usikre på hva Rådmannen mener, men oppfatter det dithen at rådmannen mener at SOM og Fylkesmannen har gitt uttrykk for at dispensasjon vil bli innvilget ved formell søknad om dispensasjon. Vi mener at det som fremkommer er en del av forvaltningens generelle veiledningsplikt (Forvaltningsloven § 11).

Fordelene ved å gi dispensasjon må klart være større enn ulempene:

Kommunens politikere fant det avgjørende at tiltakshaver hadde satt opp bygget iht. «lovlig» vedtak fra Fylkesmannen.

Vi ber Fylkesmannen å ta stilling hvilken betydning det har at tiltaket ble bygget iht. (opprinnelig) gyldig tillatelse fra Fylkeskommunen.

Naborettslige forhold:

Ifl. Pbl § 19-2 skal det foretas en «samlet vurdering» av fordelene og ulempene.

Rådmannen skriver, sitat: «De naborettslige forholdene er allerede behandlet av flere forvaltningsinstanser i foreliggende sak, og rådmannen bemerker at verken Fylkesmannen, Sivilombudsmannen eller departementet har hatt noen innsigelser i forhold til de forhold som gjelder plassering og naboulempen som igjen tas opp i form av klage på dispensasjonsvedtaket».

Vi bemerker at SOM uttalte seg kun om uttrykket «badehus». Fylkesmannen og Miljøverndepartementet sluttet seg til uttalelsen. Det er ikke nødvendig å vurdere naborettslige forhold når man har kommet til at bygget ikke er «badehus» iht. reguleringsplanen.

Vi ber om fornyet vurdering av de naborettslige forholdene:

Tiltaket er plassert midt i synsfeltet til Einar og Bjørg Gjessing, og det fratrar utsyn, luftning og sol. I tillegg får de midt i synsfelt alle aktiviteter fra personer som oppholder seg på den 16,6 kvm store verandaen som rager ut. Deres plattning er ikke lenger egnet for strandopphold.

«Badehuset» er også oppholdssted om kvelden i sin funksjon som lysthus med overnattingsmulighet.

Det lar seg gjøre å bygge om tiltaket slik at bygget blir forenlig med terreng og omgivelser (ref. reguleringsplanens punkt 9), og vi viser til vårt forslag i brev til kommunen 4.06.2013 (nokså lik den vi fremla 30.07.2009).

Både fra land og sjøsiden fremstår tiltaket som dominerende og ruvende i terrenget.

Sakens prinsipielle side

Vi mener saken er av prinsipiell interesse.

Saker til SOM har ikke oppsettende virkning, og SOMs uttalelser har ikke vedtaks virkning. I praksis blir uttalelsene fulgt, slik også Fylkesmannen gjorde i sitt omgjøringsvedtak.

Dersom kommunens dispensasjon tas til følge, og avgjørende for å dispensere er at tiltakshaver bygget iht. (opprinnelig) «lovlig» tillatelse fra Fylkesmannen, kan vedtaket bli normgivende for senere saker. (Vi minner om at tiltakshaver var kopimottaker i vår e-post til SOM 15.11.2009 ref. Saksgangen m.m).

Ombudsmannens oppgave er å hindre urett mot borgerne, og skal utføre etterfølgende juridisk kontroll på grunnlag av tung faglighet. Ombudsmannsordningen er innrettet slik at den er helt avhengig av tillit. Hvis man på noe tidspunkt slutter å ha det for øyet, vil institusjonen sakke akterut.

Det juridiske prinsippet om at tiltakshaver alltid bygger på egen risiko, - selv om byggesaken er innvilget etter ordinær klagebehandling, vil bli svekket dersom dispensasjonen tas til følge.

Vi var ukjente med muligheten til å begjære oppsettende virkning for Fylkesmannen da vi sendte saken til SOM. Vi hadde muntlig forespeilet (via telefonvakten) at vi ville oversende saken til SOM dersom klagen ikke ble tatt til følge. Fylkesmannen har uansett ikke plikt til å ta en slik begjæring til følge.

Avslutning

Vi finner det helt urimelig at et ulovlig bygg skal bli stående med grunnlag i saksbehandlingsfeil. Tiltakshaver kan kompenseres økonomisk dersom vilkårene for erstatning foreligger. Vi er i utgangspunktet ikke imot et badehus.

Med vennlig hilsen
Kristin og Susanne Gjessing