



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Trafikklyssystemet møter Grl. § 97 og EMK P1-1

Produksjonskapasitetsjustering i lys av konstitusjons- og konvensjonsbaserte skranker

Daniel-André Hansen

Masteroppgave i rettsvitenskap...JUR-3901...17. mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Avhandlingens tema, kontekst og problemstillinger	1
1.2	Temaets aktualitet.....	2
1.3	Begrepsavklaring og avgrensninger	3
1.4	Metode	5
1.5	Avhandlingens struktur.....	6
2	Oppdrettsnæringen	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Oppdrettsnæringens historiske utvikling.....	7
2.3	Produksjon av laks.....	10
2.3.1	Produksjonsfaser (laksens livssyklus).....	10
2.4	Akvakulturtillatelsene – kommersielle matfisktillatelser	11
2.4.1	Utgangspunkter	11
2.4.2	Akvakulturtillatelsens komponenter, innhold og funksjon	12
2.5	Trafikklyssystemet.....	18
2.5.1	Innledning.....	18
2.5.2	Forløpet og forarbeider til trafikklyssystemet.....	19
2.5.3	Handlingsregel, produksjonsområder og miljøindikator.....	22
3	Grunnloven § 97.....	26
3.1	Innledning.....	26
3.1.1	Metode og domstolsprøving.....	27
3.2	Argumentasjonsmønster	28
3.3	Kommer Grunnloven § 97 til anvendelse?	30
3.3.2	Er rettighetsposisjonen, i prinsippet, vernet etter Grl. § 97?.....	37
3.3.3	Øvrige minimumsvilkår	40

3.4	Normvalg og helhetsvurdering	43
3.4.1	Normvalg.....	43
3.4.2	Helhetsvurdering	64
4	EMK P1-1	88
4.1	Innledning.....	88
4.1.1	Metode og domstolsprøving.....	90
4.2	Foreligger det inngrep i et eiendomsgode?.....	93
4.3	Hvilken regel kommer til anvendelse?	95
4.4	Er legalitetskravet oppfylt?.....	97
4.5	Bygger inngrepet på et legitimt formål?.....	100
4.6	Er inngrepet forholdsmessig?	101
4.6.1	Innledning – nærmere om vurderingstemaet.....	101
4.6.2	Den konkrete forholdsmessigheten	103
4.6.3	Konklusjon	111
	Kildeliste	113
	Vedlegg	125
	Vedlegg I – Rapport fra ekspertgruppe for vurdering av lusepåvirkning (2019).....	125
	Vedlegg II – Råd fra styringsgruppen for vurdering av lusepåvirkning (2019).....	125
	Vedlegg III – Rapport fra ekspertgruppe for vurdering av lusepåvirkning (2018).....	125

Forord

En stor masterprosess er i utgangspunktet et ensomt foretagende, og Covid-19 gjorde det ikke bedre. Jeg har heldigvis hatt gode venner og familie som motivert meg underveis.

Særlig takk til T, M, M, og ikke minst C og S.

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema, kontekst og problemstillinger

Temaet for avhandlingen er myndighetenes adgang til å gjøre inngrep i akvakulturtillatelser. Nærmere beskrevet omhandler avhandlingen nedjustering av produksjonskapasitet. Hovedproblemstillingene er om slik nedjustering i noen tilfeller kan krenke konstitusjonelle rammer i Grunnloven § 97 og, eventuelt eller, være i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon Protokoll 1 artikkel 1 (EMK P1-1).

Oppdrettsnæringen er en særlig viktig næring for Norge og den kommer sannsynligvis til å bli viktigere i fremtiden – etter hvert som oljenæringens relevans avtar i tråd med det grønne skiftet. Samtidig er det betydelige private interesser i oppdrett og store formuer forvaltes innad i virksomhetene som innehar produksjonsrettigheter.

I utgangspunktet er det både i det offentliges og de privates interesse at oppdrettsnæringens produksjonsaktivitet fortsetter den positive utviklingen. Dette gjelder både nasjonalt og lokalt. Myndighetene har imidlertid et særlig ansvar for miljøet, herunder at næringer som utøves er bærekraftige. Samtidig har myndighetene ansvar for å ivareta helheten i økosystemene. Når det skal foretas endringer av akvakulturtillatelser, må det skje etter en avveining mellom alle relevante hensyn og interesser. Slike endringer kan anses som et inngrep i private interesser og forholdet til konstitusjonelle og konvensjonsbaserte skranker fortjener da en vurdering.

Regjeringen la 20. mars 2015 fram en stortingsmelding om vekst i havbruksnæringen.¹ Meldingen foreslo et nytt styringsverktøy for regulering av bærekraftig vekst i oppdrettsnæringen. Styringsverktøyet er populært omtalt som "trafikklyssystemet". Systemet ble vedtatt og trådte i kraft 15. oktober 2017. Gjennomføringen skjedde ved innføring av flere nye forskrifter samt endringer i eksisterende regelverk. Forskrift 16. januar 2017 nr. 61 om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften – heretter POF) er en sentral ny forskrift.

¹ Meld St. 16 2014-2015 (Havbruksmeldingen 2015).

Forskriften opprettet 13 produksjonsområder (PO1-13), fra sør til nord, hvor hver eneste akvakulturtillatelse ble plassert inn under én av disse.² Samtidig bestemmer forskriften at justering av produksjonskapasiteten skal bero på en handlingsregel.

Handlingsregelen går ut på at produksjonsområdene fargelegges, annet hvert år, utfra næringens miljøpåvirkning. Dersom miljøpåvirkningen er akseptabel får et PO fargen grønn og det åpnes for å tildele økt produksjonskapasitet i form av nye tillatelser og/eller økt MTB på eksisterende tillatelser. Er påvirkningen moderat, gul, skjer det ingen endring. Er derimot miljøpåvirkningen uakseptabel, rød, skal produksjonskapasiteten nedjusteres. Derav navnet trafikklyssystemet. Denne avhandling behandler rødt trafikklys, heretter omtalt som nedjustering(en).

Den første nedjusteringen etter trafikklyssystemet ble gjennomført i forskrift 4. februar 2020 nr. 105 om kapasitetsjusteringer for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020 (kapasitetsjusteringsforskriften). Kapasitetsjusteringsforskriften § 21 bestemmer at:

Tillatelser som er omfattet av dette kapittelets virkeområde kan *utnyttes med inntil 94 prosent av tillatelsens pålydende fra og med 6 måneder etter ikraftredelsen [sic] av denne forskriften, [...].* (uthevet her).

Ordlyden "tillatelser" viser til akvakulturtillatelser. Anvisningen på 94 % viser til MTB. Denne konkrete nedjusteringen vurderes opp mot Grl. § 97 og EMK P1-1, men ettersom det er aktuelt å gjennomføre nedjustering annethvert år har avhandlingen prinsipiell betydning utover dette.

1.2 Temaets aktualitet

I 2019 presenterte Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) de konkrete justeringsbestemmelser i form av et høringsnotat.³ Høringsnotatet avslørte ikke produksjonsområdenes farge, men foreslo generelt for forskriftens utforming. Justeringens

²Se POF, se særlig kart over produksjonsområdene fra s. 123.

³ Nærings- og fiskeridepartementet (2019).

form sammenholdt med den planlagte gjennomføringsmåten skapte store reaksjoner hos næringen. Det ble allerede her varslet søksmål dersom NFD fattet vedtak etter forslaget.⁴

Dagen etter kapasitetsjusteringsforskriften trådte i kraft tok samtlige oppdrettere i PO4 ut søksmål mot staten hvor Grl. § 97 og EMK P1-1 er sentrale rettslige grunnlag for påstand om ugyldighet og erstatningsplikt for staten.⁵ Saken må antas å gå helt til Høyesterett.

Temaets aktualitet blir særlig klart når de særlige interessene og verdiene tas i betraktning. Utover disse momenter viser søksmålet, i seg selv, at nedjusteringen reiser uavklarte rettslige spørsmål.

1.3 Begrepsavklaring og avgrensninger

Til nå har det blitt brukt enkelte begreper som det er naturlig å avklare. Samtidig introduseres nye begreper som vil bli hyppig brukt i det følgende. Ord og begreper som ikke blir avklart i dette delkapittel vil bli redegjort for fortløpende i avhandlingen der det er nødvendig. Dette valg er gjort utfra fremstillingshensyn og er begrunnet med næringens mange særligheter. En begrepsavklaring kan bedre oppnå sitt formål om avklaringen skjer i den kontekst begrepet er brukt.

Begrepene "akvakultur" og "produksjon" er definert i lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven – akv.) § 2 første ledd: "Loven gjelder produksjon av akvatiske organismer (akvakultur). Med akvatiske organismer forstås vannlevende dyr og planter. Som produksjon regnes ethvert tiltak for å påvirke levende akvatiske organismers vekt, størrelse, antall, egenskaper eller kvalitet.". Begrepene vil ha samme betydning i denne avhandlingen.

Forkortelsen "MTB" er indirekte definert i forskrift 17. juni nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften – heretter driftsforskriften). Driftsforskriften § 47 første ledd lyder: "Biomassen per akvakulturtillatelse skal ikke overstige den maksimalt tillatte biomassen som følger av tillatelsen". Biomasse er videre definert som den til enhver tid stående mengde levende fisk (målt i kilo eller tonn).⁶ MTB-begrepet kommer imidlertid

⁴ Se Prop 95 L (2018-2019) s. 6, kapittel 2, femte avsnitt.

⁵ Torres (2020).

⁶ Se driftsforskriften § 4 bokstav g.

inn i flere relasjoner etter dagens regelverk. Det tales for eksempel om selskaps-MTB, konsern-MTB, regions-MTB og lokalitets-MTB. Disse redegjøres for i kapittel 2.

Begrepene "rettighetshavere", "innehavere" og "oppdrettere" benyttes synonymt i denne avhandlingen. Valg av begrep, for å betegne subjektet, beror på i hvilken kontekst begrepet gjør seg gjeldende.

Trafikklyssystemet rammer i hovedsak kommersielle matfisktillatelser. Matfisk er definert i forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften – tildelingsforskriften) § 4 bokstav e, som "[fisk] som produseres med sikte på slakting til konsum og som ikke kommer inn under definisjonen av settefisk eller stamfisk.". Begrepene settefisk, stamfisk og smolt redegjøres også for i kapittel 2.

Lakseoppdrett utgjorde 93,9% av norsk akvakultur i 2019.⁷ Det er bare laks, ørret og regnbueørret som er regulert under fanen "kommersielle matfisktillatelser" jf. motivene til akl. § 7.⁸ Avhandlingen vil fokusere på lakseoppdrett, men innholdsmessig er drøftelsene direkte overførbare til alle typer produksjon av kommersiell matfisk. Avhandlingen avgrenses videre mot særlige akvakulturtillatelser som forskningstillatelser, undervisningstillatelser og utviklingstillatelser.⁹ Denne tilnærmingen er valgt fordi avhandlingen retter seg mot de kommersielle matfisktillatelsene.

Det avgrenses også mot enkelte underproblemstillinger av særlig forvaltningsrettslig karakter. Som eksempel har tilbakevirkningsforbudet mye tilfelles med forvaltningsrettslig omgjøring.¹⁰ Valget er gjort fordi det ikke er en tradisjon i norsk rett for å behandle et formelt vedtak om omgjøring opp mot tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97.¹¹

Typiske rettsfølger av eventuell krenkelse av Grl. § 97 og EMK P1-1 vil være ugyldighet og/eller erstatningsplikt. Det er imidlertid ikke gitt at dette alltid må bli rettfølgen. Avhandlingen behandler ikke eventuelle rettsfølger.

⁷ Data er hentet fra en pressemelding, se SSB (2020)

⁸ Ot.prp.nr.61 (2004–2005) s. 60-61.

⁹ For eksempler på andre typer akvakulturtillatelser, se Mellbye (2018), s. 76-82.

¹⁰ Høgberg (2010), s. 155; Bernt (1981), s. 132.

¹¹ Høgberg (2010) s. 154.

1.4 Metode

Avhandlingen er i hovedsak rettsdogmatisk. I dette ligger at avhandlingen vil beskrive, systematisere og drøfte rettsreglene som gjelder for de hovedproblemstillingene som er reist (tolkning). Dette vil gjøres ved å anvende tradisjonell juridisk metode.

I de delene av avhandlingen hvor de faktiske forhold knyttes opp mot rettsreglene, og det foretas konkrete avveininger (subsumsjon), endres perspektivet noe fra rettsforskerens perspektiv til et mer myndighetskritisk perspektiv.¹² I dette ligger at jeg har valgt en kritisk tilnærming til om inngrepet i tilstrekkelig grad ivaretar borgernes beskyttelsesbehov.

Tilnærmingen anser jeg som et analytisk verktøy. Verktøyet er valgt fordi det i slike saker ofte er vanskelig å vinne fram mot staten, og etter mitt syn er det behov for å belyse denne siden ekstra nøye i tilfeller hvor det i utgangspunktet ikke er helt usannsynlig at borgerne kan vinne frem. Verktøyet er imidlertid ikke ment brukt i så stor grad at det endrer målsetningen om at avhandlingen, som sådan, i *hovedsak* er rettsdogmatisk.¹³

I avhandlingen er det ikke hensiktsmessig å gi en generell introduksjon til tradisjonell juridisk metode. Den er uansett godt kjent, etter hvert også for anvendelse av EMK i norske domstoler.¹⁴ I det følgende pekes heller på to særlige metodiske spørsmål i forholdet mellom Grl. § 97 og EMK P1-1.

Det kan reises spørsmål om Grl. § 97 og EMK P1-1 burde vurderes adskilt. Også under EMK P1-1 er det relevant å drøfte eventuelle tilbakevirkningselementer.¹⁵ Særlig Høgberg har fremholdt at det ikke er grunnlag for tette skott mellom de rettslige grunnlagene.¹⁶ Synspunktet har dog ikke gitt seg utslag i etterfølgende rettspraksis. Se særlig HR-2013-2200-P hvor det skilles særlig mellom drøftelsene, av både flertallet og mindretallet. På denne bakgrunn vurderes problemstillingene separat også i denne avhandlingen.

¹² Både rettspraksis og juridisk litteratur gir anvisning på at det er vanlig å trekke opp et skille mellom tolkning og subsumsjon. Tolkning omhandler overveielser som leder frem til en rettsregel. Subsumsjonen omhandler imidlertid rettsreglens anvendelse på faktum. Se Eckhoff (1993), s. 26 og Boe (1993), s. 41-42.

¹³ Se Bernt (1995), s. 10-36 (s. 10-12); Askeland (2013), s. 15-25 (s. 15-16 og 21).

¹⁴ For generelle metodiske fremstillinger, se Høgberg og Sunde (2019); Skoghøy (2017).

¹⁵ Se Solheim (2010), s. 94-95, med videre henvisninger.

¹⁶ Høgberg (2010), s. 65 flg.

Et annet spørsmål er hvorvidt, og i så fall i hvilken grad, Høyesteretts tolkning av Grl. § 97, indirekte, er påvirket av EMDs praksis om EMK P1-1. Dette er et interessant spørsmål, men følges ikke nærmere her.¹⁷

Det foretas en egen redegjørelse for særlige metodiske forhold samt domstolens prøvingskompetanse i bestemmelsenes respektive kapitler.¹⁸

1.5 Avhandlingens struktur

I kapittel 2 redegjøres det for enkelte sider ved oppdrettsnæringen, både faktiske og rettslige. Denne gjennomgangen vil være generell og beskrive næringen, konsesjonssystemet, reglene for tildeling av tillatelser og akvakulturtillatelsens funksjon, innhold og fundament. Deretter beskrives trafikklyssystemet nærmere.

Kapittel 2 anses nødvendig av flere grunner. For det første rammer nedjusteringen reelt flere sider ved oppdrettsnæringen og dens produksjonsfaser. På denne bakgrunn er det formålstjenlig å ha klart for seg hvordan næringen fungerer som sådan, for å få en inngående forståelse av innholdet i rettighetene som myndighetene griper inn i ved nedjusteringen. For det andre er den rettslige reguleringen av oppdrettsnæringen komplisert og fragmentert. En generell gjennomgang av de mest sentrale forholdene vil bidra til å skape klarhet i den forbindelse.

Kapittel 3 tar for seg første hovedproblemstilling, nemlig om nedjusteringen strider med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97. Grunnloven er overordnet annen lovgivning jf. lex superior-prinsippet. Myndighetene må derfor holde seg innenfor Grunnlovens rammer når det gjøres inngrep i rettssfæren til rettighetshavere. Kjernen i dette kapitlet er å oppstille disse rammene, for så å vurdere nedjusteringen av akvakulturtillatelsen, i relasjon til den oppstilte rammen. Herunder oppstår det tre særlige rettsspørsmål. Det er om Grl. § 97 kommer til anvendelse, hvilken norm som må legges til grunn og om nedjusteringen krenker normen.

I kapittel 4 behandles nedjusteringens forhold til eiendomsvernet i EMK P1-1. Et sentralt spørsmål i denne forbindelse er om akvakulturtillatelsene faller inn under EMDs autonome

¹⁷ Se nærmere om dette i Solheim (2016) s. 387-418.

¹⁸ For Grl. § 97, kapittel 3 og for EMK P1-1, kapittel 4.

tolkning av eiendomsbegrepet. Andre sentrale spørsmål er hvilken regel som kommer til anvendelse, om nedjusteringen er i tråd med lovkrav utviklet av EMD, samt om det er tale om et proporsjonalt inngrep som myndighetene kan holdes ansvarlig for.

2 Oppdrettsnæringen

2.1 Innledning

Oppdrettsnæringen er underlagt et konsesjonssystem, på linje med de fleste næringer i Norge.¹⁹ Konsesjonssystemer gir myndighetene mulighet til å styre og føre kontroll med hvem, hva og hvordan næringer utøves.

I det videre følger først en historisk fremstilling av den norske oppdrettsnæringen (pkt. 2.2). Deretter følger en redegjørelse for produksjon av kommersiell matfisk (pkt. 2.3). Neste delkapittel omhandler akvakulturtillatelsene (pkt. 2.4). Til sist presenteres trafikklyssystemet nærmere (pkt. 2.5).

2.2 Oppdrettsnæringens historiske utvikling

Oppdrettsnæringens utvikling kan deles inn i tre faser: (1) Pionerfasen frem til starten av 70-tallet, (2) gjennombruddsfasen frem til 1991 og (3) industri-fasen vi kjenner i dag.

Norsk oppdrett, som næring, hadde sin spede start på 70-tallet. På 50 år har havbruk utviklet seg fra å være på et delvis mislykket forsøksstadium til å bli en høyteknologisk storindustri – med større verdiskapning enn den tradisjonelle fiskerinæringen. I dag er Norge verdensleder i produksjonsmengde og norske lakse-produkter er av høyeste kvalitet.²⁰

Tidlig på 70-tallet ble næringen regulert av en provisorisk lov.²¹ Loven fastsatte vilkår om konsesjon for å drive oppdrett. Søknad om tillatelse/konsesjon ble behandlet fortløpende. Etter denne loven kunne det tildeles bare én tillatelse per person. På 80-tallet ble det innført perioder med stans i tildelingen av tillatelser for å begrense næringens vekst. I de tildelingsrundene som fulgte, ble det stilt vilkår for hvor (geografisk) og hvordan

¹⁹ Alvik og Bjørnebye (2020).

²⁰ NOU 2019: 18 Om skattlegging av havbruksvirksomhet, kapittel 4, "Internasjonale konkurranseforhold".

²¹ Lov 8. juni 1973 nr. 48 midlertidig lov om anlegg for klekking av rogn og oppdrett av fisk. Loven ble erstattet av lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skaldyr m.v.

forvaltningen skulle velge mellom flere aktuelle kandidater – i tråd med lokalpolitiske mål. Det var i denne tidsperioden lakseoppdretten ble dominerende kontra ørretoppdrett, og norsk produksjon hadde en solid markedsposisjon både i Europa og USA.²²

I 1991 ble eierskapsbegrensingene hevet. Dette medførte at én person kunne være innehaver av flere tillatelser samtidig og kravet om lokal tilknytning bortfalt. De regulatoriske lettelsene førte til en konsolidering av næringen gjennom fusjoner og oppkjøp. Fra 1991 åpnet fiskerimyndighetene også for å samle flere tillatelser på samme lokalitet.²³ Denne sammenslåings-trenden medførte at færre lokaliteter ble brukt, men samtidig ble det produsert mer (i tonn) på færre lokaliteter. Den beskrevne liberaliseringen av regelverket førte også til en strøm av kapital inn i næringen. Etter min forståelse har disse forhold, sett i sammenheng, vært avgjørende for næringens utvikling og for flere aktører; deres overlevelse.

Som en følge av nye konsesjoner og økt volum opplevde næringen produksjonsvekst som oversteg etterspørselen i markedet i 1995. Dette resulterte i et sterkt prisfall. For å bøte på markedskrisen innførte fiskerimyndighetene fôrkvoter i 1996.²⁴ Formålet var å regulere produksjonen slik at mengden tilgjengelig fisk sto i et proporsjonalt forhold til etterspørselen i markedet. Ved å gi fisken mindre mat vil den ikke vokse like raskt og følgelig kunne man stagnere veksten. Dette resulterte blant annet i flere rettslige tvister mellom næringen og myndighetene. Rt. 2002 s. 1298 (Polarlaks II-dommen) er et eksempel.²⁵

Oppdretterne møtte igjen kraftige utfordringer tidlig på 2000-tallet. Årsaken var en ytterligere tilbakegang i markedet. For noen selskaper fulgte store økonomiske utfordringer og for andre fulgte konkurs.²⁶

Dagens akvakulturlov trådte i kraft 1. januar 2006. Fra og med innførselen opplevde næringen store endringer, både regulatorisk, teknologisk og biologisk. Blant annet ble fôrkvoteordningen erstattet av MTB-systemet. Med dette fikk næringen tøylene og måtte holde seg

²² NOU 2019: 18, s. 28-33.

²³ Begrepet "lokalitet" beskriver de fysiske stedene hvor selskapstillatelsen kan brukes. Se legaldefinisjon i tildelingsforskriften § 4 bokstav d.

²⁴ Forskrift 04. desember 1995 nr. 951 om stans i føring av matfisk av laks (opphevet).

²⁵ Saken handlet om en konsesjonsinnehaver som nektet å etterkomme forbudet om føring av laks på over 2 kg eller mer. Dette ble oppdaget og selskapet ble ilagt en forhåndsfastsatt tvangsmulkt på 600.000 kroner av Fiskeridirektoratet. Høyesterett fant dette inngrepet uhjemlet.

²⁶ For en detaljert beskrivelse av havbruksnæringens historiske utvikling, se Hermanstad (2018).

innenfor den tillatte maksimale biomassen (MTB), i stedet for at staten skulle befatte seg forvaltning utfra markedshensyn. Dette innebar at næringen selv fikk ansvaret og risikoen for både produksjon og etterspørsel, innenfor tillatelsenes rammebetingelser (MTB). Endringen til MTB ga næringen betydelig utvidet produksjonskapasitet og rådighet over produksjonen.

Loven videreførte trenden som startet på 90-tallet, med å la næringsaspektet ved produksjonen styres av næringen selv. Selvstyret kom best til uttrykk i lovens formålsbestemmelse, § 1: "Loven skal fremme akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft innenfor rammene av en bærekraftig utvikling, og bidra til verdiskaping på kysten".²⁷

Det er særlig to av de nye reguleringene som er av særlig betydning i denne sammenheng. For det første ble retten til å overdra (kjøpe/selge) tillatelser lovfestet jf. akl. § 19. For det andre ble det lovfestet adgang til å pantsette akvakulturtillatelser jf. akl. § 20. Loven har vært gjenstand for endringer siden, men disse, og andre sentrale prinsipper, har ligget fast. Når det gjelder endringer har for eksempel miljøhensyn blitt særlig viktig ved driftsforvaltningen av oppdrettsnæringen.

Oppdrettsnæringen utvikling, fra pioner-fasen og til den milliardindustri vi kjenner i dag, har vært eventyrlig rent økonomisk – men ikke uproblematisk. Næringen kjemper daglige kriger mot bakterier, virus og parasitter, som gjennom næringens utvikling har voldt betydelige tap for både næring og samfunnet. I dag er de største utfordringene knyttet til rømming, svinn, tilgang på fôr og lakselus. I et større samfunnsmessig perspektiv er det balansen mot miljø- og naturhensyn som er en av de største utfordringene.

²⁷ Poenget kommer også til uttrykk i motivene til akvakulturloven, se Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 10 hvor det fremgår at "[i] forlengelsen av at eierskapsregulering utfases, foreslås det å innføre adgang til overføring og pant av tillatelser. Deregulering av eierskapskrav i kombinasjon med rett til overføring og pant vil, etter departementets oppfatning, normalisere næringen i forhold til annen industri og gjøre næringen mer tilpasningsdyktig for å imøtekomme framtidige utfordringer".

2.3 Produksjon av laks

2.3.1 Produksjonsfaser (laksens livssyklus)

Innenfor lakseoppdrett har den naturlige livssyklusen til laksen presentert seg som produksjonsfaser for næringen. Produksjonen starter med avlsarbeid og produksjon av yngel. Deretter følger settefiskproduksjon, matfiskproduksjon og til sist levende transport (slakting).

Arktisk laks er en anadrom fiskeart, som betyr at den lever sine første levemåneder i ferskvann, før den vandrer til havet (saltvann).²⁸ Som en følge av dette foregår avlsarbeidet og settefiskproduksjonen på land (ferskvann). Trafikklyssystemet rammer ikke disse produksjonsfasene direkte, men som dette delkapittel skal belyse er lakseoppdrett en sammensatt og komplisert næring. Inngrep i én produksjonsfase vil påvirke produksjonen i de andre. I det videre vil det bli gjort rede for produksjonsfasene.

Etter det konkrete avlsarbeid er avsluttet vil befruktet rogn av nedavlet stamfisk klekkes til yngel. Fra befruktning til klekking går det ca. 60 dager. Fra klekking til yngelen er klar for saltvann, går det mellom 10 og 16 måneder. I denne produksjonsfasen (smoltproduksjon) gjennomgår yngelen det som kalles smoltifisering. Smoltifisering foregår naturlig, hvor yngelen blir matet og vokser seg inn i en biologisk transformasjon. Denne utviklingen medfører at fisken får egenskaper som gjør den saltvandyktig (smoltifisert). Det er etter denne utviklingen har skjedd at man betegner fisken som smolt i stedet for yngel. Etter smoltifiseringen, må fisken introduseres for saltvann ellers reverseres prosessen og det tar 6 nye måneder før yngelen gjennomgår ny smoltifiseringsprosess. Det er altså biologiske prosesser som avgjør når fisken er klar for matfisk-fasen, og dette krever nøye planlegging.

Biologisk forskning og genmanipulasjon har ført til at næringen, de senere år, har fått større fleksibilitet i forhold til når utsett i hav kan foregå. Dette har blant annet ført til at fisk kan settes ut på vinteren, gitt at fisken er tilstrekkelig robust. Praktiseringen av utsett varierer fra område til område og fra aktør til aktør – utfra hva som er hensiktsmessig. Hva som er hensiktsmessig beror blant annet på havtemperaturer, driftsplaner, MTB, tilførsel til markedet (etterspørsel), adgang på brønnbåter og kapasitet i slakterier. Disse forhold gir ytterligere

²⁸ Vøllestad (2021)

uttrykk for graden av planlegging som kreves samt sammenhengen mellom produksjonsfasene.

Matfiskproduksjonen foregår stort sett i sjøbaserte anlegg hvor smolten plasseres i merder. Merder er vanligvis et rundt undervannsnett som inngjerder fisken. I hver av merdene plasseres mellom 30 000 og 200 000 stykk fisk beroende på anleggets kapasitet og godkjente driftsplaner. I merdene mates fisken til den oppnår optimal slaktevekt. Denne prosessen tar alt fra 12 til 22 måneder. I salgsprosessen kategoriseres fisken utfra blant annet vekt og kvalitet, der den største og beste fisken vil oppnå en høyere pris. Det kan derfor ha stor økonomisk betydning dersom fisken slaktes på et tidspunkt, hvor fisken ikke kan kategoriseres i den gruppen som gir planlagt best avkastning.

Slakteklar fisk fraktes vanligvis i brønnbåter til slakteriet. Brønnbåtene har en "brønn" med saltvann, slik at fisken kan leve så lenge som mulig frem til slakteprosessen tiltar. Etter at fisken er fraktet til slakteriet plasseres den vanligvis i nye merder i noen dager, for å senke fiskens stressnivåer. Dette fordi stress hos fisken har negative effekter på kjøttkvaliteten.

Etter at fisken har forlatt matproduksjons-fasen i merdene, må lokaliteten ligge brakk i en periode på to måneder, før en ny generasjon kan introduseres jf. driftsforskriften § 40 andre ledd. Formålet med brakkleggingen er å ivareta miljøhensyn og minimalisere sjansen for smitte.²⁹ Lokaliteten er ubrukelig i denne perioden. Etter brakkperioden starter prosessen på nytt, i tråd med driftsplanene. Driftsplaner kommer jeg tilbake til. Tas brakkperioden i betraktning er produksjonstiden over 3 år for én generasjon laks.

2.4 Akvakulturtillatelsene – kommersielle matfisktillatelser

2.4.1 Utgangspunkter

Det følger av akl. § 4 andre ledd jf. første ledd at ingen kan drive akvakultur uten akvakulturtillatelse.³⁰ Det er altså generelt forbudt å drive oppdrett uten tillatelse fra myndighetene. Når en tillatelse blir gitt, oppstår rettigheter og plikter for innehaveren.³¹

²⁹ Forskrift 19. april 2018 nr. 673 om endring i forskrift om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften), se særlig kommentarer til § 11.

³⁰ Det samme følger av tildelingsforskriften § 5 første ledd.

³¹ Ot.prp.nr.61 (2004–2005) s. 31.

Det følger videre av akl. § 4 andre ledd at ingen kan drive akvakultur uten å vær registrert som innehaver av akvakulturtillatelse i akvakulturregisteret. Av motivet til bestemmelsen fremgår det at dette er et vilkår for å kunne drive oppdrett. Det er altså ikke tilstrekkelig å være innehaver – ervervet må registreres.³² Akvakulturregisteret er et offentlig realregister over akvakulturtillatelser og de rettsstiftelser som knytter seg til disse, se akl. § 18.

Per 10. november 2020 var det registrert 926 kommersielle matfisktillatelser til produksjon av laks, av disse ble 697 etablert før år 2000. Videre eksisterte 774 før ikrafttredelsen av akvakulturloven (1. januar 2006) og 152 er etablert etter ikrafttredelsen. Dette datasettet er utledet fra akvakulturregisteret.³³ Det er altså bare 16 % av eksisterende tillatelser som er tilkommet etter ikrafttredelsen av akvakulturloven (2006). Som jeg var innom ovenfor, har det vært påkrevd med tillatelse siden den midlertidige konsesjonsloven av 23. mars 1973.

I dag er det mulig å erverve akvakulturtillatelser på to måter. For det første kan allerede eksisterende tillatelser kjøpes/selges jf. akl. § 19. En underkategori her er å erverve tillatelsen indirekte ved å erverve aksjene i et selskap som eier en tillatelse. For det andre kan tillatelser tildeles av myndighetene om vilkårene i akl. §§ 6 og 7 er oppfylt. Jeg går ikke nærmere inn på omsatte tillatelser her, da denne metoden for erverv ikke beskriver akvakulturtillatelsens komponenter, innhold, fundament og funksjon. Det gjør derimot en beskrivelse av tildelingsprosessen av nye tillatelser. Det tas derfor utgangspunkt i denne prosessen i det følgende.

2.4.2 Akvakulturtillatelsens komponenter, innhold og funksjon

Akl. §§ 6 og 7, sett i sammenheng, gir anvisning på et komplisert tillatelsessystem. Akl. § 6 første ledd oppstiller generelle vilkår for alle typer akvakultur, mens akl. § 7 oppstiller særlige vilkår som bare gjelder oppdrett av laks og ørret. I den rettslige reguleringen av akvakulturnæringen benyttes begrepet "tillatelse". Det fremgår ikke direkte av lovgivningen, men de kommersielle matfisktillatelsene består av to ulike tillatelser som vanligvis tildeles i

³² Ibid. s. 57, fjerde avsnitt, under overskriften: "Til § 4 Krav om akvakulturtillatelse".

³³ Akvakulturregisteret, se <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Registre-og-skjema/akvakulturregisteret>, (lest 08.01.2021)

to trinn. For det første kreves et *tilsagn om tillatelse*³⁴, her omtalt som "selskapstillatelse"³⁵, og vedtak om klarering av de lokaliteter selskapstillatelsen skal brukes på, såkalt "lokalitetstillatelse".³⁶

Det er først når begge deler er ervervet at akvakulturtillatelsen oppstår. Begrepet "akvakulturtillatelsen" er en samlebetegnelse på disse tillatelsene. Realiteten er imidlertid at det, i de fleste relasjoner, er meningsløst å tale om en akvakulturtillatelse fordi selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen er to helt adskilte forhold etter gjeldende regulering.

Begge tillatelsene er et av flere sentrale elementer på hvert sitt nivå under den rettslige reguleringen. I denne avhandlingen vil disse nivåene bli omtalt som "selskapsnivå" og "driftsnivå". I Havbruksmeldingen (2015) s. 34 benyttes andre begreper om samme fenomen: "Når det i denne meldingen refereres til regulering av kapasitet, er det som nevnt i kapittel 4, justeringer på *tillatelsesnivå* det siktes til. Mulighet for justeringer på *lokalitetsnivå* vil fortsatt reguleres av gjeldende regelverk, uavhengig av eventuelle kapasitetsendringer på tillatelsesnivå." (uthevet her).

Selskapstillatelsen tilhører *selskapsnivået*. Andre sentrale elementer på dette nivået er selskaps-MTB, konsern-MTB og interregionalt biomassetak (regions-MTB).

Lokalitetstillatelsen tilhører *driftsnivået*. Sentrale elementer på dette nivået er lokaliteter, lokalitets-MTB og driftsreguleringer, samdrift og samlokalisering.

Selskapstillatelsen gir et rettssubjekt rett til å ta del i den virksomhet som i utgangspunktet er forbudt. Lokalitetstillatelsen derimot, gir rettssubjektet rett til å drive den tillatte virksomhet på et spesifikt sted innenfor en spesifikk ramme, dersom en rekke vilkår er oppfylt.³⁷ Den

³⁴ Fiskeridirektoratet (2015), pkt. 2.5.1, hvor det tales om et "totrinnsystem", og i denne relasjon: "Dette innebærer at en først tar stilling til hvilke søkere som skal få tilsagn om tillatelse. Ved utvelgelse av søknader i konkurranse, vil disse tilsagnene gjelde personvalget. Tilsagnene er enkeltvedtak med klagerett. *Slike tilsagn gir ikke rett til drift.*"

³⁵ Mellbye (2018) bruker termen "oppdrettstillatelse" om det jeg kaller "selskapstillatelse". Grunnen til at jeg velger å bruke "selskapstillatelse", fremfor "oppdrettstillatelse", er at sistnevnte lett kan forveksles med akvakulturtillatelsen i vid forstand, altså selskapstillatelse + lokalitetstillatelse.

³⁶ Se akvakulturloven § 5 første ledd og tildelingsforskriften § 4 bokstav b.

³⁷ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 31

rettslige reguleringen av næringen er bygd opp etter disse nivåene. Dette skal belyses i det følgende.

2.4.2.1 Selskapstillatelsen

Det er akl. § 7 som gir hovedregelen om tildeling av selskapstillatelse. Bestemmelsen er en delegeringsbestemmelse som gir NFD rett til å gi forskrift om "[...] tildeling av tillatelse til produksjon.". Den viktigste følgen av bestemmelsen er den antallsbegrensning som ligger i systemet jf. akl. § 7 første ledd bokstav a og de tilsiktede følger antallsbegrensningen har.

I relasjon til denne avhandling fremheves de tre viktigste følgene av antallsbegrensningen.

For det første gir antallsbegrensningen myndighetene kontroll med hvem, som til enhver tid, er aktør – noe myndighetene ikke ville hatt dersom produksjonsadgangen var fri. Den gir også myndighetene mulighet til å sette prioritetskriterier for hvilke aktører som får mulighet til å ta del i næringen. Prioritetskriterier for tildeling av nye tillatelser og økt produksjon for eksisterende aktører har vært kritisert av næringen og andre på grunn av mangelen forutberegnelighet som endring av disse kriteriene medfører.³⁸ Et av trafikkløssystemets hovedformål er å avbøte dette.³⁹

For det andre gir antallsbegrensningen myndighetene adgang til å føre kontroll med produksjonen (mengde). Dette var sentralt i tidligere faser av den norske oppdrettsnæringen, hvor myndighetene selv hadde ansvaret for å tilpasse produksjonen utfra markedshensyn.⁴⁰ Se bl.a. Polarlaks-dommene. Det er imidlertid lenge siden dette var en aktuelt formål, se pkt. 2.2.

For det tredje medfører begrensningen at adgangen til å delta i oppdrettsvirksomhet har en selvstendig verdi for innehaver – fordi aktiviteten i utgangspunktet er forbudt jf. akl. § 4. Dette må sammenholdes med adgangen til å avhende produksjonsrettigheten. Denne adgangen var tidligere indirekte, på lik linje med fiskeriretten i dag. Omsetningsadgang, bortfall av krav om antallsbegrensning (per aktør) og bortfall av krav om lokal tilhørighet er direkte årsaker til næringens suksess på verdensbasis.

³⁸ Se for eksempel Havbruksmeldingen (2015) s. 1.

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ Se pkt. 2.2

Omsetningsadgangen har videre medført at tillatelsene i dag har særlig stor verdi. Denne verdien, og akvakulturtillatelsens karakter som formuesobjekt, har ført til lovfestet adgang til avhending og pantsettelse av akvakulturtillatelsene jf. akl. §§ 19 og 20, samt beslutningen om at staten skal ta betydelig vederlag for tildelinger jf. akl. § 7 første ledd bokstav d. En forutsetning for disse følgene er at tillatelsene er evigvarende jf. motivene til akl. § 5.⁴¹ Disse sidene ved den rettslige reguleringen kommer jeg tilbake til i kapittel 3 og 4.

Som nevnt er akl. § 7 en delegeringsbestemmelse jf. ordlyden: "For tildeling av tillatelse til produksjon av laks, ørret og regnbueørret *kan departementet gi forskrift om:*" (uthevet her). Tildelingsforskriften er en slik forskrift, og dens kapittel 3 har følgende overskrift: "Særskilt om tillatelse til akvakultur av matfisk på lokaliteter i sjøvann". Kapittel 3 regulerer altså ovenomtalte selskapsnivå. Det følger av kapittel 3, § 15 at: "En standard tillatelse til akvakultur av matfisk på lokaliteter i sjøvann avgrenses til en biomasse på inntil 780 tonn".

Disse bestemmelsene, sett i sammenheng, gir anvisning på en ramme som gjelder for enhver selskapstillatelse. Er vilkårene for tildeling oppfylt skal den maksimale biomasse på selskapstillatelsen ikke være større enn 780 tonn. I praksis foretas det ingen konkret vurdering av tillatelsens MTB. Den MTB-begrensning som her er beskrevet, omtales i det følgende som selskaps-MTB.

2.4.2.2 Lokaltetstillatelsen

Lokaltetstillatelsen tildeles etter akl. § 6 og gjelder generelt for enhver akvakulturvirksomhet, ikke bare laks og ørret. Det fremgår av bestemmelsen at det kreves en rekke tillatelser fra sektormyndighetene før tillatelse til akvakultur kan gis jf. akl. § 6 bokstav d. Involveringen av sektormyndighetene, ved tildeling, henger sammen med den fortløpende forvaltningen av næringen, og henter til skillet mellom selskapsnivå og driftsnivå. Det samme poeng fremgår ved å se akl. § 6 og § 7 i sammenheng.

Dette henger sammen med at selskapstillatelsen tildeles én gang, og skal som nevnt gi uttrykk for en individuell, permanent produksjonsrettighet, mens vilkår knyttet til den faktiske driften og lokaliteter er mer dynamisk jf. det omfattende regelverket som gjelder på driftsnivå.

⁴¹ Ot.prp.nr.61(2004-2005) s. 58-59

Tildelingsforskriften kapittel 6 har følgende overskrift: "Klarering av lokalitet for akvakultur". Herunder fremgår det av § 30 en rekke vilkår for klarering av lokaliteten. Bestemmelsen er relativt omfattende og gjengis ikke i sin helhet, men heller påpekes det på sentrale vurderinger for klarering av lokalitet.

For det første kreves det at klareringen er miljømessig forsvarlig, at det er foretatt en avveining av arealinteresser, det er gitt en rekke tillatelser som kreves etter matlovgivning, forurensningslovgivning, havne- og farvannsmyndigheten, myndigheter for vassdrag og grunnvann samt tillatelser som kreves etter dyrevelferdslovgivning. For det andre kreves det at lokalitetsklarering ikke er i strid med vedtatte arealplaner eller vernetiltak. Bestemmelsen gir uttrykk for det nevnte driftsnivået.

Lokalitetstillatelsen er også avgrenset i MTB (lokalitets-MTB). Denne gir uttrykk for den produksjonsmengde den spesifikke lokaliteten kan tåle.

2.4.2.3 Sammenfatning

Den enkelte oppdretter står altså fritt til å selv organisere egen drift, så lenge den totale biomassen i havet ikke overstiger rammene på selskapsnivå og det omfattende regelverket på driftsnivå. Én aktør kan imidlertid slå sammen flere selskapstillatelser innenfor ett eller flere produksjonsområder jf. driftsforskriften §§ 48, 48a og 48b. Da er imidlertid rammen konsern-MTB og regions-MTB, ikke selskaps-MTB. Lokalitets-MTB blir imidlertid ikke påvirket av dette.

Denne systembeskrivelsen gir anvisning på at akvakulturtillatelsen, på selskapsnivå, er konsentrert om den overordnede rettighetsposisjonen til det rettssubjektet som tillatelsen tildeles. Det er denne delen som skaper tillatelsens verdi og gir validitet til dens funksjon som formuesobjekt. Det er forutsatt at denne ligger fast og skal være en "standard" jf. tildelingsforskriften § 15.

Det kan settes et klart likhetstegn mellom den rettslige reguleringen ved tildeling av akvakulturtillatelser og den forvaltningsrettslige, forløpende, reguleringen av oppdrettsvirksomheter. Dette illustreres enklest ved å vise til driftsforskriften, med videre

henvisninger, som gir anvisning på et omfattende regelverk som oppdretterne må forholde seg til på driftsnivå.⁴²

Videre er det et poeng og allerede her påpeke at driftsforskriften § 40 slår fast at det, til enhver tid, skal foreligge en driftsplan for akvakulturanlegg i sjø. Driftsplanen skal blant annet gi anvisning på hvilke lokaliteter oppdretter ønsker å sette ut fisk på, tidspunktet for utsett og antall fisk som settes ut. Samtidig skal planen fastslå tidsrom for brakklegging. Driftsplanen gir uttrykk for at den enkelte oppdretter står fritt til å selv organisere egen drift, så lenge den totale biomassen i havet ikke overstiger de begrensninger lokalitetstillatelsen eller selskapstillatelsen (selskaps-MTB, konsern-MTB og regions-MTB) gir uttrykk for.

Trafikklyssystemet er et handlingsverktøy for myndighetene for å forvalte driften av oppdrettsnæringen med fokus på bærekraftig vekst. Når kapasitetsjusteringsforskriften § 21 gir anvisning på 94% utnyttelse av "tillatelsens pålydende", er det selskapstillatelsen det siktes til jf. Havbruksmeldingen (2015) s. 34.

Som denne gjennomgangen viser er systemet bygd opp slik at reguleringen av driften er forutsatt gjennomført på driftsnivå. Dette reiser noen interessante spørsmål i relasjon til trafikklyssystemet, som er en driftsregulering. Særlig når det tas i betraktning at det ikke finnes kjente eksempler på at driftsreguleringer er gjennomført på selskapsnivå tidligere.

Rødt trafikklys medfører *en bloc* nedjustering av selskaps-MTB, med virkning for akvakulturtillatelsens verdi, både som aktiva og som panteobjekt. Selskapstillatelsen brukes andre ord som objektet for å gjennomføre driftsregulering. Følgen av dette er at næringen lider et dobbelt tap og i realiteten medfører nedjusteringen et inngrep i to rettighetsposisjoner. Selskapstillatelsen (formelt og reelt) og driftsnivået (reelt).

Driftsforskriften, og andre forskrifter og lovverk, har en rekke bestemmelser som begrenser den faktiske utøvelsen av virksomheten på driftsnivå, som i effekt har betydning for mengden biomasse i havet.⁴³ Den vanlige driftsregulering som foregår på driftsnivå er av midlertidig

⁴² Forskriftens navn gir i seg selv anvisning på driftsnivået.

⁴³ Som eksempel nevnes forskrift 05. desember 2012 nr. 1140 om bekjempelse av lakselus i akvakulturanlegg (lakselusforskriften) § 11 som gir mattilsynet en vid hjemmel til å føre tilsyn og fatte nødvendige vedtak jf. matloven § 19 og § 23. Et annet eksempel er forskrift 17. juni 2008 nr. 823 om etablering og utvidelse av akvakulturanlegg, zooutikker m.m (Forskrift om utvidelse av akvakulturanlegg – etableringsforskriften), § 8.

karakter og har vært, frem til innføringen av trafikklyssystemet, holdt adskilt akvakulturtillatelsen på selskapsnivå.

Til nå har det blitt gjort rede for akvakulturtillatelsens komponenter, innhold og funksjon. Videre har den generelle strukturen på den rettslige reguleringen blitt kartlagt utfra skillet mellom selskapsnivå og driftsnivå.

2.5 Trafikklyssystemet

2.5.1 Innledning

I dette kapittel vendes blikket mot trafikklyssystemet, med særlig fokus på systemet som helhet – i relasjon til nedjusteringen.

Et sentralt utgangspunkt er at hovedformålet bak Havbruksmeldingen (2015), herunder trafikklyssystemet, var å skape et forutsigbart system for bærekraftig *vekst* i næringen.⁴⁴

Den rettslige reguleringen for oppjustering av produksjonskapasiteten har variert stort, i tråd med skiftende politisk ledelse. Særlig professor Atle Guttormsen har rettet den rettslige reguleringen for oppjustering kritikk: "Når det gjelder reguleringer og politikk for vekst i oppdrettsnæringen har skriftende regjeringer *vist alt annet enn forutsigbarhet. Sett utenfra, har kriteriene for utdeling av nye tillatelser fremstått som en oppvisning i gode ønsker kombinert med en god dose kreativitet [...] Kriteriene har vært uklare, og de fleste tildelingene har ført med seg både klager og sågar rettssaker.*" (uthevet her).

Trafikklyssystemet skulle avbøte dette.⁴⁵

Som jeg vil komme tilbake til speiles systemet for vekst for å gjennomføre nedjusteringer. Dette må ses i sammenheng med det som tidligere er sagt om den rettslige reguleringen for øvrig, herunder de regulatoriske nivåene. Tildeling av økt kapasitet til aktører, som allerede har lokaliteter, er anliggende på selskapsnivå, mens regulering av den konkrete driften er et driftsanliggende. Man kan på denne bakgrunn si at trafikklyssystemet bryter med strukturen i den øvrige rettslige reguleringen av oppdrettsnæringen. Dette vil jeg komme tilbake til.

⁴⁴ Havbruksmeldingen (2015) sin overskrift jf. også s. 17.

⁴⁵ Se Havbruksmeldingen (2015) s. 1-2.

I det følgende skal det redegjøres nærmere for handlingsregelen, produksjonsområdene og handlingsregelen.

2.5.2 Forløpet og forarbeider til trafikklyssystemet

I 2007 fremmet Stoltenberg II-regjeringen en planstrategi for havbruksnæringen.⁴⁶ Deretter fulgte en plan for bærekraftig havbruk i 2009.⁴⁷ På bakgrunn av disse politiske planene ble Arealutvalget oppnevnt som et ekspertutvalg. Arealutvalgets mandat var å utrede og foreslå en ny arealstruktur for næringen. Den nye arealstrukturen skulle legge til rette for en effektiv utnyttelse av kystsonen, med minst mulig miljøpåvirkninger.⁴⁸

Arealutvalgets arbeid forutsatte at den norske kystsonen ikke lengre var en overskuddsressurs, men et gode som måtte forvaltes utfra kystens bærekraftighet. I 2011 la Arealutvalget frem sin rapport, som blant annet konkluderte med at måling av havstrømmer og deres hastighet var et bedre redskap for å kalkulere risiko for spredning av smitte og lakselus – enn bare å kalkulere disse risikoene utfra avstand mellom lokasjoner.⁴⁹ Det var i denne rapporten begrepet "produksjonsområder" ble introdusert.⁵⁰ Som nevnt er produksjonsområder (PO) et sentralt element i trafikklyssystemet.

Deretter fulgte stortingsmeldingen: Verdens fremste sjømatnasjon (2013) hvor næringskomiteen videreførte forslaget om arealstruktur utfra produksjonsområder.⁵¹ I denne meldingen ble også muligheten for å innføre grenseverdier og indikatorer, for å måle oppdrettsnæringen påvirkning på den ville laksebestanden innenfor disse områdene, fremmet. Særlig ble rømming fra oppdrettsanlegg og lakselus fremhevet som mulige indikatorer.

Mellom Arealutvalgets rapport i 2011 og stortingsmeldingen av 2013, ble det utarbeidet en rapport fra Riksrevisjonen (2012) hvor revisjonen påpekte at "[...] miljøutfordringene i

⁴⁶ Fiskeri- og kystdepartementet (2007).

⁴⁷ Fiskeri- og kystdepartementet (2009).

⁴⁸ Arealutvalget (2011) s. 3.

⁴⁹ *ibid.* s. 81 og 137.

⁵⁰ *ibid.* s. 139.

⁵¹ St.meld. nr. 22 (2012-2013) Om verdens fremste sjømatnasjon, s. 125.

næringen er av et omfang som vil kreve vesentlig endring i havbruksforvaltningen og måten havbruksnæringen blir regulert på".⁵²

Dette ble tatt på alvor av Solberg I-regjeringen, og et arbeid med en ny stortingsmelding ble påbegynt i 2014. Herunder ble det åpnet for innspill fra interessenter, ved to anledninger. Disse forberedelser avfødte et høringsnotat om melding til Stortinget om vekst i oppdrettsnæringen. Det var i dette høringsnotatet trafikklyssystemet først ble foreslått, som ett av tre alternative styringsverktøy. Trafikklyssystemet ble, etter innspill i høringsrunden, foreslått innført gjennom Havbruksmeldingen (2015), som jeg har vist til flere steder ovenfor.

Havbruksmeldingen (2015) ble gjenstand for åpen høring gjennom næringskomiteen på Stortinget.⁵³ Flere tilrådninger ble fremmet i Innst. 361 S (2014-2015) Om innstilling til Stortinget fra næringskomiteen om forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett. Innstillingen førte til anmodningsvedtak fra Stortinget den 15. juni 2015, som ble fulgt opp i St.meld. nr. 31 (2016-2017) Om noen fiskeri- og havbrukspolitiske saker.

Etter behandling på Stortinget, ble trafikklyssystemet sendt på høring. Høringen inneholdt et utkast til POF og forslag til endringer i tildelingsforskriften og driftsforskriften. Som kjent trådte POF i kraft 16.01.2017 og endringene i forskriftsverket ble foretatt i samme tidsrom.

Det følger av POF § 9 første ledd at: "*Ved uakseptabel miljøpåvirkning i et produksjonsområde kan departementet ved forskrift nedjustere produksjonskapasiteten i produksjonsområdet*" (min utheving). Når POF ble sendt på høring, var det flere høringsinstanser, blant andre Advokatforeningen, som reist spørsmål om departementet hadde hjemmel i akl. § 9 til å gjennomføre nedjustering av produksjonsområder, og særlig i forskrifts form.⁵⁴ Dette må ses i sammenheng med at både selskapstillatelsen og driftstillatelsen tildeles i enkeltvedtaks form.

⁵² Se St.meld. nr. 22 (2012-2013), pkt. 11.1 første avsnitt siste punktum som viser til denne uttalelsen fra Rapport fra Riksrevisjonen, "Riksrevisjonens undersøkelse av havbruksforvaltningen. Dokument 3:9 (2011-2012)", 6. mars 2012, (Riksrevisjonen 2012).

⁵³ Forhandlinger i Stortinget 15. juni 2015.

⁵⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2019).

I 2019 ble en masteravhandling i rettsvitenskap fra UiO publisert, som sådde betydelig tvil rundt hjemmelsspørsmålet.⁵⁵ NFD tok tvilsspørsmålet på alvor og sendte et lovendringsforslag på høring den 01.02.2019. Høringen har fått kritikk på grunn av den usedvanlige korte høringsfristen på 21 dager.

Forslaget innebar å tilføye et nytt tredje ledd i akl. § 9. I høringen fikk forslaget betydelig motstand fra næringen og andre interessenter, men lovendringen ble vedtatt på Stortinget etter Prop. 95 L (2018-2019) Om endringer i akvakulturloven og trådte i kraft ved Lov 21 juni 2019 nr. 64 Om lov om endringer i akvakulturloven.

I Prop. 95 L (2018-2019) er det forutsatt at nye akl. § 9 tredje ledd ikke er en ny rettslig regulering, men en presisering av bestemmelsen første ledd bokstav a. Dette harmonerer dårlig med en språklig tolkning av bestemmelsene sett i sammenheng. Det kan reises spørsmål om et inngrep som går lengre enn en tolkning av akl. § 9 første ledd er uhjemlet etter akl. § 9 tredje ledd, på bakgrunn av uttalelsen i ovennevnte forarbeid.

Hjemmelsspørsmålet er i utgangspunktet et forvaltningsrettslig anliggende, men spørsmålet vil bli berørt i avhandlingen, da særlig under drøftelsen av nedjusteringens forhold til EMK P1-1.

I 2018 ble det foretatt en prøvekjøring av trafikklyssystemet. De områder som fikk grønt lys, ble tilbudt vekst, mens gule og røde områder fikk stå uendret.⁵⁶ Samtidig ble det varslet at ved neste vurdering (2019) vil eventuelle røde områder bli nedjustert.

Den 11.10.2019 sendte NFD utkast til forskrift om utnyttelse av produksjonskapasitet i røde produksjonsområder på høring. Forskriftsutkastet avslørte ikke hvilken farge områdene fikk, bare formen på forskriften. Som nevnt skulle neste trafikklys bli påslått i 2019, men ble utsatt til 2020. Forskriften ble vedtatt i februar 2020. Både høringsfristen, ikrafttredelsen og hemmeligholdet til NFD ble påpekt og kritisert av flere høringsinstanser.⁵⁷ Det er denne

⁵⁵ Berntzen (2019).

⁵⁶ Forskrift 20. desember 2017 nr. 2397 Om kapasitetsøkning for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 207-2018. Fastsatt av NFD 20. desember 2017 med hjemmel i akl. § 5, § 6, § 7, § 9, § 10, § 26 og § 33a og POF § 11 og § 12.

⁵⁷ Nærings- og fiskeridepartementet (2019).

forskriften som foretar den konkrete nedjusteringen foreliggende avhandling dreier seg om, nemlig kapasitetsjusteringsforskriften.

2.5.3 Handlingsregel, produksjonsområder og miljøindikator

Det følger av Innst. 361 S (2014-205) s. 1 at Regjeringen mener at miljømessig bærekraft må benyttes som den viktigste forutsetningen for å regulere videre vekst i oppdrettsnæringen. Denne forutsetningen skulle ivaretas ved å skape et forutsigbart system for kapasitetsjustering.

Systemet går ut på at kapasitetsjusteringer beror på en handlingsregel som er basert på et modellbasert system med miljøindikator sammenholdt med produksjonsområder. Jeg ser først på handlingsregelen og dens utforming.

Handlingsregelen bygger på en forutsetning om at alle lokaliteter som driver oppdrett i et gitt område påvirker hverandre. Med denne forutsetningen til grunn er slutningen at alle lokaliteter, sett i sammenheng, kan skape en miljøbelastning i et område som blir så omfattende at miljøets bæreevne overskrides.⁵⁸ På bakgrunn av denne slutningen er det myndighetenes synspunkt at oppdrettsnæringen ikke kan forvaltes på driftsnivå, men at næringen i større grad må reguleres utfra dens samlede påvirkningen i et definert område.

Handlingsregelen er kanskje best beskrevet i Havbruksmeldingen (2015) s. 9:

Innføring av en handlingsregel for endringer av oppdrettsnæringens produksjonskapasitet, innebærer at resultater fra modellering og/eller miljøovervåking settes i system og viser når det er miljømessig grunnlag for kapasitetsjustering i et område på objektivt grunnlag og ut ifra forhåndsbestemte kriterier. Ut fra forutsetningen om at regjeringen ønsker forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst, innebærer systemet at næringens produksjonskapasitet bør øke i områder med liten påvirkning på miljøet, mens kapasiteten i områder med uakseptabel påvirkning bør reduseres i områder med moderat påvirkning bør kapasiteten frys.

⁵⁸ Havbruksmeldingen (2015) s. 50 flg.

Etter dette systemet er tanken at miljøindikatoren styrer kapasitetsjusteringsvurderingen. I en beslutning etter handlingsregelen vil det være miljøhensyn som står mot næringshensynene. I Innst. 361 S (2014-2015) ble det lagt til grunn en "moderat" risikoprofil hvor disse hensynene balanseres. Det er derfor lagt til grunn 6% justering i hvert vurderingsintervall på annethvert år.⁵⁹

Jeg går så over til å redegjøre nærmere for produksjonsområdene.

Mye er allerede sagt om produksjonsområder, men måten produksjonsområdene henger sammen med trafikklyssystemet på, fordrer nærmere beskrivelse.

For det første er selskapstillatelsene tilknyttet produksjonsområdene, jf. tildelingsforskriften § 33 jf. § 8. Formålet med denne tilknytningen er at produksjonsområdene skal fungere som en geografisk forvaltningsenhet som er gjenstand for justeringer etter trafikklyssystemet.⁶⁰

Produksjonsområdene erstatter Fiskeridirektoratets regioner, som selskapstillatelsene tidligere tilhørte.⁶¹

For det andre er det en forutsetning for *en bloc* nedjustering av et produksjonsområde at oppdrettsanlegg ikke bare påvirker sitt eget umiddelbare nærområde, men at havstrømninger fører til at flere anlegg innenfor samme produksjonsområde påvirker hverandre.

Grensedragningen mellom produksjonsområdene bygger på Arealutvalgets rapport (2011) og ble videreutviklet av HI på oppdrag fra NFD.⁶² Mandatet gikk ut på å dra opp grenser mellom produksjonsområder som i minst mulig grad påvirket hverandre.⁶³

Resonnementet til NFD er at det ikke holder å regulere næringen på driftsnivå, når næringen samlet sett, i et område, er årsaken til uakseptabel miljøtilstand. Således kan alle lokaliteter innenfor et produksjonsområde holde seg vel innenfor driftsreguleringer – men samtidig er den totale belastningen i et produksjonsområde så stort at miljøtilstanden er uakseptabel. Denne forvaltningsrettslige tilnærmingen er i tråd med prinsippet i miljøretten om samlet

⁵⁹ Innst. 361 S (2014-2015) s. 2; kapasitetsjusteringsforskriften § 21.

⁶⁰ Havbruksmeldingen (2015) s. 6.

⁶¹ Se POF § 3.

⁶² Arealutvalget (2011).

⁶³ Havbruksmeldingen (2015) s. 9 flg. og s. 50 flg.

belastning, se lov 19. juni 2009 nr. 100 Om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven – nml.), § 10.

I det følgende beskrives miljøindikatoren og dens forhold til handlingsregel og produksjonsområder.

Det fremgår av Havbruksmeldingen (2015) s. 10 at regjeringen ville velge en indikator som har god korrelasjon med produksjonskapasiteten i et produksjonsområde. Resonnementet bygger på en forutsetning om at lusepresset i et produksjonsområde henger sammen med selskaps-MTB, slik at ved reduksjon i selskaps-MTB vil lusepresset reduseres. På denne bakgrunn ble lakselus valgt som den riktige indikatoren.⁶⁴

Det følger av POF § 8 andre ledd første punktum at "[påvirkningen] av lakselus (*Lepeophtheirus salmonis*) på vill laksefisk er miljøindikator". Lakselus er med andre ord miljøindikatoren som skal gi uttrykk for hvilken farge hvert produksjonsområde får, ut fra handlingsregelen. Det fremgår videre av andre punktum at "[departementet] vurderer om miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, moderat eller uakseptabel."

Ovenfor har begrepene "lusepress" og "smittepress" blitt brukt. Begrepenes betydning fremgår av Havbruksmeldingen (2015) hvor det blant annet påpekes at lusesmitte fra oppdrettsanlegg er et problem for den ville laksefisken på sin vandring fra elven og ut i havet – hvor den må svømme forbi oppdrettsanlegg. I disse områdene er det antatt å være et "smittepress". I denne sammenheng uttales følgende i Havbruksmeldingen (2015) s. 55: "Det er imidlertid sannsynliggjort at lakselus har bidratt til redusert innsig av gytelaks fra havet og derigjennom redusert høstbart overskudd i enkelte oppdrettsintensive områder i enkelte år."

Havbruksmeldingen legger med andre ord til grunn at oppdrettsvirksomhet, gjennom smitte av lakselus, reduserer antall vill laksefisk som overlever sin vandring ut i havet – og derfor er det færre villfisk som returnerer til elven for å bidra til å holde laksebestanden i akseptabel stand. Lakselus er etter regjeringens synspunkt den mest egnede miljøindikatoren på grunn av dens relative målbarhet. Med andre ord er det den ville laksebestanden som skal ivaretas.

⁶⁴ Innst. 361 S (2014-2015) s. 3; Havbruksmeldingen (2015) s. 55 flg.

I Havbruksmeldingen (2015) s. 55 er det lagt til grunn at selv om man ikke kan påvise en direkte sammenheng mellom lakselusforekomsten i oppdrettsanlegg og dødeligheten på utvandrende smolt, skal føre-var-prinsippet legges til grunn jf. nml. § 9. Dette til tross for at "[det] foreligger per i dag ikke detaljert kunnskap om hvilken betydning lakselusforekomsten i enkeltanlegg har for villfisken i området rundt." .⁶⁵

Litt forenklet forklart fungerer miljøindikatoren slik at dødeligheten på utvandrende vill laksesmolt antas på bakgrunn av modelleringer og undersøkelser. Antagelsen oppgis i en sannsynlighetsbegrensning. For fargeleggingen ser dette slik ut: Er det sannsynlig at mindre enn 10% av den utvandrende ville laksesmolten dør, er risikoen/påvirkningen lav og området skal i utgangspunktet være grønt. Grensen er videre 10-30% for gult område og over 30% for røde områder.⁶⁶

Som det følger av akl. § 9 tredje ledd, er det departementet som fatter vedtak om omgjøring/delvis tilbaketreking. Samtidig følger det av nml. § 8 et krav om at vitenskapelig kunnskap skal ligge til grunn for beslutninger som berører naturmangfoldet. Det er ikke uten videre gitt at NFD sitter med den nødvendige kunnskapen til å gjøre de målinger og undersøkelser som kreves for å oppfylle forutsetningen om at justeringer i oppdrettsnæringen skal bygge på et objektivt og faktisk grunnlag jf. Havbruksmeldingen (2015) s. 9.

Måten dette er løst på er at Mattilsynet har og NFD har gitt Havforskningsinstituttet (HI) ansvar for å koordinere overvåkning og forskning samt rådgivning om lakselusens påvirkning på vill laksefisk langs norskekysten. Dataen fra forskningen blir avlevert til en ekspertgruppe som gjør en vurdering av produksjonsområdene i form av en rapport fra hvert PO. Rapporten blir videre levert til styringsgruppen som igjen gir et råd til NFD som fargeleggingen etter trafikklyssystemet blir foretatt på bakgrunn av.⁶⁷ For god ordens skyld vedlegges rapporten og rådet som førte til nedjusteringen som denne avhandlingen vurderer.⁶⁸

⁶⁵ Havbruksmeldingen (2015) s. 55.

⁶⁶ Ibid. s. 60.

⁶⁷ Havforskningsinstituttet (2020).

⁶⁸ Se Vedlegg I og II.

3 Grunnloven § 97

3.1 Innledning

Grl. § 97 har følgende ordlyd: "Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft."

Den knappe ordlyden ble enstemmig vedtatt på Eidsvoll 17. mai 1814, uten forutgående debatt og har bare vært gjenstand for språklig oppdatering siden.⁶⁹ I nyere tid har andre regler tilkommet som gir alternative rettslige grunnlag for tilbakevirkningsforbud, herunder EMK Art. 7 og EMK P1-1, men Grl. § 97 er fortsatt det mest sentrale rettslige grunnlaget i norsk rett.

Bestemmelsens ordlyd oppstiller et generelt tilbakevirkningsforbud. Kjernen i bestemmelsen er forbud mot tilbakevirkende straffelovgivning, men både ordlyd og rettspraksis gir anvisning på at bestemmelsen ikke er begrenset til strafferettens område. Det er herunder ikke tvilsomt at bestemmelsen også beskytter visse økonomiske posisjoner. Forbudet er begrunnet i allmenne rettferdighets og rettssikkerhetshensyn og bestemmelsens formål er å skape forutberegnelighet samt å beskytte mot overgrep og vilkårlighet.⁷⁰

I likhet med andre grunnlovsbestemmelser har Grl. § 97 blitt tolket i lys av de verdier som samfunnet til enhver tid gjenspeiler. Dette er kanskje best understreket av Smith, som mener at Grunnlovens innhold må justeres med endringer i de politiske og sosiale forhold for å opprettholde sin kraft som ramme for statsmaktene og som vern for borgerne.⁷¹

Etter over 200 år med tilbakevirkningsforbud er det fortsatt uklart hvilke tilfeller som rammes av bestemmelsens forbud. Bernt skrev for 40 år siden at Grl. § 97 "[...] har avfødt mye blekk og trykksverte ikke minst de siste 40-50 år, uten at vi av den grunn kan si at rettstilstanden har blitt spesielt klar eller oversiktlig."⁷² Bernts uttalelse er langt på vei dekkende for dagens rettstilstand, noe som indirekte vil bli belyst i dette kapittel.

⁶⁹ Se Innst. 187 S (2013-2014) og Forskrift 20. juni 2014 nr. 778 om kunngjøring av Stortingets vedtak 27. mai 2014 om redigert versjon av Grunnloven kapittel E. og F. som følge av vedtatte grunnlovsforslag om menneskerettigheter.

⁷⁰ Skoghøy (2011).

⁷¹ Smith (2006) s. 235-274, på s. 237.

⁷² Bernt (1981) s. 117.

Siden midten av 90-tallet har Høyesterett avsagt 10 avgjørelser om rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet i GrL. § 97, i relasjon til økonomiske posisjoner. Av disse er 6 avsagt i plenum. Disse avgjørelsene, sett i sammenheng, danner grunnlaget for tolkningen av tilbakevirkningsforbudets nærmere grenser og materielle innhold, herunder hvilket argumentasjonsmønster en drøftelse skal ta utgangspunkt i.⁷³

Et naturlig utgangspunkt er Rt. 1996 s. 1415 (Borthen-dommen) og Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim). Begge er plenumsavgjørelser, avsagt samme uke. Thunheim-dommen bygger i stor grad på Borthen-dommen og gir ikke i seg selv særlig bidrag til avklaring av rettstilstanden. Deretter fulgte Rt. 2005 s. 855 (Allseas), Rt. 2006 s. 262 (Ektefellepensjon-dommen), Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole), Rt. 2006 s. 1306 (Rollag), Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) og Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt).

I Rt. 2013 s. 1345 avsa Høyesterett den meget sentrale Strukturvote-dommen, også omtalt som Volstad-saken. Høyesterett delte seg, i hovedsak i to, hvor dissensen var meget skarp.⁷⁴ Et andre mindretall tilsluttet seg det første mindretallet – men kom også til at den lovgivning som ble vurdert var i strid med EMK P1-1. Etter Strukturvote-dommen har Høyesterett bare behandlet én sak om tilbakevirkningsforbudet i full bredde, nemlig HR-2016-389-A (Hagen-dommen). Jeg vil komme tilbake til disse avgjørelser.

Innenfor dette knippet av dommer er variasjonen stor både hva gjelder tolkning av tilbakevirkningsforbudets materielle innhold og argumentasjonsmønster. Dette gjelder til dels hver dom for seg, men også innbyrdes i enkelte avgjørelser. På denne bakgrunn er det hensiktsmessig å ta stilling til hvilket argumentasjonsmønster gjeldende rett gir anvisning på, men først ser jeg nærmere på noen metodiske forhold, herunder domstolens prøvingskompetanse.

3.1.1 Metode og domstolsprøving

Det første som må nevnes i relasjon til grunnlovstolkning er at grunnloven i utgangspunktet skal tolkes slik som andre lovregler jf. HR-2020-2472-P (Klimasøksmålet) avsnitt 84. I plenumsdommen pekes det særlig på at Grunnloven utmerker seg ved å være mer generell og

⁷³ Tematikken er inspirert av Nygaard (2014), s. 36.

⁷⁴ I dette ligger at uenigheten mellom fraksjonene er tydelig og avstanden mellom standpunktene stor.

skjønnsmessig enn lover og forskrifter generelt, men utgangspunktet skal tas i ordlyden. Det kan også nevnes at forarbeidene til Grl. § 97 er gamle og utilgjengelige og derfor har de en underordnet betydning sammenlignet med nyere lovgivning.⁷⁵

Når det gjelder domstolens prøvingskompetanse vises det til Arves Trafikkskole avsnitt 74, med videre henvisninger.⁷⁶ Det følger der at domstolen ikke kan prøve de politiske vurderinger av behovet for tiltak eller hensiktsmessigheten av de tiltak som blir valgt – i en vurdering etter Grl. § 97. Det presiseres imidlertid at dette ikke innebærer at hensynene som begrunner inngrepet skal være avgjørende i en helhetsvurdering etter Grl. § 97.⁷⁷

Jeg vil komme tilbake til betydningen av Stortingets egne vurderinger av Grl. § 97 under helhetsvurderingen.

3.2 Argumentasjonsmønstre

Spørsmålet som skal besvares her er hvilke argumentasjonsmønstre gjeldende rett gir anvisning på ved en vurdering etter Grl. § 97.

Høgberg har oppstilt minimumsvilkår som må være oppfylt før det kan foretas en helhetsvurdering.⁷⁸ Skoghøy synes å ha gitt denne systematikken sin tilslutning.⁷⁹

Høgbergs minimumsvilkår er: (1) krav om lov, (2) skade, (3) årsakssammenheng mellom lov og skade og (4) tilbakevirkningskrav. Langt på vei kan lov-kravet, tilbakevirkningskravet og kravet om årsakssammenheng utledes av ordlyden i bestemmelsen sammenholdt med dens formål. At lovgivningen må være til skade ligger i dagen, da bestemmelsen gir anvisning på en beskyttelse i form av å oppstille et forbud. I samme retning taler at Grl. § 97 ble plassert i Grunnlovens menneskerettighetskapittel etter 2014-reformen.⁸⁰ Det faktum at tilbakevirkningsforbudet ble plassert menneskerettighetskapittelet gir i seg selv uttrykk for

⁷⁵ For en mer utfyllende fremstilling, se Høgberg (2010) s. 61 flg. med videre henvisninger.

⁷⁶ Se for øvrig HR-2020-2472-P avsnitt 114 flg. og HR-2021-417-P avsnitt 68 flg.

⁷⁷ Se Arves Trafikkskole avsnitt 74.

⁷⁸ Høgberg (2010) s. 16.

⁷⁹ Skoghøy (2010); Skoghøy (2011).

⁸⁰ Forskrift 20. juni 2014 nr. 778 om kunngjøring av Stortingets vedtak 27. mai 2014 om redigert versjon av Grunnloven kapittel E. og F. som følge av vedtatte grunnlovsforslag om menneskerettigheter.

dagens samfunnssyn på forbudet – uten at faktumet i seg selv har direkte rettskildemessig betydning.⁸¹

Den presenterte strukturen er i tråd med Høyesteretts tilnærming, se Strukturvote-dommen avsnitt 182-184 og Hagen-dommen avsnitt 63.

Det er dog sikker rett at tilbakevirkningsforbudets nedslagsfelt er stort og ikke alle interesser nyter samme eller like intenst vern. Avhandlingens tema omhandler økonomiske interesser som har sitt grunnlag i offentlige tillatelser. Rettigheter som bygger på offentlige tillatelser nyter ikke automatisk vern mot ny lovgivning etter Grl. § 97 jf. Rt. 1996 s. 1415 (Borthen-dommen) s. 1424. I HR-2013-2200-P (Strukturvote-dommen) er standpunktet eksplisitt fulgt opp av mindretallet i avsnitt 175 og implisitt av flertallet i avsnitt 65. Slik jeg leser sistnevnte er det ikke uenighet mellom flertallet og mindretallet på dette punkt.

På bakgrunn av Borthen-dommen oppsummerer mindretallet vurderingstemaet slik: "Om en rettighet er vernet, beror på rettighetens karakter, innhold og fundament." jf. avsnitt 175. Dette er fulgt opp i Hagen-dommen hvor det indirekte slås fast at et innledende spørsmål er om "Hagens rettsposisjon i prinsippet er vernet av Grunnloven § 97.", se avsnitt 63. Det presiseres videre at selv om rettigheten etter sin art er vernet, er det ikke tilstrekkelig til å konstatere strid med tilbakevirkningsforbudet – dette beror på en nærmere vurdering. Vilåret kan altså anses som et minimumsvilkår etter Høgbergs systematikk.

På denne bakgrunn er det klart at rettsposisjonen, i prinsippet, må være vernet av Grl. § 97 – før lovgivningen kan vurderes å være i strid med tilbakevirkningsforbudet.

Når det gjelder Høgbergs øvrige minimumsvilkår er Høyesteretts tilnærming ikke like ensartet. I Hagen-dommen slås det fast at partene er enige om at minimumsvilkårene er oppfylt, og derfor drøftes ikke disse.⁸² I Rederiskatt-dommen, samt i flertallets argumentasjon i Strukturvote-dommen, synes ikke Høyesterett å forholde seg til minimumsvilkårene i det store og hele.

⁸¹ Se Rt. 1987 s. 35, på side 37 hvor Høyesterett uttaler b.l.a.: "Heller ikke paragrafens overskrift [...] kan etter mitt syn tillegges noen avgjørende vekt. En overskrift har preg av et stikkord og vil ofte kunne gi et ufullstendig og upresist bilde av innholdet i bestemmelsen."

⁸² Hagen-dommen avsnitt 63.

At Høyesterett bare nevner, eller ikke tar stilling til minimumsvilkårene i det hele tatt, kan ha sammenheng med at tvistes spørsmålet allerede har hatt to behandlinger i rettssystemet og at saken er tilspisset. En annen forklaring kan være at vilkårene oftest ikke byr på tvil. En tredje forklaring kan være at enkelte dommere mener det ikke er grunnlag for en slik systematikk, men at minimumsvilkårene hører hjemme i helhetsvurderingen. Det kan også hende at sammenhengen er å finne i en kombinasjon mellom disse forhold, eller at det ikke er uenighet mellom partene om at bestemmelsen kommer til anvendelse.

Når det er sagt, er jeg enig med Høgberg, når hun fremholder at den presenterte systematikk kan føre til en ryddig og retsteknisk enklere anvendelse av Grl. § 97.⁸³ Et bevisst forhold til systematikken kan bidra til å rydde i et rettsfelt, hvor rettsstilstanden er uklar. I denne forbindelse mener jeg mindretallets argumentasjonsmønster i Strukturkvote-dommen, fra avsnitt 165 til 188, er egnet til å gjøre nettopp dette. Det samme gjelder Hagen-dommen fra avsnitt 68. Den rettspraksis som det er vist til gir anvisning på at Høyesterett har en pragmatisk tilnærming til minimumsvilkårene, men at det mest sentralt spørsmål er om rettigheten, i prinsippet, er vernet av Grl. § 97.

Under vurderes om Grl. § 97 kommer til anvendelse på avhandlingens tema. Deretter vurderes både hvilken norm som kommer til anvendelse og om nedjusteringen strider mot den valgte norm.

3.3 Kommer Grunnloven § 97 til anvendelse?

Strukturkvote-dommen er siste avgjørelse av sagt i plenum og samtidig siste avgjørelse hvor minimumsvilkår ble vurdert i full bredde. På denne bakgrunn har dommen særlig rettskildemessig betydning og vil derfor fungere som en rød tråd i drøftelsene som følger. Videre har Strukturkvote-dommen enkelte faktiske kontaktpunkter til avhandlingens tema. Begges temaer omhandler rettighetsposisjoner med grunnlag i lov, sammenlignbar interessekonflikt og begge næringer tilhører fiskeri- og havbruksfanen.

Som nevnt er dissensen i Strukturkvote-dommen skarp. Som jeg vil komme tilbake til, tar flertallet og mindretallet forskjellige utgangspunkt når rettighetsposisjonen vurderes. Ved å

⁸³ Høgberg (2010) s. 146, nederst på siden.

redegjøre for dommens sentrale premisser vil utgangspunktet i denne avhandlingen kunne begrunnes.

3.3.1.1 Strukturvote-dommen

Først litt om saksforholdet i Strukturvote-dommen. På 2000-tallet fikk fiskeribåtredere tilbud om å ta del i den såkalte strukturvoteordningen. Ordningen gikk ut på at rederiene fikk tilbud om å ta én fiskebåt, med kvoter, ut av fiske – mot å få tildelt en strukturvote (tilleggsvote) på en annen fiskebåt. Styringskvoten skulle da komme i tillegg til grunnkvoten. Kvotene gir anvisning på en fordelingsnøkkel som angir mengde fisk som kan høstes av den fiskebåten kvoten er tilknyttet. Det vil si at strukturkvoten skulle kompensere for det bortfall av grunnkvote, som uttak av fiskebåt representerte. Formålet med denne konsolideringen var å redusere antallet fiskebåter, for å få ned kostnadene tilknyttet fiskeri, men likevel slik at mengde høstet fisk ikke ble redusert. Det hører her til at grunnkvoter er uløselig og tidsbegrenset tilknyttet fartøyet. I sammenligning vil selskapstillatelsene, som i denne avhandling er til vurdering, tilsvare grunnkvotene.

Volstad AS valgte å ta del i strukturvoteordningen på et tidspunkt hvor strukturkvotene som ble tildelt ikke var tidsbegrenset. I dette ligger at strukturkvoten som ble tildelt et annet fartøy, ikke var tidsbegrenset. I 2007 ble strukturvoteordningen tidsbegrenset som en følge av politisk vilje under den såkalte Stoltenberg II-regjeringen. Stoltenberg II-regjeringens tidsbegrensning av tildelte styringskvoter ble innført ved en tilbakevirkende forskriftsendring både for fartøy omfattet av forskrift om spesielle kvoteordning for kystfiskeflåten (kystfiskeforskriften) og fartøy omfattet av forskrift om strukturvoteordning mv. for havfiskeflåten (havfiskeforskriften).⁸⁴

I Volstad-saken var det havfiskeforskriften som gjaldt. Forskriften fastsatte at tilleggskvotene som var fastsatt i medhold av tilleggsvoteordningen skulle refordeles etter 25 år, regnet fra 2008. Volstad anførte at tilbakevirkningsforbudet i GrL. § 97 ga et vern mot at ordningen ble gjort tidsbegrenset. Staten hadde motsatt syn.

⁸⁴ Forskrift 7. november 2003 nr. 1309 om spesielle kvoteordninger for kystfiskeflåten, og forskrift 4. mars 2005 nr. 193 om strukturvoteordning mv. for havfiskeflåten.

I det følgende redegjør jeg for flertallets argumentasjon.

Flertallet slår fast at årlige kvotetildelinger bygget på en politisk forutsetning om stabile rammevilkår og således var kvotetildelingen ikke en rettighet i vanlig forstand.⁸⁵ Etter dette kom førstvoterende til at vernet etter Grl. § 97, i dette tilfellet, krevde "særskilt forhold".⁸⁶ Utgangspunktet var altså at rettigheten, i prinsippet, ikke var vernet.

Førstvoterende vurderte deretter om det forelå slike "særskilte forhold" som allikevel kunne begrunne vern. Herunder ble det lagt vekt på at Volstad kondemnerte fartøy og således ga avkall på grunnkvoten på det kondemnerte fartøyet. Denne disposisjoner var ugjenkallelig. Dette gjorde Volstad "[under] den forutsetning at strukturvote ville bli gitt uten forhånds fastsatt tidsbegrensning, som også staten har vært innforstått med."⁸⁷

Det særlige forholdet som her ble påpekt har nær sammenheng med forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. I denne sammenheng fant førstvoterende støtte i Rt. 1992 s. 1235 (Fiskekvote-dommen), med følgende rettssetning fra dommen på s. 1240: "Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder.". Det ble videre påpekt at selv om myndighetene ikke har gitt et konkret tilbud på forhåndsbindingen av myndigheten, kunne det fortsatt være tilstrekkelig til å konstatere "særlige forhold".

I avsnitt 78 konkluderte førstvoterende på spørsmålet om det forelå "særskilte forhold", med følgende rettssetning: "[for at strukturvote-]ordningen skal kunne fungere, må rederiene kunne innrette seg på at strukturvoter vil bli gitt.". Med "strukturvoter ville bli gitt" må førstvoterende mene at systemet ikke ville fungere med mindre strukturvoter ble gitt med forutsetningene som gjaldt da rederiene (Volstad) foretok de ugjenkallelige disposisjonene. Således konstaterte førstvoterende med at "særlige forhold" gjorde seg gjeldende, som i

⁸⁵ Se Strukturkvote-dommen avsnitt 70.

⁸⁶ Ibid. avsnitt 70-73.

⁸⁷ Ibid. avsnitt 74.

prinsippet ga rettighetene til Volstad vern etter Grl. § 97. Det var altså skapt berettigede forventinger som fortjente vern.

Oppsummert kan følgende sies om flertallets argumentasjon. Først konstateres at styrken av rettighetsposisjonen til Volstad berodde på en politisk svingning, og således var det en rettighetsposisjon som ikke nyter vern etter Grl. § 97, med mindre "særlige forhold" gjorde seg gjeldende. Videre konstateres at berettigede forventinger om fremtidig forvaltningsutøvelse kan konstatere "særlige forhold".

Jeg går så over til å se på mindretallets argumentasjon.

Mindretallet delte seg i to fraksjoner. Den største fraksjonen, på fem dommere, var representert ved annenvoterende. Annenvoterende var enig i flertallets konklusjon, men la en "bredere vurdering" enn flertallet til grunn.⁸⁸ Den andre fraksjonen av mindretallet, med Dommer Skoghøy i spissen, mente at fiskeritillatelsene "[...] må anses som eksisterende formuesrettigheter." og var vernet allerede på dette grunnlag.⁸⁹ Det var derfor ikke et behov for en nærmere vurdering av rettighetens karakter, innhold eller fundament.

Selv om mindretallets fraksjoner formulerer argumentasjonen forskjellig, legges det i stor utstrekning vekt på samme forhold. Begge fraksjonene peker på fiskeritillatelsenes karakter, og at disse minner om formuesrettigheter. Med støtte i havfiskeforskriftens § 7, stortingsmeldinger og høringsnotater legger mindretallet til grunn at enkeltfartøyenes kvoterettigheter hadde sitt grunnlag i "[...] vedtak om en fordelingsnøkkel [kvotefaktorer] som lå fast fra år til år", samt at disse rettighetene var gjenstand for omsetning sammen med fartøyet.⁹⁰

Det som her ble uttalt samsvarer ikke med den innledende forutsetningen til førstvoterende om kvoterettighetens karakter, innhold og fundament. Førstvoterende vurderer rettigheten til Volstad å være rett til den kvoten styringskvoten representerte – altså mengde fisk som er

⁸⁸ Ibid. avsnitt 166.

⁸⁹ Ibid. avsnitt 234.

⁹⁰ Ibid. avsnitt 176.

gjenstand for regulering fra år til år. Mindretallet mener dog at det er fordelingsnøkkelen deltagerne imellom, som nyter vern etter Grl. § 97.

I denne forbindelse påpeker mindretallet at prinsippet om at fellesskapets rett til de marine ressurser, jf. havressurslova § 2, ikke har noen gyldighet i vurderingen av rettighetens grunnlovsværn – da spørsmålet ikke er om Volstad har en eiendomsrett til ressursene, men "[...] vern av en fordelingsnøkkel innad i den aktuelle gruppe av fiskere så lenge tildeling av fiskerettigheter skjer på grunnlag av det någjeldende kvotesystemet."⁹¹

Annenvoterendes konklusjon ble etter dette at rettighetens karakter, innhold og fundament ga uttrykk for en rettighetsposisjon som minnet om formuesrettighet, som i prinsippet nyter vern etter Grl. § 97. Implisitt må det forstås at formuesrettigheter som sådan, nyter vern.

Fraksjonenes argumentasjon kan forenklet oppsummeres som følger. Mindretallet legges til grunn en bredere vurdering av Volstads rettighetsposisjon. Førstvoterende vurderer kvoterettigheten, som er gjenstand for årlig regulering. Mindretallet vurderer fordelingsnøkkelen – altså retten å få tildelt kvote uavhengig av dens størrelse (deltageradgang). Det er sistnevnte som kan omsettes og har karakter å være en formuesrettighet som nyter vern. Tredjevoterende tok et steg lengre og mente rettigheten som søkes vernet fullt ut er en "eksisterende formuesrettighet".⁹²

Flertallet og mindretallet ser altså på Volstads rettigheter fra to forskjellige vinkler. Flertallet ser på rettigheten slik den gjør seg gjeldende innenfor den driftsmessige forvaltningen av fiskeriretten. Mindretallet ser på rettigheten som et formuesgode som gir adgang til å delta i fiskeri som reguleres av den driftsmessige forvaltningen av næringen. Disse to vurderingsdimensjonene har klare likhetstrekk med den rettslige reguleringen av oppdrettsvirksomheten, hvor det går et skille mellom selskapsnivå og driftsnivå, se pkt. 2.4.

Etter dette kan rettighetsposisjonen til Volstad kan ses på som et hus. Rettigheten til å delta i fiske jf. kvotene, utgjør husets rammer, mens den mengde fisk kvotene, til enhver tid gir uttrykk for, er husets innhold. Etter denne billedgjøringen tok flertallet utgangspunkt husets

⁹¹ Ibid. avsnitt 178.

⁹² Ibid. avsnitt 233.

innhold mens mindretallet vurderte husets rammer. Den samme billedgjøringen kan overføres til oppdrettsnæringen. Den rettslige reguleringen på selskapsnivå utgjør husets rammer og reguleringen på driftsnivå er husets innhold.

I det følgende vil jeg gi uttrykk for noen egne betraktninger knyttet til argumentasjonen i Strukturvote-dommen.

Tradisjonelt har utgangspunktet vært at fiskeritillatelse ikke kan omsettes fritt. I dag praktiseres begrenset omsetning, hvor fartøy omsettes med tilhørende kvoter. Gyldig deltageradgang krever dog godkjenning fra fiskerimyndighetene.⁹³ Det finnes altså en indirekte omsetningsadgang. Omsetningsadgangen, slik den er, har sikker forankring i forvaltningspraksis.⁹⁴ I dag er den rettslige karakteren av fiskerirettigheter endret utfra det tradisjonelle utgangspunkt ved at markedsomsetning har blitt til hovedregelen – i motsetning til at fiskerimyndighetene refordeler tillatelsene.

Som nevnt innledningsvis er vurderingstemaet rettighetens karakter, innhold og fundament. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmålsteget ved hvorfor flertallet unngår å ta stilling til at strukturvotens karakter av å være et formuesobjekt. Fiskerirettigheten kan omsettes og således har de preg av å være en formuesrettighet. Ved å betrakte rettighetsposisjonen reelle funksjon som formuesgode vil rettighetens karakter og innhold, slik den fremstår for Volstad, kunne kartlegges. Rettighetens karakter og innhold, som formuesobjekt – er tilbørlig vektlagt av mindretallet og særlig avgjørende for tredjevoterende Skoghøy, men nærmest ignorert av flertallet. Denne betraktning må ses på bakgrunn av hensynene bak Grl. § 97, hvor vern mot overgrep og vilkårlighet er det sentrale.

Det er rettighetsposisjonen som skal vurderes, slik den eksisterer for Volstad. Det kan menes at flertallet ikke treffer med sin argumentasjon, når det trekkes inn hensyn bak regulering av fiskerinæringen generelt, som argument mot at Volstads rettighetsposisjon nyter vern etter Grl. § 97. Se i denne forbindelse følgende formulering av førstvoterende om rettighetsposisjonen: "[Volstads deltageradgang] er imidlertid en konsekvens av en omforent

⁹³ Se Arntzen (2012).

⁹⁴ Ibid. s. 129-130 med videre henvisninger.

politisk målsetting om stabile rammevilkår for fiskeflåten, og ikke utslag av en rettighet i vanlig forstand."⁹⁵

Etter min mening kommer flertallet inn på det korrekte vurderingstemaet under fanen "særskilte forhold", nemlig de reelle forhold ved rettighetsposisjonen. Herunder peker flertallet på at myndighetene kan ha skapt berettigede forventinger hos Volstad, som i prinsippet kan være vernet. Strukturkvoteordningen var et tilbud til Volstad, hvor tilbudets innhold (vilkår) dannet grunnlag for berettigede forventinger – som igjen kan legge bånd på fremtidig myndighetsutøvelse. Det vurderingstemaet som flertallet her presenterer, nemlig de berettigede forventingene, er i tråd med hensynene tilbakevirkningsforbudet bygger på. Samtidig er det i tråd med det overordnede vurderingstemaet til fraksjonene i mindretallet.

Under denne vurderingen synes flertallet og mindretallet å legge vekt på forskjellige momenter. Flertallet mener myndighetens tilbud om strukturkvoteordning er avgjørende for at Volstads rettighetsposisjon er vernet av Grl. § 97, mens mindretallet mener den rettsposisjon Volstad hadde, forut strukturkvoteordningen men også særlig etter, har karakter av å være et formuesrettighet som uansett, i prinsippet, nyter vern.

Prinsippet om beskyttelse av berettigede forventinger kan anses som et konstitusjonelt rettsprinsipp. Prinsippet får anvendelse når forventingene har grunnlag i objektive konstaterbare forhold. En forutsetning er at den som ønsker å påberope seg beskyttelsen ikke kunne forutse at forventingene ikke ville bli innfridd og at forventingene er verdig beskyttelsen. Disse to siste momentene må, på objektivt grunnlag, kunne utledes av grunnlaget til forventingene.⁹⁶ I så måte er jeg enig med Arntzen som i denne sammenheng påpeker at Grl. § 97 også fungerer som et prinsipp – ikke bare en rettsregel.⁹⁷

På denne bakgrunn mener jeg argumentasjonen til mindretallet treffer best når det tas utgangspunkt i bredere vurdering av rettighetsposisjonen, slik den manifesterte seg for Volstad - i tråd med prinsippet som beskrevet i avsnittet ovenfor, men også i tråd med hensynene bak tilbakevirkningsforbudet. Strukturkvote-dommen er imidlertid en

⁹⁵ Strukturkvote-dommen avsnitt 70.

⁹⁶ Arntzen (2009), s. 99-114.

⁹⁷ Arntzen (2010).

plenumsavgjørelse og rettskildemessig må den tolkes og vektet etter anerkjent juridisk metode. Jeg vil komme tilbake til dommens rettskildemessige betydning under den konkrete rettsanvendelsen, særlig i pkt. 3.4.

3.3.2 Er rettighetsposisjonen, i prinsippet, vernet etter Grl. § 97?

Spørsmålet er om oppdretterne besitter en rettighetsposisjon som, i prinsippet, nyter vern etter Grl. § 97. Dette beror på en konkret helhetsvurdering av rettighetens karakter, innhold og fundament jf. pkt. 3.2.

Det kan menes at den singulære betegnelsen, "rettighetsposisjonen", er misvisende. Som redegjort for ovenfor skal det tas utgangspunkt i en helhetsvurdering av rettighetsposisjonen, slik rettighetsposisjonen fremstår for subjektet som søker bestemmelsens beskyttelse. Dette er i tråd med hensynene som begrunner vernet, særlig at bestemmelsen skal beskytte mot overgrep og vilkårlighet. Det er dermed ikke sagt at én lovgivning bare rammer én rettighetsposisjon – selv om den juridiske vurderingen er formulert som én rettighetsposisjon i tråd med begrepet «helhetsvurdering».

Den rettslige reguleringen av kommersielle matfisktillatelser er basert på at den enkelte oppdretter har individuelle, permanente produksjonsrettigheter som er reflektert ved ovennevnte "totrinnsystem".⁹⁸ Nedjusteringen som er gjenstand for vurdering i foreliggende avhandling er en driftsregulering (driftsnivå), som bryter med dette totrinnsystemet. Med andre ord berører nedjusteringen i realiteten to rettighetsposisjoner.

I forhold til inngangsvilkåret om at rettighetsposisjonen må nyte vern, er det tilstrekkelig å vurdere det formelle inngrepspunktet.⁹⁹ Spørsmålet er dermed hvilken rettighetsposisjon akvakulturtillatelsen på selskapsnivå gir uttrykk for og om denne, i prinsippet, nyter vern etter Grl. § 97.

Et utgangspunkt for å karakterisere rettighetsposisjonen kan tas i Rt. 2005 s. 1461. Spørsmålet var om et oppdrettsselskap kunne avskrive verdien av en akvakulturtillatelse etter dagjeldende skattelovgivning. En enstemmig Høyesterett tilsluttet seg lagmannsrettens vurdering og

⁹⁸ Se pkt. 2.4.

⁹⁹ Se Strukturvote-dommen avsnitt 184.

konkluderte negativt på spørsmålet. I denne sammenhengen uttalte førstvoterende følgende om akvakulturtillatelsens karakteristik: "Jeg er enig i det syn som disse avgjørelsene bygger på. En fiskekonsesjon har en selvstendig økonomisk verdi og må i skatterettslig forstand anses som et eget immaterielt driftsmiddel. *Det samme gjelder en konsesjon til fiskeoppdrett.*" (uthevet her).¹⁰⁰

Høyesterett anser altså en akvakulturtillatelse, i skatterettslig forstand, som et immaterielt driftsmiddel med selvstendig økonomisk verdi. Driftsmiddelet kunne ikke avskrives fordi det var evigvarende og ville ikke tape sin verdi over tid. Dette gir uttrykk for at tillatelsen, som gir adgang til å drive oppdrett, er betraktet som et evigvarende formuesobjekt for innehaveren.

Dette synet på rettighetsposisjonen har vært respektert av myndighetene helt fra vedtakelsen av den første oppdretsloven i 1973. Senere forvaltningspraksis reflekterer dette ved at nye akvakulturtillatelser også gir tilsvarende rett til permanent produksjon. Videre har det aldri blitt gjort inngrep i akvakulturtillatelsenes rammebetingelser, hverken for å regulere driften av oppdrettsnæringen eller på annet grunnlag. Her ser jeg bort fra fôrkvote-ordningen på 90-tallet, forut innføringen av MTB-systemet.¹⁰¹ På 90-tallet bar myndighetene ansvaret for å tilpasse produksjonen til markedet. I denne sammenhengen viser jeg til pkt. 2.2 hvor jeg beskrev den historiske utviklingen hvor næringen selv fikk ansvaret for produksjonen.

Rettighetsposisjonen ble ytterligere styrket etter ikrafttreddelsen av akvakulturloven (01. januar 2006). Etter akl. § 1 har loven til formål å "[...] fremme akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft innenfor rammene av en bærekraftig utvikling, og bidra til verdiskaping på kysten.". Ved akvakulturloven ble det eksplisitt gitt adgang til å omsette produksjonstillatelser og i denne forbindelse ble akvakulturregisteret opprettet som realregister for registrering av eierforhold og heftelser. Se i denne forbindelse følgende utdrag fra motivene:

I utgangspunktet bør næringsutviklingen skje gjennom en fri bedriftsøkonomisk tilpasning. Departementet foreslår derfor å lovfeste rett til å kunne overføre tillatelser, samt mulighet for panted adgang i alle typer akvakulturtillatelser. Forslaget i ny

¹⁰⁰ Rt. 2005 s. 1461 avsnitt 46.

¹⁰¹ Som nevnt ble tillatelsenes omfang avgrenset i MTB fra og med 2005, se kapittel 2.

akvakulturlov om overføring og pant av tillatelser uten offentlig godkjenning innebærer en økt handlefrihet for næringen. *Dette vil gi næringen selv en mulighet til å omstrukturere driften etter en forretningsmessig vurdering.* (uthevet her).¹⁰²

Myndighetenes oppfatning av at produksjonsrettighetene er permanente kommer også til uttrykk ved at tildeling av nye akvakulturtillatelser gjøres mot betydelige vederlag til det offentlige. Dette moment kommer jeg tilbake til flere steder under.

Oppdrettsloven ble endret i 1991 ved at det ble åpnet adgang for at en eier kan inneha flere matfiskanlegg. Kravet til lokal tilknytning for majoritetsinteressene ble opphevet, mens eierinteressene fortsatt skulle ha lokal tilknytning så vidt det var mulig. Gjennom hele 1990-tallet foregikk det en betydelig omstrukturering innen lakse- og ørretoppdrett gjennom fusjoner og ved at selskaper og konsesjoner ble omsatt særskilt. Ved overdragelsen av selskaper, utgjorde verdien av selve konsesjonene en betydelig del av kjøpesummen.

Når det på 2000-tallet igjen ble aktuelt å tildele nye tillatelser, fremmet departementet i 2001 Ot.prp. nr. 65 (2000-2001) om lov om endring i lov om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. (vederlag ved tildeling av konsesjoner for matfiskoppdrett av laks og ørret). I proposisjonen, s. 8, foreslår departementet at det skal tas vederlag ved tildeling av nye tillatelser:

I dagens marked overdras konsesjoner mellom næringsutøvere mot betaling. En vederlagsfri tildeling av konsesjonsrettigheter som senere kan omsettes med stor fortjeneste, ville etter departementets oppfatning være uheldig. *Konsesjoner for matfiskoppdrett av laks og ørret gir en beskyttet rett til næringsutøvelse.* (uthevet her).

Forslaget ble vedtatt og staten har fra tildelingsrunden i 2002 tatt vederlag ved tildeling av nye tillatelser og fra 2009 vederlag ved tildeling av økt MTB. Ved innføringen av akvakulturloven i 2006 ble det åpnet for fri omsetning av tillatelser, uten forutgående godkjenning fra myndighetene.

Som markert ovenfor har myndighetene tatt vederlag ved tildeling av økt MTB og nye tillatelser fordi dette skulle kompensere for den særlige verdi tillatelsene representerer. Videre

¹⁰² Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) Om lov om akvakultur (akvakulturloven), s. 19.

fremgår det at tillatelsen representerer en beskyttet rett til næringsutøvelse. Den beskyttelse som det her vises til, må være den særlige retten til produksjon som fremgår av selskapstillatelsen. Som redegjort for er det blant annet miljøet som setter premissene for lokalitetstillatelsen, mens miljøhensyn aldri har hatt relevans på selskapsnivå. Disse forhold sett i sammenheng taler for at selskapstillatelsen representerer en vernet rettighetsposisjon.

Videre har vederlag til det offentlige for erverv av akvakulturtillatelser en parallell til flertallets drøftelse om "særlige forhold" i Struktur-kvotedommen.¹⁰³ Flertallet konstaterte berettigede forventinger, skapt av myndighetene, på bakgrunn av avtalelignende forhold mellom myndighetene og rettighetshaver. Det kan hevdes at berettigede forventinger gjør seg særlig gjeldende i forhold til selskapstillatelsen, kontra strukturkvotene. Erverv av akvakulturtillatelser minner mer om en tradisjonell transaksjon mellom samfunnet og erverver, hvor motytelsen er en tillatelse med faste, beskyttede rammebetingelser.¹⁰⁴ Dette må igjen ses på bakgrunn av at tillatelsenes omsetningsverdi bygger på forutsetningen om at rammebetingelsene ligger fast, i motsetning til fiskerikvotene som justeres fra år til år.

Jeg går ikke nærmere inn på koblingen til berettigede forventinger her. Oppdretterne har en rettighetsposisjon som i prinsippet nyter vern etter Grl. § 97.

3.3.3 Øvrige minimumsvilkår

Spørsmålet blir etter dette om de øvrige minimumsvilkårene er oppfylt. Som redegjort for i pkt. 3.2 har Høgberg dedusert følgende minimumsvilkår fra rettspraksis: (1) krav om lov, (2) skade, (3) årsakssammenheng mellom lov og skade og (4) tilbakevirkningskrav. Selv om vilkårene er oppfylt følger ikke Grunnlovsstrid.¹⁰⁵ Det er fortsatt tale om minimumsvilkår.

Lov-kravet er ikke særlig tvilsomt. Det ble allerede i Rt. 1956 s. 952 slått fast at det er sikker lære at forvaltningens forskrifter kan settes til side som stridende mot tilbakevirkningsforbudet. Dette gjelder både forskrifter vedtatt med hjemmel i lov og med hjemmel i andre stortingsbeslutninger, se Rt. 2005 s. 855 (Allseas). Begrunnelsen er åpenbar. Lovgiver kan ikke ha adgang til å omgå tilbakevirkningsforbudet ved å vedta ny lovgivning i

¹⁰³ Se redegjørelsen i pkt. 3.3.1.1.

¹⁰⁴ Se formålsbestemmelsen i akl. § 1.

¹⁰⁵ Se pkt. 3.2. Minimumsvilkårene er vilkår som å være oppfylt for at Grl. § 97 skal komme til anvendelse.

annen form enn etter en bokstavelig tolkning av begrepet "lov". Således må ordlyden i bestemmelsen tolkes utvidende til å omfatte lovgivning, inkludert forskrifter, som sådan.

Kapasitetsjusteringsforskriften har sin forankring i både akl. § 9 tredje ledd og POF § 9, samt Havbruksmeldingen. Lovkravet er dermed oppfylt.

De øvrige minimumsvilkårene kan formuleres slik: for at tilbakevirkende lovgivning skal være i strid med Grl. § 97, må skaden være forårsaket av den nye lovgivnings tilbakevirkende elementer. Denne formuleringen tar opp i seg kravet om skade, årsakssammenheng og tilbakevirkning. Dette vurderes i det følgende.

Når det gjelder skadekravet har vilkåret blitt formulert forskjellig. I Strukturvote-dommen formulerte mindretallet vilkåret slik: "Grunnloven § 97 retter seg bare mot tilbakevirkning til skade", mens i Hagen-dommen ble vilkåret presentert som et spørsmål om den nye lov var til "ulempe".¹⁰⁶ I juridisk teori er formuleringene også varierende. Se for eksempel Skoghøy som formulerer vurderingstemaet som et spørsmål om reguleringen representerer en "ugunstig effekt".¹⁰⁷

Variasjonen i formuleringer kan neppe ha betydning for vurderingstemaet, annet enn å gi anvisning på at vilkåret ikke praktiseres strengt.

For å besvare spørsmålet om vilkårene er oppfylt må det tas utgangspunkt i en individuell vurdering av de "direkte skadevirkningene" som innehaverne av akvakulturtillatelser er påført, som følge av kapasitetsjusteringsforskriften (2020) jf. Strukturvote-dommen, avsnitt 184.¹⁰⁸

Nedjusteringen reduserer ikke bare akvakulturtillatelsens verdi (selskapstillatelsen), men har også negative følger for driften. Disse skadefølgene er direkte forårsaket av kapasitetsjusteringsforskriften § 21.

¹⁰⁶ Se Hagen-dommen avsnitt 115.

¹⁰⁷ Skoghøy (2011), s. 269.

¹⁰⁸ Se også Arves trafikkskole avsnitt 50, 53 og 54 samt Rederiskatt-dommen avsnitt 130-136.

Det tilbakevirkende element er markert ved at de individuelle, permanente produksjonsrettighetene knyttet til selskapstillatelsen er ervervet forut innførselen av trafikklyssystemet. Når det gjelder følgene på driftsnivå er det tilstrekkelig å påpeke at oppdretterne har disponert i tråd med driftsplaner som direkte blir påvirket av nedjusteringen på grunn av den lange produksjonstiden. Jeg finner det ikke nødvendig å kvantifisere skaden her, da dette ikke er nødvendig for at vilkåret skal være oppfylt.

Det følger av Høyesterettspraksis at andre og mer indirekte følger av lovgivningen i første rekke være av betydning i helhetsvurderingen.¹⁰⁹ I det tilfelle som her vurderes er følgene for driften til oppdretterne så markante at de må regnes å være "direkte skadevirkninger" heller enn "indirekte følger".

Nedjusteringen fører med seg tilbakevirkende skadeelementer for oppdretterne i relasjon selskapstillatelsen, men også i relasjon til og de konkrete virkningen på driftsnivå. Jeg har i imidlertid i mindre grad vært innom at nedjusteringens ikrafttredelsesbestemmelse også medføre en skade for oppdretterne, som forsterker skadevirkningen og tilbakevirkningen på driftsnivå.

Ikrafttredelsen på 6 måneder er ikke avgjørende for at minimumsvilkårene skal være oppfylt, men jeg velger å belyse dette tilbakevirkende skadeelementet allerede her, fordi ikrafttredelsen, isolert, ikke kan klassifiseres som "andre og mer indirekte følger" av nedjusteringen. Jeg vil komme tilbake til begrunnelsen for dette.

Til støtte for betraktningen om at ikrafttredelsesbestemmelser kan representere ulovlig tilbakevirkning leser jeg Rt. 2010 s. 748 hvor Høyesterett, under henvisning til Grl. § 97, tolket forskriften om ikrafttredelse av tvisteloven slik at en sak ikke kan begjæres gjenåpnet innenfor tiårsfristen etter tvisteloven dersom femårsfristen i tvistemålsloven var utløpt da tvisteloven trådte i kraft.¹¹⁰ I samme retning leses Rt. 2005 s. 855 som gjaldt lokalisering av fradrag og fastsettelse av skattesats ved summarisk fellesoppgjør for et selskap med virksomhet på norsk kontinentalsokke. Høyesterett kom her til at "[...] forskriftens

¹⁰⁹ Se Arves Trafikkskole avsnitt 55 og Strukturvote-dommen avsnitt 184.

¹¹⁰ Se Skoghøy (2011) s. 277, første avsnitt.

ikrafttredelsesbestemmelse i slike tilfeller innebærer at det knyttes økte byrder til selskapets manglende lønnsinnberetninger flere år tidligere."¹¹¹

For oppdretterne representerer ikke ikrafttredelsen bare et dominerende element i årsaksbildet, men de økte byrdene er av særlig omfattende art. Ikrafttredelsen henger imidlertid nært sammen med nedjusteringens generelle effekt på driftsnivå. Dette fordi de berørte oppdrettere har foretatt ugjenkallelige disposisjoner i tilknytning til produksjonen, i tråd med driftsplaner, som realiserer seg etter ikrafttredelsen på 6 måneder.¹¹² Disse forhold vil bli nærmere redegjort for i helhetsvurderingen.

Oppsummeringsvis nevnes det at ikke bare inngrepet i selskapstillatelsen medfører tilbakevirkning til skade. Nedjusteringens virkning for driftsnivået innebærer også tilbakevirkning til skade. Det samme gjelder ikrafttredelsen på 6 måneder. Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn i disse elementene her, da det påpekte er tilstrekkelig for å oppfylle minimumsvilkåret. Hvordan og i hvilken grad de enkelte elementene ved nedjusteringen rammer, formelt og reelt, behandles inngående i det følgende.

Samtlige minimumsvilkår er oppfylt og Grl. § 97 kommer til anvendelse.

3.4 Normvalg og helhetsvurdering

I denne delen av avhandlingen skal det først gjøres en vurdering av hvilken norm som kommer til anvendelse på temaet. Deretter er spørsmålet om nedjusteringen står seg i møte med den valgte norm. Disse spørsmålene, med tilhørende underproblemstillinger, vurderes i den beskrevne rekkefølge.

3.4.1 Normvalg

I juridisk litteratur har det blitt utviklet flere teorier for tilnærmingen til normvalget etter Grl. § 97. Herunder teorier om velervervede rettigheter, rettsregelteori, standardteori, interesse- og forholdsmessighetsvurderinger og sontringen mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning. Jeg

¹¹¹ Se Rt. 2005 s. 855 avsnitt 68 siste punktum.

¹¹² Se pkt. 2.3 om produksjonen.

nøyer meg med å vise til Skoghøys beskrivelse av teoriene.¹¹³ Disse tilnærmingene har i større eller mindre grad påvirket rettsanvendelsen til Høyesterett.

I denne avhandlingen vil tilnærmingen til normvalget være mer praktisk enn teoretisk. Således tas det utgangspunkt i de rettssetninger som fremgår av premissene i den senere tids Høyesterettsavgjørelser som er relevante for kartleggingen av dagens rettstilstand.¹¹⁴

Selv om Strukturvote-dommen er sentral, bygger den på en rekke andre avgjørelser. Det er derfor hensiktsmessig å dra ut elementer fra disse, som er særlig relevante når det kommer til normvalget. Disse elementene vil være av betydning for tolkningen av Strukturvote-dommen og Hagen-dommen, som er de to siste avgjørelser som behandler Grl. § 97 i full bredde.

Som nevnt innledningsvis er det uavklarte spørsmål knyttet til tolkningen av Grl. § 97. På denne bakgrunn er det hensiktsmessig å foreta en inngående redegjørelse for vurderingstemaet som gjør seg gjeldende for normvalget, med utgangspunkt i rettspraksis. I det følgende vil det derfor bli gitt en forenklet oversikt over de normene som gjør seg gjeldende etter bestemmelsen. Deretter vurderes hvilke vurderingstema som gjør seg gjeldende for vurderingen av hvilken norm som kommer til anvendelse. Til sist foretas en konkret vurdering av hvilken norm som kommer til anvendelse på nedjusteringen.

3.4.1.1 Normene etter Grl. § 97

En gjennomgang av rettspraksis gir anvisning på at tre normer kan utledes av Grl. § 97. Disse normene presenteres i det følgende.

Først ser jeg på Borthen-dommen som omhandlet trygderettigheter. Flertallet konkluderte med at pensjonsrettigheter etter folketrygdloven nyter grunnlovsværn. På s. 1426 oppstiller førstvoterende følgende utgangspunkt for vurderingen:

Bestemmelsen [...] stiller etter vår rettstradisjon opp et forbud, som vel kan gis et mer presist innhold på *spesielle rettsområder*, men som ellers, *blant annet på det*

¹¹³ Skoghøy (2011) s. 271 andre avsnitt.

¹¹⁴ De relevante avgjørelser ble nevnt i pkt. 3.1.

rettsområdet vi her er på, må anses for å rette seg mot særlig urimelig eller urettferdig tilbakevirkning. (uthevet her).

Thunheim-dommen bygger på samme norm. Det samme gjelder Rt. 2006 s. 262 (Ektefellepensjon-dommen), se særlig sistnevntes avsnitt 82.

Denne normen vil i det følgende bli omtalt som "Borthen-normen".¹¹⁵

Tilbakevirkningsforbudet ble på nytt vurdert i Arves Trafikkskole. Spørsmålet var om nye avgiftsregler, som medførte tilbakevirkning av inngående merverdiavgift, representerte ulovlig tilbakevirkning. Avgiften var rettmessig fradragsført før de nye reglene trådte i kraft.

I avsnitt 69 uttales at tilbakevirkningsforbudet i GrL. § 97 "[...] åpner for *mellomvarianter mellom et absolutt forbud og en helhetsvurdering hvor bare den særlige urimelige eller urettferdige tilbakevirkning er forbudt.*" (uthevet her). Flertallet kom til at regler på det aktuelle rettsområdet kunne gis tilbakevirkende kraft, men bare dersom "sterke samfunnsmessige hensyn gjorde seg gjeldende".¹¹⁶

Normen som ble lagt til grunn i Arves Trafikkskole finnes altså mellom det absolutte tilbakevirkningsforbudet og Borthen-normen hvor bare den klart urimelige eller urettferdige tilbakevirkning rammes. Samme norm ble lagt til grunn i Rederiskatt-dommen.¹¹⁷

Normen som her er presentert omtales i det følgende som "mellomvariant-normen".

Spørsmålet blir etter dette hvilket vurderingstema rettspraksis gir anvisning på for valget av grunnlovsnorm.

3.4.1.2 Hvordan foretas normvalget?

I Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) foretok Høyesterett en interessebasert avveining når det kom til utforming av grunnlovsnormen, se avsnitt 101. Tilnærmingen ble begrunnet med at tvisten

¹¹⁵ Normen har samme benevnelse i Hagen-dommen, se avsnitt 68 med videre henvisninger.

¹¹⁶ Se Arves Trafikkskole avsnitt 72.

¹¹⁷ Se Rederiskatt-dommen avsnitt 154.

som retten sto overfor var "[...] en interessekollisjon ved at det er tale om to [private] parter med hver sin interesse i eiendommen."

I Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) tolket førstvoterende Arves trafikkskole og Øvre Ullern, og konkluderte med at rettspraksis gir anvisning på følgende vurderingstema:

Spørsmålet om ei lov som knyter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av *kor sterkt tilbakeverknadselementet er*. Dersom lova direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig. Om lova derimot *berre* gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen den motsette. *Mellom desse ytterpunkta finst det overgangsformer*. (uthevet her).

Dommen gir uttrykk for at det overordnede vurderingstemaet er tilbakevirkningselementets styrke. Veiledende for denne vurderingen er om den aktuelle lovgivnings virkning berører tidligere hendelser eller "berre" griper inn i etablerte (bestående) rettighetsposisjoner.

Dette var første gang Høyesterett uttrykkelig uttalte at tilbakevirkningselementets styrke er sentralt. En vurdering av tilbakevirkningselementets styrke gir anvisning på en konkret helhetsvurdering av den aktuelle lovgivning i relasjon til rettighetsposisjonen.¹¹⁸

For øvrig gir sitatet, sett bort fra siste setning, uttrykk for to absolutte alternativer som, rent logisk, ikke er enkel å forene med at normvalget avhenger av hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Det vises da særlig til uttrykksmåtene: "dersom lova" og "om lova derimot". Denne ordlyden gjør det utfordrende å forholde seg til siste setning, som gir anvisning på et tredje alternativt, omtalt som "overgangsformer". Det er klart at begrepet "overgangsform" må forstås synonymt med begrepet "mellomstilling" i Arves Trafikkskole, og således siktes det til mellomvariant-normen.

Motstriden kan langt på vei løses ved å se nærmere på formuleringen av problemstillingene førstvoterende reiser i Arves trafikkskole. Overordnet var spørsmålet hvilken norm som kom

¹¹⁸ Se Arves trafikkskole avsnitt 69.

til anvendelse, deretter var underproblemstillingen om det kan oppstilles et absolutt forbud.¹¹⁹ Deretter foretas en vurdering, se følgende nøkkelaussnitt:

I vår sak er Arves Trafikkskole fratatt en økonomisk rettighet. I sin virkning dreier det seg om å knytte økonomiske byrder til en tidligere handling. Man er da på et område hvor Grunnlovens tilbakevirkningsforbud står sterkt, men ikke i forbudets innerste kjerne. Etter mitt syn kan man ikke på dette området stille opp et absolutt forbud mot tilbakevirkning. Men fordi man er så nær kjerneområdet til § 97, må det mye til før en tilbakevirkning kan godtas. (uthevet her).¹²⁰

Førstvoterende konkluderer med at det absolutte forbudet gjelder på strafferettens område, men at det også på andre områder kan oppstilles et utgangspunkt om forbud, men at dette ikke er absolutt.¹²¹ Motstriden ble altså løst ved å ta utgangspunkt i én av normene, på hver sin side av skalaen, for deretter å justere utgangspunktet utfra en vurdering av tilbakevirkningselementets styrke – som førte til mellomvariant-normen kom til anvendelse. Dette kommer jeg tilbake til.

Strukturkvote-dommen kom, kronologisk, etter Rederiskatt-dommen og Arves Trafikkskole. Også når det gjaldt normvalget delte flertallet og mindretallet seg. Flertallet la til grunn Borthen-normen, se avsnitt 101, mens mindretallet la til grunn mellomvariant-normen, se avsnitt 217. En av de mest sentrale forholdene i Strukturkvote-dommen var at den, til en viss grad, reiste tvil om det fantes en mellomvariant-norm eller om Borthen-normen bare er fleksibel og skjønnsmessig.¹²² Dette spørsmålet henger nært sammen med de overordnede uenighetene mellom fraksjonene, når det gjaldt tilnærmingen til normvalget.

Strukturkvote-dommen ble imidlertid tolket i Hagen-dommen. Følgende gjengis fra Høyesteretts tolkning, avsnitt 73-74:

I avsnitt 81 viser førstvoterende til avsnitt 153 i rederiskattesaken, som jeg nettopp har sitert. Jeg oppfatter det slik at han gir sin tilslutning til det utgangspunktet som tas i

¹¹⁹ Se Arves Trafikkskole avsnitt 58 første pkt.

¹²⁰ Ibid. avsnitt 70.

¹²¹ Ibid. avsnitt 61.

¹²² Se Strukturkvote-dommen avsnitt 101.

rederiskattesaken, som han knytter opp mot et skille mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. *Slik jeg forstår førstvoterende i strukturkvotedommen, avviser han videre ikke at det finnes «overgangsformer», slik Høyesterett la til grunn i rederiskattesaken. Her viser jeg særlig til avsnitt 91 og 98.*

Førstvoterende oppsummerer sitt syn på normvalget i avsnitt 101: «Jeg vil ikke avvise at normen i andre saker ved inngrep i bestående rettsposisjoner kan gis en annen og mer treffende formulering som bedre fanger opp hva grunnlovsmessigheten skal prøves mot enn det Borthen-normen gjør. Men jeg finner ikke grunn til i denne saken å gå nærmere inn på dette. Også i Borthen-dommen oppstilles en relativ norm, som er fleksibel og skjønnsmessig. (uthevet her).

Det er sentralt å merke seg at Høyesterett tolket bort tvilen knyttet til spørsmålet om det fantes en mellomvariant-norm. Vurderingstemaet ble videre presisert slik i Hagen-dommen, avsnitt 77:

Fra denne gjennomgåelsen slutter jeg at *kjernespørsmålet* er hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Hvis loven direkte knytter tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Gir loven derimot bare regler om hvordan en allerede etablert posisjon skal utøves, er hovedregelen den motsatte. I de sistnevnte tilfellene har lovgiveren et betydelig spillerom, se avsnitt 94 i strukturkvotedommen. *Det er en glidende overgang mellom disse ytterpunktene.* I rederiskattedommen omtales dette som «overgangsformer», mens det i strukturkvotedommen fremheves at «Borthen-normen» er relativ, fleksibel og skjønnsmessig. (uthevet her).

Sitatet viser at Høyesterett, i Hagen-dommen, viderefører den formuleringen av vurderingstemaet som fremgår av Rederiskatt-dommen, med den tilføyelse at tilbakevirkningens styrke nå er formulert som "kjernespørsmålet". Denne ordlyden finnes ikke i Rederiskatt-dommen, og er nytt fra og med Hagen-saken.¹²³ Etter denne

¹²³ Se Rederiskatt-dommen avsnitt 153 første punktum.

gjennomgangen sluttet at normvalget skal ta utgangspunkt i at kjernes spørsmålet er hvor sterke de tilbakevirkende elementene er.

Dette utgangspunktet for vurderingen utfordrer flertallets drøftelse om egentlig/uegentlig tilbakevirkning i Strukturvote-dommen som gir anvisning på en binær tilnærming. Etter Hagen-dommen må det legges til grunn at flertallet i Strukturvote-dommen må tolkes dit hen at det ikke avvises at det finnes en mellomvariant-norm jf. det siterte ovenfor. Når det er sagt tar ikke Høyesterett, i Hagen-dommen, direkte stilling til om skillet mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning skal være styrende for normvalget. Det er derfor nødvendig å se nærmere på spørsmålet om skillet mellom egentlig/uegentlig er avgjørende for normvalget.

3.4.1.3 Er skillet mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning avgjørende for normvalget?

I Strukturvote-dommen ble flertallets utgangspunkt om egentlig/uegentlig tilbakevirkning sterkt kritisert av mindretallet. Kritikken gjengis:

Førstvoterende bygger i stor grad sin drøftelse av grunnlovsnormen på skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Dette skillet kan kanskje være egnet som et pedagogisk virkemiddel, men mitt syn er at det etter dagens rettstilstand ikke er avgjørende for valget av grunnlovsnorm. Verken i plenumsdommen om Arves Trafikkskole i Rt-2006-293 eller i plenumsdommen om rederiskatt i Rt-2010-143 er skillet benyttet av flertallet, og skillet har vært kritisert i juridisk teori, jf. blant annet Moltumyr Høgberg, Forbud mot tilbakevirkende lover (2010) side 270-275 med videre henvisninger og i TfR 2010 side 694 flg. på side 712.¹²⁴

Selv om Høyesterett i Hagen-dommen ikke direkte tar parti i uenigheten mellom flertallet og mindretallet i Strukturvote-dommen, kan det etter min mening utledes et uuttalt synspunkt.

Dette begrunnes logisk med formuleringen av vurderingstemaet, nemlig at "[fra] denne gjennomgåelsen slutter jeg at kjernes spørsmålet er hvor sterkt tilbakevirkningselementet

¹²⁴ Strukturvote-dommen avsnitt 191.

er."¹²⁵ Selv om en lovgivnings tilbakevirkende kraft må betraktes å være uegentlig, kan de tilbakevirkende elementer være meget sterke. Gullklausul-dommen er et eksempel på dette.¹²⁶

Etter betraktningen til flertallet i Strukturvote-dommen vil man i et tilfelle som var til behandling i Gullklausul-dommen måtte ta utgangspunkt i at loven ikke er grunnlovsstridig. Hagen-dommen kan tolkes dit hen at det tas avstand fra dette synspunkt, ved å oppstille det siterte vurderingstemaet. Se særlig at Høyesterett, i Hagen-dommen, valgte å supplere formuleringen av vurderingstemaet med begrepet "kjernespørsmålet".

Denne tolkningen må ses i sammenheng med drøftelsen og konklusjonen som følger i Hagen-dommen. Drøftelsen er i tråd med mindretallets drøftelse i Strukturvote-dommen.¹²⁷

Samtidig er konklusjonen formulert slik: "Det dreier seg om en lovendring som griper inn i utøvelsen av en etablert rettsposisjon, *hvor tilbakevirkningselementet er lite fremtredende.*" (uthevet her).¹²⁸ Ordlyden egentlig/uegentlig tilbakevirkning er ikke nevnt, hverken i drøftelse eller konklusjon.

Det er verdt å merke seg at flertallet i Arves Trafikkskole tar utgangspunkt i spørsmålet om det kan oppstilles et absolutt forbud, mens det i Hagen-saken tas utgangspunkt i normen på motsatt side av skalaen, men i begge avgjørelser ble utgangspunktet vurdert justert utfra tilbakevirkningselementets styrke.

Både flertallet i Strukturvote-dommens tilnærming til normvalget og tilnærmingen i Hagen-dommen, har sine opphav i avgjørelser forut Strukturvote-dommen. Det er på bakgrunn av dette holdepunkter for å si at det berodde på et bevisst valg at Høyesterett, i Hagen-dommen, valgte samme tilnærming som mindretallet i Strukturvote-dommen, flertallet i Arves Trafikkskole og Rederiskatt-dommen – i stedet for å følge flertallet i Strukturvote-dommen.

Når det er sagt slås det fast i Hagen-dommen at det er tale om en "etablert rettsposisjon" og samtidig et inngrep i økonomiske rettigheter. Betegnelsen "etablert rettighetsposisjon" er blitt

¹²⁵ Hagen-dommen avsnitt 79 første punktum.

¹²⁶ Rt. 1962 s. 369 (Gullklausul-dommen). Dommen kommer jeg tilbake til.

¹²⁷ Se Strukturvote-dommen, avsnitt 190.

¹²⁸ Se Hagen-dommen avsnitt 87.

brukt for å kjennetegne uegentlig tilbakevirkning.¹²⁹ At lovgivningen rammer en etablert rettighetsposisjon sier dog lite om tilbakevirkningselementets styrke, som nevnt. Samtidig er det vanskelig å finne begreper som bedre beskriver igangværende virksomhet og den rettighetsposisjon denne gir uttrykk for, enn nevnte ordlyd. Dessuten er dette bare utgangspunktet for vurderingen, som skal vurderes justert – beroende på de tilbakevirkende elementers styrke.

Dette blir tydelig når det tas i betraktning at Høyesterett i Hagen-dommen, på tross av å slå fast at det er tale om en "etablert rettshposisjon", foretar en vurdering av tilbakevirkningselementets styrke. Tilnærmingen er ikke bare et klart avvik fra flertallet i Strukturvote-dommen, men samtidig en tilslutning til mindretallets vurdering.

Etter min mening følger det av HR-2018-1906-A at skillet mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning må anses helt forlatt av Høyesterett. Selv om det ikke blir foretatt en fullstendig drøftelse av tilbakevirkningsforbudet, er det klart at Høyesterett vurderte tilbakevirkningselementene i sammenheng med en helhetsvurdering.¹³⁰ Skulle Høyesterett mene at skillet mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning var styrende for normvalget må det antas at de ville benyttet seg av teorien, særlig tatt i betraktning den særlige skarpe dissensen i Strukturvote-dommen.

Det kan reises spørsmål om det er i tråd med juridisk metode å tolke Hagen-dommen slik. Det kan menes at dersom Høyesterett skulle fravike flertallet i Strukturvote-dommen, skulle retten vært satt som plenumsdom, kontra avdeling.¹³¹ Mitt synspunkt er imidlertid at flertallet i Strukturvote-dommen tar betydelige forbehold for sin tilnærming til normvalget. Særlig vises det til avsnitt 101 hvor førstvoterende ikke "[vil] avvise at normen i andre saker ved inngrep i bestående rettshposisjoner kan gis et annet og mer treffende formulering [...]." I tillegg ble vurderingstemaet presentert etter tolkning, i Hagen-dommen, og således er det ikke tale om et direkte og åpent motstridsforhold mellom disse avgjørelsene.

¹²⁹ Se for eksempel Skoghøy (2011) s. 277 hvor følgende er uttalt i et oppsummerende avsnitt: "Det er som hovedregel ikke grunnlovsstridig å gi nye regler om hvordan en etablert rettshposisjon skal utøves for fremtiden ("uegentlig tilbakevirkning"). For at et inngrep i en etablert rettshposisjon skal være grunnlovsstridig, må inngrepet fremstå som *uforholdsmessig inngripende eller tyngende*."

¹³⁰ HR-2018-1906-A avsnitt 93-98.

¹³¹ Se Skoghøy (2017) s. 143-145 med videre henvisninger.

Etter dette legges det til grunn at skillet mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning ikke er avgjørende for normvalget, men at det sentrale er tilbakevirkningselementets styrke. Således virker det tilfeldig hvor på skalaen utgangspunktet tas da drøftelsen i realiteten blir en helhetsvurdering av tilbakevirkningselementets styrke.

Under normvalget har Høyesterett vektlagt hvilket rettsområde en regulering faller inn under sammenholdt med rettighetsposisjonens karakter.¹³² Disse momentene drøftes i det følgende.

3.4.1.4 Betydningen av rettsområdet og rettighetsposisjonens karakter

Det vesentlige innholdet i rettsområde-momentet synes å være tilknyttet hensynet til statens styringsbehov. Dette utledes fra rettspraksis, se blant annet Arves Trafikkskole, avsnitt 71, første punktum: "[staten] har anført at lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet". Det samme fremgår av Borthen-dommen, s. 1430: "[...] men på dette rettsområdet må lovgivers spillerom, i lys av de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 bokstav a og d, være vesentlig".

Innholdet i rettighetsposisjonens karakter sammenfaller i stor grad med redegjørelsene som er foretatt i pkt. 3.3.2-3.3.3.

I dette underkapittel vurderes disse momenters betydning for normvalget, i lys av rettspraksis.

I Gullklausul-dommen kom Høyesterett til at det ved ny lovgivning kan knyttes "tyngende rettsvirkninger, av annen karakter enn straff", til tidligere begivenheter dersom "samfunnets vitale interesser" tilsier det.¹³³ Dette er en generell, negativ avgrensning, hvor alle rettsområder utenom straff er omfattet.

I Rt. 2006-293 P (Arves trafikkskole) var det, som beskrevet ovenfor, spørsmål om en næringsdrivende kunne fratras fradragsrett for inngående merverdiavgift på et kjøp som hadde funnet sted tidligere. Førstvoterende slår fast at Arves Trafikkskole er fratatt en økonomisk rettighet. Videre uttales:

¹³² Se for eksempel Arves Trafikkskole avsnitt 59-61 med videre henvisninger.

¹³³ Gullklausul-dommen s. 385.

Staten har anført at lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet. Jeg bemerker at *dette synspunktet har vært lagt til grunn som et generelt utgangspunkt i forhold til alminnelig inntekts- og formuesskatt. I vår sak gjelder det en transaksjonsavgift hvor nye byrder blir knyttet til en transaksjon som avgiftsmessig sett skulle ha vært gjort opp før lovendringen. Hensynet til omsetningslivets innrettelsesbehov må da veie tungt.* (uthevet her).¹³⁴

Det er interessant å merke seg at rettsområdemomentet holdes opp mot rettighetsposisjonen. Fremgangsmåten gir anvisning på en interesseavveining mellom statens styringsbehov og omsetningslivets innrettelsesbehov.

Det siterte gir videre anvisning på at statens handlingsfrihet tidligere har vært lagt til grunn som et generelt viktig moment for normvalget innenfor skatte- og avgiftsområdet jf. statens anførsel. Førstvoterende fraviker synspunktet ved å ytterligere *differensiere* innenfor skatte- og avgiftsområdet hvor én kategori er inntekts- og formuesskatt, mens det her gjaldt en ny kategori, nemlig: "transaksjonsavgift".¹³⁵

Differensieringen blir gjort til fordel for hensynet til "omsetningslivets innrettelsesbehov". Det er en nær sammenheng mellom omsetningslivets innrettelsesbehov og forutberegnelighet, og begge hensyn er nært tilknyttet prinsippet om berettigede forventninger.¹³⁶ Disse elementer er samtidig vesentlige sider ved en vurdering av en rettighetsposisjon.

Den samme relativiseringen av betydningen av rettsområdet (statens handlingsfrihet) mener jeg også blir gjort av Høyesterett i Hagen-dommen, hvor det uttales at "[det] kan ikke være tvilsomt at inngrep i trygderettigheter må vurderes etter normen «klart urimelig eller urettferdig» – dette følger både av Borthen-dommen og Thunheim-dommen. Spørsmålet er om et inngrep i *reguleringsmekanismen i stortingspensjonene* må vurderes etter samme norm." (uthevet her).¹³⁷

¹³⁴ Arves Trafikkskole avsnitt 71.

¹³⁵ Poenget er særlig markert ved fortidsformuleringen, uthevet i petitavsnittet ovenfor.

¹³⁶ Se særlig Strukturkvote-dommen avsnitt 74 og Arntzen (2010) s. 267 flg.

¹³⁷ Hagen-dommen avsnitt 78.

Overordnet faller både pensjonsrettigheter og trygderettigheter inn under kategorien sosiale ytelser.¹³⁸ Videre er det, legislativt sett, nær sammenheng mellom trygderettigheter og pensjonsrettigheter. Når det er sagt, kan rettighetsposisjonene innenfor disse kategoriene ha noe forskjellig rettslig grunnlag og derfor kan det være en forskjell i rettighetsposisjonens karakter. Således kan det forsvares at Høyesterett gjør en selvstendig vurdering av stortingspensjonen til Hagen.¹³⁹

Det er imidlertid slik at Høyesterett tidligere har behandlet inngrep i pensjonsrettigheter i relasjon til tilbakevirkningsforbudet. Herunder Ektefellepensjon (Rt. 2006 s- 262) og offentlig ansattes pensjonsordning i Thunheim-saken (Rt. 1996 s. 1440). Høyesterett nevnte Thunheimdommen, i Hagen-dommen, men kategoriserer denne som en trygderettighetssak.¹⁴⁰ I denne sammenheng kan det fremstå som påfallende at Høyesterett ikke tar utgangspunkt i normen disse avgjørelsene gir anvisning på – når det nettopp er pensjonsrettigheter, innenfor sosiale ytelser, som skal vurderes.

I stedet oppstilles stortingspensjonen som en egen "kategori" innenfor pensjonsrettigheter og sosiale ytelser, altså en relativisering, på samme måte som førstvoterende gjorde i Arves Trafikkskole. Se følgende formulering av problemstillingen i avsnitt 78: "Spørsmålet er om et inngrep i reguleringsmekanismen i stortingspensjonene må vurderes etter samme norm."¹⁴¹

Gjennomgangen, til nå, gir anvisning på at Høyesterett ikke anser seg avskåret fra å skape nokså spesifikke og snevre underkategorier innenfor rettsområdene når det kommer til normvalget. Dette må ses i sammenheng med hva som gjøres i stedet, nettopp fokuset på rettighetsposisjonens karakter sammenholdt med tilbakevirkningselementets styrke.

Som jeg allerede har vært innom, tar Høyesterett i Hagen-dommen, utgangspunkt i rettighetsposisjonen som nyter vern, dette er markert ved at følgende ble lagt til grunn som utgangspunkt for normvalget: "Høyesterett synes i flere dommer å ha forutsatt at *statspensjonene har en særlig beskyttet stilling under Grunnloven § 97, i hvert fall*

¹³⁸ Ibid. avsnitt 80.

¹³⁹ Se Thunheim-dommen på s. 1448 hvor Høyesterett sammenligner tilleggspensjonen fra folketrygden med pensjon fra Statens pensjonskasse.

¹⁴⁰ Se Hagen-dommen avsnitt 78 første punktum.

¹⁴¹ Hagen-dommen.

sammenlignet med andre sosiale ytelser." (uthevet her).¹⁴² Rettighetsposisjonen ble så holdt opp mot, og vurdert i forhold til, tilbakevirkningselementets styrke i saken.

Som nevnt er de elementer som knytter seg til hvordan inngrepet rammer forbeholdt helhetsvurderingen og kommer derfor ikke inn under normvalget.¹⁴³ Når virkningen for rettighetshaver ikke er relevant for normvalget, er det rimelig at virkningen for staten heller ikke skal være avgjørende. Særlig når følgende uttalelse fra Hagen-dommen tas i betraktning: "Jeg konstaterer videre at det *uavhengig av normvalg* må skje en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden, og de samfunnsmessige hensynene på den annen." (uthevet her).¹⁴⁴ Statens styringsbehov er et samfunnsmessig hensyn som altså uansett skal avveies i helhetsvurderingen uavhengig av normvalg-vurderingen.

Samlet sett er de overstående slutninger ikke bare logisk og rimelig, men også i tråd med hensynene bak GrL § 97 – nemlig å ivareta forutberegnelighet samt beskytte mot overgrep og vilkårlighet.¹⁴⁵ Det vil være betenkelig om staten skal tildeles en fordel under normvalget når subjektet som søker bestemmelsens beskyttelse er avskåret samme mulighet. Overordnet er synspunktet også i tråd med kjernes spørsmålet, da statens styringsbehov innenfor et rettsområde, sier lite om tilbakevirkningselementenes styrke. Særlig rimelig blir denne slutningen når det tas i betraktning at normvalget er tilsynelatende avgjørende for konklusjonen.¹⁴⁶

Drøftelsen så langt gir anvisning på at en rettighetsposisjoner kan kategoriseres nokså snevert innenfor et rettsområde.¹⁴⁷ Således mister rettsområde, som moment i normvalget, mye av sin betydning i praksis. Siden statens styringsbehov er det sentrale hensyn bak rettsområde-

¹⁴² Ibid. avsnitt 80.

¹⁴³ Se Strukturkvote-dommen avsnitt 98-99

¹⁴⁴ Hagen-dommen avsnitt 77 første punktum.

¹⁴⁵ Se pkt. 3.1.

¹⁴⁶ Det har ikke hendt at en norsk domstol har tilsidesatt en lovgivning etter Borthen-normen. Smith har fremholdt at dette heller aldri bør skje, se Smith (2013), pkt. 2, syvende avsnitt.

¹⁴⁷ Se drøftelsen ovenfor hvor det er redegjort for at Høyesterett har differensiert nokså snevert mellom rettighetsposisjoner innenfor kategorien: pensjonsrettigheter. Herunder er det skilt mellom stortingspensjon jf. HR-2016-389-A (Hagen-dommen), ektefellepensjon jf. Rt. 2006 s. 262 (Ektefellepensjon-dommen) og offentlige ansattes pensjonsordninger jf. Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim-dommen).

momentet mister det også mye av sin betydning når kjernes spørsmålet er tilbakevirkningsselementets styrke.

Dette henger nært sammen med det som er sagt ovenfor om skillet mellom egentlig/uegentlig tilbakevirkning. Mer konkret har det betydning for hvordan formuleringen av utgangspunktet for normvalget, slik det er formulert i Hagen-dommen avsnitt 74, skal tolkes: "Hvis loven direkte knytter tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Gir loven derimot bare regler om hvordan en allerede etablert posisjon skal utøves, er hovedregelen den motsatte. *I de sistnevnte tilfellene har lovgiveren et betydelig spillerom, se avsnitt 94 i strukturvotedommen.*" (uthevet her).

Lovgiver har altså et betydelig spillerom i "sistnevnte" tilfeller, altså de tilfeller hvor Borthen-normen kommer til anvendelse. Inn under denne normen vil lovgiver ha betydelig spillerom, og ikke i vurderingen av hvilken norm som kommer til anvendelse som sådan. Statens styringsbehov kommer da inn som et moment i helhetsvurderingen etter at normvalget allerede er foretatt, og den utvalgte norm er Borthen-normen. Antitetisk tolket kan det hevdes at lovgiver ikke har et betydelig spillerom dersom mellomvariant-normen kommer til anvendelse.

Etter dette er det nærliggende å legge til grunn at statens styringsbehov ikke er et særlig relevant moment under normvalget. Særligheter ved det konkrete rettsområde konsumeres av kjernes spørsmålet om tilbakevirkningsselementets styrke – som må sammenholdes med rettighetsposisjonens karakter og den objektive virkningen av den konkrete lovgivning.

Jeg går så over til å vurdere hvilken norm som kommer til anvendelse på nedjusteringen som følger av kapasitetsjusteringsforskriften § 21.

3.4.1.5 Hvilken norm kommer til anvendelse på nedjusteringen?

Kjernes spørsmålet er hvor sterke de tilbakevirkende elementene er. Kjernes spørsmålet må harmoniseres med oppsummeringen av rettstilstanden som følger i Hagen-dommen, avsnitt 76, sitert ovenfor.

Kapasitetsjusteringsforskriften § 21 pålegger oppdretterne en 6% reduksjon av selskaps-MTB, med ikrafttredelse på 6 måneder.

Nedjusteringen berører i effekt to rettighetsposisjoner av forskjellig karakter, (1) selskapstillatelsens pålydende og (2) aktørenes rettighetsposisjon på driftsnivå. Kjernes spørsmålet må således vurderes i forhold til karakteren av disse rettighetsposisjonene. Jeg ser først på nedjusteringen av selskapstillatelsens pålydende med 6% og deretter virkningene på driftsnivå.

Det er forutsatt i kapasitetsjusteringsforskriften § 22 at nedjusteringen skal reflekteres i Akvakulturregisteret.¹⁴⁸ Bestemmelsen må ses i sammenheng med ikrafttredelsen på 6 måneder slik at den formelle justeringen i registeret først skjer når nedjusteringen trer i kraft. Selv om nedjusteringen iverksettes etter 6 måneder, vil reduksjonen i tillatelsens verdi realisere seg umiddelbart. Dette begrunnes logisk med at et rettssubjekt som vurderer å erverve en tillatelse fra et annet vil ta i betraktning nedjusteringen når vederlaget avtales, selv om dette formelt skjer etter 6 måneder.

Nedjusteringens *reelle* virkning for oppdretternes rettighetsposisjon på selskapsnivå er med andre ord umiddelbar.

Det *formelle* tidspunktet for virkningen av inngrepet var sentralt under normvalget for flertallet i Strukturvote-dommen. Førstvoterende legger tilsynelatende avgjørende vekt på at strukturkvotene falt bort etter 25 år, se særlig følgende uttalelse: "Vår sak gjelder framtidig endring av en etablert rettsposisjon – istedenfor å få beholde strukturkvotene så lenge som grunnvotesystemet gjelder, faller disse bort etter 25 år. Det er altså ikke spørsmål om å knytte byrder til tidligere handlinger, men om regulering av et oppnådd gode." jf. avsnitt 99.

Det må i det beskrevne tilfelle være klart at tidsbegrensningen hadde betydning for skipets daværende verdi – som knyttet seg til forutsetningen om at strukturkvotene var evigvarende når Volstad valgte å strukturere flåten sin, selv om virkningen gradvis øker mot tilbakeføringstidspunktet. Det kan synes som at tidsbegrensningens umiddelbare betydning for fartøyets verdi, ikke ble tillagt vekt av flertallet – da reduksjonen formelt realiserer seg etter 25 år. Man kan derfor si at det var nokså stor avstand, i tid, mellom den *reelle* og den *formelle* virkningen av lovgivningen som var til vurdering.

¹⁴⁸ Se forskrift 28. desember 2005 nr. 1706 om Akvakulturregisteret (A-registerforskriften).

Det ligger annerledes an for inngrepet i selskapstillatelsene. For det første realiserer skaden seg reelt sett umiddelbart og formelt sett etter 6 måneder. Isolert sett taler den nære sammenhengen mellom den reelle og formelle virkningen for en annen løsning av normvalget, enn den som ble lagt til grunn av flertallet i Strukturvote-dommen, jf. redegjørelsen ovenfor.

Videre er det betydelige vesensforskjeller i den generelle rettighetsposisjonen mellom strukturvoter og selskapstillatelser, hvor sistnevnte står på fastere grunn enn fiskeritillatelsene.¹⁴⁹

Under belyses noen særlige forhold som er av betydning for oppdretternes rettighetsposisjon, for å belyse de tilbakevirkende elementene inngrepet i selskapstillatelsen representerer.

Som redegjort for ovenfor har selskapstillatelsen karakter av å være et formuesobjekt (immaterielt driftsmiddel).¹⁵⁰ Dette må videre sammenholdes med at selskapstillatelsen i) er evigvarende, ii) aldri har vært gjenstand for inngrep, og iii) i flere tilfeller er ervervet fra staten mot betydelige vederlag.

Sistnevnte poeng omfatter både nye tillatelser og erverv av økt selskaps-MTB på eksisterende tillatelser. Disse forhold må tillegges vekt og trekker i retning av tilbakevirkning av en viss tyngde, sett i lys av hva flertallet vektlegger i Strukturvote-dommen. I denne sammenheng vises det til følgende formulering i avsnitt 98: "I en del tilfeller vil imidlertid et inngrep i en bestående rettsposisjon kunne ha virkninger som – selv om de retter seg framover i tid – har klare fellestrekk med de man har ved egentlig tilbakevirkning. *Jeg tenker spesielt på de tilfellene der rettsposisjonen er et resultat av økonomisk eller annen innsats.*" (uthevet her).

Ovenfor har det også blitt pekt på at tillatelsen gir uttrykk for individuelle og permanente produksjonsrettigheter. Ved tildeling av tillatelser eller økt selskaps-MTB, forut trafikklyssystemet, ble det forutsatt at disse rettighetene skulle ligge fast. Dette kommer delvis til uttrykk i motivene til akvakulturloven (2005) hvor "[departementet] mener at et system med *individuelle tillatelser kombinert med generelle regelverk*, best vil ivareta at de

¹⁴⁹ Se pkt. 2.4

¹⁵⁰ Se Rt. 2005 s. 1461 avsnitt 46. Se også pkt. 3.3.2.

krav som stilles til næringsutøverne blir forutsigbare." (uthevet her).¹⁵¹ Som det fremgår, er et sentralt formål bak det tosporede systemet å skape forutsigbarhet rundt de krav som stilles til næringsutøverne.

Fra næringens ståsted kan det spores en viss forventning i dette, om at selskapstillatelsen skal ligge fast når den er tildelt og at driftsreguleringer, og særlig av hensyn til miljøet, skjer etter det generelle regelverk på driftsnivå. Denne forventningen synes delt av myndighetene. I Havbruksmeldingen (2015) kan følgende leses: "MTB-systemet var ved innføringen tiltenkt å ligge fast over tid for å sikre forutsigbarhet i etterlevelse og forvaltning *for henholdsvis næring og myndigheter*."(uthevet her).¹⁵²

Samtidig er det i Havbruksmeldingen (2015) erkjent at driftsreguleringer er forutsatt gjennomført på driftsnivå, se følgende uttalelse: "Mens omfanget av biomassen et selskap kan inneha først og fremst er avhengig av type og antall tillatelser, er begrensninger på lokalitetsnivå først og fremst avhengig av lokalitetens (miljømessige) bæreevne og muligheten for å ivareta oppdrettsfiskens helse og velferd.", og videre i neste avsnitt: "Lokalitetens bæreevne vurderes opp mot blant annet fiskehelse, -velferd og miljø. Disse hensynene ivaretas gjennom fylkeskommunenes og sektormyndighetenes tillatelser, [...]". Særlig henvisningen til "sektormyndighetenes tillatelser" er sentralt, og noe jeg vil komme tilbake til i helhetsvurderingen.

Videre er adgangen til å omsette og pantsette akvakulturtillatelsene lovfestet. Myndighetene hadde med andre ord til hensikt å skape den rettighetsposisjon adgangen medfører. Det klare alternativ var å fortsette med indirekte omsetningsadgang basert på et toleransesystem fra myndighetenes side, slik som fiskeritillatelsene er underlagt i dag.¹⁵³ Bortsett fra å gjøre tillatelsen til et *de facto* formuesobjekt, har adgangen betydning for rettighetsposisjonens karakter og derav betydning for innehaveren i relasjon til Grl. § 97.

Dette poeng kan illustreres ved å sammenligne den beskrevne rettighetsposisjon med saksforholdet i Strukturvote-dommen. For det første skjer tildelingen av selskaps-MTB én

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 31.

¹⁵² Havbruksmeldingen (2015) s. 30.

¹⁵³ Se Strukturvote-dommen avsnitt 176. En overordnet beskrivelse av omsetningsadgangen i fiskeriretten er gjort av forsker Hermansen (2020).

gang, mens i fiskeriretten tildeles fartøykvoter fra år til år utfra en fordelingsnøkkel, se Strukturvote-dommen avsnitt 70.¹⁵⁴ Rammebetingelsene på selskapsnivå, herunder selskaps-MTB, har ikke vært endret siden innførselen i 2005. Endringen i 2005 omgjorde måten å beregne tillatelsens omfang på, ikke innholdet i seg selv, således har rettighetsposisjonens kjerne eksistert siden næringen ble konsesjonspliktig.¹⁵⁵ For det andre bygger den indirekte adgangen til å omsette fiskerikvotene på en toleranse fra myndighetene, ikke en lovfestet rettighet, slik som for akvakulturtillatelsene.¹⁵⁶

Samtidig må det påpekes at det er enkelte andre vesensforskjeller mellom oppdrettsnæringen og fiskerinæringen. Fiskerinæringen høster av fellesskapets ressurser. I fiskeriretten vil omfanget av høstingsmuligheten, innenfor en gruppe, reguleres fra år til år utfra blant annet bestandsdyktigheten til den arten som skal høstes. Således vil innehaverne av båter med kvoter prestere utstyr for å gjennomføre denne høstingen etter det regelverk som gjelder for det aktuelle fiske, mens samfunnet prester fisken. Hvor mye en fisker kan høste, har med andre ord ingen store innvirkninger på disposisjonene som må foretas i denne forbindelse – utenom å ha det korrekte utstyr. Dette utstyret må være på plass uavhengig av mengden fisk som blir tillatt høstet.

Oppdrettsnæringen er annerledes. Akvakulturtillatelsen gir innehaver rett til å utnytte et begrenset sjøareal til å drive oppdrett av fisk innenfor et avgrenset omfang. Mest sentralt, med tanke på rettighetsposisjonens karakter, er at oppdretterne selv må erverve den fisk som skal oppdras i havet, mens samfunnet presterer sjøarealet. På bakgrunn av dette er oppdrettsvirksomhet et betydelig mer privatrettslig anliggende, enn fiskerinæringen. Dette poeng trekker i retning av en sterkere rettighetsposisjon enn rettighetsposisjonen som var til vurdering i Strukturvote-dommen. I denne sammenheng må den lange produksjonstiden for en generasjon laks tas i betraktning, og næringen har selv det økonomiske ansvaret for investeringer i denne sammenheng. Dette kommer jeg tilbake til under drøftelsen av nedjusteringens virkning på driftsnivå.

¹⁵⁴ Ibid. under kapittelet "Mellomfase: Fartøykvoter".

¹⁵⁵ Se avhandlingens pkt. 2.2.

¹⁵⁶ Se akl. §§ 19 og 20.

I forbindelse med innførselen av bestemmelsen som gir NFD adgang til å ta vederlag for akvakulturtillatelse ble rettighetsposisjonen beskrevet som en "[beskyttet] rett til næringsutøvelse"¹⁵⁷ og "[næringsutøverne] vil som følge av bruk av den nye bestemmelsen i loven, måtte betale for en *eksklusiv rettighet* som staten tidligere tildelte uten å ta vederlag." (uthevet her).¹⁵⁸ Den beskyttede næringsutøvelsen, sammenfattet med NFD sin beskrivelse om at denne er eksklusiv, støtter opp om det syn både næring og myndigheter hadde på rettighetsposisjonen forut innførselen av trafikkløssystemet. Disse uttalelser gir anvisning på at en nokså sterk rettighetsposisjon, som igjen medfører at det er knyttet nokså sterke tilbakevirkende elementer til nedjusteringen.

Når det er sagt, er det enkelte uttalelser i forarbeidet til Akvakulturloven, hvis tolket isolert, kan tas til inntekt for å redusere oppdretternes forventinger til rettighetsposisjonens karakter, slik den er redegjort for ovenfor. I relasjon til at staten tar vederlag, er følgende uttalt i forbindelse med innførselen av adgangen: "Vederlaget 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*." (uthevet her).¹⁵⁹

Hva gjelder akl. § 19 om omsettelighet, er følgende uttalt i forarbeidene: "Selv om adgangen til å overføre akvakulturtillatelse lovfestes, innebærer dette ingen beskrankning [sic] i forhold til myndighetenes adgang til *styring og kontroll med akvakulturproduksjonen*." (uthevet her).¹⁶⁰ Det må legges til grunn at pantedgangen er en forlengelse av omsetningsadgangen, og at det samme gjelder for denne beføyelsen.

Samlet sett må disse uttalelser tolkes og forstås på bakgrunn av den rettslige reguleringen, slik den forelå på det tidspunkt disse standpunkt ble lagt til grunn. På dette tidspunkt var skillet mellom selskapsnivå og driftsnivå en forutsetning, og en driftsregulering som grep inn på selskapsnivå kunne ikke vært i tankene til hverken lovgiver, forvaltning eller innehaver.

¹⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 65 (200-2001) s. 8. Proposisjonen foreslo endring i lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. (oppdretsloven 1985), som ble vedtatt. Bestemmelsen ble videreført i akvakulturloven (2005) jf. Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 61.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 65 (2000-2001) s. 17.

¹⁵⁹ Ibid., s. 18.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 71.

Således må uttalelsene forstås dit hen at lovfestingen ikke medførte en endring i rettighetsposisjonen, slik de forelå på lovgivningstidspunktet. Uttalelsene kan derfor ikke tolkes og forstås på bakgrunn av det senere innførte trafikklyssystem. Oppdretternes rettighetsposisjon, i relasjon til Grl. § 97, tolkes slik den var forut innførselen av trafikklyssystemet.

Gjennomgangen så langt viser at selskapstillatelsen, som fenomen, tildeles én gang, og gir uttrykk for et avsluttet disposisjon, som har ligget ubeskåret siden tildeling. Noen av disse helt tilbake til 70-tallet. Systematikken i regelverket, sammenholdt med oppdretternes berettigede forventinger til denne, medfører at inngrepet i selskapstillatelsen har et nokså sterkt tilbakevirkende element. Inngrepet i selskapstillatelsen knytter i realiteten nye økonomiske byrder til en avsluttet begivenhet. Forholdet er nokså sammenlignbart med Arves Trafikkskole. Som det følger av Arves Trafikkskole, avsnitt 60, er slik tilbakevirkning som hovedregel ikke tillatt. Således taler en helhetlig vurdering av tilbakevirkningselementets styrke for at mellomvariant-normen kommer til anvendelse i relasjon til inngrepet i selskapstillatelsen.

Jeg går så over til å vurdere oppdretternes rettighetsposisjon på driftsnivå.

Kapasitetsjusteringsforskriften § 21 har som formål å driftsregulere produksjonen i PO4, med virkning for fremtiden. Med andre ord er det tale om et inngrep i utøvelsen av igangværende virksomhet (etablert rettsposisjon), noe som isolert sett taler for at Borthen-normen kommer til anvendelse.

Som redegjort for må dette utgangspunktet justeres utfra en konkret vurdering av de tilbakevirkende elementers styrke.¹⁶¹

Spørsmålet blir derfor om nedjusteringens virkning, på driftsnivå, medfører så sterke tilbakevirkende elementer at en helhetsvurdering taler for at mellomvariant-normen kommer til anvendelse.

¹⁶¹ Se pkt. 3.4.1.2 - 3.4.1.4 jf. også Hagen-dommen avsnitt 87 tredje setning.

Nedjusteringen på 6% må sammenholdes med ikrafttredelsen på 6 måneder. Ved å sammenholde disse forhold vil eventuelle tilbakevirkende elementer fremgå tydeligst.

Ovennevnte momenter må ses i sammenheng med næringens driftsfaser, se avhandlingens pkt. 2.3. Fisken som skal ut i matfiskproduksjonen de 2 neste årene er allerede i produksjon og/eller bestilt/betalt. I forhold til disse disposisjonene er aktørene effektivt avskåret fra å tilpasse seg ikrafttredelsen på 6 måneder. I dette ligger et tilbakevirkende element.

Tydeligere blir elementet når det tas i betraktning at myndighetene har godkjent disse disposisjonene i form av driftsplaner som vedtas i enkeltvedtaks form jf. driftsforskriften § 40.¹⁶² Følgen av nedjusteringen kan være at fisken som allerede er i havet må slaktes ut, under ideell slaktevekt, for at selskapet ikke å overskride selskaps-MTB, såkalt "nødslakt". Det hører her til at fisk som blir solgt under en viss vekt og størrelse gir betydelig dårligere avkastning i markedet.¹⁶³

Det som her er beskrevet har en sterk parallell til Arves trafikkskole, hvor Høyesterett kom til at omsetningslivets innrettelsesbehov måtte veie tungt i tilfeller hvor en privat part har disponert i tråd med gjeldende regelverk på disposisjonstidspunktet, for senere å bli skuffet av ny lovgivning i form av negative økonomiske følger.¹⁶⁴ Det kan argumenteres for at dette hensynet gjør seg særlig gjeldende for oppdretterne som er berørt av nedjusteringen, siden disposisjonene har sitt grunnlag i enkeltvedtak kontra generelt regelverk. Det som her er sagt blir særlig tydelig sammenholdt med forholdene i Strukturvote-dommen hvor virkningene, utenom verdien på fiskebåten strukturvotene er tilknyttet, faktisk inntrådte etter 25 år.

Disse momenter sett i sammenheng gir anvisning på at nedjusteringens virkning på driftsnivå medfører tilbakevirkende elementer av en viss grad og styrke, særlig tatt i betraktning næringens behov for forutberegnelighet og det forhold at de økonomiske følgene er store jf. pkt. 3.3.3.

¹⁶² Planene skal gi uttrykk for de to neste års produksjon og fastsettes av myndighetene i enkeltvedtaks form for et år av gangen. Av driftsplanen skal det, for de to neste kalenderårene, bl.a. fremgå hvilken lokalitet aktøren skal benytte seg av, tidspunkt for utsett, antall fisk og tidspunkt for brakklegging. Driftsplanen danner grunnlaget for omfattende planlegging og investeringer.

¹⁶³ Se redegjørelsen og diagrammene i NOU 2019: 18 Om skattelegging av havbruksvirksomhet, pkt. 3.4.2 om produksjonskostnader, s. 42 flg.

¹⁶⁴ Se Arves Trafikkskole avsnitt 71.

En samlet vurdering av tilbakevirkningselementets styrke i relasjon til både selskapstillatelsen og virkningen på driftsnivå, trekker i retning av at mellomvariant-normen kommer til anvendelse. Avgjørende er imidlertid at nedjusteringen ikke "bare" gir regler om hvordan en allerede etablert rettighetsposisjon skal utøves i fremtiden. Inngrepet i selskapstillatelsen knytter også direkte tyngende rettsvirkninger til et helt avsluttet forhold (erhvervet) – som i noen tilfeller strekker seg 50 år tilbake i tid.¹⁶⁵

Så lenge omfanget av selskapstillatelsene reguleres etter MTB-systemet jf. tildelingsforskriften § 15, må rettighetsposisjonen anses å nyte nokså sterkt vern mot tilbakevirkende lovgivning.

Siden man her er utenfor kjerneområdet til Grl. § 97 er ikke et absolutt forbud aktuelt, derfor kan nedjusteringen bare godtas dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende.¹⁶⁶

3.4.2 Helhetsvurdering

Høyesterett oppsummerer rettstilstanden i Hagen-dommen.¹⁶⁷ Det gis videre anvisning på at følgende momenter er relevante i helhetsvurderingen:

Ved *vurderingen* har det betydning hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig, og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturkvotedommen. *De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette.* (uthevet her).¹⁶⁸

I avsnittet bruker Høyesterett ordlyden "vurderingen" konsekvent. Meningen må være at disse momentene gjør seg gjeldende uavhengig av hvilken norm som kommer til anvendelse.¹⁶⁹

Normen vil således bare gi anvisning på terskelen for å konstatere grunnlovsstridig tilbakevirkning. Mellomvariant-normen, som kommer til anvendelse på denne avhandlingens

¹⁶⁵ Se Hagen-dommen avsnitt 76 og avhandlingens pkt. 2.2 og 2.4

¹⁶⁶ Se Arves trafikkskole avsnitt 70 og redegjørelsen for normen i pkt. 3.4.1.1.

¹⁶⁷ Hagen-dommen avsnitt 63-76.

¹⁶⁸ Hagen-dommen avsnitt 77.

¹⁶⁹ Bestemt form entall.

tema, reflekterer at lovgivningen som utgangspunkt er grunnlovsstridig – med mindre særlige samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende.

Det sentrale i helhetsvurderingen er en avveining mellom interessene til de konkrete partene "[...] i saken," på den ene siden og samfunnsmessige hensyn på den annen.¹⁷⁰ Drøftelsen i det følgende tar utgangspunkt i en samlet vurdering av alle oppdrettere som direkte berøres av kapasitetsjusteringsforskriften § 21.

I det videre vil helhetsvurderingen ta utgangspunkt i samme systematikk som ble benyttet i Hagen-dommen, avsnitt 91-115. Først ser jeg på inngrepets art og tapets størrelse, deretter posisjonens innhold og styrken i de berettigede forventningene. Disse overordnede temaene favner om de momenter som fremgår av sitatet innledningsvis i dette delkapittel. Slutningen etter disse drøftelser avveies deretter mot de samfunnsmessige hensynene. Til sist drøftes betydningen av at lovgiver har vurdert inngrepet i relasjon til Grl. § 97.

3.4.2.1 Inngrepets art og tapets størrelse

Innledningsvis må det påpekes at oppdretternes rett til å drive akvakultur ikke er bortfalt i sin helhet, men beskåret. Det er tale om en delvis tilbaketrekning av selskapstillatelsen. Dette må være det klare utgangspunkt når inngrepets art vurderes. Overordnet taler dette for at inngrepets art ikke er særlig tyngende fordi reduksjonen er relativt liten holdt opp mot rettigheten som helhet. Inngrepets art og tapets størrelse må sammenholdes med det som er sagt ovenfor om rettighetsposisjonens karakter.¹⁷¹

Fra ikrafttredelsen av akvakulturloven (2005) og frem til lovendringen i 2019, hadde akl. § 9 følgende overskrift: "Endring og tilbaketrekking av akvakulturtillatelse". Etter lovendringen ble overskriften til bestemmelsen endret for at tvil om hjemmelsgrunnlaget skulle reduseres.¹⁷² Overskriften fikk følgende ordlyd: "Tilpasning av produksjon av hensyn til miljøet, og endring og tilbaketrekning av akvakulturtillatelse". Selv om lovendringen i 2019 var tiltenkt å redusere tvil om hjemmelsgrunnlaget, medfører lovendringen imidlertid ikke

¹⁷⁰ Hagen-dommen avsnitt 77.

¹⁷¹ Se pkt. 3.3.3 og 3.4.1.5.

¹⁷² Prop. 95 L (2018-2019) s. 34 jf. s. 6.

reell omkategorisering av inngrepets art.¹⁷³ I realiteten er nedjusteringen en delvis tilbaketrekning av selskapstillatelsen – selv om hjemmelen og dens formål er presisert.

I Havbruksmeldingen (2015) og forarbeidene til endringen av akl. § 9 ble det vektlagt at en nedjustering etter bestemmelsen har et "midlertidig preg" og at dette "synliggjøres gjennom forskrifter som revurderes annet hvert år".¹⁷⁴ Dette synspunktet vil i utgangspunktet kunne ha betydning for vurderingen av inngrepets art. Det er imidlertid slik at den tiltenkte midlertidige karakteren av nedjusteringen ikke ble reflektert i det etterfølgende regelverk. Herunder hverken i akl. § 9 tredje ledd, POF eller kapasitetsjusteringsforskriften. Som redegjort for i pkt. 2.5.3 er det miljøet som setter premissene for kapasitetsjusteringer.

Etter systemet, slik det er reflektert i de ovennevnte autorative kilder, skal det foretas en ny vurdering annenhver år. Således er det en mulighet for at akvakulturtillatelsen blir oppjustert slik den var før nedjusteringen av februar 2020, men det er like mulig, og kanskje mer sannsynlig, at kapasiteten blir fryst eller at oppdretterne får ytterligere 6% nedjustering i 2021. Særlig om systemet fungerer etter sin hensikt.

I slutten av 2020 (mellomår) ble tilstanden i PO4 vurdert til gult lys, som betyr frysing av produksjonskapasitet på nåværende nivå.¹⁷⁵ Skulle dette bli tilfellet for 2021, vil kapasitetens fryses til 2023, på 94% av tillatelsens tidligere pålydende. I effekt vil da nedjusteringen vare i minst 4 år. I tilknytning til inngrepets art, er det tilstrekkelig å påpeke at målingen av 2020 gir anvisning på det ikke er tale om en *revurdering* av tidligere foretatte nedjusteringer, men en ny vurdering av miljøtilstanden. Gitt at grensen for hva miljøet kan tåle er nådd, etter dagjeldende produksjonsnivå, vil ikke oppdretterne få tilbake den nedjusterte selskaps-MTB.

Det ville stilt seg annerledes om nedjusteringen var formelt tidsbegrenset eller om det skulle foretas en konkret revurdering av nedjusteringens effekt, noe som ikke er tilfelle. Med andre ord skal ikke en ny vurdering av miljøtilstanden måle effekten av tidligere foretatte nedjusteringer. På denne bakgrunn blir myndighetenes klassifisering av inngrepets art, bak et ikke reell "midlertidig preg", etter mitt syn misvisende.

¹⁷³ Ibid. s. 6.

¹⁷⁴ Ibid. s. 29.

¹⁷⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2020-a).

Under drøftelsen av EMK P1-1 vil det bli foretatt en bredere vurdering av inngrepets art. I den sammenheng som her vurderes, er det tilstrekkelig å påpeke at inngrepets art, reelt sett, er av mer permanent karakter enn midlertidig.

I det følgende vurderes tapets størrelse.

Når det gjelder tapets størrelse er det to relasjoner nedjusteringen må betraktes utfra. Tapet på selskapsnivå og tapet på driftsnivå. Jeg ser først på selskapsnivået og deretter på driftsnivået.

Som nevnt rammer nedjusteringen 130 tillatelser fordelt på 25 aktører.

Kapasitetsjusteringsforskriften regulerer ikke bare nedjustering i røde områder, men også oppjustering i grønne områder jf. forskriftens kapittel 2. Tildeling av økt produksjonskapasitet skjedde i august 2020, hvor NFD holdt auksjon på økt kapasitet.¹⁷⁶ Objektet for auksjonen var et bestemte antall tonn produksjonskapasitet som skulle tildeles på eksisterende tillatelser innenfor grønne produksjonsområder. Det ble altså ikke auksjonert nye tillatelser, se auksjonsforskriften § 5 jf. § 3.

På Fiskeridirektoratets hjemmesider fremgår det at 27 189 tonn produksjonskapasitet ble gjort tilgjengelig i auksjonen, og at det ble betalt 5,39 milliarder kroner for disse tonnene.¹⁷⁷ Dette utgjør NOK 219 757 per tonn. Auksjonen representerer det siste og mest eksakte utgangspunktet for å vurdere akvakulturtillatelsens nåværende markedsverdi, og derigjennom tapets størrelse for oppdretterne ved 6% reduksjon av selskaps-MTB.

Som redegjort for i pkt. 2.4 er hver akvakulturtillatelse, utenom Troms og Finnmark, i utgangspunktet satt til 780 tonn jf. tildelingsforskriften § 15 første ledd. En reduksjon på 6% tilsvarer en reduksjon på 6 084 tonn totalt. Hvis det legges til grunn at markedsverdien er NOK 219 757 per tonn, vil oppdretterne lide et samlet tap på rundt 1,3 milliarder som en følge av kapasitetsjusteringsforskriften § 21. Det er ikke nødvendig å dele dette tallet på de 25 aktørene som er rammet, det er tilstrekkelig å påpeke at nedjusteringen medfører et betydelig økonomisk tap.

¹⁷⁶ Forskrift 15. mai 2020 nr. 1012 om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2020).

¹⁷⁷ Fiskeridirektoratet (2020).

Tapet på driftsnivå er ikke like enkelt å kvantifisere. I forbindelse med den rettslige behandlingen av søksmålet mot staten ble det i media opplyst at tapet på driftsnivå er beregnet til MNOK 420 per år.¹⁷⁸ Dette tallet omfatter også ringvirkningstap. Det direkte tapet er beregnet til minimum MNOK 250 per år.¹⁷⁹ Det kan tenkes at oppdretterne vil ha mulighet til å begrense noe av tapet for år nr. to, men dette er uklart. Disposisjonene for de to neste årene er allerede foretatt jf. driftsplanene redegjort for ovenfor.

Under vurdering av tapets størrelse ble det i Hagen-dommen, avsnitt 95, ansett tilstrekkelig å påpeke at tapet for Hagen var "klart merkbar".¹⁸⁰ Det var altså ikke, i relasjon til Grl. § 97, nødvendig å tallfeste tapet eksakt. Det samme utgangspunkt er å finne igjen i Strukturkvotedommen, avsnitt 119 flg. og 200.

Begge fraksjoner i Strukturkvotedommen slo seg til ro med at tapets objektive størrelse uansett må ha "begrenset betydning ved grunnlovsvurderingen" jf. Arves trafikkskole avsnitt 76. Slik jeg tolker flertallet i Arves Trafikkskole, var det av begrenset betydning at tapet *bare* var på NOK 40 000. Etter min mening kan uttalelsen ikke tolkes dit hen at et særlig omfattende tap ikke er av betydning i andre tilfeller.¹⁸¹

Tapets størrelse i relasjon til nedjusteringen er langt større enn tilfellet var i Hagen-dommen, Strukturkvotedommen, Rederiskatt-dommen og Arves Trafikkskole. Etter dette finner jeg at tapets størrelse må tillegges stor vekt i helhetsvurderingen, selv om det ikke er nødvendig å tallfeste tapet eksakt. Det må også vektlegges at det ikke er tilbudt kompensasjon, hverken for direkte tap (driftsnivå), refusjon på ytt vederlag for akvakulturtillatelsen (selskapsnivå) eller tap knyttet til omsetningsverdien av akvakulturtillatelsene.

I Hagen-dommen ble det under temaet om inngrepets art og tapets størrelse vektlagt at tapsvirkningen inntrådte gradvis i fremtiden for Hagen.¹⁸² Det samme ble vektlagt i Strukturkvotedommen.¹⁸³

¹⁷⁸ Njåstad (2021).

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Hagen-dommen avsnitt 95.

¹⁸¹ Se Arves Trafikkskole avsnitt 76.

¹⁸² Hagen-dommen avsnitt 96.

¹⁸³ Strukturkvotedommen avsnitt 121.

Situasjonen ligger noe annerledes an for oppdretterne som berøres av nedjusteringen. Det økonomiske tapet, knyttet til både selskaps- og driftsnivå, inntreer reelt sett umiddelbart på grunn av ikrafttredelsen på 6 måneder. Dette begrunnes logisk med at den fremskyndte ikrafttredelsen, reelt sett, er uten betydning når driftsplaner og produksjonssyklus tas i betraktning. Jeg viser til det som er sagt om ikrafttredelsen ovenfor, særlig i pkt. 3.4.1.

Når det gjelder om inngrepet kom brått og uventet er det flere sentrale momenter som ikke er berørt så langt i avhandlingen, som skal belyses nærmere i det følgende. Den overordnede regulatoriske prosessen frem til nedjusteringen ble behandlet i pkt. 2.5.2.

Den konkrete kapasitetsjusteringsforskriften som ble vedtatt 4. februar 2020 ble ikke sendt på høring. Høringsbrev og notat opplyste med andre ord ikke om hvilke områder som skulle nedjusteres, faktisk grunnlag for nedjustering eller begrunnelse for beslutningen.¹⁸⁴ Som nevnt innledningsvis bygger NFD sin beslutning på råd fra styringsgruppen, som igjen bygger sine råd på ekspertgruppens rapport.¹⁸⁵ Disse rapportene ble hemmeligholdt jf. lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentligloven – offl.) § 15.¹⁸⁶ Oppdretterne fikk ikke tilgang til grunnlaget før kapasitetsjusteringsforskriften ble vedtatt 4 februar 2020.¹⁸⁷

I denne sammenheng må det påpekes at oppdretterne, i løpet av prosessen med innføringen av trafikklyssystemet, og i forkant av vedtakelsen av kapasitetsjusteringsforskriften, ble gitt en berettiget forventning om transparens og forutberegnelighet. Herunder ble det forespeilet at aktørene ville få innsyn i beslutningsgrunnlaget forut fargeleggingen av produksjonsområdene. I tillegg ble det lovet mulighet for kontradiksjon på et senere stadium i prosessen. Dette kommer til syne i Havbruksmeldingen (2015), og den etterfølgende innstillingen, se Innst. 361 S (2014-2015) s. 10.

Det som setter disse forhold i kontrast til det som her vurderes, nemlig om inngrepet kom brått og uventet for den enkelte aktør, er at PO4 så sent som ved utgangen av 2018 lå an til å

¹⁸⁴ Se Nærings- og fiskeridepartementet (2019).

¹⁸⁵ Se Vedlegg I og II.

¹⁸⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2020-b).

¹⁸⁷ Ibid., se særlig publiseringsdatoen. For øvrig fremgikk det av hovedforhandlingen under behandlingen av saken i Førde tingrett at det faktiske grunnlaget var unntatt offentlighet jf. offl. § 15 og at næringen ble nektet innsyn og merinnsyn. Disse faktiske påstander var ubestridt av regjeringsadvokaten.

bli et "gult" område, uten nedtrekk.¹⁸⁸ Dette trekker sterkt i retning av at inngrepet, på grunn av NFD sitt aktive hemmelighold og de faktiske forholdene i produksjonsområdet, kom brått og uventet på oppdretterne.

Når det er sagt, har trafikklyssystemet vært på trappene siden Havbruksmeldingen ble lansert i 2015. Samtidig ble det i 2018 gjort en prøvekjøring av trafikklyssystemet, hvor røde områder ikke ble nedjustert – men grønne fikk oppjustering.¹⁸⁹ Disse forhold sett i sammenheng, gir anvisning på at næringen, generelt sett, var forberedt på at deres produksjonsområde *de facto* kunne bli gjenstand for nedjustering. Dette trekker, isolert sett, i retning av at inngrepet ikke om brått og uventet.

Selv om dette er et moment som overordnet trekker i retning av at inngrepet ikke kom brått og uventet, må momentet sammenholdes med hensynene bak momentet. Nemlig adgang til å forutberegne rettsstillingen og derigjennom avverge mulige fremtidige tap. I effekt har oppdretterne ikke hatt mulighet til å avverge tapet. Dette delvis på grunn av at NFD valgte forskrift kontra enkeltvedtak som vedtaksform, og delvis fordi NFD holdt det faktiske grunnlaget for beslutningen unntatt offentligheten. Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.), kapittel IV-VI, kommer ikke direkte til anvendelse på forskrifter og næringen hadde ikke krav på innsyn og begrunnelse etter disse bestemmelsene jf. fvl. § 3 første ledd. Til dette kommer også at næringen ble nektet innsyn etter offl., som nevnt.

Å bruke et argument om at systemet som sådan har vært på trappene lenge, mot at inngrepet kom brått og uventet på oppdretterne som ble rammet av nedjusteringen, fremstår som omgåelse av kjernen i disse hensyn. At det er en teoretisk mulighet for at alle produksjonsområder kan bli røde, er ikke tvilsomt. Denne muligheten skiller seg ikke vesentlig fra trusselen om omgjøring/delvis tilbaketrekning jf. etableringsforskriften § 8 eller akl. § 9 og 10 for øvrig, som også alltid truer oppdretterne. Trusselen har med andre ord alltid eksistert i en eller annen form. Når det spørres konkret om nedjusteringen kom brått og uventet etter trafikklyssystemet, må også næringens behov for forutberegnelighet tas i

¹⁸⁸ Ekspertgruppens rapport av 2018 vedlegges, se Vedlegg III s. 15 flg.

¹⁸⁹ Se forskrift 20. desember 2017 nr. 2397 om kapasitetsøkning for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 207-2018.

betraktning. Dette må igjen sammenholdes med at myndighetene aktivt har holdt næringen i skyggen, vel vitende om næringens behov for forutberegnelighet.

Hensynet til forutberegnelighet er nært knyttet til rettssikkerhetsaspekter. De rettssikkerhetsmessige implikasjonene av at nedjusteringen ble fastsatt gjennom forskrift, ble i liten grad drøftet i forarbeidene til lovendringen av akl. § 9.¹⁹⁰ Forarbeidene foretar heller ikke en inngående drøftelse av hva det betyr for rettsikkerheten at inngrepet ikke begrunnes eller at næringen ikke fikk tilgang til det faktiske grunnlaget, utover en summarisk oppsummering om at "dette betyr ikke at de[oppdretterne] vil være dårlig stilt".¹⁹¹ Det ble her vist til reglene om dokumentinnsyn i offl. og at forskriften vil sendes på alminnelig høring.

For alle forhold som ikke ble sendt på høring eller synliggjort under høring, slår ikke begrunnelsen til. Den konkrete nedjusteringen ble ikke sendt på høring, det samme gjelder det faktiske grunnlaget og begrunnelsen. Reglene i offentligloven kom heller ikke oppdretterne til hjelp, selv om innsynsrett jf. offl. ble brukt som en begrunnelse for vedtaksformen.¹⁹²

Jeg finner det riktig å legge betydelig vekt på at nedjusteringen, i effekt, kom brått og uventet. Særlig tatt i betraktning myndighetenes aktive hemmelighold. På grunn av tapets størrelse, som må anses å være usedvanlig stort sammenlignet med andre tilfeller, får inngrepets art også en viss betydning for terskelen som må stilles for de samfunnsmessige hensynene. Dette kommer jeg tilbake til.

3.4.2.2 Posisjonens innhold og styrken i de berettigede forventingene

Når det gjelder posisjonens innhold og styrken i de berettigede forventingene er mye allerede påpekt i hittil i avhandlingen, i forskjellige relasjoner. Dette henger sammen med at samme momenter gjør seg gjeldende i flere sammenhenger. Som påpekt innledningsvis tar denne avhandling sikte på en mer strukturert og helhetlig drøftelse, enn det man finner igjen i Høyesterettspraksis. Av hensyn til å unngå gjentakelser gjøres det generelt oppmerksom på at

¹⁹⁰ Prop. 95 L (2018-2019).

¹⁹¹ Ibid. s. 28. I forarbeidet nevner særlig at reglene om dokumentinnsyn i offl. kan til n viss grad sikre innsynsrett, men som nevnt fikk ikke næringen merinnsyn.

¹⁹² Ibid. samme side.

det som følger her, om posisjonens innhold og berettigede forventinger, må suppleres med det som er sagt i delkapittelet ovenfor og avhandlingen hittil for øvrig.

Formålet med å tilføye et nytt tredje ledd til akl. § 9 var å tydeliggjøre at NFD hadde hjemmel til å fatte en nedjustering i forskrifts form. I dette ligger det en viss erkjennelse om at hjemmelen ikke var klar, og at trafikklyssystemet ble innført før hjemmelen ble klarlagt. En forventning om enkeltvedtaksform kan på denne bakgrunn forsvares. I dette ligger en berettiget forventning, med noe styrke, knyttet til rettsfølgen av enkeltvedtaksform. Det siktes særlig til beføyelser som individuelle vurdering kontra søknad om unntak, begrunnelse, innsyn, kontradiksjon og klageadgang.

Forventningene knyttet til både selskaps- og driftsnivå må videre forstås på bakgrunn av det regulatoriske system, slik det forelå, forut innførselen av trafikklyssystemet og tilføyelsen i akl. § 9. Det sentrale er at både oppdrettere og myndigheter har innrettet seg etter det regulatoriske systemet i næringen, slik det har eksistert, over lang tid. I dette ligger det i seg selv en berettiget forventning om at driftsreguleringer gjennomføres på driftsnivå, og på den andre siden at selskapsnivået er skjermet mot visse inngrep og kanskje særlig driftsreguleringer.

Det må også vektlegges at det er særegne forhold ved rettighetsposisjonen til oppdretterne som aktiverer nokså sterke berettigede forventinger. Herunder siktes det til akvakulturtillatelsens funksjon som formuesobjekt og at det i flere tilfeller er betalt vederlag til staten for erverv av disse. Dette har en parallell til drøftelsen om "særegne forhold" og forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet i Strukturvote-dommen.¹⁹³

Det må også vektlegges at de investeringer som er foretatt, i tråd med driftsplaner, skaper nokså sterke og berettiget forventninger til disse. For å illustrere styrken i disse vises det til følgende uttalelse i Innst. 361 S (2014-2015), på s. 8:

Komiteen mener det også for havbruksnæringen er ***avgjørende med forutsigbare rammevilkår***. Komiteen viser til at det i lakseoppdrett går over to år fra planlegging til

¹⁹³ Se Strukturvote-dommen avsnitt 73-79.

ferdig slaktet fisk, ofte lenger. En *konkurransedyktig og levedyktig norsk havbruksnæring fordrer derfor at rammebetingelsene ligger fast over tid*. Det gjelder blant annet områder som skatt, avgift, *regelverk for drift*, kontrollrutiner, innrapporteringsrutiner, vekstkriterier og størrelse og hyppighet på tildeling av vekst. (særlig uthevet her).

Videre følger det av akl. § 5 første ledd at: "Akvakulturtillatelsen gir rett til produksjon av bestemte arter på avgrensede geografiske områder (lokaliteter), *med de til enhver tid fastsatte begrensninger av tillatelsens omfang*." (uthevet her). Isolert sett kan det siterte tolkes til inntekt for at selskapstillatelsens omfang er begrenset til de til enhver tid fastsatte begrensninger i vid forstand. En slik tolkning er etter mitt syn positivt uriktig.

Ordlyden "begrensninger i tillatelsens omfang" knytter seg primært til det regelverket som gjelder for begrensninger av tillatelsens omfang ved tildeling av nye tillatelser og det *avgrensningssystem* som begrenser omfanget. Bestemmelsen må tolkes og forstås på bakgrunn av bestemmelsens andre ledd samt skillet mellom selskapsnivå og driftsnivå.

Bestemmelsen er ikke en omgjørbestemmelse, disse finnes i akl. § 9 jf. § 10. Andre ledd har følgende ordlyd: "Departementet kan i enkeltvedtak eller forskrift gi nærmere bestemmelser om *innholdet i akvakulturtillatelser, herunder omfang, avgrensing i tid mv.*".

Videre er følgende uttalt i motivene til akl. § 5:

Avgrensingen for hver tillatelse kan også *fastsettes* med grunnlag i at en ønsker at hver tillatelse skal ha en gitt størrelse, *uten at det er begrunnet i andre hensyn enn at det av hensyn til saksbehandling eller kontroll er hensiktsmessig med en fast enhet for hver tillatelse*. [...] *For eksempel kan det nevnes at fra 1. januar 2005 er avgrensingskriteriet for akvakulturtillatelser maksimal tillatt biomasse (MTB). Dette kan senere endres til andre avgrensingsformer dersom myndighetene finner det hensiktsmessig*. (særlig uthevet her).¹⁹⁴

Det dynamiske elementet i bestemmelsen knytter seg med andre ord til avgrensingsformen (MTB). Som det fremgår har MTB-systemet ligget fast siden 2005, og det følger av

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 58 tredje siste avsnitt.

tildelingsforskriften § 15 at: "En standard tillatelse til akvakultur av matfisk på lokaliteter i sjøvann avgrenses til en biomasse på inntil 780 tonn". Dette er en slik forskrift som andre ledd sikter til. Det er denne begrensningen i tillatelsens omfang akl. § 5 gir anvisning på, i tråd med forarbeidet om at "[...] hver tillatelse skal ha en gitt størrelse,".

Med mindre dette systemet endres, med virkning for alle standard tillatelser, følger begrensning av tillatelsens omfang av tildelingsforskriften § 15. At trafikklssystemet bryter med den øvrige reguleringen i næringen, blir særlig tydelig i denne sammenheng, men kan ikke tas til inntekt for en utvidende tolkning av akl. § 5. De forhold som her er påpekt har en viss tyngde og trekker i retning av en nokså sterk rettighetsposisjon. Samtidig er det holdepunkter for å si at de berettigede forventningene har betydelig styrke. De forhold som er påpekt hittil må holdes opp mot de samfunnsmessige hensynene.

3.4.2.3 De samfunnsmessige hensynene og terskelen

Først vurderes hvilke samfunnsmessige hensyn som ligger til grunn for nedjusteringen. Deretter vurderes hvor terskelen ligger for at disse hensyn skal avverge at nedjusteringen er grunnlovsstridig. Til sist foretas den konkrete avveining.

Under forvaltningen av akvakulturnæringen generelt er det en rekke hensyn som spiller inn. I relasjon til trafikklssystemet er disse drøftet i Havbruksmeldingen (2015), kapittel 6. Videre er følgende lagt til grunn i høringsnotatet til kapasitetsjusteringsforskriften:

Videre må det i vurderingen av hva som er akseptabel påvirkning foretas en avveining mellom hensynet til næringsutvikling, miljøhensyn og andre samfunnshensyn, jf. merknadene til akvakulturloven § 10 i Ot.prp. nr. 61 (2004-2005). I praksis vil en slik avveining handle om hvilket miljømessig fotavtrykk som er akseptabelt. *En slik avveining ble gjort ved innføringen av det nye systemet for kapasitetsjusteringer*, jf. Meld. St. 16 (2014-2015). *Det fremkommer der at det er vurdert at når påvirkningen blir så høy som det den vil være når et produksjonsområde kategoriseres som rødt, så veier miljøhensynene mer enn et eventuelt samfunnsøkonomisk tap (på kort eller lang sikt).* (uthevet her).¹⁹⁵

¹⁹⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2019).

Som det følger av det siterte, bygger trafikklyssystemet på at vurderingen av relevante hensyn er gjort i Havbruksmeldingen (2015), og bare hensynet til miljømessig bærekraft er relevant. Det er imidlertid interessant å påpeke at hensynet til næringsutvikling ikke er nevnt som allerede vektet, i forhold til rødt trafikklys. Dette må henge sammen med at næringshensynene er tilknyttet rettighetsposisjonen til innehaver som etter andre regler, for eksempel Grl. § 97 og EMK P1-1, er gjenstand for en interesseavveining.

Det må imidlertid legges til grunn at det er behov for nedjusteringen som følger av kapasitetsjusteringsforskriften § 21 og at nedjusteringen er et hensiktsmessig tiltak for å ivareta den utvandrende ville laksesmolten. Som redegjort for i pkt. 3.1.1 betyr dette dermed ikke at hensynene som myndighetene har vektlagt skal være avgjørende i vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig tungtveiende samfunnsmessig hensyn for å godta at nedjusteringen gis tilbakevirkende kraft.¹⁹⁶ Denne presiseringen er ikke entydig og må ses i sammenheng med at en domstol behandler de forvaltningsrettslige spørsmål før Grl. § 97 og EMK P1-1, der disse grunnlag er påberopt. På bakgrunn av dette blir denne presiseringen av prøvingsintensiteten noe kunstig, i denne avhandlingen, fordi bare Grl. § 97 og EMK P1-1 vurderes.

Før jeg sammenholder de samfunnsmessige hensynene med det som redegjort for hittil i helhetsvurderingen ser jeg nærmere på terskelen for hva som kan konstituere "sterke samfunnsmessige hensyn" i relasjon til Grl. § 97.

Mellomvariant-normen ble først formulert i Gullklausul-dommen. Saken dreide seg om obligasjonseieres rett til å få oppgjør etter gullverdien på tidspunktet statslånene ble tatt opp jf. låneavtalenes gullklausuler. Bankenes gullinnløsningsplikt ble suspendert ved lov av 15. desember 1923. Rettsfølgen var at forpliktelsene til å betale gullverdien i realiteten bortfalt. Loven ble ikke ansett å være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97. Begrunnelsen var at "samfunnets vitale interesser" gjorde seg gjeldende.¹⁹⁷

I tidsrommet hvor loven ble vedtatt, var statens økonomi meget anstrengt. Loven skulle avbøte den økonomiske krisen og redde de norske bankene. Tilsidesettelse av loven ville

¹⁹⁶ Se Arves Trafikkskole avsnitt 74.

¹⁹⁷ Se Rt. 1962 s. 369 s. 385.

kreve "[andre] og større seddelmengder med derav følgende skadevirkninger for pengevesenet og for samfunnets økonomi i det hele" og videre at klausulene ville "vanskeliggjør[e] eller kanskje umuliggjør[e] statsmyndighetenes bestrebelser for å opprettholde et ordnet og så vidt mulig stabilt pengevesen.».¹⁹⁸

Den siterte ordlyd gir anvisning på en nokså høy terskel for de samfunnsmessige hensynene. De konkrete hensynene i saken må ses på bakgrunn av den forfatning staten var i etter andre verdenskrig. Inngrepet var et meget sterkt inngrep i obligasjonseierens rettsposisjon og terskelen måtte være høy. Å bygge opp den økonomiske infrastrukturen i landet, etter andre verdenskrig, ble ansett å være tilstrekkelig sterkt – naturlig nok.

I Arves Trafikkskole konkluderte flertallet med at man, på det økonomiske området, er utenfor kjerneområdet til Grl. § 97, men likevel så nært at "sterke samfunnsmessige hensyn" var påkrevd.¹⁹⁹ Videre ble det, i avsnitt 69, gjort en henvisning til normen som fremgår av Gullklausul- dommen. Det kan derfor slutes at det er tale om samme norm og at terskelen for å godta "sterke samfunnsmessige hensyn" i utgangspunktet er den samme som for "samfunnets vitale interesser".

Videre beskriver flertallet i Arves Trafikkskole rettighetsposisjonen til obligasjonseierne som "omfattende private økonomiske rettigheter", se avsnitt 69. I Arves Trafikkskole ble det vektlagt at man er på et område hvor "hensynet til innrettelsesbehovet for næringen må veie tungt".²⁰⁰ Det samme må gjelde for oppdretterne som er berørt av nedjusteringen fordi det også her er tale om omfattende økonomiske interesser.

Disse avgjørelsene illustrerer at når det gjelder inngrep i rettighetsposisjoner på det økonomiske området, hvor ny lovgivning knytter byrder til tidligere hendelser, skal hensynet til innrettelse og forutberegnelighet veie tungt. Derfor slutes at terskelen for de samfunnsmessige hensynenes styrke beror på rettighetsposisjonens styrke. I forlengelsen av dette vil kravet til de samfunnsmessige hensynene måtte være proporsjonale med rettighetsposisjonens karakter og subjektets behovet er for innrettelse og forutberegnelighet.

¹⁹⁸ Ibid. samme side.

¹⁹⁹ Arves Trafikkskole avsnitt 69.

²⁰⁰ Arves Trafikkskole avsnitt 71.

Som redegjort for ovenfor fremholdt komiteen følgende i Innst. 361 S (2014-2015), på s. 8 :
"Komiteen mener det også for havbruksnæringen er avgjørende med forutsigbare rammevilkår. Komiteen viser til at det i lakseoppdrett går over to år fra planlegging til ferdig slaktet fisk, ofte lenger." (uthevet her). Generelt sett er det som regel behov for forutberegnelighet for alle næringsutøvere. Som komiteen påpeker er man her på et rettsområde hvor det er avgjørende for oppdrettsnæringen. Nedjusteringen som er til vurdering griper inn i disse rammevilkårene, og i tillegg er trafikklyssystemet et styringsverktøy som vil medføre hyppige endringer i rammebetingelsene. Dette er paradoksalt.

På denne bakgrunn legges det til grunn at forholdet her ligger langt på vei likt an, slik de lå an i Gullklausul-dommen, Arves Trafikkskole og Rederiskatt-dommen. Samtidig er det tale om særlig store økonomiske interesser som er forankret i berettigede forventninger. I tillegg er det ikke bare næringens økonomiske interesser som berøres, men også samfunnets.

Hensynet til næringens behov for innrettelse og forutberegnelighet må veie tungt. Terskelen for at de sterke samfunnsmessige hensynene skal avhjelpe nedjusteringen fra å være grunnlovsstridig, må være like høy som i de nevnte avgjørelser fra Høyesterett.

3.4.2.4 Avveining og konklusjon

Det kan ikke være tvilsomt at miljømessig bærekraft er et meget viktig hensyn. Hensynet er ivaretatt blant annet av Grl. § 112, akl. § 10 og Naturmangfoldlovens mange kodifiseringer av prinsipper på miljørettens område.²⁰¹ Spørsmålet som her skal besvares er imidlertid ikke om hensynet, isolert sett, er av tilstrekkelig grad og styrke. Spørsmålet er om hensynet står seg, i forhold til rettighetsposisjonene som blir berørt.²⁰²

Under drøftelsen av nedjusteringens forhold til Grl. § 97, ble følgende uttalt i Havbruksmeldingen (2015), s. 67: "Det vil kunne ha betydning for grunnlovsvurderingen om de hensyn som begrunner inngrepet kunne ha blitt ivaretatt på en annen og mindre inngripende måte." (uthevet her).

²⁰¹ Se Bugge (2019 pkt. 1.3, s. 24 flg.

²⁰² Se Hagen-dommen, avsnitt 77 siste pkt.

Det samme følger implisitt av nødvendighetskriteriet i akl. § 9 tredje ledd jf. også første ledd bokstav a. Det kan reises spørsmål om nødvendighetskriteriet i akl. § 9 er et strengt nødvendighetskriterium. I motsetning til i en forvaltningsrettslig kontekst, kommer ikke spørsmålet på spissen i relasjon til Grl. § 97, fordi vurderingstemaet nettopp er om *tilstrekkelig* sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Hva som ligger i tilstrekkelig sterke samfunnsmessige hensyn vil derfor bero på rettighetsposisjonen karakter, som redegjort for ovenfor. Finnes det alternative inngrepsmåter som oppnår samme formål, vil ikke hensynet være tilstrekkelig sterkt til å begrunne det konkrete inngrep. Et overordnet og sentralt spørsmål er derfor om det finnes mindre inngripende tiltak som oppnå samme formål.

Jeg holder først de samfunnsmessige hensynene opp mot rettighetsposisjonen til oppdretterne på selskapsnivå.

I Havbruksmeldingen (2015) s. 9 er det forutsatt at oppdrettsnæringen ikke kan forvaltes "[bare] på lokalitetsnivå, men det må – særlig i lys av den betydelige produksjonsøkningen næringen har hatt – i fremtiden i større grad drives en *forvaltning basert på hva som kan aksepteres av miljøpåvirkning i et definert område.*" (uthevet her). Fra det siterte kan det sluttet at trafikklyssystemet bygger på at justeringer i produksjonen skal bero på områdets samlede miljøpåvirkning.

Havbruksmeldingen (2015) forutsetter imidlertid også at det å *vurdere* miljøpåvirkningen i et område samlet, samtidig betyr at en nødvendig nedjustering må gjennomføres som et samlet inngrep. Det er fra denne slutningen at myndighetene begrunner inngrepet på selskapsnivå, kontra å gjennomføre nedjusteringen på driftsnivå. Det er grunn til å stille spørsmålstegn ved denne argumentasjonen. Som kjent er tillatelsen fra Mattilsynet på driftsnivå også avgrenset i MTB jf. tildelingsforskriften § 35 saml. tildelingsforskriften § 15.

Dersom samme effekt kan oppnås er det uten betydning for miljøet om en nødvendig nedjustering skjer på selskapsnivå eller driftsnivå, i forskrift eller enkeltvedtak. Således slår ikke miljøhensynet til for å begrunne inngrepet i selskapstillatelsen, kontra å gjennomføre nedjusteringen på driftsnivå, med den forutsetning at sistnevnte alternativ er egnet i samme grad som førstnevnte. Det samme vil gjelde andre alternative inngrepsmåter eller metoder.

Én bestemt form for nedjustering av produksjonskapasitet, på driftsnivå, ble drøftet i Prop. 95 L (2018-2019) s. 11. Det ble imidlertid lagt til grunn at dette ikke var et egnet alternativ. I det følgende vurderes argumentasjonen for denne konklusjonen.

Det første som påpekes er at oppdrettere har ulik grad av fleksibilitet på driftsnivå og at en generell reduksjon vil ramme svært ulikt fordi det er tildelt tre ganger så mye MTB på driftsnivå, men samtidig påpekes at tallet ikke er likt for alle. Dette medfører at noen oppdrettere vil få en reduksjon, mens andre vil ha en produksjon som ligger under lokalitets-MTB og følgelig ikke bli berørt. Det andre som påpekes er at en nedjustering på driftsnivå ikke vil skille mellom "gode" og "dårlige" lokaliteter og vil "redusere innehavers mulighet til å foreta endringer som er til det bedre [sic!] for miljøet".²⁰³

Etter mitt syn er denne argumentasjonen lite overbevisende fordi samtlige av disse argumentene kan overføres til inngrepet på selskapsnivå, slik det ble gjennomført jf. kapasitetsjusteringsforskriften § 21.

Det er ikke tvilsomt at bare et fåtall av oppdretterne klarer å ligge opp mot 100% av selskaps-MTB, og om det oppnås, skjer det bare på enkelte tidspunkt i løpet året. Således er det de aktørene som evner å holde sin produksjon nært opp mot selskaps-MTB (konsern-MTB eller regions-MTB), som blir mest berørt av nedjusteringen i selskapstillatelsen. Når MTB er nådd, eller beregnet nådd, slaktes generasjonen ut og man er godt under selskaps-MTB – helt til neste generasjon i rekken når ønsket størrelse.

Det er også disse aktørene som har flest og mest fisk i havet til enhver tid og således de aktørene som forårsaker den største delen av lusepresset som nedjusteringen er tiltenkt å skal avbøte. Dette er indirekte påpekt i Innst. 361 S (2014-2015) s. 6: "En reduksjon i MTB på seks prosent gir ikke nødvendigvis en tilsvarende reduksjon i produksjonen, ettersom tildelt kapasitet i varierende grad er utnyttet.". Videre uttales: "Det kan videre antas at konsekvensene av redusert kapasitet i et produksjonsområde blir størst for små aktører som har hele sin produksjon tilknyttet ett produksjonsområde" (uthevet her).

²⁰³ Prop. 95 L (2018-2019) s. 11 tredje avsnitt.

Det som her påpekes er helt sentralt og viser skillet mellom teknisk-MTB og faktisk produksjonsmengde. Som påpekt vil ikke nedjustering av selskapstillatelsen nødvendigvis medføre en faktisk reduksjon i produksjonen.

Den problematikken som her påpekes, altså at de minste aktørene rammes hardere enn de største og at nedjustering av selskaps-MTB ikke nødvendigvis medfører reduksjon i produksjonen må vektlegges i retning av grunnlovsstrid.²⁰⁴ Samtidig må det påpekes at en nødvendig nedjustering gjennomført på driftsnivå ikke ville medført forskjellsbehandling og samtidig ville nedjusteringen representert faktisk reduksjon i produksjonsmengde.

Denne problematikken gjør seg ikke gjeldende dersom nedjusteringen hadde vært gjennomført på driftsnivå. På driftsnivå er det de enkelte lokaliteter som er gjenstand for nedjustering. Utgangspunktet for nedjusteringen på driftsnivå kunne vært den faktiske utnyttede kapasitet på hver lokalitet. En nedjustering vil derfor få en direkte korrelasjon med den faktiske produksjonen. Samtidig ville ikke nedjusteringen skilt mellom hvor mye kapasitet den enkelte aktør har, og således vil ikke de minste aktørene bli rammet hardest. I tillegg vil man få en proporsjonal nedjustering utfra hvor mye hver aktør bidrar til den uakseptable miljøtilstanden. Jeg vil komme tilbake til dette.

Det sentrale i forhold til vurderingen som her foretas er at ved å gjennomføre nedjusteringen på selskapsnivå vil fleksibiliteten for aktøren være større jo flere tillatelser aktøren har. Således favoriserer inngrepet i selskapstillatelsen de største aktørene. Dette må ses i sammenheng med regions-MTB og konsern-MTB, og at det er de største aktørene som står for brordelen av lusepresset.²⁰⁵

At det er tildelt mer MTB på driftsnivå følger naturlig av at hver lokasjon må ligge brakk i minst to måneder, etter at hver generasjon av laks er slaktet ut jf. driftsforskriften § 40 tredje ledd. For at ikke produksjonen skal stagnere, er det behov for flere lokaliteter. Dette medfølger naturligvis også at en fast prosent av den samlede lokalitets-MTB, for en aktør, aldri vil være i bruk.

²⁰⁴ Se Hagen-dommen avsnitt 77, hvor et av momentene i vurderingen er om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, med videre henvisninger.

²⁰⁵ Se pkt. 2.4.2.1.

Samtidig må det påpekes at en prosentvis reduksjon er en relativ størrelse, og *en bloc* reduksjon på både selskapsnivå og driftsnivå vil ramme ulikt operasjonelt og økonomisk. Det er derfor ikke grunnlag for å si at en reduksjon på driftsnivå vil ramme oppdretterne mer ulikt enn på selskapsnivå. Det kan faktisk hevedes at en nedjustering som gjennomføres på driftsnivå vil ivareta miljøhensynet bedre, enn dagens ordning. Dette fordi en aktør som har regions-MTB og konsern-MTB kan benytte selskapstillatelser fra tilstøtende produksjonsområder, i et produksjonsområde som skal nedjusteres. De tillatelsene som tilhører nabo-områdene er ikke omfattet av nedjusteringen, med mindre disse områdene også har blitt nedjustert. Dette medfører at den faktiske produksjonen kan være den samme, eller til og med gå opp – selv om området blir rødt. Dette unngås ved å nedjustere på driftsnivå.

På denne bakgrunn er det ikke grunn til å tillegge begrunnelsen til myndighetene særlig vekt. Det sentrale er at det ikke nødvendigvis er en sammenheng mellom teknisk-MTB (selskaps-MTB, regions-MTB og konsern-MTB), og den faktiske produksjonen, fordi en aktør som har regions-MTB kan benytte selskapstillatelser fra andre produksjonsområder. Dette belyser at miljøhensynet ikke nødvendigvis slår til og samtidig belyser dette at en nedjustering som gjennomføres på driftsnivå vil være betydelig mer egnet til å ivareta formålet om å redusere produksjonen, fordi lokaliteten med dens tillatelser er statisk.

Det er heller ikke betenkelig å gjennomføre en nedjustering på driftsnivå, som en områderegulering etter en områdevurdering, siden hjemmelen har eksistert for Mattilsynet siden 2012 jf. lakselusforskriften § 5 jf. § 4 og etableringsforskriften § 8. Det vises her tilbake til sitatet om sektormyndighetenes tillatelser. Det sentrale er at Mattilsynet har hjemmel til å justere biomassen innenfor "soner". I ordlyd er det ingen begrensninger i disse sonene og følgelig kan produksjonsområdene tjene som slike soner. Vide hjemler følger også av etableringsforskriften § 8, herunder til å endre Mattilsynets tillatelser dersom det kan "[...] forbedre helsesituasjonen eller velferden [...] for akvakulturområdet for bløtdyr eller det omkringliggende miljø." (uthevet her).

Når det gjelder at en generell reduksjon på driftsnivå ikke skiller mellom "gode" og "dårlige" lokaliteter, er det vanskelig, om ikke umulig, å se logikken. En reduksjon på selskapsnivå skiller heller ikke mellom gode eller dårlige lokaliteter, og den skiller heller ikke mellom "gode" og "dårlige" aktører. Formålet bak trafikklssystemet er nettopp å ikke gjøre

individuelle vurderinger, men å ha en objektiv tilnærming til miljøets bærekraft ved å objektivt å bedømme miljøtilstanden jf. Prop. 95 L (2018-2019) s. 27.

De overordnede forskjellene mellom å gjennomføre en nødvendig nedjustering på selskapsnivå kontra på driftsnivå, er at en nedjustering på driftsnivå ikke gjør inngrep i formuesobjektet med de økonomiske virkninger dette har. Samtidig kan en nødvendig nedjustering, som gjennomføres på driftsnivå, faktisk medføre en reduksjon i produksjonskapasitet, i motsetning til dagens realitet. Dette siste behandles nærmere under drøftelsen av inngrepets virkning på driftsnivå.

Et rettssubjekt som er i en posisjon til å erverve en akvakulturtillatelse er klar over at næringen er gjennomregulert på driftsnivå og at myndighetene foretar spesifikke og generelle driftsreguleringer kontinuerlig – ut fra hvor godt oppdretterne klarer å drifte. Dette er påpekt i Prop. 95 L (2018-2019) s. 11: "Justering av MTB på lokalitetsnivå er imidlertid et egnet virkemiddel for å redusere påvirkningen fra enkeltlokaliteter, og dette virkemiddelet benyttes aktivt av Mattilsynet".

Samtidig er aktørene klar over at det er forhold utenfor både myndigheters og oppdretters kontroll som kan påvirke avgjørelsene til myndighetene på driftsnivå. Dette er en stor usikkerhet i næringen, som er begrunnelsen for at det er avgjørende med faste, forutsigbare rammevilkår – som igjen er den eneste konstanten næringen har å forholde seg til. En nedjustering gjennomført på driftsnivå vil derfor ikke hatt betydning for akvakulturtillatelsens omsetningsverdi, eller som funksjon som panteobjekt. Dette er forhold som drøftelsene i hverken forarbeidene eller Havbruksmeldingen (2015) tar opp i seg.

Det kan argumenteres for at det vil være enklere og mer kostnadseffektivt å foreta en nedjustering på selskapsnivå. Dette momentet henger nært sammen med sondringen mellom enkeltvedtaksform og forskrift. Det henger også sammen med forutsetningen om å ikke foreta individuelle vurderinger i en objektiv områdeforvaltning. Samtidig henger dette sammen med oppdretternes adgang til å søke seg unntatt nedjusteringer. Det faller utenfor avhandlingen å gå dypt inn i disse forhold. Når det er sagt er det grunn til å se nærmere på effektivitetshensynet, som et samfunnsmessig hensyn.

I Prop. 95 L (2018-2019), på s. 10, ble hjemmelsproblematikken drøftet. Under sontringen mellom enkeltvedtak og forskrift ble det lagt til grunn at "alternativ 4 er å foretrekke ut fra blant annet effektivitetshensyn, men ikke minst fordi nedjusteringen foretas på bakgrunn av en vurdering av den samlede påvirkningen fra havbruksnæringen i et produksjonsområde. I en slik vurdering er det ikke hensiktsmessig at det skal tas individuelle hensyn som vil motarbeide formålet med reguleringen". Det er vanskelig å se logikken i denne slutningen. Selv om en vurdering av miljøtilstanden foretas på område-basis, er det ikke dermed sagt at gjennomføringen av en nødvendig nedjustering må skje på selskapsnivå – som redegjort for ovenfor. Man står da igjen med hensynet til effektivitet.

Det kan spørres om hvor godt effektivitetshensynet slår til. Det følger hhv. av kapasitetsjusteringsforskriften § 12, POF § 12 at innehaver av tillatelse kan søke om unntak og oppjustering – til tross for å være omfattet av nedjustering. Får en aktør godkjent en søknad om unntak kan det menes at det, *de facto*, ikke var nødvendig med nedjusteringen for denne aktøren.²⁰⁶ Dette må ses på bakgrunn av de konkrete vilkårene som må være oppfylt for å bli tilkjent et unntaksvedtak, som er like objektive som vurderingen som skal foretas for nedjusteringen selv. Med andre ord fordrer ikke en individuell vurdering at det skal skje en skjønnsutøvelse.

Et unntak forutsetter for det første et "positivt" vedtak fra Mattilsynet og for det andre en ytterligere innvilget søknad/vedtak av fylkeskommunen.²⁰⁷

Som det fremgår av forskriftene, sett i sammenheng, aktiveres store deler sektormyndigheten ved behandlingen av søknad om unntak. Dessuten må man søke etter at, i tid, nedjusteringen er vedtatt. Videre er det interessant å merke seg at departementet har lagt opp systemet slik at unntak skal vurderes på driftsnivå hvor sektormyndighetene har myndighet, mens nedtrekk generelt skjer på selskapsnivå hvor NFD har myndigheten.²⁰⁸

²⁰⁶ Se ordlyden i akl. § 9 tredje ledd.

²⁰⁷ Se kapasitetsjusteringsforskriften § 12 jf. POF § 12.

²⁰⁸ Markert i kapasitetsjusteringsforskriften § 12 ved at "Mattilsynet" innvilger eventuelle "positivt vedtak". Videre markert ved at søknad etter POF § 12 sendes "mattilsynet" jf. POF § 12 fjerde avsnitt.

Det fremkommer på Mattilsynets nettside at de har behandlet 24 søknader fra aktører i PO4 og PO3 (2019), hvor tre av dem ble påklaget og senere innvilget.²⁰⁹ Totalt behandlet Mattilsynet 50 saker fra 50 aktører fra forskjellige produksjonsområder.²¹⁰ Av disse oppfylte 23 kriteriene, mens 27 gjorde det ikke og fikk avslag. Av disse igjen ble 15 påklaget, men ingen fikk medhold. Som kjent ble bare 25 aktører omfattet av nedjusteringen.²¹¹

Det kan stilles spørsmål om ikke den mest effektive forvaltning ville vært å gjort individuelle vurderinger av de aktører som ble omfattet av en nedjustering forut vedtakelsen av nedjusteringen. Som nevnt ville en slik vurdering omfattet bare 25 aktører og vurderingen er ikke skjønnsbasert – men objektiv, således vil de individuelle vurderingene bare omfatte en kontroll med objektive kriterier.

I alt er begrunnelsen for ikke å gjennomføre nedjusteringen på driftsnivå lite overbevisende. Samtidig er det betenkelig at det ikke er foretatt en inngående vurdering av følgene ved å velge selskapsnivået som inngrepspunkt, i et rettighetsaspekt.

Motivene til trafikklyssystemet legger bare til grunn at en nedjustering "vil skje på tillatelsesnivå" jf. Havbruksmeldingen (2015) s. 9. Utover den korte argumentasjonen som er drøftet ovenfor, er det ikke foretatt en forsvarlig drøftelse av alternative inngrepsmåter. Heller ikke andre steder er spesifikke alternativer inngående vurdert. Dette kan skyldes at trafikklyssystemet er konstruert for å skape forutberegnelig *vekst* i næringen. Følgene ved å speile systemet til anvendelse på nedjustering er ikke er tilstrekkelig vurdert. Som beskrevet her kan alternative og mindre tyngende, gjennomføringsmåter ivareta samme formål.

Det nevnes i denne sammenheng at det i slutten av 2020 ble bestemt at internasjonale eksperter skal vurdere trafikklyssystemet, blant annet fordi det er betydelig tvil om trafikklyssystemet ivaretar de hensyn systemet forutsetter.²¹²

For å samle trådene påpekes følgende. Inngrepet i selskapstillatelsen er begrunnet i miljømessig bærekraft og delvis effektivitetshensyn. I avveiningen er det av betydning for

²⁰⁹ Mattilsynet (2019).

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.

²¹² Nærings- og fiskeridepartementet (2020-c).

styrken i de samfunnsmessige hensynene om mindre inngripende alternativer er tilgjengelige. Gjennomgangen viser at hverken miljøets bærekraft eller effektivitetshensyn, isolert eller samlet, konstituerer et tilstrekkelig sterkt samfunnsmessig hensyn som begrunner inngrepet i selskapstillatelsen.

I det følgende foretas avveiningen i relasjon til driftsnivået.

Trafikklyssystemets formål er å redusere lusepresset den ville laksebestanden blir utsatt for under utvandring, ved å nedjustere selskaps-MTB. Det følger av ekspertgruppens rapport av at det er lagt til grunn at utvandringstidspunktet i PO 4 og 5 er mellom 24. april og 17 juni.²¹³

Som også redegjort for, skulle nedjusteringen iverksettes i 2019. Imidlertid ble nedjusteringens vedtakelse utsatt til februar 2020, og dette førte til at ikrafttreddelsen ble august 2020. I august 2020 hadde den ville laksesmoltene allerede vandret ut, og dermed slår ikke de samfunnsmessige hensynene til for nedjusteringen i 2020. Miljøhensynene vil faktisk ikke slå til før neste utvandningsperiode.

På denne bakgrunn er ikrafttreddelsen på 6 måneder arbitrær og mangler sammenheng med hensynet inngrepet skal ivareta. Hadde NFD tatt i betraktning at miljøhensynet ikke kunne begynne ikrafttreddelsen på 6 måneder, og heller satt denne til slutten av april 2021, ville næringen hatt over 14 måneder på å innrette seg uten at dette berørte hensynet nedjusteringen skal ivareta. Som redegjort for er ikrafttreddelsen et betydelig element som gir styrke til de tilbakevirkende elementene.

Et helt klart alternativt ville vært å utsette ikrafttreddelsen. Dette kunne skjedd uten å berøre hensynet til miljømessig bærekraft, med potensiell stor gevinst for aktørene. Således slår ikke hensynet til miljømessig bærekraft til i den grad det var tiltenkt eller forutsatt i Havbruksmeldingen (2015). Til dette kommer også det som er sagt ovenfor om selskapstillatelsen som inngrepspunkt. Disse forhold sett i sammenheng gir anvisning på at det finnes mindre inngripende og mer egnede alternativer. På denne bakgrunn svekkes de samfunnsmessige hensynene betydelig. I det følgende påpekes flere momenter.

²¹³ Vedlegg II, s. 44, første avsnitt siste punktum.

For det første er det et alternativ å flytte en tilstrekkelig mengde oppdrettsvirksomhet ut av røde områder og inn i grønne områder, slik at den totale faktiske produksjonen i røde områder reduseres. Formålet med dette er å unngå at oppdretterne blir underlagt en nedjustering – men samtidig reduseres den totale produksjonen i et produksjonsområde hvor belastningen er for stor. Oppdretterne ville nok foretrukket dette, da man kan opprettholde produksjonsnivået – bare i et annet område. For aktører med regions-MTB og konsern-MTB er dette uproblematisk. Følgen av dette vil være at det i grønne områder blir mindre MTB å erverve for aktører som allerede drifter der. Spørsmålet blir altså om man vil prioritere vekst for aktører som befinner seg i grønne områder, eller unngå nedjusteringer for aktører i røde produksjonsområder.

Dette ble indirekte vurdert i Havbruksmeldingen (2015), på s. 68, under overskriften "miljøbegrunnet flytting". Her ble det vist til at Arealutvalget i sin rapport av 2011 konkluderte med at det burde være adgang til miljøbegrunnet flytting.²¹⁴ I Havbruksmeldingen hevdes det imidlertid at: "En slik adgang vil imidlertid innebære at selve systemet med handlingsregel undergraves, da *flytting av tillatelser vil «spise av» det vekstpotensialet som finnes i produksjonsområdet tillatelsen flyttes til.*" (uthevet her). I relasjon til Grl. § 97 er en slik begrunnelse lite overbevisende.

I klartekst betyr dette at vekst for aktører som befinner seg i grønne områder skal prioriteres, fremfor å unngå inngripende nedjustering av de aktører som befinner seg i røde områder. Enhver aktør i røde områder kan således være de beste aktørene på lusebekjempelse i hele landet, med de laveste lusetallene – men fortsatt bli nedjustert fordi det finnes for mange aktører. Det er ingen skyld å fordele etter trafikklyssystemet. Således er det vanskelig å se at "vekstpotensialet" i grønne områder skal tilfalle aktørene som tilfeldigvis befinner seg der. En slik prioritering mellom aktørene er i sin kjerne subjektiv og uten betydning for den ønskede miljømessige gevinst.

Dette er et alternativ som burde vært vurdert nærmere, og særlig i lys av Grl. § 97 og EMK P1-1. Slik jeg ser det ville et pålegg om miljøbegrunnet flytting vært et langt mindre inngripende tiltak. Det må også påpekes at vurderingen til departementet, som vist til ovenfor,

²¹⁴ Arealutvalget (2011) s. 161.

har et ikke ubetydelig avståelselement ved seg. Dette vil jeg komme tilbake til under vurderingen av eiendomsvernet i EMK P1-1.

For det andre har næringen selv foreslått et alternativt inngrep som går ut på å nedjustere kapasiteten i den perioden den ville laksesmolten vandrer ut i havet. Forslaget går nærmere ut på å ha en omfattende lavere selskaps-MTB i utvandringsperioden, for eksempel 12% mindre enn tillatelsens pålydende. Forslaget går videre ut på at man kan ta igjen den tapte MTB i andre deler av året – hvor produksjonen ikke kan påvirke den utvandrende laksesmolten.

Jeg går ikke nærmere inn på en vurdering av alternative tiltak.

Jeg har ovenfor nevnt at jeg ville komme tilbake til betydningen av myndighetenes egen vurdering av grunnlovsmessigheten. Dette kommer jeg tilbake til her. Det er en nær sammenheng mellom domstolens prøvingsintensitet og statens handlingsfrihet, som igjen henger sammen med den rettskildemessige betydningen av myndighetenes egen vurdering av rettslige spørsmål.²¹⁵ For prøvingsintensiteten generelt vises det tilbake til pkt. 3.1.1.

På denne avhandlings tema har mellomvariant-normen kommet til anvendelse.²¹⁶

Myndighetene har imidlertid lagt til grunn at Borthen-normen kommer til anvendelse.²¹⁷ I denne sammenheng er Rederiskatt-dommen sentral. I saken hadde Stortinget gjort en "[...] svært grundig vurdering av grunnlovsspørsmålet,".²¹⁸ Til tross for dette konkluderte flertallet med at myndighetenes vurdering ikke skulle tillegges vekt i helhetsvurderingen fordi Stortinget hadde lagt til grunn uriktig norm.²¹⁹ Det stilles med andre ord et kvalitetskrav til myndighetenes egen vurdering.

Utgangspunktet er derfor at myndighetenes egen vurdering ikke skal tillegges vekt fordi uriktig norm er lagt til grunn.

Hagen-dommen kom mellom Havbruksmeldingen (2015) og Prop. 95 L (2018-2019). Jeg har ovenfor redegjort for den rettsutviklingen Hagen-dommen medfører. I proposisjonens

²¹⁵ Høgberg (2010) s. 32 flg. med videre henvisninger.

²¹⁶ Se drøftelsen i pkt. 3.4.1.

²¹⁷ Se Havbruksmeldingen (2015) s. 67 og Prop. 95 L (2018-2019) s. 15.

²¹⁸ Rederiskatt-dommen avsnitt 172.

²¹⁹ Ibid., samme avsnitt.

drøftelse tas det imidlertid ikke hensyn til Hagen-dommen i det store og hele – i stedet ble det vist til drøftelsen foretatt i Havbruksmeldingen (2015). Dette er en kvalitetsmangel ved vurderingen.

For øvrig må det påpekes at det ikke er gjort en grundig vurdering av tilbakevirkningsspørsmålet. Lovavdelingen er heller ikke spurt til råds, noe som er underlig tatt i betraktning at oppdrettsvirksomhet er landets største eksportnæring etter olje. I tillegg til dette kommer at det er betydelige verdier som blir berørt. Samlet taler disse forhold i retning av en sterk prøvingsintensitet og at statens styringsbehov må vike.

På denne bakgrunn legges det ikke vekt på myndighetens vurdering av grunnlovsspørsmålet.

Etter ovenstående avveining må hensynet til miljømessig bærekraft og effektivitetshensynet vike for den rettighetsposisjon som nedjusteringen griper inn i.

Det konkluderes derfor med at kapasitetsjusteringsforskriften § 21 er grunnlovsstridig.

4 EMK P1-1

4.1 Innledning

I dette kapittel adresseres den andre hovedproblemstillingen, nemlig om nedjusteringen krenker eiendomsvernet i EMK P1-1. På bakgrunn av den nære sammenhengen mellom Grl. § 97 og EMK P1-1 må drøftelsene i følgende må suppleres med det som fremgår av avhandlingen hittil.²²⁰

Overskriften til bestemmelsen gir anvisning på at formål er å beskytte eiendomsrettigheter, markert med ordlyden: "Protection of property". Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Every natural or legal person is entitled to the *peaceful enjoyment of his possessions*. No one shall be *deprived* of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

²²⁰ Se Høgberg (2010) s. 119 flg. og Strukturvote-dommen avsnitt 149 hvor det legges til grunn at momentene som er relevant under Grunnlovsvurdering "gjør seg gjeldende med styrke" også etter EMK P1-1.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to *control* the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties. (uthevet her).

Etter lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.) § 2 gjelder EMK P1-1 som norsk lov. Dessuten går bestemmelsen foran annen lovgivning jf. Grl. § 92 og mrl. § 3, se storkammerdommen Rt. 2015 s. 421 avsnitt 53 (Grimstvedt).

Bestemmelsens nærmere innhold og struktur er gradvis utviklet i EMDs praksis. I den sentrale plenumsdommen av 23. september 1982, *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, fremgår det at EMD har innfortolket "three distinct rules" fra ordlyden i EMK P1-1 jf. avsnitt 61.

Første regel har på norsk fått benevnelsen "Prinsippregelen" og fremgår av bestemmelsens første ledd første punktum. Regelen gir uttrykk for det overordnede prinsippet om at enhver har rett til å nyte sin eiendom i fred. Andre regel er oftest omtalt som "Avståelsesregelen" og slår fast at et rettssubjekt i utgangspunktet er beskyttet mot tvungen eiendomsavståelse, med mindre nærmere angitte vilkår er oppfylt jf. bestemmelsens første ledd andre punktum.²²¹ I motsetning til de to første reglene er den tredje regelen, "Kontrollregelen", negativt formulert i motsetning til de to første reglene. Regelen fremgår av andre ledd og gir uttrykk for statlige myndigheters *behov og rett* til å beslutte kontrollerende reguleringer for å ivareta fellesskapets interesser, innenfor visse rammer som er nærmere presisert i EMDs omfattende praksis.

Som beskrevet av Høyesterett skal ikke reglene tolkes og forstås uavhengig av hverandre.²²² Avståelsesregelen og kontrollregelen er bestemte former for inngrep som begge faller inn under prinsippet om vern av eiendom i første ledd, første punktum.²²³ Denne tolkningen av bestemmelsen er ukontroversiell, se EMDs dom 14. april 2015, *Chinnici mot Italia* (No. 2), avsnitt 29. Dette poeng har en nær sammenheng med de særlige metodiske forhold som

²²¹ Se HR-2018-1258-A (Gassled) avsnitt 110.

²²² Ibid. avsnitt 111.

²²³ Det siktes til "Prinsippregelen" beskrevet ovenfor.

gjør seg gjeldende ved tolkningen og anvendelsen av EMK-rettigheter, som jeg skal komme tilbake til i neste delkapittel.²²⁴

Et annet overordnet forhold ved bestemmelsens innhold og struktur er den fremgangsmåte EMD har gitt anvisning på, ved vurdering av om bestemmelsen er krenket. For det første må det foretas en vurdering av om det, i den konkrete sak, er tale om et *inngrep* i et *eiendomsgode* i konvensjonens forstand. Gitt at disse to inngangsvilkårene er oppfylt, har EMD innfortolket at inngrepet må være i samsvar med lov, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig. Som det fremgår av dom 16. november 2010, *Perdigão mot Portugal*, gjelder disse tre vilkårene uansett hvilken regel som kommer til anvendelse.²²⁵ Høyesterett benytter seg av samme strukturelle tilnærming.²²⁶

For å oppsummere: EMD har gitt anvisning på at følgende problemstillinger er aktuelle når det skal foretas en vurdering etter EMK P1-1: Foreligger det (1) et *inngrep* i (2) et *eiendomsgode* i konvensjonens forstand?²²⁷ (3) Hvilken regel kommer til anvendelse? (4) Oppfyller inngrepets hjemmel legalitetskravet utviklet av EMD? (5) Bygger inngrepet på et legitimt formål? (6) Er inngrepet forholdsmessig? Avhandlingen vil ta utgangspunkt denne strukturen.

Før det foretas en vurdering av om nedjusteringen strider med eiendomsvernet i EMK P1-1, redegjøres det for noen særlige metodiske forhold.

4.1.1 Metode og domstolsprøving

Om nedjusteringen krenker EMK P1-1 vurderes med utgangspunkt i norske domstolars perspektiv. Spørsmålet som reiser seg i denne forbindelse er hvilken metode Høyesterett legger til grunn ved vurderingen av EMK-rettigheter. Dette spørsmålet ble tilsynelatende nokså klart besvart i Rt. 2005 s. 833, avsnitt 45, hvor det ble lagt til grunn at "[ved] anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler *foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD.*" (uthevet her). Det nevnes

²²⁴ Se pkt. 4.1.1.

²²⁵ Se dommens avsnitt 67.

²²⁶ Se HR-2018-1258-A (Gassled), avsnitt 110-111, HR-2016-304-S (Guldberg) avsnitt 43 flg. og Hagedommen avsnitt 122.

²²⁷ Eiendomsvilkåret og inngrepsvilkåret er to separate vilkår som henger nært sammen. Som påpekt av Solheim i Solheim (2019) s. 177 drøfter EMD ofte disse vilkårene samlet.

imidlertid at forarbeider er av mer underordnet betydning, både formelt og reelt – enn ved generell lovtolkning etter norske tradisjoner.²²⁸ Dette er en metodisk likhet som Grl. § 97 og EMK P1-1 deler.²²⁹

Det er ikke rom for en helhetlig og inngående gjennomgang EMDs metode. En god gjennomgang er imidlertid gjort av Solheim, det vises til denne.²³⁰ I det følgende gjengis noen sentrale forhold knyttet til EMDs metode, slik de er redegjort for av Solheim.

For det første er EMDs metode preget av prinsippet autonom tolkning. Tolkningsprinsippet går ut på at en rekke konvensjonsbegreper skal tolkes selvstendig og uavhengig av forståelsen av tilsvarende begrep i nasjonale rettssystemer. Det klassiske eksempelet er EMDs dom 8. juni 1976, *Engel mfl. mot Nederland*, hvor det ikke var avgjørende hvor den nasjonale grensen mellom straffesanksjon ("criminal charge" etter EMK Art. 6) og disiplinær- eller ordenstraff gikk, for å konstatere konvensjonsstrid.

For det andre er EMDs egen praksis helt sentral. Dette følger av Wien-konvensjonen Art. 31 og er ofte bekreftet av EMD selv.²³¹ Dette medfører at EMDs praksis også er helt sentral for norske domstolers rettsanvendelse. I denne sammenheng er det betimelig å påpeke at Norge fikk kritikk fra EMD i dom 12. juni 2012, *Lindheim mfl. mot Norge*, fordi Høyesterett ikke bygde sin drøftelse av EMK P1-1 på oppdatert konvensjonspraksis og at den praksis som ble vektlagt ikke var tilstrekkelig sammenlignbar.²³²

Som påpekt av Solheim, har EMD karakter av å være en overnasjonal domstol.²³³ Dette medfører at EMD anvender rettskildeprinsipper det ikke er like naturlig at norske domstoler anvender. Herunder subsidiaritetsprinsippet, fjerdeinstans-doktrinen og skjønnsmarginen.²³⁴

Kort forklart innebærer subsidiaritetsprinsippet og fjerdeinstans-doktrinen at det tilfaller EMD å drive rettsutvikling på EMK-rettens område, men på den andre siden tilfaller det nasjonale domstoler å anvende retten. Det er i denne sammenheng norske domstoler skal foreta den

²²⁸ Høgberg og Sunde (red.) (2019) s. 362 flg. med videre henvisninger, skrevet av Solheim.

²²⁹ Se pkt. 3.1.1.

²³⁰ Høgberg og Sunde (red.) (2019) kapittel 13.

²³¹ Se nærmere om Wien-konvensjonens rolle under tolkningen av EMK-rettigheter, se Elgesem (2003).

²³² Se *Lindheim mfl. mot Norge* avsnitt 135.

²³³ Høgberg og Sunde (red.) (2019) s. 380.

²³⁴ *Ibid.*, samme side.

selvstendige tolkningen Høyesterett nevner, se sitatet i første avsnitt i dette delkapittel. I det følgende ser jeg nærmere på EMDs skjønnsmargin.

Det er på det rene at norske domstoler, samt flere andre konvensjonsstaters domstoler, har tilkjent de nasjonale myndigheter en tilsvarende skjønnsmargin som EMD tilkjenner konvensjonsstatene som sådan. I storkammerdom 19. februar 2009, *A mot Storbritannia*, har imidlertid EMD påpekt at dette er en misforståelse. Følgende uttales i avsnitt 184: "The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. *It cannot have the same application to the relations between the organs of the State at the domestic level.*" (uthevet her).

Avhandlingens utgangspunkt er nasjonale domstolers perspektiv. EMDs skjønnsmargin skal ikke legges til grunn. Dette betyr imidlertid ikke at norske domstoler er avskåret fra å vektlegge øvrige myndigheters vurderinger – det betyr at om, og hvilken vekt lovgivers vurdering skal tillegges, beror på nasjonale regler.²³⁵

Det følger av vår rettstradisjon at domstolen er tilbakeholden med å prøve politisk eller faglig betont skjønn, men som påpekt av Skoghøy "er [domstolene] imidlertid *godt skikket til å foreta konkrete forholdsmessighetsvurderinger, og det er derfor ikke noen grunn til å overføre tilbakeholdenheten med å overprøve politisk eller faglig betont forvaltningsskjønn til å gjelde den konkrete forholdsmessighetsvurdering av inngrep i EMK-rettigheter.*" (uthevet her).²³⁶

Dette har gode grunner for seg. EMK-rettighetenes beskyttelse vil miste store deler av sin realitet dersom nasjonale domstoler skal vise tilbakeholdenhet i første omgang, og deretter så skal EMD legge på et ytterligere filter dersom saken slipper inn i Strasbourg. I den konkrete sak kan det være lite igjen av bestemmelsens beskyttelse – om dette skal være rettstilstanden. Dette må ses i sammenheng med subsidiaritetsprinsippet og fjerdeinstans-doktrinen, se ovenfor.

Det kan imidlertid synes som Høyesterett viser tilsvarende tilbakeholdenhet av forholdsmessighetsvurderingen som EMD ville gjort. Se Gassled-dommen, hvor følgende

²³⁵ Skoghøy (2011) siste avsnitt.

²³⁶ Ibid., fjerde avsnitt.

legges til grunn i relasjon til forholdsmessighetsvurderingen: "Ordningen tilgodeser legitime samfunnsbehov som det *ikke er aktuelt for verken for Høyesterett eller EMD å overprøve i en sak som dette*, jf. Høyesteretts storkammerdom i HR-2016-304-S avsnitt 56 og EMDs dom 22. mai 2018, *Zelenchuk og Tsytsyura mot Ukraina*, avsnitt 100." (uthevet her).²³⁷

Det uttalte må imidlertid knytte seg til en konkret prøving av behovet for inngrepet og avskjærer ikke en konkret vurdering av inngrepet som sådan, i lys av EMK P1-1. I tillegg er ordlyden "i en sak som dette", en betydelig reservasjon. Det må derfor legges til grunn at prøvingsintensiteten kan variere fra sak til sak etter en nærmere vurdering av rettighetsposisjonens karakter.²³⁸

4.2 Foreligger det inngrep i et eiendomsgode?

Spørsmålet som her skal besvares er om nedjusteringen er et *inngrep* i et *eiendomsgode* i konvensjonens forstand. Er inngangsvilkårene ikke oppfylt, medfører det at EMD, *ex officio*, skal avvise en klage på bakgrunn av at bestemmelsen ikke er anvendelig *ratione materiae*.²³⁹ Det samme må legges til grunn når norske domstoler foretar vurderingen.

Problemstillingen er i utgangspunktet todelt. Det må være tale om et eiendomsgode i konvensjonens forstand og det må være gjennomført et inngrep i eiendomsgodet. Videre må staten være ansvarlig for nevnte inngrep, siden det er staten som formelt er pliktsubjekt etter EMK. Det samme følger av sikker EMD-praksis. Jeg ser først på spørsmålet om oppdretterne har en "possession" som nyter vern etter EMK P1-1.

Begrepet "possession", i EMK-kontekst, favner om to kategorier av eiendom. Den ene er av Høyesterett beskrevet som "eksisterende formuesobjekter" og den andre som aktiva, eller krav, hvor klager har en berettiget forventning om å oppnå effektiv eiendomsutnyttelse.²⁴⁰

I noen tilfeller viser både Høyesterett og EMD at kategoriseringen kan være utfordrende. Et eksempel fra Høyesterett kan være nevnte Gassled-dommen, avsnitt 121-122. EMDs dom av 5. januar 2000, *Beyeler mot Italia*, kan også tjene som et eksempel på et tvilstilfelle og

²³⁷ Gassled-dommen avsnitt 135.

²³⁸ Når det gjelder domstolkontrollen for øvrig vises det til Solheim (2014). Se også pkt. 3.4.2.4.

²³⁹ Se EMK Art. 35 nr. 4 bokstav a.

²⁴⁰ Se Gassled-dommen avsnitt 116-117 og Solheim (2010) s. 146-147 med videre henvisninger.

samtidig hvordan tvilstilfeller skal løses, se avsnitt 52 "The concept of possessions have an *autonomous meaning* and the issue that needs to be examined is weather the *circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1.*" (uthevet her).

Sitatet viser at det ved tolkningen skal legges til grunn en autonom tolkning av begrepet og at det sentrale er en helhetsvurdering av forholdene i den konkrete sak, for rettssubjektet som søker bestemmelsens beskyttelse. Videre skal det lite til for at eiendomsvilkåret er oppfylt. Se i denne sammenheng EMD storkammerdom 29. april 1999, *Chassagnou mfl. mot Frankrike*, hvor det ble påpekt at økonomisk tap for klager ikke er et vilkår for "possession", men et økonomisk tap trekker sterkt i retning av at det er tale om et inngrep som rammer et vernet eiendomsgode.

I relasjon til EMK P1-1 tar denne avhandling utgangspunkt i at selskapstillatelsen er objektet for vurderingen. Virkningene for driftsnivået er det adgang til å vektlegge i forholdsmessighetsvurderingen. Dette er en annen tilnærming enn drøftelsen av Grl. § 97 hvor lovgivningen som sådan ble ansett å i realiteten ramme to forskjellige rettighetsposisjoner. Vurderingen etter EMK P1-1 har imidlertid en litt annen grunnleggende struktur, hvor hovedfokuset ikke er lovgivningen, men eiendommen.²⁴¹ Derfor velges denne fremgangsmåten. Fremgangsmåten medfører ingen realitetsforskjell fordi forholdsmessighetsvurdering tar opp i seg samme elementer som helhetsvurderingen etter Grl. § 97.

Tillatelser og konsesjoner er av Høyesterett kategorisert som "possessions" i form av å være eksisterende formuesrettigheter som nyter vern etter EMK P1-1. Det vises i denne sammenheng til Gassled-dommen, avsnitt 121, siste punktum, med videre henvisninger til Strukturvote-dommen.

Når strukturvotene anses som "possession", kan det ikke være tvilsomt at akvakulturtillatelsen er det samme.²⁴² Det er heller ikke tvilsomt at nedjusteringen, hvis den er

²⁴¹ Dette følger av ordlyden i hhv. Grl. § 97 og EMK P1-1.

²⁴² Se drøftelsen i kapittel 3 og Strukturvote-dommen avsnitt 145.

å kategorisere som et inngrep i konvensjonens forstand, er et inngrep som staten svarer for. Dette følger naturlig av at nedjusteringen er foretatt av NFD, et statlig organ, i forskrifts form.

Spørsmålet som imidlertid reiser seg, er om nedjusteringen skal anses som et inngrep, eller om nedjusteringen bare er et forhold som er med på å definere hva selskapstillatelsen er. Ved første øyekast kan det menes at dette spørsmålet kommer på spissen på bakgrunn av ordlyden i akl. § 5. Bestemmelsen gjengis ikke igjen, se heller avhandlingens pkt. 3.4.2.2. Den overordnede problemstillingen er drøftet av Solheim.²⁴³ Som påpekt av Solheim, vil det ikke være tale om et inngrep i et eiendomsgode, dersom en restriksjon bare definerer eiendomsgodet – i slike tilfeller vil ikke EMK P1-1 komme til anvendelse.²⁴⁴

Som beskrevet av Solheim, var dette spørsmålet til behandling i EMD storkammerdom 30. august 2007, *J.A. Pye (Oxford) LTD og J.A. Pye (Oxford) Land LTD mot Storbritannia*.²⁴⁵ EMD kom til at selv om en regel som potensielt kan innskrenke eiendomsutnyttelsen foreligger, og er kjent på ervervstidspunktet, er EMK P1-1 utvilsomt anvendelig når regelen senere ble anvendt slik at eiendomsutnyttelsen blir innskrenket. Til dette uttaler Solheim at "[potensielle] restriksjoner som følger av det alminnelige regulatoriske regimet eiendomsgode er underlagt, utgjør altså ingen begrensning av eiendomsobjektet som sådan. Når slike restriksjoner materialiserer seg på et senere tidspunkt, er de å anse som "inngrep" som må rettfærdiggjøres innenfor rammen av EMK P1-1."²⁴⁶

På denne bakgrunn er det klart at nedjusteringen representerer et inngrep i et eiendomsgode som er vernet etter EMK P1-1.

4.3 Hvilken regel kommer til anvendelse?

Innledningsvis er det hensiktsmessig å påpeke at regelvalget, i seg selv, ikke synes å være av særlig betydning for EMD lengre. Det vises i denne sammenheng til dom 16. april 2002, *S.A. Dangeville mot Frankrike*. Klageren hevdet at en nektelse på momsrefusjon representerte en

²⁴³ Solheim (2019).

²⁴⁴ Se Solheim (2019) s. 177 andre avsnitt tredje punktum.

²⁴⁵ Ibid. samme side.

²⁴⁶ Ibid. s. 178 tredje avsnitt.

avståelse. EMD var enig, men mente også at forholdet kunne subsumeres under kontrollregelen. Følgende ble uttalt i avsnitt 51:

The Court considers it unnecessary to decide this issue, since *the two rules are not 'distinct' in the sense of being unconnected, are only concerned with particular instance of interference with the right to peaceful enjoyment of property and must, accordingly, be construed in the light of the principle enunciated in the first sentence of the first paragraph.*" (uthevet her).

Som det fremgår av det siterte må de bestemte formene for inngrep ses i lys av prinsippregelen. Som redegjort for ovenfor, er Høyesterett av samme syn.²⁴⁷

Det sentrale er vurderingene som skal foretas uavhengig av regelvalg, nemlig inngrepets legalitet, om formålet er legitimt og inngrepets konkrete proporsjonalitet.²⁴⁸ Inn under disse vurderinger, og særlig forholdsmessighetsvurderingen, vil forhold knyttet til inngrepets art, eiendomsobjektets karakter og forholdet mellom statens styringsbehov og subjekters beskyttelsesbehovet være relevant. Det er blant annet på denne bakgrunn at klassifiseringen i seg selv mister deler av sin betydning.²⁴⁹

Foreliggende nedjustering er en følge av offentlig regulering av pågående virksomhet. *Lindheim med flere mot Norge*, avsnitt 75-78 og EMD dom 27. september 2019, *Svit Rozvag, Tov m.fl. mot Ukraina*, avsnitt 154, gir anvisning på at kontrollregelen kommer til anvendelse i slike tilfeller. Det samme er lagt til grunn av Høyesterett for strukturkvoter, i Strukturvotedommen.²⁵⁰ Disse avgjørelser trekker nokså sterkt i retning av at kontrollregelen kommer til anvendelse på nedjusteringen som her er til vurdering.

Når det er sagt, er nedjusteringen beheftet med et ikke ubetydelig avståelseselement. I Havbruksmeldingen s. 68 ble miljøbegrunnet flytting, som et alternativt inngrep, vurdert til å kunne "spise" av det vekstpotensialet som finnes i det produksjonsområdet man flytter til.

²⁴⁷ Gassled-dommen avsnitt 111.

²⁴⁸ EMD har i flere senere dommer positivt uttalt at klassifiseringen er unødvendig eller uviktig, se for eksempel EMD dom 6. oktober 2005, *Draon mot Frankrike* og *Maurice mot Frankrike*, begge fra 6. oktober 2005.

²⁴⁹ Dette innebærer imidlertid ikke at inngrepets art (klassifiseringen) har mistet hele sin betydning. Inngrepets art er fortsatt styrende for hva som skal til for at staten kan anses å ha "rettferdiggjort sin handling" jf. Solheim (2010) s. 75.

²⁵⁰ Se Strukturvote-dommen avsnitt 146.

Dette argumentet medfører at staten, i realitet, velger å prioritere vekst for noen aktører, i stedet for å prioritere å ikke fatte et inngrepene tiltak ovenfor andre aktører. Dette element er imidlertid ikke tilstrekkelig til å gi avståelsesregelen anvendelse, holdt opp mot de forhold som trekker i retning av at kontrollregelen kommer til anvendelse. På bakgrunn av EMD holdning til regelvalgets betydning, er det heller ikke nødvendig å subsumere forholdet under prinsippregelen – slik som EMD gjorde i *S.A. Dangeville mot Frankrike*.

Det avgjørende må være at nedjusteringen formelle formål er å kontrollere igangværende konsesjonsbasert næring. Øvrige forhold, herunder avståelselementer, er det adgang til å hensynta i forholdsmessighetsvurderingen, se i samme retning Strukturkvote-dommen.²⁵¹ Etter dette legges det til grunn at kontrollregelen kommer til anvendelse.

Under forholdsmessighetsvurderingen redegjøres det for betydningen av at kontrollregelen kommer til anvendelse.²⁵²

4.4 Er legalitetskravet oppfylt?

Legalitetskravet kan utledes av ordlyden i EMK P1-1. For kontrollregelens vedkommende er det formuleringen "such laws" i andre ledd som indikerer kravet. Det er sikker rett at lovbegrepet i konvensjonen er underlagt en autonom fortolkning, på lik linje med eiendomsbegrepet. Kravet innebærer ikke et krav om formell lov – herunder kan "common law" og lignende grupper av rettskilder oppfylle kravet.²⁵³ Med andre ord praktiseres ikke legalitetskravet strengt.

Det er videre lagt til grunn at en konkret drøftelse av legalitetskravet innebærer to vurderinger. Disse vurderingene er utledet av EMD praksis og fremholdt blant annet i Solheim.²⁵⁴

For det første stiller EMD krav om at myndighetene opptrer i samsvar med nasjonal rett. Bortsett fra drøftelsen som følger av kapittel 3, faller det utenfor avhandlingen å vurdere om nedjusteringen er i samsvar med nasjonal rett.²⁵⁵ Dette vilkåret beror dessuten sjeldent på tvil,

²⁵¹ Se Strukturkvote-dommen avsnittene 155 og 241.

²⁵² pkt. 4.6.1.

²⁵³ Se i samme retning dom av 30. mai 2000, *Carbonara and Ventura mot Italia*.

²⁵⁴ Solheim (2010) s. 76 med videre henvisninger.

²⁵⁵ Se avgrensningen mot forvaltningsrettslige spørsmål i pkt. 1.3.

og EMD vil være tilbakeholden i sin prøvingsintensitet dersom nasjonale domstoler har vurdert spørsmålet. I skrivende stund verserer det sak for domstolene, hvor avhandlingens temaer er anført. På denne bakgrunn legges det til grunn (presumeres) at nedjusteringen er i samsvar med nasjonal rett, og samtidig ses det bort fra konklusjonen etter drøftelsen i kapittel 3.

For det andre har EMD oppstilt et kvalitetskrav til inngrepsgrunnlaget. For denne delen av lovkravet har EMDs prøvingsintensitet vært "langt sterkere" jf. Solheim.²⁵⁶ I saken *Carbonara og Venture mot Italia* uttales at "[the] requirement of lawfulness means that rules of domestic law must be sufficiently *accessible, precise and foreseeable*." (uthevet her).²⁵⁷ Det er ikke særlig tvilsomt at tilgjengelighetskravet ("accessible ") er oppfylt, all den tid nedjusteringen formelt er hjemlet i anerkjente autorative rettskilder.

Når det gjelder presisjonskravet ("precise ") og forutberegnelighetskravet ("foreseeable "), er det ikke like klart. Presisjonskravet og forutberegnelighetskravet henger nært sammen. Dersom ordlyden er presis, er et rettssubjekt i en bedre posisjon til å forutberegne sin rettsstilling. Motsetningsvis er rettssubjektet dårligere stilt dersom ordlyden ikke er presis. Hva som nærmere ligger i disse kravene kan illustreres ved å se på følgende formulering i EMD dom 9. november 1999, *Goodwin mot Storbritannia*: "[the] persons concerned – if need be with appropriate legal advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail."²⁵⁸

Med andre ord skal den inngrepet rammer kunne, om nødvendig ved hjelp av lovkyndige, kunne forutberegne sin rettsstilling – innenfor rimelighetens grenser – i det konkrete tilfellet. Solheim fremholder videre at det generelt må kunne stilles strengere krav desto tyngre inngrepet er, herunder vil inngrepets karakter kunne spille inn.²⁵⁹

De forhold ved inngrepshjemmelen for nedjusteringen som setter presisjons- og forutberegnelighetskravet under press har delvis blitt påpekt i kapittel 3. Det pekes særlig på lovendringen av 2019 som skulle presisere inngrepshjemmelen. I dette ligger det, i seg selv,

²⁵⁶ Solheim (2010) s. 77.

²⁵⁷ Se *Carbonara og Venture mot Italia* avsnitt 64.

²⁵⁸ Se *Goodwin mot Storbritannia* avsnitt 31.

²⁵⁹ Solheim (2010) s. 77 flg. med videre henvisninger.

en anerkjennelse om at hjemmelen ikke var tilstrekkelig presis. Bakgrunnen for lovendringen var innvendinger fra flere hold som mente akl. § 9 ikke hjemlet nedjusteringen. Særlig knyttet dette seg til vedtaksform, områderegulering og nødvendighetskravet i akl. § 9 første ledd bokstav a. Se det som er uttalt om dette ovenfor.

Dette må sammenholdes med at trafikklyssystemet, når det ble innført, forutsatte at akl. § 9 hjemlet inngrepet og at nedjusteringen skulle skje i 2019. Nedjusteringen ble imidlertid utsatt til 2020 og i mellomtiden kom lovendringen som presiserte hjemmelen. Det kan reises spørsmål om hva som var den reelle begrunnelsen for å utsette nedjusteringen, tatt i betraktning innvendingene mot hjemmelsgrunnlaget og lovendringen som fulgte. Man kan se dette fra et annet perspektiv. Hvis nedjusteringen hadde blitt vedtatt når den skulle, er det ikke særlig tvilsomt at hjemmelen ikke oppfyller kravet til presisjon eller forutberegnelighet.

Poenget som skisseres i avsnittet ovenfor blir veldig tydelig ved å se differansen i ordlyden mellom akl. § 9 tredje ledd og § 9 første ledd bokstav a. Etter en naturlig språklig forståelse kan det ikke være tvil om at akl. § 9 tredje ledd går betydelig lengre enn den alternative bestemmelsen i første ledd bokstav a. Særlig om uttalelsene i forarbeidene til lovendringen tas i betraktning. Det siktes her til at lovendringen ikke skulle skape ny materiell rett, men bare presisere hjemmelen som fremgår av akl. § 9 første ledd bokstav a. Dette behandles nærmere i forholdsmessighetsvurderingen.

Selv om inngrepshjemmelen i akl. § 9 tredje ledd, formelt sett, oppfyller legalitetskravet i EMK P1-1 andre ledd, når vedtaket faktisk ble fattet, er det her påpekt reelle forhold som trekker i retning av at hverken presisjonskravet eller forutberegnelighetskravet er oppfylt. Det siktes her til at presiseringen av inngrepshjemmelen kom i siste liten og etter at nedjusteringen skulle vært vedtatt. Dette må sammenholdes med at når trafikklyssystemet ble innført hadde inngrepshjemmelen de påpekte mangler. Selve nedjusteringen kan ikke vurderes helt løsrevet fra trafikklyssystemet som sådan.

EMD har ved flere tilfeller uttalt at konvensjonsbestemmelsene skal tolkes slik at de blir praktiske og effektive, se *Sporrong og Lönnroth*-saken hvor EMD, avsnitt 63, uttales følgende: "[the] Court considers that it must *look behind the appearance and investigate the realities of the situation complained of*". Dette utgangspunktet må legges til grunn her. En stat kan ikke omgå legalitetskrav ved å presisere en inngrepshjemmel rett før et planlagt inngrep

blir foretatt. En stat kan heller ikke omgå legalitetskrav ved å utsette å gjennomføre et planlagt inngrep, for å skaffe seg mulighet til å presisere hjemmelsgrunnlaget. Det avgjørende må være realiteten i presisjonen og den reelle forutberegneligheten.

Det må også vektlegges at det ikke er kjente eksempler på at akl. § 9 bokstav a har blitt benyttet tidligere, og i alle fall ikke for å gjennomføre driftsreguleringer. Som redegjort for i kapittel 3 har forvaltningen av driften alltid foregått på driftsnivå. I denne forbindelse vises det til dom av 22. september 1994, *Hentrich mot Frankrike*, hvor EMD vektla at myndighetenes bruk av en inngrepshjemmel var "arbitrarily and selectively and was scarcely foreseeable".²⁶⁰ Det var riktig nok flere forhold som trakk i retning av det siterte, som det er i foreliggende tilfelle, men i prinsippet er forholdene meget sammenlignbare. Det sentrale er imidlertid at det etter EMK P1-1 ikke bare er inngrepshjemmelen som granskes, men også bruken av den. I denne forbindelse må det også påpekes at hverken skjønnet etter inngrepshjemmelen, eller nedjusteringen som sådan, tar opp i seg individuelle forhold hos de rammede rettighetshaverne.²⁶¹

Overordnet må imidlertid legalitetskravet anses oppfylt, i lys av at legalitetskravet er et inngangsvilkår for anvendelsen til EMK P1-1. De nevnte kvalitetsmangler ved inngrepshjemmelen er det adgang til å vektlegge i forholdsmessighetsvurderingen.²⁶² Således kunne den ovenstående drøftelsen vært foretatt direkte under forholdsmessighetsvurderingen, men av tematiske hensyn er det min oppfatning at drøftelsen hører mest hjemme her, mens vektingen er mest naturlig å foreta direkte i forholdsmessighetsvurderingen.

4.5 Bygger inngrepet på et legitimt formål?

Det følger av EMK P1-1 at et kontrolltiltak må skje "in the general interest". Annet ledd har imidlertid ordlyden: "in the public interest", men innholdsmessig er det ingen realitetsforskjell.²⁶³ EMD har i flere avgjørelser lagt til grunn at lovgiver nyter en nokså vid skjønnsmargin hva gjelder EMK P1-1 sitt krav om legitimt formål. Som det er uttalt i dom 21. februar 1986, *James m.fl. mot Storbritannia*, er skjønnsmarginen vid ved gjennomføringen av

²⁶⁰ Se *Hentrich mot Frankrike* avsnitt 42.

²⁶¹ Se dom av 24. november 1986, *Gillow mot Storbritannia*, avsnitt 51 flg., hvor dette ble vektlagt i legalitetskontrollen.

²⁶² Se Solheim (2010) s. 29 og særlig Bertelsen (2011) s. 394 tredje avsnitt med videre henvisninger.

²⁶³ Se Solheim (2010) s 79 flg. med videre henvisninger og Gauksdottir (2004) s. 257.

politikk på det sosiale og økonomiske området, og at EMD vil respektere lovgivers vurderinger av hva som er i samfunnets interesse, med mindre denne er "manifestly without reasonable foundation".²⁶⁴

Det er ikke tvilsomt at miljøhensyn og herunder formålet om å bevare den ville laksebestanden – er et legitimt hensyn.²⁶⁵ Begrunnelsen for nedjusteringen kan heller ikke betraktes å være i strid med reservasjonen EMD oppstilte jf. det siterte ovenfor. Dette inngangsvilkår anses derfor oppfylt.

4.6 Er inngrepet forholdsmessig?

4.6.1 Innledning – nærmere om vurderingstemaet

I storkammerdom 19. juni 2006, *Hutten-Czapska mot Polen*, presiserer EMD hva som ligger i forholdsmessighetsvurderingen etter kontrollregelen. Saken gjaldt priskontroll med utleie av boliger hvor EMD konkluderte med krenkelse av eiendomsvernet. Det mest sentrale for det konkrete vurderingstemaet gjengis:

Not only must an interference with the right of property pursue, on the facts as well as in principle, a "legitimate aim" in the "general interest", but there must also be a reasonable relation of proportionality between *the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State, including measures designed to control the use of the individual's property*. That requirement is expressed by the notion of a "fair balance" that must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.

The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole. In each case involving an alleged violation of that Article the Court must therefore ascertain whether by reason of the State's interference the person concerned had to bear a *disproportionate and excessive burden*. (uthevet her).²⁶⁶

²⁶⁴ Se *James m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 46.

²⁶⁵ Se for eksempel EMD dom 18. februar 1991, *Fredin mot Sverige*, avsnitt 48. Se også EMD dom av 27. november 2007, *Hamer mot Belgia*, avsnittene 78-81.

²⁶⁶ *Hutten-Czapska mot Polen* fra avsnitt 167.

Fra det siterte kan det, for det første, utledes at det overordnede vurderingstemaet er forholdet mellom inngrepsmåten og formålet inngrepet skal ivareta. Dette er nærmere beskrevet som en vurdering av "fair balance" mellom samfunnets interesser og et subjekts behov for beskyttelse mot inngrep i sin eiendom. For det andre er denne vurderingen negativt formulert i storkammerdommen, som et spørsmål om rettssubjektet er pålagt å bære en "disproportionate and excessive burden". Disse formuleringene må ses i sammenheng og anses å være det helt overordnede vurderingstemaet.

I Gassled-dommen oversatte Høyesterett sistnevnte formulering til: "individuell og overdreven byrde".²⁶⁷ Som fremholdt i Gassled-dommen, avsnitt 114, har både Høyesterett og EMD fremholdt at en annen sentral side ved forholdsmessighetsvurderingen er at "inngrep i eiendomsretten ikke må være *vilkårlige eller uforutsigbare*, se for eksempel *Hutten-Czapska mot Polen* avsnitt 168, og Grimstvedt-dommen avsnitt 57. EMD har i en del dommer de siste årene sammenfattet visse sider av dette vernet mot vilkårlighet og uforutsigbarhet i en forutsetning om "good governance". Jeg vil komme tilbake til læren om good governance.

Når det gjelder Gassled-dommen, må det påpekes at forholdet som der var til vurdering ikke har direkte overføringsverdi til foreliggende vurdering. Det er sikker rett at eiendomsbegrepet i EMK P1-1 beskytter to kategorier av "possessions".²⁶⁸ (1) eksisterende eiendom og (2) berettigede forventinger om fremtidig erverv/utnyttelse av eiendom/inntekter. Gassled-dommen omhandler sistnevnte, mens nedjusteringen som vurderes i denne avhandlingen omhandler førstnevnte. På denne bakgrunn mangler avgjørelsen relevans, utover de generelle redegjørelser som er beskrevet ovenfor.

Både EMD- og Høyesterettspraksis gir anvisning på at forholdsmessighetsvurderingen er en helhetsvurdering hvor en rekke momenter spiller inn. Begrunnelsen for dette har jeg allerede vært innom, og peker særlig på at bestemmelsen er ment å gi et reelt, og ikke illusorisk vern. I tillegg er det sentralt at bestemmelsen er sektorovergripende hva gjelder rettsområder, men den gjelder også for en rekke stater med ulike rettssystemer og rettstradisjoner. Det er derfor behov for en dynamisk tilnærming slik at bestemmelsens formål kan realiseres.

²⁶⁷ Gassled-dommen avsnitt 113.

²⁶⁸ Ibid. avsnitt 115 flg.

4.6.2 Den konkrete forholdsmessigheten

I det følgende foretas en konkret vurdering av om nedjusteringen er forholdsmessig. Det overordnede vurderingstema er om myndighetene, ved nedjusteringen, har oppnådd en "fair balance".²⁶⁹ Langt på vei vil samme momenter som fremgår av drøftelsen om Grl. § 97 gjøre seg gjeldende også her jf. Strukturvote-dommen avsnitt 149. Det er imidlertid grunn til å fremheve enkelte momenter som skal vektlegges særlig etter EMK P1-1.

Det er et sentralt poeng ved forholdsmessighetsvurderingen hvor hardt inngrepet rammer oppdretterne, se Strukturvote-dommen avsnitt 151. Dette moment har vært behandlet tidligere, i forskjellige relasjoner, men enkelte poenger må påpekes særskilt også her.

For det første medfører nedjusteringen økonomiske tap av særlig stort omfang, sammenlignet med blant annet Strukturvote-dommen. Høyesterett la der vekt på at Volstad ble kompensert ved bl.a. avskrivninger og en særlig lang ikrafttredelsestid på 25 år. I tillegg fikk Volstad beholde strukturkvotene i 5 år lengre enn andre.²⁷⁰ Disse forhold sett i sammenheng kan anses som kompensasjon for det tap Volstad vil lide. Til dette kom også at de inndradde strukturkvotene skulle gå til refordeling blant aktørene som konkurrerte slik at Volstad ville få tilbake en del av den strukturkvoten som ble innløst.

Oppdretterne som rammes av nedjusteringen får ingen slik kompensasjon. I tillegg er det ikke tilbudt refusjon til oppdretterne som har betalt vederlag til staten for den selskaps-MTB, de i effekt har kjøpt, som etter nedjusteringen blir tatt tilbake. Dette må tillegges vekt. I tillegg må det vektlegges at innehaverne av akvakulturtillatelse har en betydelig sterkere rettighetsposisjon enn innehaverne av bl.a. strukturkvoter.²⁷¹ Disse forhold trekker i retning av at en "fair balance" ikke er oppnådd.

For det andre mangler reell innrettelsesmulighet. I denne sammenheng vises det til *Fredin mot Sverige*, avsnitt 54, hvor EMD vektlegger at det ble gitt en særskilt overgangsordning og kompensasjon.²⁷² Selv om klageren ikke nådde frem, er det tydelig at EMD vektlegger om klager er gitt en reell mulighet til å tilpasse seg situasjonen. Dette siste momentet gjør seg

²⁶⁹ Se pkt. 4.6.1

²⁷⁰ Se Strukturvote-dommen avsnitt 137.

²⁷¹ Se drøftelsen i kapittel 3.

²⁷² Se også Strukturvote-dommen avsnitt 152 med videre henvisninger.

gjeldende med styrke her. Det vises her til drøftelsen i kapittel 3. Det pekes særlig på at nedjusteringen i akvakulturtillatelsen får umiddelbare økonomiske konsekvenser for dens verdi og at virkningene for den faktiske driften er umiddelbar på grunn av de naturlige begrensningene oppdrettsvirksomheter er underlagt (produksjonssyklus).

Videre er det påpekt i EMD dom 14. mai 2013, *N.K.M. mot Ungarn*, avsnitt 75 at [those] who *act in good faith on the basis of law should not be frustrated in their statute-based expectations without specific and compelling reasons*. Therefore the measure cannot be held reasonably proportionate to the aim sought to be realized." (uthevet her). Det siterte ble uttalt i en spesifikk kontekst, og det kan stilles spørsmål om det kan generaliseres ut fra den. Jeg finner imidlertid at forholdet som her er til vurdering er minst like spesielt og følgelig har uttalelsen overføringsverdi. Begrunnelsen for dette skal jeg komme nærmere tilbake til i det følgende.

Som nevnt får oppdretterne godkjent sine driftsplaner, fastsatt i enkeltvedtaks form, en gang i året. I 2020 ble driftsplanene godkjent i januar, mens nedjusteringen ble vedtatt i februar. I relasjon til det ovenfor siterte, representerer driftsplanen forventinger etablert "on the basis of law" jf. driftsforskriften § 40. De disposisjoner som blir berørt av nedjusteringen er imidlertid foretatt i tråd med driftsplanen av 2019, og har vært i effekt i over 1 år. Dette innebærer at dersom "specific and compelling reasons" ikke gjør seg gjeldende, taler forholdet sterkt for krenkelse av EMK P1-1.

Den generelle begrunnelsen for nedjusteringen er spesifikk, men det er større tvil om nedjusteringen bygger på en "compelling reasons". Som det fremgår av både drøftelsen av Grl. § 97 og EMK P1-1 så langt, er forventinger og innrettelse sentralt etter begge bestemmelser. Det vises til det som er sagt om disse momenter. I det videre vurderes noen særlige momenter som må vektes.

At nedjusteringen bommer på utvandringstidspunktet for den ville laksesmolten og i effekt er arbitrær i den sammenheng, må vektlegges, særlig om det antas at oppdretterne kunne avverget økonomisk tap om nedjusteringen ble effektiv til neste utvandningsperiode. Dette trekker i retning av at kravet til "compelling reasons" ikke fullt ut er ivaretatt. Dette moment må imidlertid ikke overdrives. Det er ikke en soleklar sammenheng mellom virkningen av

nedjusteringen og driftsplanene. Samtidig er det uklart hvor mye av tapet som eventuelt kunne vært avverget om ikrafttreddelsen ble utsatt.

Isolert sett trekker ikrafttreddelsen i retning av at en "fair balance" ikke er oppnådd, men momentet er likevel ikke så viktig at vilkåret om "compelling reason" ikke er oppfylt. Det legges da særlig vekt på usikkerheten knyttet til den tapsavvergende effekten av utsatt ikrafttreddelse samt påpekte svake årsakssammenheng.

I relasjon til "fair balance" er det flere momenter som må vektes. Herunder nevnte kvalitetsmangler ved inngreps hjemmelen. Dette fordi en uklar hjemmel taler for manglende forutberegnelighet og derigjennom manglende innrettelsesmulighet. Spørsmålet som reiser seg konkret er hvor uklar hjemmelen var forut lovendringen. I denne sammenheng må nedjusteringen ses på bakgrunn av trafikklyssystemet som sådan, ikke isolert.

Av Prop. 95 L (2018-2019) s. 7, som foreslo lovendringen om nye tredje ledd i akl. § 9, følger: "Under i punkt 3 gjøres det rede for gjeldende rett og hvorfor departementet mener det *allerede foreligger lovhjemmel i akvakulturloven. Etter departements vurdering vil lovendringene som nå foreslås ikke innebære noen endringer i rettstilstanden.*" (uthevet her).

Drøftelsen "i punkt 3" gjelder akvakulturloven § 9 første ledd bokstav a, og departementet konkluderer med at nedjusteringen, slik den senere ble gjennomført, i forskrifts form og etter en objektiv områdevurdering, allerede fulgte av første ledd bokstav a.

Det følger imidlertid av motivene til akl. § 9 første ledd at: "Bokstav a åpner for å endre eller trekke tilbake en tillatelse dersom dette er nødvendig ut fra hensynet til miljøet. *Det tas ikke sikte på å benytte denne bestemmelsen i de tilfeller hvor det er aktuelt å endre/trekke tilbake tillatelser for å bevare områder med særlig verdi for akvatiske organismer. Tilbaketrekking og endring av slike miljømessige grunner reguleres i bestemmelsen om områdevern i § 14.*" (uthevet her).²⁷³

Til § 14 er følgende uttalt: "Departementet kan fastsette forbud mot, pålegge flytting av eller sette andre vilkår for akvakultur dersom dette er nødvendig for bevaring av områder med

²⁷³ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 62.

særlig verdi for akvatiske organismer. *Vedtaksformen vil være forskrift der det settes forbud mot akvakultur, mens pålegg om flytting eller andre vilkår for akvakultur vil gjøres i enkeltvedtak rettet mot den enkelte aktør.*" (særlig uthevet her).²⁷⁴ Hva gjelder anvendelsen til akl. § 14, er følgende uttalt:

For at bestemmelsen skal kunne komme til anvendelse må det være en interessekonflikt mellom etablering og drift av akvakultur og bevaringsinteresser knyttet til det aktuelle området. Området bevaringstiltak vurderes i forhold til, må ha en særlig verdi for akvatiske organismer.", og videre: "*Eksempler på områder med slik særlig verdi kan være viktige gyte- og oppvekstområder for marine arter, områder som er kartlagt i forbindelse med marint vern, og viktige utvandringsområder for anadrom laksefisk, herunder etablerte nasjonale laksefjorder.*" (særlig uthevet her).²⁷⁵

Sentralt er at Departementet har tolket akl. § 9 første ledd bokstav a til å allerede hjemle det som følger av akl. § 9 tredje ledd. Ordlyden i første ledd må imidlertid tolkes på bakgrunn av forarbeidene, som nokså klart setter Departementets tolkning under betydelig press. Etter min oppfatning går følgesiden av bestemmelsen i tredje ledd mye lengre enn det første ledd bokstav a gjør. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om akl. § 9 tredje ledd hjemler inngrepet, dersom uttalelsene i motivene til lovendringen skal tas på ordet. Dersom akl. § 9 første ledd bokstav a ikke hjemler inngrepet, og tredje ledd bare presiserer første ledd, kan det menes at inngrepet er uhjemlet etter nasjonal rett. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Det ovenstående gir klart grunnlag for en berettiget forventning om at en eventuell nedjustering ville blitt gjennomført i enkeltvedtaks form, med de prosessuelle og materielle fordeler dette ville medført for oppdretterne. Herunder ville aktørene fått innsyn i grunnlaget for nedjusteringen, begrunnelse og adgang til å imøtegå dette, og ikke minst; mulighet til å innrette seg på et tidligere tidspunkt.

Det legges til grunn at at akl. § 9 tredje ledd, formelt, oppfyller legalitetskravet når vedtaket ble truffet. En drøftelse etter EMK P1-1 fordrer imidlertid at rettsanvendere ser forbi det

²⁷⁴ Ibid. s. 67 første avsnitt i pkt. 12, "Til § 14 Beskyttelse av bestemte områder".

²⁷⁵ Ibid. s. andre avsnitt.

formelle og foretar en vurdering av det reelle.²⁷⁶ På denne bakgrunn må kvalitetsmanglene ved inngrepsjhemmelen, som her er påpekt, få betydelig vekt. Disse momenter trekker med en viss tyngde i retning av at en "fair balance" ikke er oppnådd.

På en annen side er oppdrettsvirksomhet tilknyttet et næringsområde som er beheftet med en viss risiko. Aktørene må, til en viss grad, være forberedt på at utviklingen ikke blir som forutsatt. I denne sammenheng vil en aktør ikke ha samme trygge forventning til rettighetsposisjonen. EMD dom 29. november 1991, *Pine Valley Developments Ltd. med flere mot Irland*, er illustrerende. I avsnitt 59 vektlegger EMD at klagerne var "[engaged] on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk". Det ble generelt vektlagt at inngrepet var i samme stil som den risiko næringsutøvelsen var beheftet med, som klagerne måtte være kjent med. Dette må tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen og taler for at en "fair balance" er oppnådd, men dette kan ikke overdrives.

Det finnes ingen kjente eksempler på at myndighetene har gjort inngrep i selskapstillatelsen for å gjennomføre driftsreguleringer. Det må tas i betraktning at det faktiske grunnlaget aktivt ble holdt skjult for aktørene. Samtidig må nedjusteringen, i denne sammenheng også, ses på bakgrunn av det regulatoriske systemet i næringen for øvrig. Som redegjort for ovenfor bryter nedjusteringen med dette systemet – noe aktørene ikke kunne forutberegne. Samtidig må det legges til grunn, som påpekt i Innst. 361 S (2014-2015) s. 8, at stabile rammevilkår er av avgjørende betydning for næringen. Disse forhold sett i sammenheng begrenser momentet som ble tillagt vekt i *Pine Valley Developments Ltd. med flere mot Irland*. Etter min oppfatning trekker ikke risikomomentet i noen bestemt retning.

For øvrig må de tilbakevirkende elementene, som redegjort for i kapittel 3, vektlegges. Tilbakevirkning har blitt tillagt stor vekt av EMD. Det vises til av EMD dom 20. november 1991, *Pressos Compania Naviera S.A. med flere mot Belgia* og *Draon mot Frankrike*. Tilbakevirkningen behandles ikke nærmere her. De tilbakevirkende elementene trekker i retning av at en "fair balance" ikke er oppnådd.

²⁷⁶ Se redegjørelsen til Solheim for prinsippene som gjør seg gjeldende ved tolkningen av EMK-rettigheter jf. Høgberg og Sunde (red.) (2019) kapittel 13 s. 369 flg. med videre henvisninger.

Videre har EMD gitt miljøhensyn betydelig gjennomslagskraft, se i denne sammenheng *Fredin mot Sverige*. Her ble det uttalt at staten skal tilkjennes en vid skjønnsmargin i forholdsmessighetsvurderingen hvor det er miljøhensyn som ligger til grunn for inngrepet jf. premiss 51: "*[in] regard [of] both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest of the purpose of achieving the object of the law in question.*" (uthevet her). Dette må imidlertid leses og forstås på bakgrunn av det som er sagt ovenfor om skjønnsmarginen EMD tilkjenner kontraktspartene etter EMK.²⁷⁷ Som Skoghøy påpeker er imidlertid norske domstoler, og særlig Høyesterett, godt egnet til å foreta forholdsmessighetsvurderinger og det er ingen grunn til at nasjonale domstoler skal vise tilbakeholdenhet.²⁷⁸

I forhold til nedjusteringen er det åpenbare forhold som ikke er særlig behandlet i forarbeidene til trafikklyssystemet og heller ikke i forhold til lovendringen av 2019. Det siktes til at de fleste aktørene har konsern-MTB og regions-MTB.²⁷⁹ Dette betyr at oppdretterne som har interregionalt biomassetak kan benytte selskaps-MTB i flere produksjonsområder, og samtidig slå sammen flere selskapstillatelser.²⁸⁰ Som redegjort for i Havbruksmeldingen (2015), er det på landsbasis tilkjent tre ganger så mye lokalitets-MTB som selskaps-MTB. Dette medfører at nedjusteringen av selskaps-MTB, i ett produksjonsområde, ikke nødvendigvis har den følge at produksjonen i dette området går ned. Det er like tenkelig at den blir det samme, eller at produksjonen går opp.

Som et eksempel kan man se for seg at aktører spekulerer i å øke produksjonen i et område som ligger an til å bli rødt (for eksempel PO4), for så å redusere produksjonen i tilstøtende produksjonsområder (PO3 og PO5). Da vil sannsynligheten for å oppnå vekst i PO3 og PO5 gå opp, mens man "ofrer" PO4. I dette scenarioet vil aktørene oppnå 6% pluss 6% vekst på selskapstillatelsene tilhørende PO3 og PO5 mot 6% nedjustering i PO4. Dette må ses på bakgrunn av redegjørelsen i kapittel 2, om at selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen i dag, i effekt, er to adskilte forhold. Dagens trafikklyssystem åpner for dette scenarioet. Dette belyser samtidig et helt sentralt poeng som har blitt påpekt tidligere, nemlig at det er stor forskjell

²⁷⁷ Se pkt. 4.6.2.

²⁷⁸ Se pkt. 4.1.1.

²⁷⁹ Se kapittel 3 om betydningen av disse elementene i regelverket, men også pkt. 2.4.

²⁸⁰ Se driftsforskriften §§ 48, 48a og 48b.

mellom MTB begrensninger på selskapsnivå (teknisk MTB) og den faktiske produksjonen i et produksjonsområde (faktisk utnyttet biomasse).

På denne bakgrunn kan det stilles betydelig spørsmålstegn ved hvor egnet nedjusteringen er til å ivareta sitt formål. Det som imidlertid ikke er tvilsomt, er at akvakulturtillatelsenes verdi reduseres, som igjen medfører et omfattende økonomisk tap for innehaver. Det samme gjelder de investeringer som er foretatt driftsnivå. Forholdene som her er påpekt må tillegges vekt i forholdsmessighetsvurderingen og trekker med betydelig kraft i retning av at en "fair balance" ikke er oppnådd.

For øvrig må det tillegges vekt at aktørene har mulighet til å søke seg unntatt nedjusteringen, etter at vedtaket er fattet. Dette trekker overordnet i retning av at en fair balance. Når det er sagt er adgangen meget snever. Det er i denne sammenheng betimelig å påpeke at kravene for å oppnå unntak jf. kapasitetsjusteringsforskriften og POF, er strengere enn de generelle kravene til lusetall næringen må forholde seg til på driftsnivå, jf. forskrift om lakselusbekjempelse og driftsforskriften.

I tillegg må det påpekes at det stilles betydelig strengere krav for å oppnå unntak fra nedjustering, enn kravene til produksjonen på driftsnivå. I dette ligger det en betydelig kontradiksjon, når det tas i betraktning . På bakgrunn av at unntaksadgangen er så snever, må momentet tillegges begrenset vekt i favør av en "fair balance", særlig tatt i betraktning at unntaket krever at den aktuelle aktør har vesentlig lavere lusetall enn det øvrige regelverket krever, sammenholdt med kontradiksjonen dette innebærer.

4.6.2.1 Læren om *good governance*

Innledningsvis, under pkt. 4.6.1, ble det sitert fra Gassled-dommen. Det siterte ga anvisning på at Høyesterett knyttet vernet mot vilkårlighet og om forutberegnelighet til læren om good governance.²⁸¹ I EMD dom 12. juni 2018, *Beinarovič og andre mot Litauen*, uttales følgende om læren: "The Court has on many occasions emphasized the particular importance of the principle of 'good governance'. *It requires that where an issue in the general interest is at stake, in particular when the matter affects fundamental human rights such as those involving*

²⁸¹ Se Gassled-dommen avsnitt 114.

property, the public authorities must act in good time and in an appropriate and above all consistent manner."²⁸²

EMD oppsummerer kravet som ligger i prinsippet om good governance til å være at myndighetenes inngrep må gjennomføres "in good time", "in an appropriate ... manner" og over alt "in an ... consistent manner". Overføres disse kravene til de momenter som er nevnt under drøftelsen av EMK P1-1, men også GrL § 97, kan følgende forhold sies å stride med disse kravene.

Første krav er formulert som "in good time", ikke bare "in time". Således må kravet anses å gjelde hvor myndighetene griper inn før, i tid, det er nødvendig. Nedjusteringen er iverksatt på et tidspunkt som ikke er egnet til å ivareta formålet. Det vises til det som er sagt om utvandringstidspunktet til den ville laksesmolten ovenfor.

Når det gjelder kravet til "an appropriate manner" må det påpekes at myndighetene aktivt har holdt det faktiske grunnlaget for nedjusteringen skjult, med den følge at aktørene ikke har kunnet imøtegått det faktiske grunnlaget, bortsett fra å ta ut søksmål. Videre må de forhold som taler mot at inngrepet er egnet til å ivareta formålet vektlegges, herunder iverksettelsestidspunktet, men også følgene av interregionalt biomassetak sammenholdt med konsernbiomasse – særlig at følgen av nedjustering ikke nødvendigvis medfører at den faktiske produksjonen i området går ned. Til sist må vedtaksformen tillegges vekt. Etter norsk rett er det nærmest å tale om et prinsipp, og vanlig praksis, at rettigheter som er tildelt i enkeltvedtaksform trekkes tilbake eller endres i enkeltvedtaks form.²⁸³ På denne bakgrunn er det holdepunkter for å si at myndighetenes inngrep ikke har vært i tråd med kravet til "an appropriate manner".

Det kan også hevdes at kravet til en "consistent manner" også er brutt. Det vises til det som er sagt i avsnittet ovenfor om vedtaksform. I tillegg kommer at nedjusteringen etter trafikklyssystemet generelt, strider med det øvrige akvakulturregelverk. Som også nevnt har rettighetshaverne og myndigheter operert etter et klart skille mellom selskapsnivå og

²⁸² Se *Beinarovič og andre mot Litauen* avsnitt 139.

²⁸³ Se for eksempel Wallevik, Karl O., "Forholdsmessighet ved omgjøring av enkeltvedtak til skade utenfor klagesak", I: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.), 2015 s. 147-188; Frihagen, Arvid, "Omgjøring av forvaltningsvedtak", LoR., 1970, s. 305-338; Alvik (2018).

driftsnivå – helt frem til innførselen av trafikklyssystemet. Til dette kommer også at et slikt inngrep aldri har vært gjort tidligere. Inngrepet kan på denne bakgrunn anses å være i strid med kravet om at inngrepet har blitt gjennomført i tråd med kravet om en "consistent manner", det vises i denne sammenheng til det som er sagt i pkt. 4.4 om momentet som knytter seg til myndighetenes bruk av inngrepshjemler.

Det må også bemerkes, som påpekt i kapittel 3, at det ved innførselen av trafikklyssystemet ble fremhevet som viktig at næringen fikk mulighet til å imøtegå det faktiske grunnlaget fargeleggingen skulle fattes på bakgrunn av og at transparens var et viktig element ved systemet. Begrunnelsen for dette var at det ikke skulle oppstå tvil om det faktiske grunnlaget i etterkant.²⁸⁴ Som belyst ovenfor har ikke dette blitt fulgt opp. Dette må også tillegges vekt i vurderingen av om myndighetene har oppdrått i tråd med læren om good governance.

På denne bakgrunn konkluderes det med at myndighetenes fremgangsmåte har vær i strid med de krav EMD har oppstilt etter læren om good governance. Læren er imidlertid bare et moment i forholdsmessighetsvurderingen, som i dette tilfellet taler for at inngrepet er vilkårlig og uforutsigbart, og på denne bakgrunn er oppdretterne pålagt å bære en individuell og overdreven byrde. Samlet sett taler dette mot at en "fair balance" er oppnådd.

4.6.3 Konklusjon

Som fremholdt i *Hutten-Czapska mot Polen*, er det sentrale i relasjon til kravet om "fair balance" om myndighetene har oppnådd en fornuftig proporsjonalitet mellom "*the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State, including measures designed to control the use of the individual's property.*"²⁸⁵ På bakgrunn av en samlet vurdering av drøftelsene ovenfor, konkluderes det med at NFD, ved nedjusteringen av selskapstillatelsen, ikke har opptrådt i tråd med kravet.

Det legges særlig vekt på kvalitetsmangler ved inngrepshjemmelen, brudd på læren om "good governance" og at nedjusteringen *de facto* ikke er særlig egnet til å oppnå formålet. På denne bakgrunn har inngrepet preg av generell vilkårlighet, som igjen fører til betydelig mangel på

²⁸⁴ Havbruksmeldingen (2015) s. 62 flg.

²⁸⁵ Se pkt. 4.6.1 og Gassled-dommen, avsnitt 114.

forutberegnelighet. Med andre ord er oppdretterne i PO4 pålagt å bære en individuell og overdreven byrde.²⁸⁶

Det konkluderes derfor med at kapasitetsjusteringsforskriften § 21 også er i strid med EMK P1-1.

²⁸⁶ Ibid. samme sidetall.

Kildeliste

Lov

Naturmangfoldloven	Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)
Offentleglova	Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)
Akvakulturloven	Lov 17. juni 2005 nr. 118 om akvakultur
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Havbeiteloven (opphevet)	Lov 21. desember 2000 nr. 118 om havbeite
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Matloven	Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven)
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsmloven)
Grunnloven	Kongeriket Noregs Grunnlov 17. mai 1814
Konsesjonslov, midlertidig (opphevet)	Midlertidig lov av 8. juni 1973 nr. 48
Konsesjonsloven 1974 (opphevet)	Lov 31. mai 1974 nr. 19 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven).
Oppdrettsloven 1981 (opphevet)	Lov 15. mai 1981 nr. 19 om bygging m.v. av anlegg for klekking av rogn og for oppdrett av fisk og skalldyr.
Oppdrettsloven 1985 (opphevet)	Lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.

Traktater

EMK	The European Convention on Human Rights, 4. november 1950.
EMK P1	Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, 20. mars 1952.
Wien-konvensjon	Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969.

Forskrifter

Akvakulturdriftsforskriften	Forskrift 17. juni 2009 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).
A-registerforskriften	Forskrift 28. desember 2005 nr. 1706 om Akvakulturregisteret (A-registerforskriften).
Auksjonsforskriften 2020	Forskrift 15. mai 2020 nr. 1012 om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2020).
Etableringsforskriften	Forskrift 17. juni 2008 nr. 823 om etablering og utvidelse av akvakulturanlegg, zoobutikker m.m.
Endr. i akvakulturdriftsforskriften	Forskrift 19. april 2018 nr. 673 om endring i forskrift om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).
Endr. i Grunnloven	Forskrift 20. juni 2014 nr. 778 om kunngjøring av Stortingets vedtak 27. mai 2014 om redigert versjon av Grunnloven kapittel E. og F. som følge av vedtatte grunnlovsforslag om menneskerettigheter.
Forskrift om stans i fôring av matfisk av laks (opphevet)	Forskrift 04. desember 1995 nr. 951 om stans i fôring av matfisk av laks.
Forskrift om kapasitetsøkning for tillatelser til akvakultur, 2017–2018	Forskrift 20. desember 2017 nr. 2397 om kapasitetsøkning for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2017–2018.
Havfiskeforskriften	Forskrift 4. mars 2005 nr. 193 om strukturkvoteordning mv. for havfiskeflåten.
Kapasitetsjusteringsforskriften	Forskrift 4. februar 2020 nr. 105 om kapasitetsjusteringer for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020
Kystfiskeforskriften	Forskrift 7. november 2003 nr. 1309 om spesielle kvoteordninger for kystfiskeflåten.
Lakselusforskriften	Forskrift 5. desember 2012 nr. 1140 om bekjempelse av lakselus i akvakulturanlegg.
Laksetildelingsforskriften	Forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften).
Produksjonsområdeforskriften	Forskrift 16. januar 2017 nr. 61 om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften).

Forarbeider

Arealutvalget (2011)	«Effektiv og bærekraftig arealbruk i havbruksnæringen – areal til begjær», Rapport fra et ekspertutvalg oppnevnt av Fiskeri- og kystdepartementet, 4. februar 2011.
Høringsnotat om implementering av Meld. St. 16 (2014-2015)	Høringsnotat om implementering av Meld. St. 16 (2014-2015), «Forslag til regelverk for å implementere nytt system for kapasitetsjusteringer i lakse- og ørretoppdrett», Nærings- og fiskeridepartementet, 24. juni 2016.
Nærings- og fiskeridepartementet (2014)	Høring – melding til Stortinget om vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett, Nærings- og fiskeridepartementet, 24. november 2014.
Innst. 361 S (2014-2015)	Innstilling fra næringskomiteen om forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett
Havbruksmeldingen (2015)	St.meld. 16 (2014-2015) om forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett (Havbruksmeldingen 2015).
Nærings- og fiskeridepartementet (2016)	Høringsbrev om fleksibilitet i produksjonsområder, 15. desember 2016.
Ot.prp. nr. 61 (2004-2005)	Om lov om akvakultur (akvakulturloven).
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).
NOU 2019: 18	Skattelegging av havbruksvirksomhet.
Prop. 18 L (2009-2010)	Endring i akvakulturloven.
Prop. 95 L (2018-2019)	Endring i akvakulturloven (tilpasning av produksjon av hensyn til miljøet).
Innst. 187 S (2013-2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter, med unntak av romertall IX.
Forhandlinger i Stortinget 15. juni 2015	Forhandlinger i Stortinget 15. juni 2015, sak nr. 4, «Innstilling fra næringskomiteen om forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett».
Fiskeri- og kystdepartementet (2009)	Høringsnotat om forskriftsutkast om kapasitetsøkning i lakse- og ørretoppdrett i 2010, Fiskeri- og kystdepartementet, 13. oktober 2009.
Fiskeri- og kystdepartementet (2007)	Strategi for en konkurransedyktig norsk havbruksnæring, 14. august 2007.

Nærings- og fiskeridepartementet (2020-a) Pressemelding fra NFD, "Vurdering av lakseluspåvirkning i produksjonsområdene i 2020", 18. desember 2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-side25/id2815374/>, med lenker til både Styringsgruppens vurdering av 2020 og Ekspertgruppens rapport av 2020, (lest 17. mai 2021).

Offentlige dokumenter

St.meld. 22 (2012-2013) Meld. St. 22 (2012-2013) om verdens fremste sjømatnasjon.
Nærings- og fiskeridepartementet (2019) Høringsdokumenter – utkast til forskrift om utnyttelse av produksjonskapasitet i røde produksjonsområder – laks, 11. oktober 2019, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---utkast-til-forskrift-om-utnyttelse-av-produksjonskapasitet-i-rode-produksjonsomrader---laks/id2673706/>, (lest 17. mai 2021).

Fiskeridirektoratet (2015) Fiskeridirektoratets veileder i akvakulturforvaltning, pkt. 2.5.1., se <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Dokumenter/Veiledere/Akvakulturforvaltning/2.-Styring-av-akvakulturforvaltningen/2.5.-Tillatelser-med-antallsbegrensning/2.5.1.-Totrinssystemet>, (lest 13. mai 2021).

Fiskeridirektoratet (2020) Pressemelding, "Auksjon august 2020", oppdatert 03. september 2020, <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Tildeling-og-tillatelser/Auksjon-av-produksjonskapasitet/Auksjon-august-2020>, (lest 17. mai 2021).

Nærings- og fiskeridepartementet (2020-b) Pressemelding, "Regjeringen skrur på trafikklyset i havbruksnæringen", 04. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-skrur-pa-trafikklyset-i-havbruksnaringen/id2688939/>, (UO § 15.3), (lest 17. mai 2021).

Mattilsynet (2019) Pressemelding, "Kapasitetsøkning 2019: Resultat av behandling av innsendte saker", 18. februar 2019, sist endret 31. august. 2019, https://www.mattilsynet.no/fisk_og_akvakultur/akvakultur/drift_av_akvakulturanlegg/kapasitetsokning_2019_resultat_av Behandling_av_innsendte_saker.34253, (lest 16.05.2021)..

Nærings- og fiskeridepartementet (2020-c) Pressemelding, "Evaluerer av trafikklyssystemet", 18. desember 2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/evaluering-av-trafikklyssystemet/id2815317/>, (lest 26.05.2021).

Havforskningsinstituttet (2020) Fagerbakke,Christine, "Dette er trafikklyssystemet", 04. februar 2020, oppdatert 06. februar 2020, <https://www.hi.no/hi/nyheter/2020/februar/trafikklys>, (lest 17. mai 2021).

SSB (2020) SSB, "Akvakultur, endelige tall", 29. oktober 2020, <https://www.ssb.no/fiskeoppdrett>, (lest 17 mai 2021).

Rettspraksis

HR-2020-2472-P (Klima)
HR-2018-1906-A
HR-2018-1258-A (Gassled-dommen)
HR-2016-389-A (Hagen-dommen)
HR-2016-304-S (Guldberg)
Rt. 2015 s. 421 P (Grimstvedt)
Rt. 2013 s. 1345 P (Strukturkvote-dommen)
Rt. 2010 s. 748 A
Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt)
Rt. 2007 s. 1281 S (Øvre Ullern)
Rt. 2006 s. 1306 A (Rollag)
Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole)
Rt. 2006 s. 262 A (Ektefellepensjon-dommen)
Rt. 2005 s. 1461 A
Rt. 2005 s. 855 A (Allseas)
Rt. 2002 s. 1298 A (Polarlaks II-dommen)
Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim-dommen)
Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen)
Rt. 1992 s. 1235 A (Fiskekvote-dommen)
Rt. 1987 s. 35 A
Rt. 1962 s. 369 P (Gullklausul)
Rt. 1956 s. 952 P

EMD-praksis

Svit Rozvag, Tov and Others v. Ukraine [J],
ECHR:2019:0627JUD001329011

Beinarovič and Others v. Lithuania [J],
ECHR:2018:0612JUD007052010

Chinnici v. Italy (No. 2) [J],
ECHR:2015:0414JUD002243203

N.K.M v. Hungary [J],
ECHR:2013:0514JUD006652911

Lindheim and Others v. Norway [J],
ECHR:2012:0612JUD001322108

Perdigão v. Portugal [GC],
ECHR:2010:1116JUD002476806

A and Others V. the United Kingdom [GC],
ECHR:2009:0219JUD000345505

Hamer v. Belgium [J],
ECHR:2007:1127JUD002186103

J.A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. The United Kingdom [GC],
ECHR:2007:0830JUD004430202

Hutten-Czapska v. Poland [GC],
ECHR:2006:0619JUD003501497

Pressos Compania Naviera S.A and Others v. Belgium [GC],
ECHR:2005:1006JUD001181003

Draon v. France [GC],
ECHR:2005:1006JUD000151303

Maurice v. France [GC],
ECHR:2005:1006JUD001181003

S.A. Dangeville v. France [J],
ECHR:2002:0416JUD003667797

Carbonara and Ventura v. Italy [J],
ECHR:2000:0530JUD002463894

Beyeler v. Italy [GC],
ECHR:2000:0105JUD003320296

Chassagnou and Others v. France [GC],
ECHR:1999:0429JUD002508894

Goodwin v. The United Kingdom [GC],
ECHR:1996:0327JUD001748890

Hentrich v. France [J],
ECHR:1994:0922JUD001361688

Fredin v. Sweeden (No. 1) [J],
ECHR:1991:0218JUD001203386

Pine Valley Development S LTD and Others v. Ireland [J],
ECHR:1991:1129JUD001274287

James and Others v. The United Kingdom [P],
ECHR:1986:0221JUD000879379

Gillow v. The United Kingdom [J],
ECHR:1986:1124JUD000906380

Sporrong and Lönnroth v. Sweeden [J],
ECHR:1982:0923JUD000715175

Engel and Others v. the Netherlands [P],
ECHR:1976:0608JUD000510071

Juridisk litteratur

- Alvik og Bjørnebye (2020) Alvik, Ivar & Bjørnebye, Henrik, "Om konsesjoner og konsesjonsrett", *Jussens venner*, 77(2), pp.85–104, 2020.
- Bugge (2019) Bugge, H.C., "Lærebok i miljøforvaltningsrett", 5. utg., Universitetsforl., Oslo, 2019.
- Mellbye (2018) Mellbye, Halfdan. *Rettslig regulering av norsk akvakultur*, Universitetsforlaget, 2018.
- Alvik (2018) Alvik, Ivar, «Berettigede forventninger som grunnlag og skranke for omgjøring av forvaltningsvedtak og avtaler med det offentlige», upublisert artikkel, 2018.
- Solheim (2019) Solheim, Stig H, "Beskyttelse av fremtidige inntekter", *Lov og rett*, Universitetsforl., Tromsø, 2019.
- Solheim (2016) Solheim, Stig H., "Fra bot til bedring – Høyesteretts behandling av EMK P1-1, Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei 2016 s. 387-418 – (FEST-2016-ts-387), kan leses på Lovdata: <https://lovdata.no/pro/litteratur/solheim-sh-2016-01>, (lest 17. mai 2021).
- Solheim (2010) Stig H. Solheim, "Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon", Oslo, 2010.
- Høgberg (2010) Høgberg, Benedikte Moltumyr. *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Universitetsforl., 2010.
- Bernt (1981) Jan Fridthjof Bernt, "Avtaler med stat og kommune: forhåndstilsagn om utøving av skjønsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter : kompetansespørsmål og rettsvirkninger", Universitetsforl., 1981.
- Eckhoff (1993) Torstein Eckhoff, "Rettskildelære", 3. utg., Tano, Oslo, 1993.
- Boe (1993) Erik Boe, "Innføring i juss", Tano, Oslo, 1993.
- Bernt (1995) Jan Fridthjof Bernt, "Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikken muligheter", *Kritisk juss*, 1995.
- Smith (2006) Carsten Smith, "Bør menneskerettighetene styrkes i vår grunnlov?", *Jussens venner*, (4), pp.235–247, 2006.
- Høgberg og Sunde (red.) (2019) Høgberg, A.P. og Sunde, J.Øyrehagen, "Juridisk metode og tenkemåte", Universitetsforl., Oslo, 2019.
- Arntzen (2012) Svein Kristian Arntzen, "Strukturkvotetillatelser som formuesgoder", i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.), "Juss i Nord – hav, fiske og urfolk", 2012, s. 121-135.
- Arntzen (2010) Svein Kristian Arntzen, "Rederiskattdommen - en dom om «optimalisering» av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger?", *Lov og rett*, 2010, 49(5), pp.260–271.

- Arntzen (2009) Svein Kristian Arntzen, "Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.", avhandling, 2009, tilgjengelig her: <https://munin.uit.no/handle/10037/2393>, (lest 17. mai 2021).
- Skoghøy (2011) Jens Edvin A. Skoghøy, "Forbud mot tilbakevirkende lovgivning, Lov og Rett 2011 s. 255-282 – (LOR-2011-255), Universitetsforl., Oslo, 2011.
- Askeland (2013) Bjarte Askeland, "Om rettsdogmatisk metode og sammenligning", Undring og erkjennelse – Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 70 år, Bergen, 2013.
- Solheim (2014) Solheim, Stig H. "Domstolskontroll med lover på det økonomiske området - lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet", Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2014; Volum 127, .s 1 – 48.
- Skoghøy (2010) Skoghøy, Jens Edvin A., "Forbud mot tilbakevirkende lover av Benedikte Moltumyr Høgberg, Lov og Rett 2010 s. 564-568 – (LOR-2010-564, Universitetsforl., 2010).
- Skoghøy (2017) Jens Edvin A. Skoghøy, "Rett og rettsanvendelse", Universitetsforl., Oslo, 2018.
- Berntzen (2019) Berntzen, Håvard, "Rødt trafikklys og nedjustering av akvakulturtillatelse, Masteravhandling, UiO, Oslo, 2019
- Nygaard (2004) Nygaard, N., "Rettsgrunnlag og standpunkt" 2. utg., Universitetsforl., Oslo, 2004.
- Smith (2013) Eivind Smith, "Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?", Lov og rett, 53(7), pp.488–499, 2013 .
- Elgesem (2003) Elgesem, F., "Tolking av EMK - menneskerettsdomstolens metode", Lov og rett (trykt utg.), Årg. 42, nr. 4-5 (200, pp.203–230, 2003.

Annet

- Njåstad (2021) Njåstad, Marthe, IntraFish, "I dag startet rettssaken mellom oppdretter i vest og staten: Bergener årlig tap på 420 millioner i året for oppdrettere og lokalsamfunn", 08. februar 2021, oppdatert 09. februar 2021, <https://www.intrafish.no/nyheter/i-dag-startet-rettssaken-mellom-oppdrettere-i-vest-og-staten-beregner-arlig-tap-pa-420-millioner-i-aret-for-oppdrettere-og-lokalsamfunn/2-1-958748>, (lest 15.05.2021).
- Hermansen (2020) Hermansen, Øyestein, "Verdt å vite om fiskekvoter", NOFIMA (hjemmeside), 30. september 2020, <https://nofima.no/verdt-a-vite/verdt-a-vite-om-fiskekvoter/#na-mer-omsettelige-kvoter>, (lest 15.05.2021).
- Vøllestad (2020) Vøllestad, Asbjørn; Halleraker, Jo Halvard: "anadrom" i Store norske leksikon på snl.no. Hentet 17. mai 2021 fra <http://snl.no/anadrom>, (sist lest 17. mai 2021).
- Torres (2020) Torres, Mario Andrés Neira, "25 oppdretter på Vestlandet saksøker staten etter å ha blitt pålagt produksjonskutt", *Nettavisen*, 05. august 2020, <https://www.nettavisen.no/okonomi/25-oppdrettere-pa-vestlandet-saksoker-staten-etter-a-ha-blitt-palagt-produksjonskutt/s/12-95-3424001648>, (lest 17. mai 2021).
- Hermanstad (2018) Hermanstad, Sarah Dahle, Kolle, Nils, Nielssen, Alf Ragnar, Døssland, Atle og Christensen, Pål, "Fish, Coast and Communities: A History of Norway". *Heimen*, Oslo, 2018, Norway, 55(3), pp.279–282.

Vedlegg

Se separate dokumenter:

Vedlegg I – Rapport fra ekspertgruppe for vurdering av lusepåvirkning (2019)

Vedlegg II – Råd fra styringsgruppen for vurdering av lusepåvirkning (2019)

Vedlegg III – Rapport fra ekspertgruppe for vurdering av lusepåvirkning (2018)

