

ADVOKATFIRMAET
HARRIS

Meland kommune
Postboks 79
5906 FREKHAUG

Vår ref.:
101136/1086941

Ansvarlig adv.:
Katrine Lillejord

Dato:
18. januar 2016

**GNR. 1, BNR. 57 OG 284 - KLAGE PÅ VEDTAK OM DISPENSASJON FRÅ
PLANKRAVET FOR UTFYLLING I SJØ PÅ FLATØY – REF. 98/2015****1. Innledning**

Vi viser til Utval for drift og utvikling sitt vedtak i møte den 17.12.2015, der det vart gjeve mellombels dispensasjon frå plankravet i føresegn til kommuneplanen sin arealdel for utfylling i sjø på Flatøy, gnr. 1, bnr. 57 og 284 (sak 98/2015).

På vegne av følgjande partar, som alle er naboar til tiltaket, klagar vi på vedtaket: Svein Jakobsen, Svein Magne Krossnes, Roar Sudmann, Dag Sudmann, Håkon Magnussen, Steinar Hansen, Lasse Bruvik og John Martin Jacobsen.

Vi gjer gjeldande at vilkåra for dispensasjon i pbl. § 19-2 ikkje er oppfylt. I denne dispensasjonsvurderinga må ein særleg sjå hen til at

- 1) Det er tale om eit irreversibelt tiltak
- 2) Det er behov for konsekvensutgreiing
- 3) Det er behov for å vurdere alternative plasseringar

Etter vårt syn vil det å gje ein *mellombels* dispensasjon og stille vilkår om *etterfølgjande* reguleringsplan for eit irreversibelt tiltak som *mogleg* kan ha store konsekvensar for miljø og samfunn, vere i strid med plan- og bygningslovverket. Eit tiltak som det aktuelle vil være varig og inngripande, og konsekvensane av tiltaket må utgreiast i tilstrekkeleg grad før vedtak kan treffast. Ei slik utgreiing bør gjerast gjennom ein planprosess.

Frist for klage vart gjennom e-post av 08.01.2016 utsatt til 19.01.2016. Denne klagen er følgeleg rettidig.

2. Kort om vilkåra for dispensasjon, jf. Pbl. § 19-2

Terskelen for å gje dispensasjon er høg. Det skal føreligge fordelar som er «klart større» enn ulempene, jf. ordlyden i pbl. § 19-2. Det er også presisert i førearbeida (Ot.prp. nr. 32 (07-08) s. 242 at det «skal ikkje være en kurant sak å fravike gjeldende plan».

O.J. Pedersen m.fl. skriv på s. 202 i *Plan- og bygningsrett* del II at det kreves en «kvalifisert overvekt» av fordelar. Han skriv vidare at «Er det tvil, bør saken behandles som ordinær reguleringsendring».

Strandsonenevnet har fått ei vesentleg sterkare stilling dei siste åra, m.a. byggeforbodet i strandsona, strandsoneretningslinjene m.m. Terskelen for dispensasjon er difor ekstra høg i strandsona.

3. Det er nødvendig med konsekvensutredning i denne saka

a. Krav direkte av lova?

Først vurderar vi om kravet til konsekvensutgreiing i plan- og bygningslova kjem til bruk i denne saka. Krav om utarbeiding av reguleringsplan kjem direkte av lova, dersom tiltaket kan få «vesentlige virkninger for miljø og samfunn», jf. pbl. § 12-1.

Det kjem vidare av forskrift om konsekvensutredning vedlegg III at ein må utarbeide konsekvensutgreiing dersom tiltaket kan få «vesentlige virkninger» m.a. for :

«d) en forekomst av en utvalgt eller truet naturtype, verdifull naturtype av verdi A eller B, truet eller prioritert art, eller mot økologisk funksjonsområde for en prioritert art,

e) naturområder som er særlig viktige for utøvelse av friluftsliv,»

Ordlyden «naturtype» må her omfatte både plante- og dyreliv.

Det er i rapport frå Rådgivende Biologer AS registrert to artar sjøfugl som er raudlistearta (sjøorre og svartand). Naboene har også i flere brev vist til at det i tillegg er observert flere raudlista artar som ikke er inntatt i rapporten, m.a. følgjande: ål, hummer, kysttorsk (også gyteplass), oter, fiskemåke, makrellterne, hettemåke, stær, vipe og svartbak. Plantar må undersøkjast i vekstsesongen.

Tiltaket ligg i eit naturområde som er viktig for friluftslivet på sjøen. Nordhordland padleklubb har base like ved, det er svært mye fritidsbåter og fritidsfiske i området, og det er begynnelsen på den indre farleia. Det er også kort veg til det verdifulle friluftsområdet i nord. Bruken av dette friluftsområdet vil verte påverka av utfyllinga, og da spesielt friluftsliv på sjøen.

Saka ligg etter vårt syn på grensa for kva type tiltak som omfattast av lova sitt krav til konsekvensutgreiing. Uavhengig av om ein faktisk overstig terskelen for eit lovkrav om

konsekvensutgreiing eller ikkje, talar dette for at tiltaket bør gjevast ei meir inngåande utgreiing, jf. Førre var-prinsippet i naturmangfaldlova § 9. Førreseigna har slik ordlyd:

«Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet. Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltningstiltak.»

Første punktum fastsår at ein ikkje bør sette i verk tiltak som ein ikkje har tilstrekkeleg kunnskap om. Andre punktum fastslår at dersom ein skal gjennomføre tiltak med risiko for irreversibel skade, må dette gjerast på vilkår om sikringstiltak, uansett om risikoen er usikker.

I denne saka er det klart snakk om irreversibel skade. At ein også er på grensa til eit krav om konsekvensutgreiing, tilsier at det ikkje bør gjevast dispensasjon frå plankravet.

b. Konsekvensar for friluftsliv og miljø

Vi gjer gjeldande at tiltaket kan ha store konsekvensar for miljø og friluftsliv, og at det difor er nødvendig med ein planprosess med konsekvensutgreiing i denne saka.

Departementet skriv i sitt brev av 01.10.2015 at vilkåra for dispensasjon «vil (...) kunne være tilstede». Spørsmålet om vilkåra for dispensasjon er oppfylt eller ikkje var derimot ikkje spørsmålet ved departementet si handsaming. Departementet har difor ikkje hatt tilstrekkeleg grunnlag til å vurdere dette spørsmålet.

Vidare skriv departementet at kommunen kan vurdere om tiltaket bør følgjast opp med ny reguleringsplan. Å utarbeide reguleringsplan etter at tiltaket er gjennomført, vil ikkje sikre dei utgreiingsbehova som dette tiltaket medfører. Når ein først har fylt ut eit sårbart sjøområde, er dette irreversibelt. Det vil difor ikkje være til hjelp med ei etterfølgjande konsekvensutgreiing.

Tiltakshavar uttalar at formåla bak plankravet ikkje vert tilsidesett ved den aktuelle utfyllinga, ettersom det ikkje skal plasserast bygg på arealet. Vi framhevar at plankravet ikkje berre skal sikre ei omsynsmessig plassering/lokalisering av bygg, men av samtlege typar tiltak. I tillegg skal planprosessen sikre at ein har eit tilstrekkeleg godt kunnskapsgrunnlag for å kunne fastslå at tiltaket ikkje har negative konsekvensar for samfunn og miljø som talar imot løyve. Å utarbeide ein reguleringsplan etter at dispensasjon er gjeve vil difor, etter vårt syn, undergrave omsyna bak plankravet.

Tiltakshavar har lagt fram Rapport for strømmingsmessig konsekvensvurdering frå Multiconsult AS av 20.08.2014 og konsekvensvurdering av marint biologisk mangfald frå Rådgivende Biologer AS av 25.08.2014. Administrasjonen meiner at desse rapportane avbøter ulempene ved ikkje å gjennomføre planprosessen før det vert gjeve dispensasjon. Etter vårt syn gjev ikkje desse rapportane ei tilstrekkeleg konsekvensutgreiing av tiltaket til å kunne trekke ein slik konklusjon.

For det første vurderar ikkje rapportane alle dei raudlista artane som er observert i området. I tillegg er forureininga som steinmassene vil medføre ikkje tilstrekkeleg utgreia. Det er planlagt ei utfylling av ca 350. 000 m³ steinmasser, som tilseier ca. 4 7.000 lastebil lass. Det vil måtte påreknast betydelige mengder slam og forureining frå desse massene, som kan påverke nærområdet. Det bør gjerast ei utgreiing av denne forureininga, og kva verknad eit vilkår om vasking av steinmassene før utfylling faktisk vil ha. Vidare er det ikkje berre verknaden på dyrelivet som skal inngå i ei konsekvensutgreiing, men også andre forhold som vert påverka av tiltaket, som t.d. innverknad på landskapsbilde, naboane sine utsiktsforhold og høva for utøving av friluftsliv, samt innverknaden utfyllinga vil ha på omkringliggende friluftsareal.

Det er også gjeve ei kort utgreiing av tiltaket sine konsekvensar i høve rullering av kommuneplanen sin areal del. Denne utgreiinga var særst avgrensa. Den viser likevel at utfyllinga vil medføre store konsekvensar både for forureining og dei visuelle kvalitetane i området (rød kategori). Det står m.a. at «*Endringar i strømningsstilhøve og konsekvensar for forureining og naturmangfald må vurderast ved regulering*». Om utfyllinga er gjennomført allereie før reguleringsplanen er utarbeidd, vil det vere for seint med ei konsekvensutgreiing. Skada vil då allereie ha skjedd.

c. Alternativ plassering

Eit av forholda som vil kunne handsamast i ein reguleringsplan er alternative plasseringar av tiltaket.

Vi syner til naturmangfaldlova § 12, som har følgjande ordlyd:

*«For å unngå eller begrense skader på naturmangfoldet skal det tas utgangspunkt i slike driftsmetoder og slik teknikk og **lokalisering** som, ut fra **en samlet vurdering** av tidligere, nåværende og fremtidig bruk av mangfoldet og økonomiske forhold, gir **de beste samfunnsmessige resultater.**»*

Føresegna fastslår at forvaltninga må drøfte om det føreligg alternative lokaliseringar for tiltaket. Berre ved ei slik samanlikning kan forvaltninga vere sikker på kva løysing som er best for miljøet og samfunnet.

At utgreiing av alternativ er sentralt i ein planprosess kjem også av pbl. § 14-3 (som gjeld tiltak som kan få vesentlege verknadar for miljø og samfunn). Føresegna har følgjande ordlyd:

*«Av saksframlegget eller begrunnelsen for vedtak skal det framgå hvordan virkningene av planforslag eller søknad og innkomne uttalelser har vært vurdert, og hvilken betydning disse er tillagt ved vedtaket, særlig når det gjelder **valg av alternativer**»*

FRAMO har vist til alternative forslag om fjellhallar. Naboane har gjeve fleire forslag til meir skånsame alternative plasseringar av tiltaket. Desse alternativa er verken omtala av kommunen eller av tiltakshavar. Dersom det er mogeleg for tiltakshavar å skaffe lagringsplass på andre

stadar, midlertidig eller permanent, vil omsynet til FRAMO sitt «pressande behov for utviding» vege mindre tungt opp imot dei moglege negative konsekvensane for friluftsliv og miljø.

Naboane har m.a. foreslått ei utfylling sør for eigedomen, der FRAMO også er grunneigar. Som ei av kommunen si største bedrifter kan ein også vurdere areal som FRAMO ikke er grunneigar til i dag. Gjennom ein planprosess vil ein også kunne ta stilling til om andre areal er aktuelle. Reguleringsplanen kan så verke som oreigningsgrunnlag dersom dette vert naudsynt

For å føreta ei tilstrekkeleg vurdering av om det omsøkte alternativet er den beste plasseringa for tiltaket, bør dette utgreiast gjennom ein planprosess.

Vi viser for eksempel til Sivilombodsmannen si sak 2011/709, der det var spørsmål om alternative plasseringar av eit industriområde var tilstrekkeleg utgreia. Sivilombodsmannen uttalte at han ikkje hadde tilstrekkeleg kjennskap til eigedomen til å kunne vurdere om det førelåg eit krav om konsekvensutgreiing etter lova. Vidare skriv han følgjande:

«Nå er det ikke sikkert at dette er absolutt til hinder for å ta stilling til spørsmålet klagerne har reist om manglende utredning om alternativ plasseringer. Uavhengig av spesialreglene i plan- og bygningsloven har forvaltningen en generell plikt til å utrede den enkelte sak «så godt som mulig», jf. forvaltningsloven § 17. Det kan derfor reises spørsmål om kommunestyret uansett burde skaffet til veie mer informasjon om hvilke alternativer som forelå, før vedtak ble truffet.

Også denne vurderingen må ta utgangspunkt i tiltaket og de følgene det vil kunne få for omgivelsene. I så måte er det av interesse at det faktisk er gjennomført en konsekvensutredning. Dette viser at forslagsstilleren selv har vurdert konsekvensene av planen som betydelige. Ved vurderingen av planarbeidet vil det for øvrig være nærliggende å se hen til reglene i plan og bygningsloven 1985 kapittel VII-a og KU-forskriften, ettersom de langt på vei gir uttrykk for «god utredningsskikk».

(...) Hensikten med forvaltningslovens krav om at saken skal være så godt opplyst «som mulig», er å sikre at forvaltningens avgjørelser blir truffet på et fullstendig og betryggende grunnlag. Dette grunnlag må være til stede når vedtaket blir fattet.»

Som i ombudsmannssaka er det aktuelle tiltaket delvis konsekvensutgreia gjennom tiltakshavar sine rapportar. Gjennom desse rapportane ser ein at området er sårbart, og utarbeiding av rapportane viser at tiltakshavar er klar over dette. Dette gjev kommunen ei større oppfordring til å vurdere alternative plasseringar/lokaliseringar for tiltaket.

Etter vårt syn har ikkje kommunen eit godt nok grunnlag til å handsame saka før tiltaket er utreda gjennom ein planprosess, der alternative plasseringar vert handsama.

d. Uttaler frå naboar og andre organ

At heile 11 naboar meiner at tiltaket kjem i konflikt med andre interesser i området, underbygger at tiltaket vil være til ulempe for området. Dette både i form av mogleg forureining, men også ved sjenanse når det gjeld utsikt og at ein grip inn i eit område som blir flittig nytta til padleverksemd m.m.

Det har også kome inn fleire negative uttaler frå offentlege organ. Kommunen viser sjølv til at det etter Ot.prp. nr. 32 (07-08) s. 242 ikkje bør gjevast dispensasjon dersom sektorstyremaktene har rådd i frå det. Kommunen legg så grunn at dette ikkje er tilfelle i denne saka. Vi meiner at det er unyansert å legge dette til grunn, når ein ser på styresmaktene sine tidlegare uttaler i saken.

I dei samordna statlege motsegna av 13.12.2014 uttalte Statens vegvesen at området burde inngå i omsynssone for felles planlegging på Flatøy. Vi sluttar oss til denne uttalen. Då vil ein lettare kunne vurdere alternative plasseringar for anlegget.

Fylkesmannen uttalte også i den samordna motsegna at det er uheldig med eit så stort areal i sjø, som ligg nært særst viktige friluftsområder. **Kommunen vart råda til å føreta ei grundig, ny vurdering av saka**, m.a. av omsyn til dei viktige verdiane i området knytt til friluftsliv, landskap og naturmangfald i sjø.

I sitt brev av 18.11.15 legg Fylkesmannen press på kommunen si handsaming av dispensasjonssøknaden, ved å skrive at det i denne saka utan tvil ville vore best med utarbeiding av reguleringsplan, og at det er behov for grundige og gode vurderingar i høve ein evt. dispensasjon. Vi les dette som ei klar oppmoding til å gjennomføre ein reguleringsprosess.

Det er også kome klage frå Naturvernforbundet Nordhordland, datert 14.01.2015. Forbundet gjer gjeldande at det skulle vorte utarbeidd ei konsekvensutgreiing for tiltaket, og at kommunen i for stor grad har lagt tiltakshavar si vurdering av om tiltaket treng KU til grunn. Det hevdest at saka ikkje er så godt opplyst som mogleg, og at saka ikkje er handsama i tråd med naturmangfaldslova §§ 8-12. Det er vist til at det ikkje er vurdert alternativ plassering og at det er knytt uvisse til resultatane i rapportane for biologisk mangfald og straummåling.

Desse negative uttalelsane gjer terskelen for dispensasjon ekstra høg.

4. Oppsummering – Vilkåra for dispensasjon er ikkje oppfylt

Som nemnt i naboane sitt merknadsskriv til nabovarsel, datert 25.10.2015, grunnjev tiltakshavar behovet for dispensasjon med tidsnaud. Tiltakshavar har derimot ikkje *dokumentert* dette trengande behovet for snarlig utfylling. FRAMO har fått løyve til å fylle ut eit anna område på ca. 1450 m² til utelager, utan å ha gjennomført dette (truleg av økonomiske grunnar). At FRAMO ikkje har utnytta dette høvet til utfylling, tilseier at behovet for utviding ikkje er så pressande som det framstår av saksdokumenta. At konjunkturane i oljeservicebransjen generelt tilseier at det er lite pårekeleg med utviding av bedrifter i tida framover, gjev etter vårt syn kommunen ei større oppfordring til å kontrollere hastespørsmålet i større grad enn i oppgangstider.

Etter vårt syn har ikkje FRAMO gjeve ei tilstrekkeleg grunngeving av hastespørsmålet til at ein kan gje dispensasjon til eit så omfattande tiltak som det aktuelle. Dei positive sidene med ein dispensasjon er altså ikkje tilstrekkeleg dokumentert. Om det er riktig at utfyllinga ikkje hastar så mykje som antyda av tiltakshavar, har departementet hatt eit uriktig bilde av faktum ved si handsaming av saka.

Når det gjeld dei negative sidene ved tiltaket er desse allereie delvis dokumentert gjennom framlagte rapportar. Som både naboar, Statens vegvesen, Fylkesmannen og Naturvernforbundet Nordhordland har uttala i denne saka, gjev desse rapportane derimot ikkje eit godt nok grunnlag for å vurdere tiltaket sine faktiske konsekvensar iht. prinsippa i pbl. og naturmangfaldlova. Dei alternative plasseringar som er foreslått er ikkje vurdert i det heile. Saka bør difor utgreiast yttarlegare før den vert tatt opp til handsaming.

I ei dispensasjonsvurdering skal det føreligge ei «klar» overvekt av fordelar, jf. pbl. § 19-2. Om ein vejer dei uklare og ikkje-dokumenterte positive sidene ved tiltaket opp imot ulempene for natur- og friluftsmiljø og samfunnet (som ein endå ikkje har fullstendig oversikt over), kan vi ikkje sjå at det føreligg ei slik «klar» overvekt av omsyn som talar for dispensasjon.

Vi gjer etter dette gjeldande at fordelane ved ein dispensasjon ikkje «klart» er større enn ulempene, og at vilkåra for dispensasjon difor ikkje er oppfylt, jf. pbl. § 19-2.

5. Avslutning

På bakgrunn av dei ovanfor nemnde forholda, gjer vi gjeldande at dispensasjonsvedtaket er ugyldig, og at dette må opphevast, jf. fvl. § 33.

Subsidiært gjer vi gjeldande at dispensasjonsvedtaket må omgjerast, ved at det vert stilt yttarlegare vilkår til dispensasjonen. Det bør stillast vilkår om at det skal opparbeidast grøntdrag langs fyllinga (jf. kommuneplankartet), krav til gjennomstrømming, krav til trafikkanalyse for skuleborn (jf. uttale frå Statens Vegvesen til kommuneplanen sin arealdel), og vilkår for sikring av allmenta sitt høve til ferdsel og opphald på holmen.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Harris
For advokat Katrine Lillejord


Ingrid Årskog Storevik

Advokatfullmektig
ias@harris.no
55 30 27 28