

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Anne Lodding Gabrielsen

EØS-rettslige krav til miljøtilstanden i kystvann

Om vanddirektivets betydning
for fiskeoppdrett i sjø

EØS-rettslige krav til miljøtilstanden i kystvann

Om vanddirektivets betydning
for fiskeoppdrett i sjø

Anne Lodding Gabrielsen



MarIus No. 539
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2020

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne masteravhandlingen ble skrevet mens jeg var ansatt som studentstipendiat i Stortingets utredningsseksjon og var tilknyttet Senter for europarett ved Universitetet i Oslo. Temaet som behandles er vanndirektivets betydning for fiskeoppdrett i sjø. Avhandlingen publiseres i hovedsak slik den ble levert til sensur i juni 2020, men med enkelte tillegg og presiseringer, blant annet om forringelse av kjemisk tilstand i vannforekomstene. Ellers er det gjort noen mindre endringer, først og fremst av språklig karakter.

Jeg vil rette en stor takk til alle i Stortingets utredningsseksjon for en fin tid med interessante arbeidsoppgaver. Særlig vil jeg takke juridisk seniorrådgiver Turid Urke for all hjelp og oppmuntring underveis, og mine kontorkamerater og quiz-medarrangører Isa og Vilde for kollokivering og utallige kaffepauser. Jeg vil også takke bibliotekar Jeannette Berseth for hennes engasjement for avhandlingen og kyndige hjelp gjennom hele året på Stortinget.

Jeg står i særlig takknemlighetsgjeld til min veileder Finn Arnesen for hjelp til valg av tema og for god veiledning og oppmuntring underveis. Jeg vil også rette en stor takk til biolog Anders Iversen, toksikolog Rune Pettersen og jurist Anne Stoltenberg, alle i Miljødirektoratet, for god og tiltrengt hjelp da jeg forstod at egne naturvitenskapelige ferdigheter kom til kort. Jeg ønsker også å takke både jusprofessor Sigrid Eskeland Schütz ved Universitetet i Bergen og bibliotekar ved Senter for europarett, Inger Hamre, for deres kyndige hjelp. Til sist vil jeg takke venner og familie for støtte og oppmuntring underveis, særlig mamma og Gro, Tonje, Morten, Marie, Ane Cathinka, Marie Kristine og Ida for gjennomlesning av avhandlingen. Aller mest vil jeg likevel takke Adrian og Daniel.

Oslo, 8. desember 2020

Anne Lodding Gabrielsen

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	8
1.1 Tema.....	8
1.2 Særtrekk ved rettskildebildet.....	11
1.2.1 Nærmere om homogenitet.....	13
1.2.2 Kort om EU-rettslig metode.....	16
1.3 Materialet.....	17
1.4 Opplegg og veien videre.....	22
2 EØS-AVTALENS VANNKVALITETSKRAV OG FISKEOPPDRETT I NORGE.....	23
3 KRAV TIL FORVALTNINGEN AV KYSTVANN	26
3.1 Innledning	26
3.2 Direktivets klassifiseringssystem	30
3.3 Plikten til å forebygge forringelse.....	33
3.3.1 Kravets omfang.....	34
3.3.2 Om hva som utgjør en «forringelse af tilstanden».....	39
3.4 Plikten til forbedring.....	43
3.5 Midlertidige forringelser	44
3.6 Unntak ved tildeling.....	46
3.6.1 Innledning	46
3.6.2 Forringelser som skyldes «nye endringer af overfladevandområdets fysiske karakteristika»	47
3.6.3 Forringelser som skyldes «nye bæredygtige menneskelige udviklingsaktiviteter».....	47
3.6.4 Tilleggsvilkår a)	51
3.6.5 Tilleggsvilkår c)	52
3.6.6 Tilleggsvilkår d).....	59
3.6.7 Sammenfatning.....	61
3.6.8 Nærmere om kravene til forundersøkelser	63
3.7 Forbudets betydning i drifts- og avviklingsfasen.....	66
3.7.1 Innledning	66
3.7.2 Drift.....	66
3.7.3 Avvikling	70

4	KRAVENES BETYDNING FOR REGULERINGEN AV FISKEOPPDRETT I NORGE	71
4.1	Innledning	71
4.2	Kravene som rettslige skranker	73
4.2.1	Innledning	73
4.2.2	Forholdet mellom forbudet mot forringelse og unntaket for ny bærekraftig aktivitet	73
4.3	Kort om systemet for fiskeoppdrett i Norge	74
4.4	Utredning	77
4.5	Tildeling	84
4.5.1	Innledning	84
4.5.2	Vilkåret tillatt forringelse fra «svært god» til «god» tilstand... ..	91
4.5.3	Vilkåret «ny»	92
4.5.4	Hovedvilkåret ny «bærekraftig aktivitet»	93
4.5.5	Avbøtende og kompenserende tiltak	94
4.5.6	Avveining av samfunnsnytte og tap av miljøkvalitet	95
4.5.7	Miljømessig vesentlig bedre løsninger	96
4.5.8	Kravenes betydning for vilkårsbruk ved tillatelsene	99
4.5.9	Sammenfatning	100
4.6	Drift	101
4.6.1	Innledning	101
4.6.2	Forbudets betydning for forsvarlighetsvurderingen i akvakulturloven § 10	101
4.6.3	Overvåking av miljøtilstanden i driftsfasen	103
4.6.4	Omgjøring og tilbaketrekking av tillatelser	110
4.7	Avvikling	113
5	AVSLUTNING	115
6	KILDELISTE	119
	Lovgivning	119
	Traktater	119
	Direktiver	119
	Norske lover	119
	Norsk forskrifter	120
	Forarbeider, vedtak, rapporter og andre dokumenter	121
	EU/EØS	121
	Norsk rett	121

Rettspraksis	122
EU-domstolen	122
Generaladvokatens innstillinger.....	125
EFTA-domstolen.....	125
Andre dokumenter fra Kommisjonen, ESA og øvrige EU/EØS-organer ..	126
Litteratur.....	127
Nettsider	130
Personlige meddelelser	131
VEDLEGG	132

1 Innledning

1.1 Tema

Det er knyttet miljøutfordringer til fiskeoppdrett i sjø, blant annet i form av påvirkning på vannkvaliteten i områder der det drives havbruk. Denne påvirkningen skjer gjennom utslipp av oppløste og partikulære organiske forbindelser som fôrrester og fekalier, løste uorganiske næringssalter som nitrogen og fosfor, miljøgifter fra oppdrettsfôret, kobber brukt som impregneringsmiddel, legemidler, og dessuten mikroplast fra slitasje på anleggene.¹ En betydelig del av den miljømessige reguleringen av fiskeoppdrett tar derfor sikte på å beskytte vannmiljøets kvalitet. Det har blant annet gitt seg utslag i regler om at tildeling av lokalitetstillatelse bare kan gis om den er «miljømessig forsvarlig», krav om at miljøtilstanden ved etablering, drift og avvikling av virksomheten dokumenteres, og oppryddingsplikt ved avvikling av fiskeoppdrettsvirksomhet.²

EØS-avtalen³ inneholder bestemmelser som skal sikre miljøet. I avtalens vedlegg XX, som omhandler miljø, finner vi vanddirektivet (direktiv 2000/60/EF).⁴ Temaet i denne fremstillingen er plikten etter direktivet til å forebygge forringelse av miljøtilstanden i kystvann og kravets betydning for reguleringen av fiskeoppdrett i Norge. Etter EØS-avtalen art. 8(3) bokstav a får imidlertid bestemmelsene i avtalen, med mindre noe annet er bestemt, bare anvendelse for varer som dekkes av kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer (HS).⁵ Hverken villfisk eller oppdrettsfisk omfattes av disse kapitlene, og EØS-avtalen

¹ Regjeringen (2018) a s. 103.

² Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven) § 6 første ledd bokstav a og §§ 11 og 13 med tilhørende forskrifter.

³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992.

⁴ «Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/60/EF af 23. oktober 2000 om fastlæggelse af en ramme for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger». Direktivet omtales også som EUs rammedirektiv for vann.

⁵ Varer som hører inn under kapitlene 25–97 i varenomenklaturen vedtatt av det internasjonale Tollsamarbeidsrådet.

kommer dermed ikke til anvendelse på disse varene, med mindre avtalen selv gir et særskilt grunnlag for det.⁶

Et viktig spørsmål i den videre fremstillingen er derfor *om* EØS-avtalen krever at det stilles vannkvalitetskrav til fiskeoppdrettssektoren. Som vi skal se under, er svaret på dette spørsmålet bekreftende – sektorovergripende krav til vannmiljøets kvalitet gjelder fiskeoppdrett på samme måte som for annen næringsutøvelse.⁷ Det innebærer, i tråd med homogenitetsmålsettingen, at de EØS-rettslige kravene til miljøtilstanden i vannforekomstene er som de EU-rettslige, også på dette feltet. Videre blir spørsmålet hvilken *betydning* kravene har for tolkningen og anvendelsen av bestemmelser gitt av norske myndigheter.⁸

Hverken vanddirektivet eller annen miljølovgivning i EU regulerer fiskeoppdrett direkte. Likevel har flere av unionens miljørettsakter, som vanddirektivet, betydning for tildeling av tillatelse til denne formen for virksomhet i EU, og for driften og avviklingen av den.⁹ Direktivet har en økosystembasert tilnærming,¹⁰ og tar derfor utgangspunkt i vannresipientenes miljøtilstand – *vannmiljøets kvalitet* – snarere enn de utslippene og den forurensingen som tilføres resipientene. Direktivet oppstiller ambisiøse miljømål som tar sikte på å oppnå *god tilstand* i alle

⁶ EØS-avtalen inneholder flere slike grunnlag. Eksempelvis er fisk særskilt regulert i protokoll 9, jf. artikkel EØS-avtalen artikkel 20. Protokollen omfatter bestemmelser om handel med fisk og andre produkter fra havet, samt statsstøtte innenfor fiskeri- og havbrukssektoren. Også EUs mat- og veterinærregelverk, som har stor betydning for fiskeri- og havbruksnæringen, er tatt inn i EØS-avtalen. Ingen av de nevnte regelverkene har betydning for denne avhandlingens tema, og vil derfor ikke behandles nærmere i den videre fremstillingen. Generelt kan det sies at fiskeri og havbruk er et område som i stor utstrekning er påvirket av EUs regelverk. I NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU (Europautredningen) ble feltet omtalt som et område der «Norge virkelig kan sies å være utenfor og innenfor EU på en gang», se s. 666.

⁷ Premisset drøftes i kapittel 2.

⁸ Dette behandles i kapittel 3 og 4. Avhandlingen inneholder ingen uttømmende analyse av hvordan direktivkravene påvirker bestemmelser gitt av norske myndigheter, som direkte eller indirekte har betydning for vannkvalitet. Den tar for seg kravenes innvirkning på flere sentrale oppdrettsbestemmelser gitt av nasjonalt opphav med betydning for miljøtilstanden i kystvannforekomster.

⁹ For mer om temaet, se for eksempel Commission Staff Working Document (2016), On the application of the Water Framework Directive (WFD) and the Marine Strategy Framework Directive (MSFD) in relation to aquaculture.

¹⁰ Se eksempelvis Bugge (2019) s. 357 eller Langlet og Mahmoudi (2016) s. 224.

Europas vannforekomster innen nærmere angitte frister, og å *forebygge forringelse* av miljøtilstanden i alle vannforekomster. Dette innebærer at forringelse av miljøtilstanden¹¹ i utgangspunktet er forbudt, og at ny aktivitet som kan medføre forringelse ikke kan tillates, med mindre kriteriene i direktivet er oppfylt.¹²

Hoveddelen av fremstillingen er en analyse av hvordan dette forbudet mot forringelse av miljøtilstanden i kystvann, med tilhørende unntak, påvirker reguleringen av norsk fiskeoppdrett. Formålet er å bringe på det rene *hvilke krav* EØS-retten stiller og å analysere hvordan disse kravene *virker inn* på tolkningen og anvendelsen av oppdrettsbestemmelser gitt av norske myndigheter, samt hvilken betydning kravene skal gis ved fastsetting av vilkår i individuelle tillatelser gitt med hjemmel i disse.¹³

Avhandlingen tar for seg vanddirektivets betydning for reguleringen av en næring som utøves i overflatevannsføremønstre i kystvann. Dette setter visse rammer for hva fremstillingen skal omfatte. Flere aktuelle spørsmål knyttet til miljøpåvirkning og oppdrett ikke blir behandlet, herunder lakselus og genetisk påvirkning fra rømt oppdrettsfisk (begge gjerne omtalt som biologisk påvirkning på villfisk). Dette fordi påvirkning på villfisk ikke har betydning for vurderingen av miljøtilstanden i kystvann etter direktivet.¹⁴ Vi kommer tilbake til direktivets klassifiseringssystem i avsnitt 3.2.

¹¹ «Miljøtilstanden» og «vannkvaliteten» i forekomstene, samt «vannmiljøets kvalitet», brukes som synonymer i den videre fremstillingen.

¹² Lagt til grunn av EU-domstolen i storkammersaken C-461/13 *Weser*. Avgjørelsen blir utførlig behandlet i kapittel 3.

¹³ Systemet for tildeling av tillatelser er utformet med utgangspunkt i at det er nedlagt et generelt forbud mot å drive akvakulturvirksomhet, som akvakulturloven gir forvaltningen kompetanse til å gjøre unntak fra. Ved tildeling av tillatelser fastsettes det både rettigheter og plikter for oppdretterne. Disse fremgår dels av det aktuelle enkeltvedtak og dels av det generelle regelverket. Vi kommer nærmere tilbake til dette konsesjonssystemet i kapittel 4.

¹⁴ Miljøtilstanden i vannforekomster hvor det drives oppdrett i sjø vurderes, som vi skal se, bare etter de kvalitetselementene som etter direktivets vedlegg V inngår i kystvann, nemlig: planteplankton, makroalger og angiospermer og bunnlevende virvelløse dyr (biologiske kvalitetselementer), tidevannssystem og morfologiske forhold (hydromorfologiske kvalitetselementer), spesifikke syntetiske forurensende stoffer og spesifikke ikke-syntetiske forurensende stoffer (fysisk-kjemiske kvalitetselementer), jf. direktivets vedlegg V.

1.2 Særtrekk ved rettskildebildet

Siktemålet med avhandlingen er å fastlegge innholdet i gjeldende EØS-rett og analysere hvilke krav denne stiller til regulering av vannmiljøets kvalitet i norsk oppdrettslovgivning.¹⁵ Fastleggelsen av kravene fordrer bruk av EØS-rettslig metode.¹⁶ Formålet med dette avsnittet er å peke på særtrekk ved rettskildebildet som er særlig viktige for denne avhandlingens tema, og å trekke frem noen av de metodiske utfordringene jeg har støtt på i arbeidet.

EU-retten er en autonom rettsorden med en egen særegen EU-rettslig metode.¹⁷ Denne metoden skiller seg prinsipielt sett fra den alminnelige folkerettslige sedvaneretten om traktatolkning. Sentralt i EØS-avtalen står målsettingen om regelhomogenitet, i betydningen homogenitet mellom de regler som gjelder i EU og de som følger av EØS-avtalen. En konsekvens av homogenitetsmålsettingens rolle og betydning er at den EØS-rettslige metoden langt på vei tilsvarer den EU-rettslige.¹⁸

Når EU-lovgivning innlemmes i EØS-avtalen og gjennomføres i norsk rett, vil dette ha betydning for hvordan norske rettsanvendere skal tolke og anvende bestemmelser gitt av norske myndigheter. Det betyr at EØS-avtalens bestemmelser, uavhengig av hvordan de er gjennomført i norsk rett, skal tas i betraktning i de situasjoner EØS-retten krever, og gis den

¹⁵ Avhandlingen tar ikke sikte på å behandle hvordan kravene i praksis anvendes av norsk forvaltning. Det utgjør tema for en avhandling i seg selv, og er utenfor rammene for denne fremstillingen.

¹⁶ I kapittel 4 brukes alminnelig rettsdogmatisk metode.

¹⁷ Se sak 26/62 *Van Gend en Loos* og sak 6/64 *Costa v ENEL*. EU-rettslig metode behandles kort nedenfor.

¹⁸ EU- og EFTA-domstolen og EU- og EFTA-landenes nasjonale domstoler anvender samme metode ved tolkningen av EØS-rett, og legger til grunn de samme tolkningsresultatene. Det innebærer at EU-domstolen må betraktes som den ledende prejudikatsdomstolen og den eneste autoritative tolker av unionens lovgivning i hele EØS-området – ikke bare i EU-landene. (Dette er den utvetydige hovedregelen, til tross for at EU-domstolen har fastslått at det finnes ulikheter mellom EU- og EØS-retten som i visse tilfeller kan føre til forskjellige tolkningsresultater, se Arnesen og Stenvik (2015) s. 26. Spørsmålet kommer ikke på spissen i denne avhandlingen).

betydningen for tolkningen og anvendelsen av «rene»¹⁹ nasjonale bestemmelser som EØS-retten gir anvisning på. I denne tolkningsprosessen spiller *homogenitetsmålsettingen* og *lojalitetsbetraktninger* viktige roller. Kort sagt krever homogenitetsmålsettingen at EØS-avtalens bestemmelser fortolkes og praktiseres likt som de EU-rettslige bestemmelsene de svarer til.²⁰ Lojalitetsplikten, nedfelt i TEUF art. 4 nr. 3 og EØS-avtalen art. 3, stiller krav om at medlemsstatene treffer alle generelle og særlige tiltak som er egnet til å oppfylle forpliktelsene etter henholdsvis «traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne» og «denne avtale», og gir anvisning på et skjerpet gjennomføringskrav sammenlignet med alminnelig folkerett.²¹

EØS-retten inneholder et prinsipp om EØS-konform tolkning. Prinsippet krever kort sagt at norske bestemmelser tolkes i overenstemmelse med den underliggende EØS-retten, og gjelder for all relevant EØS-rett. Prinsippet innebærer at forvaltningen og domstolene effektivt og lojalt, innenfor de rammer norsk rett setter, sikrer EØS-retten gjennomslag i norsk rett. Prinsippet om EØS-konform tolkning er derfor et EØS-rettslig prinsipp som får betydning for bruken av den frihet norsk rettskildelære gir.²² Det norske presumsjonsprinsippet blir dermed sentralt i oppfyllelsen av plikten til EØS-konform tolkning.²³

¹⁹ Med «rene» nasjonale bestemmelser menes bestemmelser gitt av norske myndigheter som ikke er initiert av rettsakter omfattet av EØS-avtalen. Begrepet vil, sammen med uttrykket «bestemmelser av nasjonalt opphav», bli brukt som synonymer i den videre fremstillingen.

²⁰ I tråd med den virkningsorienterte forståelsen av homogenitet. Homogenitetsmålsettingen behandles nærmere lenger ned i avsnittet.

²¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 360.

²² *Ibid* s. 387. Prinsippet innebærer at nasjonale domstoler må strekke seg «as far as possible» for å nå en EØS-konform tolkning, jf. sak E-1/07 *Straffesak mot A*, avsn. 39.

²³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 387 og Arnesen og Stenvik (2015) s. 58.

1.2.1 Nærmere om homogenitet

Hovedformålet med EØS-avtalen er å knytte EFTA-statene til EU ved å reprodusere EU-retten og utvide dens virkeområde.²⁴ Avtalen tar altså ikke sikte på å lage nye materielle regler, men å overføre EU-rett til EFTA-landene.²⁵ Som en del av avtalen om deltakelse i det indre marked²⁶ forpliktet EFTA-statene seg derfor til å overta EU-retten, gjennomføre den på samme vis som i EU, og fortløpende utvikle avtalen på samme måte som den underliggende EU-retten. Det kommer til uttrykk i fjerde ledd i avtalens fortale, hvor det fremgår at samarbeidet i EØS skal være «dynamisk og ensartet». Videre bestemmer EØS-avtalen art. 1 at hensynet til «ensartede» regler i hele EØS-området²⁷ – et homogent EØS – er avtalens grunnleggende rettskildeprinsipp og hovedmålsetting. Her fremgår det at avtalepartene tar sikte på å opprette et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde basert på «de samme regler». Utgangspunktet er altså at EØS-reglene speiler EU-reglene.²⁸

²⁴ Arnesen (2016) s. 131, som på samme sted kommer med følgende karakteristik: «... the EEA may be a distinct legal order, but it is not a legal order of its own.» Se også sak C-452/01 *Ospelt*, avsn. 29, hvor EU-domstolen la til grunn at et av hovedformålene med EØS-avtalen er å oppnå den videste mulige gjennomføringen av den frie bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital innenfor EØS «...således at det indre marked, der består på Fællesskabets område, kan blive udstrakt til EFTA-staterne.» Domstolen har gjentatt dette i flere saker. EFTA-domstolen ga også uttrykk for det samme, med henvisning til nettopp *Ospelt*, i sak E-1/03 *ESA mot Island*, avsn. 27, da den la slo fast at «...the aim of the EEA Agreement ... is the realisation of the four freedoms within the whole of the European Economic Area, so that the internal market is extended to the EFTA-states.»

²⁵ Det finnes særskilte EØS-bestemmelser, men disse omhandler institusjoner og prosedyrer, se bl.a. NOU 2012: 2 s. 64.

²⁶ Basert på fri bevegelse for varer, tjenester, kapital og personer, samt harmonisering av krav og regler som ellers er egnet til å påvirke eller bremse den frie handelen med varer og tjenester over landegrensene i EØS, jf. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 19.

²⁷ Sejersted m.fl. (2011) s. 223.

²⁸ For mer om dette, se eksempelvis Fredriksen og Mathisen (2018) s. 49 flg. og Wennerås (2018) s. 215. De nevnte bestemmelsene stiller krav til fortolkningen av materielle EØS-bestemmelser som tilsvarer de EU-rettslige, også omtalt som *fortolkningshomogenitet*, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 51, med videre henvisning til Jervell (2002) s. 135.

Homogenitetsmålsettingen er «trygt forankret»²⁹ i EØS-avtalen, men det nærmere innholdet i prinsippets *innhold* og *gjennomslagskraft* har vært omstridt, og er gjenstand for tilbakevendende debatt i juridisk teori.³⁰ I denne avhandlingen legger jeg en virkningsorientert forståelse av homogenitet til grunn, i tråd med EU- og EFTA-domstolens praksis.³¹ Det følger av denne et krav om at felles EU/EØS-regelverket tolkes og anvendes likt. Det betyr at målsettingen får betydning for spørsmålet om EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett, ikke bare for tolkningen av det materielle regelverket vi har felles med EU.³²

Homogenitetsmålsettingen har to sider. For det første innebærer den at EU/EØS-regelverket skal forstås og anvendes på samme måte i hele EØS-området.³³ For det andre innebærer den at EØS-avtalen gir grunnlag for tilsvarende regler som de EU-rettslige på de områdene avtalen dekker. Denne avhandlingen tar for seg begge sider av målsettingen: I kapittel 2 behandles den sistnevnte dimensjonen av homogenitet, gjennom en drøftelse av om EØS-avtalen gir grunnlag for å stille vannkvalitetskrav til en sektor som ikke er omfattet av EØS-avtalens salige virkeområde, nærmere bestemt om kravene gjelder for oppdrettssektoren i EFTA-

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 51.

³⁰ Se Wennerås (2018) s. 215 flg.

³¹ Se EFTA-domstolens sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsn. 60, jf. 47-56, sak E-4/01 *Karlsson* avsn. 28 og sak E-18/11 *Irish Bank*. avsn. 122. Prinsippet er gjentatt i etterfølgende praksis. Da EU-domstolen i sak C-140/97 *Rechberger* sluttet seg til seg til EFTA-domstolens avgjørelse i *Sveinbjörnsdóttir* (om at EØS-avtalen rommer et uskrevet «prinsipp» om statlig erstatningsansvar), ble det gjort under henvisning til «den målsætning om ensartet fortolkning og *anvendelse*, der ligger til grund for EØS-aftalen», se avsn. 39. (Min kursivering). Også EØS-avtalens fortale, femtende avsn. og formålsangivelsen i art. 1 om «like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler», samt henvisningen i fortalens åttende avsn. til individuelle rettigheter og domstolenes forsvar av disse rettighetene, «... kan gi grunnlag for å tillegge homogenitetsprinsippet et videre virkeområde», se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 51–52. De tar til orde for at bestemmelsene støtter opp om en virkningsorientert forståelse av homogenitet, nærmere bestemt en tolkning av homogenitet som ikke bare gjelder tolkningen av felles materielle regler, men som også får betydning for EU/EØS-rettens *gjennomslag* i norsk rett, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 51–52. For en mer kritisk tilnærming til den virkningsorienterte forståelsen av homogenitet, se Wennerås (2018) s. 215 flg.

³² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 52.

³³ I både EU- og EFTA-landene.

pilaren, slik de gjør EU-pilaren, til tross for at hverken fiskeripolitikk eller handler med fiskeprodukter er omfattet av EØS-avtalens saklige virkeområde. Resten av avhandlingen berører den førstnevnte dimensjonen, gjennom en analyse av hvordan det EU/EØS-rettslige kravet om forbud mot forringelse av miljøtilstanden i kystvann virker inn på tolkningen og anvendelsen av oppdrettsbestemmelser gitt av norske myndigheter.

Ved anvendelsen av homogenitetsprinsippet må rettsanvenderen foreta en tolkningsprosess i to trinn. Det første trinnet er å fastlegge riktig fortolkning av EU-regelverket. Det andre trinnet innebærer å vurdere om den EU-rettslige løsningen kan overføres til EØS-retten.³⁴ Dette betyr at før man kan vurdere hva som er innholdet i en EØS-rettslig regel, må man tolke og fastlegge innholdet i den tilsvarende EU-regelen.³⁵ Ved anvendelsen av det første trinnet, fastleggelsen av den EU-rettslige løsningen, må rettsanvenderen bruke EU-rettslig metode i en EU-rettslig kontekst. Dette innebærer at den rettsregelen som skal vurderes gjennomført til en EØS-rettslig regel er en EU-rettsregel. I det andre trinnet vil EU-regelen, i visse tilfeller med mindre endringer eller tilpasninger, bli en EØS-rettsregel som tilsvarende EU-regelen.³⁶

Det finnes ingen grunnleggende forskjeller³⁷ mellom EØS-retten og EU-retten på miljørettens område som skulle tilsi at direktivet innlemmet i EØS-avtalen ikke skal gis samme innhold som de har i EU-retten. Heller ikke EØS-komiteens beslutning om å ta vanndirektivet inn i EØS-avtalen³⁸ inneholder noen reservasjon som innebærer at direktivets krav til miljøtilstanden i vannforekomstene er andre der direktivet forstås i en EØS-kontekst enn der direktivet forstås i en EU-kontekst. Det følger av

³⁴ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 294.

³⁵ Dette gjelder i alle tilfeller hvor homogenitetsmålsettingen kommer til anvendelse. I visse situasjoner vil imidlertid prinsippet ikke ha betydning på grunn av særskilte trekk ved EØS-retten, jf. Forente saker E-9 og 10/07 L'Oréal, avsn. 27. For mer om temaet, se drøftelse av mellom annet «compelling grounds»-doktrinen i Fredriksen og Mathisen s. 330–331.

³⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 294. Det klare utgangspunktet er like fullt at den EØS-rettslige regelen tilsvarende den EU-rettslige regelen.

³⁷ For å bruke Fredriksen og Mathisens ord foreligger det ingen «EØS-rettslig hinder for å følge den EU-rettslige fortolkningen...», se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 36.

³⁸ EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 av 28. september 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø).

dette at vannforskriftens³⁹ krav speiler direktivkravene slik de er utlagt i EU-domstolens praksis.

Ved fastleggelsen av vanndirektivets plikt til å forebygge forringelse er avgjørelsene fra EU-domstolen – som den eneste autoritative tolker av EUs lovgivning – avgjørende. Særlig viktig for denne avhandlingens tema er storkammersaken C-461/13 *Weser*. Også ikke-bindende rekommandasjoner og uttalelser, hovedsakelig fra Kommisjonen og Rådet, kan ha betydning for fortolkningen og praktiseringen av EØS-relevant EU-rett.⁴⁰ Av betydning for denne fremstillingen er Kommisjonens retningslinjer for bruk av unntaksbestemmelsen i vanndirektivet art. 4(7), *CIS Guidance document No. 36* fra 2017.⁴¹ For å sørge for at ikke bare reglene, men også praktiseringen av dem, er lik i hele EØS-området, speiler ESAs kontrollfunksjon Kommisjonens rolle.⁴²

1.2.2 Kort om EU-rettslig metode

EU-domstolen avgjør fortolkningen av EU-retten. Det innebærer at EU-domstolens tolkningsmetode er den EU-rettslige metode.⁴³ Utgangspunktet for EUs autonome rettsorden og metode er en selvstendig og ensartet fortolkning av EU-retten, som er uavhengig av medlemsstatenes nasjonale

³⁹ Forskrift 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen (vannforskriften).

⁴⁰ Disse er ikke en formell del av EØS-avtalen, men er imidlertid vist til i avtalens vedlegg. At avtalepartene tatt inn henvisninger til disse ikke-bindende rettsaktene, og pålagt seg selv, Kommisjonen og ESA plikt til å ta dem i betraktning, viser betydningen de kan ha for å fremme formålet om en homogen fortolkning og anvendelse av EU/EØS-retten, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 35.

⁴¹ *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and The Floods Directive. Guidance Document No. 36. Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7). New modifications to the physical characteristics of surface water bodies, alterations to the level of groundwater, or new sustainable human development activities* (heretter: *CIS Guidance document No. 36*). Dokumentet er utarbeidet av EUs medlemsstater, Norge og Kommisjonen. Retningslinjene er såkalt «soft law», som betyr at de ikke er juridisk bindende. De gir imidlertid uttrykk for *good governance*. I den løpende teksten vil disse refereres til som *Kommisjonens retningslinjer*.

⁴² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 169–170.

⁴³ *Ibid* s. 294.

begrepsbruk, juridiske metode og rettskultur.⁴⁴ Videre karakteriseres metoden av en kontekstuell og formålsorientert tolkningsstil – formålsbe-
traktninger tillegges stor vekt – ikke sjelden til fortrengsel for ordlyden,⁴⁵
at forarbeider ofte ikke tas i betraktning,⁴⁶ og at begrepsdannelser og
allmenne rettsprinsipper tillegges stor betydning.⁴⁷ Dessuten er den EU-
rettslige metoden kjennetegnet av utstrakt bruk av rettsaktenes fortaler,
at sekundærlovgivningen tolkes i lys av traktatene, samt tolkning i lys
av sekundærrettens hierarkiske⁴⁸ oppbygning.⁴⁹

1.3 Materialet

En viktig drivkraft bak EU-samarbeidet og opprettelsen av det indre
marked var hensynet til økonomisk utvikling. Like fullt har det gjennom
flere tiår vært en forståelse for at også ikke-økonomiske formål er sentrale,
og EU-domstolen har i flere avgjørelser understreket viktigheten av mil-
jøhensyn. I sak 240/83 *ADBHU* la domstolen til grunn at beskyttelse av
miljøet «...er et af Fællesskabets grundlæggende formål.»⁵⁰

⁴⁴ Sak C-135/15 *Nikiforidis*, avsn. 28. Se også tilsvarende i Fredriksen og Mathisen (2018) s. 295.

⁴⁵ Dette må ses i sammenheng med at lovtekstene blir til gjennom forhandlinger mellom EU-institusjonene, noe som typisk resulterer i tekster som er vage og kompromisspregede, samt at EU-rettens flerspråklighet reduserer betydningen av ordlyden i forhold til kontekst og formål, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 298–299.

⁴⁶ Arnesen og Stenvik (2015) s. 56–57. At forarbeider tillegges liten vekt må se i lys av at lovgivningsprosessen i EU skiller seg fra nasjonal rett ved at den endelige rettsakten blir til gjennom forhandlinger, og gjerne utgjør en form for kompromiss. Dette innebærer at forarbeidene ikke nødvendigvis gir særlig veiledning for tolkningen av det fremforhandlede resultatet, jf. Sejersted m.fl. (2011) s. 57. Forarbeider kan brukes til å bekrefte eller avkrefte ulike tolkningsalternativer, men heller ikke mer, ifølge Fredriksen og Mathisen (2018) s. 306, med videre henvisning til sak C-601/15 *PPU-N.*, avsn. 57 og sak C-670/16 *Mengesteab*, avsn. 89–90.

⁴⁷ Arnesen og Stenvik (2015) s. 29.

⁴⁸ Forholdet mellom lovgivningsmessige rettsakter og utfyllende regelverk med hjemmel i disse.

⁴⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 298 flg.

⁵⁰ Sak 240/83 *ADBHU*, avsnitt 13. Det samme er lagt til grunn i etterfølgende praksis, blant annet i sak C-41/11, der EU-domstolen fastslo at «...formålet med miljøbeskyttelse, som udgør et af Unionens væsentligste tværgående og grundlæggende mål...», se avsnitt 57.

Ved fastleggelsen av innholdet i forbudet mot forringelse står praksis fra EU-domstolen sentralt. Her vil storkammersaken *Weser* spille en viktig rolle. Avgjørelsen avgjorde en årelang usikkerhet om forståelsen av direktivets materielle krav til miljøtilstanden i vannforekomstene – om de skulle forstås som rettslig bindende krav, eller om de snarere skulle tolkes som målsettinger.⁵¹ Dommen avklarte dessuten viktige spørsmål med betydning for tildeling av tillatelser innen oppdrett, vannkraft og annen aktivitet som kan påvirke vannmiljøets kvalitet. EFTA-domstolen har så langt ikke hatt saker i tilknytning til vanddirektivet.⁵²

Frem til EU-domstolen avsa *Weser* i 2015, var det særlig *plikten til forbedring* (kravet om å oppnå *god* tilstand) som fikk oppmerksomhet.⁵³ Inntil da var *forbudet mot forringelse* av tilstanden i vannforekomstene, både av Kommisjonen selv og i juridisk teori, ansett å være et krav underordnet plikten til forbedring. Med *Weser* løftet EU-domstolen forbudet frem som et krav med selvstendig status, som ikke «blot [er] et redskap» brukt for å oppfylle kravet om å oppnå god tilstand.⁵⁴ Saken er vist til i en rekke avgjørelser fra EU-domstolen, men har, etter hva jeg har kunnet bringe på det rene, ikke vært berørt i saker som har gått for norske domstoler.

Flere bestemmelser i norsk oppdrettslovgivning regulerer vannkvalitet. Dels har lovgivningen bestemmelser som eksplisitt henviser til vannmiljøets kvalitet.⁵⁵ Dels er det bestemmelser som mer indirekte regulerer vannkvalitet, som den rettslige standarden «miljømessig forsvarlig» i akvakulturloven § 6 første ledd bokstav a. *Forbudet mot forringelse*

⁵¹ For mer om dette, se Paloniitty (2016).

⁵² Praksis fra EFTA-domstolen viser imidlertid at domstolen strekker seg langt for å realisere målsettingen om at EØS-retten skal gis tilsvarende innhold som EU-retten på de områder EØS-avtalen dekker. EFTA-domstolen tilstreber derfor gjerne å oppstille samme regel i EØS som den som i EU, selv i tilfeller der rettsgrunnlaget må bli et annet (på grunn av de forskjeller som er mellom EU- og EØS-retten), se E-28/15 Jabbi, avsnitt 49 flg. Her kommer imidlertid ikke dette spørsmålet på spissen.

⁵³ Paloniitty (2016).

⁵⁴ C-461/13 *Weser* avsn. 49.

⁵⁵ Som krav til miljøtilstanden i akvakulturdriftsforskriften § 36, presisert i Norsk Standard. *Miljøovervåking av bunnpåvirkning fra marine akvakulturanlegg*. (Akvakulturdriftsforskriften er ikke oppdatert etter at ny revidert standard NS 9410:2016 ble publisert, men det er etablert praksis at den nyeste versjonen anvendes).

er imidlertid ikke nevnt, selv om det, slik vi skal se, er på det rene at kravet skal tas i betraktning. Det er med andre ord en spenning mellom de «rene» norske bestemmelsene og plikten til å hindre forringelse av miljøtilstanden i kystvann.

Vanndirektivets betydning for reguleringen av fiskeoppdrett har fått lite oppmerksomhet i norsk juridisk litteratur. Spesielt har plikten til å hindre forringelse av miljøtilstanden i vannforekomstene blitt sparsomlig behandlet. I årene etter at rettsakten ble gjennomført i norsk rett gjennom vannforskriften, har Ingrid Wang Larsen⁵⁶ og Sigrid Eskeland Schütz⁵⁷ skrevet om kvalitetskravene i direktivet. Også Hans Chr. Bugge har behandlet kravene og deres betydning for ulike former for næringsutøvelse.⁵⁸ Ellers har jeg ikke kunnet bringe på det rene at fremstillinger om reguleringen av fiskeoppdrett i Norge nevner forbudet overhodet.⁵⁹ Det tyder, etter mitt syn, på at forbudets betydning for oppdrettssektoren i Norge er lite kjent i det norske oppdrettsmiljøet.

I internasjonal juridisk teori har det vært skrevet mer om direktivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden, om enn ikke utelukkende rettet mot oppdrett. Blant annet har Tiina Paloniitty behandlet direktivets forbud mot forringelse og dets implikasjoner for ulik næringsvirksomhet,⁶⁰ og jeg vil trekke på hennes fremstilling i kapittel 3.

Spørsmålet om tildeling av tillatelse til oppdrettslokalitet kan føre til forringelse av miljøtilstanden i vannforekomstene vil ikke alltid komme på spissen, ettersom mange av vannforekomstene er så store og har så god vanngjennomstrømming at en forringelse i direktivets forstand ikke er mulig. Likevel oppstår forringelser, også i vannforekomster i dype fjorder med åpning ut mot det åpne hav, noe som gjør problemstillingen

⁵⁶ Andersen (2013). (Forfatterens daværende navn var Ingrid Wang Andersen).

⁵⁷ Schütz (2014).

⁵⁸ Bugge (2019).

⁵⁹ Se for eksempel Mellbye (2018). Fremstillingen søker å gi en oversikt over den rettslige reguleringen av norsk akvakultur, slik navnet tilsier, og er så vidt meg bekjent den første i sitt slag. Den har etter hva jeg har kunnet bringe på det rene ingen henvisning til forbudet mot forringelse av miljøtilstanden i kystområder hvor det drives oppdrett. Heller ikke Gjelsvik (2010), kommentarutgave til akvakulturloven, berører temaet, så vidt jeg kan se.

⁶⁰ Paloniitty (2016).

praktisk i oppdretts- og fjordlandet Norge.⁶¹ Et eksempel til illustrasjon er Hordaland fylkeskommunes vedtak rettet mot Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS og Ewos Innovation AS datert 24.01.17:

Saken gjaldt søknad om økning av lokalitetsbiomasse på lokaliteten Langøy i vannforekomsten Fensfjorden-Sør. I vedtaket heter det at den økologiske tilstanden i forekomsten er «svært god», og at «[d]et ikkje er venta at auke i lokalitetsbiomassen vil føre til at miljøtilstanden blir dårlegare enn god». Vannforekomsten er per dags dato (03.12.19) klassifisert til å være i «god» tilstand.⁶² Det fremgår av informasjon på Vann-nett⁶³ at forekomsten er påvirket av diffus avrenning og utslipp fra fiskeoppdrett fra den ovennevnte lokaliteten, 26295 Langøy, i form av næringsforurensning og organisk forurensning, om enn «i liten grad». Ettersom forekomsten er klassifisert som «god», ikke lenger «svært god», og årsaken synes å være forurensning fra den den omsøkte lokaliteten, har sannsynligvis den aktuelle godkjenningen av økt lokalitetsbiomasse medført, eller i alle fall bidratt til å medføre, en forringelse av miljøtilstanden i vannforekomsten Fensfjorden-Sør. Hordaland Fylkeskommune fikk dermed rett i sin antakelse om at den aktuelle økningen i lokalitetsbiomassen ville lede til en forringelse av miljøtilstanden i forekomsten fra «svært god» til «god».

Vedtaket viser at spørsmålene avhandlingen reiser er praktiske, selv om de antakeligvis for mange av de større forekomstene i mindre grad vil være av interesse. Fiskeoppdrett kan altså føre til forringelse miljøtilstanden i direktivets forstand. Avhandlingen tar utgangspunkt i tilfellene hvor spørsmålet kommer på spissen.⁶⁴

⁶¹ Hordaland fylkeskommunes vedtak rettet mot Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS og Ewos Innovation AS datert 24.01.17.

⁶² Ifølge Vann-Netts sider: <https://vann-nett.no/portal/#/waterbody/0261040101-10-C> [sitert 03.12.19].

⁶³ Vann-Nett eies av miljøforvaltningen og Norges Vassdrags- og energidirektorat (NVE). Systemet er stasjonert hos og driftes av NVE.

⁶⁴ Her er kan det være grunn til å merke seg at fylkeskommunen ikke vurderer unntakskriteriene i vannforskriften § 12, selv om fylkeskommunen ikke bare tror forringelse av tilstanden kan skje, men implisitt gir uttrykk for at de vurderer det slik at miljøtilstanden *vil* falle til «god» tilstand. («ikkje venta at ... vil føre til at miljøtilstanden blir dårlegare enn god»). Som vi skal se i denne fremstillingen krever direktivet i slike tilfeller at tildelingsmyndighetene i medlemsstatene vurderer om unntakskriteriene i vanddirektivet art. 4(7) andre alternativ, gjennomført i vannforskriften § 12 første ledd bokstav b, er tilfredsstillt. Fylkeskommunen refererer kort til § 12, men foretar ingen vurdering av om unntakskriteriene er oppfylt.

I den videre fremstillingen vil det en rekke steder bli vist til innstillinger fra EU-domstolens generaladvokater.⁶⁵ Selv om disse ikke er en egen rettskilde, kan de bidra til å kaste lys over domstolens praksis. Også for forståelsen av EU-domstolens utvikling av grunnleggende EU-rettslige prinsipper er innstillingene av betydning.⁶⁶ I visse tilfeller fremstår domstolens domsgrunner som lite annet enn gjengivelser av Generaladvokatens forslag.⁶⁷ I slike situasjoner vil innstillingene kunne gi nyttig innsikt i hvilke argumenter som antakeligvis har vunnet frem i EU-domstolen.⁶⁸ Som vi skal se under, var dette tilfellet i *Weser*, der domstolen la seg tett opp til Generaladvokat Jääskinen's forslag til avgjørelse.

Tradisjonelt har det blitt sagt om forarbeiders stilling i EU-retten at de tillegges liten vekt, blant annet fordi lovgivningsprosessen i EU skiller seg fra nasjonal rett ved at den endelige rettsakten blir til gjennom forhandlinger, og gjerne utgjør en form for kompromiss. Derfor har den rådende oppfatning vært at forarbeidene ikke gir særlig veiledning for tolkningen av det fremforhandlede resultatet.⁶⁹ EU-domstolens bruk av forarbeider er imidlertid tiltagende,⁷⁰ noe vi skal se utslag av i denne avhandlingen. I *Weser* anvendte domstolen forarbeidene aktivt ved fastleggelsen av innholdet i forbudet mot forringelse.⁷¹ Norske kilder, som vanddirektivets gjennomføringsarbeider, har ikke betydning her – homogenitetsprinsippet gir ikke rom for at forutsetninger eller forventninger fra en av avtalepartene tas i betraktning ved fortolkning av EU/EØS-retten.⁷²

⁶⁵ TEUF art. 252.

⁶⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 322.

⁶⁷ *Ibid* s. 322.

⁶⁸ EU-domstolen publiserer ikke dissenser.

⁶⁹ Sejersted m.fl. (2011) s. 57.

⁷⁰ Ifølge Fredriksen og Mathisen kan forarbeider brukes til å bekrefte eller avkrefte ulike tolkningsalternativer, men heller ikke mer, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 306, med videre henvisning til sak C-601/15 *PPU-N.*, avsn. 57 og sak C-670/16 *Mengesteab*, avsn. 89–90. Og nettopp slik ble forarbeidene brukt i *Weser* – til å bygge opp under domstolens forståelse av forbudet mot forringelse som et selvstendig og bindende krav.

⁷¹ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 40.

⁷² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 329. Se tilsvarende i Arnesen og Stenvik (2015) s. 56–57.

Jeg vil hovedsakelig sitere rettsakter og avgjørelser fra EU-domstolen på dansk. Likevel vil jeg også, der det er behov for det, bruke svenske, engelske og spanske versjoner. Særlig fordi jeg ikke bruker de franske versjonene, vil det i visse tilfeller være nødvendig å sammenligne rettsakter og dommer i flere språkdrakter.⁷³

1.4 Opplegg og veien videre

Avhandlingen inneholder 5 kapitler. Kapittel 2 tar for seg det prinsipielle spørsmålet om EØS-retten gir grunnlag for å stille vannkvalitetskrav til en sektor som ikke er omfattet av avtalens saklige virkeområde.

Temaet for kapittel 3 og 4, som utgjør hoveddelen av avhandlingen, er *betydningen* det har for reguleringen av fiskeoppdrett i Norge at de EU/EØS-rettslige kravene, i tråd med homogenitetsmålsettingen, gjelder tilsvarende i norsk rett som i EU gjennom EØS-avtalen. Først, i kapittel 3, tolkes og fastlegges direktivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden i overflatevannsforekomster med tilhørende unntak. Deretter tar kapittel 4 tar for seg analysen av direktivkravenes betydning for tolkningen og anvendelsen av «rene» nasjonale bestemmelsene, og betydningen kravene har for fastsetting av vilkår i individuelle tillatelser gitt med hjemmel i disse.

Endelig vil jeg i kapittel 5 oppsummere og gjennomgå avhandlingens funn.

⁷³ Ettersom jeg ikke bruker de franske versjonene, vil det i visse tilfeller vil være nødvendig å sammenligne rettsakter og dommer i flere språkdrakter. For mer om betydningen av at fransk er domstolens arbeidsspråk, og det språket som anvendes i forhandlinger mellom dommerne uavhengig av den aktuelle sakens prosessspråk, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 319–320. Hartley behandler de potensielle problemene diskrepans mellom ulike språkversjoner av rettsaktene kan skape, men understreker at en ikke skal legge for mye vekt på dem: I alle tilfelle «[t]he Court adopts the meaning which, in its view, best accords with the purpose of the provision and the policy objectives pursued by the Court», Hartley (2014) s. 66. For mer om temaet, se Arnesen (2015).

2 EØS-avtalens vannkvalitetskrav og fiskeoppdrett i Norge

EØS-retten skiller seg fra EU-rettens regler om det indre marked både når det kommer til det saklige og geografiske virkeområdet. Temaet i dette kapittelet er hvilken betydning forskjellen i det saklige, eller materielle, virkeområdet har for avhandlingens tema. Forskjellene mellom EØS-rett og EU-rett gir seg nemlig spesielt utslag i reguleringen av landbruks- og fiskeriprodukter.

Slik vi så i kapittel 1, inneholder EØS-avtalen et eget kapittel med bestemmelser som skal sikre miljøet, herunder vanddirektivets krav til miljøtilstanden i vannforekomstene. Kapittelet er inntatt i del V, som omfatter bestemmelser som gjelder alle de fire friheter.

Siden hverken villfisk eller oppdrettsfisk er omfattet av EØS-avtalen art. 8(3) bokstav a,⁷⁴ gjerne omtalt som avtalens produktdekning,⁷⁵ kommer ikke EØS-avtalen til anvendelse på disse varene, med mindre avtalen selv gir et særskilt grunnlag for det.⁷⁶ Temaet i dette kapittelet er om EØS-avtalen likevel krever at det stilles vannkvalitetskrav til fiskeoppdrettssektoren i Norge.

Som vi så i avsnitt 1.1, regulerer hverken vanddirektivet eller annen miljølovgivning i EU fiskeoppdrett direkte. Spørsmålet om EØS-avtalens krav til vannmiljøets kvalitet kommer til anvendelse på fiskeoppdrettssektoren i Norge, er derfor et spørsmål om disse tverrgående ikke-sektorspesifikke bestemmelsene kommer til anvendelse på en sektor som i utgangspunktet er unntatt EØS-avtalens saklige virkeområde. Det

⁷⁴ Fisk er imidlertid særskilt regulert i protokoll 9, jf. artikkel EØS-avtalen artikkel 20. Protokollen omfatter bestemmelser om handel med fisk og andre produkter fra havet, samt statsstøtte innenfor fiskeri- og havbrukssektoren. Disse bestemmelsene omhandler ikke temaet for denne avhandlingen, og vil derfor ikke behandles nærmere.

⁷⁵ Av artikkel 8(3) b fremgår det imidlertid at varer som er oppført i protokoll 3 likevel er omfattet av avtalens produktdekning i samsvar med de særlige bestemmelser som følger av den. Protokollen omhandler ikke varer fra fiskeri- og havbruksnæringen.

⁷⁶ Jf. avsnitt 1.1.

beror på om kravene får innsnevret sitt anvendelsesområde som følge av produktdekningsregelen i art. 8(3).

EØS-avtalens produktdekningsregel i art. 8(3) innebærer at det kan være forhold som i utgangspunktet er omfattet av avtalen saklige virkeområde (tjenester og annet) som kan falle utenfor hvis de er «uadskillelig knyttet til» et område som er utenfor avtalens materielle anvendelsesområde, som fisk.⁷⁷ Dette utgangspunktet ble lagt til grunn i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/04 *Pedical*.⁷⁸ Domstolen slo fast at en tjenesteytelse som er «uadskillelig knyttet til salg av vin» falt utenfor virkeområdet til EØS-avtalens art. 36.⁷⁹

Spørsmålet blir derfor om vanddirektivets krav til miljøtilstanden i kystvann er «uadskillelig knyttet til» fisk og fiskeoppdrett. Det må være klart at de ikke er. De gjelder, som vi skal se, som generelle krav til tilstanden i medlemsstatenes vannforekomster, og har derfor betydning for all virksomhet som drives i forekomstene, herunder oppdrettsaktivitet. Disse ikke-sektorspesifikke kravene får derfor ikke innsnevret sitt anvendelsesområde som følge av produktdekningsregelen i EØS-avtalen artikkel 8(3).

I *Pedical* la EFTA-domstolen til grunn om den siden av homogenitetsmålsettingen som gir anvisning på at EØS-avtalen gir grunnlag for tilsvarende regler som de EU-rettslige på de områdene avtalen dekker,⁸⁰ at det «... kan gjøre det nødvendig å tolke EØS-retten dynamisk. Dette gjelder imidlertid ikke artikkel 8(3) EØS.»⁸¹ EFTA-domstolen fant altså at det ikke er tvil om at homogenitetsmålsettingen ikke har betydning for vurderingen av hvor langt produktdekningsreglene i artikkel 8(3) rekker.

Under forhandlingene i *Pedical* anførte ESA og Kommisjonen at reklame for vin måtte omfattes av EØS-avtalen artikkel 36, basert på betraktninger om at det motsatte ville lede til at alle tjenester knyttet til vin eller andre landbruksprodukter, som transport, ville falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Dette må ses på som en anførsel om at en slik forståelse anvendelsesområdet til artikkel 36 ville

⁷⁷ Arnesen m.fl. (2019) s. 32.

⁷⁸ E-4/04 *Pedical* avsn. 34.

⁷⁹ For en utførlig behandling av dette temaet, se Benjaminsen (2017).

⁸⁰ Jf. avsnitt 1.2.1.

⁸¹ E-4/04, *Pedical*, avsn. 28.

lede til at produktdekningsregelen i artikkel 8(3) ville få for vidtrekkende konsekvenser, eller avledede virkninger. I avgjørelsen understreket EFTA-domstolen at begrunnelsen for at artikkel 36 ikke er anvendelig på reklame for vin *ikke* vil gjelde «tjenester som *ikke* er *uatskillelig knyttet til* handelen med varer som ikke dekkes av EØS-avtalen.»⁸² For at bestemmelser i avtalen om forbud mot restriksjoner knyttet til etableringsadgangen eller adgangen til å yte tjenester *ikke* skal komme til anvendelse, må det foreligge en nærhet mellom varen som er unntatt fra produktdeknningen og tjenesten/etableringen som gjør at de må anses å være «uatskillelig knyttet til» hverandre.

EFTA-domstolens begrunnelse må forstås slik at domstolen er av den oppfatning av vurderingstemaet «uatskillelig knyttet til» skal forstås strengt, slik at mer avledede forhold ikke omfattes av doktrinen. Det må ses i sammenheng med at det motsatte ville medført vanskelige grensdragninger. Det er vanskelig å se for seg hvordan en skulle begrunne at vanddirektivets generelle krav til miljøtilstanden i medlemsstatenes vannforekomster ikke skulle gjelde for fiskeoppdrettssektoren i Norge, fordi fiskeripolitikk og handel med fiskeprodukter faller utenfor produktdekningsregelen i artikkel 8(3). Etter min mening ville det være å strekke avtalepartenes ønske om å beholde kontroll over fisk og fiskeproduksjon for langt.

I tråd med Pediceldoktrinen må det kunne legges til grunn at ettersom det dreier seg om krav som *ikke* er «uatskillelig knyttet til» fisk og fiskeoppdrettsvirksomhet, vil ikke artikkel 8(3) kunne begrense kravenes anvendelsesområde – fiskeriuntaget i produktdekningsregelen får ikke så avledede virkninger at de er egnet til å innsnevre vanddirektivets saklige virkeområde.

Konklusjonen er at sektorovergripende krav til miljøtilstanden i vannforekomstene gjelder for fiskeoppdrett på samme måte som for annen næringsutøvelse. Det innebærer, i tråd med homogenitetsmålsettingen, at disse EU-rettslige kravene gjelder tilsvarende i norsk rett gjennom EØS-avtalen også på dette feltet.

I den videre fremstillingen blir spørsmålet hvilken betydning kravene får for tolkningen og anvendelsen av bestemmelser gitt av norske myndigheter.⁸³

⁸² E-4/04, *Pedicel*, avsn. 38. Mine kursiveringer.

⁸³ Avhandlingen inneholder ingen uttømmende analyse av hvordan direktivkravene påvirker bestemmelser gitt av norske myndigheter som direkte eller indirekte har betydning for miljøtilstanden i vannforekomstene, men tar for seg kravenes innvirkning på flere sentrale oppdrettsbestemmelser gitt av nasjonalt opphav, med betydning for tilstanden i kystvann.

3 Krav til forvaltningen av kystvann

3.1 Innledning

Temaet i dette kapittelet er innholdet i de EØS-rettslige kravene til miljøtilstanden i kystvann med tilhørende unntak. Pliktsubjekt for kravene er medlemsstatene, og dette omfatter også alle underliggende myndigheter, herunder akvakulturmyndighetene.⁸⁴ Spørsmålet her er både hvilke krav EØS-retten stiller til norske myndigheter og hvilke krav norske myndigheter er forpliktet til å stille til oppdrettere i Norge.

Som en konsekvens av at Fellesskapets vannressurser var utsatt for økende press fra den «...konstante stigning i efterspøringslen etter vand i tilstrækkelige mengder og af god kvalitet til alle anvendelsesformål»,⁸⁵ ble vanddirektivet vedtatt av Europaparlamentet 23. oktober 2000. Rettsakten er omfattende og ambisjøs. Den skal ikke bare sikre beskyttelse og bærekraftig bruk av vannmiljøet. Direktivet krever også at medlemsstatene iverksetter forebyggende og forbedrende tiltak for å sikre miljøtilstanden i grunnvann, ferskvann og kystvann.⁸⁶

Direktivets geografiske virkeområde dekker områder ut til én nautisk mil (nm.) utenfor grunnlinjen.⁸⁷ Det innebærer for de fleste medlems-

⁸⁴ Se C-453/00 *Kühne & Heitz*, avsn. 20, hvor EU-domstolen la til grunn at plikten til lojal gjennomføring og etterlevelse av EU-rettslige forpliktelser ikke bare er krav som er rettet mot medlemsstatene som sådan, det påhviler også «... samtlige medlemsstaternes myndigheder at sikre overholdelsen af fællesskabsrettens bestemmelser inden for rammerne af deres respektive kompetence...». Dette gir uttrykk for fast og langvarig praksis fra EU-domstolen, se blant annet sak C-2/06 *Kempter*, jf. avsn. 34. Se tilsvarende i Fredriksen og Mathisen (2018) s. 221.

⁸⁵ Fjerde betraktning til direktivet.

⁸⁶ Art 4, jf. direktivets formålsbestemmelse i art. 1.

⁸⁷ Direktivet inneholder en rekke legaldefinisjoner av sentrale begreper i rettsakten. Overflatevann er definert som «indvand bortset fra grundvand; overgangsvande og kystvande, undtagen med hensyn til kemisk tilstand, hvor det også omfatter territorialfarvande.», jf. art. 2 nr. 1. Videre er kystvann definert som «overfladevand på landsiden af en linje, hvor hvert punkt befinder sig i en afstand af én sømil til havsiden fra det nærmeste punkt på den basislinje, hvorfra bredden af territorialfarvande måles, og som, hvor det er relevant, strækker sig ud til overgangsvandets yderste grænse», jf. art. 2 nr. 7.

statene at grensen er trukket om lag to kilometer utenfor kystlinjen. Ettersom Norge trekker grunnlinjen fra ytterste skjær og holmer, og disse kan ligge langt fra fastlandet, er store kystområder, herunder områder som brukes til oppdrett,⁸⁸ omfattet av det geografiske anvendelsesområdet.⁸⁹ Samtidig ligger disse områdene innenfor territorialfarvannets yttergrense, slik at problemstillinger knyttet til EØS-avtalens geografiske virkeområde ikke oppstår.⁹⁰

Rettsakten skiller mellom to hovedtyper av vann: Grunnvann og overflatevann (innlandsvann, brakkevann og kystvann).⁹¹ For oppdrettsvirksomhet er det overflatevannsforekomster i kystvann som er av interesse.

Hovedelementene i direktivets materielle krav knyttet til overflatevannsforekomster fremgår av art. 4(1)(a).⁹² Bestemmelsen angir to særskilte, men tett forbundne forpliktelser: For det første skal medlemsstatene *forebygge forringelse* av vannkvaliteten.⁹³ For det andre skal medlemsstatene *forbedre* og gjenopprette vannmiljøet.⁹⁴ Direktivet åpner for begrunnede unntak i form av blant annet utsatt frist for måloppnåelse etter art. 4(4),⁹⁵ mindre strenge miljømål etter art. 4(5), unntak ved midlertidig forringelse etter art. 4(6) og unntak for nye inngrep eller ny aktivitet etter art. 4(7). Etter art 4(3) kan det også settes tilpassede miljømål for sterkt modifiserte vannforekomster (f.eks. urbanisering, vannkraft, havner) definert som så god miljøtilstand som kan oppnås uten at det går vesentlig ut over samfunnsnyttene ved inngrepene.

⁸⁸ Som eksempelvis hele Vestfjorden.

⁸⁹ Sandvik (2019).

⁹⁰ Om EØS-avtalens geografiske virkeområde, se Arnesen et al (eds) (2018), s. 945 flg.

⁹¹ Art. 1, jf. art. 2 nr. 1 og 2, jf. art. 4(1)(a) og (b).

⁹² Jf. art. 1(1)(a) i direktivets formålsbestemmelse.

⁹³ Art. 4(1)(a)(i).

⁹⁴ Art. 4(1)(a)(ii).

⁹⁵ Som vi skal se under, gjelder adgangen til utsettelse av måloppnåelse kun for kravet om å oppnå *god tilstand* etter art. 4(1)(a)(ii), ikke for kravet om å *forebygge forringelse* etter art. 4(1)(a)(i).

Vanndirektivet er vedtatt med hjemmel i TEUF art. 175 (192). Dette innebærer at medlemsstatene kan beholde eller innføre strengere tiltak på det aktuelle området – reglene utgjør minimumskrav.⁹⁶

Direktivet gir anvisning på aktive og preventive tiltak. Plikten til å forbygge forringelse, av EU-domstolen også betegnet som *forbudet mot forringelse*,⁹⁷ utgjør et preventivt tiltak. Kravet innebærer at medlemsstatene skal hindre at den økologiske⁹⁸ og kjemiske⁹⁹ miljøtilstanden i egne vannforekomster forverres. Det nærmere innholdet i kravet behandles i 4.3. Plikten til forbedring, som omfatter *aktive* tiltak for å forbedre miljøtilstanden i overflatevannsforekomster, bestemmer at medlemsstatene skal beskytte, forbedre og restaurere alle overflatevannsforekomster med henblikk på å oppnå «god» tilstand.¹⁰⁰ Kravet innebærer at alle overflatevannsforekomster skal oppnå i det minste «god økologisk

⁹⁶ Direktiver vedtatt med hjemmel i TEUFs miljøvernkapittel, art. 191–193, er minimumsharmoniseringsregler. I sak C-32/05 *Kommisjonen mot Luxembourg* bemerket domstolen at vannedirektivets formål ikke er å gjennomføre en full harmonisering av medlemsstatenes lovgivning på vannområdet, se avsn. 41. Det er gjentatt i flere avgjørelser, blant annet i C-461/13 *Weser*, avsn. 34. Det er likevel klart at de nasjonale reglene må være forenelige med traktatene, at de eksempelvis ikke utgjør kvantitative importrestriksjoner eller tiltak med tilsvarende virkning, jf. TEUF art. 34 og EØS-avtalen art. 11. For mer om dette, se Bugge (2019) s. 134.

⁹⁷ Se sak C-461/13 *Weser*.

⁹⁸ «Økologisk tilstand» er definert som «et uttrykk for kvaliteten af de med overfladevandet forbundne vandøkosystemers struktur og funktion, som klassificeret i henhold til bilag V», jf. art. 2 nr. 21.

⁹⁹ «God» kjemisk tilstand for overflatevannsforekomster er definert som «den kemiske tilstand, der er nødvendig for at opfylde miljømålene for overfladevand i artikel 4, stk. 1, litra a), dvs. den kemiske status, der er nået i et overfladevandområde, hvori koncentrationerne af forurenende stoffer ikke overstiger de miljøkvalitetskrav, der er fastlagt i bilag IX og i medfør af artikel 16, stk. 7, eller anden relevant fællesskabslovgivning, hvori der er fastsat miljøkvalitetskrav på fællesskabsplan», jf. art. 2 nr. 24.

¹⁰⁰ Art. 4(1)(a)(ii). Vannforekomster kan på nærmere bestemte vilkår defineres som kunstige eller sterkt modifiserte, jf. art. 4(1)(a)(iii). For disse forekomstene gjelder det egne miljømål. Forekomstene er ikke av betydning for denne avhandlingens tema, og vil derfor ikke behandles nærmere.

tilstand»¹⁰¹ og «god kjemisk tilstand»¹⁰² i løpet av gjeldende planperiode,¹⁰³ i samsvar med nærmere beskrivelser angitt i et klassifiseringssystem inntatt i direktivets vedlegg V.¹⁰⁴ Dette klassifiseringssystemet er også tett knyttet til forbudet mot forverring av vannmiljøets kvalitet.

I tillegg til materielle krav til miljøtilstanden i vannforekomstene, inneholder direktivet en rekke bestemmelser av prosessuell og organisatorisk art, herunder regler om samordning av administrative tiltak som gjelder vannregioner,¹⁰⁵ vurdering av miljøvirkningene av menneskelig virksomhet og økonomisk analyse av bruken av vann,¹⁰⁶ overvåking av miljøtilstanden i vann,¹⁰⁷ og dessuten krav til vannforvaltningsplaner¹⁰⁸ med tilhørende tiltaksprogram.¹⁰⁹

De regionale vannforvaltningsplanene med tilhørende tiltaksprogram er viktige redskap for å gjennomføre formålet med vanddirektivet. De spiller en særlig viktig rolle i arbeidet med direktivets *aktive* tiltak (for å oppnå i det minste *god tilstand* i alle forekomster innen de angitte

¹⁰¹ «Økologisk tilstand» er definert som «et uttrykk for kvaliteten af de med overfladevandet forbundne vandøkosystemers struktur og funktion, som klassificeret i henhold til bilag V», jf. artikkel 2 nr. 21. «God økologisk tilstand» er definert som «tilstand for et overfladevandområde, som klassificeret i henhold til bilag V», jf. art. 2 nr. 22, jf. vanddirektivets vedlegg V.

¹⁰² «God kemisk tilstand for overfladevand» er definert som «den kemiske tilstand, der er nødvendig for at opfylde miljømålene for overfladevand i artikel 4 ... hvori koncentrationerne af forurenende stoffer ikke overstiger de miljøkvalitetskrav, der er fastlagt i bilag IX...», jf. art. 2 nr. 24.

¹⁰³ Fristen for måloppnåelse av miljømålene god økologisk og god kjemisk tilstand var/ er i utgangspunktet innen 2015 for EU-landene og 2021 for EFTA-landene. Art. 4(4) åpner for utsatt frist for forekomster der det er umulig eller uforholdsmessig kostnadskrevenende å nå miljømålene, noe de fleste medlemsstatene har benyttet seg av muligheten til, herunder Norge, se Bugge (2019) s. 358. De endelige fristene for å nå miljømålet er henholdsvis 2027 for EU-landene og 2033 for EFTA-landene, jf. art. 4(4)(c).

¹⁰⁴ Det nærmere innholdet i *plikten til forbedring* behandles kort under, i del 4.3.

¹⁰⁵ Art. 3.

¹⁰⁶ Art. 5.

¹⁰⁷ Art. 8.

¹⁰⁸ Art 13.

¹⁰⁹ Art. 11. Direktivet krever at medlemsstatene deles inn i vannregioner. I hver region skal det utarbeides en vannforvaltningsplan med tilhørende tiltaksprogram, som rulleres hvert sjette år, jf. art. 11 og art. 13 nr. 7.

fristene). Planene og programmene spiller, som vi skal se, en mindre sentral rolle for direktivets *preventive* tiltak¹¹⁰ (plikten til å hindre forringelse av miljøtilstanden i vannforekomstene), især etter EU-domstolens avgjørelse i *Weser*.¹¹¹

Rettsakten inneholder til dels svært tekniske reguleringer¹¹² som ikke vil bli behandlet detalj i denne fremstillingen.¹¹³

3.2 Direktivets klassifiseringssystem

Direktivets klassifiseringssystem angir klassegrenser for en rekke biologiske, kjemiske og fysiske parametere som er av betydning for miljøforhold i overflatevann. Disse danner, sammen med annen overvåkingsdata og ekspertvurderinger, grunnlaget for vurderingen av den økologiske og kjemiske tilstanden i en vannforekomst. Gjennom bruk av klassifiseringssystemet skal alle vannforekomster plasseres i en *økologisk* og en *kjemisk* tilstandsklasse.¹¹⁴

Klassifiseringssystemet for økologisk tilstand består av fem tilstandsklasser: «Svært god», «god», «moderat», «dårlig» og «svært dårlig». Den økologiske tilstanden i en vannforekomst blir bestemt av tilstanden til det kvalitetselementet som har den dårligste tilstandsklassen, i tråd med det såkalte *Det verste styrer-prinsippet*.¹¹⁵

¹¹⁰ Nye tiltak eller ny aktivitet behandles etter sektorregelverket. Det kan foreslås nye tiltak i tiltaksprogrammene, men eventuelle tildelinger behandles ikke gjennom direktivets plan- og tiltaksregime, se Wang Andersen (2013) s. 360. Betydningen dette har for oppdrett behandles i kapittel 4.

¹¹¹ Problemstillingen behandles nærmere i avsnitt 3.3.

¹¹² Illustrert ved følgende sitat fra Generaladvokat Jääskinen i *Weser* «For det første er vandrammedirektivet ... en kompleks og meget detaljert rettsakt, som er usædvanlig vanskelig at forstå ...», jf. avsn. 4.

¹¹³ Direktivet inneholder en rekke prosessuelle og organisatoriske krav, samt naturvitenskapelig definisjoner og tekniske og detaljerte beskrivelser. Jeg vil redegjøre for det som er nødvendig for å forstå temaet for avhandlingen. En utførlig fremstilling av direktivet i sin helhet faller utenfor denne avhandlingens tema. For mer om direktivets system, se Langlet og Mahmoudi (2016) s. 224 flg., Schütz (2014) s. 15 flg., Wang Andersen (2013) s. 359 flg., eller Bugge (2019) s. 357 flg.

¹¹⁴ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 9.

¹¹⁵ Jf. punkt 1.4.2 i vedlegg V. Prinsippet er ofte omtalt som *One out, all out*. For mer om dette, se Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 32 flg.

Eksempel: En vannforekomst blir vurdert på bakgrunn av fem ulike kvalitetselementer. Fire av dem har tilstandsklasse «svært god», og én har tilstandsklasse «god». Vannforekomsten i sin helhet blir da tildelt tilstandsklasse «god».

Vannforekomstenes økologiske tilstand fastsettes på grunnlag av biologiske kvalitetselementer, med fysiske og kjemiske forhold som såkalte støtteparametere (hydromorfologiske og fysisk-kjemiske, alle omtalt som kvalitetselementer).¹¹⁶ Den økologiske tilstanden bestemmes primært med grunnlag i det biologiske mangfoldet i vannforekomstene gjennom de biologiske kvalitetselementene, som tilstanden til planter, dyr og andre levende organismer.¹¹⁷

Utgangspunktet for klassifiseringssystemet er naturtilstanden uten menneskelig påvirkning («svært god» tilstand). Systemet bestemmer hva som utgjør avvik fra naturtilstanden som kan aksepteres. «God» økologisk tilstand er etter vedlegg V definert som «akseptable avvik» fra naturtilstanden,¹¹⁸ altså en tilstand med visse tegn til menneskelig påvirkning, for både de biologiske kvalitetselementene og for de fysisk-kjemiske og hydromorfologiske støtteparameterne.

For hver enkelt vannkategori foreskriver direktivet spesifikke biologiske kvalitetselementer, og for hvert kvalitetselement må medlemsstatene definere måleparametere med tilhørende grenseverdier for hver tilstandsklasse.¹¹⁹ Det gjør det mulig å angi avvik fra klassifiseringssystemets utgangspunkt, naturtilstanden.¹²⁰

For noen av parameterne er det dannet harmoniserte klassegrenser gjennom et såkalt interkalibrerings samarbeid mellom land med lignende vann typer. Formålet med interkalibrerings samarbeidet er å sikre lik gjennomføring av direktivet, og å

¹¹⁶ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 7 og s. 9.

¹¹⁷ Jf. direktivets vedlegg V og Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 3.

¹¹⁸ Vedlegg V, punkt 1.2, hvor det heter at «[v]ærdierne for de biologiske kvalitetselementer ... udviser niveauer, der er svagt ændret om følge af menneskelig aktivitet, men afviger kun lidt fra, hvad der normalt gælder for denne type overfladevand under uberørte forhold.»

¹¹⁹ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 3.

¹²⁰ *Ibid* s. 7.

sikre at klassegrensene er i tråd med de kravene som følger av direktivet. De interkalibrerte grenseverdiene er tekniske vedlegg til direktivet, og er bindende for medlemsstatene. For de parameterene som ikke er omfattet av interkalibrerings-samarbeidet, pågår det nasjonale klassifiseringsprosesser. Disse grenseverdiene er ikke inntatt i direktivet, men vil typisk fremgå av nasjonale veiledere til gjennomføringen av direktivet.¹²¹

Kvalitetselementene som danner grunnlaget for vurderingen av miljøtilstanden i *kystvann* er planteplankton, makroalger og angiospermer og bunnlevende virvelløse dyr (biologiske kvalitetselementer), samt støtteelementene tidevannssystem og morfologiske forhold (hydromorfologiske kvalitetselementer) og temperatur, oksygenkonsentrasjon, siktedyp, konsentrasjon av næringsstoff, spesifikke syntetiske forurensende stoffer og spesifikk ikke-syntetiske forurensende stoffer (fysisk-kjemiske kvalitetselementer).¹²²

Kjemisk tilstand i vannforekomstene bestemmes ut fra mengden forurensende stoffer i vannet,¹²³ og klassifiseres ved hjelp av fastsatte grenseverdier for en gruppe kjemiske stoffer (såkalte prioriterte stoffer),¹²⁴ i to klasser «God» og «dårlig». Miljømålet for alle overflatevannsforekomster er at det skal oppnås «god» kjemisk tilstand innen 2021. For å nå dette målet skal utslipp av de prioriterte stoffene reduseres eller stanses med sikte på å oppnå konsentrasjoner som er nær bakgrunnsnivået for naturlig forekommende stoffer, og nær null for menneskeskapte stoffer.¹²⁵ For å

¹²¹ I Norge er disse klassegrensene/grenseverdiene inntatt i Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018).

¹²² Jf. direktivets vedlegg V, punkt 1.2.4.

¹²³ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 8 og Bugge (2019) s. 358.

¹²⁴ Inntatt i direktivets vedlegg VII, herunder organiske fosforforbindelser, stoffer som bidrar til eutrofiering (særlig nitrater og fosfater), cyanider, metaller og arsen. Det heter i den 27. betraktningen til direktivet at «[d]ette direktivs endelige mål er at oppnå en eliminering af prioriterte farlige stoffer og at bidrage til at oppnå koncentrationer i havmiljøet, der er tæt på baggrundsværdierne for naturligt forekommende stoffer».

¹²⁵ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 12.

oppnå «god» overflatevanntilstand, må både den økologiske og kjemiske tilstanden være i det minste «god».¹²⁶

Vanndirektivet inneholder altså krav om at medlemsstatene skal søke å oppnå minst *god tilstand* i egne vannforekomster og krav om at det utarbeides regionale vannforvaltningsplaner og tiltaksprogram for å oppnå dette målet. Siktemålet med den videre fremstillingen i kapittel 3 er å fastlegge det nærmere innholdet i kravet om å *forebygge forringelse* i overflatevann i art. 4(1)(a)(i) med tilhørende unntak i art. 4(7). Som vi skal se, har EU-domstolen gjort kravet mer uavhengig av de ovennevnte planene og programmene.¹²⁷ Begge de to ovennevnte kvalitetsmålene er imidlertid så tett knyttet sammen at det også er behov for en kort, nærmere redegjørelse for innholdet i kravet om å forbedre miljøtilstanden¹²⁸ i vannforekomstene i art. 4(1)(a)(ii). Det gjøres i avsnitt 3.4.

3.3 Plikten til å forebygge forringelse

Det nærmere innholdet i plikten til å forebygge forringelse var i årevis, som plikten til forbedring, gjenstand for debatt. Dels gjaldt uenigheten kravets *omfang*, og dels hva som *utgjør en forringelse* i direktivets forstand.

Artikkel 4(1)(a)(i) krever at medlemsstatene «iværksætter de nødvendige foranstaltninger med henblik på at forebygge forringelse» av tilstanden i alle overflatevannsforekomster.¹²⁹ Medlemsstatene skal altså

¹²⁶ «God overfladevandtilstand» forstås som «den tilstand et overfladevandområde har nået, når både dets økologiske og dets kemiske tilstand er i det mindste «god», jf. art. 2(1) nr. 18.

¹²⁷ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 50. Her refereres det til nye inngrep eller ny aktivitet som kommer i løpet av planperioden. Temaet behandles nærmere i avsnitt 4.5. Det betyr ikke at forbudet ikke har tilknytning til planene og programmene overhodet. Der man i løpet av planleggingen er klar over at trenden med påvirkninger, klimaendring o.l. kan føre til forringelse, skal det være forebyggende tiltak også i tiltaksprogrammene.

¹²⁸ Kravet om å oppnå i det minste «god» tilstand, jf. art. 4(1)(a)(ii).

¹²⁹ Art. 4(1)(a)(i). Direktiv 2008/56/EF (havstrategirammerammedirektivet) er bygget over samme lest som vanndirektivet på dette punktet.

igangsette tiltak som er nødvendige for å forhindre¹³⁰ at miljøtilstanden i egne overflatevannsområder forverres.

Spørsmålet er hvordan bestemmelsen skal forstås, og hvilken betydning plikten har for reguleringen av fiskeoppdrett mer konkret. Betydningen beror på hva som ligger i kravet om å «forebygge forringelse», hva det innebærer at medlemsstatene «iværksætter de nødvendige tiltak», og hva som utgjør en «forringelse» i direktivets forstand.

3.3.1 Kravets omfang

Bestemmelsen kan forstås slik at medlemsstatene skal *arbeide* for å hindre forringelse. Ordlyden med «henblik på» å forebygge forringelse kan synes å støtte opp under en slik tolkning. Også ordlyden «forebygge» forringelse kan tas til inntekt for at det dreier om et krav som gir anvisning på at medlemsstatene skal søke å unngå at miljøtilstanden forverres. Med en slik forståelse lagt til grunn, må kravet betraktes som en form for omsorgsforpliktelse, som innebærer at statene skal gjøre sitt beste for å forhindre forringelse av tilstanden i egne forekomster.

Samtidig kan ordlyden «iværksætter» tilsi at medlemsstatene har en *plikt* til å igangsette de tiltak som er påkrevd, eller nødvendige, for å sikre at tilstanden i egne forekomster ikke forverres – altså en bestemmelse av bindende karakter. Hvis ordlyden «forebygge» best skal forstås som «forhindre»,¹³¹ underbygger det at kravet gir anvisning på en rettslig bindende plikt for medlemsstatene. Ordlyden «nødvendige tiltak» trekker

¹³⁰ I denne fremstillingen brukes «forhindre», «hindre» og «forebygge» som synonymer for variasjonens skyld, selv om begrepene trolig har noe ulikt meningsinnhold, se neste fotnote.

¹³¹ Det danske ordet «forebygge» er trolig best oversatt til norsk som «forhindre». I deler av den norske versjonen av direktivet er også nettopp begrepet «forhindre» brukt, i stedet for «forebygge», som gjennomgående brukes i den danske versjonen, se eksempelvis art. 4(6)(1)(a). «Forhindre» må ses på som et ord som i større grad enn «forebygge» gir anvisning på et pålegg. Å «forebygge» betyr ikke nødvendigvis at man hindrer noe i å skje (men noe *virker hindrende*, det *vanskeliggjør* at X skjer), mens «forhindre» i større grad gir anvisning på å *hindre* noe: at X eller Y *ikke* skal skje. At «forhindre» antakelig er den riktigste oversettelsen til norsk, understøttes av at ordlyden som er brukt på henholdsvis engelsk, spansk og tysk er «prevent», «prevenir» og «verhindern», som alle, etter hva jeg har kunnet bringe på det rene, er best oversatt til norsk som «forhindre».

etter mitt syn i samme retning. Om bestemmelsen ikke ga uttrykk for annet enn løse mål, ville vilkåret «nødvendig» vært overflødig. Med en slik forståelse lagt til grunn må kravet betraktes som en form for resultatforpliktelse.

I storkammersaken *Weser* tok EU-domstolen stilling til hvordan bestemmelsen skal forstås, og avgjorde med den striden om kravenes omfang og definisjonen av hva som utgjør en forringelse i direktivets forstand. Før *Weser* hadde det pågått en diskusjon i juridisk teori om forståelsen av den juridiske statusen til direktivets materielle krav til miljøtilstanden i vannforekomstene. Spørsmålet var om kravene skulle forstås som rettslig bindende krav, eller om de snarere skulle tolkes som målsettinger.¹³²

Saken som ble forelagt domstolen, omhandlet et prosjekt for utgraving av deler av elven *Weser*, som skulle gi større containerskip tilgang til en rekke havner i området. Den anmodende tyske domstolen ba EU-domstolen om å avgjøre flere spørsmål, blant annet hvorvidt medlemsstatene må nekte prosjekter som kan føre til forringelse av tilstanden i overflatevannsforekomster, og hva som utgjør en «forringelse» i direktivets forstand.

EU-domstolen la til grunn at både plikten til å forebygge forringelse og plikten til forbedring er av bindende karakter,¹³³ og at kravene gjelder så snart tilstanden i en vannforekomst er fastslått.¹³⁴ Domstolen underbygget dette med bestemmelsens ordlyd, «iværksætter de nødvendige foranstaltninger med henblik på at forebygge forringelse», og fastslo at begrepet «iværksætter» innebærer en *plikt* til å treffe tiltak for å nå målet om å forhindre forringelse av tilstanden i overflatevannsforekomstene og at *godkjennelse av enkeltprosjekter* skal forstås som en slik iverksettelse.¹³⁵ Også forarbeidene og direktivets unntaksregime bygger etter domstolens syn opp under en forståelse av plikten til å forebygge forringelse som et bindene krav.

¹³² Paloniitty (2016) s. 155–156.

¹³³ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 31–46, merk spesielt avsn. 43.

¹³⁴ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 43.

¹³⁵ *Ibid* avsn. 32.

Direktivet var opprinnelig utformet slik at det åpnet for at vannforekomster med «svært god» tilstand kunne forringes til «god». Etter en endring initiert av Europaparlamentet, sonderer direktivet nå, som vi har sett, mellom de to kvalitetsmålene plikt til forbedring og plikt til forebygging.¹³⁶ Endringen understreket den selvstendige betydningen til kravet om å hindre forringelse.

At plikten til å forebygge forringelse skal forstås som et bindende krav, begrunnet domstolen også med at unntaksbestemmelsen i art. 4(7)¹³⁷ bare gir medlemsstatene anledning til å fravike denne plikten i situasjoner hvor «alle praktisk gjennomførlige skridt [er tatt] for at mindske den skadelige indvirkning» av et bestemt prosjekt.¹³⁸ Om det ikke hadde dreid seg om et bindende krav, ville ikke den tilhørende unntaksbestemmelsen krevd at medlemsstatene skal utføre alle praktisk gjennomførbare skritt for å sikre at fravik får så små skadelige effekter som mulig.¹³⁹ Videre fant domstolen at også direktivets unntaksregime indikerer at forbudet gjelder for enkeltprosjekter: I tilslutning til Generaladvokat Jääskinens innstilling, la domstolen til grunn at direktivets system tilsier at art. 4 ikke bare utgjør programmatisk plikter, men bindende krav som får anvendelse på individuelle prosjekter.¹⁴⁰

At medlemsstatene har en *plikt* til å treffe «nødvendige» tiltak for å nå målet om å forhindre forringelse av tilstanden i overflatevannsforekomstene og at *godkjennelse av enkeltprosjekter* skal forstås som en slik iverksettelse,¹⁴¹ innebærer at medlemsstatene skal nekte prosjekter som *kan* føre til forringelse av overflatevannsforekomster, med mindre det dreier seg om en situasjon hvor kriteriene i et av unntakene i art. 4(7) er oppfylt.¹⁴² Kriteriet «nødvendig» gir altså anvisning på en avveining mellom tiltak som er påkrevd for å hindre forringelse (nekte

¹³⁶ *Ibid* avsn. 40.

¹³⁷ De to alternativene i art. 4(7) behandles utførlig under.

¹³⁸ Art. 4(7) bokstav a.

¹³⁹ Unntakene i art. 4(7) behandles nærmere i avsnitt 3.5.

¹⁴⁰ Sak C-461/13 Weser, avsn. 47.

¹⁴¹ *Ibid* avsn. 32.

¹⁴² *Ibid* avsn. 51. Det samme gjelder hvis det er risiko for kravet om «god» tilstand ikke nås innen direktivets frister.

tillatelse) og tiltak som kan iverksettes (tillatelser som kan gis, uten at det går på bekostning av målet om å forhindre forringelse). Domstolen understreket at «enhver forringelse» av tilstanden til overflatevannsforekomster skal unngås, med mindre det innrømmes en fravikelse, «uavhengig av de mere langsigtede planer, der følger av forvaltningsplaner og indsatsprogrammer».¹⁴³ EU-domstolen presiserte dermed kravets selvstendige betydning i enkeltsaker.¹⁴⁴ Medlemsstatene må derfor vurdere om et av direktivets unntak kommer til anvendelse konkret i enhver sak hvor et prosjekt eller tiltak *kan* lede til forringelse av tilstanden i direktivets forstand.¹⁴⁵

For å kunne avgjøre om en aktivitet kan føre til forringelse av miljøtilstanden i en forekomst, må prosjektet først evalueres. I Kommissjonens retningslinjer kalles en slik forundersøkelse *Article 4(7) Applicability Assessment*.¹⁴⁶ Direktivet skal etter *Weser* altså forstås slik at det inneholder et prosessuelt krav om at det utføres forundersøkelser som er egnet til å avdekke om tildeling av tillatelse «kan» føre til at det oppstår en forringelse miljøtilstanden i alle saker som hører inn under rettsaktens saklige og geografiske virkeområde. Om evalueringen viser at tiltaket *ikke* kan forringe tilstanden, kan tillatelse gis uten at unntakene i art. 4(7) vurderes.¹⁴⁷ For oppdrettsvirksomhet innebærer det at der forundersøkelser viser at tildeling ikke kan forringe tilstanden i en konkret kystvannsforekomst, kan tildelingsmyndighetene gi tillatelse uten å ta direktivkravene i betraktning.

¹⁴³ *Ibid* avsn. 50.

¹⁴⁴ Til tross for ordlyden i art. 4(1), som sier at målene gjelder «ved iværksettelsen af de indsatsprogrammer, der er angivet i vandområdeplanerne ...». Ordlyden er ikke dekkende for omfanget av plikten til å hindre forringelse etter *Weser*.

¹⁴⁵ Paloniitty har tatt til orde for at *Weser* endret direktivets karakter fra «... the alleged management planning instrument ... into a more traditional, formalistic legal tool, affecting individual permitting procedures all across the Union», se Paloniitty (2016) s. 1. (Min kursivering).

¹⁴⁶ CIS Guidance document No. 36 s. 38 flg.

¹⁴⁷ At disse undersøkelsene må foretas *før* tildeling av tillatelse følger implisitt av *Weser*. I sak C-535/18 la EU-domstolen imidlertid eksplisitt til grunn at evalueringene skal skje før tillatelsen gis. I avsnitt 90 heter det at «[a]rtikkel 4 i direktiv 2000/60 ... er til hinder for at ... kontrol med ... forpligtelsen til at forebygge forringelse ... først kan finde sted, efter at der er givet tilladelse til projektet.»

Før *Weser* ble plikten til å forebygge forringelse forstått som underordnet plikten til forbedring (oppnå minst «god» tilstand).¹⁴⁸ Med *Weser* slo imidlertid domstolen fast at kravet om å forebygge forringelse er gitt en selvstendig status av EU-lovgiver, og «ikke blot er et redskab» som kan anvendes i tilknytning til plikten til forbedring.¹⁴⁹

I *Weser* klargjorde også EU-domstolen fra hvilket tidspunkt forbudet mot forringelse gjelder. I sak C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias* var det blitt lagt til grunn at både plikten til forbedring og plikten til å forebygge forringelse først gjaldt fra utløpet av fristen for utarbeidelse av vannforvaltningsplaner. I *Weser* slo EU-domstolen at plikten til å forebygge forringelse, til forskjell fra plikten til forbedring, er bindende «i hver fase» av gjennomføringen av direktivet, og at den gjelder for alle typer overflatevannsføremønstre og alle tilstander, hvor det er vedtatt eller «burde være vedtaget»¹⁵⁰ en vannforvaltningsplan.¹⁵¹ Domstolen la altså til grunn at direktivet skal forstås slik at spørsmålet om den aktuelle vannforekomsten allerede er omfattet av en vannforvaltningsplan eller ikke, ikke er av betydning overhodet for forbudet mot forringelse, og fravek med dette utgangspunktet fra *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias*.

Generaladvokat Jääskinen karakteriserte i sin innstilling forbudet mot forringelse som en selvstendig regel av «tværgående og operationel» karakter, som lovgiver har gitt en særlig status. Ikke bare er plikten til å hindre forringelse plassert før plikten til forbedring i både art. 1 og art. 4, den har, i motsetning til plikten til forbedring, ingen tidsfrister for måloppnåelse knyttet til seg, og dermed heller ingen mulighet til fristforlengelser etter art. 4(5) og 4(6). Plikten utgjør dermed et «umiddelbart og generelt» krav.¹⁵²

¹⁴⁸ Paloniitty har påpekt at domstolen med dette ga plikten til å forebygge forringelse «an independent and significant status, moving on from scholarly writings that have focused on the good status obligation in Article 4(1)(a)», se Paloniitty (2016) s. 157.

¹⁴⁹ C-461/13 *Weser*, avsn. 49.

¹⁵⁰ Min kursivering.

¹⁵¹ C-461/13 *Weser*, avsn. 50.

¹⁵² Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jääskinen, avsn. 65–68.

Plikten til å forebygge forringelse må etter dette forstås som et rettslig bindende krav som innebærer at medlemsstatene ikke skal la miljøtilstanden i egne forekomster forverres. For å nå målet dette målet, må medlemsstatene iverksette de tiltak som er nødvendige, nærmere bestemt nekte tildeling av tillatelser som *kan* lede til en forringelse i direktivets forstand, med mindre unntakskriteriene i art. 4(7) er oppfylt. Det betyr at i alle saker som faller inn under direktivets virkeområde, skal medlemsstatenes tildelingsmyndigheter foreta en avveining av om det er «nødvendig» å avslå en søknad om tillatelse, for å sørge for å hindre forringelse i den aktuelle vannforekomsten, eller om søknaden kan innvilges, fordi det aktuelle prosjektet ikke vil kunne lede til forringelse av miljøtilstanden i den aktuelle vannforekomsten.

Det neste spørsmålet er hva som utgjør en «forringelse» i direktivets forstand. Som vi har sett, har også dette spørsmålet vært gjenstand for debatt i juridisk teori.¹⁵³

3.3.2 Om hva som utgjør en «forringelse af tilstanden»

Ordlyden forebygge «forringelse» kan tolkes som at vannforekomstenes miljøtilstand ikke skal bli dårligere enn den var da direktivet trådte i kraft, slik at all forverring omfattes. Samtidig kan ordlyden tilsa at det først foreligger en «forringelse» (som skal forhindres) der det dreier seg om en slik forverring av tilstanden i en overflatevannsforekomst at den rykker ned (fra eksempelvis «svært god» til «god»), i direktivets klassifiseringssystem.

¹⁵³ Generaladvokat Jääskinens forslag til avgjørelse, avsn. 90. Se også for eksempel Paloniitty (2016) s. 155.

I *Weser* la EU-domstolen til grunn at ordlyden tilsier at begrepet «forringelse» omfatter alle negative endringer.¹⁵⁴ Domstolen underbygget dette synet med at art. 4 bare henviser til direktivets klassifiseringssystem i art. 4 (1)(a)(ii), som gjelder *plikten til forbedring*, og at det ikke er noen tilsvarende henvisning i art. 4(1)(a)(i), om plikten til å hindre forringelse. Domstolen fastslo, i tilslutning til Generaladvokat Jääskinens innstilling, at årsaken til dette er at «forringelse» er et begrep med «global rækkevidde», og at klassene i vedlegg V må ses på som redskap som medlemsstatene bruker i arbeidet med å kartlegge vannforekomstenes faktiske tilstand.¹⁵⁵ Ifølge Generaladvokat Jääskininen innebærer dette at forbudet mot forringelse «...rækker ud over vandrammedirektiets tekniske karakter».¹⁵⁶

Domstolen underbygget dette med at en forståelse av forringelse i tråd med den såkalte klasseteorien ikke ville gitt incentiver til å søke å unngå forringelser innad i én og samme tilstandsklasse. Dette fordi forringelse av andre kvalitetselementer enn det laveste, ikke ville ledet til en forringelse i direktivets forstand,¹⁵⁷ og dermed ikke ville hatt noen rettsvirkning. Med en slik forståelse av begrepet lagt til grunn, ville dessuten vannforekomster klassifisert som *dårlig* (laveste tilstandsklassene) ikke vært omfattet av forbudet mot forringelse, fordi en forringelse ikke ville vært juridisk mulig.

¹⁵⁴ Direktivet inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet «forringelse af tilstanden», og utgangspunktet for fortolkning av ordlyden ble dermed tatt i «dets sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug», jf. C-201/13 Deckmyn, avsn. 19. I sak 283/81 *CILFIT* oppstilte domstolen et krav til sammenligning av EUs rettsakter i samtlige språkdrakter, jf. avsn. 18. Kravet må antakelig ses i lys av at EU bare hadde 10 medlemsstater da avgjørelsen ble truffet. Fredriksen og Mathisen mener at EU-domstolen har tatt konsekvensen av de praktiske utfordringene opprettholdelsen av et slikt krav ville medført – det er utelatt i nyere praksis knyttet til foreleggelsesplikten etter TEUF art. 267. De tar derfor til orde for at det må være tilstrekkelig for nasjonale rettsanvendere å sammenligne egen språkversjon med et par andre, se Fredriksen og Mathisen s. 297–298.

¹⁵⁵ C-461/13 *Weser*, avsn. 61.

¹⁵⁶ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jääskininen, avsn. 99.

¹⁵⁷ Fordi den økologiske tilstanden i en vannforekomst blir bestemt av tilstanden til det kvalitetselementet som har den dårligste tilstandsklassen, i tråd med det såkalte Det verste styrer-prinsippet, jf. avsnitt 3.2.

Videre fant EU-domstolen at det er tale om en «forringelse» av miljøtilstanden der minst ett av kvalitetselementene (som danner grunnlag for klassifiseringen av en bestemt vannforekomst, jf. direktivets vedlegg V) faller med ett nivå, selv om endringen ikke innebærer at overflatevannområdet i sin helhet rykker en tilstandsklasse ned.¹⁵⁸ Definisjonen gjelder for både økologisk og kjemisk tilstand.¹⁵⁹ Det innebærer at det kan foreligge en forringelse uten at forandringen nødvendigvis fører til fall i tilstandsklasse for forekomsten som sådan – forverring av miljøtilstanden innenfor én og samme klasse kan altså utgjøre en forringelse i direktivets forstand.¹⁶⁰

Eksempel til illustrasjon for økologisk tilstand: Vannforekomst Y blir vurdert på bakgrunn av fem ulike kvalitetselementer: A, B, C, D, og E. Kvalitetselementene A, B og C har «svært god» tilstand og elementene D og E har «god» tilstand. Vannforekomsten har da «god» tilstand, i tråd med *Det verste styrer-prinsippet*. Dersom et tiltak fører til at kvalitetselement C faller fra «svært god» til «god» tilstand, vil ikke tilstandsklassen til vannforekomsten som sådan endres, den vil fremdeles ha «god» status. Tiltaket fører likevel til en forringelse i direktivets forstand. Dersom kvalitetselement C svekkes som følge av tiltaket, men ikke faller fra «svært god» til «god», foreligger det ingen forringelse.

¹⁵⁸ C-461/13 *Weser*, avsn. 69. Siden direktivet ikke gir anvisning på hvordan vilkåret skal forstås, foretok domstolen en kontekstuell og formålsorientert tolkning av ordlyden i vilkåret, se avsn. 53–69.

¹⁵⁹ Konkret omhandlet *Weser*-saken økologisk tilstand, men EU-domstolen la en bred definisjon av forringelse til grunn, som må antas å gjelde kjemisk så vel som økologisk tilstand. Denne forståelsen understøttes av EU-domstolens avgjørelse i sak C-535/18, der den fastslo at det foreligger en forringelse av kjemisk tilstand der det oppstår en «...overskridelse af mindst ét af de kvalitetskrav eller tærskelværdier...» for prioriterte stoffer, se avsn. 119. Sistnevnte sak omhandlet grunnvann, men definisjonen av forringelse har overføringsverdi til overflatevannforekomster. For kjemisk tilstand utgjør fall i tilstandsklasse overskridelser av miljøkvalitetsstandarder fastsatt i vedlegg VIII for ett eller flere prioriterte stoffer.

¹⁶⁰ I tråd med den såkalte *status quo*-teorien. Før *Weser* var den rådende oppfatning at det forelå en forringelse i direktivets forstand først der tilstanden i en overflatevannforekomst rykket en tilstandsklasse ned (fra eksempelvis «svært god» til «god»), i tråd med den såkalte klasseteorien (det gikk også frem av de dagjeldende retningslinjene fra Kommisjonen, CIS guidance document no. 20). For mer om de to teoriene, se Generaladvokat Jääskinens forslag til avgjørelse i *Weser*, avsn. 90 og 100–109.

Domstolen slo fast, i tilslutning til Generaladvokat Jääskinen,¹⁶¹ at forbudet mot forringelse «såfremt begrebet 'forringelse' fortolkes i forhold til et kvalitetselement eller stof» bevarer sin «fulde effektive virkning»,¹⁶² ettersom det da omfatter alle endringer som kan innebære en risiko for at direktivets hovedmål ikke nås.¹⁶³

For kvalitetselementer som allerede er kategorisert som «svært dårlig» (laveste tilstandsklasse), vil *enhver* forringelse av et kvalitetselement utgjøre en «forringelse» i direktivets forstand. Domstolen begrunnet denne forståelsen med at direktivet, til tross for at det åpner for at medlemsstatene kan stille lavere krav til vannforekomster som er kategorisert som sterkt modifiserte uten at det utgjør et brudd på direktivet,¹⁶⁴ ikke under noen omstendighet åpner for ytterligere forringelse av disse forekomstenes tilstand.¹⁶⁵

Eksempel: En kystvannsforekomst har tilstandsklasse «svært dårlig», for eksempel som følge av tilsig av næringssalter fra overgjødning i jordbruksområder som omkranser forekomsten. Ny aktivitet, eksempelvis et oppdrettsanlegg, som vil tilføre ytterligere næringssalt (eller annet som påvirker kvalitetselementene i kystvann negativt), vil uansett utgjøre en ulovlig forringelse i direktivets forstand, selv om det ikke leder til fall i tilstandsklasse for ett eller flere kvalitetselementer. At bunnen er nådd i direktivets klassifiseringssystem, innebærer altså ikke at det er adgang til å forverre miljøtilstanden – tvert om vil da enhver negativ endring omfattes av forbudet mot forringelse.

Forbudet mot forringelse innebærer altså at medlemsstatene skal nekte enkeltprosjekter eller tiltak som *kan* føre til at ett eller flere kvalitetselementer knyttet til en overflatevannsforekomst faller med ett eller flere nivå, selv om forringelsen ikke nødvendigvis leder til at overfla-

¹⁶¹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-461/13 *Weser*, avsn. 105

¹⁶² Henvisning til tolkningsprinsippet *effet utile*, som kan oversettes til norsk som «tjenlige virkning», se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 313 flg., med videre henvisning til Forente saker C-402 og 432/07 *Sturgeon*, avsn. 47, hvor det heter at «... hvis en fællesskabsbestemmelse kan fortolkes på flere måder, skal den fortolkning, som kan sikre bestemmelsens effektive virkning, foretrækkes».

¹⁶³ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 66.

¹⁶⁴ Art. 4(5)(c).

¹⁶⁵ C-461/13 *Weser*, avsn. 64.

tevannsforekomsten som sådan ender i en lavere klasse. Det innebærer at direktivet i utgangspunktet bare i beskjeden grad tillater forringelse av miljøtilstanden i kystvann. Rettsakten åpner like fullt for unntak fra denne hovedregelen. Før vi i avsnitt 3.5 og 3.6 skal se på hvilke kriterier som må være oppfylt for at forverring av miljøtilstanden skal utgjøre en tillatt forringelse etter direktivet, skal vi først se kort på det nærmere innholdet i plikten til forbedring.

3.4 Plikten til forbedring

Art. 4(1)(a)(ii) bestemmer at medlemsstatene «beskytter, forbedrer og restaurerer» alle overflatevannsforekomster «med henblik på at opnå» god tilstand. Også her kan ordlyden «med henblik på» synes å støtte opp under en forståelse av plikten som en form for omsorgsforpliktelse. Som vi så i forrige avsnitt, avgjorde imidlertid *Weser* ikke bare at forbudet mot forringelse utgjør et rettslig bindende krav. Det samme gjelder for plikten til forbedring.¹⁶⁶

At kravet er rettslig bindende, innebærer at miljømålene skal nås for samtlige vannforekomster i Norge innen 2021 (endelig frist 2033), utenom i områder der direktivets unntaksregime har åpnet for at målene fravikes eller der det har blitt innvilget forlenget frist.¹⁶⁷ Frem til fristen for måloppnåelse for EFTA-landene utløper, følger det antakeligvis likevel av de EU-rettslige prinsippene om forvirkninger og lojalitet at målsettingen om å oppnå minst «god» tilstand skal tas i betraktning. Etter utgangen av 2021 vil ikke spørsmålet lenger komme på spissen¹⁶⁸ – da vil samtlige forekomster i EØS-området være bundet av begge de to materielle kravene til miljøtilstanden i vannforekomstene.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 38–43 og avsn. 51.

¹⁶⁷ Som følge av midlertidige forringelser etter art. 4(6), nye fysiske inngrep eller ny aktivitet etter 4(7) eller fristutsettelse etter 4(4).

¹⁶⁸ Foruten i de vannforekomstene som har endelig frist i 2033.

¹⁶⁹ Det er utenfor rammene for denne avhandlingen å drøfte omfanget av *plikten til forbedring* nærmere.

I sak C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias* uttalte domstolen at miljømålene ikke gjaldt før utløpet av fristen for utarbeidelse av vannforvaltningsplaner med tilhørende tiltaksprogram.¹⁷⁰ Domstolen la likevel til grunn, under henvisning til tidligere rettspraksis, at medlemsstatene også i perioden forut for utløpet av gjennomføringsfrister som de ovennevnte, har en plikt til å avstå fra å treffe tiltak som kan bringe virkeliggjøringen av direktivers mål («foreskrevne resultat») i «alvorlig fare».¹⁷¹ Det må ses på som et utslag av *forvirkninger* – det stilles i visse situasjoner krav til medlemsstatene også før utløpet slike gjennomføringsfrister,¹⁷² noe som må ses i lys medlemstatenes lojalitetsplikt. Det følger antakeligvis derfor både av lojalitetsprinsippet og prinsippet om forvirkninger at medlemsstatene ikke har adgang til å tildele tillatelser som bringer virkeliggjøringen av rettsaktens formål i «alvorlig fare», på grunn av for eksempel tillatelsenes omfang eller art, selv om de i utgangspunktet fremdeles er lovlige mens gjennomførings- eller måloppnåelsesfristene løper.¹⁷³

3.5 Midlertidige forringelser

En midlertidig forringelse av miljøtilstanden i en vannforekomst er ikke i strid med direktivet dersom den skyldes «omstændigheder af naturligt art eller force majeure».¹⁷⁴ For at dette unntaket fra forbudet mot forringelse skal kunne komme til anvendelse, må fem tilleggsvilkår være tilfredsstilt. Disse kan antakeligvis best anses som responskrav – krav til hvordan medlemsstatene skal reagere i situasjoner der det oppstår en midlertidig forringelse, uten at forverringen av miljøtilstanden utgjør et brudd med direktivet. Pliktene omfatter blant annet krav om at det

¹⁷⁰ Se sak C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias*, avsn. 48–53 og forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Kokott i samme sak, avsn. 50.

¹⁷¹ Sak C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, avsn. 45, forente saker C-165/09 – C-167/09 *Stichting Natuur en Milieu m.fl.*, avsn. 78 og sak C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias* avsn. 57–58.

¹⁷² Se Schütz (2014) s. 38 flg. Fredriksen og Mathisen viser til at spørsmålet om direktivers forvirkninger typisk vil komme på spissen i tilfeller hvor medlemsstatene «klart misbraker» gjennomføringsfrister til å underminere den fremtidige virkningen av rettsakten, ved eksempelvis å «fremskynde behandlingen av konsesjonssøknader som ved utløpet av gjennomføringsfristen vil omfattes av et nytt EU/EØS-rettslig reguleringsregime», se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 376. For mer om forvirkninger, se s. 375–377.

¹⁷³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 375–377.

¹⁷⁴ Art. 4(6).

både settes i verk tiltak for å hindre ytterligere forringelser og tiltak for å sikre gjenoppretting av miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten, og at både de ekstraordinære omstendighetene og tiltakene som igangsettes inntas i vannforvaltnings- og tiltaksplaner. Alternativet vil typisk oppstå i driftsfasen for oppdrett.

Tilleggsvilkårene gir anvisning på at alle «alle praktisk gjennomførlige skritt» er tatt for å «forebygge yderligere forringelse» i tilstanden og unngå hindringer for gjennomføring av målene i dette direktiv i andre vannforekomster som ikke er berørt av disse omstendighetene,¹⁷⁵ forholdene der omstendighetene er ekstraordinære eller ikke med rimelighet kan forutses, kan angis, sammen med egnede indikatorer, i vannforvaltningsplanen,¹⁷⁶ tiltakene som skal treffes under slike ekstraordinære omstendigheter inngår i tiltaksprogrammet, og vil ikke være til hinder for gjenopprettingen av vannforekomstens kvalitet når omstendighetene ikke lenger foreligger,¹⁷⁷ virkningene av omstendigheter som er ekstraordinære eller ikke med rimelighet kunne forutses vurderes årlig, og med forbehold for årsakene nevnt i nr. 4 bokstav a), treffes alle tiltak med sikte på så raskt som praktisk gjennomførbart å gjenopprette den tilstand vannforekomsten hadde før virkningene av omstendighetene,¹⁷⁸ en oversikt over virkningene av omstendighetene og tiltak som er truffet eller skal treffes i henhold til bokstav a) og d), inkluderes i neste ajourføring av vannforvaltningsplanen.¹⁷⁹

At det overhodet finnes et eget unntak som regulerer *midlertidige* forringelser, underbygger den strenge forståelsen av forbudet mot forringelse EU-domstolen la til grunn i *Weser*. Ikke bare i situasjoner hvor det dreier seg om forringelser som forventes å vare over tid, oppstiller direktivet krav av både materiell og prosessuell art.¹⁸⁰ Unntaket i art. 4(6) viser at også i tilfeller hvor den aktuelle forringelsen antas å vare i en kortere periode, krever direktivet at forringelsen skyldes en force

¹⁷⁵ Art. 4(6)(a).

¹⁷⁶ Art. 4(6)(b).

¹⁷⁷ Art. 4(6)(c).

¹⁷⁸ Art. 4(6)(d).

¹⁷⁹ Art. 4(6)(e).

¹⁸⁰ Som er tilfellet for unntakene i art. 4(7).

majeure-lignende situasjon¹⁸¹ At forbudet mot forringelse må betraktes som strengt, illustreres også ved tilleggsvilkårenes krav til respons i disse situasjonene.

Eksempel: I mai 2019 oppstod det algeoppblomstring i kystvannforekomster i Troms og Nordland. Havforskningsinstituttet uttalte i etterkant at oppdrettsvirksomhet ikke var årsaken til at fenomenet oppstod, men at det ikke kunne utelukkes at utslipp av næringssalter fra anleggene kan ha forlenget oppblomstringen.¹⁸² Hvis det legges til grunn at oppblomstringen utgjorde en forringelse i direktivets forstand og at fenomenet oppstod som følge av «omstændigheder af naturligt art», er hovedvilkåret oppfylt. Spørsmålet er om norske myndigheter oppfylte de fem responskravene som følger av bokstav a-e. Eksempelvis krever tilleggsvilkåret i bokstav a) at «alle praktisk gjennomførlige skridt» er tatt for å «forebygge yderligere forringelse». Det innebærer antakelig at utslipp av næringssalter skal stanses frem til den midlertidige forringelsen har opphørt.

3.6 Unntak ved tildeling

3.6.1 Innledning

Direktivet oppstiller to situasjoner der forringelse av miljøtilstanden i en overflatevannforekomst ikke også er brudd på direktivet.¹⁸³ Første alternativ bestemmer at medlemsstatene ikke misligholder direktivet hvis forringelsen skyldes «nye ændringer af overfladevandområdet fysiske karakteristika». Andre alternativ bestemmer at manglende forebygging av tilstanden i en vannforekomst fra «svært god» til «god» ikke utgjør brudd på direktivet hvis mangelen skyldes «nye bæredygtige menneskelige utviklingsaktiviteter». Unntaksbestemmelsen krever i tillegg at fire kumulative villkår er oppfylt. Disse fremgår av bokstav a) til d). Bokstav b), som krever at årsakene til endringene er spesifikt angitt i vannforvaltningsplanene og at målene revideres hvert sjette år, behandles ikke her. I

¹⁸¹ «Omstændigheder af naturligt art eller force majeure» eller «omstændigheder som følge af ulykker, der ikke med rimelighed kunne have været forudset», jf. art. 4(6).

¹⁸² Hoddevik (2019).

¹⁸³ Artikkel 4(7) første og andre alternativ.

det følgende drøftes først innholdet i de to alternative inngangsvilkårene hver for seg, før tilleggsvilkårene behandles.

3.6.2 Forringelser som skyldes «nye endringer af overfladevandområdet fysiske karakteristika»

Ordlyden «nye endringer af overfladevandområdet fysiske karakteristika» tilsier at det dreier seg om situasjoner der de fysiske egenskapene i en vannforekomst forandres, som ved plassering av vannkraftverk eller andre installasjoner. Det foreligger ingen praksis fra EU-domstolen om det nærmere innholdet i dette vilkåret, men i Kommisjonens retningslinjer til bruk av art. 4(7)¹⁸⁴ heter det at det typisk vil dreie seg om hydromorfologiske endringer, det vil si endringer som påvirker vannets «strømningsmønster og temperatur, samt bunnens og breddens form og beskaffenhet».¹⁸⁵ I situasjoner hvor unntaket etter første alternativ er oppfylt gjelder det ingen begrensning på *omfanget* av den aktuelle forringelsen.

Eksempler på prosjekter eller tiltak som kan skape slike fysiske endringer er flomsikringsordninger, vannkraftverk¹⁸⁶ og settefiskanlegg. Flytende oppdrettsanlegg i sjø vil følgelig ikke falle inn under dette unntaket fordi anleggene ikke er egnet til å skape hydromorfologiske endringer i vannet. Alternativet omfatter utelukkende fysiske endringer, ikke prosjekter eller tiltak som kun forurenser.¹⁸⁷

3.6.3 Forringelser som skyldes «nye bæredygtige menneskelige utviklingsaktiviteter»

Artikkel 4(7) andre alternativ, som omfatter ny aktivitet, omfatter ifølge Kommisjonens retningslinjer prosjekter som skaper forurensning fra

¹⁸⁴ CIS Guidance document No. 36.

¹⁸⁵ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 215.

¹⁸⁶ CIS Guidance document No. 36 s. 19.

¹⁸⁷ CIS Guidance document No. 36 s. 21. Alternativet omfatter ikke prosjekter/tiltak som utelukkende skaper forurensning fra punktkilder eller diffuse kilder («point or diffuse sources of pollution»).

punktkilder eller diffuse kilder,¹⁸⁸ herunder fiskeoppdrettsanlegg. Bestemmelsen sier at «manglende forebyggelse af et overfladevandområdes forringelse fra tilstanden 'høj' [«svært god»] til tilstanden 'god' skyldes nye bæredygtige menneskelige utviklingsaktiviteter».

Alternativet gjelder kun økologisk tilstand – det åpnes bare for endringer fra «svært god» til «god» tilstand. Kjemisk tilstand klassifiseres, slik vi har sett, i de to klassene «god» og «dårlig». Direktivet åpner altså ikke for å fravike hovedregelen som forbyr forringelse her (for de prioriterte stoffene). Det betyr at der forundersøkelser viser at tildeling av tillatelse X kan føre til forringelse av kjemisk tilstand i kystvannsforkomst Y, skal tillatelse nektes.

Videre ser vi at unntaket ikke tillater ytterligere forringelser av økologisk tilstand enn fall fra «svært god» til «god». Det innebærer at det ikke åpnes for tildelinger som fraviker utgangspunktet om å oppnå minst «god» tilstand i alle vannforekomster på kontinentet, til forskjell fra unntaket for nye inngrep i første alternativ som, slik vi har sett, ikke inneholder noen slik nedre grense.

Vilkåret «nye» omfatter etter sin ordlyd prosjekter som ennå ikke har startet opp. I Kommisjonens retningslinjer heter det imidlertid at unntaket også skal vurderes for endringer ved igangsatt virksomhet, hvis endringene innebærer at driften kan forringe miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten.¹⁸⁹ Det betyr at unntaket må vurderes ikke bare ved nytildelinger,¹⁹⁰ men også ved søknader om endring i eksisterende tillatelser.¹⁹¹

For reguleringen av oppdrett i Norge, innebærer det at unntaket skal vurderes ved søknader om økning av produksjonskapasitet for lokalitets-MTB der forundersøkelsene (*Article 4(7) Applicability Assessment*) viser

¹⁸⁸ «Input of pollutants is therefore potentially only covered under the second limb of article 4(7) ...», se CIS Guidance document No. 36 s. 21.

¹⁸⁹ CIS Guidance document No. 36 s. 18–19.

¹⁹⁰ Der *Article 4(7) Applicability Assessment* viser at et omsøkt prosjekt kan lede til forringelse av miljøtilstanden i en vannforekomst.

¹⁹¹ Der forundersøkelsene viser at et omsøkt prosjekt kan lede til forringelse av miljøtilstanden i en vannforekomst.

at endringen kan føre til forringelse¹⁹² av miljøtilstanden. Konsekvensene dette har for oppdrettsvirksomhet drøftes nærmere i avsnitt 4.5.

Ordlyden nye «bæredygtige menneskelige utviklingsaktiviteter» tilsier at unntaket gjelder tiltak eller prosjekter som vil bedre livskårene for menneskene uten å ødelegge naturressursene og miljøet.¹⁹³ Kommisjonens retningslinjer gir ingen klar anvisning på hvordan vilkåret bør tolkes, men det heter at «bærekraft» omfatter økonomiske, sosiale og miljømessige aspekter, og at hva som utgjør bærekraftige utviklingsaktiviteter ikke lar seg definere ved bruk av klare, presise kriterier. Det nærmere innholdet i begrepet vil derfor avhenge av momenter som tid, omfang og tilgjengelig informasjon.¹⁹⁴ Også grunnleggende EU-rettslige prinsipper nevnt i direktivets fortale, som forurenser betaler-prinsippet og forsiktighetsprinsippet, gir veiledning her.¹⁹⁵ Det samme gjør FNs bærekraftsmål.¹⁹⁶ Her ser vi at Kommisjonens retningslinjer gir medlemsstatene et relativt stort skjønnsrom ved vurderingen av hva som utgjør en «bæredygtig» aktivitet.

Det kan reises spørsmål ved om oppdrett av fisk i det hele tatt er *egnet* til å oppfylle vilkåret «bæredygtig» aktivitet. Som vi har sett er det ikke tvil om at det er knyttet miljøutfordringer til oppdrett av fisk. Samtidig dreier det seg om produksjon av mat – en sentral samfunnsoppgave. Dessuten er CO₂-avtrykket per kilo produsert laks lavere enn hva som er tilfellet for produksjon av annen proteinrik mat, for eksempel oksekjøtt,¹⁹⁷ i tillegg til at driften skaper arbeidsplasser. Dette trekker i retning av at oppdrett må anses å være en «bæredygtig» aktivitet i direktivets forstand.¹⁹⁸

¹⁹² «Could cause deterioration», se CIS Guidance document No. 36 s. 19.

¹⁹³ Foruten den danske versjonen, på svensk, engelsk og spansk: «hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter», «sustainable human development activities» og «actividades humanas de desarrollo sostenible».

¹⁹⁴ CIS Guidance document No. 36 s. 20.

¹⁹⁵ Ellefte betraktning til direktivet.

¹⁹⁶ CIS Guidance document No. 36 s. 20.

¹⁹⁷ Laksefakta (2018).

¹⁹⁸ Når direktivet kommer til anvendelse, kan det ikke spille noen rolle at de varene som produseres ikke er omfattet av EØS-avtalen.

Antakelig beror vurderingen på hvilken type område det dreier seg om. I en semilukket terskelfjord skal det trolig mer til for at en aktivitet anses «bærekraftig» enn på en lokalitet som ligger ut mot det åpne hav, fordi de negative miljøkonsekvensene av oppdrettsvirksomheten vil slå sterkere ut i en fjord med dårlig strømforhold og lave oksygennivåer enn i åpne områder med god vannutskiftning.¹⁹⁹ At et område i utgangspunktet har «svært god» tilstand, utelukker ikke at det kan være sårbart for forverring, og at det derfor ikke kan anses bærekraftig å drive oppdrett der.

At medlemsstatene er gitt betydelig grad av skjønn ved vurderingen av hva som utgjør «nye bæredygtige menneskelige utviklingsaktiviteter», trekker i retning av at oppdrettsvirksomhet er *egnet* til å oppfylle vilkåret. Også at vilkåret ikke åpner for ytterligere forringelser enn fra «svært god» til «god» tilstand, og at tildeling derfor ikke utgjør noen fravikelse fra utgangspunktet om å oppnå minst god tilstand, trekker i samme retning. Konklusjon må derfor bli at oppdrettsvirksomhet er egnet til å oppfylle dette skjønnsmessige kriteriet, og direktivets adgang til å tillate forringelse etter art. 4(7) andre alternativ kan derfor anvendes på tildeling av lokaliteter til oppdrettsvirksomhet i medlemsstatene.

Selv om direktivet ikke åpner for unntak for forringelse av *kjemisk tilstand*, vil visse *kjemiske stoffer* likevel kunne være av betydning for vurderingen av *økologisk tilstand* i vannforekomstene. Såkalte vannregionspesifikke stoffer inngår som kvalitetsselement i klassifiseringen av økologisk tilstand, som økologiske støtteelementer.²⁰⁰ Disse stoffene klassifiseres med grenseverdier på samme måte som de prioriterte stoffene. Eksempler på slike stoffer er organiske fosforforbindelser, stoffer som bidrar til eutrofiering (særlig nitrater og fosfater), cyanider, metaller (kobber) og arsen, jf. direktivets vedlegg VII. Av stoffer som er forbundet med oppdrettsvirksomhet er blant annet kobber, som brukes til å impregnere merdene. Dessuten slippes det ut

¹⁹⁹ Terskelfjorder har trangt eller grunt innløp fra sjøen, og derfor begrenset utskiftning av vann. Dessuten kan de ha lave oksygennivåer. Disse forholdene gjør områdene mer utsatte for forringelse av miljøtilstanden.

²⁰⁰ At de kjemiske stoffene utgjør *økologiske støtteelementer* fremstår umiddelbart ikke helt logisk. For mer om vannregionspesifikke stoffers rolle som kvalitetsselement i klassifiseringen av økologisk tilstand som økologiske støtteelementer, se «Veileder 02:2018. Klassifisering av miljøtilstand i vann. Økologisk og kjemisk klassifiseringssystem for kystvann, grunnvann, innsjøer og elver.» s. 8 og s. 186 flg.

stoffer som bidrar til eutrofiering gjennom føret som gis til oppdrettsfisken.²⁰¹ Etter omstendighetene kan derfor forurensende stoff tilført i betydelig mengde fra oppdrettsvirksomhet kunne inngå som kvalitetselement i klassifiseringen av økologisk tilstand.²⁰²

Videre er kunstige og sterkt modifiserte vannforekomster ikke omfattet av unntaket i art 4(7), ettersom de etter sin natur ikke kan klassifiseres i tilstandsklassen «svært høy».

3.6.4 Tilleggsvilkår a)

Tilleggsvilkår a) bestemmer at «der tages alle praktisk gjennomførlige skridt for at mindske den skadelige indvirkning på vannforekomstens tilstand».²⁰³

Ordlyden «mindske den skadelige indvirkning» tilsier at medlemsstatene skal søke å avhjelpe de negative virkningene fra aktiviteten (ny eller endring av igangsatt aktivitet) – som utgjør, eller kan komme til å utgjøre, en fravikelse fra utgangspunktet om at forringelse av miljøtilstanden er forbudt. Spørsmålet er hva som er det nærmere innholdet i kravet om å treffe «alle praktisk gjennomførlige skridt».

Ordlyden alle «praktisk gjennomførlige» tiltak tilsier at det dreier seg om et nokså strengt krav: At medlemsstatene skal treffe alle praktisk gjennomførbare tiltak for å redusere de negative konsekvensene av aktiviteten i den aktuelle forekomsten. I Kommisjonens retningslinjer heter det at kravet innebærer at tildelingsmyndigheten skal ta i betraktning alle tiltak som teknisk sett er gjennomførbare, samtidig som de er forenlige med driften og ikke er uforholdsmessig dyre.²⁰⁴ Dette støtter opp under at

²⁰¹ Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 8.

²⁰² For mer om hva som skal til for at vannregionspesifikke stoffer inntas som økologisk støtteelement, se Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) s. 8 og s. 186 flg.

²⁰³ Art. 4(7)(a).

²⁰⁴ «Technically feasible, not disproportionately costly and compatible with ... the new sustainable human development activity», (korrekt gjengitt fra Kommisjonens retningslinjer, selv om det antakelig skulle stått *disproportionately* costly), CIS Guidance document No. 36 s. 52.

kravet må forstås slik at det gir anvisning på en temmelig streng norm: Alle tiltak som det er mulig å gjennomføre, skal gjennomføres, så fremt de ikke er så dyre at de ikke står i rimelig forhold til den effekten de gir eller er uforenlige med driften.

Kommisjonens retningslinjer gir anvisning på både *avbøtende* og *kompenserende* tiltak. Avbøtende tiltak har som formål å minimere eller hindre²⁰⁵ den negative innvirkningen på den aktuelle vannforekomsten, mens hensikten med kompenserende tiltak er å jevne ut netto negativ effekt fra den nye aktiviteten/prosjektet i en annen forekomst.²⁰⁶ Hvilke tiltak som er best egnet til å redusere de negative effektene av en aktivitet, vil variere. For oppdrettsvirksomhet vil negative konsekvenser på miljøtilstanden i forekomstene hovedsakelig komme i driftsfasen. Det innebærer at aktuelle tiltak typisk vil være vilkår stilt i de individuelle tillatelsene. Også tiltak i tildelingsfasen som vil redusere den negative påvirkningen på vannmiljøets kvalitet, som krav om lukkede oppdrettsmerder, er aktuelt her.²⁰⁷

3.6.5 Tilleggsvilkår c)

Tilleggsvilkåret i art. 4(7)(c) bestemmer at endringene må være begrunnet i «væsentlige samfundsinteresser», og/eller at «nyttevirkningerne for miljøet og samfundet» ved oppnåelsen av vannkvalitetsmålene i art. 4(1) må være «mindre end» de «nyttevirkninger, der følger af de nye ændringer eller forandringer for befolkningens sundhed, opretholdelsen af menneskers sikkerhed og en bæredygtig udvikling». Dette tilleggsvilkåret inneholder altså to alternative kriterier.²⁰⁸

²⁰⁵ «Cancel».

²⁰⁶ CIS Guidance document No. 36 s. 51, med videre henvisning til CIS Guidance document No. 20 (Guidance document on exemptions to the environmental objectives).

²⁰⁷ CIS Guidance document No. 36 s. 52 flg.

²⁰⁸ I vannforskriften er de to vilkårene slått sammen i den langt knappere ordlyden «samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet.» Direktivteksten gir veiledning til hvordan vurderingstemaet i forskriften skal forstås. Temaet behandles nærmere i avsnitt 4.5.6.

Det første kriteriet i bokstav c) gir anvisning på at endringen, det vil si inngrepet eller aktiviteten det gis tillatelse til, må være begrunnet i «væsentlige samfunnsinteresser».²⁰⁹

I traktatbruddsaken C-346/14 *Schwarze Sulm* tok EU-domstolen stilling til innholdet i kriteriet. Saken omhandlet bygging av et vannkraftverk i elven Schwarze Sulm i Østerrike. Hovedproblemstillingen var om prosjektet var tillatt etter art. 4(7).

Østerrike bestred ikke at byggingen av kraftverket ville føre til forringelse i den aktuelle forekomsten fra «svært god» til «god», men hevdet, under henvisning til behovet for større utnyttelse av fornybare energikilder som vannkraft, at prosjektet utgjorde en «væsentlig samfunnsinteresse».²¹⁰ Kommisjonen anførte mot dette at prosjektet ikke var forenlig med art. 4(7), fordi Østerrike kun hadde godtgjort at produksjon av fornybar energi er egnet til å oppfylle kriteriet «væsentlig samfunnsinteresse», uten at det hadde blitt gjort noen konkret vurdering av om dette gjaldt for det omsøkte prosjektet, og at inngrepet derfor ikke skulle vært gitt unntak fra forbudet mot forringelse av miljøtilstanden i art. 4(1)(a)(i).²¹¹

EU-domstolen slo fast at bygging av et vannkraftverk «kan» ivareta en «væsentlige samfunnsinteresse» i direktivets forstand.²¹² Under henvisning til at vanddirektivet er et minimumsharmoniseringsdirektiv,²¹³ la domstolen til grunn at medlemstatene må innrømmes en «vis skønsmargen» ved vurderingen av om et konkret prosjekt utgjør en slik «væsentlige samfunnsinteresse»,²¹⁴ og at Østerrike innenfor rammene av dette skjønnet, «med rette [hadde] kunnet antage» at det aktuelle vannkraftprosjektet oppfylte kriteriet «væsentlige samfunnsinteresser»

²⁰⁹ I den norske utgaven av direktivet er vilkåret oversatt til «altoverveiende offentlig interesse».

²¹⁰ Sak C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsn. 61.

²¹¹ *Ibid* avsn. 67.

²¹² *Ibid* avsn. 69.

²¹³ Og derfor ikke skal gjennomføre en full harmonisering av medlemsstatenes lovgivning på området, avsn. 70, med videre henvisning til sak C-32/05 *Kommisjonen mot Luxembourg*, avsn. 41 og C-461/13 *Weser*, avsn. 34.

²¹⁴ Sak C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsn. 70.

i direktivets forstand.²¹⁵ EU-domstolen underbygget synspunktet ved å vise til målsettingene i TEUF art. 194.²¹⁶

Videre begrunnet domstolen avgjørelsen med at Østerrike, i motsetning til hva Kommisjonen anførte, ikke hadde påberopt seg en «teoretisk væsentlig samfunnsinteresse, som produksjonen av vedvarende [fornybar] energi udgør» – det hadde blitt foretatt en detaljert og spesifikk vitenskapelig analyse av vannkraftprosjektet, før det ble konkludert med at betingelsene for å fravike forbudet mot forringelse var tilfredsstillt.²¹⁷ EU-domstolen understreket med dette viktigheten at medlemsstatene vurderer om vilkåret er oppfylt i den konkrete sak, på bakgrunn av et tilstrekkelig godt kunnskapsgrunnlag.

EU-domstolen slo altså fast at vannkraftprosjekter er *egnet* til å ivareta en «væsentlig samfunnsinteresse», og at medlemsstatene skal gis en viss skjønnsmargin ved vurderingen av om et konkret prosjekt (inngrep eller aktivitet) ivaretar dette kravet. At EU-domstolen la vekt på de utredningene Østerrike hadde gjort forut for tildelingen av konsesjon til kraftverket, understreker saksbehandlingens betydning. Ikke bare gir grundige forhåndsutredninger grunnlag for å bringe på det rene om et inngrep eller en aktivitet kan lede til forringelse i direktivets forstand. De vil også kunne få betydning ved vurderingen av om et prosjekt oppfyller kriteriene i tilleggsvilkår c). Selv om medlemsstatene har en viss skjønnsmargin ved vurderingen av om kriteriet «væsentlig» samfunnsinteresse er oppfylt, krever altså direktivet at det faktisk foretas en konkret vurdering av kriteriet i enhver 4(7)-sak.

Også Kommisjonens retningslinjer gir veiledning til hvordan kriteriet «væsentlig samfunnsinteresse» bør forstås. Her heter det at det går et viktig skille mellom «overriding public interest»²¹⁸ («væsentlig samfunns-

²¹⁵ Sak C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsn. 71.

²¹⁶ Avsn. 72. Art. 194 bestemmer at «[s]om led i det indre markedes oprettelse og funktion og under hensyn til kravet om at bevare og forbedre miljøet sigter Unionens politik på energiområdet mod i en ånd af solidaritet mellem medlemsstaterne: at sikre energimarkedets funktion, at sikre energiforsyningssikkerheden i Unionen, at fremme energieffektivitet og energibesparelser samt udvikling af nye og vedvarende energikilder og at fremme sammenkobling af energinet.»

²¹⁷ Sak C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsn. 80.

²¹⁸ Min kursivering.

interesse») og «public interest» («samfunnsinteresse»). Retningslinjene viser til at EU-domstolen har presisert at irrigasjon og sikring av drikkevannsforsyning *kan* utgjøre slike «væsentlige» samfunnsinteresser «... in the absence of alternative solutions (for considerations relating to human health or beneficial consequences of primary importance for the environment).» Videre heter det at bygging av vannkraftprosjekter også «may in fact be an overriding public interest». Samtidig understreker Kommisjonen at det ved utarbeidelse av retningslinjene til bruk av art. 4(7) ble slått fast at vannkraftprosjekter *ikke automatisk* utgjør en «væsentlig» samfunnsinteresse «...just because it will generate renewable energy». ²¹⁹ Videre slår retningslinjene fast at «... a simple declaration without further well-grounded assessments is not sufficient to declare a planned new modification or new sustainable human development activity as [an] "overriding public interest" ...». ²²⁰ Her ser vi at også Kommisjonens retningslinjer, som EU-domstolen i *Schwarze Sulm*, presiserer at kravet om at tildelingsmyndighetene i medlemsstatene er forpliktet til å foreta en konkret vurdering av om kriteriet «væsentlig» samfunnsinteresse er oppfylt i enhver art. 4(7)-sak, og at vurderingen skal være basert på et tilstrekkelig godt kunnskapsgrunnlag.

Spørsmålet er om produksjon av matfisk ivaretar en «væsentlig» samfunnsinteresse i direktivets forstand. Det kan tenkes, men svaret på spørsmålet er etter mitt syn ikke opplagt.

Fornybar energi, som vannkraft, er slik EU-domstolen understreket i *Schwarze Sulm* et prioritert område i EU. Det samme kan sies om matproduksjon generelt. Det er imidlertid ikke sikkert at produksjon av matfisk kan anses å ivareta en «væsentlig» samfunnsinteresse, som rettferdiggjør forringelse av miljøtilstanden i medlemsstatenes kystvannsforkomster. At domstolen slo fast at vannkraftprosjekter «kan» oppfylle kriteriet var dels fordi det er en viktig samfunnsoppgave å produsere strøm, og dels at det er en klimavennlig måte å produsere strøm på. Tilsvarende er matproduksjon en viktig samfunnsoppgave. Det klart at fiskebestander verden over, også i Europa, er truet av blant annet overfiske, klimaendringer og

²¹⁹ CIS Guidance document No. 36 s. 59.

²²⁰ *Ibid* s. 60.

forurensning av havet. Det innebærer at fiskeoppdrett kan, og antakelig bør, være en del av løsningen for å sikre tilstrekkelig matforsyning.²²¹ Det trekker i retning av at fiskeoppdrett ivaretar en «væsentlig» samfunnsinteresse. At FNs bærekraftsmål tar sikte på å oppnå matsikkerhet²²² og bedre ernæring,²²³ og at produksjonen bør betraktes klimavennlig sammenlignet med produksjonen av annen proteinrik mat,²²⁴ trekker ytterligere i samme retning. Konklusjonen må derfor bli at oppdrett av matfisk *kan* utgjøre en «væsentlig» samfunnsinteresse. Det er likevel klart at direktivet krever at det foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.

Som en konsekvens av den betydningen vannkraft har i Norge for den totale kraftproduksjonen, er det sannsynlig at vannkraftprosjekter i konkrete saker lettere vil anses å ivareta en «væsentlig» samfunnsinteresse enn hva som er tilfellet for aktiviteter som fiskeoppdrettsvirksomhet. Produksjon av matfisk utgjør ikke en like viktig del av norsk matproduksjon som vannkraft for kraftforsyningen. Dels fordi det produseres og fanges mye annen proteinrik mat i Norge (kylling, oksekjøtt, svinekjøtt, villfisk), dels fordi mye av den fisken som produseres eksporteres til land som Kina, Japan og USA. Dermed utgjør ikke produksjonen den samme vitale delen av den totale matproduksjonen som vannkraft gjør i kraftproduksjonsøyemed.

Om tildelingsmyndigheten i medlemsstatene konkluderer med at et konkret tilfelle ikke ivaretar en «væsentlig» samfunnsinteresse, blir spørsmålet om bestemmelsens andre kriterium er tilfredsstillt.

Kriteriet sier, slik vi har sett, at «nyttvirkningene for miljøet og samfundet» ved oppnåelsen av vannkvalitetsmålene i art. 4(1) må være

²²¹ For mer om temaet, se eksempelvis Regjeringen (2018) b s. 26.

²²² Matsikkerhet er av FN definert på følgende måte: «Matsikkerhet eksisterer når alle mennesker til enhver tid har fysisk og økonomisk tilgang til nok og trygg mat for et fullgodt kosthold som møter deres ernæringsmessige behov og preferanser, og som danner grunnlag for et aktivt liv med god helse». For mer om temaet se eksempelvis Regjeringen (2018) a.

²²³ Bærekraftsmål nummer to.

²²⁴ Selv om en betydelig del av norsk oppdrettsfôr er basert på soya, hvis produksjon fører til avskoging av tropisk regnskog, og slikt sett også indirekte bidrar til global oppvarming, se FN-Sambandet (2020) og Regjeringen (2018) b, og for øvrig min gjennomgang over om fiskeoppdrett og CO₂-avtrykk, jf. avsnitt 3.6.3.

«mindre end» de «nyttevirkninger, der følger af de nye ændringer eller forandringer for befolkningens sundhed, opretholdelsen af menneskers sikkerhed og en bæredygtig udvikling». Alternativet krever altså at tildelingsmyndighetene tar stilling til om nytten av å unngå forringelse av miljøtilstanden – å opprettholde vannmiljøet – er *mindre* enn nytten som følger av den nye aktiviteten – oppdrettsvirksomhet – for befolkningens helse, opprettholdelsen av menneskers sikkerhet og for en bærekraftig utvikling.

Nytten det gir miljøet og samfunnet å hindre forringelse, omfatter etter sin ordlyd de positive ringvirkningene av at miljøtilstanden ikke forverres. Hvis nytten ved å bevare tilstanden er større enn de samfunnmessige fordelene (ved å gi tillatelse), er kriteriet ikke oppfylt.

Nytten for «befolkningens sundhed», «opretholdelsen af menneskers sikkerhed» og en «bæredygtig udvikling» virker å utgjøre skjønnsmessige kriterier. Ordlyden «befolknings sundhed» tilsier at befolkningens helse skal tas i betraktning. For oppdrettsvirksomhet, altså produksjon av matfisk, vil vilkåret trolig omfatte matsikkerhetshensyn. Videre taler ordlyden «opretholdelsen af menneskers sikkerhed»²²⁵ for at befolkningens sikkerhet skal tas med i vurderingen. For tildeling av tillatelser til oppdrettslokalitet kan også dette vilkåret tenkes å gi anvisning på hensynet til matsikkerhet/selvforsyning. Videre må ordlyden «bæredygtig utvikling» i denne sammenheng anses å omfatte den dimensjonen av bærekraftig utvikling som gir anvisning på å bedre livsvilkårene for menneskene.²²⁶ For oppdrettsvirksomhet kan det omfatte skaping av arbeidsplasser, men også dette vilkåret kan tenkes å omfatte hensynet til matsikkerhet. Det kan like fullt argumenteres for at vilkåret gir anvisning på det motsatte, nemlig at kriteriet om å bedre menneskenes livskår best hensyntas nettopp ved å sikre miljøtilstanden – ved ikke å tildele tillatelse.

Kravet om å veie nytten av å unngå forringelse mot de nevnte kriteriene av samfunnmessig art, gir anvisning på avveining av størrelser som

²²⁵ I den norske utgaven av direktivet er «menneskers sikkerhed» oversatt til «menneskers helse». Det må dreie seg om en feil, etter hva jeg kan forstå, siden vilkåret før er nettopp befolkningens «sundhed»/«helse», på henholdsvis dansk og norsk.

²²⁶ Jeg viser ellers til hva som er skrevet over om hvordan «bærekraftig utvikling» bør forstås i lys av Kommisjonens retningslinjer, se avsnitt 3.6.3.

virker inkommensurable. Det tilsier at det dreier seg om en skjønnsmessig vurdering,²²⁷ trolig i større grad av hva om gjelder for kriteriet «væsentlige samfunnsinteresser». Det innebærer at selv om domstolene antakelig vil være tilbakeholdne med å prøve selve avveiningen, vil de vurdere om avveiningene er foretatt eller ikke.

I *Schwarze Sulm* behandlet EU-domstolen også dette kriteriet kort, men slo ikke fast hvordan det nærmere innholdet i kriteriet skal forstås. Det underbygger forståelsen av at det dreier seg om et utpreget skjønnsmessig kriterium. Domstolen bemerket at Østerrike hadde analysert vannkraftprosjektet i sin helhet og avveid prosjektets nyttevirksomheter mot de negative virkningene på tilstanden i det aktuelle overflatevannområdet. Som en del av denne analysen var det tatt hensyn til at *Schwarze Sulm* var kategorisert til å være i «svært god» tilstand, men at Østerrike mente at de offentlige interessene som var forbundet med prosjektet var klart større enn krenkelsen av plikten til å hindre forringelse.²²⁸

Kommisjonens retningslinjer, som kom etter at EU-domstolen hadde avsagt dommen *Schwarze Sulm*, gir ingen klar veiledning til hvordan kriteriene «befolkningens sundhed», «opretholdelsen af menneskers sikkerhed» og «bæredygtig utvikling» skal forstås, noe som underbygger forståelsen av at det dreier seg om vilkår der medlemsstatene er gitt en betydelig skjønnsmargin. For kriteriet om nytten det gir miljøet og samfunnet å hindre forringelse, gir retningslinjene noe mer veiledning. Om hva som skal tas i betraktning ved vurderingen av hva som utgjør nytten av å bevare miljøtilstanden i konkrete tilfeller, heter det: «... those benefits and opportunities foregone as a result of the deterioration of status (e.g. loss of biodiversity, loss of ecosystem services)...». Avveiningen av om nytten ved å forhindre forringelse er mindre enn samfunnsnyttene ved å tildele tillatelse skal inneholde både fordeler og potensielle muligheter

²²⁷ Schütz (2014) s. 36.

²²⁸ C-346/14 *Schwarze Sulm* avsn. 80.

som går tapt ved å tillate forringelse, som tap av biologisk mangfold og tap av økosystemtjenester.²²⁹

Retningslinjene gir også veiledning til hvordan medlemsstatene skal gå frem for å skaffe det kunnskapsgrunnlaget som er nødvendig for å kunne vurdere om nytten ved å unngå forringelse er mindre enn «samfunnsnyttene». Det gis anvisning på at medlemsstatene må gjennomføre en kost-nytte-analyse for å bringe på det rene hvorvidt fordelene ved å hindre forverring av tilstanden i den aktuelle vannforekomsten er mindre enn fordelene ved å gjennomføre prosjektet (tildele tillatelse).²³⁰ Om det viser seg vanskelig, foreskriver retningslinjene at medlemsstatene utfører såkalte multi-criteria-analyser.²³¹ Det gis ingen klar anvisning på hvordan metodiske utfordringer ved avveining av de ulike nytteverdiene skal løses. Det bør etter mitt syn tas ytterligere til inntekt for at tildelingsmyndighetene har relativt stort skjønnsrom her.

Etter dette gir andre alternativ i tilleggsvilkår c) anvisning på at tildelingsmyndighetene i medlemsstatene ved vurderingen av om tillatelse skal gis, skal vurdere om nytten av å unngå forringelse av miljøtilstanden er mindre enn nytten av å ivareta de mer samfunnsmessige hensynene til å sikre matsikkerhet og arbeidsplasser.

Selv om medlemsstatene er gitt en skjønnsmargin ved vurderingen av om kriteriene i tilleggsvilkår c) er oppfylt, ser vi at direktivet krever at det faktisk foretas en konkret vurdering av disse i enhver 4(7)-sak.

3.6.6 Tilleggsvilkår d)

Tilleggsvilkår d) bestemmer at de «nyttige mål, der tilsigtes ved de nye endringer» i vannforekomstene, ikke på grunn av «tekniske vanskeligheter eller uforholdsmessig store omkostninger» oppnås med «andre

²²⁹ Økosystemtjenester er definert som et gode eller et produkt som naturen gir menneskene. Begrepet er et redskap for å beregne den økonomiske verdien av naturen og dens tjenester, se Store Norske Leksikon (2020).

²³⁰ CIS Guidance document No. 36 s. 61.

²³¹ Slike analyser inneholder flere parametere enn alminnelige økonomiske kost-nytte-analyser, og gir derfor et bedre beslutningsgrunnlag når en skal ta avgjørelser som påvirker miljøet, se CIS Guidance document No. 36 s. 62.

midler, som miljømæssigt er en væsentligt bedre løsning». For at dette vilkåret skal være tilfredsstillt kan altså ikke oppdrettsvirksomheten drives på alternative måter som miljømessig er vesentlig bedre, enten av tekniske årsaker eller fordi det er uforholdsmessig dyrt.

Kriteriet «miljømæssigt ... væsentligt bedre løsning» omfatter etter sin ordlyd alternative måter å gjennomføre inngrepet eller aktiviteten på, som i større grad beskytter miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten. Ordlyden «væsentlig» taler for at det stilles krav til at den alternative løsningen som sammenholdes med den opprinnelige løsningen, er langt bedre. Et eksempel for oppdrettsnæringen vil være å kreve lukkede merder, som ikke vil forverre miljøtilstanden i forekomstene.

Spørsmålet er hva som er det nærmere innholdet i vilkåret «tekniske vanskeligheter». Ordlyden kan synes å omfatte situasjoner der det er krevende for tildelingsmyndighetene å finne alternative løsninger som er «miljømessig ... væsentligt bedre». I Kommisjonens retningslinjer heter det imidlertid at «[t]echnical infeasibility is justified if *no technical solution is available*». ²³² Retningslinjene gir anvisning på en strengere norm enn det ordlyden isolert tilsier: Bare i situasjoner der det *ikke eksisterer* noen alternativ vesentlig miljømessig bedre teknisk løsning, er kriteriet oppfylt.

Videre blir spørsmålet hvordan kriteriet «uforholdsmæssigt store omkostninger» skal forstås. Begrepet omfatter etter sin ordlyd kostnader som ikke står i forhold til de fordelene det gir å anvende de «miljømæssigt væsentligt bedre» løsningene. Her gir ikke Kommisjonens retningslinjer særlig veiledning. Det heter at «...”disproportionality” is a judgment which has a political, technical and social dimension informed by economic information and analysis of costs and benefits». ²³³ Vilkalet gir altså anvisning på en bred helhetsvurdering, der medlemsstatene synes å ha stor grad av skjønn ved vurderingen av om en løsning står i rimelig forhold til den gevinsten den gir, eller ikke.

²³² CIS Guidance document No. 36 s. 56 (mine kursiveringer).

²³³ *Ibid* s. 56, med videre henvisning til *CIS Guidance Document No. 1 Economics and the environment*.

Kommisjonens retningslinjer nevner flere egnede alternative tiltak og løsninger. Disse omfatter alternativ lokalisering, størrelse eller utforming.²³⁴ For vannkraft kan aktuelle alternative løsninger være annen plassering av inntak eller utløp. For oppdrett kan både alternativ lokalisering og annen utforming/produksjonsform være aktuelt, som lukkede oppdrettsmerder i stedet for åpne merder. De alternative løsningene bør ifølge Kommisjonen vurderes i tidligere stadier av utviklingen av nye aktiviteter/prosjekter, på egnet nivå.²³⁵

Samlet sett gir tilleggsvilkår d) anvisning på et krav om at tildelingsmyndighetene i medlemsstatene vurderer alternative løsninger som er miljømessig vesentlig bedre. Terskelen for hva som anses «technically infeasible» – teknisk sett ikke gjennomførbare løsninger – synes å være temmelig høy. Samtidig ser vi at kriteriet «uforholdsmæssigt store omkostninger» er mer skjønnspreget. Det innebærer at der det eksisterer andre, miljømessig vesentlig bedre løsninger, vil det ikke kreves at de gjennomføres dersom de er uforholdsmessig dyre.

Det kan tenkes at lukkede oppdrettsmerder både er teknisk gjennomførbart og at løsningen ikke er forbundet med uforholdsmessig store kostnader. Hvis den forutsetningen legges til grunn, innebærer det at tildelingsmyndighetene skal kreve at oppdrettere benytter seg av slike, fordi det er på det rene at det dreier seg om en produksjonsform som i vesentlig større grad enn åpne merder beskytter miljøtilstanden i forekomster der det drives oppdrett. Det må i alle tilfelle gjøres en konkret vurdering i hver enkelt tildelingssak.

3.6.7 Sammenfatning

Drøftelsene har vist at unntaket i art. 4(7) andre alternativ krever at tildelingsmyndighetene vurderer om den omsøkte virksomheten i en forekomst med «svært god» tilstand faller maksimalt én tilstandsklasse (til «god») og at den utgjør en bærekraftig aktivitet. Dessuten må alle

²³⁴ *Ibid* s. 56, med videre henvisning til Guidance document No. 20.

²³⁵ EU, nasjonalt, eller av den aktuelle vannregionmyndigheten, se CIS Guidance document No. 36 s. 56.

gjennomførbare tiltak treffes, så fremt de ikke er så dyre at de ikke står i rimelig forhold til den effekten de gir, eller er uforenlige med driften. Videre må det dreie seg om et prosjekt som ivaretar en vesentlig samfunnsinteresse og/eller nytten av å unngå forringelse av miljøtilstanden må anses mindre enn nytten ved å sørge de mer samfunnsmessige hensynene til å sikre matsikkerhet og arbeidsplasser. Dessuten må det ikke finnes andre miljømessig vesentlig bedre løsninger. Som vi har sett, gjelder ikke sistnevnte krav dersom den mer miljøvennlige løsningen teknisk sett ikke er gjennomførbar eller om den er uforholdsmessig dyr. Endelig gjelder kravet om at unntaket vurderes både for ny aktivitet og igangsatt drift. Unntaket i art. 4(7) gir altså fleksibilitet ved at det åpner for at medlemsstatene kan sikre energi-, mat-, og drikkevannsforsyninger. Samtidig er flere av bestemmelsens vilkår detaljerte og lite skjønnspregede, som kravet om at vannforekomstene i utgangspunktet må ha «svært god» tilstand og tilleggsvilkårene i bokstav a) og d). Det betyr at unntaket stopper virksomhet som ikke ivaretar de interessene og hensynene EU-lovgiver har stilt krav om at skal være oppfylt for at det skal være adgang til å tillate forringelse av miljøtilstanden i medlemsstatenes vannforekomster. Slik sett søker art. 4(7) å oppnå en balanse mellom hensynet til miljøet og medlemsstatenes behov for å kunne utføre viktige samfunnsoppgaver.

Ved anvendelsen av unntakene i art. 4(7) krever direktivet også at vilkårene i art. 4(8) og 4(9) er oppfylt.²³⁶

Artikkel 4(8) bestemmer at medlemsstatene skal sikre at anvendelsen av unntakene i art. 4(7) ikke «vedvarende udelukker eller hindrer oppfyldelse af målene» i «andre forekomster af vand inden for samme vandområdedistrikt, og at den er forenelig med «gennemførelsen af anden fællesskabslovgivning på miljøområdet». Unntakene i art. 4(7) skal altså ikke anvendes på en slik måte i relasjon til én vannforekomst, at direktivets målsettinger ikke oppnås i andre forekomster. Videre skal bruken av unntakene være i tråd med resten av EUs miljølovgiv-

²³⁶ Vurderingen av om kriteriene i art. 4(7), art. 4(8) og art. 4(9) er oppfylt omtales i Kommisjonens retningslinjer som *Art. 4(7) Test*, se CIS Guidance document No. 36 s. 49 flg.

ning. Det innebærer at det ved vurderingen av om et konkret prosjekt oppfyller kravene i unntaksbestemmelsene, skal vurderes om tildeling av konsesjon til vannkraft etter art. 4(7) første alternativ eller tillatelse til oppdrettslokalitet etter 4(7) andre alternativ, er forenlig med annen EU-lovgivning på miljøområdet, herunder bestemmelser i EU-traktatene og i annen sekundærlovgivning.

Utgangspunktet er at unntaksregler tolkes snevert.²³⁷ Det innebærer at art. 4(7) må antas å skulle tolkes innskrenkende. Samtidig kan det tenkes at formålet med bestemmelsen, nemlig å gi medlemsstatene fleksibilitet til å ivareta viktige samfunnsoppgaver til tross for at prosjektene *kan* eller *vil* lede til negative konsekvenser for miljøtilstanden i en vannforekomst, innebærer at unntaket ikke skal anses spesielt snevert i EU-rettslig sammenheng. Det må ses i sammenheng med at forbudet mot forringelse skal forstås temmelig strengt, slik det er tolket og fastlagt av EU-domstolen i *Weser*. For at direktivets unntaksbestemmelser skal oppnå sitt formål, må de ikke tolkes så strengt at de i praksis ikke kan anvendes, jf. prinsippet om *effet utile*. Selv om det i EU-retten er en presumsjon for at unntak skal tolkes snevert, skal de ikke tolkes så innskrenkende at de mister sin tjenlige virkning.²³⁸

3.6.8 Nærmere om kravene til forundersøkelser

Medlemsstatene skal nekte godkjenning av prosjekter, eller deler av prosjekter, som «kan» forringe tilstanden i definerte i en overflatevannforekomst, med mindre et av unntakene i art. 4(7) er oppfylt.²³⁹ For å kunne bringe på det rene om aktiviteten kan føre til forringelse må statene kartlegge mulige virkninger på vannkvaliteten fra oppdrettsvirksomhet i det aktuelle området. Kommisjonens retningslinjer gir anvisning hvordan

²³⁷ Forente saker C-401 til 403/15 *Depesme og Kerrou*, avsn. 58 og C-5/08 *Infopaq International*, avsn. 56. Se også tilsvarende i Fredriksen og Mathisen (2018) s. 311–312.

²³⁸ *Effet utile* skal ikke bare sikre at rettsakters hovedmålsettinger oppnås, men også sørge for at unntaksbestemmelser ikke tolkes så strengt at de mister sin funksjon. For å bruke Fredriksens og Mathisens ord utgjør prinsippet «...et hinder for at for at bestemmelser 'tolkes bort'», se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 313–314.

²³⁹ C-461/13 *Weser*, avsn. 51. Dette er gjentatt i etterfølgende praksis.

en slik forhåndsutredning, kalt *Article 4(7) Applicability Assessment*, bør utføres.²⁴⁰ Evalueringen består av fire trinn. Det første trinnet er en screening av mulige virkninger,²⁴¹ det andre trinnet er en vurdering av behovet for, og omfanget av, videre nødvendige undersøkelser,²⁴² det tredje trinnet består av datainnsamling og vurdering²⁴³ og det fjerde trinnet er en eventuell såkalt *Art. 4(7) Test*, der vurderingstemaet er om kriteriene i art. 4(7) for likevel å tillate prosjektet er tilfredsstilt. Dersom testen viser at tildeling X ikke kan føre til en forringelse av miljøtilstanden i vannforekomst Y, krever ikke direktivet at unntakskriteriene vurderes. For oppdrettsvirksomhet innebærer det at der forundersøkelser viser at tildeling ikke kan forringe tilstanden i en konkret kystvannforekomst, kan tildelingsmyndighetene gi tillatelse uten å ta direktivkravene i betraktning.

Spørsmålet er hvordan «kan» skal forstås. Etter sin ordlyd omfatter vilkåret noe som potensielt kan hende. Med en slik forståelse lagt til grunn, utløses krav om at kriteriene i art. 4(7) vurderes der det er en mulighet for, potensielt sett, at en tildeling vil kunne forringe miljøtilstanden.

I Kommissjonens retningslinjer heter det både at direktivet stiller krav om at art. 4(7) vurderes dersom *Article 4(7) Applicability Assessment* viser at tildeling «may» og er «expected to»²⁴⁴ føre til en forringelse av miljøtilstanden i den aktuelle vannforekomsten. At ordlyden «expected to» brukes i retningslinjene, kan tas til inntekt for at vurderingstemaet er om en aktivitet *forventes* å medføre forringelse. Etter *Weser* er det imidlertid klart at temaet som skal vurderes er om et konkret prosjekt *kan* føre til en forringelse i direktivets forstand. Ordlyden *forventes* («expected to») gir anvisning på en høyere terskel enn *kan* – begrepet tilsier at det først er i tilfeller hvor et prosjekt *trolig* vil forringe miljøtilstanden i en forekomst at kravet om at unntakskriteriene i art. 4 (7) vurderes. I alle

²⁴⁰ CIS Guidance document No. 36 s. 38 flg.

²⁴¹ «Screening for potential effects».

²⁴² «Scoping of further investigations».

²⁴³ «Data collection and assessment».

²⁴⁴ CIS Guidance document No. 36 s. 49. Senere i dokumentet brukes også ordlyden «may» og «could».

tilfelle er det klart at det er EU-domstolens forståelse av direktivet som skal legges til grunn,²⁴⁵ uavhengig av hva som fremgår av retningslinjene.

En annen ting er at diskrepans mellom ordlyden i domstolens uttalelser og Kommisjonens retningslinjer kan lede til misforståelser i medlemsstatene om innholdet i rettsakten.²⁴⁶ Ordlyden i Kommisjonens retningslinjer gjør at terskelen for når det stilles krav om kriteriene i art. 4 (7) vurderes, synes å være høyere enn den i realiteten er.

Her kan det trekkes en parallell til Rt. 2009 s. 661 og tolkningen av forvaltningsloven²⁴⁷ § 41. Høyesterett uttalte at «[d]et følger da av den alminnelige regel i forvaltningsloven § 41 at reguleringsvedtaket likevel er gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». I dette ligger ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning. Det er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet.»²⁴⁸ Det er klart at dette ikke har noen betydning for hvordan vilkåret «kan» skal forstås. Men en tilsvarende terskel kan tenkes å gjelde her, slik at temaet tildelingsmyndigheten skal vurdere er om det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at tildeling av tillatelse X til oppdrettsaktivitet leder til at ett eller flere kvalitetselementer svekkes nok til at de faller en tilstandsklasse (uten at det nødvendigvis fører til at vannforekomsten som sådan faller en klasse). Hvis svaret er bekreftende, utløses kravet om at kriteriene i art. 4(7) vurderes.

²⁴⁵ Det er ikke tvil om at det faktisk er ordlyden «kan» som brukes av EU-domstolen i *Weser*, sml., foruten den danske språkversjonen («...forpligtede til at nægte at godkende et enkeltprosjekt, såfremt det *kan* medføre en forringelse...»): «... skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet *kan* orsaka en försämring...», «...refuse authorisation for an individual project where it *may* cause a deterioration...» og «... denegar la autorización de un proyecto concreto si éste *puede* provocar el deterioro...». (Mine kursiveringer).

²⁴⁶ I den norske veilederen til unntaksbestemmelsen (vannforskriften § 12) står det at «... sektormyndigheten må ta stilling til om den omsøkte virksomheten *vil medføre forringelse*» og «ta stilling til hvilken tilstandsklasse vannforekomsten *forventes* å komme til å få», se s. 3 (mine kursiveringer).

²⁴⁷ Lov 10. februar 1976 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

²⁴⁸ Rt. 2009 s. 661 avsn. 71.

Også forsiktighetsprinsippet,²⁴⁹ nevnt i direktivets fortale,²⁵⁰ støtter etter mitt syn en slik forståelse av vilkåret. Det samme gjør den strenge forståelsen av forbudet mot forringelse lagt til grunn av EU-domstolen i *Weser*.

Konklusjonen er at situasjoner der tildeling «kan» føre til forringelse, må forstås som tilfeller der det potensielt sett er en mulighet for at det oppstår en forbudt forverring av miljøtilstanden.

3.7 Forbudets betydning i drifts- og avviklingsfasen

3.7.1 Innledning

Utgangspunktet er at vanddirektivet forbyr forringelse av miljøtilstanden i kystvannsforekomster. Direktivet åpner for å fravike denne hovedregelen i tildelingsfasen, i situasjoner der vilkårene i art. 4(7) er tilfredsstillt.²⁵¹ Det innebærer at slik forverring som hovedregel er forbudt i alle faser for oppdrett i EØS-området.²⁵² Temaet i dette avsnittet er forbudets betydning for medlemsstatens regulering av fiskeoppdrett i drifts- og avviklingsfasen.

3.7.2 Drift

For å kunne måle om en forbudt forverring har oppstått, eller er i ferd med å oppstå, skal vannforekomstene overvåkes. Kravene til overvåking

²⁴⁹ Først var-prinsippet.

²⁵⁰ Ellefte betraktning til direktivet.

²⁵¹ C-461/13 *Weser*, avsn. 51.

²⁵² Også Hans Chr. Bugge synes å legge en slik forståelse til grunn, se Bugge (2019) s. 359. Unntaket art. 4(7) andre alternativ, som åpner for oppdrettsaktivitet, tillater bare forringelse fra «svært god» til «god» i tildelingsfasen, der de angitte unntakskriteriene er oppfylt. Det innebærer, som vi skal se, at direktivet ikke åpner for ytterligere forringelse i drifts- og avviklingsfasen. Artikkel 4(7) første alternativ, som eksempelvis åpner for vannkraft, har ingen nedre grense for akseptert forringelse. Dermed kommer ikke spørsmålet om forbudets betydning etter at tillatelse er gitt på spissen på samme måte i de tilfellene.

følger av art. 8 i direktivet, som bestemmer at medlemsstatene skal overvåke miljøtilstanden i egne forekomster. Bestemmelsen lyder:

Art. 8

1. Medlemsstaterne sørger for, at der opstilles programmer for overvågning af vandtilstanden, for at der kan udarbejdes en sammenhængende og overordnet oversigt over denne inden for hvert vandområdedistrikt:
 - for overfladevand skal programmerne omfatte:
 - i) mængde og niveau eller vandføring, i det omfang det er relevant for den økologiske og den kemiske tilstand og det økologiske potentiale, og
 - ii) den økologiske og kemiske tilstand og det økologiske potentiale
 - for grundvand skal programmerne omfatte overvågning af den kemiske og den kvantitative tilstand
 - for beskyttede områder skal ovennævnte programmer suppleres med specifikationer i den fællesskabslovgivning, i henhold til hvilken de enkelte beskyttede områder er udpeget.
2. Disse programmer skal være operationelle senest seks år efter datoen for dette direktivs ikrafttræden, medmindre andet følger af den pågældende lovgivning. Overvågningen skal være i overensstemmelse med kravene i bilag V.
3. Der fastlægges tekniske specifikationer og standardiserede metoder til analyse og kontrol af vandets tilstand. Disse foranstaltninger, der har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i dette direktiv ved at supplere det, vedtages efter forskriftsproceduren med kontrol i artikel 21, stk. 3.

Direktivet krever altså at medlemsstatene utarbejder programmer for overvåking av miljøtilstanden i egne vannforekomster for å sikre enhetlig oversikt over vanntilstanden innenfor hvert nedbørfelt, jf. art. 8(1). For overflatevann, herunder kystvann, skal programmene omfatte «mængde og niveau eller vandføring, i det omfang det er relevant for den økologiske

og den kemiske tilstand»²⁵³ og «den økologiske og kemiske tilstand».²⁵⁴ Overvåkingsprogrammene skal både måle økologisk og kjemisk tilstand og mengde, samt vannstand eller -føring, der det er relevant for den økologiske og kjemiske tilstanden i den aktuelle forekomsten. Videre bestemmer art. 8 at overvåkingen skal være i samsvar med kravene i vedlegg V og at tekniske spesifikasjoner og standardiserte metoder for analyse og overvåking av miljøtilstanden i vannet fastsettes i tråd med art. 21.²⁵⁵ Kravene til overvåking gjelder, som direktivet som sådan, for alle overflatevannsføremønstre, uavhengig av om det er næringsvirksomhet der eller ikke.

Når tildeling er skjedd, og man er over i driftsfasen, vil det konkrete kravet til miljøtilstand i en vannforekomst avhenge av *tildelingsform*. Om forundersøkelsene viste at tildeling *kunne* føre til forringelse, har tildeling skjedd basert på unntakskriteriene i 4(7) (*situasjon 1*). Om forundersøkelsene viste at tildeling av tillatelse *ikke* kunne forringe miljøtilstanden, er det ikke krav til at direktivet tas i betraktning – da skjer tildelingen utelukkende etter de vurderingstemaene som fremgår av medlemsstatenes sektorregelverk (*situasjon 2*).

Der forundersøkelsene²⁵⁶ viser at tildeling av tillatelse til oppdrettsvirksomhet X *kan* føre til forringelse av miljøtilstanden i vannforekomst Y, skjer tildeling basert på vurderingstemaene i art. 4(7) andre alternativ (*situasjon 1*). I disse situasjonene godtas forringelse av miljøtilstanden fra «svært god» til «god». Medlemsstatene har så i driftsfasen en plikt til å sørge for at miljøtilstanden ikke forringes *ytterligere*. Dette fordi forringelser i direktivets forstand utelukkende godtas i form av unntak gjennom *tildelinger* (nytildeling eller driftsendring). Det innebærer i klartekst at direktivet krever at akvakulturmyndighetene/oppdrettere i medlemsstatene har overvåkingsprogrammer og -metoder som viser om

²⁵³ Art. 8(1)(i)
Art. 8(1)(ii).
Art. 8

²⁵⁴ Art. 8(1)(ii).

²⁵⁵ Art. 8 (2) og (3).

²⁵⁶ *Article 4(7) Applicability Assessment*.

det har oppstått, eller er i ferd med å oppstå, en slik forbudt forverring av miljøtilstanden i driftsfasen.

Eksempel: Vannforekomst Y blir vurdert på bakgrunn av fem ulike kvalitetselementer: A, B, C, D, og E, som alle har «svært god» tilstand. Tildeling X vil (presumptivt) føre til at kvalitetselementene D og E faller til «god» tilstand. Dette gir forekomsten som sådan tilstandsklasse «god», i tråd med *Det verste styrer-prinsippet*.

I driftsfasen krever direktivet at kvalitetselementene A, B og C holder seg i tilstandsklasse «svært god». Det innebærer akvakulturmyndighetene/oppdrettere i medlemsstatene må sørge for at de tre kvalitetselementene i den øverste tilstandsklassen ikke svekkes – det vil i så fall utgjøre en forbudt forverring av miljøtilstanden i forekomsten. Dessuten må det foretas målinger som avdekker om kvalitetselementene D og E svekkes ytterligere, fra «god» til «moderat (en slik forverring vil utgjøre et klart brudd på direktivet, ettersom unntaket for oppdrettsaktivitet i art. 4(7) andre alternativ bare åpner for å svekke miljøtilstanden fra «svært god» til «god»).

Der forundersøkelsene viser at tildeling av tillatelse til oppdrettsvirksomhet X *ikke* kan forringe miljøtilstanden i vannforekomst Y, er det ikke krav til at art. 4(7) tas i betraktning i tildelingsfasen – da skjer tildeling utelukkende etter de vurderingstemaene som følger av regelverk gitt av medlemsstatenes myndigheter (*situasjon 2*). I disse tilfellene godtas ingen forringelse²⁵⁷ av miljøtilstanden overhodet i driftsfasen. Det innebærer i klartekst at akvakulturmyndighetene må sørge for at ingen kvalitetselementer faller fra «svært god» til «god» eller fra «god» til «moderat» – begge deler vil utgjøre en forbudt forverring etter direktivet.

Direktivet krever altså at medlemsstatene har overvåkingsprogrammer og -metoder som kan avdekke om det oppstår forbudt forverring av miljøtilstanden i egne forekomster i driftsfasen. Betydningen dette har for bestemmelser gitt av norske myndigheter behandles nærmere i avsnitt 4.6.

²⁵⁷ I direktivets forstand. Forverring som fører til at kvalitetselementer svekkes, uten at det medfører fall i tilstandsklasse, utgjør ingen forringelse etter direktivet, og godtas derfor.

3.7.3 Avvikling

Her, som i driftsfasen, gjelder et rent forbud mot forringelse av miljøtilstanden i kystvann. Det betyr at også *avvikling* av oppdrettsvirksomhet skal gjøres på en måte som ikke forringer tilstanden i vannforekomstene. Videre gjelder kravene til overvåking på samme måte som i driftsfasen.

Det kan tenkes at forbudet mot forringelse vil håndheves mindre strengt i denne fasen, nettopp fordi det dreier seg om en aktivitet som skal avvikles – kilden til den forbudte forverringen blir borte. Likevel er det klart at også i denne fasen kan det oppstå forbudt forringelse som skal unngås. Direktivets formål om å oppnå i det minste «god» tilstand i alle Europas vannforekomster innen gitte frister, sammenholdt med EU-domstolens nokså strenge fortolkning av forbudet mot forringelse, tilsier derfor at det en ikke skal ta lett på forbudet – heller ikke i avviklingsfasen.

Jeg viser ellers til hva som står over om hvilke krav som stilles til overvåking i denne fasen – kravene til overvåking i driftsfasen gjelder på tilsvarende måte i avviklingsfasen.

4 Kravenes betydning for reguleringen av fiskeoppdrett i Norge

4.1 Innledning

Temaet i dette kapittelet er de EØS-rettslige kravenes betydning for reguleringen av fiskeoppdrett i Norge. Utgangspunktet er at vanddirektivet forbyr forringelse av miljøtilstanden i kystvannsforekomster. Det innebærer, som fremstillingen i kapittel 3 viste, at slik forverring som hovedregel er forbudt i alle faser for oppdrett. Direktivet åpner for å fravike dette utgangspunktet i tildelingsfasen, i situasjoner der vilkårene i art. 4(7) er oppfylt. Spørsmålet er hvilken betydning direktivkravene har for tolkningen og anvendelsen av bestemmelser knyttet til vannmiljøets kvalitet i norsk oppdrettslovgivning. Analysen vil skje med utgangspunkt i de ulike fasene for oppdrett. Her krever homogenitetsmålsettingen at direktivet tolkes og anvendes likt i hele EØS, slik vi har sett.

Vanddirektivet ble tatt inn i avtalens vedlegg XX,²⁵⁸ som omhandler miljø, 28. september 2007.²⁵⁹ Rettsakten er gjennomført i norsk rett gjennom vannforskriften.²⁶⁰ Forskriften er hjemlet i forurensningsloven²⁶¹ § 9, plan- og bygningsloven²⁶² §§ 3-6 andre ledd, § 8-1 andre ledd og § 9-7 andre ledd, vannressursloven²⁶³ §§ 9 og 65 og naturmangfoldloven²⁶⁴ § 26a. Selv om forskriften har et bredt hjemmelsgrunnlag, kan det ikke utelukkes at det mangler hjemmel for enkelte av de kravene som følger av direktivet. Siden temaet for denne avhandlingen er vanddirektivets

²⁵⁸ EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 av 28. september 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø).

²⁵⁹ Direktivet ble formelt tatt inn i EØS-avtalen først i 2008, se St.prp.nr. 75 (2007–2008).

²⁶⁰ Forskrift 15. desember 2006 om rammer for vannforvaltningen. Forskriften trådte i kraft 1. januar 2007. Direktivet ble altså innlemmet i EØS-avtalen etter at det ble gjennomført i norsk rett.

²⁶¹ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall.

²⁶² Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling.

²⁶³ Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann.

²⁶⁴ Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold.

betydning for reguleringen av fiskeoppdrett i Norge, faller spørsmålet om norsk rett gir tilstrekkelig hjemmel for de kravene direktivet forlanger at stilles, utenfor avhandlingens rammer.

Norske myndigheter har gitt regler om de miljømessige sidene ved oppdrettsvirksomhet i akvakulturloven kapittel III. Her angis sektormyndighetens og oppdretternes ansvar for å ta hensyn til miljøet. Paragraf 10 første ledd bestemmer at all akvakultur skal «etableres, drives og avvikles» på en «miljømessig forsvarlig» måte. Bestemmelsen er en miljønorm som skal sikre miljømessig forsvarlighet i alle faser for oppdrett.²⁶⁵ I den videre fremstillingen er et sentralt spørsmål hvordan denne rettslige standarden blir påvirket av direktivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden i kystvannsføremster og av det tilhørende unntaket i art. 4(7) andre alternativ.

Direktivkravene utgjør, som vi skal se, materielle og prosessuelle skranker for fylkeskommunens overordnede vurdering av om det skal gis tillatelse til oppdrettslokalitet etter akvakulturloven § 6,²⁶⁶ fylkesmannens vurdering av om det skal gis utslippstillatelse etter forurensningsloven § 11,²⁶⁷ og for reglene som gjelder i drifts- og avviklingsfasen. Videre skal vi se at kravene gir seg utslag i de ulike fasene på ulikt vis: I utrednings- og tildelingsfasen spiller både forbudet mot forringelse og det tilhørende unntaket for oppdrettsaktivitet i art. 4(7) andre alternativ viktige roller. Dessuten står det prosessuelle kravet om utføring av forundersøkelser²⁶⁸ sentralt her, fordi det avgjør om unntaket i det hele tatt skal vurderes. I driftsfasen er det i hovedsak forbudet mot forringelse som påvirker tolkningen og anvendelsen av bestemmelser av nasjonalt opphav. Like fullt får unntaket etter omstendighetene også betydning her. Det gjelder, slik vi har sett, for endringer ved eksisterende tillatelser. Til sist skal vi se at unntaket ikke får noen betydning overhodet i avviklingsfasen. Her er spørsmålet hvordan forbudet mot forringelse påvirker tolkningen og anvendelsen av regler gitt av norske myndigheter.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64.

²⁶⁶ Både den overordnede vurderingen etter § 6 med tilhørende individuelle vilkår og vurderingen av om tildeling anses «miljømessig forsvarlig» etter § 6 første ledd bokstav a.

²⁶⁷ Jf. akvakulturloven § 6 første ledd bokstav d.

²⁶⁸ *Article 4(7) Applicability Assessment*.

4.2 Kravene som rettslige skranker

4.2.1 Innledning

Utgangspunktet er at medlemsstatene må gjøre det de er forpliktet til etter EU/EØS-retten. EU-domstolen har lagt til grunn at forbudet mot forringelse utgjør et rettslig bindende krav som er gjeldende så snart miljøtilstanden i en konkret vannforekomst er fastslått,²⁶⁹ og at forbudet er ufravikelig, med mindre vilkårene i direktivets art. 4(7) er oppfylt.²⁷⁰ Det innebærer at forbudet mot forringelse supplert med unntakene i art. 4(7) utgjør materielle skranker på alle nasjonale rettsområder hvor direktivets krav til miljøtilstanden i vannforekomstene kommer til anvendelse – eksempelvis i saker som omhandler vannkraft og fiskeoppdrett.²⁷¹ På fiskeoppdrettens område innebærer dette at kravene gjelder som EU/EØS-rettslige skranker for all oppdretsregulering som har betydning for tilstanden i kystvann. I klartekst innebærer dette at direktivet kan kreve at nasjonale tildelingsmyndigheter ikke gir tillatelse, og at beslutningen om å gi tillatelse kan prøves rettslig.

4.2.2 Forholdet mellom forbudet mot forringelse og unntaket for ny bærekraftig aktivitet

Som en konsekvens av at forbudet mot forringelse er gitt en selvstendig status av EU-lovgiver,²⁷² er forhindring av forbudt forverring en målset-

²⁶⁹ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 43.

²⁷⁰ *Ibid* avsn. 50, i alle tilfeller hvor er en aktivitet kan lede til forringelse av miljøtilstanden.

²⁷¹ Se også KLDs veileder til bruk av vannforskriften § 12, der det på side 3 heter det at «[v]ilkårene i bestemmelsen må ... være oppfylt for at det skal kunne gis tillatelse etter det aktuelle sektorregelverket». Bugge (2018) synes også å legge samme forståelse til grunn: «... [v]annforskriften legger rettslige rammer for skjønnsutøvelsen når det skal treffes vedtak etter lover som har betydning for vannkvaliteten i elver og innsjøer, og langs kysten. Og her er det ikke bare slik at forvaltningen skal legge prinsippet om økosystemtilnærming «til grunn som retningslinje» slik naturmangfoldloven § 7 foreskriver. Den skjønnsfriheten som de respektive lovene gir forvaltningen med hensyn til vedtakets resultat, blir innskrenket til det som følger av vannforskriftens miljøkvalitetsmål og unntaksbestemmelser», se s. 359. (Min kursivering).

²⁷² C-461/13 *Weser*, avsn. 49

ting i seg selv. Medlemsstatene skal altså i utgangspunktet ikke tillate forringelse av miljøtilstanden i egne forekomster, selv om direktivet åpner for begrunnede unntak. Det må ses i sammenheng med at et av rettsaktens hovedformål og -målsetting er å oppnå minst «god» tilstand i alle vannforekomster på kontinentet innen 2021/2027. Utstrakt bruk av unntak vil nødvendigvis gjøre det vanskeligere å nå dette målet.²⁷³ Det kommer til uttrykk i Kommisjonens rapport om gjennomføringen av vanddirektivet og oversvømmelsesdirektivet,²⁷⁴ hvor det heter: «Begrundelserne for sådanne undtagelser er generelt blevet bedre, men deres *vedvarende udbredte anvendelse* er en indikator for den betydelige indsats, der stadig er nødvendig for at opnå god tilstand ... inden 2027.»²⁷⁵ Kommisjonens uttalelse understreker hovedmålsetting om å oppnå minst god tilstand innen 2027, og fremhever, slik jeg tolker utsagnet, viktigheten av å bruke direktivets unntak med varsomhet – nettopp for å nå rettsaktens mål.

4.3 Kort om systemet for fiskeoppdrett i Norge

Akvakulturloven § 4 bestemmer at all akvakultur trenger tillatelse. Akvakulturtillatelsen gir rett til produksjon av bestemte arter, i et bestemt omfang, på bestemte avgrensede områder (lokaliteter), jf. § 5 første ledd. Akvakulturtilatelser tildeles løpende etter søknad med hjemmel i § 6.

For tildeling av matfisktillatelse til laks, ørret og regnbueørret i sjøvann, som er den vanligste formen for fiskeoppdrett i Norge, er søknadsbehandlingen annerledes. Akvakulturloven § 7 gir hjemmel til å gi forskrifter om tildeling av disse antallsbegrensede tillatelsene, gjerne

²⁷³ Unntaket for nye bærekraftige aktiviteter åpner riktignok bare for å la miljøtilstanden reduseres fra «svært god» til «god».

²⁷⁴ Rapport fra Kommisjonen til Europaparlamentet og Rådet om gjennomføringen av vanddirektivet og over-svømmelsesdirektivet (2019).

²⁷⁵ *Ibid* s. 5. (Min kursivering).

omtalt som selskapstillatelser eller oppdrettstillatelser.²⁷⁶ De tildeles i to trinn («totrinnsystemet»): Først vurderer Fiskeridirektoratet hvilke søkere som skal gis tilsagn om tillatelse etter § 7. Deretter behandler fylkeskommunen søknad om avklaring av lokalitet etter § 6. Det er den sistnevnte tillatelsen som blir behandlet i det videre.

Akvakulturloven § 6 sier at det er departementet som tildeler tillatelsen, men kompetansen er delegert videre til fylkeskommunen, jf. laksetildelingsforskriften § 5 andre ledd og § 8 første ledd første punktum. Både ved nytildeling og ved utvidelse av biomasse på lokalitet (lokalitets-MTB) må det innhentes ny klarering, jf. laksetildelingsforskriften § 29.

De nærmere vilkårene for når lokalitetstillatelse kan tildeles, følger av akvakulturloven § 6 og laksetildelingsforskriften § 30. Flere kumulative vilkår må være oppfylt. For det første krever § 6 første ledd bokstav a at tildelingen må være «miljømessig forsvarlig». Det er forutsatt i forarbeidene at uttrykket skal forstås på samme måte som miljønormen i § 10 første ledd.²⁷⁷ Plikten skal sikre at all akvakultur drives slik at produksjonen «ikke på noe tidspunkt» fører til «vesentlige negative effekter» på miljøet.²⁷⁸ Med miljømessig forsvarlig menes at driften skal være forsvarlig både med hensyn til forurensning og økologiske effekter, herunder biologisk mangfold. Videre fremgår det av forarbeidene at hva som regnes som «forsvarlig» vil kunne endres over tid som følge av bedre kunnskapsgrunnlag og teknologisk utvikling.²⁷⁹

For det andre oppstiller akvakulturloven § 6 første ledd bokstav b vilkår om at kravene som følger av akvakulturloven § 15, som omhandler forholdet mellom arealplaner og vernetiltak, er oppfylt.

For det tredje stiller akvakulturloven § 6 første ledd bokstav c krav om at det er foretatt en avveining av arealinteresser etter akvakulturloven § 16.

²⁷⁶ De tildeles derfor av departementet etter en nærmere vurdering når departementet bestemmer det. Tillatelse til oppdrett av blant annet torsk består av én enkelt tillatelse, se Mellbye (2018) s. 68.

²⁷⁷ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 59.

²⁷⁸ *Ibid* s. 64.

²⁷⁹ *Ibid* s. 59.

Endelig forutsetter klarering av lokalitetstillatelse at det er gitt tillatelser fra tre ulike sektormyndigheter – Mattilsynet, Kystverket og Fylkesmannen, etter matloven, forurensningsloven, og havne- og farvannsloven, jf. § 6 første ledd bokstav d.²⁸⁰ Disse tillatelsene er med på å danne det faglige grunnlaget for fylkeskommunens vurdering av om tillatelse skal gis etter akvakulturloven § 6.

Vilkårene som er relevante for denne fremstillingens tema er kravet om miljømessig forsvarlighet i akvakulturloven § 6 første ledd bokstav a og kravet om utslippstillatelse etter forurensningsloven, jf. § 6 første ledd bokstav d.

Selv om de nevnte vilkårene i § 6 er tilfredsstilt, «kan» fylkeskommunen velge å avslå søknad om lokalitet. Fylkeskommunen skal ta den endelige overordnede vurderingen av om lokalitetstillatelsen skal gis, basert på de nevnte tillatelsene og uttalelsene, og en selvstendig vurdering av om tildeling av tillatelse er miljømessig forsvarlig. Forhold som kan påvirke denne overordnede vurderingen er om søker tidligere har begått miljøkriminalitet eller vist manglende vilje til å utøve oppdrettsvirksomhet på en miljømessig forsvarlig måte, eller at søker ikke kan dokumentere tilstrekkelig økonomi til å utføre en forsvarlig drift.²⁸¹ Som vi skal se har også vanddirektivets krav betydning for fylkeskommunens vurdering etter akvakulturloven § 6.

Akvakulturloven § 5 andre ledd bestemmer at fylkeskommunen kan sette vilkår eller begrensninger i tillatelsen som avbøter de negative virkningene av oppdrettsaktiviteten. Vilråene kan omfatte både drifts- og avviklingsfasen.

Forskriftverket inneholder en rekke minstekrav til innholdet i søknad om tillatelse. Disse følger av laksetildelingsforskriften²⁸² § 36 og

²⁸⁰ I saker om uttak av vann (landbaserte anlegg) kreves også tillatelse fra NVE etter lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann. Det kreves ikke tillatelse etter vannressursloven for å drive fiskeoppdrett i sjø. Temaet behandles derfor ikke her.

²⁸¹ Gjelsvik og Dale (2010) s. 48.

²⁸² Forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften).

tildelingsforskrift om andre arter²⁸³ § 10. For flytende akvakulturanlegg søkes det på felles søknadsskjema, fastsatt av Fiskeridirektoratet. Norsk Standard – NS 9410:2016 – *Miljøovervåking av bunnpåvirkning fra marine akvakulturanlegg* (heretter NS 9410:2016) gir anvisning på minimumskrav til innholdet i forundersøkelsene som utføres før etablering eller ved endringer av eksisterende tillatelser. Standarden inneholder metoder for å undersøke og dokumentere hvordan fôrrester og avføring fra oppdrettsfisk påvirker tilstanden på havbunnen. Direktivkravenes/forskriftskravenes betydning for utføringen av forundersøkelsene behandles nærmere i avsnitt 4.4.

I akvakulturdriftsforskriften²⁸⁴ er det angitt en rekke krav til driften av akvakulturanlegg. I § 35 er det inntatt krav om såkalt trendovervåking av bunnforholdene under anlegget i henhold til den forrige versjonen av NS 9410. Der trendovervåkingen (B-undersøkelsen) viser «uakseptabel miljøtilstand» kreves det etter § 36 at det foretas en utvidet B-undersøkelse. Fiskeridirektoratets regionkontor kan i samråd med fylkesmannen dessuten kreve C-undersøkelse, og fatte vedtak om brakklegging dersom den utvidete B-undersøkelsen og/eller C-undersøkelsen fortsatt viser «uakseptabel miljøtilstand». Direktivkravenes/forskriftskravenes betydning for miljøundersøkelser i driftsfasen behandles nærmere i avsnitt 4.6.

4.4 Utredning

I *Weser* slo EU-domstolen fast at medlemsstatene skal nekte prosjekter som «kan» forringe tilstanden i definerte overflatevannsforekomster, med mindre et av unntakene i art. 4(7) er oppfylt.²⁸⁵ For å kunne bringe på det rene om aktiviteten kan føre til forringelse, må statene kartlegge mulige virkninger fra oppdrettsvirksomhet i det aktuelle området i alle saker som hører inn under rettsaktens saklige og geografiske virkeområde.²⁸⁶

²⁸³ Forskrift 22. desember 2004 nr. 1799 om tillatelse til akvakultur av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret.

²⁸⁴ Forskrift 16. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).

²⁸⁵ C-461/13 *Weser*, avsn. 51.

²⁸⁶ Sak C-461/13 *Weser*, avsn. 50.

Temaet her er hvordan dette kravet påvirker bestemmelser gitt av norske myndigheter om forundersøkelser i utredningsfasen.

Norske myndigheter har gitt regler om utføring av forundersøkelser både i akvakulturloven med tilhørende forskrifter og i forskrift om konsekvensutredninger.²⁸⁷ Akvakulturloven § 11 regulerer miljøovervåking ved etablering (utredning og tildeling), drift og avvikling av fiskeoppdrettsvirksomhet. Første ledd bestemmer at departementet i enkeltvedtak eller forskrift kan kreve at den som «har» eller «søker» om akvakulturtillatelse skal foreta eller bekoste «nødvendige miljøundersøkelser» for å dokumentere miljøtilstanden innenfor lokalitetens influensområde. Etter andre ledd kan miljøundersøkelser etter denne bestemmelsen omfatte undersøkelser for å klarlegge «om» og «hvordan» akvakulturvirksomheten forårsaker, har forårsaket eller «kan» forårsake påvirkning på miljøet. Kravene til forundersøkelser er presisert i laksetildelingsforskriften § 36, som gir regler om minste krav til søknad om lokalitetstillatelse. Bestemmelsen lyder:

Søknad om klarering av lokalitet skal inneholde:

- a) opplysninger om strømmålinger på lokaliteten,
- b) kartdokumentasjon som angitt i NS-9410 – Miljøovervåking av marine matfiskanlegg – eller tilsvarende internasjonal standard/ anerkjent norm, og
- c) resultatene fra en miljøundersøkelse i form av en enkelt trendovervåking av bunnforholdene på lokaliteten (i NS-9410 kalt B-undersøkelse) gjort i henhold til NS-9410 eller tilsvarende internasjonal standard/anerkjent norm.

Første ledd bokstav b) og c) gjelder bare ved søknad om klarering av lokalitet i sjøvann.

Miljøundersøkelsen etter første ledd bokstav c) skal gjøres av kompetent organ. Et kompetent organ skal dokumentere relevant faglig kompetanse for oppdragsgiver og være uavhengig oppdragsgiver.

²⁸⁷ Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften).

På lokaliteter hvor miljøundersøkelse etter første ledd bokstav c) vanskelig lar seg gjennomføre etter NS-9410 eller tilsvarende internasjonal standard/anerkjent norm på grunn av dybdeforhold eller lokalitet med stein- eller fjellbunn, kan fylkeskommunen i samråd med Fylkesmannen fatte vedtak om alternativ miljøundersøkelse.

Dersom anleggets størrelse, beliggenhet eller andre forurensningsmessige forhold tilsier det, kan fylkeskommunen i samråd med Fylkesmannen kreve undersøkelse av bunntilstanden på lokaliteten (nærsonen) og utover i resipienten (fjernsonen) (i NS-9410 kalt C-undersøkelse) i henhold til NS-9410 jf. NS-9423 eller tilsvarende internasjonal standard/anerkjent norm. Slik undersøkelse skal utføres av et organ som er akkreditert for å utføre oppgaven.

Utgangspunktet er altså at søker skal levere opplysninger om strømmålinger og resultater fra en såkalt B-undersøkelse, jf. første ledd bokstav a og c, og at undersøkelsene skal utføres av et kompetent organ med relevant faglig kompetanse, som er uavhengig av tiltakshaver, jf. tredje ledd. I særskilte tilfeller må det også utføres en såkalt C-undersøkelse, jf. femte ledd. Undersøkelsene skal utføres i tråd med (NS-9410:2016)²⁸⁸. Standarden inneholder metoder for å undersøke og dokumentere hvordan fôrrester og avføring fra oppdrettsfisk påvirker tilstanden på havbunnen.

NS-9410 gir anvisning på en undersøkelsessekvens bestående av tre ulike undersøkelser. Først en innledende forundersøkelse, som skal gi oversikt over forholdene rett under og rundt en lokalitet før nyetablering og utvidelse. Deretter en såkalt B-undersøkelse, som består av en undersøkelse rett under anlegget og som gjennomføres regelmessig i driftsfasen. Den siste undersøkelsen, en såkalt C-undersøkelse, er en grundigere undersøkelse av bunnforholdene i et større område rundt fiskeoppdrettsanlegget (overgangssonen). Resultatet av testene i overgangssonen skal vurderes i samsvar med veileder «02:2018 – Klassifisering av miljøtilstand i vann – økologisk og kjemisk klassifiseringssystem for kystvann, grunnvann, innsjøer og elver». Hvis resultatet av undersøkelsene avdekker at tilstanden er dårligere enn «god» kan akvakulturmyndighetene pålegge ytterligere tester. Fylkesmannen, som forurensningsmyndighet, kan kreve at det foretas ekstra undersøkelser etter forurensningsloven § 12 i tildelingsfasen og etter § 51 i driftsfasen.

²⁸⁸ Standard for miljøovervåking av bunnpåvirkning fra marine akvakulturanlegg

Etter sin ordlyd krever akvakulturloven § 11 at både den som «søker» om tillatelse og den som «har» tillatelse, skal sørge for at det foretas «nødvendige» miljøundersøkelser i de ulike fasene for oppdrettsvirksomhet. For utredningsfasen innebærer dette at tiltakshaver har ansvar for å skaffe til veie nødvendig informasjon om de negative virkningene oppdrettsvirksomheten kan komme til å forårsake.

I forarbeidene heter det at formålet med bestemmelsen er å sikre miljøovervåking av akvakulturproduksjon, og at det med miljøundersøkelser menes undersøkelser for å kartlegge blant annet forurensningsfare og økologiske effekter, herunder biologisk mangfold. Videre forutsetter forarbeidene at det kan stilles krav til hvilke undersøkelser som må foretas, måten de skal gjennomføres på, samt krav til dokumentasjon av disse. Kravene til miljøundersøkelse og -dokumentasjon vil kunne «varierte for ulike former for akvakultur, samt ut fra forholdene ved den enkelte lokalitet og region».²⁸⁹ Videre heter det at bestemmelsen gir departementet hjemmel til å kreve «omfattende undersøkelser av en lokalitets miljømessige tilstand og bæreevne», og at miljøundersøkelsene kan kreves i alle faser for oppdrettsvirksomhet.²⁹⁰ Tiltakshaver er pliktsubjekt for kravene og plikter å gjøre undersøkelsene for egen regning.²⁹¹

Forarbeidene presiserer altså at undersøkelsene kan omfatte mange ulike former for miljøundersøkelser i ulike faser av oppdrettsvirksomhet, og at bestemmelsen åpner for omfattende undersøkelser for å avklare lokalitetens «miljømessige tilstand og bæreevne». Det nærmere innholdet i hva som er «nødvendig» vil bero på forholdene ved den bestemte lokalitet og region. Spørsmålet er hvordan direktivkravene påvirker vilkåret «nødvendige» miljøundersøkelser.

Kravet om *Article 4(7) Applicability Assessment* innebærer som vi har sett at medlemsstatene må ha regler om forundersøkelser, slik at det kan avdekkes om et omsøkt prosjekt kan føre til en forringelse av

²⁸⁹ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 65.

²⁹⁰ *Ibid* s. 65. Det er forutsatt i forarbeidene at myndighetene i større grad enn tidligere kan kreve miljøundersøkelser ved at det kan kreves at disse utføres innenfor lokalitetens influensområde. Med influensområde menes områder som blir påvirket av utslipp, rømming mv. fra virksomheten, jf. Prop. 103 L (2012–2013) s. 99.

²⁹¹ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 65.

miljøtilstanden i direktivets forstand. Her ser vi at direktivet påvirker akvakulturloven § 11 med tilhørende forskrifter slik at «nødvendige» miljøundersøkelser skal forstås som undersøkelser som kan avdekke om miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten *kan* komme til å forringes. I klartekst innebærer det at direktivet krever at undersøkelsene må kunne avdekke om ett eller flere av kvalitetselementene i den aktuelle kystvannforekomsten potensielt sett kan komme til å falle med ett eller flere nivå hvis den omsøkte tillatelsen gis. Bare i tilfeller der forundersøkelsen viser at prosjektet *ikke* kan føre til forringelse av miljøtilstanden, kan tillatelse tildeles uten at unntakskriteriene i art. 4(7) vurderes.

Konklusjonen er at vanddirektivets prosessuelle krav til utføring av forundersøkelser²⁹² påvirker akvakulturloven § 11 med tilhørende forskrifter slik at forundersøkelsene som hjemles her skal inneholde egnede metoder for å avdekke om tildeling av tillatelse til oppdrettslokalitet *kan* forringe miljøtilstanden i den aktuelle kystvannforekomsten, nærmere bestemt om ett eller flere kvalitetselementer kan komme til å falle med ett eller flere nivå.

Klima- og miljødepartementets (KLD) veileder til bruk av vannforskriften § 12, som kom før *Weser*-dommen i 2015, legger imidlertid en annen forståelse til grunn.²⁹³ Dels gjelder forskjellen definisjonen av hva som utgjør en forringelse i direktivets forstand. Dels gjelder det når resultatet av en forundersøkelse (*Article 4(7) Applicability Assessment*) utløser krav om at unntaket i art. 4(7)/§ 12 vurderes.

Om hva som utgjør en forringelse i direktivets forstand, heter det i veilederen at «[d]et ... kun [er] forringelser der man [vannforekomsten] går fra en klasse til en annen som

innebærer en ”forringelse” i bestemmelsens forstand, og som medfører at virksomheten må

vurderes etter § 12».²⁹⁴ Etter EU-domstolens avgjørelse i *Weser* er det klart at dette er feil vurderingstema. Temaet som skal vurderes er

²⁹² *Article 4(7) Applicability Assessment*.

²⁹³ Det er klart at veilederens innhold ikke har betydning for hvordan direktivkravene skal forstås, men den gir innsikt i hvordan kravene tolkes av norske myndigheter.

²⁹⁴ Veileder til bruk av vannforskriften § 12 s. 4.

om ett eller flere av *kvalitetselementene* i kystvannsforekomsten kan komme til å falle ett eller flere nivå, og dermed lede til en forringelse i direktivets forstand (selv om forringelsen ikke nødvendigvis leder til at overflatevannsforekomsten som sådan blir kategorisert i en lavere klasse).²⁹⁵

Videre heter det i veilederen, som i Kommissjonens retningslinjer, både at unntaksbestemmelsen § 12 skal vurderes hvis tildeling av tillatelse «kan» og om den «vil» medføre en forringelse i direktivets forstand.²⁹⁶ Årsaken til at det er angitt feil vurderingstema i veilederen er trolig at Kommissjonens retningslinjer både gir anvisning på at unntakskriteriene skal vurderes dersom *Article 4(7) Applicability Assessment* viser at et prosjekt «is expected to»²⁹⁷ og om prosjektet «may» føre til en forringelse av tilstanden i en vannforekomst, slik vi så i kapittel 3. Etter EU-domstolens avgjørelse i *Weser* er det imidlertid klart at temaet som skal vurderes er om virksomheten «may»/«kan» lede til en slik forverring av miljøtilstanden. Veilederen kom før *Weser*, men KLD har opplyst at det ikke foreligger noen oppdatert versjon²⁹⁸ og at det heller ikke er planer om å lage noen ny veileder til bruk av § 12.²⁹⁹

Ordlyden i departementets veileder er antakelig et utslag av det som ble skissert over,³⁰⁰ nemlig at diskrepans mellom ordlyden i domstolens uttalelser og Kommissjonens retningslinjer kan føre til misforståelser i medlemsstatene om kravets innhold.³⁰¹ Ordlyden i Kommissjonens retningslinjer gjør at terskelen for når det stilles krav om at unntaket

²⁹⁵ Om forundersøkelsen viser at tildeling X ikke kan lede til forringelse av vannkvaliteten i forekomst Y, er det ikke behov for å vurdere unntakskriteriene i § 12.

²⁹⁶ På side 2 heter det at § 12 skal vurderes når det fattes enkeltvedtak om ny aktivitet eller nye inngrep i en vannforekomst som «kan» medføre at miljømålene ikke nås eller at tilstanden forringes. På side 3 heter det i motsetning at sektormyndigheten må ta stilling til om den omsøkte virksomheten «vil» medføre en forringelse.

²⁹⁷ CIS Guidance document No. 36 s. 49.

²⁹⁸ KLD (2019) a

²⁹⁹ KLD (2019) b

³⁰⁰ Jf. avsnitt 3.6.

³⁰¹ I den norske veilederen til vannforskriften § 12 heter det at «... sektormyndigheten må ta stilling til om den omsøkte virksomheten vil medføre forringelse» og «ta stilling til hvilken tilstandsklasse vannforekomsten forventes å komme til å få», se s. 3 (mine kursiveringer).

i art. 4(7) skal vurderes, synes å være høyere enn den i realiteten er. Her ser vi at feilen går igjen i veilederen fra departementet, som angir et «dobbelte feil» vurderingstema: Ikke bare angis feil vurderingstema for hva som utløser krav om at unntakskriteriene vurderes. Også definisjonen av hva som utgjør en «forringelse» i direktivets forstand gir anvisning på vurdering av feil tema. Dette innebærer at veilederen gir uttrykk for at det skal betraktelig mer til for at resultatet av forundersøkelser utløser krav om at unntakskriteriene i art. 4(7)/§ 12 vurderes, enn det som er gjeldende rett etter EU-domstolens avgjørelse i *Weser*.

Jeg vil ikke foreta noen vurdering av om reglene om forundersøkelser gitt i akvakulturloven og laksetildelingsforskriften § 36, med henvisning til NS 9410:2016,³⁰² inneholder metoder som gjør det mulig å avdekke de forholdene vandirektivet krever. Det kan reises spørsmål ved om direktivets krav i realiteten innebærer at det må gjennomføres fullstendige konsekvensutredninger i alle tildelingssaker. Anvisningene som er gitt i Kommisjonens retningslinjer om hvordan forundersøkelsene bør utføres, *kan* etter mitt syn indikere det. Som vi har sett, gir *Article 4(7) Applicability Assessment* anvisning på en evaluering i fire trinn; screening av mulige virkninger, det eventuelle behovet for videre undersøkelser, datainnsamling og vurderinger, og endelig en eventuell Art. 4(7)-test.³⁰³ Etter hva jeg har forstått, gjennomføres det sjelden konsekvensutredninger i tilknytning til søknader om oppdrettslokalitet etter akvakulturloven § 6 i dag.

Konsekvensutredningsforskriften regulerer tiltakshavers plikt til å skaffe til veie informasjon om aktivitetens virkninger. Forskriftens §§ 8 og 10 bestemmer at fylkeskommunen ved søknad om etablering eller endring av akvakulturanlegg skal vurdere om tiltaket «kan» få «vesentlige virkninger» for miljø og samfunn. Fylkeskommunen kan også be om tilleggsutredninger. For tildeling av tillatelse til oppdrettslokalitet innebærer det at «vesentlige virkninger» skal forstås som virkninger

³⁰² NS 9410:2016.

³⁰³ Art. 4(7)-testen er en vurdering av om unntakskriteriene i art. 4(7)/§ 12 er oppfylt, der forundersøkelsen (*Article 4(7) Applicability Assessment*) har vist at tildeling X kan lede til forringelse av miljøtilstanden i forekomst Y.

som forringer miljøtilstanden i den aktuelle kystvannsforekomsten. Fylkeskommunen skal altså vurdere om tildeling «kan» lede til forringelse av miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten. Jeg vil ikke her gå inn på hvilke krav miljøvirkningsdirektivet måtte stille til det nærmere innholdet i en konsekvensutredning, det er utenfor rammene for denne avhandlingen.³⁰⁴

Forundersøkelsene har betydning både for utslippstillatelsen etter forurensningsloven og lokalitetstillatelsen etter akvakulturloven. Miljøundersøkelsene danner grunnlaget for vurderingen av om disse tillatelsene skal gis eller ikke. I det følgende vil jeg drøfte unntakskriterienes betydning både for fylkesmannens og fylkeskommunens vurdering. Jeg vil også kort drøfte kriterienes betydning for vilkårsbruk ved tillatelsene i avsnitt 4.6.³⁰⁵

4.5 Tildeling

4.5.1 Innledning

Fordi vanddirektivet forbyr forringelse av miljøtilstanden i kystvann, har medlemsstatene en plikt til å treffe nødvendige tiltak for å hindre at slik forbudt forverring oppstår. Slik vi har sett, følger det av dette at tildelingsmyndighetene skal nekte prosjekter som *kan* føre til forringelse, med mindre det dreier seg om en situasjon der kriteriene i art. 4(7) andre

³⁰⁴ Det kan likevel legges til at EU-domstolen i juni 2020 avsa en dom med betydning for vurderingen av virkningene av at medlemsstatene enten har unnlatt å utføre konsekvensutredninger der direktiv 2001/41/EF krever det, eller har gjennomført en direktivstridig utredning, se sak C-24/19. EU-domstolen fant, under henvisning til lojalitetsplikten, at direktivet i slike tilfeller krever at medlemsstatene bringer de ulovlige virkningene av denne tilsidesettelsen av EU-retten til opphør. Nasjonale myndigheter, herunder nasjonale rettsinstanser, har altså en plikt til å treffe samtlige nødvendige tiltak for å bote på virkningene av at ikke ble utført konsekvensutredning i tråd med direktivet, se C-24/19 avsn. 83. Dette innebærer antakelig at der konsekvensutredninger ikke tilfredsstillende de kravene EØS-retten stiller, skal medlemsstatene suspendere virkningene av konsesjonen til en EØS-konform konsekvensutredninger er foretatt, eller trekke konsesjonen tilbake.

³⁰⁵ Både forbudet mot forringelse og unntakskriteriene.

alternativ er oppfylt.³⁰⁶ Fylkeskommunen og fylkesmannen må derfor vurdere om vilkårene i unntaksbestemmelsen er tilfredsstillende i alle saker der oppdrettsaktivitet kan lede til forringelse av tilstanden i direktivets forstand.³⁰⁷ I dette avsnittet behandles spørsmålet om hvordan disse unntakskriteriene virker inn på tildelingsreglene. Unntaket blir drøftet under forutsetning av at en omsøkt aktivitet *kan* forringe miljøtilstanden. Direktivet krever ellers ikke at art. 4(7) vurderes.

Artikkel 4(7) er gjennomført i vannforskriften § 12 med følgende ordlyd:³⁰⁸

§ 12 Ny aktivitet eller nye inngrep

Ny aktivitet eller nye inngrep i en vannforekomst kan gjennomføres selv om dette medfører at miljømålene i § 4–§ 7 ikke nås eller at tilstanden forringes, dersom dette skyldes:

- a) nye endringer i de fysiske egenskapene til en overflatevannforekomst eller endret nivå i en grunnvannforekomst, eller
- b) ny bærekraftig aktivitet som medfører forringelse i miljøtilstanden i en vannforekomst fra svært god tilstand til god tilstand.

I tillegg må følgende vilkår være oppfylt:

- a) alle praktisk gjennomførbare tiltak settes inn for å begrense negativ utvikling i vannforekomstens tilstand,
- b) samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet, og
- c) hensikten med de nye inngrepene eller aktivitetene kan på grunn av manglende teknisk gjennomførbarhet eller uforholdsmessig store kostnader, ikke med rimelighet oppnås med andre midler som miljømessig er vesentlig bedre.

³⁰⁶ Jf. avsnitt 3.3 og sak C-461/13 *Weser*, avsn. 50–51.

³⁰⁷ Paloniitty har tatt til orde for at *Weser* endret direktivets karakter fra «... the alleged management planning instrument ... into a more traditional, formalistic legal tool, affecting individual permitting procedures all across the Union», se Paloniitty (2016) s. 1.

³⁰⁸ I det følgende vil ulike ordlyd i henholdsvis direktiv og forskrift kommenteres der ulikhetene fortjener nærmere behandling.

Der ny aktivitet eller nye inngrep er gjennomført i planperioden, skal begrunnelsen for dette gjengis i oppdatert vannforvaltningsplan. Dersom det er gitt tillatelse til nye aktiviteter eller nye inngrep, skal dette også fremgå av vannforvaltningsplanen.

Forskriften gir ikke hjemmel til å innvilge eller avslå søknad om ny aktivitet eller nye inngrep, men EØS-retten krever at vurderingstemaene i unntaksbestemmelsen tas i betraktning ved tildeling av tillatelser. På fiskeoppdrettens område betyr det at forskriftens adgang til å gi unntak fra hovedregelen som forbyr forringelse av miljøtilstanden i kystvannsforekomster, er ved tildeling av tillatelse til oppdrettslokalitet gjennom sektorregelverket. I klartekst betyr dette at unntakskriteriene i § 12 må være tilfredsstillt for at lokalitetstillatelse skal kunne gis etter akvakulturloven § 6 og for at utslippstillatelse skal kunne gis etter forurensningsloven § 11.

Fremstillingen i kapittel 3 viste at unntakskriteriene krever at oppdrettsvirksomheten utgjør en (ny) bærekraftig aktivitet som tilfredsstillter bestemmelsens tilleggsvilkår i forekomster som i utgangspunktet har «svært god» tilstand. Temaet i det følgende er (1) hvordan disse unntakskriteriene påvirker fylkeskommunens overordnede vurdering av om lokalitetstillatelse skal gis etter akvakulturloven § 6, herunder hvordan de påvirker den rettslige standarden «miljømessig forsvarlig» i første ledd bokstav a, (2) hvordan kriteriene virker inn på fylkesmannens vurdering av om det skal gis utslippstillatelse etter forurensningsloven § 11 og (3) kravenes betydning for vilkårsbruk i tillatelsene.

Akvakulturloven § 6 bestemmer at lokalitetstillatelse³⁰⁹ «kan» tildeles dersom en rekke vilkår er tilfredsstillt, slik vi så i avsnitt 4.3. Søker har altså ikke rettskrav på tillatelse – spørsmålet om lokalitetstillatelse skal gis eller ikke, beror på et skjønn som, i alle fall tradisjonelt, er forstått slik at det bare i begrenset grad er underlagt rettslig prøving. Et sentralt spørsmål i den videre fremstillingen er hvordan EØS-retten virker inn på bestemmelsens natur. Som vi skal se er antakelig ikke skjønnen like

³⁰⁹ Vilkårene er gjentatt og presisert i laksetildelingsforskriften § 30.

fritt som forarbeidene gir uttrykk for³¹⁰ – vanndirektivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden i kystvannsforekomster med tilhørende unntak utgjør, slik vi har sett, skranker, og disse virker styrende for tildelingsmyndighetenes skjønn. Det innebærer at det kan forekomme situasjoner der nasjonale tildelingsmyndigheter ikke kan gi tillatelse, og spørsmålet om en slik situasjon foreligger, kan gjøres til gjenstand for rettslig prøving. I situasjoner der vilkårene for å kunne gi tillatelse er tilfredsstillt – tolket i lys av direktivet – har ikke lenger direktivkravene noen betydning for skjønnsutøvelsen.

Ettersom innvilget utslippstillatelse er en forutsetning for at fylkeskommunen skal ha adgang til å tildele lokalitet etter akvakulturloven,³¹¹ behandles utslippstillatelsen først.³¹²

Utslippstillatelse etter forurensningsloven

Temaet her er hvordan unntakskriteriene § 12 påvirker vurderingen av om tillatelse skal gis etter forurensningsloven § 11, og hvilken betydning kravene skal gis ved fastsetting av vilkår etter forurensningsloven § 16. Sistnevnte behandles sammen kravenes betydning for vilkårsbruk ved lokalitetstillatelser i avsnitt 4.6.

Forurensningsloven § 11 første ledd første punktum bestemmer at forurensningsmyndigheten etter søknad «kan» gi tillatelse til virksomhet som kan medføre forurensning. Også vurderingen av om tillatelse skal gis etter denne bestemmelsen, som akvakulturloven § 6 første ledd, er i utgangspunktet en vurdering domstolene i begrenset grad kan prøve. Ved vurderingen av om det skal gis tillatelse etter forurensningsloven § 11, eventuelt på hvilke vilkår etter § 16, skal det legges vekt på de «forurensningsmessige ulemperne ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre», jf. § 11 femte ledd.

³¹⁰ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 57.

³¹¹ Akvakulturloven § 6 første ledd bokstav d.

³¹² Unntakskriteriene i 12 første ledd bokstav b skal vurderes av alle sektormyndighetene nevnt i akvakulturloven § 6 første ledd bokstav d, herunder fylkesmannen (der tildeling *kan* forringe miljøtilstanden i vannforekomstene). Kriterienes betydning for fylkesmannens vurdering etter forurensningsloven § 11 behandles kort. Det som vies mest plass i denne avhandlingen er hvordan unntakskriteriene påvirker lokalitetsspørsmålet.

At det ved vurderingen av om utslippstillatelse skal gis etter forurensningsloven § 11 første ledd skal legges vekt på de «forurensningsmessige ulempene ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre» etter femte ledd, viser at avgjørelsen av hvorvidt det skal gis utslippstillatelse i utgangspunktet gir anvisning på en bred, skjønnsmessig vurdering. Også formålsparagrafen i § 1 og retningslinjene i § 2 gir anvisning på skjønnsmessige vurderingstemaer som skal tas i betraktning her. I § 1 heter det at loven skal sikre en «forsvarlig miljøkvalitet», slik at forurensning og avfall ikke fører til helseskade, går ut over trivselen eller skader naturens evne til produksjon og selvfornyelse. Sistnevnte må ses på som utslag av prinsippet om bærekraftig utvikling og naturens tålegrense.³¹³ Videre bestemmer § 2 nr. 1, som forurensningsmyndighetene skal legge til grunn ved behandlingen av enkeltsaker,³¹⁴ at loven skal «...nyttes for å oppnå en miljøkvalitet som er tilfredsstillende ut fra en samlet vurdering av helse, velferd, naturmiljøet, kostnader forbundet med tiltakene og økonomiske forhold». Retningslinjene gir anvisning på at loven ikke skal anvendes på en slik måte at miljøhensyn ensidig vektlegges. Også andre samfunnshensyn og interesser skal tas i betraktning, herunder kostnader forbundet med å forhindre eller redusere forurensning. Disse skal veies mot hensynet til miljøet.³¹⁵ Spørsmålet her er hvordan unntakskriteriene i vannforskriften § 12 påvirker vurderingen etter forurensningsloven § 11.

Vi ser her at forskriften påvirker fylkesmannens vurdering slik at det ved vektleggingen av de forurensningsmessige ulempene ved aktiviteten, skal tas i betraktning at vannforskriften ikke åpner for at miljøtilstanden i vannforekomstene synker mer enn fra «svært god» til «god». Videre skal prosjektet utgjøre en «bærekraftig aktivitet» og vilkårene i § 12 andre ledd bokstav b må være tilfredsstillt.

Utslippstillatelsen som kreves etter forurensningsloven § 11, jf. akvakulturloven § 6 første ledd bokstav d, inneholder en øvre grense for hvor mye fisk oppdretter kan ha på den omsøkte lokaliteten (maksimal

³¹³ Bugge (2019) s. 315.

³¹⁴ *Ibid* s. 315.

³¹⁵ *Ibid* s. 315.

tiltatt biomasse, MTB) i stedet for utslippsgrenser. Det er fordi man ikke kan rense utslipp fra oppdrett i sjø i åpne merder. Siden unntaket i § 12 krever at driften av anlegget ikke forringer miljøltilstanden i vannforekomsten mer enn fra «svært god» til «god», setter vilkåret rammer for fylkesmannens fastsettelse av MTB. Her ser vi at unntakskriteriene styrer fylkesmannens skjønn og gir avveiningen forurensningsloven gir anvisning på, et mer konkret innhold.

Der fylkesmannen og de andre sektormyndighetene har gitt tillatelse, blir spørsmålet for fylkeskommunen om lokalitetstillatelse skal gis etter akvakulturloven § 6. Minstevilkårene for å tildele tillatelse er da oppfylt, men fylkeskommunen kan, slik vi har sett, likevel nekte tillatelse. Fylkeskommune må foreta en overordnet vurdering av om tillatelse skal gis, herunder en vurdering av om tildeling er miljømessig forsvarlig. Temaet i det følgende er hvordan unntakskriteriene påvirker den rettslige standarden «miljømessig forsvarlig» i akvakulturloven § 6, jf. § 10.

Lokalitetstillatelse etter akvakulturloven

Den viktigste selvstendige vurderingen fylkeskommunen gjør som ledd i avgjørelsen av om lokalitetstillatelse skal gis eller ikke, er vurderingen av om tildelingen er «miljømessig forsvarlig» etter akvakulturloven § 6, jf. § 10. Forholdet mellom miljømessig forsvarlighet og EØS-retten er ikke diskutert i forarbeidene til akvakulturloven. Forarbeidene omtaler heller ikke vanddirektivet, selv om de er yngre enn direktivet. Forklaringen kan være at vanddirektivet ennå ikke var innlemmet i EØS-avtalen på dette tidspunktet.³¹⁶ Heller ikke i gjennomføringsforarbeidene til vannforskriften er problemstillingen behandlet.³¹⁷

³¹⁶ Forarbeidene er fra 2005 og direktivet ble gjennomført i norsk rett 2006.

³¹⁷ Forbudet mot forringelse av miljøltilstanden i vannforekomstene drøftes ikke inngående i gjennomføringsforarbeidene. Der diskuterte hovedsakelig spørsmål knyttet til gjennomføringen av direktivets organisatoriske krav, se St.prp.nr.75 (2007–2008) Samtykke til godkjennelse av EØS-komiteens beslutning nr. 125 av 28. september 2007 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2000/60/EF av 23. oktober 2000 om fastsettelse av rammer for Fellesskapets vannpolitikk (vanddirektivet) (St.prp.nr.75 (2007–2008), Innst.S.nr.131 (2008–2009).

Akvakulturloven § 10 første ledd bestemmer at all akvakultur skal «etableres, drives og avvikles» på en «miljømessig forsvarlig»³¹⁸ måte. Bestemmelsen er en miljønorm som skal sikre miljømessig forsvarlighet i alle faser for oppdrett. Denne rettslige standarden skal sikre at aktiviteter som har miljømessig betydning innenfor sektoren skjer på en forsvarlig måte.³¹⁹ Det følger av dette at produksjonen «ikke på noe tidspunkt» skal føre til «vesentlige negative effekter» på miljøet.³²⁰ Antakelig innebærer dette at det ikke er adgang til å tillate produksjon som har *betydelige* negative effekter, men at mindre negative virkninger er tillatt. For å kunne vurdere om ny aktivitet, som potensielt sett vil ha negativ effekt, vil lede til en ulovlig negativ virkning, må tildelingsmyndighetene ta i betraktning eventuelle kumulative virkninger. Det betyr at det må tas hensyn til om det allerede finnes annen aktivitet som gir negativ påvirkning i den aktuelle vannforekomsten. En ny negativ virkning som isolert sett er liten kan, sammenholdt med eksisterende aktivitet eller virkninger i forekomsten, lede til ulovlig «vesentlig negativ» virkning i bestemmelsens forstand. Spørsmålet om en konkret sak utgjør en «miljømessig forsvarlig» tildeling vil derfor kunne bero på om det allerede er eksisterende drift, fra oppdrettsvirksomhet eller annen aktivitet, eller for eksempel tilsig av næringsalter fra jordbruk i den aktuelle forekomsten. Videre følger det av forarbeidene at kravet om miljømessig forsvarlighet innebærer at driften skal være forsvarlig både med hensyn til forurensning og økologiske effekter, herunder biologisk mangfold, og at hva som regnes som «forsvarlig» vil kunne endres over tid som følge av bedre kunnskapsgrunnlag og teknologisk utvikling.³²¹ Det nevnes imidlertid ikke at også Norges

³¹⁸ Det er forutsatt i forarbeidene at «miljømessig forsvarlig» i §§ 6 og 10 skal forstås på samme måte, se Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 59.

³¹⁹ *Ibid* s. 64.

³²⁰ *Ibid* s. 64.

³²¹ *Ibid* s. 64, jf. avsnitt 4.3 over. Etter § 10 andre ledd kan departementet i enkeltvedtak eller forskrift gi nærmere bestemmelser for å sikre miljømessig forsvarlig akvakultur, herunder stille «krav til forebyggende tiltak». Det følger av forarbeidene at vilkåret ble tatt inn for å tydeliggjøre innholdet i miljønormen gjennom å presisere at forebyggende tiltak for å hindre skade på miljøet er en selvstendig plikt. Det betyr at driften kan være i strid med kravet om å drive miljømessig forsvarlig, selv om effekten av driften rent faktisk ikke fører skade på miljøet, se Prop.103 L (2012–2013) s. 98.

folkerettslige forpliktelser, herunder forpliktelsene etter EØS-avtalen, kan ha betydning for denne vurderingen.

4.5.2 **Vilkåret tillatt forringelse fra «svært god» til «god» tilstand**

Fremstillingen i kapittel 3 viste at unntaket for oppdrettsvirksomhet i art. 4(7) andre alternativ krever at miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten ikke forringes mer enn fra «svært god» til «god». Her ser vi at vilkåret presiserer forsvarlighetsvurderingen i § 6 slik at en «vesentlig negativ effekt» er en effekt som fører til ytterligere forringelse av miljøtilstanden, det vil si et fall til en lavere klasse enn «god». Hvis en *Article 4(7) Applicability Assessment* viser at tildeling X kan føre til at miljøtilstanden i vannforekomst Y blir lavere enn «god»,³²² skal tillatelse nektes.

Forarbeidene forutsetter at driften skal være forsvarlig både med hensyn til forurensning og økologiske effekter, herunder biologisk mangfold, og at normen setter krav til alle dagligdagse gjøremål, rutiner og interne systemer. Videre går det frem av forarbeidene at siden akvakultur «etter sin art» har innvirkning på miljøet, innebærer tillatelse til akvakultur at myndighetene aksepterer en «viss påvirkning» på miljøet rundt.³²³ Her medfører direktivet at grensen for det akseptable går ved negativ påvirkning som reduserer miljøtilstanden til lavere enn «god». «En viss påvirkning» skal altså forstås som påvirkning som reduserer tilstanden fra «svært god» til «god», men heller ikke mer.

Videre forutsetter forarbeidene at grensen for akseptert påvirkning er satt ved «skadelige konsekvenser». Det innebærer at tildelingsmyndighetene må vurdere sannsynligheten for at skade kan oppstå, samt omfanget av en eventuell skade.³²⁴ Her virker direktivet inn på forsvarlighetsvurderingen slik at grensen for skadelige konsekvenser går ved påvirkning som reduserer miljøtilstanden mer enn fra «svært god» til

³²² Hvis forundersøkelsen viser at tildeling kan føre til at miljøtilstanden forringes til «moderat», «dårlig» eller «svært dårlig».

³²³ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64.

³²⁴ *Ibid* s. 64.

«god». Direktivkravet presiserer altså at «skadelige konsekvenser» skal forstås som «moderat» tilstand eller dårligere.³²⁵

Forsvarlighetsvurderingen skal ifølge forarbeidene omfatte en avveining mellom hensynet til næringsutvikling og andre samfunnshensyn.³²⁶ Det går ikke frem av motivene hvilke hensyn det siktes til, men det dreier seg antakelig om hensyn løftet frem i lovens formålsbestemmelse, som akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft innenfor rammene av en bærekraftig utvikling og verdiskaping langs kysten.³²⁷ Fremstillingen i kapittel 3 viste at i saker om tildeling av oppdrettslokalitet, stiller direktivet krav om at formål som hensynet til å ivareta matsikkerhet og hensynet til å sikre arbeidsplasser veies mot nytten av å unngå forringelse av miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten.³²⁸ Det innebærer at direktivet krever at forsvarlighetsvurderingen omfatter en avveining av disse hensynene, og at den samfunnsmessige nytten vurderes å være større enn tapet av miljøkvalitet.

4.5.3 Vilkåret «ny»

Vilkåret «ny» bærekraftig aktivitet omfatter endringer i eksisterende tillatelser, i tillegg til ny aktivitet, slik vi så i kapittel 3. Det innebærer at tildelingsmyndigheten ikke kan tillate endringer i igangsatt drift med mindre unntakskriteriene i § 12 er oppfylt. Direktivet krever altså at disse kriteriene ikke bare vurderes ved nytildelinger etter akvakulturloven § 6, men også ved søknad om endring av lokalitets-MTB etter samme bestemmelse. Det samme gjelder antakelig også for oppjustering av kapasitet etter produksjonsområdeforskriften³²⁹ § 8, dersom forundersøkelsene

³²⁵ «Moderat», «dårlig» eller «svært dårlig».

³²⁶ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64.

³²⁷ Akvakulturloven § 1.

³²⁸ Vannforskriften § 12 andre ledd bokstav b gir, til forskjell fra det tilsvarende tilleggs-vilkåret i direktivet (art. 4(7) bokstav c), bare anvisning på at samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet. Sistnevnte bestemmelse åpner også for at «væsentlig samfunnsinteresse» kan rettferdiggjøre forringelse av vannkvalitet, slik vi har sett.

³²⁹ Forskrift 16. januar 2017 nr. 61 om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften).

viser at endringen *kan* føre til forringelse av miljøtilstanden i én eller flere vannforekomster.

4.5.4 Hovedvilkåret ny «bærekraftig aktivitet»

Hovedvilkåret i vannforskriften § 12 første ledd bokstav b, som gir anvisning på at tildelingsmyndigheten skal vurdere om den omsøkte aktiviteten utgjør en ny «bærekraftig aktivitet», er som vi har sett en skjønnsmessig vurdering. Slik fremstillingen i kapittel 3 viste, beror vurderingen på forholdene ved den tiltenkte lokaliteten, slik at grensen for hva som anses «bærekraftig» for eksempel vil være høyere i en delvis lukket terskelfjord³³⁰ med lave oksygennivåer og dårlige strømforhold, enn i åpne områder med god vannutskiftning.³³¹ Her ser vi at forskriften i beskjeden grad innskrenker fylkeskommunens skjønn. Like fullt krever den at kriteriet skal vurderes i hver enkelt sak.

I departementets veileder til bruk av § 12 tolkes imidlertid kravet annerledes. Det vises til at norsk regelverk oppstiller flere lov- og forskriftsbestemte vilkår som må være oppfylt for at en tillatelse kan gis. Det heter så at «[d]epartementet tolker begrepet slik at summen av dette regelverket kan sees som et uttrykk for nasjonale vurderinger av hva som er bærekraftig for den enkelte typen aktivitet. Utføres en virksomhet i henhold til en tillatelse gitt av offentlig myndighet, anses kravet til bærekraft å være oppfylt. For sektormyndighetene som skal vurdere § 12 i praksis, innebærer dette i praksis at begrepet «bærekraftig» ikke setter noen nye krav i tillegg til det som allerede følger av gjeldende regelverk».³³²

³³⁰ Terskelfjorder har trangt eller grunt innløp fra sjøen, og derfor begrenset utskiftning av vann. Dessuten kan de ha lave oksygennivåer. Disse forholdene kan gjøre områdene mer utsatte for forringelse av miljøtilstanden i direktivets forstand, Iversen (2019).

³³¹ At et område i utgangspunktet har «svært god» tilstand, betyr ikke at det ikke kan være sårbart for forverring og at det derfor ikke kan anses å være bærekraftig å drive oppdrett i disse områdene, slik vi så i kapittel 3.

³³² Veileder til bruk av vannforskriften § 12 s. 6.

4.5.5 Avbøtende og kompenserende tiltak

Tilleggsvilkår a), som går frem av går frem av vannforskriften § 12 andre ledd bokstav a, krever at alle praktisk gjennomførbare tiltak treffes for å begrense den omsøkte virksomhetens negative miljøpåvirkning. Det innebærer at fylkeskommunen må vurdere om det er behov for å stille vilkår om kompenserende eller avbøtende tiltak i tildelings- og driftsfasen. Slik vi har sett, gir vilkåret anvisning på en temmelig streng norm. Alle gjennomførbare tiltak skal gjennomføres, så fremt de ikke er uforholdsmessig dyre, eller er uforenlige med driften. Det betyr at fylkeskommunen skal treffe alle praktiske tiltak³³³ som gjør den mulige forringelsen av miljøtilstanden i forekomsten så liten som mulig.³³⁴ Antakelig vil det stilles strengere krav til de kompenserende eller avbøtende tiltakene i tilfeller der et prosjekt er i randsonen av hva som kan regnes som en «bærekraftig aktivitet».³³⁵

Ved vurderingen av hvorvidt et konkret prosjekt oppfyller dette vilkåret, vil det bringes på det rene om det er behov for å kreve at tiltakshaver utfører avbøtende eller kompenserende tiltak, hvilke tiltak det i så fall vil være snakk om, samt omfanget av eventuelle tiltak. Oppdrettsanlegg som har mindre utslipp enn det som er normalt, for eksempel som et ledd i de såkalte utviklingstillatelsene, vil kunne slippe unna med mer beskjedne krav om avbøtende eller kompenserende tiltak. Prosjekter med større utslipp vil etter omstendighetene måtte tåle strengere tiltak, for eksempel lukkede oppdrettsmerder.

Tilleggsvilkår a) krever altså at fylkeskommunen vurderer om det skal stilles krav om kompenserende eller avbøtende tiltak. Om det anses å være behov for at tiltak gjennomføres, skal det gjøres, med mindre de er så dyre at de ikke står i rimelig forhold til den effekten de gir, eller er uforenlige med driften.

³³³ «... taking all practicable actions».

³³⁴ CIS Guidance document No. 36 s. 51.

³³⁵ Vannforskriften § 12 første ledd bokstav b.

4.5.6 Avveining av samfunnsnytte og tap av miljøkvalitet

Direktivets tilleggsvilkår c) er gjennomført i forskriftens § 12 andre ledd bokstav b. Til forskjell fra direktivet, som oppstiller to alternative vilkår, gir forskriften anvisning på ett vilkår, med en knappere ordlyd. Direktivet krever, slik vi har sett, at tildelingsmyndighetene skal vurdere om den nye aktiviteten ivaretar en «væsentlig samfunnsinteresse» og/eller at «nyttevirkningene for miljøet og samfunnet» ved å bevare miljøtilstanden er mindre enn de «nyttevirkninger, der følger af de nye ændringer eller forandringer for befolkningens sundhed, opretholdelsen af menneskers sikkerhed og en bæredygtig udvikling». I motsetning til dette gir forskriften anvisning på den langt knappere ordlyden «samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet».

Her gir direktivteksten veiledning til hvordan vurderingstemaene i forskriften skal forstås. Forskriften åpner ikke for å tillate forringelse av miljøtilstanden i en vannforekomst utelukkende basert på at en aktivitet – her oppdrettsvirksomhet – utgjør en vesentlig samfunnsinteresse. Antakelig er det i tråd med EØS-retten, hvis man legger til grunn at det dreier seg om en form for «overoppyllelse» av direktivet at en vesentlig samfunnsinteresse alene ikke kan rettferdiggjøre et prosjekt som kan føre til en forringelse av vannmiljøets kvalitet. Siden det dreier seg om alternative vilkår, får i alle tilfelle forskjellen liten praktisk betydning (etter direktivet er det tilstrekkelig at nytteavveiningen slår ut til fordel for at tillatelse skal gis).

Også for forståelsen av interesseavveiningen isolert sett, kaster direktivteksten lys over hvordan den langt knappere forskriftsteksten skal forstås. Begrepet «tapet av miljøkvalitet» skal, tolket i lys av direktivet, forstås som tapet det gir miljøet og samfunnet at forringelse i det aktuelle området ikke hindres – altså at tilstanden i vannforekomsten ikke opprettholdes. «Samfunnsnyttene» av den nye aktiviteten skal forstås som nytten som følger av den nye aktiviteten – oppdrettsvirksomhet – for befolkningens helse, opprettholdelsen av menneskers sikkerhet og for en bærekraftig utvikling, hensynet til matsikkerhet, den dimensjonen av

bærekraftig utvikling som gir anvisning på å bedre menneskenes livskår³³⁶ og skaping av arbeidsplasser. Det kan likevel, som vi har sett, tenkes at kriteriet om å bedre menneskenes livskår best hensyntas nettopp ved å sikre vannmiljøets kvalitet – gjennom ikke å tildele tillatelse.³³⁷

Vilkåret gir anvisning på utpreget skjønsmessige vurderingstemaer som trolig i liten grad vil bli gjenstand for intensiv domstolsprøving, slik vi så i kapittel 3. Like fullt er det klart at avveiningen skal foretas av fylkeskommunen i hver tildelingssak.³³⁸ Det fordrer, slik vi har sett, at det gjennomføres forundersøkelser som er så grundige at det er mulig å foreta veloverveide vurderinger av de vurderingstemaene forskriften gir anvisning på.

4.5.7 Miljømessig vesentlig bedre løsninger

Tilleggsvilkår d) i direktivet går frem av vannforskriften § 12 andre ledd bokstav c og lyder: «Hensikten med de nye inngrepene eller aktivitetene kan på grunn av manglende teknisk gjennomførbarhet eller uforholdsmessig store kostnader, ikke med rimelighet oppnås med andre midler som miljømessig er vesentlig bedre». Slik vi så i kapittel 3, er det lagt til grunn i Kommisjonens retningslinjer at vilkåret om manglende teknisk gjennomførbarhet skal forstås strengt: Bare der det *ikke eksisterer* noen alternativ vesentlig miljømessig bedre teknisk løsning, er kriteriet oppfylt. Samtidig ser vi at det kreves at de alternative løsningene ikke er uforholdsmessig dyre. Sistnevnte vilkår gir anvisning på en bred helhetsvurdering,

³³⁶ Jeg viser ellers til hva som er skrevet over om hvordan «bærekraftig utvikling» bør forstås i lys av Kommisjonens retningslinjer.

³³⁷ Direktivet angir at nytten for miljøet og samfunnet ved å opprettholde miljøtilstanden skal være mindre enn nytten som følger av den nye aktiviteten oppdrettsvirksomhetene. I motsetning til dette, heter det i forskriften at samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet). Det er klart at det ikke er snakk om noen feil ved gjennomføringen av direktivet, men det kan tenkes at e rekkefølgene kriteriene er satt i, kan påvirke rettsanvenderens vurdering av vilkåret. I alle tilfelle er det klart at direktiv- og forskriftskravene skal forstås i tråd med hvordan kravene er utlagt i EU-domstolens praksis, og at de bør tolkes i lys av Kommisjonens retningslinjer, jf. kapittel 3.

³³⁸ Der en forundersøkelse viser at tildeling av tillatelse X kan føre til forringelse av miljøtilstanden i forekomst Y.

der medlemsstatene synes å ha stor grad av skjønn ved vurderingen av om en løsning står i rimelig forhold til den gevinsten den gir, eller ikke.³³⁹

Det kan tenkes, som vi har sett, at en konsekvens av dette er at fylkeskommunen i utgangspunktet skal kreve at oppdrettere benytter seg av lukkede merder, fordi det klart nok dreier seg om en produksjonsform som i vesentlig større grad enn åpne merder beskytter miljøtilstanden i kystvann. Det må i alle fall gjelde for forekomster som er sårbare for utslipp, som de nevnte semilukkede terskelfjordene.

Det sentrale poenget er, også her, at det dreier seg om et vilkår som må vurderes konkret i hver tildelingssak.

Også her synes departementet imidlertid å legge en annen forståelse til grunn. I veilederen til vannforskriften § 12 heter det at tilleggsvilkårene i mange tilfeller også fremgår av bestemmelsene om tillatelser i sektorregelverket, og at:

«Disse vurderingene er i stor grad overlatt til sektormyndighetens skjønn, og det må bero på en konkret vurdering om vurderingstemaene etter bestemmelsene i sektorregelverket er de samme som etter vannforskriften § 12. Dersom vurderingene etter sektorregelverket oppfyller kravene etter annet ledd, er det ikke nødvendig å behandle spørsmålene særskilt etter § 12. En forutsetning er imidlertid at det klart fremgår av vedtaket hvilke vurderinger etter sektorregelverket som anses å oppfylle de konkrete vilkårene i § 12. Dette kan enten gjøres gjennom løpende henvisninger, eller ved en egen, samlet vurdering av bestemmelsen hvor det vises til de delene av vedtaket hvor vilkårene er vurdert. Dersom § 12 gir anvisning på vurderinger som ikke følger av sektorregelverket, må disse spørsmålene behandles».³⁴⁰

Spørsmålet er hvordan uttalelsene i veilederen skal tolkes av tildelingsmyndighetene. Til tross for at tilleggsvilkårene til dels utgjør skjønnsmessige vurderingstemaer, er de konkrete og utførlige. Derfor er det vanskelig å se at sektorregelverket gir anvisning på de *samme*

³³⁹ *Ibid* s. 56, med videre henvisning til CIS Guidance Document No. 1 Economics and the environment. The implementation challenge of the Water Frame Directive.

³⁴⁰ Veileder til bruk av vannforskriften § 12 s. 6.

vurderingstemaene, slik de er lagt til grunn av EU-domstolen og slik de er forstått i Kommisjonens retningslinjer. Det innebærer at direktivets/forskriftens vilkår som hovedregel må vurderes, etter hva jeg kan forstå. Det må i alle fall anses å gjelde for tildeling av tillatelser til oppdrett: Det er på det rene at hverken akvakulturloven § 6 eller forurensningsloven § 11 inneholder *de samme* vurderingstemaene som direktivet angir. For å oppfylle direktivets krav om at vilkårene skal vurderes i enhver tildelingssak, må direktivets vurderingstemaer utgjøre en del av vurderingen av om tildeling av lokalitet skal gis. Dette må ses i sammenheng med lojalitetsplikten – og som en del av denne – prinsippet om ekvivalens. Som en konsekvens av den virkningsorienterte forståelsen av homogenitet, retter ikke lojalitetsplikten³⁴¹ seg bare mot lovgiver, men også mot forvaltningen.³⁴² Det betyr at nasjonale forvaltningsorganer har en plikt til å til å treffe alle «generelle eller særlig tiltak»³⁴³ for å sikre etterlevelse av EØS-rettslige forpliktelser. Ekvivalensprinsippet krever her at den forvaltningsrettslige håndhevingen av vanddirektivets krav er minst like god som håndteringen av regler med nasjonalt opphav. Om forvaltningen velger ikke å ta EØS-rettslige krav i betraktning fordi vi har *lignende* vurderingstemaer i sektorregelverket, kan det i alle fall reises spørsmål ved om det utgjør en lojal etterlevelse av våre EØS-rettslige forpliktelser.

Drøftelsene har vist at direktivets rettslig bindende minimumskrav påvirker forsvarlighetsvurderingen i akvakulturloven § 6 slik at spørsmålet om en tildeling er «miljømessig forsvarlig», er spørsmålet om det omsøkte prosjektet utgjør en bærekraftig aktivitet, i en forekomst med «svært god» tilstand som tilfredsstillende bestemmelsens tilleggsvilkår. Unntakskriteriene styrer altså fylkeskommunens skjønn og gjør aktsomhetsnormen i forsvarlighetsvurderingen strengere. Forsvarlighetsvurderingen vil slå annerledes ut for oppdrettsvirksomhet langs kysten enn for havbruk til havs – i områder utenfor direktivets geografiske virkeområde vil direktivkravene nødvendigvis ikke få noen betydning for vurderingen etter akvakulturloven § 6. Det samme gjelder for landbasert oppdrett,

³⁴¹ Nedfelt i TEUF art. 4 nr. 3 og EØS-avtalen art. 3.

³⁴² Fredriksen og Mathisen (2018) s. 221.

³⁴³ Nedfelt i TEUF art. 4 nr. 3 og EØS-avtalen art. 3.

i den grad virksomheten ikke gir utslipp til vann. Det betyr i klartekst at «miljømessig forsvarlig» skal forstås strengere innenfor direktivets geografiske anvendelsesområde enn i havområder som ligger utenfor dette.

4.5.8 Kravenes betydning for vilkårsbruk ved tillatelsene

Oppdretternes rettigheter og plikter går ikke bare frem av det generelle regelverket, men også av de individuelle tillatelsene.³⁴⁴ Hjemlene for å knytte vilkår til henholdsvis lokalitets- og utslippstillatelsen er akvakulturloven § 5 andre ledd, jf. § 6, og forurensningsloven § 16, jf. § 11. Temaet her er betydningen forbudet mot forringelse av miljøtilstanden og unntakskriteriene i § 12 skal gis ved fastsetting av vilkår i tillatelsene.

Vannforskriften krever at det ikke oppstår ytterligere forringelse av miljøtilstanden i den aktuelle forekomsten enn fall fra «svært god» til «god» ved tildeling av tillatelse. Det innebærer at vilkår satt i tillatelsene bør bidra til å hindre at slik forbudt forverring av miljøtilstanden oppstår. Det vil typisk kunne gjøres ved å stille vilkår om overvåking som, slik vi så i avsnitt 4.5, kan avdekke om det oppstår en forringelse i direktivets forstand. Også avbøtende eller kompensierende tiltak vil etter omstendighetene være nødvendig for å hindre forringelse i driftsfasen.

For å sørge for at resipienten ikke blir overbelastet skal miljøtilstanden, som vi har sett, overvåkes. I tillatelsene etter både forurensningsloven og akvakulturloven kan det være stilt vilkår om at det utføres jevnlige overvåkinger av sedimentene i overgangssonen, i samsvar med NS 9410. Det er oppdretter som, basert på resultatene og trendene fra miljøundersøkelsene, vurderer om det er behov for ytterligere tiltak. Vi ser her at oppdretter har et temmelig stort ansvar for selv å overvåke og følge med på miljøtilstanden. Virksomheten bør også vurdere andre former for undersøkelser, avhengig av driftsmetoder, utslippenes størrelse og type, kunnskap om egen resipient og resultatet av miljøundersøkelsene. Ytterligere undersøkelser kan bestå av strandsonundersøkelse, visuell bunnundersøkelse, oksygenmålinger og undersøkelser av påvirkning på sårbare naturtyper.³⁴⁵

³⁴⁴ Jf. avsnitt 4.3.

³⁴⁵ Miljødirektoratet (2017).

4.5.9 Sammenfatning

Fremstillingen har vist at forbudet mot forringelse av miljøtilstanden i kystvannsforekomster skjerper kravet til miljømessig forsvarlighet. Samtidig har vi sett at unntaket i art. 4(7) reduserer forbudets betydning ved at tillatelse kan gis til oppdrettsaktivitet som tilfredsstillende unntakskriteriene. Drøftelsene har vist at flere av disse kriteriene gir anvisning på utpreget skjønnsmessige vurderinger, som kravet om at prosjektet må utgjøre en «bærekraftig aktivitet». Andre parametere i er til dels strenge og konkrete, som vilkåret om at unntak bare kan innrømmes i vannforekomster med «svært god» tilstand. Også tilleggsvilkårene i bokstav a) og d) gir anvisning på konkrete og lite skjønnspregede vurderingstemaer. Disse kriteriene presiserer innholdet i forsvarlighetskravet i akvakulturloven § 6, slik at de vurderingstemaene fylkeskommunen skal ta stilling til blir mindre skjønnspregede. Slik sett gjør denne «harde» EØS-jussen – med mer konkrete krav – vilkåret «miljømessig forsvarlig» enklere å operasjonalisere på de områdene direktivet dekker. Direktivkravenes påvirkning på miljønormen gjør den derfor mer anvendelig og antakelig mer effektiv som rettsregel.³⁴⁶ Samlet sett er det likevel grunn til å anta at kravene ikke vil bli gjenstand for en særlig intens domstolsprøving. Det må ses i sammenheng med at direktivets unntak fra forbudet mot forringelse skal skape fleksibilitet ved å åpne for at medlemsstatene kan sikre viktig interesser som energi- og mat- og drikkevannsforsyninger.

³⁴⁶ Det kan stilles spørsmål ved om oppfyllelse av direktivets krav til miljøtilstanden i kystvannsforekomster er tilstrekkelig for å tilfredsstillende forsvarlighetskravet. Antakelig rommer regelen om at all akvakultur skal etableres, drives og avvikles på en «miljømessig forsvarlig» måte mer enn det som følger av direktivkravene. Det er imidlertid ikke rom for å gå nærmere inn på spørsmålet her, utover at det kan konstateres at siden vanddirektivet er et minimumsharmoniseringsdirektiv, foreligger det ingen EØS-rettslige hindre for at nasjonal lovgivning stiller strengere krav de som følger av direktivet.

4.6 Drift

4.6.1 Innledning

Utgangspunktet er at direktivet forbyr forringelse av miljøtilstanden i kystvannsføremøster i driftsfasen, og at medlemsstatene er pålagt å utarbeide overvåkingsprogrammer for å måle miljøtilstanden i egne føremøster. Temaet i dette avsnittet er hvilken betydning disse kravene har for tolkningen og anvendelsen av bestemmelser gitt av norske myndigheter i driftsfasen.

Fylkesmannen og Fiskeridirektoratet fører tilsyn med oppdretter i driftsfasen. Tilsynet består av å sørge for at de rammene og vilkårene som er fastsatt i tillatelsene overholdes.

4.6.2 Forbudets betydning for forsvarlighetsvurderingen i akvakulturloven § 10

Miljønormen i akvakulturloven § 10 krever, slik vi har sett, at all aktivitet som har miljømessig betydning innenfor sektoren skal skje på en forsvarlig måte i alle faser av prosessen³⁴⁷ og at produksjonen «ikke på noe tidspunkt» skal føre til «vesentlige negative effekter» på miljøet.³⁴⁸ Siden akvakultur «etter sin art» har innvirkning på miljøet, innebærer tillatelse til akvakultur at myndighetene aksepterer en «viss påvirkning» på miljøet rundt.³⁴⁹ Som fremstillingen i avsnitt 4.5.2 viste, påvirker direktivet forsvarlighetsvurderingen slik at grensen for det akseptable går ved negativ påvirkning som reduserer miljøtilstanden til lavere enn «god» tilstand.³⁵⁰ «En viss påvirkning» skal altså forstås som påvirkning som reduserer tilstanden fra «svært god» til «god», men heller ikke mer. Dette gjelder på tilsvarende vis i drifts- og avviklingsfasen som i tildelingsfasen.

Forarbeidene gir anvisning på at det ved vurderingen av hva som anses «forsvarlig» etter akvakulturloven § 10 skal foretas en avveining

³⁴⁷ Jf. avsnitt 4.5, jf. Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64.

³⁴⁸ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64.

³⁴⁹ *Ibid* s. 64.

³⁵⁰ «Moderat», «dårlig» eller «svært dårlig».

mellom hensynet til næringsutvikling og andre samfunnshensyn.³⁵¹ Dette gjelder forsvarlighetsvurderingen i alle faser for oppdrett. Avveiningen omfatter, som vi har sett, hensynet til akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft innenfor rammene av en bærekraftig utvikling og verdiskaping langs kysten.³⁵² EU-domstolen har imidlertid lagt til grunn at det ikke er rom for noen avveining av ulike hensyn ved vurderingen av hva som utgjør en forringelse i direktivets forstand.³⁵³ Forbudet mot forringelse gir snarere anvisning på rene naturvitenskapelige metoder, der forståelsen av hva som utgjør forringelse er basert på konkrete og målbare parametere.³⁵⁴ Det innebærer at direktivkravet her virker inn på forsvarlighetsvurderingen slik at det i saker der vanndirektivet kommer til anvendelse³⁵⁵ ikke skal foretas noen slik skjønnspreget interesseavveining: Viser målinger at det har oppstått en forringelse i vannforekomst Y har ikke driften vært utøvd miljømessig forsvarlig etter § 10. At forbudet utgjør en rettslig skranke, innebærer at de ovennevnte hensynene ikke er relevante overhodet for forsvarlighetsvurderingen etter akvakulturloven § 10, på de områdene direktivet dekker.

Direktivkravene retter seg mot nasjonale myndigheter, herunder fylkeskommunen og fylkesmannen. Det betyr at myndighetene, sentrale så vel som lokale, må sørge for at det stilles krav til oppdretterne som sikrer at vi etterlever våre EØS-rettslige forpliktelser.

³⁵¹ Jf. avsnitt 4.5.2, jf. Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64.

³⁵² Akvakulturloven § 1.

³⁵³ Se sak C-461/13 *Weser*, avsn. 68, hvor EU-domstolen la til grunn at «[i] modsætning til det, Bundesrepublik Deutschland har gjort gældende, kan en fortolkning, hvorefter alene «alvorlig skade» udgør en forringelse af tilstanden for et vandområde – en fortolkning, der i det væsentlige er baseret på en *afbalancering* af de negative indvirkninger på vandet på den ene side og de økonomiske interesser forbundet med vandet på den anden side – ikke udledes af ordlyden af artikel 4, stk. 1, litra a), nr. i), i direktiv 2000/60 ...». (Mine kursiveringer).

³⁵⁴ Det foreligger en forringelse i direktivets forstand når minst ett av kvalitetselementene (som danner grunnlaget for klassifiseringen av en bestemt vannforekomst, jf. direktivets vedlegg V), faller med ett nivå, selv om forringelsen ikke innebærer at overflatevannområdet i sin helhet rykker en tilstandsklasse ned, jf. sak C-461/13 *Weser*, avsn. 69 og avsnitt 3.3 over.

³⁵⁵ Innenfor direktivets virkeområde.

4.6.3 Overvåking av miljøtilstanden i driftsfasen

For å kunne måle om en forbudt forverring har oppstått, eller er i ferd med å oppstå, skal vannforekomstene overvåkes.³⁵⁶ Kravene om overvåking følger av art. 8 i direktivet, som bestemmer at medlemsstatene skal overvåke miljøtilstanden i egne forekomster. Overvåkingsprogrammene skal både måle økologisk og kjemisk tilstand og mengde og vannstand eller -føring, i den grad det er relevant for den økologiske og kjemiske tilstanden i den aktuelle forekomsten,³⁵⁷ og skal kunne avdekke om det oppstår en forbudt forverring i direktivets forstand. Kravene gjelder, som rettsakten som sådan, for alle overflatevannsføremønstre, uavhengig av om det er næringsvirksomhet i forekomsten eller ikke.

Spørsmålet er hvilken betydning forbudet mot forringelse av miljøtilstanden og kravene om overvåking har for bestemmelser av norsk opphav om overvåking av kystvannsføremønstre der det drives oppdrett.

Direktivets krav om overvåking av miljøtilstanden er gjennomført i norsk rett i vannforskriften § 18. Her heter det at:

§ 18

Det skal være etablert tilstrekkelige regionale programmer for å sikre en helhetlig overvåking av tilstanden i vannregionene. Disse skal revurderes og om nødvendig oppdateres hvert sjette år, i samsvar med kravene i vedlegg V. Overvåkningsprogrammene skal:

- a) For overflatevann omfatte økologisk og kjemisk tilstand og økologisk potensial, og i tillegg vannføring og/eller vannstand, i den grad det er relevant for økologisk og kjemisk tilstand og økologisk potensial.
- b) For grunnvann omfatte kjemisk og kvantitativ tilstand.
- c) For beskyttede områder suppleres med krav fra regelverket som hvert enkelt område er opprettet i henhold til.

Fylkesmannen som miljøfaglig ansvarlig og rådgiver har ansvaret for å koordinere overvåking og for registrering av overvåkings-

³⁵⁶ Jf. avsnitt 3.7.2.

³⁵⁷ Art. 8(1)(i) og (ii).

data i Vann-Nett, i samråd med berørte sektormyndigheter, fylkeskommuner og kommuner.

Det følger av § 18 andre ledd at det er fylkesmannen som har ansvaret for å koordinere overvåkingen i samråd med berørte sektormyndigheter, fylkeskommuner og kommuner. I praksis er det fylkesmannen som har ansvaret for å utarbeide disse programmene, såkalt tiltaksorientert overvåking. Overvåkingen skal som hovedregel betales av oppdretter, i tråd med forurenser betaler-prinsippet. Derfor er overvåking gjerne inntatt som vilkår i utslippstillatelsene etter forurensingsloven.³⁵⁸

Norske myndigheter har gitt regler om overvåking av miljøtilstanden i driftsfasen i akvakulturloven § 11 med tilhørende forskrifter. Disse er presisert i akvakulturdriftsforskriften §§ 35 og 36. Vannforskriftens krav til miljøovervåking er hjemlet i akvakulturloven og akvakulturdriftsforskriften, samt i tillatelsen etter forurensningsloven.

Akvakulturloven § 11 første ledd bestemmer at departementet i enkeltvedtak eller forskrift kan kreve at den som «har» eller søker om akvakulturtilatelse skal foreta eller bekoste «nødvendige miljøundersøkelser» for å dokumentere miljøtilstanden innenfor lokalitetens influensområde. Etter andre ledd kan miljøundersøkelser etter denne bestemmelsen omfatte undersøkelser for å klarlegge «om» og «hvordan» akvakulturvirksomheten forårsaker, har forårsaket eller «kan» forårsake påvirkning på miljøet. Kravene er presisert i akvakulturdriftsforskriften §§ 35 og 36, som gjelder henholdsvis miljøovervåking og tiltak ved uakseptabel miljøtilstand. Paragraf 35 lyder:

§ 35 Miljøovervåking

Det skal foretas miljøovervåking av lokaliteter i sjøvann med produksjon av fisk. En trendovervåking av bunnforholdene under anlegget skal foretas i henhold til NS-9410³⁵⁹ – Miljøovervåking av marine matfiskanlegg eller tilsvarende internasjonal standard/ anerkjent norm av et kompetent organ. Et kompetent organ skal

³⁵⁸ Vannportalen (2020).

³⁵⁹ Ikke oppdatert etter at ny NS kom i 2016.

dokumentere relevant faglig kompetanse for oppdragsgiver og være uavhengig oppdragsgiver.

Miljøundersøkelse skal for akvakultur av laks, ørret og regnbueørret første gang gjennomføres på det tidspunktet i produksjonssyklusen det er størst belastning eller biomasse på lokaliteten. Miljøundersøkelse skal for akvakultur av andre fiskearter enn laks, ørret og regnbueørret første gang gjennomføres når det produseres mer enn en tredjedel av tillatt biomasse som angitt i akvakultur-tillatelsen. Deretter skal det gjøres miljøundersøkelser etter de frekvenser som følger av NS-9410 eller tilsvarende internasjonal standard eller anerkjent norm. Fortrinnsvis skal undersøkelsene gjøres på det tidspunktet i produksjonssyklusen det er størst belastning eller biomasse på lokaliteten.

På lokaliteter hvor undersøkelsene vanskelig lar seg gjennomføre etter NS-9410 eller tilsvarende internasjonal standard eller anerkjent norm på grunn av dybdeforhold eller lokalitet med stein- eller fjellbunn, kan Fiskeridirektoratets regionkontor i samråd med Fylkesmannens miljøvernavdeling fatte vedtak om alternativt overvåkingsprogram.

Etter endt undersøkelse skal det rapporteres til Fiskeridirektoratets regionkontor.

Akvakulturdriftsforskriften § 35 første ledd stiller altså krav om utføring av B-undersøkelse i driftsfasen. Også her, som i utredningsfasen, kreves det at undersøkelsen gjennomføres i tråd med NS 9410 eller tilsvarende internasjonal standard av et kompetent organ som både er uavhengig av, og kan dokumentere relevant faglig kunnskap for oppdragsgiver. Bestemmelsens andre ledd fastsetter nærmere krav om tidspunktet undersøkelsene skal gjennomføres, tredje ledd fastsetter unntaksregler om alternativt overvåkingsprogram, mens fjerde ledd regulerer krav til rapportering.

I driftsfasen innebærer kravene om miljøovervåking i akvakulturloven § 11 at tiltakshaver har ansvar for å skaffe til veie nødvendig informasjon om tilstanden i den aktuelle vannforekomsten for å vurdere forurensningsfare og økologiske effekter. Som vi så i avsnitt 4.4, innebærer dette etter forarbeidene at undersøkelsene kan omfatte mange ulike former for miljøundersøkelser i ulike faser av oppdrettsvirksomhet, og at bestem-

melsen åpner for omfattende undersøkelser for å avklare lokalitetens «miljømessige tilstand og bæreevne», men at det nærmere innholdet i hva som er «nødvendig» vil bero på forholdene ved den bestemte lokalitet og region. Spørsmålet er hvordan direktivkravene påvirker innholdet i vilkåret «nødvendige» miljøundersøkelser, siden vilkåret skal forstås tolket i lys av direktivets forbud mot forringelse og kravet om at det utarbeides programmer som skal overvåke miljøtilstanden i kystvannforekomster.

Forbudet mot forringelse innebærer at medlemsstatene har en plikt til å hindre at miljøtilstanden i vannforekomstene forringes. I driftsfasen gjelder et rent forbud, utenom i tilfeller hvor oppdretter søker om kapasitetsendring, som vurderes på samme vis som nytildelinger, slik vi har sett. Det innebærer at medlemsstatene ellers ikke har anledning til å tillate forringelse av miljøtilstanden i egne forekomster. Direktivet krever derfor at medlemsstatene har regler om overvåking som kan avdekke om en slik forverring har oppstått eller er i ferd med å oppstå. Det betyr i klartekst at medlemsstatene må ha overvåkingsmetoder som kan avdekke om ett eller flere av kvalitetselementene som danner grunnlag for klassifiseringen av kystvannsforkomster, jf. direktivets vedlegg V, faller med ett eller flere nivå.³⁶⁰

Reglene om miljøundersøkelser er ytterligere presisert i akvakulturdriftsforskriften § 36. Bestemmelsen gir anvisning på tiltak som utføres ved «uakseptabel miljøtilstand». Der trendovervåking av bunnforholdene under anlegget (B-undersøkelsen) viser «uakseptabel miljøtilstand», skal det tas et større antall prøver under anlegget (utvidet B-undersøkelse). Fiskeridirektoratets regionkontor kan i samråd med Fylkesmannens miljøvernavdeling i tillegg kreve undersøkelse av bunntilstanden under anlegget (nærsonen) og utover i resipienten (fernsone) (i NS-9410 kalt C-undersøkelse) i henhold til NS-9410 eller tilsvarende internasjonal standard eller anerkjent norm. Det heter i bestemmelsen at «uakseptabel

³⁶⁰ Jf. sak C-461/13 *Weser*, avsn. 69 og avsnitt 3.3 over.

miljøtilstand» er definert som tilstand 4 i NS-9410, det vil si «meget dårlig».³⁶¹

Av § 36 andre ledd følger det at der undersøkelser etter første ledd fortsatt viser «uakseptabel miljøtilstand», kan Fiskeridirektoratets regionkontor i samråd med Fylkesmannens miljøvernavdeling fatte vedtak om brakklegging av lokaliteten. Vedtaket oppheves ikke før ny undersøkelse viser at miljøtilstanden er i de høyeste tilstandskategoriene (tilstand 1 eller 2). Vi ser her at der målinger fremdeles viser «uakseptabel miljøtilstand» (meget dårlig) etter at undersøkelsene etter første ledd er utført, kan Fiskeridirektoratet og Fylkesmannen fatte vedtak om å brakklegge området. Brakkleggingen oppheves ikke før miljøtilstanden når tilstand 1 eller 2, det vil si «meget god» eller «god» tilstand.

Fremstillingen over har vist at direktivet krever at miljøtilstanden ikke forringes i driftsfasen: Det åpnes bare for forringelse i tildelingsfasen, der gitte unntakskriterier er tilfredsstilt. Hva som tillates av forringelse avhenger, som fremstillingen i kapittel 3 viste, av tildelingsform. Der forundersøkelsene³⁶² viser at tildeling av tillatelse til oppdrettsvirksomhet X kan føre til forringelse av miljøtilstanden i vannforekomst Y, skjer tildeling basert på vurderingstemaene i art. 4(7) andre alternativ. I disse situasjonene godtas forringelse av miljøtilstanden fra «svært god» til «god». Medlemsstatene har så i driftsfasen en plikt til å sørge for at miljø-

³⁶¹ For mer om tilstandsklassene, se NS-9410:2016 s. 13. Klassifiseringssystemet brukt i akvakulturdriftsforskriften er ikke det samme som det systemet som benyttes i vanddirektivet og -forskriften. De to systemene kan ikke nødvendigvis holdes opp mot hverandre. Standarden NS 9410 måler bunnpåvirkning fra marine akvakulturanlegg. Hensikten er å passe på at utslippene av organisk materiale fra oppdrettsanleggene ikke overskrider lokalitetens kapasitet til å bryte dem ned. Vurderingene er basert på analyser av bunndyrsamfunnet i henhold til en risikobasert frekvens. Dette til forskjell fra tilstandsklassifisering etter vanddirektivet og -forskriften, hvor formålet er å klassifisere miljøtilstanden i vannforekomstene i sin helhet. For marine vannforekomster er bunndyr et av de biologiske kvalitetselementene som vurderingen økologisk tilstand kan baseres på. Økologisk tilstand i en vannforekomst skal baseres på målinger i prøvepunkter som er representative for vannforekomsten. I C-undersøkelsen vurderes tilstanden til bunndyrsamfunnet etter direktivets/forskriftens klassifiseringssystem for dette kvalitetselementet. Det er kun den ytterste stasjonen i C-undersøkelsen (lengst vekk fra anlegget) som er representativ for forekomsten, og som kan være med på å danne grunnlaget for klassifiseringen av vannforekomstens økologiske tilstand.

³⁶² *Article 4(7) Applicability Assessment.*

tilstanden ikke forringes *ytterligere*. Det innebærer i klartekst at direktivet krever at akvakulturmyndighetene/oppdrettere i medlemsstatene har overvåkingsprogrammer og -metoder som viser om det har oppstått, eller er i ferd med å oppstå, en slik forbudt forringelse av miljøtilstanden i driftsfasen.

Der forundersøkelsene viser at tildeling av tillatelse til oppdrettsvirksomhet X *ikke* kan forringe miljøtilstanden i vannforekomst Y, er det ikke krav om at art. 4(7) tas i betraktning i tildelingsfasen – da skjer tildeling utelukkende etter de vurderingstemaene som følger av regelverk gitt av medlemsstatenes myndigheter. I disse tilfellene godtas ingen forringelse³⁶³ av miljøtilstanden overhodet i driftsfasen. Det innebærer i klartekst at akvakulturmyndighetene/oppdretterne må sørge for at ingen kvalitetselementer faller fra «svært god» til «god» eller fra «god» til «moderat» – begge deler vil utgjøre forbudt forverring etter direktivet.

De ovennevnte forskriftskravene er for detaljerte til å kunne leses med den presisering at det er forbudt å tillate at miljøtilstanden i Norges kystvannsforekomster forringes (at ett eller flere kvalitetselementer faller med ett eller flere nivå). Her ser vi altså en spenning mellom de kravene som følger av direktivet og de kravene som fremgår av bestemmelser gitt av norske myndigheter. Det vil ikke være tilstrekkelig for å oppfylle våre forpliktelser etter direktivet å ha regler som krever brakklegging av oppdrettslokaliteter der miljøtilstanden viser «meget dårlig», og krav som sier at brakklegging ikke skal opphøre før tilstanden er tilbake på «god» eller «meget god». Vurderingstemaet som etter direktivet skal gå frem av nasjonal lovgivning er at forringelse er forbudt,³⁶⁴ utenom i tildelingsfasen, der gitte kriterier er oppfylt. Det betyr at det ikke er hvilken tilstandsklasse vannforekomstene har som er det sentrale, men snarere at det ikke skal oppstå forbudt forverring.

³⁶³ I direktivets forstand. Forverring som fører til at kvalitetselementer svekkes, uten at det medfører fall i tilstandsklasse, utgjør ingen forringelse etter direktivet, og godtas derfor.

³⁶⁴ At ett eller flere kvalitetselementer faller med ett eller flere nivå, uten at det nødvendigvis fører til at vannforekomsten som sådan faller en tilstandsklasse, jf. sak C-461/13 *Weser*, avsn. 69 og avsnitt 3.3 over.

Det avgjørende er for det første ikke hvilken klasse *forekomsten som sådan* har. For det andre er det ikke miljøtilstanden *per se* som er det avgjørende. Temaet som skal vurderes er om det har oppstått eller er i ferd med å oppstå en forbudt forringelse i direktivets forstand, nemlig om ett eller flere av kvalitetselementene som danner grunnlag for klassifiseringen av en bestemt vannforekomst, jf. direktivets vedlegg V, faller med ett eller flere nivå.

Vanndirektivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden innebærer i driftsfasen at det antakelig ikke er tilstrekkelig å ha regler som stiller krav til «god» tilstand: I de situasjoner der forundersøkelser i en forekomst med «svært god» miljøtilstand viser at tildeling av tillatelse til oppdrettsaktivitet X i vannforekomst Y ikke kan føre til forringelse, er ikke unntaket brukt. Tillatelse er da gitt utelukkende etter de vilkårene som stilles i sektorregelverket (akvakulturloven og øvrige sektorlover). I disse tilfellene er det ikke tillatt å la miljøtilstanden i den aktuelle vannforekomsten forringes fra «svært god» til «god» eller lavere. Det innebærer at et forskriftskrav om «god» tilstand ikke alltid er tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav.

Likevel vil det klart nok være tilfeller der «god» tilstand er godt nok. Det vil for det første gjelde i situasjoner der miljøtilstanden i en vannforekomst med «svært god» tilstand faller til «god».³⁶⁵ Da er det ikke tillatt med ytterligere forringelse, men «god» tilstand er tilstrekkelig. For det andre vil det gjelde i situasjoner der miljøtilstanden i en vannforekomst har «god» tilstand, og det ikke har oppstått noen forringelse.³⁶⁶ Også her er «god» tilstand tilstrekkelig. I disse tilfellene krever altså direktivet ikke annet enn at forringelse unngås, nærmere bestemt at det måles at ikke ett eller flere kvalitetselementer faller med ett eller flere nivå.

³⁶⁵ Forundersøkelsene viste at tildeling av tillatelse kunne forringe miljøtilstanden, og tildeling er gjort etter unntakskriteriene i vannforskriften § 12.

³⁶⁶ Tildeling har skjedd uten at unntakskriteriene er tatt i betraktning, fordi forundersøkelsene viste at tildeling ikke kunne føre til forringelse av miljøtilstanden.

4.6.4 Omgjøring og tilbaketrekking av tillatelser

Direktivet forbyr forringelse av miljøtilstanden i medlemsstatenes vannforekomster i driftsfasen. At det ikke åpnes for unntak i denne fasen,³⁶⁷ innebærer at medlemsstatene må gjennomføre tiltak der slik forbudt forverring oppstår. Tiltakenes art og omfang vil bero på forringelsens karakter. Dreier det seg om en beskjedne forringelse av miljøtilstanden, kan det tenkes at omgjøring, i form av for eksempel redusert MTB eller avbøtende tiltak, vil være tilstrekkelig. Ved tilfeller av mer alvorlig forringelse, vil direktivets krav antakelig kun ivaretas dersom medlemsstatene krever at tillatelsen tilbakekalles, for å hindre ytterligere forringelse og for å bidra til å sikre direktivets hovedmålsetting om å oppnå i det minste «god» miljøtilstand innen de angitte fristene.

Norske myndigheter har gitt bestemmelser om omgjøring og tilbaketrekking av tillatelser i akvakulturloven § 9 og forurensningsloven § 18. Både lokalitetstillatelsen som sådan³⁶⁸ og utslippstillatelsen³⁶⁹ kan bli gjenstand for omgjøring eller tilbaketrekking. Om sistnevnte trekkes tilbake, faller også lokalitetstillatelsen bort.³⁷⁰

Akvakulturloven § 9 første ledd bokstav a bestemmer at akvakulturtillatelser kan endres eller trekkes tilbake der det er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Det følger av forarbeidene at en endring både kan gjelde vilkårene som knytter seg til tillatelsen og hvilke lokaliteter tillatelsen benyttes på, og at fullstendig tilbaketrekking av tillatelse er et svært inngripende tiltak som må brukes med varsomhet. Videre heter det i forarbeidene at hva som er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» må vurderes ut fra den kunnskap som til enhver tid finnes om miljøeffekter av akvakultur, og at en tillatelse som på tildelingstidspunktet ble vurdert som fullt ut «miljømessig forsvarlig»,³⁷¹ senere kan vise seg å ha slike

³⁶⁷ Utenom for endringer ved eksisterende drift, som behandles som nytildelinger, jf. avsnitt 4.5.3.

³⁶⁸ Hjemlet i akvakulturloven § 6.

³⁶⁹ Gitt i medhold av forurensningsloven § 11, jf. § 16.

³⁷⁰ Jf. avsnitt 4.5. Slik vi så der, avhenger lokalitetstillatelsen etter akvakulturloven § 6 av at det foreligger utslippstillatelse etter forurensningsloven.

³⁷¹ Jf. akvakulturloven §§ 6 og 10.

negative effekter på miljøet at det er nødvendig å trekke den tilbake eller endre den.

At direktivet krever at det ikke oppstår forringelse i driftsfasen, innebærer at hva som er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» skal forstås som en forverring som medfører forringelse av miljøtilstanden i direktivets forstand. Likevel kan det tenkes, som nevnt over, at forringelsens karakter vil ha betydning for om tilsynsmyndigheten, Fiskeridirektoratet, nøyer seg med å endre lokalitetstillatelsens vilkår eller om det vedtas å trekke den tilbake. Det må ses i lys av at tilbaketrekking av tillatelse er et inngripende tiltak som, slik det er forutsatt i forarbeidene, skal brukes med varsomhet.³⁷²

Hjemmelen for endring, omgjøring og tilbaketrekking av utslippstillatelsen gitt i medhold av forurensningsloven, følger av § 18. I første ledd nr. 1 heter det at forurensningsmyndigheten kan oppheve eller endre vilkårene i tillatelse, sette nye vilkår, og om nødvendig kalle tillatelsen tilbake hvis det viser seg at skaden eller ulempen ved forurensningen blir «vesentlig større» eller «annerledes enn ventet» da tillatelse ble gitt.

Også her har antakelig forringelsens karakter betydning for vurderingen av om det kun skal settes nye eller endrede vilkår for tillatelsen, eller om fylkesmannen vedtar å trekke tillatelsen tilbake. Her påvirker direktivet tolkningen av skade eller ulempe som er «vesentlig større» eller «annerledes enn ventet» slik at skade eller ulempe som har ført til at det har oppstått en forbudt forverring av miljøtilstanden i driftsfasen, omfattes.

Det kan også tenkes at direktivet stiller strengere krav enn det som følger av drøftelsene over, slik at også vurderingen av om tillatelsene skal trekkes tilbake eller ikke, vil bero på tildelingsform. Der forundersøkelser har vist at tildeling av tillatelse ikke kunne føre til forringelse

³⁷² Paragraf 9 første ledd bokstav b sier at tillatelsen kan tilbaketrekkes hvis «vesentlige forutsetninger» som ligger til grunn for tillatelsen er endret. Alternativet kommer imidlertid ikke til anvendelse her: I forarbeidene heter det at «[d]et siktes her i første rekke til tillatelser som etableres under spesielle forutsetninger eller vilkår. Tillatelser med kommersielle formål vil normalt ikke være gitt under spesielle forutsetninger og bestemmelsen er således mest aktuell for andre typer tillatelser», se Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 63.

av miljøtilstanden, og tillatelse ble gitt uten at unntakskriteriene i § 12 ble vurdert, åpner ikke direktivet for noen forringelse overhodet.³⁷³ Da kan det tenkes at tillatelsen bør trekkes tilbake som følge av at den ble gitt på gale premisser.³⁷⁴

I tilfeller hvor unntakskriteriene ble vurdert, fordi resultatene av forundersøkelsene viste at tildeling av tillatelse til oppdrett kunne forringe miljøtilstanden fra «svært god» til «god», kan det tenkes at tillatelsen bør trekkes tilbake om miljøtilstanden forringes ytterligere. Det vil kunne gjelde både dersom det oppstår en forringelse innad i tilstandsklasse «god», og hvis det oppstår et ytterligere fall i tilstandsklasse til «moderat» eller dårligere.

Drøftelsene over har vist at direktivet antakelig krever at driften stanses der det oppstår forringelse av miljøtilstanden i driftsfasen, i alle fall i tilfeller der endrede vilkår ikke er tilstrekkelig for å avbøte de negative effektene fra oppdrettsvirksomheten. Det innebærer at direktivet også her virker styrende for Fiskeridirektoratets og fylkesmannens skjønnsutøvelse, og presiserer i hvilke tilfeller en tillatelse må trekkes tilbake, innenfor direktivets geografiske anvendelsesområde.

Direktivkravene virker, slik vi så i avsnitt 4.5.8, inn på vilkårsbruk ved tillatelsene på flere måter. Vilkårene vil som oftest gjelde for driftsfasen. For det første bør vilkårene være egnet til å sikre at det ikke oppstår ytterligere forringelse av miljøtilstanden.³⁷⁵ For det andre bør vilkårene omfatte krav om overvåking av miljøtilstanden, og metodene for overvåking må være utformet på en slik måte at de kan avdekke om det oppstår eller er i ferd med å oppstå en forringelse av miljøtilstanden. Endelig bør vilkårene etter omstendighetene inneholde avbøtende og/eller kompensierende tiltak.

³⁷³ I direktivets forstand. Forverring som fører til at kvalitetselementer svekkes, uten at det medfører fall i tilstandsklasse, utgjør ingen forringelse etter direktivet, og godtas derfor.

³⁷⁴ Unntakskriteriene ble ikke tatt i betraktning, fordi resultatene av forundersøkelsene viste at tildelingen ikke kunne forringe vannkvaliteten i den aktuelle forekomsten. I ettertid viser det seg at det likevel har oppstått en forbudt forverring av miljøtilstanden i den aktuelle vannforekomsten.

³⁷⁵ Evt. at det ikke oppstår noen forringelse i direktivets forstand overhodet, der tillatelsen er gitt utelukkende etter de vilkårene som følger av sektorregelverket.

4.7 Avvikling

Utgangspunktet er at forbudet mot forringelse av miljøtilstanden gjelder på samme måte ved avvikling av oppdrettsaktivitet, som i tildelings- og driftsfasen.³⁷⁶ Temaet i det følgende er hvilken betydning forbudet har for bestemmelser gitt av norske myndigheter i avviklingsfasen.

Jeg viser til hva jeg har skrevet i avsnitt 4.6 om forbudets betydning for miljønормen i akvakulturloven § 10. For forsvarlighetsvurderingen i avviklingsfasen innebærer dette kravet at det bare er miljømessig forsvarlig å avvikle drift på en måte som ikke forringer miljøtilstanden i vannforekomstene. Det betyr at det er forbudt å avvikle oppdrettsvirksomhet på en slik måte at ett eller flere kvalitetselementer faller med ett eller flere nivå i avviklingsfasen.

Akvakulturlovens bestemmelser om miljøovervåking i § 11 med tilhørende forskrifter gjelder også i avviklingsfasen, jf. avsnitt 4.4. Slik vi har sett, er vannforskriftens krav til miljøovervåking hjemlet i akvakulturloven og akvakulturdriftsforskriften, samt i tillatelsen etter forurensningsloven.³⁷⁷

Som i driftsfasen gjelder det krav om at den som «har» akvakulturtilatelse, skal foreta eller bekoste «nødvendige miljøundersøkelser» for å dokumentere miljøtilstanden innenfor lokalitetens influensområde.³⁷⁸ Etter andre ledd kan miljøundersøkelser etter denne bestemmelsen omfatte undersøkelser for å klarlegge «om» og «hvordan» akvakulturvirksomheten forårsaker, «har forårsaket» eller kan forårsake påvirkning på miljøet. For avviklingsfasen innebærer dette at det kan stilles krav til at oppdretter utfører undersøkelser også ved avvikling av oppdrettsaktivitet. Her påvirker direktivet hva som skal forstås som «nødvendige miljøundersøkelser» i avviklingsfasen på samme vis som i driftsfasen: «Nødvendige» undersøkelser er undersøkelser som kan avdekke om det

³⁷⁶ Jf. avsnitt 3.7.

³⁷⁷ Jf. avsnitt 4.6.3.

³⁷⁸ Kravet gjelder, slik vi så i avsnitt 4.3.3, for etablering, drift og avvikling av akvakultur.

har oppstått en forringelse i direktivets forstand, det vil si om ett eller flere kvalitetselementer har falt ett eller flere nivå.³⁷⁹

Norske myndigheter har også gitt regler om oppryddingsplikt i avviklingsfasen, jf. akvakulturloven § 13. Her heter det i første ledd at den som driver akvakultur skal ved «helt» eller delvis opphør av produksjonen foreta opprydding på lokaliteten og tilstøtende områder, herunder fjerning av organismer, innretninger og utstyr mv. Direktivet virker her inn på oppryddingsplikten i avviklingsfasen slik at fjerning av organismer, innretninger og utstyr mv. skal gjøres på en slik måte at det ikke oppstår en forbudt forverring av miljøtilstanden.

³⁷⁹ I tråd med definisjonen av forringelse av miljøtilstanden lagt til grunn i EU-domstolens i avgjørelse i *Weser*, avsn. 69. Se også avsnitt 3.3 over.

5 Avslutning

Fremstillingen har vist at vanddirektivet inneholder et forbud mot forringelse av miljøtilstanden som i beskjedent grad åpner for å la medlemsstatene forringe vannkvaliteten i egne kystvannforekomster. Samtidig har vi sett at forbudet gir seg utslag i de ulike fasene for oppdrett på ulikt vis.

I *tildelingsfasen* åpner direktivet for unntak der oppdrettsaktivitet oppfyller unntakskriteriene i art. 4(7) andre alternativ. Drøftelsene har vist at flere av unntakskriteriene gir anvisning på utpreget skjønnsmessige vurderinger, som kravet om at prosjektet må utgjøre en «bærekraftig aktivitet». Andre kriterier er til dels strenge og konkrete, som vilkåret om at unntak bare kan innrømmes i vannforekomster med «svært god» tilstand. Også tilleggsvilkårene i bokstav a) og d) gir anvisning på konkrete og lite skjønnspregede vurderingstemaer. Disse kriteriene presiserer innholdet i forsvarlighetskravet i akvakulturloven § 6. Slik sett gjør denne «harde» EØS-jussen – med mer konkrete krav – vilkåret «miljømessig forsvarlig» enklere å operasjonalisere på de områdene direktivet dekker. Direktivkravenes påvirkning på miljønormen gjør den derfor mer anvendelig og antakelig mer effektiv som rettsregel. Samlet sett er det likevel grunn til å anta at kravene ikke vil bli gjenstand for en særlig intens domstolsprøving. Det må ses i sammenheng med at direktivets unntak fra forbudet mot forringelse skal skape fleksibilitet ved å åpne for at medlemsstatene kan sikre viktige interesser som energi-, mat-, og drikkevannsforsyninger.³⁸⁰

Selv om unntakskriteriene neppe vil bli underlagt noen intensiv domstolsprøving, har drøftelsene vist at i visse vannforekomster er det antakelig ikke tilrådelig med oppdrett i åpne merder. Det vil typisk gjelde områder med lave oksygennivåer og dårlig vannutskiftning, som de

³⁸⁰ Dette gjelder bare for økologisk tilstand, slik vi har sett. Unntaket som åpner for å fravike hovedregelen om at forringelse av miljøtilstanden er forbudt, gjelder ikke for kjemisk tilstand, jf. avsnitt 3.3. Der forundersøkelser viser at tildeling av tillatelse kan føre til forringelse av kjemisk tilstand i en kystvannforekomst, skal tillatelse nektes, jf. avsnitt 3.6.3.

nevnte semilukkede terskelfjordene. I slike områder skal det i alle fall trolig mer til for at unntakskriteriene i art. 4(7) er tilfredsstilt. Dette er forhold som gjør at direktivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden i kystvann får større betydning i Norge enn i land der oppdrett utelukkende drives i forekomster ut mot det åpne hav. En implikasjon av dette for Norges del kan tenkes å være at man må rette fokus mot lukkede merder og/eller oppdrett utenfor direktivets saklige anvendelsesområde, i form av havbruk til havs og landbasert oppdrett. Med de målene som er satt for vekst i oppdrettssektoren, blir det i alle fall trolig behov for å finne egnede steder for oppdrett også utenfor fjordområder der direktivet potensielt sett kan stoppe økt produksjon.

Videre har drøftelsene vist at i *drifts-* og *avviklingsfasen* virker direktivet inn på oppdrettsregulering i medlemsstatene på et annet vis. Direktivet åpner ikke for unntak fra hovedregelen i disse fasene – her gjelder det et rent forbud mot forringelse av miljøtilstanden i vannforekomstene.³⁸¹ Fremstillingen har vist at det er en spenning mellom oppdrettsbestemmelser gitt av norske myndigheter og direktivets forbud mot forringelse av miljøtilstanden i kystvann, som akvakulturdriftsforskriftens krav om brakklegging av oppdrettslokaliteter der miljøtilstanden viser «meget dårlig», og krav som sier at brakklegging ikke skal opphøre før tilstanden er tilbake på «god» eller «meget god». Vurderingstemaet direktivet gir anvisning på er at forringelse er forbudt, utenom i tildelingsfasen, der gitte kriterier er oppfylt. Det betyr at det ikke er hvilken miljøtilstand vannforekomsten har som er det sentrale, men snarere at det ikke skal oppstå forbudt forverring. Direktivet krever på generelt grunnlag at miljøtilstanden ikke blir lavere enn «god». I tilfeller der en konkret forekomst med oppdrettsdrift har «svært god» tilstand krever direktivet at tilstanden holder seg på «svært god». Forbudet mot forringelse av miljøtilstanden er, om enn teknisk komplisert, lett å operasjonalisere. Hva som utgjør en forringelse i direktivets forstand er klart definert. Spørsmålet blir da om en slik forbudt forverring har oppstått. Hvis oppdrettsaktivitet har

³⁸¹ Med mindre det dreier seg om endring ved en eksisterende tillatelse i driftsfasen. Temaet ble behandlet i avsnitt 3.5.

ført til forringelse av tilstanden, viser drøftelsene at direktivet antakelig krever at driften stanses.³⁸²

Videre har vi sett at selv om direktivet har stor betydning for reguleringen av fiskeoppdrett i Norge, går ikke kravene frem av norsk oppdrettsregulering, men utelukkende av den norske gjennomføringsforskriften (vannforskriften). Det stiller store krav, både til dem som skal anvende regelverket og til dem som skal kontrollere at det etterleves, som må ta i betraktning mer fremmede krav – i visse tilfeller³⁸³ – og gi dem den betydningen EØS-retten krever for tolkningen og anvendelsen av sektorregelverket.

Som en konsekvens av at direktivet er teknisk og komplisert, kan det tenkes at både privatpersoner og miljøorganisasjoner i liten grad vil forsøke å få etterlevelsen av det prøvd for domstolene. Dette forsterkes av at kravene fullt ut forstås gjennom en analyse av EU-rettens kilder, hovedsakelig EU-domstolens avgjørelser, men også ved gjennomgang av Kommisjonens retningslinjer. Denne utfordringen gjelder generelt for fastleggelsen av EU/EØS-rett, og fordrer etter min mening at nasjonale myndigheter angir direktivkrav tydelig og presist i nasjonal lovgivning, veiledere mv. Slik gis de som forvalter regelverket til daglig, private (privatpersoner og private organisasjoner) og domstolene oppfordring til å sette seg inn i hva kravene innebærer. At vanddirektivets krav ikke kommer tydelig frem i sektorregelverkene og at departementets veileder til bruk av vannforskriften dessuten inneholder utdaterte definisjoner, forsterker denne utfordringen.

I et bredere perspektiv illustrerer denne avhandlingen at vanddirektivets krav styrker det rettslige vernet av miljøet mot de trusler økonomisk aktivitet kan representere. Direktivets materielle krav til miljøtilstanden i kystvann er rettslige skranker som medlemsstatene er forpliktet til å respektere. Dette innebærer, slik vi har sett, at tildelingsmyndighetene skal nekte prosjekter som kan føre til forringelse, med mindre kriteriene i

³⁸² I alle fall i tilfeller der endrede vilkår ikke er tilstrekkelig for å avbøte de negative effektene fra oppdrettsvirksomheten, se jf. 3.6.4.

³⁸³ Der resultatene av forundersøkelsene viser at tildeling av tillatelse X til oppdrett *kan* forringe miljøtilstanden i vannforekomst Y. Ellers kan sektormyndighetene, slik vi har sett, tildele tillatelse uten å vurdere kriteriene i art. 4(7)/§ 12.

art. 4(7) andre alternativ er oppfylt,³⁸⁴ og at direktivet kan kreve at driften stanses der det har oppstått forringelse av miljøtilstanden i driftsfasen.³⁸⁵

³⁸⁴ Jf. avsnitt 2.3 og sak C-461/13 *Weser*, avsn. 50–51. Dette gjelder der resultatene av forundersøkelser viser at tildeling av tillatelse X til oppdrett *kan* forringe miljøtilstanden i vannforekomst Y.

³⁸⁵ Jf. avsnitt 3.6.4.

6 Kildeliste

Lovgivning

Traktater

(Alle kilder er hentet fra Lovdata og eur-lex.europa.eu)

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992.
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

Direktiver

Direktiv 2000/60/EF	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2000/60/EF af 23. oktober 2000 om fastlæggelse af en ramme for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger. Konsolideret udgave 2014. [Vanddirektivet]
---------------------	---

Norske lover

1967	Lov 10. februar 1976 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
1981	Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).
2000	Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven).

- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven).
- 2008 Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
- 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

Norsk forskrifter

- 2004 Forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften).
- 2004 Forskrift 22. desember 2004 nr. 1799 om tillatelse til akvakultur av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret.
- 2006 Forskrift 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen (vannforskriften).
- 2008 Forskrift 16. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).
- 2017 Forskrift 16. januar 2017 nr. 61 om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften).
- 2017 Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften).

Forarbeider, vedtak, rapporter og andre dokumenter

EU/EØS

EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 EØS-komiteens beslutning nr. 125/2007 av 28. september 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø).

Norsk rett

NOU 2012: 2 «Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU».

Ot.prp.nr.61 (2004–2005) «Om lov om akvakultur (akvakulturloven)».

Prop. 103 L (2012–2013) «Endringer i akvakulturloven».

Meld. St. 16 (2014–2015) «Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett».

NS 9410:2016 «Norsk Standard – NS 9410:2016. Miljøovervåking av bunnpåvirkning fra marine akvakulturanlegg».

Veileder for klassifisering av miljøtilstand i vann (2018) «Veileder 02:2018. Klassifisering av miljøtilstand i vann. Økologisk og kjemisk klassifiseringssystem for kystvann, grunnvann, innsjøer og elver.» [https://www.vannportalen.no/veiledning/ klassifiserings/](https://www.vannportalen.no/veiledning/klassifiserings/) [sitert 14.06.20].

Veileder til bruk av vannforskriften § 12 (2015) «Veileder 23.02.2015. Veileder til bruk av vannforskriften § 12».
<https://www.vannportalen.no/veiledning/veileder-2015-veileder-til-vannforskriften--12/> [sitert 16.11.20].

Rettspraksis

(Alle kilder er hentet fra curia.europa.eu og efcacourt.int)

EU-domstolen

26/62 <i>Van Gend en Loos</i>	Sak 26/62 N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos mot Den Nederlandske Finansforvaltning	ECLI:EU:C:1963:1
6/64 <i>Costa v ENEL</i>	Sak 6/64 Flaminio Costa mot ENEL	ECLI:EU:C:1964:66
283/81 <i>CILFIT</i>	Sak 283/81 Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mot Sundhedsministeriet	ECLI:EU:C:1982:335
240/83 <i>ADBHU</i>	Sak 240/83 Procureur de la République mot ADBHU	ECLI:EU:C:1985:59
C-129/96	Sak C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL mod Région wallonne	ECLI:EU:C:1997:628
C-453/00 <i>Kühne & Heitz</i>	Sak C-453/00 Kühne & Heitz NV mod Produktschap voor Pluimvee en Eieren	ECLI:EU:C:2004:17

C-452/01 <i>Ospelt</i>	Sak C-452/01 Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung	ECLI:EU:C:2003:493
C-32/05 <i>Kommisjonen mot Luxembourg</i>	Sak C-32/05 Kommisjonen mot Storhertugdømmet Luxembourg	ECLI:EU:C:2006:749
C-2/06 <i>Kempter</i>	Sak C-2/06 Willy Kempter KG mod Hauptzollamt Hamburg-Jonas	ECLI:EU:C:2008:78
C-5/08 <i>Infopaq International</i>	Sak C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening	ECLI:EU:C:2009:465
C-165/09 – C-167/09 <i>Stichting Natuur en Milieu m.fl.</i>	Forente saker C-165/09 – C-167/09 Stichting Natuur en Milieu m. fl. mot College van Gedeputeerde Staten van Groningen (C-165/09) og College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (C-166/09 og C-167/09)	ECLI:EU:C:2011:348
C-43/10 <i>Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias</i>	Sak C-43/10 Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl. mot Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion ergon m.fl.	ECLI:EU:C:2012:560
C-41/11	Sak C-41/11 Inter-Environnement Wallonie ASBL og Terre wallonne ASBL mot Région wallonne	ECLI:EU:C:2012:103

C-201/13 <i>Deckmyn</i>	Sak C-201/13 Johan Deckmyn og Vrijheidsfonds VZW mot Helena Vandersteen m.fl.	ECLI:EU:C:2014:2132
C-461/13 <i>Weser</i>	Sak C-461/13 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV mot Bundesrepublik Deutschland	ECLI:EU:C:2015:433
C-346/14 <i>Schwarze Sulm</i>	Sak C-346/14 Kommissjonen mot Østerrike	ECLI:EU:C:2016:322
C-135/15 <i>Nikiforidis</i>	Sak C-135/15 Hellas mot Grigorios Nikiforidis	ECLI:EU:C:2016:774
C-401 til 403/15 <i>Depesme og Kerrou</i>	Forente saker C-401 til 403/15 Noémie Depesme m.fl. mot Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche	ECLI:EU:C:2016:955
C-535/18	Sak C-535/18 IL m.fl. mot Land Nordrhein-Westfalen	ECLI:EU:C:2020:391
C-24/19 <i>A m.fl.</i>	Sak C-24/19 A m.fl. mot Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen	ECLI:EU:C:2020:503

Generaladvokatens innstillinger

(Alle kilder er hentet fra curia.europa.eu)

Generaladvokat Kokotts innstilling i sak C-43/10 <i>Nomarchiaki</i> <i>Aftodioikisi</i> <i>Aitoloakarnanias</i>	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Kokott i sak C-43/10 <i>Nomarchiaki</i> Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl. mot Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion ergon m.fl.	ECLI:EU:C:2011:651
Generaladvokat Jääskinens innstilling i sak C-461/13 <i>Weser</i>	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jääskinen i sak C-461/13 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV mot Bundesrepublik Deutschland	ECLI:EU:C:2014:2324

EFTA-domstolen

E-4/01 <i>Karlsson</i>	Sak E-4/01 Karl K. Karlsson mot den islandske stat
E-1/03 <i>ESA mot Island</i>	Sak E-1/03 ESA mot Island
E-4/04 <i>Pedichel</i>	Sak E-4/04 Pedichel AS v Sosial- og helsedirektoratet
E-1/07 <i>Straffesak mot A</i>	Sak E-1/07 Fürstliches Landgericht (Princely Court of Justice), Liechtenstein, in criminal proceedings against A

Forente saker E-9 og 10/07 L'Oréal	Forente saker E-9 og 10/07 L'Oréal SA og L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS
E-28/15 <i>Jabbi</i>	Sak E-28/15 Yankuba Jabbi mot den norske stat v/Utlendingsnemnda

Nasjonale domstoler

Rt. 2009 s. 661

Forvaltningspraksis

Vedtak av Hordaland fylkeskommune, 24. januar 2017	Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS og Ewos Innovation AS – Løyve til å etablere anlegg for oppdrett av matfisk av laks og ørret på lokalitet 26295 Langøy i Lindås kommune. Referansenummer: 2016/8218-16 (se vedlegg.)
--	---

Andre dokumenter fra Kommisjonen, ESA og øvrige EU/EØS-organer

(Alle kildene er hentet fra eur-lex.europa.eu og efta.int/eea-lex)

CIS Guidance document No. 20	Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive. Guidance Document No. 20. Guidance Document on Exemptions to the Environmental Objectives. https://circabc.europa.eu/sd/a/2a3ec00a-d0e6-405f-bf66-60e212555db1/Guidance_documentN%C2%B020_Mars09.pdf [sitert 14.06.20].
------------------------------	---

CIS Guidance document No. 36	Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and The Floods Directive. Guidance Document No. 36. Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7). New modifications to the physical characteristics of surface water bodies, alterations to the level of groundwater, or new sustainable human development activities.
Commission Staff Working Document, SWD (2016) 178 final	Commission Staff Working Document (2016), On the application of the Water Framework Directive (WFD) and the Marine Strategy Framework Directive (MSFD) in relation to aquaculture.
Rapport fra Kommissjonen til Europaparlamentet og Rådet om gjennomføringen av vanddirektivet og oversvømmelsesdirektivet (2019)	Rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om gjennomførelsen af vandrammedirektivet (2000/60/EF) og oversvømmelsesdirektivet (2007/60/EF). Anden runde vandområdeplaner. Første runde risikostyringsplaner for oversvømmelser. COM (2019) 95 final

Litteratur

- Andersen (2013) Andersen, Ingrid Wang. «EUs rammedirektiv for vann – miljøkvalitetsnormer for vannmiljøet i møte med norsk rett.» *Kart og plan* Årg. 106, nr. 5, (2013) s. 355–366.
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn. «Om den babelske vendingen i norsk rett». *Lov og rett* (2015) s. 344–362.

- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Arnesen (2016) Arnesen, Finn. «EEA – a «distinct legal order of its own»?», *MarIus* nr. 482 (2017) s. 111–131.
- Arnesen (2018) Arnesen, Finn. «Territorial application of the EEA Agreement », i *Agreement on the European Economic Area A Commentary*, Finn Arnesen m.fl. (red.), Baden-Baden: Nomos, 2018, s. 945–952.
- Arnesen m.fl. (2019) Arnesen, Finn m.fl. *Norske lønns- og arbeidsvilkår for sjøfolk I norske farvann og på norsk kontinentalsokkel*. Oslo, Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo, 2019.
- Benjaminsen (2017) Benjaminsen, Nils Kristiansen. «...uatskillelig knyttet til». Om avgrensningen av EØS-avtalens saklige virkeområde for fiskeri- og oppdrettsrelatert virksomhet.», Oslo: Sjørettsfondet, 2017. *MarIus* nr. 488.
- Bugge (2019) Bugge, Hans Chr. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Gjelsvik og Dale (2010) Gjelsvik, Torbjørn og Martin Holger Dale. *Akvakulturloven med kommentarer*. Oslo: Advokatfirmaet Schjødt DA, 2010.

- Hartley (2014) Hartley, TC. *The Foundations of European Union Laws*. 8. utg., Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Hoddevik (2019) Hoddevik, Beate. «Oppdrett er ikke årsaken til algeoppblomstringen.», Havforskningsinstituttet, 2019. <https://www.hi.no/hi/nyheter/2019/mai/oppdrett-er-ikke-arsaken-til-algeoppblomstringen> [sitert 08.05.2020.]
- Langlet og Mahmoudi (2016) Langlet, David og Said Mahmoudi. *EU Environmental Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Mellbye (2018) Mellbye, Halfdan. *Rettslig regulering av norsk akvakultur*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Nicholls (2018) Nicholls, Hanna. «Trafikklyssystemet – Nytt system for kapasitetsjusteringer i lakse- og ørretoppdrett.», Oslo: Sjørettsfondet, 2018. *Marlus* nr. 506.
- Paloniitty (2016) Paloniitty, Tiina. «The Weser Case: Case C-461/13 BUND V GERMANY.» *Journal of Environmental Law* Årg. 28, (2016), s. 151–158.
- Sandvik (2019) Sandvik, Kjersti. «EU-direktiv kan stoppe vekst i norsk oppdrett.» *Fiskeribladet*, 2019. <https://fiskeribladet.no/nyheter/?artikkel=67729> [sitert 26.08.19]
- Schütz (2014) Schütz, Sigrid Eskeland. «Vassdirektivet – konsekvensar for næringsverksemd.» *Tidsskrift for eiendomsrett* Årg. 10, (2014), s. 11–47.

- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Wennerås (2018) Wennerås, Pål. «Homogeneity», i *Agreement on the European Economic Area A Commentary*, Finn Arnesen m.fl. (red.), Baden-Baden: Nomos, 2018, s. 209–248.

Nettsider

- FN-sambandet (2020) FN-Sambandet «FNs bærekraftsmål» 2020. <https://www.fn.no/om-fn/fns-baerekraftsmaal> [sitert 14.06.20].
- Laksefakta (2018) Laksefakta «Slik påvirker laksen klima-utslippene.» 2018. <https://laksefakta.no/laks-og-miljo/hvordan-pavirker-oppdrettslaksen-klimautslippene/> [sitert 14.6.2020].
- Regjeringen (2018) a «Havbruk til havs – Ny teknologi – nye områder». Rapport fra regjeringen av 21.12.18. <https://www.regjeringen.no/contentassets/e29cc668cbf54448a599c6da58cb1b9f/rapport-havbruk-til-havs.pdf> [H 14.06.20].
- Regjeringen (2018) b Regjeringen «Matsikkerhet» 2018. <https://www.regjeringen.no/no/tema/mat-fiske-og-landbruk/mat/innsikt/matsikkerhet/id2357158/> [sitert 14.06.2020].
- Store Norske Leksikon (2020) Store Norske Leksikon «Økosystemtjenester» 2020. <https://snl.no/%C3%B8kosystemtjeneste> [sitert 14.06.20].

Vannportalen (2020) <https://www.vannportalen.no/tema-a-a11/overvaking1/hvem-har-ansvaret-for-hva/> [sitert 08.06.20].

Personlige meddelelser

- Iversen (2019) Telefonsamtaler med Anders Iversen, biolog i Miljødirektoratet mai 2020.
- KLD (2019) a E-post med innsyn fra Lindis Nerbø i KLD 12.11.2019.
- KLD (2019) b E-post fra Linn Helmich Pedersen i KLD 13.11.2019.

Vedlegg



HORDALAND
FYLKESKOMMUNE

REGIONALAVDELINGA

Eide Fjordbruk AS
Bremnes Seashore AS
Ewos Innovation AS

Dato: 24.01.2017
Vår ref.: 2016/8218-16
Saksbehandlar: Endre Korsøen
Telefon: 917 64 632

Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS og Ewos Innovation AS - Løyve til å etablere anlegg for oppdrett av matfisk av laks og aure på lokalitet 26295 Langøy i Lindås kommune

Vi syner til søknad frå Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS og Ewos Innovation AS dagsett 09.08.2016, kor det vert søkt om løyve til auka maksimalt tillaten biomasse (MTB) i eksisterande anlegg for oppdrett av matfisk av laks og aure på lokalitet 26295 Langøy i Lindås kommune.

Vedtak

Eide Fjordbruk AS, org.nr. 866751242, med akvakulturløypa H-K-32, H-K-33, H-K-63, H-L-3, H-L-23, H-L-24, H-L-25, H-L-26 og H-L-27, Bremnes Seashore AS, org. nr. 836597702 med akvakulturløypa H-J-3 og H-K-40 og Ewos Innovation AS org. nr. 911501252 med akvakulturløypa H-O-5, får med dette løyve til å etablere flytande akvakulturanlegg for oppdrett av matfisk av laks (*Salmo salar*), aure (*Salmo trutta*) og regnbogeaure (*Oncorhynchus mykiss*) på følgjande lokalitet i Lindås kommune:

Lokalitetsnr.	Lokalitetsnavn	Kommune	MTB
26295	Langøy	Lindås	4680 tonn

Løyve gjeld for ei anleggsplassering som vist i vedlagte kart og som har følgjande koordinatfesta posisjonar i grader og desimalminuttar (Kartdatum Euref 89/WGS84)

Midtpunkt	1	2	3	4	5	6
N 60° 46.748'	N 60°46.654'	N 60°46.647'	N 60°46.614'	N 60°46.651'	N60°46.884'	N60°46.847'
Ø 5° 09.648'	Ø 5° 09.718'	Ø 5° 09.704'	Ø 5° 09.506'	Ø 5° 09.410'	Ø 5°09.787'	Ø 5°09.883'

Lokaliteten er med dette klarert for følgjande akvakulturløypa: Eide Fjordbruk AS akvakulturløypa H-K-32, H-K-33, H-K-63, H-L-3, H-L-23, H-L-24, H-L-25, H-L-26 og H-L-27, Bremnes Seashore AS akvakulturløypa H-J-3 og H-K-40 og Ewos Innovation AS akvakulturløypa H-O-5. Kvar av løypa omfattar ein MTB på 780 tonn. For nærmare oversikt over kva lokalitetar som er godkjent for dei einiskilde løypa, viser vi til akvakulturregisteret.

H-L-23, Eide Fjordbruk AS, er eit akvakulturløypa for laks til forsøks- og forskingsføremål avgrensa til 780 tonn MTB og gjeld fram til 31.12.2017.

H-O-5, Ewos Innoavtion AS, er eit akvakulturløypa for laks og aure til forsøks- og forskingsføremål avgrensa til 780 tonn MTB og gjeld fram til 01.01.2020.

Lovheimel

Løyvet er gjeve av Hordaland fylkeskommune med heimel i Lov av 17.06.2005 nr. 79 om akvakultur og Forskrift av 22.12.2004 nr. 1798 om tillatelse for akvakultur for laks, ørret og regnbueørret. Dette løyvet etter akvakulturlova inkluderer løyve etter matlova, dyrevelferdslova, forureiningslova og hamne- og farvannslova.

Dette løyvet erstatter tidligere vedtak om lokalitetsklarerung for Langøy av 08.04.2016, 05.11.2015 og 14.09.2015.

BAKGRUNN OG SAKSGANG

Om søknaden

Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS og Ewos Innovation AS søkte 09.08.2016 om løyve til auka maksimalt tillaten biomasse (MTB) i eksisterande anlegg for oppdrett av matfisk av laks og aure på lokalitet 26295 Langøy i Lindås kommune.

Søknaden gjeld utvidung av maksimalt tillaten biomasse frå 3120 tonn til 4680 tonn i eksisterande anlegg.

Godkjent anlegg består av fem frittliggande 160 m ringar på ei rekkje, som ligg rundt 130 – 650 meter frå land om lag i lengderetning nordaust – sørvest. Kvar ring ligg i ei fortøyingsramme på 100 x 100 meter på ei rekkje. Det ligg og ein förlåte på søraustsida av anlegget rundt 150 meter frå land. Noverande anleggsplasseringa vart godkjent etter akvakulturregelverket 19.03.2015.

Verksemda si erfaring er at lokalitet Langøy er svært godt eigna for matproduksjon og dei har oppnådd svært gode biologiske resultat på lokaliteten. Ekstremt god tilvekst, god fiskehelse og god förutnytting.

Tilsegn

Fiskeridirektoratet v/Kyst- og havbruksavdelinga har gjeve Ewos Innovation AS tilsegn om lengung av akvakulturløyve, H-O-5, til forskingsformål avgrensa med inntil 780 tonn MTB for 10 år i vedtak dagsett 07.09.2010. Utløpsdato er sett til 01.01.2020.

Fiskeridirektoratet v/Kyst- og havbruksavdelinga har gjeve Eide Fjordbruk AS tilsegn om akvakulturløyve til forskingsformål avgrensa med inntil 780 tonn MTB for ein periode frå og med 01.09.2013 til og med 31.12.2017 i vedtak dagsett 24.01.2013.

Höring etter forskrift om konsekvensutgreiungar etter sektorlover

Tiltaket fell inn under vedlegg II i forskrift om konsekvensutgreiungar for tiltak etter sektorlover (FOR 2014-12-19-1758). Søknaden skal då handsamast etter § 3 i forskrifta. Säkalla vedlegg II-tiltak kan berre påleggast «supplerande utgreiungar» dersom det er venta at tiltaket vil få vesentlege verknader som ikkje allereie er gjort greie for i søknaden. Fylkeskommunen si vurdering er at miljødokumentasjonen i søknaden gir godt nok grunnlag for å vurdere om tiltaket får vesentleg verknad for miljø og samfunn, jf. vedlegg III i forskrifta. Det vart heller ikkje reist krav om supplerande utgreiungar frå fagmyndighetene for dei respektive kriteria i vedlegg III.

Offentleg ettersyn og kommunal handsaming

Søknaden vart kunngjort etter retningslinene og har lege ute til offentlig insyn i Lindås kommune. Det kom ein merknad til søknaden frå Naturvernforbundet Nordhordland v/Jan Nordø.

Dei viser til at det er fleire planar om utvidung av biomasse i Fensfjorden for tida, og peiker på utfordringar knytt til lakselus, rømmings- og smittefare og samla belastning av miljøgifter og organisk materiale i Fensfjorden. Det er store samla utlepp til fjordsystemet frå anna ureinande næring i tillegg til akvakulturnæring, og det har vist seg at det er utfordringar knytt til at området er utsett for ekstremvær med påfølgjande rømmingar. På bakgrunn av den totale miljøbelastninga frå avfallsverksemdar og fiskeoppdrett meiner Naturvernforbundet at grensa for fiskeoppdrett i Fensfjorden er nådd.

Lindås kommune handsama søknaden i møte i plan og miljøutval sak 148/16 den 23.11.2016, og fatta fölgjande vedtak om uttale:

«Lindås kommune ber om at Hordaland fylkeskommune gjer ei totalvurdering av utlepp frå akvakultur til Fensfjorden i samband med søknad om utvidung av maksimal tillaten biomasse på lokaliteten Langøy. Vidare

meiner kommunen at dagens avsette areal til produksjon ikkje er stort nok til å kunne gje løyve til ei auke av maksimal biomasse med 50 %. Kommunen anbefaler difor at utviding av maksimalt tillaten biomasse ved anlegget vert gjort gjennom reguleringsplan eller akvakulturplan for delar eller heile Fensfjorden. Det er gitt dispensasjon frå kommuneplanens arealføremål til dagens plassering akvakulturplanlegget. Det vert elles vist til utgreingane i saksframlegget.»

Sektorstyresektorene si handsaming

Kystverket Vest handsama søknaden 26.08.2016. Kystverket har ingen merknader til søknaden om utviding av biomasse, og i og med at det ikkje er endringar av sjølve anlegget vert Kystverket sitt løyve av 17.03.2015 vidareført.

Fiskeridirektoratet region Vest har handsamma søknaden 19.09.2016. Fiskeridirektoratet skal gje uttale i høve til eventuelle konflikttar med fiskeriinteresser som følgje av tiltaket. Ut frå kjenskap til fiskeriinteressene og det marine miljø i området, rår Fiskeridirektoratet region Vest til at søknaden vert stetta.

Fylkesmannen i Hordaland, miljøvern- og klimaavdelinga har handsama søknaden 04.11.2016. Fylkesmannen har handsama søknaden etter foreiningslova og vurdert han etter naturvern-, friluftsliv-, vilt-, lakse- og inlandsfiskeinteresser, og naturmangfaldlova. Med heimel i foreiningslova frå 13.03.1981 nr. 6, § 11, 16 har Fylkesmannen i Hordaland gjeve løyve til utslepp til luft og vatn for produksjon av 4680 tonn MTB matfisk av laks og aure på lokaliteten.

Mattilsynet Region Sør og Vest har handsama søknaden 11.01.2017. Saka er i hovudsak vurdert etter forskrift om etablering og utvidelse av akvakulturlegg, zoobutikker m.m. Føremålet med forskrifta er å fremje god fiskehelse- og velferd. Mattilsynet godkjenner utviding av akvakulturlokalitet 26295 Langøy til ein produksjon på 4680 tonn MTB for oppdrett av matfisk av laks og aure.

GRUNNGJEVING FOR VEDTAKET

Hordaland fylkeskommune har vurdert søknaden etter lov av 17. juni 2005 nr 79 om akvakultur, og i høve til generelle vilkår for klarering av akvakulturlokalitet som er gjeve i § 30 i laksetilfelingsforskrifta som seier at lokalitet for akvakultur kan klarerast dersom:

- a) *det er miljømessig forsvarlig;*
- b) *det er foretatt en avveining av arealinteresser, med særlig vekt på*
 - 1. *søkers behov for areal til planlagt akvakultur,*
 - 2. *alternativ bruk av området til annen akvakultur,*
 - 3. *annen bruk av området, og*
 - 4. *verneinteresser som ikke omfattes av bokstav d.*
- c) *det er gitt tillatelser som kreves etter*
 - 1. *lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv.,*
 - 2. *lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall,*
 - 3. *lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann.*
 - 4. *lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann, og*
 - 5. *lov 19. juni 2009 nr. 97 om dyrevelferd; og*
- d) *det ikke er i strid med*
 - 1. *vedtatte arealplaner etter plan- og bygningsloven,*
 - 2. *vedtatte vernetiltak etter kapittel V i lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold,*
 - 3. *vedtatte vernetiltak etter lov 9. juni 1978 nr. 50 om kulturminner.*

a) miljømessig forsvarleg

Søknaden er vurdert med omsyn til biologisk mangfald, forureining av det ytre miljø og økologiske effektar.

Påverknad på omgjevnaden gjennom støy og utsepp til luft og vatn er også vurdert av Fylkesmannen i Hordaland som har gjeve utseppsløyve til utviding av lokalitetsbiomassen etter forureiningslova.

Miljøtilstand under og i nærsonea til anlegget, har vore målt gjennom MOM-undersøkingar (NS 9410). I alt er det gjennomført 3 MOM B-undersøkingar ved lokaliteten i perioden 2011-2016, og rapportar frå desse undersøkingane syner tilstand 1 og 2. Trendanalysane som er gjennomført i driftsfasa tyder på god miljøtilstand i området, og at dagens drift er innanfor miljøet si toleevne. MOM C-gransking i resipienten, syner at lokaliteten er godt eigna til oppdrettsverksemd, med gunstig habitat for gravande botndyr og gode tilhøve for vassutsifting i merdane.

Mattilsynet har forvaltningsansvaret for lakselus, dette inkluderer også eventuell påverknad av lakselus på vill laksefisk. Mattilsynet har vurdert søknaden og gjeve løyve til utviding av lokalitetsbiomasse med bakgrunn i resultatane frå førre produksjonssyklus når det gjeld lakselus.

Oppdrett av laks og aure kan ha effekt på vill laksefisk gjennom rømming, spreing av lakselus etc. Det er av stor betydning at drifta av anlegget er slik at ein unngår vesentleg påverknad på dei ville bestandane av laksefisk.

Rømming av laks og aure er oppfatta som ei uakseptabel hending uavhengig av lokalisering. Ei etablering av anlegg på lokaliteten må følgje gjeldane standardar og anna regelverk på dette området.

Lokaliteten ligg i Fensfjorden som er eit viktig område for sjøaure. Det er viktig at verksemda prioriterer effektive tiltak mot lakselus og rømming.

Lokaliteten kjem ikkje i konflikt med trua eller sårbare artar, viltområde eller naturtypar som har eit kjent behov for særskilt beskyttelse.

Naturmangfaldslova

Ved handsaming av søknaden er sakshandsamingsreglane i naturmangfaldlova av 19. juni 2009 nr. 100 §§ 8 -12 følgt i vurdering av om tiltaket det vert søkt om er miljømessig forsvarleg etter laksetildelingsforskrifta § 30 a.

Akvakulturlova, laksetildelingsforskrifta, NYTEK – forskrifta, IK –akvakulturforskrifta og akvakulturdriftsforskrifta sett krav til etablering og drift av akvakulturanlegg, og i dette regelverket er det krav til kunnskapsgrunnlaget for klarering av lokalitet. I den ordinære sakshandsaminga av akvakultursaker vert det kravd dokumentasjon i form av strømmålingar, miljøgranskingar, kart over botntopografi, naturverdiar og biologisk mangfald, viktige lakseførande vassdrag, anleggsskisser, beredskapsplaner og dokumentasjon av selskapet sitt internkontrollsystem. Kommunen og sektormynde vert gjeve moglegheit for å krevje supplerande utredningar. Fylkeskommunen finn at krava i akvakulturregelverket tilfredsstillar krava til opplysning av saka etter naturmangfaldlova § 8.

Søknaden har på vanleg måte etter reglane i akvakulturlova vore til handsaming hjå kommunen og sektorstyresmaktene, og det er ikkje kome opplysningar om at saka ikkje er tilstrekkeleg opplyst i høve til oppdrettsanlegget sin påverknad på naturmangfaldet. Det ligg og i våre vurderingar at etablering av eit matfiskanlegg er eit reversibelt tiltak. jf. § 8 Kunnskapsgrunnlaget.

Fylkeskommunen viser til vurderinga etter naturmangfaldlova § 8 og legg til grunn at det ligg føre tilstrekkelig kunnskap om verknader lokaliteten kan ha for naturmiljøet. Akvakulturloven § 10 slår fast at «*Akvakultur skal etableres, drives og avvikles på en miljømessig forsvarlig måte*». Vi vurderer det som å vere liten risiko for at miljøet skal bli negativt påverka av å utvide oppdrettsproduksjonen på Langøy frå 3120 tonn til 4680 tonn MTB. Saka vert sett på som tilstrekkeleg opplyst, og føre-var prinsippet vert difor ikkje tatt i bruk. jf. § 9 Føre-var prinsippet.

Den samla belastninga på naturmiljøet i Fensfjorden vert i liten grad endra. Resipientundersøking i vassførekomsten har synt at resipienten ikkje er uakseptabelt negativt påverka av oppdrettsaktiviteten i området. Vi viser og til vår vurderingar etter laksetildelingsforskrifta § 30 fyrste ledd bokstav a krav om at lokalitet for akvakultur kan klarerast dersom det er miljømessig forsvarleg. Vi kan ikkje sjå at det er grunnlag for å avslå søknaden ut frå omsynet til det biologiske mangfaldet, økologiske effektar eller naturmiljøet, jf. § 10 Økosystemtilnærming og samla belastning.

Tiltakshavar skal dekke kostnadane ved å hindre eller avgrense skade på naturmangfaldet som tiltaket er årsak til, dersom det ikkje er urimeleg ut i frå tiltaket og skaden sin karakter, jf. § 11 Kostnader ved forverring av miljø.

Det er egne forskrifter som gjev krav til teknisk standard og regulerer drift av akvakulturanlegg. Det er eit ufråvikeleg krav at drifta skal vere teknisk, biologisk og miljømessig forsvarleg. Oppdrett av laks og aure kan ha effekt på vill laksefisk gjennom rømming, spreiring av lakselus etc. Det er av stor betydning at drifta av anlegget er slik at ein unngår vesentleg påverknad på dei ville stammene av laksefisk, jf. § 12 Miljøforsvarlege tekniskar og driftsmetodar.

Vassforskrifta

Vassforskrifta gir rammer for vassforvaltninga. I samsvar med vassforskrifta skal tilstanden i alle vassførekomstar beskyttast mot forverring, forbetrast og gjenopprettaast med sikte på at vassførekomstane skal ha minst god økologisk og god kjemisk tilstand. Vassforskrifta § 12 omhandlar ny aktivitet eller nye inngrep. Lokalitet Langøy ligg i vassførekomsten Fensfjorden-Sør, som i samsvar med vann-nett har særskild god økologisk tilstand. Det er ikkje venta at auka i lokalitetsbiomassen vil føre til at miljøtilstanden i vassførekomsten blir dårlegare enn god.

Vurdering av innkomne merknader som fell inn under «miljømessig forsvarleg».

Lindås kommune ber om at Hordaland fylkeskommune gjer ei totalvurdering av utslipp frå akvakultur til Fensfjorden i samband med søknad om utviding av maksimal tillaten biomasse på lokaliteten Langøy. På bakgrunn av den totale miljøbelastninga frå avfallsverksemdar og fiskeoppdrett meiner Naturvernforbundet at grensa for fiskeoppdrett i Fensfjorden er nådd.

Hordaland fylkeskommune viser til vurderingane over etter; laksetildelingsforskrifta § 30 a miljømessig forsvarleg, naturmangfaldlova, vassforskrifta og vedtak om utslippsløyve til omsøkt lokalitetsbiomasse frå fylkesmannen i Hordaland, samt at rapportane som er utarbeidd viser at det ikkje er store utfordringar knytt til utviding av produksjonen på lokaliteten. Fensfjorden er ein stor djup fjord som har opning mot ope hav. Vassutskiftinga blir vurdert som svært god i dei ytre delane av fjorden. Det vert vurdert som å vere liten risiko for at miljøet skal bli uakseptabelt negativt påverka av å auka produksjonen i anlegget på Langøy. Miljøverknadene av utslipp av organisk materiale blir følgd opp med miljøøgranskningar etter dei frekvensar som er gitt i gjeldande utgåve av NS 9410.

Fylkeskommunen har vurdert dei miljømessige og økologiske effektane av auka lokalitetsbiomasse, og legg til grunn at problemstillingar knytt til lakselus og forureina utslipp og effekt av utslippa er vurdert av Mattilsynet og Fylkesmannen i deira handsaming av saka.

Hordaland fylkeskommune ser at det vil vera nyttig å få utført berekningar av Fensfjorden sin tåleevne i høve til utslipp frå oppdrettsanlegg, men meiner at dette er eit arbeid som kan gjerast i ein annan samanheng enn i samband med slutthandsaminga av denne søknaden.

b) avveging av arealinteresser

1. Søkjar sitt behov for lokaliteten/arealet.
Søkjar sitt behov for lokaliteten er vurdert i samband med tidlegare lokalitetsklarering.

2. Alternativ bruk av området til anna akvakultur.
Området er allereie i bruk til oppdrett av matfisk av laks og aure, og det er soleis ikkje relevant å vurdere alternativ bruk av området til annan akvakultur. Fylkeskommune kan ikkje sjå at løyve kjem i konflikt med annan eksisterande eller planlagt akvakultur.
3. Anna bruk av området.
Søknaden er vurdert opp mot anna og alternativ bruk av området. Ei kvar lokalisering av akvakulturanlegg i sjø vil medføre restriksjonar i høv til fiske og ferdsel i nærleiken av anlegget. Dette gjeld generelt og ikkje spesielt for denne lokaliteten. Det er ikkje kome nye opplysningar i denne søknadsprosessen i høve til påverknad på annan bruk av området.

Kommunen sin uttale skal tilleggas stor vekt ved vurdering av søknaden. Den avsluttande søknadshandsaminga skal likevel ivareta ei heilskapleg avveging mellom næringsinteressene og andre samfunnsinteresser. Lindås kommune meiner at dagens avsette areal til produksjon ikkje er stort nok til å kunne gje løyve til ei auke av maksimal biomasse med 50 %. Kommunen anbefaler difor at utviding av maksimalt tillaten biomasse ved anlegget vert gjort gjennom reguleringsplan eller akvakulturplan for delar eller heile Fensfjorden.

Med stort nok tolkar fylkeskommunen at kommunen meiner at dei fem produksjonseiningane lokaliteten er godkjent for ikkje er tilstrekkeleg areal for omsøkt lokalitetsbiomasse, og at det er behov for større areal. Med føresetnaden om at det er trong for større areal meiner kommunen at auke i biomasse må samkøyraast med auke i areal gjennom planlegging etter plan- og bygningslova.

Denne søknaden gjeld berre auke i lokalitetsbiomasse innanfor eksisterande klarert areal. Det er soleis berre dette som skal vurderast. Om noverande anlegg har kapasitet til omsøkt MTB er avhengig av fleire faktorar som t.d. fiskehelse og fiskevelferd, lokaliteten sine eigenskaper når det gjeld å ta unna utslepp, volumet til produksjonseiningane, tal utsett fisk pr. produksjonseining, vekta på fisk ved slakting m.m. Mattilsynet og Fylkesmannen har vurdert og godkjent auka MTB etter regelverket dei har ansvaret for.

Fylkeskommunen vil vidare påpeike at arealplanar skal trekke opp rammene for arealbruken til akvakultur på eit overordna nivå, og at akvakulturnæringa elles vert regulert etter sektorlovgevinga. Ein kommune skal altså ikkje fastsette føresegnar som gjeld typiske drifts- og næringsrelaterte forhold om for eksempel produksjonskapasitet, fiskevelferd, rømming og krav som gjelder lakselus eller andre biologiske faktorar. Dette er tilhøve som er regulert gjennom anna regelverk og kor ulike sektormyndene har tilsynsansvar.

Fiskeridirektoratet region Vest skal gje uttale i høve til tradisjonelle fiskeriinteresser, og dei går heller ikkje imot at det vert gjeve løyve til auka lokalitetsbiomasse i anlegget.

Det er ikkje kome fram opplysningar om andre verneinteresser som ikkje omfattar av bokstav d i søknadsprosessen.

c) løyve etter anna lovverk

Alle naudsynte løyve i samsvar med forskrifta punkt c føreligg.

Mattilsynet, Region Sør og Vest har gjeve løyve til etablering av akvakulturanlegg på 4680 tonn MTB på lokaliteten er matlova og dyrevelferdslova. Løyve dagsett 11.01.2017 er vedlagt.

Kystverket Vest har gjeve løyve til etableringa etter havne- og farvannslova. Løyve dagsett 17.03.2015 er vedlagt.

Fylkesmannen i Hordaland har handsama søknaden etter forureiningslova og gjeve utsleppsløyve på den omsøkte lokaliteten. Utsleppsløyve dagsett 04.11.2016 er vedlagt.

d) tiltaket skal ikkje vere i strid med:

1. Vedtatt arealplan etter plan og bygningslova.
Det står fleire stader i søknaden at anleggsplasseringa ligg i akvakulturområde i kommuneplanen for Lindås frå 2011. Den nordaustlegaste delen av merdanlegget ligg utafor areal avsett til akvakultur i arealplanen. Lindås kommune har imidlertid den 04.03.2015 gjort vedtak om dispensasjon for anlegget slik det ligg no.
2. Vedtatt vernetiltak etter naturmangfaldlova.
Tiltaket er ikkje i strid med vedtatt vernetiltak etter naturmangfaldlova.
3. Vedtatt vernetiltak kulturminnelova.
Det føreligg ingen informasjon om at tiltaket er i strid med vedtatt vernetiltak etter kulturminnelova. Ein kan likevel ikkje sjå vekk frå at det fins kulturminne i området, og fylkeskommunen viser til kulturminnelova og meldeplikta.

Etter ei samla vurdering, etter Lov om akvakultur 17.06.2005 nr. 79, gjev Hordaland fylkeskommune Eide Fjordbruk AS, org.nr. 866751242, med akvakulturløyva H-K-32, H-K-33, H-K-63, H-L-3, H-L-23, H-L-24, H-L-25, H-L-26 og H-L-27, Brønnes Seashore AS, org. nr. 836597702 med akvakulturløyva H-J-3 og H-K-40 og Ewos Innovation AS org. nr. 911501252 med akvakulturløyva H-O-5, løyve til å etablere flytande akvakulturanlegg for oppdrett av matfisk av laks (*Salmo salar*), aure (*Salmo trutta*) og regnbogeaure (*Oncorhynchus mykiss*) med inntil 4680 tonn MTB på lokalitet Langøy i Lindås kommune.

Særskilde vilkår for forsøks- og forskingsløyve H-O-5

Hordaland fylkeskommune viser til vedtak frå Fiskeridirektoratet av 07.09.2010 om lenging av Ewos Innovation AS sitt akvakulturløyve med reg. nr. H-O-5 til forsøks- og forskingsformål av matfisk av laks og aure. Lenginga vert gjeve for metodeutvikling og vekstforsøk for egne forprodukt og vert gjeve med same vilkår som før og under føresetnad av at vidareføringa ikkje kjem i konflikt med sektorlovregelverket. Utløpsdato er sett til 01.01.2020.

Særskilde vilkår for forsøks- og forskingsløyve H-L-23

Hordaland fylkeskommune viser til vedtak frå Fiskeridirektoratet av 24.01.2013 om å tildele Eide Fjordbruk AS eit akvakulturløyve til forsøks- og forskingsformål, avgrensa til 780 tonn MTB for ein periode frå og med 01.09.2013 til og med 31.12.2017.

Det er knytt følgjande særlege vilkår til forsøks- og forskingsløyve H-L-23:

- Forsøksbiomassen skal nyttast i samsvar med projektskildringa i søknaden, dvs til forsøk som omhandlar uttesting av triploid laks i storskala under kommersielle forhold.
- AquaGen AS og Havforskningsinstituttet skal ha det faglege ansvaret for forsøka i akvakulturløyve.
- Resultata frå forsøksverksemda skal være allment tilgjengeleg. Årleg forsøksrapportering skal utførast på standardiserte skjema (www.fiskeridir.no) og sendast til Fiskeridirektoratet si kyst- og havbruksavdeling innan 15. februar påfølgjande år. Det skal vidare sendast sluttrapport når prosjektet er fullført.
- Innehavar av løyva skal ha det faktiske og merkantile ansvaret for fisken i akvakulturløyve.
- All fisk som vert sett ut i akvakulturløyve skal inngå i godkjente forsøk, og ved avslutning av forsøk må fisken slaktast/seljast.
- Vilkår i laksetildelingsforskrifta som ligg til grunn for tildeling av akvakulturløyva til forsøks- og forskingsformål må være oppfylt også i driftsfasen.

Generelle vilkår

- Anlegget skal ligge i samsvar med vedlagte kart og anleggsskisser og i samsvar med godkjente koordinatar for anlegget sine ytterpunkt.
- Løyve vert gitt utan ansvar til nabo-, eigedom- eller andre privatrettslege forhold.

- Løyve vert gjeve med føresetnad av at etablering, drift og eventuell avvikling vert gjennomført i samsvar med til ein kvar tid gjeldande lover, forskrifter og vilkår.
- Kopi av dette løyvet med vedlegg skal oppbevarast tilgjengeleg for alle medarbeidarar på anlegget og for alle som har kontrollrett.

Som konsesjonsinnehavar har De plikt til å sette Dykk inn i det regelverket som gjeld for løyver etter Akvakulturlova. Akvakulturloven med tilhøyrande forskrifter er tilgjengeleg på www.lovdata.no.

Anna

Hordaland fylkeskommune viser til kravet i § 35 i forskrift av 17.06.2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg når det gjeld miljøovervaking og rapportering av miljøundersøkingar til myndigheitene. Vi ber om at miljøundersøkingar blir sendt til myndigheitene via Altinn.

Når det gjeld drift av løyve, viser vi til forskrift 17.06.2008 nr. 288 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskrifta) og forskrift av 19.3.2004 nr. 537 om internkontroll for å oppfylle akvakulturlovgivinga.

Klagerett

Vedtaket kan klagast på av saka sine partar eller andre med rettsleg klageinteresse innan 3 veker frå det tidspunktet underretninga om avgjerda er komen fram til vedkomande part, sjå om dette i vedlagt orientering. Eventuell klage skal sendast til Hordaland fylkeskommune.

I medhald av forvaltningsloven § 27b er det sett som vilkår for å gå til søksmål at ein har nytta retten til å klage fullt ut. Merk at ei klage ikkje fører til utsett iverksetting av vedtaket. Det er likevel mogleg å søke om at iverksetting vert utsatt til klagesaka er avgjort.

Bård Sandal
fylkesdirektør regional utvikling

Sølve Dag Sondbø
seksjonssjef

Brevet er godkjent elektronisk og har derfor inga underskrift.

Vedlegg:

Utsleppsløyve frå Fylkesmannen i Hordaland 04.11.2016

Uttale frå Mattilsynet Sør og Vest 17.01.2017

Løyve frå Kystverket Vest 26.08.2016 og 17.03.2015

Kart over godkjent plassering

Klageskjema

Kopi:

Fylkesmannen i Hordaland

Fiskeridirektoratet Region Vest

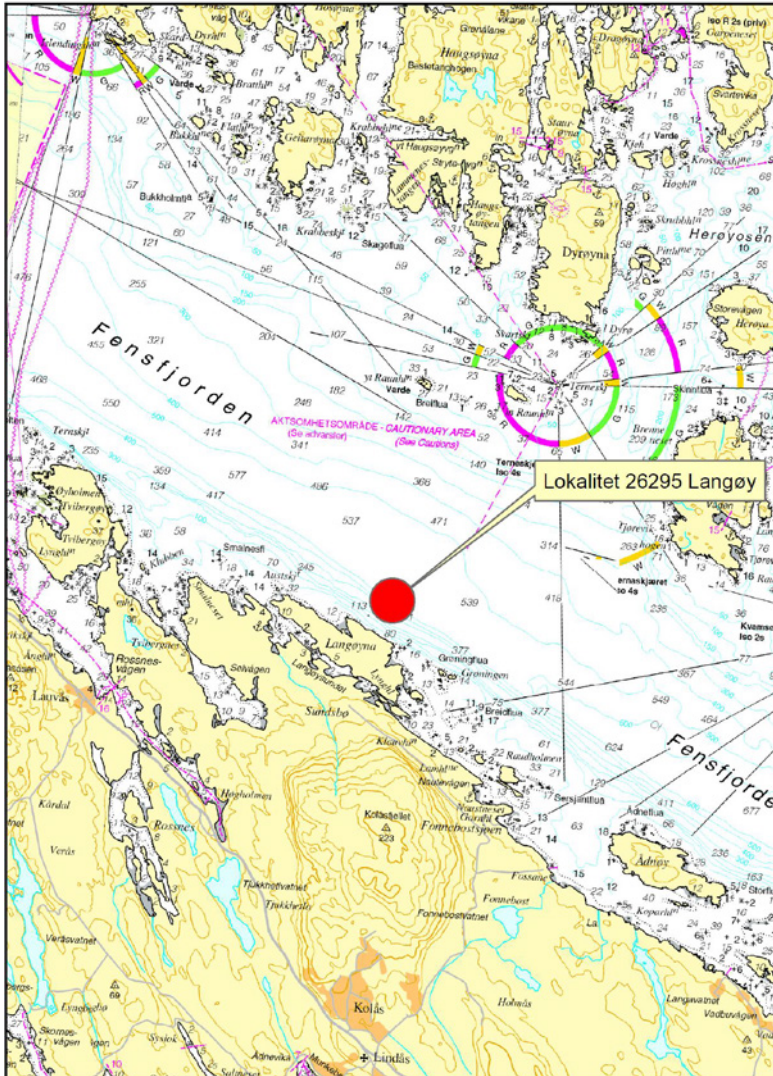
Mattilsynet avdeling Sør og Vest

Kystverket Vest

Lindås kommune

Naturvernforbundet Nordhordland v/Jan Nordø, Hoplandsvegen 74, 5943 Austrheim

Lokalitet 26296 Langøy



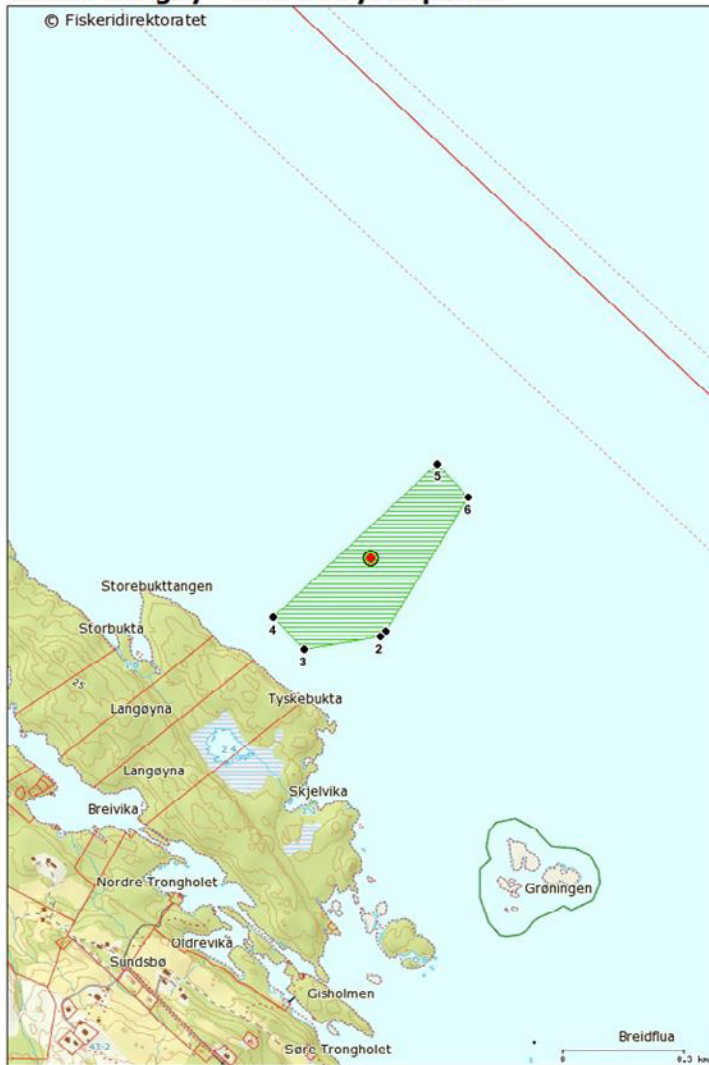
Hordaland fylkeskommune

Agnes Mowinckels gate 5
PB 7900
5020 Bergen

Tlf: 55 23 90 00
e-post: hf@hf.no
www.hordaland.no

Foretaksnr. NO 938 626 367 mva.
Kontornr. [xxxx xx xxxxxx]

26295 Langøy - Klarerte ytterpunkt



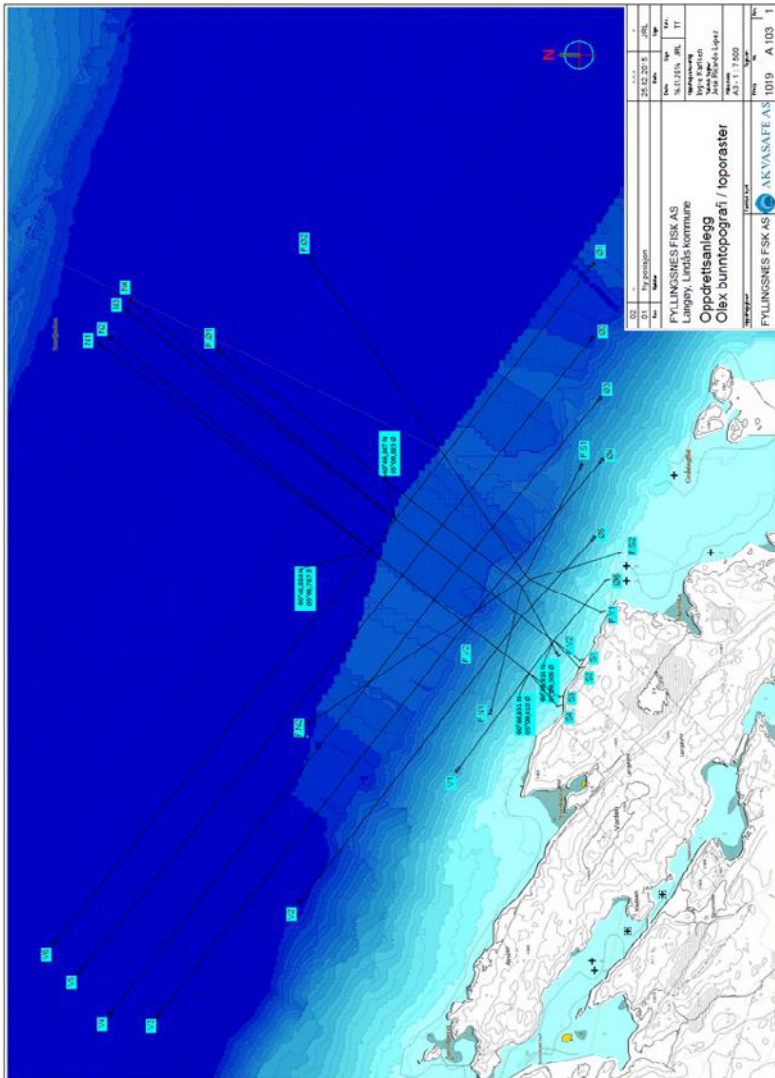
Målestokk: 1:10 000

Hordaland fylkeskommune

Agnes Mowinckels gate 5
PB 7900
5020 Bergen

Tlf: 55 23 90 00
e-post: hfk@hfk.no
www.hordaland.no

Foretaksnr. NO 938 626 367 mva.
Kontonr. [xxxx xx xxxxxx]



Hordaland fylkeskommune

Agnes Mowinckels gate 5
 PB 7900
 5020 Bergen

Tlf: 55 23 90 00
 e-post: hfk@hfk.no
www.hordaland.no

Foretaksnr. NO 938 626 367 mva.
 Kontonr. [xxxx xx xxxxx]

Punkt/Line	START		SLUTT	
	Breddegr.	Lengdegr.	Breddegr.	Lengdegr.
Fiskeridir.	60°46,674 N	5°09,560 Ø		
Midtpunkt	60°46,748 N	5°09,648 Ø		
NV	60°46,884 N	5°09,787 Ø		
NØ	60°46,847 N	5°09,883 Ø		
SØ	60°46,614 N	5°09,506 Ø		
SV	60°46,651 N	5°09,410 Ø		
V1	60°46,651 N	5°09,410 Ø	60°46,789 N	5°09,069 Ø
V2	60°46,698 N	5°09,485 Ø	60°46,999 N	5°08,683 Ø
V3	60°46,745 N	5°09,562 Ø	60°47,202 N	5°08,368 Ø
V4	60°46,792 N	5°09,637 Ø	60°47,240 N	5°08,454 Ø
V5	60°46,839 N	5°09,713 Ø	60°47,295 N	5°08,512 Ø
V6	60°46,884 N	5°09,787 Ø	60°47,335 N	5°08,592 Ø
N1	60°46,884 N	5°09,787 Ø	60°47,272 N	5°10,401 Ø
N2	60°46,884 N	5°09,787 Ø	60°47,263 N	5°10,439 Ø
N3	60°46,847 N	5°09,883 Ø	60°47,246 N	5°10,485 Ø
N4	60°46,847 N	5°09,883 Ø	60°47,235 N	5°10,508 Ø
Ø1	60°46,847 N	5°09,883 Ø	60°46,572 N	5°10,676 Ø
Ø2	60°46,802 N	5°09,808 Ø	60°46,552 N	5°10,460 Ø
Ø3	60°46,755 N	5°09,733 Ø	60°46,553 N	5°10,280 Ø
Ø4	60°46,708 N	5°09,657 Ø	60°46,559 N	5°10,024 Ø
Ø5	60°46,661 N	5°09,581 Ø	60°46,556 N	5°09,847 Ø
Ø6	60°46,614 N	5°09,506 Ø	60°46,531 N	5°09,691 Ø
S1	60°46,614 N	5°09,506 Ø	60°46,570 N	5°09,441 Ø
S2	60°46,614 N	5°09,506 Ø	60°46,572 N	5°09,433 Ø
S3	60°46,651 N	5°09,410 Ø	60°46,640 N	5°09,339 Ø
S4	60°46,651 N	5°09,410 Ø	60°46,606 N	5°09,332 Ø
Flåte				
Midtpunkt	60°46,656 N	5°09,701 Ø		
NV	60°46,659 N	5°09,681 Ø		
NØ	60°46,666 N	5°09,696 Ø		
SØ	60°46,654 N	5°09,718 Ø		
SV	60°46,647 N	5°09,704 Ø		
F.N1	60°46,659 N	5°09,681 Ø	60°46,711 N	5°09,307 Ø
F.N2	60°46,666 N	5°09,696 Ø	60°46,994 N	5°09,203 Ø
F.Ø1	60°46,666 N	5°09,696 Ø	60°47,094 N	5°10,368 Ø
F.Ø2	60°46,654 N	5°09,718 Ø	60°46,973 N	5°10,679 Ø
F.S1	60°46,654 N	5°09,718 Ø	60°46,571 N	5°10,042 Ø
F.S2	60°46,647 N	5°09,704 Ø	60°46,519 N	5°09,774 Ø
F.V1	60°46,647 N	5°09,704 Ø	60°46,511 N	5°09,602 Ø
F.V2	60°46,659 N	5°09,681 Ø	60°46,611 N	5°09,483 Ø

<p>(1) Sendar (stemplet til forvaltningsorganet) Hordaland fylkeskommune Agnes Mowinckels gate 5 PB 7900 5020 BERGEN</p>	<p>Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak (Forvaltningslova § 27 tredje leddet) 24.01.2017</p>
<p>(3) Mottakar (namn og adresse) Eide Fjordbruk AS, Bremnes Seashore AS, Ewos Innovation AS</p>	<p>(4) Klageinstans Fiskeridirektoratet</p>
<p>Denne meldinga gjev viktige opplysningar dersom De vil klage på eit vedtak De er gjord kjend med.</p> <p>Klagerett De har rett til å klage på vedtaket.</p> <p>Kven kan De klage til? Klaga sender De til oss, dvs. det organet som er ført opp i rubrikk (1). Dersom vi ikkje endrar vedtaket vårt som følgje av klaga, sender vi klaga over til klageinstansen, jf. rubrikk (4).</p> <p>Klagefrist Klagefristen er tre - 3 - veker frå den dagen dette brevet kom fram. Det er nok at klaga er postlagd før fristen går ut. Dersom De klagar så seint at det kan vere uklart for oss om De har klaga i rett tid, bør De oppgi datoen for når De fekk dette brevet. Dersom De klagar for seint, kan vi sjå bort frå klaga. De kan søkje om å få lengre klagefrist, og da må De nemne grunnen til at De ønskjer det.</p> <p>Rettt til å krevje grunngeving Dersom De meiner at vi ikkje har grunngeving vedtaket, kan De krevje ei slik grunngeving før fristen går ut. Ny klagefrist blir då rekna frå den dagen De får grunngevinga.</p> <p>Innhaldet i klaga De må presisere</p> <ul style="list-style-type: none"> - kva for eit vedtak De klagar på - årsaka til at De klagar - den eller dei endringar De ønskjer - eventuelt andre opplysningar som kan ha noko å seie for vurderinga av klaga <p>Klaga må underskrivast.</p> <p>Utsetjing av gjennomføring av vedtaket Jamvel om De har klagerett, kan vedtaket til vanleg setjas i verk med det same. Men de kan søkje om å få utsett gjennomføringa av vedtaket til klagefristen er ute eller til klaga er avgjort.</p> <p>Rettt til å sjå saksdokumenta og til å krevje rettleiing Med visse unntak har De rett til å sjå dokumenta i saka. Reglane om dette finst i § 18 og § 19 i forvaltningslova. De må i tilfelle ta kontakt med oss, jf. rubrikk (1). De vil då få nærmare rettleiing om retten til å klage, om framgangsmåten og om reglane for saksgangen.</p> <p>Kostnadene med klagesaka De kan søkje om å få dekt utgifter til den advokathjelpa De treng, etter reglane om fritt rettsråd. Her gjeld det visse grenser for inntekt og eige. Fylkesmannen eller advokaten Dykkar kan gje nærmare opplysningar om dette. Dersom vedtaket er endra til Dykkar fordel, kan De etter forvaltningslova ha krav på å få dekt store kostnader som har vore naudsynte for å få endra vedtaket. Klageinstansen (jf. rubrikk (4)) vil orientere Dykk om retten til å krevje slik dekning.</p> <p>Klage til Sivilombodsmannen Dersom De meiner at De har vore utsett for urett frå den offentlege forvaltninga, kan De klage til Stortingsombodet for forvaltninga (Sivilombodsmannen). Sivilombodsmannen kan ikkje sjolv endre vedtaket, men kan gje si vurdering av korleis den offentlege forvaltninga har handsama saka, og om dei har gjort feil eller forsømt noko. Dette gjeld likevel ikkje i saker som er avgjorde av Kongen i statsråd. Dersom De no får klaga Dykkar avgjort i statsråd fordi Kongen er klageinstans, kan De såleis ikkje seinare føre saka inn for Sivilombodsmannen.</p>	
<p>Særlege opplysningar</p>	

X-0073 N (Godkj. 05-95) Elektronisk utgåve

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

