



## Hordaland tingrett - Dom - THOD-2020-168236

Instans	Hordaland tingrett – Dom
Dato	2022-02-22
Publisert	THOD-2020-168236
Stikkord	Forvaltningsrett. Tilbaketrekking av forurensningstillatelse. Ersatning. Fiskeoppdrett. Forvaltningsloven § 17, § 41. Forurensningsloven § 18. Naturmangfoldloven § 8.
Sammendrag	Saken gjelder gyldigheten av forvaltningsvedtak om tilbaketrekking av forurensningstillatelse, og fremsatt erstatningskrav. Fare for skade ved på forekomst av blomkålkoraller (fiskeoppdrett). Retten kom til at vedtaket var gyldig og hadde tilstrekkelig hjemmel. Uttalelse om domstolenes prøvingsadgang og vedtakets forholdsmessighet. Forvaltningens utredningsplikt, saksbehandling m.v.
Saksgang	Hordaland tingrett THOD-2020-168236 (20-168236TVI-THOD/1).
Parter	Troland Lakseoppdrett AS, Langøylaks AS og Austevoll Melaks AS (for disse: advokat Lars Selmar Alsaker og advokat Kenneth Steffensen) mot Staten v/Klima- og miljødepartementet (advokat Stein-Erik Jahr Dahl).
Forfatter	Tingrettsdommer Helge Øfstegaard Nilsen.

---

**Saken gjelder** spørsmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak ved tilbaketrekking av forurensningstillatelse, og krav om erstatning.

## I. Framstilling av saken

### 1. Litt om partene og næringen

Troland Lakseoppdrett AS, Langøylaks AS og Austevoll Melaks AS – heretter oftest omtalt i fellesskap som **saksøkerne**, er blant de mindre aktører innenfor akvakultur og fiskeoppdrett i Norge. Dette er såkalte familieselskaper, og de tre har alle forretningsadresse i Austevoll kommune, i det som tidligere var Hordaland, nå Vestland fylke. Saksøkerne har drevet i oppdrettsnæringen i over 40 år, og har følgelig lang erfaring. Næringen går for øvrig ikke så veldig langt tilbake i tid, idet den først for alvor kom i gang på 1970-tallet.

Oppdrettsnæringen har hatt en stor utvikling. Tendensen har vært at mindre oppdrettsaktører er blitt kjøpt opp av store børsnoterte oppdrettsselskaper, slik at man nå har langt færre selskaper enn tidligere. Det er lakseoppdrett denne saken omhandler. Eksport av oppdrettsfisk utgjør for øvrig en betydelig andel av landets eksportinntekter, selv om eksport av olje og gass er betydelig større. Kiloprisen for ferdig produkt svinger nokså mye, men den er ofte godt over 50 kroner.

Næringen har, og har hatt, store utfordringer med lakselus og andre sykdommer. Den representerer også en forurensningskilde langs kysten.

For å drive fiskeoppdrett må man ha en rekke offentlige tillatelser. For det første må man få tillatelse etter planloven for å anlegge oppdrett på en lokalitet. Dessuten må man ha tillatelser fra Mattilsyn og Kystverket, og videre tillatelse av statsforvalteren (tidl. fylkesmannen) etter forurensningsloven. De forskjellige tillatelser blir endelig samordnet, og fylkeskommunen gir endelig tillatelse til virksomheten. Slik tillatelse fikk saksøkerne av Sogn og Fjordane fylkeskommune den 18.02.2019, da etter akvakulturlovens bestemmelser. Tillatelsen gjelder lokaliteten på Husevågøy, som ligger rett sør for Måløy i Vågsfjorden ytterst i Nordfjord. Retten nevner også at Fiskeridirektoratet må godkjenne den konkrete driftsplanen etter lov om akvakultur, etter samråd med Mattilsynet.

Innledningsvis nevnes også at å skaffe lokalitet for drift av oppdrettsvirksomhet, utgjør en stor utfordring for næringen. Dette er et knapphetsgode. Retten viser til utfyllende forklaring fra styreleder Carl-Erik Arnesen (Troland), blant annet om at det konkrete planarbeid hos myndighetene med henblikk på å fremskaffe egnede lokaliteter, ikke står i forhold til det store behovet hos næringen til enhver tid.

Det var derfor konkurranse om drift på lokaliteten på Husevågøy. De tre saksøkerne, som søkte i fellesskap, ble foretrukket fremfor et oppdrettsselskap fra Øygarden kommune. Retten forstod det slik at dette var fordi saksøkerne ble vurdert å ha størst behov for lokaliteten, blant annet pga. av at de var rammet av sykdom (ILA) og hadde andre utfordringer på eksisterende lokaliteter i hjemkommunen, ved at lokaliteter bl.a. lå i bekjempelsessone for sykdommen.

### 2. Forurensningstillatelsen og tilbaketrekkingen

Det er forurensningstillatelsen denne saken gjelder. Fylkesmannen i Sogn og Fjordane ga forurensningstillatelse den 20.12.2018. Ved vedtaket ble lagt til grunn etablering av matfiskanlegg med 3120 tonn «MTB». MTB betyr maksimalt tillatt biomasse, og refererer seg til den mengde fisk som maksimalt kan befinne seg i merdene under produksjonssyklusen til enhver tid. En produksjonssyklus utgjør tiden det tar fra man setter ut settefisk (smolten) i merdene, til fisken slaktes. Det er anslått at en syklus tar omkring 12 – 18 måneder. Det ble i vedtaket stipulert en årsproduksjon på 4000 tonn, med et årlig forforbruk på om lag 4500 tonn. Fra vedtaket hitsettes;

«I tillegg til ein förflåte vil anlegget bestå av 6 ringar i ei rammefortøyning. Ringane vil ha ei omkrins på 160 meter fordelt på 2 rekker. Anlegget si rammefortøyning vil dekke 76 802 m<sup>2</sup>. Förflåte og fortøingsareal kjem i tillegg.»

I relasjon til fylkeskommunens tillatelse, gjorde saksøkerne avtale om innkjøp av produksjonsutstyr og smolt utover våren 2019. De tre selskapene etablerte også et felles driftsselskap – Havkar Drift AS.

Investeringskostnadene ble av selskapene noen måneder senere, på tidspunktet da fylkesmannen varslet tilbaketrekking av tillatelsen, anslått til å utgjøre omkring NOK 39 til 40 millioner.

For å synliggjøre omfanget av den økonomiske virksomheten nevner retten at MTB på 3120 tonn, ved en kilopris på eksempelvis NOK 55, utgjør en samlet verdi over NOK 170 millioner, ekskl. merverdiavgift.

En kjent sportsdykker/fotograf – Erling Svensen – oppdaget i juni 2019 forekomster av blomkålloraller (duva florida) langs den undersjøiske bergveggen som strekker seg langs den nordlige side av Husevågøy. Den aktuelle kystlinjen på Husevågøy har hovedretning mot nord, som nevnt, men dreier svakt østlig. Forekomstene av blomkållorall er i en avstand på noe over hundre meter og opptil 1,5 km. fra oppdrettsanlegget. Oppdrettsanlegget (nærmeste merd) er plassert anslagsvis 110 til 120 meter fra land. Husevågøy er brådypp i de aktuelle områder. Det vesentlige av blomkållorallene er påvist langs den stupbratte bergveggen, særlig på en dybde fra 35 til 100 meter, men flest på en dybde på 40 til 75 meter. Fjorden ved lokaliteten er på dypeste punkt over 300 meter.

Det er som det fremgår seks merder som er omfattet av driftstillatelsen. De tre sørligste merdene går omtrent parallellt med land fra vest mot øst i sammenhengende rekke. De tre nordlige merder ligger direkte utenpå hver av de tre sørlige, slik at det er et kompakt anlegg, som er vendte nordlig og svakt øst, og parallellt med kystlinjen slik den er beskrevet ovenfor.

Erling Svensen tok den 7.06.2019 kontakt med fylkesmannen i Vestland, (fylkesmannsembetene i Sogn og Fjordane/Hordaland ble sammenslått fra 1.1.2019), og rapporterte om sine funn av blomkållorall. Han oversendte også bilder. Forekomsten var ikke kjent for fylkesmannen, og var heller ikke registrert i aktuelle databaser over naturen. Retten viser til omtalen som er foretatt over de marine forhold ved den opprinnelige tillatelsen, hvor fylkesmannen eksplisitt har bemerket fravær av opplysninger om sårbare arter og naturtyper på stedet. Saksøkerne har under hovedforhandlingen dessuten forklart at de heller ikke var oppmerksom på forekomsten, eller fikk noen kunnskap om den ved arbeidet med å etablere anlegget.

Fylkesmannen startet straks undersøkelser. Ved telefonhenvendelse til Johannes Møgster (Langøylaks), ble det gjort rede for henvendelsen fra Svensen, og muntlig gitt tilkjenne at det ville komme brev til virksomhetene; «som dei ikkje vil like». Det ble samtidig gitt tilkjenne at de arbeidet med å skaffe nødvendig kunnskap. Fylkesmannen fikk samtidig opplyst at saksøkerne hadde investert bortimot NOK 40 millioner, og ansatt arbeidstakere for å drifte anlegget. I samtalen ble det også fra fylkesmannen opplyst, at de i tilfelle andre lokaliteter kunne finnes, stod myndighetene klar til å gjøre det som var mulig og nødvendig for i tilfelle få på plass andre lokaliteter til virksomheten. Noen garantier for dette var det ikke mulig å gi for noen.

Skriftlig varsel om tilbaketrekking av forurensningstillatelsen ble sendt den 18.6.2019. Det ble vist til forvaltningslovens regler, samt forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, og bestemmelsens fjerde ledd. Av varselet fremgår at; «(...) Det vil bety at lokaliteten ikkje kan takast i bruk, og at de ikkje kan sette ut fisken dykkar der no i haust.»

Den 19.06.2019 ble det også sendt varsel om omgjøring av tillatelsen til akvakultur fra Sogn og Fjordane Fylkeskommune.

Saksøkerne kom med merknader ved advokatfirma SANDS den 1.07.2019. Vilkårene for å trekke tilbake tillatelse etter forurensningsloven ble bestridt å foreligge. Det ble også innhentet og vedlagt rapport fra Rådgivende Biologer AS knyttet til funnene. I tiden som fulgte var det stor aktivitet med henblikk på å få oversikt over de faktiske forholdene. Det var kontakt mellom Havforskningsinstituttet (HI) og fylkeskommunen. Fylkesmannen og saksøkerne hadde utstrakt kontakt. Det ble også sendt ytterligere merknader fra saksøkerne i forhold til varselet. Både saksøkerne og fylkesmannen innhentet opplysninger. Foruten Rådgivende Biologer AS, engasjerte også saksøkerne konsulentfirmaet Asplan Viak, for at det skulle foretas spredningsmodeller knyttet til forurensning fra anlegget, for også å skaffe kunnskap utover spredningsmodeller HI var i besittelse av, og om var gjort kjent i anledning saken.

Den 5.09.2019 traff fylkesmannen vedtak om omgjøring av forurensningstillatelsen. Tillatelsen ble i sin helhet trukket tilbake. Vedtaket ble påklaget, og det ble begjært oppsettende virkning. Fylkesmannen fastholdt vedtaket, og tok heller ikke til følge saksøkernes begjæring om oppsettende virkning.

### 3. Vedtaket i klagesaken

Klagen ble deretter oversendt klageinstansen – Miljødirektoratet. Ved Miljødirektoratets vedtak av 13.09.2019 ble klagen gitt oppsettende virkning, jf. forvaltningsloven § 42. Det ble blant annet lagt vekt på de foretatte investeringer, samt at det var gjort avtale om levering av smolt for utsettelse medio september 2019. Vedtaket anslår verdien på denne smoltleveransen til NOK 15 millioner. Det ble også gitt tilkjenne i vedtaket at eventuell oppstart av virksomheten før klagesaken var endelig avgjort, var på saksøkernes egen risiko.

Etter avsluttet saksbehandling i klagesaken, traff Miljødirektoratet den 14.1.2020 følgende omgjøringsvedtak i medhold av forvaltningsloven § 34 og forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1:

«Miljødirektoratet endrer Fylkesmannens vedtak av 05.09.2019 om tilbaketrekking av tillatelse etter forurensningsloven til akvakulturproduksjon på lokaliteten Husevågøy. Vårt vedtak innebærer at Selskapene Troland Lakseoppdrett AS, Langøylaks AS og Austevoll Melaks AS får en tidsavgrenset tillatelse etter forurensningsloven til akvakulturproduksjon på lokaliteten Husevågøy. Det gjøres følgende endringer i Fylkesmannens tillatelse av 20.12.2018:

- Tillatelsens pkt. 1. Ramma for løyvet. Følgende tillegg tas inn: Løyvet er avgrensa til produksjon av slaktemoden fisk frå eitt utsett.»
- Tillatelsens pkt. 3.1 Utsleppsmengder. Følgende tillegg tas inn i forlengelsen av 4. avsnitt: «Utslepp av legemiddel på lokaliteten skal så langt som råd unngås. Om dette likevel blir naudsynt skal det gjerast miljøovervaking av eventuelle effektar på blomkållkorallforekomsten. Program for overvaking i samband med utslepp av legemiddel skal være avklart med Fylkesmannen på førehand (jf. pkt. 13.2).»
- Tillatelsens pkt. 13.1 Krav til miljøtilstand. Følgende tillegg tas inn i et nytt 6. avsnitt:

«Blomkållkorallforekomsten skal ikkje bli nevneverdig påverka av utslepp frå anlegget. Ved tegn på skade skal oppdrettselskapa straks varsle Fylkesmannen om dette og komme med forslag til tiltak. Miljødirektoratet kan i samråd med Fylkesmannen gje pålegg om tiltak og om naudsynt kalle løyvet attende av omsyn til blomkållkorallforekomsten.»

- Tillatelsens pkt. 13.2 Krav til overvaking. Følgende tillegg tas inn i et nytt 3. avsnitt:

«Blomkållkorallforekomsten som er påvist i nærleiken til anlegget skal overvakast for å avdekke eventuell skade av utslepp frå anlegget. Overvakinga skal gjerast av uavhengig og kompetent organ. Forslag til plan for denne overvakinga skal sendast snarest, og seinast 4 veker etter at dette vedtaket er motteke, til Fylkesmannen for godkjenning.»

- Tillatelsens pkt. 14.3: Denne bestemmelsens avsnitt om nedlegging eller lengre driftstans endres til: «Nedlegging. Ved tillatelsens utløp skal den/dei ansvarlege syte for at anleggsområdet og eventuell landbase vert sett i miljømessig tilfredsstillande stand igjen. Den/dei ansvarlege skal sørge for at for, kjemikal/legemidler, produksjonsutstyr og avfall (inkludert ensilasje og død fisk) vert teke hand om på forsvarleg måte, mellom anna skal farleg avfall handterast i samsvar med gjeldande forskrift. Dei tiltaka som vert gjennomførte skal rapporterast til Fylkesmannen innan 3 månader etter nedlegginga. Rapporten skal også innehalde dokumentasjon av disponeringa av kjemikalierestar og ubrukte kjemikal og namn på eventuell(e) kjøpar(ar).»

Fylkesmannens vedtak ble følgelig omgjort, ved at det ble truffet nytt vedtak. Retten bemerker at saksøkerne hele tiden har hevdet at driften kunne opprettholdes, bl.a. ved hjelp av overvåking med henblikk på den konkrete forurensning i forhold til blomkållkorallene. Videre bemerkes at klager opplyste at biomassen ved anlegget ville bli maksimalt 2/3 del av tillatt MTB på 3120 tonn. Det ble også lagt til grunn i Miljødirektoratets vedtak. Klagesaken knyttet til forurensningstillatelsen var ved dette endelig avgjort.

Klima- og miljødepartementet er rette saksøkte i forhold til forvaltningsvedtaket som er påstått å være ugyldig, samt erstatningsansvaret, og blir nedenfor oftest omtalt som **staten** eller **saksøkte**.

### 4. Krav om omgjøring og søksmålsvarsel

Saksøkerne fortsatte dialogen med Miljødirektoratet i etterkant av vedtaket, og fikk svar på oppfølgende spørsmål. Det ble også begjært omgjøring, og dessuten varslet søksmål. Den 22.09.2020 fastholdt

Miljødirektoratet vedtok, og besvarte også søksmålsvarsel. Saksøkerne fortsatte gjennom høsten 2020, ved at de fastholdt sine anførsler, og de ga også opplysninger om faktiske forhold, herunder presenterte undersøkelser fra overvåkningen og pekte på andre relevante faktiske forhold.

## **5. Igangsetting av virksomhet, samt flytting av virksomheten**

Oppdrettsvirksomheten ble igangsatt i begrenset omfang etter at Miljødirektoratet hadde gitt klagen oppsettende virkning, og under henvisning til omgjøringen. Etter det som er opplyst under hovedforhandlingen, benyttet saksøkerne de tre nordligste merdene ved den produksjonssyklus de ved Miljødirektoratets omgjøringsvedtak fikk tillatelse til. Det er foretatt overvåkning i tråd med de satte vilkår.

Saksøkerne har, etter å ha gjennomført én produksjonssyklus, flyttet oppdrettsanlegget til en lokalitet som har navnet «Bleket». Denne lokalitet er beliggende sørøst for Husevågøy. Denne tillatelsen er imidlertid tidsavgrenset til 5.03.2027. Det er opplyst at det har vært en lang og kostnadskrevenende prosess for å få drive oppdrettsvirksomheten videre der. Partene har imidlertid ikke fokusert spesielt på de faktiske forhold i den forbindelse. Dette skyldes etter alt å dømme at retten ikke skal utmåle erstatning i søksmålet som er til avgjørelse nå, jf. nedenfor, og at det påståtte ugyldige vedtak eller ansvarsgrunnlag ikke omfatter forholdene knyttet til denne lokaliteten.

Retten bemerker at omsetningen ved den produksjonssyklusen som ble tillatt gjennomført, ifølge forklaringen fra Johannes Njåstad Møgster, utgjorde omkring MNOK 90 – 100, og var omkring 1 760 tonn.

## **II. Sakens behandling ved tingretten**

Etter forutgående prosessvarsel, innkom stevning til Bergen tingrett fra saksøkerne den 20.11.2020. Det foreligger rettidig tilsvar fra saksøkte, hvor det er lagt ned påstand om frifinnelse. Rettsmekling ble tilbudt partene på sedvanlig måte, men kom ikke i stand.

Dommen avsies av Hordaland tingrett iht. forskrift om rettskretser datert 22.1.2021 nr. 163, med ikrafttredelse satt til den 26.04.2021.

Etter enighet mellom partene, traff retten den 3.12.2021 beslutning om oppdeling av saken jf. tvisteloven § 16-1, ved at retten nå skal ta stilling til påstanden om ugyldighet knyttet til Miljødirektoratets vedtak, samt om staten har erstatningsansvar (ansvarsgrunnlaget). Spørsmål om utmåling av eventuell erstatning utstår.

Hovedforhandling ble avholdt over fire hele rettsdager i tidsrommet 10.01.2022 til 14.01.2022. Fra saksøkerne møtte Carl-Erik Arnesen, styreleder (Troland), styremedlem Johannes Njåstad Møgster med fullmakt (Langøylaks), og styremedlem Henrik Melingen med fullmakt (Austevoll Melaks). De møtte sammen med prosessfullmektig advokat Kenneth Steffensen og rettslig medhjelper advokat Lars Selmar Alsaker. Fra staten møtte prosessfullmektig advokat Stein-Erik Jahr Dahl. Seksjonsleder Cecilie Kristiansen ved Miljødirektoratet fulgte hovedforhandlingen sammen med Heidi Holmelin fra samme. Retten mottok forklaring fra Carl-Erik Arnesen og Johannes Njåstad Møgster, samt fra Cecilie Kristiansen.

Det ble, foruten de nevnte forklaringer, avhørt ni vitner og ellers foretatt dokumentasjoner. Det vises til rettsboken.

## **III. Saksøkerne, Troland Lakseoppdrett AS, Langøylaks AS og Melaks AS har, i hovedtrekk gjengitt, anført følgende påstandsgrunnlag, og nedlagt slik påstand:**

### **Saksøkernes påstand:**

1. Miljødirektoratets vedtak av 14.01.2020 i sak 2019/11309 kjennes ugyldig.
2. Staten dømmes til å betale erstatning til Langøylaks AS, Troland Lakseoppdrett AS og Austevoll Melaks AS for det tap som er forårsaket av Miljødirektoratets vedtak av 14.01.2020 og Fylkesmannens vedtak av 5.09.2019, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra en måned

etter påkrav. Behandlingen av kravets omfang/utmålingen utstår til senere behandling.

3. Langøy laks AS, Troland Lakseoppdrett AS og Austevoll Melaks AS tilkjennes sakskostnader.

## Saksøkernes påstandsgrunnlag:

### 1. Grunnleggende

Saksøkerne har anført at de er enige i at det kun skal drives oppdrett dersom det er fullt miljømessig forsvarlig. Det var og er forholdene på Husevågøy. Det anføres at når man trekker tilbake en gitt tillatelse, krever dette svært grundige undersøkelser av de faktiske forhold. Forvaltningen må opptre nøkternt, og foreta en helt konkret vurdering. Saken må dessuten utredes tilstrekkelig, slik at de relevante faktiske forhold som vektlegges, blir belyst tilstrekkelig og grundig.

Det gjøres gjeldende at vilkårene i forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1 knyttet til kravene om vesentlighet og nødvendighet ikke var oppfylt. Det var også uforholdsmessig å trekke tillatelsen tilbake, jf. bestemmelsens fjerde ledd. Vedtaket er ugyldig og vilkårene for å pålegge staten erstatningsansvar er oppfylt. I dette tilfelle var det tilstrekkelig å endre tillatelsen, og skaffe kunnskapsgrunnlag ved overvåking.

Domstolene har prøvingsadgang. Det er vist til rettspraksis. Forurensningsloven § 18 første ledd stiller krav om at det både er nødvendig og i tillegg er det et vesentlighetskrav ved endring eller tilbakekall av en tillatelse. Dette vesentlighetskravet var ikke en del av det opprinnelige forslaget til lovens ordlyd, men kom inn under lovbehandlingen. Kravet ble inntatt, fordi slike vedtak er inngripende. Det er vist til lovens forarbeider.

Dette stiller særlige krav til den utredning av faktagrunnlaget som må foretas, jf. anførselene nedenfor. I saken her ble det dessuten også bygget på feile/uriktige faktiske forhold.

Når det gjelder naturmangfoldloven § 9 vedrørende det såkalte «føre var» prinsippet, innebærer dette at det kreves en reell og sannsynlig risiko for irreversibel skade. Etter forurensningsloven § 18 kreves sannsynlighetsovervekt. Etter den dokumentasjon som forelå, var det ikke konkretisert noen reell risiko. Dette innebærer at virksomheten kunne vært pålagt overvåking, i stedet for tilbaketrekking. Når det gjelder domstolsprøving av vedtak etter naturmangfoldloven vises til rettspraksis, Rt-1995-1427, hvor subsumsjonen ble prøvd. Når det gjelder prøvingsadgangen ellers, vises til juridisk teori, kommentarutgave til forurensningsloven ved Wang. Domstolene vil kunne prøve om vedtaket bygger på korrekte faktiske forhold. Dette gjelder selv om det er faglige spørsmål som er til vurdering. Det er vist til rettspraksis når det gjelder domstolenes prøving av forvaltningens vedtak, og det foreligger inngrepshjemmel for domstolene.

### 2. Kunnskapsgrunnlaget tilsa at vilkårene i loven ikke var oppfylt

Saksøkernes hovedanførsel er at forvaltningen må foreta en helt konkret vurdering av lokaliteten. Det er ikke sannsynlighetsovervekt for vesentlig skade på blomkållkorallene, eller noen reell risiko for irreversibel skade. Det var derfor ikke nødvendig å trekke tilbake tillatelsen. Det hadde vært tilstrekkelig å skjerpe vilkårene, ved at det ble gitt pålegg om overvåking, og med tilbaketrekking av tillatelse ved påvirkning. En kunne også stilt vilkår i forhold til medisinbruk og annet tilsvarende utslipp. Dette ville også ivaretatt hensynet til «føre var» prinsippet i naturmangfoldloven § 9. Det foreligger ikke noen utvidet rett til tilbakekall av tillatelsen som det er tatt forbehold i tillatelsen. Det er forurensningslovens vilkår som gjelder. Det er ikke tilstrekkelig at forekomsten var ukjent på tidspunktet for tillatelsen. Det er heller ikke tilstrekkelig at tillatelse ikke ville blitt gitt, om kunnskapen forelå.

De konkrete undersøkelser og faktiske forhold talte for at risikoen for irreversibel skade var lav og håndterbar. Strøm, topografi og oversikt over sannsynlig sedimentering tilsier dette. Det er vist til vurdering fra Rådgivende Biologer AS, strømmodelleringer fra Asplan Viak og HI. Det samlede bildet viste at det var mindre risiko for påvirkning. Den kunne også vært overvåket. Mulighetene for overvåking ble tatt opp av saksøkerne lenge før vedtaket ble truffet. Det vises til forklaring fra de sakkyndige knyttet til overvåkingsprogram, og mulighetene for slikt.

Resultatet av den overvåking av produksjonssyklusen som ble pålagt i vedtaket, har også bekreftet at risikoen var lav. Selv om dette kommer etter vedtaket, viser det at saksøkerne sine anførsler om at vilkårene for tilbaketrekking ikke var tilstede, og dette var i samsvar med de predikasjoner og anførsler som var kunnskapen på vedtakstidspunktet, altså at det ikke var fare for irreversibel skade. Det forhold at det kun ble gjennomført 2/3 del av full produksjon, kan ikke endre dette.

Det er heller ikke grunnlag for at korallene ville blitt påvirket av annet enn det organiske materiale fra merdene. Eksempelvis nøter, mikroplast og oppløste stoffer (medisin). Staten kan ikke høres med at dette utgjorde en risiko. Det er sedimentasjon som er risikoen. Produksjon av oppdrettsfisk kan dessuten gjennomføres uten medikamentell behandling. Det vises til forklaring fra sakkyndig vitne.

Det er staten som har bevisbyrden for å påvise at saksøkerne ikke har rett i sine anførsler.

Overvåking kunne ha etablert den nødvendige kunnskap. Staten har ansvaret for å utrede saken før det treffes vedtak.

### **3. Vedtaket er utilstrekkelig utredet – forvaltningsloven § 17**

Det gjøres gjeldende at saken er utilstrekkelig utredet før vedtak ble truffet. Det vises til bestemmelsen i forvaltningsloven § 17, som også har en side opp mot kravene til begrunnelse av forvaltningsvedtak i forvaltningsloven § 25. Prøving av om forvaltningen har utredet saken godt nok, er særlig viktig, og må være inngående, spesielt ved inngripende vedtak som i saken her. Det vises til rettspraksis. Det gjøres gjeldende at utredningen av saken også er særlig viktig hvor forvaltningens skjønnsutøvelse i stor grad er eller kan være unntatt domstolsprøving, slik som forholdsmessighetsvurderingen ved forurensningsloven § 18 fjerde ledd i noen grad må antas å være.

Det er vist til rettspraksis hvor forsømt utredning har medført ugyldige vedtak. Det er også vist til juridisk teori knyttet til dette, samt til de mer ulovfestede kravene om forsvarlig saksbehandling. Det er også vist til utredningsplikten i forhold til «føre var» prinsippet etter naturmangfoldloven, og juridisk teori knyttet til loven.

De omstendigheter som forelå i saken tilsa klart at forvaltningen var pliktig til å foreta ytterligere undersøkelser. Særlig ettersom det var tale om å trekke tilbake en gitt tillatelse. På tidspunktet for Miljødirektoratets vedtak var fisken satt ut iht. vedtak om oppsettende virkning. Det var god tid til å foreta undersøkelser før man traff endelig vedtak.

Alle undersøkelser og rapporter tilsa lav risiko for påvirkning av blomkållkorallene. Når forvaltningen da tok den motsatte konklusjon, tilsier dette at det måtte vært foretatt ytterligere undersøkelser. Forvaltningen ble også oppfordret til å igangsette overvåking, og utrede muligheten for dette. Det vises særlig til de anførsler som ble fremmet den 1.11.2019 knyttet til dette, og det vilkåret om overvåking som faktisk ble satt i Miljødirektoratets vedtak for den produksjonssyklusen som ble tillatt. Vilkår om overvåking lå innenfor den kompetansen forvaltningen hadde, og det var et egnet virkemiddel, også på sikt. Det vises til vitneforklaringer som støtter dette. At mange forhold på mange forskjellige måter var usikkert, og at forvaltningen ikke gikk nærmere inn i det på grunn av usikkerheten, er en saksbehandling som ikke holder mål med henblikk på den utredningsplikt som forelå. Hvis forvaltningen hadde innvendinger til den kunnskapen som forelå, herunder om strømmålinger og risiko for påvirkning, måtte man ha undersøkt det ytterligere, og fått de nødvendige avklaringer. Det kunne vært satt i verk mer varig overvåking.

Havforskningsinstituttet foreslo en konkret overvåking av lokaliteten den 9.01.2020, og var også villig til å bidra til en optimalisering av overvåkingen. Miljødirektoratet ble gjort kjent med disse forhold før vedtak ble truffet.

Miljødirektoratet bygget imidlertid på fylkesmannens vedtak, og også på feile faktiske forhold. Man burde i større grad undersøkt de konkrete stedlige forhold, vurdert faren for sedimentering, utredet ytterligere strømodellering på lokaliteten, og overvåkingsmulighetene.

Det gjøres gjeldende at den manglende utredning kan ha hatt betydning for vedtaket, og det er tilstrekkelig at det foreligger en ikke helt fjern mulighet for at det har hatt betydning, jf. forvaltningsloven § 41.

#### 4. Vedtaket bygger på feil i faktum

Domstolene kan prøve de faktiske forhold som forvaltningen har lagt til grunn for vedtaket. Dette er en selvstendig ugyldighetsgrunn. Vedtaket bygger på feil ved vurderingen av de faktiske forhold.

Forvaltningen har misforstått strømmodellingene på lokaliteten, og lagt til grunn at spredning / sedimentering på lokaliteten som avsettes på blomkållkorallene var mye høyere enn det som strøm- og spredningsmodelleringene tilsa. Det er vist til at Miljødirektoratet i ettertid har beklaget feilen. Det er også lagt til grunn at HI og Asplan Viak sin modellering gav ulike resultater, mens realiteten var at de i det vesentlige samsvarte. Slike modelleringer ble i stor grad lagt til grunn ved andre relevante forvaltningsvedtak. Det ble også uriktig lagt til grunn at strømmålinger var basert på en konkret strømmåling på lokaliteten. Miljødirektoratet misforstod klagerens anførsel, bl.a. ved at Miljødirektoratet la til grunn at divergensen var om 4 – 5% eller 5% av utslippene ble avsatt over korallene. Saksbehandlingen fremstår som upresis og slurvete. Tilsvarende slurv kan ha gjort seg gjeldende ved andre deler av vurderingene av faktiske forhold.

Miljødirektoratet la også feilaktig til grunn at overvåkingsprogram ikke kunne gi tilstrekkelig sikkerhet for at vesentlig eller irreversibel skade kunne vært avverget. Bevisførselen viste det motsatte. At det kunne være vanskelig, kan ha vært tilfelle, men det var mulig. Det vises til vitneførselen.

Forvaltningen har også lagt til grunn feil faktum, ved at avstandsundersøkelsene knyttet til HI sine forsøk i Finnmark vedrørende blomkållkorall, er basert på at avstanden målt i meter fra anlegget var et risikokriterium. Dette var upresist og feil. Det er sedimentasjonsgrensen som er avgjørende. Noen slik fare er det ikke på lokaliteten her, når en tar hensyn til hovedstrømretningene. Vedtaket er også her basert på et risikobilde som ikke er reelt.

Det er også feilaktig lagt til grunn i vedtaket at blomkållkorallskog er en del av hardbunnkorallskog i artsdatabankens definisjon.

Det kan heller ikke her utelukkes at feilene hadde betydning for vedtaket, da det helt vesentlige var om utslippene kunne nå området ved korallene.

Det vises også her til forvaltningsloven § 41.

#### 5. Vedtaket er uforholdsmessig og unødig tyngende

Det vises til forurensningsloven § 18 fjerde ledd. Retten kan etter saksøkernes syn prøve om forvaltningen har foretatt en avveining av forholdsmessigheten. Det er vist til rettspraksis. Når en sammenholder med at overvåking og vilkår kunne vært stilt ved vedtaket, så er det ikke foretatt en forsvarlig av avveining av de relevante hensyn ved vedtaket. Lokaliteten på Bleket kom i stand lenge etter vedtaket, og er ikke relevant.

#### 6. Ansvarsgrunnlaget

Utgangspunktet er at ansvaret skal vurderes etter arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1. Både vedtaket fra fylkesmannen og Miljødirektoratet lider av mangler. Det gjøres gjeldende at det er utvist uaktsomhet, og det er et strengt aktsomhetsansvar ved myndighetsutøvelse, men ansvaret er i utgangspunktet ikke objektivt. Objektivt ansvar kan imidlertid tenkes også ved tjenestehandlinger. Dette er fastslått i rettspraksis. Det er vist til juridisk teori og rettspraksis når det gjelder de rettslige vilkårene for øvrig. I saken her er de ansvarsbetingende handlinger særlig uriktig anvendelse av forvaltningsloven § 18 første ledd nr. 1, manglende saksutredning, og at forvaltningen har lagt til grunn feile faktiske forhold for vedtakene. Det vises særskilt til alle de rettslige og faktiske opplysninger forvaltningen ble gjort oppmerksom på av saksøkerne og andre i hele perioden etter at blomkållkorallene ble oppdaget, og frem til endelig vedtak.

Det er ikke tvilsomt at det har oppstått økonomisk tap for saksøkerne, selv om dette er skilt ut til senere behandling. Spørsmål om årsakssammenheng bør etter saksøkernes syn være relativt klart.



## **IV. Saksøkte, Staten v/Klima- og miljødepartementet har, i hovedtrekk gjengitt, anført følgende påstandsgrunnlag, og nedlagt slik påstand:**

### **Saksøktes påstand:**

1. Staten v/Klima- og miljødepartementet frifinnes.
2. Staten v/Klima- og miljødepartementet tilkjennes sakskostnader.

### **Saksøktes påstandsgrunnlag:**

#### **1. Overordnet – perspektivet.**

I saken her er det tale om et stort industrielt anlegg ved Husevågøy skal få anledning til å forurense. Saksøkerne ville ikke fått tillatelse etter forurensningsloven om man var kjent med blomkållkorallene. Det er også viktig at de spredningsmodeller som foreligger, ikke gir noen fasit på risikoen for forurensning knyttet til korallene, heller ikke hvor mye som avsettes.

Tålegrensen for blomkållkoraller er ukjent, og man vet ikke om når korallene svekkes, og eventuelt om de lar seg restituere. Man vet da heller ikke hvor lang tid det eventuelt vil ta.

I saken her ønsker saksøkerne dom for at det skal iverksettes et forskningsprosjekt, ved at tillatelsen skal endres. Dette i skarp kontrast til de «føre var» bestemmelser som foreligger i lovverket.

Saksøkte vil spesielt vise til forurensningsloven § 1, hvor lovens formål er inntatt. Det vises også til prinsippet i § 2 nr. 5, om at «forurenseren skal betale». I lovens § 6 fremgår hva som defineres som forurensning, og i forurensningsloven § 7 forbudet mot forurensning.

Disse utgangspunktene er helt sentrale, når en skal vurdere en tillatelse til forurensning etter forurensningsloven § 11, og vedtaket om tilbaketrekking. Ingen har som utgangspunkt rettskrav på å forurense, og det fordrer en tillatelse.

#### **2. Forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1 – og «føre var prinsippet» i naturmangfoldloven § 9.**

Forurensningsloven hjemler adgang til å trekke tilbake en gitt tillatelse, som i saken her. Det er vist til lovens forarbeider. Det fremgår at man må sammenligne situasjonen med de forutsetninger som ble lagt til grunn da tillatelsen ble gitt, og situasjonen i dag. Det vises også til forarbeider til naturmangfoldloven vedrørende kunnskapsgrunnlaget og «føre var prinsippet» i naturmangfoldloven § 9, samt også bestemmelsen i naturmangfoldlovens § 8. Sammenhengen i økosystemene er svært komplekse, og en har ikke tilstrekkelige kunnskaper om disse. Det vises også til juridisk teori. «Føre var» prinsippet er derfor svært viktig supplement ved tolkningen, også når en skal fatte vedtak.

Det gjør seg også gjeldende reelle hensyn når man skal tolke forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1 og forholdet til den gitte tillatelse etter § 11. Når man avdekker et forhold etter at tillatelse er gitt, vil tiltakshaverne kunne drive videre på en tillatelse som ikke er vurdert tilstrekkelig. Føre var prinsippet vil derfor være et tolkningsmoment også av den grunn.

Norge har for øvrig også folkerettslige forpliktelser til å verne maritime områder mot forurensning. Det vises bl.a. til OSPAR Convention fra 1992, og OSPAR-listen over truede habitater. Konvensjonsstatene må verne om disse. De norske bestemmelsene må tolkes i samsvar med våre internasjonale forpliktelser.

Domstolene må vise tilbakeholdenhet ved prøving av vedtak som i saken her, hvor vedtaket er tatt av fagmyndigheten. Det er vist til rettspraksis hvor vedtaket bygger på faglige vurderinger og skjønn. Dette er også fremhevet i juridisk teori knyttet til naturmangfoldloven.

Når det gjelder subsumsjonen etter forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, forelå en god del kunnskaper på vedtakstidspunktet. Det er tale om forurensning og alvorlig/irreversibel skade. Det var avdekket en unik blomkållkorallskog like ved lokaliteten. Det forelå kunnskapsstatusrapport fra HI vedrørende lokaliteten på Husevågøy, og den unike forekomst. Det forelå kartlegging fra rådgivende Biologer AS, det var innhentet uttalelse fra andre fagfolk. Sportsdykkerens informasjon forelå. Det forelå database vedr forskning, jf. Mareano-undersøkelsene, bl.a. i regi av HI. Som habitat var blomkållkorallskogen, uavhengig av om den falt inn under definisjonen hardbunnkorall, uvanlig på norskekysten. HI likestilte arten med hardbunnkorallskog. Det forelå også sikker kunnskap om påvirkning fra oppdrettsanlegg ved den forskning som var foretatt.

Det er sannsynlig at noe av utslippene fra anlegget vil avsettes på korallene, og det er bekreftet ved bevisførselen at korallene sin helsetilstand vil være verre jo mer partikler de utsettes for. Det vises både til spredningsmodellene fra HI, og fra saksøkernes sakkyndige ved Asplan Viak. Modellene tar dessuten bare hensyn til partikulære utslipp, og ikke annen forurensning fra anlegget. Det foreligger kunnskapsmangel, og spredningsmodellene gir usikkerhet, jf. «føre var» prinsippets anvendelse ved usikkerhet. Spredningsmodellene tar heller ikke hensyn til alle faktorer, eksempelvis vind og synkehastigheten på mindre partikler enn de som omfattes av beregningene. Det anføres fra statens side at man visste nok til å konkludere i samsvar med vedtaket. Spredningsmodellen er angitt feil/upresist i vedtaket, men det er ikke foretatt noen feil ved bedømmelsen av de faktiske forhold.

### **3. Skaden eller ulempen er «vesentlig større eller annerledes enn forventet» i forhold til opprinnelig tillatelse.**

Staten viser her til den reaksjon som ble utvist da man ble oppmerksom på forholdene. Saksøkerne ble umiddelbart kontaktet pr. telefon, og senere ved varsel. En grunnleggende forutsetning for den innvilgede forurensningstillatelsen forsvant. Som det fremgår av vedtakene, var det ikke tvil. Hvilke tiltak som skal treffes dersom det er nødvendig etter forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, beror på forvaltningens skjønn. Forvaltningen må vurdere dette, jf. ordet «kan» vedrørende tilbaketrekking. Det har også en klar side til hvor stor risiko som skal tas overfor miljøet. Vurderingen har sterke innslag av faglige og politiske elementer, og det er grunn til å være tilbakeholden med prøvingen av den konkrete vurderingen. Det er vist til rettspraksis og juridisk teori.

For det tilfelle at retten kan prøve subsumsjonen, er det grunn til å legge vekt på at vilkår om overvåking er uegnet når det er fare for irreversibel skade. Det vises til veilederen til naturmangfoldloven.

### **4. Vektingen av saksøkernes interesser – forholdsmessighet**

Forvaltningen har vurdert bestemmelsen i § 18 fjerde ledd, og de faktiske forhold. Det er en utpreget skjønnsmessig bestemmelse. Den generelle lovforståelsen og de faktiske forhold kan prøves. Skjønnets som er utvist kan ikke prøves av domstolene. Det er vist til Høyesteretts praksis etter bestemmelsen. Forvaltningen ga tillatelse til én produksjonssyklus for å avdempe virkningen av tilbaketrekkingen. Det foreligger ingen feil ved vektingen av de involverte interesser som tilsier ugyldighet.

### **5. Saksbehandlingsfeil**

Det foreligger ikke noen saksbehandlingsfeil, og forvaltningen har sørget for at saken var tilstrekkelig utredet, og i samsvar med forvaltningsloven § 17. Kunnskapsgrunnlaget er også vurdert iht. bestemmelsen. Det vises til naturmangfoldloven §§ 8 og 9.

Forvaltningsloven §17 må sees i sammenheng med denne. Innhenting av ny kunnskap, kan ikke kreves etter naturmangfoldloven. Heller ikke kan man kreve at forvaltningen finner utredninger eller rapporter som ikke er søkbare i databaser. Saksøkerne synes å kreve at forvaltningen skulle innledet forskning med tanke på utredning av saken. Dette kan ikke stilles som krav ved saksbehandlingen. På grunn av den sjeldne forekomsten, ble det gjort unntak, og innhentet kunnskapsstatus fra HI. Det forelå ellers en god del faktiske opplysninger om lokaliteten.

Den overvåkning som ble igangsatt ved vedtaket, kunne ikke gi mer informasjon. Anlegget var ikke i full drift, og merdene som ble benyttet var plassert lengst borte fra kyststrekningen.

Det er ikke tale om feil eller mangelfull utredning i dette tilfelle. Det er heller ikke tale om myndighetsmisbruk. Eventuelle feil har klart ikke hatt betydning for vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

## 6. Spørsmålet om erstatningsansvar

Dersom vedtaket er gyldig, er det ikke grunnlag for erstatningsansvar. Spørsmålet om erstatningsansvar beror på om vilkårene i skadeserstatningsloven § 2-1 er oppfylt. Det må være utvist uaktsomhet. Det er ikke objektivt ansvar for det offentlige, og uaktsomhetsansvaret må ikke praktiseres så strengt at det i realiteten blir objektivt ansvar. Vurderingen må bero på kunnskap og faktiske forhold på vedtakstidspunktet. Det er strengt ansvar for rettsanvendelsen, men ikke for forvaltningens bedømmelse av de faktiske forhold.

Det bestrides også at det er årsakssammenheng mellom eventuelle ansvarsbetingende handlinger og tap. Forhold som ikke har betydning for vedtakets gyldighet, vil ikke kunne danne grunnlag for erstatning, idet feilen ikke har ført til noe tap.

## V. Rettens vurdering

Spørsmålet retten må avgjøre er om det endelige vedtaket i klagesaken om tilbaketrekking av tillatelsen fattet av Miljødirektoratet den 14.01.2019 er ugyldig, slik det er hevdet. Dernest må retten ta stilling til om det foreligger grunnlag for erstatningsansvar, i dette tilfelle ansvarsgrunnlaget.

### 1. Gyldigheten av vedtaket – utgangspunkter

Det er sikker rett at domstolen, dersom betingelsene for ugyldighet foreligger, kan kjenne et forvaltningsvedtak ugyldig. I saken her er det spørsmål om Miljødirektoratets vedtak i klagesaken.

I Rt-2011-304 har Høyesterett sammenfattet utgangspunktet ved ugyldighetslæren. Saken gjaldt gyldigheten av forvaltningens avslag på konsesjon til erverv av en landbrukseiendom. Høyesterett har her for øvrig også uttalelser om generelle forholdsmessighetsbetraktninger. I saken vår her, er det som det fremgår inntatt en eksplisitt forholdsmessighetsregel i forurensningsloven § 18 fjerde ledd, som forvaltningen har vurdert ved vedtaket. Fra dommens avsnitt 55 og 56 gjengis:

«Forvaltningsvedtak kan etter alminnelig norsk forvaltningsrett kjennes ugyldig blant annet dersom det lider av en kompetansemangel, er truffet på grunnlag av uriktig faktum, er beheftet med saksbehandlingsfeil, ikke bygger på forsvarlig skjønn, er influert av usaklige hensyn, medfører usaklig forskjellsbehandling eller etter sitt innhold er åpenbart urimelig.

Frøholm har hevdet at et forvaltningsvedtak også kan kjennes ugyldig dersom det ikke tilfredsstillende krav til forholdsmessighet. Det er riktig at domstolene på enkelte særlige forvaltningsområder er gitt kompetanse til å underkjenne forvaltningsvedtak dersom det ikke er forholdsmessig. Det finnes imidlertid ikke noen generell regel med dette innhold. Ganske visst vil det ved vurderingen av om et forvaltningsvedtak er åpenbart urimelig, inngå forholdsmessighetsbetraktninger, men det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak, jf. Rt-2008-560 avsnitt 48.»

I saken her er det tale om tilblivelsesmangler ved vedtaket, men også anførsler om uforholdsmessighet.

Det følger ellers av den sentrale bestemmelsen i forvaltningsloven § 41 at et forvaltningsvedtak likevel er gyldig, dersom det er grunn til å regne med at feil ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, samt tredje og fjerde ledd, lyder slik:

Forurensningsmyndigheten kan oppheve eller endre vilkårene i tillatelse etter loven her eller etter forskrift i medhold av loven, eller sette nye vilkår, og om nødvendig kalle tillatelsen tilbake dersom

- 1) det viser seg at skaden eller ulempen ved forurensningen blir vesentlig større eller annerledes enn

ventet da tillatelse ble gitt,

Tillatelse kan i alle tilfeller tilbakekalles eller endres når det har gått 10 år etter at den ble gitt.

Ved avgjørelser etter første og tredje ledd skal det tas hensyn til kostnadene en endring eller omgjøring vil påføre forurenseren og de fordeler og ulemper endring eller omgjøring for øvrig vil medføre.

Innledningsvis bemerkes at retten legger til grunn at forurensningstillatelsen i saken her følger den generelle tidsbegrensningen i lovens tredje ledd på 10 år. Det er ikke bestridt at forvaltningen, dersom lovens vilkår er oppfylt, hadde anledning til å treffe slikt vedtak som i saken her, også idet tillatelsen ble delvis endret ved at det ble fastsatt skjerpede vilkår, i kombinasjon med tilbakekall.

Før retten går videre, er det nødvendig å se noe nærmere på formålsbestemmelsen i forurensningsloven. Forurensningsloven § 1 lyder slik:

«Denne lov har til formål å verne det ytre miljø mot forurensning og å redusere eksisterende forurensning, å redusere mengden av avfall og å fremme en bedre behandling av avfall.

Loven skal sikre en forsvarlig miljøkvalitet, slik at forurensninger og avfall ikke fører til helseskade, går ut over trivselen eller skader naturens evne til produksjon og selvfornyelse.»

Det er også vesentlig at man som utgangspunkt ikke har rett til å forurense, jf. forurensningsloven § 7. Myndighetene er imidlertid gitt anledning til å innvilge forurensningstillatelse i medhold av lovens § 11.

Som det fremgår av lovens § 18, kan forurensningstillatelse trekkes tilbake. Lovens vilkår må være oppfylt for at en gitt tillatelse skal kunne trekkes tilbake eller endres.

## 2. Forurensningens omfang og potensiale

Retten vil innledningsvis peke på det konkrete forurensningspotensiale som tillatelsen omfatter. Selv om det finnes større oppdrettsanlegg, er det i saken her tale om et forholdsvis stort industrielt anlegg, hvor merdene vil dekke et område på omkring 78 mål. Retten viser til den gjennomgang av MTB som er foretatt, den årlige stipulerte produksjon, og det anslag av forbruk av fôr på omkring 4 500 tonn pr. år. Forurensningen knyttet til dette består i fôrrester og slam (avføring) fra fisken. I strømmodelleringen fra Asplan Viak er det lagt til grunn at daglig fôring av fisken vil kunne bestå i opptil 20 tonn pr. dag, som vil kunne innebære et samlet utslipp fra lokaliteten med 42 tonn slam pr. dag. Slik retten forstår dette, gjelder dette ved maksimal produksjon, herunder de siste måneder når fisken har nådd bortimot full størrelse. Det er imidlertid påpekt av Asplan Viak at det er grove estimater. Partene har ikke hatt særskilte innvendinger til de faktiske forhold knyttet til dette. Det bemerkes at grunnen til at det kan bli opptil 42 tonn slam, er at fôret er tørrstoff, og blir tilført fuktighet både fra sjøen, og når det kommer ut i sjøen som våt avføring fra oppdrettsfisken.

Etter bevisførselen legger retten til grunn at det i hovedsak er sedimentering, altså påvirkning ved partikler, som utgjør det største forurensningsproblemet ved oppdrettsanlegg. Partiklene slippes ut fra merdene, og Asplan Viak har lagt til grunn i modellberegningene at utslipp skjer fra 12 meters dyp, til omkring 35. Det er antatt at 10% av utslippet skjer mellom 12 og 20 meter, mens de resterende 90% skjer fra 20 til 35 meters dyp. Modellene baserer seg ellers på at partiklene har en varierende synkehastighet i modellen, fra omkring 2,1 cm pr. sekund, og opptil 4,3 cm pr. sekund, avhengig av størrelsen på partiklene. Det har vært bevisførsel i saken som gjør det sannsynlig at inntil 15% av de samlede utslippene har en synkehastighet som er under 2,1 cm. pr sekund, og følgelig ikke er medtatt i beregningene, og derfor er slam som kommer i tillegg til disse.

Det er også lagt til grunn at strømmen i fjorden her er sterk, og dessuten at strømmen er sterkest i de øvrige vannlag, og avtar etterhvert som en kommer dypere. Retten viser til forklaring fra sakkyndig vitne Øyvind Knutsen (Sintef). Strømmen er eksempelvis langt sterkere ved 30 meters dyp, enn ved 70 meters dyp. Øyvind Knutsen forklarte også at det generelt var lite sannsynlig med oppvirvling av partikler, med nytt forurensningspotensiale, når partiklene på lokaliteten hadde nådd en dybde på 70 meter og dypere.

Det er også potensiale for annen forurensning fra oppdrettsanlegg. Ved den gjeldende forurensningstillatelsen, og for øvrig også fra statens side, er særlig påpekt kobber (fra nøtene), medisiner, f.eks. avlusningsmiddel og andre legemidler, samt forurensning fra plast etc. Retten legger til grunn at slik forurensning, særlig hvor det er tale om oppløste stoffer, sprer seg i de øvre vannlag, og går med strømmen der. Retten viser også her til forklaring fra Øyvind Knutsen. Det er eksempelvis i undersøkelse av korallforekomst ved Smedvågen (Åkerblå

AS) lagt til grunn, basert i andre undersøkelser, at negativ påvirkning fra oppdrettsanlegg på korallforekomster er ventet å være hovedsakelig fra sedimentering.

### 3. Forvaltningens utredningsplikt – forvaltningsloven § 17

Det følger av forvaltningsloven § 17 at forvaltningsorganet skal sørge for at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Saksøkerne hevder at det foreligger brudd på forvaltningens plikt vedrørende vedtaket.

Retten vil innledningsvis peke på naturmangfoldloven § 8 første ledd. Bestemmelsen lyder slik:

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

Etter bevisførselen legger retten til grunn at det foreligger begrenset med opplysninger om livet i havet, og også ved de helt nære kystområder. Det er ressurskrevende å drive forskning, og naturen er i stor grad utilgjengelig, gjerne i diametral motsetning til forholdene på land. Retten vil også peke på at det er helt begrenset kunnskap knyttet til enkelte arter, herunder blomkållkoraller. Dette gjelder kanskje særlig kunnskaper om utbredelse, men også artens tålegrense for forurensning, og særlig sedimentering, som etter bevisførselen synes å fremstå som den forurensning som mest sannsynlig har det største skadepotensiale og medfører den vesentligste ulempen. Retten viser her særlig til sakkyndig vitne, forsker ved HI, Tina Kutti.

Kjernen i utredningsplikten i saken her må være å skaffe kunnskap om forekomsten, og den konkrete risiko for negativ påvirkning på korallene, ved vurderingen av klagen. Videre om klagerens forhold og de samlede konsekvensene av vedtaket i den ene eller andre retning.

Når det gjelder konsekvensene for saksøkerne, hadde forvaltningen klart tilstrekkelig kunnskap. Retten viser til det som er sagt om de økonomiske forhold, utfordringene med andre lokaliteter mv., som retten kommer noe nærmere inn på i pkt. 6 nedenfor.

Når det gjelder den konkrete risikoen for negativ påvirkning, vil retten peke på at det var innhentet opplysninger fra flere kilder. Retten finner grunn til å trekke frem de mest sentrale opplysninger som forvaltningen var i besittelse av da vedtaket ble truffet. Det er ikke relevant å skille mellom det forvaltningen selv innhentet, og det som tilfløt av opplysninger direkte, eller fra saksøkerne.

Innledningsvis ble forvaltningen gjort kjent med forekomsten av dykker Erling Svensen. I vedtaket fra fylkesmannen, fremgår at Svensen er svært godt kjent for marinbiologer og andre som arbeider innenfor marine fagfelt. Fra vedtaket hitsettes:

«Erling Svensen er en erfaren dykkar og kjend undervassfotograf med meir enn 4500 dykk og eit arkiv med meir enn 70 000 bilete av marine dyr og planter. Han er medforfattar på fleire bøker, blant anna «Havets hemmeligheter», «Dyrelivet i havet» og «Dyrelivet i fjæra». Han samanlikna artsmangfaldet på denne lokaliteten på Husevågøy med Saltstraumen som i dag er verna.»

I anledning varselet og forekomsten av blomkållkorall forelå det utarbeidet rapport datert 26.6.2019 fra Rådgivende Biologer AS. Rapporten bekreftet denne, og ga ytterligere opplysninger om forekomsten og omfanget. Det ble i arbeidet med rapportene foretatt undersøkelser i en rekke transekt langs den bratte kystlinjen på Husevågøy.

HI utarbeidet en egen kunnskapsstatusrapport vedrørende forekomsten ved Husevågøy, herunder også med spredningsmodell knyttet til forurensning. Denne forelå allerede 1.7.2019. Ved rapporten ble det også vist til Mareano-undersøkelsenes rapporter knyttet til blomkållkoraller, og forekomstene. Mareano-undersøkelsene er forskning knyttet til landskapet og det biologiske mangfoldet, særlig på norsk sokkel.

Fylkesmannen tok også kontakt med professor emeritus Bjørn Gulliksen, som de ble kjent med hadde kunnskaper om denne konkrete forekomsten. Ved henvendelsen forespurte fylkesmannen om, sitat; «(...) alt kunnskapsgrunnlag vi kan finne om lokaliteten. Publisert eller upublisert». Fylkesmannen fikk da også informasjon om forholdene, idet Gulliksen hadde dykket der i forbindelse med sin tidligere gjennomførte forskning.

Fylkesmannen gjennomførte også telefonmøte med de sektoransvarlige myndigheter, og på møtet deltok også fagekspertise fra HI.

Saksøkerne på sin side engasjerte også konsulentfirmaet Asplan Viak. I oktober 2019 forelå spredningsmodell fra selskapet knyttet til lokaliteten.

Det er også innhentet informasjon om forskning fra HI knyttet til blomkålkoraller og forskning på disse vedrørende påvirkning fra oppdrett. Videre var forvaltningen i besittelse av strømmålinger fra lokaliteten.

Forvaltningens utredningsplikt må etter rettens syn sees i sammenheng med kunnskapsgrunnlaget i naturmangfoldloven § 8, og derigjennom også hvilke kunnskaper man har om virkningen av den påvirkningen som blomkålkorallene kan bli utsatt for. Her vil retten også peke på at forvaltningen også bygget på en del forskningsresultater knyttet til blomkålkoraller, og påvirkning ved forurensning fra oppdrett. Fra Miljødirektoratets vedtak hitsettes:

«Fylkesmannen viser også til resultater fra HI's forskningsprosjekt i Finnmark hvor blomkålkorall som var satt ut 50 meter fra oppdrettsanlegg viste høy dødelighet i løpet av ett år. Fylkesmannen legger til grunn at det vil være risiko for skade på blomkålkorallene som følge av utslipp fra akvakulturanlegget, og at skaden vil være irreversibel, da blomkålkoraller blir permanent borte når de først er borte. Det vises til at etablering av denne arten er komplisert og tar lang tid.»

I Miljødirektoratets vedtak er følgende også særskilt beskrevet og lagt til grunn:

«HI anser det som sannsynlig at blomkålkorall kan påvirkes av utslipp fra oppdrett, men har begrenset kunnskap om artens følsomhet. De har gjort undersøkelser ved 4 oppdrettsanlegg i Finnmark hvor det er funnet høy tetthet av blomkålkorall, og et generelt mønster er at det blir mindre av arten når de nærmer seg oppdrettsanleggene og at de forsvinner helt når man kommer nærmere enn 250-300 meter. De viser også til foreløpige resultater fra transplantasjonsstudier i Finnmark som viser høy dødelighet hos blomkålkorall som var plassert 50 meter fra anlegget i ett år.»

Retten vil her peke på at det, tross dette, foreligger helt begrenset tilgjengelig forskning på området. Retten viser her også til forklaring fra Tina Kutti. Forvaltningen har etter rettens syn forut for vedtaket funnet frem til den relevante kunnskap.

Saksøkerne har i stor grad forsøkt å trekke forskningsresultatene i tvil. Dette kommer retten tilbake til nedenfor under pkt. 5.

Hovedanførselen fra saksøkerne er at forvaltningen burde utredet forholdene ytterligere ved å iverksette overvåkning, eventuelt med nye vilkår, og ikke trukket tillatelsen. Retten vil her vise til Klima- og miljødepartementets veileder til naturmangfoldloven (2016), i forhold til kunnskapsgrunnlaget i lovens § 8. Fra pkt. 6.2.1 hitsettes:

«Myndighetene skal, så langt det er rimelig, bygge på vitenskapelig kunnskap om arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger.

Hovedregelen er at § 8 ikke stiller krav til innhenting av ny kunnskap. Innhenting av ny kunnskap kan bare kreves unntaksvis.»

Retten kan ikke se at saksøkerne kan høres med at forvaltningen etter bestemmelsen i forvaltningsloven § 17, sett i sammenheng med naturmangfoldloven § 8, hadde en plikt til å igangsette konkrete undersøkelser av en mulig påvirkning på blomkålkorallene ved videre drift på lokaliteten. Dette vil etter rettens syn innebære en regulær forskning, som naturlig nok kunne vært mulig, men ikke kan pålegges i forbindelse med forvaltningsvedtaket. En slik overvåking er heller ikke vanlig. Retten vil nedenfor også komme tilbake til vedtaket vedrørende faren for irreversibel skade, jf. forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1.

Retten vil etter dette konkludere med, at med den forholdsvis begrensede kunnskap man har på området, ikke kan se at det innenfor et rimelig krav til utredning som er pålagt i loven, selv hvor svært store økonomiske interesser står mot miljøverninteresser, er rimelig å pålegge forvaltningen noen vesentlig større plikt til utredning og informasjonsinnhenting enn den som faktisk er foretatt før vedtaket. Plikten må sees i sammenheng med den kunnskap som faktisk foreligger. Slik retten ser det har forvaltningen ikke handlet i strid med utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17. Vedtaket er følgelig ikke ugyldig som en følge av dette påstandsgrunnlaget.

#### 4. Forvaltningen har bygget vedtaket på feil/uriktig faktiske forhold.

Saksøkerne har her særlig vist til at vedtaket bygger på en misforståelse av spredningsmodellene. Videre at forvaltningen har misforstått de undersøkelser/forskning som var foretatt, og særlig hva gjelder avstanden fra oppdrettsanleggene. Det var også feil å legge til grunn at blomkålkorallskog var en del av det som i artsdatabanken tilhørte hardbunnkorallsskog. Det ble også, anføres det, feilaktig lagt til grunn at en måling og overvåkning ikke kunne forhindre irreversibel skade, dersom tillatelsen ble endret, og ikke trukket tilbake.

##### a) Spredningsmodeller og avsetning av slam

Før vedtaket forelå det to spredningsmodeller for forurensning fra anlegget. Den ene var fra HI og den andre fra Asplan Viak.

Slik retten oppfatter anførselene, har saksøkerne gjort gjeldende at det ved vedtaket er lagt til grunn at 4 – 5 % av slammet vil bli avsatt over korallene. Feilen synes å bestå i at det kartet som er utarbeidet over spredningen, merker en stor del av sjøområdet rundt anlegget med gul farge. I dette gule området, som også strekker seg over arealer ut og inn i fjorden, og ikke bare inn ved kysten hvor blomkålkorallene lever, angir at det vil være en slik prosentvis spredning i disse gule områder. Dette er for øvrig de områder som etter modellen får minst belastning av slammet, siden disse områdene gjennomgående er lengst borte fra anlegget. De beregninger som Asplan Viak har gjort, som da er nærmere konkretisert over de aktuelle områdene med blomkålkorall, viser imidlertid langt mindre avsetning av slam. Retten finner det hensiktsmessig å sitere fra vedtaket på dette punkt:

«Hvor stor risikoen er for at det skal oppstå vesentlig skade på blomkålkorallforekomsten ved Husevåg vil i første rekke avhenge av hvor sannsynlig det er at utslipp fra anlegget blir transportert bort til og avsatt over korallene. Avstanden mellom akvakulturanlegget og korallforekomsten ser ut til å være omlag 100 meter på det nærmeste. Det er gjort 2 modellberegninger av partikkelspredningen fra anlegget. HI har gjort en grovmasket beregning som tilser at ca. 4-5 % av partiklene spres og avsettes i den bratte veggen nær anlegget med høyest tetthet av koraller.

Asplan Viak har på oppdrag fra klager gjort en ny modellberegning av partikkelspredningen hvor de opplyser å ha benyttet en høyere oppløsning enn i HI's modellering. Her konkluderes det med at 0, 17 % av slammet fra anlegget ender opp innenfor hele korallområdet og 0,08 % ender opp innenfor hovedområdet med tettest koraller i et verste scenario. Miljødirektoratet vil bemerke at modellberegninger alltid vil være beheftet med usikkerhet. Asplan Viak har gjort spredningsberegninger med høyere oppløsninger enn det som er benyttet ved HI's beregninger, men det er ingen nye strømdata som ligger til grunn. Beregningene opplyses å være gjort på bakgrunn av strømmålinger i 2017. Strømmålinger gjort over en kort periode (normalt 1 mnd.) er beheftet med betydelig usikkerhet da strømningsmønsteret kan variere gjennom et år. Vi har imidlertid merket oss at strømmålingene i 2017 og 2018 viser en hovedvekt av strøm mot øst, og at begge spredningsberegningene viser spredning av partikler både mot øst og vest. De to spredningsberegningene konkluderer imidlertid noe ulikt mht. hvor stor andel av partiklene som vil bli transportert inn mot den bratte veggen med blomkålkorall.»

Den påståtte misforståelse har saksøkerne påpekt overfor Miljødirektoratet i ettertid. Ved Miljødirektoratets brev av 5.05.2020, er anførselene fra saksøkerne kommentert nærmere, og svaret hitsettes:

*«1): Forståelsen av modellering/beregning utført av Havforskningsinstituttet*

Adv. Steffensen mener Havforskningsinstituttet (HI) Ikke noe sted i dokumentene har konkludert med at 4-5 % av partiklene fra lokaliteten Husevågøy vil avsettes i den bratte veggen der blomkålkorallene befinner seg, slik Miljødirektoratet viser til i sitt klagevedtak. Det anføres at det kun er en mindre andel av korallene som befinner seg innenfor den sonen HI har tegnet opp på sitt kart over områder som mottar 4 % av utslippene fra anlegget. Han mener Miljødirektoratet har feiltolket resultatene av HIs modellering som er gjengitt i HIs notat av 01.07.2019, og ber direktoratet kommentere/undersøke dette forholdet ytterligere – eventuelt at HI kontaktes med sikte på å få dette avklart.

*Miljødirektoratets svar:* I vårt klagevedtak har vi vist til at det er gjort to ulike modellberegninger av partikkelspredningen fra anlegget med ulikt resultat mht. hvor stor andel av partiklene som er beregnet

å bli avsatt i området med blomkålkorall. Miljødirektoratet har ikke tatt stilling til hvilken av de to beregningene som gir et mest korrekt resultat, men påpeker at modellberegninger alltid vil være beheftet med usikkerhet. Begge beregningene tilsier imidlertid at noe av partiklene vil bli transportert inn til den bratte veggen nær anlegget med høy tetthet av koraller. Vi viser også til anleggets nære beliggenhet til korallforekomsten og resultatene fra Havforskningsinstituttets undersøkelser i Finnmark som tilsier at blomkålkorall ikke trives nær oppdrettsanlegg. Vi har tatt ny kontakt med Havforskningsinstituttet ang. resultatene av deres modellerte spredningsberegninger, og har fått forklart at kartet ikke gir grunnlag for å angi hvor stor prosentandel av utslippene fra anlegget som vil bli avsatt over korallforekomsten. VI beklager at dette har blitt fremstilt upresist fra vår side. Vårt vedtak er imidlertid ikke basert på et eksakt tall for hvor stor andel av de organiske partiklene fra anlegget som avsettes i området med blomkålkorall. Vi påpeker også at andre utslipp fra akvakulturanlegget enn organiske partikler kan påvirke blomkålkorallene negativt. Forurensning som ikke er partikkelbundet kan ha en annen spredning enn partikkelutslipp. Miljødirektoratet har lagt vekt på at dette sannsynligvis dreier seg om en unik blomkålkorallforekomst i Norge på grunn av dens størrelse og tetthet. Utslipp som kan skade deler av forekomsten og dermed påvirke størrelsen og tettheten som gjør forekomsten unik, medfører etter vår vurdering risiko for vesentlig skade. Vi har av den grunn funnet det riktig å legge vekt på føre var-prinsippet i denne saken.»

Slik retten vurderer forholdene er det grunn til å tro at det i vedtaket, ihvertfall delvis, er bygget på en langst større spredning av slam over korallene enn det som det var grunnlag for etter HI's modell.

Spørsmålet er om dette har hatt betydning for vedtaket, jf. forvaltningsloven § 41. Retten mener at det ikke har hatt avgjørende betydning. Som det fremgår av vedtaket har Miljødirektoratet spesielt fremhevet spredningsmodellene fra Asplan Viak, med de beskrivelser av resultatet av modellene som fremgår. Det er ikke sannsynliggjort at de har sett bort fra Asplan Viak sine beregninger, men det er fortsatt en helhetsvurdering hvor selve usikkerheten om fremtidig spredning er vektlagt. Det sentrale ved vedtaket er også etter rettens syn, særlig når en ser vedtaket i sammenheng, at modellene viser at det faktisk vil bli avsetninger og sedimentering over korallene, og ikke bare de som er nærmest anlegget. Bevisførselen i saken har også klart underbygget dette, selv om retten vil være forsiktig med å konkludere med at partene er enige om det. Slik retten vurderer det, har denne feilen ikke hatt betydning for vedtakets innhold, og ugyldig vedtak foreligger derfor ikke når det gjelder dette forhold. Retten vil også her peke på det som retten legger til grunn under pkt. 5 nedenfor knyttet til vesentlighetskravet, og føre var prinsippet.

## **b) Blomkålkorallene som naturtype, anførsel om feil i vedtaket**

Ved vedtaket er følgende lagt til grunn:

«Det er betydelig usikkerhet i denne saken som følge av mangelfull kunnskap og dokumentasjon på flere områder. Når det gjelder tilgjengelig kunnskap om blomkålkorall og potensielle skadeeffekter ved påvirkning fra utslipp fra akvakulturanlegg, viser vi til Havforskningsinstituttets (HI's) notat fra 2019: Kunnskapsstatus blomkålkorallforekomst ved Husevågøy». Her fremgår bl.a. at:

- Det er usikkert hvilken art blomkålkorall som befinner seg ved Husevåg. De to artene som er registrert i Artsdatabanken med funn i Norge er begge vurdert som livskraftig.
- Blomkålkorall er ikke sjelden langs kysten, men opptrer vanligvis i mindre flekker på omlag 100 m<sup>2</sup> med høy tetthet (Finnmark) eller som sparsomt fordelte individ innimellom andre arter.
- Blomkålkoraller inngår i naturtypen hardbunnskorallskog, som er vurdert som nær truet i Norsk Rødliste for naturtyper.
- Da marint biologisk mangfold er mangelfullt kartlagt i kystnære farvann er det vanskelig å si om denne forekomsten er unik for norskekysten. Men på bakgrunn av kontakt HI har hatt med andre firmaer som utfører kartlegging samt egne undersøkelser av hardbunn i Hordaland, mener de man kan anta at blomkålkorallskogen ved Husevågøy er unik i norsk sammenheng. Dette er basert på den omfattende geografiske utstrekningen med høy tetthet av individ.»

Saksøkerne synes å ha rett i at blomkålkorall ikke er omfattet av definisjonen hardbunnskorallskog. Isolert sett utgjør dette en feil. Det er imidlertid flere grunner til at retten mener at feilen ikke kan medføre at vedtaket er ugyldig. For det første er det i vedtaket korrekt lagt til grunn at blomkålkorall er livskraftig, basert på HI's notat.



Det er altså som utgangspunkt ikke tale om en art som er utrydningstruet. Videre viser retten til forklaring fra Tina Kutti. Hun har forklart at arten har store likhetstrekk med hardbunnkorallskog, og derigjennom også er habitat for andre arter i likhet med artene i hardbunnkorallskogen. Videre legger retten til grunn at forekomsten ved Husevågøy er unik, i den forstand at det ikke er kjent at det finnes så store forekomster av blomkållkoraller ved kysten av Norge. Dette er for øvrig også bekreftet ved annen bevisførsel, som også påpekt innledningsvis, bl.a. meldingen fra Erling Svensen, og innhentede opplysninger fra prof. emeritus Gulliksen. Retten vil her også vise til forklaring fra marinbiolog/førsteamanuensis Bernt Rydland Olsen, som for øvrig arbeidet hos Rådgivende Biologer AS ved undersøkelsene som ble foretatt i regi av saksøkerne, og som er nevnt. Han var heller ikke kjent med tilsvarende funn av blomkållkoraller i Norge.

Ved HI's oversendelse datert 1.7.2019 av den konkrete vurderingen av denne korallforekomsten, er det gitt uttrykk for følgende:

«Havforskningsinstituttet har vanligvis ikke som rolle ei heller kapasitet til å bistå forvaltningen på lokalitetsnivå langs kysten. Vi fant det allikevel riktig å sammenstille kunnskapen vår i dette spesifikke området siden funnet og forekomsten av blomkållkorall var av en slik unik karakter.»

Ved vedtaket er det lagt til grunn at blomkållkorall er en vanlig art, men at denne forekomsten er unik. Fra vedtaket hitsettes;

«Selv om blomkållkorall er vanlig som art, kan blomkållkorallforekomsten ha betydning for det biologiske mangfoldet ved å være habitat for andre arter. Uten at det er gjort en nærmere kartlegging og vurdering av forekomsten og hvilke arter som befinner seg her er det vanskelig å vurdere dens økologiske betydning, men forekomstens antatte unikheter tilsier etter vår vurdering at det bør tas høyde for at den kan ha en viktig betydning for det biologiske mangfoldet.»

Retten konkluderer etter dette med at den feil eller unøyaktighet som foreligger i vedtaket knyttet til tilhørigheten til hardbunnkorallskog, ikke har innvirket på vedtaket. Det foreligger følgelig ikke ugyldighet som en følge av dette.

## 5. Den konkrete subsumsjonen, forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1.

Bestemmelsen, som regulerer de nærmere vilkår for å trekke en forurensningstillatelse tilbake, er pekt på innledningsvis, og ved partenes anførsler.

Når det gjelder bestemmelsen, bemerkes at den ble endret under lovarbeidet, ved at man inntok i bestemmelsen et vesentlighetskrav. Dette var særlig under henvisning til at en slik avgjørelse kunne ha store konsekvenser for den som er innvilget tillatelse til å forurense, konsekvenser som vi også har fått øye på ved forholdene i saken her. Det følger av lovens forarbeider, NUT 1977:1, s. 140, følgende uttalelse om tilbaketrekking:

«B o k s t a v a gjelder tilfelle hvor skaden eller ulempen ved forurensningen er blitt større eller annerledes enn ventet. Det må her foretas en sammenligning med de forutsetninger som ble lagt til grunn da tillatelsen ble gitt. Er det utarbeidet konsekvensanalyser, vil det som regel være forholdsvis greit å klarlegge.»

.(...)

Bokstav a gjelder uansett om de økte eller endrete skader og ulemper skyldes uriktige forutsetninger da tillatelse ble gitt, eller at forholdene senere har endret seg. Det siste kan skyldes endringer i resipienten (naturmiljøet) eller endret arealutnytting som gjør at ulempene ved forurensningen øker.»

Disse uttalelsene i lovforarbeidene kom før vesentlighetskravet ble inntatt. Det forhold at man må foreta en sammenligning er imidlertid nokså opplagt. Det må i tillegg være vesentlige endringer.

I juridisk teori, Wang (2015) er bestemmelsen sammenfattet slik:

«Første ledd nr. 1 gjelder når skaden eller ulempen er blitt vesentlig større eller annerledes enn ventet. Bestemmelsen får anvendelse både når de økte eller endrede skadene skyldes at en har fått ny kunnskap etter at utslippstillatelsen ble gitt, og når forholdene i resipienten har endret seg slik at virkningene av utslippet blir verre enn antatt. At kjente virkninger nå blir mindre ønskelige enn tidligere fordi for eksempel et «rent hav» verdsettes høyere enn før, vil som hovedregel ikke være tilstrekkelig til å

begrunne omgjøring etter bestemmelsen. Hva som nærmere ligger i «vesentlig større eller annerledes», vil i det konkrete tilfellet bero på et skjønn hos forurensningsmyndigheten.»

Når det gjelder domstolenes prøvingsadgang, vil retten kunne prøve om anvendelsen av loven ved vedtaket er korrekt. Til støtte for dette vises til juridisk teori og rettspraksis. Det er tale om svært inngripende vedtak.

I Høyesteretts avgjørelse i Rt-1995-1427, som gjaldt prøving av fredningsvedtak knyttet til to vann etter naturvernloven § 8, har Høyesterett følgende uttalelse om selve prøvingsadgangen, som ikke var drøftet i forarbeidene til loven. Fra flertallets votum ved avgjørelsen knyttet til dette spørsmål (4-1) hitsettes:

«Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettsikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes. I det foreliggende tilfelle måtte begrunnelsen i tilfelle søkes i de skjønnsmessige formuleringer i naturvernloven § 8. Jeg kan imidlertid ikke se at disse formuleringer er slik at de i seg selv skulle indikere at det her ikke skal være domstolsprøvelse av den konkrete rettsanvendelse.»

Avgjørelsen fra Gulating lagmannsrett i LG-1994-313 er etter rettens syn illustrerende for denne prøvingsadgangen, herunder intensiteten i den, konkret i forhold til bestemmelsen i forurensningsloven § 18. I erstatningssak mot staten fra oppdretter, ble det anført at vedtak om tilbaketrekking av forurensningstillatelse var ugyldig. Lagmannsretten peker først på tillatelsens betydningen for den konkrete næringsdrivende:

«Forurensningsloven gjelder ikke bare for oppdrettsnæringen, men fiskeoppdrett er typisk for svært mange av de virksomheter som reguleres av loven, ved at bedriftene er økonomisk avhengig av å kunne beholde en utslippstillatelse uforstyrret i et lengre tidsrom.

Det som her er nevnt om den store betydning tillatelsen har for næringsvirksomheten gir etter lagmannsrettens mening støtte for å forstå rettsreglene slik at det må påvises at vilkårene for det er til stede for at en tillatelse skal kunne tas tilbake.»

Lagmannsretten går deretter helt konkret inn på den vurderingen som var relevant i forhold til vesentlighetsvurderingen etter loven, og fra avgjørelsen hitsettes videre:

«Det er tale om paragrafens første ledd nummer 1. Vilåret her må forstås slik at en tillatelse ikke kan kalles tilbake hvis den forurensning som konstateres ikke medfører vesentlig større skade eller ulempe enn hva myndighetene måtte regne med en rimelig mulighet for da tillatelsen ble gitt. På grunn av terskler er bunnforholdene på stedet slik at det innenfor tersklene er dyp vesentlig lavere enn tersklene. Staten har erkjent at dette var kjent for miljøvernveddelingen hos fylkesmannen da tillatelsen ble gitt. Videre legges til grunn, særlig bygget på vitneforklaring av dr. philos. Geir Helge Johnsen, at det har vært alminnelig kjent lenge før 1985 at tersklede områder er utsatt for at steder på bunnen kan lide av oksygenmangel, og at spill fra oppdrett kan forverre denne tilstanden eller øke risikoen for at den inntreffer. Det er heller ikke bestridt at dette var alminnelig kjent, men vist til at man ikke hadde noe nøyaktig kjennskap til bunnforholdene, nærmest bare det som fremgikk av sjøkartet, og til at man regnet med at der var strøm i området som kunne hindre skadevirkninger. Dette var imidlertid noe man ikke regnet som sikkert, og heller ikke kunne slutte seg til ut fra de sparsomme opplysningene som forelå om strøm og dybde. Tvert om måtte muligheten for slike skader og forverrelse av dem regnes som nærliggende. Påvisning av døde områder og forverring av slike på grunn av frspill og annet avfall fra oppdrettet ville derfor ikke kunne begrunne anvendelse av § 18 første ledd nr. 1 med mindre omfanget av forverringen var vesentlig større enn der kunne være rimelig grunn til å frykte.»

Lagmannsretten konkluderte deretter med at lovens vilkår for å trekke tilbake tillatelsen ikke var oppfylt, og følgelig at vedtaket om tilbaketrekking var uhjemlet, og ga også medhold i erstatningskravet.

Spørsmålet i saken her er om forekomsten av blomkållkoralter ved denne lokaliteten innebærer at lovens forholdsvis strenge vilkår er oppfylt. Retten har allerede vært inne på forurensningslovens formålsbestemmelse, og viser til den. Retten viser også til naturmangfoldloven § 8 knyttet til kunnskapsgrunnlaget, som er omtalt under V pkt. 3.

Før retten går videre i vurderingen, vil retten peke på bestemmelsen i naturmangfoldloven § 9. Dette særlig under henvisning til vedtaket, og at man i saken her har utfordringer med henblikk på forurensningens potensiale for skade eller ulempe, herunder forholdsvis svake kunnskaper om korallenes egenskaper og tålegrense for påvirkning.

Lovbestemmelsen lyder slik:

§ 9. (føre-var-prinsippet)

Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet. Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltningstiltak.

Det fremgår av naturmangfoldloven § 7 at prinsippene i lovens § 8 og § 9 skal legges til grunn «som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet».

Som et utgangspunkt, og i den differansevurdering som skal fortas etter forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, er det etter rettens syn riktig å ta utgangspunkt i om saksøkerne ville fått forurensningstillatelse om myndighetene var kjent med blomkållkorallforekomsten da forurensningstillatelsen ble innvilget. Dette utgangspunktet er ikke avgjørende, men jo klarere dette spørsmålet besvares i retning av at tillatelse ikke ville ha blitt gitt, desto mer vekt vil denne faktoren etter rettens syn ha.

Retten finner det nokså klart at denne lokaliteten ikke ville blitt godkjent av forurensningsmyndigheten på tidspunktet for tillatelsen. Retten viser til bevisførselen, herunder det som er pekt på når det gjelder det unike ved forekomsten, forskningen, og ikke minst det manglende kunnskapsgrunnlaget man har om blomkållkorallenes tålegrense. Partene synes langt på vei også å være enig i at det ville være riktig å nekte tillatelse om man kjente forekomsten. Retten viser eksempelvis også til forklaring fra forsker Joar Tverberg ved Rådgivende Biologer AS, som bekreftet at det i tilfelle ville vært en riktig avgjørelse.

Retten er som et utgangspunkt enig med saksøkerne i at lokaliteten ved Husevågøy fremstår som god. Det er en dyp fjord, og hovedstrømretningene går øst og vest fra anlegget. Det er dessuten gode strømforhold, og de er noenlunde avklarte. Retten vil også peke på at det slik bevisførselen har vært, fremstår mindre sannsynlig med påvirkning av andre typer forurensning enn den som kommer fra sedimentering. Det er likevel et usikkerhetsmoment, men en slik forurensning kunne man antagelig hatt kontroll på ved skjerpede vilkår knyttet til driften, herunder ved forbud mot medisinbruk, bruk av not-impregnering etc. Under henvisning til de øvrige forhold i saken, er slik forurensning imidlertid etter rettens syn ikke tilstrekkelig, selv om det utgjør et tilleggsmoment.

I tillegg til dette vil retten peke på flere forhold som både enkeltvis og samlet medfører at vesentlighetskravet i forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, sammenholdt med bestemmelsene i naturmangfoldloven, var oppfylt ved vedtaket.

Det synes enighet blant de sakkyndige om at er sannsynlighetsovervekt for at det vil bli avsatt sedimenter på korallene ved drift av anlegget. Den overvåking som har funnet sted i den produksjonssyklus som ble gjennomført, har ikke avkreftet dette. For det første var det ikke full drift ved anlegget, og for det andre er de undersøkelser som er foretatt kun en visuell video-undersøkelse. Viktigst er at risikoen for skade, herunder irreversibel skade ved fortsatt drift, ikke er avklart. Retten viser til forklaring fra Tina Kutti. Hun forklarte at det var mulig å konstatere skade, men at disse organismenes muligheter for å komme tilbake etter påvirkning, var uavklart. Det var også høyst usikkert om de kunne etablere seg på nytt, om de først forsvant.

Ved vedtaket er det etter rettens syn korrekt lagt til grunn at forekomsten av blomkållkorall ved Husevågøy er unik. Det er derfor et moment slik retten vurderer det, å ha som utgangspunkt ikke å ta noen sjanser eller annen risiko for at blomkållkorallene blir påvirket av forurensning.

Det foreligger forskning, om enn i begrenset omfang, hvor resultatene tilsier at blomkållkoraller blir påvirket av forurensning. Saksøkerne har gått svært langt i å stille spørsmål ved den sparsomme forskning som foreligger, herunder er det pekt på konkrete svakheter ved forskningen, og man har særlig pekt på at forskningen er foretatt på blomkållkoraller i den direkte strømretningen fra oppdrettsanlegg. Det er generelt naturlig å stille seg kritisk til forskning, men etter rettens syn har ikke saksøkerne kunnet rokke ved forskningen, særlig fordi man er på et område hvor kunnskapen er svak, og hvor man ikke fra saksøkernes side har kunnet vise til andre forskningsresultater. Retten vil også peke på at en del av forekomstene i saken her, ligger i den undersjøiske bergveggen like ved anlegget, altså bare omkring 100 til 200 meter unna anlegget. Etter rettens syn har Miljødirektoratet korrekt pekt på, og dessuten også i tilstrekkelig grad vektlagt den forskning knyttet til påvirkning som er omtalt, og som er tilgjengelig.

Retten vil også vise til at det overvåkingsprogram som saksøkerne ønsket iverksatt, også innebar en stor usikkerhet og risiko for påvirkning underveis. Det er tale om komplekse og sårbare organismer, som får sin næring fra sjøvannet som til enhver tid omkranser dem, og hvor man som nevnt ikke kjenner dens evne til å komme tilbake om de blir skadet, eller forsvinner. Det er derfor heller ikke sikkert at man får etablert ny bestand på stedet noen gang, om de forsvinner. Det er også et viktig moment at korallene utgjør habitat for andre arter i naturen.

Retten vil også peke på at modellering av strøm, aldri kan gi en tilstrekkelig eller fullgod sikkerhet for at sedimentering ikke finner sted. Ved modelleringene i saken er for øvrig vindforhold bare i liten grad hensyntatt. En kan fort tenke seg at det med tidsrom hvor ugunstige strøm- og vindforhold opptrer, selv om det hadde forekommet relativt sjelden, ville kunnet bidra til atskillig forurensning inn og over de mest sårbare områdene. Retten viser til omfanget av utslippene som er beskrevet fra dag til dag.

Slik retten er det, er forvaltningens anvendelse av bestemmelsen i forurensningsloven § 18 første ledd nr. 1, under henvisning til kunnskapsgrunnlaget og føre-var-prinsippet i naturmangfoldloven, korrekt. Retten viser her også til veilederen til naturmangfoldloven pkt. 8.2.1. Fra denne hitsettes:

«Føre-var-prinsippet får bare anvendelse når det ikke foreligger tilstrekkelig kunnskap om naturmangfold og/eller virkningene på naturmangfold.

(...).

«Føre-var-prinsippet brukes ikke ved generell eller hypotetisk usikkerhet.

Når det gjelder usikkerhet om hvilket naturmangfold som berøres av et tiltak eller inngrep, er det en forutsetning for bruk av føre-var-prinsippet, at man kan bygge på funn eller observasjoner som gir grunnlag for en reell risikovurdering. Det er med andre ord ikke sånn at generell usikkerhet knyttet til manglende kartlegging av et område, medfører at et organ må vurdere føre-var-prinsippet. Det må foreligge indikasjoner på at konkrete arter eller naturtyper vil berøres av inngrepet. Disse indikasjonene må også ha støtte i fagkunnskap. En slik indikasjon kan for eksempel være funn av en forekomst av en naturtype, som normalt er leveområde for én eller flere truede arter.»

Det er etter rettens syn nettopp en slik situasjon som beskrives forvaltningen stod overfor da vedtaket ble truffet.

Retten viser endelig til de internasjonale konvensjonsforpliktelser som er påpekt på fra statens side ovenfor i IV, pkt. 2. Retten ser det slik at tilbaketrekkingens vedtaket også best er i samsvar med disse forpliktelser. Retten finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på disse.

Samlet sett er konklusjonen at vesentlighetskravet var oppfylt. Det var også nødvendig å treffe vedtak om tilbaketrekking.

## 6. Forholdsmessighetsvurderingen

Som nevnt innledningsvis, foreligger det en forpliktelse til å foreta en forholdsmessighetsvurdering etter forurensningsloven § 18 fjerde ledd. Når det gjelder domstolens prøvingsadgang knyttet til vurderingen av forholdsmessigheten, er den etter rettens syn langt snevrere enn etter bestemmelsens første ledd.

I sak om midlertidig forføyning ved tilbaketrekking av forurensningstillatelse, har Høyesterett uttalelser om prøvingsadgangen. Bestemmelsen var for øvrig tidligere plassert i lovens tredje ledd. Fra Høyesteretts avgjørelse hitsettes:

«Kjæremålsutvalget ser det slik at § 18 tredje ledd fastslår at forvaltningen plikter å trekke inn i sin vurdering blant annet kostnader og tap ved tilbakekall av tillatelsen for den som har drevet virksomheten. Den konkrete vekt kostnadene og tapet skal tillegges og hvordan dette skal avveies mot andre relevante hensyn, tilligger det forvaltningen å avgjøre. At det her er tale om et fritt skjønn, bekreftes av vurderingstemaet. Kostnader og forurensning er inkommensurable størrelser. Disse kan vanskelig avveies mot hverandre ut fra rettslige kriterier.

Ut fra dette finner kjæremålsutvalget at domstolene ikke kan overprøve det konkrete skjønn over om tillatelsen bør tilbakekalles, ut over det å kontrollere at forvaltningen har trukket inn de relevante

hensyn ved sin vurdering og at det konkrete skjønn ikke er så sterkt urimelig at vedtaket av den grunn må underkjennes. En slik kontroll har lagmannsretten undergitt Miljøverndepartementets vedtak.»

Retten ser det slik at det ved vedtaket er tatt hensyn til de forskjellige konsekvensene og derigjennom også forholdsmessigheten ved vedtaket. Det er ikke tvilsomt at forvaltningen ved vedtaket var klar over de svært store konsekvensene en tilbaketrekking fikk for saksøkerne, herunder de økonomiske konsekvenser et slikt vedtak kunne få, både på kort og lang sikt, og tok dette i betraktning. Klagen fra saksøkerne ble gitt oppsettende virkning, og ved vedtaket ble det gitt tillatelse til gjennomføring av én syklus, dog i begrenset omfang, under henvisning til de investeringer som allerede var foretatt, og som saksøkerne behørig gjorde forvaltningen kjent med. Det følger ikke av bestemmelsens fjerde ledd at forvaltningen skal tillegge kostnadene noen spesiell vekt. Retten viser, foruten til avgjørelsen fra Høyesterett, til kommentarutgaven til bestemmelsen (Gyldendal), som gir uttrykk for tilsvarende synspunkt om vektingen.

Det er ikke avgjørende, men retten vil også trekke frem at omtrent enhver byrde ved offentlig pålagte vilkår, og især en tilbaketrekking av en gitt forurensningstillatelse, vil kunne utgjøre en stor økonomisk byrde for en virksomhet. Det er ofte forholdsvis små økonomiske marginer ved industriell virksomhet. Oppdrettsbransjen synes generelt å være en forholdsvis robust næring, hvor virksomhetene gjennomgående leverer gode økonomiske resultater fra år til år. De utgjør samtidig en stor kilde til forurensning som påpekt tidligere.

Den avveining som er foretatt av forholdsmessigheten ved vedtaket er etter rettens syn rimelig og dessuten fullt forsvarlig.

## 7. Erstatningskravet.

Retten har kommet til at vedtaket er gyldig. Retten kan ikke se at det er utvist uaktsomhet i tilknytning til vedtaket, eller at det foreligger noe annet ansvarsgrunnlag for staten. Staten frifinnes derfor for erstatningskravet som er reist.

## 8. Sakskostnader

Saksøkte er gitt medhold i søksmålet og har vunnet saken. Retten er kommet til at saksøkte etter hovedregelen i tvistelovens § 20-2 første og annet ledd må tilkjennes sakskostnader ved saken. Unntaksbestemmelsene i tvistelovens § 20-2 (3) er vurdert, men ikke funnet anvendelig.

Utmåling av sakskostnader skal skje etter bestemmelsen i tvistelovens § 20-5. Staten skal tilkjennes nødvendige omkostninger. I dette ligger at man kan kreve dekket sakskostnader for å få saken betryggende utført for instansen. Begge prosessfullmektiger har levert omkostningsoppgaver. Det er ikke kommet innsigelser til statens oppgave.

Advokat Stein-Erik Jahr-Dahl har på vegne av saksøker, ved endelig kostnadsoppgave, krevd dekket salær med kr 281 000 for i alt 176 timers arbeid med saken. Utlegg til transport, mat og overnatting er dessuten krevd for prosessfullmektigen med kr 14 323, og til representanten fra direktoratet med kr 12 970. Samlet utgjør kravet kr 308 893. Til sammenligning er saksøkernes oppgave vesentlig høyere, både med henblikk på antall timers arbeid med saken, og dessuten beløp. Kravene som tilkjennes vedrørende salær er eksklusiv merverdiavgift, da staten ikke har denne kostnaden.

Retten finner statens oppgave rimelig, tatt i betraktning søksmålet slik det er anlagt og anførslene og bevistilbudenes omfang, og sakskostnader tilkjennes som krevd.

Oppfyllelsesfrist for sakskostnadene settes til to uker i samsvar med tvisteloven § 19-7 første ledd.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er dommerens generelle arbeidsbyrde, og sakens omfang.

### DOMSSLUTNING

1. Staten v/Klima- og miljødepartementet frifinnes.
2. Troland Lakseoppdrett AS, Langøylaks AS og Austevoll Melaks AS dømmes – in solidum – til å betale Staten v/Klima- og miljødepartementet sine sakskostnader med kr 308 893 - kronertrehundreogåttetusenåttehundreogtittire-, innen 2 -to- uker fra forkynnelse av dommen.