



Sande kommune v/Hilde Moldekleiv
Postboks 300
3070 SANDE I VESTFOLD

Saksbehandler, innvalgstelefon
Vibeke Resch-Knudsen, 33371141

Lovlighetskontroll - lokal forskrift og vannscooter, Sande kommune, Vestfold

I brev til Sande kommune av 2.7.2018 fremmet fire kommunestyrerepresentanter fra Sande Fremskrittsparti krav om lovlighetskontroll av vedtaket om ordensforskrift etter havne- og farvannsloven i henhold til kommuneloven (kml.) § 59.¹ Kravet er begrunnet i hensyn til rettsikkerhet, faglig kvalitet på forvaltningens avgjørelse og rettelige rammer for å utferdige forskrifter som regulerer vannscooter særskilt.

Kravet om lovlighetskontroll ble behandlet i Sande kommunestyre 18.9.2018 hvor det ikke ble tatt til følge og vedtaket ble opprettholdt. Sakens dokumenter ble oversendt Fylkesmannen i Vestfold for endelig avgjørelse. 20.9.2018.

Fylkesmannens vedtak:

Kommunens vedtak i sak 18/582 av 12.06.2018 oppheves. Klagen er med dette tatt til følge. Saken sendes over til kommunen for ny behandling.

Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages til høyere forvaltningsorgan, jf. Rundskriv H-2299 pkt. 6.1: «Generelt om lovlighetskontroll» og forvaltningsloven § 28, jf. § 2.

Generelt om lovlighetskontroll:

Etter kommuneloven § 59 er departementet gitt myndighet til å kontrollere avgjørelser fattet av folkevalgt organ og kommunal eller fylkeskommunal administrasjon. Myndigheten til å foreta lovlighetskontroll av kommunale vedtak er delegert til Fylkesmannen, jf. rundskriv H-25/92 og H-6/95. Fylkesmannens kontroll er begrenset til kontroll av «avgjørelsens lovlighet», jf. § 59 nr. 1.

¹ FOR-2018-06-12-897.



Lovlighetskontroll er begrunnet i hensynet til rettsikkerhet, faglig kvalitet på forvaltningens avgjørelser, og forvaltningens omdømme.

Et krav om lovlighetskontroll må fremmes av minst tre medlemmer av kommunestyret. Videre må klagen fremmes innen tre uker fra avgjørelsen ble truffet, jf. forskrift av 13. januar 1993 nr. 4041. Som utgangspunkt er det kun avgjørelser som avgjør realiteten i en sak som kan bringes inn for lovlighetskontroll. Videre er det bare de forvaltnings- og offentligrettslige sidene ved en avgjørelse som kan kontrolleres, og ikke de rent privatrettslige sidene.

Kontrollen skal ifølge kommuneloven § 59 nr. 4 omfatte en undersøkelse av om avgjørelsen:

- a. er innholdsmessig lovlig (materiell kompetanse)
- b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse (personell kompetanse)
- c. er blitt til på lovlig måte (prosessuell kompetanse)

Lovlighetskontroll innebærer ikke myndighet til å treffe en ny avgjørelse, men bare til å oppheve kommunens avgjørelse dersom den er ugyldig, jf. § 59 nr. 4 andre ledd. Ugyldighet er betinget av at det foreligger feil ved den materielle, personelle eller prosessuelle kompetansen. Feil ved den personelle eller prosessuelle kompetansen fører imidlertid ikke automatisk til ugyldighet. Her følges prinsippet i forvaltningsloven § 41, om at vedtaket likevel er gyldig dersom det er grunn til å tro at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Sakens bakgrunn:

Sande kommune vedtok 12.6.2018 forskrift om bruk av og orden i havner og farvann i Holmestrand og Sande kommuner – vannscooterforskriften, med hjemmel i havne- og farvannsloven §§ 14 og 42. Forskriftens § 9 a lyder som følger:

§ 9A. Regulering av bruk av fritidsfartøy

For å ivareta hensynet til trygg ferdsel, forsvarlig forvaltning av farvannet, miljø eller friluftsliv reguleres bruk av fritidsfartøy som følger:

1. Definisjoner

I denne forskrift betyr:

- I. Vannscooter: Fartøy beregnet til sports- og fritidsbruk med skroglengde under 4 meter, som bruker en framdriftsmotor som har vannjetaggregat som hovedframdriftsmiddel og er beregnet på å brukes av én eller flere personer som sitter, står eller står på kne på skroget.*
- II. Liknende motordrevne fartøy: Vannmotorsykler, vannmoped, motorisert surfebrett eller liknende.*
- III. Land: Fastlandet, samt øyer, holmer og skjær større enn 200 m² ved midlere høyvann*



2. Generelle regler om bruk av vannscooter og liknende motordrevne fartøy

Bruk av vannscootere og liknende motordrevne fartøy som ikke er CE-merket er forbudt. Fører av vannscooter og liknende motordrevne fartøy plikter å opptre aktsomt, slik at det ikke oppstår risiko for farlige situasjoner eller miljøskader.

Ved bruk av vannscooter og liknende motordrevet fartøy gjelder de nærmere bestemmelsene som er gitt om bruk av småbåter og fritidsbåter i og i medhold av lov 26. juni 1998 nr. 47 om fritids- og småbåter. Det vises herunder til forskrift 3. mars 2009 nr. 259 om krav til minstealder og båtførerbevis mv. for fører av fritidsbåt.

Det vises videre til Sjøveisreglene fastsatt i forskrift 1. desember 1975 nr. 5 om forebygging av sammenstøt på sjøen, herunder særlig regler om vikeplikt mellom fartøy, samt forskrift 15. desember 2009 nr. 1546 om fartsbegrensninger i sjø, elv og innsjø, samt forskrift 24. februar 1983 nr. 624 om begrenset fart ved passering av badende og om forbud mot ferdsel mv. innenfor oppmerkede badeområder.

Det vises videre til forskrift 15. mars 2013 nr. 305 om fartsbegrensninger i sjøen, sjøkart nr. 3, Horten, Re, Holmestrand og Sande kommuner, fastsatt av Horten havnevesen etter delegering fra kommunestyrene.

3. Forbudssoner hvor det ikke er tillatt å kjøre med vannscooter og liknende motordrevne fartøy

Det er ikke tillatt å kjøre vannscooter og liknende motordrevet fartøy i sjø:

- I. I et heldekkende belte på 400 meter ut fra land, alternativt i et heldekkende belte ut til farled.*
- II. i verneområder, og*
- III. i et heldekkende belte på 400 meter fra alle verneområder.*

4. Transportkjøring gjennom forbudsbeltene

Det er tillatt med transportkjøring gjennom forbudsbeltene for å komme seg fra land og ut til områder utenfor forbudsbeltene. Transportkjøring skal skje på følgende vilkår:

- I. Det skal velges korteste mulige vei gjennom forbudsbeltet, og*
- II. man skal holde en avstand på minst 30 meter fra land, herunder ved passering av øyer, holmer etc., med mindre det er nødvendig å passere i nærmere avstand gjennom smale sund for å komme ut gjennom forbudsbeltet*
- III. Under transportkjøring skal det holdes så stø kurs som mulig, og det er ikke tillatt med hopping på bølger, sikksakkjøring mellom andre fartøy, eller annen type adferd som kan forårsake risiko for sammenstøt*

Transportkjøring er uansett ikke tillatt i følgende områder:

- I. Verneområder, og*
- II. innenfor badebøyene i oppmerkede badeområder, jf. forskrift 24. februar 1983 nr. 624 § 3.*



Forskriften trådte i kraft 1.7.2018.

Lovlighetsklagen fra kommunestyrerepresentantene er i hovedsak begrunnet med at forskriften ikke er innholdsmessig lovlig. I klagen vises det til at:

- Reguleringen i forskriften er ikke utformet i tråd med havne- og farvannslovens krav om å likebehandling.
- Forskjellsbehandlingen er ikke nødvendig for å oppnå formålet.
- Forskriften er basert på mangelfull utredning om hvordan forbud mot enkelte fartøy er saklig begrunnet med hensyn til støy, bruk sikkerhet, miljø, fartsgrenser.

Kravet om lovlighetskontroll ble behandlet i Sande kommunestyre 18.9.2018. Kravet ble ikke tatt til følge og vedtaket opprettholdt og derfor oversendt Fylkesmannen for endelig avgjørelse.

Fylkesmannen har foretatt lovlighetskontroll av tilsvarende forskrifter tidligere og ser hen til vurderinger i saker som kan anses å ha relevans for denne saken. Det vises til Fylkesmannen i Vestfold sitt vedtak i lovlighetskontroll av lokal forskrift om vannscooterforbud i tidligere Nøtterøy kommune og Fylkesmannen i Oslo og Vikens avgjørelse i lovlighetskontroll over Borg Havns vedtak om forskrift av bruk av havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler.² Videre viser lovlighetsklagen til en høringsuttalelse fra advokatfirma Lønnum DA som klagerne slutter seg til. Foruten klagen og Sande kommunes prosess i forkant av vedtakelsen er dette vurderinger som er relevant ved vurdering av vedtakets lovlighet.

Fylkesmannens vurdering av saken:

Formelle vilkår for lovlighetskontroll

Sande kommunes vedtak om ordensforskrift av 1.7.2018 anses som en avgjørelse i henhold til kommuneloven § 59. Lovlighetsklagen er datert og kommet inn til kommunen den 2.7.2018. Klagen er dermed rettidig fremsatt. Også kravet om at klagen skal være fremsatt av minst tre representanter av kommunestyret er oppfylt. Den påklagede avgjørelsen gjelder offentligrettslige forhold.

Fylkesmannen finner etter dette at de formelle vilkårene for å prøve spørsmålet om lovlighet etter kommuneloven § 59 er oppfylt.

Er avgjørelsen truffet av riktig myndighet

² Sak 2017/6927 og sak 2018/656



Kommunestyret har, som øverste kommunale organ, det overordnede ansvar for ledelse, planlegging og drift av kommunens virksomhet. Dette innebærer også kompetanse til å treffe de nødvendige avgjørelser, så langt ikke annet følger av lov, jf. kommuneloven § 6. Avgjørelsen anse å være truffet av riktig myndighet etter kml. § 59 nr. 4 bokstav b.

Er avgjørelsen innholdsmessig lovlig?

Denne delen av kontrollen retter seg mot vedtakets innhold. Vedtaket må ikke stride mot gjeldende rett.

I klagen vises det til at vannscootere skal kunne brukes på linje med båter i de aller fleste områder i henhold til havne- og farvannsloven.

Klima og miljødepartementet opphevet den 18. mai 2017 forskrift av 21. juni 2013 nr. 701 om bruk av vannscootere og lignende (vannscooterforskriften). Forskriften var gitt med hjemmel i småbåtloven og innebar blant annet et forbud mot bruk av vannscootere innenfor et heldekkende belte i sjøen på 400 meter fra land, med unntak for saktegående transportkjøring.

Som følge av opphevelsen av vannscooterforskriften, er vannscootere i utgangspunktet likestilt med andre fritidsfartøy i den nasjonale lovgivningen. Hva som omfattes av begrepet «fartøy» er definert i havne- og farvannslovens § 4 første ledd.

I medhold av havne- og farvannsloven § 14 første ledd og § 42 første ledd, kan bruk av vannscootere og andre fritidsfartøy reguleres særskilt gjennom lokale ordensforskrifter.

Bestemmelsene lyder slik:

§ 14 Bruk av farvann

«Dersom noe annet ikke er bestemt i eller i medhold av loven her, kan myndigheten etter loven gi forskrifter om orden og bruk av farvann når hensynet til god fremkommelighet, trygg ferdsel og forsvarlig bruk og forvaltning av farvannet krever det.»

§ 42 Bruk av havnen

«Dersom noe annet ikke er bestemt i eller i medhold av loven her, kan kommunen i forskrift gi regler om orden i og bruk av havnen når hensynet til effektiv og sikker havnevirksomhet krever det.»

Dersom kommunen fastsetter en forskrift med hjemmel i disse bestemmelsene, skal den benytte en forskriftsmal som er gitt i vedlegg 1 til forskrift om mal for kommunale ordensforskrifter, jf. forskriftens § 1.

Da Klima- og miljødepartementet opphevet vannscooterforskriften 18.5.2017, fikk forskriftsmalen en ny bestemmelse om regulering av fritidsfartøy i § 9A. Bestemmelsen innebærer en klargjøring av at bruk av vannscootere og andre fritidsfartøy kan reguleres særskilt gjennom lokale ordensforskrifter: «.....dersom hensynet til trygg ferdsel, forsvarlig forvaltning av farvannet, miljø eller friluftsliv» krever det.



Kommuner kan fastsette slike ordensforskrifter uten at de må godkjennes av Kystverket. Ved forslag om nye ordensforskrifter skal imidlertid Kystverket være høringsinstans.

Det er således adgang til å regulere vannscooterbruk særskilt, herunder å forby vannscootere i visse deler av farvannet/havnen. Forutsetningen for dette er at reguleringen begrunnes med de hensyn som loven nevner, og at kommunens vurderinger bygger på et korrekt faktum.

Kommunene må her foreta en konkret fagvurdering, hvor hensynet til trygg ferdsel, forsvarlig forvaltning av farvannet, miljø eller friluftsliv veies opp mot hensynet til dem som reguleringen retter seg mot eller særlig berører.

Samferdselsdepartementet har den 6.6.2017 utarbeidet en «Veiledning til kommune-regulering av fart og bruk av farvann, elver og innsjøer når det gjelder vannscootere». I veiledningen s. 4-5 fremgår det at:

«Ved utferdigelse eller endring av en lokal ordensforskrift må kommunen foreta en avveining av hvilke ulike hensyn og interesser som skal ivaretas gjennom eventuelle begrensninger i den tillate bruken av farvann og havner. Det kan f.eks. være tale om prioriteringer mellom ulike brukergruppers utnyttelse og bruk av farvannet, eller avveining av interesser knyttet til fri ferdsel og bruk av sjøområder, holdt opp mot hvilken påvirkning ulike typer bruk av farvannet vil ha på de naturlige og etablerte omgivelser i kystsonen. Her vil også interesser tilknyttet landsiden kunne være relevante reguleringshensyn, f.eks. interessen i å ivareta et godt friluftstilbud, hensynet til fastboende og hyttebeboere eller for ivaretagelse av miljøet i kystsonen for øvrig.

I denne vurderingen vil det altså være avgjørende at en regulering av bruk av vannscooter eller andre fritidsfartøy faktisk er egnet til å bidra til trygg ferdsel, forsvarlig forvaltning av farvannet, ivaretagelse av miljø eller til tilretteleggelse for et attraktivt friluftsliv, og at en slik regulering også står i et rimelig forhold til de byrdene brukergruppen i farvannet påføres. Dette må vurderes konkret knyttet til de aktuelle farvann i den enkelte kommune, og det er opp til den enkelte kommune å påse at eventuelle reguleringer av bruk skjer innenfor de rammer som følger av havne- og farvannsloven og forskriftsmalen.

Eksempler på regulering av bruk av fritidsfartøy, herunder vannscooter, kan være forbud mot bruk i bestemte områder, f.eks. i tett trafikkerte områder for å unngå fare for ulykker, av hensyn til støy i trange sund, bukter og vikar med hyttebebyggelse eller som er særlig attraktive for friluftsliv. Bruk av vannscooter mm. kan også begrenses til en nærmere fastsatt avstand fra land, f.eks. av hensyn til støy, fare for sammenstøt, konflikt med badende o.l. Et annet eksempel kan være forbud mot aktivitet som forstyrrer effektiv havnedrift.»

Det følger derfor slik Fylkesmannen oppfatter regelverket både av ordlyd i loven, forarbeidene og nevnte veileder at det kan fastsettes begrensninger for bruk av vannscooter, slik som Sande



kommune har gjort i forskrift 2018-06-12-897. Det er imidlertid en forutsetning at dette begrunnes med de hensyn loven nevner og at kommunens vurdering bygger på et korrekt faktum.

Det er særlig anført i lovlighetsklagen at kommunen ikke har foretatt en konkret vurdering og god begrunnelse for en eventuell forskjellsbehandling. Videre er det anført at kravene til kommunens vurderinger og begrunnelse for nødvendigheten av å vedta særskilte begrensninger for vannscooterbruk ikke er oppfylt.

Det følger av fvl. § 37 første ledd at forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Ordlyden samsvarer her med fvl. § 17, men har ifølge Eckhoff/Smith neppe tilsvarende innhold (se Eckhoff/Smith 10. utg. 2014 s. 325). I praksis oppstilles ikke de samme grundighetskrav til forskriftsforberedelse som for enkeltvedtak. Dersom forskriften er vedtatt av kompetent organ og materielt sett er hjemlet, stilles det ellers lite krav til utredning og begrunnelse for å vedta en forskrift etter forvaltningsloven. I utredningsinstruksen (pkt. 2-2) fremgår det at:

«Utredningen skal være så omfattende og grundig som nødvendig. Denne vurderingen baseres på om tiltaket reiser viktige prinsipielle spørsmål, hvor vesentlige tiltakets virkninger forventes å bli og den tiden som står til rådighet.»

Ved utpregede generelle vedtak vil det bare komme på tale å kjenne vedtaket ugyldig på grunn av brudd på § 37 første ledd hvor saken nokså åpenbart burde vært utredet bedre, alle hensyn tatt i betraktning, og hvor det kan påvises at dette har påvirket beslutningsgrunnlaget på en måte som man ikke kan se bort fra har påvirket innholdet av enkeltbestemmelser i forskriften.

Fylkesmannen legger etter dette til grunn at forvaltningsloven isolert sett har meget begrensede krav til utredning og begrunnelse av forskrifter. Slike krav må i så tilfelle fremgå av særlovgivningen. I forvaltningslovens forarbeider NUT 1958:3 uttales på s. 430:

«En alminnelig lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker skal gjelde for hele forvaltningens område. Den må derfor nøye seg med å fastsette grunnprinsippene og ta med de minimale krav til saksbehandlingen. Hvor den særskilte forvaltningslov mangler saksbehandlingsregler eller – hva også ofte er tilfelle – har ufullstendige bestemmelser om saksbehandlingen, vil den alminnelige lov (senere kalt forvaltningsloven) utfylle den særskilte lov. Men går særlovgivningen lenger i sine krav til saksbehandlingen enn forvaltningsloven, vil bestemmelsene i den særskilte lov gjelde. Har f.eks. den enkelte forvaltningslov bestemmelse om grunngiving av vedtaket, men ikke om klage, vil forvaltningslovens regler om klage gjelde og likeledes vil forvaltningslovens bestemmelser om grunngiving utfylle den særskilte lovs bestemmelser. De siste vil gjelde dersom de går lenger i sitt krav til grunngiving, men forvaltningslovens bestemmelser skal alltid gjelde som det minimumskrav som må stilles til saksbehandlingen.»

Departementet sluttet seg til denne vurderingen i Ot.prp nr. 38 (1964-1965) s. 26.

Ordlyden i havne- og farvannsloven §§ 14 og 42 taler for at det må foretas en utredning ut over forvaltningslovens krav. Vi viser i denne sammenheng til at loven forutsetter at eventuelle



begrensninger eller prioritering av enkelte brukergruppers utnyttelse av farvann må være påkrevet, jf. ordlyden «når hensynet (...) krever det.» Dette er fulgt opp i lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 75 (2007-2008) s. 158. Opphevelsen av den sentrale vannscooterforskriften er dessuten begrunnet med at regulering bør tilpasses de lokale forholdene, og at kommunene er nærmest til å avgjøre hvilke begrensninger som eventuelt skal fastsettes.

I veilederen fra Samferdselsdepartementet av 2017 s. 4-5 står det følgende:

«Ved utferdigelse eller endring av en lokal ordensforskrift må kommunen foreta en avveining av hvilke ulike hensyn og interesser som skal ivaretas gjennom eventuelle begrensninger i den tillate bruken av farvann og havner. Det kan f.eks. være tale om prioriteringer mellom ulike brukergruppers utnyttelse og bruk av farvannet, eller avveining av interesser knyttet til fri ferdsel og bruk av sjøområder, holdt opp mot hvilken påvirkning ulike typer bruk av farvannet vil ha på de naturlige og etablerte omgivelser i kystsonen. Her vil også interesser tilknyttet landsiden kunne være relevante reguleringshensyn, f.eks. interessen i å ivareta et godt friluftstilbud, hensynet til fastboende og hyttebeboere eller for ivaretagelse av miljøet i kystsonen for øvrig.»

I denne vurderingen vil det altså være avgjørende at en regulering av bruk av vannscooter eller andre fritidsfartøy faktisk er egnet til å bidra til trygg ferdsel, forsvarlig forvaltning av farvannet, ivaretagelse av miljø eller til tilretteleggelse for et attraktivt friluftsliv, og at en slik regulering også står i et rimelig forhold til de byrdene brukergruppen i farvannet påføres. Dette må vurderes konkret knyttet til de aktuelle farvann i den enkelte kommune, og det er opp til den enkelte kommune å påse at eventuelle reguleringer av bruk skjer innenfor de rammer som følger av havne- og farvannsloven og forskriftsmalen.

Eksempler på regulering av bruk av fritidsfartøy, herunder vannscooter, kan være forbud mot bruk i bestemte områder, f.eks. i tett trafikkerte områder for å unngå fare for ulykker, av hensyn til støy i trange sund, bukter og viker med hyttebebyggelse eller som er særlig attraktive for friluftsliv. Bruk av vannscooter mm. kan også begrenses til en nærmere fastsatt avstand fra land, f.eks. av hensyn til støy, fare for sammenstøt, konflikt med badende o.l. Et annet eksempel kan være forbud mot aktivitet som forstyrrer effektiv havnedrift.»

Fylkesmannen legger etter dette til grunn at kommunen ved utferdigelse eller endring av en lokal ordensforskrift for det første må identifisere hvilke hensyn som gjør seg gjeldende for og imot en eventuell begrensning innenfor de farvann det er aktuelt å regulere. Videre må kommunen foreta en avveining av de ulike hensyn og interesser som skal ivaretas gjennom eventuelle begrensninger i den tillate bruken av farvann og havner. Det kan f.eks. være tale om prioriteringer mellom ulike brukergruppers utnyttelse og bruk av farvannet, eller avveining av interesser knyttet til fri ferdsel og bruk av sjøområder, holdt opp mot hvilken påvirkning ulike typer bruk av farvannet vil ha på de naturlige og etablerte omgivelser i kystsonen. Her vil også interesser tilknyttet landsiden kunne være relevante reguleringshensyn, f.eks. interessen i å ivareta et godt friluftstilbud, hensynet til fastboende og hyttebeboere eller for ivaretagelse av miljøet i kystsonen for øvrig.



Fylkesmannen mener at ovennevnte krav til vurdering supplerer kravene til utredning og begrunnelse som fremgår av forvaltningsloven. Vedtakelse av forskrifter stiller normalt i liten grad krav til begrunnelse, jf. Eckhoff/Smith s. 320. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at det vanligvis heller ikke stilles store krav til de vurderinger og den utredning som skal foretas før vedtakelse av en forskrift. Når Havne- og farvannsloven oppstiller krav til de vurderinger som skal foretas, mener vi kravene til begrunnelse/utredning må økes noe for å synliggjøre at de nødvendige vurderinger er foretatt. For at kravene til forsvarlig saksutredning skal anses oppfylt etter forvaltningsloven sammenholdt med havne- og farvannsloven må kommunens begrunnelse derfor synliggjøre at en regulering av bruk av vannscooter eller andre fritidsfartøy faktisk er egnet til å bidra til trygg ferdsel, forsvarlig forvaltning av farvannet, ivaretagelse av miljø eller til tilretteleggelse for et attraktivt friluftsliv, og at en slik regulering også står i et rimelig forhold til de byrdene brukergruppen i farvannet påføres. Vurderingen må videre gjøres konkret knyttet opp mot de aktuelle farvann i den enkelte kommune der det er aktuelt å pålegge reguleringer.

I høringsbrevet som ble sendt ut med forskriften kan Fylkesmannen ikke se at det er foretatt noen avveining av lokale forhold som gir grunnlag for å regulere bruken av vannscooter. I saksfremlegget før kommunestyrebehandling er det kun et avsnitt som viser til lokale forhold, se under HMS/Folkehelse:

«Langs kystlinjen til Sande er det flere reguleringer der sjøarealet er lagt ut som friluftsområde sjø eller bruk og vern av sjø og vassdrag. Dette gjelder både i kommuneplanens arealdel og i reguleringsplaner. Det er også flere øyer som er vernet som naturreservat etter naturvernloven. Det gjelder Kommersøya, Gåserumpa, Killingholmen og deler av Bjerkøya. Sandedeltaet er også vernet av naturvernloven.»

Etter en gjennomgang av oversendte dokumenter om innføringen av den lokale ordensforskriften, er det lite som tyder på at kommunen har foretatt noen konkret vurdering av vannscooter bruk knyttet til de aktuelle farvannet i Sande kommune, utover det ovennevnte.

Fylkesmannen viser her til høringsrunden til ordensforskrift for Fredrikstad kommune/Borg Havn IKS datert 16.02.2018,³ hvor det blant annet vises til en evaluering av Vista Analyse (2014) som tar for seg lydvolument til vannscootere og påvirkning på fugler og akvatiske dyr i det konkrete farvannet. I saksfremlegget til ordensforskriften for Sande kommune vises det til at vannscooter «*oppfattes som svært forstyrrende*». Det står også at: «*...(det er) flere mennesker som plages av støyen fra brukeren av vannscooter*». Dette uten at det er vist til noen form for dokumentasjon for disse påstandene. Videre står det at «*Fordi vannscooter kan brukes i grunne områder, vil de også lett kunne komme til å påvirke dyreliv og planteliv*», uten å underbygge denne påstanden med vurderinger av lokale forhold i Sande kommune.

I høringsbrevet fra Fredrikstad kommune/Borg Havn IKS har kommunen veid vannscooterbruk opp mot ulykkesrisiko, faren for motorstopp og hypotermi ved kjøring lang fra land, vurdering av

³ Se sak 2011/4977-50-35861/2018-KRIKAS.



vannscoterkjøring i forhold til lokale grunnvannsområder, forholdet til verneforskriften etter naturvernloven osv. Dette forslaget til regulering av bruken av vannscooter fremstår da forankret i vurderinger av lokale forhold, basert på lokalkunnskap om områdets friluftsliv, miljø og natur i motsetning til forskriften for Sande kommune.

Slik vi ser det, kreves det av kommunens saksutredning at behovet for særskilt regulering er tilstrekkelig faglig vurdert og saklig begrunnet, og dette må ses i sammenheng med saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kap. VII, herunder utredningsplikten i § 37. Saksbehandlingsreglene for forskrifter innebærer et noe mer begrenset krav til begrunnelse og utredning før vedtakelse enn det er for enkeltvedtak.

Etter en gjennomgang av saksframlegget, som omhandler innføringen av den lokale ordensforskriften, er det imidlertid lite som tyder på at kommunen har foretatt noen konkrete vurderinger av hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i det farvannet i kommunen som de har regulert i forskriften. Kommunen har ikke vist til at regulering må gjelde i nærmere angitte områder fordi de er tett trafikkerte, det er fare for ulykker, av hensyn til støy i trange sund, bukter og vikler med hyttebebyggelse eller som er særlig attraktive for friluftsliv. Farvannet i kommunen sees i saksforberedelsen stort sett under ett, og ingen farvann/havner i Sande kommune er nevnt med navn. De byrdene vannscooterbrukere påføres gjennom begrensningene, herunder sikkerheten for de som ønsker å benytte vannscootere i kommunen, er heller ikke drøftet særskilt.

Slik vi ser det, er det flere momenter som taler i retning av at den lokale ordensforskriften ikke overholder de krav til vurdering og begrunnelse som kreves etter havne- og farvannsloven. Ut fra dokumentene i saksforberedelsen, kan vi ikke se at det er fremholdt særlige hensyn innenfor det farvannet i kommunen som er regulert i forskriften. Ulempene ved å innføre vannscooterforbud i de aktuelle områdene er heller ikke nevnt, herunder sikkerhetshensyn for dem som ønsker å kjøre vannscooter. Det er således heller ikke foretatt noen konkrete avveininger av de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende.

Fylkesmannen mener kommunens manglende vurdering og begrunnelse utgjør en saksbehandlingsfeil, fordi vedtaket etter fvl. § 37, sammenholdt med kravene etter havne- og farvannsloven ikke er tilstrekkelig opplyst. Fylkesmannen finner på denne bakgrunn at det er nødvendig å vurdere vedtakets gyldighet.

Det fremgår av fvl. § 41 at dersom reglene i forvaltningsloven ikke er overholdt, er vedtaket likevel gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Selv om bestemmelsen gjelder enkeltvedtak etter loven, mener vi der er nærliggende å anvende den analogisk på saksbehandlingsfeil som gjelder forskrifter. Det følger også av veileder H-2299 pkt. 7.1 at bestemmelsen skal anvendes analogisk ved lovlighetskontroll.

Fylkesmannen er av den oppfatning at når saksbehandlingsfeilen består i manglende begrunnelse av vedtaket er det vanskelig å komme frem til at disse ikke *kan* ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Fylkesmannen, og sakens parter for øvrig, vet lite om hvilke konkrete vurderinger som er



lagt til grunn for vedtaket, og vi finner det således vanskelig å konkludere med at saksbehandlingsfeilene ikke kan ha virket inn på vedtaket. Fylkesmannen fremholder i denne sammenheng at vedtakelse av forskrifter her står i en noen annen stilling enn enkeltvedtak, fordi det i utgangspunktet er meget begrensede krav til begrunnelse og utredning før vedtakelse av forskrifter.

Fylkesmannen har etter en samlet vurdering kommet til at kommunens saksbehandling er mangelfull og at vedtaket om innføring av ordensforskriften er ugyldig. Vi legger til grunn at kommunen ikke har overholdt de krav som må stilles til begrunnelse, vurdering og utredning har feilene ikke virket bestemmende på vedtakets innhold.

Avsluttende bemerkninger:

Fylkesmannen har lagt til grunn for sin avgjørelse at kommunens saksutredning i forbindelse med forskriftsarbeidet er mangelfull. Det er særlig kravene til utredning og vurderinger, herunder avveining av ulike interesser knyttet til bruk/restriksjoner av bruk innenfor de deler av farvannet kommunen ønsker å regulere. Fylkesmannen fremholder i denne sammenheng at en slik vurdering helst bør fremgå allerede av et høringsbrev i forbindelse med en slik forskrift. Da kan berørte interesser både for og mot en eventuell begrensning komme med innspill. Kommunens politikere vil da kunne foreta en avveining knyttet til de aktuelle interessene. Vi ber kommunen merke seg dette til eventuelle senere behandling av ny ordensforskrift etter havne- og farvannsloven.

I bestemmelsens annet og tredje ledd fremgår reglene om høring. Det fastsettes i annet ledd første punktum at offentlige og private institusjoner og organisasjoner m.v. skal varsles om de kommende forskrifter og gis anledning til å uttale seg (høring).

I forvaltningsloven § 37 tredje ledd kan forvaltningsorganet sette frist for uttalelsesadgangen. Dette bør alltid gjøres. Loven sier ikke noe om hvor lang fristen skal være. Fristens lengde bestemmes derfor som utgangspunkt av det organ som skal utferdige forskriftene. Statsorganer er bundet av utredningsinstruksen, som bestemmer at høringsfristen normalt skal være tre måneder, og ikke kortere enn 6 uker (pkt. 3-3). Kortere frist enn seks uker kan bare fastsettes etter særlige regler. Kommunene er på sin side ikke bundet av denne instruksen, men den kan tjene som en veiledning til hva som anses å være normal høringsfrist for å oppfylle kravene til medvirkning.

Hvor lang høringsfristen skal være, må ellers bero på hvor mye saken haster og hvor stor og komplisert den er. Et visst hensyn må også tas til de organisasjoner mv. som får saken til uttalelse. Ved fristfastsettelsen må det tas hensyn til sakens art og om det haster spesielt å få forskriften utferdiget. Dreier det seg om rettslige eller faktisk kompliserte saker som berører mange og kanskje på forskjellig måte, bør organisasjonene få så lang frist at de har en reell mulighet til å uttale seg. En høringsfrist på 4 uker i denne saken synes i underkant kort.

Konklusjon:

Fylkesmannen konklusjon er at lovlighetsklagen har ført frem og at kommunens vedtak er ugyldig. Ordensforskriften må derfor oppheves etter kommuneloven § 59 nr. 4.



Med hilsen

Per Arne Andreassen (e.f.)
avdelingsdirektør

Vibeke Resch-Knudsen
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:

Andre Bråthen

Tor Erling Mæhlum Olsen

Jørgen Bruserud Elstad

Jan Fredrik Vogt