

Meland kommune

Postboks 79
 5906 FREKHAUG

Bergen, 15. januar 2015

Vår ref: 101136/SEV
 Ans. adv. Katrine Lillejord
 Sekretær: Bente Karin Aksdal

**KLAGE TIL FYLKESMANNEN PÅ VEDTAK, RAMMELØYVE TIL
 UTFYLLING MELLOM GBNR. 1/57 OG 1/284, DYKKAR REF. 14/3594-14/18800**

1. INNLEIING

Vi viser til kommunen sitt vedtak dagsett 01.12.14, og til klagefristen som er utsett til 15.01.14.

Vedtaket blir med dette påklaga på vegne av følgjande partar, som alle er naboar til tiltaket: Svein Jakobsen, Svein Magne Krossnes, Roar Sudmann, Dag Sudmann, Håkon Magnussen, Steinar Hansen, Lasse Bruvik og Aslaug Aalen.

Bakgrunnen for klagen er i hovedsak at ein er uenige med kommunen i at tiltaket ligg innanfor arealformålet i gjeldande reguleringsplan. Tiltaket kan derfor ikkje godkjennast utan reguleringsendring, og godkjenninga må omgjerast til eit avslag.

2. KORT OM FAKTUM

Saka gjeld løyve til utfylling av 18 daa landareal og 25 daa botnareal. Det skal brukast om lag 300 000 m² steinmasser i utfyllinga. Det er såleis eit svært omfattande tiltak som skal utførast, i strandsona og i sjøen. Tiltaket vil ligge i kort avstand til det svært viktige friluftsområdet Håøya og sjøområdet der, som òg har store friluftsverdiar.

Ettersom tiltaket er så stort og inngripande, og kan få konsekvensar for andre sårbare område, er det særleg viktig at kommunen er sikker på at tiltaket er i tråd med plan og at konsekvensane av det er tilstrekkeleg utgreidd til at det er forsvarleg å treffe vedtak.

Kommunen har i sitt vedtak gått gjennom reguleringshistorikken og gjeldande planar for området, og vi finn ikkje grunn til å gå gjennom dette på nytt her.

Vi vil likevel tilføye at det i samband med høyringsrunden for rullering av kommuneplanen i desember 2014 kom sterke signal frå statleg hald om at ein ikkje bør vedta disponeringa av område N2, der det godkjente tiltaket vil ligge.

Advokatfirmaet Harris DA
 Grunnlagt 1924
 Org. nr. 859 234 232 mva
 www.harris.no

Medlemmer av:
 Den Norske Advokatforening
 EuroAdvocaten
 Advocatia AS

Bergen:
 Dreggsallmenningen 10/12
 Postboks 4115 Sandviken
 5835 Bergen
 Tlf: (+47) 55 30 27 00
 Faks: (+47) 55 30 27 01

Førde:
 Naustdalsvegen 1B
 Postboks 474, 6803 Førde
 Tlf: (+47) 57 83 71 00
 Faks: (+47) 57 83 71 01

Norheimsund:
 Sandvenvegen 40
 Tlf: (+47) 56 55 44 40

Sogndal:
 Parkvegen 5
 Tlf: (+47) 57 67 88 00

ADVOCATIA
 Deltakende advokatfirmaer:
Oslo:
 Kvale Advokatfirma
Bergen/Førde:
 Advokatfirmaet Harris
Trondheim:
 Advokatfirmaet Bjerkan Stav
Stavanger/Bryne:
 Advokatfirmaet Haver
Kristiansand:
 Advokatfirmaet Kjær
Tromsø:
 Advokatfirmaet Rekke, Pleym
Lillehammer:
 Advokatfirmaet Thallaug
Molde:
 Advokatfirmaet Øverbø, Gjertz
 www.advocatia.no

Vedlegg 1: Samordna uttale – statlege motsegner, dagsett 13.12.14

På side 5 går det fram at Statens vegvesen meiner at området N2 burde inngå i omsynssone for felles planlegging på Flatøy. Om det blir lagt ned motsegn på dette punktet blir avklart når revidert planforslag ligg føre.

På side 8 i brevet går det vidare fram at Fylkesmannen meiner at

«(...) det er uheldig å fylle ut eit så stort areal i sjø. Området ligg i strandsona, ikkje langt frå regionalt svært viktig friluftsområde Håøya med sjøområdet rundt, som òg har store friluftsverdiar.

Kommunen opplyste at mesteparten av utfyllinga ligg inne i eksisterande plan og at ein ønskjer å legge til rette for at verksemda skal halde fram der også framover i tid.

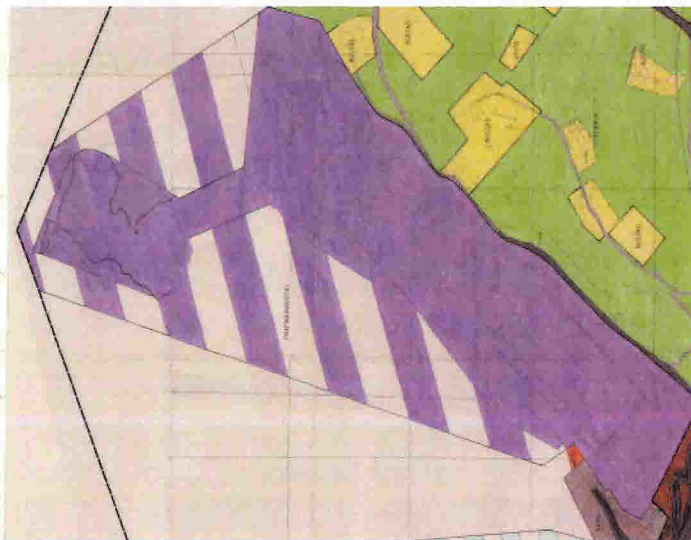
Fylkesmannen rår til at kommunen gjer ei grundig, ny vurdering av dette i lys av dei bindingar som ev. ligg i eksisterande planar, men òg med omsyn til dei viktige verdiane i området, knytt til friluftsliv, landskap og naturmangfald i sjø.» (vår uthev.)

Dette rådet om ei «grundig, ny vurdering» må kommunen ta til seg i handsaminga av denne klagen.

3. TILTAKET ER IKKJE I TRÅD MED GJELDANDE REGULERINGSPLAN

I reguleringsplanen frå 1989 er arealet på land markert med heildekkande lilla farge, noko som i følge føresegnene til planen betyr at det er regulert til «industri». Sjøområdet utanfor er markert med *stripete* lilla farge, noko som etter føresegnene betyr at det er regulert til «trafikkindustri».

Utsnitt frå plankartet:



Innleiingsvis vil vi knyte nokre kommentarar til at kommunen i si vurdering av arealformålet har vist til legalitetsprinsippet, og til ein uttale frå Sivilombodsmannen (sak 2012/1175) der det blir framheva at kommunen ikkje kan avslå ein søknad om eit byggjetiltak med heimel i plan utan at

planen er klar. Vi presiserer at saka ombodsmannen uttaler seg om gjaldt føresegner til ein kommunedelplan der det ikkje var tilstrekkeleg klart om ein hadde vedteke plankrav eller ikkje. Legalitetsprinsippet tilsa då at ein ikkje kunne kreve reguleringsplan.

Om det ligg føre plankrav eller ikkje er eit «ja eller nei»-spørsmål. Har ein ikkje klare nok haldepunkt for anna, skal ein etter ombodsmannen sin uttale svare nei på spørsmålet, slik at plan ikkje er nødvendig. Kva området er regulert til, må ein på den andre sida ta stilling til *sjølv om det skulle vere uklart*; ein kan ikkje legge til grunn at området er regulert til det tiltakshavar ønskjer fordi det kan vere uklart om dette er riktig eller ikkje. Ein kan nemleg tenkje seg tilfelle der det er fleire som ønskjer å utnytte området til *ulike* tiltak, og der det er uklart kva av desse tiltaka som er i tråd med planen. Kommunen kan ikkje då gje alle rett – ein må avgjere kva området er regulert til sjølv om dette er uklart. På same måte kan ein ikkje i dette tilfellet la det at ein meiner planen er uklar tale for at ein legg tiltakshavar sitt standpunkt til grunn.

Når dette er sagt, presiserer vi at det etter klagarane sitt syn ikkje er tvil om at sjøområdet er regulert til noko anna enn landområdet – nemleg *trafikkindustri* – og at planen derfor er klar på at utfylling i sjø ikkje er tillate.

Kommunen har i godkjenninga lagt til grunn at utfylling i sjø er i tråd med formålet «trafikkindustri», fordi det i realiteten er det same formålet som på land.

Dersom det hadde vore meninga å la planen legge til rette for utfylling i sjøområda hadde det naturlege vore å ha *same* markering på dette området som på industriområdet på land. Når ein lagar ulik markering på ulike areal i ein reguleringsplan, må ein gå ut frå at meninga har vore at områda skal ha ulik bruksmåte.

At arealet er sett av til *trafikkindustri* taler klart for at det skal kunne vere trafikk på sjøen i dette området. Ei utfylling vil derimot *hindre* dette.

Slik vi ser det, er kommunen sitt vedtak av arealdel til kommuneplanen i 1992 eit viktig tolkingsmoment for reguleringsplanen. (Plankartet er innteke i kommunen sitt vedtak på s. 7)

Berre tre år etter at reguleringsplanen var vedteken, la kommunen til grunn at kommuneplanen sin arealdel viste området for «erverv/industri» i *samsvar med* stadfesta reguleringsplan. Kommuneplanen sitt industriområde omfatta imidlertid berre landarealet. Dette tyder på at kommunen tolka reguleringsplanen, som kommuneplanen skulle vere i samsvar med, slik at sjøområdet *ikkje* var alminneleg industriområde. Det var i føresegnene presisert at ein seinare skulle vedta kystsoneplan for sjøområdet. Slik plan har ikkje blitt vedteken. Kommunen si forståing av reguleringsplanen så tett opp til vedtakstidspunktet må etter vårt syn vektleggast.

Kommunen ser òg ut til å ha forstått reguleringsplanen på same måte i 2004, då det i samband med godkjenning av bru over sundet til Gudmundsholmen vart uttalt at

«Brua over til fastlandet vil bli ei bru av betong med same høgde som planert areal. I tillegg vil brua bli nedfora med eit «skjørt» slik at båtar ikkje kan passera under brua, men sjø og straum ikkje vert hindra.

«Dette er og i samsvar med godkjent reguleringsplan, men der det var føresett utfylling med røyropningar i fyllinga. Vald løysing er betre sett i høve til fri sjøpassasje.» (vår uthev.)

Vedlegg 2: Vedtak dagsett 10.08.04

I 2004 forstod kommunen altså reguleringsplanen slik at han krevde «fri sjøpassasje»; med andre ord at det var krav om god gjennomstrømming gjennom sundet.

Tiltakshaver sjølv la òg i 2004 til grunn at reguleringsplanen kun opna for å søkje om utbygging på Gudmundsholmen (som er markert som «industri»). Det heiter i merknadane frå tiltakshavar at ein søkte på Gudmundsholmen fordi «verksemda har ikkje andre alternativ som er ferdig regulert.»

Den førebelse tilbakemeldinga frå kommunen til tiltakshavar 11.12.13, gjekk òg ut på at tiltaket var i strid med planformålet.

Vedlegg 3: Brev frå kommunen dagsett 11.12.13

Slik vi ser det framstår kommunen si grunngjeving i dette brevet for kvifor tiltaket er *i strid med* arealformålet som langt meir overbevisande enn den som no er gitt for motsett resultat.

Tiltakshavar har etter tilbakemeldinga frå kommunen i 2013 argumentert for at tiltakete *er* i tråd med plan, og har i sin argumentasjon lagt stor vekt på kor viktig verksemda til tiltakshavar er, og kor nødvendig denne utfyllinga er for verksemda. Dette er ikkje forhold som har betydning i spørsmålet om kva eit område er regulert til.

Det er òg vist til rettleiar for reguleringsplanar frå 2001, der det er lagt til grunn at ein reguleringsplan skal ta sikte på å få den best mulege arealbruken totalt sett etter ei samordna avveging av ulike interesser. Tiltakshavar uttaler at

«Det vil derfor være av betydning ved fastsetting av arealbruk og bestemmelser i det enkelte reguleringsområde hvilke arealbruksinteresser som gjør seg gjeldende på de tilstøtende områder, og hvilken virksomhet og bruk som er aktuell der.»

Rettleiaren er for det første vedteken 12 år etter reguleringsplanen. For det andre gjeld rettleiaren nettopp rettleiing ved *utforming av nye reguleringsplanar*. Han seier noko om kva ein skal ta omsyn til ved regulering. Når ein skal tolke ein eksisterande reguleringsplan kan ein imidlertid ikkje ta omsyn til kva som *hadde vore* den beste arealbruken sett frå tiltakshavar sin ståstad; ein skal fastlegge kva innhaldet *er*, og ikkje kva det burde ha vore.

Kommuneplanen frå 1992 er eit betre teikn på kva kommunen tenkte på denne tida; sjøområdet burde disponerast gjennom ein kystsoneplan og derfor ikkje leggest ut til utbygging. Ei regulering til *trafikkindustri* markerte at ein såg området i samanheng med industriområdet på land, men at det nettopp skulle vere ope for trafikk/tilflot til begge kaier og at det framleis skulle vere god sjøpassasje.

Dersom ein gjennom reguleringsplanen hadde meint å legge opp til at heile området kunne utfyllast og takast i bruk på same måte som landområdet, hadde det vore naturleg at dette hadde kome tydeleg fram. Ei så storstilt utfylling av sjøområdet som ein då har heimel til er inngripande for områda rundt, og det er lite sannsynleg at kommunen hadde lagt dette inn i planen utan at det hadde gått fram tydeleg at det var dette ein meinte. Kommunen si handtering av det same sjøområdet i kommuneplanen tre år seinare tydeleggjer dette.

Klagarane meiner etter dette at kommunen har teke feil når ein i vedtaket har lagt til grunn at tiltaket er i tråd med arealformålet.

Ettersom tiltaket tvert imot er i strid med arealformålet, er det nødvendig med reguleringsendring før ein kan gje løyve. Endring av arealformålet vil vere så vesentleg at det ikkje kan gjennomførast som ei «mindre» reguleringsendring, og då kan løyve heller ikkje bli gitt gjennom dispensasjon. Det er nødvendig med reguleringsprosess der også offentlege instansar får høve til å uttale seg, og eventuelt legge ned motsegn, før vedtak blir gjort.

4. VEDTAKET TILFREDSSTILLER IKKJE NATURMANGFALDLOVA

Det godkjente tiltaket skal utførast i eit område med sårbar natur, og der det mellom anna er registrert fleire raudlisteartar. Det er eit krav etter naturmangfaldlova § 7 at

«Prinsippene i §§ 8 til 12 skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd, og ved forvaltning av fast eiendom. Vurderingen etter første punktum skal fremgå av beslutningen.» (vår uthev.)

I dette vedtaket har kommunen vist til rapporten frå Rådgivende Biologer. Elles heiter det at

«Administrasjonen vurderer på denne bakgrunn at det planlagde tiltaket bygger på eit tilstrekkeleg kunnskapsgrunnlag med omsyn til verknadar for miljø og naturmangfald, og at tiltaket – gjennom dei vilkår som er fastsett i vedtaket nedanfor – i rimeleg og naudsynt utstrekning tar sikte på å unngå vesentleg skade på naturmangfaldet.»

Slik vi ser det er ikkje dette tilstrekkeleg. Naturmangfaldlova § 7 krev at kommunen sjølv, i vedtaket, gjer greie for vurderingar og konklusjonar. Ein kan sjølv sagt byggje på dei faglege vurderingane, men kommunen må i vedtaket vise at ein sjølv har teke stilling til det som kjem fram av rapporten og vurdert tiltaket på bakgrunn av dette.

Når dette ikkje er gjort, kan ein ikkje etterprøve om kommunen har forstått kva konsekvensar tiltaket vil føre med seg for naturmangfaldet og om konklusjonane byggjer på ei riktig forståing av krava i lova.

5. OM FORHOLDET TIL FORUREININGSLOVA

I vedtaket heiter det øverst på side 14 at

«Kommunen kan heller ikkje avslå ein søknad med den grunngeving at tiltaket kjem i strid med andre lover enn Plan- og bygningsloven med tilhøyrande forskrifter. Dersom tiltaket er avhengig av godkjenning med heimel i anna lovgiving, kan tiltaket likevel ikkje gjennomførast før slik godkjenning ligg føre.»

Det er riktig at kommunen ikkje kan avslå søknaden fordi tiltaket er i strid med andre lover og forskrifter. Det følger likevel av pbl. § 21-5 at

«Når tiltaket er betinget av tillatelse eller samtykke fra annen myndighet, eller når planer for tiltaket skal legges fram for slik myndighet, kan kommunen vente med å avgjøre saken inntil det foreligger avgjørelse eller samtykke som nevnt. Kommunen kan også gi rammetillatelse innenfor sitt myndighetsområde, med forbehold om at igangsettingstillatelse ikke vil bli gitt før forholdet til andre myndigheter er bragt i orden, jf. § 21-4 fjerde ledd. Kommunen skal i tilfeller som nevnt, forelegge saken for de myndigheter som følger av forskrift, hvis ikke avgjørelse eller uttalelse er innhentet på forhånd.» (vår uthev.)

Dersom tiltaket er «betinget av tillatelse eller samtykke fra annen myndighet», skal altså kommunen uoppfordra legge fram saka for desse organa dersom tiltakshavar ikkje har gjort det sjølv.

I dette tilfellet har det særleg blitt stilt spørsmål ved om tiltaket er avhengig av løyve/samtykke etter forureiningslova. I vedtaket på side 17 skriv kommunen at

«Om gjeldande krav til byggegrunn, ivaretaking av miljø, sikring av tiltak/byggjeplass og dei tekniske krav som gjeld for tiltaket vert det elles vist til høvesvis pbl. §§ 28-1-28-2, § 29-5 første ledd og § 30-4 og Forurensningsloven m/ tilhøyrande forskrift.» (vår uthev.)

Det framstår som uklart kva reglar i forureiningslova kommunen her meiner å vise til, og om kommunen meiner at tiltaket er avhengig av samtykke etter denne lova med forskrift. Dette har kommunen etter pbl. § 21-5 plikt til å avklare, eventuelt ved å sende førespurnad til «forurensningsmyndigheten», jf. byggesaksforskrifta § 6-2 bokstav f).

Kommunen sine uklare formuleringar om dette gjer at det er grunn til å stille spørsmål ved om vedtaket har vore tilstrekkeleg opplyst på dette punktet, jf. fvl. § 17, og om plikta etter pbl. § 21-5 er tilfredsstilt.

6. AVSLUTNING

Som vi har gjennomgått i pkt. 4 og 5 ovanfor er det delar av vedtaket til kommunen som gir tvil om det er tilfredsstillande utgreia. Mangelfull utgreiing av eit så omfattande og inngripande tiltak vil vere ein sakshandsamingsfeil som må føre til at vedtaket blir oppheva.

Hovudbodskapen i denne klagen er likevel at tiltaket er i strid med arealformålet i gjeldande reguleringsplan, jf. pkt. 3 ovanfor. Reguleringsendring er derfor nødvendig.

Ved å omgjere eller oppheve godkjenninga og krevje reguleringsendring vil kommunen skaffe seg eit betre grunnlag å avgjere saka på. Ein vil få saka ut på høyring til alle relevante instansar, og ein vil få opp spørsmålet om muleg *alternativ plassering* av tiltaket, jf. statleg planretningsline for differensiert forvaltning av strandsona langs sjøen.

Ein vil òg få til eit betre samspel med rulleringa av kommuneplanen. Som Fylkesmannen har påpeika i samband med denne, har vi her å gjere med eit svært sårbart område der kommunen må gjere grundige vurderingar av om ein verkeleg skal tillate utfylling. Det vil vere «for seint» om kommunen gjer desse vurderingane i samband med kommuneplanen dersom ein allereie har oppretthalde løyve til utfylling av området.

Ved å fasthalde den etter vårt syn uriktige konklusjonen om at tiltaket er i tråd med reguleringsplanen, vil ein på den andre sida gå glipp av sjansen til å vurdere om det verkeleg er ønskjeleg å tillate dette omfattande tiltaket i eit sårbart område der ein har viktige verdiar knytt til naturmangfald, landskap og friluftsliv.

Vi ber om at kommunen omgjer godkjenninga til eit avslag.

Vi ber samstundes om at det i tråd med forvaltningslova § 42 blir vedteke utsett iverksetjing av godkjenninga til denne klagen er avgjort.

Med vennleg helsing
Advokatfirmaet Harris


Siv Elén Årskog Vedvik
advokat