

WIKBORG | REIN

Lindås kommune
Postmottak
Kvernhusmyrane 20
5914 Isdalstø

LINDÅS KOMMUNE	
Klassering	
20. 08. 2015	
Ark. saksnr. 14/1892	Løpenr.
Saksst.	Tilgangskode

Vår ref.: 516849-003
Ansvarlig partner: Grunde Bruland

Bergen, 18. august 2015

Vedr. søknad fra Eide Fjordbruk AS / Fyllingsnes Fiske AS, brev fra Fylkesmannen i Hordaland

1. Innledning

Vi viser til Fylkesmannen i Hordaland sitt brev 22. juni d.å. ("Brevet") vedrørende søknad 15. mai d.å. m. etterfølgende presiseringer ("Søknaden") fra Eide Fjordbruk AS / Fyllingsnes Fiske AS ("Selskapene"). Søknaden gjelder dispensasjon fra fastsatt plan ved sjølokalitet nr. 19655 Ospeneset i Lindås kommune ("Lokaliteten") slik at Selskapene kan legge ut 6 bur på Lokaliteten. Vi er kontaktet av Selskapene for å gi råd om hvordan man skal forholde seg til Brevet fra fylkesmannen.

I det følgende vil vi kort kommentere merknadene i Brevet, herunder merknadenes betydning for Lindås kommune sin behandling av Søknaden. Vi har forstått det slik at Søknaden om 6 bur skal behandles i plan- og miljøutvalgets septembermøte. Dette skrivet med bilag må anses som en del av Søknaden, idet det gir ytterligere opplysninger i anledning saken.

Fylkesmannen frarår at kommunen imøtegår Søknaden jf. pbl. § 19, fjerde ledd. Etter vår vurdering står Lindås kommune likevel fritt til å vurdere om Søknaden fra Selskapene skal imøtegå. Som det vil fremgå nedenfor er fylkesmannens fraråding gitt på forutsetninger og konklusjoner som ikke kan være riktige. I denne sammenheng viser vi også til bilag 1.

Brevet fra fylkesmannen synes å være et uttrykk for at Fylkesmannen i Hordaland på prinsipielt grunnlag er motstander av at kommuner gir dispensasjoner fra vedtatte arealplaner. Dette kan likevel ikke være lovgivers mening. Lovgiver har i pbl. § 19-2, første ledd eksplisitt gitt kommuner adgang til å dispensere fra planer når kommunen *selv* vurderer at vilkårene for å gi dispensasjon er tilstede. At Lindås kommunen prosessuelt har anledning til å gi dispensasjon i denne saken er derfor ikke tvilsomt, særlig sett hen til at fylkesmannens fraråding er basert på konklusjoner og forutsetninger som ikke kan være riktige. Vår gjennomgang av sakens dokumenter viser – slik det også vil fremgå nedenfor – at Lindås kommune også materielt sett kan og bør imøtekomme Søknaden. Som en følge av dette mener vi kommunen ikke trenger å vektlegge Brevet fra fylkesmannen jf. pbl. § 19-2, fjerde ledd.

Bergen

Olav Kyrresgt. 11 · PO Box 1233 Sentrum, NO-5811 Bergen · Tel +47 55 21 52 00 · Fax +47 55 21 52 01 · Org. No. 947 360 779 · bergen@wr.no · www.wr.no

Oslo

Tel +47 22 82 75 00
Fax +47 22 82 75 01
oslo@wr.no

London

Tel +44 20 7367 0300
Fax +44 20 7367 0301
london@wr.no

Singapore

Tel +65 6438 4498
Fax +65 6438 4496
singapore@wr.no

Shanghai

Tel +86 21 6339 0101
Fax +86 21 6339 0606
shanghai@wr.no

Kobe

Tel +81 78 272 1777
Fax +81 78 272 1788
kobe@wr.no

2. Kort om bakgrunnen for Søknaden

Innledningsvis vil vi også fremheve det som er bakgrunnen for så vel Søknaden som søknaden fra Selskapene som gjaldt nabolokaliteten Langøy – som kommunen behandlet og imøtekom i vinter. Stormen "Nina" i slutten av januar i år førte til et alvorlig havari av anlegget på Lokaliteten Ospeneset. Havariet medfører at det er behov for et nytt anlegg på Lokaliteten, og det er derfor Selskapene har sendt inn Søknaden. Videre besluttet Selskapene – bla. for å redusere den totale risikoen ved driften i Fensfjorden – at man også ville oppgradere anlegget på nabolokaliteten Langøy før man satte ut fisk der. På Langøy var det også et stålanlegg slik som det havarerte anlegget på Ospeneset.

Dersom Søknaden ikke imøtekommes vil Selskapenes eneste alternativ være å reparere det gamle stålanlegget eller alternativt legge ut et nytt eller brukt tilsvarende stålanlegg på Ospeneset for å kunne fortsette med den samme planlagte produksjonen.¹ Det er lite trolig at man vil klare å legge et nytt plastringsanlegg innenfor det området som allerede er avsatt til akvakultur i aktuell plan. Kort oppsummert er det slik at et plastringsanlegg tilfredsstiller høyere krav til styrke og sikkerhet enn et stålanlegg med flytekrage av stål. Med dette som bakteppe er både Selskapene og vi meget forundret over at fylkesmannen, som statlig myndighet med ansvar for bl.a. utslipp m.v fra oppdrettsanlegg, er så sterkt i mot at Selskapene skal kunne ta et nytt og mere sikkert anlegg i bruk på Lokaliteten.

For å belyse Søknaden ytterligere har Selskapene fått utarbeidet en vurdering fra Rådgivende biologer AS og en vurdering av rømmingssikring fra AkvaSafe AS, begge en del av bilag 1 jf. nedenfor.

3. Nærmere om fylkesmannens merknader 22. juni 2015

3.1 Hva Søknaden innebærer

Søknaden fra Selskapene gjelder en endring av arealet som oppdrettsanlegget opptar på Lokaliteten. Dette er også fremhevet av fylkesmannen i Brevet, men for ordens skyld vil vi likevel presisere at Søknaden *ikke* innebærer en søknad om økte utslipp eller økt produksjon.

Det fremstår derfor som noe underlig at fylkesmannen i tredje siste avsnitt på side 2 i Brevet konkluderer med at fordelene med en dispensasjon ikke er klart større enn ulempene for naturmiljøet. Hvilke ulemper fylkesmannen mener dispensasjonen medfører for naturmiljøet er ikke angitt av fylkesmannen ut over at det – uten en nærmere faglig begrunnelse – pekes på fare for økt forurensning, og fare for spredning av sykdommer til villfisk og andre arter.

At innvilgelse av Søknaden skal medføre økt forurensning fremstår som lite trolig jf. bilag 1. Som nevnt medfører Søknaden *ikke* en søknad om økte utslipp eller økt produksjon, hvilket betyr at de samme produksjons- og utslippsgrenser som i dag er gitt for lokaliteten fortsatt skal gjelde. Disse utslipps- og produksjonsgrenser er til orientering allerede vurdert av Fylkesmannen i Hordaland i tidligere vedtak om utslippstillatelse og i uttalelse² til akvakulturmyndighetene i ved klarering av lokaliteten for dagens produksjons- og utslippsgrenser. Fylkesmannen vil i alle tilfeller også kunne komme med innspill og synspunkter knyttet til dette i forbindelse med sin behandling av selve akvakultursøknaden som

¹ Vi viser imidlertid til kommunens vedtak 16. juli d.å. som nå er påklaget av Fylkesmannen i Hordaland.

² Fylkesmannen uttaler seg om biologisk mangfold og andre naturinteresser i akvakultursaker.

sektormyndighet. Denne vil bli behandlet av fylkeskommunen og sektormyndighetene, herunder også fylkesmannen, etter at kommunen har behandlet Søknaden.

Når det gjelder risiko for spredning av sykdom til villfisk og andre arter er det et fagområde som tilligger Mattilsynet å vurdere som fag- og sektormyndighet for fiskehelse ved behandling av akvakultursøknaden. Også dette er behandlet tidligere og risikoen knyttet til fiskehelse er funnet tilfredsstillende av Mattilsynet med de produksjonsgrensene som i dag gjelder. Mattilsynet vil også vurdere dette som sektormyndighet når de får 6-burssøknaden til behandling.

3.2 *Generell uttalelser om "situasjonen for oppdrettsanlegg i regionen" og aktuell plan som styringsverktøy i Lindås kommune*

Fylkesmannen gir på side 1, fjerde avsnitt, uttrykk for at Lindås kommunen ikke bør imøtekomme Søknaden som en følge av "situasjonen for oppdrettsanlegg i regionen". Hvilken situasjon det er Fylkesmannen sikter til fremgår ikke av Brevet, og så vidt vi er kjent med foreligger det ikke noen generelle forhold ved oppdrettsanlegg i Hordaland, eller for den saks skyld i Fensfjorden, som kommunen er forpliktet til å vektlegg negativt i sin vurdering av Søknaden. Tvert i mot tilsier den generelle situasjonen at oppdrettere bør ta i bruk så sikre anlegg som mulig (best tilgjengelig teknologi), slik at driften til en hver tid skjer med lav risiko for bl.a. rømming av fisk.

Fylkesmannen postulerer videre at en dispensasjon i denne enkeltsaken vil undergrave kommuneplanen som styringsverktøy. Dette kan ikke være riktig. Deler av det aktuelle området hvor de nye plastringene skal ligge er et område som allerede er avsatt til akvakultur i aktuell plan. Så langt vi kan se ble det ved fastsettelsen av den aktuelle planen foretatt en rekke vurderinger og avveininger knyttet til den overordnede vurderingen av om det skal være akvakulturvirksomhet i området. Berørte aktører ble også gitt anledning til å uttale seg.

Endelig har Søknaden vært offentlig utlagt, og det må derfor i det vesentligste kunne konkluderes med at mange av de samme hensyn som en planprosess bygger på – slik som offentlig høring – i alle tilfeller er ivarettatt. Videre vil aktører som har klagerett kunne klage på kommunens vedtak.³

3.3 *Betydningen av andre dispensasjonssaker som gjelder akvakultur i Lindås kommune*

Med henvisning til andre lignede saker i Lindås kommune uttrykkes det i Brevet at fylkesmannen mener det må foretas en planavklaring. At det har vært andre lignede saker i Lindås kommune er ikke til hinder for at Søknaden imøtekommes i denne saken. Vi viser her bl.a. til det særegne forhold at Selskapene i januar opplevde et havari på den aktuelle Lokaliteten. Dette havariet er hovedårsaken til så vel Søknaden som den andre dispensasjonssaken som kommunen har behandlet vinteren 2015 fra Selskapene. Dersom Selskapene skulle avventet en endring av planen i denne saken vil det medføre betydelige utfordringer for Selskapenes drift, bla. med usikkerhet knyttet til om produksjonen hos Selskapene totalt sett kunne blitt opprettholdt inntil ny plan ville vært på plass. Ved redusert produksjon i en slik periode vil det også skapes utrygghet knyttet til bemanning, investeringer og fremtidig behov. Alternativt til dette vil være at Selskapene er nødt til å intensivere produksjonen på

³ Vi har for øvrig forstått det slik at kommunen i tidligere saker i tillegg tolker regelverket slik at et vidt omfang av aktører kan anses å ha klagerett. Også dette bidrar til å ivareta de samme hensyn som en planprosess skal ivareta, bl.a. at enkeltaktører gis en sjanse til å påvirke utfallet av kommunens behandling av saken.

andre lokaliteter i Hordaland. Selskapene kunne selvsagt reparert det gamle anlegget eller lagt ut et nytt eller brukt anlegg av de samme type som det havarerte anlegget. Da vil man kunne ha opprettholdt akkurat den samme produksjonen, innenfor det samme arealet på Lokaliteten. Å reparerer det gamle eller legge ut et lignende anlegg som det havarerte kan likevel ikke være hensiktsmessig ut fra så vel Selskapenes perspektiv, som samfunnet for øvrig. At man nå – når situasjonen først er slik at anlegget på lokalitetene bør byttes ut – får lagt ut et nytt og antatt sikrere anlegg må være et gode for så vel Selskapene som samfunnet ellers i form av redusert rømmingsrisiko og fordelen av nye komponenter i anleggskonstruksjonen. Etter vår vurdering vil også dette måtte være særlig tungtveiende i kommunens vurdering av om imøtegåelse av Søknaden vil fremme formålet om bærekraft jf. pbl. § 1-1.

3.4 *Om tiltaket får vesentlig konsekvenser for miljø og samfunn – ulemper for naturmiljøet?*

Fylkesmannen postulerer at det ikke foreligger noen vurdering av om tiltaket kan få vesentlig virkninger for miljø og samfunn. Dette er ikke riktig. I Søknaden pkt. 3 følger en vurdering av så vel miljø som samfunnsinteresser idet Selskapene fremhever og omtaler fordeler og ulemper ved tiltaket for så vel Selskapene som allmenne samfunnsinteresser slik som natur og friluftinteresser og hensynet til ferdsel i området.

Videre har Selskapene fått utarbeidet en vurdering fra Rådgivende biloger, som ytterligere belyser dette. Vi inntar som

Bilag 1: Vurdering datert 21. juli 2015 fra Rådgivende biloger AS vedlagt vurdering fra AkvaSafe AS.⁴

Vi ber derfor kommunen ved vurderingen av ulemper for naturmiljøet se hen til omtalen i så vel Søknaden som bilag 1.

Når det gjelder friluftinteresser vil vi i tillegg presisere at Søknaden medfører at anlegget vil bli plassert lengere fra land. Dette vil frigi areal nært land, hvilket må antas å forbedre ferdselen i denne delen av det berørte området.

Videre fremhever fylkesmannen i Brevet at det – så langt – ikke fremgår en vurdering fra kommunen av om Søknaden utløser plikt til å utarbeide reguleringsplan jf. pbl. § 12-1, andre ledd slik at tiltaket eventuelt skal vurderes opp mot forskrift om konsekvensutredning for planer etter plan og bygningsloven.

Det er en skjønsmessig vurdering for kommunen å avgjøre behovet for reguleringsplanlegging ut over det som er krevd i kommuneplanens arealdel. Så langt vi kan se følger det ikke av kommuneplanens arealdel at Søknaden innebærer behov for reguleringsplan.

Pbl. § 12, tredje ledd inneholder et krav om at det skal foreligge reguleringsplan før det kan gis tillatelse til gjennomføring av "*større bygge- og anleggsarbeider*". I utgangspunktet beror vurderingen

⁴ Vurderingen er også oversendt fylkeskommunen og Lindås kommune per e-post 21. juli d.å.

av hva som er "større bygge- og anleggsarbeider" på en konkret vurdering ut fra de forhold som gjør seg gjeldende på stedet og i saken.⁵

Som kommunen sikkert er kjent med vil visse tiltak alene i kraft av størrelsen utløse reguleringsplikt. I andre tilfeller kan tiltak som ikke i seg selv er så store, men der virkningene for omgivelsene er omfattende eller usikre, føre til reguleringsplikt. Det aktuelle tiltaket som Søknaden medfører er ikke et tiltak som medfører reguleringsplikt, og således plikt til å utarbeide reguleringsplan. Tiltaket medfører ikke en søknad om økt produksjon eller økte utslipp og de interesser som Søknaden berører er belyst i forbindelse med planen som i dag gjelder for det aktuelle området. Riktignok vil imøtegåelse av Søknaden medføre at et større areal blir beslaglagt, men selve spørsmålet om det skal være akvakultur i området er allerede vurdert av kommunen i forbindelse med vedtakelsen av gjeldende plan. Uavhengig av Søknaden er dermed aktuelle området bundet opp til akvakulturdrift, selv om oppdrettsanlegget nå vil beslaglegge et noe større areal. Dette tilsier klart at tiltaket ikke medfører reguleringsplikt.

Til dette viser vi også til at akvakultursøknader uansett skal – og forutsetningsvis vil bli – vurdert etter forskrift om konsekvensutredninger for tiltak etter sektorlover. Vi viser her til den aktuelle forskriftens § 3, første og andre ledd jf. vedlegg II, som sier at fylkeskommunen – som er ansvarlig myndighet etter forskriften – skal stille krav om supplerende utredninger slik at beslutningsgrunnlaget blir tilfredsstillende dersom fylkeskommunen finner beslutningsgrunnlaget mangelfullt. For ordens skyld nevner vi at Selskapene av eget tiltak også har sendt bilag 1 til Hordaland fylkeskommune.

4. Fylkesmannens eventuelle klagevurdering

I Brevets siste setning fremgår at dersom kommunen imøtekommer Søknaden ber fylkesmannen om at kommunen sender vedtaket til fylkesmannen for klage behandling. Det er i seg selv noe oppsiktsvekkende og i strid med det systemet som er etablert i forvaltningsloven. At saken skal sendes til fylkesmannen for klagebehandling uten at det foreligger en formell klage fra fylkesmannen selv eller fra andre kan ikke være riktig. Selv om fylkesmannen synes å forutsette det i sitt Brev er kommunen er ikke forpliktet til å oversende saken til fylkesmannen for klagebehandling uten at det foreligger en klage. Det forutsettes at Selskapene umiddelbart får kopi av eventuelle klager i saken.

Videre legger vi til grunn at det vil oppnevnes en settefylkesmann eller eventuelt at saken behandles direkte av departementet dersom noen klager på kommunens vedtak i saken.

Selv om fylkesmannen i sin uttalelse er negativ til at Søknaden imøtekommes vil fylkesmannen, forutsetningsvis settefylkesmannen, i sin klagevurdering måtte se hen til fvl. § 34, andre ledd siste setning, som sier at i tilfeller hvor et "[...] statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn." vår understreking.

5. Avslutning

Som gjennomgangen ovenfor viser står Lindås kommune fritt til å vurdere om Søknaden fra Selskapene skal imøtegås. Fylkesmannens fraråding synes gitt på forutsetninger og konklusjoner som

⁵ Se bl.a. Ot. prp. nr. 32 2007-2008, side 228.

ikke kan være riktige, tilstrekkelige og faglig sett begrunnet. Videre viser vi til at imøtekommelse av Søknaden i alle tilfeller vil bidra til at et nytt og mere robust anlegg blir lagt ut på Lokaliteten.

Vi anmoder om å få kopi av samtlige videre korrespondanser med fylkesmannen i anledning Søknaden. Dette brevet er til orientering sendt i kopi til Fylkesmannen i Hordaland.

Med vennlig hilsen

WIKBORG, REIN & CO. ADVOKATFIRMA DA



Thomas Andreassen

Kopi: Fylkesmannen i Hordaland, kommunal og samfunnsplanavdelingen, og miljøvern og klimaavdelingen.