

Nordland fylkeskommune
Ressursutvikling og forskning
Fylkeshuset
8048 Bodø

post@nfk.no

Partnere:
Roar Bårdlund
Ole-Martin Jensen
Gunnar Kvamme

Ansatt advokat:
Birte Hansen Nordgård

Advokatfullmektiger:
BjørnHammer
Laila Falck

Tromsø, 17. august 2021

Deres ref:
20/31222-11

Vår ref:
4386 / LF

Ansvarlig advokat:
Roar Bårdlund

KLAGE PÅ AKVAKULTURTILLATELSE TIL MATFISKPRODUKSJON AV LAKS, ØRRET OG REGNBUEØRRET PÅ LOKALITET 10518 HORSVÅGEN I HAMARØY KOMMUNE – ANMODNING OM UTSATT IVERKSETTING AV VEDTAKET

Innledning:

Jeg representerer Stein-Erik Utvåg, eier av eiendommen gnr. 54, bnr.4 i Horsvågen i Hamarøy kommune.

Utvåg har vært i kontakt med Cermaq Norge AS (Cermaq) for å få avklart i hvor stor grad Cermaq sitt akvakulturanlegg berører hans eiendom med tilhørende strandrett, og om de nødvendige offentligrettslige tillatelsene foreligger.

Det foreligger ikke avtale mellom Utvåg og Cermaq vedrørende etablering av landfester og fester i sjøgrunn.

Akvakulturtillatelse:

Jeg ba om innsyn i diverse dokumenter hos Hamarøy kommune, herunder Nordland fylkeskommune sin akvakulturtillatelse datert 21.07.2021. Utvåg er grunneier av både sjø- og landgrunn, hvor deler av akvakulturanlegget som omfattes av ovennevnte vedtak er forankret. Han har ikke fått underretning om vedtaket med opplysning om klageadgang.

Vedtaket ble gjort kjent for meg ved kommunens oversendelse den 28.07.2021.

Akvakulturanlegget er som nevnt ovenfor forankret i Utvåg sin eiendom. Det er ikke inngått noen avtaler rent privatrettslig, og Cermaq har følgelig tatt seg til rette på annen manns grunn.

Med dette påklages vedtak om akvakulturtillatelse for lokalitet i Horsvågen, datert 21.07.2021. Begrunnelsen fremkommer i det følgende.

Part:

Det følger av forvaltningsloven (fvl.) § 28 første ledd at:

«Enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen).»

Eiere av grunn med strandlinje har eiendomsrett ut til marbakken eller – hvis marbakke ikke kan påvises – til to meters dybde ved middels lav vannstand, jf. Rt-2011-556 avsnitt 31. Det er imidlertid sikker rett at strandeieren har visse rettigheter i sjøområdet utenfor eiendomsgrensen, gjerne omtalt under samlebetegnelsen "strandrett".

Nabolovgivning og offentligrettslige regler gir grunneier et betydelig vern mot at det settes i gang virksomhet eller aktiviteter på sjøen utenfor strandlinjen som er til sterk ulempe for eiere av grunnen innenfor. Det foreligger ingen privatrettslig avtale mellom grunneier og Cermaq som tillater forankring i sjø og på land.

Utvåg har ikke vært varslet om tiltaket, og har derfor heller ikke vært kjent med verken søknaden eller vedtaket. Etter min vurdering forutsetter vedtaket dispensasjon fra gjeldende reguleringsplan som avsetter deler av området til friområde i sjø. Reglene om nabovarsling etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 19-1, jf. § 21-3 gjør seg derfor gjeldende.

Utvåg er part i saken ettersom han er nabo/gjenboer til anlegget. I tillegg forankres deler av anlegget direkte i hans eiendom. I tillegg berører anlegget hans strandretten, herunder tilflottsrett til land.

Klagefrist:

Det følger av fvl. § 29 første ledd at:

«Fristen for å klage er 3 uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part.»

Videre følger det av fvl. § 29 annet ledd at:

«For den som ikke har mottatt underretning om vedtaket, løper fristen fra det tidspunkt han har fått eller burde ha skaffet sig kjennskap til vedtaket. Ved vedtak som går ut på å tilstå noen en rettighet, skal klagefristen for andre likevel senest løpe ut når det er gått 3 måneder fra det tidspunkt vedtaket ble truffet.»

Utvåg er ikke underrettet om vedtaket. Jeg mottok vedtaket fra Hamarøy kommune den 28.07.2021. Det legges til grunn at klagefristen er 18. august 2021, og klagen er sendt inn rettidig.

Vider følger det av fvl. § 29 siste ledd at:

«Vedkommende underinstans eller klageinstans kan i særlige tilfelle forlenge klagefristen før denne er utløpet.»

Vi tar forbehold om at klagen vil bli supplert med ytterligere begrunnelse. Vedtaket ble gjort kjent for Utvåg ved en ren tilfeldighet, som følge av at jeg gjennomgikk kommunens postliste for å undersøke hvilken saksbehandling som var gjort for akvakulturanlegget.

På grunn av ferieavvikling har det ikke vært mulig å få avklart saken med min klient tidligere. Vi ber derfor å få komme med ytterligere begrunnelse for klagen, hvis behov. Vedlagt brev til Cermaq viser at vi ber om tilbakemelding fra Cermaq innen 31. august, og vi ber derfor om å få komme med ytterligere begrunnelse innen den 6. september 2021.

Fremgangsmåten er for øvrig avklart i telefonsamtale med faggrupeleder Ann Helen Haubakk den 16. august. Forlenget frist for ytterligere begrunnelse anses for å være rimelig ut ifra at min klient ikke på noen som helst måte har blitt varslet, verken om søknad eller vedtak.

Klagegrunner:

Under avsnittet *Generelle bestemmelser* i akvakulturtillatelsen står det følgende:

«Akvakulturanlegg skal etableres i samsvar med beskrivelser, tegninger og kartbilag som tillatelsen viser til. Driften skal være teknisk, biologisk og miljømessig forsvarlig.»

*Tillatelsen gis uten ansvar med hensyn til nabo-, eiendoms- eller andre privatrettslige forhold. **Denne tillatelsen fritar ikke fra plikten til å innhente nødvendige tillatelser etter andre lover eller plikt til å overholde bestemmelser og påbud som gis med hjemmel i slike lover.***» (Min utheving.)

Kommunen har behandlet søknaden i Fast utvalg for plansaker. Det ble fattet følgende vedtak i sak 10/21, møtedato 26.02.2021.

«1. Den forelagte søknaden fra Cermaq Norway AS om areal- og biomasseendring ved lokalitet 10518 Horsvågen i Hamarøy kommune anbefales innvilget, og oversendes til Nordland fylkeskommune for sluttbehandling.»

I kommunens saksfremstilling er det lagt til grunn at vedtaket er i samsvar med kommuneplanens arealdel. Det er imidlertid ikke henvist til gjeldende reguleringsplan. Mao. kan det se ut til at det foreligger en saksbehandlingsfeil ved at det ikke er vurdert dispensasjon fra gjeldende plangrunnlag.

Forutsetningen for at akvakulturanlegget ikke skal behandles etter plan- og bygningsloven følger av byggesaksforskriftens § 4-3; Unntak fra krav i plan- og bygningslovgivningen for visse tiltak som behandles etter andre lover:

*«For tiltak som er nevnt nedenfor under bokstav a til h og som er i samsvar med plan- og bygningsloven § 1-6 andre ledd, gjelder ikke reglene i plan- og bygningsloven kapitlene 20 (Søknadsplikt), 21 (Krav til innhold og behandling av søknader),...»
(....)*

f) Flytende akvakulturanlegg i sjø som er gitt tillatelse etter lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven).

Av pbl. § 1-6 andre ledd følger det at:

«Iverksetting av tiltak som omfattes av denne lov, kan bare skje dersom de ikke er i strid med lovens bestemmelser med tilhørende forskrifter, kommuneplanens arealdel og reguleringsplan, jf. kapittel 20 om søknadsplikt og tillatelse. Dette gjelder også hvis tiltaket er unntatt fra søknadsplikt etter §§ 20-5 og 20-6.»

Som nevnt ovenfor har kommunen lagt til grunn at tiltaket er i samsvar med gjeldende plangrunnlag. Fylkeskommunen har på bakgrunn av kommunens vedtak lagt til grunn at tiltaket er i tråd med arealdisponeringen i kommunes arealdel. Deler av anlegget ligger utenfor det regulerte område i reguleringsplan 1875, men innenfor areal avsatt til akvakultur i kommuneplanens arealdel. Det kan synes som at deler av anlegget ligger innenfor areal avsatt til friområde i sjø i gjeldende reguleringsplan. Reguleringsplanen er ikke vurdert. Siden reguleringsplanen er av nyere dato går den foran kommuneplanen, jf. pbl. § 1-5. Det kan derfor synes som at kommunen skulle vurdert dispensasjon for deler av anlegget som ikke er i tråd med gjeldende plangrunnlag. I tillegg skulle reguleringsplanen vært lagt til grunn for den delen av tiltaket som er innenfor reguleringsplanen. Det er dermed uriktig rettslig grunnlag som ligger til grunn for vurderingen av søknaden.

Oppsummering:

I korte trekk gjelder klagen det forhold at fylkeskommunen ikke har hatt riktig rettslig grunnlag for behandling av søknaden. Fylkeskommunen kan ikke gi tillatelse til akvakulturanlegg som er i strid med gjeldende plangrunnlag. En tillatelse som ikke er i samsvar med gjeldene plangrunnlag må først være undergitt en dispensasjonsbehandling i kommunen. Dette har ikke skjedd da kommunen har lagt til grunn at tiltaket er i samsvar

med gjeldende plangrunnlag. Reguleringsplanen er ikke nevnt i vedtaket, kun kommuneplanens arealdel.

Slik jeg ser det, forutsetter en tillatelse at det søkes om dispensasjon fra arealformålet i gjeldende reguleringsplan, samt at slik søknad behandles etter gjeldende saksbehandlingsregler i plan- og bygningsloven, herunder gjeldende regler om varsling av berørte sektormyndigheter og naboer.

Dette fremkommer også av vårt brev til Cermaq som er vedlagt denne klagen.

Anmodning om utsatt iverksetting av vedtaket, fvl. § 42:

Det følger av fvl. § 42 første ledd første setning:

«Underinstansen, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort.»

Med hjemmel i fvl. § 42 anmoder vi om at fylkeskommunen beslutter utsatt iverksetting av ovennevnte vedtak inntil klagen er endelig behandlet. Dette av hensyn til at vedtaket innebærer tillatelse til direkte forankring i Utvåg sin eiendom, noe som i tillegg kan være til hinder for hans tilflottsrett.

Om det skal treffes avgjørelse om å gi utsatt iverksetting, må bero på en helhetsvurdering av de foreliggende omstendigheter. Ifølge Arvid Frihagen i "Forvaltningsrett", bind II s.246, skal det i vurderingen blant annet tas hensyn til hva som kan ventes å bli resultatet av klagen, samt følgene av utsettelse og av en gjennomføring for klagen er avgjort. I Sivilombudsmannens årsmelding for 1985 s. 154 er det konkrete skjønnsstema formulert slik:

«Avgjørelsen vil måtte bero på et helhetlig skjønn basert på en foreløpig vurdering av klagen og av de ulike interesser og forhold knyttet til klagesaken.»

Det alminnelige utgangspunktet er at vedtak kan iverksettes, uavhengig av om det er påklaget. Dersom det er fremmet klage i saken skjer imidlertid igangsetting på eget ansvar og under den risiko at tiltaket kan måtte tilbakeføres dersom klagen fører frem. Bakgrunnen for at det er gitt adgang til å beslutte utsatt iverksetting av vedtak, er å hindre at gjennomføringen av vedtaket medfører uopprettelig skade eller tap. Et viktig moment i vurderingen vil således være hvilke konsekvenser gjennomføring av vedtakene vil få før klagen er avgjort.

Etter vårt syn er fylkeskommunens vedtak beheftet med saksbehandlingsfeil som vil kunne gjøre vedtaket ugyldig. Tiltaket er ikke i samsvar med gjeldende plangrunnlag, og en godkjenning forutsetter derfor at kommunen har vurdert en søknad om dispensasjon.

Selv om en gjennomføring av vedtaket ikke vil innebære en uopprettelig skade, vil det ikke være formålstjenlig at det etableres eventuelle ytterligere forankringer i Utvåg sin eiendom, eventuelt forankringer som berører hans strandrett. Klager kan ikke ta for gitt at det tas hensyn til de privatrettslige forhold.

Etter min vurdering er det vesentlig mer sannsynlig at klagen over akvakulturtillatelsen vil føre frem, enn at den ikke vil gjøre det. Kommunen må i sin dispensasjonsvurdering vurdere forholdet til gjeldende plangrunnlag, samt eventuelle merknader.

Vi ber om snarlig tilbakemelding.

Med vennlig hilsen

LINNET & Co Advokatfirma



Laila Falck
Advokatfullmektig

Vedlegg: Brev til Cermaq Norge AS, datert 16.08.2021

