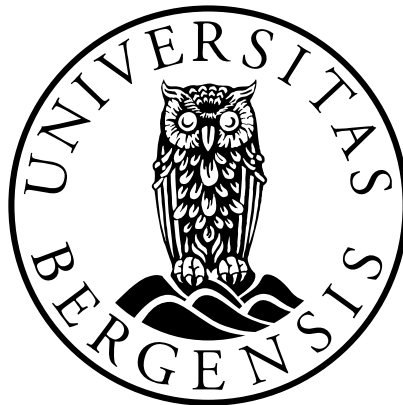


Krav om proporsjonalitet ved omgjøring av akvakulturløyve grunna miljøomsynet

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

Kandidatnummer: 114

Ordteljing: 37487



JUS397 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

23.07.2021

Innholdsliste

1. Innleiing	5
1.1. Tema og problemstillingar	5
1.1.1. Hovudproblemstilling og siktemål	5
1.1.2. Delproblemstillingar	6
1.1.3. Aktualitet	8
1.2. Det akvakulturretslege rammeverket	12
1.2.1. Nokre utgangspunkt	12
1.2.2. Selskapsløyve og lokalitetsløyve	14
1.3. Sentrale omsyn i framstillinga	16
1.3.1. Overordna om dei sentrale omsyna	16
1.3.2. Rettstryggleiksomsynet	17
1.3.3. Miljøomsynet	18
1.4. Nokre avgrensingar og vegen vidare	19
2. Metode	21
2.1. Overordna om metoden i framstillinga	21
2.1.1. Ein eigen forvaltningsrettsleg metode?	21
2.1.2. Legalitetsprinsippet som rettskjeldeprinsipp	23
2.2. Rettskjeldebilete	24
2.2.1. Lovarbeider	24
2.2.2. Miljørettslege kjelder	25
2.2.3. Tilhøvet mellom spesialregulering og allmenne reglar	26
3. Utgangspunkt om proporsjonalitet	29
3.1. Innleiing	29
3.2. Proporsjonalitetsskrankar i norsk rett	29
3.2.1. Ulike proporsjonalitetssynsmåtar	29
3.2.2. Proporsjonalitetsprinsipp i sakshandsaminga	30
3.2.3. Materielt proporsjonalitetsprinsipp	31
3.2.4. Grunnposisjonar	33
3.3. Innhaldet i proporsjonalitetskrava	34
4. Gjeld det krav om proporsjonalitet etter vilkåra i akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a?	36
4.1. Innleiing	36
4.2. Gjeld proporsjonalitetskrava etter ordlyden?	37

4.3.	<i>Må omgjeriinga vere proporsjonal i streng forstand?</i>	38
4.3.1.	Legg ordlyden opp til ei streng proporsjonalitetsvurdering?	38
4.3.2.	Særleg om uklare førearbeid, men klare eldre førearbeid	42
4.3.3.	Etterarbeid frå innføringa av trafikklyssystemet	45
4.4.	<i>Ei rein miljøfagleg vurdering?</i>	48
4.4.1.	Er kravet om miljømessig forsvarleg drift og prinsippet om samla belastning uforeinleg med individuelle vurderingar?	48
4.4.2.	Gjeld proporsjonalitetsvurderingar etter nærliggjande inngrepsheimlar?	51
4.4.3.	Bindande miljørettslege plikter	53
4.4.4.	Rettsutvikling i synet på korleis ein sikrar miljøomsynet i akvakulturetten?	54
4.5.	<i>Oppsummering og vegen vidare</i>	54
5.	Proporsjonalitetskrav med grunnlag i vilkårslæra?	56
5.1.	<i>Innleiing</i>	56
5.2.	<i>Skilnadar mellom vilkårsstilling, etterfølgjande vilkårsstilling og omgjeriing</i>	56
5.3.	<i>Atterhald om omgjeriing ved tildeling</i>	58
5.4.	<i>Frå det mindre til det meir?</i>	59
6.	Proporsjonalitetskrav med grunnlag i allmenne reglar?	61
6.1.	<i>Innleiing</i>	61
6.2.	<i>Allmenne reglar som tryggar etablerte posisjonar</i>	61
6.2.1.	Den ulovfesta allmenne omgjeringsregelen	61
6.2.2.	Grunnlova § 97	65
6.2.3.	EMK TP 1–1	68
6.3.	<i>Er dei etablerte posisjonane trygga på same måte etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a som etter dei allmenne reglane?</i>	70
6.3.1.	Overordna om vurderinga	70
6.3.2.	Gjev akvakulturlova grunnlag for innretting etter selskapsløyvet og lokalitetsløyvet?	71
6.3.3.	Gjev avtalepreg grunnlag for rettkomne forventningar til selskapsløyvet og lokalitetsløyvet? ..	75
6.3.4.	Gjev eigedomsliknande tilknytting til selskapsløyvet og lokalitetsløyvet grunnlag for innretting?	78
6.4.	<i>Konklusjon på lovtolkingsspørsmålet</i>	82
7.	Domstolskontroll av proporsjonalitetskrava	85
7.1.	<i>Innleiing</i>	85
7.2.	<i>Skiljet mellom overprøving av lovtolking og subsumsjon der det gjeld proporsjonalitetskrav</i>	85

7.3. Er subsumsjonen under akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a underlagt forvaltningskjønn eller rettsbruksskjønn?	89
7.4. Materielt eller prosessuelt proporsjonalitetsprinsipp.....	93
8. Avslutning med rettspolitiske vurderingar	96
Kjeldeliste	99

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 omgjering 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 omgjering 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 vilkårlæra, 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 omgjering, medan rettstryggleiksmekanismar frå overordna allmenne skrankar tilseier at ein lyt verne om oppdrettarar med proporsjonalitetskrava. Samanstillinga av regelfragmenta vil til sist vere eigna til å seie noko generelt om tilhøvet mellom eit spesielt næringsforvaltningsrettsområde 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 omgjering.

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 of 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).

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 akvakulturetten gjev eit interessant utgangspunkt for ein slik analyse; samstundes som det er på det rene 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 Fiskeridirektoratet ser seg nøyde 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 akvakulturetten.

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 omgjerjing 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

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 oppseiing og omplassering i arbeidsretten.

⁵ Heretter forenkla til lakseoppdrett.

⁶ NOU 2019: 18 s. 28.

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

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.

Endring og tilbaketrekking av tillatelse etter første ledd kan gjøres tidsbegrenset. Tidsbegrenset endring og tilbaketrekking kan gjøres 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 tolkingalternativ 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 lyt vurdere å omgjere lokalitetsløyvet. I det andre dømet har målingar vist at forsureninga 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 forstyrring av biologisk mangfald, til rømming og utslepp av materiale som kan forsøple sjøen, er omfatta av ordlyden.¹⁰ Dei tenkte døma fell difor inn under «hensynet

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.

¹⁰ Sjø Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 53 om miljøskadeverknadar av akvakultur: «Potensielle skadevirkningar av driften kan for eksempel vere rømming av fisk og bunnsedimentering i forbindelse med føring eller

til miljøet», og føresegna høver seg difor som heimel for døma i utgangspunktet. I båd tilfella må Fiskeridirektoratet vite om dei skal gjere individuelle proporsjonalitetsvurderingar overfor kvar oppdrettar, eller om dei kan byggje 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 er miljøskadeleg, 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 moglegheita 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 domstolsprøvningsrett. Dette kan igjen vere eigna 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

medisinering 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.

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).

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 rettssystem. 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.

Akvakulturløyve 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 proporsjonalitetskrav.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 ofte vil vektleggje miljøomsynet tyngst i konkrete saker uansett. 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

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.

¹⁶ Sjå punkt 6.2.3.

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

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

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 bestemmande 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 grønne, 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 Regjeringa vert kalla trafikklyssystemet, sidan grønne 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.

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

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.

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

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

²⁴ Sjø dømmevis 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.

for slik generell nedjustering,²⁸ innførte styresmaktene eit nytt tredje ledd i føresegna 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 noko nærare inn på nokre av desse heimlane. Dersom miljøutfordringa er lakselusførekost 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 vert

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

²⁹ Sjø Prop. 95 L. Sjølv etter innføringa av tredje ledd meiner nokre av oppdrettarane at det ikkje er heimel for nedjustering, sjø 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, sjø Backer (2012) s. 156.

ofte forureiningslova § 18 nytta. Denne gjev fleire alternative omgjeringsheimlar for utsleppsløyvet.³⁵ Dersom miljøskaden gjeld fiskehelseomsyn og motverknad mot spreing 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 uttrykkelig 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 forsuring og oksygentap i sjøen, kan meir vage miljøutfordringar i framtida gjere akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a aktuell som heimel.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

³⁵ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningslova, heretter forureiningslova). 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 blomkålkorallar 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.

³⁸ Sjå til dømes ein artikkel som er skriven i samarbeid med forskarar, av Andersson, Atle, «Fisk Forsvinner. Bunnan er råttan 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-bunnan-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/klimaendringer-kan-skape-utfordringer-for-laksen-og-oppdrettsnaeringa_-fiskeridirektoratet [sett 15.06.2021].

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

analysar. Som vi skal sjå, kan eit overordna bilete tyde på at regelverket legg opp til ei svært fleksibel løysing for oppdrettarane.

Akvakulturverksemd i Noreg tok til allereie på slutten av 1950-talet, og har spesielt sidan 1970-talet hatt ein eksplisiv 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 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 akvakulturløyve 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 akvakulturløyve 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 akvakulturløyve 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 akvakulturløyve 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 utgjer akvakulturløyvet.

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.

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.

1.2.2. Selskapsløyve og lokalitetsløyve

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

⁴⁶ Falch (2020) s. 17.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 60.

⁴⁸ Sjø og 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 Sjø ei overordna forklaring av trafikklyssystemet i 1.1.3.

⁵¹ Sjø 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, «Rekordopplutning om laksevekst», 19.08.2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/rekordopplutning-om-laksevekst/id2724881/> [sett 08.01.2021].

⁵² Jf. laksetildelingsforskrifta §§ 14 og 16.

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 samfunnsmessige 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 baa 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 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.

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.

⁵⁸ Akvakulturdriftsforskrifta §§ 48a og 48b.

⁵⁹ Fauchald (2020) s. 299.

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 omgjerung 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.

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 akvakulturen 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 akvakulturen. 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.

⁶⁰ *Ibid.* s. 285.

⁶¹ Akvakulturdriftsforskrifta § 40 tredje ledd.

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 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 reine 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 verdier.⁶⁸ I tråd med dette, skriv Eckhoff at «om noe er forutberegnelig, beror i høy grad på hvilke grupper av personer som skal foreta forutberegningen».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 utgreiinga 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 med føremålsføresegna i akvakulturlova § 1 om at «lønnsomhet», «konkurranseskraft», og «verdiskaping» er sentrale omsyn i akvakulturretten.

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

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.

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 verkeleg 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 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 det ikkje var eit utanforliggende omsyn at forvaltninga hadde grunnlagt i eit anna miljøomsyn enn det

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.

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.

lova regulerte. Dommen tilseier at miljøomsynet moglegvis har ein annan og meir opphøga status enn andre omsyn.

Ein grunn til at miljøomsynet moglegvis kan få ei slik annleis stilling, er at det kan vere behov for at tradisjonelle forvaltningsrettslege reglar vert vidareutvikla 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 skal sikre miljøomsynet som ideell verdi i tillegg, kan det vere naudsynt å endre på måten ein elles 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 trenden om å sjå miljøomsynet på ein meir heilskapleg måte, går igjen i nyare *akvakulturrettslege* kjelder òg.⁷⁸ Trafikklyssystemet vart innført nettopp fordi ein ville regulere etter «den samlede miljøbelastningen».⁷⁹ Lovtolkingsspørsmålet, som handlar om den einskilte 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 vegen 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 uttømmende 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.

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.

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 akvakulturförvaltninga, sjå Riksrevisjonen, 6. mars 2012, «Riksrevisjonens undersökelse av havbruksförvaltningen. Dokument 3:9 (2011–2012)», s. 107. Det vart brei politiske semje om områdebasert tilnærming i havbruksnäringa etter at denne rapporten kom ut, sjå Sjømatmeldinga s. 13–14.

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 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 nøye ut kva vekt rettstryggleikssynet 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 rettstryggleiksmekanismar 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 *føresegna* 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 metodespørsmål 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 motsetnadsvis vanleg å skrive om forvaltningsrettslege spørsmål frå eit domstolsperspektiv. Dette er nok ei naturleg følgje 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 om det er oppe for domstolane, spesielt sidan spørsmålet er relevant for forvaltninga uansett. Dette kan likevel vere utfordrande ettersom hovudfokuset i forvaltningsteorien senterer rundt domstolsprøving av forvaltningsspørsmål.

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

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

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 rettskjelder ei metodisk utfordring. Men dersom lovtolkingsspørsmålet hadde kome opp for domstolane, hadde domstolen hatt dei same rettskjeldene å halde seg til som forvaltninga. At det er færre rettskjelder inneber berre at rettskjeldebiletet er meir nyansert. Smith synest å stø opp under 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

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.

⁸⁷ Eckhoff/Smith (2018) s. 37.

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 lovtolkingsspørsmålet, 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 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 vektig 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

⁸⁸ Bernt (2014a) s. 151.

⁸⁹ Bernt (1989) s. 290.

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 dekkjer 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 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* inngrepsaker. 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 grunnjev legalitetsprinsippet gjer seg gjeldande ved all rettskjeldebruk i forvaltningsretten. Og sidan «*hensynene* bak legalitetsprinsippet tilsier et skjerpet *kvalitativt krav til rettskildefundament* for inngripende tiltak», må desse omsyna òg stå sentralt ved overordna utpensling av norma.⁹⁷

2.2. Rettskjeldebilete

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

⁹⁰ Dette kan nok diskuterast 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.

⁹³ Om krav til presis lovtekst, 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.

særleg omtale dei ulike typane lovarbeid, først og fremst førearbeida til akvakulturlova, Ot.prp. 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 akvakulturetten.

Det kanskje mest interessante lovarbeidet i tolkinga vert 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 i realiteten kan sjåast som ein formalitet at første ledd bokstav a ikkje vart endra samstundes som tredje ledd.

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 rett til kunnskap om miljøet i andre ledd. I tredje ledd får styresmaktene ei tiltaksplikt 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 den nye 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.

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.

¹⁰⁰ Sjå dømesvis Thengs (2017) s. 31.

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. Det er fordi sjølve bruken av miljøprinsippa i ei konkret lovtolking vil seie noko om miljøomsynet si gjennomslagskraft.

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 proporsjonalitetskrav etter desse allmenne kjeldene, kan dette etter omstenda ha overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. *Den metodiske relasjonen* mellom spesialregulering og overordna 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

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.

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 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 omgjeringsreglar:

«Det kan selvfølgelig tenkes at spesiallovgevingen 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

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.

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.

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 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.

¹¹⁵ Tøssebro (2021) s. 143.

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

¹¹⁷ Sjø 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 kapittelet 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 kapittelet.

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 rettsfæren 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 proporsjonalitetssynsmåtar. Både lovgjevar og rettsbrukarar vil som regel søkje det resultatet som er mest mogleg 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 hensikstmessigheitsskjønnet.¹²⁴

¹¹⁹ Barak (2012) s. 181, jf. s. 175.

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

¹²¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 46.

¹²² Sjø 2.1.2.

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

¹²⁴ Moen (2019) s. 21. Sjø døme i Sjøvig (2015d) s. 292 flg.

Basert på desse observasjonane kan ein seie det på eit meir overordna plan gjer seg gjeldande *proporsjonalitetssynsmåtar* ved all rettskjeldebruk.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. Men spørsmålet i denne framstillinga handlar 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 eigedomen som del av si jordbruksdrift. Høgsterett sa at «[n]år det gjelder et vedtak så inngripende som det 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 grunngeving, har forvaltningslovutvalet føreslått å lovfeste at «omfanget skal tilpasses vedtakets betydning».¹³⁰ Utover grunngevingsskravet 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

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.

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.

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 ei innhaldsmessig 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

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.

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

¹³⁶ Sjå 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.

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

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

¹⁴¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 409.

¹⁴² Avsnitt 48, mi utheving.

¹⁴³ Avsnitt 56.

¹⁴⁴ Sjø 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.

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).

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.

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 kan ein kalle den *eksklusive*.

¹⁴⁹ Avsnitt 47–50.

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 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

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.

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.

gjerning 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.

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 spesielt 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 lovtolkingssspørsmålet 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.

¹⁶⁰ Bernt (2015) s. 38.

¹⁶¹ Graver (2019) s. 137.

¹⁶² Bernt (2015) s. 38.

¹⁶³ Barak (2012) s. 340.

¹⁶⁴ Graver (2019) s. 138.

¹⁶⁵ Sjøvig (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 omgjerjing 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 frie hensiktsmessigheitsskjønnnet. 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

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.

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-skjønnnet slik at «det avgjørende er om forvaltningen har en valgfrihet med hensyn til rettsfølgen».

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»-skjønnnet.¹⁷⁴

Dersom det føreligg kompetanse etter både vilkårssida og verknadssida, kan det oppstå spørsmål om Fiskeridirektoratet har ei plikt til å treffe vedtak. Dette særreigne 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. 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 tilhøyrer 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 fôrvilkåra til fisken, då eit slikt tiltak ikkje vil vere treffande eller passande for å hindre vidare smitte. Dette tilseier klart at «nødvendig» viser til proporsjonalitetsselementet 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

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.

mogleg pumpeutstyr før tilbaketrekking av lokalitetsløyve er aktuelt. Ei slik forståing peiker tydeleg til proporsjonalitetsselementet 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 kva meir som ligg i ordlyden.

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 føresegna 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

¹⁷⁷ Sjå 3.3.

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, *treng* 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 proporsjonalitetselementet 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 omgjeringa kan gjerast tidsbestemt, og at «[t]idsbegrenset endring og tilbaketrekking kan gjøres 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 på det reine at ein òg kan vurdere vilkårsstilling og tidsavgrensing ut ifrå miljøomsynet åleine.

¹⁷⁸ Haagensen (2019) s. 347.

¹⁷⁹ Gjelsvik/Dale (2010) s. 71–72.

At eit visst proporsjonalitetsprinsipp kjem til uttrykk i akvakulturlova § 9 andre ledd, får stønad av Tøssebro.¹⁸⁰ Ho nyttar føresegna som eit av fleire døme på at særlover viser at «forholdsmessighetsvurderingar er særleg relevante i omgjøringsammenheng». 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 omgjøringshøve, 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 «akvakulturløyvet» 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 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 bestemmande for kompetansen til forvaltninga, og både utvide og snevre inn omgjøringshøvet. 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

¹⁸⁰ Tøssebro (2021) s. 392.

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

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Sjø 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 utførleg opp mot behovet for standardisering, jf. Moen (2019) s. 515–545.

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 skjønnen 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 akvakulturtillatelse». 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 a gjev krav om individuelle proporsjonalitetsvurderingar, inneber det at forskriftene til dømes kan presisere kriterium for omgjerding 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

Usemjå i teorien viser at spørsmålet om det gjeld eit strengt proporsjonalitetskrav etter «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» er uavklart. Det mest nærliggjande tolkingalternativet 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.

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.

¹⁸⁹ Sjå 6.3.2.

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 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

¹⁹⁰ Dømesvis Rt. 2009 s. 1412.

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 62.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.* s. 63, mi utheving.

¹⁹⁴ *Ibid.* mi utheving.

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 omgjeringsheimlane grunna individuelle forhold på oppdrettars hand.¹⁹⁵ Det er på det reine at omgjeringsgrunnen etter bokstav a ikkje treng ha 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 uklarleiken 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 unnlata 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 både 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 uklarleiken 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. Både desse

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

¹⁹⁶ *Ibid.* s. 67.

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

eldre lovene 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 sannsynet 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 lovene 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 teiing i førearbeid gje uttrykk for at den eldre rettstilstanden vert vidareført. Men ein kan ifølgje Andenæs 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 rettsending.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

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.

²⁰² Andenæs (2009) s. 49–50.

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

*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 lovgevar 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 attåtning 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 teininga 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.

4.3.3. Etterarbeid frå innføringa av trafikklyssystemet

Som vi har sett, taler 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 trafikklyssystemet. Dette er særleg relevant fordi forslaget om nedjustering i raude soner opphøveleg hadde heimel i første ledd bokstav a.²⁰⁷ I løpet av den tida trafikklyssystemet 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 lovendinga at ein meinte trafikklyssystemet *allereie* hadde tilstrekkeleg heimel i første ledd bokstav a. Dette går dømesvis fram av følgjande utsegner i Prop. 95 L:

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.

²⁰⁷ Havbruksmeldinga s. 11.

²⁰⁸ Sjå 1.1.3.

«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 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* rettskilder 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.

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].

²¹² Bernt/Mæhle (2007) s. 258.

²¹³ I samsvar med mindretallet 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.

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

«[I] vilkåret ‘nødvendig ut fra hensynet til miljøet’ ligger det følgelig *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

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 sjølve 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.

²¹⁶ *Ibid.* s. 24, mi utheving.

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

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 innebære 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.

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

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 omgjeringsaker 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». Vilråra 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, er det naturleg med nokre sanksjonar.

Motsetnadsvis treng ikkje den konkrete miljøskaden stamme frå oppdrettaren ved omgjeringsaker 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. Vurderingstemaet 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 vurderingstema til grunn er likevel eigna til å svekke argumentasjonsverdien noko.

²²⁰ NOU 2019: 5 s. 407.

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

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 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. Føre-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 føre-var-

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

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 Sjå 3.3.

prinsippet. Som Bugge påpeiker, kan likevel ikkje føre-var-prinsippet tolkast for vidt.²²⁷ Det er mogleg å harmonisere proporsjonalitetskrava og føre-var-prinsippet, slik at føre-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 miljøraker. 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 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 ved omgjerung etter tilgrensande omgjeringsheimlar, som akvakulturlova § 14, forureiningslova § 18 og etableringsforskrifta § 8.

4.4.2. Gjeld proporsjonalitetsvurderingar etter nærliggjande inngrepsheimlar?

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

²²⁷ Bugge (2019) s. 162.

omgjeringsheimel ein uttrykkeleg terskel i «vesentlige skadevirkninger».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 omgjering «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 Dette tilseier at skilnadar i terskelspørsmålet ikkje nødvendigvis inneber at det ikkje gjeld proporsjonalitetskrav.

Eit anna døme på at forvaltninga gjer proporsjonalitetsvurderingar òg 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 grunngev inngrepet.

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. Sjå òg Backer (1991) s. 627–632.

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.

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 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 står 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 som er lagt fram i etterarbeida om at miljøomsynet ikkje er eit av fleire vurderingsmoment i omgjeringsevner, men ein føresetnad for vidare drift.

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.

²³⁴ Gabrielsen (2020) s. 110.

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 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 *akvakulturretten* har endra seg relativt drastisk frå førearbeida til oppdrettslova og fram til Prop. 95 L. Som vi såg i førearbeida til oppdrettslova, 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 motsetnadsvis at det *ikkje* skal meir til fordi miljøomsynet i seg sjølv er av tvingande karakter. 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 akvakulturretten. Nygaard skriv at sjølv om etterarbeid ofte må få lite rettskjeldemessig vekt isolert, vil «lovgjeverens utseger ofte svara til samfunnssynet».²³⁸ 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.

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 omgjeringa 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

²³⁵ Sjø 2.2.2.

²³⁶ Høgberg/Høgberg (2019) s. 243.

²³⁷ Ot.prp. nr. 53 (1984–1985) s. 13.

²³⁸ Nygaard (2004) s. 204.

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.

Dersom ein er tilhøyrar av den generelle grunnposisjonen, er det likevel klart at ingen positive kjelder avviser proporsjonalitetskrava.²³⁹ 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.

²³⁹ Sjå 3.2.3 om grunnposisjonane.

5. Proporsjonalitetskrav med grunnlag i vilkårlære?

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. Vilkårslære er ei ulovfesta forvaltningsrettsleg lære som går ut på at forvaltninga kan stille tyngande vilkår til eit elles gunstig vedtak dersom vilkåret er føremålstenleg, sakleg og proporsjonalt.²⁴⁰ Lære 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 vilkårslære gjeld ved *tildeling* av akvakulturløyve.²⁴¹ Spørsmålet er om vilkårslære, grunna *likskap* til omgjerung, har slik overføringsverdi til akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a at det gjeld proporsjonalitetskrav ved omgjerung òg. Eg drøftar altså ikkje om vilkårslære gjer seg direkte gjeldande, men om koherens- og likskapsomsyn tilseier at den ulovfesta vilkårslære 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 omgjerung. Her vil eg særleg vurdere om vilkårslære regulerer etterfølgjande vilkårsstilling. Deretter vil eg drøfte det noko spesielle tilfellet at omgjeringsåtgangen 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 omgjerung.

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».²⁴² Vilårsstilling vert legitimert ved tanken; frå det meir til det mindre. Når forvaltninga like greitt kan gje

²⁴⁰ Eckhoff/Smith (2018) s. 417–418, Graver (2019) s. 281.

²⁴¹ Ot.prp.nr 61 (2004–2005) s. 33 for selskapsløyve, det same gjeld lokalitetsløyve, sjå same førearbeid s. 60.

²⁴² Myklebust (2013) s. 123, mi utheving.

fullstendig avslag på eit vedtak, bør dei i staden kunne velje å gje vedtak med tyngande føresetnadar.²⁴³

Omgjering kjem i ei anna rettsleg stilling, då omgjering kan vere ei rekke typar tiltak som kjem i tida *etter* tildelinga. Ved sidan av fullstendig tilbaketrekking, kan det òg dreie seg om å til dømes stille ytterlegare vilkår om miljøovervaking, eller endre driftsvilkår.²⁴⁴ I akvakultursamanheng vil omgjering 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 opphавеlege vilkår og omgjering er at den private veit om dei opphавеlege vilkåra ved tildeling, medan omgjering kan kome brått på. Skilnadane tilseier at det ikkje er grunn til at vilkårlæra i utgangspunktet kan ha slik overføringsverdi til ein omgjeringsheimel 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 opphaveleg 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 fargen glacier blue. Ei stund etter kjøpet gav Vegdirektoratet pålegg om at bilen skulle svartlakkerast. Sjølv om dette vilkåret om svartlakking 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 vilkårlæra.²⁴⁵ Det er likevel mogleg at Høgsterett heller forstod vilkåret som ein underliggjande føresetnad ved tildelinga av kjøpeløyvet.²⁴⁶ At det kan vere vanskeleg å skilje mellom stilleiande føresetnadar og etterfølgjande vilkår, tilseier at vilkårlæra 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.²⁴⁷ Men Høgsterett kom til at dette atterhaldet

²⁴³ Eckhoff/Smith (2018) s. 417.

²⁴⁴ Det går uttrykkeleg fram av Ot.prp.nr. 61 (2004–2005) s. 62 at akvakulturlova § 9 regulerer etterfølgjande vilkårsstilling.

²⁴⁵ Tøssebro (2021) s. 391.

²⁴⁶ Mestad (1986) s. 40–41.

²⁴⁷ På s. 1053.

ikkje kunne omfatte eit så inngripande pålegg. Vilåret vart difor vurdert ugyldig, sjølv om vilåret vart stilt etter at drosjeløyvet vart gitt. Dermed talar høgsterettspraksis for at vilkårs læra regulerer etterfølgjande vilkårsstilling.

Etter mitt syn taler uansett dei beste grunnar for at vilkårs læra etter omstenda kan gjere seg gjeldande ved etterfølgjande vilkårsstilling. Det ville vore inkonsekvent om vilkårs læra 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 vilkårs læra 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 vilkårs læra kan gjere seg gjeldande ved sidan 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». ²⁴⁸ Vilårs 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. ²⁴⁹ Dette opnar forvaltningslova § 35 for, der det går fram at

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ Mestad (1986) s. 56.

«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 størrelse, eventuelt fjerning av anlegget ved mislighold av vilkårene gitt i tillatelsen eller dersom forholdene skulle tilsi det».²⁵⁰

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.²⁵¹ Fleire har tatt til orde for at sjølv omgjeringa må vere proporsjonal dersom det er stilt atterhald om omgjeri ng i løyvet.²⁵² 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».²⁵³ Dette gjev uttrykk for at sjølv omgjeringa må vere proporsjonal dersom det er stilt atterhald om omgjeri ng i løyvet. Dersom ei omgjeri ng må vere proporsjonal fordi det er stilt atterhald i akvakulturløyvet, bør det same kravet gjelde for andre omgjeringsgrunnlag òg.

Ein kan spørje om det rettspolitisk sett er føremålstenleg at forvaltninga kan spesifisere høvet til omgjeri ng i løyvet, når omgjeringshøvet elles er lovregulert. I til dømes LG-1994-313 tok lagmannsretten opp spørsmålet om eit atterhald om omgjeri ng i eit utsleppsløyve utvida omgjeringsåtgangen 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: 5.²⁵⁴

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 òg etter spesialreguleringar som akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Koherens- og systemomsyn tilseier at dei same krava som gjeld etterfølgjande vilkårsstilling og omgjeri ng etter atterhald bør gjelde for dei lovregulerte omgjeri ngane etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Terminologiske og juridisk-tekniske skilnadar på

²⁵⁰ Troms fylkeskommune 02.10.2015, Karvika i Kvænangen kommune, s. 11. Sjå eit anna døme 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.»

²⁵¹ Sjå i same retning Bernt/Rasmussen (2010) s. 332.

²⁵² Graver (2019) s. 519, Backer (1986) s. 630, Woxholt (2011) s. 580, Tøssebro (2018) s. 657–662 og Frihagen (1992) s. 50.

²⁵³ NOU 2019: 5 s. 403, jf. s. 413.

²⁵⁴ I NOU 2019: 5 s. 617 er høvet til å stille vilkår om omgjeri ng vidareført.

fenomen bør ikkje få realitetsskilnad for den enkelte oppdrettar som opplever myndigheitsutøvinga.

Omgjering 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 omgjering enn ved vilkårsstilling. Dette argumentet kan skrivast om til ein tanke om at proporsjonalitetskravet bør overførast frå det mindre (vilkårsstilling) til det meir (omgjering). Det gjer det dess meir naturleg med eit proporsjonalitetskrav etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a.

Rettskjeldemessig er det reelle omsyn som står opp under overføringsverdien frå vilkårlæra 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 vilkårlæra. Dette vart først drøfta av Bernt i 1977, der han såg det som naudsynt å supplere vilkårlæra sitt føremålskrav med «en ‘forholdsmessighetsgrunnsetning’». ²⁵⁵ Men Harbo gjev uttrykk for at det ikkje er sikkert domstolane meinte å innføre ei kvalitativ anna norm enn norma etter misbrukslæra. ²⁵⁶ Det kan rett nok verke som at vilkårlæra 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 vilkårlæra skildra slik i teorien, og rettstilstanden er føreslått lovfesta i ny forvaltningslov. ²⁵⁷

²⁵⁵ Bernt (1977) s. 75.

²⁵⁶ Harbo (2015b) s. 520.

²⁵⁷ Sjøå 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 motsetnadsvis på at omgjeringa kjem an på ei rein miljøfagleg vurdering, der miljøomsynet tilseier at oppdrettaren står stilt som om akvakulturløyva 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 følgjer av denne at forvaltninga kan omgjere i medhald av «alminnelige forvaltningsrettslege reglar». 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*.²⁵⁸ Regelen har grunnlaget sitt i sedvanerett som eksisterte før forvaltningslova § 35 vart kodifisert,²⁵⁹ og det er difor nærliggjande å sjå til den ulovfesta regelen ved tolkinga av spesialreglar som

²⁵⁸ Frihagen (1992) s. 51, Tøssebro (2021) s. 146, Eckhoff/Smith (2018) s. 314, Graver (2019) s. 521 og Bernt/Rasmussen (2010) s. 335.

²⁵⁹ 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.

akvakulturlova § 9. Forvaltningslovutvalet har føreslått å lovfeste den ulovfesta omgjeringsregelen etter sitt innhald.²⁶⁰

Sjølv om det føreligg ein viss praksis som handlar om ulovfesta omgjerung, er i alle fall høgsterettspraksis knapp.²⁶¹ 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.²⁶²

På den eine sida står det offentlege omsynet som grunnleggjande 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.²⁶³ 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 for omgjerung av relevans.²⁶⁴ Det skal til dømes meir til for å omgjere dersom forvaltninga berre har gjort ei ny skjønnsmessig vurdering enn dersom det er kome nye fakta på bordet som tilseier at det opphævelege vedtaket ikkje lenger har heimel.²⁶⁵

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.²⁶⁶ 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.²⁶⁷ Omgjerung 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.

²⁶⁰ NOU 2019: 5 s. 618.

²⁶¹ Tøssebro (2021) s. 146–147.

²⁶² *Ibid.* s. 370.

²⁶³ Eckhoff/Smith (2018) s. 314, Graver (2019) s. 521 og Frihagen (1992) s. 53.

²⁶⁴ Tøssebro (2021) s. 375.

²⁶⁵ Graver (2019) s. 521, Frihagen (1992) s. 53, Woxholt (2011) s. 582 og i den retning Tøssebro (2021) s. 336 sml. s. 376.

²⁶⁶ Sjø NUT 1958: 3 s. 236, jf. 241, Eckhoff/Smith (2018) s. 315 og Graver (2019) s. 522.

²⁶⁷ Graver (2019) s. 522.

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.²⁶⁸ 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.²⁶⁹ 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.²⁷⁰ Vurderingsmomentet er heller ikkje elles særleg praktisk, med mindre det offentlege har gitt uttrykkelege og konkrete lovnadar om erstatning ved omgjerung.

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 omgjerung. 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 omgjerung vil ikkje vere tungtvegande nok for omgjerung etter den ulovfesta regelen dersom omgjerung ikkje er eigna til å realisere omsynet. Dersom problemet ved ein fjord dømesvis er dårleg luftkvalitet, vil ikkje omgjerung av til dømes eit lokalitetsløyve 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 omgjerung 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

²⁶⁸ Graver (2019) s. 522.

²⁶⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 316.

²⁷⁰ Det følgjer av førearbeida til akvakulturlova 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. Sjå òg Eckhoff/Smith (2018) s. 320.

miljøskaden dømesvis er forureining på sjøbotnen, bør forvaltninga først stille vilkår om reinsking før lokalitetsløyvet vert omgjort. Omsyna som talar for total omgjerung 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 sjølve vurderinga etter den ulovfesta regelen. Vurderingstemaet etter den ulovfesta omgjeringsregelen 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 talar for omgjøring må veie vesentlig tyngre enn de hensyn som talar mot, for at en omgjøring skal stå seg».²⁷¹

Lagmannsrettsdommen står opp under forståinga mi ovanfor, og det finst ikkje Høgsterettspraksis som tilseier noko anna.²⁷² Tøssebro viser til lagmannsrettsdommen under ei utgreiing om proporsjonalitetsprinsippet sin plass i forvaltningsretten.²⁷³ Sjølv om ho viser til dommen, skriv ho ikkje eksplisitt at ho meiner omgjeringsregelen *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 omgjeringsregelen i tillegg.²⁷⁴ 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 omgjeringsreglar.²⁷⁵

Fleire andre teoretikarar gjev uttrykk for at den ulovfesta omgjeringsregelen legg opp til ei proporsjonalitetsvurdering. Wallevik legg til grunn at interesseavveginga etter omgjeringsregelen «er etter sin art en forholdsmessighetsvurdering» i ein artikkel som handlar

²⁷¹ LB-2012-106104, mi utheving.

²⁷² Det er lite høgsterettspraksis som dreier seg om den ulovfesta omgjeringsregelen, og ingen kjende høgsterettsdommar der ein ikkje òg har drøfta forvaltningslova § 35 tredje ledd, jf. Tøssebro (2021) s. 146.

²⁷³ Tøssebro (2021) s. 29.

²⁷⁴ *Ibid.* s. 288–289.

²⁷⁵ *Ibid.* s. 392.

om proporsjonalitetsvurderingar i omgjeringsreglane.²⁷⁶ Graver skriv at «den ulovfestede omgjøringsadgangen forutsetter en vurdering av forholdsmessigheten».²⁷⁷ Backer og Frihagen la det same til grunn i høvesvis 1986 og 1992.²⁷⁸ 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.²⁷⁹ Smith er vidare inne på at mindre inngripande tiltak enn omgjerung lettare vil kunne akseptrast i den heilskaplege interessevurderinga.²⁸⁰ 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 akseptrast 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 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 omgjerung 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

²⁷⁶ Wallevik (2015) s. 149.

²⁷⁷ Graver (2019) s. 139, 140–141, og 241, men sjå 3.2.2 om Graver sine utgangspunkt om proporsjonalitet.

²⁷⁸ Backer (1986) s. 836, Frihagen (1992) s. 78.

²⁷⁹ Eckhoff/Smith (2018) s. 407.

²⁸⁰ *Ibid.* s. 315.

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.²⁸¹ 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».²⁸² I desse tilfella strir regelen berre mot Grunnlova dersom inngrepet er særleg eller klart urimeleg eller urettferdig.²⁸³

Spørsmålet er om omgjeringar 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 selskapsløyve og lokalitetsløyve 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 tilbakeverkande kraft i høve til det opphævelege vedtaket.²⁸⁴ 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 inngrep midt i ein produksjonssyklus, kan ein moglegvis sjå det slik at utslaktinga knyt tyngande verknadar til investeringar ved starten av syklusen.²⁸⁵ At ei omgjeriing 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 omgjeringar 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.²⁸⁶ Som eit utgangspunkt kan ein difor ikkje gjere gjeldande Grunnlova § 97 dersom ein har fått eit enkeltvedtak mot seg, med mindre ein òg

²⁸¹ Avsnitt 153.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ 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.

²⁸⁴ Sjø Tøssebro (2021) s. 393.

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ Sjø dømesvis Rt. 2005 s. 855, Eckhoff/Smith (2018) s. 310.

meiner at sjølve lova har tilbakeverkande kraft.²⁸⁷ Høgberg har vore inne på tanken om at Grunnlova § 97 òg gjeld enkeltvedtak.²⁸⁸ 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.²⁸⁹ Etter mitt syn er ordlyden likevel klar på at enkeltvedtak fell utanfor, og det er elles ikkje noko tradisjon for å nytte Grunnlova § 97 i enkeltvedtakssaker.²⁹⁰

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.²⁹¹ 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 samme innhold som Grl. § 97» for enkeltvedtak.²⁹² 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».²⁹³ I tilfelle der Fiskeridirektoratet må ta tak i ein risiko for miljøskade, vil nok tolkingsprinsippet tilseie at Fiskeridirektoratet ventar med omgjeringa 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 [...] naturleg inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig».²⁹⁴ Dette viste Høgsterett til i den i nyare Hagen-dommen om tilbakeverknadsforbodet, og det vart dermed lagt til grunn at det skal

²⁸⁷ Sjø 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 lovhjelmelen, vil den endrede og skjerpede praksis falle utenfor hva som rammes av Grl. § 97».

²⁸⁸ Høgberg (2010) s. 154.

²⁸⁹ *Ibid.* s. 154–159, sjå spesielt s. 158.

²⁹⁰ *Ibid.* s. 154, sjå elles Tøssebro (2021) s. 299 og NOU 2019: 5 s. 406–407.

²⁹¹ Høgberg understrekar «at hensynene bak tilbakeverknadsforbudet og omgjeringsreglane langt på vei er sammenfallende», jf. Høgberg (2010) s. 155.

²⁹² Tøssebro (2021) s. 299.

²⁹³ Høgberg (2010) s. 457.

²⁹⁴ Avsnitt 99, jf. òg Skoghøy i det eine mindretallet, 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.

gjerast ei «konkret forholdsmessighetsvurdering».²⁹⁵ Dermed legg Grunnlova § 97 opp til ei proporsjonalitetsvurdering, sjølv om dette ikkje går fram av ordlyden.²⁹⁶

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. Likevel er det på det reine at Grunnlova § 97 ikkje krev at *forvaltninga* skal gjere individuelle vurderingar på vedtakstidspunktet, sidan skranken i tilbakeverknadsforbodet gjeld for forskrifter, som i sin natur er generelle. Når ei lov opnar for inngrep direkte gjennom forskrifter, er det nettopp fordi vilkåra i lova ikkje krev individuelle proporsjonalitetsvurderingar. Det sentrale 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.²⁹⁷

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 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.²⁹⁸

Aall skriv at «[d]et er uten betydning hva eiendomsretten refererer seg til; fast eigedom,

²⁹⁵ HR-2016-389-A, avsnitt 87.

²⁹⁶ Av same oppfatning er Sjøvig (2015c) s. 329 og Høgberg (2010) s. 309–313.

²⁹⁷ Solheim (2010) s. 65.

²⁹⁸ *Ibid.* s. 149.

løsøre eller andre formuesgoder», og at det kan vere tale om meir avgrensa rettar.²⁹⁹ Vidare gjev Myklebust uttrykk for at akvakulturløyve, som tidsubestemt offentleg konsesjon, nok vil falle inn under eigedomsgrepet i EMK TP 1–1.³⁰⁰ 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 omgjeringa gjeld selskapsløyvet eller lokalitetsløyvet.³⁰¹ 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.³⁰² Det er dermed klart at vurderinga for EMD inneber å vurdere fordelane med inngrepet opp mot ulempene den enkelte private får med omgjeringa. 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. 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.³⁰³ Av denne grunn, samt at staten er betre eigna enn EMD til å vurdere enkelttilfelle, har staten vid skjønnsmargin i denne proporsjonalitetsvurderinga.³⁰⁴

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 bakanforliggande 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

²⁹⁹ Aall (2015) s. 321.

³⁰⁰ Myklebust (2010) s. 167.

³⁰¹ Innholdsmessig gjer eg ei liknande vurdering i 6.3.4, sjølv om vurderinga mi ikkje er med sikte på EMK TP 1–1 isolert.

³⁰² Evaldsson m.fl. mot Sverige [J], 2007, avsnitt 55.

³⁰³ Solheim (2010) s. 82.

³⁰⁴ *Ibid.* s. 82–84.

som er føresett å gje rom for nasjonal *gjennomføring*, anten horisontalt eller vertikalt.³⁰⁵ 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 § 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 grunnjev 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 rettigheit. 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.

³⁰⁵ Sjø Moen (2019) s. 447, med tilvising til Christoffersen (2009) s. 69 flg. Sjø òg Sjøvig om horisontale proporsjonalitetsprinsipp i (2015c) s. 349.

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 båe. 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 akvakulturetten, 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.³⁰⁶ 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

³⁰⁶ Det er allmenn semje rundt dette, sjå til dømes Smith (2015) s. 458.

at regelverket er i stadig endring, tilseier dette med mykje vekt at lova ikkje gjev opphav for innretting. 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.³⁰⁷ 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 Strukturvotedommen, der spørsmålet var om ei tidsavgrensing i strukturvoter 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».³⁰⁸ Det er store likskapstrekk mellom fiskerinæringa og akvakulturnæringa når 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:

³⁰⁷ Fredin mot Sverige (No 1), 1991, sjå særleg avsnitt 53–54.

³⁰⁸ Avsnitt 126–131.

«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». ³⁰⁹

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 rettstryggleiksomsynet 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 førehandsvise 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. ³¹⁰ Ein sentral del av grunngjevinga 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 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 òg dette argumentet at

³⁰⁹ Havbruksmeldinga s. 67.

³¹⁰ Avsnitt 124–125.

innrettingsomsynet står svakare for lokalitetsløyve enn selskapsløyve. Samstundes kan ein oppdrettar gjennomgåande drive anlegga sine på ein miljømessig uforsvarleg måte, så argumentet gjer seg òg 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 sjøvann», 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».³¹¹

Det går fram av Prop. 95 L at den private har risikoen i akvakulturetten. 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».³¹² 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.³¹³ EMD meinte

³¹¹ Tøssebro (2021) s. 374. Backer er inne på det same, sjå Backer (1986) s. 809.

³¹² Prop. 95 L (2018–2019) s. 34.

³¹³ 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].

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».³¹⁴ 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 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 eigedomsliknande 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 akvakulturløyva, 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.

Det har fleire gonger vore diskutert om det er forvaltningsrettslege reglar eller avtalerettslege reglar som løyser konsesjonsrettslege spørsmål.³¹⁵ Diskusjonane har i hovudsak blussa opp i samband med tilbakeverkande skattespørsmål i oljenæringa.³¹⁶ 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

³¹⁴ Pine Valley Developments Ltd m.fl. mot Irland [J], 1991, avsnitt 59.

³¹⁵ For ei oppsummering av debatten på 70-talet, sjå Bernt (1981) s. 61–76. Sjø elles Nordtveit (2020) s. 175–183.

³¹⁶ Brækhus meinte oljekonsesjonar var avtalar, jf. Brækhus (1975) s. 19. Sjø motsett i Fleischer (1976) s. 400.

basert på dei forvaltningsrettslege omgjeringsreglane. Det er òg slik dei fleste forstår rettstilstanden i dag.³¹⁷ Blant anna Nordtveit legg til grunn at det er «more appropriate» i det norske systemet å «define the licence as an administrative decision».³¹⁸ Dette følgjer 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».³¹⁹ Dette inneber etter mi meining 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».³²⁰

Som Nordtveit legg fram, får konsesjonæren ei rettkomen forventning i og med at løyvet òg er ein type tilsegn.³²¹ 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.

Drøftinga ovanfor er i stor grad basert på juridisk teori om oljekonsesjonar, og det er ein sentral skilnad til akvakulturløyve at olja ikkje er ein open ressurs.³²² 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

³¹⁷ 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.

³¹⁸ Nordtveit (2020) s. 175 og 177.

³¹⁹ På s. 1373.

³²⁰ Nordtveit (2020) s. 177. Frihagen gjev uttrykk for noko av det same, sjå Frihagen (1991) s. 28.

³²¹ Sjø Alvik/Bjørnebye (2020) s. 100.

³²² Nordtveit (2012) s. 351.

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 akvakulturæringa.

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.³²³

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 båd 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.³²⁴ Eit av spørsmåla i saka var om det førelåg sakshandsamingsfeil grunna mangelfull utgreiing av klimaverknadane av utvinningsløyvet. Førstvoterande meinte det ikkje var gjort slik sakshandsamingsfeil, og la «stor vekt på at eit utvinningsløyve, trass språkbruken, ikkje gjev ein vilkårslaus rett til utvinning sjølv om det skulle gjort drivverdige funn».³²⁵ 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.³²⁶ 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.

³²³ Dette er stadfesta i personleg korrespondanse med Fiskeridirektoratet den 28.06.2021.

³²⁴ Eg har skildra kva dommen dreia seg om i 2.2.2.

³²⁵ Avsnitt 218.

³²⁶ SNL, 06.07.2021, https://snl.no/PUD_-_petroleum [sett 19.07.2021].

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.³²⁷ Ifølgje førstvoterande i strukturvotedommen er «[d]ette [...] uttrykk for det grunnleggende prinsippet at utøving av fiske *ikke er en rettighet*, men er avhengig av tillatelse fra offentlig myndighet».³²⁸

Seinare i votumet omtalar likevel førstvoterande strukturvotane som «etablerte rettsposisjoner» som Grunnlova § 97 er meint å verne om.³²⁹ 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.³³⁰ Konsesjonar er likevel framleis eit regulatorisk verktøy 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.³³¹

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

³²⁷ 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.

³²⁸ Avsnitt 67, mi utheving.

³²⁹ Avsnitt 82–83.

³³⁰ Nordtveit (2020) s. 183.

³³¹ Alvik og Bjørnebye peiker på dette som eit sentralt trekk ved konsesjonar i Alvik/Bjørnebye (2020) s. 86.

som «en rettighet som det offentlige har etablert ved enkeltvedtak, og som ivaretar visse grunnleggende aspekter ved den enkeltes liv eller virksomhet», og brukar næringsløyve som eit av døma.³³² Grunna desse variasjonane mellom ulike typar løyve, kan det vere problematisk dersom alle konsesjonar går under eitt.³³³ 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 ervervs konsesjon, [...] enn omgjøring av en tillatelse *til løpende virksomhet som kan ha skadevirkninger for andre interesser*, for eksempel en tillatelse til forurensende utslipp».³³⁴

Det er etter mitt syn klart at ei løypande verksemd òg kan vere ein etablert rettsleg posisjon, og desse kategoriane er såleis ikkje gjensidig utelukkande. 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 inngrepande virkninger».³³⁵ Til trass for at Høgsterett la til grunn at det er inngrepande 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 opphaveleg 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

³³² Tøssebro (2021) s. 388.

³³³ Sjø òg Alvik/bjørnebye (2020) s. 91.

³³⁴ NOU 2019: 5 s. 410, mi utheving.

³³⁵ Avsnitt 87–88.

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.³³⁶ Sjølv om det ikkje er typisk med få lokalitetsløyve, er det uansett snakk om store økonomiske interesser, som gjev grunnlag for rettkomne forventningar til den etablerte posisjonen.³³⁷ Det finst stønad for denne argumentasjonen i rettskjelder knytt til ulovfesta omgjerung. Graver er inne på at dersom ein har «gjort investeringar 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 investeringar» yter motstand mot omgjerung.³³⁸

Akvakulturløyve gjev ikkje oppdrettaren eigedomsrettar eller servituttar,³³⁹ 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».³⁴⁰ 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».³⁴¹ 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».³⁴² 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 nok desse synsmåttane som ligg til

³³⁶ Sjø 1.2.2 om eigarstruktur.

³³⁷ I same retning om næringskonsesjonar generelt, sjå Alvik (2019) s. 63.

³³⁸ Eckhoff/Smith (2018) s. 315 og Graver (2019) s. 522.

³³⁹ 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.

³⁴⁰ Nordtveit (2012) s. 362. Sjø òg Alvik/Bjørnebye (2020) s. 95.

³⁴¹ Nordtveit (2012) s. 358.

³⁴² Eckhoff/Smith (2018) s. 445.

grunn for at Smith meiner konsesjonar generelt ikkje nyt like sterkt vern som privatrettslege rettar.³⁴³

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».³⁴⁴ Myklebust peiker vidare på at strandeigar vil få ein ny permanent nabo i sjøen, sidan «[v]edtaket om tildeling av konsesjon kan sjåast som ei offentleg godkjenning av ein okkupasjon av sjøområdet».³⁴⁵ 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.³⁴⁶ 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.³⁴⁷ I tillegg kan ein sjå på vederlaget for selskapsløyvet som ein form for skatt, sidan det elles ikkje er grunnrenteskatt i oppdrettsnæringa.³⁴⁸ Samstundes er det ikkje alle oppdrettarar som har betalt for løyva sine. Dersom løyva er gamle, har ein i alle fall ikkje betalt marknadspris.³⁴⁹ 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, noko som vert registrert i akvakulturregisteret.³⁵⁰ 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.

³⁴³ Eckhoff/Smith (2018) s. 351.

³⁴⁴ Nordtveit (2012) s. 356.

³⁴⁵ Myklebust (2010) s. 167.

³⁴⁶ Sjå punkt 1.2.2.

³⁴⁷ Sjå omtrent i same retning, Myklebust (2013) s. 123 og Havbruksmeldinga s. 3.

³⁴⁸ Uttrykk for dette går fram av NOU 2019: 8 s. 110.

³⁴⁹ NOU 2019: 18 s. 59.

³⁵⁰ Akvakulturlova §§ 19 og 20.

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».³⁵¹ Dette gjev uttrykk for at det ikkje var lovgjevars meining at motytinga skulle gje oppdrettaren ein forsterka rettsleg posisjon. Likevel er det motsetnadsvis òg uttala to gonger i dei same førearbeida at «[k]onsesjoner for matfiskoppdrett av laks og ørret gir en beskyttet rett til næringsutøvelse».³⁵² 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 «fellesskapet i Noreg».³⁵³ Dette gjer havet i prinsippet eigarlaust, noko som i seg sjølv er 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 omgjerung etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a. Den meir

³⁵¹ Ot.prp. nr. 65 (2000–2001) s. 18.

³⁵² *Ibid.* s. 8 og 15.

³⁵³ Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av villlevande ressursar (havressurslova).

isolerte tolkinga i kapittel fire, som sentrerte rundt akvakulturretslege og miljøretslege 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 motsetnadsvis 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 bestemmende for tolkinga. Med tanke på dei nemnte legalitetsprinsippkande synsmåtane, og sett i lys av uklare tolkingar 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 lovtolking 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 lovtolking og subsumsjon der det gjeld proporsjonalitetskrav

Langvarig rettspraksis har vist at domstolane ikkje alltid prøver alle sider av eit forvaltningsvedtak.³⁵⁴ Visse vurderingar skal verken takast 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,

³⁵⁴ Eckhoff/Smith (2018) s. 524.

og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet».³⁵⁵

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 lovtolkingsspørsmålet 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.³⁵⁶ 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.³⁵⁷ Det er ikkje mogleg å erkjenne resultatet, og skjønnet er difor ikkje rettsleg normert.³⁵⁸ 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 normer. Fleire teoretikarar deler denne forståinga, men eg skal kome tilbake til at forståinga òg vert kritisert.³⁵⁹

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 skjønnet.

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.³⁶⁰ 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.³⁶¹ Då er det utfordrande at retningslinjene for å overprøve tolking og subsumsjon er relativt forskjellig. Som vi såg ovanfor, vil domstolen

³⁵⁵ På s. 77.

³⁵⁶ Eckhoff/Smith (2018) s. 363, jf. s. 375.

³⁵⁷ *Ibid.* Sjå òg blant anna Frihagen, som synest vere av same oppfatning, jf. vere Frihagen (1991) s. 181.

³⁵⁸ Sjå meir om dette skiljet i 3.3.

³⁵⁹ Sjå fleire forfattarar sitt syn på fritt skjønn i 7.4.

³⁶⁰ Moen (2019) s. 135, Tøssebro (2019) s. 185.

³⁶¹ Sjå Moen (2019) s. 175–177.

alltid ha kompetanse til å overprøve lovtolkinga.³⁶² 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.³⁶³ 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 § 9 første ledd bokstav a. Det er på det reine at dette gjev skjønnsmessige 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*».³⁶⁴ 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*».³⁶⁵ Eit slikt syn får òg stønad av Havre. Ho skriv om proporsjonalitet i

³⁶² Sjølv om praksis viser at dette sjeldan vert gjort uavhengig av subsumsjonen, jf. Moen (2019) s. 175.

³⁶³ *Ibid.* s. 172.

³⁶⁴ *Ibid.* s. 97.

³⁶⁵ *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.

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 av». ³⁶⁶ 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». ³⁶⁷ 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 proporsjonalitetskravar, har Høgsterett ofte likevel overprøvd desse konkret med den grunngevinga at proporsjonalitetsvurderinga er «typisk rettslig». ³⁶⁸ 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 andre ord et rettsanvendelsesskjønn». ³⁶⁹ I Internflukt (Rt. 2015 s. 1388) legg fleirtalet fram at «[v]ilkåret

³⁶⁶ Havre (2015) s.108.

³⁶⁷ NOU 2019: 5 s. 157.

³⁶⁸ 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.

³⁶⁹ Avsnitt 40.

[«urimelig»] fremstår som en materiell kompetansebegrensning som normalt prøves fullt ut». ³⁷⁰ Ein kan forstå Høgsterett slik at når skjønnen 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. ³⁷¹ 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. ³⁷² 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 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

³⁷⁰ Avsnitt 224.

³⁷¹ Internflukt er eitt av fleire dømer på dette, sjå Smith (2018) s. 365, Havre (2015) s. 108 og Graver (2019) s. 264.

³⁷² Eckhoff/Smith (2018) s. 524.

inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes».³⁷³

Ved alle typer 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.³⁷⁴ Ein må difor først undersøkje om lovgjevar har gitt konkrete haldepunkt for overprøvmoglegheitene til domstolane.³⁷⁵

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.³⁷⁶ Dette viser at det ikkje treng å vere 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 inngrepssituasjon dersom Fiskeridirektoratet endrar eller trekk tilbake eit akvakulturlovve. Inngrepssituasjonen kan kanskje sjåast som hovudgrunngevinga bak ei semje i teorien om at domstolane vil overprøve subsumsjonen i saker som gjeld ulovfesta omgjeringsregulering.³⁷⁷ Som vist i 6.2.1 og 6.4 har reglane om ulovfesta omgjeringsregulering 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 forvaltningsskjønn. Dette vart drøfta i Fett- og lim-dommen (Rt. 1995 s. 738), der Høgsterett uttala følgjande:

³⁷³ På side 1434, jf. òg Krekar (Rt. 2007 s. 1573).

³⁷⁴ Innjord (1996) s. 193.

³⁷⁵ Graver (2019) s. 248–249.

³⁷⁶ Moen (2019) s. 125.

³⁷⁷ Bernt/Rasmussen (2010) s. 334 og Graver (2015) s. 131. I forslag til ny forvaltningslov foreslår utvalet å lovfeste den ulovfesta omgjeringsreguleringa med full domstolsprøving, sjå NOU 2019: 5 s. 618.

«[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, bekrefte av vurderingstemaet».³⁷⁸

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.³⁷⁹ 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 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».³⁸⁰

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.³⁸¹ 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.³⁸² Moen peiker likevel på at nettopp vilkår som «nødvendig», «rimelig» og til og med «forholdsmessig» sjeldan vert overprøvd i rettspraksis.³⁸³ Ein del av grunngevinga 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 hensikstiktsmessighetsskjønn, vil domstolane heller ikkje prøve dei skjønnsmessige vilkåra.

³⁷⁸ På s. 741.

³⁷⁹ Bugge (2002) s. 484.

³⁸⁰ Eckhoff/Smith (2018) s. 386.

³⁸¹ Eckhoff/Smith (2018) s. 383.

³⁸² Jf. dømesvis Rt. 2000 s. 591.

³⁸³ Moen (2019) s. 158.

Når det gjeld «kan»-skjønnnet etter akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a, viste ordlydstolkinga i kapittel 4 at det er lite igjen til det reine hensiktsmessighetsskjønnet. Dei nærmare vilkåra for omgjerung avgjorde rammene for kompetansen. Som vi såg, innebar likevel «kan»-skjønnnet 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:

«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».³⁸⁴

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 «grunnleggende 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».³⁸⁵ 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 trafikklyssaka, basert på fleire av dei same argumenta eg har nytta.³⁸⁶ Tingrettsdommen har avgrensa vekt, og gjaldt dessutan § 9 tredje

³⁸⁴ NUT 1958: 3 s. 375.

³⁸⁵ Haagensen (2019) s. 349.

³⁸⁶ Sogn og fjordane tingrett, 17.03.2020, 20-109859TVI-SOFT, sjå s. 19-25.

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 rettstilstanden kva gjeld domstolsprøving. Tolkninga 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.³⁸⁷ 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.³⁸⁸ 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:

«Våre forestillinger om hvilke normer som eksisterer kan ikke reduseres til en angivelse av de normer som omfattes av domstolenes prøvelsesrett».³⁸⁹

³⁸⁷ Tilsynelatande representantar for dette synet er til dømes Eckhoff/Smith (2018) s. 365, Innjord (1996) s. 164 og Vangnes (2014) s. 199–201. Moen viser til ulike haldningar om dette, sjå Moen (2019) s. 88–92.

³⁸⁸ Eckhoff/Smith (2018) s. 387. Moen (2019) s. 392–393. Graver gjev uttrykk for noko av det same, jf. Graver (2019) s. 269.

³⁸⁹ Sjø Stub (2008) s. 176, Tøssebro (2019) s. 190 og Boe (1994) s. 325 om at lova avgjer òg der forvaltninga har «subsumsjonsheredøme». Moen synest å lande på det same synet etter ei grundig drøfting av spørsmålet, sjå

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 færreste forvaltningssaker endar opp i domstolane, sjølv om private i desse sakene har behov for dei same materielle rettstryggleiksmekanismane.³⁹⁰ 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.³⁹¹ I tråd med dette er det gunstig dersom det gjeld klare materielle normer for både forvaltningsorganet og klageorganet, i staden for at båe ser seg som frie frå rettskjeldeprinsippa.³⁹²

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.

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*.³⁹³ 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.³⁹⁴ Dersom

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.

³⁹⁰ Sjø liknande synspunkt i Bernt (2016) s. 339.

³⁹¹ Bernt (2019) s. 267.

³⁹² Sjø liknande synspunkt i Stub (2008) s. 176.

³⁹³ Mykje likt slik Høgsterett indirekte har vurdert lovvilket «barnets beste» i ei rekke utlendingssaker, dømesvis Rt. 2009 s. 1261. Sjø meir om dette i Moen (2019) s. 319.

³⁹⁴ Sjø liknande synspunkt i Moen (2019) s. 319, jf. s. 482.

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.³⁹⁵

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.³⁹⁶ Dette inneber at utgangspunktet er prøving av skjønnsmessige vilkår, men at domstolen er graduelt 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.³⁹⁷

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.

³⁹⁵ Sjø meir om skiljet i 3.2.1.

³⁹⁶ Sjøvig (2015c) s. 349 peiker på dette som eit utviklingstrekk.

³⁹⁷ Moen (2019) skriv om tilbakehaldenheit på s. 178. Sjø 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 forvaltningsrettslege 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 forvaltningsrettslege 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 forvaltningsrettslege 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 forvaltningsrettslege domstolsprøvingslæra i norsk rett. Drøftinga viste at sjølv om proporsjonalitetskrava er rettsleg normerte, går dei ikkje overeins med det norske skiljet mellom skjønnsmessige vilkår underlagt rettsbruksskjønn og skjønnsmessige vilkår underlagt forvaltningsskjønn. 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 rettsleggjeringa 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 forvaltningsspektivet, all den tid dei færraste 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 trafikklssystemet. 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 lovtolkings spørsmålet 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 klargjering 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 proporsjonalitetssynsmåtar 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 løyser 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/Stortinget-20190613-155505.mp4&msid=1332&meid=10286> [sett 09.10.2020]

Havforskningsinstituttet, «Risikoreport 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/nofdfs/et-hav-av-muligheter.pdf> [sett 10.07.2021]

Høringsuttalar

Kyllingstad Kleveland, «Høringsuttaalelse – forslag til regelverk for å implementere [sic.] nytt system for kapasitetsjusteringer i lakse- og ørreoppdrett», 21.09.2016
https://www.regjeringen.no/contentassets/2327db7995364d28904bf70d619b8ea2/kyllingstad-kleveland-advokatfirma-da.pdf?uid=Kyllingstad_Kleveland_Advokat-firma_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 *Strukturkvote*
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*

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 Fjordanes tingrett sin dom frå 17. mars 2021, saksnr. 20-109859TVI-SOFT

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 Kvænangen kommune*, 02. 10.2015, ref. 14/7576-30.
Klima- og forurensingsdirektoratet, *Avgjørelse i klagesak -trekking av tillatelser etter forurensningsloven til akvakultur ved lokalitetene Barlingebotnen 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 commune*, 04.10.2018, ref. 18/10892.

Fylkesmannen i Vestland, *Vedtak om tilbaketrekking av løyve etter forforureiningslova 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 råttan og livløs. Det foregår noe skummelt i flere av fjordene våre», *Bergens tidende*, oppdatert 16.04.2021, <https://www.bt.no/nyheter/lokalt/i/AllIOz/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 Bjørnebye, «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 utslippstillatelser 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 rettssikkerhet 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 trafikklys og nedjustering av akvakulturtillatelse: En analyse av hjemmelsgrunnlaget for nedjustering av akvakulturtillatelse i medhold av trafikklyssystemet samt utvalgte erstatningsrettslige spørsmål ved nedjusteringsvedtak» *MarIus* (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, *Rettfærdighet 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 Rør, “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 *MarLus* (2021), førebels nr. 548.
- Mellbye, Halfdan, *Rettslig regulering av norsk akvakultur* Universitetsforlaget 2018.
- Mestad, Ola, «Bruk og endring av konsesjonsvilkår» *MarLus*, nr. 121, 1986, s. 1–65.
- Mestad, Ola, «Rettenns 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 oppseieing 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 argumentasjon 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 morgendagens jurister» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 114–135.
- Nordtveit, Ernst, «Konsesjonsordningar 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 subsumsjonsfrihet: 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.