



FREDRIKSTAD KOMMUNE
Postboks 1405
1602 FREDRIKSTAD

Saksbehandler, innvalgstelefon
Cathrine Lied Meyer

Fredrikstad kommune - lovlighetsklage over Borg Havns vedtak om forskrift om bruk av havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler

I epost av 6.6.2018 ba Norges Vannscooterforbund Fylkesmannen om å kontrollere lovligheten av lokal ordensforskrift for havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler kommuner¹, vedtatt av Borg Havn IKS 4.6.2018. Vannscooterforbundet ba samtidig om at Fylkesmannen utsatte publisering og iverksetting av forskriften.

I brev av 19.6.2018 besluttet vi å ikke utsette iverksetting av forskriftsvedtaket, og informerte samtidig om at vi ville ta stilling til anmodningen om lovlighetskontroll når vi mottok en nærmere begrunnelse fra Vannscooterforbundet.

Bystyremedlemmene Bjørnar Laabak, Eddie Gjerløw og Eva Kristin Andersen alle fra Fredrikstad Fremskrittsparti, fremmet lovlighetsklage i brev av 25.6.2018 over den samme ordensforskriften. I klagen anførte de at bestemmelser i forskriftens § 9a om bruk av vannscootere, ikke er «innholdsmessig lovlige».

Sakens dokumenter ble mottatt hos Fylkesmannen 5.9.2018. Vannscooterforbundet har oversendt ytterligere dokumentasjon i saken 5. desember 2018 og 10. januar 2019.

Vi bemerker at saken er gitt nytt saksnummer som følge av sammenslåing av Fylkesmannsembetene Østfold, Buskerud og Oslo og Akershus.²

Fylkesmannens vedtak

Fylkesmannen har kommet til at vannscooterbestemmelsene i forskriftens § 9A er innenfor kravene i havne- og farvannsloven. Borg Havn IKS sitt vedtak av 4.6.2018 om ny ordensforskrift for bruk av havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler kommuner, er dermed ikke ugyldig på grunn av sitt innhold, jf. kommuneloven § 59 nr. 4.

¹ FOR-2018-06-04-868

² Tidligere saksnummer 18/3796.



Lovlighetsklagen har ikke ført frem.

Fylkesmannens avgjørelse i saken er endelig og kan ikke påklages.

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. Lovlighetskontroll er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet, 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 (materieell 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.

Bakgrunnen for saken

Borg Havn IKS vedtok i møte den 4.6.2018 forskrift om bruk av og orden i havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler kommuner, med hjemmel i lov om havner og farvann §§ 14 og 42. Forskriftens § 9A lyder slik:

«§ 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:

A. Regler for bruk av vannscootere og lignende motordrevne fartøy:

Definisjoner

- a) *Vannscooter: En farkost med skroglengde mindre enn 4 meter, utstyrt med innenbords motor som driver et vannjetaggregat som hovedfremkomstmiddel, og som er konstruert for å bli betjent av en eller flere personer som sitter, står eller kneler på, fremfor i, skroget.*



- b) *Lignende motordrevne fartøy: Vannmotorsykler, vannmoped, motorisert surfebrett eller liknende (gjelder ikke undervannsscootere med elektromotor).*
- c) *Land: Fastlandet, samt øyer, holmer og skjær som er synlige over overflaten.*
- d) *Transport-/nyttekjøring – Følger gjeldende fartsbegrensninger. Under transport-/nyttekjøring holdes det så stø kurs som mulig, og det er ikke tillatt med en type adferd som kan forårsake risiko for sammenstøt.*
- e) *Sport-/lek kjøring – fornøyleskjøring med varierende fart, akselerasjon og retning*

1. Generelle regler

Fører plikter å opptre aktsomt, slik at det ikke oppstår risiko for farlige situasjoner eller miljøskader. Sport/lek-kjøring skal utføres hensynsfullt i forhold til andre brukere. Det er ikke tillatt med sport-/lek kjøring mellom klokken 21:00 – 08:00.

2. Transportområde

I en sone på 200 m fra land er det kun tillatt med transport-/nyttekjøring. Transportområder er merket i kart i vedlegg 1.

3. Forbudsområder

I verneområder med sjøareal er det forbudt med bruk av vannscooter o.l. motordrevne fartøy. Det vises videre til forskrift om fartsbegrensninger i sjø, elv og innsjø om forbud mot ferdsel innenfor oppmerkede badeområder. Forbudsområder er merket i kart i vedlegg 1.»

Lovlighetsklagen fra bystyrerepresentantene, er i hovedsak begrunnet med at forskriften ikke er «innholdsmessig lovlig». I klagen viser de til at:

- reguleringene i forskriften er ikke utformet i tråd med havne- og farvannslovens krav om at vannscootere skal kunne brukes på linje med båter i de aller fleste områder
- reguleringene i § 9A allerede er tilstrekkelig regulert i annet lovverk, og reguleringene er derfor ikke påkrevd
- forskriften er basert på mangelfull utredning om hvordan forbud mot enkelte fartøy er saklig begrunnet med hensyn til fartsgrenser, sikkerhet, friluftsliv, miljø, fremkommelighet

Lovlighetsklagen ble behandlet av avdeling for miljø og landbruk i Fredrikstad kommune 3.9.2018. Kommunen besluttet å opprettholde sin avgjørelse, og saken ble derfor oversendt Fylkesmannen, jf. kommuneloven § 59 nr. 2 andre punktum.

Vi mottok epost fra Norges Vannskoterforbund den 5.12.2018. I eposten var det vedlagt dokumentasjon som forbundet mente var relevant vedrørende tilblivelse, myndighet og gyldighet for ordensforskrift for havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler kommune. Forbundet informerte samtidig at de jobbet med utarbeidelse av en sammenfatning av merknader knyttet til lovlighetskontrollen, og ba Fylkesmannen avvente videre behandling da merknadene vil være opplysende i forhold til den aktuelle kontrollen.

Norges Vannskoterforbund kan ikke kreve lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 nr. 1. Da saken allerede er bragt inn for ordinær lovlighetskontroll av bystyrerepresentantene etter denne



bestemmelsen, vil imidlertid innleggene fra Vannscooterforbundet være relevante ved vår vurdering av vedtakets lovlighet.

Vi informerte i epost av 21.12.2018 til Norges Vannscooterforbund om at eventuelle nye opplysninger i saken måtte være sendt oss innen 4.1.2019. Vi mottok ytterligere dokumenter i saken per epost 10.01.2018.

Fylkesmannens vurdering av saken

Formelle vilkår for lovlighetskontroll

Borg Havns vedtak om ordensforskrift 4.6.2018 anses som en avgjørelse i henhold til kommunelovens § 59. Lovlighetsklagen er datert og kommet inn til kommunen den 25.6.2018. 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?

Bystyret 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.

I dette tilfellet har bystyret i de tre deltakende kommunene delegert sin myndighet til Borg Havn IKS som er et interkommunalt selskap eid av Fredrikstad, Sarpsborg og Hvaler kommuner. Selskapet har som formål å samordne den kommunale havnevirksomheten, herunder å ivareta alle forvaltningsmessige og administrative oppgaver av havne- og farvannsmessig art, samt utøve den myndighet dette regelverket gir kommunene.

Selskapets øverste myndighet er representantskapet der eierne av selskapet er representert. Representantskapet velger styret som har ansvaret for forvaltningen sammen med daglig leder. Det fremgår av delegeringsreglementet at det er ordførerne i eierkommunene som sammen utgjør representantskapet.

Det er ingen uenighet om at Borg Havn IKS er det organet som hadde myndighet til å vedta ordensforskriften.

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.

Loven gir ikke adgang til å fastsette lokale fartsforskrifter med begrensning kun for spesifikke fartøytyper, for eksempel for vannscootere. Kommuner kan imidlertid i medhold av havne- og farvannsloven § 13, fastsette lokale fartsforskrifter om fartsbegrensninger innenfor kommunens eget sjøområde, samt i kommunens innsjøer og elver. Slike lokale fartsforskrifter vil gjelde likt for alle fartøytyper, og må godkjennes av Kystverket før de trer i kraft.

I lovlighetsklagen og i skriv fra Norges Vannscooterforbund er det vist til at forskriften ikke kan ha egne bestemmelser om fartsbegrensninger. De viser blant annet til forskriftens bokstav d) hvor det er vist til gjeldende fartsbegrensninger, og at dobbeltregulering ikke er tillatt.

Kommunen har i sin vurdering av klagen vist til at den ikke har regulert fart i den nye ordensforskriften, og viser til at fart reguleres i en lokal fartsforskrift som gjelder for alle typer fartøystyper. Vi er enig i denne vurderingen. Vi anser at bestemmelsen inneholder en presisering og henvisning til gjeldende regelverk, og at den ikke i seg selv er en bestemmelse om fart. Vi kan heller ikke se at noen av de øvrige bestemmelser i ordensforskriften kan sies å regulere fart.

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 tillatte 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.»

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.

Kommunen mener at behovet for forskriften er tilstrekkelig saklig begrunnet og viser til høringsnotatet til forskriften. Den oppgir at vurderingene og interesseavveiningene som er foretatt er basert på lokalkunnskap og et korrekt faktum, og viser til viktigheten av at lokale tilpasninger baseres på lokalkunnskap om områdets friluftsliv, natur og miljø. Den kan ikke se at forskriften innebærer en usaklig forskjellsbehandling av vannscootere i forhold til andre fritidsfartøy.

Vi ser av høringsnotatet at kommunen/Borg Havn IKS har gjort en vurdering hvor de har veid bruken av vannscooter opp mot til ulykkesrisikoen. De har blant annet vist til at det er mange holmer og



skjær i skjærgården, og at sport/lekkjøring med vannscooter vil kunne medføre en vesentlig risiko i disse områdene. De har også vurdert bruk av vannscootere opp mot sikkerheten til badende, padlende og brukere av vannscootere.

Når det gjelder påvirkning av friluftsliv og natur/miljø har kommunen vist til at kysten i Fredrikstad og Hvaler er tettbefolkede strøk og områder med mye fritidsboliger. Onsøykysten er angitt som et konkret område hvor aktiviteten ved og utenfor kysten er stor. Det er vist til aktiviteter som bading, soling, fiske, fugletitting, kyst/turgåing, og at støyende aktiviteter kan føre til konflikter da eiendommer og areal benyttes til ferie og rekreasjon. Kommunen har også vist til at lydbildet til vannscootere skiller seg ut fra annen motorisert trafikk da de ofte kjører i sirkler i et avgrenset område, og det foretas korte akselerasjoner.

Videre har kommunen vurdert vannscooterbruk opp mot natur- og miljøhensyn. Den har særlig vist til dyre- og fuglelivet i grunnvannsområder og ved fuglelokaliteter. Den viser til at da vannscootere ikke har en propell som stikker ned i vannet, kan de kjøre på grunne områder og dermed påføre forstyrrelser i vannmiljø og påvirkning på fisk og andre levende organismer som lever i overflaten. Det fremgår at en stor del av kommunens bukter består av bløtbunnsbiotoper som ålegrassamfunn, og at gjentakende kjøring i slike områder kan føre til redusert vekst. Kommunen viser også til at vannscooterkjøring vil ha negativ effekt på verneområder som strandsengområder, ålegrasenger og mudderbunn.

Kommunen/Borg Havn IKS har således vist til særlige hensyn som taler for å regulere bruken av vannscootere, men vi kan ikke se at de har vurdert eventuelle ulemper en slik regulering vil kunne medføre. Det er imidlertid heller ikke hverken i lovlighetsklagen eller uttalelsene fra Norges Vannscooterforbund pekt på konkrete ulemper ved å innføre ordensforskriften.

Etter en helhetsvurdering finner vi at kommunens saksutredning er tilstrekkelig. Vi viser til at den i sitt høringsforslag har foretatt en avveining av aktuelle hensyn og interesser, og vist til faglige og saklige begrunnelser for reguleringen. Vi er av den oppfatning at kommunens vektning av de ulike hensyn og dens vurdering av reguleringsbehovet faller innenfor kommunens frie skjønnsutøvelse som vi skal være forsiktig med å overprøve. Vi legger derfor til grunn at kommunen har overholdt kravene som stilles til begrunnelse, vurdering og utredning.

Vi viser også til Kystverkets hovedkontor sitt svarbrev av 22.5.2018 hvor de uttaler at det skal legges stor vekt på kommunens egen vurdering av lokalt reguleringsbehov. De opplyser at dersom kommunen faktisk har begrunnet den aktuelle reguleringen ut fra ett eller flere av de hensynene som forskriften åpner for, bør Kystverket som høringsinstans utvise varsomhet med å «overprøve» kommunens vurdering av hvorvidt disse hensynene gjør det påkrevd med slik regulering. De viser til kommunens frie skjønnsutøvelse og prinsippet om lokalt selvstyre.

Dette gjelder både kommunens vurdering av hvorvidt hensynene for regulering av vannscootere gjør seg gjeldende i en slik grad at de bør reguleres, og kommunens vurdering av hvilke krav som stilles til egen saksbehandling etter forvaltningslovens kapittel VII.

Er avgjørelsen blitt til på lovlig måte?

Denne delen av kontrollen innebærer en vurdering av om avgjørelsen er blitt til på lovlig måte, dvs. om saksbehandlingsreglene er fulgt.



I dette tilfellet har kommunen brukt den pålagte malen, og det fremgår at kommunen sendte forslaget ut til aktuelle høringsinstanser 16.2.2018 med høringsfrist 4.4.2018. Det fremgår blant annet at Kystverkets sørøst som regionskontor har uttalt seg om forslaget.

Fylkesmannen kan således ikke se at det er begått saksbehandlingsfeil i forbindelse med at Borg Havn IKS vedtok å fastsette ny ordensforskrift for havner og farvann i Fredrikstad og Hvaler kommuner.

Konklusjon

Fylkesmannen har kommet til at Borg Havn IKS sitt vedtak av 14.6.2018 om å fastsette forskrift om bruk av orden i havner og farvann, Fredrikstad og Hvaler kommuner er gyldig, og at lovlighetsklagen ikke kan føre frem.

Vi ber kommunen sørge for at Fylkesmannens avgjørelse blir oversendt til bystyrerepresentantene som har fremmet lovlighetsklagen.

Med hilsen

Gøril Hjelseth e.f.
seniorrådgiver

Cathrine Lied Meyer
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:
Norges Vannscooterforbund