

PRETOR ADVOKAT AS
Att: advokat Eirik Bøe Sletten
Postboks 1734
7416 TRONDHEIM

Trondheim, 07.06.2022

Deres ref.:
50039

Vår ref. (bes oppgitt ved svar):
2022/4128

Saksbehandler:
Pål Foss Digre

Vedtak i klagesak om dispensasjon fra vernebestemmelsene for Svaet dyrefredningsområde til etablering av småbåthavn

Vi viser til klagen på vedtak fra Statsforvalteren i Trøndelag av 25. januar 2022. Klagesaken ble oversendt fra Statsforvalteren 17. mars 2022. Du sendte inn kommentarer til oversendelsesbrevet 13. april 2022.

Vedtak

Miljødirektoratet opphever Statsforvalterens vedtak og sender vedtaket tilbake til Statsforvalteren for ny behandling.

Opparbeidelse av småbåthavn i Svaet dyrefredningsområde er i seg selv ikke i strid med fredningsbestemmelsen i forskrift om fredning for Tautra med Svaet naturreservat og fuglefredningsområde, men byggearbeidene må skje på en måte som ikke fører til skade, ødeleggelse eller unødig forstyrrelse av fugler.

Hjemmelen for dette vedtaket er forskrift om fredning for Tautra med Svaet naturreservat og fuglefredningsområde § 5 og forvaltningsloven § 34 fjerde ledd.

Bakgrunnen for saken

På vegne av grunneier Liv-Oddveig Wangberg og tiltakshaver Terje Viken søkte du i brev av 28. juni 2021 om dispensasjon fra forskrift om fredning for Tautra med Svaet naturreservat og fuglefredningsområde for opparbeidelse av småbåtanlegg på eiendommen gnr./bnr. 86/2 i Frosta kommune. Se illustrasjon nedenfor.



Småbåthavna består av en 48,5 meter lang flytebrygge med 32 båtplasser. Det skal videre etableres et bryggehus og parkering.

I søknaden skriver du at småbåthavna etter deres vurdering kan etableres uten å skade, ødelegge eller unødig forstyrre fugler. Tvert imot mener dere etablering av småbåthavna vil redusere forstyrrelsen av fuglene ved å samle båttrafikken til ett sted på Tautra.

Søknaden angir ikke nærmere når eller hvordan bygge- og anleggsarbeidene skal utføres.

I brev av 21. desember 2021 kommer du med tilleggsopplysninger i saken. Det framgår av brevet at det er et reelt behov for bryggeplasser på Tautra. Du viser videre til at området er satt av til småbåthavn i kommuneplanens arealdel uten at Statsforvalteren ga innsigelse mot dette. Det framgår videre at søker vil sikre konstruksjonen for å hindre at fugl setter seg fast i den.

Statsforvalteren i Trøndelag fattet 25. januar 2022 vedtak om å avslå å gi dispensasjon til etablering av flytebrygge. Naturmangfoldloven § 48 angis som hjemmel for vedtaket.

Statsforvalteren skriver først at det etter kommuneplanens arealdel er krav om reguleringsplan med konsekvensutredning før tiltaket kan gjennomføres.

Statsforvalteren legger til grunn at det i det aktuelle området bare er fuglene, inkludert egg og reir, som er fredet og at fredninga ikke gjelder selve arealet. Statsforvalteren peker på at flere bakkehekkende fugler, særlig fiskemåke men også ærfugl, har reir på strekningen fra neset

Åbåten og helt til moloen over til fastlandet. Åbåten er videre det viktigste hekkeområdet for ærfugl på Tautra. I de første ukene etter klekking beiter ærfugl og unger i tangbeltet langs stranda i området der brygga skal etableres. Tangbeltet og ålegrasengen utenfor er videre et viktig beiteområde for flere andre fuglearter, særlig ender.

Etablering av småbåthavn vil føre til forstyrrelser av fuglene ved økt ferdsel både på land og på sjøen. Dette kan fortrenge fuglene fra områdene de bruker i dag. Fuglelivet på Tautra er allerede sterkt utsatt for forstyrrelser og hensynet til samlet belastning må derfor vektlegges.

Småbåthavna vil videre redusere kvaliteten på ålegrasenga ved utskygging og føre til risiko for oljesøl og annen forurensning i et viktig leveområde for fugl.

Statsforvalteren vektlegger hensynet til fuglenes bruk av området høyere enn ønsket om mer adgang til båtliv og avslår derfor søknaden.

Klagers argumenter

På vegne av Wangberg og Viken påklagde du vedtaket i brev av 14. februar 2022. Klagerne har som hovedanførsel at vedtaket fra Statsforvalteren er ugyldig fordi Statsforvalteren ikke har overholdt flere regler i forvaltningsloven knyttet til forståelsen av kommuneplanens arealdel.

Klagerne anfører videre at Statsforvalteren ikke har lagt tilstrekkelig vekt på at etablering av ei småbåthavn kan føre til at båttrafikken samles til ett område.

Du har i brev av 13. april 2022 kommet med ytterligere kommentarer knyttet til prosessen rundt Frosta kommunes kommuneplan.

Statsforvalterens merknader

Statsforvalteren i Trøndelag har behandlet saken på nytt i tråd med regelen i forvaltningsloven § 33. De har ikke funnet grunn til å endre eller oppheve vedtaket sitt. Statsforvalteren har derfor oversendt saken til Miljødirektoratet for avgjørelse.

I oversendelsesbrevet peker Statsforvalteren på at vedtaket er fattet etter naturmangfoldloven og at henvisningene til plan- og bygningsloven dermed ikke er relevante. Statsforvalteren fastholder imidlertid at bruken av småbåthavna vil forstyrre fuglelivet og at dette hensynet må gå foran hensynet til nærings- og fritidsinteressene i ei småbåthavn.

Miljødirektoratets vurderinger

Vi er klageinstans i saken, og kan derfor prøve alle sider av den. Vi kan også ta hensyn til nye omstendigheter og forhold som ikke er tatt opp i klagen. Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling

Spørsmålsstillinger knyttet til kommunedelens arealplan

I klagen har du tatt opp spørsmål om hvilke krav som følger av regelverk i medhold av plan- og bygningsloven. Bakgrunnen for dette er uttalelser fra Statsforvalteren i saken. Du anfører at saksbehandlingsfeil knyttet til disse uttalelsene medfører at vedtaket er ugyldig.

Miljødirektoratet vil påpeke at Statsforvalterens vedtak om å ikke gi dispensasjon er fattet etter *naturmangfoldloven* § 48 og forskrift for Tautra med Svaet naturreservat og fuglefredningsområde. Vi kan ikke se at eventuelle feil knyttet til hvilke krav som følger av plan- og bygningsloven kan ha hatt betydning for Statsforvalterens vedtak etter disse regelverkene.

Miljødirektoratet er heller ikke myndighet etter plan- og bygningsloven og ser ingen grunn til å ha noen formening om det kreves reguleringsplan eller ikke. Hvilke krav som gjelder etter plan- og bygningsloven er et spørsmål Frosta kommune må ta stilling til ved byggesaksbehandling.

Hvilke regler gjelder for opparbeidelse av småbåtanlegg i Svaet dyrefredningsområde?

Søknaden gjelder "opparbeidelse av småbåtanlegg". Søknaden angir hvordan småbåtanlegget skal utformes og plasseres. Den inneholder imidlertid ikke opplysninger om når og hvordan søkerne ønsker å gjennomføre opparbeidinga. Vi legger derfor til grunn at det de ber om tillatelse til, er selve det å bygge et småbåtanlegg.

Statsforvalteren har vist til naturmangfoldloven § 48 som hjemmel for vedtaket. Etter denne bestemmelsen kan forvaltningsmyndigheten "gjøre unntak fra et vernevedtak" i nærmere angitte tilfeller. Det ligger i denne ordlyden at innholdet i vedtaket må knytte seg til å gjøre unntak fra de generelle forbudene i vernevedtaket. Dersom et tiltak ikke rammes av noe generelt forbud, vil heller ikke dispensasjonshjemmelen i § 48 komme til anvendelse.

Forskrift om fredning for Tautra med Svaet naturreservat og fuglefredningsområde ble fastsatt med hjemmel i den nå opphevede naturvernloven av 1970. Forskriften gjelder likevel fortsatt, se naturmangfoldloven § 77.

Forskriften etablerer tre soner med forskjellige former for vern på Tautra og i sjøområdene rundt:

- a. én sone som vernes som naturreservat etter naturvernloven § 8 (sone A)
- b. én sone hvor både fuglelivet og deres livsmiljø er fredet etter henholdsvis naturvernloven §§ 14 andre ledd og 9 (sone B)
- c. én sone hvor fuglelivet er fredet etter naturvernloven § 14 andre ledd (sone C)

Søknaden gjelder tiltak i sone C, det vil si i sonen hvor det kun er fredning av fuglelivet.

Det nærmere innholdet i fredninga er angitt i verneforskriften § 5 nr. 1:

Fugler, herunder deres reir og egg, er fredet mot enhver form for skade, ødeleggelse og unødige forstyrrelser, ut over det som følger av jord- og skogbruksdrift, herunder oppdyrking, og av vanlig ferdsel

Både ordlyden i verneforskriften § 5 nr. 1 og sammenhengen mellom de forskjellige verneformene i verneforskriften tilsier klart at byggetiltak i utgangspunktet ikke er forbudt i sone C. At fredning etter naturvernloven § 14 andre ledd, ikke innebar at arealet i seg selv ble vernet mot tekniske inngrep, er også lagt til grunn i juridisk teori, se Backer *Naturvern og naturinngrep – Forvaltningsrettslige styringsmidler* (1986) s. 355. Oppføring av anlegg og annen byggevirksomhet er derfor ikke forbudt i seg selv, selv om byggetiltaket legger beslag på areal som benyttes av fuglene.

Når det gjelder forbudet mot "unødig forstyrrelse" er det videre etter forskriftens ordlyd ikke enhver forstyrrelse av fugler som rammes – det er bare forstyrrelse som kan betegnes som *unødig*, det vil si unødvendig, som rammes. Miljødirektoratet legger til grunn at dette innebærer at forstyrrelse som skyldes en ellers lovlig virksomhet, for eksempel byggetiltak i tråd med planer og tillatelser etter plan- og bygningsloven, bare er forbudt dersom virksomheten gjennomføres på en mer forstyrrende måte enn strengt nødvendig.

Slik forskriften er formulert, og hjemmelsbestemmelsen i loven er forstått, er det videre bare handlinger som faktisk skader, ødelegger eller unødig forstyrrer fugler som er forbudt. At handlinga skaper en viss *risiko* for at fugler blir skadet, ødelagt eller unødig forstyrrer er dermed i seg selv ikke nok til at tiltaket er forbudt.

Slik naturmangfoldloven § 48 er formulert, legger vi likevel til grunn at det er grunnlag for dispensasjonsbehandling i saker der ei framtidig handling vil skade, ødelegge eller unødig forstyrre fuglene. I den grad forvaltningsmyndigheten kommer til at handlinga *ikke* vil føre til skade, ødeleggelse eller unødig forstyrrelse, kan imidlertid ikke bestemmelsen gi grunnlag for et avslag.

Dersom søknaden om etablering av småbåtanlegget i saken her skal avslås, må det derfor være fordi fugler, egg eller reir vil bli skadet eller ødelagt som følge av byggearbeidene eller dersom byggearbeidene gjennomføres på en mer forstyrrende måte enn strengt nødvendig.

Vil opparbeidinga skade, ødelegge eller unødig forstyrre fugler, fugleegg eller reir?

Som nevnt over angir søknaden ikke nærmere *hvordan* eller *når* arbeidene med å etablere bryggeanlegget skal gjennomføres. Det framgår dermed ikke om arbeidene skal foregå i en periode der det er risiko for at egg eller reir blir ødelagt, eller om gjennomføringa er planlagt å skje med metoder som er unødvendig forstyrrende for fuglelivet.

Slik saken står, mener Miljødirektoratet derfor at det ikke foreligger tilstrekkelige opplysninger til at vi kan ta stilling til de rettslige spørsmålene i saken. Vi opphever derfor vedtaket.

Det er Statsforvalteren som er forvaltningsmyndighet og som dermed har best kjennskap til naturverdiene på Tautra. Det er da også de som er best egnet til å vurdere om tidspunktet og metodene for etablering av småbåthavna vil kunne komme i strid med forbudet. Vi sender derfor saken tilbake til Statsforvalteren for ny behandling.

Føringer for Statsforvalterens behandling

Ved den fornyede behandlinga må Statsforvalteren innhente ytterligere opplysninger fra søkerne om når og hvordan arbeidene med å etablere småbåthavna skal utføres, og ut ifra opplysningene vurdere om egg eller reir vil bli skadet eller ødelagt som følge av selve byggetiltaket eller dersom byggetiltaket gjennomføres på en mer forstyrrende måte enn strengt nødvendig.

Klagerett

Det er ikke klagerett på dette vedtaket, se forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Hilsen
Miljødirektoratet

Dette dokumentet er elektronisk godkjent

Ivar Myklebust
avdelingsdirektør

Knut Fossum
seksjonsleder

Kopi til:

STATSFORVALTEREN I TRØNDELAG
Frosta kommune

Postboks 2600
Alstad

7734
7633

Steinkjer
FROSTA