

Mottatt FM-NO

12 OKT. 2015

Fylkesmannen i Nordland
v. Miljøvernavdelinga
Moloveien 10
8002 Bodø

Rekommandert

Vår referanse: 9042295/3
Ansvarlig advokat: Gunnar Martinsen

Oslo, 8. oktober 2015

KLAGE PÅ VEDTAK OM PÅLEGG OM UNDERSØKELSER OG TILTAK I SAGVATNANVASSDRAGET**1 BAKGRUNN**

Vi viser til varsel om pålegg av undersøkelser av 22. juni 2015 og fylkesmannen i Nordland sitt vedtak om pålegg om undersøkelser og tiltak i Sagvatnanvassdraget av 18. september 2015.

Vi representerer Nord-Salten Kraft AS ("NSK"). På vegne av NSK påklages herved vedtaket i sin helhet. Klagen er rettidig fremsatt.

I fylkesmannen i Nordlands ("FMN") vedtak gis det pålegg om å;

- foreta undersøkelser av de stasjonære fiskebestandene i ti innsjøer som er påvirket av vannkraftreguleringene i Sagvatnanvassdraget.
- foreta undersøkelser og vurdere mulighetene for å styrke naturlig rekruttering av fisk seks innsjøer.¹
- uttynne røyebestandene i to av innsjøene.²

Bakgrunnen for at FMN har fattet påleggene er usikkerhet rundt bestanden av og forholdene for røye og ørret i innsjøene. FMN hevder at det ikke foreligger tilstrekkelig relevante undersøkelser av innsjøene og at det er ønskelig å gjennomføre undersøkelser og tiltak for å kunne følge opp EUs vanndirektiv og vannforskriften av 15. desember 2006.

¹ Goigjavrre, Slunkajavrre, Store Rekvatnet, Sandesvatnet, Strindvatnet og Rotvatnet.

² Sandnesvatnet og Store Rekvatn.

ADVOKATFIRMAET
THOMMESSEN AS

Foretaksregisteret
NO 957 423 248 MVA
thommessen.no

OSLO
Haakon VII's gate 10
Postboks 1484 Vika
NO-0116 Oslo
T +47 23 11 11 11
F +47 23 11 10 10

BERGEN
Vestre Strømkaien 7
Postboks 43 Nygårdstangen
NO-5838 Bergen
T +47 55 30 61 00
F +47 55 30 61 01

LONDON
42 New Broad Street
GB-London EC2M 1JD
T +44 207 920 3090
F +44 207 920 3099

NSK gjør gjeldende at vedtaket er ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil, at vedtaket ikke har nødvendig hjemmel og derfor er lovstridig, og at pålegget også er ugyldig fordi det er uforholdsmessig tyngende.

På denne bakgrunn påklages FMNs vedtak 18. september 2015 i sin helhet.

De enkelte klagegrunnene beskrives nærmere under.

2 SAKSBEHANDLINGSFEIL

2.1 Utenforliggende hensyn – økonomiske interesser

NSK gjør gjeldende at det er tatt utenforliggende hensyn under saksbehandlingen. Pålegg om undersøkelser og tiltak ble initiert og besluttet i etterkant av møte avholdt 2. juni 2015. På møtet ble det, etter det FMN opplyser, foretatt en gjennomgang av "flere problemstillinger i vassdraget". Foruten FMN og NSK var Tangen Produkter v/Stig Tangen, Ferskvannsbiologen v/Øyvind Kanstad Hansen, Hamarøy kommune og Statsskog tilstede.

Tangen Produkter driver virksomhet knyttet til fiske i Nord-Salten og er en potensiell oppdragstaker for gjennomføringen av de pålagte undersøkelsene og tiltak. Selskapet v/Stig Tangen var en pådriver for å få avholdt et møte, og var under møtet en aktiv deltager i diskusjonen rundt undersøkelser og tiltak i innsjøene.

Når FMN fatter vedtak med pålegg om undersøkelser og tiltak i etterkant av Tangen Produkters initiativ er det nærliggende for NSK å tro at selskapets initiativ har vært en medvirkende årsak til vedtakets innhold. NSK mener at vedtaket er fattet som følge av Tangen Produkters opptreden i saken og ikke ut fra at det foreligger reelle behov på bakgrunn av NSK aktivitet i vassdraget.

Dette understrekes av at vedtaket ikke har et rettslig grunnlag samtidig som begrunnelsen som forsøkes forankret i vanndirektivet/vannforvaltningsforskriften med tilhørende vannforvaltningsplaner er rettslig uholdbar.

Uten en rettslig forankring i konsesjonsvilkårene eller vannforskriften fremstår vedtaket som vilkårlig og bygget på utenforliggende hensyn. Vedtaket må av den grunn være ugyldig.

2.2 Utenforliggende hensyn – vanndirektivet, samt "anbefaling fra overordnet myndighet"

2.2.1 Om vannforskriften og vedtakets begrunnelse i oppfølging av forskriften

FMN begrunner pålegget om så vel undersøkelser som tiltak i et behov for oppfølging av EUs vanndirektiv og vannforskriften. I vedtaket på side 4, første avsnitt, heter det blant annet:

"Dette er et vassdrag med betydelige brukerinteresser. Vi synes derfor det var riktig å gjennomgå de aktuelle konsesjonsdokumentene opp i mot anbefalingen fra overordna myndighet om oppfølging av regulerte vassdrag, samt pågående prosess med oppfølging av EUs vanndirektiv og vannforskriften."

Videre skriver FMN i vedtaket på side 3, første strekpunkt, at "forvaltningen trenger oppdatert kunnskap om fiskebestandene for å kunne vurdere aktuelle tiltak".

Her begrunnes pålegget i "anbefalingen fra overordnet myndighet" samt "pågående prosesser med oppfølging av EUs vanndirektiv og vannforskriften", jf vedtaket side 4, første strekpunkt.

Det er to forhold ved denne argumentasjonen som er uriktig. For det første er det ingen hjemmel i vannforskriften til å pålegge en konsesjonær å bekoste undersøkelser i vannforekomster i forbindelse med vannplanarbeid.

Videre kan ikke undersøkelser eller tiltak begrunnes ut fra vannplanarbeid på nåværende tidspunkt.

Slik vi leser vannforvaltningsplanen for Nordland har vannregionmyndighetene i Nordland allerede foreslått at ni av de ti aktuelle innsjøene som man pålegger undersøkelser i klassifisert som "sterkt modifiserte vannforekomster",³ jf vannforskriften § 5 tredje ledd. Unntaket er Sandnesvatnet. Disse planene har vært på høring og skal til behandling i Fylkestinget i disse dager.

Begrunnelsen for å kategorisere dem som sterkt modifisert må antas å være hensynet til kraftproduksjon, jf vannforvaltningsforskriftens § 5 tredje ledd bokstav c. Miljømålet som er fastsatt for disse vannforekomstene og vassdragene er følgelig det som benevnes som "godt økologisk potensial", jf vannforskriften § 5 første ledd. Det vil si at miljømålet i de aktuelle vannforekomstene som inngår i de aktuelle innsjøene (med unntak av Sandnesvatnet) i all hovedsak er fastsatt til dagens tilstand. Når miljømålet er fastsatt til dagens tilstand er det følgelig heller ikke adgang til å pålegge noen tiltak knyttet til disse vannforekomstene, da dagens tilstand tilfredsstiller det miljømålet som er satt. Dette følger igjen av at norske myndigheter ved implementeringen av vanddirektivet i norsk rett la til grunn tiltaksmetoden ved fastsettelse av miljømål.

Det er også grunn til å understreke at det er vannforvaltningsmyndigheten som selv organiserer sitt arbeid og at myndigheter på flere nivåer og i ulike sektormyndigheter er involvert.⁴ Det må derfor legges til grunn at vannforvaltningsmyndighetene har god kunnskap om ansvar i henhold til vanddirektivet og at det ligger et grundig arbeid bak vannforvaltningsplanen som har vært ute på høring.

2.2.2 Pålegg om undersøkelser og uttynningsfiske

Samtlige av de ti innsjøene som FMN nå forsøker å pålegge at NSK foretar undersøkelser av er nylig gjennomgått og undersøkt i forbindelse med utarbeidelse av vannforvaltningsplanen for Nordland. Ut fra den vurderingen som allerede har blitt gjort er det fastsatt at det for ni av ti av vannforekomster skal legges til grunn dagens miljøtilstand. Det vil si at myndighetene har vurdert hver eneste vannforekomst nylig og konkludert hva gjelder eventuelt behov for å igangsette tiltak. Vi kan ikke se noe grunnlag for at NSK på ny skal foreta undersøkelser som norske myndigheter akkurat har foretatt i henhold til de krav som følger av vannforvaltningsforskriften. Dette gjelder både for undersøkelsene pålagt i samtlige ti innsjøer og for de ytterligere undersøkelsene pålagt i seks innsjøer.

Hva gjelder pålegg om uttynningsfiske i Store Rekvatn er pålegget ikke i samsvar med den vurderingen som vannforvaltningsmyndighetene nylig har gjort. Dette fordi miljømål for Store Rekvatn er satt til dagen tilstand. I det ligger at hensynet til kraftproduksjon, sett opp mot andre hensyn, herunder fisk, er vurdert slik at det ikke er behov for nye tiltak. Tvert imot er situasjonen den at miljømålet tilsvarer dagens tilstand.

³ En vannforekomst er i vannforskriften definert som en "avgrenset og betydelig mengde overflatevann, som for eksempel innsjø (...)".

⁴ Vannmyndighetene i Nordland inkluderer blant annet fylkeskommunen, kommuner, Fiskeridirektorater, Kystverket i Nordland, NVE og Mattilsynet.

Det følger av dette at FMN har tatt utenforliggende hensyn ved å begrunne tiltak og undersøkelser med behovet for oppfølging av vannforvaltningsforskriften. Dette fordi FMNs forutsetninger ikke er i samsvar med forutsetningene som følger av vannforvaltningsforskriften og de prosesser som har funnet sted i forbindelse med utarbeidelse av vannforvaltningsplanene. Videre mangler oppfølging av vannforvaltningsforskriften rettslig relevans ved dette vedtaket, ettersom det ikke er grunnlag for undersøkelser og tiltak etter vannforvaltningsforskriften på nåværende tidspunkt.

Vedtaket er derfor ugyldig på grunn av feil i saksbehandlingen.

3 MANGLENDE HJEMMEL I KONSESJONSVILKÅRENE

3.1.1 Hva som kan pålegges i medhold av konsesjonsvilkårene

Konsesjonene av 16. september 1977 og 27. juni 1980, samt brev av 2. november 1998 der øvrige konsesjoner gjøres tidsubegrensede, inneholder standardvilkår om utsetting av fisk, undersøkelser og uttynning av fiskebestander. Etter ordlyden i disse konsesjonsvilkårene kan NSK i utgangspunktet pålegges å bekoste undersøkelser og uttynning i en viss utstrekning.

Det er imidlertid tre sentrale forutsetninger som må være oppfylt for at vedtaket ligger innenfor det FMN kan pålegge i henhold til standardvilkårene. For det første må en ta stilling til hva som allerede ble vurdert og hensyntatt i forbindelse med meddelelsen av konsesjonene med tilhørende vilkår. Videre må de forhold som nylig har blitt vurdert og hvor det er konkludert hensyntas, blant annet også den gjennomgangen og de vurderingene som ble gjort i forbindelse med utarbeidelse av vannforvaltningsplaner. Derneft må det vurderes om pålegget gir fordeler som veies opp mot ulempene ved vedtaket.

Ved meddelelsen av de opprinnelige konsesjonene ble det foretatt en interesseavveining av ulike hensyn, herunder forholdet til fiske:

Det fremgår av innstillingene til konsesjonsvedtakene at fiskebestanden og -forholdene ble inngående behandlet under konsesjonsbehandlingen. Vi nevner for eksempel at NVE i sin innstilling til konsesjonen av 16. september 1977 ikke videreførte de forslag som var kommet inn om pålegg om bekostning av en fisketrapp og opprettelse av et klekkeri- og oppføringsanlegg fordi dette ikke ble ansett nødvendig.

I innstillingen til konsesjonen fra 1980 uttaler NVE om reguleringen av Femte vann, Sjettevann og Sjuendevann:

"Den omsøkte regulering vil ikke føre med seg vesentlige endringer i fiskeforholdene."

I departementets oppsummering av tiltakets ulemper nevnes skade for fisket kun i forbindelse med arbeider på anleggsveien, som for lengst er avsluttet.

Miljøverndepartementet sluttet seg også til foreslåtte vilkår *"ettersom heller ikke fiskeforholdene vil bli vesentlig forandret"*.

Interesseavveiningen som ble gjort under konsesjonsbehandlingen tilsier at undersøkelser og tiltak i de aktuelle innsjøene kun kan pålegges i den utstrekning det var usikkerhet rundt vassdragsreguleringenes effekt på fiske da konsesjonen ble gitt.

En forutsetning for både undersøkelser og tiltak må da være at det i dag finnes et reelt behov for oppdatert informasjon og/eller uttynning av fisk, som skyldes regulering av vassdragene.

3.1.2 Pålegg om undersøkelser

Hva gjelder pålegg om undersøkelser vet man, som nevnt i punkt 2, at vannforvaltningsmyndigheten i Nordland akkurat har foretatt en gjennomgang og vurdert samtlige vannforekomster. Dette innbefatter de ti vassdragene som nå FMN ønsker å pålegge NSK å undersøke. Når vassdragene nylig er gjennomgått, undersøkt og klassifisert er det selvsagt ikke adgang eller behov for å pålegge NSK nye undersøkelser. Når det i tillegg er fastsatt miljømål i ni av ti av vassdrag til dagens tilstand, vil det heller ikke være aktuelt å bruke eventuelle resultatene man skulle få ut av undersøkelsene til noe. Når slike vurderinger er gjort nylig kan NSK ikke se at forutsetningen om usikkerhet og behov for oppdatert kunnskap er tilstede. Pålegg om undersøkelser ligger derfor ikke innenfor hva FMN kan pålegge med hjemmel i konsesjonsvilkårene.

3.1.3 Pålegg om uttynningsfiske i Store Rekvatn

Hva gjelder pålegg om uttynningsfiske i Store Rekvatn er det ut fra tidligere interesseavveininger og nylig foretatte interesseavveininger lagt til grunn at vassdraget skal klassifiseres som sterkt modifisert og at det ikke skal pålegges nye tiltak. Denne klassifiseringen er gjort i henhold til gjeldende regelverk og anbefalinger i henhold til overordnede nasjonale føringer. Det er følgelig ikke adgang til å pålegge NSK å foreta noen uttynningsfisking av vassdraget.

3.1.4 Pålegg om uttynningsfiske i Sandnesvatnet

Hva gjelder pålegg om uttynningsfiske i Sandnesvatnet er det NSKs syn at heller ikke dette pålegget oppfyller forutsetningene for pålegg med hjemmel i konsesjonsvilkårene. NSK er av den oppfatning at et eventuelt behov for uttynningsfiske ikke skyldes aktivitet fra NSK. Eventuelle negative konsekvenser er av en mer allmenn karakter som skyldes redusert fisketrykk og er helt uavhengig av hvorvidt vassdragene er regulert. Dette ble blant annet påpekt i rapporten fra Takvatnprosjektet, der det på side 9 heter at endret fiske forårsaker overbefolket røyebestand.⁵ Forutsetningen for tiltak om uttynning må være at det er sikkert at uttynning av fisk vil ha den ønskede effekten.

Dette gjelder i alle fall der slik uttynning tidligere har vært gjennomført. Som FMN skriver i vedtaket på side 2, andre strekpunkt, "*var det for tidlig å konkludere om tynningsfiske har den ønska effekten*". Som det fremgår av vedtaket har tynningsfiske vært forsøkt i Store Rekvatn de siste årene. Når det er for tidlig å konkludere om uttynningsfiske har ønsket effekt bør en selvsagt avvente å se om tidligere igangsatte tiltak har effekt før en eventuelt pålegger nye tiltak av akkurat samme karakter. Samme argumentasjon og påstand gjøres følgelig også gjeldende for Sandnesvatnet.

På bakgrunn av det overnevnte mener NSK at vedtaket mangler nødvendig hjemmel. Selv om pålegg om undersøkelser og tiltak omfattes av konsesjonsvilkårenes ordlyd mangler nødvendige forutsetninger for pålegget. Dette gjelder både pålagte undersøkelser og tiltak om uttynning. Vedtaket er ugyldig som følge av manglende hjemmel i konsesjonsvilkårene.

⁵ "Takvatnprosjektet – Forskning og kultivering av en overbefolka røyebestand", UIT 2015, Septentrio Reports, 2015:5.

4 FORHOLDMESSIGHET

Det er sikker rett at et vedtak ikke skal være uforholdsmessig tyngende og at domstolen kan prøve forholdsmessigheten.⁶ NSK anfører at pålegg om både undersøkelser og tiltak er uforholdsmessig tyngende.

Hva gjelder pålegg om undersøkelser er det ikke forholdsmessig å pålegge undersøkelser i samtlige ti innsjøer. Dette kommer av at det ikke er behov for slike undersøkelser fordi innsjøene allerede er grundig vurdert av vannforvaltningsmyndighetene under arbeidet med vannforvaltningsplanen. Uten tilstrekkelig behov fremstår pålegget som unødvendig, og derfor også uforholdsmessig tyngende.

At behovet ikke foreligger underbygges også at det for ni av de ti aktuelle vassdragene er lagt til grunn at hensynet til vannkraftproduksjonen tilsier at det er dagens miljøtilstand som skal legges til grunn.

Hva gjelder foreslåtte tiltak er allerede tilsvarende tiltak igangsatt i et av vassdragene og FMN har i den forbindelse konkludert med følgende at "*det var for tidlig å konkludere*" etter tidligere undersøkelser. Når en ikke vet om tidligere tiltak gir den ønskede effekten er det ikke forholdsmessig å pålegge nye tiltak av samme karakter. I tillegg er det for Store Rekvatn akkurat vurdert ut fra vannforvaltningsmyndighetenes fastsatte miljømål at det ikke er aktuelt med nye tiltak. Vedtaket er uforholdsmessig tyngende når man ikke vet om det vil ha en positiv og ønsket effekt, og den mulige positive effekten heller ikke er veid opp mot kostnader og ulemper ved vedtaket.

5 SAKSKOSTNADER

I medhold av forvaltningsloven § 36 krever NSK sine sakskostnader dekket dersom vedtaket blir kjent ugyldig eller endret til NSKs gunst. Saken reiser flere rettslige spørsmål og det har vært nødvendig med juridisk bistand for å korrigere FMN rettslige forståelse knyttet til vanddirektivet.

6 KLAGE

På denne bakgrunn påklages FMNs vedtak 18. september 2015 i sin helhet.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Thommessen AS



Gunnar Martinsen
Advokat (H)

Kopi:
Nord-Salten Kraft AS.

⁶ Eksempelvis viser vi til Rt. 1973 s. 460 og Rt. 2002 s. 209.