Tillatelse til utsetting av fasan og rapphøns for hundetrening

12.11.2020 (2019/4547)

Saken gjelder om det i en tillatelse til utsetting av fasan og rapphøns etter forskriften om fremmede organismer kan oppstilles vilkår for å ivareta dyrevelferden til fuglene som settes ut. Klima- og miljødepartementet opphevet flere vilkår i tillatelser gitt av Miljødirektoratet under henvisning til at dyrevelferd ikke er et direkte relevant hensyn etter regelverket om fremmede organismer.

Ombudsmannen har kommet til at departementet la feil rettsanvendelse til grunn når vilkårene i de gitte tillatelsene ble opphevet under henvisning til at dyrevelferd for de utsatte fuglene ikke var et relevant hensyn.

Ombudsmannen legger til grunn at de påklagde tillatelsene er effektuert, og at en fornyet vurdering derfor ikke vil kunne føre til en realitetsendring. Det forutsettes imidlertid at forvaltningen merker seg ombudsmannens synspunkter og legger disse til grunn ved behandlingen av fremtidige søknader om utsetting av fremmede organismer.

Sakens bakgrunn

Miljødirektoratet ga en rekke tillatelser til utsetting av fasan og rapphøns for trening av hunder og lavlandsprøver. I tillatelsene ble det oppstilt vilkår som skulle ivareta hensynet til fuglene som skulle settes ut: Utsetting var bare tillatt i en gitt periode på sommeren, og det skulle ikke slippes hund tidligere enn 20 dager etter utsetting. Tillatelsene ble påklaget av flere interesseorganisasjoner. Klagerne mente at søknadene måtte avslås, samt at tillatelsene var ugyldige som følge av rettsanvendelsesfeil.

Klima- og miljødepartementet stadfestet tillatelsene til utsetting, men opprettholdt ikke de av vilkårene som var gitt av hensyn til fuglenes dyrevelferd. Departementet begrunnet avgjørelsen med at «dyrevelferd ikke er et direkte relevant hensyn etter regelverket om fremmede organismer».

Saken ble bragt inn for ombudsmannen av to interesseorganisasjoner. Klagerne anførte at søknadene om utsetting av fasan og rapphøns kunne vært avslått med hjemmel i naturmangfoldloven § 15 første ledd samt dyrevelferdsloven § 28. Klagerne mente at departementet tok feil når det ble lagt til grunn at det ikke var mulig å avslå en søknad, eller oppstille vilkår i en tillatelse, ut fra dyrevelferdshensyn.

Våre undersøkelser

Vi fant grunn til å undersøke enkelte sider av saken nærmere.

I brev til Klima- og miljødepartementet spurte vi blant annet om hva departementet la i at dyrevelferd ikke er et «direkte relevant hensyn» etter regelverket om fremmede organismer. Etter forskrift om fremmede organismer § 15 tredje ledd skal forvaltningen «vurdere og fastsette de vilkår som anses nødvendige for å hindre uheldige følge for det biologiske mangfold». Vi spurte om departementet mente at forskriftsbestemmelsen utelukker å stille andre vilkår, samt om dyrevelferd er et relevant hensyn etter forskriftens hjemmelslov naturmangfoldloven. Vi ba også departementet svare på om en ved behandlingen av en søknad om utsetting etter forskriften om fremmede organismer er avskåret fra å oppstille vilkår som ivaretar dyrevelferden til organismene som settes ut.

I svaret viste departementet til at det primære formålet med forskrift om fremmede organismer er å hindre uheldige følger for det biologiske mangfoldet. Departementet pekte videre på at hensyn til dyrevelferd ikke er nevnt eksplisitt som et relevant hensyn etter forskriften, men det er heller ikke sagt eksplisitt at vurderinger etter forskriften ikke skal omfatte hensyn til dyrevelferd. Departementet fant at når dyrevelferd, i motsetning til hensynet til planter, dyrs og menneskers liv og helse som ivaretas av smittevernloven og matloven, i forskriftens § 3 tredje ledd ikke eksplisitt er uttatt som relevant hensyn, kan det taler for at dyrevelferdshensyn ikke er utelukket ved vurderinger etter forskriften.

Departementet svarte videre at hovedformålet med forskriftens hjemmelslov naturmangfoldloven, er ivaretakelse av naturen. Selv om dyrevelferd ikke er nevnt i naturmangfoldlovens formålsbestemmelse, kan nok ivaretakelse av arter som er satt ut i naturen, etter departementets mening, sies å være omfattet av lovens formålsbestemmelse. Departementet viste til lovens forarbeider, der det blant annet er presisert at begrepet «naturen» er ment å omfatte også kulturpåvirket og kulturbetinget biologisk mangfold.

Departementet var i tvil om formålet med forskrift om fremmede organismer kan strekkes til å omfatte dyrevelferden til organismer som settes ut, når utgangspunktet er et ønske om å hindre at fremmede organismer innføres, settes ut og spres i norsk natur dersom aktiviteten kan innebære en økologisk risiko. Departementet viste imidlertid til plikten til å unngå unødig lidelse på viltlevende dyr i naturmangfoldloven § 15 første ledd og fant at hensynet til dyrevelferd med

denne plikten er regulert i naturmangfoldloven. Plikten gjelder «enhver aktivitet», noe som etter departementets syn talte for at plikten også gjelder ved innførsel og utsetting av fremmede organismer. Departementet kom videre til at det var mest nærliggende å regne utsatt fasan og rapphøns som «viltlevende» og dermed omfattet av bestemmelsen i naturmangfoldloven § 15.

Departementet mente på denne bakgrunn at dyrevelferdshensyn er et relevant hensyn etter naturmangfoldloven, og dermed i utgangspunktet også i saker etter forskrift om fremmede organismer i de tilfeller de aktuelle organismene kan regnes som «viltlevende».

Departementet pekte samtidig på at det er dyrevelferdsloven med forskrifter som er det primære regelverket for å fremme god dyrevelferd og respekt for dyr, herunder for viltlevende dyr.

På spørsmålet om forskriften om fremmede organismer § 15 tredje ledd utelukker at det stilles andre vilkår enn de som «anses nødvendige for å hindre uheldige følger for det biologiske mangfold», viste departementet til den alminnelige vilkårslæren, slik denne er omtalt i forvaltningslovutvalgets utredning (NOU 2019: 5). Hvor langt adgangen til å stille vilkår rekker beror først og fremst på en tolkning av forskriftens § 15 tredje ledd, men departementet utelukket ikke at det også kan være adgang til å stille andre vilkår dersom disse har tilstrekkelig saklig sammenheng med avgjørelsen.

I lys av svaret fra departementet ba vi om en presisering av om det er adgang til stille den typen vilkår som Miljødirektoratet hadde inntatt i sine vedtak i saken. Vi spurte også om begrunnelsen i departementets vedtak 27. juli 2019 – hva gjelder spørsmålet om adgangen til å stille vilkår – gir uttrykk for en riktig rettsanvendelse. Departementet svarte at de trolig hadde lagt feil rettsanvendelse til grunn hva gjelder Miljødirektoratets vilkår knyttet til dyrevelferd. Departementets vurdering var nå at det trolig er hjemmel til å fastsette vilkår knyttet til dyrevelferd i et vedtak etter forskrift om fremmede organismer i de tilfeller dyrene vedtaket gjelder er å regne som «viltlevende» etter naturmangfoldloven § 15 første ledd.

Departementet vil avvente Sivilombudsmannens konklusjon før vedtakene der denne rettsanvendelsen er lagt til grunn vurderes omgjort, og også legges til grunn for eventuelle nye vedtak.

Klagerne fikk anledning til å kommentere departementets svar.

Ombudsmannens syn på saken

Innledning

Det følger av naturmangfoldloven § 31 første ledd bokstav b at det kreves tillatelse til utsetting av «vilt av arter, underarter eller bestander som ikke fra før finnes naturlig i distriktet», med mindre utsettingen er tillatt på annet grunnlag. Nærmere bestemmelser er gitt i forskrift om fremmede organismer. Spørsmålet i saken er om det i en slik tillatelse til utsetting – i dette tilfellet av fasan og rapphøns – er rettslig adgang til å stille vilkår som har til formål å ivareta dyrevelferden til fuglene som settes ut.

Spørsmålet om hvilke begrensninger dyrevelferdsloven medfører for den omsøkte aktiviteten, har ikke vært tema for ombudsmannens undersøkelser. Ombudsmannen har heller ikke vurdert lovligheten av de konkrete vilkårene som departementet opphevet.

Adgangen til å oppstille vilkår

Adgangen til å stille vilkår ved forvaltningsvedtak der en tillatelse gis, beror på en tolkning av den aktuelle hjemmelsbestemmelse, supplert med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Etter den ulovfestede vilkårslæren, som er utviklet gjennom rettspraksis og utdypet i juridisk teori, har forvaltningen en viss adgang til å sette betingelser/vilkår når den innvilger søknader. En grunnleggende forutsetning er at avgjørelsen av om søknaden skal innvilges, beror på forvaltningsskjønn («fritt skjønn»). Vilkårene må videre holdes innenfor rammen av det som følger av loven for øvrig og annen lovgivning. Dessuten må vilkårene ha saklig sammenheng med tillatelsen og ikke være uforholdsmessig tyngende, jf. bl.a. Rt. 1961 s. 297 (Glacier blue) og Rt. 2008 s. 1110.

Naturmangfoldloven § 30 og forskrift om fremmede organismer § 10 setter et generelt forbud mot å sette ut fremmede organismer uten etter forutgående tillatelse eller annen hjemmel. Miljødirektoratet har myndighet til å gi tillatelse til utsetting. Etter forskriftens ordlyd, jf. naturmangfoldloven § 30, hører avgjørelsen av om en søknad skal innfris under forvaltningens frie skjønn. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori, se Backer, Naturmangfoldloven kommentarutgave (Universitetsforlaget 2010) s. 254.

Adgang til å stille vilkår er også regulert i forskriften om fremmede organismer § 15 tredje ledd. Ved tillatelse til utsetting av fremmede organismer, skal direktoratet «vurdere og fastsette de vilkår som anses nødvendige for å hindre uheldige følger for det biologiske mangfold». Bestemmelsen innebærer etter sin ordlyd en plikt for fagmyndigheten til å oppstille vilkår ved innvilgelsen av en søknad om utsetting, dersom vilkårene er nødvendige for å unngå uheldige følger som nevnt. Det kan reises spørsmål ved om bestemmelsen samtidig skal forstås en begrensning i forvaltningens adgang til å stille også andre vilkår som det etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ellers ville være adgang til. Etter ombudsmannens syn må det foreligge relativt klare rettskildemessige holdepunkter for at en bestemmelse som angir hva det kan settes vilkår om, samtidig skal forstås å begrense adgangen til å stille andre vilkår, se også Graver, Alminnelig forvaltningsrett (5.utg. 2019) s. 282. Her gir ordlyden ikke slike holdepunkter. Spørsmålet er heller ikke drøftet i forskriftens forarbeider, noe som underbygger at det ikke var meningen å begrense forvaltningens kompetanse.

Etter ombudsmannens syn er følgelig utgangspunktet at direktoratet – ved innvilgelse av en søknad om utsetting av fasan og rapphøns – har adgang til å stille vilkår innenfor rammene av vilkårslæren. Dette innebære at vilkårene ikke må være i strid med andre lovbestemmelser, at de må ha saklig sammenheng med tillatelsen, og at de ikke må være uforholdsmessig tyngende.

Relevante hensyn – dyrevelferdshensynet

Spørsmålet i det videre er om vilkår som tar sikte på å ivareta dyrevelferden er innenfor rammen av naturmangfoldloven.

Om et bestemt vilkår har tilstrekkelig saklig sammenheng med tillatelsen det knyttes til, beror prinsipielt sett på en tolkning av reglene som gir hjemmel for tillatelsen, herunder formålet med disse. Iallfall når det gjelder miljøhensyn viser imidlertid rettspraksis at saklighetsvilkåret også kan være oppfylt for vilkår som primært ivaretar andre interesser enn de som ligger til grunn for selve kravet om tillatelse. Et eksempel på dette er Rt. 2008 s. 1110. Saken gjaldt tillatelse etter vegloven § 32 om legging av elektrisk ledning nærmere offentlig vei enn 3 meter. Av miljøhensyn, samt hensyn til estetikk, var det stilt vilkår om at ledningen måtte legges i grunnen. Høyesterett fant at vilkåret hadde saklig sammenheng med tillatelsen, til tross for at vegtrafikkloven § 32 i første rekke var ment å ivareta «omsynet til trygg ferdsel, vegvedlikehaldet eller moglig seinare utbetring av vegen». Som begrunnelse viste Høyesterett til at «miljøhensyn og andre samfunnsinteresser uttrykkelig er nevnt som en overordnet målsetning for veistyresmaktene» i lovens formålsbestemmelse og forarbeidene til denne.

Forskriften om fremmede organismer er hjemlet i naturmangfoldloven, og skal etter formålsbestemmelsen i § 1 «hindre innførsel, utsetting og spredning av fremmede organismer som medfører, eller kan medføre, uheldige følger for naturmangfoldet» Forskriftens hjemmelslov, naturmangfoldloven, fastslår i § 1 at lovens formål er at «naturen med dens biologiske, landskapsmessige og geologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern». Som departementet er inne på, favner begrepet «naturen» vidt. Ifølge lovens forarbeider er det ment å omfatte all norsk natur, herunder kulturpåvirket og kulturbetinget biologisk mangfold, jf. Ot.prp.nr. 52 (2008–2009) s. 370.

Naturmangfoldloven § 15 første ledd sier at «[v]ed enhver aktivitet skal unødig skade og lidelse på viltlevende dyr og deres reir, bo eller hi unngås. Likeledes skal unødig jaging av viltlevende dyr unngås». Plikten gjelder enhver aktivitet, og rammer etter sin ordlyd også det å sette ut fugler for hundetrening. I Prop. 161 L (2012-2013) s. 17 sies det om naturmangfoldloven § 15 første ledd siste punktum at «[e]t av hovedhensynene bak den siste bestemmelsen er hensynet til dyrevelferd.» Som eksempel på hva som etter forholdene kan være «unødig jaging» i lovens forstand, nevnes på side 21 «trening av hund for jakt- og ettersøksformål. Aktiviteten i seg selv vil ikke generelt rammes av bestemmelsen, men slik aktivitet i viltets yngletid eller andre sårbare perioder, kan innebære unødig jaging. Denne type trening må da gjennomføres på andre tidspunkter i stedet».

Naturmangfoldloven § 15 gjelder «naturlig viltlevende dyr». I naturmangfoldloven § 3 bokstav p er «vilt» definert som «naturlig viltlevende landpattedyr, fugler, krypdyr og amfibier». I Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 373 forklares tilføyelsen av ordet «naturlig» med et ønske om å «utelukke domestiserte arter som har rømt eller som er ute og beiter. For det andre innebærer definisjonen at arter som opprinnelig har vært viltlevende, men som nå holdes i fangenskap, omfattes. Definisjonen omfatter også ikke-norske arter når disse befinner seg innenfor lovens virkeområde». For forståelsen av «viltlevende» henviser forarbeidene til viltlovens definisjon i viltloven § 2 – «alle viltlevende landpattedyr og fugler, amfibier og krypdyr». I viltforskriften som trådte i kraft 1. april 2020, er det for øvrig slått fast i § 6-2 annet ledd at «[u]tsatt vilt er å anse som viltlevende».

Ombudsmannen finner etter dette at fasan og rapphøns som settes ut, er å anse som viltlevende i naturmangfoldloven forstand. Ved at utsatte fasan og rapphøns anses som viltlevende, inngår de i den «norske naturen» som etter naturmangfoldloven skal tas vare på.

Departementet har i svaret hit vist til at dyrevelferdsloven med forskrifter er det primære regelverket for å fremme god dyrevelferd og respekt for dyr, herunder for viltlevende dyr. I naturmangfoldlovens kapittel IV er forholdet til annet lovverk regulert i § 32. Etter bestemmelsens tredje ledd skal «[v]urderinger etter dette kapitlet … ikke omfatte hensyn til planters, dyrs og menneskers liv og helse som ivaretas av lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) og matloven. Ifølge Backer, op.cit. s. 263 er det her «tale om en ansvarsfordeling mellom forskjellige forvaltningsorganer begrunnet i at de aktuelle hensyn skal bedømmes av den relevante fagkompetansen, som finnes i det sektororgan som håndhever vedkommende lov.» Loven har ingen tilsvarende avgrensing mot dyrevelferdsloven, som forvaltes av samme departement som matloven.

At dyrevelferden ivaretas i dyrevelferdslovgivningen innebærer etter ombudsmannens syn ingen automatisk begrensning av hensynets relevans etter naturmangfoldloven og forskrifter gitt i medhold av naturmangfoldloven. Ombudsmannen finner blant annet støtte for denne tolkningen i Rt. 2008 s. 1110 og Rt. 1993 s. 528 (Lunner Pukkverk). I sistnevnte dom la Høyesterett til grunn at selv om hensynet til å unngå trafikkforurensning sto sentralt i samferdsels- og planlovgivningen, innebar ikke det noen begrensning i forurensningsmyndighetenes adgang til å vektlegge trafikkforurensning ved avgjørelser av utslippssøknader etter forurensingsloven.

Ombudsmannen er etter dette enig med departementet i at dyrevelferd for viltlevende dyr er et relevant hensyn ved vurderingen av søknader om utsetting av fremmede organismer. Videre er utsatte fasan og rapphøns å anse som viltlevende i naturmangfoldlovens forstand, hvilket tilsier at disse fuglenes velferd er et relevant hensyn under regelverket om fremmede organismer. Ved tillatelse til utsetting er det derfor også adgang til å sette vilkår av hensyn til disse fuglenes dyrevelferd, så lenge vilkårene ikke er i strid med andre regler og heller ikke fremstår som uforholdsmessig tyngende.

Konklusjon

Ombudsmannen har kommet til at departementet la feil rettsanvendelse til grunn for sitt vedtak om å oppheve vilkårene i de gitte tillatelsene under henvisning til at dyrevelferd for de utsatte fuglene ikke var et relevant hensyn.

Ombudsmannen legger til grunn at de påklagde tillatelsene er effektuert, og at en fornyet vurdering derfor ikke vil kunne føre til en realitetsendring. Det forutsettes imidlertid at forvaltningen merker seg ombudsmannens synspunkter og legger disse til grunn ved behandlingen av fremtidige søknader om utsetting av fremmede organismer.

Ombudsmannen har merket seg at departementet i sitt vedtak skriver at praksisen reiser noen prinsipielle dyrevelferdsmessige problemstillinger, og at departementet vil vurdere om det ut fra dyrevelferdshensyn bør skje en nærmere regulering av utsetting av oppdrettet fugl for trening av jakthunder.

12.11.2020 (2019/4547)