

Juridisk utredning angående produksjonsområdeforskriften og kvalitetsnormen for villaks

Avgitt av forskningsprofessor Ole Kristian Fauchald ved Fridtjof Nansens Institutt

til Norske Lakseelver¹

Dato 4. november 2017

Innhold

1. Konklusjoner	1
2. Innledning	3
3. Produksjonsområdeforskriften og oppdrettstillatelser	4
3.1 Generelt om oppdrettstillatelser og produksjonsområdeforskriften	4
3.2 Nærmere om lakselus som kriterium for vedtak om tildelingsforskrifter	5
3.3 Omgjøring av eksisterende oppdrettstillatelser	10
3.4 Nærmere om forholdet mellom lokaliteter og tildelingsforskrifter	12
4. Betydningen av naturmangfoldloven og kvalitetsnormen for villaks	14
4.1 Naturmangfoldlovens miljøkvalitetsnorm	14
4.2 Kvalitetsnormen for villaks.....	15
4.3 Prinsippene for saksbehandling i naturmangfoldloven §§ 8-12	18

1. Konklusjoner

Rapportens hovedfunn kan oppsummeres som følger: Nærings- og fiskeridepartementet har plikt til å ta hensyn til påvirkningen av lakselus på vill laksefisk ved avgjørelsen av om miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, men denne faktoren er generelt sett verken den eneste eller den avgjørende faktoren ved avgjørelsen. Departementet har etter akvakulturloven § 6 også plikt til å ta hensyn til andre faktorer som kan medføre at oppdrettsvirksomheten ikke lenger er «miljømessig forsvarlig», og disse faktorene kan etter forholdene være avgjørende for de vedtak departementet fatter om fremtidig produksjonskapasitet.

¹ Denne utredningen er utført på oppdrag fra Norske Lakseelver i henhold til avtale inngått mellom Norske Lakseelver og Fridtjof Nansens Institutt datert 19. september 2017. Avtalen setter følgende ramme for utredningen: «en kort utredning om forholdet mellom reglene i produksjonsområdeforskriften og kvalitetsnormen for villaks, begge forskrifter sett i lys av henholdsvis akvakulturloven og naturmangfoldloven.»

De spesifikke konklusjonene er som følger:

Tildelingsforskrifter vil sette rammene for etterfølgende vedtak om nye tillatelser og omgjøring av eksisterende tillatelser. Utredningen konkluderer med at:

1. Utarbeidelse av tildelingsforskrifter må være basert også på vurdering av andre miljøindikatorer enn de som til enhver tid er gjeldende (for tiden kun lakselus), uansett om man har konkludert med at miljøpåvirkningen har vært og vil være akseptabel basert på gjeldende miljøindikator(er).

Økning av produksjonskapasiteten forutsetter at det skal **utlyses nye tillatelser**. Utredningen konkluderer med at:

2. Det kan bare utstedes nye oppdrettstillatelser der hver enkelt tillatelse etter en konkret vurdering oppfyller kravet om miljømessig forsvarlighet i akvakulturloven § 6.

Økning av produksjonskapasiteten i et produksjonsområde forutsetter en **omgjøring av eksisterende tillatelser til gunst for oppdrettsvirksomheten**. Utredningen konkluderer med at:

3. En slik omgjøring av eksisterende tillatelser må skje i tråd med akvakulturloven § 9 første ledd b). For produksjonsområdeforskriften § 11 betyr dette at det må gjøres en konkret vurdering av om vesentlige forutsetninger som lå til grunn for den opprinnelige tillatelsen er endret. For produksjonsområdeforskriften § 12 betyr dette at man ikke kan omgjøre dersom det i den opprinnelige tillatelsen var forutsatt at det skulle være tilsvarende lave tall for lakselus som de som fremgår av § 12.
4. En omgjøring etter §§ 11 og 12 kan uansett ikke foretas dersom den omgjorte tillatelsen ikke lenger oppfyller kravet om miljømessig forsvarlighet i akvakulturloven § 6. Dette må vurderes konkret for hvert enkelt omgjøringsvedtak.

Til nå har det blitt fattet **separate vedtak om lokalitetsklarering**. Utredningen konkluderer med at:

5. Innenfor det nåværende systemet må det fattes separate vedtak om lokalitetsklareringa av fylkeskommunen som en følge av omgjøring av tillatelser eller nye tillatelser etter produksjonsområdeforskriften §§ 11 og 12. Alle lokalitetsklaringsvedtak må oppfylle kravet om miljømessig forsvarlighet i akvakulturloven § 6.
6. Ved vedtak om lokalitetsklarering må det særlig tas hensyn til mulig smittespredning til tilgrensende produksjonsområder.

Utredningen kommer til følgende konklusjoner om **kravet om miljømessig forsvarlighet** etter akvakulturloven § 6:

7. Kravet om miljømessig forsvarlighet må tolkes slik at det bidrar til å realisere **kvalitetsnormen i naturmangfoldloven § 5**. Dette innebærer at vill laksefisk og deres genetiske mangfold må ivaretas på lang sikt og at artene må forekomme i sine naturlige utbredelsesområder. Vedtak om produksjonsøkning vil generelt ikke oppfylle kravet til miljømessig forsvarlighet dersom de kan true tilstedeværelsen av vill laksefisk i vesentlige deler av utbredelsesområdet. Det samme

gjelder dersom slik produksjonsøkning kan få negative konsekvenser av betydning for villaks i nasjonale laksevassdrag og -fjorder.

8. Kravet om miljømessig forsvarlighet må anvendes i lys av **kvalitetsnormen for villaks**. Dersom en tildelingsforskrift legger opp til *omgjøring* av eksisterende tillatelser som kan medføre fravik av kvalitetsnormens mål, må Nærings- og fiskeridepartementet først konsultere Klima- og miljødepartementet og eventuelt i samråd komme fram til et vedtak om fravik av målet for de aktuelle villaksbestandene. Tilsvarende må Klima- og miljødepartementet ved tildeling av *nye tillatelser* vedta en oppdatering av kvalitetsnormens mål slik at det er tilpasset effekten av tillatelsene. Kvalitetsnormen innebærer også at man må sørge for å utarbeide tiltaksplaner for de villaksbestandene som ikke oppnår kvalitetsnormen (for tiden 119 villaksbestander). Slike planer må utgjøre en vesentlig del av beslutningsgrunnlaget ved vedtakelsen av tildelingsforskrifter.
9. Kravet om miljømessig forsvarlighet må også anvendes i lys av saksbehandlingsprinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-12. Dette innebærer at Nærings- og fiskeridepartementet ved manglende kunnskap, inklusive manglende klassifisering av 68 % av villaksbestandene etter kvalitetsnormen for villaks, manglende tiltaksplaner for 119 villaksbestander som ikke oppfyller kvalitetsnormen og mangelfull kunnskap om lusepåvirkning av annen vill laksefisk, har plikt til å sikre at vedtak ikke vil medføre mulig vesentlig skade på vill laksefisk. Videre må vedtak baseres på tilgjengelig kunnskap om hvilke virkninger de vil ha for relevante økosystemer, særlig i fjorder og elver. Kunnskap om historisk og fremtidig fiske av vill laksefisk må være en sentral del av beslutningsgrunnlaget for vedtak om lokalitetsklareringer. Endelig må vedtak etter produksjonsområdeforskriften legges slik opp at de sikrer at følgekostnader dekkes av oppdrettsvirksomheten og ikke belastes allmennheten, det offentlige eller rettighetshavere i vassdragene.

For **saksbehandlingen** ved vedtak av tildelingsforskrifter kommer utredningen til følgende konklusjon:

10. Vedtaket om tildelingsforskrift samt vedtak om nye tillatelser og omgjøring av eksisterende tillatelser må samlet sett være basert på prinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-12 og vurderingen av hvordan prinsippene er ivaretatt må fremgå av vedtakene.

2. Innledning

Denne utredningen ser nærmere på forholdet mellom sentrale elementer i regelverket for å sikre forsvarlig vekst i lakseoppdrettsnæringen og regelverket for å ivareta vill laksefisk. Utgangspunktet for utredningen er følgende forskrifter:

1. Forskrift om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften),² og
2. Kvalitetsnorm for ville bestander av atlantisk laks (*Salmo salar*).³

² FOR-2017-01-16-61, som endret ved FOR-2017-07-20-1210 og FOR-2017-07-07-1161.

³ FOR-2013-09-20-1109.

Utredningen undersøker også reglene i akvakulturloven og naturmangfoldloven som er av betydning for hvordan produksjonsområdeforskriften skal anvendes i praksis. Dette er temaer som det ikke har vært tilstrekkelig redegjort for i Stortingsmeldingen som ligger til grunn for produksjonsområdeforskriften eller i høringsnotatet som presenterte forslaget om produksjonsområdeforskrift.⁴

Utredningen fokuserer på eventuelle vedtak om produksjonsøkning etter produksjonsområdeforskriften §§ 11 og 12. Den omhandler vill laksefisk generelt (inklusive sjøørret og sjørøye), men har et hovedfokus på villaks.

Denne utredningen må leses i lys av rapporten «Hvilke krav stiller Grunnloven § 112 til lakseoppdrettsnæringen? Forholdet mellom oppdrettsnæringen og villaks»⁵ som blant annet gjør rede for helheten i regelverkene om henholdsvis lakseoppdrett og villaks. Det gis derfor ikke noen oversikt over strukturen i regelverkene i denne utredningen.

3. Produksjonsområdeforskriften og oppdrettstillatelser

3.1 Generelt om oppdrettstillatelser og produksjonsområdeforskriften

Produksjonsområdeforskriften innførte et nytt system for tildeling av oppdrettstillatelser. Forskriften er dermed lagt oppå et eksisterende system for tildeling av slike tillatelser bestående i hovedsak av akvakulturloven og laksetildelingsforskriften.⁶ Produksjonsområdeforskriften er vedtatt med hjemmel i akvakulturloven, og må tolkes og anvendes i tråd med lovens krav. Særlig viktig for denne utredningen er at det i henhold til akvakulturloven § 6 kun kan gis tillatelser til oppdrettsanlegg dersom det vil være «miljømessig forsvarlig». Et tilsvarende krav om miljømessig forsvarlighet, som gjelder etablering, drift og avvikling av akvakulturvirksomhet, finnes i lovens § 10. Miljømessig forsvarlighet innebærer både at oppdrett ikke skal legges til områder der miljøkvaliteten er for dårlig, for eksempel nær forurensende utslipp, og at oppdrett ikke kan etableres på steder der de miljømessige virkningene av oppdrettet vil være uforsvarlige, for eksempel ved negative virkninger for villaks. Loven åpner ikke for å gjøre unntak fra forsvarlighetskravene i §§ 6 og 10 ved forskrift.

Tillatelser til oppdrett av laks, ørret og regnbueørret er i praksis delt inn i to vedtak. Først fatter Fiskeridirektoratet vedtak der det avgjøres hvilke arter tillatelsen gjelder og omfang av biomasse. Deretter fatter fylkeskommuner vedtak om klarering av lokaliteter for oppdrettsvirksomheten. En akvakulturtiltelse består av begge disse vedtakene, og den gir rett til drift av anlegget først når begge vedtak er fattet. Denne totrinnsprosessen fremgår ikke uttrykkelig av akvakulturloven (se § 5), men er

⁴ Meld. St. 16 (2014-2015) og Høringsnotat – melding til Stortinget om vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett, og Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat – Implementering av Meld. St. 16 (2014-2015).

⁵ O.K. Fauchald, Hvilke krav stiller Grunnloven § 112 til lakseoppdrettsnæringen? Forholdet mellom oppdrettsnæringen og villaks, FNI Report 6/2016. Lysaker, FNI, 2016, <https://www.fni.no/getfile.php/133912/Filer/Publikasjoner/FNI-R0616.pdf>. Rapporten ble oppdatert etter vedtakelsen av produksjonsområdeforskriften, men tar ikke høyde for etterfølgende forskriftsendringer. Forskningen som lå til grunn for rapporten ble finansiert av bidrag fra Salmon Camera.

⁶ Forskrift om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (FOR-2004-12-22-1798).

klart forutsatt i lovens forarbeider.⁷ Innplassering i nye produksjonsområder etter produksjonsområdeforskriften innebærer at det utstedes nye tillatelser også til eksisterende virksomheter (produksjonsområdeforskriften § 6).

Produksjonsområdeforskriften § 11 første ledd lyder som følger: «Ved akseptabel miljøpåvirkning i et produksjonsområde kan departementet i forskrift lyse ut tilbud om nye tillatelser og økning av produksjonskapasiteten i etablerte tillatelser i produksjonsområdet.» Forskriften og dens forarbeider legger opp til at kapasitetsøkning skal skje ved en kombinasjon av utlysning av nye tillatelser og omgjøring av etablerte tillatelser.⁸

I henhold til produksjonsområdeforskriften § 12 kan departementet gi tilbud om kapasitetsøkning uavhengig av miljøstatus i det aktuelle produksjonsområdet dersom forekomst av lakselus i anleggene i løpet av en periode på seks måneder er lavere enn nærmere angitte grenser. Det er ikke laget egne regler om hvordan man skal beregne antall lakselus under § 12. Denne bestemmelsen baserer seg dermed på generelle regler om beregning av forekomst av lakselus.⁹

3.2 Nærmere om lakselus som kriterium for vedtak om tildelingsforskrifter

Hovedregelen for fastsettelse av produksjonskapasiteten i et produksjonsområde følger av produksjonsområdeforskriften § 8:

Produksjonskapasiteten i produksjonsområder for akvakultur reguleres i samsvar med områdets miljømessige bærekraft. Påvirkningen fra akvakultur på miljøet overvåkes etter de til enhver tid gjeldende miljøindikatorene, som fremkommer av annet ledd.

Påvirkningen av lakselus (*Lepeophtheirus salmonis*) på vill laksefisk er miljøindikator. Departementet vurderer om miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, moderat eller uakseptabel.

Departementet skal annen hvert år, basert på vurderingen i annet ledd, gjøre en vurdering av om produksjonskapasiteten skal justeres i et produksjonsområde.

Innledningsvis skal jeg først redegjøre for utformingen av lakseluskriteriet. Deretter skal jeg drøfte hvordan kriteriet kan anvendes ved vedtak om tildelingsforskrift og ved vedtak om tilbud om produksjonsøkning etter produksjonsområdeforskriften §§ 11 og 12.

I stortingsmeldingen er grenseverdiene for luseindikatoren angitt i form av følgende tabell:¹⁰

⁷ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 58.

⁸ I akvakulturlovens bestemmelse om omgjøring av tillatelser benyttes begrepet «endre». Den vanlige terminologien i forvaltningsrett er «omgjøring», jfr. forvaltningsloven § 35, og denne terminologien vil bli benyttet her.

⁹ Se Forskrift om bekjempelse av lakselus i akvakulturanlegg (FOR-2012-12-05-1140), særlig vedlegg 1. Særlig er det verdt å merke seg at man kun er pålagt å telle antall lakselus på noen få fisk (minimum 10 eller 20) og i anlegg med mer enn tre merder trenger man bare å foreta tellinger i halvparten av merdene.

¹⁰ Meld. St. 16 (2014-2015) s. 60.

<p>Lav risiko / påvirkning Det er sannsynlig at < 10 prosent av populasjonen dør pga. luseinfeksjon.</p>	<p>Moderat risiko / påvirkning Det er sannsynlig at 10-30 prosent av populasjonen dør pga. luseinfeksjon.</p>	<p>Høy risiko / påvirkning Det er sannsynlig at > 30 prosent av populasjonen dør pga. luseinfeksjon.</p>
---	---	---

Denne tabellen avviker fra den tilsvarende tabellen som var utformet i høringsnotatet som ble sendt ut som ledd i utarbeidelsen av stortingsmeldingen. Mens høringsnotatet legger opp til en beregning av hvor stor del av populasjonen som har «økt sannsynlighet for dødelighet»,¹¹ legger meldingen opp til en beregning av hvor stor del av populasjonen som kommer til å dø. Det er åpenbart stor forskjell på disse to sannsynlighetsvurderingene, den som finnes i stortingsmeldingen vil innebære at man aksepterer sannsynlighet for langt alvorligere negative effekter for villaksen enn om man hadde fulgt opplegget i høringsnotatet. Stortingsmeldingen redegjør ikke for endringen og konsekvensene av den. Det fremgår heller ikke hvorfor endringen er foretatt.¹²

For å få større klarhet i hvordan estimatene skal utarbeides må det klargjøres hva som menes med «populasjonen» og hvordan dødeligheten skal estimeres. Stortingsmeldingen kan leses slik at man med «populasjonen» sikter til populasjonen av utvandrende smolt av villaks (heretter omtalt som «smolt»). Dødeligheten skal beregnes i produksjonsområdet som helhet på en årlig basis. Dette bekreftes av at man i stortingsmeldingen uttaler at tabellen «følger av» den Kongelige resolusjonen om kvalitetsnorm for villaks.¹³ I denne resolusjonen, som er begrenset til undersøkelse av lusepåvirkning av villaks, er det tatt inn en tabell om lakselus som:

viser en vurdering av de enkelte påvirkningsfaktorene basert på den effekt de er antatt å ha ut fra dagens kunnskapsgrunnlag. Dette er ikke en del av normen, men er utviklet som et verktøy til bruk i arbeidet med å klarlegge årsaker.¹⁴

Tabellen er som følger:

Estimert bestandsreduksjon ut fra luseindeks	Ingen effekt	Liten effekt	Moderat effekt	Stor effekt
	< 5 %	5-10 %	10-30 %	> 30 %

Denne tabellen må forstås på bakgrunn av vedlegg B til høringsnotatet som er sentralt for å forstå innholdet i den nevnte «luseindeks». I vedlegget finnes to angivelser av hvor stor skade lusen er antatt å påføre utvandrende smolt av villaks:

Median antall lus / gram fiskevekt	Ingen effekt	Liten effekt	Moderat effekt	Stor effekt
	< 0,05	0,05-0,15	0,16-0,3	> 0,3
% fisk med mer enn 0,1 lus / gram fiskevekt	Ingen effekt	Liten effekt	Moderat effekt	Stor effekt
		< 10	10-30	> 30

¹¹ Høringsnotat – melding til Stortinget om vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett, s. 48.

¹² Innenfor rammen av denne utredningen har det ikke vært mulig å forespørre departementet om hvilken versjon som vil bli lagt til grunn i videre saksbehandling. Det tas utgangspunkt i at den tabellen som finnes i stortingsmeldingen vil bli benyttet.

¹³ Meld. St. 16 (2014-2015) s. 60.

¹⁴ Høringsnotat vedlagt høringsbrev fra Miljøverndepartementet datert 15. januar 2013, punkt 6.

Det uttales i vedlegget at den dårligste av disse to klassifiseringene bør være gjeldende.

Det er verdt å merke seg at man innenfor hvert produksjonsområde vil ha et varierende antall villaksbestander som vil ha et varierende antall utvandrende smolt. Ved å beregne gjennomsnittlig dødelighet for utvandrende smolt i et produksjonsområde vil det dermed ofte kunne forekomme at utvandrende smolt fra små og sårbare villaksbestander har høy risiko for dødelighet uten at dette gir utslag av betydning for den aggregerte risikoen for produksjonsområdet.

Hvordan grenseverdiene for luseindikatoren skal brukes ved avgjørelsen av om miljøpåvirkningen er akseptabel fremgår i stortingsmeldingen av tre tabeller som inneholder en ufullstendig liste over mulige scenarier. I tabellene er det trukket fram følgende fire scenarier som kan medføre vedtak av en tildelingsforskrift:¹⁵

1. Vekst i henhold til tildelingsforskrift i første år etterfulgt av to år med estimert lav risiko/påvirkning: «vekst tilbys på nytt»
2. Vekst i henhold til tildelingsforskrift i første år etterfulgt av et år med lav risiko/påvirkning og et år med moderat risiko/påvirkning: «vurdere frys eller vekst»
3. Uendret produksjon i første år etterfulgt av ett år med moderat risiko/påvirkning og et år med lav risiko / påvirkning: «vurdere vekst eller frys»
4. Nedjustering av produksjonskapasitet i det første året etterfulgt av et år med høy risiko/påvirkning og et år med lav risiko/påvirkning: «vurdere vekst eller frys»

Utformingen av scenario 1 tilsier at det i situasjoner der estimatene tilsier at utvandrende smolt er utsatt for inntil 10 % dødelighet i snitt de tre foregående år skal vekst tilbys på nytt (altså et vedtak av en tildelingsforskrift).¹⁶ Utformingen av de øvrige scenariene tilsier at dersom estimatene for dødelighet i snitt er 10 % eller høyere i de tre siste årene så kan vekst vurderes. Hvis vi tenker oss at scenario 4 indikerer en øvre grense for hvor stor dødelighet som kan aksepteres over en periode på tre år og man fremdeles kan vurdere vedtak av en tildelingsforskrift, så får vi en teoretisk grense på inntil 70 % dødelighet i snitt. Dette er neppe ment som en mulighet i praksis.

Det kan se ut til at departementet tar sikte på å legge til grunn en bredere vurdering av lusepåvirkning enn den som tilsynelatende følger av stortingsmeldingen. Departementets bestilling av en rapport fra Ekspertgruppen for vurdering av lusepåvirkning inneholder følgende mandat:

Ekspertgruppen for vurdering av lusepåvirkning skal gjøre en overordnet analyse av all tilgjengelig kunnskap for å gi en beskrivelse av lakselusindusert villfiskdødelighet per produksjonsområde. Hovedvekten skal i 2017 legges på villaks. Ekspertgruppens arbeid skal bygge på dokumenterte data og resultater fra relevante forsknings-, overvåkings- og

¹⁵ Meld. St. 16 (2014-2015) s. 49.

¹⁶ Ibid., jfr følgende uttalelse: «Dersom resultatet er sammenfallende begge årene vil utfallet være forutsigbart og det legges ikke opp til noen vurdering, men dersom overvåkingen viser en endring i påvirkning de to årene vil myndighetene måtte gjøre grundigere vurderinger ut i fra den samlede miljøtilstanden.»

utviklingsprosjekter. Det skal spesielt redegjøres for usikkerheter i vurderinger, og dette skal angis for hver enkelt måleparameter.¹⁷

Ekspertgruppen uttaler følgende om mandatet:

Stortingsmeldingen Mld. St. 16 (2014-2015) legger til grunn at status innen hvert produksjonsområde skal i førsteomgang kun være basert på effekt av lakselus på vill laksefisk, det vil si økt dødelighet på utvandrende postsmolt laks, førstegangsutvandrende postsmolt sjørørret og sjørøye, og på beitende sjørørret og sjørøye som en konsekvens av smitte av lakselus fra oppdrettsanlegg.

Departementet har lagt til grunn Ekspertgruppens rapport i den videre saksbehandlingen.¹⁸ Men som fremgår av rapporten fra Styringsgruppen for vurdering av lusepåvirkning er den første klassifiseringen av produksjonsområder kun basert på vurderinger av lakselusindusert dødelighet for laks.¹⁹

På denne bakgrunn skal jeg i det følgende drøfte følgende tre spørsmål som bør avklares i forbindelse med vedtakelse av tildelingsforskrift:

- 1) Innebærer produksjonsområdeforskriften at departementet bare kan vurdere påvirkning av lakselus på vill laksefisk når det avgjør om miljøvirkningene er akseptable?
- 2) Innebærer produksjonsområdeforskriften en angivelse av hvor lav lakseluspåvirkningen må være for at departementet skal kunne konkludere med at miljøvirkningene er akseptable?
- 3) Har departementet plikt til å ta i betraktning andre miljøvirkninger av oppdrettsvirksomhet enn de som følger av lakselus ved avgjørelsen av om miljøvirkningene er akseptable?

1) *Lakselus som eneste kriterium:* Høringsnotatet til produksjonsområdeforskriften kan leses som om det legges opp til et relativt automatisert system som kun baseres på en vurdering av miljøindikatoren(e) som nevnt i forskriften.²⁰ Særlig kommer dette til uttrykk gjennom vektleggingen av at systemet skal skape forutsigbarhet for oppdrettsnæringen. Eksempelvis er det i høringsnotatet uttalt at det «vil gi forutsigbarhet for næringsaktørene at det er kjent hvor ofte og når justering skal vurderes, og hva som skjer når miljøpåvirkningen er akseptabel, moderat eller uakseptabel.»²¹

Imidlertid gjør notatet det klart at det er «totalvurderingen til departementet som avgjør om det lyses ut tilbud om vekst eller ikke» (s. 34). På dette punktet må forskriften leses i lys av kravet om miljømessig

¹⁷ Sitert fra Rapport fra ekspertgruppe for vurdering av lusepåvirkning, Vurdering av lakselusindusert villfiskdødelighet per produksjonsområde (mai 2017), s. 3, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/forste-loypemelding-om-lusepavirkning/id2554247/>.

¹⁸ Se pressemelding 14. juni 2017: «Prøvekjøring» av det nye systemet for kapasitetsjusteringer i norsk lakse- og ørretoppdrett, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/provekjoring-av-det-nye-systemet-for-kapasitetsjusteringer-i-norsk-lakse--og-orretoppdrett/id2556793/>.

¹⁹ Råd fra Styringsgruppen for vurdering av lusepåvirkning, datert 15. september 2017, s. 2-3, <https://www.regjeringen.no/contentassets/b352699b485d471fa50b9efdfb28dce/rad-fra-styringsgruppe-til-nfd-september-1509.docx.pdf>.

²⁰ Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat – Implementering av Meld. St. 16 (2014-2015), vedlegg til høringsbrev datert 24. juni 2016, s. 29-30.

²¹ Ibid. s. 4. Det kan også bemerkes at stortingsmeldingen legger stor vekt på dette aspektet ved forutsigbarhet.

forsvarlighet i akvakulturloven §§ 6 og 10. Forskriften innebærer derfor som utgangspunkt ikke noen begrensning i departementets anledning til å basere avgjørelsen også på andre miljøvirkninger.

Spørsmålet blir om det skal gjøres et unntak fra dette utgangspunktet i situasjoner som omfattes av det første scenariet over. Ordlyden som er brukt i tabellen kan indikere at dette har vært meningen dersom det har vært vedtatt en tildelingsforskrift i «år 0» etterfulgt av to år der dødeligheten har vært estimert til mindre enn 10 % i produksjonsområdet. Det følger også av akvakulturloven § 6 at tillatelser bare kan utstedes dersom de er miljøforsvarlige. Som vist over kan det innen et produksjonsområde med mindre enn 10 % dødelighet finnes situasjoner med inntil 100 % dødelighet for utvandrende smolt fra en enkeltbestand av villaks. Det vil generelt sett neppe være miljøforsvarlig å gi nye tillatelse som kan forverre tilstanden i en slik grad for enkeltbestander av villaks. Det er også andre faktorer enn lus som påvirker dødeligheten for vill laksefisk i et produksjonsområde. På denne bakgrunn er konklusjonen at vedtak av og innholdet i en tildelingsforskrift også i disse situasjonene (scenario 1) må være basert på en helhetlig analyse av om det foreligger akseptabel miljøpåvirkning i de deler av produksjonsområdet som vedtakene vil ha størst negativ påvirkning på.

Det kan også spørres om det skal gjøres unntak fra dette utgangspunktet ved vedtak om tilbud om kapasitetsøkning etter produksjonsområdeforskriften § 12. Denne muligheten skal etter ordlyden kunne nyttes «[u]avhengig av miljøstatus i produksjonsområdet». Også her blir det avgjørende at en omgjøring av en tillatelse ikke kan skje i strid med akvakulturloven § 6. Myndighetene har derfor uansett ordlyden i produksjonsområdeforskriften § 12 en plikt til å vurdere om en omgjort tillatelse vil være miljøforsvarlig.

2) Grense for akseptabel lakseluspåvirkning: Utformingen av de fire scenariene i stortingsmeldingen gir en klar indikasjon på at regjeringen ikke ser for seg noen klar øvre grense for når man må konkludere med at man ikke kan vedta en tildelingsforskrift i et produksjonsområde. Den teoretiske muligheten for at man kan ha inntil 70 % dødelighet på grunn av lakselus innenfor et produksjonsområde i snitt de siste tre år og likevel vedta en tildelingsforskrift (scenario 4), må anses som rent teoretisk. Som antydnet over vil også den estimerte gjennomsnittlige dødeligheten innen et produksjonsområde kunne inneholde store variasjoner for villaksbestandene i produksjonsområdene. Derfor gir det neppe god mening å prøve å oppstille noen slik grense for akseptabel lakseluspåvirkning innenfor et produksjonsområde som helhet. Konklusjonen er derfor at produksjonsområdeforskriften ikke innebærer noen absolutt grense for når lakseluspåvirkningen blir så alvorlig at det ikke kan vedtas en tildelingsforskrift.

3) Plikt til å hensynta andre miljøvirkninger enn lakselus: Gitt forbudet i akvakulturloven § 6 mot å gi tillatelser til oppdrett der dette ikke vil være miljøforsvarlig sammenholdt med naturmangfoldloven kapittel II (se punkt 3), er utgangspunktet at departementet må foreta en bred vurdering av miljøvirkninger ved vedtakelse av tildelingsforskrifter. Hvilke andre miljøvirkninger som er pliktige å vurdere kan variere mellom produksjonsområder og over tid avhengig av en lang rekke faktorer. Derfor må en avgjørelsen av hvilke miljøvirkninger som må vurderes i det enkelte tilfellet måtte baseres på en konkret vurdering for hver enkelt tildelingsforskrift. Tilsvarende vil gjelde for vedtak om å tilby kapasitetsøkning etter produksjonsområdeforskriften § 12.

3.3 Omgjøring av eksisterende oppdrettstillatelser

En tildelingsforskrift med tilbud om økt produksjonskapasitet i etablerte tillatelser etter produksjonsområdeforskriften § 11 vil, om tilbudene blir akseptert, innebære en omgjøring til gunst for innehavere av tillatelsene. Videre må alle vedtak om kapasitetsøkning etter § 12 anses som omgjøring til gunst for innehavere av tillatelsene. I det følgende skal jeg drøfte hvilke materielle og prosessuelle krav som må oppfylles ved omgjøring til gunst under akvakulturloven.

Akvakulturloven § 9 setter, sammen med § 6, de rettslige rammene for omgjøring. Innledningsvis må det slås fast at en omgjøring etter § 9 ikke kan medføre at en tillatelse omgjøres slik at vilkårene i § 6 ikke lenger er oppfylt; omgjøringen kan ikke innebære at tillatelsen totalt sett blir miljømessig uforsvarlig.

Paragraf 9 omhandler etter sin ordlyd og kommentarer i forarbeidene først og fremst omgjøring som vil være til ulempe for oppdrettsvirksomheten. I forarbeidene slås det imidlertid fast at omgjøring kan skje ved at det «tas bort vilkår» og at omgjøring kan endre «vilkårene som knytter seg til tillatelsen og hvilke lokaliteter tillatelsen benyttes på». Det er derfor ikke tvilsomt at § 9 er ment å regulere også omgjøring til gunst for oppdrettsvirksomheten.²² Paragraf 9 første ledd b), som gir hjemmel for omgjøring til gunst, åpner for omgjøring dersom «vesentlige forutsetninger som ligger til grunn for tillatelsen er endret». Særlig kan man tenke seg at de miljømessige forutsetningene er bedret eller at det foreligger nye produksjonsprosesser eller -teknologi som vesentlig reduserer negative miljøkonsekvenser, og at dette skal kunne medføre en mulighet for omgjøring til gunst. Det er liten tvil om at slike forhold er blant de forutsetninger som er vesentlige og ligger til grunn for vedtakene om tillatelsen. Kravet om at disse forholdene skal være endret vil i denne sammenheng innebære at de må være endret i en slik retning at de åpner for en økning av produksjonskapasiteten. I henhold til § 9 vil det dermed være adgang til omgjøring dersom det etter en samlet vurdering kan legges til grunn at miljøbelastningene ved virksomheten er redusert som følge av etterfølgende endringer. Dette innebærer at en omgjøring vil forutsette en konkret vurdering av om relevante forutsetninger for den enkelte tillatelse er endret siden tillatelsen ble gitt og om disse endringene medfører at det nå vil være rom for en omgjøring til gunst. I den grad grensen for produksjonskapasitet er satt av miljøhensyn vil en forutsetning for omgjøring måtte være at de aktuelle miljøhensyn ikke lenger tilsier at produksjonskapasiteten skal være begrenset som tidligere forutsatt. Eksempler kan være at villaksbestander i området er mer robuste enn man la til grunn, effekten av oppdrettsvirksomheten på villaksen er mindre enn man forutså, eller at man har lagt om driften slik at påvirkningen vil bli redusert.

Relasjonen mellom produksjonsområdeforskriften og reglene i akvakulturloven §§ 6 og 9 er uklar. Det første spørsmålet er om § 9 tredje ledd gir departementet fullmakt til å utvide omgjøringsadgangen. Departementet kan vedta forskrift med «nærmere bestemmelser» om omgjøring, hvilket innebærer at man kan presisere omgjøringsadgangen, men ikke utvide eller innskrenke denne utover det som følger av § 9. En slik forståelse av forskriftshjemmelen er i tråd med uttalelsen i forarbeidene om adgangen til å gi «presiserende bestemmelser».²³

²² Ot.prp. nr. 61 s. 62.

²³ Ibid. s. 64.

Produksjonsområdeforskriften legger opp til at man ved tildelingsforskrift skal kunne sette fram et generelt tilbud om kapasitetsøkning for alle eksisterende tillatelser i et produksjonsområde. Omgjøringsregelen i § 9 forutsetter at det gjøres en konkret og individuell vurdering av om det foreligger endrede forutsetninger for den enkelte tillatelse. Det kan spørres om opplegget i produksjonsområdeforskriften på dette punktet er i strid med de rammer som oppstilles i akvakulturloven § 9. Verken høringsnotatene om stortingsmeldingen og produksjonsområdeforskriften eller stortingsmeldingen tar opp denne problemstillingen.²⁴ På dette punkt er det tilsynelatende ikke samsvar mellom det system som produksjonsområdeforskriften § 11 legger opp til og saksbehandlingskrav som følger av akvakulturloven § 9. Det må også bemerkes at det etter produksjonsområdeforskriften § 12 neppe kan gis tilbud om produksjonsøkning dersom det på tillatelsestidspunktet var forutsatt at forekomsten av lakselus i oppdrettsanleggets skulle oppfylle tilsvarende krav som de som er oppstilt i § 12.

Et spørsmål som må drøftes er om akvakulturloven § 9 på dette punktet kan suppleres av den alminnelige omgjøringsadgangen som følger av forvaltningsloven § 35 og som åpner for en generell adgang til å omgjøre til gunst dersom «endringen ikke er til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser». Akvakulturloven avklarer ikke forholdet til de generelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, og forarbeidene til akvakulturloven diskuterer verken forholdet til forvaltningsloven generelt eller mer konkret forholdet mellom omgjøringsadgangen i akvakulturloven § 9 og den generelle omgjøringsregelen i forvaltningsloven § 35. I likhet med det som gjelder innenfor annen lovgivning om miljø og naturressurser er det også innenfor akvakulturloven sterke hensyn som taler for å begrense omgjøringsadgangen til gunst for oppdrettsvirksomheten. Akvakulturloven føyer seg dermed inn i en reguleringstradisjon innenfor miljø- og naturressursrett der muligheten til å omgjøre til gunst for tiltakshaver begrenses ut fra hensyn til miljø og negativt berørte tredjeparter. Den begrensede omgjøringsadgangen må også sees i sammenheng med den omfattende diskusjonen og reguleringen av fleksibiliteten for oppdrettere til å utnytte produksjonskapasiteten i henhold til eksisterende oppdrettstillatelser gjennom blant annet kjøp og salg av tillatelser, flytting av biomasse, fleksibilitet i bruk av lokaliteter og beregningsmåten for største tillatte MTB. På bakgrunn av disse momentene må det konkluderes med at omgjøringsregelen i forvaltningsloven § 35 ikke utvider den adgang til å omgjøre til gunst som følger av akvakulturloven § 9.

Min konklusjon er følgelig at tildelingsforskrifter vedtatt med hjemmel i produksjonsområdeforskriften § 11 må utformes slik at et tilbud om kapasitetsøkning under eksisterende tillatelser gis med forbehold om at det skal gjøres en konkret vurdering av om forutsetningene for den enkelte tillatelse er endret slik at tillatelsen kan omgjøres i overensstemmelse med akvakulturloven § 9 første ledd b). Enkeltvedtak med tilbud om produksjonsøkning etter produksjonsområdeforskriften § 12 kan bare fattes etter at det er gjort en konkret vurdering av om tillatelsen fremdeles vil være miljømessig forsvarlig og av om de vesentlige forutsetninger som lå til grunn for den opprinnelige tillatelsen er endret.

²⁴ I Høringsnotat – melding til Stortinget om vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett s. 59 slås det kort fast at akvakulturloven «åpner for å tildele både nye tillatelser og å øke kapasiteten på eksisterende tillatelser».

3.4 Nærmere om forholdet mellom lokaliteter og tildelingsforskrifter

I det følgende skal to hovedtemaer drøftes:

- 1) Plassering av økt produksjonskapasitet i lokaliteter, og
- 2) Håndtering av fleksibilitet til å flytte laks mellom produksjonsområder ved vedtak av tildelingsforskrifter.

1) Plassering av økt produksjonskapasitet i lokaliteter: Som generelt utgangspunkt kan hver oppdrettstillatelse omfatte inntil fire lokaliteter og alle lokaliteter må finnes innen det produksjonsområdet der tillatelsen hører hjemme (laksetildelingsforskriften §§ 33 og 34). Det er forutsatt i akvakulturlovens forarbeider at retten til å benytte en lokalitet ikke er eksklusiv.²⁵ Det innebærer at andre oppdrettere i prinsippet kan gis rett til å benytte samme lokalitet og at produksjonsmengden som er tillatt i en gitt lokalitet ikke nødvendigvis er eller vil fortsette å være begrenset til den mengden som er angitt i en oppdrettstillatelse. Etter laksetildelingsforskriften kan en tillatelse omfatte seks lokaliteter i situasjoner der to eller flere av tillatelsene er klarert for samme lokalitet, og dette økes til åtte lokaliteter der det er innvilget interregionalt (nå: interproduksjonsområde) biomassetak etter akvakulturdriftsforskriften § 48a.

Det er på denne bakgrunn betydelig fleksibilitet for den enkelte oppdretter til å endre lokalisering av produksjonen. I oppdrettstillatelsene uttrykkes dette ved at det for den enkelte oppdretter angis et maksimaltall for produksjonskapasitet for den enkelte lokalitet. Den tillatte produksjonskapasiteten for en gitt lokalitet vil ofte være høyere enn den biomasse som det gis tillatelse til i den enkelte oppdrettstillatelse. I hvilken grad oppdrettere benytter seg av muligheten til å flytte produksjon mellom lokaliteter og hvilken kontroll som føres med dette er ikke undersøkt nærmere. Særlige regler om meldeplikt ved samlokalisering er angitt i laksetildelingsforskriften § 37. Dersom det påvises uakseptabel miljøtilstand i området rundt et anlegg kan det vedtas at området skal brakklegges etter akvakulturdriftsforskriften § 36.²⁶ Forskriften angir ikke noen plikt til å fatte slikt vedtak.

Produksjonsområdeforskriften avklarer ikke om omgjøring av eksisterende tillatelser som følge av tildelingsforskrifter etter § 11 eller tilbud om kapasitetsøkning etter § 12 bare vil gjelde biomassen som angitt i vedtaket om tildeling av oppdrettstillatelse eller om det også vil gjelde for vedtaket om lokalitetsklarering (med andre ord største tillatte produksjonskapasitet for en lokalitet). Produksjonsområdeforskriften angir heller ikke regler om lokalitetsklarering for tilbud om nye tillatelser i tildelingsforskrifter. Vi må anta at tildelingsforskrifter på dette punktet må holdes innenfor de rammer som følger av laksetildelingsforskriften.

På denne bakgrunn er konklusjonen at det ved tildeling av nye tillatelser etter produksjonsområdeforskriften § 11 bør fattes separate vedtak om lokalitetsklarering i tråd med det som er praksis for øvrig. Det er ikke nødvendigvis en plikt til å skille lokalitetsklarering ut som egne vedtak, men gitt at den personelle kompetansen for lokalitetsklarering er lagt til fylkeskommunen (laksetildelingsforskriften § 8) vil dette i praksis måtte gjøres dersom ikke tildelingsforskriften eksplisitt

²⁵ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 58.

²⁶ Forskrift om drift av akvakulturanlegg, FOR-2008-06-17-822.

legger kompetansen til et annet organ. Kravene i laksetildelingsforskriften § 30 må uansett oppfylles for den enkelte lokalitetsklarering.

Endringer av biomassetaket for den enkelte lokalitet innebærer omgjøring av vedtaket om lokalitetsklarering. Et slikt omgjøringsvedtak må oppfylle kravene i laksetildelingsforskriften § 30. Av særlig betydning er kravene om at omgjøringsvedtaket skal være miljømessig forsvarlig og at det skal foretas en avveining av aktuelle arealinteresser. Disse kravene er kan ikke fravikes i den enkelte tildelingsforskrift ettersom de også følger av akvakulturloven § 6. I tillegg må et slikt omgjøringsvedtak, som påpekt i punkt 3.3, oppfylle vilkårene følger av akvakulturloven § 9.

2) Fleksibilitet mellom produksjonsområder: Produksjonsområdeforskriften deler kysten inn i 13 produksjonsområder. Alle eksisterende tillatelser skal plasseres inn i disse produksjonsområdene. Hvis en tillatelse dekker flere produksjonsområder kan innehaveren av tillatelsen bestemme hvilket produksjonsområde tillatelsen skal tilhøre (§ 5). Frist for melding om produksjonsområdetilhørighet var 15. august 2017. Det kan gis samtykke til å flytte tillatelser til andre produksjonsområder (§ 7). Departementet har uttalt at hovedformålet med dette er å «sikre at alle selskaper kan få drive i minst to produksjonsområder.»²⁷ Det legges opp til at man bare skal få tillatelse til denne typen flytting en gang. Hva angår flytting av produksjonskapasitet mellom lokaliteter i forskjellige produksjonsområder, har departementet har uttalt følgende: «Alle aktører får ... drive i to produksjonsområder og kan få felles biomassetak mellom disse produksjonsområdene.»²⁸ Oppdrettere som «videreforedler en vesentlig andel av sin fisk kan søke om felles biomassetak som går over inntil tre produksjonsområder» etter akvakulturdriftsforskriften § 48a. Dette kan utvides til fire produksjonsområder på visse vilkår.²⁹ For tiden har to aktører, Marine Harvest og Salmar Farming, biomassetak som strekker seg over henholdsvis fire og fem produksjonsområder. Departementet har besluttet at disse selskapene skal få felles biomassetak over inntil fire produksjonsområder.³⁰

Et hovedhensyn ved etableringen av produksjonsområder har vært å sikre «relativt liten smittespredning mellom områdene.» I rapporten som lå til grunn for beslutningen om å etablere produksjonsområder ble det også foreslått at områdene skulle være «avgrenset med såkalte branngater uten lakseoppdrett» og at hvert produksjonsområde skulle «fungere som et overordnet smittehygienisk område.»³¹

Den utstrakte fleksibiliteten i lokalisering og flytting av produksjon som det er lagt opp til i forskriftene reiser spørsmål om i hvilken grad det nye systemet vil sikre mot smitte mellom produksjonsområder og om man kan basere tildelingsforskrifter sett på en isolert vurdering av lakselusforekomst i det enkelte

²⁷ Brev fra Nærings- og fiskeridepartementet, Vedrørende implementering av nytt system for kapasitetsjusteringer i norsk lakse- og ørretoppdrett, datert 20. september 2017, s. 3.

²⁸ NFD pressemelding 7. juli 2017, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regler-for-nytt-oppdrettssystem-er-klare/id2564368/>

²⁹ Brev fra Nærings- og fiskeridepartementet, Vedrørende implementering av nytt system for kapasitetsjusteringer i norsk lakse- og ørretoppdrett, datert 20. september 2017, s. 3-4.

³⁰ NFD pressemelding 7. juli 2017, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regler-for-nytt-oppdrettssystem-er-klare/id2564368/>.

³¹ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 50.

produksjonsområde uten å se hen til situasjonen i tilgrensende produksjonsområder. Videre etablerer ikke produksjonsområdeforskriften «branngater» mellom produksjonsområdene som anbefalt av ekspertutvalget. Det er også klart at det vil være en del smitterisiko mellom produksjonsområdene og at inndelingen i produksjonsområder på noen punkter ikke følger den inndelingen som er anbefalt for å sikre minimal smitterisiko.³²

I lys av dette må det ved lokalitetsavklaring for nye tillatelser innen et produksjonsområde etter produksjonsområdeforskriften § 11 tas i betraktning hvilke konsekvenser produksjonen vil kunne få for tilgrensende produksjonsområder. Det må også tas i betraktning hvilke konsekvenser de nye tillatelsene kan få for den faktiske produksjonen på andre lokaliteter i det aktuelle produksjonsområdet og for produksjonsnivået på lokaliteter i andre produksjonsområder. Ved omgjøring av eksisterende lokalitetsklareringer etter produksjonsområdeforskriften §§ 11 og 12 må det tas hensyn til virkningene for smitterisikoen fra den aktuelle lokaliteten til tilgrensende produksjonsområder.

4. Betydningen av naturmangfoldloven og kvalitetsnormen for villaks

4.1 Naturmangfoldlovens miljøkvalitetsnorm

Temaet som skal drøftes under dette punktet hvilken betydning kvalitetsnormen i naturmangfoldloven kapittel II har for tolkningen og anvendelsen av produksjonsområdeforskriften. Kvalitetsnormen er særlig relevant ved tolkningen av hva som ligger i kravene om miljømessig forsvarlighet i akvakulturloven §§ 6 og dermed for hvilke krav som stilles til de vedtak som skal fattes etter produksjonsområdeforskriften.

Naturmangfoldloven inneholder generelle kvalitetsnormer i §§ 4 og 5. For vill laksefisk er det særlig § 5 som er av interesse:

Målet er at artene og deres genetiske mangfold ivaretas på lang sikt og at artene forekommer i levedyktige bestander i sine naturlige utbredelsesområder. Så langt det er nødvendig for å nå dette målet ivaretas også artenes økologiske funksjonsområder og de øvrige økologiske betingelsene som de er avhengige av.

Bruken av uttrykket «målet er» betyr ifølge forarbeidene at kvalitetsnormen ikke ment å være rettslig bindende. Forarbeidene uttaler videre at «målene skal søkes nådd, men måten å oppnå det på må avstemmes mot andre mål i samfunnet.»³³ Hensynet til viktige samfunnsinteresser, inklusive oppdrettsnæringen, kan derfor tilsi at målet kan nås på andre måter enn de som hensynet til vill laksefisk isolert sett skulle tilsi.³⁴ Eksempelvis kan dette bety at man må fase inn tiltak for å verne villaks på en måte som ikke skaper alvorlige utfordringer for oppdrettsnæringen. Bestemmelsen pålegger ikke forvaltningen direkte forpliktelser, men har betydning for tolkning og skjønnsutøvelse under

³² Se Meld. St. 16 (2014-2015) s. 50 sammenholdt med produksjonsområdeforskriften vedlegg 1.

³³ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 82.

³⁴ Ibid. s. 376.

akvakulturloven og produksjonsområdeforskriften.³⁵ I henhold til forarbeidene ligger det i målet om at artene og deres genetiske mangfold skal «ivaretas» at man søker å «beholde eller oppnå en god tilstand.»³⁶

Det naturlige utbredelsesområdet for vill laksefisk er langs hele norskekysten.³⁷ Dette betyr ikke nødvendigvis at slik fisk må være tilstede langs hele kysten til enhver tid, men det innebærer at en situasjon der man ikke lenger har en levedyktig bestand av vill laksefisk over større områder, for eksempel i et produksjonsområde, vil være klart i strid med kvalitetsnormen. Et funksjonsområde for vill laksefisk omfatter også områder der de oppholder seg en kort periode på grunn av artens livssyklus, for eksempel fjorder og kystområder som smolten og gyteklars laks må passere for å vandre ut i åpent hav eller opp i elvene.³⁸ Kvalitetsnormen innebærer følgelig at forholdene, for eksempel lakseluskonsentrasjonen eller forekomsten av smittsomme sykdommer, i slike funksjonsområder ikke må bli slik at tilstedeværelsen av vill laksefisk i vesentlige deler av utbredelsesområdet trues.

Kvalitetsnormen i naturmangfoldloven vil følgelig være et sentralt tolkningsmoment ved avgjørelsen av innholdet i kravet «miljømessig forsvarlig» i akvakulturloven § 6. Dermed vil den være av betydning for adgangen til å tildele nye tillatelser etter § 6 og omgjøring av eksisterende tillatelser etter § 9. Slike vedtak vil generelt ikke oppfylle kravene til miljøforsvarlighet dersom de kan true tilstedeværelse av vill laksefisk i vesentlige deler av utbredelsesområdet. Nasjonale laksevassdrag og -fjorder må anses som nøkkelområder for villaksen, og oppdrettsvirksomhet i nærheten av disse områdene vil måtte begrenses slik at den ikke truer bestandene der (se også lakse- og innlandsfiskloven § 7a).³⁹ I områdene utenfor nasjonale laksevassdrag og -fjorder kan det antas å være større fleksibilitet i hvordan og innenfor hvilken tidshorisont målet i naturmangfoldloven § 5 nås.*

4.2 Kvalitetsnormen for villaks

Naturmangfoldloven § 13 gir hjemmel for å vedta «retningsgivende kvalitetsnormer for naturmangfoldet, bl.a. om forekomsten av en art». Kvalitetsnormen for villaks er den første kvalitetsnormen vedtatt under denne bestemmelsen. Målet med kvalitetsnormen å «bidra til at viltlevende bestander av atlantisk laks ivaretas og gjenoppbygges til en størrelse og sammensetning som sikrer mangfold innenfor arten og utnytter laksens produksjons- og høstingsmuligheter» (artikkel 1). Om målet er nådd skal baseres på en vurdering av tre faktorer: reproduksjon, høstingspotensial og genetisk integritet (artikkel 2). Målet er at god kvalitet opprettholdes eller nås «snarest mulig» (artikkel 3).⁴⁰ Kvalitetsnormen gjelder bare for villaks (altså ikke for andre arter av vill laksefisk) og kun for de villaksbestandene som Klima- og miljødepartementet har fastsatt (artikkel 4). Totalt er det registrert 465

³⁵ Ibid. s. 375.

³⁶ Ibid. s. 376.

³⁷ Ibid. s. 375.

³⁸ Ibid. s. 376.

³⁹ Se også Prop. 86 L (2011-2012). Dette følger også av forskrift om særskilte krav til akvakulturellt virksomhet i eller ved nasjonale laksevassdrag og nasjonale laksefjorder, men merk at forskriften i henhold til § 2 har begrenset anvendelsesområde: «innenfor nasjonale laksefjorder og laksevassdrag beskrevet i vedlegg 1 og 2, og i områdene inntil 5 km utenfor nasjonale laksevassdrag som ikke er tilknyttet nasjonale laksefjorder.»

⁴⁰ Dette er gjort til tross for at det i lovens forarbeider er uttalt: «Normen bør normalt ha en tidsramme innen hvilken man mener den bør være oppfylt.» Se Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 383.

selvproduserende bestander av villaks i Norge.⁴¹ I henhold til forskriftens forarbeider vil antall bestander som omfattes være avhengig av om bestanden er «klassifisert». Antallet bestander som klassifiseres vil igjen «være avhengig av gjeldende budsjetttrammer» for Klima- og miljødepartementet og klassifiseringen vil «utføres fortløpende.» Kvalitetsnormen kommer følgelig i praksis bare til anvendelse der det er utført en undersøkelse og påfølgende klassifisering av bestandens tilstand. Så langt er 148 laksebestander (32 % av villaksbestandene) klassifisert. I Klima- og miljødepartementets budsjettforslag for 2018 blir bevilgningen som blant annet skal gå til klassifiseringsarbeidet redusert.⁴²

I konkretiseringen av kvalitetsnormen har man slått sammen to av de tre faktorene som er nevnt i artikkel 2, reproduksjon og høstingspotensial, til en «delnorm» som kalles «gytebestandsmål og høstingspotensial». Denne delnormen og delnormen genetisk integritet vurderes hver for seg på en skala med fem nivåer: svært god, god, moderat, dårlig og svært dårlig. For delnormen gytebestandsmål og høstingspotensial gjøres det egne undersøkelser av gytebestanden der målene varierer avhengig av gytebestandens størrelse og av høstingspotensialet. Klassifisering etter denne delnormen vil baseres på en samlet vurdering av disse to faktorene.

Av de 148 bestandene som er klassifisert var det 119 bestander (80 %) som ikke nådde målet om god kvalitet, det vil si at de ikke oppfylte målet i minst en av delnormene. Foreløpig har man ikke relatert klassifiseringen av bestandene til produksjonsområdene. Resultatene av klassifiseringen viser at i Sør-Trøndelag og Troms oppnådde ingen av de undersøkte bestandene målet.⁴³ Klassifiseringen tilsier at det i alle produksjonsområdene finnes laksebestander som ikke oppfyller målet i kvalitetsnormen for villaks. Vitenskapelig råd for lakseforvaltning vurderer rømt oppdrettslaks og lakselus som de klart største truslene mot oppnåelse av målene i kvalitetsnormen.⁴⁴ Kvalitetsnormens mål er «retningsgivende» (naturmangfoldloven § 13). Forarbeidene klargjør at målene ikke er rettslig bindende, men at de utgjør «felles mål på tvers av de ulike forvaltningsområdene» og at de gir «veiledning ved skjønnsutøvelse».⁴⁵ Unnlattelse av å ta hensyn til målene og grad av måloppnåelse ved vedtak etter produksjonsområdeforskriften vil være en alvorlig saksbehandlingsfeil som generelt vil medføre ugyldighet. Det å skulle ta hensyn til målene og at målene er retningsgivende må innebære at departementet må sikre at vedtak under produksjonsområdeforskriften på sikt kan bidra til at målene oppnås.

Videre må det avklares hvilke plikter myndighetene har til å sikre oppfyllelse av kvalitetsnormen. Gitt at kvalitetsnormen ikke er oppfylt for 119 villaksbestander er dette av stor interesse. Slike plikter er regulert i naturmangfoldloven § 13 tredje ledd:

Bli en kvalitet fastsatt i en norm etter denne loven ikke nådd, eller er det fare for dette, bør myndigheten etter denne lov i samråd med andre berørte myndigheter utarbeide en plan for

⁴¹ Miljødirektoratets lakseregister.

⁴² Prop. 1 S (2017-2018) Klima- og miljødepartementet s. 96-97, se post 22.2.

⁴³ Ibid. s. 292-293.

⁴⁴ Ibid. s. 290. Se også figur 1.4 s. 296.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 383.

hvordan kvaliteten likevel kan bli nådd. Planen kan bl.a. gå ut på at det fastsettes nærmere forskrifter med hjemmel i denne eller andre lover.

Det er viktig at slike planer utarbeides med aktiv deltakelse av relevante myndigheter (jfr. «i samråd»). Slik deltakelse vil i praksis kunne være en forutsetning for at planer skal fungere som sentrale verktøy for relevant saksbehandling, for eksempel vedtak etter produksjonsområdeforskriften. Dette innebærer at Nærings- og fiskeridepartementet, den aktuelle fylkeskommune, relevant(e) kommune(r) og Klima- og miljødepartementet i samråd bør utarbeide planer for å sikre måloppnåelse for de 119 villaksbestandene. Ordet «bør» er valgt med omhu og er ment å gi et signal om at myndighetene ikke står fritt til å avstå fra å utarbeide slike planer.⁴⁶ Klima- og miljødepartementet uttalte følgende om utarbeiding av slike planer i sitt svar på stortingsvedtak nr. 405 av 18. desember 2015:⁴⁷

Kvalitetsnorma for villaks er eit svært viktig reiskap for å sikre og betre levevilkåra og den naturlege produksjonen av dei ville bestandane av laks. Naturmangfaldlova § 13 legg opp til at det skal utarbeidast ein plan for dei bestandane som ikkje når minst god kvalitet etter kvalitetsnorma, slik at bestandane likevel kan nå god kvalitet. Som nemnt går det fram av Meld. St. 14 (2015–2016) *Natur for livet* at Klima- og miljødepartementet vil utarbeide ein plan for korleis kvalitetsnorma kan bli nådd. Klima- og miljødepartementet har sett i gang arbeid med ein tiltaksplan for vill anadrom laksefisk. Dette arbeidet vil bli følgt opp vidare.

Det er ikke satt av konkrete midler til tiltaksplanen(e) i departementets forslag til budsjett, og som nevnt er posten som kan være aktuell i denne forbindelse redusert.⁴⁸ Det er dermed uklart om arbeidet med tiltaksplanen(e) vil bli prioritert i 2018 og om en eventuell prioritering av planen(e) vil måtte gå på bekostning av klassifisering av flere villaksbestander under kvalitetsnormen.

På denne bakgrunn er det grunn til å anta at omgjøringsvedtak etter akvakulturloven § 9 og vedtak om nye tillatelser etter akvakulturloven § 6 vil bli vesentlig vanskeliggjort på grunn av situasjonen med 119 villaksbestander som ikke tilfredsstillt kvalitetsnormen. Vedtak etter akvakulturloven vil måtte vise at det til tross for denne situasjonen vil være miljøforsvarlig å fatte vedtak om kapasitetssøkning i hvert enkelt vedtak. Dette vil bli vesentlig vanskeliggjort på grunn av at man ikke har utarbeidet planer for hvordan kvalitetsnormen kan bli nådd i henhold til naturmangfoldloven § 13 tredje ledd.

Kvalitetsnormen har egne regler for prosedyrer som skal følges når målet fravikes (artikkel 3). Av disse er følgende av interesse her:

⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 109: «Ut fra dette foreslår departementet at tredje ledd omformuleres noe, slik at ordet «kan» byttes ut med «bør» i forhold til utarbeidelsen av en oppfølgingsplan, mens ordet «kan» beholdes ved de to andre alternativene.»

⁴⁷ Prop. 1 S (2017-2018) Klima- og miljødepartementet s. 311. Stortingsvedtaket lød som følger. «Stortinget ber regjeringen legge fram en sak for Stortinget som belyser status for bestanden av anadrome laksefisker, og hvordan forvaltningen og formidling av kunnskap kan styrkes for å sikre en bærekraftig utvikling.»

⁴⁸ Prop. 1 S (2017-2018) Klima- og miljødepartementet s. 96-97, se post 22.2.

- a) For eksisterende virksomhet kan berørte departementer og Klima- og miljødepartementet i samråd beslutte at målet fravikes når viktige samfunnsinteresser veier tyngre enn hensynet til villaksen.
- b) For tillatelser til ny aktivitet kan målet fravikes der andre viktige samfunnsinteresser veier tyngre enn hensynet til en villaksbestand. I slike tilfeller skal Klima- og miljødepartementet i samråd med berørte departementer om nødvendig oppdatere målet slik at det er tilpasset effekten av den nye aktiviteten.

Punkt a) er relevant for vedtak om *omgjøring* av eksisterende oppdrettstillatelser. Denne normen kommer etter sin ordlyd til anvendelse der en omgjøring vil medføre at målet ikke vil nås eller at fremtidig oppnåelse blir utsatt eller vanskeliggjort. Det følger av dermed av artikkel 3 at dersom Nærings- og fiskeridepartementet gjennom tildelingsforskrift legger opp til omgjøring av eksisterende tillatelser som kan medføre fravik av kvalitetsnormens mål, så må departementet først konsultere Klima- og miljødepartementet og eventuelt i samråd komme fram til et vedtak om fravik av målet for de aktuelle villaksbestandene. For å oppfylle kvalitetsnormen må dette gjøres konkret for den enkelte laksebestand som måtte påvirkes av et omgjøringsvedtak. Tilsvarende må Klima- og miljødepartementet i henhold til punkt b) vedta en «oppdatering av målet slik at det er tilpasset effekten av den nye aktiviteten» der tildeling av *nye tillatelser* vil medføre at mål ikke nås eller at måloppnåelse utsettes eller vanskeliggjøres. Disse pliktene er uavhengig av hva som i utgangspunktet er årsaken til at målet ikke er oppfylt. Pliktene retter seg mot virkningene av endringer av eksisterende aktivitet eller innføring av ny aktivitet.

Selv om kvalitetsnormen kun er «retningsgivende» er det ikke nødvendigvis slik at forvaltningen kan se bort fra de prosessuelle reglene ved vedtak i henhold til produksjonsområdeforskriften. På dette punktet må kvalitetsnormen anses som en instruks om hvordan saksbehandlingen skal gjennomføres der omgjøring eller nye tillatelser kan påvirke måloppnåelsen negativt. En slik instruks vil være bindende internt i forvaltningen. Videre vil brudd på en slik instruks kunne medvirke til at tildelingsforskrifter eller enkeltvedtak blir ugyldige.

4.3 Prinsippene for saksbehandling i naturmangfoldloven §§ 8-12

Naturmangfoldloven kapittel II inneholder prinsipper for offentlig beslutningstaking i §§ 8-12. I henhold til § 7 skal disse prinsippene «legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet», og vurderingene som er gjort under saksforberedelsen «skal fremgå av beslutningen». Det fremgår av forarbeidene at «utøving av offentlig myndighet» først og fremst angår vedtak av forskrifter og enkeltvedtak.⁴⁹ Dette innebærer at reglene i §§ 7-12 må følges både ved utformingen av tildelingsforskriften, ved enkeltvedtak om nye tillatelser, ved lokalitetsklareringer, og ved omgjøringsvedtak.

Det spørres om Nærings- og fiskeridepartementet kan la være å vurdere prinsippene i §§ 8-12 ved utformingen av tildelingsforskrifter med en henvisning til at prinsippene vil bli vurdert for hvert enkelt

⁴⁹ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 378.

vedtak om nye tillatelser eller omgjøring av eksisterende tillatelser. Vi står her overfor en «delt beslutningsprosess». Om slike situasjoner har Inge Lorange Backer uttalt følgende:

[K]ravene i §§ 7 til 12 [knytter] seg til beslutningsprosessen som helhet. Da må de være oppfylt når den avsluttende avgjørelsen treffes. Men det vil ofte ikke være nok, fordi den tidligere prinsippavgjørelsen vil legge avgjørende føringer på den endelige. I så fall må retningslinjene også følges i samband med prinsippavgjørelsen. Mangler på dette punkt kan tenkes rettet opp i samband med den endelige avgjørelsen, men det er da grunn til å stille desto større krav til begrunnelsen etter § 7 annet punktum for at opprettingen er reell.⁵⁰

Der en tildelingsforskrift skal følges opp gjennom enkeltvedtak har vi et typetilfelle på at prinsippavgjørelsen (tildelingsforskriften) legger avgjørende føringer på de etterfølgende enkeltvedtakene. Dette markeres ved at man i produksjonsområdeforskriften bruker ordlyden «lyse ut tilbud om nye tillatelser og økning av produksjonskapasiteten i etablerte tillatelser» (§ 11). Selv om det er uklart om slike «tilbud» er ment å være bindende, kan de lett oppfattes slik. Det gjelder særlig der det i utlysningen ikke tas tilstrekkelige forbehold for etterfølgende saksbehandling. På denne bakgrunn må det konkluderes med at Nærings- og fiskeridepartementet bør anvende prinsippene i naturmangfoldloven §§ 8-12 i tråd med naturmangfoldlovens § 7 når det fattes vedtak om tildelingsforskrift. Dette innebærer å legge til grunn §§ 8-12 som retningslinjer og at vurderingen av hvordan tildelingsforskriften oppfyller §§ 8-12 må fremgå av forskriftsvedtaket. Dersom dette ikke gjøres i tildelingsforskriften, vil det måtte gjøres grundige vurderinger i de etterfølgende enkeltvedtakene der det også sørges for at enkeltvedtakene vurderes i lys av andre enkeltvedtak, for eksempel de som kan ha betydning for en aktuell villaksbestand.

Naturmangfoldloven § 8 om kunnskapsgrunnlaget lyder som følger:

Offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap om arters bestandssituasjon ... samt effekten av påvirkninger. Kravet til kunnskapsgrunnlaget skal stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet.

Myndighetene skal videre legge vekt på kunnskap som er basert på generasjoners erfaringer gjennom bruk av og samspill med naturen, herunder slik samisk bruk, og som kan bidra til bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet.

Basert på drøftelsen over kan det spørres om man oppfyller kravet til beslutningsgrunnlag når man bare har klassifisert 32 % av villaksbestandene etter kvalitetsnormen for villaks. Videre kan det spørres om det er akseptabelt at man ikke har kartlagt bestandssituasjonen tilstrekkelig for annen vill laksefisk. På dette punktet kan det argumenteres med at så lenge man estimerer at påvirkningen av lakselus på vill laksefisk er lav (under 10 % estimert dødelighet i produksjonsområdet) så er kravet om kunnskapsgrunnlag oppfylt. Det avgjørende er her om kunnskapen står «i et rimelig forhold til risikoen for skade.» Her kan det anføres at en tildelingsforskrift vil gjelde et produksjonsområde som helhet og at

⁵⁰ Inge Lorange Backer, Naturmangfoldloven. Kommentartutgave, Oslo: Universitetsforlaget (2010) s. 87-88.

den ikke vil ta høyde for virkningene for den enkelte bestand av vill laksefisk. Dette gjør at det etter forholdene kan være akseptabelt at man ikke har klassifisert alle villaksbestandene ved vedtakelsen av tildelingsforskrifer. For den enkelte villaksbestand kan imidlertid konsekvensen av produksjonsøkning bli langt større enn 10 % dødelighet. I lys av dette vil § 8 støtte konklusjonene i punktene 3.2 til 3.4 om at man må foreta konkrete vurderinger av virkningene av hvert enkelt vedtak om omgjøring av eksisterende tillatelser og tildeling av nye tillatelser, og på disse punktene må man ha kunnskap om tilstanden til de berørte villaksbestandene.

Naturmangfoldloven § 9 om føre vår prinsippet lyder som følger: «Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet.» Dette prinsippet kommer særlig til anvendelse på tre forhold som er drøftet i denne utredningen:

- a) Manglende klassifisering av 68 % av villaksbestandene under kvalitetsnormen for villaks,
- b) Manglende tiltaksplaner for de 119 villaksbestandene som ikke oppfyller kvalitetsnormen, og
- c) Mangelfull kunnskap om virkningene av lakselus for annen vill laksefisk.⁵¹

I tillegg kommer til dels høy grad av usikkerhet ved estimatene av sannsynlig dødelighet som følge av lakselus i produksjonssonene.⁵² I disse situasjonene har forvaltningen en plikt til å sikre at vedtak tar «sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet.» Denne plikten er særlig streng der det foreligger fare for utryddelse eller vesentlig negativ påvirkning av villaksbestander i nasjonale laksevasdrag og -fjorder.

Naturmangfoldloven § 10 om økosystemtilnærming og samlet belastning lyder som følger: «En påvirkning av et økosystem skal vurderes ut fra den samlede belastning som økosystemet er eller vil bli utsatt for.» Produksjonsområdeforskriften er foreløpig begrenset til virkningene av lakselus for vill laksefisk. Akvakulturloven § 6 krever at vedtak etter produksjonsområdeforskriften oppfyller krav om miljømessig forsvarlighet, og i henhold til naturmangfoldloven § 10 må dette baseres på vurderinger av den samlede belastningen som økosystemene er eller vil bli utsatt for. Oppdrett har konsekvenser for økosystemene langs kysten, særlig økosystemene i fjorder og elver. For å oppfylle kravet om miljømessig forsvarlighet må derfor vedtak av tildelingsforskrift baseres på tilgjengelig kunnskap om hvilke virkninger omgjøring av tillatelser og tildeling av nye tillatelser vil ha for slike økosystemer.

Naturmangfoldloven § 12 om miljøforsvarlige teknikker og driftsmetoder lyder som følger: «For å unngå eller begrense skader på naturmangfoldet skal det tas utgangspunkt i slike driftsmetoder og slik teknikk og lokalisering som, ut fra en samlet vurdering av tidligere, nåværende og fremtidig bruk av mangfoldet og økonomiske forhold, gir de beste samfunnmessige resultater.» Dette prinsippet er særlig aktuelt for vedtak om lokalitetsklareringer og omgjøring av slike vedtak. Prinsippet innebærer at vedtakene må fokusere på hvilke lokaliseringer som gir de beste «samfunnmessige resultater» i lys av tidligere,

⁵¹ Se uttalelsene om sjøørret og sjørøye i Råd fra Styringsgruppen for vurdering av lusepåvirkning, datert 15. september 2017, s. 4.

⁵² Ibid. s. 2-3. For to produksjonsområder ble usikkerheten karakterisert som «stor» og for fire produksjonsområder som «middels».

nåværende og fremtidig bruk av naturmangfoldet. Kunnskap om historisk og fremtidig fiske av vill laksefisk må være en sentral del beslutningsgrunnlaget for vedtak om lokalitetsklareringer.

Naturmangfoldloven § 11 lyder som følger: «Tiltakshaveren skal dekke kostnadene ved å hindre eller begrense skade på naturmangfoldet som tiltaket volder, dersom dette ikke er urimelig ut fra tiltakets og skadens karakter.» I den grad oppdrettsvirksomhet medfører kostnader til å hindre eller begrense skade på naturmangfoldet, for eksempel behov for kultiveringstiltak, gjenfangst av rømt oppdrettsfisk og økt ressursbruk for å kartlegge skadevirkninger, tilsier dette prinsippet at oppdrettsvirksomheten skal dekke slike kostnader. Vedtak etter produksjonsområdeforskriften må legges slik opp at de sikrer at slike kostnader dekkes av oppdrettsvirksomheten og ikke belastes allmennheten, det offentlige eller rettighetshavere i vassdragene.