

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

Deres ref

Vår ref

Dato

18/3113-15

7. november 2019

Osland Havbruk AS - klage på avslag på søknad om seks utviklingstillatelser til utvikling av konseptet "Bunnsolid"

Innledning

Vi viser til klage fra Osland Havbruk AS datert 14. juni 2018 på Fiskeridirektoratets vedtak om avslag på søknad om utviklingstillatelser datert 24. mai 2018.

Osland Havbruk søkte 19. desember 2016 om seks utviklingstillatelser for å utvikle konseptet "Bunnsolid". Fiskeridirektoratet kom etter en vurdering til at konseptet ikke oppfyller kravet om "betydelig innovasjon", jf. laksetildelingsforskriften § 22 andre ledd og 23 første og andre ledd. Fiskeridirektoratet sendte derfor saken over til Nærings- og fiskeridepartementet for videre klagebehandling 31. august 2018.

Osland Havbruk er part i saken og klagen er innkommet innenfor klagefristen, jf. forvaltningsloven § 29. Nærings- og fiskeridepartementet kan som klageinstans prøve alle sider av saken herunder ta hensyn til nye omstendigheter, jf. forvaltningsloven § 34.

Rettslig grunnlag

Det rettslige grunnlaget for tildeling av tillatelser til utviklingsformål fremgår av forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften). Ifølge formålsbestemmelsen i forskriftens § 22 skal akvakultur av matfisk til utvikling bidra til å utvikle teknologi som kommer akvakulturnæringen til gode.

Videre følger det særskilte vilkår for tildeling av tillatelse til utvikling i forskriftens § 23b. Bestemmelsens første og annet ledd lyder:

Postadresse
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo
postmottak@nfd.dep.no

Kontoradresse
Kongens gate 8
www.nfd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
912 660 680

Avdeling
Fiskeri- og
havbruksavdelingen

Saksbehandler
Oda Helene
Elvemo Myhrer
22 24 67 22

"Søker kan få tildelt tillatelse til akvakultur av matfisk til prosjekter som kan bidra til å utvikle teknologi og som innebærer betydelig innovasjon og betydelige investeringer. Formålet er å legge til rette for at ny kunnskap, eksisterende kunnskap fra forskning eller praktisk erfaring kan brukes til å utvikle teknologi som kan bidra til å løse en eller flere av miljø- og arealutfordringene som akvakulturnæringen står overfor, blant annet ved konstruksjon av prototyper og testanlegg, industriell design, utstyrsinstallasjon og fullskala prøveproduksjon.

Utviklingsarbeidet skal skille seg vesentlig fra tidligere kunnskap og teknologi på akvakulturområdet som er i alminnelig kommersiell bruk og kan ikke bare være en naturlig videreføring av det som er benyttet tidligere."

Det stilles strenge krav for å få tildelt utviklingstillatelse, og listen for å få slik tillatelse ligger høyt. Ifølge laksetildelingsforskriften § 23 b må prosjektet omfatte utvikling av teknologi som innebærer betydelig innovasjon og betydelige investeringer. Formålet med ordningen er å legge til rette for ny kunnskap, eksisterende kunnskap fra forskning eller praktisk erfaring kan brukes til å utvikle teknologi som kan bidra til å løse en eller flere av miljø- og arealutfordringene som akvakulturnæringen står overfor, blant annet ved konstruksjon av prototyper og testanlegg, industriell design, utstyrsinstallasjon og fullskala prøveproduksjon.

Departementet har også fastsatt retningslinjer som gir nærmere beskrivelse av formålet med utviklingstillatelser og hva som skal vektlegges ved behandlingen av søknadene. I retningslinjene er det også gitt nærmere beskrivelser av hva som omfattes av ordningen.

Retningslinjene angir at formålet med utviklingstillatelser blant annet er å legge til rette for et teknologiløft i næringen ved at det kan gis utviklingstillatelse til prosjekter som innebærer utvikling av nye teknologiske løsninger. Ordningen er videre avgrenset til produksjonsteknologisk utstyr/installasjoner og den omfatter derfor ikke prosjekter som for eksempel dreier seg om utvikling av nye driftsformer, vaksiner, fôr med mer.

Ordningen er begrenset til de prosjektene som næringen selv ikke vil eller kan ta risikoen ved å realisere uten at staten bidrar ved tildeling av utviklingstillatelser. Det er også nærmere beskrevet hva som anses som utviklingsarbeid. Det må blant annet inneholde et nyhetselement og det må være knyttet en viss grad av usikkerhet til resultatet.

Søknaden

Osland Havbruk AS søkte 19. desember 2016 om seks utviklingstillatelser til prosjektet Bunnsolid, et sylindrerformet betongkar plassert direkte på havbunnen. Fundamentering av karet skal kunne tilpasses både bløt og hard bunn. Innløpsvann skal hentes fra 30-50 meter vanddyb, og vannhøyden inne i karet skal kunne variere med tidevannet. Anlegget skal være rømmingssikkert, arealintensivt og med kontrollert utslipp til større vanddyb for å unngå negative effekter på det ytre miljøet. Anlegget skal også gi bedre kontroll med lus, samt patogener og parasitter.

Anlegget er tiltenkt plassering nær strandlinjen, og skal være spesielt tilpasset fjord- og kystområder. Osland Havbruk AS vil utvikle betongkaret gjennom en prototype (1.000m³) og videre til industriell skala med flere store innhegninger (20.000m³ og 40.000m³). Den største konstruksjonen skal ha dybde lik 32 meter og diameter lik 40 meter. Ettersom det ikke er nødvendig med fortøyninger, skal anlegget trenge mindre areal.

Fiskeridirektoratets vedtak

Etter en gjennomgang av prosjektet kom direktoratet til at konseptet ikke oppfylte vilkåret "betydelig innovasjon" i laksetildelingsforskriften § 23b.

Direktoratet la til grunn i vedtaket at konseptet, dersom det lot seg utvikle som beskrevet, ville kunne ha enkelte forbedringer i forhold til konvensjonelle anlegg. Direktoratet vurderte det likevel dit at konseptet på flere områder ville løse utfordringene på en dårligere måte enn andre semilukkede anlegg.

I vedtaket viser også direktoratet til andre semilukkede og lukkede anlegg under utvikling og uttesting, og at nyhetselementet til konseptet Bunnsolid etter dette er noe begrenset.

Direktoratet viser videre til at selv om at det at konstruksjonen er bunnfast, og at en rekke ulike rømmningshendelser knyttet til fortøyninger ikke er aktuelle for Bunnsolid, er det likevel andre faremomenter som kan bli gjeldende. Direktoratet trekker her frem utglidning av bunn som et eksempel og etterspør risikovurderinger som sier noe om risikoen Bunnsolid står overfor sammenlignet med konvensjonelle merder. Direktoratet viser også til at de kjenner til rømmningshendelser med både lukkede og semilukkede anlegg.

Videre skriver direktoratet at det som følge av at søknaden ikke i tilstrekkelig grad redegjør for teknologien, samt at det ikke forelå tegninger eller dimensjoneringsberegninger av konstruksjonen eller CFD-beregninger av vandndistribusjonen, ikke var sannsynliggjort at den omsøkte teknologien ville kunne bli realisert og fungere etter hensikten.

Klagen

Advokatfirmaet Sands sendte inn klage på vegne av Osland Havbruk 14. juni 2018. Samtidig ble det også levert supplerende dokumentasjon. I klagen bestrides Fiskeridirektoratets konklusjon om at konseptet ikke innebærer betydelig innovasjon.

Innledningsvis anføres det at "betydelig innovasjon" i laksetildelingsforskriften ikke er et vilkår, men en beskrivelse av temaet for skjønnet fiskerimyndighetene skal utøve før de avgjør om tillatelser skal tildeles.

Kravet til dokumentasjon

Klager viser til at laksetildelingsforskriften ikke inneholder noen spesiell regulering av kravene til begrunnelse og dokumentasjon, eller krav til hvor omfattende dette skal være.

Dokumentasjonen Osland Havbruk har lagt frem er derfor tilstrekkelig til å oppfylle de vage minstekravene som fremgår av regelverket.

Innovasjon

I klagen fremkommer det at spørsmålet om hvorvidt prosjektet bidrar til betydelig innovasjon må ses i sammenheng med formålet med utviklingstillatelsene, slik at det må være snakk om betydelig innovasjon i forhold til de miljø- og arealutfordringene akvakulturnæringen står overfor, jf. laksetildelingsforskriften § 23b første ledd. Klager mener at det er en stor svakhet ved Fiskeridirektoratets vedtak at det mangler vurderinger av løsningsens anvendelighet, og at Bunnsolid er sammenlignet med andre lukkede og semilukkede anlegg som ikke løser areal- og miljøutfordringen på samme måte.

Det vises videre til retningslinjene og at det er knyttet et usikkerhetsmoment til om Bunnsolid vil lykkes. Det anføres at direktoratet ikke har nevnt dette hensynet i sitt vedtak, og heller i sin argumentasjon bruker usikkerheten i prosjektet som argument for at utviklingstillatelser ikke skal tildeles.

Klager mener videre at det at konstruksjonen er plassert på havbunnen gjør at Bunnsolid kan bidra til å løse vesentlige miljø- og arealutfordringer i akvakulturnæringen. Det at anlegget er semilukket vil bidra til at det kan løse utfordringer med lus og utslipp. Ettersom anlegget er plassert på sjøbunnen vil det redusere risikoen for rømming som følge av uvær og uhell med nøter. Videre vil det ta mindre arealbeslag ettersom det ikke er nødvendig med fortøyninger, og at anlegget kan plasseres på grunnere vann enn det som er aktuelt ved annen teknologi. Det vises videre til at anlegget kan plasseres i terskelområder og i kystområder rett utenfor bebyggelse eller industriområder, det anføres også at prosjektet vil kunne utnytte tidevannsforskjellene ettersom det står fast på sjøbunnen.

Det vises videre til at utgangspunktet for sammenligningen først og fremst er teknologiske løsninger som er i alminnelig kommersiell drift, og klager viser her til departementets vedtak av 20. mars 2017 (AkvaDesign). Klager mener det ikke er tvil om at Bunnsolid oppfyller kravene om betydelig innovasjon sammenlignet med teknologi som benyttes i kommersielt oppdrett i dag.

Spørsmål om rettslig vilkår

Klager viser til at tildeling av utviklingstillatelser skjer etter et fritt forvaltningskjønn. Det vises til at søker ikke har et rettskrav på å bli tildelt utviklingstillatelser selv om vilkårene er oppfylt. Det anføres at dette påvirker kriteriet "betydelig innovasjon", ved at forvaltningen da heller ikke er rettslig forpliktet til å avslå søknader som ikke oppfyller vilkåret.

Fiskeridirektoratets klageinnstilling

Fiskeridirektoratet skriver at "betydelig innovasjon" er et selvstendig og absolutt vilkår, og at det ikke alene er tilstrekkelig at prosjektet vil kunne bidra til å løse miljø- og arealutfordringer.

Fiskeridirektoratet vurderte i klageinnstillingen at søknaden fra Osland inneholdt tilstrekkelig dokumentasjon til at søknaden kunne tas til behandling, og at det kun er de deler av konseptet som er tilstrekkelig redegjort for som kan gi uttelling ved vurderingen av om innovasjonsvilkåret er oppfylt. Fiskeridirektoratet viste i den forbindelse til retningslinjene, der det fremgår at det skal være en form for usikkerhet knyttet til resultatet. Etter direktoratets vurdering bør det imidlertid ikke være knyttet stor usikkerhet til forhold som søkere på en relativt enkel måte kan få avklart i forkant av utviklingsfasen. Det må kreves at søkerne kan fremlegge innledende analyser og på denne måten vise at de er kommet forbi idéstadiet.

Fiskeridirektoratet oppsummerte sin vurdering av om prosjektet innebærer betydelig innovasjon slik på side syv i klageinnstillingen:

"Etter en ny vurdering basert på anførslene i klagen og supplerende dokumentasjon har direktoratet kommet til at det omsøkte anlegget innebærer en viss forbedring sammenlignet med konvensjonelle anlegg. Forbedringen er hovedsakelig knyttet til reduksjon av lusepåslag som følge av vanninntak fra dypere vannlag. Også når det gjelder rømmingssikkerhet kan det imidlertid være noe forbedring. Etter en helhetsvurdering fastholder imidlertid direktoratet sin konklusjon om at Bunnsolid løser miljø- og arealutfordringer på en dårligere måte sammenlignet med de eksisterende semilukkede anleggene som er vist til i avslagsvedtaket. Direktoratet opprettholder etter dette vurderingen av at anlegget ikke innebærer «betydelig innovasjon.»"

Ettersom direktoratet kommer til at vilkåret om betydelig innovasjon ikke er oppfylt, vurderer det ikke om øvrige tildelingsvilkår er oppfylt.

Departementets vurdering

Departementet har gått gjennom søknaden med vedlegg, avslaget fra Fiskeridirektoratet, klagen, supplerende opplysninger, innstillingen fra Fiskeridirektoratet, samt brev sendt til departementet.

Departementet legger til grunn at kjernen i det omsøkte konseptet til Osland Havbruk er et bunnfast oppdrettsanlegg utformet som et sylindrisk betongkar for bruk i fjord- og kystområder med utvikling av tilhørende løsninger for fundamentering både på bløt og hard bunn, samt systemer for vanninntak og avløp.

Formålet med utviklingstillatelser er å legge til rette for at ny kunnskap, eksisterende kunnskap fra forskning eller praktisk erfaring kan brukes til å utvikle teknologi som kan bidra til å løse en eller flere av miljø- og arealutfordringene som akvakulturnæringen står overfor, jf. laksetildelingsforskriften § 23b første ledd, andre punktum. Etter vårt syn følger det klart av en naturlig ordlydsfortolkning av laksetildelingsforskriften at det er et vilkår for tildeling av utviklingstillatelser at prosjektet innebærer "betydelig innovasjon", jf. laksetildelingsforskriften § 23b første ledd første punktum. Det er derfor ikke alene tilstrekkelig at prosjektet vil kunne bidra til å løse miljø- og arealutfordringene som akvakulturnæringen står overfor. Om

departementet mot formodning skulle ha tolket laksetildelingsforskriften feil, vil det uansett være slik at departementet ikke tildeler tillatelser til prosjekter som ikke oppfyller dette kriteriet, jf. departementets "kan-skjønn".

For å kunne vurdere om kravene som oppstilles i forskriften er oppfylt, må det foreligge tilstrekkelig dokumentasjon på den teknologien som skal utvikles i konseptet, og denne anleggsteknologien må innebære betydelig innovasjon som, slik klager skriver, bidrar til å løse de miljø- og arealutfordringene akvakulturnæringen står overfor.

Osland Havbruk har levert søknad med kart, skisser, illustrasjoner og beskrivelser av anlegget og tilhørende tekniske løsninger. Sammen med klagen er det også levert ny teknisk dokumentasjon i form av konstruksjonsanalyse for betongkonstruksjonen, analyse av fundamentering, og vannstrøm i bassenget. Det er også vedlagt illustrasjoner for resultatene fra disse analysene.

Vurdering av dokumentasjon

Departementet er enig med Fiskeridirektoratet i at søknaden fra Osland Havbruk inneholder tilstrekkelig dokumentasjon til at søknaden kan tas til behandling. Departementet vurderer det generelt som mulig å konstruere og fundamenter vertikale sylindriske kar i betong.

I denne saken vurderer departementet den samlede fremlagte tekniske dokumentasjonen som kortfattet og med flere svakheter. Dimensjonerende beregninger er kun utført for den minste versjonen (1000m³) og ikke for de større versjonene. Flere av de fremlagte beregningene har preg av å være forenklete overslagsberegninger. Det er videre noe uklart hvilke forutsetninger og antagelser som er lagt til grunn for flere av beregningene, og det er i liten grad redegjort for det teoretiske grunnlaget for beregningene. Departementet påpeker også at det fremdeles er begrenset informasjon og detaljer om blant annet løsningene for avløp og for driftsoperasjoner som trenging av fisk, slik det ble påpekt i Fiskeridirektoratets avslag. Departementet mener at disse forholdene burde vært utdypet og avklart i større grad.

Teknisk vurdering

Departementet har på side 11 i klageavgjørelsen av 20. mars 2017 (AkvaDesign) gitt uttrykk for at det i vurderingen av kriteriet betydelig innovasjon "kan tas hensyn til annen eksisterende teknologi selv om den foreløpig ikke er i kommersiell bruk". Om den konkrete vurderingen skrev departementet følgende på side 12:

"I dette konkrete tilfellet er det departementets oppfatning at AkvaDesign har videreutviklet sitt semilukkede anlegg på mange punkter, herunder endringer i avløpssystemet, innløpssystemet, posen, sikkerhetsnettet, taknettet og fortøyningsssystemet, i tillegg til den nye flyteringen i betong. Etter departementets vurdering er det således gjort store forbedringer på anlegget sammenlignet med deres tidligere anlegg. I følge produktsertifikatet vil anlegget tåle noe mindre strømhastighet, men mer bølger, og vil totalt sett tåle mer miljølast enn det tidligere anlegget, og vil derfor kunne være egnet på en rekke lokaliteter i fjordsystemene. Etter en

totalvurdering, men dog under noe tvil, finner departementet derfor at det nye konseptet innebærer en vesentlig forbedring fra AkvaDesigns tidligere anlegg. Det gjenstår imidlertid fortsatt betydelig utvikling før konseptet eventuelt kan kommersialiseres. Det foreligger også usikkerhet om konseptet vil bli vellykket. Summen av disse forbedringene samt den teknologiske avstanden fra søkers konsept til de anlegg som i dag kan regnes å være i alminnelig kommersiell bruk gjør at konseptet etter departementets oppfatning så langt faller innenfor formålet med ordningen med utviklingstillatelser."

Departementet påpeker at det etter departementets avgjørelse 20. mars 2017 har vært en utvikling i næringen og at det også er tildelt utviklingstillatelser til flere lukkede anlegg. Det vises videre til at det er presisert at det aktuelle anlegget må være en "vesentlig forbedring" fra eksisterende anlegg. Det skal derfor mye til for at et lukket anlegg som bygger på videreutvikling av kjent teknologi kan oppfylle det strenge vilkåret om "betydelig innovasjon" i laksetildelingsforskriften.

Departementet deler Fiskeridirektoratets vurdering av at Bunnsolid vil kunne medføre enkelte forbedringer i forhold til konvensjonelle anlegg. Departementet finner i likhet med direktoratet ikke grunnlag for klagers anførsel om at Bunnsolid kan plasseres i områder som er mer utsatt for vær og strøm enn områder der andre anleggstyper kan benyttes. Departementet deler videre også direktoratets vurdering av at Bunnsolid på flere områder vil løse utfordringer på en dårligere måte enn andre semilukkede anlegg, eksempelvis anlegg som har rensing av vann på innløpet og anlegg med oppsamling av slam. Departementet deler også Fiskeridirektoratets oppfatning av at en eventuell flytting av betongkonstruksjonen vil være en relativt omfattende operasjon og at Bunnsolid ikke er egnet for å flyttes mellom ulike lokaliteter. Departementet er derfor enig i Fiskeridirektoratets vurdering av at konseptet på dette punktet innebærer enkelte ulemper.

Departementet vurderer at Bunnsolid samlet sett ikke vil innebære vesentlige forbedringer sammenlignet med andre semilukkede eller lukkede anlegg. Bunnsolid skiller seg på den måten klart fra AkvaDesigns prosjekt, som etter vårt syn innebar "vesentlig forbedring" fra tidligere anlegg.

Departementet er enig i at rømmingssikkerheten kan være noe bedre i Bunnsolid enn for konvensjonelle åpne merder og at lusepåslag vil kunne reduseres i anlegget sammenlignet med konvensjonelle anlegg, særlig på grunn av inntak av vann fra større vanddyp. Bunnsolid vil ha like store samlede utslipp som konvensjonelle åpne anlegg, men utslippene skal skje på større vanddyp.

Departementet er enig med klager i at anlegget rent fysisk vil kreve mindre areal enn konvensjonelle anlegg fordi anlegget er uten fortøyninger, og at dette kan være en fordel. I tillegg til at anlegget samlet sett vil beslaglegge noe mindre areal enn konvensjonelle anlegg, kan det plasseres i grunnere områder enn der det er aktuelt å plassere typiske konvensjonelle anlegg i dag. Klager planlegger en minste versjon av anlegget (1000m³) med

seks meter dypgang og en største versjon av anlegget (40 000m³) med 32 meter dybde. For mange/typiske konvensjonelle anlegg i norsk akvakulturnæring rekker notposen ned til 30-40 meter dybde.

Departementet finner ikke grunnlag for klagers anførsel om at Bunnsolid kan plasseres i områder som er mer utsatt for vær og strøm enn der andre anleggstyper kan benyttes. Klager har utført beregninger for anlegget for spesifiserte miljøforhold (bølger, strøm, vind, tidevann). Etter det departementet kjenner til, kan også konvensjonelle anlegg og flere andre semi-lukkede anlegg plasseres på lokaliteter med tilsvarende miljøforhold.

Store offshore betongkonstruksjoner er kjent i petroleumsindustrien. I denne saken er det imidlertid etter vårt syn flere svakheter ved dokumentasjonen, og det burde ha vært brukt andre og mer egnede beregningsmetoder for å beregne bølgekraftene på konstruksjonen.

Basert på dette finner heller ikke departementet at konseptet innebærer betydelig innovasjon sett opp mot de areal- og miljøforholdene akvakulturnæringen står overfor.

Departementet støtter også Fiskeridirektoratets vurdering når det kommer til usikkerhet i prosjektet. Det skal være knyttet en viss usikkerhet til disse prosjektene, men det skal ikke være usikkerhet rundt forhold som relativt enkelt kan avklares. I retningslinjene på side tre vises det til at det skal innebære en viss form for usikkerhet til resultatet innebærer at "løsningene på et problem ikke er opplagt på forhånd, selv ikke for en person som har grunnleggende kjennskap til den kunnskapen som finnes på området.". Dette kommer likevel ikke på spissen i denne saken, da departementet uansett finner at konseptet ikke innebærer "betydelig innovasjon" i forskriftens forstand.

Når det kommer til klagers anførsel om at departementet ikke er rettslig forpliktet til å avslå søknader der vilkåret om betydelig innovasjon er oppfylt, og at departementet fritt kan komme til annen løsning enn direktoratet uten at dette betyr at man er uenig i lovtolkningen, fører ikke denne frem. Det er en høy terskel for å tildeles utviklingstillatelse, det er da riktig å opprettholde en grundig og enhetlig behandling av alle søknader, og vurdere søknadene opp mot kriteriene som er fastsatt i laksetildelingsforskriften. Dersom tildelingsmyndigheten vurderer at kriteriene ikke er oppfylt, slik tilfellet er her, skal konseptet etter vårt syn heller ikke tildeles utviklingstillatelse, uavhengig av om bestemmelsens ordlyd legger opp til et forvaltningsskjønn.

Basert på drøftelsen over har departementet kommet til at Bunnsolid ikke oppfyller vilkåret om "betydelig innovasjon" i laksetildelingsforskriften § 23b første ledd første punktum. Departementet finner derfor ikke grunn til å vurdere om øvrige tildelingsvilkår er oppfylt.

Vedtak

Klagen fra Osland Havbruk AS avslås.

Dette vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28.

Det settes som vilkår at ev. søksmål om dette vedtakets gyldighet eller krav om erstatning som følge av vedtaket, skal tas ut innen seks måneder fra mottaket av dette vedtaket. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven § 16-12 til § 16-14.

Med hilsen

Vidar Landmark
ekspedisjonssjef

Martin H. Bryde
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Kopi

Fiskeridirektoratet