

Norsk Maritimt Museum
Bygdøynesveien 37
0286 OSLO

Trondheim, 21.04.2016

Deres ref.:
2015046

Vår ref. (bes oppgitt ved svar):
2015/9585

Saksbehandler:
Tone Standal Eriksen

Avgjørelse i klagesak - Mølen fuglefredningsområde - Fylkesmannen i Vestfolds dispensasjon for marinarkeologiske undersøkelser

Miljødirektoratet opphever Fylkesmannen i Vestfold sitt vedtak av 16. september 2015 hvor det ble gitt dispensasjon til marinarkeologiske undersøkelser i Mølen fuglefredningsområde. Direktoratets vedtak er begrunnet i at direktoratet ikke anser tiltaket som unødig forstyrrelse etter verneforskriften, og derfor ikke trenger dispensasjon.

Vi viser til Norsk Maritimt Museum (NMM) sin klage av 02.10.2015 på Fylkesmannen i Vestfold (Fylkesmannen) sitt vedtak av 16.09.2015. Klagen ble oversendt Miljødirektoratet (direktoratet) ved Fylkesmannen sitt brev av 30.11.2015. Vi viser også til NMM sitt brev av 10.12.2015 med tilleggskommentarer, senere telefonsamtaler med saksbehandler og e-post av 20.04.2015. Vi beklager at vi ikke fikk avgjort saken i løpet av mars, slik vi opplyste at vi tok sikte på i vårt foreløpige svar av 29.12.2015.

Saken gjelder i korthet klage på Fylkesmannens vedtak av 16.09.2015 hvor NMM på visse vilkår fikk dispensasjon til å utføre marinarkeologiske undersøkelser i Mølen fuglefredningsområde. Vedtaket ble truffet i forbindelse med Fylkesmannens klageforberedende behandling av NMM sin klage på en dispensasjon for samme tiltak gitt 03.09.2015. I det nye vedtaket ble det lempet på vilkårene. Klager hevder at tiltaket ikke krever dispensasjon fra verneforskriften. Det klages også på saksbehandlingen.

Lovgrunnlaget

Mølen fuglefredningsområde ble opprettet ved kongelig resolusjon 02.10.1981 med hjemmel i naturvernloven av 19.06.1970 § 14 andre ledd og § 9.

Formålet med vernet er etter verneforskriften kapittel III:

«...å verne om et rikt og interessant fugleliv og bevare et viktig trekk- og overvintringsområde for vannfugl, spesielt av hensyn til overvintrende dykkender.»

Verneforskriften kapittel IV nummer 2 første ledd lyder:

«Fuglelivet, herunder fuglenes reir og egg, er fredet mot enhver form for skade, ødeleggelse og unødige forstyrrelser.

Verneforskriften kapittel V lyder:

«Bestemmelsene i punkt IV er til hinder for:

1. gjennomføring av tiltak i ambulanse-, politi-, brannvern-, oppsyns-, skjøtsels- og forvaltningsøyemed
2. bruk av eksisterende fiskerett, strandrett og båttrett i samme utstrekning som tidligere, dog slik at det utvises spesiell aktsomhet over rastende og beitende fugl.»

Den generelle dispensasjonshjemmelen i verneforskriften kapittel VIII er erstattet av naturmangfoldloven § 48, jf. naturmangfoldloven § 77.

Bakgrunn for saken

Prosjektet «Nesjar 2016» skal markere at det i 2016 er 1000 år siden slaget ved Nesjar sto. Prosjektleder er Kjersti Jacobsen, og når vi nedenfor viser til korrespondanse med «Nesjar 2016» så er det korrespondanse med prosjektleder vi mener.

Formålet med de marinarkeologiske undersøkelsene er å undersøke om antydninger gitt i skriftlige kilder, stedsnavn og arkeologiske funn kan gi støtte for en hypotese om at slaget ved Nesjar (år 1016) foregikk på sjø og/eller på de nåværende landområdene ved Mølen i Larvik. NMM er deltaker i prosjektet «Nesjar 2016» med ansvar for gjennomføringen av kulturminneregistreringene under vann. NMM er kulturvernets landsdelsinstitusjon for forvaltning av kulturminner under vann i Sør-Norge. Blant deres hovedoppgave er å gjennomføre registreringer av automatisk fredede kulturminner under vann etter kulturminneloven.

Undersøkelsene begynner med innledende sonekartlegging. Derneft må de dykke for å dokumentere og avgrense allerede kjente funnsted, samt gjennomføre dykkeregistrering på eventuelle funnsted. Dykking er den viktigste delen av sonekartleggingen. Dykkingen foregår fra åpen båt, enten gummiått eller en 17 fot ått beregnet for dykking og sonarkartlegging. Motortypen er stilleåttende 4-takts motor som opererer innenfor 2-4 knop ved sonarkjøring eller stilleåttende/samme fart ved dykking. Ått og ått dykker ligger over/følger dykkeren og det dykkes med kommunikasjonskabel mellom ått-dykker.

Hovedpunktene i tidligere saksgang

I e-post av 16.06.2015 fra «Nesjar 2016» til Fylkesmannen ble det opplyst om hvilke undersøkelser som skulle foretas i forbindelse med prosjektet, i hovedsak om undersøkelser på land, men også om de marinarkeologiske undersøkelsene som skulle foregå i september. Den 5.-6. august 2015 ble det korrespondert pr. e-post og telefon mellom Nesjar 2016 og Fylkesmannen. Da ble det fra «Nesjar 2016» opplyst om at det i tillegg ville bli aktuelt med metallsøking i fjæra utenfor Værvågen innenfor Mølen fuglefredningsområde (annet enn de marinarkeologiske undersøkelsene).

I e-post av 26.08.2015 til Fylkesmannen opplyser «Nesjar 2016» at det var viktig for dem å få avklaring på om de kunne gjøre søk i fjæra utenfor Værvågen. Samme dag (26.08.2015), sender Fylkesmannen en e-post til «Nesjar 2016», og opplyser at undersøkelsene på land kan foregå uten egen tillatelse av hensyn til verneområdet. Det opplyses videre at de marinarkeologiske undersøkelsene trenger tillatelse, og Fylkesmannen beklager at de ikke tidligere har innsett at de mangler kunnskap om virkning av sonar på fugl. I e-posten spørres det etter eventuell dokumentasjon på virkningen av bruk av sonar, og eventuelle tiltak for å redusere virkninger. I e-posten siteres dispensasjonsbestemmelsen i naturmangfoldloven § 48. NMM får videresendt denne e-posten fra «Nesjar 2016». I e-post av 27.08.2015 til Fylkesmannen redegjør NMM for hvordan

undersøkelsene skal foregå, og kommer med nærmere opplysninger om hvilken type sonar som skal brukes. I e-posten opplyses det at saksbehandler aldri har observert at andefugler bryr seg mer om en saktegående båt som har en sonarfisk montert kontra en lik båt uten det, men at de ikke har annen dokumentasjon på at dette er problemfritt i forhold til dykkender. NNM utaler videre at de ikke kan se at tiltaket er forbudt etter forskriften, men at dersom Fylkesmannen likevel kommer til at det kreves dispensasjon, så ber de om rask beskjed om dette, samt spesifisert nærmere hvilken dokumentasjon Fylkesmannen trenger.

I vedtak av **03.09.2015** FM stilet til «Nesjar 2016», ga Fylkesmannen dispensasjon til marinbiologiske undersøkelser på blant annet følgende vilkår:

- Det skal være ornitolog i båten for å gi synspunkter på rekkefølgen av delområder som undersøkes. Ornitologen skal ha myndighet til å justere fart eller kurs for å unngå åpenbare forstyrrelser.
- Motor skal være i gang så lenge båten er i fuglefredningsområdet.
- Båten skal ha overbygg for å skjule personene mest mulig.

I vedtaket opplyses det at Havforskningsinstituttet opplyser at den frekvens som skal brukes på sonaren, er langt over frekvensene som marine dyr oppfatter, og at det er lite grunn til å tro at slik lyd vil kunne oppfattes av noen dyr i vann.

Vedtaket ble påklaget av NMM i brev av **14.09.15**.

Ved e-post av 15.09.2015 varslet Fylkesmannen «parter med rettslig klageinteresse» om klagen, og opplyst at Fylkesmannen regnet med å endre vedtaket på noen punkter, og at nytt vedtak ville bli truffet 16. september.

I vedtak av **16.09.2015** tar Fylkesmannen klagen delvis til følge ved å lempe på vilkårene. Vedtaket lyder:

«Fylkesmannen gir tillatelse til omsøkte marinarkeologiske undersøkelse med grunnlag i Naturmangfoldloven § 48, med vilkår gitt nedenfor. Vi legger avgjørende vekt på at dette er et engangstilfelle hvor det ikke er grunn til å regne med nevneverdige skader dersom vilkårene følges.

- *Motor skal være i gang så lenge båten er i fuglefredningsområdet bortsett fra når sikkerheten til dykkere tilsier at motoren må slås av.*
- *Personene i båten skal enten skjermes mest mulig mot å bli sett av fugl på vannet, eller ornitolog skal delta i daglig planlegging av hvilke delområder som skal undersøkes eller være med i båten med myndighet til å kreve endret fart eller kurs for å unngå åpenbare forstyrrelser.*
- *Undersøkelsene skal gjennomføres og avsluttes så raskt som mulig høsten 2015.*
- *Tillatelsen skal være med i båten»*

I vedtaket ble det presisert at Fylkesmannen ikke ville gi en eventuell klage oppsettende virkning, se forvaltningsloven § 42 om utsatt iverksetting av vedtak.

Vedtaket ble påklaget av NMM i brev av **02.10.2015**. Det er denne klagen på Fylkesmannen vedtak av 16.09.2015 som nå er til behandling i direktoratet.

I forbindelse med den forberedende klagebehandlingen, sendte Fylkesmannen (e-post **06.10.2015**) saken til NOF Vestfold og Mølen ornitologiske stasjon til uttalelse. Vedlagt var foruten brev og e-poster i saken:

- Flere kart som viser hvor undersøkelsene i forbindelse med Nesjar 2016 med skal foregå (var vedlegg til e-post av 16.06.2015 fra «Nesjar 2016 v/Jacobsen»)

- «Dykkender ukevis 2000-2015 fra artsdatabanken artsobservasjoner 31. august 2015»
- «Vannfuglenes bruk av Mølen fuglefredningsområde gjennom et år, November 2007-oktober 2008», utarbeidet av Naturplan

I e-post av 08.10.2015 til klager uttaler Fylkesmannen at dersom dykkerundersøkelsene likevel ikke kan gjøres før nyttår, så har de mye bedre tid til å gjennomgå vilkårene med klager. I svar samme dag opplyser klager at det er riktig at deres undersøkelser i forbindelse med «Nesjar 2016» må utsettes inntil videre. Klager opplyser videre at NMM ønsker at saken skal behandles i direktoratet selv om det tar lengre tid, fordi saken er prinsipielt viktig for klager.

NOF Vestfold og Mølen ornitologiske stasjon kom med uttalelser i e-poster av 12.10.2015.

I e-post av 13.10.2015 orienterte Fylkesmannen klager om at de hadde mottatt ovennevnte uttalelser, og at uttalelsene gjør det aktuelt å lempe ytterligere på vilkårene. Fylkesmannen spør samtidig om når museet tar sikte å være ferdig med denne undersøkelsen. I svar på e-post samme dag gjentar klager at de ønsker at saken skal behandles i direktoratet, og opplyser at «*videre mener vi som nevnt at virksomheten vår ikke er søknadspliktig etter dette lovverket, følgelig er det også prinsipielt viktig for oss å få behandlet denne klagesaken av hensyn til annet forvaltningsarbeid.*».

Ved brev av 30.11.2015 oversendte Fylkesmannen klagen til direktoratet for endelig avgjørelse. I oversendelsesbrevet uttaler Fylkesmannen at nye opplysninger tilsier at det kan være riktig å fjerne vilkårene i siste vedtak. Oversendelsen var i tillegg til kopi av brev og e-poster, vedlagt Mølen ornitologiske stasjon sin uttalelse til utkast til forvaltningsplan for området som var på høring i 2013.

I brev av 10.12.2015 til direktoratet, kom NMM med en tilleggsuttalelse. Uttalelsen var vedlagt uttalelser fra henholdsvis Riksantikvaren og «Nesjar 2016». I brevet opplyser klager at i forhold til arkeologiprojektet «Nesjar 2016», så har tiden løpt ut. Klager hevder at Fylkesmannens saksbehandling, og vilkår i vedtak gjorde det umulig for dem å utføre de planlagte registreringene i forbindelse med Nesjar 2016». I følge klager dreier klagesaken seg i «prinsipp ikke lenger om denne enkeltsaken».

Direktoratet har etter at vi sendte ut foreløpig svar, vært i telefonkontakt med både «Nesjar 2016» og saksbehandler hos NMM om saksbehandlingstid.

Klagers anførsel

For nærmere begrunnelse for sin klage på siste vedtak, viser klager til sin klage av 14.09.2015 på Fylkesmannens første vedtak. Klagen gjelder saksbehandlingsfeil, og dels det klager mener er materielle feil i vedtaket.

Klager hevder at saken har ført til behov for prinsipielle avveininger av stor betydning for kulturminneforvaltningen, hvorvidt arkeologiske registreringer i verneområder etter naturmangfoldloven krever dispensasjonsbehandling.

Nedenfor går vi tematisk gjennom klagers anførsler.

Tolkning av verneforskriften kapittel IV nummer 2 - «unødige forstyrrelser»

Klager tviler på at forbudsbestemmelsen i verneforskriften kapittel IV punkt 2 om unødige forstyrrelser kan tolkes som et generelt forbud mot ferdsel på vannet, «*som det jo betyr når «enhver form» leses som om det peker tilbake på «forstyrrelser» og ikke kun «skade og ødeleggelse.*».

Klager påpeker at dersom et verneområde skal ha ferdselsforbud er det vanlig at dette eksplisitt er regulert i forskriften. Det hevdes at både naturvernloven av 1970 og naturmangfoldloven forutsetter

dette, og at dette synet også kan forankres i allemannsretten. Det hevedes at det er enighet i Norge om at alle skal kunne ferdes fritt utenfor innmark med mindre det foreligger et klart forbud med hjemmel i lov.

Det vises til utkast til forvaltningsplan som har vært på høring. Her heter det at «*den konkrete vurderingen av hva som skal regnes som unødige forstyrrelser*», må *gjøres først av utøverne av ferdsel, dernest av oppsynet og eventuelt av forvaltningsmyndighet og eller rettsvesenet.*» Klager tror dette er en klok strategi, og hevder at Fylkesmannen i denne saken har foretatt vurderingen i utøvernes og oppsynets sted uten at det forelå søknad.

I en tingrettsdom fra 2004, ble en person bøtelagt for surfing på brett i Mølen fuglefredningsområde. Surfingen ble ansett som unødig forstyrrelse. Klager er ikke enig i at denne saken er et relevant sammenligningsgrunnlag i denne saken.

Klager vurderer sin bruk av båt inne i fuglefredningsområdet som lovlig og ikke søknadspliktig, så lenge de passer godt på at ikke fugl som hviler eller spiser blir forstyrret av ferdsele deres.

Det påpekes at krav til dispensasjonssøknad i slike saker vil gjøre saksbehandlingstiden lengre, og dermed skape forsinkelser og ineffektivitet i forvaltningen.

Tolkning av verneforskriften kapittel V nummer 1 - tiltak i forvaltningsøyemed

Klager hevder at det endrede vedtaket av 16.09.2015 ikke har vurdert «*det faktum at vi utøver forvaltningsmyndighet innenfor Mølen fuglefredningsområde*», men at det tvert imot er lagt til grunn at det er et engangstilfelle. Klager hevder at prosjektet som utløste saken ikke er en enkeltsak.

Siste tiår har klager gjennomført en rekke befaringer under vann i fuglefredningsområdet. Flere av disse befaringene er gjort for å kartlegge og avgrense det til nå eneste kjente arkeologiske funnmaterialet som kan tenkes å ha sammenheng med sjøslaget.

I klagen redegjøres det for at det maritime landskapet ved Mølen har nasjonal verdi, og det opplyses blant annet at det her ligger gravminner fra en stor sjøtid i vår historie.

Tolkning av verneforskriften kapittel V nummer 2 - bruk av eksisterende båtrett

Klager hevder at unntaket for bruk av eksisterende båtrett i samme utstrekning som tidligere gjelder for dem. Dette begrunnes med at NMM (tidligere Norsk Sjøfartsmuseum) har hatt ansvar for forvaltningen av kulturminner under vann i Sør-Norge fra 1969, og har ferdes i området før verneforskriften trådte i kraft. Fra klagers side hevdes det at «båtrett» ikke er det samme som båt feste, og at kulturminneforvaltningen ikke trenger å ha hatt båt feste før 1981.

Påvirkning på fuglelivet

Klager hevder at det ikke er mulig å ferdes på vannet uten å bli sett av fugler. Det hevdes videre at det kan dokumenteres at normal ferdsel til vanns inkludert dykking, gjennom året og spesielt om sommeren, er langt høyere enn det en marinarkeologisk registrering vil innebære.

Det opplyses at klager tidligere har gjort et stort antall dykk og anvendt sidesøkende sonar inne i verneområdet, og at det da er vist aktsomhet ovenfor fuglelivet. Deres erfaring er at de ikke har vært i nærheten av noe som kan kalles «skade, ødeleggelse eller unødig forstyrrelser», og at utfordringen har vært sikkerhet i forhold til trafikkert skipsled og øvrig båt- og vannsportaktivitet.

Det opplyses fra klager at det ikke er tale om 40 timer med undersøkelser, og at det riktige timetallet er fire. Det skal kjøres kun en gang over hvert område, med ca. 100-150 meter brede sektorer.

Det påpekes fra klager at det i det påklagede vedtak er satt skjerpende vilkår, ved at det er satt en frist for når undersøkelsene skal være gjort (så raskt som mulig høsten 2015).

Saksbehandling

Klager opplyser at de har ikke har søkt om dispensasjon. Videre opplyser klager at de ikke har gjort det ved tidligere feltarbeid, og at de vurderte at det heller ikke var nødvendig i forbindelse med «Nesjar 2016». Ettersom tillatelsen ikke er omsøkt mener klager at det må undersøkes om Fylkesmannens vedtak er gyldig. Klager ber om at det i klagebehandlingen vurderes om det var korrekt å behandle en orientering som en søknad om dispensasjon.

Klager påpeker at det kun er bruk av sonar som ble tematisert i Fylkesmannens e-post av 26.08.2015, og dersom det hadde blitt opplyst om at bruk av en liten saktegående båt også er noe som vil utløse krav om saksbehandling, så hadde klagers redegjørelse av 27.08.2015 inneholdt flere opplysninger. Klager finner det kritikkverdig å ikke bli gitt mulighet til å forklare nærmere hva deres arbeid går ut på og at de ikke ble informert om at Fylkesmannen anså at det å ferdes på vannet i åpen båt krever dispensasjon.

Klager opplyser at de ikke har purret på noen avgjørelse, men at de i e-post av 27.08.2015 ba om snarlig opplysning på om sonarbruk krever dispensasjon og om hvilke opplysninger som eventuelt trengtes. Etter det hørte de ikke noe før det ble fattet vedtak 16.09.2015.

Prinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-12

Klager opplyser at de kjenner området, og påvirkning på naturmangfoldet godt som høringsinstans for utkast til forvaltningsplan, jf. § 8. Når det gjelder § 9 uttaler klager at registreringene ikke kan ha større virkning enn alminnelig ferdsel. For bruk av sonar påpekes det at Havforskningsinstituttet har bekreftet at bruken av sonar her ikke medfører fare. Med tanke på § 10 uttaler klager at tiltaket vil ha minimal innvirkning på samlet belastning og viser til ferdsel som allerede foregår. Til § 11 uttales det at de ikke kan se at tiltaket medfører miljøforringelse. Klager anser at ferdsel med saktegående båt og dykking er miljøforsvarlig teknikk.

Andre innkomne merknader

NOF Vestfold

I e-post av 12.10.2015 konkluderer NOF Vestfold med at tiltaket ikke trenger å være til stor sjenanse for fuglene i området. Om arkeologene går hensynsfullt frem burde det ikke være noe problem med undersøkelsene. Det uttales videre at så lenge det er snakk om bare en båt og denne ligger rolig på en plass vil ikke fuglene bli nevneverdig forstyrret. Området er stort og fuglene vil flytte til områder i nærheten. Det opplyses at det er en del båttrafikk i området, både av hobbyfiskere og hyttefolk. Sjørøren som holder til her, og som er den arten de er mest bekymret for, ser ut til å være ganske vant med båttrafikken og flytter seg sjelden langt om den blir forstyrret.

Mølen ornitologiske stasjon

I e-post av 12.10.2015 opplyser saksbehandler at han ikke har store motforestillinger mot at disse undersøkelsene foregår som beskrevet. Det uttales videre at det kan være et poeng at man konsentrerer arbeidet mest mulig i tid og rom.

Riksantikvaren

Riksantikvaren hevder at saken vil være prinsipiell og dermed få konsekvenser for praksis i tilsvarende områder i hele landet. Det uttales videre at dersom Fylkesmannens tolkning legges til grunn vil det innebære en kraftig begrensning for denne typen lovpålagte forvaltningsoppgaver for

alle forvaltningsinstitusjoner med delegert myndighet til å forvalte statens skipsfunn og kulturminner under vann

Nesjar 2016 v/Kjersti Jacobsen

Prosjektlederen stiller seg bak klagen fra NMM rettet mot saksbehandlingen. Det presiseres at Nesjar 2016 ikke har søkt om tillatelse til gjennomføring av marinarkeologiske undersøkelser. Hun hevder at redegjørelse under «sakens bakgrunn» i Fylkesmannens i oversendelsesbrev til direktoratet gir en uheldig og skjev framstilling. Hun har derfor i sin uttalelse gjort kronologisk rede for og gjengitt den korrespondansen hun har hatt med Fylkesmannen. Det refereres også til en telefonsamtale hun hadde med Fylkesmannen 05.08.2015, hvor det ifølge henne ble opplyst at hennes varsel av 16.06.2015 ikke ville få konsekvenser for fuglelivet. Hun slo seg til ro med dette svaret. Etter dette opplyser hun at hun for første gang (05.08.2015) sendte en reell søknad om å få bruke metalldetektor i langfjæra i Værvågen (ikke de marinarkeologiske undersøkelsene).

Prosjektleder tilføyer at det er svært mange som er skuffet over at de ikke har kunnet foreta det marinarkeologiske feltarbeidet i forbindelse med «Nesjar 2016». Det opplyses at det er bevilget 5,2 millioner til prosjektet fra blant annet Kulturdepartementet, Vestfold fylkeskommune, Larvik kommune og mange store og mindre aktører. Av disse midlene er kr 800.000,- øremerket de faglige aspektene ved prosjektet, der de anser den marinarkeologiske undersøkelsen som den viktigste. Videre opplyses det at det skal gis ut en bok som baserer seg på resultatene fra de arkeologiske undersøkelsene i desember 2016, og at denne boka nå står i fare for å ikke kunne gis ut i forbindelse med jubileet. Det bes derfor om at direktoratet behandler klagen så raskt som mulig.

Fylkesmannens vurdering

Fylkesmannen opprettholder sin vurdering om at tiltaket krever dispensasjon, men råder direktoratet til at vilkårene endres.

Tolkning av verneforskriften kapittel IV nummer 2 - unødige forstyrrelse

Fylkesmannen hevder at ferdsel i området kun er tillatt dersom den ikke forstyrrer fugl, med unntak av ferdsel gitt i forskriften kapittel V. Etter Fylkesmannens vurdering gir dette punktet i verneforskriften bare mening dersom annen ferdsel bare er tillatt når fugl ikke blir forstyrret.

Begrepet «enhver» som er brukt i bestemmelsen gjelder også for unødige forstyrrelser.

Fylkesmannen opplyser at ferdsel med stø kurs og fart i skipsleia gjennom verneområdet aksepteres i verneforskriften.

I utkast til forvaltningsplan har Fylkesmannen foreslått to delområder hvor de anser faren for å forstyrre fugl som så liten at det bør aksepteres økt aktivitet, for eksempel vannsport. I øvrige del av verneområdet mener Fylkesmannen at det ut fra verneformålet ikke er ønskelig med ferdsel utover det som eksplisitt er tillatt. Det er her dispensasjonsbehandlingen kommer inn ifølge Fylkesmannen, hvor man blant annet skal vurdere om forstyrrelsene likevel skal godtas, fordi den er nyttig, og om det eventuelt kan gjøres tiltak for å redusere forstyrrelsen.

Fylkesmannen hevder at rettspraksis viser at forbudet mot unødige forstyrrelser skal tolkes strengt, og viser til at en person i en tingrettsdom fra 2004 ble bøtelagt for å ha kitet i samme del av verneområdet som nå skal undersøkes. Vedkommende hadde tidligere fått advarsel og informasjon om forbudet mot unødige forstyrrelser.

Fylkesmannen har uttalt at de er enige i at det er lagt en streng tolkning av «unødige forstyrrelser» til grunn for deres vurdering.

Tolkning av verneforskriften kapittel V nummer 2 - bruk av eksisterende båttrett

I følge Fylkesmannen gjelder unntaket etablerte rettigheter som hører til, eller er sammenlignbare med eiendomsrett, eksempelvis rett til båtplass. Fylkesmannen påpeker at klager ikke har dokumentert at den båtbruk som sjøfartsmuseet utøvet, ga noen rett til båtplass i området.

Tolkning av verneforskriften kapittel V nummer 1 - tiltak i forvaltningsøyemed

Fylkesmannen uttaler at offentlige forvaltningsorganer, utenom forvaltningsmyndigheten for verneområdet, ikke har noen generell tillatelse til å utøve sin virksomhet i naturvernområdene. Det vises i den forbindelse til forarbeidene til naturmangfoldloven, Ot.prp. 52 (2008-2009) hvor det heter «...bør imidlertid ikke verneforskriften åpne helt generelt for tiltak til vitenskapelige formål, da slike tiltak kan bety en belastning for det miljø som skal beskyttes...».

Det påpekes i vedtaket av 16.09.2015 at unntaksbestemmelsen gjelder verneformålet.

Fylkesmannen uttaler at en avklaring av spørsmålet om det kreves dispensasjon er viktig både for kulturminnevernet og for naturvernet, da det her blir gått en grense mellom lovverkene som vil ha presedensvirkning også for andre områder.

Påvirkning på fuglelivet

Fylkesmannen anså ikke at det kunne gjennomføres undersøkelser med båt daglig i 2 uker fra kl. 10:00-14:00 i det angitte området uten å forstyrre fugl, særlig om høsten, vinteren og våren. Det opplyses at naturfaglige undersøkelser viser at fugler forstyrres også før de reagerer med flukt, ved at de avslutter søk etter mat eller hvile. Eksempelvis kan hjertefrekvensen hos fugl øke, og dermed energibruken, også uten flukt. Avstanden mellom fugl og kilden til uro som fører til flukt, kan være flere hundre meter. Utfordringene knyttet til å oppfatte endret adferd gjelder ikke minst dykkende fugl, som er spesielt nevnt i verneformålet.

Fylkesmannen påpeker at kartskissen de har mottatt viser at undersøkelsene ikke skal gjøres i skipsleia, men i de deler av verneområdet som er viktigst for dykkende ender, med et unntak.

Fylkesmannen er enig med klager i at det er mye menneskelig aktivitet i området fra før. Det vises til naturmangfoldloven § 10 om samlet belastning, og uttales at den høye belastningen tilsier at eventuelle tillatelser til ytterligere stressfaktorer og forstyrrelser vurderes strengt.

Fylkesmannen mener at de nye opplysningene fra Ornitologisk forening tilsier at det kan være riktig å fjerne vilkårene gitt i vedtaket fra 16.09.2015. Fylkesmannen uttaler videre at det synes aktuelt å vurdere presedens og terskel for hvilke vilkår som er rimelige i forhold til varighet og hyppighet av forstyrrelser.

Fylkesmannen har ikke sterke synspunkter på når undersøkelsene heretter bør avsluttes, men gjør oppmerksom på at siste halvdel av juni synes å være den tid på året da verneformålet blir minst påvirket i det aktuelle området.

Saksbehandling

I vedtaket av 16.09.2015 beklager Fylkesmannen at de ikke innså at det var nødvendig å vurdere dispensasjon fra verneforskriftene før 26. august. Dette førte til at den mottatte informasjonen i stor grad ble lagt til grunn for deres vurdering av mulighetene for å gjøre unntak fra verneforskriften. Blant annet gikk det ut over museets mulighet til å gi god informasjon om tiltaket, og virkningene av dette på verneformålet. Det ble heller ikke sendt ut forhåndsvarsel til miljøorganisasjoner. Fylkesmannen uttaler at de i denne situasjonen hadde to muligheter. De kunne sende forhåndsvarsel til partene og de med rettslig klageinteresse med formelle frister for uttalelse, og med grundig informasjon om hvilke krav som stilles til søknader. Fylkesmannen antok

at søker var bedre tjent med en «hastebehandling», selv om det dermed ville bli nødvendig å stille strenge vilkår for å innfri føre-var-prinsippet i naturmangfoldloven § 9.

I oversendelsesbrevet til direktoratet uttaler Fylkesmannen at det er klagers ansvar å søke om dispensasjon, og at de i e-post av 26.08.2015 orienterte om regelverket og at det kreves dispensasjon. Fylkesmannen hevder at anførselene om at orienteringene som ble sendt ikke var en søknad om dispensasjon, kun er til ugunst for klager. I følge Fylkesmannen purret både Nesjar 2016 og NMM på Fylkesmannens avgjørelse, så det var ikke tvil om at det hastet. At klager ikke har brukt betegnelsen søknad på de opplysningene som ble sendt, er ifølge Fylkesmannen ikke til hinder for at Fylkesmannen kunne behandle dette som søknad, da dette helt klart var i klagers interesse.

Fylkesmannen opplyser at de kompenserte for det noe mangelfulle beslutningsgrunnlaget ved å stille noen vilkår. Fylkesmannen kan ikke se at klager ville ha hatt noen fordeler av at saken skulle bli ytterligere utsatt. Dessuten hevder Fylkesmannen at eventuelle ulemper det opprinnelige vedtaket har hatt, ble rettet ved vedtaket av 16.09.2015.

Prinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-12

Fylkesmannen uttaler at naturmangfoldloven §7 gjelder all offentlig forvaltning og skjerper forventningene ut over den generelle aktsomhetsplikten i § 6. NMM skulle derfor ifølge Fylkesmannen ha vurdert §§ 8-12 og begrunnet hvordan prinsippene følges opp i sin beslutning om å utføre undersøkelser. Dette hevder Fylkesmannen gjelder alle deres undersøkelser som kan påvirke natur. Innenfor naturvernområder mener Fylkesmannen at museet må søke dispensasjon fra verneforskriftene med utgangspunkt i redegjørelsene etter naturmangfoldloven, herunder hvilke tiltak museet vil sette i verk for å beskytte naturgrunnlaget bedre mot påvirkninger enn det som anses nødvendig utenfor vernede områder.

Direktoratets vurdering

Miljødirektoratet kan som klageinstans prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter, se forvaltningsloven § 34.

Verneforskriften kapittel IV nummer 2 - unødige forstyrrelser

Denne bestemmelsen er med i mange verneforskrifter, men er likevel en bestemmelse direktoratet har lite praksis på.

Et tiltak eller aktivitet må både anses å føre til «forstyrrelser» og være «unødig» for å være forbudt. Først når et tiltak anses som unødig forstyrrende er tiltaket forbudt og vil kreve dispensasjon fra verneforskriften.

Begrepet «enhver» peker på alle de tre alternativene i bestemmelsen; skade, ødeleggelse og unødige forstyrrelser. Dette støttes av bestemmelsens ordlyd.

Forbudet kan omfatte tiltak som det ikke er satt konkret forbud mot i verneforskriften, for eksempel ferdsel. Etter vår vurdering bør man imidlertid være varsom med å anse en type tiltak/virksomhet som ble vurdert under verneprosessen, og som det ikke ble satt restriksjoner på i verneforskriften, som «unødig forstyrrelse».

Unntaksbestemmelsen i kapittel V nummer 2 gir unntak fra forbudet mot unødig forstyrrelse i kapittel IV nummer 2. Forskriften kan likevel ikke forstås slik at all ferdsel som ikke følger av dette unntaket, bare er tillatt dersom ferdselen ikke er forstyrrende, og at slik ferdsel krever dispensasjon. Til fylkesmannens uttalelse om at unntaksbestemmelsen bare har mening med en slik tolkning, vil vi bemerke at det er vist til unntaksbestemmelsen i kapittel V nummer 2 i forbudsbestemmelsen som gjelder vegetasjon i kapittel IV nummer 1. Det er ikke gjort en tilsvarende henvisning i kapittel V nummer 2 for fuglelivet.

En tolkning som medfører søknadsplikt for all ferdsel som er forstyrrende, og ikke omfattes av unntaksbestemmelsen i kapittel V nummer 2, vil etter vår oppfatning være vanskelig å forstå for brukerne av området.

Dersom det er meningen at det skal være ferdselsforbud i et verneområde er det praksis for at det tas inn en egen bestemmelse om dette i verneforskriften. Det er ikke gjort her. Mølen fuglefredningsområde ble vedtatt som en del av «Verneplan for våtmarksområder med ornitologisk betydning i Vestfold fylke med opprettelse av 9 naturreservatet og ett fuglefredningsområde». I foredraget til kongelig resolusjon heter det:

«Forslaget inneholder ingen ferdselsrestriksjoner bortsett fra Rødskjær..., og tillater drift og vedlikehold av anlegg og bruk av eksisterende fiske-, båt- og strandrett»

Uttalelsen i kongelig resolusjon taler også mot å tolke forskriften slik at all ferdsel som ikke omfattes av unntaksbestemmelsene i kapittel V nummer 2, bare er tillatt dersom den ikke er forstyrrende.

Dersom man i verneprosessen kommer fram til at det bør åpnes for en viss type tiltak, men at forvaltningsmyndigheten bør ha mulighet til å sette vilkår av hensyn til verneverdier, er det vanlig at det tas inn en spesifisert dispensasjonshjemmel for denne type tiltak i forskriften. Det er det ikke gjort for ferdsel i verneforskriften for Mølen.

Det er tiltak som faktisk er unødig forstyrrende som er forbudt, jf. bestemmelsens ordlyd «Fuglelivet... er fredet mot enhver ... unødige forstyrrelser.» Når det gjelder begrepet «forstyrrende», mener vi at det ikke er nok for å rammes av forbudet at det er en teoretisk mulighet for at det kan forstyrre fuglelivet. Det må være tiltak/aktiviteter som erfaringsmessig vil føre til forstyrrelser og som er av et visst omfang eller varighet som rammes av forbudet.

Ved vurdering av om noe er «unødig» vil mulige alternative lokaliseringer, metoder og tidspunkt være viktige momenter. Om det er tale om samfunnsnyttig tiltak vil også være av betydning. Som nevnt ovenfor bør man være varsom med å anse en type tiltak som ble vurdert på vernetidspunktet og ikke satt restriksjoner på i verneforskriften, som «unødig».

Vi ser at vår tolkning kan være utfordrende for forvaltningsmyndigheten, da det ofte må innhentes nærmere informasjon for å kunne vurdere om et tiltak er forbudt etter denne bestemmelsen og det ikke kan stilles vilkår før tiltaket utføres. I mange tilfeller vil den aktuelle løsningen være dialog mellom forvaltningsmyndighet for verneområdet og tiltakshaver, hvor forvaltningsmyndigheten kan gi råd om hvordan tiltakshaver bør forholde seg for ta mest mulig hensyn til fuglelivet.

I denne konkrete saken er det tale om undersøkelser som ikke kan foretas annet sted. Registrering av kulturminner må anses å være av samfunnsnyttig karakter. Det er ikke tatt inn forbudsbestemmelser knyttet til ferdsel i verneforskriften, og det fremgår av foredraget til kongelig resolusjon at ferdsel var et tema som ble vurdert på vernetidspunktet, uten at det ble vedtatt ferdselsrestriksjoner. Det foregår en del ferdsel med båt i området. Fylkesmannen har i oversendelsesbrevet til direktoratet uttalt at de ikke har sterke synspunkter for når på året undersøkelsen heretter bør avsluttes, og at nye opplysninger tilsier at det kan være riktig å fjerne vilkårene i det påklagende vedtaket.

På bakgrunn av ovenstående legger vi til grunn at det konkrete tiltaket ikke kan anses som «unødig». Tiltaket er derfor ikke forbudt etter verneforskriften kapittel IV nummer 2 og krever derfor ikke dispensasjon. Direktoratet må derfor oppheve fylkesmannens vedtak av 16.09.2015, og tiltaket kan foretas uten dispensasjon.

Vi finner det etter dette ikke nødvendig å gå nærmere inn på om tiltaket kan og eventuelt i hvilken grad forstyrre fuglelivet.

Vi presiserer at vår konklusjon baserer seg på en vurdering av det konkrete tiltaket og forskriften for Mølen fuglefredningsområde. Hvert verneområde har en egen verneforskrift, med eget verneformål og egne bestemmelser. Tilsvarende tiltak i andre verneområder må vurderes opp mot forskriftene for det verneområdet tiltaket skal utføres i.

Tolkning av verneforskriften kapittel V nummer 2 - bruk av eksisterende båttrett

Vi tolker «båttrett» i denne sammenheng til å gjelde rett til å ha båter liggende/fortøyd ved en eiendom (ved brygge, i bøye eller i båtfeste på land), ikke ferdsel med båt generelt. I likhet med Fylkesmannen, er vår vurdering at unntaket ikke omfatter den ferdselen NMM foretar i forbindelse med sin virksomhet.

Tolkning av verneforskrifteten kapittel V nummer 1 - tiltak i forvaltningsøyemed

Slik Fylkesmannen har påpekt gjelder dette unntaket tiltak forvaltningsmyndigheten for verneområdet utfører eller initierer av hensyn til formålet med det aktuelle vernet. Unntaket gjelder derfor ikke for den forvaltningsmyndigheten andre etater utøver, herunder klagers forvaltningsoppgaver. Det samme gjelder for øvrig unntaket for tiltak i skjøtseløyemed i denne bestemmelsen.

Det har ikke direkte betydning for denne saken, men vi nevner likevel at Miljødirektoratet og Riksantikvaren i oktober 2015 ga ut en veileder om «Kulturminner i områder vernet etter naturmangfoldloven»: <http://www.miljodirektoratet.no/Documents/publikasjoner/M420/M420.pdf>

Når det gjelder behandling av søknader om dispensasjon for vitenskapelige undersøkelser etter naturmangfoldloven § 48 viser vi til Miljødirektoratets veileder «Rundskriv om forvaltning av verneforskrifter» kapittel 7.6: <http://www.miljodirektoratet.no/no/Publikasjoner/2014/Januar-2014/Rundskriv-om-forvaltning-av-verneforskrifter/>

Saksbehandling

Ovenfor har vi konkludert med at tiltaket ikke krever dispensasjon fra verneforskriften. Det er derfor ikke nødvendig for vår avgjørelse å vurdere om tiltaket kan være ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil. Spørsmål knyttet til saksbehandlingen er imidlertid sentrale i klagen, og vi vil derfor knytte enkelte kommentarer til noe av dette.

Det er ikke en fast frist for når saker som gjelder dispensasjon fra verneforskriften, eller andre henvendelser knyttet til forvaltning av verneområdet, skal besvares. Det er forvaltningsloven som gjelder her. I henhold til forvaltningsloven skal forvaltningsorganet forberede og avgjøre en sak uten ugrunnet opphold. Dersom det må ventes at det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares, skal det sendes forhåndsvarsel, se forvaltningsloven § 11 a. I saker som gjelder enkeltvedtak skal det sendes foreløpig svar dersom henvendelsen ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt. Fylkesmannen har beklaget at de ikke innså at det var nødvendig å vurdere dispensasjon fra verneforskriften før 26.08.2015.

I henhold til forvaltningsloven § 16 skal en part som ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken, varsles før vedtak treffes og gis høve til å uttale seg innen en nærmere angitt frist. Forhåndsvarsel kan unnlates når det ikke er praktisk mulig eller vi medføre fare for at vedtaket ikke kan gjennomføres, se forvaltningsloven § 16 tredje ledd bokstav a. Videre kan forhåndsvarsel unnlates dersom vedkommende part allerede på annen måte har fått kjennskap til at vedtak skal treffes og har hatt rimelig foranledning og tid til å uttale seg, eller varsel av andre grunner må anses åpenbart unødvendig.

Etter vår vurdering er det ikke nødvendig at en henvendelse bruker betegnelsen søknad eller er formet som en søknad, for at forvaltningsmyndigheten skal behandle saken som en søknad. Men det må vurderes om det er nødvendig å sende ut forhåndsvarsel, for å gi tiltakshaver mulighet til å

uttale seg og for at saken skal være så godt opplyst som mulig, se forvaltningsloven § 17. Forut for det første vedtaket, varslet Fylkesmannen om at det trengtes dispensasjon og ba om opplysninger knyttet til bruk av sonar. NMM var ikke enig i at tiltaket krevet dispensasjon, men ba om snarlig opplysning dersom det faktisk var påkrevet med dispensasjon og hvilke opplysninger de da måtte kommet med. Fylkesmannen traff så vedtak uten å gi noe nærmere varsel, og har opplyst at de kompenserte for mangelfullt beslutningsgrunnlag ved å stille vilkår. Vilkårene ble endret etter klage, hvor det kom nærmere opplysninger om tiltaket. I ettertid kan man se at det mest riktige hadde vært å varsle at man ville behandle henvendelsen som en søknad, og treffe vedtak med vilkår knyttet til bruk av båt. Vi forstår det slik at Fylkesmannen valgte den løsningen de mente søker var mest tjent med. Fylkesmannen opplyser at de ikke kan se at klager ville ha hatt en fordel av at saken ble ytterligere utsatt (kort tid til tiltaket skulle utføres). Da vedtaket av 16.09.2015 ble truffet var klager klar over at Fylkesmannen la til grunn at tiltaket krevet dispensasjon, og hadde fått anledning til å komme med nærmere opplysninger om hvordan tiltaket skulle utføres.

Prinsippene i naturmangfoldloven kapittel II

Fylkesmannen har vurdert prinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-12 ved sin saksbehandling. I saken er det i tillegg til erfaring hos forvaltningsmyndigheten, hentet opplysninger fra foreliggende rapporter og det er innhentet vurderinger fra fagmiljøer med kjennskap til området, jf. naturmangfoldloven § 8. Vår avgjørelse av klagesaken baserer seg i hovedsak på en tolkning av verneforskriften kapittel IV nummer 2, og vurdering av om tiltaket er «unødig». Vi finner derfor ikke grunn til å vurdere prinsippene i §§ 9-12 nærmere i klageavgjørelsen.

Det for øvrig nylig kommet en ny veileder fra Klima- og miljødepartementet om naturmangfoldloven kapittel II: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/naturmangfoldloven-kapittel-ii/id2481368/>. Her omtales også bruk av prinsippene ved offentlig myndighetsutøving.

Vedtak

Fylkesmannen i Vestfold sitt vedtak av 16.09.2015 oppheves.

Miljødirektoratets vedtak er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28.

Hilsen
Miljødirektoratet

Dette dokumentet er elektronisk godkjent

Berit Lein
direktør naturavdelingen

Finn Katerås
seksjonsleder

Tenk miljø - velg digital postkasse fra e-Boks eller Digipost på www.norge.no.

Kopi til:

Fylkesmannen i Vestfold

Nesjar 2016 v/prosjektleder Kjersti Jacobsen

Larvik kommune

Riksantikvaren

Vestfold fylkeskommune

Norsk Ornitologisk Forening Vestfold v/Finn Hauge

Mølen Ornitologiske Stasjon v/Gunnar Numme

Forum for natur og friluftsliv Vestfold

SNO Vestfold v/Egil Soglo

SNO Vestfold v/Jørn H Lindseth

Postboks 2076 3103 Tønsberg

Postboks 2020 3255 Larvik

Boks 8196 Dep 0034 OSLO

Postboks 2163 3103 TØNSBERG