



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Thommessen AS
Postboks 1484 Vika
0116 OSLO

Deres ref

Vår ref
16/966

Dato 22.09.17
22.09.2017

Begjæring om omgjøring av endelig vedtak i klagesak - søknad om tillatelse til etablering av oppdrettsanlegg

Vi viser til brev 7. april 2017 fra Advokatfirmaet Thommessen AS ved advokat Kenneth Steffensen med anmodning om omgjøring av Kystverkets vedtak 2. september 2015 (heretter Kystverkets vedtak). Advokat Steffensen representerer Tombre Fiskeanlegg/Fjord Drift AS (heretter Tombre).

1. Sakens bakgrunn

Saksforholdet forutsettes kjent, og Samferdselsdepartementet (heretter departementet) viser derfor kun til hovedtrekkene i den tidligere behandlingen.

I mars 2013 vedtok Fedje kommune en kommuneplan der et område ved Hjeltevarden var avsatt til akvakulturformål. I det aktuelle området er det allerede etablert et alternativt losbordingfelt, men Kystverket Vest (heretter regionkontoret) påpekte ikke dette i forbindelse med høringen av den nye kommuneplanen. I februar 2014 søkte Tombre om å etablere et akvakulturanlegg for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret i dette området. Med hjemmel i lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann (havne- og farvannsloven) § 27 avslø regionkontoret Tombres søknad om tillatelse til etablering av ny lokalitet for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret ved Hjeltevarden i Fedje kommune ved vedtak 6. november 2014. Avslaget ble begrunnet med hensynet "*til god fremkommelighet i et farvann med tett skipstrafikk og med spesiell vektlegging av sikkerheten i forbindelse [med] losbodingsoperasjoner.*" Hordaland fylkeskommune avslø deretter søknaden i samlet vedtak i november samme år.

Kystverkets avslag ble påklaget. Kystverkets hovedkontor (heretter Kystverket) fant ikke grunn til å ta klagen til følge. Ved vedtak 2. september 2015 ble regionkontorets vedtak stadfestet under henvisning til at det er stor og tett skipstrafikk i området samt at det er etablert et alternativt losbordingfelt på stedet.

Postadresse
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo
postmottak@sd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.sd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org no.
972 417 904

Avdeling
Kyst- og
miljøavdelingen

Saksbehandler
Anita Christoffersen
22 24 64 34

I mars 2016 anmodet Tombre Kystverket om å omgjøre vedtaket, slik at det likevel ble gitt tillatelse etter havne- og farvannsloven for etablering av akvakulturanlegg i medhold av forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften). Begrunnelsen for omgjøringsbegjæringen var at Kystverket, etter Tombres vurdering, ikke hadde grunnlag for sitt vedtak. Dersom Kystverket ikke fant grunn til å omgjøre vedtaket, ble det anmodet om at begjæringen ble oversendt "Samferdselsdepartementet for vurdering av det prinsipielle spørsmålet om hvilken betydning kommuneplanen skal ha for sektormyndighetene etter laksetildelingsforskriften, herunder om det foreligger grunnlag for omgjøring av vedtaket".

Kystverket konkluderte i mars 2016 med at det ikke var grunnlag for å omgjøre det endelige klagevedtaket. Samferdselsdepartementet ble kjent med saken ved kopi av Kystverkets brev til Tombre.

Etter anmodning fra Tombre ble det gjennomført et møte mellom representanter fra Tombre og Fedje kommune og Samferdselsdepartementet i juni 2016. På møtet ba Tombre om at departementet stilte saksbehandlingen i bero i påvente av at Tombre på nytt ville diskutere saken med Kystverket. Et møte mellom Tombre og regionkontoret ble avholdt i november 2016, og i april 2017 ba Tombre departementet om å gjenoppta behandlingen av omgjøringsbegjæringen som ble sendt via Kystverket i mars 2016.

2. Rettslig grunnlag

En rekke tiltak i sjø krever tillatelse fra en eller flere myndigheter og etter et eller flere regelverk. Alle typer tiltak som kan påvirke sikkerheten eller fremkommeligheten i farvannet krever tillatelse fra myndighetene, jf. § 27 i lov 17. april 2009 nr. 17 om havner og farvann (havne- og farvannsloven). Etablering av akvakulturanlegg er et eksempel på tiltak som krever tillatelse etter havne- og farvannsloven. I henhold til forskrift 3. desember 2009 nr. 1449 om tiltak som krever tillatelse fra Kystverket (tiltaksforskriften), skal søknader om akvakulturanlegg etter havne- og farvannsloven behandles av Kystverket uansett hvor det søkes plassert.

Det generelle utgangspunkt om forvaltningens omgjøringsadgang følger av § 35 i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). I medhold av bestemmelsens annet ledd, har overordnet organ kompetanse til å omgjøre underordnet organs vedtak. Overordnet organs adgang til å omgjøre underordnet organs vedtak etter annet ledd, er den samme som organets egen myndighet etter første ledd.

Samferdselsdepartementet har således, som overordnet forvaltningsorgan, adgang til å omgjøre vedtak truffet av Kystverket, forutsatt at vilkårene for omgjøring er oppfylt.

Et forvaltningsorgan kan omgjøre et gyldig vedtak dersom endringen ikke er til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a. Det følger videre av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c at et vedtak kan omgjøres dersom det "må anses ugyldig". Et vedtak kan også omgjøres på bakgrunn av ulovfestede omgjøringsregler.

Selv om reglene i forvaltningsloven eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke er fulgt i en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

3. Departementets vurdering

Slik departementet forstår Tombres anmodning, kreves det prinsipalt at Kystverkets vedtak må omgjøres fordi det er ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Subsidiært hevdes det at vedtaket under enhver omstendighet må omgjøres i henhold til forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a.

Departementet vil først vurdere om Kystverkets vedtak er ugyldig, og om dette i så fall tilsier at departementet omgjør vedtaket.

Tombre anfører at Kystverkets vedtak er ugyldig på bakgrunn av følgende grunnlag:

- a) Feil ved Kystverkets saksbehandling har ført til mangler ved det faktiske grunnlag eller de faktiske forutsetninger for vedtaket om å avslå søknad om etablering av akvakulturanlegg i det aktuelle området
- b) Kystverkets vedtak er truffet i strid med den vedtatte kommuneplan

Når det gjelder spørsmålet om Kystverkets vedtak er ugyldig fordi det foreligger mangler ved det faktiske grunnlaget eller de faktiske forutsetninger som vedtaket er basert på, må dette vurderes med utgangspunkt i havne- og farvannsloven § 27 første ledd. Ifølge bestemmelsen krever alle tiltak "*som kan påvirke sikkerheten eller fremkommeligheten*" i sjøen, som hovedregel tillatelse etter § 27 første ledd. Det avgjørende i denne sammenheng er hvilken påvirkning tiltaket har på sikkerheten eller fremkommeligheten i sjøen. I uttrykket "*kan påvirke*" ligger at det er tilstrekkelig at det er en rimelig mulighet for at tiltaket kan virke forstyrrende på ferdselen. Dette tilsier at Kystverket må gjøre en konkret vurdering ved behandlingen av den enkelte søknad. I vurderingen skal det legges vesentlig vekt på virkninger for sjøtransporten og annen ferdsel på sjøen. Videre må det også legges vekt på virkninger for annen aktivitet i farvannet. I "*sikkerheten*" ligger at ferdselen i farvannet skal være sikker for fartøyer og andre som bruker eller oppholder seg i farvannet. Med "*fremkommelighet*" menes at det skal tilrettelegges for uhindret og trygg ferdsel. Bestemmelsen må forøvrig tolkes i samsvar med lovens formål angitt i § 1.

På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon legger departementet til grunn at Kystverket har foretatt de vurderinger som regelverket gir anvisning på. Vi kan ikke se at Tombre har fremlagt dokumentasjon som tilsier at det foreligger mangler verken ved det faktiske grunnlag eller ved de faktiske forutsetninger som Kystverkets vurderinger bygger på. Kystverkets vedtak er således ikke ugyldig som følge av mangler ved den faktiske vurderingen.

Neste spørsmål blir om Kystverkets vedtak er ugyldig fordi det er truffet i strid med den vedtatte kommuneplan.

En kommuneplan gir rammer for kommunens planer og tiltak, og planer for bruk og vern av arealer i kommunen. Dette innebærer ikke at tiltakshaver har krav på tillatelse til tiltak som er i overensstemmelse med planen. Tiltakshaver må også ha nødvendige tillatelser fra eventuell annen myndighet i medhold av annet regelverk, herunder tillatelse fra Kystverket etter havne- og farvannsloven. Uavhengig av vedtatte kommuneplaner, følger det av havne- og farvannsloven kapittel 4 at det må foretas en konkret vurdering av om det aktuelle tiltaket er i tråd med lovens bestemmelser når søknad er innkommet til myndigheten etter loven. Vi kan derfor ikke se at det faktisk at den omsøkte lokaliteten ligger i et område som er regulert til akvakulturfremål i kommuneplanen skal medføre at Kystverkets vedtak er ugyldig.

Departementet kan heller ikke se at det foreligger andre saksbehandlingsfeil, feil ved lovanvendelsen eller feil som ellers kan ha vært avgjørende for innholdet i Kystverkets vedtak som tilsier at vedtaket er ugyldig.

På bakgrunn av ovennevnte vurdering konkluderer departementet med Kystverkets vedtak er gyldig, og at det derfor ikke omfattes av omgjøringsreglene i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.

Departementet går så over til å vurdere om Kystverkets vedtak bør omgjøres i medhold av forvaltningslovens § 35 første ledd bokstav a. Ifølge denne bestemmelsen kan et gyldig vedtak omgjøres dersom "*endringen ikke er til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser*". Er endringen til skade for "*noen vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser*", kan det bare omgjøres hvis det er grunnlag for det i de øvrige reglene i § 35.

Det fremgår av forarbeidene¹ til § 35 at formålet bak omgjøringsinstituttet er at de overordnede organer skal ha et kontrollmiddel og mulighet til å gripe inn hvis loven blir praktisert på en ulovlig, urimelig, uheldig eller uensartet måte. Departementet kan ikke se at det foreligger tungtveiende, allmenne hensyn i den foreliggende sak som tilsier at Kystverkets vedtak bør omgjøres i medhold at § 35 første ledd bokstav a.

4. Konklusjon

På bakgrunn av ovennevnte vurdering er Samferdselsdepartementet kommet til at det ikke er grunnlag for å etterkomme Tombres anmodning om omgjøring av Kystverkets vedtak 2. september 2015.

Beslutningen er endelig og kan ikke påklages.

5. Avsluttende merknad

Til orientering vedlegges kopi av brev fra Samferdselsdepartementet til Kystverket. I brevet ber departementet Kystverket vurdere om det aktuelle losbordingsfeltet kan flyttes for å unngå at det ikke kommer i konflikt med slik næringsvirksomhet som området er regulert til.

Med hilsen

Ottar Ostnes (e.f.)
ekspedisjonssjef

Petter Meier
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

¹ Jf. Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) s. 109

Kopi

Kystverket hovedkontoret

Vedlegg

KOPPI