

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Sigrid Hamre

Proporsjonalitetskrav ved omgjerung av akvakulturløyve

Ein forvaltningsrettsleg studie av eit allment
uavklart prinsipp med akvakulturretten
som kontekst

Proporsjonalitetskrav ved omgjering av akvakulturløyve

Ein forvaltningsrettsleg studie av eit
allment uavklart prinsipp med
akvakulturretten som kontekst

Sigrid Hamre



MarIus No. 558
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2022

ISSN: 0332-7868

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

Phone: 22 85 96 00

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

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

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

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

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

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Føreord

Denne masteroppgåva vart skriven medan eg gjekk på forskarlinja ved Universitetet i Bergen. Eg var samstundes vitskapleg assistent knytt til Havbruksprosjektet, eit prosjekt med mål om å forske på dei regulatoriske utfordringane med havbruksnæringa. Oppgåva vert publisert i hovudsak slik den såg ut ved innlevering i juli 2021, men eg har gjort nokre justeringar, som å innarbeide den nyare lagmannsrettsdommen LG-2021-31955.

Eg vil først og fremst rette ein stor takk til dei sentrale bidragsytarane ved forskarlinja. Spesielt Synne Sæther Mæhle og Anne Marie Frøseth peila oss frå første stund inn på riktig spor, og hjelpte oss gjennom eit mylder av juridiske og metodiske utfordringar. Året på forskarlinja opna mine auger for rettsvitskapen, og eg er utruleg takksam for dette innblikket.

Som ein del av opplegget på forskarlinja fekk me god støtte frå forskargrupper som me fekk vere ein del av. Eg vil takke forskargruppa for forvaltningsrett og forskargruppa for naturressurs- miljø- og utviklingsrett, der eg ikkje berre fekk gode råd undervegs, men òg ei større forståing for det akademiske arbeidet på fakultetet. Med sitt fantastiske engasjement var spesielt Ignacio Herrera Anchustegui ein stor bidragsytar til min trivsel på fakultetet.

Eg vil òg rette ein stor takk til rettleiaren min Ernst Nordtveit, som med si unike faglege tyngde hjelpte meg til å løfte blikket og alltid fekk meg til å tenkje eit hakk lengre. Eg vil òg takke Ola Mestad for sine gode ekspertkommentarar, som gav meg motivasjon inn i innspurten av prosjektet.

I tillegg vil eg takke mine noverande kollegaer i Wikborg Rein, Grunde Bruland, Martin H. Bryde og Heidi Ann Vestvik Bruknapp, for høgt verdsett havbruksjuridisk input. For utruleg god hjelp med gjennomlesing og rettskriving, vil eg takke mi syster Lina Hamre, den stødigaste nynorskbrukaren eg veit om.

Eg nyttar òg høvet til å rette ein stor takk til familie og vener for at dei heldt ut med meg då eg var i masterbobla. Spesielt vil eg takke sambuaren min, Erling Uglenes, for hans evige positive haldning til at eg vil finne ut av sjølv dei mest kompliserte forvaltningsrettslege problemstillingar.

Til sist vil eg rette ein stor takk til Dina Calligaro Ingebrigtsen, min gode kontorkollega på fakultetet, som òg vart ei venninne for livet. Eg ser ikkje for meg korleis dette skulle gått utan deg og det enorme snackslageret me hadde på kontoret.

Sigrud Hamre, mars 2022

Innhald

FORORD.....	3
1 INNLEIING.....	8
1.1 Tema og problemstillingar	8
1.1.1 Hovudproblemstilling og siktemål.....	8
1.1.2 Delpblemstillingar.....	10
1.1.3 Aktualitet.....	13
1.2 Det akvakulturretslege rammeverket	18
1.2.1 Nokre utgangspunkt	18
1.2.2 Selskapsøyve og lokalitetsøyve.....	19
1.3 Sentrale omsyn i framstillinga.....	23
1.3.1 Overordna om dei sentrale omsyna	23
1.3.2 Rettstryggleiksomsynet.....	23
1.3.3 Miljøomsynet	25
1.4 Nokre avgrensingar og vegen vidare.....	27
2 METODE.....	29
2.1 Overordna om metoden i framstillinga	29
2.1.1 Ein eigen forvaltningsrettsleg metode?.....	30
2.1.2 Legalitetsprinsippet som rettskjeldeprinsipp	32
2.2 Rettskjeldebilete	33
2.2.1 Lovarbeider.....	33
2.2.2 Miljørettslege kjelder	34
2.2.3 Tilhøvet mellom spesialregulering og allmenne reglar	35
3 UTGANGSPUNKT OM PROPORSJONALITET	39
3.1 Innleiing.....	39
3.2 Proporsjonalitetsskrankar i norsk rett	39
3.2.1 Ulike proporsjonalitetssynsmåtar	39
3.2.2 Proporsjonalitetsprinsipp i sakshandsaminga	40
3.2.3 Materielt proporsjonalitetsprinsipp	42
3.2.4 Grunnposisjonar.....	44
3.3 Innhaldet i proporsjonalitetskrava	45

4	GJELD DET KRAV OM PROPORSJONALITET ETTER VILKÅRA I AKVAKULTURLOVA § 9 FØRSTE LEDD BOKSTAV A?	48
4.1	Innleiing	48
4.2	Gjeld proporsjonalitetskrava etter ordlyden?	49
4.3	Må omgjeringa vere proporsjonal i streng forstand?	51
4.3.1	Legg ordlyden opp til ei streng proporsjonalitetsvurdering?....	51
4.3.2	Særleg om uklare førearbeid, men klare eldre førearbeid	55
4.3.3	Etterarbeid frå innføringa av trafikklyssystemet	60
4.4	Ei rein miljøfagleg vurdering?	63
4.4.1	Er kravet om miljømessig forsvarleg drift og prinsippet om samla belastning uforeinleg med individuelle vurderingar?	63
4.4.2	Gjeld proporsjonalitetsvurderingar etter nærliggjande føresegnar innan akvakulturretten?	67
4.4.3	Bindande miljørettslege plikter	69
4.4.4	Rettsutvikling i synet på korleis ein sikrar miljøomsynet i akvakulturretten?	70
4.5	Oppsummering og vegen vidare	72
5	PROPORSJONALITETSKRAV MED GRUNNLAG I VILKÅRSLÆRA?	73
5.1	Innleiing	73
5.2	Skilnadar mellom vilkårsstilling, etterfølgjande vilkårsstilling og omgjerung	74
5.3	Atterhald om omgjerung ved tildeling	76
5.4	Frå det mindre til det meir?	78
6	PROPORSJONALITETSKRAV MED GRUNNLAG I ALLMENNE REGLAR	80
6.1	Innleiing	80
6.2	Allmenne reglar som tryggar etablerte posisjonar	80
6.2.1	Den ulovfesta allmenne omgjeringsregelen	80
6.2.2	Grunnlova § 97	85
6.2.3	EMK TP 1-1	89
6.3	Er dei etablerte posisjonane trygga på same måte etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a som etter dei allmenne reglane?	91
6.3.1	Overordna om vurderinga	91
6.3.2	Gjev akvakulturlova grunnlag for innretting etter selskapsløyvet og lokalitetsløyvet?	93

6.3.3	Gjev avtalepreg grunnlag for rettkomne forventningar til selskapsløyvet og lokalitetsløyvet?.....	98
6.3.4	Gjev eigedomsliknande tilknytning til selskapsløyvet og lokalitetsløyvet grunnlag for innretting?	101
6.4	Konklusjon på lovtolkingsspørsmålet	107
7	DOMSTOLSKONTROLL AV PROPORSJONALITETSKRAVA.....	109
7.1	Innleiing	109
7.2	Skiljet mellom overprøving av lovtolking og subsumsjon der det gjeld proporsjonalitetskrav	109
7.3	Er subsumsjonen under akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a underlagt forvaltningsskjønn eller rettsbruksskjønn?	114
7.4	Materielt eller prosessuelt proporsjonalitetsprinsipp	119
8	AVSLUTNING MED RETTSPOLITISKE VURDERINGAR	123
	KJELDELISTE.....	127

1 Innleiing

1.1 Tema og problemstillingar

1.1.1 Hovudproblemstilling og siktemål

Hovudproblemstillinga i denne framstillinga er om, og i så fall på kva måte, det gjeld krav om proporsjonalitet ved omgjerung av akvakulturløyve av omsyn til miljøet etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.¹ Føresegna gjev «departementet» heimel til å «endre» eller «trekke tilbake» eit akvakulturløyve dersom det er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Eg skal undersøkje om føresegna opnar for at miljøomsynet åleine kan vere styrande for forvaltninga sin kompetanse til å omgjere, eller om kompetansen er avgrensa av krav om proporsjonalitet. Det inneber i så fall at ei omgjerung etter føresegna må vere eigna, naudsynt og strengt proporsjonalt overfor oppdrettar.²

For å finne ut om desse proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande etter føresegna, er det ikkje tilstrekkeleg å tolke føresegna i eit vakuum. Eg lyt sjå til eit breitt spekter av rettskjelder frå fleire rettsområde, spesielt dei allmenne omgjeringsreglane i forvaltningslova § 35, men òg den ulovfesta vilkårslæra, Grunnlova § 97 og EMK TP 1–1.³ Føremålet er ikkje å gje eit uttømande bilete av desse reglane, men å få fram eit heilskapleg bilete av oppdrettaren sin konsesjonsrettslege posisjon som innehavar av akvakulturløyve. Hypotesen er at dei meir spesielle akvakulturretslege og miljørettslege kjeldene opnar for reine miljøvurderingar som grunnlag for omgjerung, medan rettstryggleiksmekanismar frå overordna allmenne skrankar tilseier at ein lyt verne om oppdrettarar med proporsjonali-

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturlova).

² Eg kjem tilbake til innhaldet i krava i kapittel 3.

³ Lov 10. februar 1967 om handsamingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova), Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova), Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950 (den europeiske menneskerettigheitskonvensjonen), Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, 20. mars 1952 (EMK TP I).

tetskrava. Samanstillinga av regelfragmenta vil til sist vere eigna til å seie noko generelt om tilhøvet mellom eit spesielt næringsforvaltningsretts-område som akvakulturretten og den alminnelege forvaltningsretten. Til slutt vil eg vurdere i kva grad domstolane kan overprøve dei eventuelle proporsjonalitetskrava, og i så fall om domstolsprøvinga har noko å seie for kva norm som gjeld for forvaltninga ved omgjerung.

Siktemålet med framstillinga er å analysere ein spesiell forvaltningsrettsheimel for å kaste lys over plassen til det materielle proporsjonalitetsprinsippet i norsk rett. Dette gjev naturleg ein studie av ein viss teoretisk karakter. Etter kva eg har sett i norsk rettsteori, er det ikkje så vanleg å stille opp eit lovtolkingsspørsmål om det gjeld proporsjonalitetskrav etter ei enkeltføresegn på dette måten.⁴ Denne framstillinga kan av den grunn sjåast som eit bidrag til å avklare korleis ein *kan* løyse slike spørsmål i ein norsk kontekst. Ved å undersøkje eit uavklart allment forvaltningsrettsleg spørsmål i konteksten av eit spesielt forvaltningsrettsområde, kan eg bidra til å kaste lys over nokre meir konkrete sider av proporsjonalitetsprinsippet.

Akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a og akvakulturretten gjev eit interessant utgangspunkt for ein slik analyse; samstundes som det er på det reine at akvakulturdrift påverkar naturressursane i sjøen, er akvakulturnæringa ei samfunnsøkonomisk viktig eksportnæring i Noreg. Akvakulturløyve for kommersielt oppdrett av laks, aure og sjøaure⁵ har vorte stadig meir attraktive og lønsame i takt med at næringa har vakse.⁶ Oppdrettarar som driv kommersiell lakseoppdrett baserer seg på to løyve; eit selskapsløyve som gjev overordna rett til å drive oppdrett og eit lokalitetsløyve som gjev rett til å drive oppdrett på ei særskilt geografisk plassering. Løyva gjev grunnlag for sterke økonomiske interesser. Samstundes kan både sumverknadar av akvakulturdrift generelt, og drift på ein særskilt lokalitet, gå utover naturens tolegrense slik at Fiskeridirek-

⁴ Sjå likevel liknande i til dømes Myklebust (2015) s. 236–250 og s. 251–256, der ho vurderer om proporsjonalitetsprinsippet følgjer av reglane om høvesvis oppseing og omplassering i arbeidsretten.

⁵ Heretter forenkla til lakseoppdrett.

⁶ NOU 2019: 18 s. 28.

toratet ser seg nøydde til å omgjere løyva.⁷ Samstundes som siktemålet er å kaste lys over proporsjonalitetsprinsippet, er det eit sentralt delmål å klargjere gjennomslagskrafta til miljøomsynet i akvakulturretten.

1.1.2 Delproblemstillingar

Hovudproblemstillinga har to delar, og desse delproblemstillingane vil følgje framstillinga vidare. Den første delen av hovudproblemstillinga dreier seg *om* det gjeld krav om proporsjonalitet ved omgjøring etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Denne delproblemstillinga kallar eg lovtolkingsspørsmålet. Den andre delen av hovudproblemstillinga dreier seg *om på kva måte* krava om proporsjonalitet eventuelt gjer seg gjeldande etter føresegna. Denne delproblemstillinga kallar eg heretter prøvingsspørsmålet, fordi den handlar om korleis domstolsprøvinga påverkar kva norm som gjeld for Fiskeridirektoratet etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Eg vil forklare desse delproblemstillingane noko nærare i det følgjande.

Utgangspunktet for å løyse lovtolkingsspørsmålet vil vere vilkåra i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Føresegna lyder slik:

§ 9 Tilpasning av produksjon av hensyn til miljøet, og endring og tilbaketrekking av akvakulturtillatelse

Departementet kan endre eller trekke tilbake akvakulturtillatelsen:

- a) dersom dette er nødvendig ut fra hensynet til miljøet,
- b) dersom vesentlige forutsetninger som ligger til grunn for tillatelsen er endret,
- c) ved grov eller gjentatt overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven,
- d) dersom tillatelsen ikke benyttes eller bare benyttes i begrenset grad, eller
- e) dersom en eller flere nødvendige tillatelser gitt i medhold av lovene nevnt i § 6 første ledd bokstav d er bortfalt.

⁷ Kompetansen er delegert frå «departementet» til Fiskeridirektoratet som tilsynsmyndighet, sjå Fiskeridirektoratet, «Delegasjon av myndighet etter akvakulturloven», 08.02.2011.

Endring og tilbaketrekking av tillatelse etter første ledd kan gjerøs tidsbegrenset. Tidsbegrenset endring og tilbaketrekking kan gjerøs betinget av at bestemte forhold utbedres eller endres.

Dersom det er nødvendig ut fra hensynet til miljøet, kan departementet i forskrift endre tillatelsers omfang og redusere muligheten til å utnytte tillatelser innenfor ett eller flere nærmere angitte områder.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om endring og tilbaketrekking av akvakulturtillatelser.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om endring og tilbaketrekking av akvakulturtillatelser.

Føresegna gjev i utgangspunktet uttrykk for ein klassisk vid fullmaktsheimel, noko som er typisk innan miljøretten.⁸ Lovtolkinga vil i hovudsak dreie seg om å finne ut om dei sentrale vilkåra «nødvendig» «ut fra» «hensynet til miljøet» avgrensar «kan»-skjønnnet på ein slik måte at det gjeld krav om proporsjonalitet. Eit anna tolkingsalternativ er at «kan»-skjønnnet vert presisert på ein slik måte at føresegna opnar for ei rein miljøvurdering.

Ein kan illustrere hovudproblemstillinga og lovtolkingsspørsmålet gjennom eit par tenkte døme. Framstillinga dreier seg om lakseoppdrett i sjø,⁹ og døma må difor lesast i denne konteksten. I det første dømet avslører eit tilsyn at ein sjeldan rekeart kan vere truga av eit oppdrettsanlegg i nærleiken, og Fiskeridirektoratet vurderer å omgjere lokalitetsløyvet. I det andre dømet har målingar vist at forsuringa i fjordane på Vestlandet er på eit så høgt nivå at Fiskeridirektoratet vurderer å omgjere selskapsløyvet. Ordlyden «hensynet til miljøet» omfattar isolert sett dei fleste tilfelle av trugslar mot natur- og økosystemet. Alt frå øydelegging eller forstyrning av biologisk mangfald, til rømming og utslepp av materiale som kan

⁸ Norsk reguleringsteknikk på miljøområdet har hatt «ein tradisjon for fullmaktslovgeving, med ope formulerte heimelsgrunnlag og store innslag av fritt skjønn», jf. Schütz (2015) s. 227. Om fullmaktslovgeving generelt, sjå blant anna Graver (2019) s. 249 og Eckhoff/Smith (2018) s. 373.

⁹ I motsetnad til oppdrett på land og til havs.

forsøple sjøen, er omfatta av ordlyden.¹⁰ Dei tenkte døma fell difor inn under «hensynet til miljøet», og føresegna høver seg difor som heimel for døma i utgangspunktet. I båe tilfella må Fiskeridirektoratet vite om dei skal gjere individuelle proporsjonalitetsvurderingar overfor kvar oppdrettar, eller om dei kan bygge vedtaket på eit reint naturvitskapleg skjønn.

Kjernen i lovtolkingsspørsmålet dreier seg om å forstå dei miljøreguleringsmessige konsekvensane av at ein *konsesjon* er gitt.¹¹ Sidan akvakulturproduksjon klart nok i utgangspunktet dreier seg om å utnytte naturressursar, kan ein seie at miljøpåverknaden er akseptert av styresmaktene i og med tildelinga av løyvet. Eit av vilkåra for tildeling etter akvakulturlova § 6 er nemleg at tildeling vert vurdert som «miljømessig forsvarlig». Forvaltninga har dermed *gått god for* at oppdrettaren kan drive med verksemda til trass for miljøpåverknaden. Ein kan av den grunn diskutere om forvaltninga står like fritt etter tildelinga til å regulere konsesjonen ut ifrå miljøomsynet, eller om rettstryggleiksomsyn står i vegen. Det problematiske punktet er med andre ord om moglegheitsrommet for å trygge miljøet endrar seg når ein viss posisjon er etablert. Det vert naudsynt å undersøkje kva rettslege posisjonen høvesvis selskapsløyvet og akvakulturløyvet gjev oppdrettaren, for å kunne løyse lovtolkingsspørsmålet.

Medan fokuset i lovtolkingsspørsmålet er om proporsjonalitetskrava etter føresegna legg band på kompetansen til *forvaltninga*, dreier eg synsvinkelen til *domstolane* i prøvingsspørsmålet. Eg vil klargjere om domstolskontrollen påverkar kva norm som gjeld etter føresegna. Med norm meiner eg, i denne samanhengen, ei retningslinje for skjønnet eller ein rettsregel rettstilstanden har bestemt at skal gjelde. Her reiser det seg teoretiske spørsmål om tilhøvet mellom rett og skjønn. Eit spørsmål som reiser seg er om ein framleis kan seie det gjer seg gjeldande materielle proporsjonalitetskrav dersom domstolen ikkje overprøver subsumsjonen etter tradisjonell norsk domstolsprøvingrett. Dette kan igjen vere eigna

¹⁰ Sjå Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 53 om miljøskadeverknadar av akvakultur: «Potensielle skadevirkninger av driften kan for eksempel være rømming av fisk og bunnsedimentering i forbindelse med føring eller medisinerings av organismene dersom spredning og nedbrytning på lokaliteten ikke er stor nok», jf. s. 62. Dette skal eg kome noko nærare inn på i 4.3.2.

¹¹ Sjå 1.2.1 om kva konsesjonssystem er.

til å seie noko meir generelt om proporsjonalitetsprinsippet i norsk rett, og såleis til å nå siktemålet.

1.1.3 Aktualitet

Det er aktuelt å studere proporsjonalitetsprinsippet sin plass i norsk rett fordi dette framleis er eit omdiskutert tema.¹² Det har vore fleire forslag om å grunnlovsfeste proporsjonalitetsprinsippet, og det siste forslaget har enno ikkje vore til handsaming.¹³ I tillegg er det drøfta i utgreiing til ny forvaltningslov om ein bør lovfeste proporsjonalitetsprinsippet.¹⁴ Utvalet fann ikkje grunn til lovfesting, men drøftinga kunne moglegvis tatt opp i seg fleire argument. Forhåpentlegvis kan denne analysen vere eit nyttig bidrag til å svare på det større spørsmålet; i kva grad proporsjonalitetsprinsippet *eigentleg* gjeld etter norsk rett i dag.

Proporsjonalitetsprinsippet er spesielt aktuelt grunna den stadig aukande graden av indirekte påverknad frå internasjonale rettsystem. I både EMK-retten og EØS-retten er proporsjonalitet eit grunnleggjande prinsipp. Sidan desse systema krev effektiv harmonisering, er det tvillaust at norske rettsreglar generelt sett vert påverka av internasjonal rettsutvikling. I samsvar med dette uttalar Søvig:

«[n]år en norm finnes på en lang rekke rettsområder, får den karakter av å være en tenkemåte eller argumentasjonsmønster som har potensial til å dekke nye områder».¹⁵

Dette vert sett på spissen når det gjeld akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Akvakulturloven kan nemleg etter ei nærare vurdering vere trygga av eigedomsvernet i EMK TP 1-1. Som eg skal kome tilbake til, stiller ikkje EMK-retten opp eit krav om at norske reglar inneber pro-

¹² Sjå meir om diskusjonen i 3.2.2.

¹³ Dokument 12:32 (2019–2020). Sjå òg det førre forslaget i Dokument 12:17 (2015–2016).

¹⁴ NOU 2019: 5 s. 157.

¹⁵ Søvig (2019) s. 585. Harbo gjev uttrykk for det same i ein artikkel om proporsjonalitetsprinsippet i norsk kontekst, jf. Harbo (2015b) s. 514.

porsjonalitetskrav.¹⁶ Den EMK-rettslege regelen går ut på at det konkrete vedtaket må *vere* proporsjonalt, og dette kan vere avgjort *på førehand av lovgjevar* på generelt plan. Men det er eit aktuelt spørsmål om vi har kome dit at EMK gjev ringverknadar som fører til at ein må tolke inn proporsjonalitetskrav i enkeltføresegner.

Dersom grunnen til at proporsjonalitetskrava ikkje gjeld er *miljøomsynet* sin styrande funksjon, vil analysane kunne seie noko konkret om korleis stillinga til miljøomsynet står opp mot posisjonen til oppdrettaren. Det er likevel klart at miljøomsynet kan få gjennomslag uansett om det gjeld proporsjonalitetskrav, sidan forvaltninga kan vektleggje miljøomsynet tyngst i skjønnsmessige vurderingar. Men analysane i denne framstillinga kan likevel vere aktuelle for eventuell framtidig regulering.

Framstillinga er ein del av havbruksprosjektet, som er eit prosjekt med mål om å forske på rettslege utfordringar med havbruksreguleringa.¹⁷ Det er behov for forskning på temaet fordi sjømatnæringa er den nest største eksportnæringa i Noreg.¹⁸ I 2019 vart det selt 1,4 millionar tonn atlantisk laks, noko som gjer Noreg til den største produsenten i verda.¹⁹ Næringa bidreg til samfunnsøkonomisk vinst og verdiskaping, samstundes som den gjev matsikkerheit og arbeidsplassar rundt omkring i distrikta.²⁰ Slike fordelar kan forklare det sterke politiske ynsket om auka vekst i havbruksnæringa, som kjem tydeleg til uttrykk i regjeringa sin havstrategi frå juli 2021.²¹

¹⁶ Sjå punkt 6.2.3.

¹⁷ Om havbruksprosjektet, sjå Universitetet i Oslo, «Rammevilkår og regelverk i havbruksnæringa», sist endra 29. mars 2021, <https://www.jus.uio.no/nifs/forskning/prosjekter/havbruk/index.html> [sett 20.07.2021].

¹⁸ SSB, «Fakta om norsk næringsliv: Eksport og import», 2020, <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/faktaside/norsk-naeringsliv> [sett 20.07.2021], jf. St.meld. nr.16 (2014–2015) (Havbruksmeldinga) s. 24.

¹⁹ Miljødirektoratet, «Miljøstatus», 03.05.2021 <https://miljostatus.miljodirektoratet.no/tema/hav-og-kyst/fiskeoppdrett/> [sett 02.07.2021], Regjeringa, «Et hav av muligheter: Regjeringens havbruksstrategi», 06.07.2021, s. 75.

²⁰ St.meld. nr. 22 (2012–2013) (Sjømatmeldinga) s. 10.

²¹ Regjeringa, «Et hav av muligheter: Regjeringens havbruksstrategi», 06.07.2021, s. 7–8.

Dei siste åra har det samstundes vore eit tydeleg fokus på at slik vekst ikkje er mogleg utan at veksten samstundes er berekraftig.²² Tidlegare har marknads- og konkurranseomsyn i hovudsak vore bestemmende for akvakulturretsleg utvikling.²³ Men spesielt sidan 2009 har politiske føringar gått ut på at miljøomsynet skal vere styrande.²⁴ Dette har gitt seg konkrete rettslege utslag. I 2015 vart det føreslått å innføre eit nytt reguleringsystem for lakseoppdrett, som går ut på at kysten vert delt inn i grøne, gule og raude produksjonsområde ut i frå målingar på lakselus.²⁵ Lakselus er valt som såkalla miljøindikator blant anna fordi det er vanskeleg å måle andre miljørisikofaktorar, men òg fordi påverknad på villaksstammer vert sett som den største miljøtrugselen.²⁶ Reguleringa vert kalla trafikklyssystemet, sidan grøne produksjonsområde opnar for vekst, gule produksjonsområde gjev stillstand, og raude produksjonsområde inneber nedjustering av produksjonskapasitet.²⁷ Sistnemnde inneber at selskapsløyva til oppdrettarane i dei raude sonene vert endra til ugunst.

Forslaget frå Havbruksmeldinga gjekk opphaveleg ut på at nedjusteringane etter trafikklyssystemet skulle ha heimel i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, som denne framstillinga har som undersøkingsobjekt. Grunna påstandar om manglande materiell heimel for slik generell nedjustering,²⁸ innførte styresmaktene eit nytt tredje ledd i føresegna

²² Ibid, sjå elles NOU 2019: 18 s. 29, Havbruksmeldinga s. 8, Prop. 95 L (2018–2019) s. 6.

²³ Sjø domesvis NOU 2019: 18, s. 28–29.

²⁴ Sjø domesvis NOU 2019: 18, s. 29, og meir om dette i 1.3.3 og 4.4.

²⁵ Forslaget er frå Havbruksmeldinga s. 46, og fekk stønad i Stortinget i Innst. 361 S (2014–2015). s. 11.

²⁶ Havbruksmeldinga s. 36–37, Havforskningsinstituttet, «Lakselus og rømt fisk er de største miljøutfordringene», 09.05.2017, <https://www.hi.no/hi/nyheter/2017/05/lakselus-og-romt-fisk-er-de-storstemiljoutfordringene> [sett 24.05.2021].

²⁷ Sjø produksjonsområdeforskrifta §§ 9–11, nærmare forklart i Prop. 95 L (2018–2019) s. 6. Sjø dømme i kapasitetsjusteringsforskrifta § 21.

²⁸ Sjø til dømes høyringsbrev Kyllingstad Kleveland, «Høyringsuttalelse – forslag til regelverk for å implementetere [sic.] nytt system for kapasitetsjusteringer i lakse- og ørretoppdrett», 21.09.2016 s. 4.

som var meir presist utforma.²⁹ Som eg skal kome til i kapittel 4, var departementet usamde i at trafikklyssystemet mangla heimel i første ledd bokstav a, men dei valde likevel å innføre ny heimel i tredje ledd.³⁰ Reguleringsendringa oppmodar til å undersøkje om innføringa av tredje ledd påverkar tolkinga av første ledd bokstav a.³¹

Det er i tillegg på det reine at trafikklyssystemet er ei utprega standardisert forvaltningsordning. Lakselusmålingane som er avgjerande for nedjusteringa tar ikkje omsyn til økonomien eller livsgrunnlaget til den enkelte oppdrettar.³² Problemstillingane i denne oppgåva er eigna til å avklare Fiskeridirektoratet sitt høve til å standardisere ytterlegare inngrepspraksis overfor oppdrettarar etter første ledd bokstav a. Dersom lova krev at ein må gjere ei individuell proporsjonalitetsvurdering i kvar enkelt sak, kan forvaltninga vanskeleg standardisere. Standardiseringsspørsmål vert stadig meir aktuelle i takt med at behovet for masseforvaltning aukar.³³ Ein kan seie standardisering er særleg aktuelt på miljørettens område, fordi det elles kan vere vanskeleg å få bukt med større miljøutfordringar på ein effektiv måte.³⁴

Det kan spørjast i kva grad det er aktuelt å studere akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a i seg sjølv, då det er ei kjensgjerning at føresegna ikkje vert nytta i praksis. Når det er behov for inngrep grunna miljøomsynet, nyttar forvaltninga andre inngreps- og omgjeringsheimlar i staden for akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Det er føremålstenleg å gå

²⁹ Sjø Prop. 95 L. Sjølv etter innføringa av tredje ledd meiner nokre av oppdrettarane at det ikkje er heimel for nedjustering, sjå til dømes høyringsbrev Advokatforeningen, «Alminnelig høring – forslag om endring av akvakulturloven», 22.02.2019 og Sogn og fjordane tingrett, 17.03.2020, 20-109859TVI-SOFT s. 10, der oppdrettarar frå raude soner gjekk til sak med påstand om at nedjusteringa ikkje var bindande. Sistnemnde sak er anka til Gulating lagmannsrett, jf. Nedrejord, Robert og Marthe Njåstad, «25 oppdrettere i vest anker saken mot staten», 21.04.2021, <https://www.intrafish.no/samfunn/25-oppdrettere-i-vest-anker-saken-mot-staten/2-1-998576> [sett 20.07.2021].

³⁰ Sjø 4.3.3.

³¹ Sjø 2.2.1 om metodiske utfordringar knytt til dette.

³² Det gjeld eit snevert unntak frå nedjustering i ei raud sone dersom ein kan vise til objektivt gode lusetal etter produksjonsområdeforskrifta § 12.

³³ Bernt (2014b) s. 58.

³⁴ Backer gjev uttrykk for at det er særleg behov for standardisering på miljørettens område, sjå Backer (2012) s. 156.

noko nærare inn på nokre av desse heimlane. Dersom miljøutfordringa er lakselusførekomst i konkrete soner, er det først og fremst akvakulturlova § 9 tredje ledd som er nærliggjande å nytte. Eit anna døme er akvakulturlova § 14 om områdevern, som ein kan nytte dersom miljøskaden har oppstått på ein spesiell plass som er viktig for anna sårbart dyre- eller planteliv. Vidare kan forvaltninga nytte forureininglova § 18. Denne gjev fleire alternative omgjeringsheimlar for utsleppsløyvet.³⁵ Dersom miljøskaden gjeld fiskehelseomsyn og motverknad mot spreiding av lakselus, er etableringsforskrifta § 8 aktuell å nytte.³⁶ Det er klart at desse heimlane gjer vesentlege innhogg i bruksområdet til § 9.

Samstundes stiller alle desse andre reglane opp relativt høge tersklar om høvesvis dyre- eller planteliv av «særleg verdi», «vesentlig større» skade, og «vesentlige brudd» på lakselusgrenser. Ein slik terskel går ikkje uttrykkeleg fram av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Dette kan innebere at sistnemnde føresegn kan vere aktuell å nytte i saker der tersklane i dei andre føresegna ikkje er nådd, og at ho såleis er ei sekkeføresegn. Risikobilete for miljøskadar i akvakulturnæringa er svært samansett. Ifølgje Havforskningsinstituttet er det framleis vanskeleg å få eit sikkert inntrykk av miljøutfordringane.³⁷ Sett i samanheng med fokus på usikkerheit rundt generell forsuring og oksygentap i sjøen, er det difor

³⁵ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningslova, heretter forurensningslova). Ureiningsløyvet er eit naudsynt løyve for å drive akvakultur, sjå punkt 1.2.1. Dømesvis vart § 18 nytta som heimel i eit vedtak om tilbaketrekking på ein oppdrettslokalitet i Husevågøy i Vågsøy kommune då det vart funne blomkalkorallar i nærleiken, jf. Fylkesmannen i Vestland, 05.09.2019, Husevågøy i Vågsøy kommune, saknr 2019/4971.

³⁶ Denne heimelen er mykje brukt sidan praksisen vart innført i 2015, jf. Mellbye (2018) s. 185.

³⁷ Havforskningsinstituttet, «Risikorapport norsk fiskeoppdrett 2021 – Risikovurdering: Risikovurdering – effekter av norsk fiskeoppdrett», 09.02.2021, s. 12, jf. s. 15. Sjå spesielt s. 195–197 om det samansette risikobiletet.

uvisst å seie om meir vage miljøutfordringar kan gjere akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a meir aktuell som heimel i framtida.³⁸

I tillegg kan føresegna fungere som ris bak spegelen i tilfelle der forvaltninga vurderer tiltak mot oppdrettar. Eit døme gjev vedtak for lokaliteten Seiskjæra i Åfjord kommune, der Fiskeridirektoratet viste til at dei kunne omgjere etter føresegna dersom ikkje oppdrettaren følgde opp eit vilkår om miljøovervaking.³⁹ Elles kan usikkerheit rundt forståinga av føresegna vere noko av grunnen til at ho ikkje vert nytta. Dersom dette stemmer, kan moglegvis denne framstillinga avdekke rekkevidda av føresegna.

1.2 Det akvakulturretslege rammeverket

1.2.1 Nokre utgangspunkt

I dette punktet vil eg skildre det akvakulturretslege rammeverket til hovudproblemstillinga. Føremålet er å få fram nokre av sidene ved akvakulturretten som er av relevans for seinare analysar. Som vi skal sjå, kan eit overordna bilete tyde på at regelverket legg opp til ei fleksibel løysing for oppdrettarane.

Akvakulturverksemd i Noreg tok til allereie på slutten av 1950-talet, og har spesielt sidan 1970-talet hatt ein eksplosiv vekst.⁴⁰ Den første lova som direkte regulerte akvakulturverksemd kom i 1973, og medførte at alle nye oppdrettsanlegg måtte ha konsesjon.⁴¹ Ei konsesjonsordning går ut på

³⁸ Sjå til dømes ein artikkel som er skriven i samarbeid med forskarar, av Andersson, Atle, «Fisk Forsvinner. Bunnen er råtten og livløs. Det foregår noe skummelt i flere av fjordene våre», *Bergens tidende*, 16.04.2021, <https://www.bt.no/nyheter/lokalt/i/AlliOz/fisk-forsvinner-bunnen-er-raatten-og-livloes-det-foregaar-noe-skummelt> [sett 28.02.2021] Sjå òg Thonhaugen, Martin, «Når havet blir varmere kan laksen bli kvalt», *NRK*, 21.05.2020, https://www.nrk.no/nordland/klimatendringer-kan-ska-pe-utfordringer-for-laksen-og-oppdrettsnaeringa_-fisken-kan-bli-kvalt-1.15021887 [sett 15.06.2021].

³⁹ Fiskeridirektoratet, 04.10.2018, Seiskjæra i Åfjord kommune, s. 7.

⁴⁰ Gjelsvik/Dale (2010) s. 9–10, NOU 2019: 18 s. 28.

⁴¹ Lov 8.juni 1973 om bygging, innredning, etablering og utvidelse av anlegg for klekking av rogn og for oppdrett av fisk.

at det gjeld eit generelt forbod mot å drive den aktuelle verksemda med mindre ein har fått eit særskilt løyve.⁴² I norsk rett er konsesjonssystem vanleg på område der ressursane er knappe.⁴³ Når konsesjonssystemet er innarbeidd, er framleis løyvet ein sentral del av gjeldande regelverk for den enkelte oppdrettar.

Det går indirekte fram av akvakulturlova § 4 at akvakulturlova er naudsynt for å drive oppdrett, då oppdrettarar lyt vere «registrert som innehaver av akvakulturtillatelse i akvakulturregisteret». For kommersielt lakseoppdrett er det meir direkte stadfesta i laksetildelingsforskrifta § 5 at «[i]ngen kan drive akvakultur uten tillatelse».

Eit akvakulturlova gjev «rett» til å produsere «bestemte arter» på «avgrensede geografiske områder», og det gjev ei avgrensing av «tillatelsens omfang», jf. akvakulturlova § 5. Den «rett» som vert gitt er ikkje strengt personleg, då det er mogleg å både selje og pantsette løyvet etter akvakulturlova § 19. Vidare er akvakulturlova avgrensa etter vilkåra i lova når det gjeld område og produksjonskapasitet, men rettane er i utgangspunktet ikkje tidsavgrensa.

Vidare er det ein føresetnad for å få akvakulturlova at oppdrettaren allereie har fått løyve etter forureiningslova og havnelova, samt godkjenning etter matlova.⁴⁴ I tillegg er dyrevelferdslova sentral for å sikre omsynet til fiskehelse.⁴⁵ Med alle desse lovene og forskriftene i spel, kan ein slå fast at akvakulturreguleringa er fragmentarisk og komplisert. Ytterlegare kompliserande er ordninga med at selskapsløyvet og lokalitetsløyvet til saman utgjer akvakulturlova.

1.2.2 Selskapsløyve og lokalitetsløyve

Systemet med at selskapsløyvet og lokalitetsløyvet til saman utgjer akvakulturlova kva gjeld lakseoppdrett, går ikkje direkte fram av

⁴² Mestad (1986) s. 1, Alvik/Bjørnebye (2020) s. 86.

⁴³ Mestad (1986) s. 6–7, Alvik/Bjørnebye s. 88, jf. s. 97 og Eckhoff/Smith (2018) s. 438.

⁴⁴ Lov 19. desember 2003 nr 124 om matproduksjon og mattrygghet mv (matlova), Lov 21. juni 2019 nr. 70 om havner og farvann m.v (havnelova), jf. Akvakulturlova § 6 første ledd bokstav d.

⁴⁵ Lov 19. juni 2009 nr. 97 om dyrevelferd.

akvakulturlova. Det er fordi ein berre treng eitt løyve etter akvakulturlova § 6 for å drive med dei fleste typar oppdrett. Ut av samanhengen med § 7, om tildeling av løyve til kommersiell lakseoppdrett, kan ein indirekte lese at det er behov for eit ytterlegare løyve for slik produksjon.⁴⁶ Fordi denne typen oppdrett er den mest lønsame og etterspurde, såg lovgjevar det som naudsynt med eit eige løyve.⁴⁷ I det vidare vil eg forklare høvesvis kva eit selskapsløyve og lokalitetsløyve går ut på, før eg ser på tilhøvet mellom dei.

Selskapsløyvet gjev *rett til å drive* lakseoppdrett fordi ein elles ikkje kan drive med denne typen oppdrett.⁴⁸ I selskapsløyvet vert det bestemt kor mykje biomasse oppdrettaren kan ha i sjøen til ei kvar tid, i regelverket kalla maksimalt tillaten biomasse (MTB). Eit vanleg selskapsløyve vil gi rett til 780 tonn MTB, jf. laksetildelingsforskrifta § 15 første ledd.⁴⁹ Eit selskapsløyve vil gjelde for eit av dei tretten produksjonsområda som kysten no er delt inn i etter trafikklyssystemet.⁵⁰ Ein kan kjøpe løyve i tildelingsrundar, som er nøye regulert i tildelingsforskrifter, der høgstbydande får løyve etter auksjon. Auksjonsordninga inneber at ein oppdrettar betalar opp mot fleire hundre millionar kroner til staten for eit selskapsløyve.⁵¹ Etter at trafikklyssystemet vart innført, regulerer produksjonsområdeforskrifta når forvaltninga kan lyse ut nye selskapsløyve

⁴⁶ Falch (2020) s. 17.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 60.

⁴⁸ Sjå òg Mestad (1986) s. 27 om at det konsesjonen gjev rett til er sjølve verksemda. Dette gjaldt rett nok lokalitetsløyve på den tida, men det same gjer seg no gjeldande for selskapsløyvet i dagens system.

⁴⁹ Unntaket er 900 tonn MTB for løyve til oppdrett i Troms og Finnmark, jf. laksetildelingsforskrifta § 15.

⁵⁰ Sjå ei overordna forklaring av trafikklyssystemet i 1.1.3.

⁵¹ Sjå Fiskeridirektoratet «Auksjon august 2020», 03.09.2020, <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Tildeling-og-tillatelser/Auksjon-av-produksjonskapasitet/Auksjon-august-2020> [sett 08.01.2021], der det går fram at minsteprisen *per tonn* for auksjonsrunden i 2020 var på mellom 156 000– 189 000,- kr, avhengig av produksjonsområde. Det vert som regel bydd over, jf. NOU 2019: 18 s. 61. Innteninga frå 30 oppdrettsselskap i auksjonsrunden 2020 var på 6 milliardar kroner, jf. Regjeringa, «Rekordoppslutning om laksevekst», 19.08.2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/rekordoppslutning-om-laksevekst/id2724881/> [sett 08.01.2021].

i tildelingsrundar.⁵² Det inneber at forvaltninga kan lyse ut løyve dersom det aktuelle produksjonsområde vert grønt, noko som vert bestemt i eigne kapasitetsjusteringsforskrifter.

Lokalitetsløyvet gjev oppdrettaren rett til å produsere ei gitt mengd MTB på ein konkret geografisk «lokalitet», som er definert som eit «geografisk avgrenset område, enten på land eller i vann, der det søkes om eller er gitt tillatelse til akvakultur», jf. laksetildelingsforskrifta § 4 første ledd bokstav d. Vedtaket om lokalitetstildeling vert gitt på regionalt plan av fylkeskommunen «etter søknad», jf. akvakulturlova § 6.⁵³ Ein kan etter dette seie at lokalitetsløyve tryggar meir stadspesifikke omsyn, i motsetnad til selskapsløyve som tryggar meir overordna samfunns-messige omsyn.⁵⁴

Lokalitetsløyvet må vere knytt til selskapsløyvet etter laksetildelingsforskrifta § 29 første ledd, noko som naturleg inneber at oppdrettarane søkjer lokalitetar i det produksjonsområdet der selskapsløyve deira gjeld. Men det er ikkje slik at systemet legg opp til at eitt selskap har eitt selskapsløyve og éin lokalitet. Tvert om vert det, for å sikre maksimal ressursutnytting, lagt opp til at selskap kan ha fleire løyve på båe nivå. Fordi selskapsløyvet kan ha fleire lokalitetsløyve knytt til seg, kan oppdrettaren produsere på ulike lokalitetar så lenge det ikkje overstig den MTB som er fastsett i selskapsløyvet.⁵⁵ I tillegg kan fleire selskapsløyve vere knytt til same lokalitet så lenge ingen av selskapa produserer over lokalitetens MTB.⁵⁶ Ordninga opnar òg for samlokalisering og samdrift, som kan vere gunstig for å nytte lokaliteten best mogleg.⁵⁷

I tillegg kan eitt selskap ha fleire selskapsløyve i same produksjonsområde. Summen av den biomassen vedkomande selskap kan ha i eitt produksjonsområde vert kalla «biomassetak», jf. akvakulturdriftsforskrifta § 47. Det vil seie at oppdrettarane kan nytte overskotsbiomasse frå

⁵² Jf. laksetildelingsforskrifta §§ 14 og 16.

⁵³ Mellbye (2018) s. 126 jf. s. 130.

⁵⁴ Falch (2020) s. 22.

⁵⁵ *Ibid.* s. 23.

⁵⁶ *Ibid.* s. 24.

⁵⁷ Sjå nærmare om samdrift og samlokalisering i akvakulturdriftsforskrifta § 49 og laksetildelingsforskrifta § 37.

eitt selskapsløyve på lokalitetar som er knytt til eit anna selskapsløyve, dersom selskapsløyva er under same biomassetak. I tillegg kan fleire selskap innan same konsern søkje om å få såkalla «felles biomassetak», noko som inneber at oppdrettaren kan nytte til dømes søsterselskapets overskotsbiomasse. Vidare kan oppdrettarane søkje om å få felles biomassetak for opp til fire produksjonsområde.⁵⁸ Det gjeld strenge krav for å få innvilga tilgang til så mange produksjonsområde. Undersøkingar har likevel vist at mange oppdrettarar no har moglegheit til å nytte ledig kapasitet frå selskapsløyve på lokalitetar i andre produksjonsområde.⁵⁹ Med dette legg *systemet* opp til at oppdrettarane *kan* ha kontinuerleg produksjon og utnytte tilgjengelege ressursar i høgst mogleg grad.

Sjølv om oppdrettarar må ha både lokalitetsløyve og selskapsløyve for å drive kommersiell lakseoppdrett, vert ikkje ordet «akvakulturløyve» meir enn ein forenkla tankefigur. Det er eigentleg reglane om biomassetak som avgjer kor og kor mykje oppdrettaren kan produsere. Fauchald peiker vidare på tal som viser at det til saman er gitt lokalitetsklarering for nesten fire gonger så mykje biomasse som oppdrettarar kan utnytte etter alle selskapsløyva samla.⁶⁰ Dette vitnar om at oppdrettarar flest har moglegheit til kontinuerleg produksjon, noko som er fornuftig fordi lokalitetar innimellom produksjonssyklusar må liggje brakk av produksjonsmessige årsaker.⁶¹

Ved omgjøring etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a vil inngrepet i realiteten gjelde anten selskapsløyvet eller lokalitetsløyvet. Inngrepsintensiteten vil variere alt etter kva for løyve inngrepet gjeld, kor store endringar det er snakk om og kor mange løyve oppdrettaren har. Det interessante poenget er korleis omsynet til oppdrettarane står mot miljøomsynet etter lova, når systemet i utprega grad legg opp til at oppdrettaren kan spreie risikoen på fleire løyve.

⁵⁸ Akvakulturdriftsforskrifta §§ 48a og 48b.

⁵⁹ Fauchald (2020) s. 299.

⁶⁰ *Ibid.* s. 285.

⁶¹ Akvakulturdriftsforskrifta § 40 tredje ledd.

1.3 Sentrale omsyn i framstillinga

1.3.1 Overordna om dei sentrale omsyna

Som eg har peika på innleiingsvis, er spørsmålet korleis rettstryggleiksomsynet og miljøomsynet skal vegast mot kvarandre i tolkinga av omgjeringsheimelen i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Omsyna vert sentrale som reelle omsyn i tolkinga, men dei vert òg nytta som bakanforliggende verdiar gjennomgåande i denne framstillinga. Dette inneber samstundes at framstillinga er meint å vere verdiorientert. Eg har valt å fokusere på miljøomsynet og rettstryggleiksomsynet fordi det er desse omsyna *hovudproblemstillinga* gjer gjeldande. Hovudomsyna i akvakulturetten generelt går fram av akvakulturlova § 1, som lyder slik:

«Loven skal fremme akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft innenfor rammene av en bærekraftig utvikling og bidra til verdiskaping på kysten.»

Av føremålsføresegna er det tydeleg at miljøomsynet står sentralt, men det er ikkje like opplagt korleis omsynet til den enkelte oppdrettar står i akvakulturetten. Dette vil eg finne meir ut av ved å stille spørsmålet om proporsjonalitetsprinsippet gjer seg gjeldande etter akvakulturlova § 9 a. For å løyse lovtolkingsspørsmålet lyt eg ta stilling til korleis miljøomsynet og rettstryggleiksomsynet vert balansert mot kvarandre *frå lovgjevar si side*. Dette gjer det naudsynt å klargjere *på kva måte* omsyna gjer seg gjeldande slik at eg kan nytte omsyna på ein mest mogleg konkret og presis måte i resten av framstillinga.

1.3.2 Rettstryggleiksomsynet

På eit heilt overordna plan er rettstryggleik ein rettsstatleg verdi.⁶² Rettstryggleik er gjennomgåande sentralt på alle rettsområde, men spesielt i den *alminnelege* forvaltningsretten er «[r]ettssikkerhet [...] den sentrale

⁶² Mæhle/Aarli (2017) s. 154, jf. s. 149–154.

verdi». ⁶³ I relasjon til inngrep i forvaltningsretten, gjer rettstryggleik seg gjeldande på to måtar; som prosessuell verdi og som materiell verdi. ⁶⁴ Sistnemnde omgrep er fokus i denne framstillinga. Eckhoff skildrar det materielle forvaltningsrettslege rettstryggleiksomgrepet som eit krav om at «forvaltningsorganenes avgjørelser skal være mest mulig *forutberegnelige* – slik at folk på forhånd ved hva de har å holde seg til, og kan innrette seg etter det». ⁶⁵

Førehandsvisse går altså generelt sett ut på at ein skal kunne føresjå rettsstillinga si, slik at ein kan innrette seg på at ein handlar riktig ut ifrå gjeldande rett. ⁶⁶ Forvaltningslovkomiteen la til grunn at ein har krav på «den samme rettssikkerhet overalt hvor offentlig myndighet finner sted». ⁶⁷ Men det er likevel på det rene ut ifrå legalitetsprinsippkande synsmåtar at det vil vere ein skilnad på eit inngrep overfor ein privatperson som gjeld hennar personlege integritet og eit inngrep overfor eit selskap som gjeld økonomiske verdiar. ⁶⁸ I tråd med dette, skriv Eckhoff at «om noe er forutberegnelig, beror i høy grad på hvilke grupper av personer som skal foreta forutberegnelsen». ⁶⁹

Innan akvakulturnæringa finst det mange store selskap med fleire løyve, men det finst òg nokre mindre selskap. ⁷⁰ I konkrete saker er det klart at styrken av omsynet til rettstryggleik kan variere. Men i lovtolkingsspørsmålet vil eg førebels stille opp ein hypotese, basert på utgreininga av akvakulturretten ovanfor. Hypotesen går ut på at rettstryggleik i akvakulturretten handlar meir om å oppnå stabile rammevilkår i eit driftsøkonomisk perspektiv for å få mest mogleg effektiv produksjon, og mindre om kva som kjenst vilkårleg og urettvist. Ei slik forståing er i tråd

⁶³ Bernt/Rasmussen (2010) s. 46.

⁶⁴ *Ibid.* s. 47.

⁶⁵ Eckhoff (1966) s. 388.

⁶⁶ Bernt/Mæhle (2007) s. 377.

⁶⁷ NUT 1958:3 s. 3.

⁶⁸ Sjå om relevansen av legalitetsprinsippet i 2.1.2.

⁶⁹ Eckhoff (1966) s. 389.

⁷⁰ Sjå om eigarstruktur i NOU 2019: 18 s. 33–35 og i Havbruksmeldinga s. 28–29, der det går fram at det finst nokre mindre selskap som vil ha færre lokalitetsløyve enn dei store aktørane. Det er stadfesta i personleg korrespondanse med Fiskeridirektoratet den 28.06.2021 at det er noko uvanleg at oppdrettarar har eitt eller veldig få lokalitetsløyve.

med føremålsføresegna i akvakulturlova § 1 om at «lønnsomhet», «konkurranseskraft», og «verdiskaping» er sentrale omsyn i akvakulturretten.

1.3.3 Miljøomsynet

Som nemnt ovanfor er ein del av føremålet med akvakulturlova å sikre «bærekraftig utvikling» i oppdrettsnæringa, jf. akvakulturlova § 1. Òg elles viser akvakulturlova fleire gonger til miljøomsynet, så det er ikkje tvilsamt at miljøomsynet synest vere eit primæromsyn etter lova.⁷¹ Det problematiske er om miljøomsynet har den gjennomslagskrafta det ser ut til dersom ein ser det opp mot den enkelte oppdrettars einskilde rettar. Vidare i dette punktet skal eg gå noko nærare inn på miljøomsynet generelt i miljøforvaltningsretten, då dette vert sentral bakgrunnsstoff for å nytte miljøomsynet presist vidare i framstillinga.

Brytningstida for miljøomsynet i norsk rett var rundt 1970-talet, då miljø- og naturvern vart tydelegare integrert i rettsordninga.⁷² Det skulle likevel ta ei stund før miljøomsynet vart rettsleggjort på den sektorovergripande måten ein ser i dag. I 1992 vart retten til eit sunt miljø grunnlovsfesta i dåverande § 110b. Utover på 2000-talet kom miljøvern i aukande grad på den politiske dagsordenen, og natur- og miljøvern vart integrert i stadig fleire sektorlover. Særleg sentral er naturmangfaldlova, som lovfestar fleire sentrale miljørettslege prinsipp som gjeld ved all «utøving av offentlig myndighet», jf. § 7.⁷³ Ein viktig milestolpe i nyare miljørettsutvikling kom i 2014, då miljørettsføresegna vart presisert og

⁷¹ Sjå til dømes § 6 om «miljømessig forsvarlig» tildeling av lokalitetsløyve, § 10 om «miljømessig forsvarlig» drift som rettsleg standard og spesifikke miljømessige krav om overvaking, opprydding osv. i §§ 11–14.

⁷² Bugge (2019) s. 59 og 24. Rett nok har naturen nytt eit visst vern gjennom reglar om fredning allereie sidan lov 25. juli 1910 nr. 3 om naturfredning vart vedteken i 1910, men frå 1970 starta utviklinga av den moderne miljøretten. Dømer frå denne brytningstida er Strandlovdommen (Rt.1970 s. 67) og Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern.

⁷³ Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfald (naturmangfaldlova). Nokre av desse prinsippa, til dømes føre var prinsippet og prinsippet om samla belastning, vert sentrale ved tolkinga av akvakulturlova § 9 i kapittel 4.

styrka i Grunnlova § 112.⁷⁴ I neste kapittel vil eg kome nærmare inn på kva både naturmangfaldlova og Grunnlova § 112 har å seie ved lovtolking.

Som sektorovergripande og grunnlovstrygga omsyn er det ikkje tvilsamt at miljøomsynet er eit tungtvegande offentleg omsyn i seg sjølv. Spørsmålet er om miljøomsynet i tillegg påverkar generelle prinsipp i den alminnelege forvaltningsretten. Det har blant anna vore hevda i teorien at legalitetsprinsippet er svekka på miljørettens område.⁷⁵ Eit anna døme på at miljøomsynet moglegvis påverkar generelle prinsipp og grunnsetningar i forvaltningsretten, gjev Lunner pukkverk (Rt. 1993 s. 528). Der kom Høgsterett til at forvaltninga ikkje hatt tatt utanforliggende omsyn då dei hadde grunnlagt avslaget i ein annan type forureining enn den forureininga det vart søkt på grunnlag av. Dommen kan tilseie at miljøomsynet moglegvis har ein annan og meir opphøga status enn andre omsyn.

Ein grunn til at miljøomsynet kan få ei slik annleis stilling, er at det kan vere behov for at tradisjonelle forvaltningsrettslege reglar vert vida-reutvikla der miljøomsynet er i spel. Skrankane for forvaltningsmynde vart nemleg stort sett fastlagt i ei tid då borgaren stod mot staten. Dette har naturlegvis gitt eit stort fokus på rettstryggleiken og interessene til den private parten, som ein må vekte opp mot forvaltninga sin effektivitet. Reglar på forvaltningsrettsområdet er i hovudsak ein balanse mellom desse omsyna. Dersom ein gjennomgåande skal sikre miljøomsynet som ideell verdi i tillegg, kan det vere naudsynt å endre på måten ein ser på reglane.⁷⁶

Det kan vidare sjå ut som det i større grad enn tidlegare er fokus på økosystemforvaltning i miljøforvaltningsretten.⁷⁷ Økosystemforvaltning går blant anna ut på at ein må ta omsyn til det heilskaplege bilete av miljøutfordringar og ikkje berre einskilte utslag. Denne

⁷⁴ Dok. nr 16 (2011–2012) s. 245.

⁷⁵ Graver (2019) s. 86 med tilvising til Hempel (Rt. 2010 s. 306), jf. Backer (2012) s. 139.

⁷⁶ Sjå òg liknande synspunkt i Bugge (2019) s. 18, Bernt/Rasmussen (2010) s. 67–68 og Schütz (2013) s. 598.

⁷⁷ Sjå til dømes Bugge (2019) s. 73, Fauchald (2020) s. 268–269, og Schütz (2013) s. 601–602, jf. s. 608. Dette fokuset på økosystemforvaltning kan ein òg sjå i internasjonal miljørett, sjå til dømes Platjouw (2013) s. 158–67.

trenden om å sjå miljøomsynet på ein meir heilskapleg måte, går igjen i nyare *akvakulturretslege* kjelder òg.⁷⁸ Trafikklyssystemet vart innført nettopp fordi ein ville regulere etter «den samlede miljøbelastningen».⁷⁹ Lovtolkingsspørsmålet, som handlar om den einskilde sine rettar sett opp mot miljøomsynet i akvakulturretten, må difor sjåast i lys av denne meir holistiske trenden generelt i miljøforvaltningsretten.

1.4 Nokre avgrensingar og vegn vidare

I denne innleiinga har eg lagt fram nokre startpunkt for drøftingane om proporsjonalitetskrav ved omgjerung av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. I kapittel 2 vil eg kome nærare inn på metoden ved lovtolkinga og nokre metodiske utfordringar knytt til problemstillingane. I kapittel 3 vil eg forklare kort kva plass proporsjonalitetsprinsippet har i norsk rett, då dette legg premissane for å kunne svare på delproblemstillingane. Eg vil ikkje ha plass til å svare uttømande på det større spørsmålet om ein kan seie det gjeld eit generelt proporsjonalitetsprinsipp i norsk rett i dag. I staden vil eg leggje fram nokre grunnposisjonar som skal følgje drøftinga vidare, og forklare innhaldet i proporsjonalitetskrava.

I kapittel 4 vil eg dykke djupare ned i lovtolkingsspørsmålet. Gjennom tolkinga vil eg tilspisse spørsmålet ytterlegare, slik at drøftinga går ut på om føresegna legg opp til individuelle vurderingar. Som nemnd ovanfor, vert det naudsynt å løfte blikket til vilkårs læra, allmenne omgjeringsreglar, Grunnlova § 97 og EMK TP 1–1. Eg vil handsame overføringsverdien frå vilkårs læra for seg sjølv i kapittel 5, medan overføringsverdien frå dei andre reglane vert handsama i kapittel 6. Vilkårs læra kan ha overføringsverdi fordi det *i realiteten er liten skilnad* på å stille vilkår og å omgjere vilkår, samstundes som det er klart at proporsjonalitetskrava gjeld for

⁷⁸ Sjå spesielt 4.4.

⁷⁹ Havbruksmeldinga s. 46. Riksrevisjonen la i 2012 fram ein rapport som oppmoda til å ta omsyn til «den samlede belastningen fra fleire oppdrettsnlegg i et utvidet område» i akvakulturforvaltninga, sjå Riksrevisjonen, 6. mars 2012, «Riksrevisjonens undersøkelse av havbruksforvaltningen. Dokument 3:9 (2011–2012)», s. 107. Det vart brei politiske semje om områdebasert tilnærming i havbruksnæringa etter at denne rapporten kom ut, sjå Sjømatmeldinga s. 13–14.

vilkårsstilling. Overføringsverdien frå dei andre reglane handlar heller om i kva grad *omsyna bak reglane* gjer seg gjeldande òg for akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Føremålet med drøftinga i kapittel 6 er å pensle nøyte ut kva vekt rettstryggleiksomsynet skal ha etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Med svaret på dette spørsmålet vil eg òg kunne konkludere på lovtolkingsspørsmålet.

Gjennomgåande i kapittel 4–6 er det fleire tema eg kunne kome inn på, men som det ikkje er rom til i denne framstillinga. Ved sidan av å tolke akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a opp mot allmenne omgjeringsreglar, Grunnlova § 97 og EMK TP 1–1, kunne eg òg ha drøfta opp mot Grunnlova § 105. Det vert ikkje naudsynt fordi Grunnlova § 105 ikkje gjev like godt vern som dei meir nærliggjande allmenne skrankane når det gjeld dei rettslege posisjonane eg har som tema. Det gjer seg heller ikkje gjeldande generelle EØS-rettslege rettstryggleiksmekanismer overfor oppdrettaren i eit slikt tilfelle.⁸⁰ EØS-retten vert likevel noko relevant når eg skal drøfte kva vassdirektivet har å seie for miljøomsynet som tvingande omsyn.⁸¹ Eventuell erstatning vert òg nemnt som eit mogleg tolkingsmoment ved omgjerung etter allmenne reglar i kapittel 6, men det fell utanfor ramma av denne oppgåva å analysere erstatningsmoglegheitene utover dette.⁸² Eg vil heller ikkje gå nærmare inn på bevisspørsmål. I den grad faktiske miljøopplysningar er sentrale for å kaste lys over tolkinga, viser eg til naturvitskaplege arbeider eller nettsider med fagleg tyngde.

I kapittel 7 svarar eg på prøvingsspørsmålet, der konklusjonen frå lovtolkingsspørsmålet vert lagt til grunn. Det er her på det reine at domstolen har fleire måtar å kontrollere forvaltninga på. Eg vil ikkje gå inn på alle dei moglege overprøvingsmoglegheitene, men fokusere på korleis *proporsjonalitetsnorma* som eventuelt følgjer av *føreseigna* vert påverka av domstolsprøvinga. Til sist vil eg kome med nokre avsluttande rettspolitiske refleksjonar i kapittel 8.

⁸⁰ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992, (EØS-avtalen).

⁸¹ Direktiv 2000/60/EF.

⁸² Dette er nærmare forklart i 6.2.1.

2 Metode

2.1 Overordna om metoden i framstillinga

I dette kapittelet vil eg forklare for kva metode eg nyttar, frå kva perspektiv og med kva rettskjelder. Eg byrjar med å leggje fram nokre overordna metodiske merknadar og utfordringar som oppstår når eg skal løyse problemstillingane, deriblant korleis legalitetsprinsippet påverkar tolkinga. Deretter drøftar eg eit utval av rettskjelder som er særleg interessante for å løyse lovtolkingsspørsmålet, og som det difor er føremålstenleg å ha eit metodisk inntrykk av. Sjølv om eg vil kome inn på både overordna og spesifikke merknadar, vert det ikkje rom for å avklare alle metodospørsmål som kan gjere seg gjeldande. Eg vil konsentrere meg om dei viktigaste utfordringane og elles la analysane tale for seg.

Eg nyttar rettsdogmatisk metode, noko som inneber at føremålet er å gje ei systematisk framstilling av gjeldande rett.⁸³ Med dette føremålet er det aktuelt både å få fram dei sikre slutningane frå rettskjeldene, men òg dei usikre sidene. I denne framstillinga inneber systematisk framstilling å finne og analysere meir overordna samanhengar i det rettslege landskapet opp mot den spesifikke føresegna.

Lovtolkingsspørsmålet skal eg løyse frå eit forvaltningsperspektiv. Det verkar motsetnadsviis vanleg å skrive om forvaltningsrettslege spørsmål frå eit domstolsperspektiv. Dette er nok ei naturleg følge av rettsrealismen, der utgangspunktet er at metoden domstolane nyttar er den alle rettsbrukarar skal nytte. Men samstundes er det ei prosessrettsleg kjensgjerning at kva domstolane kjem til i eit forvaltningsrettsleg spørsmål, ofte kjem an på kva partane har gjort gjeldande og kor ein enklast kan hoppe over gjerdet. Eg ser det difor som interessant å forsøke å løyse lovtolkingsspørsmålet uavhengig av kvar spørsmålet kan kome opp, spesielt sidan spørsmålet er relevant for forvaltninga uansett. Dette kan likevel vere utfordrande ettersom hovudfokuset i forvaltningsteorien sentrerer rundt domstolsprøving av forvaltnings spørsmål.

⁸³ I tråd med Mæhle sin definisjon, sjå Mæhle (2004) s. 329.

2.1.1 Ein eigen forvaltningsrettsleg metode?

Eit særleg spørsmål som oppstår når ein skal ta stilling til eit rettsspørsmål frå forvaltningsperspektivet, er om det er skilnad på forvaltninga sin metode og domstolane sin metode. Blant anna Erik Boe gjer gjeldande at det gjeld ein viss polysentri i rettskjeldebruken, noko som etter hans syn vil seie at forvaltninga sin metodebruk *legitimt* skil seg frå domstolane sin metodebruk.⁸⁴ Det sentrale poenget til Boe er at forvaltninga har heilt andre oppgåver enn domstolane; medan domstolane skal kontrollere forvaltninga, skal forvaltninga bringe ut politiske ynske etter instruksar og vidareføre gjeldande praksis. Utgangspunktet hans er rett nok at òg forvaltninga må følgje dei rettskjeldeprinsippa som gjeld for alle rettsbrukarar, men han meiner at det er visse legitime nyansar.⁸⁵ Nyansane går blant anna ut på at forvaltninga har større moglegheit til å vektlegge mjuke kjelder som forvaltningspraksis, etterarbeid og sivilombodsmannen sine uttalar.⁸⁶

Etter mi meining er spørsmålet eigentleg ikkje om forvaltninga må bruke den same metoden som domstolane, men om *alle rettsbrukarar* må bruke den same metodelæra for å finne *gjeldande rett*. Gjeldande rett gjeld etter mi forståing uavhengig av korleis forvaltninga og domstolane faktisk fungerer, sjølv om metoden til domstolane vil vere retningsleiande for korleis ein utformar rettskjeldeprinsippa som alle må følgje. At forvaltninga nokre gonger i realiteten vektlegg kjeldene annleis enn kva som følgjer av metodelæra, er eit anna poeng, som dreier seg om dei politiske sidene av forvaltningsarbeidet.

Eit anna av Boe sine poeng er at det ofte er få kjelder som gjer seg gjeldande på forvaltningsområdet. Denne framstillinga vil òg vere prega av få kjelder, då akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a ikkje vert nytta i praksis og heller ikkje har vore oppe for domstolane. Isolert sett er få

⁸⁴ Boe (2021) s. 67. Det ser ut som Eriksen (2019) s. 303, jf. s. 306–307 og Sand (2019) s. 691 er samde, sjølv om det er vanskeleg å vite om desse meiner forvaltninga faktisk eller rettsleg har ein annan metode enn etter den allmenne metodelæra. Sjå òg ein viss stønad til Boe frå Graver (2019) s. 177.

⁸⁵ Boe (2021) s. 63.

⁸⁶ *Ibid.* s. 63–66.

rettskjelder ei metodisk utfordring. Men dersom lovtolkings spørsmålet hadde kome opp for domstolane, hadde domstolen hatt dei same rettskjeldene å halde seg til som forvaltninga. Smith synest å ha ei slik forståing, då han skriv at sjølv om det føreligg ei viss «rettskildenød» i forvaltningsrettslege spørsmål, inneber ikkje det «annet enn at vi på vanlig måte [...] må argumentere med utgangspunkt i rettskilder som i alle tilfeller er sentrale (så som lovtekst og forarbeider)».⁸⁷

Bernt synest å erkjenne at det finst ein viss faktisk polysentri blant anna på grunn av «ulikhet i de faktiske rammer for rettsanvendelse ved ulike organer», men eg forstår han slik at han skildrar røynda i staden for overordna rettskjeldeprinsipp.⁸⁸ I tråd med dette har Bernt uttala følgjande om polysentri:

«en sentral oppgave for rettsvitenskapen må være å analysere [rettslige] rammer og vurdere hvorvidt forvaltningen holder seg innen disse. Uten en slik kritisk eller overprøvende komponent, kan et forskningsarbeid ikke anses å oppfylle vitenskapelighetskravene til et rettsdogmatisk arbeid».⁸⁹

Problemstillingane i denne framstillinga er rettsvitenskaplege fordi dei dreier seg om å finne det rettslege rammeverket rundt akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, for å undersøkje nedslagsfeltet til proporsjonalitetsprinsippet. I samsvar med Bernt sine krav til rettsvitenskapleg arbeid, gjev dette grunnlag for å tolke kompetanseheimelen ut ifrå alminneleg metodelære, uavhengig av perspektiv.

Likevel kan det oppstå særskilte utfordringar når ein tolkar frå forvaltningsperspektivet. Eit særskilt usikkerheitsmoment ved løysinga av lovtolkings spørsmålet, er tilhøvet mellom rett og skjønn i forvaltningsretten. Mange vil seie dette tilhøvet *kjem an på* om domstolane overprøver spørsmålet, og at ein difor lyt leggje an eit domstolsperspektiv ved tolkinga uansett. Eg vil kome tilbake til dei problematiske sidene ved eit slikt syn i kapittel 7. Der vil eg vurdere om ein må sjå det slik at

⁸⁷ Eckhoff/Smith (2018) s. 37.

⁸⁸ Bernt (2014a) s. 151.

⁸⁹ Bernt (1989) s. 290.

eventuelle proporsjonalitetskrav som følgjer av føresegna berre er retningslinjer for skjønnet, sjølv om lovtolkinga frå forvaltningsperspektivet skulle tilseie at proporsjonalitetskrava er materielle krav. Det er vidare på det reine at det gjer seg gjeldande særskilte metodiske retningslinjer i *forvaltningsretten* som rettsområde. Forvaltningspraksis vil til dømes naturleg vere ei meir viktig rettskjelde på forvaltningsrettens område enn på andre rettsområde, av omsyn til likehandsaming. I tillegg gjer legalitetsprinsippet seg gjeldande som rettskjeldeprinsipp ved inngrep. Sidan denne framstillinga handlar om å tolke ein inngrepsheimel, vil eg gå noko nærmare inn på relevansen av legalitetsprinsippet.

2.1.2 Legalitetsprinsippet som rettskjeldeprinsipp

Legalitetsprinsippet vil uansett ha ein viss relevans ved tolking av inngrepsheimlar, men eg vil i det følgjande forklare kvifor legalitetsprinsippet ikkje kjem særleg på spissen for lovtolkingsspørsmålet. Grunnlova § 113 gjev uttrykk for legalitetsprinsippet, og den seier at «styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmenneske». Det vil utgjere eit inngrep overfor ein oppdrettar dersom forvaltninga gjer om på eit lokalitetsløyve eller eit selskapsløyve.⁹⁰ Akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a kan fungere som formell heimel i eit slikt tilfelle. Men legalitetsprinsippet gjer seg òg gjeldande som relativt *tolkingsprinsipp* i konkrete saker.⁹¹ Det relative legalitetsprinsippet tilseier at Fiskeridirektoratet nødvendigvis må vurdere om lova dekker tilstrekkeleg over faktum, då domstolane elles *kan* kome til at tiltaket manglar materiell heimel.⁹² Det kan tenkjast tilfelle der legalitetsprinsippet yt motstand mot å la eit konkret tilfelle falle inn under akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Særleg kan ein nok stille spørsmål om lovteksten er presis

⁹⁰ Dette kan nok diskuteras etter ei noko uklar uttale i NOU 2019: 5 s. 407, men eg går ikkje inn på denne diskusjonen her, sidan konkrete heimelsspørsmål ikkje er i fokus i denne framstillinga.

⁹¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 372, Boe (2021) s. 105–109, Graver (2019) s. 85.

⁹² Dette vil òg kome an på om domstolane ser på rettsbruken som fri for rettsleg prøving, sjå kapittel 7.

nok til at lovkravet er innfridd.⁹³ Vurderinga vil, ifølgje den såkalla fjordlaksformelen, dreie seg om «hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».⁹⁴ Dersom proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, er det klart at fleire av dei *same vurderingsmomenta* frå sitatet gjer seg gjeldande i den konkrete proporsjonalitetsvurderinga.⁹⁵

Legalitetsprinsippet som tolkingsprinsipp gjer seg etter dette gjeldande ved heimelsspørsmål i *konkrete* inngrepssaker. Det meir generelle tolkingsspørsmålet om proporsjonalitetskrava gjeld etter ordlyden relaterer seg ikkje til spørsmål om heimel i konkrete tilfelle. Difor er problemstillinga i denne framstillinga utanfor legalitetsprinsippet sitt kjerneområde. Dessutan vil eventuelle inntolka proporsjonalitetskrav utgjere ei tolking til gunst for borgaren, noko legalitetsprinsippet neppe står i vegen for.⁹⁶ Men det er likevel klart at omsyna som grunnleggjend legalitetsprinsippet gjer seg gjeldande ved all rettskjeldebruk i forvaltningsretten. Og sidan «*hensynene* bak legalitetsprinsippet tilsier et skjerpet *kvalitativt krav til rettskildedefundament* for inngripende tiltak», må desse omsyna òg stå sentralt ved overordna utpensling av norma.⁹⁷

2.2 Rettskjeldebiletet

2.2.1 Lovarbeider

Som nemnt ovanfor, er rettskjeldebiletet rundt akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a relativt snevert og nyansert. Dette inneber at det vert sentralt å pensle ut kva som følgjer av mjukare rettskjelder som reelle omsyn, juridisk teori og ulike typar lovarbeid. Eg vil no særleg omtale dei ulike typane lovarbeid, først og fremst førearbeida til akvakulturlova, Ot.prp.

⁹³ Om krav til presis lovttekst, sjå Skoghøy (2018) s. 55 flg.

⁹⁴ Fjordlaksdommen (Rt. 1995 s. 530) på s. 537.

⁹⁵ Sjø innhaldet i proporsjonalitetskrava i 3.3. Sjø liknande samanlikning i Østenstad (2015) s. 144.

⁹⁶ Eriksen (2019) s. 308.

⁹⁷ Hopsnes/Solberg (2005) s. 133, mi utheving. Sjø 1.3.2. om rettstryggleiksomsynet.

nr. 61 (2004–2005). Eit overordna trekk med desse førearbeida er at dei er knappe og gjev få retningslinjer kva gjeld *rettslege* vurderingsmoment. Dette gjer førearbeida noko uklare, og vanskelege å trekke slutningar frå. Til dømes vert det sentralt å finne ut kva det har å seie at merknadane til § 14 viser til proporsjonalitetsvurderingar, medan det same ikkje følgjer av merknadane til § 9.⁹⁸

Eit liknande problem gjeld òg eldre førearbeid til tidlegare lover på området. Eg vil kome nærare inn på relasjonen mellom lovene under sjølve tolkinga. Men for å illustrere utfordringa kan eg peike på at oppdrettslova og havbeitelova, som akvakulturlova erstatta, òg hadde omgjeringsreglar.⁹⁹ Førearbeida til desse eldre lovene gjev føringar som tilseier at det skal gjerast ei proporsjonalitetsvurdering. Eit spørsmål vert difor kva det har å seie at lovgjevar ikkje uttrykkeleg tok stilling til ei vidareføring av rettstilstanden på eit slikt dynamisk område som akvakulturretten.

Ei anna relevant kjelde er Prop. 95. L, som er førearbeida til tredje ledd i akvakulturlova § 9. Som nemnt i 1.1.3 vart tredje ledd endra for å gje ein klarare heimel for nedjustering etter trafikklyssystemet. Som vi skal sjå i 4.3.3, gjev desse lovarbeida føringar for om det gjeld proporsjonalitetsvurderingar etter første ledd bokstav a. Av den grunn vil ein intuitivt kalle lovarbeida for etterarbeid. Den metodiske utfordringa går ut på at etterarbeid i utgangspunktet skal ha relativt lite rettskjeldemessig vekt, samstundes som det kan skuldast formalitetar at endringa ikkje omfatta første ledd bokstav a.

2.2.2 Miljørettslege kjelder

I utvalet av sentrale rettskjelder vil eg vidare trekke fram miljørettslege kjelder. Eit naturleg og talande utgangspunkt er Grunnlova § 112, som stadfestar at «[a]lle har rett til eit helsesamt miljø og ein natur der produksjonsevna og mangfaldet blir haldne ved lag» i første ledd og gjev

⁹⁸ Sjå 1.1.3. om akvakulturlova § 14.

⁹⁹ Lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v (oppdrettslova) § 11 og Lov 21. desember 2000 nr. 118 om havbeite (havbeitelova) § 9.

rett til kunnskap om miljøet i andre ledd. I tredje ledd får styresmaktene ei tiltakspålegg til å «gjennomfør[e] desse grunnsetningane». Rekkevidda av § 112 i konkret rettsleg samanheng har lenge vore eit tema i rettslege diskusjonar.¹⁰⁰ Det kom ei viss avklaring med Klimadommen (HR-2020-2472-P), der spørsmålet var om utvinningsløyvet til oljeleiting i Barentshavet var ugyldig fordi den krenka retten til eit godt miljø etter Grunnlova § 112. Høgsterett kom til at vedtaket var gyldig, men det vart slått fast at «Grunnlova § 112 fyrste ledd er tvillaust relevant for tolkinga av lover og for skjønnsutøving i forvaltninga».¹⁰¹ Ifølgje Bugge inneber dette at dersom det er tvil om innhaldet av ei føresegn, vil Grunnlova § 112 trekke i retning av den tolkinga som i størst grad bidreg til at miljøomsynet vert sikra.¹⁰²

Som nemnt i 1.4.3 er naturmangfaldlova sine miljøprinsipp i naturmangfaldlova §§ 8–12 òg relevante ved lovtolking.¹⁰³ Ut ifrå førearbeida til naturmangfaldlova er det likevel tydeleg at hovudføremålet med prinsippa er å *påverke forvaltningspraksis* i ei meir miljøvenleg retning.¹⁰⁴ Dette gjer prinsippa vage, noko som inneber at det er ei utfordring å nytte dei i reine lovtolkingsspørsmål.¹⁰⁵ Sjølv om det ikkje er sikkert at miljøprinsippa vil kunne gje klare argument for eller mot om det gjeld proporsjonalitetskrav etter lova, vil eg forsøke å nytte dei i lovtolkinga.

2.2.3 Tilhøvet mellom spesialregulering og allmenne reglar

Ei anna metodisk utfordring dreier seg om tilhøvet mellom akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a som spesialregulering av omgjeringshøvet og dei allmenne forvaltningsrettslege omgjeringsreglane, supplert av Grunnlova § 97 og EMK TP 1–1. Dersom det gjer seg gjeldande propor-

¹⁰⁰ Sjø domesvis Thengs (2017) s. 31.

¹⁰¹ Avsnitt 138, sjå òg avsnitt 108, 112, 113. Det same følgjer allereie av førearbeida til den første grunnlovsføresegna om miljø, sjå Innst. 163 S (1991–1992) s. 6.

¹⁰² Bugge (2019) s. 172.

¹⁰³ Aulie, (2017) note 34, Bugge (2019) s. 147.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 378.

¹⁰⁵ Ifølgje Sand er «begreper som for eksempel *bærekraftig utvikling* og *føre var* [...] ganske sammensatt og krevende å anvende», jf. Sand (2019) s. 690.

sjonalitetskrav etter desse allmenne kjeldene, kan dette etter omstenda ha overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. *Den metodiske relasjonen* mellom spesialregulering og allmenne kjelder er utfordrande fordi det er ulike måtar å sjå relasjonen på. Dersom ein forstår ei forvaltningsrettsleg særlov som *eit utslag* av allmenne forvaltningsrettslege reglar, kan det vere naturleg å nytte allmenne reglar som *eit utgangspunkt* ved tolkinga. Motsetnadsvis kan ein meine at føremålet med ha spesialreglar nettopp er å gje ein spesielt tilpassa, og dermed annleis, regel. I så fall bør ein vere varsam med å nytte allmenne kjelder ved tolkinga. Kvar ein legg seg mellom desse ytterpunktta har relevans for det metodiske utgangspunktet ved tolkinga av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

Korleis spesielle omgjeringsreglar skal tolkast i lys av alminnelege omgjeringsreglar har i liten grad vore tematisert spesifikt i juridisk teori. Det har vore meir diskutert om allmenne omgjeringsreglar kjem supplerande inn i saker der særlova ikkje strekk til. Her meinte Frihagen lenge at spesialreguleringa måtte tolkast antitetisk.¹⁰⁶ Han endra dette synspunktet etter kritikk frå Backer, som meinte at ein må tolke den aktuelle særlova med det utgangspunkt at «de ulovfestede regler supplerer de positive bestemmelser særloven gir», spesielt der tolkinga av spesialregelen åleine gjev lite rettleiing.¹⁰⁷ Frihagen slutta seg til at det kjem an på ei tolking av særlova.¹⁰⁸ Han heldt likevel fast ved at alle spesielle omgjeringsheimlar først og fremst må tolkast i lys av tradisjonen på det aktuelle særområdet.¹⁰⁹

Utgangspunktet er difor klart nok ei tolking av særlova. Men den isolerte lovtolkinga i lys av tradisjonen på det aktuelle særområdet kan gje få sikre bidrag til rettsregelen. Det metodiske spørsmålet er difor framleis i kva grad ein kan trekke på allmenne reglar når det er gitt ei spesialføresegn. Til dømes legg forvaltningslovutvalet til grunn at

¹⁰⁶ Frihagen (1977) s. 63.

¹⁰⁷ Backer (1986) s. 824.

¹⁰⁸ Frihagen (1992) s. 48. Dette synest vere lagt til grunn elles òg, sjå til dømes Eckhoff/Smith (2018) s. 309.

¹⁰⁹ Frihagen (1992) s. 51.

særlover «gjerne gir en større og sikrere adgang til tilbakekall enn det som kan følge av ulovfestet rett».¹¹⁰ Vidare synest Bernt og Rasmussen leggje til grunn at særlovgeving ofte vil «*utvide* forvaltningens adgang til å omgjøre vedtak».¹¹¹ Slike utsegn tilseier at ein ikkje utan vidare kan leggje til grunn løysingar frå det ein kan kalle bakgrunnsretten.

Det er likevel nærliggjande å trekke på likskapsslutningar når den isolerte tolkinga ikkje gjev sikkert svar, dersom det er *naturleg* at same regel gjeld.¹¹² Om dette skriv Moen at den allmenne ulovfesta omgjeringsregelen vil «ligge som et bakteppe og fungere som et tolkningsmoment» ved tolking av spesialreglar.¹¹³ Tøssebro gjer gjeldande noko av det same i si publiserte doktoravhandling om omgjerung:

«Det kan selvfølgelig tenkes at spesiallovgivningen på enkelte punkter oppstiller lempeligere eller skjerpede vilkår sammenlignet med de alminnelige omgjøringsreglene. Som et alminnelig utgangspunkt vil det imidlertid foreligge en presumpsjon for at de alminnelige reglene gjelder, og det må foreligge klare holdepunkter for at de alminnelige reglene ikke gis anvendelse.»¹¹⁴

Tøssebro systematiserte omgjeringsreglane på eit overordna nivå, og ho nytta difor induksjonsanalogi frå særlover i stor grad.¹¹⁵ Sjølv om eg i staden skal nytte allmenne kjelder for å tolke ein spesialregel, gjer dei same synspunkta seg gjeldande.

Likevel må eg i den følgjande tolkinga vere forsiktig med å trekke ukritiske slutningar frå det allmenne til det spesielle.¹¹⁶ For å unngå ukritiske slutningar, vil eg trekke på retningslinjene som gjeld ved analogisk tolking. Dette er for å nytte ein framgangsmåte som har forankring i metodiske kriterium. Det er på det reine at det ikkje vil vere snakk om

¹¹⁰ NOU 2019: 5 s. 401.

¹¹¹ Bernt/Rasmussen (2010) s. 330.

¹¹² Bernt/Mæhle (2007) s. 209.

¹¹³ Moen (2021) s. 355, note 1382.

¹¹⁴ Tøssebro (2021) s. 105.

¹¹⁵ Tøssebro (2021) s. 143.

¹¹⁶ Tøssebro understrekar òg viktigheita av å vere kritisk til induksjon, jf. Tøssebro (2021) s. 105–106.

rein analogi eller induksjonsanalogi, sidan rettsgrunnlaget klart nok er akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Men metoden inneber å vurdere om akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a og dei allmenne reglane i) er eigna til å dekke same faktum, ii) tryggar dei same omsyna og iii) om det vil utgjere ein god regel å trekke på slike likskapsslutningar.¹¹⁷ Ein kan gjerne i staden sjå det slik at eg vil nytte kvalifiserte reelle omsyn som rettskjelde i tolkinga av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.¹¹⁸ Nokre vil kanskje seie at denne metodebruken eigentleg går ut på å undersøkje om det gjeld eit *prinsipp* om proporsjonalitet på rettsområdet. Eg ser det slik at dersom likskapsslutningane tilseier at den same regelen gjeld etter akvakulturlova § 9 som etter reglane eg induserer frå, kan ein moglegvis *kalle det* for eit prinsipp. Men uavhengig av kva ein vil kalle resultatet, vert grunnleggjande koherens- og systemomsyn sikra gjennom å gravitere argumentasjonen mot tilgrensande positivt rett.

¹¹⁷ Sjå om rein analogi i til dømes Mestad (2019) s. 82, Monsen (2012) s. 99 og Askeland (2004) s. 502.

¹¹⁸ Kvalifiserte reelle omsyn er saksspesifikke omsyn som gjerne kan få meir vekt enn andre reelle omsyn etter ei nærmare vurdering, jf. Monsen (2012) s. 186–187.

3 Utgangspunkt om proporsjonalitet

3.1 Innleiing

I dette kapitlet vil eg kort gjere greie for kva eg meiner med proporsjonalitet. Kva syn ein har på proporsjonalitet i norsk rett kan nemleg vere utslagsgjevande for spørsmålet om proporsjonalitetskrav gjeld etter ei bestemt føresegn som akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Eg vil kome til at det klart nok gjer seg gjeldande ulike proporsjonalitetssynmåtar i forvaltningsretten, men det gjeld ikkje eit *generelt* ulovfesta materielt krav om proporsjonale vedtak som er eigna, naudsynte og proporsjonale. Drøftinga vil likevel vise at det er ulike haldningar om proporsjonalitetsprinsippet. Eg vil difor stiller opp nokre teoretiske grunnposisjonar som vert sentrale for tolkinga i neste kapittel. For å kunne identifisere proporsjonalitetskrava i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, lyt eg greie ut om innhaldet i krava. Dette vil eg gjere til sist i dette kapitlet.

3.2 Proporsjonalitetsskrankar i norsk rett

3.2.1 Ulike proporsjonalitetssynsmåtar

Fenomenet proporsjonalitet har sitt opphav i filosofien, og dukka opp som moderne rettsleg prinsipp i tysk rett på 1800-talet.¹¹⁹ Sidan har dette materielle proporsjonalitetsprinsippet hatt ei lang reise inn i ulike rettssystem, frå tysk rett til europeisk, og derifrå til mange statars forvaltnings- og statsrett.¹²⁰ Men fenomenet proporsjonalitet eksisterer òg i rettssfæren som grunnleggjande universell rettesnor, ikkje berre som materiell regel.¹²¹ Dette gjeld òg i norsk rett, sjølv om ein tradisjonelt har nytta andre ord om proporsjonalitetssynmåtar. Både lovgjevar og rettsbrukarar vil som regel søkje det resultatet som er mest mogleg

¹¹⁹ Barak (2012) s. 181, jf. s. 175.

¹²⁰ *Ibid.* s. 182 jf. NOU 2019: 5 s. 157.

¹²¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 46.

proporsjonalt, sjølv om ein *kallar* vurderinga for ei rimelegvurdering i staden. Det gjer seg òg gjeldande proporsjonalitetssynsmåtar når ein nyttar det relative legalitetsprinsippet i rettsbruksskjønnet i ei konkret sak.¹²² Det har vidare vore forska på om proporsjonalitetsprinsippet gjer seg gjeldande som tolkingsprinsipp.¹²³ I den nylege utgjevne doktoravhandlinga si om domstolskontroll og forvaltningsskjønn, viser Moen at nyare teori brukar proporsjonalitetsvurderingar som eit anna ord for det frie hensiktmessigheitsskjønnet.¹²⁴

Basert på desse observasjonane kan ein seie det på eit meir overordna plan gjer seg gjeldande *proporsjonalitetssynsmåtar* ved all rettskjeldebuk.¹²⁵ Dette inkluderer tolking og bruk av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Det er altså ikkje utenkjeleg at forvaltninga ville ha vurdert proporsjonaliteten av eit omgjeringsvedtak uavhengig av om proporsjonalitetskrava gjeld etter vilkåra i lova. Proporsjonalitetssynsmåtar kan òg vere ein del av grunnen til at omgjeringsheimelen sjeldan vert nytta. Spørsmålet i denne framstillinga handlar likevel ikkje om kva forvaltninga faktisk ville ha tenkt, men om proporsjonalitetsprinsippet gjeld materielt etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. I det følgjande vil eg undersøke om proporsjonalitetsprinsippet uansett gjer seg gjeldande som sakshandsamingskrav eller etter ulovfesta materielle reglar.

3.2.2 Proporsjonalitetsprinsipp i sakshandsaminga

Det synest å vere semje om at det gjeld eit proporsjonalitetsprinsipp i sakshandsaminga.¹²⁶ Det vert ofte vist til Isene-dommen (Rt. 1981 s. 745) i denne samanhengen, som gjaldt eit vedtak om statens forkjøpsrett der Isene nytta den aktuelle eigeodomen som del av si jordbruksdrift. Høgsterett sa at «[n]år det gjelder et vedtak så inngripende som det

¹²² Sjø 2.1.2.

¹²³ Søvig (2019) s. 578–581, jf. s. 587, der han kjem til at det er å gå litt langt.

¹²⁴ Moen (2019) s. 21. Sjø dømme i Søvig (2015d) s. 292 flg.

¹²⁵ At det er svært ulike måtar å forstå proporsjonalitetsprinsippet på, kjem til uttrykk i Søvig (2019) s. 568.

¹²⁶ Søvig (2015c) s. 331, Søvig (2019) s. 581–585, Eckhoff/Smith (2018) s. 409, Moen (2019) s. 399, Graver (2019) s. 480.

foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen».¹²⁷ På bakgrunn av dette vart det stadfesta i Gausi-dommen (Rt. 2000 s. 1056) at «[k]ravet [til begrunnelse] må avpasses etter hvor inngripende vedtaket er».¹²⁸ Høgsterett gjev altså uttrykk for at ressurs- og tidsbruken til forvaltninga skal stå i høve til saka, mykje likt proporsjonalitetsprinsippet i tvistelova § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt.¹²⁹ Når det gjeld kravet til grunngjeving, har forvaltningslovutvalet føreslått å lovfeste at «omfanget skal tilpasses vedtakets betydning».¹³⁰ Utover grunngjevingskravet og utgreiingsplikta meinte utvalet det ikkje var naudsynt å lovfeste proporsjonalitetskravet i sakshandsaminga, då dette allereie gjaldt etter dei relevante sakshandsamingsreglane.¹³¹

Det er likevel ei kjent sak at slike skjerpa sakshandsamingskrav utgjer indirekte kontroll med sjølve skjønnsavveginga.¹³² Ved dei mest inngripande sakene må domstolen nødvendigvis stille visse kvalitative krav til den materielle vurderinga. Aulstad er inne på at dette i realiteten utgjer ein materiell kontroll.¹³³ Dette viser at det kan vere ein glidande overgang mellom proporsjonalitetsprinsippet som gjeld i sakshandsaminga og det materielle proporsjonalitetsprinsippet. Etter mitt syn er det uheldig dersom desse vert samanblanda, då det er prinsipielle skilnadar mellom desse. Førstnemnde stiller opp eit optimaliseringspåbod eller eit innsatskrav, medan sistnemnde stiller opp fleire innhaldskrav.¹³⁴

Ei utfordring med at dei ulike proporsjonalitetssynsmåtane vert samanblanda, er at det kan vere vanskeleg å vite kva ein forfattar meiner med at det gjeld eit *prosessuelt* proporsjonalitetskrav. Nokre gonger kan det nemleg verke som at forfattaren meiner forvaltninga må gjere

¹²⁷ s. 748.

¹²⁸ s. 1063, jf. òg Skotta-dommen (Rt. 2000 s. 1066).

¹²⁹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvistelova).

¹³⁰ NOU 2019: 5 s. 604.

¹³¹ *Ibid.* s. 157.

¹³² Moen (2019) s. 390.

¹³³ Aulstad (2008) s. 270.

¹³⁴ Sakshandsamingsreglane gjev åtferdsnormer, jf. Bernt (2014b) s. 55–56. Difor kan ein kalle proporsjonalitetsprinsippet som sakshandsamingskrav for eit optimaliseringspåbod. Sjå 3.3 om dei materielle proporsjonalitetskrava.

ei innholdsmessig proporsjonalitetsvurdering, men at desse krava er prosessuelle fordi domstolen ikkje kan prøve dei materielt.¹³⁵ Då er det vanskeleg å vite om forfattaren viser til det proporsjonalitetskravet i sakshandsaminga som er skildra ovanfor, eller om det vert vist til dei materielle proporsjonalitetskrava.

3.2.3 Materielt proporsjonalitetsprinsipp

Diskusjonen om proporsjonalitetsprinsippet sin plass i norsk rett har først og fremst vore sentrert rundt spørsmålet om det følgjer eit materielt proporsjonalitetskrav av misbrukslæra. Diskusjonen har vore i gang lenge, og sjølv om den blussa opp på 90-talet, vart det allereie på 60- og 70- talet lagt fram tankar om proporsjonalitet som skranke for utøving av mynde.¹³⁶ I 1995 gav Ørnulf Rasmussen uttrykk for at proporsjonalitetsprinsippet gjeld som skranke etter misbrukslæra.¹³⁷ Synspunktet om at forbodet mot kvalifisert urimelege vedtak kan omformulerast til eit proporsjonalitetskrav med høg terskel, har vore gjenteke av fleire.¹³⁸

Graver har òg sidan 90-talet vore positiv til at proporsjonalitetsprinsippet gjeld som ein sjølvstendig materiell skranke for forvaltningsvedtak, då han blant anna skriv at det er «holdepunkter for å si at et krav om forholdsmessighet gjelder generelt som et ulovfestet krav, hvor forvaltningen fatter inngripende vedtak i form av påbud og forbod».¹³⁹ Utsegna tilseier at proporsjonalitetselementa gjeld som materielle krav til innhaldet av vedtaket, òg uavhengig av misbrukslæra.¹⁴⁰ Smith er av motsett oppfatning, då han tydeleg legg til grunn at det no «neppe [er] grunnlag for å anta at norsk rett generelt krever at forvaltningsvedtak etter

¹³⁵ Kva det har å seie at domstolen eventuelt ikkje kan overprøve den materielle proporsjonalitetskrava, vil eg kome tilbake i kapittel 7.

¹³⁶ Sjø allereie Eckhoff (1969) s. 269, og Bernt (1978) s. 258–264.

¹³⁷ Rasmussen (1995) side 317, jf. s. 322.

¹³⁸ Moen (2019) s. 485, Tøssebro (2021) s. 294, Bernt (2015) s. 42.

¹³⁹ Graver (2019) s. 139, Frihagen har nokre av dei same synspunkta, sjå Frihagen (1991) s. 196.

¹⁴⁰ Søvig forstår òg Graver slik, sjå Søvig (2019) s. 575.

sitt innhold må være forholdsmessige».¹⁴¹ Han finn stønad i to dommar eg skal gå nærare inn på.

Spørsmålet i Rt. 2008 s. 560 var om det gjaldt eit krav om proporsjonalitet for eit innreiseforbod når lova stilte opp proporsjonalitetskrav ved utvising. Dommar Skoghøy meinte at misbrukslæra i så fall måtte gjere seg gjeldande og «[e]tter denne gjelder det ikke noen generell forholdsmessighetsbegrensning. Riktignok kan et forvaltningsvedtak blant annet kjennes ugyldig dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det *inngå forholdsmessighetsbetraktninger*», men ellers er det ikkje grunnlag for å prøve proporsjonaliteten.¹⁴² I Rt. 2011 s. 304 la dommar Skoghøy det same til grunn.¹⁴³

Til trass for at det føreligg høgsterettsdommar som er relativt klare på at det ikkje gjeld eit alminneleg ulovfesta proporsjonalitetsprinsipp etter misbrukslæra, har diskusjonen ikkje stogga der.¹⁴⁴ Graver peiker på at dommane er spesifikke innan sitt saksområde, og verkar dessutan meine at proporsjonalitetsprinsippet med sine materielle krav gjeld uavhengig av misbrukslæra.¹⁴⁵ På bakgrunn av dommane ser han at Høgsterett nokre gonger ikkje vil *overprøve* proporsjonalitetsvurderinga, men held fast ved at det gjeld materielle proporsjonalitetskrav overfor forvaltninga.¹⁴⁶ Dette viser at det er rom for tvil sjølv om Høgsterett klart nok har avgjort at *misbrukslæra* ikkje inneber proporsjonalitetskrav.¹⁴⁷

Det er likevel klart at det kan gjelde materielle proporsjonalitetskrav på enkelte rettsområde, som i EØS-retten og EMK-retten. Det er òg klart at det kan følgje proporsjonalitetskrav uttrykkeleg av lova, som

¹⁴¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 409.

¹⁴² Avsnitt 48, mi utheving.

¹⁴³ Avsnitt 56. I ein nyare lagmannsrettsdom på akvakulturrettens område, LG-2021-31955, viser lagmannsretten til Høgsterettsdommane for å slå fast at det ikkje gjeld eit allment proporsjonalitetsprinsipp. Sjå meir om dommen i punkt 4.4.2.

¹⁴⁴ Sjå særleg Søvig (2015a).

¹⁴⁵ Graver (2019) s. 142, der han skriv om Rt. 2008 s. 560 i ein utlendingsrettsleg kontekst, og s. 140.

¹⁴⁶ Graver (2019) s. 142.

¹⁴⁷ Proporsjonalitetsprinsippet har vore eit sentralt tema i nyare doktoravhandlingar, sjå dømesvis Harbo (2015a) s. 174–192, Moen (2019) s. 453–486 og Tøssebro (2021) s. 282–289.

til dømes utlendingslova § 70 og straffeprosesslova § 170 a.¹⁴⁸ I tilfelle akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, er det på det rene at det ikkje gjeld *uttrykkelege* proporsjonalitetskrav. Men lovtolkingsspørsmålet går ut på om dei tre proporsjonalitetskrava likevel gjer seg gjeldande.

Det same spørsmålet kom opp i ein dom av nyare dato innan utlendingsretten, HR-2018-572-A. Saka handla om ei mor og ei dotter som hadde fått flyktningstatusen sin omgjort etter utlendingslova § 37 første ledd bokstav e. Lagmannsretten hadde kome til at det gjaldt eit proporsjonalitetsprinsipp etter føresegna, og Høgsterett vurderte difor dette spørsmålet relativt grundig i eit *obiter dictum*. Høgsterett tolka lova slik at den ikkje innebar proporsjonalitetskrav. Nokre av dei sentrale argumenta var at ordlyden ikkje gav tilvising til proporsjonalitet, at førearbeida heller ikkje la opp til det og at det ikkje var avgjerande for tolkinga at overordna skrankar innebar proporsjonalitetskrav.¹⁴⁹ At Høgsterett gjorde ei konkret vurdering av om proporsjonalitetsprinsippet gjaldt etter ei spesifikk føresegn, tilseier at det *kan* gjelde materielle proporsjonalitetskrav etter enkeltføresegner sjølv om dei ikkje går uttrykkeleg fram.

3.2.4 Grunnposisjonar

Sjølv om proporsjonalitetskrava kan gjelde etter ei spesifikk føresegn uavhengig av proporsjonalitetsprinsippet sin plass i norsk rett, vil synet ein har på proporsjonalitet kunne påverke tolkinga. Dette inneber at det vert vanskeleg å operere med eitt utgangspunkt for tolkinga. Eg vil i staden setje opp nokre grunnposisjonar som skal følgje tolkinga vidare i framstillinga. Eg utleier desse grunnposisjonane frå dei ulike haldningane som har kome fram i den systematiserte teorien skildra ovanfor. Føremålet er at desse grunnposisjonane kan vere eigna til å illustrere kva val lovgjevar eller Høgsterett har ved vidare utvikling av proporsjonalitetsprinsippet i norsk rett.

¹⁴⁸ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingslova), Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosesslova).

¹⁴⁹ Avsnitt 47–50.

Den første grunnposisjonen eg vil nytte i tolkinga kan ein kalle den *generelle* posisjonen. Tilhøyrarar av denne vil seie at det gjeld eit allment proporsjonalitetsprinsipp om at alle tiltak må vere proporsjonale, med mindre lovgjevar har tatt stilling på overordna nivå. Den andre grunnposisjonen kan ein kalle den *spesielle* posisjonen. Denne går ut på at det ikkje gjeld eit allment proporsjonalitetsprinsipp, men at det kan gjelde etter bestemte føresegner dersom gode rettskjeldemessige grunnar tilseier det. Utgangspunktet er det same for den tredje grunnposisjonen, der ein òg vil seie at det ikkje gjeld noko allment proporsjonalitetsprinsipp. Skilnaden ligg i at tilhøyrarar av den tredje grunnposisjonen vil meine at proporsjonalitetsprinsippet berre gjeld dersom lova uttrykkeleg tilseier det. Denne tredje grunnposisjonen kallar eg den *eksklusive*.

3.3 Innhaldet i proporsjonalitetskrava

Til no har eg lagt til grunn at det følgjer tre proporsjonalitetskrav av det materielle proporsjonalitetsprinsippet, som inneber at eit tiltak må vere «egnet, nødvendig og rimelig, eller forholdsmessig i snever forstand».¹⁵⁰ Desse krava skal eg skildre innhaldet i, men først vil eg ta stilling til ei mogleg utfordring med denne øvinga. Proporsjonalitetsprinsippet si utbreiing til ulike rettssystem i Europa har gitt utslag i nokre variasjonar. Til dømes opererer fleire rettssystem med fire proporsjonalitetskrav i staden for tre, der det i tillegg vert stilt opp eit føremålskrav.¹⁵¹ Ein annan skilnad er at proporsjonalitetskrava vert forstått meir som sjølvstendige vilkår i EU-retten enn i EMK-retten, der det vert handsama meir som vurderingsmoment i ei heilskapsvurdering.¹⁵² I tillegg kan det variere om ein rettskultur opnar for generelle proporsjonalitetsvurderingar.¹⁵³ Som eg skal kome til i 4.3.1, er individualitet utgangspunktet i norsk rett, men

¹⁵⁰ Sitatet er henta frå Graver (2019) s. 137 men den same forståinga går fram av blant anna Eckhoff/Smith (2018) s. 407, NOU 2019: 5 s. 157, Søvig (2015b) s. 38.

¹⁵¹ Barak (2012) s. 132. Dette er ikkje vanleg i norsk omtale av proporsjonalitetsprinsippet, og eg held meg difor til det tre krava. Det er uansett klart at det gjeld reglar om saklegheit i forvaltningsretten.

¹⁵² Moen (2019) s. 445.

¹⁵³ Om til dømes dansk rett, sjå Stausholm (2015) s. 217.

det vil kome an på ei tolking av lova. Til trass for desse skilnadane er det likevel ikkje tvil om at det er ei kjerne i proporsjonalitetsprinsippet, som gjeld med mindre anna er bestemt.¹⁵⁴ Det er kjernen eg tar utgangspunkt i når eg skal forklare innhaldet i krava.

Det første kravet går ut på at inngrepet må vere eigna, noko som inneber at tiltaket må kunne tene som middel til å nå målet. Dette kan omtalast som eit minimumskrav til tiltaket. Vurderinga vil ifølgje Graver «i første rekke være av faktisk, faglig karakter».¹⁵⁵ Moen skildrar det slik at det må vere eit visst sannsyn for ein grad av målrealisering, og vurderinga får dermed karakter av ein prognose på vedtakstidspunktet.¹⁵⁶ Sånn sett er det tale om ei empirisk vurdering, sidan det er mogleg å erkjenne om eit tiltak er eigna eller ikkje eigna.¹⁵⁷ Motsetnaden til ei empirisk vurdering er ei normativ vurdering, der svaret ikkje kjem an på *målbare* faktorar, men kva verdiar ein *vil* fremje.¹⁵⁸

Det andre kravet går ut på at tiltaket må vere naudsynt. Her spør ein om det finst eit mindre inngripande alternativ som likevel kan nå same målrealisering.¹⁵⁹ I norsk rett omtalar ein gjerne dette kravet som minste middels prinsipp.¹⁶⁰ Vurderinga er av samanliknande karakter, i motsetnad til vurderinga av om tiltaket er eigna, som omhandlar tiltaket isolert. Graver skildrar kravet slik at «[h]vis formålet kan nås på mindre inngripande måte, så er tiltaket uforholdsmessig».¹⁶¹ Ein kan spørje om ikkje denne formuleringa er vel krass, då realiteten er at fleire tiltak kan vere meir eller mindre inngripande, men ha ulike kostnader for forvaltninga.¹⁶² Det er likevel klart at vurderinga etter dette nødvendighetskravet òg er empirisk, då det enten føreligg alternative tiltak som er mindre inngripande, eller ikkje.

¹⁵⁴ Barak (2012) s. 131, jf. s.181 og Billis m.fl. (2021) s. 24.

¹⁵⁵ Graver (2019) s. 137.

¹⁵⁶ *Ibid.* 459.

¹⁵⁷ *Ibid.* s. 96.

¹⁵⁸ *Ibid.* s. 96. Sjå òg om tankeskiljet mellom viljesakt og erkjennelse i Graver (2019) s. 255.

¹⁵⁹ Moen (2019) s. 467–468.

¹⁶⁰ Bernt (2015) s. 38.

¹⁶¹ Graver (2019) s. 137.

¹⁶² Bernt (2015) s. 38.

Det tredje kravet vert kalla proporsjonalitet i streng forstand.¹⁶³ Kravet går ut på at fordelane med eller nytten av inngrepet må overstige dei ulempene den private opplever.¹⁶⁴ Dette er òg formulert som eit krav om at resultatet ikkje må stå i mishøve til målsettinga.¹⁶⁵ Graver legg til grunn at kravet til interesseovervekt vil kunne variere frå område til område.¹⁶⁶ Vidare peiker Moen på at vurderinga omfattar både empiriske og normative vurderingar.¹⁶⁷ Den empiriske sida av vurderinga går ut på objektiv målrealisering, altså kor sannsynleg det er at målet vert realisert og i så fall i kor stor grad. Den normative sida kjenner vi att som interesseavveginga, altså der ein må vekte dei motstridande omsyna mot einannan. Men sjølv om denne vurderinga er normativ på den måten at forvaltninga må gjere eit skjønnsmessig verdival, kan rettslege retningslinjer stillast opp etter europeisk rett. I vurderinga er det blant anna sentralt kor viktig det offentlege omsynet er, og kor intenst inngrepet er.¹⁶⁸ Desse retningslinjene gjentar mykje av det som allereie ligg i vurderingstemaet til interesseavveginga. Skilnaden ligg at bruk av slike retningslinjer vitnar om rettsbruk som ikkje i prinsippet er *fri*. Eg går ikkje her lengre i rettsfilosofisk retning angående proporsjonalitetsprinsippet som *generell norm*, men det vert relevant for prøvingsspørsmålet at proporsjonalitetskrava har rettslege karakteristikkar.¹⁶⁹ I det vidare vil eg leggje til grunn den kjernen som er skildra ovanfor. Eg ser det slik at løysinga på lovtolkingsspørsmålet og prøvingsspørsmålet samla sett vil vere eigna til å gje eit rettsdogmatisk svar på kva norm som gjeld etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

¹⁶³ Barak (2012) s. 340.

¹⁶⁴ Graver (2019) s. 138.

¹⁶⁵ Søvig (2015c) s. 342.

¹⁶⁶ Graver (2019) s. 138.

¹⁶⁷ Moen (2019) s. 474 jf. s. 94–98, spesielt s. 96. Sjå prøvingsspørsmålet i kapittel 7.

¹⁶⁸ Barak (2012) s. 357–361.

¹⁶⁹ Sjå litteratur av meir rettsfilosofisk art om proporsjonalitetsprinsippet i blant anna Alexy (2010) s. 397–402 og Frøberg (2014) s. 151–156.

4 Gjeld det krav om proporsjonalitet etter vilkåra i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a?

4.1 Innleiing

I dette kapittelet skal eg byrje å grave djupare i lovtolkingsspørsmålet. Som nemnt, går lovtolkingsspørsmålet ut på om proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Dersom alle proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande, inneber det at oppdrettaren har rett på at vedtaket er innhaldsmessig proporsjonalt. På den andre sida av mynten inneber det ei plikt for Fiskeridirektoratet til å gjere ei proporsjonalitetsvurdering ved omgjøring av selskapsløyve eller lokalitetsløyve av omsynet til miljøet.

Kjeldene vil gje sprikande svar. Eit samla bilete av kjeldene nært knytt til lova vil likevel overordna sett gje inntrykk av at miljøomsynet har fått ein slik overordna plass i *akvakulturretten*, at det òg skal vere styrande for omgjeringshøvet. Nokre av kjeldene som tilseier dette er likevel uklare, og andre er isolert sett av låg rettskjeldemessig vekt. Blant anna difor vert det naudsynt å undersøkje i kapittel 5 og 6 om ein må supplere tolkinga med bidrag frå tilgrensande allmenne rettskjelder. Gjennom heile tolkinga i kapittel 4, 5 og 6, vil grunnposisjonane frå kapittel 3 vere indirekte bestemmande for forståinga av rettskjeldebiletet.¹⁷⁰

Eg vil fokusere på vilkårssida av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, i motsetnad til verknadssida.¹⁷¹ På verknadssida av føresegna går det fram at Fiskeridirektoratet «kan» omgjere. Moen omtalar «kan»-skjønnnet som eit modalitetsskjønn i motsetnad til modaliteten «skal». Han er inne på at eit «kan»-skjønn generelt sett vil leggje opp til ei heilskaplege vurdering av om noko er føremålstenleg.¹⁷² Dette kallar ein gjerne det

¹⁷⁰ Sjå 3.2.3. om grunnposisjonane.

¹⁷¹ Dette i tråd med blant anna Tvedt sitt syn på lovanalyse i forvaltningsretten, sjå Tvedt (2012) s. 44.

¹⁷² Moen (2019) s. 59 og 74, jf. s. 310, sjå òg til dømes Tøssebro (2019) s. 196.

frie hensiktsmessighetsskjønnet. Men *omfanget* av denne kompetansen kan først og fremst vere nærare bestemt av vilkåra i lova. Slik sett må ein lese vilkårssida og verknadssida i samanheng.¹⁷³ Det er naturleg å forstå ordlyden i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a sånn at Fiskeridirektoratet vil ha *kompetanse* på verknadssida *dersom* vilkåra «nødvendig» «ut fra» «hensynet til miljøet» er innfridd. For *Fiskeridirektoratet* er det difor naudsynt å finne ut om lovgjevar har avgrensa kompetansen deira til å omgjere ut ifrå miljøomsynet gjennom ei proporsjonalitetsskranke i lova. Slik avgrensing eller presisering vil nødvendigvis innebere at det er lite igjen til det reine «kan»-skjønnet.¹⁷⁴

Dersom det føreligg kompetanse etter både vilkårssida og verknadssida, kan det oppstå spørsmål om Fiskeridirektoratet har ei plikt til å treffe vedtak. Dette særleine pliktspørsmålet har eg ikkje rom til å drøfte.¹⁷⁵ Det er heller ikkje avgjerande for å svare på problemstillingane om proporsjonalitetskrava, sidan vilkårssida vert avgjerande for å løyse dette. Når det er sagt, vil visse aspekt av pliktspørsmålet vere relevante i tolkinga fordi det vil kome fram synspunkt om at miljøomsynet er eit tvingande omsyn.¹⁷⁶

4.2 Gjeld proporsjonalitetskrava etter ordlyden?

Overordna sett gjev ordlyden «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» uttrykk for at Fiskeridirektoratet kan omgjere eit selskapsløyve eller lokalitetsløyve for å bøte på ein miljøskade. I utgangspunktet opnar ordlyden for at Fiskeridirektoratet kan gjere ei rein miljøfagleg vurdering.

¹⁷³ Sjå Tvedt (2012) s. 44 og Eckhoff/Smith (2018) s. 378, som skriv at «kan» nokre gonger «markerer [...] frihet til å vedta noe eller la det være, i andre tilfeller angir det bare at forvaltningen har kompetansen til å treffe vedtak av vedkommende type» og at « [i] alle tilfeller må ordet 'kan' tolkes som *ledd i den samlede angivelsen* av forvaltningens kompetanse». Moen (2019) s. 66, definerer sjølv rommet for kan-skjønnet slik at «det avgjørende er om forvaltningen har en valgfrihet med hensyn til rettsfølgen».

¹⁷⁴ Sjå ei liknande forståing i Moen (2019) s. 64.

¹⁷⁵ Tøssebro skriv generelt om plikt til å treffe endra vedtak, sjå Tøssebro (2021) s. 350–357. Sjå òg NOU 2019: 5 s. 617, der det er foreslått å lovfeste plikt til å omgjere ugyldige vedtak.

¹⁷⁶ Sjå 4.4. om dette.

Dette inneber at det ikkje går fram *uttrykkelege* proporsjonalitetskrav av «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Dersom ein tilhøyrrer den eksklusive grunnposisjonen, vil ein allereie her kunne avslå at proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande. For tilhengjarar av den generelle grunnposisjonen og den spesielle grunnposisjonen, er det aktuelt å undersøkje ordlyden vidare.

Det er først og fremst ordlyden «nødvendig» som tilseier at det skal gjerast ei proporsjonalitetsvurdering. Éi naturleg språkleg forståing av «nødvendig» er at vilkåret viser til at Fiskeridirektoratet må gjere det som passar og er tilstrekkeleg for å løyse det konkrete problemet. Ein kan til dømes ikkje nå føremålet om å hindre virusssmitte ved å endre førvilkåra til fisken, då eit slikt tiltak ikkje vil vere treffande eller passande for å hindre vidare smitte. Dette tilseier klart at «nødvendig» viser til proporsjonalitetselementet om at tiltaket må vere eigna.

Isolert sett kan «nødvendig» tilseie at Fiskeridirektoratet ikkje skal utøve meir makt enn det som er tilstrekkeleg for å løyse det konkrete problemet. Dersom det viser seg at slam frå anlegget øydelegg sjøbotnen, kan det til dømes vere tilstrekkeleg å fastsetje vilkår om best mogleg pumpeutstyr før tilbaketrekking av lokalitetsløyve er aktuelt. Ei slik forståing peiker tydeleg til proporsjonalitetselementet om at tiltaket må vere naudsynt.

Det kan etter dette ikkje vere tvilsamt at ein kan lokalisere dei to første proporsjonalitetskrava om at tiltaket må vere eigna og naudsynt i ordlyden «nødvendig». Dette inneber klart nok at det ligg ein viss terskel for å omgjere akvakulturløyve i ordlyden. Det er ikkje like opplagt å lokalisere kravet om proporsjonalitet i streng forstand. Dermed vert lovtolkingsspørsmålet spissa til eit spørsmål om «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» krev proporsjonalitet i streng forstand.¹⁷⁷ Det vert naudsynt å handsame ei rekke ulike kjelder for å svare på dette spørsmålet, men først og fremst vil eg undersøkje ordlyden grundigare.

¹⁷⁷ Sjå 3.3.

4.3 Må omgjeringa vere proporsjonal i streng forstand?

4.3.1 Legg ordlyden opp til ei streng proporsjonalitetsvurdering?

Den samla ordlyden tilseier at vurderinga går ut på om tiltaket kan sjåast som eigna og tilstrekkeleg «ut fra» *berre* «hensynet til miljøet». Tatt på ordet legg ordlyden opp til ei fagleg evaluering av den aktuelle miljøskaden og av kva tiltak som eventuelt kan løyse det. Ei slik fagleg vurdering treng ikkje innebere ei interesseavveging opp mot omsynet til oppdrettaren. Ordlyden «ut fra» tilseier dermed med mykje vekt at det ikkje gjeld eit strengt proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

Det same tilseier ei tolking i tråd med føremålet til akvakulturlova om å fremje «lønnsomhet og konkurransekraft innanfor rammene av en bærekraftig utvikling», jf. § 1. Ordlyden tilseier at miljøomsynet er ein *føresetnad* for akvakulturproduksjon- og vekst, ikkje berre eitt av fleire vurderingsmoment. I akvakultursamanheng går ikkje dette direkte mot omsynet til oppdrettarane – ei betring av miljøet i sjøen inneber til sjuande og sist at alle oppdrettarar kan drive lengre. Det vil verke mot føremålet dersom lova opnar for at omsynet til den enkelte oppdrettar kan setje til side det som er best for miljøet. Ordlyden lest i lys av føremålet tilseier difor med ytterlegare tyngde at føreseigna opnar for reine miljøvurderingar, som ikkje inneber det strenge proporsjonalitetskravet.

Ein kan likevel spørje om omsynet til den private er relevant i og med at det allereie er slått fast at minste middels prinsipp gjeld. Minste middels prinsipp tilseier at Fiskeridirektoratet har ei plikt til å velje det tiltaket som er minst inngripande, men som framleis er eigna til å nå målet. Prinsippet tilseier likevel ikkje at Fiskeridirektoratet må vurdere rettstryggleiken til den *enkelt* oppdrettar. Synspunktet kan illustrerast gjennom eit tenkt døme. Det vert fatta to enkeltvedtak om tilbaketrekking grunna forsuring i fjorden på to lokalitetar. Den eine lokaliteten er eigd av eit stort selskap med mange løyve i ulike fjordar, som har svært god

inntening uavhengig av denne lokaliteten. Den andre lokaliteten er eigd av ei familiebedrift som er avhengig av få lokalitetar. Kva tiltak som er minst mogleg inngripande, men som likevel løyser miljøutfordringa, *tren*g ikkje kome an på desse individuelle forholda, men på kva løysing som er teknisk mogleg miljømessig sett.

Det er likevel nærliggjande at dei økonomiske interessene til den private parten *er* den moglege grunnen til at tiltaket ikkje vil vere «nødvendig» nok. Utan motomsyn vert rommet for kva som er «nødvendig» nærast uavgrensa. Slik er det ikkje nødvendigvis naturleg å forstå vilkåret. Dette tilseier at ordlyden ikkje *stengjer* for å lokalisere det siste proporsjonalitets-elementet om at det må gjennomførast ei proporsjonalitetsvurdering i streng forstand.

I teorien er det fleire som har kome til at det gjeld eit visst proporsjonalitetsprinsipp etter «nødvendig» i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Haagensen skriv at «'[n]ødvendig' vil være en formulering som nettopp indikerer en forholdsmessighetsvurdering».¹⁷⁸ Men det er noko uklart om ho viser til dei materielle krava eller om ho siktar til proporsjonalitetsprinsippet i sakshandsaminga som eg skildra i 3.2.1. Sidan ho finn stønad i teori som handlar om sistnemnde, er det truleg eit slikt sakshandsamingsprinsipp ho meiner ordlyden gjev tilvising til. Det same gjeld Gjelsvik og Dale, som legg til grunn at det kan gjelde eit proporsjonalitetsprinsipp etter føresegna, men at domstolane ikkje ville ha overprøvd vurderinga.¹⁷⁹ Det er dermed uklart kva for proporsjonalitetsnorm forfattarane viser til. Difor får ikkje desse bidraga nemneverdig vekt for forståinga av ordlyden.

Kontekstuell tolking med andre delar av føresegna kan tilseie at Fiskeridirektoratet skal leggje vekt på omsynet til oppdrettaren. Det følgjer nemleg av andre ledd at omgjøringa kan gjerast tidsbestemt, og at «[t]idsbegrenset endring og tilbaketrekking kan gjerast betinget av at bestemte forhold utbedres eller endres». Dette viser nok først og fremst til minste middels prinsipp, som uansett gjeld etter ordlyden. Men andre ledd peiker moglegvis *meir* direkte til forhold på oppdrettarens hand. Det er likevel

¹⁷⁸ Haagensen (2019) s. 347.

¹⁷⁹ Gjelsvik/Dale (2010) s. 71–72.

på det reine at ein òg kan vurdere vilkårsstilling og tidsavgrensing ut ifrå miljøomsynet åleine.

At eit visst proporsjonalitetsprinsipp kjem til uttrykk i akvakulturlova § 9 andre ledd, får støtte av Tøssebro.¹⁸⁰ Ho nyttar føresegna som eit av fleire døme på at særlover viser at «forholdsmessighetsvurderingar er særleg relevante i omgjøringssammenheng». Ho viser likevel ikkje direkte til omsynet til den private. Ein kan dermed ikkje seie at ho meiner at *alle* proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande.

Ein kan òg tolke ordlyden i lys av tredje ledd, som gjev heimel for nedjustering etter trafikklyssystemet. Denne gjev presis heimel til eit spesifikt omgjeringshøve, og her er det på det reine at lovgjevar opnar for reine miljøvurderingar utan omsyn til den enkelte. Sidan tredje ledd har same ordlyd som første ledd, kan ei kontekstuell tolking tilseie at det same bør gjelde første ledd bokstav a. Vekta av dette argumentet kjem likevel an på om lovgjevar har *meint* at det skal vere ein realitetsskilnad. Eg vil difor kome tilbake til dette momentet under drøftinga av etterarbeida i 4.3.3.

Blant anna på grunnlag av etterarbeida, meiner Marcussen at det ikkje gjeld eit krav om proporsjonalitet i streng forstand etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.¹⁸¹ Etter ei utførleg drøfting kjem ho til at «[v] erken ordlyden eller forarbeidene gir holdepunkter for en slik tolkning. Dette innebærer at forvaltningen ikke har en plikt til å veie fordelene ved omgjøring opp mot ulempene.»¹⁸² Dette illustrerer at problemstillinga er uavklart, men at det er haldepunkt for at akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a opnar for at miljøomsynet er styrande for vurderinga. Dette vil i så fall tilseie at det er mogleg å standardisere etter føresegna og at ein ikkje treng gjere individuelle proporsjonalitetsvurderingar.

Det talar likevel mot standardisering at objektet som kan omgjerast er «akvakulturløyv» i bestemt form. Utgangspunktet etter norsk rett er dessutan at forvaltninga skal gjere ei individuell vurdering av alle relevante omsyn, med mindre det er rettskjeldemessig grunnlag

¹⁸⁰ Tøssebro (2021) s. 392.

¹⁸¹ Marcussen (2021) s. 64, under publisering. Eg drøftar kva førearbeida tilseier i neste punkt.

¹⁸² *Ibid.*

for noko anna.¹⁸³ Eg forstår dette slik at dersom lova legg opp til ei fri hensiktsmessigheitsvurdering, er føresetnaden at forvaltninga vurderer alle relevante sider av saka. Men òg her er det på det reine at vilkåra kan vere bestemmende for kompetansen til forvaltninga, og både utvide og snevre inn omgjeringshøvet. Lovgjevar kan ha lagt føringar for at alle inngrep grunna miljøomsynet er proporsjonale etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Ordlyden vitnar nok først og fremst om ei slik forståing, sidan ein skal vurdere nødvendigheita «ut fra» miljøomsynet. Det er vidare usikkert kor langt plikta til individualisering rekk, sidan dette tradisjonelt sett er tematisert i liten grad i juridisk teori.¹⁸⁴ Dette kan moglegvis skuldast at spørsmålet sjeldan vert aktuelt for domstolen, sidan domstolen anten vil gjere ei ny skjønnsvurdering eller prøve skjønnnet opp mot misbrukslæra.¹⁸⁵ Dette kan likevel òg skuldast at det uansett vil vere opp til ei tolking av lova om det er rettskjeldemessig grunnlag for standardisering.

Berntzen synest å meine at føresegna opnar for standardisering, til trass for at han kjem til at det strenge proporsjonalitetskravet gjeld etter ei grundig tolking av føresegna.¹⁸⁶ Han peiker spesielt på akvakulturlova § 9 fjerde ledd, som seier at forvaltninga i form av forskrift kan «gi nærmere bestemmelser om endring og tilbaketrekking av akvakulturtillatelser». Etter mitt syn er det på det reine at eventuelle forskrifter òg må halde seg innanfor ordlyden i første ledd bokstav a.¹⁸⁷ Føresegna opnar ikkje for derogasjon, som går ut på at lova seier at forskrifter kan gå utanfor rammene av lova.¹⁸⁸ Dette inneber at forståinga av første ledd bokstav a vil vere førande for kva forskrifter ein kan gje. Dersom første ledd bokstav

¹⁸³ Sjå til dømes nyare litteratur i Tøssebro (2021) s. 196–199, Tvedt (2012) s. 41–42 og Moen (2019) s. 310, jf. s. 540. Moen drøftar òg individualiseringskrav utførelg opp mot behovet for standardisering, jf. Moen (2019) s. 515–545.

¹⁸⁴ Tøssebro (2021) s. 196.

¹⁸⁵ Sjå likevel Drosjeløyve I (Rt. 2010 s. 376), der Høgsterett tolka lova slik at «kan» la opp til eit breitt hensiktsmessigheitsskjønn, og sidan «vedtaket gjelder tilbakekall av et gode, tilsier rettssikkerhetshensyn at det skjer en slik [individuell] vurdering før vedtak blir truffet», jf. avsnitt 40.

¹⁸⁶ Berntzen (2019) s. 63.

¹⁸⁷ Sjå òg Eckhoff/Smith (2018) s. 317.

¹⁸⁸ Sjå meir om derogasjon i Moen (2019) s. 539 og Smith (2015) s. 227.

a gjev krav om individuelle proporsjonalitetsvurderingar, inneber det at forskriftene til dømes kan presisere kriteria for omgjerung innan ordlyden av «hensynet til miljøet». At det er opna for forskriftsbruk i fjerde ledd har likevel relevans for kva rettkomne forventningane oppdrettaren kan ha.¹⁸⁹

Usemja i teorien viser at spørsmålet om det gjeld eit strengt proporsjonalitetskrav etter «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» er uavklart. Det mest nærliggjande tolkingsalternativet etter ordlyden er at lova legg opp til ei fagleg vurdering «ut fra» kva som er «nødvendig» av miljømessige tiltak for å løyse problemet som oppdrettsdrifta har skapt. Dette inneber i så fall at ein ikkje *må* gjere ei proporsjonalitetsvurdering i streng forstand. Som vi skal sjå, ser det ut som nyare lovarbeid stør opp under ei slik forståing av ordlyden. Men først vert det sentralt å avklare kva lovgjevar meinte då lova vart vedteken.

4.3.2 Særleg om uklare førearbeid, men klare eldre førearbeid

Utgangspunktet er at førearbeid skal få stor vekt ved tolking i norsk rett.¹⁹⁰ Men vekta av førearbeida varierer etter kor tydelege dei er på kva som er lovgjevars meining. Merknadane til første ledd bokstav a er sparsame og seier ikkje noko uttrykkeleg om proporsjonalitetskrav. Merknadane avgrensar seg til å gje eit relativt vidt rom for tilbaketrekking dersom eit akvakulturløyve «vise[r] seg å ha slike negative effekter på miljøet at det er nødvendig å trekke den tilbake eller endre den».¹⁹¹ Det er vidare presisert at akvakulturløyvet kan omgjerast uansett korleis oppdrettar har drive verksemda. Isolert sett tilseier desse uttalane med ein del vekt opp at føreseigna opnar for ei rein miljøfagleg vurdering av kva tiltak som er eigna og tilstrekkeleg.

Ein kan likevel ikkje tolke sitat frå førearbeida i eit vakuum, då målet er å finne ut kva lovgjevar heilskapleg sett har meint. Som ein kommentar til bruken av heile § 9 seier førearbeida at «[f]ullstendig tilbaketrekking

¹⁸⁹ Sjå 6.3.2.

¹⁹⁰ Dømesvis Rt. 2009 s. 1412.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 62.

er et svært inngripende tiltak, som må brukes med varsomhet».¹⁹² På den eine sida kan desse uttalane tilseie at omsynet til oppdrettaren si innretting òg skal ha vekt i vurderinga. På den andre sida kan ein forstå uttalane som ei tilvising til minste middels prinsipp, noko som allereie følgjer av ordlyden sjølv. I tillegg ber utsegna preg av å vere ei ordenspåminning til bruk av alle omgjeringsheimlane i § 9. Difor får ikkje desse uttalane stor vekt i vurdering av om det gjeld eit krav om proporsjonalitet i streng forstand, spesielt sett i samanheng med at merknadane knytt til bokstav a er tause.

Motsetnadsvis er merknadane til bokstav c *ikkje* tause når det gjeld proporsjonalitetskrava. Bokstav c heimlar omgjerung «ved grov eller gjentatt overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven». Det følgjer av merknadane til bokstav c at det «også» her «tolkes inn et krav om at det er bare de endringer eller den tilbaketrekking som er *nødvendig* som loven åpner for».¹⁹³ Vidare er det forklart kva nødvendig inneber i tilknytning til bokstav c:

«Hvilke virkemidler som bør benyttes må avgjøres etter en vurdering av hva som er mest effektivt *vurdert opp mot interessene til innehavere av tillatelsen*».¹⁹⁴

I og med at ei slik interesseavveging skal gjerast òg etter bokstav c, vert spørsmålet om førearbeidsuttala viser til bokstav a. Ei naturleg forståing av førearbeidsuttala er at den same type interesseavveginga som er skildra for bokstav c, gjeld for alle dei alternative omgjeringsheimlane i akvakulturlova § 9 første ledd. Den alternative tolkinga er at «også» berre viser til bokstav b om tilbaketrekking eller endring grunna endra føresetnadar. Dette kan vere nærliggjande av den grunn at både bokstav b og bokstav c heimlar omgjerung grunna individuelle forhold på oppdrettars hand.¹⁹⁵ Det er på det reine at omgjeringsgrunnen etter bokstav a ikkje treng ha

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.* s. 63, mi utheving.

¹⁹⁴ *Ibid.* mi utheving.

¹⁹⁵ Bokstav b dreier seg om omgjerung for «tillatelser som etableres under spesielle forutsetninger eller vilkår» etter Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 63.

tilknytning til individuelle forhold. Dette gjer det mindre nærliggjande at uttalane om bokstav c òg gjeld bokstav a. Dersom det var meininga å vise til alle omgjeringsheimlane i føresegna, burde det vore overordna presisert. Dermed verkar dette førearbeidsbidraget uklart.

Den same ukklarleiken gjeld tilhøvet til merknadane til akvakulturlova § 14, der det går uttrykkeleg fram at det gjeld proporsjonalitetskrav ved vernetiltak etter føresegna.¹⁹⁶ Som nemnt innleiingsvis regulerer akvakulturlova § 14 forbod mot drift i særskilt verneverdige område. Det er påfallande at ein har kommentert proporsjonalitet kva gjeld §§ 14 og 9 første ledd bokstav c, men ikkje § 9 første ledd bokstav a. Teiing *kan* i utgangspunktet tyde på at lovgjevar meinte det generelt vil gjelde proporsjonalitetskrav etter inngrepsføresegn i akvakulturlova. Men teiinga gjev likevel inntrykk av at ein har unnlate å leggje opp til ei streng proporsjonalitetsvurdering etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

Samla sett gjev peiker bidrag frå Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) i båt retningar, noko som gjer det vanskeleg å trekke ei slutning om kva lovgjevar har meint. Det verkar som at lovgjevar ikkje hadde særskilt fokus på proporsjonalitetskrav, noko som kan tilseie at lovgjevar legg til grunn det allmenne utgangspunktet i forvaltningsretten på dette punktet. Som nemnt innleiingsvis, verkar det likevel vere mest nærliggjande at «nødvendig» relaterer seg til tilhøve på miljøomsynet si side åleine. Omgjeringshøvet synest dermed vere meir vidtrekkande etter første ledd bokstav a, enn etter dei omgjeringsheimlane som inneber proporsjonalitetskrav etter førearbeida. Slutninga frå førearbeida må difor vere at dei gjev eit visst uttrykk for at lova opnar for ei rein miljøfagleg vurdering. Men ukklarleiken og teiinga tilseier at førearbeida får mindre vekt enn dei elles ville fått.¹⁹⁷

Ein kan likevel tenkje seg at bakgrunnen for at førearbeida til akvakulturlova § 9 er relativt tause kva gjeld proporsjonalitetskrava, er at lova skulle vidareføre tidlegare gjeldande rett. Akvakulturlova erstatta den tidlegare oppdrettslova og den tidlegare havbeitelova, og førearbeida knytt til desse er difor eldre førearbeid i relasjon til akvakulturlova. Bå

¹⁹⁶ *Ibid.* s. 67.

¹⁹⁷ Om kvalitet på førearbeid, sjå dømesvis Mestad (2019) s. 86.

desse eldre lovane hadde føresegner om omgjerung, der akvakulturlova § 9 liknar havbeitelova sin ordlyd.¹⁹⁸ Til vilkåret «nødvendig» i havbeitelova står det følgjande i førearbeida frå 2000:

«Inngrepet i løyvet må ikkje vere *uforholdsmessig i høve til omsynet for skade*».¹⁹⁹

Det kan ikkje vere tvilsamt at det ligg tydelege proporsjonalitetskrav i denne utsegna. Dette peiker i utgangspunktet i retning av at omsynet til den private skal vektleggjast i ei omgjeringsvurdering på akvakulturrettens område. Det er likevel skilnad på miljøeffektane av havbeite og kommersielt lakseoppdrett, då havbeite dreier seg om at ein set kamskjel og hummar ut i sjøen, før ein fiskar dei opp att når dei er slakteklare. At det er ein realitetsskilnad angående kva lovane regulerer, tilseier at ein må vere forsiktig med å trekke slutningar frå desse eldre førearbeida. Førearbeida til den eldre oppdrettslova tilseier likevel noko av det same, der følgjande går fram:

«Hensynet til konsesjonshaver som har investert i henhold til tillatelsen, tilsier at det må stilles strengere krav for å kunne trekke en gitt tillatelse tilbake enn for å avslå en søknad [...] Myndighetene må foreta en vurdering og avveining av de ulike hensyn».²⁰⁰

Det er klart at då desse førearbeida til oppdrettslova vart skrivne på 80-talet, hadde ikkje lovgjevar konkrete proporsjonalitetskrav i tankane.²⁰¹ Det vert likevel gitt uttrykk for at omsynet til den enkelte oppdrettar skal vere ein sentral del av ei heilskapleg vurdering. Den rettskjeldemessige vekta av dette kjem an på om den omgjeringsrettslege rettstilstanden var meint vidareført i akvakulturlova. Òg om dette er førearbeida til akvakulturlova tause. I utgangspunktet kan teiung i førearbeid gje uttrykk for at den eldre rettstilstanden vert vidareført. Men ein kan ifølgje Andenæs

¹⁹⁸ Sjå oppdrettslova § 11 og havbeitelova § 9.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 63 (1999–2000) s. 30, mi utheving.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 53 (1984–1985) s. 13.

²⁰¹ Proporsjonalitetsdiskusjonen har først og fremst blussa opp i seinare tid, sjå 3.2.2.

ikkje stille opp nokon generell presumpsjon om dette.²⁰² Mæhle og Aarli gjev uttrykk det same, og peiker på at særlege omstende på rettsfeltet kan tilseie at teiing i førearbeid heller peiker mot rettsendring.²⁰³

Det einaste som står i førearbeida til akvakulturlova om vidareføring av tidlegare rett *generelt* er at «[v]iktige *mål* i nevnte lover [oppdrettslova og havbeitelova] vidareføres, men fokuset på *hvordan målene bør oppnås* er endret».²⁰⁴ Eit av dei sentrale måla med akvakulturlova er berekraftig utvikling, og omgjerung av omsyn til miljøet er klart nok ein måte å oppnå dette målet. At lovgjevar meinte å endre fokus på korleis måla skulle oppnåast, tilseier at ein ikkje kan leggje til grunn same rettstilstand etter akvakulturlova som etter havbeitelova og oppdrettslova.

Vidare er det på det reine at akvakulturnæringa har endra seg drastisk sidan 70- og 80-talet.²⁰⁵ Gjennomgangen i 1.3 viste at akvakultur har gått frå å vere ei attåttnæring for små familieeigde verksemdar med fokus på marknadsomsyn, til å vere ei høgprofesjonell næring med mange store aktørar innan eit komplisert og fleksibelt løyvesystem.²⁰⁶ Det er dessutan klart at det har skjedd ei sterk utvikling i miljøretten sidan 80-talet, både i og utanfor akvakulturretten. Denne dynamiske utviklinga på rettsfeltet tilseier at teiinga i førearbeida til akvakulturlova ikkje kan leggjast til grunn som samtykke til vidareføring av tidlegare rett. Snarare tvert om, tilseier utviklinga at det burde vore kommentert om ein ynskte å vidareføre den same rettstilstanden. Sidan det er uråd å trekke klare slutningar frå dei eldre førearbeida, får argument som gjeld oppdrettslova og havbeitelova relativt lite vekt i tolkinga av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

²⁰² Andenæs (2009) s. 49–50.

²⁰³ Sjå Mæhle/Aarli (2019) s. 130. Forfattarane drøfter spørsmålet med tilvising til høgsterettspraksis på strafferettsfeltet, som i og for seg har lite overføringsverdi til akvakulturretten, men poenget står seg likevel.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 10 og s. 55, mi utheving.

²⁰⁵ Dette er òg understreka i Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 9.

²⁰⁶ NOU 2019: 18, s. 28.

4.3.3 Etterarbeid frå innføringa av trafikkløysystemet

Som vi har sett, talar ordlyden og moglegvis førearbeida i hovudsak for at «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» ikkje legg opp til ei proporsjonalitetsvurdering i streng forstand. Som vi no skal sjå, var dette òg det rådande synet på ordlyden då ein innførte det standardiserte trafikkløysystemet. Dette er særleg relevant fordi forslaget om nedjustering i raude soner opphavelg hadde heimel i første ledd bokstav a.²⁰⁷ I løpet av den tida trafikkløysystemet hadde heimel i første ledd bokstav a, vart ikkje det raude lyset skrudd på. Likevel byrja oppdrettarane tidleg å kritisere nedjusteringsplanane for manglande materiell heimel.²⁰⁸ Av den grunn bestemte styresmaktene seg for å gje ein klarare heimel for systemet i akvakulturlova § 9 tredje ledd. Det er likevel tydeleg ut ifrå lovarbeida til lovendringa at ein meinte trafikkløysystemet *allereie* hadde tilstrekkeleg heimel i første ledd bokstav a. Dette går dømesvis fram av følgjande utsegner i Prop. 95 L:

«Departementet er fremdeles av den oppfatning at akvakulturloven gir klar hjemmel til å justere ned produksjonskapasiteten i «røde» produksjonsområder, og at dette kan gjøres i forskrift. Når hjemmelsgrunnlaget likevel er omdiskutert i offentligheten og det vil kunne komme rettslige prosesser, ser departementet det som hensiktsmessig å foreslå enkelte endringer i akvakulturloven».²⁰⁹

I den etterfølgjande Innst. 350 L er både fleirtalet og mindretallet samde om at rettstilstanden ikkje vart *endra sjølv* om heimelen vart klarare.²¹⁰ Same oppfatninga hadde òg stortingsrepresentantane som uttala seg om dette under stortingsforhandlingane.²¹¹ Samla sett var det dermed brei

²⁰⁷ Havbruksmeldinga s. 11.

²⁰⁸ Sjå 1.1.3.

²⁰⁹ Prop. 95 L (2018–2019) s. 6.

²¹⁰ Innst. 350 L (2018–2019) s. 3–4.

²¹¹ Sjå representantane Bengt Rune Strifeldt (25:00), Tom Christer Nilssen (31:10) og Steinar Reiten (41:55), <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Videoarkiv/Arkiv-TV-sendinger/?mbid=/2019/H264-full/Storting/06/13/Stortinget-20190613-155505.mp4&msid=1332&meid=10286> [sett 09.10.2020].

semje under lovarbeidet om at nedjusteringa under trafikklyssystemet allereie hadde tilstrekkeleg heimel i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Implisitt inneber dette ei oppfatning om at det ikkje gjeld eit strengt proporsjonalitetskrav etter første ledd bokstav a, noko eg skal underbygge i det vidare. Først vil eg stadfeste relevansen av lovarbeidet.

Lovarbeida fell inn under Bernt og Mæhle sin definisjon av etterarbeid som «standpunkter og vedtak fra lovgiverhold om lovens forståelse eller anvendelse etter at loven er vedtatt».²¹² I metodisk teori har det vore diskusjonar om relevansen til etterarbeid. Ein av hovudgrunnane til tvilen er at lovgjevar ikkje kan forsøke å regulere og kontrollere forvaltninga gjennom etterfølgjande uttalar.²¹³ Men det er likevel ikkje tvilsamt at Prop .95 L og Innst. 350 L er *relevante* rettskjelder i høve til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.²¹⁴ For å finne ut kva vekt etterarbeida skal få, må ein sjå nærare på kva som følgjer av etterarbeida.

Tredje ledd er meir spesifikk om kva handlingar forvaltninga kan utføre under «kan»-kompetansen, men har den same ordlyden «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» på vilkårssida. Ifølgje Prop. 95 L inneber ordlyden «nødvendig» at «andre tiltak må være vurdert, og at det ikke er andre og mindre inngripende tiltak tilgjengelig for å oppnå formålet med reguleringen».²¹⁵ Det er altså ikkje tvilsamt at departementet meinte at tiltak under lova må vere eigna og naudsynte.

Like klart er det at departementet meinte lova ikkje krev proporsjonalitet i streng forstand etter desse konsise uttalanene:

«[I] vilkåret ‘nødvendig ut fra hensynet til miljøet’ ligger det følgende ikke en tradisjonell forholdsmessighetsvurdering, hvor byrde og gevinst skal vurderes opp mot hverandre [...] individuelle tilpasninger av hensyn til eksempelvis økonomi vil undergrave formålet med bestemmelsen».²¹⁶

²¹² Bernt/Mæhle (2007) s. 258.

²¹³ I samsvar med mindretalet sitt poeng i Rt. 2012 s. 820. Eckhoff/Smith (2018) s. 367, Nygaard (2004) s. 202, Bernt/Mæhle (2007) s. 258 Graver (2019) s. 174, Monsen (2012) s. 35.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Prop. 95 L (2018–2019) s. 10.

²¹⁶ *Ibid.* s. 24, mi utheving.

Fleirtalet i innstillinga gjev uttrykk for det same, og synet har dermed stor oppslutnad i etterarbeida.²¹⁷ Grunngevinga ser ut til å vere at det alltid er heimel for inngrep dersom miljøomsynet tilseier det, så lenge det er vurdert om andre og mindre inngripande tiltak kan brukast i staden. Som tidlegare nemnt, gjeld det likevel eit snevert unntak for nedjustering i dei raude sonene dersom ein oppdrettar kan vise til svært gode lusetal.²¹⁸ Men òg dette er grunnlagt ut ifrå miljøomsynet åleine, og det inneber ikkje at ein skal gjere individuelle vurderingar av økonomisk eller samfunnsmessig art. Samla sett avskjer etterarbeida omsynet til den *individuelle* parten som eit relevant omsyn.

Det er likevel på det reine at etterarbeid ikkje kan få avgjerande vekt isolert sett, sidan det konstitusjonelle utgangspunktet er at lovgjevar må endre lovteksten dersom dei meiner at rettstilstanden skal endrast. Ein kan likevel spørje om dette synspunktet er vel formalistisk sidan det ikkje nødvendigvis er naturleg å endre sjølv lovteksten når ein berre vil presisere vurderingstemaet. Dersom lovgjevar samstundes hadde lagt til eit komma i første ledd bokstav a, hadde Prop. 95 L vore eit førearbeid med avleia demokratisk legitimitet. Sånn sett er linja tynn mellom førearbeid og etterarbeid når det er tale om lovendring i same føresegn med same ordlyd.

Sidan dei føreliggjande etterarbeida er grundige, tydelege og skrive av kyndige fagfolk, er det klart at etterarbeida må få noko vekt i tolkinga. Dersom ein ser etterarbeida i samanheng med mi ordlydstolking og dei uklare førearbeida, tilseier rettskjeldebiletet samla sett at omgjeringsvurderinga skal gjerast av omsyn til miljøet åleine. Synspunktet i etterarbeida synest nemleg å vere at miljøomsynet utelukkar den strenge proporsjonalitetsvurderinga. Dersom dette stemmer, er det ikkje berre etterarbeida som tilseier at proporsjonalitetskravet ikkje gjeld, men òg akvakulturrettens miljøomsyn i seg sjølv. Dette gjer det naudsynt å undersøkje etterarbeida sin *argumentasjon* nærare.

²¹⁷ Innst. 350 L (2018–2019) s. 3–4.

²¹⁸ Produksjonsområdeforskrifta § 12.

4.4 Ei rein miljøfagleg vurdering?

4.4.1 Er kravet om miljømessig forsvarleg drift og prinsippet om samla belastning uforeinleg med individuelle vurderingar?

Ut ifrå etterarbeida synest det vere to hovudgrunnar til at ein meinte at ordlyden «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» ikkje gjer gjeldande det strenge proporsjonalitetskravet. For det første følgjer det av etterarbeida at det er høve til å omgjere dersom miljøeffektane er uforsvarlege etter den rettslege standarden i akvakulturlova § 10. For det andre følgjer det av etterarbeida at prinsippet om «saml[et] belastning» frå naturmangfaldlova § 10 ikkje er foreinleg med individuelle vurderingar av einskilde løyve. I det vidare vil eg gjere sjølvstendige vurderingar av denne argumentasjonen, før eg undersøker om miljøomsynet elles stengjer for individuelle proporsjonalitetsvurderingar.

Kravet om «miljømessig forsvarlig[h]et» kjem til uttrykk i både § 10, som ein rettsleg standard for akvakulturverksemd, og i § 6 som vilkår for tildeling av lokalitetsløyve. Det er naturleg å lese kravet til «miljømessig forsvarlig» drift i § 10 som eit *innsatskrav* til den enkelte oppdrettar, og vilkåret om «miljømessig forsvarlig» tildeling i § 6 som eit uttrykk for at kvar enkelt lokalitet og oppdrettar må vere eigna til å sikre miljøomsynet. Den rettslege standarden tilseier at sjølv om akvakulturverksemd nyttar naturressursane, skal ikkje påverknaden kome i konflikt med naturen si tolegrense. Departementet nyttar den rettslege standarden for å grunngje behov for omgjerung på følgjande måte:

«Dersom det blir vurdert at påvirkningen fra akvakulturnæringen innenfor et geografisk område ikke er miljømessig forsvarlig etter akvakulturloven § 10, vil det alltid være hjemmel til å foreta tilpasninger i produksjonen etter lovforslaget, gitt at det er vurdert om det finnes andre egnede og mindre inngripende tiltak som heller kan settes inn».²¹⁹

²¹⁹ Prop. 95 L (2018–2019) s. 24, mi utheving.

Det kan vere problematisk å setje likskapsteikn mellom kva som er «miljømessig forsvarlig» og kva som er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» på denne måten. Det vil nødvendigvis innebere at det ikkje skal noko meir til for å trekkje tilbake eit akvakulturløyve enn det som skal til for å avslå ein akvakultursøknad. Drift som ikkje er «miljømessig forsvarlig» kan etter ei slik forståing ikkje fortsetje, noko som tilseier at vurderinga av miljøomsynet er av absolutt karakter.

Dette synet får vidare ein viss stønad i utkast til ny forvaltningslov. Der drøftar forvaltningslovutvalet legalitetsprinsippet sitt krav til heimel i lov ved inngrep i omgjeringsaker. Dei uttalar at det ikkje er nærliggjande at det vil vere snakk om eit inngrep dersom det gjeld «en tillatelse til å drive en potensielt skadevoldende virksomhet på visse vilkår og tillatelsen trekkes tilbake eller vilkårene skjerpes for å sikre mot skadevirkninger».²²⁰ Desse legalitetsprinsippsynsmåtane tilseier at karakteren av omsynet bak omgjerunga kan vere såpass absolutt at den private vert stilt som om han ikkje hadde løyve i det heile, sidan det ikkje eingong vil vere tale om eit inngrep.

Etter førearbeida til § 10 skal den rettslege standarden «miljømessig forsvarlig» gjelde generelt for all akvakulturdrift. Det er dermed i utgangspunktet nærliggjande at denne er styrande òg for kva tiltak som er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Det gjer seg likevel gjeldande nokre argument som gjer det vanskeleg å forstå at ein kan erstatte vurderinga «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» med «miljømessig forsvarlig». Vilkåra er av forskjellig karakter fordi førstnemnde regulerer endringar av inngripande karakter, medan sistnemnde gjev innsatskrav til laupande drift. At drifta må vere «miljømessig forsvarlig» tilseier at den enkelte oppdrettar har ansvar for at eiga drift sikrar miljøomsynet. Ordlyden rettar seg mot handlingane til den konkrete oppdrettaren og kva vedkomande har moglegheit til å kontrollere. Førearbeida til § 10 tilseier det same.²²¹ Føresegna dreier seg dermed om tilfelle der det er ein årsakssamanheng mellom tilhøve på oppdrettarens hand og miljøskaden. Dersom oppdrettaren ikkje har innfridd kravet om «miljømessig forsvarlig» drift, kan vedkomande vente eventuelle sanksjonar.

²²⁰ NOU 2019: 5 s. 407.

²²¹ Sjø Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 64 og Prop.103 L (2012–2013) s. 98.

Motsetnadsvis treng ikkje den konkrete miljøskaden stamme frå oppdrettaren ved omgjerung etter § 9 første ledd bokstav a, og kravet til årsakssamanheng er dermed avleia. Rettstryggeleikssynet tilseier at det skal noko meir til for å omgjere dersom det ikkje føreligg direkte årsakssamanheng til miljøskaden, medan ein må kunne vente inngrep i større grad dersom ein har handla i strid med driftsplikta i § 10. Vurderingstema er i prinsippet ulike. Overføringsverdien frå § 10 til § 9 er av den grunn svekka. I det store biletet er det likevel klart at tilvisinga til den rettslege standarden er uttrykk for at den faglege miljøvurderinga er av absolutt karakter. At det kan vere problematisk å leggje same vurderings-tema til grunn er likevel eigna til å svekke argumentasjonsverdien noko.

Vidare kan ein problematisere argumentasjonen i etterarbeida som dreier seg om korleis prinsippet om samla belastning i naturmangfaldlova § 10 påverkar tolkinga av ordlyden «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Det følgjer av naturmangfaldlova § 10 at «[e]n påvirkning av et økosystem skal vurderes ut fra den samlede belastning som økosystemet er eller vil bli utsatt for». Dette vert forstått slik i innstillinga til stortinget:

«[P]rinsippet bak trafikklyssystemet, som Stortinget har sluttet seg til, [er at] næringens *samlede påvirkning* på miljøet [...] skal styre produksjonskapasiteten. Nedtrekk av produksjonskapasitet gjennom enkeltvedtak, der forvaltningen foretar en konkret vurdering av om et slikt inngrep er forholdsmessig overfor den enkelte innehaver av tillatelse, vil [...] være i strid med dette prinsippet.»²²²

Etter denne forståinga er omsynet til den enkelte oppdrettar utelukka i og med at ein skal vurdere miljøomsynet frå eit generelt perspektiv. Synspunktet synest å vere at når ein skal vurdere målet generelt, må òg middelet vurderast generelt. Ordlyden i naturmangfaldlova § 10 tilseier rett nok at ein må vurdere miljøutfordringa i sin heilskap når forvaltninga skal vurdere arten og graden av miljøskaden. Det følgjer òg av førearbeida til naturmangfaldlova §10 at det er «effekten på naturmangfoldet som vurderes i prinsippet om samlet belastning, ikke det enkelte tiltaket som

²²² Innst. 350 L (2018–2019) s. 3, mi utheving.

sådan». ²²³ Prinsippet inneber at forvaltninga òg må vurdere forureining som kan stamme frå andre aktivitetar, eller naturen sjølv, når ein skal vurdere kva miljøomsynet tilseier. ²²⁴ Men etter mitt syn tilseier ikkje prinsippet om samla belastning i seg sjølv at det ikkje *kan* vere eit individuelt omsyn i den andre vektskåla.

Prinsippet om samla belastning er likevel berre eitt av det samla settet av miljørettslege prinsipp, og det bør ikkje vurderast isolert. Eg vil difor undersøkje om dei miljørettslege prinsippa i naturmangfaldlova generelt taler mot proporsjonalitetsvurderingar i miljø saker. Førre-var-prinsippet kan moglegvis stø opp forståinga i etterarbeida. Dette prinsippet, etter naturmangfaldlova § 9, skal brukast for å handtere den usikkerheita som til ei kvar tid finst om miljøkonsekvensar. ²²⁵ Ein sentral del av det strenge proporsjonalitetskravet handlar om å vurdere kor sannsynleg det er at målet vil realiserast og i kor stor grad målet vert realisert opp mot omsynet til den private. ²²⁶ Dersom det er *tvil* om målrealiseringa, vil moglegvis miljøomsynet ikkje få stor vekt i proporsjonalitetsvurderinga, noko som strir mot førre-var-prinsippet. Som Bugge påpeiker, kan likevel ikkje førre-var-prinsippet tolkast for vidt. ²²⁷ Det er mogleg å harmonisere proporsjonalitetskrava og førre-var-prinsippet, slik at førre-var-prinsippet dempar sannsynskravet som ein naturleg del av proporsjonalitetsvurderinga.

Det er dessutan andre føresegner i naturmangfaldlova som meir eller mindre uttrykkeleg opnar for proporsjonalitetsvurderingar i miljø saker. Av § 14 følgjer det at «[t]iltak etter loven her skal avveies mot andre viktige samfunnsinteresser». Omsynet til den enkelte oppdrettar er rett nok ikkje ei viktig samfunnsinteresse. Samstundes kan viktige samfunnsinteresser som konkurranse- og marknadsomsyn vanskeleg sikrast utan at ein samstundes sikrar interessene til den enkelte. Det er under alle omstende

²²³ Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 381.

²²⁴ Det er ikkje tvil om at prinsippet tilseier dette, sjå blant anna nyare høgsterettspraksis der dette er nemnt i Mortensrud-dommen (HR-2019-953-A) avsnitt 61, jf. 75.

²²⁵ Bugge (2019) s. 157.

²²⁶ Sjø 3.3.

²²⁷ Bugge (2019) s. 162.

ikkje naturleg å forstå ordlyden antitetisk, slik at den utelukkar anna enn reine samfunnsmessige interesser.

Vidare går det fram av målet om mangfald av naturtypar i § 4 at «økosyste[m]» skal «ivaretas så langt det anses rimelig». Ordlyden av «så langt det anses rimelig» legg opp til at det må gjerast ei vurdering av målet opp mot middelet. Det same går fram av ei eiga føresegn om omgjerung i naturmangfaldlova § 67, der det er uttrykkeleg bestemt at det skal «tas hensyn til kostnadene en endring eller omgjøring vil medføre for tiltakshaveren og de fordeler og ulemper endring eller omgjøring for øvrig vil medføre». At den lova som er meint å sikre miljøomsynet si sektorovergripande karakter opnar for proporsjonalitetsvurderingar, tilseier etter mitt syn at miljøomsynet i seg sjølv ikkje avskjer omsynet til den private.

Etter dette verkar det ikkje som miljøomsynet etter dei miljørettslege prinsippa, slik dei er formulert i naturmangfaldlova, står i eit direkte motsetnadsforhold til proporsjonalitetsvurderingar. Dermed er argumentasjonsverdien frå etterarbeida moglegvis noko svekka. Samstundes er det opp til departementet å avgjere korleis tredje ledd skal forståast. Poenget frå etterarbeida i den føreliggjande lovtolkinga må vere at miljøomsynet vart sett som overordna uansett situasjonen til oppdrettar. I det vidare vil eg undersøkje om dette òg gjeld etter andre føresegner innan akvakulturretten, blant anna ved omgjerung etter tilgrensande omgjeringsheimlar, som akvakulturlova § 14, forureiningslova § 18 og etableringsforskrifta § 8.

4.4.2 Gjeld proporsjonalitetsvurderingar etter nærleggjande føresegner innan akvakulturretten?

I punkt 3.2.3 gjorde eg greie for at det kan gjelde eit proporsjonalitetsprinsipp innan visse rettsområde. Kjeldene eg har drøfta med nær tilknytning til akvakulturlova § 9 tilseier at det er uklart om dette gjeld for akvakulturretten. I ein nyare lagmannsrettsdom (LG-2021-31955) kom lagmannsretten til at det ikkje gjaldt noko proporsjonalitetskrav ved Mattilsynet si vurdering av ein søknad om auka MTB ved ein lokalitet. Mattilsynet hadde gjort ei konkret vurdering og kome til at auka MTB ville føre til «uakseptabel risiko for smittespredning» etter etableringsforskrifta § 7. Det var etter

lagmannsretten si vurdering ikkje rom for proporsjonalitetskrav etter ei slik vurdering, noko som tilseier at miljøomsynet skal ha avgjerande vekt på akvakulturrettens område. Saka gjaldt likevel tildeling av eit gode, noko som var ein sentral del av lagmannsretten si grunngeving. Spørsmålet er om andre inngrepsheimlar innan akvakulturretten likevel tilseier at proporsjonalitetsprinsippet gjeld innan akvakulturretten, eller om miljøomsynet får ei like avgjerande rolle òg for desse føresegna.

Som vi allereie har sett, opnar omgjeringsheimelen i naturmangfaldlova § 67 openbert for proporsjonalitetsvurderingar. I likskap med omgjeringsheimlane i akvakulturlova § 14, forureiningslova § 18 og etableringsforskrifta § 8, inneber òg naturmangfaldlova sin omgjeringsheimel ein uttrykkeleg terskel i «vesentlege skadevirkningar». ²²⁸ At det ikkje går fram ein slik terskel av akvakulturlova § 9, kan kome av at meininga er at høvet til å omgjere skal vere opnare enn elles på miljørettens område. Dette svekker eventuell overføringsverdi frå andre nærliggjande heimlar. Eg ser likevel grunn til å sjå nærmare på kjelder av relevans frå forureiningslova § 18 og etableringsforskrifta § 8.

Ein vesentleg skilnad mellom forureiningslova § 18 og akvakulturlova § 9 at førstnemnde seier det skal «tas hensyn til kostnadene en endring eller omgjøring vil påføre forurenseren og de fordeler og ulemper endring eller omgjøring for øvrig vil medføre». ²²⁹ Ordlyden gjev dermed ei plikt til å gjere ei proporsjonalitetsvurdering i streng forstand dersom ein vurderer å omgjere eit utsleppsløyve. Slik vart føresegna òg forstått i Fett- og lim-dommen (Rt. 1995 s. 738), der eit sentralt spørsmål for Høgsteretts kjæremålsutval var om proporsjonalitetskravet òg gjaldt omgjøring «i alle tilfeller [...] når det har gått 10 år». ²³⁰ Denne omgjeringsgrunnen går fram av tredje ledd, og er klart nok svært vid sidan den nemnte terskelen ikkje gjeld her. Likevel kom Høgsterett til at kravet om proporsjonalitet òg gjaldt denne tilsynelatande frie moglegheita til å omgjere etter 10 år. ²³¹

²²⁸ Terskelskilnaden er omtala i 1.1.3.

²²⁹ Forureiningslova § 18 fjerde ledd.

²³⁰ Rt. 1995 s. 738 på s. 742.

²³¹ Det same går fram av forvaltningspraksis, sjå dømesvis Klima- og forurensingsdirektoratet ref. 2017/8801, kommentert av Tøssebro (2021) s. 334 Klima og forurensingsdirektoratet ref. 2011/684.1, kommentert av Tøssebro (2021) s. 393. Sjø òg Backer (1991) s. 627–632.

Dette tilseier at skilnadar i terskelspørsmålet ikkje nødvendigvis inneber at det ikkje gjeld proporsjonalitetskrav.

Eit anna døme på at forvaltninga gjer proporsjonalitetsvurderingar og ved miljøinngrep på akvakulturrettens område finst i etableringsforskrifta § 8. Inngrepsheimelen gjeld tilfelle der den enkelte oppdrettar sjølv har brote med Mattilsynet si lusegrense fleire gonger. Det er altså snakk om tekniske krav til lusemengd og lusestorleik. I Mattilsynet si eiga rettleiing til sakshandsaminga er det påpeika at ein skal ta omsyn til ulempene for oppdrettaren og den samfunnsmessige vinsten i omgjeringsvurderinga.²³² Ein skilnad til akvakulturlova § 9 er likevel at det er tale om individuelle forhold på lokalitetsnivå. Føresegna er dermed av individuell karakter, i motsetnad til den generelle karakteren av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Det er meir naturleg med individuelle vurderingar dersom det er individuelle tilhøve som grunnleggjend inngrepet.

4.4.3 Bindande miljørettslege plikter

Det kan verke kunstig å tale om proporsjonalitetsvurderingar dersom ein har eit ansvar for at miljøomsynet skal få gjennomslag. Noreg er bunde av internasjonale konvensjonar som forvaltninga har plikt til å etterleve, og som kan innebere at det føreligg plikt til å omgjere i konkrete tilfelle. Til dømes er Noreg bunden av NASCO, som inneber at Noreg er særskilt forplikta til å ta vare på villaksen, og av OSPAR, som inneber at Noreg er forplikta til å sikre det marine miljøet.²³³

Eit anna døme er vassdirektivet frå EØS-retten, som stiller opp ufråvikelege strenge miljøkvalitetsnormer for vatn. Eg har ikkje rom til

²³² Mattilsynet, 09.06.2016 «Midlertidig reduksjon av godkjent lokalitetsbiomasse på grunn av vesentlige overskridelser av lusegrensen», https://www.mattilsynet.no/fisk_og_akvakultur/fiskehelse/fiske_og_skjellsykdommer/lakselus/retningslinje_midlertidig_reduksjon_av_produksjon_paa_grunn_av_vesentlige_overskridelser_av_lusegrensen.23019/binary/Retningslinje%20Midlertidig%20reduksjon%20av%20produksjon%20p%C3%A5%20grunn%20av%20vesentlige%20overskridelser%20av%20lusegrensen [sist besøkt 20.07.2021] Sjå òg Mellbye (2018) s. 187.

²³³ Convention For The Conservation Of Salmon In The North Atlantic Ocean (NASCO), 1. Oktober 1983, s. 7, Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR) 22. september 1992.

å handsame vassdirektivet til det fulle, men vil halde meg til å konstatere at det vert stilt krav til vasskvaliteten, som må gjennomførast i norsk rett. Det vert ikkje stilt krav til sjølve gjennomføringa, og forvaltninga kan dermed nytte dei heimlane som høver seg.²³⁴ Sånn sett er det ikkje mogleg å seie at vassdirektivet gjev ei plikt til å omgjere etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, sidan forvaltninga kan nytte andre verkemiddel. Men det er klart at dersom akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a er heimel i ei gitt sak, eller dersom det er den einaste heimelen som strekk til, vert det kunstig å stille opp eit proporsjonalitetsprinsipp. Ein kan såleis seie det i slike tilfelle kan dreie seg om ei indirekte plikt for forvaltninga til å omgjere av miljøomsynet, noko som stør opp under at det er eit tvingande omsyn som stengjer for individuelle proporsjonalitetsvurderingar.

Forvaltninga er òg bunden av Grunnlova § 112 tredje ledd, som seier at «[d]ei statlege styresmaktene skal setje i verk tiltak som gjennomfører» grunnsetningane i første og andre ledd. Som nemnt i 2.2.2 går grunnsetninga i første ledd ut på at alle har «rett» til ein «natur der produksjonsevna og mangfaldet blir haldne ved lag». Dersom det er usikkerheit rundt ein mogleg miljøskade i sjøen, tilseier § 112 at det gjeld ei viss plikt til å endre det enkelte lokalitetsløyve. I eit slikt scenario passar ikkje proporsjonalitetsvurderingar inn, fordi spørsmålet i sin natur går ut på korleis plikta best kan gjennomførast. Dette tilseier at miljøomsynet, og pliktene forvaltninga har til å sikre det, er uforeinleg med det strenge proporsjonalitetskravet. At noko ikkje passar i lag, er likevel ikkje eit argument med avgjerande rettskjeldemessig vekt. Det gjev likevel god stønad til synspunkta frå etterarbeida om at miljøomsynet ikkje er eit av fleire vurderingsmoment i omgjeringsvurderinga, men ein føresetnad for vidare drift.

4.4.4 Rettsutvikling i synet på korleis ein sikrar miljøomsynet i akvakulturretten?

I tillegg til at plikta etter tredje ledd i Grunnlova § 112 talar for reine miljøvurderingar etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, fungerer

²³⁴ Gabrielsen (2020) s. 110.

grunnlovsføresegna òg som tolkingsprinsipp.²³⁵ Som tolkingsprinsipp vil Grunnlova § 112 stø opp under tolkingsalternativet som i størst grad realiserer miljøomsynet. Vidare er dynamisk tolking eit særleg trekk ved grunnlovstolking. Det er dermed nærliggjande at tolkingsbidraget Grunnlova § 112 stø opp under, vert tolka i tråd med samfunnsutviklinga.²³⁶

Av dei argumenta frå miljørettslege kjelder eg no har vore gjennom, er det dei nyaste rettskjeldene som tilseier reine miljøvurderingar. Dei miljørettslege kjeldene som tilseier at det gjeld eit strengt proporsjonalitetskrav, er typisk av eldre dato. Dette gjeld blant anna opninga for proporsjonalitetsvurderingar etter naturmangfaldlova og andre nærliggjande omgjeringsheimlar. Etter mitt syn er det på det reine at forståinga av miljøomsynet i omgjeringsvurderingar i *akvakulturetten* har endra seg relativt drastisk frå førearbeida til oppdretslova og fram til Prop. 95 L. Som vi såg i førearbeida til oppdretslova, vart det der lagt trykk på at det «stilles strengere krav for å kunne trekke en gitt tillatelse tilbake enn for å avslå en søknad».²³⁷ Etter mi forståing tilseier Prop. 95 L motsetnadvis at det *ikkje* skal meir til fordi miljøomsynet i seg sjølv er av tvingande karakter. Det same tilseier lagmannsrettsdommen LG-2021-31955, som illustrerer miljøomsynet si gjennomslagskraft, og som får ein del rettskjeldemessig vekt i tolkinga sett opp mot det samla rettskjeldebiletet.²³⁸

At eit omsyn kan vere av tvingande karakter på denne måten, får til ei viss grad stønad i uttalar frå forvaltningslovutvalet. Dermed kan synet i Prop. 95 L moglegvis sjåast som eit *utslag* av ei rettsutvikling når det gjeld synet på miljøomsynet i akvakulturetten. Nygaard skriv at sjølv om etterarbeid ofte må få lite rettskjeldemessig vekt isolert, vil «lovgjevarens utseger ofte svara til samfunnssynet».²³⁹ Av den grunn gjev Prop. 95 L *uttrykk* for ei samfunns- og rettsutvikling. I lys av Grunnlova § 112 vil ei slik rettsutvikling tilseie at det ikkje gjeld eit strengt proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

²³⁵ Sjø 2.2.2.

²³⁶ Høgberg/Høgberg (2019) s. 243.

²³⁷ Ot.prp. nr. 53 (1984–1985) s. 13.

²³⁸ Anke til Høgsterett vart ikkje fremja i saka, jf. HR-2022-228-U.

²³⁹ Nygaard (2004) s. 204.

4.5 Oppsummering og vegen vidare

I dette kapittelet har eg funne at vilkåra i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a legg opp til ei vurdering av om omgjerunga er eigna og naudsynt, men at det er høgst usikkert om det gjeld eit krav om strengt proporsjonale vedtak. Ordlyden «ut fra» tilseier med ein del vekt at det skal gjerast ei rein miljørettsleg vurdering, men ordlyden avskjer ikkje omsynet til den enkelte oppdrettar heller. Eldre førearbeid taler klart i retning av at den enkelte oppdrettar er relevant, og dette vert stadfesta i andre tilgrensande omgjeringsheimlar. Men dette synet møter motstand i førearbeida til lova som gjev tilvising til reint generelle miljøvurderingar, og synet vert uttrykkeleg avslått i etterarbeida. Sjølv om noko av argumentasjonen i etterarbeida slår sprekker, er hovudbodskapen at det ikkje er rom for omsynet til den enkelte oppdrettar i dagens akvakulturretslege miljøvurderingar. Sett i lys av Grunnlova § 112, er det mest nærliggjande tolkingsalternativet ut ifrå *vilkåra i lova* at kravet om streng proporsjonalitet ikkje gjeld.

Som nemnt ovanfor, vil ein tilhengjar av den eksklusive grunnposisjonen dermed seie det ikkje gjeld proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Dersom ein er tilhengjar av den generelle grunnposisjonen, er det likevel klart at ingen positive kjelder avviser proporsjonalitetskrava og at det dermed gjeld etter føresegna.²⁴⁰ Døra er heller ikkje heilt lukka for tilhengjarar av den spesielle grunnposisjonen. Kjeldene eg har nytta til no gjev i hovudsak berre reint akvakulturmiljørettslege tolkingsbidrag. Sidan ingen av dei autoritative kjeldene gjev avgjerande tolkingsbidrag, kan det framleis vere gode rettskjeldemessige grunnar for at det gjeld proporsjonalitetskrav etter ei tolking i lys av vilkårlæra, den ulovfesta omgjeringsregelen, Grunnlova § 97 og EMK TP 1-1. Eg byrjar med å undersøkje faktisk likskap til vilkårlæra i kapittel 5.

²⁴⁰ Sjå 3.2.3 om grunnposisjonane.

5 Proporsjonalitetskrav med grunnlag i vilkårs læra?

5.1 Innleiing

I dette kapittelet vil eg byrje å undersøkje kva kjeldene frå den alminnelege forvaltningsretten har å seie for tolkinga av ein spesiell forvaltningsrettsheimel. Vil kårs læra er ei ulovfesta forvaltningsrettsleg læra som går ut på at forvaltninga kan stille tyngande vilkår til eit elles gunstig vedtak dersom vilkåret er føremålstenleg, sakleg og proporsjonalt.²⁴¹ Læra gjer seg gjeldande dersom sjølve vedtaket er gjort på bakgrunn av forvaltningsskjønn og dersom lova ikkje allereie har regulert innhaldet av vilkåret fullt ut. Det er på det reine at vilkårs læra gjeld ved *tildeling* av akvakulturloyve.²⁴² Spørsmålet er om vilkårs læra, grunna *likskap* til omgjeri ng, har slik overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a at det gjeld proporsjonalitetskrav ved omgjeri ng. Eg drøftar altså ikkje om vilkårs læra gjer seg direkte gjeldande, men om koherens- og likskapsomsyn tilseier at den ulovfesta vilkårs læra må sjåast som ein slags bakgrunnsrett ved tolkinga.

For å løyse dette spørsmålet, lyt eg først klargjere om det gjer seg gjeldande faktiske realitetsskilnadar mellom vilkårsstilling og omgjeri ng. Her vil eg særleg vurdere om vilkårs læra regulerer etterfølgjande vilkårsstilling. Deretter vil eg drøfte det noko spesielle tilfellet at omgjeri ngssåtgangen er bestemt som eit atterhald i løyvet. Eit slikt atterhald kan nemleg sjåast som eit vilkår, og i så fall kan vil det vere meir nærliggjande at dei same krava skal gjelde for omgjeri ng.

²⁴¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 417–418, Graver (2019) s. 281.

²⁴² Ot.prp.nr 61 (2004–2005) s. 33 for selskapsloyve, det same gjeld lokalitetsloyve, sjå same førearbeid s. 60.

5.2 Skilnadar mellom vilkårsstilling, etterfølgjande vilkårsstilling og omgjerung

I konsesjonsrettsleg samanheng er det ofte stort behov for utstrekt bruk av vilkår *ved tildeling*, for å sikre ressursen konsesjonshavar får utnytte. Som Myklebust peiker på, er det difor i «norsk rett [...] lang tradisjon for at det offentlege gjennom konsesjonsvilkår [...] *i stor grad kan setje tyngjande vilkår* som kan vere med å gjenopprette ein balanse mellom bruk og vern eller mellom eksklusiv bruk og allemannsrett eller annan allmenn bruk». ²⁴³ Vilårsstilling vert legitimert ved tanken; frå det meir til det mindre. Når forvaltninga like greitt kan gje fullstendig avslag på eit vedtak, bør dei i staden kunne velje å gje vedtak med tyngjande føresetnadar. ²⁴⁴

Omgjerung kjem i ei anna rettsleg stilling, då omgjerung kan vere ei rekke typar tiltak som kjem i tida *etter tildeling*a. Ved sidan av fullstendig tilbaketrekking, kan det òg dreie seg om å til dømes stille ytterlegare vilkår om miljøovervaking, eller endre driftsvilkår. ²⁴⁵ I akvakultursamanheng vil omgjerung i dei fleste tilfelle dreie seg om å endre vilkår, sidan vilkåra i løyva regulerer den konkrete verksemda ved sida av gjeldande lover og forskrifter.

Ein vesentleg skilnad mellom opphavelge vilkår og omgjerung er at den private veit om dei opphavelge vilkåra ved tildeling, medan omgjerung kan kome brått på. Skilnadane tilseier at det ikkje er grunn til at vilkårlæra i utgangspunktet kan ha slik overføringsverdi til ein omgjerungsheimel som akvakulturlova § 9, og at reglane såleis ikkje bør innehalde same krav. Men det har vist seg at vilkårlæra ikkje berre gjer seg gjeldande ved opphavelge vilkårsstilling, den har òg kome til bruk ved *etterfølgjande vilkårsstilling* på ulovfesta grunnlag.

Dommen Glacier blue (Rt. 1961 s. 297) tilseier at vilkårlæra gjer seg gjeldande òg ved etterfølgjande vilkårsstilling. Ein person hadde fått kjøpeløyve på «en stk. begravelsesbil», som han nytta til å kjøpe ein bil i

²⁴³ Myklebust (2013) s. 123, mi utheving.

²⁴⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 417.

²⁴⁵ Det går uttrykkeleg fram av Ot.prp.nr. 61 (2004–2005) s. 62 at akvakulturlova § 9 regulerer etterfølgjande vilkårsstilling.

fargen glacier blue. Ei stund etter kjøpet gav Vegdirektoratet pålegg om at bilen skulle svartlakkerast. Sjølv om dette vilkåret om svartlakkering kom ei tid etter det gunstige vedtaket, vart det stilt innhaldsmessige krav til vilkåret. Tøssebro forstår dommen som «et eksempel på forvaltningens adgang til å stille etterfølgende krav», der ho handsamar vilkårslæra.²⁴⁶ Det er likevel mogleg at Høgsterett heller forstod vilkåret som ein underliggjande føresetnad ved tildelinga av kjøpeløyvet.²⁴⁷ At det kan vere vanskeleg å skilje mellom stilleiande føresetnadar og etterfølgjande vilkår, tilseier at vilkårslæra prinsipielt sett òg gjeld ved etterfølgjande vilkår.

Eit liknande problem finn ein i Huttiheita (Rt. 1961 s. 1049). Der fekk ein drosjesjåfør pålegg om å flytte haldeplassen sin til ein stad der inntekta ikkje ville vore leveleg. Då sjåføren fekk drosjeløyvet vart det samstundes bestemt at forvaltninga kunne «pålegge de vilkår» som var naudsynte i løpet av perioden løyvet gjaldt.²⁴⁸ Men Høgsterett kom til at dette atterhaldet ikkje kunne omfatte eit så inngripande pålegg. Vilket vart difor vurdert ugyldig, sjølv om vilkåret vart stilt etter at drosjeløyvet vart gitt. Dermed talar høgsterettspraksis for at vilkårslæra regulerer etterfølgjande vilkårsstilling.

Etter mitt syn taler uansett dei beste grunnar for at vilkårslæra etter omstenda kan gjere seg gjeldande ved etterfølgjande vilkårsstilling. Det ville vore inkonsekvent om vilkårslæra skulle ha gjort seg gjeldande ved tildeling av konsesjonar, men ikkje ved etterfølgjande vilkårsstilling. Det vert som nemnt gitt omfattande vilkår i konsesjonen, og det bør ikkje vere opning for at forvaltninga kan vente med å stille ytterlegare vilkår til proporsjonalitetskravet ikkje gjeld. Etter dette må vilkårslæra i prinsippet gjelde etterfølgjande vilkår.

Dei nemnde dommane er likevel gamle. Dersom sakene hadde kome opp i dag, ville nok forvaltninga ha nytta ein omgjeringsheimel som rettsleg grunnlag for etterfølgjande vilkårsstilling. Men drøftinga ovanfor skulle tilseie at vilkårslæra kan gjere seg gjeldande ved sidan

²⁴⁶ Tøssebro (2021) s. 391.

²⁴⁷ Mestad (1986) s. 40–41.

²⁴⁸ På s. 1053.

av omgjeringsheimelen, dersom vilkårsstillinga ikkje er fullt ut rettsleg styrt. Dei meir problematiske sidene av denne overlappinga mellom vilkårs læra og omgjeringsreglane er ikkje drøfta inngåande i teorien. Sannsynlegvis kjem dette av at omgjeringsreglane ofte gjev ein høgare terskel for å akseptere inngrep enn vilkårs læra, og det vert dermed ikkje tale om kva vilkårs læra tilseier i dei tilfella. Smith viser til den relativt strenge ulovfesta omgjeringsregelen, og uttalar at den «innebærer at det neppe noen gang vil være adgang til etterfølgende å skjerpe eller fastsette nye vilkår for visse ytelser som allerede er tilstått, f.eks. sosialhjelp». ²⁴⁹ Vil kårs læra sine innhaldskrav kjem ikkje til bruk sidan den allmenne omgjeringsregelen uansett er strengare. Men tolkinga i kapittel 4 viste at terskelen for å omgjere eit akvakulturløyve etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, ikkje nødvendigvis er høgare enn at Fiskeridirektoratet vurderer ei miljøutfordring som uforsvarleg. Dersom vilkårs læra gjeld ved sidan av omgjeringsreglar i den allmenne forvaltningsretten, vert den ein slags bakgrunnsrett for akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, som tilseier at det gjeld eit klart krav om proporsjonalitet.

5.3 Atterhald om omgjerung ved tildeling

Ein annan faktor som gjer vilkårs læra sitt proporsjonalitetskrav nærliggjande ved tolkinga av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, er at det nokre gonger vert stilt atterhald om omgjerung i akvakulturløyva. ²⁵⁰ Dette opnar forvaltningslova § 35 for, der det går fram at «adgangen til å omgjøre» kan følgje av «vedtaket sjølv». Til dømes vart eit slikt vilkår stilt i eit forvaltningsvedtak frå Troms Fylkeskommune. I lokalitetsløyvet tok forvaltninga «forbehold om å kunne kreve reduksjon av anleggets

²⁴⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 421. Graver (2019) s. 286 skriv òg om nokre ulike omgjeringsheimlar i samband med etterfølgjande vilkår. Sjå 6.2.1. om den ulovfesta omgjeringsregelen.

²⁵⁰ Mestad (1986) s. 56.

størrelse, eventuelt fjerning av anlegget ved mislighold av vilkårene gitt i tillatelsen eller dersom forholdene skulle tilsi det».²⁵¹

Slike atterhald er i realiteten vilkår for det gunstige akvakulturløyve, som er gitt på bakgrunn av forvaltningsskjønn. Dette skulle tilseie at vilkårs læra gjer seg direkte gjeldande for slike atterhald.²⁵² Fleire har tatt til orde for at sjølve omgjeringa må vere proporsjonal dersom det er stilt atterhald om omgjeriing i løyvet.²⁵³ Det verkar òg som forvaltningslovutvalet meiner at vilkårs læra gjer seg gjeldande ved bruk av atterhald, sidan «[e]t spesifisert forbehold kan klargjøre og utvide omgjøringsadgangen, men en omgjøring som skjer i medhold av forbeholdet, må likevel ikke fremstå som et klart uforholdsmessig tiltak».²⁵⁴ Dette gjev uttrykk for at sjølve omgjeriing må vere proporsjonal dersom det er stilt atterhald om omgjeriing i løyvet. Dersom ei omgjeriing må vere proporsjonal fordi det er stilt atterhald i akvakulturløyvet, bør det same kravet gjelde for andre omgjøringsgrunnlag òg.

Ein kan spørje om det rettspolitisk sett er føremålstenleg at forvaltninga kan spesifisere høvet til omgjeriing i løyvet, når omgjøringshøvet elles er lovregulert. I til dømes LG-1994-313 tok lagmannsretten opp spørsmålet om eit atterhald om omgjeriing i eit utsleppsløyve utvida omgjøringsåtgangen i høve til oppdrettaren. Dette viser at slike atterhald potensielt kan føre til forskjellshandsaming, sjølv om forvaltninga har stilt atterhaldet av pedagogiske grunnar. Etter mitt syn talar gode grunnar for at denne rettstilstanden ikkje bør vidareførast i ny forvaltningslov, sjølv om det er foreslått vidareført i NOU 2019: 5.²⁵⁵

²⁵¹ Troms fylkeskommune 02.10.2015, Karvika i Kvænangen kommune, s. 11. Sjå eit anna dømme i Fiskeridirektoratet, 04.10.2018, Seiskjæra i Åfjord kommune, s. 8: «Fiskeridirektoratets regionkontor kan treffe vedtak om å endre eller trekke tilbake tillatelsen på grunnlag av observasjoner i overvåkingsprogrammet, jf. akvakulturloven § 9 første ledd bokstav a.»

²⁵² Sjå i same retning Bernt/Rasmussen (2010) s. 332.

²⁵³ Graver (2019) s. 519, Backer (1986) s. 630, Woxholt (2011) s. 580, Tøssebro (2018) s. 657–662 og Frihagen (1992) s. 50.

²⁵⁴ NOU 2019: 5 s. 403, jf. s. 413.

²⁵⁵ I NOU 2019: 5 s. 617 er høvet til å stille vilkår om omgjeriing vidareført.

5.4 Frå det mindre til det meir?

Det er fleire grunnar til at likskapen til vilkårsstilling tilseier at det bør vere ein presumpsjon for proporsjonalitetskrav og etter spesialreguleringar som akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Koherens- og systemomsyn tilseier at dei same krava som gjeld etterfølgjande vilkårsstilling og omgjerung etter atterhald bør gjelde for dei lovregulerte omgjerungane etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Terminologiske og juridisk-tekniske skilnadar på fenomen bør ikkje få realitetsskilnad for den enkelte oppdrettar som opplever myndigheitsutøvinga.

Omgjerung vil ofte vere meir inngripande enn etterfølgjande vilkårsstilling, dersom det er tale om fullstendig tilbaketrekking. Kravet om proporsjonalitet handlar om å trygge at forvaltninga har sikra rettstryggleiken, og det vil vere større grunn til å sikre rettstryggleiken til den private ved omgjerung enn ved vilkårsstilling. Dette argumentet kan skrivast om til ein tanke om at proporsjonalitetskravet bør overførast frå det mindre (vilkårsstilling) til det meir (omgjerung). Det gjer det dess meir naturleg med eit proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

Rettskjeldemessig er det reelle omsyn som stør opp under overføringsverdien frå vilkårslova til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Sett opp mot at ordlyden og lovarbeid talar i motsett retning, kan ikkje slik overføringsverdi få avgjerande vekt. I forvaltningsretten er likevel rettstryggleiksomsynet særleg sentralt. Dette er difor eit relativt tungtvegande argument for at det gjeld eit proporsjonalitetsprinsipp etter akvakulturlova § 9.

Noko som kunne ha å svekka overføringsverdien til ein viss grad, er det rettskjeldemessige grunnlaget for proporsjonalitetskravet etter vilkårslova. Dette vart først drøfta av Bernt i 1977, der han såg det som naudsynt å supplere vilkårslova sitt føremålskrav med «en 'forholdsmessighetsgrunnsetning'». ²⁵⁶ Men Harbo gjev uttrykk for at det ikkje er sikkert domstolane meinte å innføre ei kvalitativ anna norm enn

²⁵⁶ Bernt (1977) s. 75.

norma etter misbrukslære.²⁵⁷ Det kan rett nok verke som at vilkårlære sitt proporsjonalitetskrav kom inn i norsk rett noko tilfeldig. Det kan likevel ikkje vere tvilsamt at proporsjonalitetskravet gjeld med det innhald eg har skildra i 3.2. På bakgrunn av høgsterettspraksis er proporsjonalitetskrava etter vilkårlære skildra slik i teorien, og rettstilstanden er føreslått lovfesta i ny forvaltningslov.²⁵⁸

²⁵⁷ Harbo (2015b) s. 520.

²⁵⁸ Sjø dømesvis Sykkelveg (Rt. 2003 s. 764, avsnitt 83), Rt. 2008 s. 1110, Rt. 2010 s. 612 (avsnitt 31) og dømesvis NOU 2019: 5 s. 545, Tøssebro (2018) s. 661, Østenstad (2015) s. 115, Eckhoff/Smith (2018) s. 416, Graver (2019) s. 281 og Frihagen (1991) s. 316.

6 Proporsjonalitetskrav med grunnlag i allmenne reglar

6.1 Innleiing

Dei allmenne forvaltningsrettslege omgjeringsreglane, Grunnlova § 97 og EMK TP 1-1 er alle meir allmenne reglar enn akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, som på sine måtar sikrar omsynet til den private part sine rettkomne forventningar. Den meir isolerte tolkinga av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a tyda motsetnadsviis på at omgjerung kjem an på ei rein miljøfagleg vurdering, der miljøomsynet tilseier at oppdretteren står stilt som om akvakulturloyva ikkje er gitt. I dette kapittelet er spørsmålet om ein, til trass for ei slik tolking, må falle tilbake på dei allmenne forvaltningsrettslege reglane med tolkingsbidrag frå statsretten og menneskerettane. Koherens- og systemomsyn kan tilseie at ein bør tolke i tråd med det ein kan kalle bakgrunnsretten, fordi det er naturleg at akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a tryggar same omsyn som dei allmenne reglane. Eg vil byrje med å greie ut om dei allmenne reglane eg vil nytte i tolkinga, der det sentrale spørsmålet er kva omsyn dei tryggar og om det gjeld proporsjonalitetskrav etter reglane. Deretter drøftar eg samla kva overføringsverdi reglane har til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

6.2 Allmenne reglar som tryggar etablerte posisjonar

6.2.1 Den ulovfesta allmenne omgjeringsregelen

Som tidlegare nemnt, er akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a ei spesialregulering av omgjeringshøvet. Dei alminnelege omgjeringsreglane følgjer av forvaltningslova § 35. Frå første til fjerde ledd er det gitt ulike omgjeringsheimlar. Eit døme er tredje ledd, som sikrar omsynet til internkontroll i forvaltninga. Eg går ikkje lengre inn på omgjeringsreglar som sikrar andre omsyn, då dei ikkje vil ha overføringsverdi. Det er femte

ledd i forvaltningslova § 35 som vert særleg interessant for tolkinga av akvakulturlova § 9. Det følger av denne at forvaltninga kan omgjere i medhald av «alminnelige forvaltningsrettslige regler». Sistnemnde viser til den ulovfesta omgjeringsregelen, som går ut på at ein kan omgjere dersom *omsyna som talar for omgjerung veg vesentleg tyngre enn omsyna som talar mot*.²⁵⁹ Regelen har grunnlaget sitt i sedvanerett som eksisterte før forvaltningslova § 35 vart kodifisert,²⁶⁰ og det er difor nærliggjande å sjå til den ulovfesta regelen ved tolkinga av spesialreglar som akvakulturlova § 9. Forvaltningslovutvalet har føreslått å lovfeste den ulovfesta omgjeringsregelen etter sitt innhald.²⁶¹

Sjølv om det føreligg ein viss praksis som handlar om ulovfesta omgjerung, er i alle fall høgsterettspraksis knapp.²⁶² Generelt sett kan lite rettspraksis på eit ulovfesta område gå utover ei sikker rettsoppfatning om kva regelen går ut på. Innhaldet av regelen har likevel vorte samanfatta og systematisert i teorien på ein slik måte at innhaldet vert sett som fastna. I korte trekk vil eg no gjere greie for dei sentrale vurderingsmomenta i den heilskaplege interesseavveginga. Som Tøssebro peiker på, er momenta graduelle, og vurderinga er heilt konkret i kvar enkelt sak.²⁶³

På den eine sida står det offentlege omsynet som grunnleggjend omgjerung. Kva som kan reknast som tungtvegande offentleg omsyn, vil variere over tid, og det kan lettare sjåast som tungtvegande dersom forvaltninga har stort styringsbehov på området.²⁶⁴ Det aktuelle omsynet i denne framstillinga er miljøomsynet, som er eit sektorovergripande, grunnlovstrygga omsyn som klart nok ofte vil vege tungt i slike konkrete heilskaplege interesseavvegingar. Når ein skal vurdere det tungtvegande omsynet sin relative verdi i interesseavveginga, er òg arten av grunnlaget

²⁵⁹ Frihagen (1992) s. 51, Tøssebro (2021) s. 146, Eckhoff/Smith (2018) s. 314, Graver (2019) s. 521 og Bernt/Rasmussen (2010) s. 335.

²⁶⁰ Sjå Graver (2019) som viser til sedvanerett på s. 421, men så seinare til «rettspraksis, forvaltningspraksis og den alminnelige rettsoppfatning» på side 521. Frihagen (1992) viser til sedvane, slik eg forstår han, på s. 24.

²⁶¹ NOU 2019: 5 s. 618.

²⁶² Tøssebro (2021) s. 146–147.

²⁶³ *Ibid.* s. 370.

²⁶⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 314, Graver (2019) s. 521 og Frihagen (1992) s. 53.

for omgjerung av relevans.²⁶⁵ Det skal til dømes meir til for å omgjere dersom forvaltninga berre har gjort ei ny skjønsmessig vurdering enn dersom det er kome nye fakta på bordet som tilseier at det opphævelege vedtaket ikkje lenger har heimel.²⁶⁶

På den andre sida står omsynet til den private parten som har fått eit enkeltvedtak å halde seg til. Først og fremst vil grad av *innretting* i det konkrete tilfellet spele ei sentral rolle.²⁶⁷ Innrettingsomsynet står ikkje like sterkt dersom den private har avslutta verksemda eller ikkje fått byrja. I denne samanhengen vil det òg vere sentralt kor store endringar det er snakk om.²⁶⁸ Omgjeringa vil berre vere problematisk i den grad det påfører den private part tap. Dersom sentrale offentlege omsyn kan sikrast gjennom små endringar som ikkje går utover den private i nemneverdig grad, vil det ikkje sjåast som like inngripande.

I den heilskaplege interesseavveginga etter den ulovfesta regelen kan det òg vere relevant om forvaltninga har gitt ei særleg tilsegn som kan gje den private part ei styrka rettkomen forventning.²⁶⁹ Dette er ikkje berre fordi den private i mindre grad vil kunne vente ei endring, men òg fordi det rettsleg sett skal meir til for å gjere om på avtalte plikter enn for å gjere om på eit enkeltvedtak.²⁷⁰ Slike tilsegner kan òg gå ut på at den private får erstatning ved omgjerung. Ved omgjerung av akvakulturløyve er det ikkje nærliggjande at den private får erstatning.²⁷¹ Vurderingsmomentet er heller ikkje elles særleg praktisk, med mindre det offentlege har gitt uttrykkelege og konkrete lovnadar om erstatning ved omgjerung.

²⁶⁵ Tøssebro (2021) s. 375.

²⁶⁶ Graver (2019) s. 521, Frihagen (1992) s. 53, Woxholt (2011) s. 582 og i den retning Tøssebro (2021) s. 336 sml. s. 376.

²⁶⁷ Sjø NUT 1958: 3 s. 236, jf. 241, Eckhoff/Smith (2018) s. 315 og Graver (2019) s. 522.

²⁶⁸ Graver (2019) s. 522.

²⁶⁹ Graver (2019) s. 522.

²⁷⁰ Eckhoff/Smith (2018) s. 316.

²⁷¹ Det følgjer av førearbeida til akvakulturløva at «[e]tter departementets vurdering bør det ikke ytes erstatning for tap som følge av slike forbud eller pålegg», jf. Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 25, i tillegg til at den relative nye dommen i HR-2019-2396-A tilseier at det skal mykje til før staten vert objektivt ansvarleg. Sjø òg Eckhoff/Smith (2018) s. 320.

Denne korte gjennomgangen av dei sentrale momenta i interesseavveginga viser at det er tale om ei brei vurdering, med ein relativt høg terskel for å akseptere omgjeringsregulering. Med tanke på problemstillinga om proporsjonalitet etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, er det særleg sentralt om denne interesseavveginga er ei proporsjonalitetsvurdering med dei tre proporsjonalitetskrava om at tiltaket må vere eigna, naudsynt og strengt proporsjonalt. I så fall vil eventuelle likskapssynsmåtar frå den ulovfesta allmenne omgjeringsregelen kunne tilseie at proporsjonalitetskrava gjeld etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a òg. Eg vil gjere ei sjølvstendig vurdering av om proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande etter den ulovfesta regelen, før eg undersøker eventuell praksis og teori. I drøftinga nyttar eg døme frå akvakulturens område, sjølv om dette klart nok er spesialregulert i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

Det offentlege omsynet bak omgjeringsreguleringa vil ikkje vere tungtvegande nok for omgjeringsregulering etter den ulovfesta regelen dersom omgjeringsreguleringa ikkje er eigna til å realisere omsynet. Dersom problemet ved ein fjord dømesvis er dårleg luftkvalitet, vil ikkje omgjeringsregulering av til dømes eit lokalitetsløype oppnå føremålet med god luftkvalitet, sjølv om det er eit aldri så tungtvegande omsyn i seg sjølv. Innrettingsomsynet tilseier det same, då oppdrettaren kan vere førebudd på omgjeringsregulering ut ifrå tilhøve i sjøen, men ikkje i lufta. Det ligg klart implisitt i vurderingsmomenta at tiltaket må vere eigna.

Vidare tilseier vurderingsmomenta at det er sentralt om andre mindre inngripande tiltak er eigna til å realisere det offentlege omsynet etter den ulovfesta omgjeringsregelen. Spesielt vurderingsmomentet om kor store endringar det er snakk om, synar dette aspektet. Dersom miljøskaden dømesvis er forureining på sjøbotnen, bør forvaltninga først stille vilkår om reinsking for lokalitetsløyvet vert omgjort. Omsyna som talar for total omgjeringsregulering vil neppe vege vesentleg tyngre enn omsyna til den private parten dersom føremålet kan sikrast med mindre inngripande tiltak. Dermed er det heller ikkje tvilsamt at proporsjonalitetskravet om at tiltaket må vere naudsynt ligg implisitt i omgjeringsvurderinga.

Det tredje proporsjonalitetskravet ligg i kjernen av sjølvne vurderinga etter den ulovfesta regelen. Vurderingstemaet etter den ulovfesta omgje-

ringsregelen om at omsyna for omgjerung må vege vesentleg tyngre enn omsyna mot, har ingen kjent realitetsskilnad til det tredje proporsjonalitetskravet. Det vil vere tale om den same interesseavveginga, sjølv om det er på det reine at det er ein høg terskel etter den ulovfesta regelen.

I ein lagmannsrettsdom som dreia seg om ulovfesta omgjerung seier retten følgjande:

«det skal foretas en interesseavveining eller *forholdsmessighetsvurdering*, der de hensyn som taler for omgjøring må veie vesentlig tyngre enn de hensyn som taler mot, for at en omgjøring skal stå seg».²⁷²

Lagmannsrettsdommen stør opp under forståinga mi ovanfor, og det finst ikkje Høgsterettspraksis som tilseier noko anna.²⁷³ Tøssebro viser til lagmannsrettsdommen under ei utgreiing om proporsjonalitetsprinsippet sin plass i forvaltningsretten.²⁷⁴ Sjølv om ho viser til dommen, skriv ho ikkje eksplisitt at ho meiner omgjerungsregelen *inneber* proporsjonalitetskrava. Ein må likevel lese dette i lys av hennar utførlege argumentasjon for at proporsjonalitetsprinsippet gjeld *generelt* i forvaltningsretten, då dette standpunktet inneber at det ikkje er naudsynt å ta stilling til om proporsjonalitetskrava følgjer av den ulovfesta omgjerungsregelen i tillegg.²⁷⁵ Sidan ho seinare i same verk skriv at «forholdsmessighetsvurderingar er særleg relevante i omgjøringssammenheng», forstår eg Tøssebro slik at det er grunnlag for at proporsjonalitetskrava gjer seg gjeldande etter allmenne omgjerungsreglar.²⁷⁶

Fleire andre teoretikarar gjev uttrykk for at den ulovfesta omgjerungsregelen legg opp til ei proporsjonalitetsvurdering. Wallevik legg til grunn at interesseavveginga etter omgjerungsregelen «er etter sin

²⁷² LB-2012-106104, mi utheving.

²⁷³ Det er lite høgsterettspraksis som dreier seg om den ulovfesta omgjerungsregelen, og ingen kjende høgsterettsdommar der ein ikkje òg har drøfta forvaltningslova § 35 tredje ledd, jf. Tøssebro (2021) s. 146.

²⁷⁴ Tøssebro (2021) s. 29.

²⁷⁵ *Ibid.* s. 288–289.

²⁷⁶ *Ibid.* s. 392.

art en forholdsmessighetsvurdering» i ein artikkel som handlar om proporsjonalitetsvurderingar i omgjeringsreglane.²⁷⁷ Graver skriv at «den ulovfestede omgjøringsadgangen forutsetter en vurdering av forholdsmessigheten».²⁷⁸ Backer og Frihagen la det same til grunn i høvesvis 1986 og 1992.²⁷⁹ Smith er som tidlegare nemnt tilbakehalden når det gjeld proporsjonalitet, men han skriv at forvaltninga vil vurdere om «midlet alt i alt [er] for tyngende i forhold til det mål som skal realiseres» ved ulovfesta omgjerung.²⁸⁰ Smith er vidare inne på at mindre inngripande tiltak enn omgjerung lettare vil kunne aksepteras i den heilskaplege interessevurderinga.²⁸¹ Sjølv om han ikkje *kallar* det for proporsjonalitet, nyttar han her andre ord som har same meiningsinnhald som innhaldet i proporsjonalitetskrava.

Etter dette er dei tre elementa i proporsjonalitetskravet lokalisert i regelen om ulovfesta omgjerung, samstundes som det finst avgjerande stønad for det i juridisk teori og noko praksis. Samanfatingsvis kan ei omgjerung, etter den høge terskelen på ulovfesta grunnlag, vanskeleg aksepteras dersom den ikkje òg er eigna, naudsynt og strengt proporsjonal. Etter alt å døme er hovudomsynet bak regelen innrettingsomsynet til den private part. Difor vert det særleg sentralt om det same innrettingsomsynet gjer seg gjeldande for akvakulturløyve etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, då det i så fall er nærliggjande å trekke på den allmenne regelen. Men først vil eg vurdere om Grunnlova § 97 og EMK TP 1-1 òg kan gje stønad til tolkinga.

6.2.2 Grunnlova § 97

Ei anna overordna skranke finn ein i den grunnleggjande rettsstatsgarantien om forbod mot retroaktive lover i Grunnlova § 97. Det følgjer av denne at «[i]nga lov må gjevast tilbakeverkande kraft», noko som

²⁷⁷ Wallevik (2015) s. 149.

²⁷⁸ Graver (2019) s. 139, 140–141, og 241, men sjå 3.2.2 om Graver sine utgangspunkt om proporsjonalitet.

²⁷⁹ Backer (1986) s. 836, Frihagen (1992) s. 78.

²⁸⁰ Eckhoff/Smith (2018) s. 407.

²⁸¹ *Ibid.* s. 315.

inneber at borgarar skal kunne innrette seg etter gjeldande regelverk. Hovudføremålet er å finne ut kva overføringsverdi Grunnlova § 97 *kan* ha til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Det inneber å både vurdere om slik omgjøring kan seiast å ha tilbakeverkande kraft, og i så fall om Grunnlova § 97 gjer seg gjeldande overfor enkeltvedtak som har tilbakeverkande kraft.

Rettsregelen etter Grl. § 97 er grundig utpensla i rettspraksis og systematisert i teorien. Hovudtrekka går fram av Reiarlagsskatt (Rt. 2010 s. 143), der Høgsterett kom til at ei omlegging av ei skatteordning var i strid med Grunnlova § 97. Ifølgje dommen går vurderinga av om ei lov strir mot Grunnlova § 97 ut på kor sterkt tilbakeverknadselementet er. Det er snakk om såkalla eigentleg tilbakeverknad «[d]ersom lova direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar», og då er lova «som hovudregel grunnlovsstridig» med mindre sterke samfunnsmessige omsyn gjer seg gjeldande.²⁸² Det er snakk om ueigentleg tilbakeverknad dersom «lova derimot berre gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida,» og då «er hovudregelen den motsette».²⁸³ I desse tilfella strir regelen berre mot Grunnlova dersom inngrepet er særleg eller klart urimeleg eller urettferdig.²⁸⁴

Spørsmålet er om omgjøringar etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a vil ha tilbakeverkande kraft. Utgangspunktet for vurderinga er forvaltningslova § 2, som seier at eit vedtak er «bestemmende for rettigheter eller plikter». Sidan både selskapsloyve og lokalitetsloyve i utgangspunktet er tidsuavgrensa og gitt i form av enkeltvedtak, etablerer dei ein «bestemmende» situasjon. Dersom forvaltninga gjer om på situasjonen, vil det i realiteten ha meir eller mindre tilbakever-

²⁸² Avsnitt 153.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Strukturkvote (Rt. 2013 s. 1345), avsnitt 97. Dette skiljet mellom eigentleg og ueigentleg tilbakeverknad har vore omdiskutert i teorien. Fleischer innførte skiljet i Fleischer (1975) s. 190–192, og skiljet har særleg vorte kritisert av Bugge (1999) s. 70. For ein grundigare gjennomgang av skiljet og diskusjonen om det, sjå Høgberg (2010) s. 265–278. Skiljet må sjåast som etablert etter omfattande rettspraksis, sjå dømesvis nyare dommar i Strukturkvotedommen (Rt. 2015 s. 1345) avsnitt 81 og Hagen-dommen (HR-2016-389-A) avsnitt 73–76. Som dommane viser, og som Smith (2015) s. 424 stadfestar, treng ikkje skiljet vere skarpt.

kande kraft i høve til det opphavelige vedtaket.²⁸⁵ Det kan til dømes vere snakk om ueigentleg tilbakeverknad dersom Fiskeridirektoratet avgjer at oppdrettaren må redusere MTB-en i lokalitetsløyvet i neste produksjonssyklus. Men etter omstenda kan ein òg stille spørsmål om det er snakk om eigentleg tilbakeverknad. Dersom Fiskeridirektoratet gjer inngrepet midt i ein produksjonssyklus, kan ein moglegvis sjå det slik at utslaktinga knyt tyngande verknadar til konkrete investeringar ved starten av syklusen.²⁸⁶ At ei omgjerung har tilbakeverkande kraft, inneber ikkje nødvendigvis at oppdrettaren *har grunn til å innrette seg* på at løyva ikkje kan endrast. Eg vil drøfte rettkomne forventningar etter akvakulturløyva i 6.3. Spørsmålet her er i kva grad Grunnlova § 97 gjev tolkingsbidrag til lovtolkingsspørsmålet, i og med at omgjerungar i utgangspunktet har tilbakeverkande kraft.

Ei sentral avgrensing i ordlyden av Grunnlova § 97 er at føresegna berre gjeld «lov», det vil seie rettsreglar som lov og forskrift.²⁸⁷ Som eit utgangspunkt kan ein difor ikkje gjere gjeldande Grunnlova § 97 dersom ein har fått eit enkeltvedtak mot seg, med mindre ein òg meiner at sjølve lova har tilbakeverkande kraft.²⁸⁸ Høgberg har vore inne på tanken om at Grunnlova § 97 òg gjeld enkeltvedtak.²⁸⁹ Synspunktet hennar synest gå ut på at dei same problemstillingane i prinsippet gjer seg gjeldande uavhengig av vedtaksform, men at Grunnlova § 97 gjev den mest presise skranken for alle tilbakeverknadstilfelle.²⁹⁰ Etter mitt syn er ordlyden

²⁸⁵ Sjå Tøssebro (2021) s. 393.

²⁸⁶ Det ser ut som dette var eit tema i Sogn og fjordane tingrett, 17.03.2020, 20-109859TVI-SOFT, då det ser ut som oppdrettarane vart varsla om nedjusteringsvedtaket slik at dei vart nøydde til å slakte ut før tida. Men tingretten gjekk ikkje inn på om det var tale om eigentleg tilbakeverknad.

²⁸⁷ Sjå dømesvis Rt. 2005 s. 855, Eckhoff/Smith (2018) s. 310.

²⁸⁸ Sjå til dømes NOU 2019: 5 s. 406, Smith (2015) s. 419, som skriv at § 97 gjeld for «enhver generell regel med retroaktiv effekt», noko som ikkje vil gjelde enkeltvedtak. Til illustrasjon er saka i LA-2015-197645, der den private meinte at eit enkeltvedtak om omgjerung av ei byggeløyve til bryggje var i strid med Grl. § 97. Lagmannsretten kom fram til at «[s]å lenge den strengere praksis ligger innenfor lovhjæmmelen, vil den endrede og skjerpede praksis falle utenfor hva som rammes av Grl. § 97».

²⁸⁹ Høgberg (2010) s. 154.

²⁹⁰ *Ibid.* s. 154–159, sjå spesielt s. 158.

likevel klar på at enkeltvedtak fell utanfor, og det er elles ikkje noko tradisjon for å nytte Grunnlova § 97 i enkeltvedtakssaker.²⁹¹

Omsynet til rettstryggleiken bør likevel ikkje variere alt etter kva *vedtaksform* som vert nytta. Dermed må føresetnaden for at ein kan akseptere at Grunnlova § 97 ikkje gjeld enkeltvedtak, vere at dei same omsyna vert sikra gjennom omgjeringsreglane.²⁹² Difor må omgjeringsreglane òg sikre innrettingsomsynet, som tilbakeverknadsforbodet er meint å trygge om. Tøssebro understrekar av dei same grunnane «at det må oppstilles regler av tilnærmet same innhold som Grl. § 97» for enkeltvedtak.²⁹³ Dette kan vidare sjåast som eit utslag av tilbakeverknadssynsmåtar som eit tolkingsprinsipp. Høgberg forklarar at tolkingsprinsippet etter tilbakeverknadsforbodet vil «være trukket inn som ett av flere tolkningsmomenter i saker der domstolene står overfor flere tolkningsalternativer».²⁹⁴ I tilfelle der Fiskeridirektoratet må ta tak i ein risiko for miljøskade, vil nok tolkingsprinsippet tilseie at Fiskeridirektoratet ventar med omgjerung til produksjonssyklusen er over, dersom det er mogleg. Under alle omstende tilseier dette at Grunnlova § 97 kan ha overføringsverdi til tolkinga av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

For den vidare analysen er det sentralt om Grunnlova § 97 legg opp til ei proporsjonalitetsvurdering. Om dette vert det uttala av fleirtalet i Strukturkvotedommen at «den konkrete forholdsmessighetsvurderingen [...] naturlig inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig».²⁹⁵ Dette viste Høgsterett til i den i nyare Hagen-dommen om tilbakeverknadsforbodet, og det vart dermed lagt til grunn at det skal gjerast ei «konkret forholdsmessighetsvurdering».²⁹⁶ Dermed legg

²⁹¹ *Ibid.* s. 154, sjå elles Tøssebro (2021) s. 299 og NOU 2019: 5 s. 406–407.

²⁹² Høgberg understrekar «at hensynene bak tilbakevirkningsforbudet og omgjeringsreglane langt på vei er sammenfallende», jf. Høgberg (2010) s. 155.

²⁹³ Tøssebro (2021) s. 299.

²⁹⁴ Høgberg (2010) s. 457.

²⁹⁵ Avsnitt 99, jf. òg Skoghøy i det eine mindretalet, som uttalar at «[d]et er sikker tolking av Grunnloven § 97 at den ikke bare forbyr å knytte nye byrder til eldre handlinger eller begivenheter, men også beskytter mot uforholdsmessig inngripende eller tyngende inngrep i etablerte rettsposisjoner», jf. avsnitt 232.

²⁹⁶ HR-2016-389-A, avsnitt 87.

Grunnlova § 97 opp til ei proporsjonalitetsvurdering, sjølv om dette ikkje går fram av ordlyden.²⁹⁷

Sidan lovtolkingsspørsmålet går ut på om akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a legg opp til ei *individuell* proporsjonalitetsvurdering, er eit særleg spørsmål om Grunnlova § 97 sitt proporsjonalitetskrav krev individuelle vurderingar frå forvaltninga si side. Når domstolane skal ta stilling til brot på Grunnlova § 97, må dei gjere ei «konkret», altså individuell, proporsjonalitetsvurdering. Når forvaltninga vedtek forskrifter, er det eit ris bak spegelen at domstolen kan kome til å overprøve proporsjonaliteten av vedtaket opp mot enkeltpersonar. Sidan Grunnlova § 97 gjeld for forskrifter som i sin natur er generelle, kan ein likevel ikkje seie at Grunnlova § 97 stiller krav om at forvaltninga skal gjere individuelle vurderingar på vedtakstidspunktet. Når ei lov opnar for inngrep direkte gjennom forskrifter, er det nettopp fordi vilkåra i lova ikkje krev individuelle proporsjonalitetsvurderingar. Det sentrale i det vidare er uansett at regelen inneber proporsjonalitetskrav, og at denne regelen kan ha overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a etter ei nærare vurdering.

6.2.3 EMK TP 1-1

EMK TP 1-1 gjev òg ei allmenn skranke med mogleg overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. På lik linje med Grunnlova § 97 *kan* ein oppdrettar gjere gjeldande EMK TP 1-1 ved omgjerung av eit akvakulturløyve, men ein skilnad ligg i at EMK TP 1-1 gjeld alle vedtaksformer. EMK TP 1-1 vernar nemleg generelt om «eiendom» gjennom tre reglar, der den såkalla kontrollregelen er særskilt relevant i akvakultursamanheng.²⁹⁸ Kontrollregelen går fram av EMK TP 1-1 andre ledd, som lyder slik i norsk omsetjing:

«Bestemmelsene ovenfor [eiendomsvernet] skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar

²⁹⁷ Av same oppfatning er Søvig (2015c) s. 329 og Høgberg (2010) s. 309–313.

²⁹⁸ Solheim (2010) s. 65.

med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter».

Dersom domstolen skal vurdere EMK TP 1–1 i ei sak om omgjerung av akvakulturløyve, må dei først og fremst ta stilling til om lokalitetsløyvet eller selskapsløyvet utgjer «eiendom». Vilkåret er autonomt, og terskelen for kva som vert rekna som «eiendom» er ikkje høg.²⁹⁹ Aall skriv at «[d]et er uten betydning hva eiendomsretten refererer seg til; fast eigedom, løsøre eller andre formuesgoder», og at det kan vere tale om meir avgrensa rettar.³⁰⁰ Vidare gjev Myklebust uttrykk for at akvakulturløyve, som tidsbestemt offentleg konsesjon, nok vil falle inn under eigedomsomgrepet i EMK TP 1–1.³⁰¹ Det sentrale synest å vere at den private har innretta seg etter formuesgode på ein slik måte at det har eit eigedomspreg. Denne vurderinga kan moglegvis stille seg noko annleis alt etter om omgjerunga gjeld selskapsløyvet eller lokalitetsløyvet.³⁰² Eg gjer ei liknande vurdering som «eiendom»-vurderinga i 6.3.4, men ser det ikkje som naudsynt å avklare om eit akvakulturløyve kan vere «eiendom» her. Det sentrale for å løyse hovudproblemstillinga er at EMK stiller ei overordna skranke som *kan* gjere seg gjeldande, og som difor kan ha overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Av same grunn går eg ikkje inn på EMK-rettslege lovkravet, men fokuserer i det vidare på proporsjonalitetsprinsippet etter EMK TP 1–1.

Proporsjonalitetsvurderinga etter EMK TP 1–1 går ut på om klagaren, etter ei heilskapleg vurdering, ber ei «individual and excessive burden» som ikkje er naudsynt, jf. til dømes Evaldsson m.fl. mot Sverige.³⁰³ Det er dermed klart at vurderinga for EMD inneber å vurdere fordelane med inngrepet opp mot ulempene den enkelte private får med omgjerunga. Like tydeleg er det at terskelen for at eit inngrep vert uproporsjonalt er høg, då det må vere tale om ei *overdriven byrde* etter sitatet ovanfor.

²⁹⁹ *Ibid.* s. 149.

³⁰⁰ Aall (2015) s. 321.

³⁰¹ Myklebust (2010) s. 167.

³⁰² Innholdsmessig gjer eg ei liknande vurdering i 6.3.4, sjølv om vurderinga mi ikkje er med sikte på EMK TP 1–1 isolert.

³⁰³ Evaldsson m.fl. mot Sverige [J], 2007, avsnitt 55.

Solheim understrekar i si doktoravhandling om EMK TP 1–1 at proporsjonalitetstesten ikkje vil vere like streng ved inngrep i eigedomsretten som ved inngrep i rettar som ligg i menneskerettskjernen.³⁰⁴ Av denne grunn, samt at staten er betre eigna enn EMD til å vurdere enkelttilfelle, har staten vid skjønnsmargin i denne proporsjonalitetsvurderinga.³⁰⁵

I likskap med drøftinga ovanfor om Grunnlova § 97, oppstår det òg spørsmål om EMK TP 1–1 krev individuelle proporsjonalitetsvurderingar. Det er på det reine at EMD gjer individuelle proporsjonalitetsvurderingar når ei sak kjem inn for domstolen. Men EMK TP 1–1 stiller berre opp eit krav om at resultatet i den konkrete saka må vere vurdert proporsjonalt. Den bakanforliggende vurderinga kan ha vore gjort av forvaltninga, men den kan òg ha vore gjort av lovgjevar på horisontalt nivå. Dette kan ein òg forklare slik at EMK gjev minimumsrettar som er føreset å gje rom for nasjonal *gjennomføring*, anten horisontalt eller vertikalt.³⁰⁶ Det vil seie at det er akseptabelt etter EMK TP 1–1 dersom ein tolkar akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a slik at lovgjevar har gitt miljøomsynet gjennomslag uansett konkrete tilhøve. Men omsyna bak EMK TP 1–1 kan likevel tilseie at same proporsjonalitetskrav bør gjelde for akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Når eg no har lagt fram dei allmenne skrankane og slått fast at desse inneber proporsjonalitetskrav, vil eg i det vidare gjere den konkrete likskapsvurderinga som viser overføringsverdien frå dei allmenne skrankane.

6.3 Er dei etablerte posisjonane trygga på same måte etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a som etter dei allmenne reglane?

6.3.1 Overordna om vurderinga

I det følgjande skal eg vurdere om rettsleg likskap med dei allmenne skrankane tilseier at det gjeld proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova

³⁰⁴ Solheim (2010) s. 82.

³⁰⁵ *Ibid.* s. 82–84.

³⁰⁶ Sjø Moen (2019) s. 447, med tilvising til Christoffersen (2009) s. 69 flg. Sjø òg Søvig om horisontale proporsjonalitetsprinsipp i (2015c) s. 349.

§ 9 første ledd bokstav a. Dei metodiske retningslinjene eg la fram for denne tolkingsmåten i 2.2.3 går i korte trekk ut på at ein kan trekkje analogiliknande slutningar frå nærliggjande overordna reglar dersom i) reglane kan dekke same faktum, ii) dei same omsyna bak reglane gjer seg gjeldande og iii) dette vil utgjere ein god regel. Utgreiinga i 6.2 har vist at dei overordna skrankane grovt sett kan vere eigna til å dekke same faktum, då alle reglane tryggar inngrep i etablerte posisjonar. Det sentrale vert difor om dei same omsyna bak reglane gjer seg gjeldande og om dette vil utgjere ein god regel.

Som vi har sett, la alle dei allmenne skrankane opp til konkrete proporsjonalitetsvurderingar. Det som grunnleggjer desse proporsjonalitetskrava etter allmenne omgjeringsreglar, Grunnlova § 97 og EMK TP 1–1, er omsynet til at den private parten skal kunne *innrette seg* høvesvis etter gjeldande vedtak, lov eller rettighet. Hovudgrunnen til at innrettingsomsynet er sentralt, er at det tryggar den materielle førehandsvissa i den forstand eg skildra i 1.4.2. I sistnemnde punkt la eg òg fram ein hypotese om at rettstryggleiksomsynet i akvakulturretten handlar om å oppnå stabile rammevilkår i eit driftsøkonomisk perspektiv. Sett i samanheng med at akvakultursystemet i utprega grad er fleksibelt for oppdrettar, og i lys av at tolkinga ovanfor isolert opnar for ei rein miljøfagleg vurdering, er det *i utgangspunktet ikkje* nærliggjande at *det same* innrettingsomsynet gjeld etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, som etter dei allmenne reglane.

Når eg skal drøfte kva for rettkomne forventningar oppdrettaren får av akvakulturløyve, er det ei utfordring at det ikkje vil vere tale om éin konsesjon. Det er tale om både lokalitetsløyvet og selskapsløyvet, sidan akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a regulerer baa. Eg vil difor skilje mellom desse i den grad det er naturleg, sjølv om eit skilje òg kan verte noko kunstig, sidan løyva er knytt saman på den måten eg skildra i 1.2.2. Men dersom innrettingsomsynet gjer seg gjeldande for eitt av løyva, må eventuelle likskapsslutningar til lovtolkinga gjelde heile føresegna i første ledd bokstav a. Dette kan vere eigna til seie noko om det bør gjelde ulike regelsett for dei ulike løyva.

For å undersøkje i kva grad innrettingsomsynet gjer seg gjeldande i tilknytning til akvakulturløyve, vil eg forsøke å systematisere eventuelle opphav for dei rettkomne forventningane. Eg vil byrje med å undersøkje kva rettkomne forventningar oppdrettaren får ut ifrå akvakulturlova og akvakulturreguleringa generelt. Grunna dei konsesjonsrettslege sidene av akvakulturretten, vil eg òg undersøkje om høvesvis dei avtalerettslege og eigedomsliknande sidene av akvakulturløyve gjev opphav for rettkomne forventningar.

6.3.2 Gjev akvakulturlova grunnlag for innretting etter selskapsløyvet og lokalitetsløyvet?

Omsynet til førehandsvisse tilseier at lova er utgangspunktet når ein skal vurdere kva for rettkomne forventningar akvakulturløyva gjev oppdrettaren. Eit sikkert utgangspunkt er at ein uansett ikkje kan ha ei rettkomen forventning om at ei lov ikkje kan endre seg.³⁰⁷ I den følgjande drøftinga vil eg forsøke å finne ut om akvakulturlova i meir eller mindre grad enn elles gjev grunnlag for rettkomne forventningar.

Det er naturleg å byrje drøftinga i akvakulturlova § 5. Denne seier at løyvet gjev rett til produksjon «med de til enhver tid fastsatte begrensninger av tillatelsens omfang». Ordlyden gjev for det første ein peikepinn på at det er tale om omfattande reguleringar, for det andre at desse reguleringane kan endre seg når som helst. Skildringa i 1.3 viste at akvakulturreguleringa er fragmentert, komplisert og i hyppig endring. Oppdrettarar må vente skiftingar i frå fleire regelhald, dømesvis kva gjeld tillate lusenivå og standardkrav til maskiner og utstyr. I tillegg legg akvakulturlova opp til regelmessige tilsyn på lokalitetar, som kan føre med seg behov for justeringar. Til dømes må ein oppdrettar etter akvakulturdriftsforskrifta § 36 rekne med at ein lokalitet må brakkleggjast i ein viss periode dersom fleire målingar viser at vasskvaliteten er for dårleg. Sidan *utgangspunktet* etter lova er at regelverket er i stadig endring, tilseier dette med mykje vekt at lova ikkje gjev opphav for innretting.

³⁰⁷ Det er allmenn semje rundt dette, sjå til dømes Smith (2015) s. 458.

Samstundes er brakkleggingsperiodar meir venta enn andre endringar som kan verke meir inngripande for oppdrettaren.

Dei stadige skiftingane i regelverket gjeld først og fremst lokalitetsnivået, då det er tale om krav til drift på anlegga. Trafikklyssystemet viser likevel at ein òg bør vente reguleringsendringar på selskapsnivå. Sjølv då gjer endringane seg likevel *utslag* på lokalitetsnivå. Dette tilseier at utgangspunktet om eit relativt svekka innrettingsomsyn etter lova i større grad gjeld lokalitetsløyvet. Det er òg klart nok på lokalitetsnivået det fleste konkrete miljøskadane kan oppstå. Dette kan vere eigna til å vise at ein bør vurdere eigne omgjeringsreglar for løyva.

Eit anna poeng som kan gje oppdrettaren svakare rettkomne forventningar ut ifrå lova, er det faktum at akvakulturlova § 9 fjerde ledd gjev heimel til å gje forskrifter som utfyller omgjeringsmoglegheitene for forvaltninga. Sjølv om forskrifta ikkje kan gå utanfor rammene av vilkåra i lova elles, gjev forskriftsåtgangen *signal* om at endringshøve er endå vidare enn første ledd bokstav a skulle tilseie. I Fredin mot Sverige fekk det stor vekt for EMD at Fredin var klar over at endringar i løyvet hans til grusuttak kunne kome når som helst.³⁰⁸ Fredin hadde fått meir konkrete signal om endringar enn kva oppdrettar vanlegvis vil ha etter akvakulturlova. Ettersom saka gjaldt eit næringsforvaltningsrettsområde der den private utnyttar naturressursar, har dette synspunktet likevel òg relevans for kva rettkomne forventningar ein kan ha på akvakulturområdet.

Det same går fram av Strukturkvotedommen, der spørsmålet var om ei tidsavgrensing i strukturkvoter i fiskerinæringa utgjorde tilbakeverknad i strid med Grunnlova § 97. Førstvoterande verka på den eine sida å meine at det førelåg ei sterk objektiv forventning hjå den private part. Samstundes peika han på at ein må vente seg hyppige endringar på området fordi «fiskeriforvaltningen [er] et område med en særdeles aktiv myndighetsutøvelse og med vidtgående virkemidler».³⁰⁹ Det er store likskapstrekk mellom fiskerinæringa og akvakulturnæringa når

³⁰⁸ Fredin mot Sverige (*No 1*), 1991, sjå særleg avsnitt 53–54.

³⁰⁹ Avsnitt 126–131.

det gjeld regelverket på systemnivå, og dei same synspunkta gjer seg difor gjeldande.

Synspunktet om at ein er på eit rettsområde der ein må vente hyppige reguleringar kjem òg til uttrykk i Havbruksmeldinga frå 2015, der det vart uttala følgjande:

«Så langt forventningen om vern bygger på de offentlige tillatelser, på et område med løpende reguleringer og behov for å ivareta fellesskapets miljøinteresser, kan den enkeltes forventninger ikke ha noen sterk rettsbeskyttelse mot senere regelendringer».³¹⁰

Desse uttalane gjeld akvakulturlova direkte, og er eigna til å vise korleis styresmaktene ser dei rettkomne forventningane oppdrettaren får. Det er likevel tale om ei stortingsmelding, som ikkje i seg sjølv har stor vekt. Men uttala er illustrerande for synspunktet om at hyppige reguleringar svekker innrettingsomsynet. Dette støttar òg opp under hypotesen om at rettstryggeleiksomsynet i akvakulturretten handlar om stabile *rammevilkår* for å få mest mogleg effektiv produksjon. Sidan rammevilkåra legg opp til fleksibilitet gjennom at ein kan ha fleire løyve og drive i ulike produksjonsområde, vil denne type førehandsvisse vere sikra sjølv om oppdrettarane må kunne vente seg hyppige regelendringar. Dette gjeld spesielt på lokalitetsnivået.

Eit liknande syn, som stør opp under hypotesen, kjem til uttrykk i Gassled-dommen (HR-2018-1258-A). I denne saka drøfta Høgsterett om det i det heile førelåg eit inngrep etter EMK TP 1–1. Eit av underspørsmåla var om saksøkarane kunne ha rettkomne forventningar om at prisane for transport av gass ikkje skulle endre seg etter ei tariff-forskrift. Høgsterett gav uttrykk for at ein er på eit område der ein veit at reguleringar skjer hyppig, og at dette må vere styrande for kva rettkomne forventningar den enkelte kan ha.³¹¹ Ein sentral del av grunngevinga for kvifor det ikkje var tale om eit uproporsjonalt inngrep, var at saksøkarane uansett ville få høg avkastning til trass for at det økonomiske tapet isolert sett var stort. Dette

³¹⁰ Havbruksmeldinga s. 67.

³¹¹ Avsnitt 124–125.

kan moglegvis tilseie at dersom ein er på eit næringsforvaltningsrettsleg område med moglegheit for stabil høg inntening, vil ein ikkje legitimt kunne ha sterke rettkomne forventningar om at det offentlege er forsiktige med reguleringsendringar.

Vidare er oppdrettaren klar over at ein del av premissen for akvakulturløyvet er at verksemda må vere «miljømessig forsvarlig», jf. akvakulturlova § 6 og § 10. Oppdrettaren bør ut ifrå denne ordlyden innrette seg på at drift som ikkje lengre er miljømessig forsvarleg, i realiteten ikkje kan fortsetje. Som nemnt i kapittel 4, kan § 9 heimle omgjerung og grunna miljøskadar oppdrettaren ikkje sjølv er ansvarleg for. Dersom det er ein årsakssamanheng mellom miljøskaden og oppdrettaren sine eigne handlingar, vil vedkomande i alle fall kunne vente inngrep. Sidan konkrete miljøskadar oppstår på lokalitetsnivå, tilseier og dette argumentet at innrettingsomsynet står svakare for lokalitetsløyve enn selskapsløyve. Samstundes kan ein oppdrettar gjennomgåande drive anlegga sine på ein miljømessig uforsvarleg måte, så argumentet gjer seg og gjeldande for selskapsløyvet.

Likevel har oppdrettarane grunn til å tru at når forvaltninga har gitt denne retten til ei vedvarande verksemd, er det fordi forvaltninga har sett verksemda som forsvarleg miljømessig. Så lenge ein har gjort grundige undersøkingar på førehand, er det ikkje slik at det er stor fare for omgjerung når som helst i *byrjinga av utnyttinga*. I alle fall dei første driftsåra vil det ut ifrå dette ikkje vere ein del av forretningsplanen, investeringsplanen eller budsjettet at forvaltninga skal ombestemme seg.

Ut ifrå delar av regelverket vil det heller ikkje seinare vere så naturleg at forvaltninga ombestemmer seg. Det følgjer nemleg av akvakulturdriftsforskrifta § 40 første ledd at «[d]et skal til enhver tid foreligge en driftsplan for akvakulturanlegg i sjø vann», og denne driftsplanen gjeld for to år. Det følgjer av femte ledd at driftsplanen må verte godkjent av det aktuelle regionkontoret i Fiskeridirektoratet. Dei stadige godkjenningane kan forståast som nye stadfestingar på at drifta er «miljømessig forsvarlig» etter akvakulturlova § 10. Tilbakeverknadsforbodet som tolkingsprinsipp tilseier difor at innrettingsomsynet står relativt sterkt i periodar som forvaltninga har godkjent.

I det lange løp er det likevel ei kjensgjerning at aktivitet som går utover naturen må ta slutt på eit tidspunkt. At oppdrett kan vere skadeleg for naturen, tilseier at *risikoen* etter akvakulturlova er lagt på oppdrettaren. Av same tankegangen er blant anna Tøssebro, då ho skriv at «[d]er det er tale om en personuavhengig avgjørelse som gjelder til evig tid, har det presumpsjonen mot seg at rettigheten vil vare evig, og innrettelseshensynet vil tillegges mindre vekt».³¹²

Det går fram av Prop. 95 L at den private har risikoen i akvakulturretten. At oppdrettar har risikoen, inneber at «man må være forberedt på at utviklingen ikke blir som forutsatt, og man kan ikke ha den samme trygge forventningen til en posisjonen som en som baserer sin forventning på en posisjon uten risiko».³¹³ Det vert vidare vist til Pine Valley Developments Ltd med fleire mot Irland, der klagaren hadde fått eit irsk «outline planning permission», som ein kan samanlikne med eit norsk byggjeløyve, berre av mellombels karakter.³¹⁴ EMD meinte at det førelåg eit inngrep i løyvet, og la i proporsjonalitetsvurderinga vekt på at klagaren «were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk».³¹⁵ Sjølv om eit akvakulturløyve ikkje er av slik mellombels karakter, gjeld sitatet òg for akvakulturverksemd sidan det er tale om liknande «commercial venture», der risikoen er plassert hjå den private.

Ei sentral side av denne risikofordelinga, er fleksibiliteten akvakulturretten legg opp til. Systemet inneber at risikoen ved enkeltløyve ikkje treng vere stor, og legg såleis opp til fleksibilitet i staden for innretting. Dette gjeld spesielt lokalitetsløyvet. Fleksibiliteten gjeld på båe sider; sjølv om oppdrettaren får fordelt ein stor risiko etter regelverket, legg systemet opp til at vedkomande vil ha fleire strengar å spele på når dei hyppige endringane kjem. Dette tilseier samstundes at konkrete rettkomne forventningar til det aktuelle løyvet ikkje er openberre etter

³¹² Tøssebro (2021) s. 374. Backer er inne på det same, sjå Backer (1986) s. 809.

³¹³ Prop. 95 L (2018–2019) s. 34.

³¹⁴ Office of the Planning Regulator, Irland, jan, 2021, <https://www.opr.ie/wp-content/uploads/2021/01/Planning-Leaflet-4-A-Guide-to-Making-a-Planning-Application.pdf> [sett 19.07.2021].

³¹⁵ Pine Valley Developments Ltd m.fl. mot Irland [J], 1991, avsnitt 59.

lova. Snarare tvert om må oppdrettaren i staden innrette seg på hyppige endringar etter akvakulturlova med tilhøyrande regelverk. Sjølv om regelverket kanskje ikkje gjev grunn til innretting, er det grunn til å vurdere om akvakulturløyva i seg sjølve har slikt avtaleliknande eller eigedomslignande preg at oppdrettaren får rettkomne forventningar.

6.3.3 Gjev avtalepreg grunnlag for rettkomne forventningar til selskapsløyvet og lokalitetsløyvet?

Ein kan forstå ordet løyve, eller konsesjon, som ei tilvising til eit *løfte*, i staden for ei rein godkjenning. Eit avtaleliknande preg på konsesjonar i næringsforvaltningsretten kan kome av at staten òg dreg nytte av konsesjonane. Slik er det for akvakulturlova, då samfunnet som heilskap får ein vinst gjennom lønsemda i næringa, levande lokalmiljø og matsikkerheit. Eg vil difor undersøkje kva eit eventuelt avtalerettsleg preg har å seie for innrettingsomsynet til oppdrettaren. Som drøftinga nedanfor vil vise, vart dette spørsmålet drøfta i større grad tidlegare, og det kan sjå ut som det avtalerettslege preget med konsesjonar er mindre relevant etter dagens gjeldande rett.

Det har fleire gonger vore diskutert om det er forvaltningsrettslege reglar eller avtalerettslege reglar som løyser konsesjonsrettslege spørsmål.³¹⁶ Diskusjonane har i hovudsak blussa opp i samband med tilbakeverkande skattespørsmål i oljenæringa.³¹⁷ I dommen Phillips mfl (Rt. 1985 s. 1355) reiste det seg eit spørsmål om ein skulle sjå vilkåra i utvinningsløyvet som ein avtale, eller om utvinningsløyvet berre måtte sjåast som eit forvaltningsvedtak med vilkår. Dette tok ikkje Høgsterett endeleg standpunkt til, men den konkrete vurderinga verkar å vere basert på dei forvaltningsrettslege omgjeringsreglane. Det er òg slik dei fleste

³¹⁶ For ei oppsummering av debatten på 70-talet, sjå Bernt (1981) s. 61–76. Sjø elles Nordtveit (2020) s. 175–183.

³¹⁷ Brækhus meinte oljekonsesjonar var avtalar, jf. Brækhus (1975) s. 19. Sjø motsett i Fleischer (1976) s. 400.

forstår rettstilstanden i dag.³¹⁸ Blant anna Nordtveit legg til grunn at det er «more appropriate» i det norske systemet å «define the licence as an administrative decision».³¹⁹ Dette følger uansett føresetnadsvis av eksistensen av akvakulturlova § 9 som omgjeringsheimel.

Dette inneber likevel ikkje at avtalepreget ikkje kan ha relevans i rettslege vurderingar kring løyva. Vidare i Phillips-dommen legg førstvoterande til grunn at «karakteren av forhandlingene og partenes forutsetninger [er] momenter som må tillegges betydning ved vurderingen av statens adgang til å endre vilkårene».³²⁰ Dette inneber etter mi mening at omgjeringsåtgangen ikkje kan vurderast utan omsyn til dei avtalerettslege elementa som ligg i tilhøvet mellom staten og den private. Nordtveit gjev uttrykk for nokre av dei same synspunkta når han skriv følgjande:

«When the state invites companies to apply for a licence to carry out this activity and sets out the conditions and a legal framework for this, it is rather obvious that this gives the companies reasonable expectations about the framework and the conditions for the activity».³²¹

Som Nordtveit legg fram, får konsesjonæren ei rettkomen forventning i og med at løyvet òg *er* ein type tilsegn.³²² Sjølv om det framleis står seg at regelverket legg opp til stadige skiftingar som oppdrettarane må vere førebudde på, tilseier det avtalerettslege preget at oppdrettaren har grunn til å innstille seg på at vedkomande skal utføre det staten har lova. På den andre sida er utgangspunktet uendra; forvaltninga kan ikkje binde seg heilt for framtida fordi legitimiteten til forvaltninga ligg i å ivareta *alle* offentlege omsyn, ikkje berre det som gjev staten grunn til å gje løyve.

³¹⁸ Graver (2019) s. 237–241, Aulstad (2004) s. 75, jf. s. 94. Alvik synest ikkje å følgje den tradisjonelle dikotomien, men han òg tar utgangspunkt i forvaltningsrett før det vert spørsmål om eventuell ytterlegare avtalerettsleg binding, sjå Alvik (2019) s. 62.

³¹⁹ Nordtveit (2020) s. 175 og 177.

³²⁰ På s. 1373.

³²¹ Nordtveit (2020) s. 177. Frihagen gjev uttrykk for noko av det same, sjå Frihagen (1991) s. 28.

³²² Sjå Alvik/Bjørnebye (2020) s. 100.

Drøftinga ovanfor er i stor grad basert på juridisk teori om oljekon-sesjonar, og det er ein sentral skilnad til akvakulturløyve at olja ikkje er ein open ressurs.³²³ Når staten er eigar, vert moglegvis avtalepreget større, men dei same synspunkta kan i utgangspunktet gjere seg gjeldande for akvakulturløyve. Illustrerande er LG-1994-313, der lagmannsretten meinte at eit utsleppsløyve til eit oppdrettsselskap «[i]allfall langt på vei må [...] undergis en tolkning på linje med en kontrakt». Dette illustrerer at det gjeld eit visst avtalepreg ved løyve som kan samanliknast med akvakulturløyve. Som nemnt innleiingsvis, er det vidare på det reine at staten får ei viktig samfunnsøkonomisk motyting ved å gje akvakulturløyve. Dette gjeld ikkje berre den summen oppdrettar betalar for selskapsløyve, staten tener òg i det lange løp på ei så stor eksportnæring som akvakulturnæringa.

Det kan likevel problematiserast kor langt avtalepreget rekk når det gjeld akvakulturløyve, og om det gjev opphav for rettkomne forventningar som avgrensar Fiskeridirektoratet si moglegheit til å regulere ut ifrå miljøomsynet. Utover at det skjer ei viss motyting, er det få andre avtalerettslege kjenneteikn ved løyva. Eg har ikkje sett dømer på forhandlingar før tildeling av lokalitetsløyve. Det vil vere ein viss dialog om naudsynte opplysningar for søknadshandsaminga, men det er ikkje slik at oppdrettaren har forhandlingskort på si side.³²⁴

Når det gjeld selskapsløyve, ligg det eit visst avtalerettsleg preg i at ein betalar staten for løyvet. Etter mi meining er dette likevel eit moment av meir eigedomsrettsleg preg, og eg vil difor handsame det i neste punkt. Sjølv om oppdrettaren betalar for selskapsløyvet, skjer det på bakgrunn av offentlegrettsleg auksjon utan forutgåande forhandlingar. Dette tilseier at det avtalerettslege preget ved båe akvakulturløyva er relativt avgrensa.

Ein kan òg spørje om det avtalerettslege preget av konsesjonar *på miljørettens område* generelt vart noko svekka i den nye klimadommen i HR-2020-2472-P.³²⁵ Eit av spørsmåla i saka var om det førelåg saks-handsamingsfeil grunna mangelfull utgreiing av klimaverknadane av utvinningsløyvet. Førstvoterande meinte det ikkje var gjort slik sakshand-

³²³ Nordtveit (2012) s. 351.

³²⁴ Dette er stadfesta i personleg korrespondanse med Fiskeridirektoratet den 28.06.2021.

³²⁵ Eg har skildra kva dommen dreia seg om i 2.2.2.

samingsfeil, og la «stor vekt på at eit utvinningsløyve, trass språkbruken, ikkje gjev ein vilkårslaus rett til utvinning sjølv om det skulle gjort drivverdige funn». ³²⁶ Når det gjeld utvinningsløyve, er det klart at ein uansett må ha ein såkalla PUD for å realisere utvinninga. Ein PUD er ein plan for utbygging og drift som konsesjonshavar til utvinningsløyvet må ha før vedkomande kan byggje ut oljefeltet. ³²⁷ Men uttala inneber at sjølv om forvaltninga gjev visse tilsegn til private næringsaktørar, kan ein i mindre grad *halde seg til* tilsegna på miljørettens område. Dette gjer seg i høg grad òg gjeldande for akvakulturløyve, noko som svekker det avtalerettslege preget ytterlegare.

Det avtalerettslege preget av både lokalitetsløyve og selskapsløyve er etter dette avgrensa. Isolert sett tilseier dette at det ikkje er opphav for rettkomne forventningar ut ifrå avtalepreget. Det er uansett meir nærliggjande at eventuell rettkomen forventning kjem av den *retten* ein baserer verksemda på. I neste punkt skal eg difor undersøkje nærare den konsesjonsrettslege karakteristikken av akvakulturløyva.

6.3.4 Gjev eigedomsliknande tilknytning til selskapsløyvet og lokalitetsløyvet grunnlag for innretting?

I dette punktet skal eg drøfte om, og i så fall på kva måte, akvakulturløyve som konsesjon gjev opphav for rettar. Som tidlegare skildra, går eit konsesjonssystem ut på at det gjeld eit generelt forbod mot verksemda med mindre ein har fått særskilt løyve. Strengt tatt går løyvet ikkje ut på anna enn at forbodet ikkje lengre gjeld. Mange vil seie dette inneber at ein ikkje har fått nokon *positiv rett*. Som Fleischer peika på, gjev konsesjonen alminneleg handlefridom, ikkje ekstraordinær handlefridom. ³²⁸ Ifølgje førstvoterande i strukturvotedommen er «[d]ette [...] uttrykk for det grunnleggjende prinsippet at utøving av fiske *ikke er en rettighet*, men er avhengig av tillatelse fra offentlig myndighet». ³²⁹

³²⁶ Avsnitt 218.

³²⁷ SNL, 06.07.2021, https://snl.no/PUD_-_petroleum [sett 19.07.2021].

³²⁸ Fleischer (1983) s. 583 om oljekonsesjonar, men denne er vist til i Geir Ulfstein sitt innlegg i NOU om akvakultur, sjå NOU 1985: 22 s. 118.

³²⁹ Avsnitt 67, mi utheving.

Seinare i votumet omtalar likevel førstvoterande strukturkvotane som «etablerte rettsposisjonar» som Grunnlova § 97 er meint å verne om.³³⁰ Vern om etablerte posisjonar ligg òg i kjernen av både dei allmenne omgjeringsreglane og EMK TP 1–1. Det er difor ikkje avgjerande om det vert terminologisk korrekt etter definisjonen av konsesjonssystem å tale om rettar i streng forstand. Det sentrale er om det er tale om *etablerte posisjonar* ein har grunn til å innrette seg etter. Grunna påverknad frå EMK, meiner Nordtveit at det kan ha skjedd ei utvikling mot ei sterkare trygging av etablerte posisjonar dei siste tiåra.³³¹ Konsesjonar er likevel framleis eit regulatorisk verkøy for styresmaktene. Det er difor eit særtrekk ved konsesjonsretten at den private kan få eit relativt sterkt vern, samstundes som det offentlege har ei forventning om å kunne styre næringa i ynskt politisk retning.³³²

Kva rettkomne forventningar ein etablert posisjon gjev, vil variere alt etter det konkrete løyvet. Det er skilnad på dei tilfella der ein privat part berre får eit vinningsgode, og dei tilfella der den private har fått ein såkalla velerverva rettighet. Tøssebro definerer sistnemnde som «en rettighet som det offentlege har etablert ved enkeltvedtak, og som ivaretar visse grunnleggjende aspekter ved den enkeltes liv eller virksomhet», og brukar næringsløyve som eit av døma.³³³ Grunna desse variasjonane mellom ulike typar løyve, kan det vere problematisk dersom alle konsesjonar går under eitt.³³⁴ Problematikken kjem moglegvis til uttrykk i utkast til ny forvaltningslov, der det går fram at:

«Det er mer betenkelig med omgjøring som rokker ved en *etablert rettslig posisjon*, som for eksempel eiendomsrett etter ervervskonsesjon, [...] enn omgjøring av en tillatelse til *løpende virksomhet som kan ha skadevirkninger for andre interesser*, for eksempel en tillatelse til forurensende utslipp».³³⁵

³³⁰ Avsnitt 82–83.

³³¹ Nordtveit (2020) s. 183.

³³² Alvik og Bjørnebye peiker på dette som eit sentralt trekk ved konsesjonar i Alvik/Bjørnebye (2020) s. 86.

³³³ Tøssebro (2021) s. 388.

³³⁴ Sjø òg Alvik/bjørnebye (2020) s. 91.

³³⁵ NOU 2019: 5 s. 410, mi utheving.

Det er etter mitt syn klart at ei løypande verksemd òg kan vere ein etablert rettsleg posisjon, og desse kategoriane er såleis ikkje gjensidig utelukande. Det er nettopp kombinasjonen av desse stillingane som gjer det problematisk å finne ut kva rettkomne forventningar eit løyve gjev. Med tanke på akvakulturløyva, er det neppe tale om slike velerverva rettar som Tøssebro omtalar, men det er heller ikkje tale om reine vinningsgode. Dette gjer det naudsynt å vurdere karakteren av den etablerte posisjonen akvakulturløyve gjev noko nøyare.

Det får stønad i HR-2018-1907-A at eit inngrep i rett til å drive oppdrettsverksemd kan vere *inngripande* objektivt sett. Dette må nødvendigvis tilseie at Høgsterett ser på posisjonen inngrepet gjeld, som relativt sterk. I saka vart området rundt eit oppdrettsanlegg lagt i militært forbodsområde, der forsvaret kunne nytte sikkerheitslova § 18a til å nekte tilsette av oppdrettsanlegget tilgang til anlegget. Høgsterett la til grunn at konsekvensane for oppdrettaren i så fall ville vere «betydelige», og eit spørsmål i saka var om sikkerheitslova § 18a med tilhøyrande forskrift gav tilstrekkeleg heimel for tiltak med «så inngripande virkningar». ³³⁶ Til trass for at Høgsterett la til grunn at det er inngripande med slike tiltak overfor ein oppdrettar, kom Høgsterett til at tiltaket ville hatt materiell heimel. Dette til trass for at slike tilfelle neppe var tiltenkt då sikkerheitslova § 18a med tilhøyrande forskrift vart skriven, og faktum ligg relativt langt frå ordlyden. Det kan altså spørjast om Høgsterett eigentleg meinte at inngrepet var såpass sterkt som dei opphavelg gav uttrykk for.

Vidare er det klart at oppdrettarar ofte har fleire selskapsløyve og akvakulturløyve å spele på, og såleis er oppdrettarane ikkje nødvendigvis avhengige av einskilde løyve som grunnlag for verksemda si. Prinsipielt sett er det likevel på den andre sida klart at det er knytt store investeringar til kvart prosjekt, samt arbeidsplassar og tredjepartsrettar. Vidare kan ein ikkje utelukke at nokre oppdrettarar driv i mindre skala, og dermed at i alle fall selskapsløyvet utgjer eit sentralt grunnlag for levebrødet. ³³⁷ Sjølv om det ikkje er typisk med få lokalitetsløyve, er det uansett snakk om store økonomiske interesser, som gjev grunnlag for rettkomne

³³⁶ Avsnitt 87–88.

³³⁷ Sjå 1.2.2 om eigarstruktur.

forventningar til den etablerte posisjonen.³³⁸ Det finst stønad for denne argumentasjonen i rettskjelder knytt til ulovfesta omgjøring. Graver er inne på at dersom ein har «gjort investeringer eller bundet seg på annan måte, vil det være et vesentlig hensyn mot en omgjøring», medan Smith meiner løyve som «gjelder varig virksomhet som krever store investeringer» yter motstand mot omgjøring.³³⁹

Akvakulturløyve gjev ikkje oppdrettaren eigedomsrettar eller servituttar,³⁴⁰ men det vil vere eit særtrekk ved konsesjonar generelt at dei har eit eigedomsrettsliknande preg. Om dette uttalar Nordtveit at «det har skjedd ei utvikling mot å behandle konsesjonar meir som eit eigedomsrettsleg instrument, men reglane er ennå til dels motsetningsfylte og lite konsistente».³⁴¹ Han legg til grunn at det ikkje er snakk om det tradisjonelle eigedomsrettslege preget, men samstundes vil det vere slik at «konsesjonshavar får tilført ein råderett over ein naturressurs».³⁴² Oppdrettaren eig vidare sjølve fisken i merdene, og dette gjev ein forventning om at vedkomande har ein eigedomsliknande rett til staden fisken held til. Inngrep i lokalitetsløyve vil som regel òg vere eit inngrep i eigedomsretten til fisken, viss den må slaktast.

Truleg kunne Smith vore kritisk til eit slikt synspunkt, basert på hans uttalar om konsesjonars vern. Om konsesjonar generelt skriv han at «[s]om regel gir ikke en bevilling enerett til å utøve virksomheten. Den som har fått en tillatelse, må altså finne seg i å bli utsatt for konkurranse fra andre med samme slags tillatelse».³⁴³ Han utelukkar likevel ikkje at ein konsesjonshavar kan ha faktisk monopol over eit område, men poenget hans er at ein prinsipielt sett ikkje «har krav på (...) beskyttelse». Det er

³³⁸ I same retning om næringskonsesjonar generelt, sjå Alvik (2019) s. 63.

³³⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 315 og Graver (2019) s. 522.

³⁴⁰ Sjø Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 68 og Myklebust (2010) s. 165. Marine ressursar i sjøen er såkalla opne ressursar der ingen eigentleg har eigarskap, jf. Nordtveit (2012) s. 350.

³⁴¹ Nordtveit (2012) s. 362. Sjø òg Alvik/Bjørnebye (2020) s. 95.

³⁴² Nordtveit (2012) s. 358.

³⁴³ Eckhoff/Smith (2018) s. 445.

nok desse synsmåtane som ligg til grunn for at Smith meiner konsesjonar generelt ikkje nyt like sterkt vern som privatrettslege rettar.³⁴⁴

Konkret for akvakulturkonsesjonar vil det likevel vere slik at oppdrettaren har eit slags rettsleg monopol på området, all den tid oppdrettarar ikkje berre får høve til å driva ei næring, «men til å okkupera eit nokså stort geografisk område til oppdrettsanlegg og tryggingssone rundt dette, på ein særskilt lokalitet».³⁴⁵ Myklebust peiker vidare på at strandeigar vil få ein ny permanent nabo i sjøen, sidan «[v]edtak om tildeling av konsesjon kan sjåast som ei offentleg godkjenning av ein okkupasjon av sjøområdet».³⁴⁶ Det følgjer dømesvis av akvakulturdriftsforskrifta § 18 at det er forbode å fiske nærare anlegget enn 100 meter og å vere nærare enn 20 meter. Dette tilseier at oppdrettaren eller oppdrettarane på lokaliteten har krav på trygging av akvakulturløyve rettsleg sett, både faktisk og prinsipielt. Dette monopolet på ein naturressurs tilseier at i alle fall lokalitetsløyve gjev ein viss etablert posisjon.

Eit særtrekk ved selskapsløyve er at oppdrettaren betalar staten ein stor sum pengar ved tildelinga.³⁴⁷ Når ein betalar for eit gode, gjev det meir preg av å vere ein eksklusiv rett som ein vert *eigar* av. Likevel er det på det reine at akvakulturnæringa er svært lønsam, slik at det ein betalar ved auksjonen vert ein formalitet i det som i realiteten vert eit vinningsgode grunna lønsemda.³⁴⁸ I tillegg kan ein sjå på vederlaget for selskapsløyvet som ein form for skatt, sidan det elles ikkje er grunnrenteskatt i oppdrettsnæringa.³⁴⁹ Samstundes er det ikkje alle oppdrettarar som har betalt for løyva sine. Dersom løyva er gamle, har ein i alle fall ikkje betalt marknadspris.³⁵⁰ Prinsippet står seg likevel, sidan noverande *regelverk* legg opp til auksjonssystemet.

Av meir interesse for innrettingsomsynet er kanskje den moglegheita oppdrettarane har til å overføre og pantsetje båe akvakulturløyva fritt,

³⁴⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 351.

³⁴⁵ Nordtveit (2012) s. 356.

³⁴⁶ Myklebust (2010) s. 167.

³⁴⁷ Sjå punkt 1.2.2.

³⁴⁸ Sjå omtrent i same retning, Myklebust (2013) s. 123 og Havbruksmeldinga s. 3.

³⁴⁹ Uttrykk for dette går fram av NOU 2019: 8 s. 110.

³⁵⁰ NOU 2019: 18 s. 59.

noko som vert registrert i akvakulturregisteret.³⁵¹ Dette tilseier at ein akvakulturkonsesjon er eit formuesgode som det er naturleg at det kviler ei viss rettkomen forventning til. Det er fordi oppdrettaren vil sjå for seg at dei skal kunne få att verdien av godet.

Då ein først lovfesta moglegheita til å ta vederlag for eit akvakulturløyve i 2001, vart det sagt i førearbeida at «[v]ederlaget er kun knyttet opp mot tillatelsen til å drive oppdrettsvirksomhet og gir ingen rettigheter utover en slik drift i medhold av det til enhver tid gjeldende regelverk».³⁵² Dette gjev uttrykk for at det ikkje var lovgjevars meining at motyttinga skulle gje oppdrettaren ein forsterka rettsleg posisjon. Likevel er det motsetnadsviis og uttala to gonger i dei same førearbeida at «[k]onsesjoner for matfiskoppdrett av laks og ørret gir en beskyttet rett til næringsutøvelse».³⁵³ Dette talar tydeleg i motsett retning.

Då ein òg lovfesta moglegheita til overdraging og pantsetting i 2005, vart dei førstnemnde synspunkta i stor grad stadfesta. Det følgjer av akvakulturlova § 19 andre ledd at «[o]verføring av akvakulturtillatelse har ikke betydning for myndighetenes bruk av virkemidler etter denne lov». Det same gjeld pantsetting etter akvakulturlova § 20 tredje ledd. Dette tilseier med mykje vekt at akvakulturløyva ikkje gjev etablerte posisjonar som er trygga frå inngrep fordi det er tale om formuesgode, noko som svekker innrettingsomsynet eigedomspreget gjev.

Sjølv om lovgjevar her gjev uttrykk for at ein framleis må vente dei same hyppige reguleringane etter regelverket, kan dette ikkje vere heilt avgjerande for kva rettkomne forventningar oppdrettaren får *av løyva*. Likevel gjev lova sterke signal om at det ikkje er grunnlag for styrka rettkomne forventningar ut ifrå eit eigedomsliknande preg.

I tillegg er det eit poeng at det kan verke noko motstridande å tale om eigedomsliknande høve når det er tale om felles ressursar i sjøen. Etter havressurslova § 2 ligg nemleg ressursane i havet til «felleskapet i Noreg».³⁵⁴ Dette gjer havet i prinsippet eigarlaust, noko som i seg sjølv er

³⁵¹ Akvakulturlova §§ 19 og 20.

³⁵² Ot.prp. nr. 65 (2000–2001) s. 18.

³⁵³ *Ibid.* s. 8 og 15.

³⁵⁴ Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av villlevande ressursar (havressurslova).

eigna til å svekke det eigedomsliknande preget ytterlegare. Men sjølv om det kan vere noko motstridande, er det framleis klart at det er skilnad på å vere faktisk eigar og å ha ein rettsleg etablert posisjon som liknar ein eigedomsrettsleg posisjon. Drøftinga ovanfor gjev fleire argument for at sistnemnde gjeld både lokalitetsløyvet og selskapsløyvet. Dette tilseier at oppdrettar kan ha *visse* rettkomne forventningar til *den rettslege posisjonen*, noko som igjen tilseier at innrettingsomsynet i det minste gjer seg gjeldande.

6.4 Konklusjon på lovtolkingsspørsmålet

I dette punktet vil eg konkludere på lovtolkingsspørsmålet *om* det gjeld krav om proporsjonalitet ved omgjering etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Den meir isolerte tolkinga i kapittel fire, som sentrerte rundt akvakulturretslege og miljørettslege kjelder, talte i hovudsak for at lova opnar for ei rein miljøvurdering utan det strenge proporsjonalitetskravet. Ordlyden gav eit visst uttrykk for dette, men ikkje med avgjerande vekt. Overføringsverdien frå vilkårslæra i kapittel 5 gav motsetnadvis uttrykk for at det er gode grunnar for at proporsjonalitetskrava òg bør gjelde etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Dette viser korleis meir allmenne forvaltningsrettslege kjelder som sikrar rettstryggleik, kan utfylle der lovgjevar ikkje har gitt sikre svar.

At allmenne kjelder kan vere *eigna* til å utfylle, vart òg stadfesta i 6.2. Drøftinga i 6.3 viste at kjelder knytt til den ulovfesta omgjeringsregelen, Grunnlova § 97 og EMK TP 1-1, som tryggar innrettingsomsynet, *gjer seg gjeldande* òg for akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Det er fleire argument som tilseier at oppdrettaren har grunn til å innrette seg etter innhalda i løyva. Når det gjeld lokalitetsløyve, gjev den ein eksklusiv eigedomsliknande rett til eit område, medan selskapsløyve etablerer ein posisjon for langvarig verksemd. Sistnemnte ligg i kjernen EMK TP 1-1, Grunnlova § 97 og dei allmenne omgjeringsreglane er meint å trygge. Sjølv om det har vore fleire argument som tilseier at oppdrettaren ikkje har grunn til å innrette seg etter det enkelte løyve i stor grad, er det nettopp eit hovudpoeng at det er tale om eit gradspørsmål. Når

innrettingsomsynet gjer seg gjeldande, tilseier legalitetsprinsippkande synsmåtar at ein ikkje kan leggje avgjerande vekt på mjuke kjelder som talar mot rettstryggleiken til borgaren. Kjernen i drøftinga må difor vere at ein på akvakulturområdet ikkje kan ha rettkomne forventningar om at reguleringar ikkje skal endre seg, men at ein må kunne ha rettkomne forventningar om å halde på sjølve formuesgodet.

Dette treng likevel ikkje samstundes innebære at hypotesen om korleis rettstryggleiksomsynet utspelar seg i akvakulturretten, er feil. I seg sjølv legg akvakulturretslege kjelder opp til at førehandsvissa til oppdrettaren handlar om stabile rammevilkår for å oppnå effektiv produksjon. Ein kan difor spørje om det utgjer ein god regel for akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a at proporsjonalitetskrav frå meir allmenne kjelder vert bestemmande for tolkinga. Med tanke på dei nemnte legalitetsprinsippkande synsmåtane, og sett i lys av uklare tolkingsbidrag frå dei autoritative kjeldene, har framstillinga vist at løysinga med best rettskjeldemessig grunnlag er den ein kan hente frå dei allmenne kjeldene.

Det er dermed ikkje til å kome utanom at likskapsslutningar frå dei allmenne kjeldene tilseier at det strenge proporsjonalitetskravet gjer seg gjeldande. Verken ordlyden eller førearbeida til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a stenger for denne løysinga, og difor får det argumentet som tryggar rettstryggleiken i forvaltningsretten størst tyngde. Miljøomsynet skal få stor vekt etter Grunnlova § 112, men det er likevel som nemnt *mogleg* å foreine miljøvurderingar med proporsjonalitetsvurderingar. Dersom lovgjevar meinte å leggje opp til ei rein miljøvurdering utan omsyn til den enkelte oppdrettar, måtte dette ha kome klarare fram i lovarbeida. Etter mitt syn er dette isolert sett eit uttrykk for at proporsjonalitetsprinsippet har ein større plass i norsk forvaltningsrett enn diskusjonen om misbrukslæra skulle tilseie.

Ut ifrå både den generelle og den spesielle grunnposisjonen vert konklusjonen på lovtolkingsspørsmålet at det må inntolkast eit krav om proporsjonalitet i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

7 Domstolskontroll av proporsjonalitetskrava

7.1 Innleiing

I dette kapittelet skal eg løyse prøvingsspørsmålet, som dreia seg om *på kva måte* krava om proporsjonalitet eventuelt gjer seg gjeldande etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Temaet inneber eit skifte av perspektiv, då det føregåande lovtolkingsspørsmålet vart løyst frå forvaltningsperspektivet. Prøvingsspørsmålet er relevant for om ein kan karakterisere proporsjonalitetskrava etter akvakulturlova § 9 som *materielle krav* eller om dei må sjåast som *prosessuelle* fordi domstolen ikkje ville ha overprøvd vurderinga. Dersom ein legg til grunn at krava er prosessuelle, oppstår spørsmålet om Fiskeridirektoratet har ei plikt til å vurdere proporsjonalitetskrava. Svara på spørsmåla kan ha overføringsverdi til andre tilfelle der det følgjer eit proporsjonalitetsprinsipp av enkeltføresegner. Det kan òg seie noko generelt om korleis ein kan forstå proporsjonalitetsprinsippet sin plass i norsk forvaltningsrett.

Eg vil leggje grunnlaget for å svare på desse spørsmåla i 7.2, der eg gjer greie for kompetansen domstolane har til å overprøve lovtolkning og subsumsjon. Deretter vil eg i 7.3 ta konkret stilling til om vilkåra i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a er gjenstand for overprøving etter den tradisjonelle forvaltningsrettslege domstolsprøvingslæra. Resultatet av vurderinga vil leie til ein analyse i 7.4 av kva proporsjonalitetsnorm som gjeld etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

7.2 Skiljet mellom overprøving av lovtolkning og subsumsjon der det gjeld proporsjonalitetskrav

Langvarig rettspraksis har vist at domstolane ikkje alltid prøver alle sider av eit forvaltningsvedtak.³⁵⁵ Visse vurderingar skal verken takast

³⁵⁵ Eckhoff/Smith (2018) s. 524.

av lovgjevar på førehand eller av domstolane i etterkant, men åleine av forvaltninga som utøvande makt etter maktfordelingsprinsippet. Det vert gitt ei oppsummering av prøvingskompetansen i Utvisingsdom I (Rt. 1995 s. 72), der Høgsterett skreiv følgjande:

«domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet».³⁵⁶

I dei føregåande kapitla har eg fastlagt innhaldet av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Lovtolkinga viste at det gjeld proporsjonalitetskrav etter føresegna, og det same kan domstolen kome til dersom lovtolkings-spørsmålet vert førelagt dei.

Det er eit anna spørsmål om domstolane òg kan prøve subsumsjonen. I samanheng med denne framstillinga er subsumsjonen sjølv proporsjonalitetsvurderinga. Ein seier gjerne at domstolane kan overprøve subsumsjonen av skjønnsmessige vilkår berre dersom vilkåra er underlagt rettsbruksskjønn, i motsetnad til fritt forvaltningsskjønn.³⁵⁷ Ifølgje Smith er forvaltningsskjønnet det skjønnsrommet som er igjen etter at lova er ferdig tolka, fordi resultatet av skjønnsutøvinga er opp til frie verdival hjå forvaltninga.³⁵⁸ Det er ikkje mogleg å erkjenne resultatet, og skjønnet er difor ikkje rettsleg normert.³⁵⁹ Difor kan heller ikkje domstolane overprøve legitimiteten av skjønnet, anna enn etter den ulovfesta misbrukslæra som vert skildra i sitatet ovanfor. Poenget her er at ei slik forståing tilseier at normer som domstolane ikkje overprøver, ikkje er materielle rettslege

³⁵⁶ På s. 77.

³⁵⁷ Eckhoff/Smith (2018) s. 363, jf. s. 375.

³⁵⁸ *Ibid.* Sjå òg blant anna Frihagen, som synest vere av same oppfatning, jf. vere Frihagen (1991) s. 181.

³⁵⁹ Sjå meir om dette skiljet i 3.3.

normer. Fleire teoretikarar deler denne forståinga, men eg skal kome tilbake til at forståinga òg vert kritisert.³⁶⁰

I det vidare skal eg først drøfte problemet med at ei slik tolking føreset at det er eit enkelt skilje mellom tolking og subsumsjon når det gjeld skjønnsmessige vilkår. Deretter skal eg ta opp problemet med at ei slik forståing føreset at rettskjeldeprinsippa ikkje gjeld for forvaltninga med mindre domstolen kan overprøve skjønnnet.

I eldre teori var det ikkje vanleg å skilje mellom tolking og subsumsjon. Det utvikla seg etter kvart ein rettspraksis der domstolen avstod frå å prøve den konkrete rettsbruken til forvaltninga dersom domstolen såg seg ueigna til å overprøve politiske eller faglege skjønnsmessige vilkår.³⁶¹ Problemet med dikotomien mellom tolking og subsumsjon er at det ikkje alltid går er ei klar grense mellom kva som er tolking og kva som er subsumsjon. Moen peikar på at det ikkje finst tydelege demarkasjonskriterium for dei, og det kan dessutan vere ein glidande overgang i fleire tilfelle.³⁶² Då er det utfordrande at retningslinjene for å overprøve tolking og subsumsjon er relativt forskjellige. Som vi såg ovanfor, vil domstolen alltid ha kompetanse til å overprøve lovtolkinga.³⁶³ Når det gjeld subsumsjonen er òg hovudregelen overprøving, i alle fall i inngrepssaker, men domstolen kan gjere unntak etter ein *heilskapleg vurdering* av ei rekke moment som er utpensla i rettspraksis. Terskelen for å gjere unntak etter denne heilskaplege vurderinga er ikkje spesielt høg.³⁶⁴ Dette skal eg vise i neste punkt, der eg gjer ei slik heilskapleg vurdering av om vilkåra etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a er underlagt rettsbruksskjønn eller forvaltningsskjønn.

At skiljet mellom tolking og subsumsjon er problematisk, kjem tydeleg fram der proporsjonalitetskrav *følgjer av* enkeltføresegn. Drøftinga eg gjorde i kapittel 4–6 viste at *lova* stiller proporsjonalitetskrav, fordi det følgde av ei lovtolking at proporsjonalitetskrava gjeld etter akvakulturlova

³⁶⁰ Sjø fleire forfattarar sitt syn på fritt skjønn i 7.4.

³⁶¹ Moen (2019) s. 135, Tøssebro (2019) s. 185.

³⁶² Sjø Moen (2019) s. 175–177.

³⁶³ Sjølv om praksis viser at dette sjeldan vert gjort uavhengig av subsumsjonen, jf. Moen (2019) s. 175.

³⁶⁴ *Ibid.* s. 172.

§ 9 første ledd bokstav a. Det er på det rene at dette gjev skjønsmessige retningslinjer til Fiskeridirektoratet. Men i tillegg tilseier denne lovtolkinga at innhaldet av vedtak etter føresegna skal vere eigna, naudsynt og strengt proporsjonalt. Som eg forklarte i 3.3, er proporsjonalitetskrava i hovudsak empiriske og moglege å erkjenne rettsleg, i tillegg til at det gjeld rettsleg bestemte retningslinjer for den normative vurderinga av om eit tiltak er proporsjonalt overfor den enkelte. Men dersom ein norsk domstol ikkje *ser seg eigna* til å overprøve proporsjonalitetskrav, inneber skiljet mellom forvaltningsskjønn og rettsbruksskjønn at ein ville ha kalla skjønnet for fritt. Problemet er at det er unaturleg å seie at skjønnet er fritt for rettsleg normering etter den tradisjonelle norske forståinga når *lovtolkinga* avgjer at vedtaket skal vere eigna, naudsynt og strengt proporsjonalt. Når tolkinga viser at det gjeld proporsjonalitetskrav etter enkeltføresegn på denne måten, vert skiljet til subsumsjonen viska ut fordi proporsjonalitetskrava normerer skjønnet. Dette tilseier at den gjengse oppfatninga av forvaltningsskjønnet som fritt i seg sjølv ikkje stemmer overeins med framande storleikar som proporsjonalitetskrav.

Moen peiker på noko av den same problematikken med proporsjonalitetsprinsippet. Han gjer gjeldande at proporsjonalitetskrava, slik vi kjenner dei frå europeisk rett, gjev «en størrelse som *eksisterer* uavhengig av avgjørelsesorganet, og som i teorien kan *erkjennes*».³⁶⁵ Blant anna av den grunn stiller han opp spørsmålet om «hvordan en forestilling om 'fritt skjønn' kan forenes med den etter hvert utbredte oppfatningen om at skjønnsutøvelsen må være *forholdsmessig*».³⁶⁶ Eit slikt syn får òg stønad av Havre. Ho skriv om proporsjonalitet i menneskerettsleg kontekst, ikkje forvaltningsrettsleg, men ho meiner uavhengig av dette at «når det *gjelder* en proporsjonalitetsbegrensning på forvaltningens kompetanse, er dette et rettslig kriterium som domstolen skal kunne kontrollere oppfyllelsen

³⁶⁵ *Ibid.* s. 97.

³⁶⁶ *Ibid.* s. 85, gjentatt omtrent på same måte på s. 19, der han skriv at proporsjonalitet utfordrar tanken om eit fritt forvaltningsskjønn i norsk rett. Noko av det same kjem til uttrykk på side 94, jf. s. 97.

av».³⁶⁷ Ho meiner det er utvilsamt at domstolen i alle fall har *kompetanse* til å prøve proporsjonalitetskrava, sidan desse er rettslege i sin natur.

Sidan skiljet mellom tolking og subsumsjon nærast vert viska ut når det gjeld proporsjonalitetskrav, bør ein domstol alltid prøve subsumsjonen til ein viss grad der proporsjonalitetskrav gjeld. Det er òg presumptivt difor det er vanskeleg å akseptere det europeiske proporsjonalitetsprinsippet som generelt prinsipp i norsk forvaltningsrett. Eit slikt syn kjem til uttrykk i NOU 2019: 5, under drøftinga av om ein skal lovfeste proporsjonalitetsprinsippet materielt eller prosessuelt. Forvaltningslovutvalet viser til svensk og finsk rett, der proporsjonalitetsprinsippet gjeld, og «bemerker [...] at forvaltningsdomstolene i østnordisk rett har en annen stilling med rett til overprøving av forvaltningsskjønnet, enn det som er tilfellet etter norsk rett. Det er derfor ikke naturlig å innføre i den norske forvaltningsloven».³⁶⁸ Implisitt kan ein forstå dette slik at materielle proporsjonalitetskrav vil vere gjenstand for full prøving. Dette passar ikkje med det norske skiljet mellom vilkår underlagt forvaltningsskjønn og rettsbruksskjønn.

Høgsterettspraksis har ikkje slått fast at dersom det gjeld proporsjonalitetskrav etter ei føresegn, skal desse overprøvast fullt ut fordi det er ei naturleg følgje av lovtolkinga. I tilfelle der det gjeld uttrykkelege proporsjonalitetskrav, har Høgsterett ofte likevel overprøvd desse konkret med den grunngevinga at proporsjonalitetsvurderinga er «typisk rettslig».³⁶⁹ Dette er ikkje det same som å seie at proporsjonalitetskrav skal overprøvast fordi dei er rettsleg normerte.

Det føreligg likevel høgsterettspraksis som tilseier at dersom det gjeld *materielle kompetanseavgrensingar* overfor forvaltninga, så har Høgsterett i utgangspunktet *kompetanse* til å overprøve subsumsjonen. I Trallfa (Rt. 2007 s. 257) vart det uttala at «når lovgiver har skrevet inn en betingelse for å gi dispensasjon, vil denne betingelsen være en materiell kompetansebegrensning, som kan etterprøves av domstolene, med

³⁶⁷ Havre (2015) s.108.

³⁶⁸ NOU 2019: 5 s. 157.

³⁶⁹ Utvisingsdom II (Rt. 1998 s. 1795), fulgt opp i fleire dommar på utlendingsrettens område, som Rt. 2000 s. 591, Rt. 2005 s. 238, Rt. 2009 s. 534, og Rt. 2011 s. 948.

andre ord et rettsanvendelsesskjønn». ³⁷⁰ I Internflukt (Rt. 2015 s. 1388) legg fleirtalet fram at «[v]ilkåret [«urimelig»] fremstår som en materiell kompetansebegrensning som normalt prøves fullt ut». ³⁷¹ Ein kan forstå Høgsterett slik at når skjønnet til ein viss grad er rettsleg normert fordi det gjeld ei materiell kompetanseavgrensing, har domstolane kompetanse til å overprøve den skjønsmessige vurderinga. Det er naturleg å forstå proporsjonalitetskrava som slike materielle kompetanseavgrensingar som Høgsterett skildra.

For fleirtalet i Internflukt var det likevel ikkje avgjerande at dei i utgangspunktet hadde kompetanse til å overprøve. ³⁷² Dette vart sett som eit utgangspunkt som talte for rettsbruksskjønn, men fleirtalet gjekk vidare i drøftinga av om vilkåret likevel var underlagt fritt forvaltningsskjønn etter retningslinjer som er utpensla gjennom langvarig rettspraksis. ³⁷³ Dette inneber i realiteten at domstolane avstår frå å nytte kompetansen dei har til å prøve det som må sjåast som rettsbruksskjønn, dersom dei ser seg ueigna til å gjere den konkrete vurderinga. Høgsterettspraksis viser dermed at sjølv om eit vilkår er rettsleg normert og domstolen har *kompetanse* til å overprøve, vil domstolen likevel gjere ei heilskapleg vurdering av om overprøvingskompetansen skal nyttast. Ei slik vurdering lyt eg difor gjere i neste punkt.

7.3 Er subsumsjonen under akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a underlagt forvaltningsskjønn eller rettsbruksskjønn?

I det følgjande vil eg vurdere om subsumsjonen i tilfelle av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a gjev uttrykk for rettsbruksskjønn eller forvaltningsskjønn etter dei tradisjonelle vurderingsmomenta som er nøye utpensla frå høgsterettspraksis i teorien. Som vi såg i førre punkt, tilseier

³⁷⁰ Avsnitt 40.

³⁷¹ Avsnitt 224.

³⁷² Internflukt er eitt av fleire dømmer på dette, sjå Smith (2018) s. 365, Havre (2015) s. 108 og Graver (2019) s. 264.

³⁷³ Eckhoff/Smith (2018) s. 524.

Internflukt at hovudregelen ved materielle kompetanseavgrensingar er full prøving. Det har òg elles i rettspraksis utvikla seg ei forståing av domstolsprøving som hovudregel *ved inngrep*. Dette går fram av Naturfredningsdommen (Rt. 1995 s. 1427), der spørsmålet var om domstolen kunne overprøve vurderinga av om eit hytteområde kunne fredast. Følgjande vart uttala av førstvoterande:

«[d]et er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene prøver ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes».³⁷⁴

Ved alle typar forvaltningsrettslege inngrep må difor hovudregelen vere rettsbruksskjønn. Det er likevel ikkje slik at denne presumpsjonen står særleg sterkt i dei tilfella der ein kan påvise ein lovgjevarvilje i motsett retning.³⁷⁵ Ein må difor først undersøkje om lovgjevar har gitt konkrete haldepunkt for overprøvingsmoglegheitene til domstolane.³⁷⁶

Dersom ein kan påpeike ut ifrå ordlyd eller førearbeid at ei vurdering er lagt eksplisitt til eit forvaltningsorgan, vil det tilseie med mykje vekt at organet er gitt fritt skjønn. I akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a står det at «departementet» kan omgjere eit vedtak ut ifrå miljøomsynet. Som tidlegare nemnt, er den personelle kompetansen delegert til Fiskeridirektoratet, noko som tilseier at vurderinga er lagt til Fiskeridirektoratet åleine. Dette var òg utgangspunktet i Elvebåt (Rt. 2005 s. 117), der spørsmålet var om ein kunne gjere unntak frå eit krav om toll av elvebåtar. Lova sa det var «etter tollvesenets skjønn» å gjere den konkrete vurderinga av aktsemda. Likevel kom Høgsterett til at dei kunne overprøve vurderinga fullt ut, noko som blant anna kan forklarast med ein konstruert lovgjevarvilje.³⁷⁷ Dette viser at det ikkje treng å vere

³⁷⁴ På side 1434, jf. òg Krekar (Rt. 2007 s. 1573).

³⁷⁵ Innjord (1996) s. 193.

³⁷⁶ Graver (2019) s. 248–249.

³⁷⁷ Moen (2019) s. 125.

heilt avgjerande om ei vurdering synest lagt endeleg til forvaltninga etter ordlyden.

Det er vidare på det reine at det vil vere tale om ein inngreppsituasjon dersom Fiskeridirektoratet endrar eller trekk tilbake eit akvakulturløyve. Inngreppsituasjonen kan kanskje sjåast som hovudgrunngevinga bak ei semje i teorien om at domstolane vil overprøve subsumsjonen i saker som gjeld ulovfesta omgjerung.³⁷⁸ Som vist i 6.2.1 og 6.4 har reglane om ulovfesta omgjerung overføringsverdi til akvakulturlova § 9, noko som tilseier at domstolane bør ha same prøvingskompetanse. Likevel ligg forureiningslova § 18 nærare akvakulturlova når det gjeld karaktertrekket som fullmaktslov, og det er for forureiningslova § 18 avgjort at proporsjonalitetsvurderinga skal vere underlagt forvaltningskjønn. Dette vart drøfta i Fett- og lim-dommen (Rt. 1995 s. 738), der Høgsterett uttala følgjande:

«[d]en 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, bekrefteas av vurderingstemaet».³⁷⁹

Bugge argumenterer for at dette ikkje inneber at ein ikkje kan prøve andre sider av vilkåra i lova, og meiner det vil vere tale om eit rettsbruksskjønn etter vilkåra i lova.³⁸⁰ I ettertid har det vidare skjedd ei utvikling i forståinga av proporsjonalitetsvurderingar som rettslege. Etter mitt syn er det likevel klart at Høgsterett I Fett- og lim-dommen vurderte slike typar proporsjonalitetsvurderingar i miljø- og næringsforvaltningsretten som ueigna for domstolskontroll.

Krekar-dommen (Rt. 2007 s. 1573) gjev meir konkrete retningslinjer for når det er grunnlag for unntak frå hovudregelen om rettsbruksskjønn ved inngrep. Der går det fram at det kan gjerast unntak «i tilfeller der

³⁷⁸ Bernt/Rasmussen (2010) s. 334 og Graver (2015) s. 131. I forslag til ny forvaltningslov foreslår utvalet å lovfeste den ulovfesta omgjerungsregelen med full domstolsprøving, sjå NOU 2019: 5 s. 618.

³⁷⁹ På s. 741.

³⁸⁰ Bugge (2002) s. 484.

loven gir anvisning på utpreget skjønnsmessige vurderingstemaer, og i tilfeller hvor vedtaket beror på en vurdering av utpreget faglig karakter på områder som domstolene ikke kan forventes å ha nødvendig innsikt i». Det går òg fram av teorien at vurderingar som har eit «juridisk eller moralsk preg» vil vere eigna for domstolsprøving, i motsetnad til vurderingar som er av «teknisk, økonomisk eller politisk art».³⁸¹

Vilkåra «nødvendig» og «hensynet til miljøet» i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, er i seg sjølv utprega vage og skjønnsmessige. Dette gjer vilkåra mindre eigna for ein objektiv og nøytral domstolskontroll.³⁸² På den andre sida viste tolkinga i kapittel 4 at vilkåra viser til ei proporsjonalitetsvurdering, og seinare rettspraksis har vist at proporsjonalitetsvurderingar er av meir rettsleg art enn andre avvegingsnormer.³⁸³ Moen peiker likevel på at nettopp vilkår som «nødvendig», «rimelig» og til og med «forholdsmessig» sjeldan vert overprøvd i rettspraksis.³⁸⁴ Ein del av grunngjevinga for dette kan ifølgje Moen vere at slike vilkår ofte gjentek vurderingar som ein allereie gjer etter «kan»-skjønnet. Sidan «kan»-skjønnet ofte gjev uttrykk for reine hensikstiktsmessigheitsskjønn, vil domstolane heller ikkje prøve dei skjønnsmessige vilkåra.

Når det gjeld «kan»-skjønnet etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, viste ordlydstolkinga i kapittel 4 at det er lite igjen til det reine hensiktsmessigheitsskjønnet. Dei nærmare vilkåra for omgjerung avgjorde rammene for kompetansen. Som vi såg, innebar likevel «kan»-skjønnet at Fiskeridirektoratet har kompetansen til å velje kva tiltak som skal gjennomførast, så lenge vilkåra for omgjerung er innfridd.

Vidare er det klart at miljøvurderinga er ei utprega naturvitskapleg, fagleg og teknisk vurdering. Dette tilseier med mykje vekt at domstolane ikkje er eigna til å prøve vurderinga. Ein kan vidare seie at vurderinga er politisk, all den tid miljøomsynet i seg sjølv ligg i sona mellom rett og politikk. Det same argumentet kjem til uttrykk i førearbeida til noverande forvaltningslov:

³⁸¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 386.

³⁸² Eckhoff/Smith (2018) s. 383.

³⁸³ Jf. dømesvis Rt. 2000 s. 591.

³⁸⁴ Moen (2019) s. 158.

«Når således forvaltningsaktens fremme er betinget av et offentlig behov, må nok loven tolkes slik at dette behov da skal være avgjort ved administrasjonens skjønn som domstolene ikke kan prøve». ³⁸⁵

Karakteren av subsumsjonsvurderinga i vedtak etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a tilseier dermed med tyngde at domstolane ikkje har moglegheit til å overprøve proporsjonalitetsvurderinga.

På den andre sida kan rettsleggjinga av miljøomsynet tale for at domstolane bør sikre at omsynet vert gjennomført i praksis. Av denne oppfatninga er Haagensen, som skriv at det «grunnleggjende og dyptgående krav[et] til å sikre miljøhensyn etter nml. § 12 og Grl. § 112, gjør at hensynet til et effektivt rettsvern for miljøet også tilsier full rettslig overprøving». ³⁸⁶ Dette må i alle fall stemme for tilfelle der det er tale om at staten har brote tilsynsplikta etter Grunnlova § 112 tredje ledd. Men der det berre er snakk om meir faglege miljømessige vurderingar, vil ikkje dette argumentet rekke like langt. I den tidlegare omtala klimadommen valde Høgsterett å avstå frå overprøving fordi det var tale om politiske miljøspørsmål.

Denne argumentasjonen, basert på dei tradisjonelle vurderingsmomenta, viser at det samla sett er gode grunnar for å fråvike hovudregelen om full prøving. Det må få stor vekt at omgjeringsvurderinga etter ordlyden legg opp til ei utprega *skjønnsmessig, fagleg og politisk* vurdering. Det same kom tingretten fram til i trafikkllyssaka, basert på fleire av dei same argumenta eg har nytta. ³⁸⁷ Tingrettsdommen har avgrensa vekt, og gjaldt dessutan § 9 tredje ledd, men dommen illustrerer kva domstolane sjølv ser seg eigna til. Sidan den gjengse oppfatninga synest å vere at det dreier seg om forvaltningsskjønn der domstolane ikkje overprøver, må resultatet av denne vurderinga nødvendigvis vere at proporsjonalitetskrava etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a er underlagt forvaltningsskjønn. Sett i samanheng med synspunkta frå førre punkt om at proporsjonalitetskrava er rettsleg normerte i sin natur, understrekar drøftinga at proporsjonalitetsprinsippet ikkje passar inn i

³⁸⁵ NUT 1958: 3 s. 375.

³⁸⁶ Haagensen (2019) s. 349.

³⁸⁷ Sogn og fjordane tingrett, 17.03.2020, 20-109859TVI-SOFT, sjå s. 19–25.

rettstilstanden kva gjeld domstolsprøving. Tolkinga eg gjorde i kapittel 4–6 frå forvaltningsperspektivet står seg framleis, og spørsmålet vidare vert difor kva påverknad det har for Fiskeridirektoratet sin rettsbruk at domstolen ikkje overprøver vurderinga.

7.4 Materielt eller prosessuelt proporsjonalitetsprinsipp

I dette punktet skal eg ta stilling til kva slags proporsjonalitetsnorm som gjeld for forvaltninga dersom domstolen ikkje overprøver subsumsjonen av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Dersom ein skal halde seg til det tradisjonelle synet på forvaltningsskjønnet som fritt for rettsleg normering, vil det nødvendigvis innebere at Fiskeridirektoratet ikkje har ei plikt til å vurdere proporsjonalitetskrava etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.³⁸⁸ Slik kan rettstilstanden likevel vanskeleg vere når lovtolkinga resulterte i at det gjeld proporsjonalitetskrav.

Drøftinga i førre punkt viste at dei tradisjonelle vurderingsmomenta for om eit vilkår er underlagt rettsbruksskjønn eller forvaltningsskjønn, er utprega skjønnsmessige. Fleire teoretikarar har av den grunn peika på at det kan kome an på ei rimelegvurdering om Høgsterett ser seg eigna til å overprøve.³⁸⁹ Den nemnte Elvebåt-dommen er eit døme på dette. Etter mitt syn er det uheldig om slike rimelegvurderingar skal overstyre det som følgjer av lovtolkinga. Det oppmodar til ei vurdering av om det gjer seg gjeldande materielle normer for forvaltninga uavhengig av om domstolane ser seg eigna til å overprøve normene. Det er fleire teoretikarar, særleg i nyare tid, som stør opp under at det kan gjelde normer for forvaltninga sjølv om domstolen ikkje overprøver vurderinga. Stub uttalar til dømes:

³⁸⁸ Tilsynelatande representantar for dette synet er til dømes Eckhoff/Smith (2018) s. 365, Innjord (1996) s. 164 og Vangsnes (2014) s. 199–201. Moen viser til ulike haldningar om dette, sjå Moen (2019) s. 88–92.

³⁸⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 387. Moen (2019) s. 392–393. Graver gjev uttrykk for noko av det same, jf. Graver (2019) s. 269.

«Våre forestillinger om hvilke normer som eksisterer kan ikke reduseres til en angivelse av de normer som omfattes av domstolenes prøvelsesrett».³⁹⁰

Gode grunnar tilseier dessutan at det bør gjelde materielle normer for forvaltninga sjølv om domstolane ikkje ser seg eigna til å prøve desse fullt ut. Det er ei kjensgjerning at dei aller færraste forvaltningssaker endar opp i domstolane, sjølv om private i desse sakene har behov for dei same materielle rettstryggleiksmekanismane.³⁹¹ Behovet for klarare normer vert dessutan større i takt med det stadig aukande rettskjeldetilfanget. Bernt set eit generelt fokus på at forvaltningsretten i framtida bør handle mindre om gyldigheit, og meir om riktigheit.³⁹² I tråd med dette er det gunstig dersom det gjeld klare materielle normer for både forvaltningsorganet og klageorganet, i staden for at bae ser seg som frie frå rettskjeldeprinsippa.³⁹³

Argument imot eit slikt synspunkt kan vere at det generelt sett er vanskeleg å skilje rettslege normer i forvaltninga frå andre reint politiske eller etiske normer. Det vil vere å gå for langt i rettsfilosofisk retning å grave djupare i dette skiljet. Det er heller ikkje behov for det, sidan det er på det reine etter drøftinga i 3.3 og 7.2 at proporsjonalitetskrava er av rettsleg karakter. Eit anna motargument er likevel at det kan verke kunstig å snakke om materielle normer som ikkje kan handhevast. Eit poeng med å kalle ei norm rettsleg i staden for etisk eller politisk, må vere at det *kan* setjast makt bak norma.

³⁹⁰ Sjø Stub (2008) s. 176, Tøssebro (2019) s. 190 og Boe (1994) s. 325 om at lova avgjer òg der forvaltninga har «subsumsjonsherredøme». Moen synest å lande på det same synet etter ei grundig drøfting av spørsmålet, sjå Moen (2019) s. 92. Tøssebro synest òg å vere av den oppfatninga at det kan gjelde normer for forvaltninga sjølv om domstolen ikkje overprøver, sjå Tøssebro (2021) s. 111. Søvig gjev uttrykk for at proporsjonalitetsprinsippet kan vere materielt for forvaltninga dersom proporsjonalitetskrava kan prøvast på andre måtar, sjå Søvig (2015c) s. 336. Bernt har tidlegare gitt uttalar som tyder på at normer under forvaltningsskjønn ikkje er av rettsleg karakter, sjå Bernt (2010) s. 84–85. Men i nyare tid har han fått fram at dette skuldast eit funksjonalistisk perspektiv i den delen av læreboka, og det verkar no som at Bernt meiner at ein må skilje mellom kva domstolane faktisk prøver og kva rettslege skrankar som gjeld for forvaltninga si skjønnsutøving, jf. Bernt (2016) s. 332, jf. s. 339.

³⁹¹ Sjø liknande synspunkt i Bernt (2016) s. 339.

³⁹² Bernt (2019) s. 267.

³⁹³ Sjø liknande synspunkt i Stub (2008) s. 176.

Ein *kan* likevel setje makt bak proporsjonalitetsnorma i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a sjølv om domstolane ikkje overprøver subsumsjonen direkte. Domstolane kan nemleg kontrollere forvaltninga indirekte, til dømes gjennom å undersøkje grunngjevinga i vedtaket for å kontrollere om proporsjonaliteten er *forsvarleg vurdert*.³⁹⁴ Eventuelt kan domstolen avgrense seg til å undersøkje grunngjevinga for å sjå om det går fram *at* det har skjedd ei vurdering. I båe tilfelle kan ein seie at domstolen overprøver prosessuelt i staden for materielt. Men det kan vere vanskeleg å vurdere om ei proporsjonalitetsvurdering er gjort, i alle fall om den er forsvarleg gjort, utan å *sjølv vurdere* proporsjonalitetskrava.³⁹⁵ Dersom proporsjonalitetsvurderinga i realiteten er materiell, bør ikkje domstolen kamuflere dette ved å seie det er tale om prosessuell prøving. Problemet med å kamuflere materielle vurderingar på denne måten er at det vert vanskeleg å etterprøve den reelle rettslege vurderinga. Det er meir opplysende for alle rettsbrukarar dersom ein ope viser kva materielle vurderingar som vert gjort. Eit anna problem med å skilje mellom materiell og prosessuell overprøving av rettsleg normerte proporsjonalitetskrav, er at dette kan vere vanskeleg å skilje frå sakshandsamingsprinsippet om proporsjonalitet. Sakshandsamingsprinsippet går ut på at krava til grunngjeving og utgreiing vert skjerpa i takt med styrken av inngrepet, og er difor av ein annan karakter.³⁹⁶

Uansett om ein måtte meine at slik indirekte kontroll er tilstrekkeleg for å sikre rettstryggleiken til private, er det klart nok ein fordel dersom domstolane ser seg eigna til å fullt ut overprøve *materielle rettslege normer*. For å oppnå dette med tanke på proporsjonalitetskrav, kan det rettspolitisk sett vere på tide å bevege seg vekk frå skiljet mellom forvaltningsskjønn og rettsbruksskjønn når det gjeld skjønnsmessige vilkår. Uavhengig av diskusjonen om proporsjonalitetsprinsippet, er det fleire som har tatt til orde for dette.³⁹⁷ Dette inneber at utgangspunktet er prøving av skjønnsmessige vilkår, men at domstolen er graduelt

³⁹⁴ Mykje likt slik Høgsterett indirekte har vurdert lovvilkåret «barnets beste» i ei rekke utlendingssaker, dømesvis Rt. 2009 s. 1261. Sjå meir om dette i Moen (2019) s. 319.

³⁹⁵ Sjå liknande synspunkt i Moen (2019) s. 319, jf. s. 482.

³⁹⁶ Sjå meir om skiljet i 3.2.1.

³⁹⁷ Søvig (2015c) s. 349 peiker på dette som eit utviklingstrekk.

tilbakehaldne ved visse politiske eller faglege spørsmål. Dersom det til dømes er snakk om svært utprega faglege vurderingar, som det vil vere under akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, kan domstolane leggje til grunn dei reint naturfaglege sidene av saka.³⁹⁸

Tilbakehaldenheit i prøvinga er eit kjent fenomen der domstolen har kome til at subsumsjonen er underlagt rettsbruksskjønn. Dette går fram allereie av Naturfredningsdommen, der ein la til grunn at domstolane måtte vere tilbakehaldne med å fråvike faglege vurderingar. Etter mi meining har ei slik løysing gode grunnar for seg generelt, då det inneber at rettstryggleiksmekanismar vert handheva, samstundes som domstolane ikkje tråkkar over i domenet til forvaltninga. Dette vil òg innebere at skiljet mellom tolking og subsumsjon vert mindre problematisk. Tilbakehaldenheit inneber òg at prøvingskompetansen til domstolane ikkje står i vegen for å *vidareutvikle* materielle normer som proporsjonalitetsprinsippet i forvaltningsretten.

³⁹⁸ Moen (2019) skriv om tilbakehaldenheit på s. 178. Sjå òg Graver om fjordlaksformelen som retningslinje i Graver (2007) s. 374 og Graver (2019) s. 269.

8 Avslutning med rettspolitiske vurderingar

Eg stilte innleiingsvis opp ein hypotese om at dei meir spesielle akvakulturretslege kjeldene tilseier ei isolert miljøvurdering, medan dei alminnelege forvaltningsretslege kjeldene tilseier ei proporsjonalitetsvurdering. Hypotesen skulle vise seg å stemme. Tolkinga mi i kapittel 4 viste at lovgjevar kan ha meint at omgjeringshøvet kjem an på ei miljørettsleg vurdering åleine, sett i samanheng med andre akvakulturretslege kjelder. Lovgjevares meining *verka* å vere at når vilkåret «miljømessig forsvarlig» ikkje lenger er innfridd, har ein heller ikkje grunnlag for å halde fram drifta. Ei slik forståing vil stille oppdrettaren som om vedkomande ikkje hadde fått løyve med tilhøyrande rettkomne forventningar i det heile. Men dette slår ikkje gjennom overfor den allmenne forvaltningsretten sine rettstryggleiksmekanismar når lovgjevares meining ikkje er meir uttrykkeleg spesifisert i spesialreguleringa. Drøftinga i kapittel 5 og 6 viste at dei allmenne forvaltningsretslege reglane gjev grunnlag for at det gjeld ei proporsjonalitetsvurdering etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Proporsjonalitetsprinsippet kjem såleis «inn kjøkendøra».

Overordna sett kan ein seie at tolkinga viste at den som leitar, den finn; proporsjonalitetskrava er i og for seg enkle å lokalisere i forvaltningsretslege reglar, fordi desse reglane vernar om dei same omsyna som proporsjonalitetsprinsippet vernar om. Løysinga på prøvingsspørsmålet synte likevel at proporsjonalitetsprinsippet moglegvis ikkje *kjem seg* «inn kjøkendøra» til den tradisjonelle forvaltningsretslege domstolsprøvlæra i norsk rett. Drøftinga viste at sjølv om proporsjonalitetskrava er rettsleg normerte, går dei ikkje overeins med det norske skiljet mellom skjønsmessige vilkår underlagt rettsbruksskjønn og skjønsmessige vilkår underlagt forvaltningskjønn. Rettspolitisk sett kan løysinga på dette problemet, som nemnt, vere tilbakehaldenheit i prøvinga, då dette i prinsippet opnar for å sikre rettstryggleiken. Ei anna løysing kan vere å opprette generelle forvaltningsdomstolar som i større grad kan ta stilling til meir politiske og faglege spørsmål. Dersom ein ikkje ynskjer rettsleggjinga dette kan innebere, kan eit alternativ vere å leggje større

fokus på materielle reglar som er bindande for forvaltninga uavhengig av domstolsprøving. Som nemnt i 7.4, er det fleire gode grunnar for at fokuset uansett bør vere på forvaltningsperspektivet, all den tid dei færreste forvaltningssaker kjem inn for domstolane.

Eit anna alternativ er at lovgjevar i større omfang avklarar proporsjonalitetsspørsmålet før ei særlov vert vedteken, slik ein til dømes har gjort for trafikklyssystemet. Hovudpoenget frå Prop 95. L er nemleg at miljøomsynet skal vere overordna uavhengig av den konkrete oppdrettarens økonomi. Slike typar presiseringar av proporsjonalitetsvurderinga kan vere eigna til å gje miljøomsynet den gjennomslagskrafta ein har sett fleire stader at lovgjevar ynskjer. Utan klare retningslinjer på at miljøomsynet skal kome først, kjem ein kanskje ikkje utanom proporsjonalitetsvurderingar, noko som moglegvis kan føre til at miljøomsynet vert svekka.

Det er likevel ikkje gitt at miljøomsynet faktisk vil få mindre gjennomslag der det gjeld proporsjonalitetskrav. Gjennom drøftinga under lovtolkingsspørsmålet har eg fått fram at miljøomsynet står sterkt i akvakulturretten, spesielt grunna det holistiske miljøsynet som talar for at sumverknadar frå fleire oppdrettarar er overordna den enkelte oppdrettar. Sett i samanheng med at oppdrettarane gjennom systemet er sikra fleksible løysingar som opnar for at dei økonomiske interessene kan vere sikra uansett, vil ofte miljøomsynet få mest vekt i konkrete vurderingar. Men så lenge det ikkje er klart at miljøomsynet skal få mest mogleg gjennomslag i ei sak, er det gode grunnar for at lovgjevar bør slå det fast. For det første er det vanskeleg å gjere ei proporsjonalitetsvurdering opp mot miljøomsynet fordi godt miljø ikkje har ein pris. Ved sida av det problematiske med slike inkommensurable storleikar, vil ei slik klargjøring ikkje minst gje ein signaleffekt som kan vere avgjerande i forvaltningspraksis. For det tredje vil dette i større grad opne for standardisering, slik at miljøforvaltningspraksis vert stadig meir effektiv.

Dersom lovgjevar likevel til ein viss grad skulle ynskje å sikre rettstryggleiken til oppdrettar, kan dei eventuelt opne for horisontale proporsjonalitetsvurderingar. Slik lovfesting kunne ha bidrege til å klargjere for oppdrettar korleis vedkomande skal planleggje investeringane sine. Dersom lovgjevar skulle ha lovfesta at det ikkje gjeld

proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, er det eit paradoks i framstillinga at lovfestinga truleg hadde vore i tråd med rettstryggleiksomsynet til oppdrettar. Det er først sidan dette *ikkje* er klargjort av lovgjevar at rettstryggleiksomsynet frå den allmenne forvaltningsretten gjev avgjerande tolkingsbidrag.

Som nemnt i 6.4, stemmer hypotesen om at rettstryggleiksomsynet til oppdrettar, i akvakulturretsleg kontekst, handlar om å oppnå effektiv produksjon basert på stabile rammevilkår. Lovgjevar kunne ha gitt ein annan regel som er meir i tråd med det akvakulturretslege rettstryggleiksomgrepet. Sidan drøftinga i 6.3 viste at det er skilnadar mellom korleis innrettingsomsynet spelar seg ut for selskapsløyvet og for lokalitetsløyvet, kunne ein òg gitt ulike reglar for dei to løyva. Særskilt på lokalitetsnivå, er det på det reine at ein må kunne vente hyppige miljøforandringar som er av slik tvingande karakter at omsynet til den enkelte oppdrettar ikkje bør vere relevant, all den tid systemet legg opp til at oppdrettarar bør ha fleire lokalitetsløyve for å venta avkastning. Med det holistiske miljøomsynet må ein òg kunne vente skiftingar på selskapsnivå, men i selskapsløyvet ligg i større grad den etablerte posisjonen til oppdrettaren. Ein må kunne innrette seg på å få drive, i alle fall i ei viss tid framover. Av den grunn kan ein sjå føre seg at det er fornuftig med minst to meir detaljerte omgjeringsreglar; ein omgjeringsregel som gjev klare *materielle* proporsjonalitetskrav ved meir løypande miljøvurderingar, og ein omgjeringsregel som gjev ein opnare moglegheit for å vurdere omgjerung ut ifrå eit breitt felt av større miljøendringar etter til dømes fem eller ti år.

Uansett om lovgjevar hadde gitt klare signal for proporsjonalitets-synsmåtar i kvart lovarbeid i ei spesialregulering, hadde ikkje dette løyst den vedvarande tvilen om proporsjonalitetsprinsippet sin plass i norsk rett. Eg har tolka ut ifrå nokre grunnposisjonar, noko ein ikkje kan gjere i domstolane. Dette tilseier eit behov for vidare forskning, men òg for endeleg avklaring frå autoritativt hald. Denne avklaringa kan til dømes kome frå Høgsterett. Men med tanke på at Høgsterett naturleg nok ikkje løysar spørsmål frå eit forvaltningsperspektiv, er det moglegvis meir nærliggjande at plassen til proporsjonalitetsprinsippet i

norsk forvaltningsrett vert grundigare tydeleggjort når ein skal vedta ny forvaltningslov. Eventuelt kan ein ta stilling til dette når lovgjevar skal handsame det nyaste av dei mange grunnlovsforslaga om proporsjonalitet. Diskusjonen om proporsjonalitetsprinsippet i forvaltningsretten vil truleg halde fram til prinsippet er kodifisert i ei eller anna form, noko som i seg sjølv kan vere talande for det uløyste spørsmålet om proporsjonalitetsprinsippet gjeld i norsk rett.

Kjeldeliste

Lover ol.

Norske lover

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova).
- lov 25. juli 1910 nr. 3 om naturfredning (naturfredningslova)
- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova).
- Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern (naturvernlova).
- Lov 8. juni 1973 nr. 48 om anlegg for klekking av rogn og oppdrett av fisk [oppheva].
- Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forureiningslova).
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosesslova).
- Lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v (oppdrettslova) [oppheva].
- Lov 21. desember 2000 nr. 118 om havbeite (havbeitelova) [oppheva].
- Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv. (matlova).
- Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturlova).
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvistelova).
- Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingslova).
- Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av villlevande ressursar (havressurslova).
- Lov 19. juni 2009 nr. 97 om dyrevelferd (dyrevelferdslova).

Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldlova).

Lov 21. juni 2019 nr. 70 om havner og farvann m.v (havnelova).

Forskrifter

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

Forskrift 17.juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftforskrifta).

Forskrift 17. juni 2008 nr. 823 om etablering og utvidelse av akvakulturanlegg, zoobutikker m.m. (etableringsforskrifta).

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

Forskrift 4. april 2020 nr. 105 om kapasitetsjusteringer for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020 (kapasitetsjusteringsforskrifta).

Internasjonale konvensjonar

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, 20. mars 1952.

Convention For The Conservation Of Salmon In The North Atlantic Ocean (NASCO), Reykjavik, 1. Oktober 1983.

Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR), Paris, 22. september 1992.

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992, (EØS-avtalen).

EØS-lovgjeving

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2000/60/EF af 23. oktober 2000 om fastlæggelse af en ramme for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger, konsolideret udgave 2014, (Vassdirektivet).

Førearbeid, uttalar ol.

Stortingsmeldingar

St.meld. nr. 22 (2012–2013) *Verdens fremste sjømatnasjon (Sjømatmeldinga).*

St.meld nr. 16 (2014–2015) *Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett (Havbruksmeldinga).*

Utgreiingar

NUT 1958:3 *Innstilling fra komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.*

NOU 1985: 22 *Akvakultur i Norge. Status og Fremtidsutsikter.*

Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Lønning-utvalet).*

NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningslova).*

NOU 2019: 18 *Skattlegging av havbruksvirksomhet.*

Proposisjonar

Ot.prp. nr. 11 (1979–1980) *om lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).*

Ot.prp. nr. 53 (1984–1985) *om lov om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.*

Ot.prp. nr. 63 (1999–2000) *om lov om havbeite.*

Ot.prp. nr. 65 (2000–2001) *om lov om endring i lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. (vederlag ved tildeling av konsesjoner for matfiskoppdrett av laks og ørret).*

Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) *om lov om akvakultur.*

Or.prp. nr. 52 (2008–2009) *om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).*

Prop. 103 L (2012–2013) *om endringer i akvakulturloven.*

Prop. 95 L (2018–2019) *om endringer i akvakulturloven (tilpasning av produksjon av hensyn til miljøet).*

Innstillinger

Innst. 163 S (1991–1992) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen angående forslag fra Einar Førde og Liv Aasen til ny § 110 b, § 103, § 94 eller § 112 i Grunnloven.

Innst. 361 S (2014–2015) Innstilling til Stortinget fra næringskomiteen om forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett.

Innst. 350 L (2018–2019) Innstilling fra næringskomiteen om Endringer i akvakulturloven (tilpasning av produksjon av hensyn til miljøet).

Grunnlovsforslag

Dokument 12:17 (2015–2016), Grunnlovsforslag 17, Grunnlovsforslag fra Michael Tetzschner, Erik Skutle, Gunnar Gundersen, Bente Stein Mathisen og Heidi Nordby Lunde om endring i § 98 (forbud mot uforholdsmessig inngrep i borgernes frihetssfære).

Dokument 12:32 (2019–2020), Grunnlovsforslag 21, Grunnlovsforslag fra Michael Tetzschner, Peter Frølich og Morten Wold om endring i § 98 (forbud mot uforholdsmessig inngrep i borgernes frihetssfære).

Andre dokument frå offentlege institusjonar

Fiskeridirektoratet, «Delegasjon av myndighet etter akvakulturloven», 08.02.2011, file:///C:/Users/nuz004/AppData/Local/Temp/delegasjon-av-myndighet-etter-akvakulturloven.pdf [sett 17.07.2020]

Riksrevisjonen, «Riksrevisjonens undersøkelse av havbruksforvaltningen. Dokument 3:9 (2011–2012)» 06.03.2012, https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/dokumentserien/2011-2012/dokumentbase_3_9_2011_2012.pdf [sett 04.04.2021]

Mattilsynet sine retningslinjer om bruk av etableringsforskrifta § 8 «Midlertidig reduksjon av godkjent lokalitetsbiomasse på grunn av vesentlige overskridelser av lusegrensen», 3. utgåve, 09.06.2016, https://www.mattilsynet.no/fisk_og_akvakultur/fiskehelse/fiske_og_skjellsykdommer/lakselus/retningslinje_midlertidig_reduksjon_av_produksjon_paa_grunn_av_vesentlige_overskridelser_av_lusegrensen.23019/binary/Retningslinje%20Midlertidig%20reduksjon%20av%20produksjon%20p%C3%A5%20grunn%20av%20vesentlige%20overskridelser%20av%20lusegrensen [sett 20.07.2021]

Havforskningsinstituttet, «Lakselus og rømt fisk er de største miljøutfordringene», 9.05.2017, <https://www.hi.no/hi/nyheter/2017/05/lakselus-og-romt-fisk-er-de-storstemiljoutfordringene> [sett 24.05.2021]

Stortinget, «Storting torsdag 13. juni 2019 kl. 10.00» Bengt Rune Strifeldt (25:00), Tom Christer Nilssen (31:10) og Steinar Reiten (41:55), del 2/3, <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Videoarkiv/Arkiv-TV-sendinger/?mbid=/2019/H264-full/Storting/06/13/Storting-20190613-155505.mp4&msid=1332&meid=10286> [sett 09.10.2020]

Havforskningsinstituttet, «Risikorapport norsk fiskeoppdrett 2021 – Risikovurdering: Risikovurdering – effekter av norsk fiskeoppdrett», 09.02.2021, <https://www.hi.no/templates/reporteditor/report-pdf?id=40200&24118046> [sett 26.03.2021]

Regjeringa, «Et hav av muligheter: Regjeringens havbruksstrategi», 06.07.2021, <https://www.regjeringen.no/contentassets/e430ad7a314e4039a90829fcd84c012a/no/pdfs/et-hav-av-muligheter.pdf> [sett 10.07.2021]

Høringsuttalar

Kyllingstad Kleveland, «Høringsuttalelse – forslag til regelverk for å implementetere [sic.] nytt system for kapasitetsjusteringer i lakse- og ørretoppdrett», 21.09.2016 https://www.regjeringen.no/contentassets/2327db7995364d28904bf70d619b8ea2/kyllingstad-kle-ve-land-advokatfirma-da.pdf?uid=Kyllingstad_Kleveland_Advokatfirma_DA.pdf [sett 24.20.2020]

Advokatforeningen, «Alminnelig høring – forslag om endring av akvakulturloven», 22.02.2019 <https://www.regjeringen.no/no/do-kumenter/horing---forslag-om-endring-av-akvakulturlo-ven/id2627298/?uid=0044aecc-2fb5-4b8e-b2ed-9d82a70c615d> [sett 24.10.2020]

Personleg kommunikasjon

Korrespondanse med Eivind Sakslind frå Fiskeridirektoratet, den 28.06.2021. Samtykke til bruk er gitt per e-post den 20.07.2021.

Praksis

Høgsterettspraksis

Rt. 1961 s. 297 *Glacier blue*

Rt. 1961 s. 1049 *Huttiheita*

Rt. 1970 s. 67 *Strandlov*

Rt. 1981 s. 745 *Isene*

Rt. 1985 s. 1355 *Phillips mfl.*

Rt. 1993 s. 528 *Lunner pukkverk*

Rt. 1995 s. 72 *Utvisingsdom I*

Rt. 1995 s. 530 *Fjordlaks*

Rt. 1995 s. 738 *Fett- og lim*

Rt. 1995 s. 1427 *Naturfredning*

Rt. 1998 s. 1795 *Utvisingsdom II*

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2000 s. 1056 *Gausi*

Rt. 2000 s. 1066 *Skotta*

Rt. 2003 s. 764 *Sykkelveg*
Rt. 2005 s. 117 *Elvebåt*
Rt. 2005 s. 238
Rt. 2005 s. 855
Rt. 2007 s. 257 *Trallfa*
Rt. 2007 s. 1573 *Krekar*
Rt. 2008 s. 560
Rt. 2008 s. 1110
Rt. 2009 s. 534
Rt. 2009 s. 1261
Rt. 2009 s. 1412
Rt. 2010 s. 143 *Reiarlagsskatt*
Rt. 2010 s. 306 *Hempel*
Rt. 2010 s. 376 *Drosjeløyve I*
Rt. 2010 s. 612
Rt. 2011 s. 304
Rt. 2011 s. 948
Rt. 2012 s. 820
Rt. 2013 s. 1345 *Strukturvote*
Rt. 2015 s. 1388 *Internflukt*
HR-2016-389-A *Hagen*
HR-2018-572-A
HR-2018-1258-A
HR-2018-1907-A
HR-2019-953-A *Mortensrud*
HR-2019-2396-A
HR-2020-2472-P *Klima*
HR-2022-228-U

EMD-praksis

Fredin mot Sverige (No 1) [J], 1991, no. 12033/86
ECHR:1991:0218JUD001203386

Pine Valley Developments Ltd med fleire mot Irland [J], 1991, no. 12742/87, ECHR:1991:1129JUD001274287

Evaldsson m.fl. mot Sverige [J], 2007, no. 75252/01, ECHR:2007:0213JUD007525201

Underrettspraksis

LG-1994-313 (Gulating)

LB-2012-106104 (Borgarting)

LA-2015-197645 (Agder)

Sogn og Fjordane tingrett sin dom frå 17. mars 2021, saksnr. 20-109859TVI-SOFT

LG-2021-31955 (Gulating)

Forvaltningsrettspraksis

Klima og forurensingsdirektoratet, *Avgjørelse av klage på Fylkesmannens vedtak om tilbaketrekking av tillatelse til drift av komposteringsanlegget til Hera Vekst AS i Elverum kommune*, 14.09.2011, ref. 2011/684 402.

Troms fylkeskommune, *Marine Harvest Norway AS 959353887 – Akvakulturtillatelse for matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjø, Karvika i Kvænanen kommune*, 02. 10.2015, ref. 14/7576-30.

Klima- og forurensingsdirektoratet, *Avgjørelse i klagesak -trekking av tillatelser etter forurensningsloven til akvakultur ved lokalitetene Barlingebotten og Bergsvik – Erko Seafood AS*, 29.11.2017, ref. 2017/8801.

Fiskeridirektoratet, *Refsnes Laks AS 980649598 – Fastsetting av ytterligere vilkår for tillatelse til midlertidig biomasseutvidelse på lokalitet 10398 Seiskjæra i Åfjord kommune*, 04.10.2018, ref. 18/10892.

Fylkesmannen i Vestland, *Vedtak om tilbaketrekking av løyve etter forurensningslova for akvakulturproduksjon på lokaliteten Husevågøy i Vågsøy kommune*, 05.09.2019, ref. 2019/4971.

Nettsider, rapportar ol.

- Statistisk sentralbyrå, «Fakta om norsk næringsliv: Eksport og import» oppdatert 2020, Norsk næringsliv (ssb.no) [sett 20.07.2021]
- Thonhaugen, Martin, «Når havet blir varmere kan laksen bli kvalt», NRK, 21.05.2020 https://www.nrk.no/nordland/klimaendringer-kan-skape-utfordringer-for-laksen-og-oppdrettsnaeringa-_fisken-kan-bli-kvalt-1.15021887 [sett 15.06.2021]
- Regjeringa, «Rekordoppslutning om laksevekst», 19.08.2020, Rekordoppslutning om laksevekst – regjeringen.no [sett 08.01.2021]
- Fiskeridirektoratet «Auksjon august 2020», sist oppdatert 03.09.2020, <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Tildeling-og-tillatelser/Auksjon-av-produksjonskapasitet/Auksjon-august-2020> [sett 08.01.2021]
- Office of the Planning Regulator, Department of Housing, Local Government and Heritage, «A guide to making a planning application», januar 2021, <https://www.opr.ie/wp-content/uploads/2021/01/Planning-Leaflet-4-A-Guide-to-Making-a-Planning-Application.pdf> [sett 19.07.2021]
- Universitetet i Oslo, «Rammevilkår og regelverk i havbruksnæringen», sist endra 29.03.2021, Rammevilkår og regelverk i havbruksnæringen – Nordisk institutt for sjørett (uio.no) [sett 20.07.2021]
- Andersson, Atle, «Fisk Forsvinner. Bunnen er råtten og livløs. Det foregår noe skummelt i flere av fjordene våre», *Bergens tidende*, oppdatert 16.04.2021, <https://www.bt.no/nyheter/lokalt/i/AllOz/fisk-forsvinner-bunnen-er-raatten-og-livloes-det-foregaar-noe-skummelt> [sett 20.07.2021]
- Nedrejord, Robert og Marthe Njåstad, «25 oppdrettere i vest anker saken mot staten», 21.04.2021, <https://www.intrafish.no/samfunn/25-oppdrettere-i-vest-anker-saken-mot-staten/2-1-998576> [sett 20.07.2021]

Miljødirektoratet, «Miljøstatus», oppdatert 03.05.2021 <https://miljostatus.miljodirektoratet.no/tema/hav-og-kyst/fiskeoppdrett/> [sett 02.07.2021]

Store norske leksikon, «PUD (petroleum)» 6.07.2021 https://snl.no/PUD_-_petroleum [sett 19.07.2021]

Litteratur

Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford 2010.

Alvik, Ivar, «Berettigede forventninger som grunnlag og skranke for omgjøring av forvaltningsvedtak og avtaler med det offentlige» i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette Tøssebro (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 57–76.

Alvik, Ivar og Henrik Børnebye, «Om konsesjoner og konsesjonsrett» *Jussens Venner*, vol. 55 (2020) nr. 2, s. 85–104.

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgåve, M.H. Andenæs 2009.

Askeland, Bjarte, «Om analogi og abduksjon» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 117 (2004) nr. 4–5, s. 499–547.

Aulie, Cathrine, *Norsk lovkommentar: Naturmangoldloven*, Gyldendal Rettsdata, 2017. [Sett 02.02.2021]

Aulstad, Johan Greger, «Saksbehandlingen og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak» *Jussens venner*, vol. 39 (2004) nr. 2, s. 74–129.

Aulstad, Johan Greger, «Ny høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (HR-2008-659-A)» *Jussens Venner*, vol. 43 (2008) nr. 4, s. 262–273.

Backer, Inge Lorange, *Naturvern og naturinngrep*, Universitetsforlaget 1986.

Backer, Inge Lorange, «Er det fri adgang til å omgjøre utslippstillatels-er etter ti år?» *Lov og rett* vol. 30 (1991) nr. 10, s. 625–635.

Backer, Inge Lorange, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utgåve, Gyldendal 2012.

- Barak, Aharon, *Proportionality – Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press 2012.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Forbehold ved forvaltningsvedtak – Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel», *Institutt for offentlig retts skriftserie* (1977) nr. 7, s. 1–92.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (1978) s. 241–348.
- Bernt, Jan Fridthjof, *Avtaler med stat og kommune*, Universitetsforlaget 1981.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 102 (1989) nr. 3, s. 265–294.
- Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal akademisk 2007.
- Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1, 2. utgåve, Fagbokforlaget 2010.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Hva skjedde med rettsrealismen?» *Jussen venner*, vol. 49 (2014a) nr. 3, s. 139–161.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Forvaltningsrettslig rettsikkerhet i masseforvaltningens tid» i *Høyt skattet: Festskrift til Frederik Zimmer*, Universitetsforlaget 2014b, s. 51–72.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøvelse» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 27–47.
- Bernt, Jan Fridthjof, «Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser – fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?» *Jussens Venner*, vol. 51 (2016) nr. 6, s. 324–342.

- Bernt, Jan Fridthjof, «Utviklingslinjer i nyere norsk forvaltningsrett» i *Rett i vest: Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen*, Johan Giertsen, Berte-Elen Konow, Erling Johannes Husabø og Øystein L. Iversen (red.), Fagbokforlaget 2019, s. 259–273.
- Berntzen, Håvard, «Rødt trafikkllys og nedjustering av akvakulturtillatelse: En analyse av hjemmelsgrunnlaget for nedjustering av akvakulturtillatelse i medhold av trafikkllyssystemet samt utvalgte erstatningsrettslige spørsmål ved nedjusteringsvedtak» *MarLus* (2019) nr. 518, s. 1–158.
- Billis, Emmanouil, Nandor Knust og Jon Petter Rui, «The typology of Proportionality» i *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Emmanouil Billis, Nandor Knust og Jon Petter Rui (red.), Hart 2021, s. 3–29.
- Boe, Erik Magnus, «Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne fullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene» *Lov og Rett*, vol. 33 (1994) nr. 6, s. 323–348.
- Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2021.
- Brækhus, Sjur, «Rettslig vurdering av hittil meddelte tillatelse til utvinning av petroleum på den norske del av kontinentalsokkelen», North Sea operators committee 1975.
- Bugge, Hans Christian, «Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis» *Jussens venner*, vol. 34 (1999) nr. 2, s. 65–101.
- Bugge, Hans Christian, «Juss eller politikk? Gasskraftssakens rettslige sider» i *Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard*, Kai Krüger, Kåre Lilleholt og Gudrun Holgersen (red.), Fagbokforlaget 2002, s. 471–485.
- Bugge, Hans Christian, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 5. utgåve, Universitetsforlaget 2019.
- Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Brill/Nijhoff, 2009.

- Eckhoff, Torstein, *Rettferdighet og rettssikkerhet: artikler samlet i anledning professor Eckhoffs 50-årsdag 5. juni 1966*, Johan Grundt Tanum Forlag, 1966.
- Eckhoff, Torstein, «Domstolskontroll med forvaltningen i Norge» *Jussens venner*, 1969 IV, s. 260–285.
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utgåve, Universitetsforlaget 2018.
- Eriksen, Christoffer C., «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 293–333.
- Falch, Mathias Røer, «Styring av fiskeoppdrett gjennom forskrifter om tildeling og utvidelse av akvakulturtillatelser» *MarIus* (2020) nr. 526, s. 1–140.
- Fauchald, Ole Kristian, «Miljøprinsipper og strategiske beslutninger – reform av norsk lakseoppdrett» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 133 (2020) nr. 2–3, s. 264–305.
- Fleischer, Carl August, «Grunnlovens § 97» *Jussens venner*, (1975) s. 183–251.
- Fleischer, Carl August, «Statsrett, oljeskatt og juridiske mistak» *Lov og Rett*, 15 (1976) nr. 7, 1976 s. 399–412.
- Fleischer, Carl August, *Petroleumsrett*, Universitetsforlaget 1983.
- Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind III: omgjøring, kontroll og ugyldighet*, Universitetsforlaget 1977.
- Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind I: Forvaltning og kompetanse*, Forlaget A. Frihagen AS 1991.
- Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind III: omgjøring, kontroll og ugyldighet*, Forlaget A. Frihagen AS 1992.
- Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal juridisk 2014.
- Gabrielsen, Anne Lodding, «EØS-rettslige krav til miljøtilstanden i kystvann» *MarIus* (2019) No 539, s. 1–144.

- Gjelsvik, Torbjørn og Martin Holger Dale, Akvakulturloven med kommentarer, Schjødt 2010.
- Graver, Hans Petter, «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet» *Lov og rett* vol. 46 (2007) nr. 6, s. 365–374.
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgåve, Universitetsforlaget 2019.
- Harbo, Tor-Inge, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill 2015a.
- Harbo, Tor-Inge, «Forholdsmessighet i kontekst – Forholdsmessighetsvurderinger i norsk forvaltnings- og forfatningsrett» *Lov og rett*, vol. 54, (2015b) nr. 9, s. 513–535.
- Havre, Merete, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng» *Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol. 148 (2015) nr. 1, s. 102–119.
- Hopsnes, Roald og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet» *Jussens venner*, vol. 40, (2005) nr. 2, s. 77–155.
- Høgberg, Alf Petter og Benedikte Moltumyr Høgberg, «Grunnloven som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 239–258.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Universitetsforlaget 2010.
- Haagensen, Cathinka, «Når kan en akvakulturtillatelse endres eller tilbakekalles ut fra hensynet til miljøet?» i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette Tøssebro (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 342–350.
- Innjord, Frode, «Hva er ‘vakkert’? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk» *Jussens venner*, vol. 31 (1996) nr. 3, s. 161–194.
- Marcussen, Mira, «Beliggenhet, beliggenhet, beliggenhet» under publikasjon i *MarIus* (2021), førebels nr. 548.

- Mellbye, Halfdan, *Rettslig regulering av norsk akvakultur*
Universitetsforlaget 2018.
- Mestad, Ola, «Bruk og endring av konsesjonsvilkår» *Marius*, nr. 121,
1986, s. 1–65.
- Mestad, Ola, «Rettsens kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.),
Universitetsforlaget 2019, s. 77–113.
- Moen, Olav Haugen, *Forvaltningskjønn og domstolskontroll*,
Gyldendal 2019.
- Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen
Damm akademisk 2012.
- Myklebust, Ingunn Elise, *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*,
Universitetsforlaget 2010.
- Myklebust, Ingunn Elise, «Vilkår ved vedtak om lokalitetsklarering for
akvakultur» *Tidsskrift for eigedomsrett*, vol. 9 (2013) nr. 2,
s. 100–125.
- Myklebust, Ingunn Elise, «Vurderingar av proporsjonalitet i saker om
oppseiing og omplassering av kommunalt tilsette» i
Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten, Karl Harald
Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 229–259.
- Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumen-
tasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens venner*, vol.
39 (2004) nr. 5–6, s. 329–342.
- Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgåve,
Gyldendal juridisk 2017.
- Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, «Juridisk metode for morgenda-
gens jurister» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og
Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 114–135.

- Nordtveit, Ernst, «Konsesjonsordninger og kvotesystem som regulering av tilgang til opne ressursar – privatisering eller regulering?» *Pro natura: festskrift til Hans Christian Bugge på 70-årsdagen 2. mars 2012*, Christina Voigt, Inge Loranger Backer og Ole Kristian Fauchald (red.), Universitetsforlaget 2012 s. 346–368.
- Nordtveit, Ernst, «Legal character of petroleum licences under Norwegian law» i *The Character of Petroleum Licences: A legal Cultural Analysis*, Tina Soliman Hunter, Jørn Øyrehagen Sunde og Ernst Nordtveit (red.), Edward Elgar Publishing 2020, s. 159–185.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt 2*. utgåve, Universitetsforlaget 2004.
- Platjouw, Froukje Maria, «A coherent legal system for the ecosystem approach» i *Rule of Law for nature: New dimensions and Ideas in Environmental Law*, Christina Voigt (red.), Cambridge University Press, s. 158–174.
- Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten» *Lov og rett*, vol 34 (1995) nr. 5–6, s. 307–322.
- Sand, Inger Johanne, «Rettslig pluralisme og polysentri i norsk rettsvitenskapelig metode» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019 s. 683–702.
- Schütz, Sigrid, «Strategiar i forvaltning av marine økosystem» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), Fagbokforlaget 2013, s. 597–608.
- Schütz, Sigrid, «Vurderingar av proporsjonalitet i EU-/EØS-miljøretten» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 189–228.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.
- Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 3. utgåve, Fagbokforlaget 2015.

- Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i den europeiske menneskerettsdomstolen*, Cappelen akademiske forlag 2010.
- Stausholm, Nick Storm, *Skøn under regel*, Karnov Group 2015.
- Stub, Marius, «Om 'fjordlaksformelen' og forvaltningens subsamsjongsfrihet: En kommentar til Hans Petter Graver» *Lov og Rett*, vol. 47 (2008) nr. 3, s. 166–181.
- Søvig, Karl Harald (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget 2015a.
- Søvig, Karl Harald, «Innledning» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015b, s.13–27.
- Søvig, Karl Harald, «Avslutning» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015c, s. 319–351.
- Søvig, Karl Harald, «Forholdsmessighetsvurderinger ved velferdsrettslige inngrep» i Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015d, s. 291–318.
- Søvig, Karl Harald, «Forholdsmessighetsvurderinger som rettskildeprinsipp?» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 568–589.
- Thengs, Gøran Østerman, «En standardtilnærming til Grunnloven § 112» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 130 (2017) nr. 1, s. 28–67.
- Tvedt, Morten Walløe, *Lærebok i forvaltningsrett*, Gyldendal 2012.
- Tøssebro, Henriette, «Omgjøringsforbehold i forvaltningsretten» *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2018 nr. 3, s. 643–665.
- Tøssebro, Henriette, «Læren om begrenset domstolskontroll» i *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Henriette Tøssebro (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 177–210.
- Tøssebro, Henriette, *Omgjøring – en forvaltningsrettslig fremstilling*, Universitetsforlaget 2021.

- Vangsnes, Jørgen «Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 127 (2014) nr. 2, s. 131–205.
- Wallevik, Karl O., «Forholdsmessighet ved omgjøring av enkeltvedtak til skade utenfor klagesak» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 147–189.
- Woxholt, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 5. utgåve, Gyldendal 2011.
- Østenstad, Bjørn Henning, «Vilkårslæra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard – og vice versa» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 111–146.
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 4. utgåve, Fagbokforlaget 2015.

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

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

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

ISSN: 0332-7868

