



Advokatfirmaet Thommessen AS
Postboks 43 Nygårdstangen
5838 BERGEN

Oslo, 11. mars 2019

Deres ref.:
11963280/1

Vår ref. (oppgi ved svar):
2018/7605

Saksbehandler:
Benedikte Strøm

Avgjørelse i klagesak – klage på Fylkesmannen i Hordalands vedtak om å avvise klage på manglende realitetsbehandling av Lingalaks AS sin søknad om økt MTB og flytting av anlegg for akvakultur på lokaliteten Toska Sør i Radøy kommune

Miljødirektoratet opprettholder Fylkesmannen i Hordalands avvisningsvedtak av 12. oktober 2017. Miljødirektoratet mener at det ikke er grunnlag for å hevde at Lingalaks AS sin søknad av 22. desember 2016 om økt MTB og flytting av anlegg for akvakultur på lokaliteten Toska Sør er avvist av Fylkesmannen. Miljødirektoratet vurderer det slik at Fylkesmannen ikke har ferdigbehandlet søknaden. Fordi behandlingen av søknaden ikke har resultert i et vedtak, må klagen datert 1. september 2017 avvises. Klager gis ikke medhold. Miljødirektoratet påpeker samtidig at Lingalaks AS har krav på å få sin søknad behandlet og forventer at Fylkesmannen i Vestland nå behandler denne.

Vi viser til klage datert 1. september 2017 fra Lingalaks AS, representert ved Advokatfirmaet Thommessen AS, på det klager omtaler som "Fylkesmannens beslutning om ikke å realitetsbehandle søknaden" av 22. desember 2016 om økt MTB og flytting av anlegget for akvakultur på lokaliteten Toska Sør i Radøy kommune. Vi viser videre til klage datert 30. oktober 2017 på Fylkesmannen i Hordalands avvisning av selskapets klage datert 1. september 2017 og til øvrige dokumenter i saken. Klager oversendte selv klagen til Miljødirektoratet i brev av 28. juni 2018.

Sakens bakgrunn

Lingalaks AS søkte 22. desember 2016 om økt maksimal tillatt biomasse (MTB) og flytting av selskapets anlegg for akvakultur på lokaliteten Toska Sør i Radøy kommune. Hordaland fylkeskommune oversendte 23. desember 2015 søknaden til berørte myndigheter, inkludert Fylkesmannen i Hordaland og kommunene Radøy og Meland.

Mens lokaliteten Toska Sør i dag ligger i et område som er avsatt til akvakultur i arealdelen til Radøy kommunes kommuneplan for 2011-2023, vil den omsøkte flyttingen innebære at mesteparten av lokaliteten vil ligge i et område som er avsatt til bruk og vern av sjø og vassdrag med tilhørende strandsone. Av punkt 3.5 i bestemmelsene til planen framgår det at arealformålet er flerbruksområde for ferdsel, farleder, fiske, akvakultur, drikkevann og natur- og friluftsområde, hver for seg eller i kombinasjon.

Radøy kommune skrev i brev datert 23. juni 2016 at plassering av oppdrettsanlegg innenfor området for bruk og vern av sjø og vassdrag er i tråd med arealformålet i gjeldende plan. Fylkesmannen i Hordaland uttalte i brev datert 25. januar 2017 til Radøy kommune at de ikke var enige i denne forståelsen av kommuneplanen. Fylkesmannen påpekte at akvakultur vanligvis vil være i strid med flere andre arealbruksformål i sjø. Under henvisning til ordlyden i plan- og bygningsloven § 11-7 og uttalelser i lovforarbeidene, uttalte fylkesmannen at det da er "klårt trong for, og nødvendig å få klargjort bruken, enten med underformål og/eller føresegner". Fylkesmannen bemerket at Radøy kommune i planomtalen fremholdt at det ikke var tatt inn nye områder for akvakultur og at eksisterende areal som var avsatt til akvakultur var endret sammenlignet med den tidligere arealdelen. Fylkesmannen tolket dette slik at "kommunen berre har lagt inn akvakultur som einebruk der det er særskilt angitt som slikt formål i arealplankartet". Fylkesmannen konkluderte med at kommunen må gjøre ytterligere utredninger og nødvendige avklaringer dersom flerbruksområdet skal "nyttast til denne typen akvakultur som vil vere einebruk og eksklusiv arealbruk" og anbefalte at arealavklaringen skjer i en plan og ikke gjennom dispensasjon fra planen.

I brev av 27. januar 2017 til Hordaland fylkeskommune uttalte Fylkesmannen at lokaliteten som Lingalaks AS har søkt om å få flytte anlegget til ligger utenfor arealet som er satt av til akvakultur i arealdelen av kommuneplanen for Radøy kommune. Fylkesmannen påpekte at forurensningsloven § 11 er til hinder for at forurensningsmyndigheten gir tillatelse til tiltak som er i strid med arealplaner etter plan- og bygningsloven og uttalte at arealbruken må være avklart. Brevet ble sendt i kopi til Lingalaks AS m.fl.

Som svar på brev fra Hordaland fylkeskommune om søknaden fra Lingalaks AS, uttalte Fylkesmannen i brev av 27. februar 2017 at de "presiserer at det følger av lovene at kommunen først skal gjøre ei arealavklaring etter reglane i plan- og bygningslova før tiltaket kan handsamast etter særlovene". Fylkesmannen minnet samtidig om at de etter plan- og bygningsloven § 3-2 har et ansvar for å påse at kommunene oppfyller plikten til planlegging etter loven.

Hordaland fylkeskommune av slo i vedtak av 30. juni 2017 søknaden fra Lingalaks AS om økt maksimal tillatt biomasse (MTB) og flytting av selskapets anlegg. Avslaget var begrunnet med at Kystverket Vest den 23. juni 2017 hadde avslått søknaden etter havne- og farvannsloven og at Fylkesmannen ikke hadde behandlet saken etter forurensningsloven. Etter å ha fått innvilget søknad om utsatt klagefrist påklaget Advokatfirmaet Thommessen AS avslaget 1. september 2017 på vegne av Lingalaks AS. Fylkeskommunen videresendte 4. september 2017 klagen til Kystverket Vest og Fylkesmannen for behandling.

Fylkesmannen svarte i brev av 12. oktober 2017 at de ikke hadde fattet noe påklagbart vedtak i saken og ga samtidig uttrykk for at dersom Fylkesmannens brev av januar 2017 hadde vært å anses som vedtak ville klagefristen vært utløpt. Brevet var adressert til Hordaland fylkeskommune med Advokatfirmaet Thommessen AS m.fl. som kopimottakere.

Advokatfirmaet Thommessen AS påklagde i brev av 30. oktober 2017 Fylkesmannens avvisningsvedtak av 12. oktober 2017, på vegne av Lingalaks AS.

Etter at Kystverket Vest fattet nytt vedtak i saken 5. desember 2017 der de innvilget søknaden etter havne- og farvannsloven ba advokatfirmaet ved flere anledninger Fylkesmannen om å prioritere behandling av klagen. I brev av 7. juni 2018 skrev advokatfirmaet at klager vil "se seg nødt" til å oversende klagen direkte til Miljødirektoratet dersom de ikke hørte noe fra Fylkesmannen innen 15. juni 2018.

Klagers merknader

I brev av 28. juni 2018 ba klager Miljødirektoratet om å behandle klagen av henholdsvis 1. september 2017 og 30. oktober 2017. Klager viste til at saksbehandlingen synes å være stoppet opp uten at selskapet har fått en fullstendig behandling av sin sak eller reelle muligheter til å få overprøvd Fylkesmannens avgjørelse.

Klagen av 1. september 2017

I klagen av 1. september 2017 redegjorde klager først for bakgrunnen for ønsket om å flytte anlegget på lokaliteten Toska Sør. Klager påpekte at dagens lokalitet er grunn og har dårligere strømforhold. Klager ga uttrykk for at den omsøkte lokaliteten vil være ideell for å bedre fiskehelsen og fiskens motstandsdyktighet overfor parasitter, være sterkt fordelaktig for miljøet, gi grunnlag for økt produksjon på lokaliteten, gi flere arbeidsplasser og dessuten gi selskapet mulighet til å flytte produksjon fra andre lokaliteter med dårligere miljøforhold.

Klager argumenterte for at den omsøkte plasseringen av akvakulturanlegget ikke vil være i strid med arealdelen av kommuneplanen for Radøy kommune, og at forurensningsloven § 11 fjerde ledd dermed ikke er til hinder for at Fylkesmannen gir tillatelse etter forurensningsloven.

Klager ga uttrykk for at det hører inn under kommunens frie skjønn å avgjøre om arealbruken i et område som er avsatt til ett av hovedformålene i plan- og bygningsloven § 11-7, skal reguleres ytterligere gjennom bruk av underformål og/eller bestemmelser som klargjør vilkårene for bruk og vern av arealene. Klager presenterte en rekke ulike argumenter for dette standpunktet. Foruten ordlyden i plan- og bygningsloven, viste klager bl.a. til Planjuss 1/2009, der Miljøverndepartementet uttalte at plan- og bygningsloven av 1985 § 20-4 første ledd nr. 5 (som langt på vei svarer til § 11-7 annet ledd nr. 6 i gjeldende plan- og bygningslov) ga kommunen hjemmel til å kombinere akvakultur med andre formål. Klager viste også til Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 213, der lovgiver uttalte at utgangspunktet er kommuneplanens arealdel skal være en grovmasket oversiktsplan uten flere detaljer enn hva som er nødvendig for å sikre en overordnet styring av de vesentlige elementene i arealbruk og -utvikling.

Når Radøy kommune har avsatt det aktuelle området til hovedformålet "Bruk og vern av sjø og vassdrag med tilhørende strandsoner" og angitt akvakultur som ett av flere underformål, fremholdt klager at det vil være i tråd med kommuneplanen og etablere et akvakulturanlegg i området. At det i kommuneplanen for Radøy, og i de fleste kommuneplanene i Hordaland, er områder som bare er avsatt til akvakultur, utelukker ikke at det også kan etableres akvakultur i flerbruksområder hvor akvakultur positivt angis som ett av flere underformål. Klager påpekte at avsetting av arealer til flerbruksområder gir mindre grad av styring over arealbruken, men at det til gjengjeld åpner for en mer fleksibel utnyttelse av arealene. Klager kan ikke se at det er grunnlag for å "innfortolke" at det fra kommunens side ikke var meningen å åpne for akvakultur i flerbruksområder og anførte at kommunens intensjon uansett ikke er relevant all den tid det faktiske er vedtatt at akvakultur er et underformål for det aktuelle flerbruksområdet.

Oppsummert mente klager at Fylkesmannens beslutning om ikke å realitetsbehandle søknad om flytting og utvidelse bygger på uriktig forståelse av både plan- og bygningsloven og kommuneplanen for Radøy kommune.

Klagen av 30. oktober 2017

I klagen av 30. oktober 2017 påpekte klager innledningsvis at Fylkesmannens brev av 12. oktober, der Fylkesmannen uttalte at de ikke hadde fattet noe vedtak i tillatelsessaken, er et enkeltvedtak som kan påklages. Klager argumenterte dernest for at Fylkesmannen ikke hadde grunnlag for å avvise klagen av 1. september. Klager anførte prinsipalt at fylkeskommunens avslag av 30. juni 2017 var en direkte konsekvens av Fylkesmannens beslutning om ikke å realitetsbehandle søknaden, og at Fylkesmannen er forpliktet til å behandle den delen av klagen på avslaget som gjelder Fylkesmannens manglende behandling av søknaden. Klager anførte subsidiært at Fylkesmannens brev av 27. januar 2017, der Fylkesmannen opplyste at forurensningsloven § 11 er til hinder for at forurensningsmyndigheten gir tillatelse til tiltak som er i strid med arealplaner etter plan- og bygningsloven, i realiteten er et enkeltvedtak om å avvise søknaden. Klager argumenterte for at klagen på Fylkesmannens angivelige vedtak av 27. januar 2017 var fremsatt rettidig. Til støtte for dette hevdet klager bl.a. at klagefristen på den enkelte sektormyndighets avgjørelse ikke begynner å løpe før fylkeskommunen har fattet sitt vedtak. For det tilfellet at forurensningsmyndigheten

likevel skulle komme til at klagefristen var oversittet, ba klager om at klagen likevel ble tatt under behandling.

Klager benyttet samtidig anledningen til å supplere klagen av 1. september med en anførsel om at Fylkesmannens standpunkt om at etablering av akvakultur i flerbruksområdet er i strid med arealformålet bryter med annen myndighetspraksis. Klager viste her til to enkeltsaker fra Hordaland, som begge gjaldt etablering av akvakulturanlegg i flerbruksområder i sjø.

Andre innkomne opplysninger

Fylkesmannen i Vestlandet har informert om at Radøy kommune nå er i ferd med å rulle arealdelen av kommuneplanen. I utkastet til revidert kommuneplan er de største delene av sjøområdene avsatt til flerbruksområde for ferdsel, natur, fiske, friluftsliv og akvakultur (FNFFA). I framlegget som er lagt ut til offentlig høring og ettersyn er det foreslått bestemmelser som klargjør vilkårene for bruk og vern. I de foreslåtte bestemmelsene heter det bl.a.:

"Føremåla er sidestilt og det er ikkje høve til eksklusiv bruk for det einskilde føremål.

(...)

Det kan ikke etablerast anlegg for akvakultur i fleirbruksområde. Unntak gjeld i FNFFA området for fortøyningar til akvakulturanlegg, når sjølve akvakulturanlegget ligg innafor akvakulturområde (AK), og fortøyningane ikkje kjem i konflikt med omsynet til likestilt bruk, jf. pbl. § 11-11 nr. 3."

Lovgrunnlaget

Etter forurensningsloven § 2 nr. 2 skal forurensningsmyndighetene samordne sin virksomhet med planmyndighetene slik at planlovgivningen sammen med forurensningsloven brukes for å unngå og begrense forurensning og avfallsproblemer. Videre følger det av forurensningsloven § 11 fjerde ledd at forurensningsspørsmål om mulig skal søkes løst for større områder under ett og på grunnlag av oversiktsplaner og reguleringsplaner. Hvis virksomhet vil være i strid med endelige planer etter plan- og bygningsloven skal forurensningsmyndigheten bare gi tillatelse etter forurensningsloven dersom planmyndigheten samtykker til dette.

I merknadene til forurensningsloven § 11 fjerde ledd i Ot.prp. nr. 11 (1978-79) s. 110 heter det:

"Dersom planmyndigheten ikke gir samtykke etter forurensningsloven (...), og heller ikke har truffet endelig vedtak etter bygningsloven, må forurensningsmyndigheten utsette sin behandling av saken dersom ikke søknaden skal avslås. Når planmyndigheten har truffet endelig vedtak etter bygningsloven som er til hinder for at virksomheten settes i gang, skal forurensningsmyndigheten avvise søknaden fordi søkeren i alle tilfeller ikke vil kunne sette i gang. Dersom det ut fra en forurensningsmessig vurdering er grunnlag for å avslå søknaden, kan slikt vedtak fattes uavhengig av planmyndighetens standpunkt."

En tilnærmet identisk uttalelse er tatt inn i Ot.prp. nr. 56 (1984-85) s. 97 om plan- og bygningsloven.

Miljødirektoratets vurdering

Miljødirektoratet har, etter samråd med Fylkesmannen, valgt å behandle klagesaken til tross for at klagene er oversendt direkte fra klager, og ikke fra Fylkesmannen.

Miljødirektoratets vurdering av klagene

Det sentrale spørsmålet i klagesaken er om Fylkesmannen har avvist søknaden fra Lingalaks AS om økt MTB og flytting av anlegget for akvakultur på lokaliteten Toska Sør i Radøy kommune.

Klager hevder at brevet av 27. januar 2017 i realiteten er et vedtak om å avvise søknaden. Miljødirektoratet har forståelse for at brevet, lest isolert, kan oppfattes slik at Fylkesmannen aviser søknaden fra Lingalaks AS med hjemmel i forurensningsloven § 11 fjerde ledd, fordi lokaliteten,

etter Fylkesmannens syn, ligger utenfor areal som er satt av til akvakultur i arealdelen av kommuneplanen for Radøy kommune. Miljødirektoratet mener at det likevel ikke er grunnlag for å tolke brevet på denne måten.

Direktoratet viser til at Fylkesmannen i brevet av 27. januar 2017 henviste til sitt brev av 25. januar 2017 til Radøy kommune. Brevet til Radøy kommune var også et vedlegg til det førstnevnte brevet. De to brevene må derfor leses i sammenheng. I brevet av 25. januar 2017 uttalte Fylkesmannen "Vi kan ikke sjå av kommuneplanen kva kommunen meiner om akvakultur innan fleirbruksområdet (...) Vi held det opent om kommuneplanen her har ein feil". Fylkesmannen ga uttrykk for at kommunen måtte sørge for en avklaring og oppfordret kommune til å sette i gang en planprosess der kommunen vurderer hensynet til konkurrerende arealbruksinteresser før de avklarer om det omsøkte arealet skal avsettes til akvakultur alene. Avslutningsvis i brevet presiserte Fylkesmannen at uttalelsen ble gitt for "å avklare om vilkåra ligg føre for å handsame saka etter forureiningslova".

I situasjoner med manglende planavklaring følger det av uttalelsene i Ot.prp. nr. 11 (1978-79) og Ot.prp. nr. 56 (1984-85), som er nevnt over, at forurensningsmyndigheten som utgangspunkt må utsette sin behandling av saken med mindre planmyndigheten gir samtykke til at saken ferdigbehandles etter forurensningsloven. Siden Fylkesmannen ga uttrykk for at det var behov for en avklaring fra kommunens side, mener Miljødirektoratet at brevet av 27. januar 2017 må forstås slik at Fylkesmannen opplyste fylkeskommunen om at saken, etter deres syn, ikke kunne ferdigbehandles etter forurensningsloven før avklaringen forelå. At brevet ikke inneholder opplysninger om klageadgang, klagefrist, klageinstans og den nærmere fremgangsmåten ved klage, og dermed ikke oppfyller kravene i forvaltningsloven § 27 tredje ledd til en underretning om vedtak, taler også imot å anse brevet som et avslag.

Fylkesmannens brev av 27. februar 2017 til fylkeskommunen og Radøy kommune underbygger ytterligere ovennevnte forståelse av brevet av 27. januar 2017. Miljødirektoratet viser særlig til at Fylkesmannen avslutningsvis i brevet "presiserer at det følger av lovene at kommunen først skal gjøre ei arealavklaring etter reglane i plan- og bygningslova før tiltak kan handsamast etter særlovene".

Miljødirektoratet konkluderer på denne bakgrunn med at brevet av 27. februar 2017 ikke kan anses som et påklagbart vedtak.

Klager hevder at Fylkesmannen uansett er forpliktet til å behandle selskapets klage på fylkeskommunens avslag av 30. juni 2017. Klager uttaler at selskapet, gjennom klagen til fylkeskommunen "rettmessig [har] påklaget Fylkesmannens rettsanvendelse". Miljødirektoratet finner det klart at denne anførselen ikke kan føre frem.

Fylkesmannen påpekte i brev av 12. oktober 2017 at de ikke hadde fattet noe vedtak etter forurensningsloven i saken. Miljødirektoratet har, i likhet med klager, kommet til at brevet av 12. oktober 2017 er et enkeltvedtak som kan påklages. Brevet inneholder riktignok ikke informasjon om klageadgang osv., som nevnt i forvaltningsloven § 27 tredje ledd. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende når brevet etter sitt innhold fremstår som et avvisningsvedtak.

Miljødirektoratet opprettholder Fylkesmannens vedtak av 12. oktober 2017. Som redegjørelsen over viser, er direktoratet enig med Fylkesmannen i at søknaden om økt MTB og flytting av anlegget for akvakultur på lokaliteten Toska Sør i Radøy kommune ikke er ferdigbehandlet etter forurensningsloven. Fylkesmannen har ikke fattet noe vedtak i tillatelsessaken, og vilkårene for å behandle klagen av 1. september 2017 er dermed ikke oppfylt.

Videre saksgang i tillatelsessaken

Miljødirektoratet forventer at Fylkesmannen vurderer søknaden av 22. desember 2016 om økt MTB og flytting av anlegget for akvakultur på lokaliteten Toska Sør på nytt i lys av den tid som har gått og nye relevante omstendigheter. Det er ikke tvil om at Fylkesmannen i vurderingen av om søknaden bør innvilges eller avslås og hvilke vilkår som eventuelt bør settes kan legge vekt på

kommunens synspunkter. Miljødirektoratet viser til bestemmelsene i forurensningsloven § 2 nr. 2 og § 11 fjerde ledd om samordning med planmyndigheten. Vi viser også til merknadene til forurensningsloven § 11 fjerde ledd i Ot.prp. nr. 11 (1978-79), der det på side 110 blant annet heter:

"Skulle planmyndigheten komme til at virksomheten er uønsket, men at bygningsloven ikke gir hjemmel til å hindre virksomheten, vil planmyndigheten meddele forurensningsmyndigheten sitt syn, og forurensningsmyndigheten vil legge vekt på en slik uttalelse."

Klagefrist

Selv om det er uten betydning i denne saken, vil Miljødirektoratet bemerke at vi ikke deler klagers standpunkt om at klagefristen på Fylkesmannens vedtak i saker som gjelder tillatelse til akvakultur først begynner å løpe når fylkeskommunen har fattet sitt vedtak. Samordningen av søknadsprosessen i akvakultursaker omfatter per i dag ikke samordning av underretning om vedtakene eller behandling av klager. Etter forvaltningsloven er det en selvstendig klagefrist for hvert vedtak som fattes, og loven åpner ikke for at denne fristen kan utsettes. Miljødirektoratet har formidlet dette til fylkesmannsembetene. Fiskeridirektoratet er også kjent med Miljødirektoratets vurdering.

Vedtak

Miljødirektoratet opprettholder Fylkesmannen I Hordalands avvisningsvedtak av 12. oktober 2017, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd.

Direktoratets vedtak er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Hilsen
Miljødirektoratet

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen signatur

Signe Nåmdal
avdelingsdirektør

Cecilie Kristiansen
seksjonsleder

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

Kopi:
Lingalaks AS
Fylkesmannen i Vestland
Hordaland fylkeskommune
Fiskeridirektoratet