

Utredning til havbruksutvalget av rettslige spørsmål knyttet til tildeling og tidsbegrensning av akvakulturtillatelser

Finn Arnesen, Professor dr. juris

Ivar Alvik, Professor dr. juris

Nordisk institutt for sjørett

Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

1	Innledning	3
2	Konsesjonssystemet i oppdrettsnæringen	5
2.1	Innledning	5
2.2	Overordnet om konsesjonssystemet og tillatelsene	5
2.3	Vederlag ved tildeling	6
2.4	Overdragelsesadgang	7
2.5	Nærmere om selskapstillatelsen	8
2.6	Nærmere om lokalitetstillatelsen	10
2.7	Forholdet mellom lokalitetstillatelsen og krav om tillatelser etter annen lovgivning.....	11
2.8	Sammenhengen mellom lokalitets- og selskapstillatelsene	12
2.9	Nærmere om vilkår og forutsetninger mv som følger av de enkelte tillatelsene – særlig med hensyn til varighet	13
2.10	Kan tidsbegrensning hjemles i eksisterende regelverk?.....	15
3	EØS-avtalens og tjenestelovens virkeområde	17
3.1	Innledning	17
3.2	EØS-avtalens saklige virkeområde og akvakultur	18
3.3	EØS-avtalens geografiske virkeområde og akvakultur.....	22
3.4	Sammenfatning	22
4	EØS-rettens krav til tidsbegrensning av tillatelser.....	23
4.1	Innledning	23
4.2	Akvakulturtillatelsen og tidsbegrensning	24
4.2.1	Innledning	24
4.2.2	Tillatelser gitt før EØS-avtalen trådte i kraft.....	24
4.2.3	Tillatelser gitt før 28. desember 2009, men etter at EØS-avtalen trådte i kraft.....	25
4.2.4	Tillatelser gitt etter 28. desember 2009.....	27
4.3	Særlig om akvakulturtillatelser for laks, ørret og regnbueørret.....	28

4.4	Sammenfatning.....	29
5	EØS-retten og tildelingsprosesser	30
5.1	Innledning	30
5.2	Krav til saksbehandlingen	30
5.3	Særlig om akvakulturtillatelse for laks ørret og regnbueørret	31
5.4	Nærmere om tildelingskriterier.....	31
5.4.1	Generelt	31
5.4.2	Særlig om krav om lokal tilknytning	33
6	EØS-retten og vilkårsbruk.....	35
6.1	Pediceldoktrinen én gang til.....	35
6.1.1	Innledning	35
6.1.2	Varer.....	36
6.1.3	Tjenester	36
6.1.4	Arbeidskraft.....	37
7	Særlig om tillatelse til særskilte formål.....	37
8	Ekspropriasjonsvernet etter Grl. § 105	37
8.1	Innledning	37
8.2	Utgjør tillatelsene «eiendom»?.....	37
8.3	Innebærer tidsbegrensning at oppdretterne «må avgi» eiendom?	40
8.4	Konklusjon og avsluttende betraktninger	43
9	Vernet mot tilbakevirkning etter Grl. § 97	43
9.1	Innledning	43
9.2	Utgjør akvakulturtillatelsene beskyttede rettsposisjoner?.....	44
9.3	Vil en tidsbegrensning utgjøre et inngrep/tilbakevirkning til skade?	47
9.4	Normvalget og «hvor sterkt tilbakevirkningselementet er».....	47
9.5	Nærmere om relevante momenter i avveiningen.....	53
9.6	Samlet vurdering.....	56
10	Eiendomsvernet etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon, første tilleggsprotokoll, artikkel 1 («EMK P1-1»).....	57
10.1	Innledning	57
10.2	Vil tidsbegrensning av eksisterende tillatelse utgjøre et eiendomsinngrep i konvensjonens forstand?.....	59
10.3	Kravet til forholdsmessighet («fair balance»).....	60
10.4	Konklusjon.....	62

1 Innledning

Vi har fått i oppdrag av Nærings- og fiskeridepartementet ved havbruksutvalget å utrede visse rettslige spørsmål særlig knyttet til tidsbegrensning av eksisterende og fremtidige akvakulturtillatelser.

Utredningen er basert på et mandat, hvor vi spesifikt er bedt om å vurdere følgende spørsmål:

1. Vil det være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen å tildele nye akvakulturtillatelser uten tidsbegrensning?
2. Vil det være i strid med Grunnloven § 97 eller § 105, den europeiske menneskerettskonvensjons tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (EMK P1-1) eller Norges forpliktelser etter EØS-avtalen å innføre tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser som er tildelt uten tidsbegrensning?
3. Hvilke restriksjoner setter EØS-retten for tildelingsmåter og vilkårsbruk både for kommersielle akvakulturtillatelser og tillatelser til særskilte formål?

I tilknytning til arbeidet med utredningen har vi hatt et innledende møte med utvalgsleder Linda Nøstbakken og sekretariatsleder Marie Bjørland, hvor også Ola Mestad fra havbruksutvalget deltok. I tillegg har vi hatt et møte med hele havbruksutvalget, hvor vi presenterte de viktigste problemstillingene og vurderingene i utredningen for utvalget. Vi har også fått tilgang til et utvalg av eksempler på eksisterende akvakulturtillatelser, men har ikke utover det foretatt noen selvstendige undersøkelser av tildelingspraksis.

Basert på de nærmere vurderingene nedenfor har vi følgende konklusjoner knyttet til de overordnede problemstillingene i mandatet:

1. Utformingen av tillatelsesregimet for akvakultur er etter vårt syn ikke omfattet av det saklige anvendelsesområdet for EØS-avtalen, og dermed heller ikke av tjenesteloven eller tjenestedirektivet.

Legger man likevel subsidiært til grunn at utformingen av tillatelsesregimet er omfattet av EØS-avtalen, innebærer både tjenestedirektivet og den alminnelige EØS-retten at tillatelser skal gis begrenset varighet. EØS-retten gir ikke hjemmel for å introdusere tidsbegrensning i allerede gitte tillatelser, men legger føringer på bruken av slike hjemler. Disse føringene har omtrent det samme innhold som de som følger av Grunnloven og EMK.

2. Innføring av en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser vil ikke kunne anses som ekspropriasjon etter Grl. § 105.

En tidsbegrensning vil heller ikke per se utgjøre grunnlovsstridig tilbakevirkning eller eiendomsenkelt under EMK P1-1. Her avhenger spørsmålet imidlertid av en mer nyansert vurdering, hvor både tidsbegrensningens lengde og hvordan den gjøres gjeldende vil ha betydning for om det foreligger en krenkelse.

Etter vårt syn vil en noe lengre tidsbegrensning på anslagsvis 20-25 år som kun har virkning fremover i tid ikke kunne anses å være i strid med verken Grunnloven eller EMK. En

tidsbegrensning som er vesentlig kortere enn dette vil, etter omstendighetene, kunne være problematisk og vanskelig å rettferdiggjøre under kravene som følger av GrL. § 97 og EMK P1-1.

3. EØS-retten krever, om man legger til grunn at den kommer til anvendelse, at tildeling av tillatelser skjer i henhold til prosedyrer og kriterier som er offentlig tilgjengelige og kunngjort på en slik måte at også interessenter i andre EØS-land kan gjøre seg kjent med dem.

Tildelingskriteriene må knytte an til den virksomheten tillatelsen gjelder, være ikke-diskriminerende og begrunnet i allmenne ikke-økonomiske hensyn. Dette er likevel ikke til hinder for at tillatelsene tildeles etter auksjon.

Legger man til grunn, slik vi gjør, at utformingen av tillatelsesregimet for akvakultur ikke er omfattet av det saklige anvendelsesområdet for EØS-avtalen, betyr dette at EØS-retten heller ikke har betydning for vilkår som gjelder tjenester uatskillelig knyttet til den virksomhet akvakulturtillatelsene gjelder. Når det gjelder vilkår som gjelder varer brukt i virksomheten, vil det avgjørende være om varene er omfattet av EØS-avtalens virkeområde, ikke at de brukes i en virksomhet som ikke omfattes. Krav om lokal tilknytning, herunder bruk av lokal arbeidskraft, må vurderes konkret.

For så vidt gjelder tillatelser til særlige formål, reiser disse ikke andre EØS-rettslige spørsmål enn akvakulturtillatelser ellers, og løsningen på de spørsmål som oppstår, blir tilsvarende.

Utredningen i det videre er strukturert slik at vi først gir en oversikt over og noen overordnede betraktninger om konsesjonssystemet i oppdrettsnæringen (kapittel 2). Deretter omhandler vi først fortløpende de ulike EØS-rettslige spørsmålene, før vi til slutt behandler spørsmålene knyttet til Grunnloven og EMK.

Mer spesifikt behandler vi i kapittel 3 virkeområdet for EØS-avtalen og tjenstedirektivet. Deretter behandler vi i kapittel 4 kravene til tidsbegrensning som følger av EØS-retten dersom den anses anvendelig. I kapittel 5 behandles EØS-rettens krav til tildelingsprosesser noe mer generelt, og i kapittel 6 behandles EØS-rettens krav til vilkårsbruk i og i tilknytning til tillatelser.

I kapittel 8 vurderes så først om en tidsbegrensning av eksisterende tillatelser som er gitt uten tidsbegrensning vil utgjøre ekspropriasjon som foranlediger erstatning etter GrL. § 105. Deretter vurderer vi i kapittel 9 vernet mot tilbakevirkning under GrL. § 97, før vi i kapittel 10 vurderer eiendomsvernet under den europeiske menneskerettighetskonvensjon, første tilleggsprotokoll, artikkel 1.

I tilknytning til både grunnlovs- og menneskerettsspørsmålene kan det være grunn til å nevne at det gjerne vil være et særegent utgangspunkt at Stortingets eller nasjonale myndigheters egen vurdering av spørsmålet normalt vil tillegges en viss vekt der spørsmålet er om en lov skal overprøves. Ved grunnlovstolkning vil både Stortingets vurdering av den aktuelle grunnlovsnormen, og kanskje særlig den konkrete avveiningen av de aktuelle interessene som står mot hverandre i den aktuelle saken, måtte tillegges betydelig vekt av domstolene. Under EMK er det, nokså tilsvarende, et særskilt utgangspunkt at statene har en viss skjønnsmargin ved tolkning og anvendelse av konvensjonen i nasjonal rett, som innebærer at menneskerettighetsdomstolen vil vise tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale myndigheter og domstolars vurderinger. Siden formålet i det følgende er å redegjøre for utgangspunkter og momenter i den grunnlovs- eller menneskerettsvurderingen som må foretas, prinsipielt uavhengig av hvem som foretar den, går vi imidlertid ikke videre inn på disse spørsmålene knyttet til prøvingsadgang og prøvingsintensitet.

Det er uten betydning for de EØS-rettslige vurderingene hva norske myndigheter måtte mene EØS-retten tillater. Samtidig gir EØS-retten statene betydelig frihet til å definere hvilket beskyttelsesnivå nasjonal rett skal tilby ved ivaretagelsen av allmenne ikke-økonomiske hensyn, og hvordan dette skal gjøres. Intensiteten i domstolsprøvingen, både i norske domstoler og EFTA-domstolen, av de tiltak som treffes vil kunne variere med de hensyn som forfølges. I en utredning som denne, der formålet er å redegjøre for utgangspunkter og momenter i den EØS-rettslige vurderingen, går vi ikke nærmere inn på disse spørsmålene heller.

2 Konsesjonssystemet i oppdrettsnæringen

2.1 Innledning

I det følgende gir vi en oversikt over konsesjonssystemet i oppdrettsnæringen.

Hovedfokus vil være på hvilke ulike tillatelser som kreves for å drive havbruk generelt og lakse- og ørretoppdrett spesielt, og på hvilke rettigheter som følger av de ulike tillatelsene, herunder med hensyn til forventninger om varighet.

En del andre sentrale temaer, slik som organisering av havbruksforvaltningen og mye av regelverket knyttet til søknad om og tildeling av tillatelsene, har etter vårt syn liten betydning for spørsmålet om tidsbegrensning av tillatelsene og vi går derfor ikke inn på dem her.

2.2 Overordnet om konsesjonssystemet og tillatelsene

Etter akvakulturloven gjelder et generelt krav om tillatelse for å drive akvakultur, jf. § 4. I henhold til § 5 forutsettes at en akvakulturtillatelse gir rett til produksjon av bestemte arter på et avgrenset område, og i henhold til «de til enhver tid fastsatte begrensninger av tillatelsens omfang». Forutsetningen er følgelig at den nødvendige akvakulturtillatelsen avgrenser virksomheten eller produksjonen i tre henseender – art (eller arter) som oppdrettes, geografisk lokalisering og omfang. Uten at det har betydning her bør det riktignok presiseres at ikke alle tillatelser inneholder noen begrensning av omfang (f eks tare, blåskjell), mens dette er et sentralt element av tillatelsessystemet for laks, ørret og regnbueørret som vi kommer tilbake til.

I praksis er konsesjonssystemet innrettet noe forskjellig avhengig av arten som oppdrettes. Den økonomisk viktigste formen for akvakulturvirksomhet er oppdrett av laks og regnbueørret. Tildeling av tillatelser til slikt oppdrett er regulert gjennom *laksetildelingsforskriften*, hvor den sentrale og mest lønnsomme virksomheten nær kysten og inne i fjordene, skjermet for vær og vind, særlig er regulert gjennom kapittel 3 om «akvakulturtillatelser for matfisk i sjø». Utgangspunktet er at akvakulturtillatelsen som forutsettes etter loven i praksis består av to ulike vedtak, som gjerne benevnes *selskapstillatelse* og *lokalitetstillatelse*. Selskapstillatelsen benevnes i forskriften som «tilsagn» eller «tildeling av produksjonskapasitet (...)», mens lokalitetstillatelsen benevnes «klarering av lokalitet» eller «vedtak om tillatelse til bruk av et geografisk område til akvakultur (...)», jf. forskriften § 1-3, b., i., og j. Systemet er litt forenklet at selskapstillatelsen gir adgang til å oppdrette et gitt volum (biomasse) innenfor et produksjonsområde, mens lokalitetstillatelsen gir adgang til å utnytte en bestemt lokalitet til oppdrett. Vi kommer nærmere tilbake til selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen nedenfor.

Tillatelser til visse spesielle former for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret er undergitt egne regler. Det gjelder for det første et eget tildelingssystem for oppdrett av matfisk på lokaliteter til havs, jf *laksetildelingsforskriften* kapittel 4. Oppdrett til havs kan bli viktigere med tiden, men foreløpig foregår det ikke slik virksomhet, og systemet for tildeling av tillatelser er heller ikke

ferdigutviklet. Utgangspunktet er at både lokalisering og omfang av produksjonen avklares i samme tillatelse, jf. forskriften § 4-13, og at tillatelsen skal være tidsbegrenset inntil 25 år, jf. § 4-16.

Kapittel 6 i laksetildelingsforskriften omhandler tillatelser for særlige formål. Utviklingstillatelse kan gis til virksomhet for å utvikle ny teknologi og kunnskap, jf. § 6-6. Her er utgangspunktet at tillatelsene er tidsbegrenset til inntil 15 år, jf. laksetildelingsforskriften § 6-4. Tillatelsene kan imidlertid forlenges, jf. § 6-6, og de kan også konverteres til en ordinær tillatelse på gitte vilkår, jf. laksetildelingsforskriften § 6-7. Det kan også gis tillatelse til forskning, fiskepark, slaktemerd, undervisning, visningsformål og stamfisk, jf. § 6-1. Vi antar at slike særtillatelser ikke reiser særlige spørsmål i denne sammenheng og går ikke videre inn på dem her.

Laksetildelingsforskriften har også egne regler om tildeling av tillatelser for oppdrett i ferskvann og for oppdrett på land, jf. kapittel 5 og kapittel 7. Slike tillatelser er som utgangspunkt heller ikke tidsbegrenset, og både biomassetak og lokalitet avklares i samme tillatelse. Den viktigste formen for landbasert oppdrettsvirksomhet er oppdrett av settefisk, men også oppdrett av stamfisk forutsetter en klarert landlokalitet, jf. laksetildelingsforskriften § 7-2.

For oppdrett av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret er tildelingssystemet enklere. Dette er også regulert i en egen forskrift – *forskrift om tillatelse til akvakultur av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret*. Forskriften gjelder både oppdrett av andre fiskeslag enn laks, ørret og regnbueørret, og bløtdyr, krepsdyr og pigghuder samt vannlevende planter. Den gjelder også oppdrett i både salt- og ferskvann. Utgangspunktet er at både art, tillatt omfang (biomasse) hvis dette reguleres, og lokalitet avklares i samme tillatelse, og at tillatelsene ikke er tidsbegrenset.

For såkalt havbeite, det vil si «akvakultur av krepsdyr, blautdyr og pigghuder i form av botnkultur utan at dyra vert haldne i fangenskap», gjelder det en egen tillatelsesordning regulert av havbeiteforskriften. Her er utgangspunktet at tillatelsene er tidsbegrenset og gis for en fastsatt periode på 10 år, som kan forlenges etter søknad, jf. havbeiteforskriften § 11.

Som nevnt er det kommersielt oppdrett av laks og regnbueørret som matfisk i sjø som utgjør den økonomisk sett viktigste formen for oppdrettsvirksomhet, og i det følgende vil vi dermed primært ha denne virksomheten for øye i redegjørelsene for og vurderingen av det eksisterende konsesjonssystemet. Vi antar imidlertid at det kan legges til grunn at de samme utgangspunkter og hensyn knyttet til tidsbegrensning av tillatelser som ikke i dag er tidsbegrenset, normalt også vil gjelde andre former for oppdrettsvirksomhet.

2.3 Vederlag ved tildeling

I henhold til akvakulturloven § 7, første ledd e., kan det kreves vederlag for tildeling av tillatelser til laks, ørret og regnbueørret. Det har blitt krevd vederlag for slike tillatelser siden 2002, mens konsesjonene i perioden mellom 1973 og 1989 ble tildelt vederlagsfritt. Mellom 1989 og 2002 ble det ikke tildelt nye tillatelser.¹

Som vi kommer tilbake til nedenfor er det selve produksjonskapasiteten, det vil si uavhengig av lokalitet, som det kreves vederlag for, enten gjennom tildeling av nye selskapstillatelser eller økt kapasitet under eksisterende tillatelser. Tidligere var det vanlig at tillatelsene ble tildelt mot en fastpris (med visse andre vilkår i tillegg), men i dag er praksis at vederlaget fastsettes gjennom auksjoner der nye selskapstillatelser eller økt kapasitet under eksisterende selskapstillatelser tildeles høystbydende, uten at det stilles egne tilleggsvilkår. I praksis reguleres dette gjennom egne

¹ Se nærmere John Erik Rønning, 'Statens vederlag for lakseoppdrettskonsesjoner 1973-2020' *Praktisk økonomi & finans* Vol 37 Nr. 3 (2021) s. 266-277.

auksjonsforskrifter for det aktuelle år, som gis med hjemmel i akvakulturloven § 7.² Hittil har det vært gjennomført tre slike auksjoner, i 2018, 2020 og 2022.

Særlig de siste 5-10 år har vederlaget som betales for tillatelsene økt ganske dramatisk, fra et gjennomsnitt på 6 400 kr pr tonn biomasse i perioden 2002-2003 til 220 000 kr pr tonn i 2020.³ Utvalget som utredet grunnrenteskatt på havbruk anslår imidlertid at 80 pst. av eksisterende akvakulturtillatelser er tildelt vederlagsfritt,⁴ og at kun 3 pst. av tillatelsene tildelt frem til 2019 var tildelt til markedspris gjennom auksjoner.⁵

For andre former for oppdrett enn ordinær oppdrettsvirksomhet av laksefisk i sjø kreves normalt ikke vederlag, og for andre arter enn laks, ørret og regnbueørret må det anses at det heller ikke er adgang til å kreve slikt vederlag.⁶ For konvertering av utviklingstillatelse til ordinær tillatelse til akvakultur av matfisk i sjø gjelder det en særregel om at det skal betales et vederlag på 10 millioner kroner for tillatelsen, jf. laksetildelingsforskriften § 6-7. Også tillatelser som det ikke kan kreves vederlag for ved tildeling er imidlertid som utgangspunkt gjenstand for overdragelse og pantsettelse, jf. nedenfor. Det vil si at den enkelte oppdretter i prinsippet kan ha betalt vederlag også for slike tillatelser, men da altså ikke til staten.

2.4 Overdragelsesadgang

Av betydning for drøftelsene nedenfor er at akvakulturtillatelser fritt kan overdras uten at det kreves samtykke fra myndighetene, jf. akvakulturloven § 19.⁷ Akvakulturtillatelsene kan i samsvar med dette også fritt pantsettes, jf. akvakulturloven § 20. Utleie av tillatelser er derimot som utgangspunkt ikke tillatt, jf. § 19, tredje ledd. Dette har sammenheng med et ønske om å sikre at innehaver av tillatelsen også «faktisk er den som driver akvakultur» jf. Ot.ptp.nr. 61 (2004-2005) s. 71.

Fri omsettelighet kan ses i lys av det overordnede formålet om «å fremme akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft», jf. formålsbestemmelsen i § 1.⁸ I forlengelsen av dette har man tilsiktet å legge til rette for mer markedsmessige betingelser og derigjennom bedret tilgang på kapital og mer effektiv og kommersiell drift, jf. forarbeidenes uttalelser om dette:

«Formålet med å innføre adgang til overføring og pant er å imøtekomme et kommersielt behov som allerede eksisterer i næringen og å skape ryddige og forutsigbare rammebetingelser. Etter departementets oppfatning vil adgangen til pant og overføring kunne bidra til større forutsigbarhet og bedret kapitaltilgang for næringen. I tillegg vil næringens behov for fleksibilitet til å foreta vanlige forretningsmessige disposisjoner imøtekommes innenfor en helhetlig ordning.

Panteadgangen vil øke kredittverdigheten til akvakulturselskapene og lette tilgangen på og vilkårene for lånekapital. Det vil også kunne medføre en forskyving av vekten i låneforholdene fra kortsiktig til langsiktig gjeld.

For en finansieringsinstitusjon vil muligheten for panterett i tillatelsen representere en betydelig bedret sikkerhet i forhold til dagens situasjon hvor verdien av akvakulturtillatelsen vil tilfalle kreditorfellesskapet som helhet ved konkurs.

² Se nærmere om systemet med auksjonsforskrifter, Mathias Røer Falch, 'Styring av fiskeoppdrett gjennom forskrifter om tildeling og utvidelse av akvakulturtillatelser' Marlus nr. 526 (2019).

³ Rønning (2021) s. 269.

⁴ NOU 2019:18 s. 10.

⁵ Ibid. s. 11.

⁶ Jf. Eirik Wold Sund og Oskar Vegheim, Karnov lovkommentar til akvakulturloven § 7, note 7.

⁷ Dette gjelder likevel ikke tillatelser til havs der samtykke kreves, jf. laksetildelingsforskriften § 4-14 annet ledd.

⁸ Wold Sund og Vegheim, note 1 til § 19.

Departementet legger til grunn at innføringen av adgang til overføring av akvakulturtillatelser vil føre til økt investeringsvilje på egenkapitalsiden fra investorer; desto lettere det er å videreselge et formuesgode, jo mindre er risikoen for investoren.

De samme vurderinger vil gjøre seg gjeldende i forhold til finansieringsinstitusjoner med hensyn til næringens kapitaltilgang. Når tillatelsene gjøres overførbare vil de få en mer definert og stabil verdi som kan realiseres på lik linje med andre formuesgoder.»⁹

Loven bygger her på et utgangspunkt om at myndighetenes styring og kontroll med virksomheten primært sikres gjennom krav til forsvarlig drift, kompetanse osv som også vil gjelde fullt ut for erverver, jf. Ot.ptp.nr. 61 (2004-2005) s. 71. Akvakulturloven § 19, andre ledd, sier uttrykkelig at: «Overføring av akvakulturtillatelse har ikke betydning for myndighetenes bruk av virkemidler etter denne lov.» Og i forarbeidene presiseres at adgangen til å overføre og pantsette tillatelser ikke innebærer noen «beskranking i forhold til myndighetenes adgang til styring og kontroll med akvakulturproduksjonen.»¹⁰ Samlet sett kan man dermed se det slik at regelverket med hensikt er innrettet slik at myndighetenes styring og kontroll med virksomheten primært skjer gjennom regulering av og kontroll med selve driften, og ikke gjennom regulering av hvem som får konsesjon.

Av betydning for drøftelsene nedenfor er følgelig at systemet med tildeling gjennom auksjoner og at tillatelsene fritt kan overdras gjør at myndighetene i mindre grad styrer hvem som driver virksomheten, noe som igjen har medført en betydelig konsolidering av eierstrukturene i virksomheten mot større og færre enheter.¹¹ Dette har antagelig også bidratt til økt lønnsomhet i næringen.

Også tillatelser som ikke er gjenstand for vederlag ved tildeling kan overdras og pantsettes, det vil si både tillatelser til oppdrett av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret, og tillatelser til oppdrett på land og til havs, for særlige formål mv. Dette følger av akvakulturloven § 19, første ledd, som kun knytter overdragelsesadgangen helt generelt til «akvakulturtillatelser».

Vi antar videre at både selskaps- og lokalitetstillatelser kan overdras, i prinsippet også uavhengig av hverandre. I praksis er det primært selskapstillatelsen som regulerer tilgangen til produksjonskapasitet som en begrenset ressurs på områdenivå. Slik vi forstår er det kun tilsagn om tillatt biomassetak under selskapstillatelsene som er gjenstand for vederlag ved tildeling. Antagelig vil det også primært være disse tillatelsene som har en særlig verdi som isolerte omsetningsobjekter. Også lokalitetstillatelsene kan riktignok være gjenstand for overdragelse antar vi, men da typisk i tilknytning til en overdragelse av virksomheten knyttet til den bestemte lokaliteten med tilhørende anlegg.

2.5 Nærmere om selskapstillatelsen

Et viktig utgangspunkt knyttet til tillatelsessystemet for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret er at det anses å gjelde en kapasitetsmessig grense for hvor omfattende totalt oppdrettsvolum på innenfor et produksjonsområde som vil være miljømessig forsvarlig. Det er i dag påvirkningen av lakselus på bestanden av villaks i et område som avgjør dette, jf. produksjonsområdeforskriften § 8. Systemet i dag er i korte trekk at landet er inndelt i 13 produksjonsområder, hvor det annethvert år

⁹ Ot.ptp.nr. 61 (2004-2005) s. 36.

¹⁰ Ibid. s. 71, og jf. også s. 72: «Det forhold at tillatelsen er pantsatt gir således ikke bedre vern mot sanksjoner fra myndighetene enn den opprinnelige innehaver, for eksempel ved inndragning av tillatelser som følge av passivitet.»

¹¹ Wold Sund og Vegheim fremholder i sin kommentar til akvakulturloven § 19 i Karnov, jf. note 1, at dette innebærer at: «I realiteten reguleres derfor adgangen til å etablere seg i næringen i dag i stor grad gjennom markedet for kjøp av (selskapsandel i) tillatelser.»

skal foretas en vurdering av forsvarlig produksjonskapasitet i hvert område, som kan lede til oppjustering (grønt lys), nedjustering (rødt lys) eller opprettholdelse (gult lys). Dette kalles gjerne for trafikklyssystemet.

Fordeling av tilgjengelig produksjonskapasitet på områdenivå til de enkelte oppdretterne skjer i praksis gjennom selskapstillatelsen (eller «tilsagn om tillatelse på selskapsnivå» som den benevnes i laksetildelingsforskriften). Fordeling av tilgjengelig kapasitet i områder der miljøpåvirkningen anses akseptabel kan skje gjennom nye tillatelser eller økning av kapasitet i eksisterende tillatelser, jf. produksjonsområdeforskriften § 11. Som tidligere nevnt har tilgjengelig kapasitet under aktuelle produksjonsområder med forsvarlig miljøpåvirkning de siste årene primært blitt auksjonert til høystbydende gjennom egne auksjonsrunder annet hvert år (i 2018, 2020 og 2022). Der miljøpåvirkning i området anses uakseptabel (mao ved «rødt lys») kan det motsvarende gi grunnlag for en nedjustering av tillatt produksjonskapasitet under alle gitte tillatelser i området, jf. produksjonsområdeforskriften § 9 og LG-2021-80234.

Utgangspunktet er at det skal betales vederlag for nye tillatelser eller økt kapasitet under eksisterende tillatelser, som imidlertid ikke kan kreves tilbakebetalt dersom det senere blir nødvendig å nedjustere produksjonskapasiteten i området, jf. forskriften § 11. Systemet er med andre ord at man ikke betaler for en aktuell eller garantert tillatt produksjonskapasitet, men for en sannsynlig produksjonskapasitet gitt forsvarlig miljøpåvirkning på regionnivå. Dersom området senere blir grønt og kan justeres opp går man altså tilbake til opprinnelig tilsagt kapasitet uten at nytt vederlag kreves.

Produksjonskapasiteten som tildeles gjennom den enkelte tillatelse fremgår av tillatelsen gjennom en begrensning av «maksimalt tillatt biomasse» som kan stå i sjøen, jf. laksetildelingsforskriften § 3-3. Tradisjonelt har selskapstillatelsene hatt et standardvolum på 780 tonn maksimalt tillatt biomasse (900 tonn i Troms og Finnmark), som fulgte av den gamle laksetildelingsforskriften § 15 (FOR-2004-12-22-1798). Men i dag vil dette variere mer gjennom adgangen til opp- og nedjustering som følger av produksjonsområdeforskriften, og noen tilsvarende regel om et standardvolum for hver tillatelse følger ikke av den nye laksetildelingsforskriften av 2022.

Selskapstillatelsene tildeles som nevnt i utgangspunktet under bestemte produksjonsområder, men er normalt ikke utover det begrenset til bestemte lokaliteter. Det vil si at tillatt kapasitet under den enkelte selskapstillatelse kan fordeles på ulike lokaliteter, og at produksjonen på en bestemt lokalitet kan være knyttet til flere selskapstillatelser. Tidligere gjaldt en begrensning til maksimalt fire lokaliteter under hver selskapstillatelse, men denne ble opphevet i 2017.¹² Lokalitetene er imidlertid også avgrenset i MTB som ikke kan overskrides.

I praksis fungerer dette i dag dermed slik at summen av biomasse tildelt under ulike selskapstillatelser til samme juridiske person utgjør et totalt tillatt biomassetak for denne personen, som den samlede produksjon under personens ulike klarerte lokaliteter kontrolleres mot, jf. akvakulturdriftsforskriften § 47, riktignok slik at produksjonen på den enkelte lokalitet til enhver tid også må holde seg innenfor tillatt omfang (MTB) som følger av lokalitetstillatelsen. Videre kan ulike juridiske personer som inngår i samme konsern søke om et felles biomassetak innenfor et produksjonsområde, jf. akvakulturdriftsforskriften § 48. Og det kan også etter søknad innvilges et felles biomassetak mellom to tilgrensende produksjonsområder, jf. akvakulturdriftsforskriften § 48a, noe som innebærer at ledig kapasitet under tillatelser i ett produksjonsområde vil kunne utnyttes på

¹² Jf. den gamle laksetildelingsforskriften (FOR-2004-12-22-1798) § 34, før endring 15.10 2017. Se nærmere Marcussen, 'Beliggenhet, beliggenhet, beliggenhet: Omgjøring av lokalitetstillatelser til lakseoppdrett' Marlus nr. 548 (2021) s. 31.

lokaliteter i et tilgrensende produksjonsområde, dersom det er ledig lokalitetskapasitet der. Videre kan det innvilges et felles biomassetak for inntil fire produksjonsområder for selskap som selv videreforedler en høy andel av sin produksjon i et kystdistrikt i Norge, jf. akvakulturdriftsforskriften § 48b.

Tilsagn om produksjonskapasitet på selskapsnivå gir som nevnt ikke noen ubetinget rett til produksjon. For å kunne utnytte slik tilsagt produksjonskapasitet må rettighetshaver også ha eller skaffe seg lokalitetsspesifikk produksjonskapasitet. Dette forutsetter en eller flere *lokalitetstillatelser* i det aktuelle produksjonsområdet (eller tilgrensende produksjonsområder, dersom det er innvilget felles biomassetak i henhold til akvakulturdriftsforskriften § 48 a. eller b.) noe som også innbefatter nødvendige tillatelser etter annen lovgivning.

2.6 Nærmere om lokalitetstillatelsen

Det vi her kaller lokalitetstillatelsen er et eget enkeltvedtak som i laksetildelingsforskriften benevnes *klarering av lokalitet*, jf. § 1-3 j.

Vedtaket gir rett til å benytte et bestemt geografisk område, i praksis et sjøområde et stykke fra land, til oppdrettsvirksomhet, herunder å plassere merder, tilknyttede anlegg som fôrflåter mv. Også lokalitetstillatelsen gir rett til produksjon av et bestemt volum/omfang biomasse, som dermed utgjør et kapasitetstak på den aktuelle lokaliteten. Kapasitetstaket under lokalitetstillatelsen er primært begrunnet i krav til forsvarlig drift på den aktuelle lokaliteten, og hvilke betingelser som i denne henseende følger av lokale miljøforhold, fiskehelse og fiskevelferd.¹³ Utnyttelse av produksjonskapasiteten på lokalitetsnivå gir ikke noen ubetinget rett til produksjon, men forutsetter at oppdretteren har blitt tilsagt rett til produksjon under en eller flere selskapstillatelser med tilgjengelig kapasitet.

For å få lokalitetstillatelse gjelder det et forholdsvis komplekst sett av krav til at miljøhensyn, hensyn til fiskevelferd og fiskehelse, og andre offentlige og private interesser må være tilstrekkelig ivaretatt og vurdert, jf. akvakulturloven § 6. Fylkeskommunen fatter vedtak om lokalitetstillatelse, som forutsetter tillatelser under flere andre regelverk som forvaltes av andre myndigheter.

Akvakulturloven § 6 nevner spesifikt krav til tillatelser etter matloven, forurensningsloven,¹⁴ havne- og farvannsloven og vannressursloven (som riktignok kun er relevant på land), som forutsetning for at det kan gis lokalitetstillatelse, jf. nærmere nedenfor i avsnitt 2.7.

Selv om en søknad om å utnytte en lokalitet isolert sett oppfyller alle vilkår begrunnet i lokalitets- og driftsspesifikke hensyn, må utgangspunktet klart nok være at oppdretteren ikke har noe rettskrav på å få lokalitetstillatelse. I vid utstrekning må det dermed være opp til tillatelsesmyndighetens skjønn om tillatelse skal gis.

Når tillatelse gis, innebærer det imidlertid en rett for oppdretter til å utnytte lokaliteten i samsvar med tillatelsen. Lokalitetstillatelsen medfører fiske- og ferdselsforbud for alle andre innenfor henholdsvis 100 og 20 meter fra anleggets ytterpunkt.¹⁵ For alle praktiske formål gir dermed tillatelsen en form for begrenset, positivt angitt og eksklusiv bruksrett til det aktuelle området som

¹³ Marcussen (2021) s. 29 med videre henvisninger.

¹⁴ Forurensningsregelverket for akvakultur i sjø er imidlertid foreslått revidert, jf. høring datert 11. september 2020 med øvrig dokumentasjon tilgjengelig på miljødirektoratets nettsider, <https://www.miljodirektoratet.no/hoeringer/2020/september-2020/revidering-av-forurensningsregelverket-for-akvakultur-i-sjo/>

¹⁵ Akvakulturdriftsforskriften § 18.

tillatelsen avgrenser. Men som presisert i forarbeidene ligger det ikke i dette at oppdretter tilstås noen eiendomsrett eller annen form for privatrettslig rett til lokaliteten:

«Innehaver av akvakulturtillatelse er gitt en offentligrettslig tillatelse til produksjon innenfor et avgrenset geografisk område – lokaliteten. Tillatelsen innebærer at vedkommende ikke har noen eiendomsrett til sjøområdene hvor produksjonen drives. Det er innholdet i tillatelsen med de til enhver tid gjeldende bestemmelser gitt i eller i medhold av lovverket som er det juridiske grunnlaget for driften. En tillatelse til akvakultur er således i sin helhet gjenstand for skiftende reguleringer og ikke en rettighet som er unntatt fra videre regulering etter tildelingen.»¹⁶

Lokalitetstillatelsen forutsetter heller ingen forutgående eiendomsrett til sjøområdet tillatelsen gir rett til å utnytte. Dette har sammenheng med at sjøen ikke er undergitt privat eiendomsrett, utenfor en forholdsvis kort sone ut fra stranden. Utgangspunktet er altså at hverken oppdretteren eller noen andre har eiendomsrett til sjøområdet der virksomheten er lokalisert.

Oppdretteren vil imidlertid ha eiendomsrett eller en beslektet rett til anleggene i sjøen som benyttes i virksomheten, merder, fôrflåter mv. Og oppdrettsanlegget vil normalt også forutsette fasiliteter på land i en viss geografisk nærhet, slik som brygger, lager- og driftsbygninger osv, hvor det kreves privatrettslige rettigheter til grunnen og tillatelse på vanlig måte etter plan- og bygningsloven mv. Slik sett vil særlig lokalitetstillatelsen både forutsette og ha en tilknytning til opparbeidelse av investeringer og bestemte eiendomsinteresser, hvis verdi i særlig grad er avhengig av den aktuelle tillatelsen. Samtidig antar vi at slike investeringer og interesser i mindre grad er knyttet til en bestemt lokalitet. For eksempel vil merder og andre anlegg i sjøen være flyttbare og kunne utnyttes på andre lokaliteter, og dermed ha en verdi uavhengig av den aktuelle lokalitetstillatelsen. Et annet forhold er at de enkelte selskaper gjør investeringer og bygger opp infrastruktur knyttet til summen av tillatelser som selskapet har, både lokalitets- og selskapstillatelser, jf. mer om dette nedenfor. Poenget her er likevel at slike investeringer i liten grad er knyttet opp til den enkelte lokalitetstillatelse.

Videre er nok verdien av lokalitetstillatelsene ikke primært knyttet til at de gir tilgang til muligheten for å drive oppdrett som en begrenset ressurs. Tilgjengelige lokaliteter for oppdrett er nok også i prinsippet en begrenset ressurs, men i utgangspunktet er det slik vi forstår selskapstillatelsene og den fastsatte produksjonskapasiteten på regionnivå som i praksis både begrenser produksjonen på de fleste eksisterende lokaliteter og utnyttelsen av nye potensielle lokaliteter. Lokalitetstillatelsene gir dermed ikke i seg selv tilgang til en begrenset naturressurs på samme måte som selskapstillatelsene.

2.7 Forholdet mellom lokalitetstillatelsen og krav om tillatelser etter annen lovgivning
Som allerede nevnt følger det av akvakulturloven § 6 at det er et vilkår for å kunne få tillatelse til å drive akvakultur at nødvendige tillatelser er gitt etter annen lovgivning. I praksis er dette vurderinger som gjøres i tilknytning til lokalitetstillatelsen og ikke selskapstillatelsen, jf. over, selv om selskapene ved søknad om klarering av lokalitet i praksis også må vise at de har et aktuelt behov for lokaliteten gjennom tilgjengelig kapasitet på selskapsnivå.

Av akvakulturloven § 8 følger at relevante myndigheter plikter «å foreta en effektiv og samordnet søknadsbehandling». Det er gitt en egen forskrift med hjemmel i bestemmelsen (tidsforskriften) som regulerer søknadsbehandlingen og forholdet mellom relevante myndigheter. Utgangspunktet er at

¹⁶ Ot.prp.nr.61 (2004–2005) s. 68.

komplett søknad om alle nødvendige tillatelser skal sendes fylkeskommunen, som er koordinerende myndighet og koordinerer søknadsprosessen videre i forholdet til øvrige relevante myndigheter.¹⁷

For oppdrett i sjø er det nødvendig med særskilte tillatelser fra mattilsynet under matloven og dyrevelferdsloven, fra statsforvalteren under forurensningsloven (forurensningstillatelse), og fra kystverket etter havne- og farvannsloven. Det kan også være nødvendig med tillatelse fra NVE etter vannressursloven.¹⁸ I tillegg skal søknaden forelegges lokaliseringskommunen for uttalelse, blant annet om forholdet til kommunale planer.¹⁹ I henhold til akvakulturloven § 15, jf. § 6 b., kan ikke lokalitetstillatelse tildeles i strid med vedtatte arealplaner etter plan- og bygningsloven. Forutsetningen er i så fall at det gis dispensasjon.

Vi ser ikke grunn til å gå nærmere inn på de ulike kravene til tillatelser etter de ulike lovene og regelverk. Det sentrale her er det generelle – at adgangen til å drive oppdrettsvirksomhet på en bestemt lokalitet er avhengig av flere ulike tillatelser fra ulike sektormyndigheter under et forholdsvis komplekst og finmasket regelverk som ivaretar ulike formål og hensyn.

Selv om hverken lokalitetstillatelsen eller de øvrige tillatelsene er tidsbegrensede tilsier dette at det er noe usikkert hvor sterke forventninger man reelt sett kan ha om fremtidig drift på en bestemt lokalitet i et lengre tidsperspektiv. Som fremholdt av Marcussen er det mye som taler for at myndighetene må ha forholdsvis vid adgang til å omgjøre lokalitetstillatelser på grunnlag av ulike hensyn, herunder både der faktiske forutsetninger endres i ettertid og på grunnlag av mer generelle arealforvaltnings-, miljø- og styringshensyn.²⁰ Avhengigheten av flere tillatelser med basis i et komplekst og finmasket regelverk som gjør en flerhet av ulike faktorer og hensyn til forutsetninger for virksomheten, forsterker dette perspektivet. Samlet sett tilsier dette at de forventninger lokalitetstillatelsen gir om vedvarende og langsiktig drift på en bestemt lokalitet har en iboende usikkerhet som forsterkes desto lengre frem i tid vi strekker perspektivet.

2.8 Sammenhengen mellom lokalitets- og selskapstillatelsene

Utgangspunktet etter akvakulturloven er at det kreves tillatelse for å drive akvakultur, og at en akvakulturtillatelse gir en positivt angitt rett til oppdrett av en bestemt art, på en bestemt lokalitet og i et gitt omfang.

For oppdrett av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret reguleres både tillatt produksjonsomfang og lokalitet i samme tillatelse.

For laks, ørret og regnbueørretoppdrett er imidlertid systemet mer komplekst. Som tidligere beskrevet er adgangen til å drive oppdrett i realiteten avhengig av to ulike tillatelsesvedtak, selskapstillatelse og lokalitetstillatelse. *Selskapstillatelsen* gir en generell, dvs ikke-lokasjonsspesifikk, adgang til å ha en bestemt mengde fisk stående i sjøen innenfor et produksjonsområde, men gir ikke adgang til å drive produksjon uten *lokalitetstillatelse* som er knyttet til det eller de bestemte geografiske områder der produksjonen skal foregå.

Imidlertid er det heller ikke slik at biomassetaket som følger av selskapstillatelsene er knyttet til bestemte lokalitetstillatelser, eller at produksjonen på bestemte lokaliteter er knyttet til angitte selskapstillatelser. Retten til å drive oppdrett avhenger altså i praksis av kombinasjonen av en eller flere selskapstillatelser, og en eller flere lokalitetstillatelser.

¹⁷ Se nærmere Marcussen (2021) s. 34-36.

¹⁸ Marcussen (2021) s. 34-36.

¹⁹ Samordningsforskriften § 4, og merknadene til denne.

²⁰ Marcussen (2021) s. 142-145. Jf. også Mellbye (2018) s. 149.

Bildet kompliseres ytterligere av at tilsagn om kapasitet ikke bare følger av det opprinnelige tilsagnsvedtaket (selskapstillatelsen). Gjennom trafikklyssystemet kan man få tilsagn om økt kapasitet under eksisterende selskapstillatelser i grønne områder, og krav om nedjustering i røde områder. Hvilken rett som følger av den enkelte selskapstillatelse til enhver tid avhenger følgelig ikke bare av det opprinnelige vedtaket.

Også oppdelingen i en selskapstillatelse og en lokalitetstillatelse gir derfor et betydelig forenklet bilde av hva som definerer selve tillatelsen til å drive akvakultur i medhold av akvakulturloven. Realiteten er istedenfor at hver enkelt oppdretters virksomhet i dag bygger på en mer sammensatt rettsposisjon bestående av to hovedelementer: på den ene side oppdretters *samlede* tilsagn om produksjon under ulike selskapstillatelser inkludert etterfølgende vedtak om kapasitetsjustering i et gitt produksjonsområde, og på den annen side *kombinasjonen* av alle de lokalitetstillatelser oppdretteren disponerer i det aktuelle produksjonsområdet. Dette bildet kompliseres ytterligere av muligheten for fleksibilitet på tvers av ulike produksjonsområder.

I lys av dette går det an å stille spørsmål om hva som utgjør den egentlige «akvakulturtillatelsen» i henhold til akvakulturloven. Myndighetene har hittil lagt til grunn at lokalitets- og selskapstillatelsene ikke kan ses atskilt fra hverandre og må ses som én tillatelse, slik det ble uttrykt i stortingsmeldingen om innføringen av trafikklyssystemet:

«Det er først når lokaliteten er klarert og eventuelt øvrige vilkår i tilsagnet er oppfylt, at det ved utstedelse av tillatelsesdokumentet fattes vedtak som gir rett til drift. Det er likevel å anse som én tillatelse ettersom virksomheten bare kan utøves når man kan produsere en bestemt art på en bestemt lokalitet.»²¹

Siden det ikke er noe en-til-en forhold mellom selskapstillatelsene og lokalitetstillatelsene er det imidlertid ikke mulig å se det slik at kombinasjonen av én selskapstillatelse og én lokalitetstillatelse til sammen utgjør akvakulturtillatelsen. I akvakulturregisteret registreres både selskapstillatelser og lokalitetstillatelser enkeltvis, men det er selskapstillatelsene som betegnes som «tillatelser» og som er registrert med tillatelsesnummer.²² Disse er videre registrert som tilknyttet ulike lokaliteter, som igjen er registrert enkeltvis med ulike lokasjonsnummer, lokalitetsnavn og kapasitet mv. Dette kan tilsi at man noe forenklet ser det slik at en akvakulturtillatelse utgjøres av kombinasjonen av én selskapstillatelse og de ulike klarerte lokaliteter hvor den tilsagte kapasiteten kan utnyttes. I denne sammenheng har det også betydning at man i praksis ikke kan søke om lokalitet uten å ha selskapstillatelse. Systemet er altså at man først får tildelt tillatelse på selskapsnivå og deretter kan søke om lokalitet.

2.9 Nærmere om vilkår og forutsetninger mv som følger av de enkelte tillatelsene – særlig med hensyn til varighet

Vi har fått tilgang til et utvalg av eksempler på tillatelser til ulike former for akvakulturvirksomhet og vedtak i tilknytning til dette. På grunnlag av dette har vi kunnet danne oss et visst inntrykk av hva som normalt følger av tillatelsesvedtakene, og som vil være typiske vilkår og forutsetninger for tillatelsene.

Det bør presiseres at utvalget vi har fått tilgang til er forholdsvis begrenset, og ikke omfatter noen eksempler på tillatelser eldre enn 2014. Vi har derfor ikke oversikt over om eldre tillatelser kan gi grunnlag for andre rettsposisjoner eller forventninger enn det vi redegjør for her.

²¹ Meld. St. 16 (2014–2015) s. 30.

²² <https://sikker.fiskeridir.no/akvakulturregisteret/web/licenses>

Bortsett fra de tillatelsene som er tidsbegrenset i samsvar med forskriftsverket er det ingen av de tillatelsene vi har sett som sier noe uttrykkelig om varighet. Tillatelsene gir normalt tilsagn om en maksimalt tillatt biomasse av en bestemt art på en eller flere bestemte lokaliteter eller i et bestemt område, og fremstår for øvrig i stor grad som individuelle vedtak innrettet mot å begrunne at vilkår og krav i regelverket er oppfylt og oppstille konkrete vilkår for virksomheten i samsvar med dette.

Vedtakene fremstår i liten grad som standardiserte, men inneholder ofte enkelte typiske, generelle vilkår i samsvar med følgende eksempel hentet fra en lokalitetsklarering for lakseoppdrett i Hordaland (nåværende Vestland) fylke:

Generelle vilkår

Løyve vert gjeve under føresetnad av at etablering, drift og eventuelt avvikling vert gjennomført i samsvar med gjeldande lovverk, forskrifter og vilkår.

Lokalitet skal etablerast i samsvar med vedlagte kart. Dersom De ønskjer å endra anlegget i høve til dette løyvet, må det sendast søknad om dette til Hordaland fylkeskommune.

Løyve etter Akvakulturlova inneberer at det er gjeve eit offentleg rettsleg løyve inkludert løyve etter matlov, forureiningslova og hamne- og farvannslova.

Løyvet vert gjeve utan ansvar med omsyn til nabo-, eigedoms- eller andre privatrettslege tilhøve. Dette løyvet frittek Dykk ikkje frå plikt til å innhenta naudsynt løyve etter andre lover, eller plikt til å retta Dykk etter reglar og påbod som vert gjeve med heimel i slike lover.

Løyve kan trekkjast attende eller anlegget kan verte kravd redusert dersom tilhøva skulle tilseie dette.

Vi tar også med et annet eksempel fra en tillatelse for oppdrett av torsk i Vestland fylke:

Generelle vilkår

Anlegget skal ligge i samsvar med vedlagte kart og anleggsskisser.

Løyve vert gitt utan ansvar til nabo-, eigedom- eller andre privatrettslege forhold.

Løyve vert gitt under føresetnad av at etablering, drift og avvikling vert gjennomført i samsvar med andre gjeldande forskrifter og vilkår.

Kopi av dette løyvet med vedlegg skal oppbevarast tilgjengeleg for alle medarbeidarar på anlegget og for alle som har kontrollrett.

Som innehavar av løyve har De plikt til å sette Dykk inn i det regelverket som gjeld for løyver etter Akvakulturlova. Akvakulturlova med tilhøyrande forskrifter er tilgjengelege på www.lovdata.no

Anna

Vestland fylkeskommune viser til kravet i § 35 i forskrift av 17.06.2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg når det gjeld miljøovervaking og rapportering av miljøundersøkingar til myndigheitene. Vi ber om at miljøundersøkingar blir sendt til myndigheitene via Altinn.

Når det gjeld drift av løyve, viser vi til forskrift 17.06.2008 nr. 288 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskrifta) og forskrift av 19.3.2004 nr. 537 om internkontroll for å oppfylle akvakulturlovgivinga.

Løyvet kan trekkast tilbake dersom føresetnadane for løyvet vert vesentleg endra.

De individuelle rettsposisjonene som kan utledes av de enkelte vedtak og tillatelser må ses i lys av generelle forutsetninger som følger av akvakulturloven og forskriftsverket. Særsilt med hensyn til

varighet følger det av akvakulturloven § 5, andre ledd, at akvakulturtillatelser *kan* tidsbegrenses, men forarbeidene forutsetter at det normale er at tillatelser skal gis uten tidsbegrensning:

«Det tilligger forvaltningens skjønn å avgjøre hvorvidt en tillatelse skal avgrenses i tid og det omfatter i prinsippet alle akvakulturtillatelser. Det tas imidlertid ikke sikte på å tidsavgrense alle akvakulturtillatelser. Dette er en adgang som tenkes brukt i tilfeller der det foreligger omstendigheter som særlig tilsier at tidsavgrensning er hensiktsmessig ut i fra næringsaktørens behov og/eller andre interesser som loven tar sikte på å fremme eller ivareta. Det vil fremdeles være slik at tillatelser normalt gis uten en særskilt tidsbegrensning.»²³

Et særlig spørsmål er imidlertid om akvakulturloven § 5, andre ledd, må forstås slik at den gir hjemmel for å tidsbegrense eksisterende tillatelser som ikke er tidsbegrenset fra før. Dette drøfter vi i neste avsnitt.

2.10 Kan tidsbegrensning hjemles i eksisterende regelverk?

Akvakulturloven § 5, andre ledd, gir i utgangspunktet en adgang til å tidsbegrense akvakulturtillatelser. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Departementet kan i enkeltvedtak eller forskrift gi nærmere bestemmelser om innholdet i akvakulturtillatelser, herunder omfang, avgrensning i tid mv.»

Spørsmålet er om dette gir adgang til å tidsbegrense eksisterende tillatelser som er tildelt uten tidsbegrensning. Alternativet er å forstå bestemmelsen slik at den kun gir adgang til å tidsbegrense tillatelser ved tildeling, enten bestemt gjennom den enkelte tillatelse selv eller ved forskrift.

Ordlyden åpner i og for seg for å forstå bestemmelsen slik at den også omfatter eksisterende tillatelser. Etter vårt syn taler likevel både prinsipielle grunner og sammenhengen i regelverket mot en slik tolkning.

Å tidsbegrense eksisterende enkelttillatelser gjennom enkeltvedtak vil etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper måtte ses som en form for omgjøring. Omgjøring er særskilt regulert i akvakulturloven § 9 og forutsetter en omgjøringsgrunn. Det har forutsetningen mot seg at § 5, andre ledd, skulle gi en adgang til å gripe inn i eksisterende tillatelser på siden av dette. Når ordlyden heller ikke skiller mellom enkeltvedtak eller forskrift, tilsier det at det er innholdet av tillatelsene ved tildeling, eller fremtidige tillatelser, bestemmelsen er ment å omfatte.

Videre nevnes tidsbegrensning som en ren eksemplifisering av «nærmere bestemmelser om innholdet i akvakulturtillatelser» sammen med «omfang». Det må anses helt klart at bestemmelsen ikke kan fortolkes slik at den stiller departementet fritt med hensyn til å begrense «omfanget» av eksisterende akvakulturtillatelser. Her vil jo omfanget som utgangspunkt være fastlagt gjennom den individuelle tillatelsen. En innskrenkning av omfanget av enkelttillatelser gjennom enkeltvedtak vil åpenbart utgjøre omgjøring og forutsette særlige grunnlag enten i akvakulturloven § 9 eller alminnelig forvaltningsrett.

Også uttalelsene i forarbeidene om når det vil være aktuelt å tidsbegrense tillatelser tilsier klart at det man ser for seg er tidsbegrensning av tillatelser *ved selve tildelingen*:

«Det tilligger forvaltningens skjønn å avgjøre hvorvidt en tillatelse skal avgrenses i tid og det omfatter i prinsippet alle akvakulturtillatelser. Det tas imidlertid ikke sikte på å tidsavgrense alle akvakulturtillatelser. Dette er en adgang som tenkes brukt i tilfeller der det foreligger omstendigheter som særlig tilsier at tidsavgrensning er hensiktsmessig ut i fra næringsaktørens behov og/eller andre interesser som loven tar sikte på å fremme eller ivareta. Det vil fremdeles være slik at tillatelser

²³ Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 58.

normalt gis uten en særskilt tidsbegrensing. Bruk av dette virkemiddelet bør forbeholdes de tilfeller hvor tidsavgrensing ut i fra den konkrete situasjon realiserer lovens formål på en bedre måte enn om tillatelsen gis uten særskilt tidsavgrensing.

Det er flere grunner som kan tilsa at tillatelsen avgrenses i tid. For det første kan dette være aktuelt for aktiviteter som i seg selv er tidsavgrensede. Dette kan omfatte alle typer midlertidige aktiviteter som bare trenger å drive for en tid som for eksempel en tillatelse for visning/utstilling av akvakultur.

Hensynet til miljø kan også tilsa at tillatelsen bør tidsavgrenses. For eksempel kan dette være aktuelt ved oppskalering av akvakultur med nye arter eller driftsformer. Dette er situasjoner der en befinner seg i stadiet mellom forskning og kommersialisering. Tidsavgrensingen kan i disse tilfellene sørge for enkel avvikling av aktiviteten dersom videre storskalaforsøk ikke synes formålstjenlig. Tidsbegrenset av tillatelse kan videre være et alternativ til å avslå søknad om tillatelse hvor en tidsavgrenset tillatelse vil ivareta hensynet til en forsiktig utvikling mht miljøkonsekvenser.

Videre kan det være tilfeller hvor det i en begrenset periode er behov for å flytte akvakulturproduksjon som følge av akutte ytre påvirkninger, f.eks sykdomsutbrudd, algeoppblomstring eller manetangrep. Dersom det ikke foreligger andre godkjente lokaliteter og det er forhold ved den nye lokaliteten som tilsier at det ikke gis permanent tillatelse, vil en tidsbegrenset tillatelse være særlig aktuell.

Tillatelser til forskning og tillatelser for undervisningsformål er eksempler på aktiviteter som naturlig vil kunne tidsavgrenses. Bakgrunnen for dette er at aktørens behov for tillatelsen opphører når et konkret prosjekt avsluttes. Tidsavgrensing har også betydning for forvaltningen dersom det gjelder forskning på en art hvor det gjelder antallsbegrensninger på antall tillatelser. Et annet hensyn bak adgangen til tidsavgrensing for disse tillatelsene er at forskning kan skille seg fra næringen ellers ved at det ikke drives med velprøvde metoder eller det på annen måte knytter seg usikkerhetsmoment til aktiviteten fordi den avviker fra regulær kommersiell produksjon.

Et annet eksempel er tillatelser til stamfiskoppdrett som kan gjøres tidsavgrenset. Etter gjeldende regelverk er tillatelser til stamfiskoppdrett av laks, ørret og regnbueørret tidsavgrenset til 5 år.»²⁴

Fellesnevneren for de eksempler forarbeidene gir på når det kan være aktuelt å tidsbegrense tillatelser er at de har et framoverskuende perspektiv som knytter seg til tillatelsens art. Dette tilsier klart at det er tidsbegrensning ved tildeling man har sett for seg.

Ut fra dette må det konkluderes med akvakulturloven § 5 ikke gir en generell adgang til å tidsbegrense *eksisterende* tillatelser gjennom forskrift. I prinsippet må dette gjelde også om man ser selskaps- og lokalitetstillatelsene hver for seg.

En annen problemstilling er om det kunne være adgang til å innføre tidsbegrensning av individuelle tillatelser som en form for omgjøring i kraft av omgjøringsregelen i akvakulturloven § 9 eller alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. I utgangspunktet og prinsipielt forutsetter nok dette en form for individuelle vedtak eller i alle felle individuelle *vurderinger* av behovet for omgjøring i hvert enkelt tilfelle, jf. for så vidt den tilsvarende problemstillingen som foranlediget vedtagelsen av akvakulturloven § 9, tredje ledd, i tilknytning til innføringen av trafikkløssystemet og jf. i denne forbindelse Prop.95 L (2018-2019) s. 11 flg. Vi antar at de betraktningene som ble trukket frem av departementet for å begrunne generell nedjustering av kapasitet gjennom forskrift er mindre aktuelle som en begrunnelse for å innføre tidsbegrensninger av eksisterende tillatelser, og går derfor ikke videre inn i disse problemstillingene her.

²⁴ Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 58.

En annen sak er at muligheten for omgjøring etter § 9 kan ha betydning som momenter i den avveiningen som skal foretas særlig under Grl. § 97 og EMK P1-1, særlig med hensyn til styrken av oppdretternes berettigede forventninger.

Ut fra det som er sagt over må det etter vårt syn legges til grunn at det ikke er hjemmel i eksisterende lovverk for å tidsbegrense eksisterende akvakulturtillatelser. Det kan legges til at det heller ikke i den tidligere 1985-loven var noen holdepunkter for at eksisterende tillatelser gitt i medhold av loven kunne tidsbegrenses. Dette reiser spørsmålet om en ny lov som enten selv tidsbegrenser eller gir hjemmel for å tidsbegrense eksisterende tillatelser, vil utgjøre et inngrep i tillatelsene i strid med grunnlovs- og menneskerettsvernet av eksisterende rettsposisjoner og eiendom. Vi kommer tilbake til dette i kapittel 8-10 nedenfor.

3 EØS-avtalens og tjenestelovens virkeområde

3.1 Innledning

En konsesjonsordning er en etableringshindring. EØS-avtalens regler om etableringsrett, EØS-avtalen art. 31 flg., har som utgangspunkt at etableringshindringer er forbudt. Fra dette utgangspunktet forlates der hindringen tilfredsstillende EØS-rettens krav til utforming og begrunnelse. Disse kravene, som i stor grad er utviklet gjennom EU-domstolens praksis, er kodifisert og konkretisert i direktiv 2006/123/EF, tjenstedirektivet. Dette direktivet er tatt inn i EØS-avtalen, og gjennomført i norsk rett med lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven)

Etter tjenesteloven § 10 første ledd er det en forutsetning for å gjøre adgangen til å drive tjenestevirksomhet betinget av forutgående tillatelse at tillatelsesordningen er nasjonalitets-, bosteds- og etableringsstatsnøytral, begrunnet i allmenne hensyn og egnet og nødvendig for å oppnå formålet med tillatelsesordningen.²⁵ Etter tjenesteloven § 13 kan en tillatelse bare tidsbegrenses når nærmere vilkår er tilfredsstillende. Utgangspunktet der det er begrenset antall tillatelser er imidlertid at tillatelse bare kan gis for begrenset tid, jf. tjenesteloven § 14. Formålet med loven er «å gjøre det enklere å etablere tjenestevirksomhet ... i samsvar med» tjenstedirektivet, jf. § 1, og loven gjelder for tjenester som går inn under EØS-avtalen del III kapittel 3, jf. § 2.

Det kan ikke være tvil om at forbudet i akvakulturloven § 4 annet ledd mot å drive akvakultur uten tillatelse danner grunnlag for en «tillatelsesordning» etter definisjonen i tjenesteloven § 5 litra f). Et neste spørsmål er om det å drive akvakultur er «tjenestevirksomhet». Tjenesteloven § 5 litra a) definerer «tjeneste» slik: «økonomisk virksomhet ... normalt mot betaling», og viser videre til EØS-avtalen art. 37.²⁶ «Etablering» defineres som «utøvelse av økonomisk virksomhet av en tjenesteyter for et ubestemt tidsrom, ved bruk av en fast infrastruktur som tjenesten ytes fra». I forente saker C-360/15 og C-31/16 Appingedam fant EU-domstolen at detaljsalg av sko og klær var omfattet av tjenstedirektivets regler om etableringsrett for tjenesteytere, og viste i den forbindelse til at handelsvirksomhet er uttrykkelig nevnt i Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) art. 57 som eksempel på tjenester som ytes mot betaling.²⁷ EU-domstolen bemerket for øvrig at denne tolkningen

«cannot be called into question by the Court's case-law, mentioned by the referring court, dealing with the connection between, on the one hand, the provisions of the FEU Treaty relating to the freedom to provide services and, on the other, those governing other

²⁵ Bestemmelsen er en konsekvens av kravene i direktiv 123/2006/EF (tjenstedirektivet) art. 9.

²⁶ Dette er sammenfallende med definisjonen i tjenstedirektivet art. 4 nr. 1.

²⁷ Forente saker C-360/15 og C-31/16 Appingedam, avsnitt 88.

fundamental freedoms guaranteed by that treaty; that case-law cannot be transposed to the determination of the scope of Directive 2006/123.

If it were to be accepted that that directive is not applicable where the circumstances of the particular case relate to freedom of establishment, [...] the result might be [...] that Chapter III of that directive, on the freedom of establishment for service providers, would be deprived of any scope and, consequently, that directive, in so far as it is intended to eliminate obstacles to the exercise of freedom of establishment, would be deprived of its effet utile.

More generally, the fact that the applicability of Directive 2006/123 does not depend on a prior analysis of the importance of the perspective of freedom to provide services in the light of the particular circumstances of each case is likely to contribute to the objective of legal certainty being achieved, which, as is stated in recital 5, that directive aims to ensure.»²⁸

EØS-avtalen art. 37 er liklydende med TEUV art. 57, og nevner som TEUV art. 57 også «industriell virksomhet» som eksempel på hva som menes med en tjeneste. Av særlig interesse er EU-domstolens avgjørelse i sak C-206/19 SIA «KOB». Saken gjaldt latviske regler om ervervskonsesjon for landbrukseieendom, og EU-domstolen fant at reglene måtte vurderes mot tjenstedirektivets regler om etableringsrett for tjenesteytere, selv om det var på det rene at intensjonen var å drive landbruksvirksomhet, en aktivitet de færreste av oss forbinder med tjenestevirksomhet.²⁹

Etter vår oppfatning innebærer EU-domstolens praksis at dersom EØS-avtalen kommer til anvendelse, vil akvakulturtillatelsesregimet måtte tilfredsstillende de krav som følger av tjenstedirektivet. Til forskjell fra EU-retten, som kommer til anvendelse på all økonomisk aktivitet underlagt medlemsstatenes jurisdiksjon, har EØS-retten et virkefelt som er avgrenset så vel saklig som geografisk. Den saklige avgrensningen følger av EØS-avtalen art. 8 nr. 3, som bestemmer at med mindre annet er særskilt angitt, gjelder avtalen bare nærmere angitte varer, mens den geografiske er knyttet til art. 126, som bestemmer at avtalen skal anvendes på «Kongeriket Norges territorium». I de to neste avsnittene drøfter vi derfor om akvakulturtillatelsene gjelder virksomhet som faller innenfor EØS-avtalens virkeområde.

3.2 EØS-avtalens saklige virkeområde og akvakultur

Etter EØS-avtalen art. 8 nr. 3 kommer avtalens bestemmelser bare til anvendelse på varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med mindre annet er særskilt angitt. Akvakulturprodukter omfattes ikke av disse kapitlene. For så vidt gjelder varer oppført i protokoll 3 til EØS-avtalen, kommer avtalen til anvendelse «i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen». Akvakulturprodukter omfattes ikke av denne protokollen. EØS-avtalen art. 20 angir at bestemmelser og ordninger som får anvendelse på fisk og andre produkter fra havet er fastsatt i protokoll 9 til avtalen. Denne protokollen kan best betraktes som en frihandelsavtale for produkter som faller utenfor EØS-avtalen, og har ikke betydning for utformingen av tillatelsesregimer for akvakultur. EØS-avtalen art. 17 viser til avtalens vedlegg I, og her finner vi en rekke bestemmelser om veterinære forhold knyttet til blant annet fiskehelse. Disse bestemmelsene har betydning for import og eksport av de varene reglene gjelder,³⁰ men heller ikke

²⁸ Forente saker C-360/15 og C-31/16 Appingedam, avsnittene 92 til 94.

²⁹ Se sak C-206/19 SIA «KOB», avsnitt 22 flg.

³⁰ Se sak E-17/15 Ferskar kjötvörur.

disse bestemmelsene har etter det vi kan se betydning for utformingen av tillatelsesregimer for akvakultur. Utgangspunktet blir etter dette at for så vidt gjelder varer som ikke omfattes av angivelsen i EØS-avtalen art. 8 nr. 3, kreves det særskilte holdepunkter i avtalen for at den skal komme til anvendelse.³¹ For så vidt gjelder akvakulturprodukter er det også sagt i sak E-12/16 Marine Harvest, at

*« it follows from Article 8(3) EEA that the product coverage of the EEA-Agreement does not include fish and other marine products “unless otherwise specified” ».*³²

I sak E-4/04 Pedicel, som blant annet gjaldt spørsmålet om EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet for tjenester var til hinder for et forbud mot reklame for vin,³³ så EFTA-domstolen det slik at begrunnelsen for at visse typer varer er holdt utenfor EØS-avtalens generelle anvendelsesområde,

*« må være at avtalepartene ønsket å beholde friheten til selv å fastsette sine ordninger, uten å være bundet av reglene i EØS-avtalen, med mindre noe annet er uttrykkelig bestemt ».*³⁴

I forlengelsen av dette har EFTA-domstolen uttalt at

*« [e]thvert nasjonalt tiltak som er ‘uatskillelig knyttet til’ omsetningen av produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, faller selv utenfor dette virkeområde (se [sak E-4/04] Pedicel ... avsnitt 34). »*³⁵

Dette omtales gjerne som «Pedicel-doktrinen».³⁶

Akvakultur er produksjon av varer som ikke omfattes av EØS-avtalen. Sak E-4/04 Pedicel gjaldt som nevnt tjenestereglene, mens sak E-1/16 Synnøve Finden og sak E-12/16 Marine Harvest gjaldt statsstøttereglene, henholdsvis støtte til distribusjon og spørsmålet om ESAs kompetanse der det gis støtte til markedsføring av sjømatprodukter. Det er imidlertid ingen avgjørelser fra EFTA-domstolen som tar stilling til spørsmålet om tiltak uatskillelig knyttet til annet enn omsetningen av slike varer også faller utenfor avtalens virkeområde.

En av de tidlige avgjørelsene fra EU-domstolen om forståelsen av EØS-avtalen er sak C-452/01 Ospelt. Her vurderte EU-domstolen om østerrikske regler som gjorde utlendingers erverv av land- og skogbrukseieendom betinget av myndighetssamtykke var forenlige med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for kapital. Spørsmålet om den omstendighet at det dreide seg om en landbrukseieendom medførte at EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for kapital ikke kom til anvendelse, var reist under forhandlingene ved domstolen, men ble verken behandlet av generaladvokat eller domstol.³⁷

³¹ Jf. sak E-4/04 Pedicel avsnitt XX og sak E-1/16 Synnøve Finden avsnitt 57.

³² Sak E-12/16 Marine Harvest avsnitt 65.

³³ Vin er ikke en vare som EØS-avtalen kommer til anvendelse på. I sak C-405/08 Gourmet fant EU-domstolen at et svensk forbud mot alkoholreklame måtte vurderes både mot reglene om fri bevegelighet for varer og reglene om fri bevegelighet for tjenester. Det ble derfor gjort gjeldende at selv om vin ikke var omfattet av angivelsen i EØS-avtalen art. 8 nr. 3, måtte tjenestereglene likevel komme til anvendelse.

³⁴ Sak E-4/04 Pedicel avsnitt 25.

³⁵ Sak E-1/16 Synnøve Finden avsnitt 59.

³⁶ Se den norske høyesterettsdommen HR-2021-1429-A, avsnitt 140

³⁷ Det fremgår av generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 64 at den østerrikske regjeringen gjorde gjeldende at landbruksområdet ikke var omfattet av reglene om de frie kapitalbevegelser i EØS-avtalen.

I sak E-12/16 påpeker imidlertid EFTA-domstolen at

«Article 8(3) EEA regulates the application of “the provisions of this Agreement”. These words indicate that the Contracting Parties intended to exclude certain products from the scope of the EEA Agreement as a whole, and not only from the rules on free movement of goods.»³⁸

Med støtte i dette fant Høyesterett i HR-2021-1429-A at reguleringer gitt med hjemmel i grensereinbeite-loven var «uatskillelig knyttet til» reindriftsnæringen, og at

«grunnleggende dreier det seg om regulering av produksjonsbetingelsene for reinsdyrkjøtt som et landbruksprodukt og dermed som en vare som er unntatt fra EØS-avtalen. Konklusjonen må på denne bakgrunn bli at EØS-retten ikke får anvendelse.»³⁹

EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/04 Pedicel og de avgjørelsene som bekrefter rettssetningen uttalt der reiser vanskelige avgrensningsspørsmål. Et første spørsmål er om det avgjørende er om de tiltak det er tale om er «uatskillelig knyttet til» omsetningen av/handelen med den aktuelle varen, eller om det avgjørende er tiltakets tilknytning til varen, ikke hva som gjøres med den. Et neste spørsmål er hva som nærmere ligger i kriteriet «uatskillelig knyttet til».

En mulig lesning av sak E-4/04 Pedicel og etterfølgende rettspraksis er at det avgjørende er reguleringens tilknytning til den aktuelle varen – i vår sammenheng sjømatprodukter. En slik lesning legges til grunn av Laurantzog og Arnesen,⁴⁰ og så vel E-12/16 Marine Harvest som HR-2021-1429-A kan forstås slik.⁴¹

Andre ser det slik at det avgjørende er tilknytningen til selve omsetningen av varen. Einarsson kan tjene som representant for denne linjen.⁴² Også EFTAs overvåkingsorgan (ESA) har denne oppfatningen. Dette kommer særlig klart til uttrykk i sak 68781, eierbegrensningssaken. Saken gjaldt forbudet i eierkontrollforskriften⁴³ mot å kontrollere mer enn 25 % av tillatelsesbiomassen i Norge, og kravet om at erverv som fører til kontroll med mer enn 15 % av tillatelsesbiomassen må ha departementets samtykke. I ESAs åpningsbrev (Letter of formal notice) 11. juli 2012 argumenteres det for at dommen i E-4/04 Pedicel må leses slik at det bare er forhold uatskillelig knyttet til selve omsetningen av varer som ikke omfattes av EØS-avtalen som ikke reguleres av avtalen, og at både

Grunnlaget for anførselen er imidlertid ikke omtalt. Norge avga innlegg i saken, men anførte ikke at EØS-avtalen ikke var anvendelig.

³⁸ Sak E-12/16 Marine Harvest, avsnitt 66.

³⁹ HR-2021-1429-A, avsnitt 144. Spørsmålet om EØS-retten kunne være av betydning ble reist av saksforberedende dommer, jf. HR-2021-644-F, men Høyesterett så ikke grunn til å innhente EFTA-domstolens syn på spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse.

⁴⁰ Se Markus A. B. Laurantzog og Finn Arnesen, Rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen, i Melchior og Nilssen (red.) Sjømatnæringen og Europa – EØS og alternativene, Universitetsforlaget (2020), på s. 97 flg.

⁴¹ Se HR-2021-1429-A avsnitt 144 og E-12/16 Marine Harvest avsnitt 66.

⁴² Ólafur Jóhannes Einarsson, kommentarer til EØS-avtalen art. 31, pkt. 43, og kommentarer til EØS-avtalen art. 36 pkt. 17 til 25, i Arnesen et al, Agreement on the European Economic Area – A Commentary, Beck, Hart, Nomos og Universitetsforlaget (2018). Einarsson arbeidet i ESA fra 2004, og var fra 2011 til 2017 leder for indre markedsavdelingen der. EFTA-domstolens dom i sak E-12/16 Marine Harvest falt 17 november 2017, og er derfor ikke omtalt av Einarsson.

⁴³ Forskrift 22. desember 2004 nr. 1800 om kontroll med eiermessige endringer i selskap m.v. som innehar tillatelse til oppdrett av matfisk til laks og ørret i sjø. Opphevet ved forskrift 1. juli 2013 nr. 809.

samtykkekrav ved eierskifter og biomassebegrensninger derfor må vurderes mot etableringsreglene.⁴⁴

ESA mente at det var tre grunner til dette. For det første mente ESA at fordi eierbegrensningene ikke omhandlet «trade» med laks og ørret, kom heller ikke Pediceldoktrinen til anvendelse. Dette argumentet er forankret i en lesing av EFTA-domstolens avgjørelse som innebærer at det er tilknytningen til *salget* av den aktuelle varen som er det sentrale. Det er imidlertid minst like nærliggende å lese avgjørelsen slik at det er tilknytningen mellom den aktiviteten som i utgangspunktet er omfattet av avtalen og varen, som er det avgjørende. Det sentrale blir da at det dreier seg om en tjeneste – tilrådighetsstillelse av annonseplass – som i den konkrete saken er uatskillelig knyttet til en vare som faller utenfor avtalen, nemlig vin. Lest på denne måten lar resonnet seg overføre til etableringssituasjonene. Det sentrale er da at det dreier seg om en etablering som er uatskillelig knyttet til produksjonen av varer som ikke er omfattet av EØS-avtalen.

Det andre argumentet ESA gjorde gjeldende, har tett sammenheng med det foregående. ESA var nemlig av den oppfatning at anvendelse av etableringsreglene innenfor oppdrettsnæringen ikke ville ha noen betydning for Norges rett til å regulere handelen med laks og ørret. Dette argumentet står og faller med om det avgjørende for EFTA-domstolen i sak E-4/04 Pedicel var at det dreide seg om en tjeneste knyttet til salg av en vare som faller utenfor oppregningen, eller at det dreide seg om en tjeneste som var uatskillelig knyttet til den aktuelle varen.

Endelig gjorde ESA gjeldende at vedlegg VIII pkt. 10 til EØS-avtalen, som bestemmer at Norge kan «fortsette å anvende restriksjoner som gjelder den dagen avtalen blir undertegnet, på etablering for utenlandske statsborgere innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer», ville være overflødig dersom etableringsreglene ikke kom til anvendelse innenfor fiskerisektoren. Etter ESAs syn var derfor produktavgrensningen i EØS-avtalen art. 8 uten betydning i relasjon til etableringsreglene.

Vel så nærliggende er det imidlertid å se det slik at vedlegg VIII pkt. 10 hjemler andre restriksjoner på etableringer innen fiske og selskaper som eier eller driver fiskefartøyer enn slike som er uatskillelig forbundet med produksjon og salg av fiskeprodukter.

I korrespondansen med ESA fastholdt Norge at EØS-avtalens regler ikke var anvendelige.⁴⁵ Saken ble etterhvert lukket, dels med den begrunnelse at de norske reglene ble endret,⁴⁶ og dels fordi klager trakk klagen.⁴⁷

I sak E-4/04 Pedicel mente som nevnt EFTA-domstolen at forklaringen på avgrensningen i EØS-avtalen art. 8 nr. 3

*«må være at avtalepartene ønsket å beholde friheten til selv å fastsette sine ordninger, uten å være bundet av reglene i EØS-avtalen, med mindre noe annet er uttrykkelig bestemt».*⁴⁸

⁴⁴ Se Dec. No: 186/12/COL, Letter of formal notice to Norway for failing to comply with its obligations under Articles 31 by maintaining in force ownership restrictions in the fish farming industry, s. 5 flg..

⁴⁵ At norske myndigheter ikke anser EØS-avtalen anvendelig på akvakultur, kommer også til uttrykk ved at tillatelsessystemet etter akvakulturloven ikke er blant de tillatelsesordningene som ble kartlagt i forbindelse med gjennomføringen av tjenstedirektivet i norsk rett, jf. vedlegg 3 til Ot.prp. nr. 70 (2008-2009).

⁴⁶ Jf. LOV-2013-06-21-74, lov om endringer i akvakulturloven.

⁴⁷ Se Dec. No 421/13/COL, EFTA Surveillance Authority Decision of 6 November 2013 closing a complaint against Norway concerning ownership restrictions in the Norwegian fish farming industry.

⁴⁸ Sak E-4/04 Pedicel avsnitt 25.

Denne begrunnelsen står sterkere jo nærmere de aktuelle ordningene er knyttet til produksjonen av den aktuelle varen. Etter vår mening hadde derfor ESAs argumentasjon allerede i 2012 temmelig tynt grunnlag, og EFTA-domstolens senere avgjørelser i sakene E-1/16 Synnøve Finden og E-12/16 Marine Harvest svekker grunnlaget for ESAs utlegning av rekkevidden av E-4/04 Pedicel ytterligere.

I denne sammenheng er det ikke grunn til å gå nærmere inn på de oppfatninger som er gjort gjeldende i litteraturen, og vi nøyer oss med å konstatere at etter vårt syn vil reguleringen av forhold «uatskillelig knyttet til» virksomhet som gjelder produksjon av varer som ikke omfattes av EØS-avtalen, som utgangspunkt heller ikke reguleres av avtalen.⁴⁹ Reguleringen av adgangen til å drive akvakulturvirksomhet er et slikt forhold.

3.3 EØS-avtalens geografiske virkeområde og akvakultur

En annen avgrensning av EØS-avtalens virkeområde er den geografiske. Etter EØS-avtalen art. 126 skal EØS-avtalen «anvendes på ... Kongeriket Norges territorium». I dag skjer all kommersiell akvakultur i fjordene eller langs kysten, og vil slik sett være på norsk territorium. Akvakulturvirksomhet til havs, som er under utvikling, kan imidlertid meget vel skje utenfor norsk territorialfarvann, og dette gir grunnlag for å reise spørsmålet om de EØS-rettslige føringene som måtte være, er annerledes i disse situasjonene enn der virksomheten finner sted innenfor territorialfarvannets yttergrense. EFTA-domstolen har uttrykkelig latt være å ta stilling til forståelsen av art. 126,⁵⁰ og har samtidig lagt til grunn at EØS-avtalen kommer til anvendelse på anskaffelser som har en «tilstrekkelig nær tilknytning til EØS».⁵¹ Etter vårt syn innebærer dette at EØS-avtalen har betydning for reguleringen av aktiviteter som finner sted utenfor norsk territorium dersom reguleringen har direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer.⁵² Dette innebærer at for eksempel et pålegg om bruk av norske varer etter vårt syn vil måtte vurderes mot EØS-avtalen art. 11 selv om varene skal benyttes i virksomhet som ikke finner sted på norsk territorium. Vi holder det for uaktuell politikk å operere med ulik norsk regulering avhengig av om akvakulturvirksomheten finner sted i norsk territorialfarvann eller ikke, og ser derfor ikke grunn til å forfølge problemstillingen videre.⁵³

3.4 Sammenfatning

Etter vårt syn er det temmelig klart at reguleringen av forhold «uatskillelig knyttet til» fremstillingen av akvakulturprodukter som et utgangspunkt kan skje upåvirket av EØS-avtalen.⁵⁴ Dette innebærer at EØS-avtalen i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse på utformingen av tillatelsesregimer innenfor akvakulturesektoren. Det er imidlertid tyngre å hevde at EØS-avtalens betydning er en

⁴⁹ Se nærmere Markus A. B. Laurantzon og Finn Arnesen, Rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen, i Melchior og Nilssen (red.) Sjømatnæringen og Europa – EØS og alternativene, Universitetsforlaget (2020), s. 99 flg.

⁵⁰ Jf. sak E-8/19 Scanteam, avsnitt 73.

⁵¹ Se sak E-8/19 Scanteam avsnitt 65 flg. Dette er fulgt opp i relasjon til andre bestemmelser i EØS-retten, se sak E-11/20 Sverrisson, avsnitt 63 flg.

⁵² Jf. for så vidt sak E-8/19 Scanteam avsnitt 72.

⁵³ Spørsmålet om EØS-avtalen gjelder utenfor det norske sjøterritoriet er diskutert av mange. Den foreløpig siste fremstillingen er Halvard Haukeland Fredriksen og Knut Einar Skodvin, «Gjelder EØS-avtalen på kontinentalsokkelen?», i Konow m.fl. (red.) Fakultetsbyggjar, vestlending og verdsborgar – Festskrift til Ernst Nordtveit (2023) s. 489 flg.

⁵⁴ Vi kommer tilbake til modifikasjoner i dette utgangspunktet i punktene 5.3 og 6.

annen, og mindre, der akvakulturvirksomhet underlagt norsk jurisdiksjon finner sted utenfor norsk territorialfarvann enn der den finner sted innenfor.

Selv om tillatelsesregimene innenfor akvakultursektoren i utgangspunktet ikke omfattes av EØS-avtalens regler, er dette ikke ensbetydende med at EØS-avtalen er uten betydning. Dersom tildelingskriterier eller vilkår har betydning for markedsaktørens opptreden på områder som reguleres av EØS-retten, vil disse måtte tilfredsstillende EØS-rettens krav, selv om selve akvakulturvirksomheten ikke reguleres av EØS-retten. Vi kommer tilbake til dette i avsnittene 5 og 6.

Det er også temmelig klart at dersom EØS-avtalen kommer til anvendelse på akvakulturvirksomhet, må akvakulturtillatelsesregimet tilfredsstillende de krav som følger av tjenstedirektivet, i tillegg til annen EØS-rett.

4 EØS-rettens krav til tidsbegrensning av tillatelser

4.1 Innledning

Det fremgår av drøftelsene i avsnitt 3 at vi er av den oppfatning at EØS-retten i utgangspunktet ikke stiller krav til utformingen av tillatelsesregimer og konsesjoner innen akvakultur. Selv om vi holder denne konklusjonen som temmelig sikker, er det ikke uten interesse å drøfte de kravene EØS-retten setter til konsesjonsregimer og konsesjonsutforming. Det er et poeng i seg selv å vise hva EØS-retten tillater, krever eller forbyr når det gjelder konsesjonsordninger selv om kravene ikke gjelder akvakulturkonsesjoner. Drøftelsene i dette avsnittet er med andre ord subsidiære, de bygger på en premiss vi mener ikke slår til, nemlig at EØS-retten kommer til anvendelse.

Akvakultur i sjøen medfører hindringer for annen bruk, miljørisiko og sikkerhetsrisiko knyttet til annen bruk av arealene. Som regel er det også slik at virksomheten finner sted på arealer som ikke er underlagt privat eiendomsrett, og dermed i prinsippet er åpne for alle. Dette medfører et behov for å kunne kontrollere hva slags akvakulturvirksomhet som drives hvor, og i hvilket omfang den drives der. Ikke alle lokaliteter egner seg for all akvakultur, og den miljø- og sikkerhetsrisiko virksomheten medfører påvirkes av omfanget av den. Antallet lokaliteter er dermed begrenset av naturgitte forhold, i tillegg til at miljø- og arealdisponeringshensyn kan tilsi begrensning i antallet tilgjengelige tillatelser.⁵⁵ Dette er hensyn som EU-domstolens praksis i tilknytning til så vel traktatbestemmelsene om etableringsrett som tjenstedirektivet selv anerkjenner at kan begrunne hindringer i etableringsadgangen,⁵⁶ og det følger av akvakulturloven § 6 at tillatelseskravet er begrunnet i miljø-, og arealdisponeringshensyn.⁵⁷

Siden ingen kan drive akvakultur uten tillatelse, hviler adgangen til å drive slik virksomhet på en tillatelsesordning, om vi bruker tjenstedirektivets terminologi.⁵⁸

⁵⁵ Se nærmere merknadene til forslaget til akvakulturloven § 1 i Ot.prp. nr. 61 (2004-2005), og avsnittene 3.4 og 3.5 samme sted.

⁵⁶ Jf. tjenstedirektivet art. 9 nr. 1 litra b), oppregningen i art. 4 nr. 8) og fortalen pkt. 40.

⁵⁷ Se nærmere Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) avsnitt 7.1. Se også avsnitt 3.5, hvor det fremgår at tilgangen til egnede produksjonsarealer i enkelte områder allerede da var et knapphetsgode.

⁵⁸ Se tjenstedirektivet art. 4 nr. 6.

Akvakulturloven selv begrenser ikke akvakulturtillåtelsens varighet, men det fremgår av § 5 at departementet i enkeltvedtak eller forskrift kan gi bestemmelser om tidsmessig avgrensning av tillatelsen.⁵⁹

Tillatelsesregimet for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret (heretter lakseoppdrett) er som allerede redegjort for et to-sporet system ved at akvakulturtillåtelsen i praksis består av to ulike vedtak, tilsagn om biomasse, ofte kalt *selskapstillatelsen*, og lokalitetsklarering, ofte kalt *lokalitetstillatelsen*. Selskapstillatelsen gir adgang til å produsere et gitt volum på regionnivå og er ellers uavhengig av lokalitet, mens lokalitetstillatelsen gir adgang til å utnytte en bestemt lokalitet til oppdrett. For annen akvakultur opereres det bare med ett vedtak, som gir tillatelse til å drive en nærmere angitt form for akvakultur på et nærmere angitt sted og, eventuelt, i et nærmere bestemt omfang.⁶⁰

I det følgende drøfter vi først de EØS-rettslige spørsmålene en tidsbegrensning av tillatelser reiser i sin alminnelighet, deretter drøfter vi om det to-sporete systemet for lakseoppdrett medfører modifikasjoner i de konklusjonene vi har trukket, jf. henholdsvis avsnitt 4.2 og avsnitt 4.3.

4.2 Akvakulturtillåtelsen og tidsbegrensning

4.2.1 Innledning

Begrensning av varigheten til akvakulturtillatelser reiser i utgangspunktet to EØS-rettslige spørsmål. Det første spørsmålet er om EØS-retten tillater tidsbegrensning, og det andre er om EØS-retten krever det. Hvert av disse spørsmålene må drøftes i lys av tidspunktet tillatelsen ble gitt – før 1. januar 1994,⁶¹ før 28. desember 2009,⁶² og etter 28. desember 2009.

4.2.2 Tillatelser gitt før EØS-avtalen trådte i kraft

Der det dreier seg om akvakulturtillatelser gitt før EØS-avtalen trådte i kraft, var det da tillatelsene ble gitt selvfølgelig ingen EØS-rettslige føringer på hvilken varighet tillatelsene kunne ha. Spørsmålet er derfor om det gjelder en EØS-rettslig plikt til å justere varigheten på de tillatelser som er gitt. Argumentet for en slik plikt kan være at tillatelsene begrenser mulighetene for nyetablering. Verken tjenesteloven eller tjenstedirektivet krever imidlertid at allerede gitte tillatelser tidsbegrenses, slik at en eventuell plikt må forankres i alminnelig EØS-rett.

Akvakulturtillåtelsen verken tvinger eller gir innehaveren adgang til å opptre på en måte EØS-retten ikke tillater, og den gir heller ikke noen monopolstilling i markedet for akvakulturprodukter. Dette innebærer at de særlige spørsmål EØS-avtalen art. 59 nr. 1 lest i sammenheng med konkurransereglene for foretak reiser ikke er aktuelle.⁶³ For så vidt gjelder sammenhengen mellom EØS-avtalen art. 59 nr. 1 og etableringsreglene, er det antatt at bestemmelsen ikke har selvstendig betydning.⁶⁴

⁵⁹ Jf. nærmere om dette i pkt. 2.10 ovenfor

⁶⁰ Jf. for så vidt fremstillingen i kapittel Feil! Fant ikke referanse kilden. foran.

⁶¹ EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994.

⁶² Tjenstedirektivet ble gjennomført i norsk rett med virkning fra 28. desember 2009.

⁶³ For en oversikt disse spørsmålene, se Hjelmeng i Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten» kap. 17.

⁶⁴ Jf. Hjelmeng i Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten» s. 409.

I sak C-76/97 Tögel ble EU-domstolen spurt om EU-retten etablerer en plikt til å gripe inn i bestående rettsforhold inngått på ubestemt tid når slike rettsforhold ikke lenger lovlig kan etableres. EU-domstolen uttalte at

«Community law does not require an awarding authority in a Member State to intervene, at the request of an individual, in existing legal situations concluded for an indefinite period or for several years where those situations came into being before expiry of the period for transposition of Directive [...]»⁶⁵

Når staten ikke har plikt til å gripe inn selv om den blir anmodet om det, gjelder det enn mer at den ikke har plikt til å gripe inn av eget tiltak. For så vidt gjelder akvakulturtillatelser, kommer i tillegg at disse i utgangspunktet fritt kan overdras, jf. akvakulturloven § 19, slik at selv om det skulle være slik at all tilgjengelig oppdrettskapasitet var tildelt, vil nye aktører kunne kjøpe eksisterende akvakulturtilatelser, og dermed få tilgang til virksomheten.⁶⁶

Like lite som EØS-retten krever at varige tillatelser omgjøres til tidsbegrensede, like lite er den til hinder for at varige tillatelser gjøres tidsbegrensede. I de sistnevnte situasjonene gjelder likevel at EØS-rettslige prinsipper om vern av berettigete forventninger og rettsvisshet kan legge føringer på selve gjennomføringen av en tidsbegrensning.⁶⁷ Disse føringene legger imidlertid ikke strammere rammer rundt norske myndigheters handlefrihet enn de som følger av grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjonen.⁶⁸

4.2.3 Tillatelser gitt før 28. desember 2009, men etter at EØS-avtalen trådte i kraft

For så vidt gjelder tillatelser gitt før tjenestelovens ikrafttredelse, men etter at EØS-avtalen trådte i kraft, må også spørsmålet om disse kan eller skal tidsbegrenses besvares på grunnlag av reglene om etableringsrett i EØS-avtalens hoveddel, det vil si art. 31 flg. Et første vilkår for at disse skal komme til anvendelse er at tillatelsene har grensekryssende interesse, det vil si at det kan være interessant for foretak hjemmehørende i andre EØS-land enn Norge å søke om akvakulturtilatelse. Dette vilkåret er klart nok tilfredsstillt.

Det kan heller ikke være tvil om at den omstendighet at akvakulturvirksomhet forutsetter myndighetssamtykke, tillatelse, utgjør en restriksjon på etableringsadgangen selv om tillatelseskravet gjelder uavhengig av søkerens nasjonalitet.⁶⁹

Det er sikker EU-rett at de alminnelige reglene om fri bevegelse krever at tillatelser til virksomhet som kan være av interesse for aktører hjemmehørende i andre EU-land skal kunngjøres på forhånd og tildeles på grunnlag av objektive kriterier.⁷⁰ Det samme gjelder klart nok under EØS-avtalen. Det følger av akvakulturforskriften⁷¹ at tillatelser til annen akvakultur enn lakseoppdrett gis fortløpende, etter søknad der oppdretteren angir hva han vil drive oppdrett av hvor, og i hvilket omfang.⁷² Denne ordningen er, som vi kommer tilbake til i punkt 5 nedenfor, i samsvar med tjenstedirektivet, og må

⁶⁵ Sak C-76/97 Tögel, avsnitt 54.

⁶⁶ Se nærmere avsnitt **Feil! Fant ikke referanse-kilden.** foran.

⁶⁷ Nærmere om dette, Venemyr, Om EØS-rettslige krav til forvaltningsrettslige følger av feil, PhD-avhandling, under bedømmelse.

⁶⁸ Nærmere om disse, se avsnitt **Feil! Fant ikke referanse-kilden..**

⁶⁹ Jf. sak E-14/15 Holship avsnitt 115, og Høyesteretts tilslutning i HR-2016-2554-P Holship avsnitt 91 flg.

⁷⁰ Se forente saker C-458/14 og C-67/15 Promoimpresa avsnittene 64 og 65 og de avgjørelsene det vises til der.

⁷¹ FOR-2004-12-22-1799 (forskrift om tillatelse til akvakultur av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret).

⁷² Jf. akvakulturforskriften § 9.

også anses å være i samsvar med de kravene som følger av de alminnelige reglene om fri bevegelse. Dette er likevel av mindre betydning. Det følger nemlig av rettspraksis at selv om disse prinsippene er tilsidesatt, er det ingen alminnelig EØS-rettslig plikt til å gripe inn i de rettslige posisjonene som er etablert. Avgjørelsen i sak C-76/97 Tögel, som ble nevnt i forrige avsnitt, er relevant også her. I tillegg kommer fraværet av plikt til å gripe inn klart frem i EU-domstolens avgjørelse i sak C-91/08 Wall, og i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-24/13 Casino Admiral.

Sak C-91/08 Wall gjaldt blant annet spørsmålet om de prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling som følger av etableringsreglene og reglene om fri bevegelse for tjenesteytelse i TEUV⁷³ som svarer til EØS-avtalen art. 31 flg. og 36 flg., forplikter nasjonale myndigheter til å si opp kontrakter inngått i strid med disse prinsippene. EU-domstolen besvarte dette benektende, men understreket samtidig at kravet til EU-konform tolkning innebærer at nasjonale domstoler i videst mulig omfang skal tolke nasjonal rett slik at det er mulig å respektere disse prinsippene.⁷⁴ En eventuell oppsigelsesplikt må således forankres i nasjonal rett.⁷⁵ Dette er fulgt opp i C-518/17 Rudigier.⁷⁶ EFTA-domstolen har funnet at EØS-avtalen gir grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning som i det alt vesentlige svarer til sitt EU-rettslige forbilde, slik at det samme må legges til grunn under EØS-avtalen.⁷⁷

I sak E-24/13 Casino Admiral, uttaler EFTA-domstolen generelt at

«the principles of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality enshrined in Articles 31 and 36 EEA and the consequent obligation of transparency do not necessarily require, in the case of a breach of that obligation in connection with the award of a service concession, the national authorities to terminate a contract or the national courts to set aside the award decision.»⁷⁸

EU-domstolens avgjørelse i sak C-347/06 Brescia er også av interesse i denne sammenhengen. Saken gjaldt italienske regler som introduserte tidsbegrensning i allerede gitte konsesjoner, og domstolen ble spurt om en etterfølgende forlengelse av avviklingsperioden for disse konsesjonene var i strid med reglene om etableringsrett, fri bevegelse for tjenester eller motstykket til EØS-avtalen art. 59 nr. 1. EU-domstolen fant at slik forlengelse kunne innebære en forskjellsbehandling til ugunst for foretak i andre medlemsstater, men at det EU-rettslige prinsippet om rettsvisshet (legal certainty), som kommer til anvendelse der medlemsstatene gjennomfører forpliktelser etter EU-retten, kan begrunne slik forskjellsbehandling

«the principle of legal certainty requires, particularly, that rules of law be clear, precise and predictable in their effects, in particular where they may have negative consequences on individuals and undertakings (see, to that effect, Case C-17/03 VEMW and Others [2005] ECR I-4983, paragraph 80 and the case-law cited).

It must, from that point of view, be noted that the concession in question in the main proceedings was granted in 1984, at a time when the Court had not yet held that it followed from primary Community law that contracts with a cross-order interest might be

⁷³ Traktat om den europeiske unions virkemåte.

⁷⁴ Jf. sak C-91/08 Wall, avsnittene 69 til 71.

⁷⁵ For en inngående drøftelse av oppsigelsesplikt, knyttet til ulovlige direkteanskaffelser, vises til Strømsnes, «Anskaffelsesrettslig «uten virkning»» (Bergen 2021) avsnitt 5.2.

⁷⁶ jf. avsnitt 54 flg.

⁷⁷ Om prinsippet om EØS-konform tolkning, se nærmere Fredriksen og Mathisen «EØS-rett» 4. utg. (2022) s. 413 flg., og Arnesen og Hammersvik i Arnesen m.fl., «Oversikt over EØS-retten» (2022) kap. 27.

⁷⁸ Sak E-24/13 Casino Admiral avsnitt 70

subject to duties of transparency in the situations referred to in paragraphs 59 and 60 of the present judgment.

In those circumstances, and without it being necessary to consider the principle of the protection of legitimate expectations, the principle of legal certainty not only permits but also requires that the termination of such a concession be coupled with a transitional period which enables the contracting parties to untie their contractual relations on acceptable terms both from the point of view of the requirements of the public service and from the economic point of view».⁷⁹

Poenget er at hensynet til dem som er gitt en rettighet og har innrettet seg i tillit til denne, kan begrunne justeringer av det resultatet en «ren» anvendelse av prinsippene om fri bevegelighet tilsier. Avgjørelsen viser at der det er kompetanse etter nasjonal rett, må den utøves innenfor de rammer EØS-retten setter. Dette innebærer at selv om det skulle være adgang etter norsk rett til å gjøre inngrep i de rettigheter en tillatelse gir, kan EØS-retten legge føringer for den nærmere bruken av denne kompetansen. Disse føringene setter imidlertid ikke strammere rammer for norske myndigheters handlefrihet enn de som følger av grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjonen.⁸⁰

Når det gjelder akvakulturtillatelser gitt etter at EØS-avtalen trådte i kraft men før 28. desember 2009, er dermed situasjonen at EØS-retten verken krever eller hindrer at disse gis begrenset varighet.

4.2.4 Tillatelser gitt etter 28. desember 2009

Tjenestedirektivet ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning 45/2009 som trådte i kraft 1. mai 2010. Direktivet er gjennomført i norsk rett med tjenesteloven, som trådte i kraft 28. desember 2009.

Utgangspunktet etter tjenestedirektivet er at tillatelser ikke skal ha begrenset varighet. Dette utgangspunktet forlates der begrensninger i antallet tilgjengelige tillatelser er begrunnet i allmenne hensyn,⁸¹ og der antallet tilgjengelige tillatelser er begrenset «på grunn av knapphet på naturressurser».⁸² I disse tilfellene skal tillatelsene gis begrenset varighet.⁸³ Hvor lang varighet de kan eller skal gis, sier direktivbestemmelsen ikke noe spesifikt om, ut over at tillatelsene i de tilfellene antallet er begrenset på grunn av knapphet på naturressurser, skal gis «for et passende tidsrom».⁸⁴ Det samme må gjelde der begrensninger er begrunnet i allmenne hensyn. Direktivets fortale gir likevel en viss veiledning. Her heter det at

⁷⁹ Sak C-467/06 Brescia, avsnittene 69 til 71.

⁸⁰ Om disse, se avsnitt **Feil! Fant ikke referanse-kilden..**

⁸¹ Jf. tjenestedirektivet art. 11 nr. 1 litra b). I tillegg kan tillatelsesperioden begrenses der dette kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn, jf. art. 11 nr. 1 litra c).

⁸² Jf. tjenestedirektivet art. 12 nr. 2 jf. nr. 1. I forente saker C-458/14 og C-67/15 Promoimpresa avsnitt 42 fant EU-domstolen at fast eiendom ved Gardasjøen og på kysten av Sardinia er en naturressurs. Etter vår oppfatning kan det ikke være tvil om at akvakulturlokaliteter er en naturressurs i direktivets forstand.

⁸³ Jf. forente saker C-340/14 og C-341/14 Trijber og Harmsen, avsnitt 62. Forarbeidene til tjenesteloven § 13 kan etterlate et inntrykk av at det er adgang, men ikke plikt til å begrense varigheten der begrensningen i antallet tillatelser er begrunnet i allmenne hensyn, jf. Ot.prp. nr. 70 (2008-2009) s. 147. Dette er neppe gjeldende rett i dag.

⁸⁴ Jf. tjenestedirektivet art. 12 nr. 2. Etter dansk rett har tillatelser til havbruk en varighet på ti år, med mindre noe annet er bestemt i tillatelsen, jf. Bekendtgørelse om etablering og drift af havbrug (BEK nr 1489 af 06/12/2016) § 5.

«Særlig bør varigheten for tillatelsen som gis, fastsettes slik at den ikke innskrenker eller begrenser fri konkurranse ut over det som er nødvendig for at tjenesteyteren skal få tilbake sine investeringskostnader og få en rimelig avkastning på investert kapital.»⁸⁵

Tjenesteloven § 14 annet punktum gjennomfører direktivbestemmelsen i norsk rett, og i forarbeidene vises det til dette punktet i direktivets fortale.⁸⁶

Det er liten grunn til å anta at domstolenes prøving av spørsmålet om tillatelsen er gitt «for et passende tidsrom» vil være videre intens, og særlig ikke der tillatelsene også fritt kan overdras, slik situasjonen er for akvakulturtillatelsene. Det skal med andre ord en del til for at en domstol finner at en tillatelse ikke er gitt «for et passende tidsrom».

Det følger dermed av tjenstedirektivet art. 11 og 13 som gjennomført i norsk rett ved tjenesteloven §§ 13 og 14 at akvakulturtillatelser gitt etter lovens ikrafttredelse skal gjelde for begrenset tid.

Der det til tross for dette er gitt tillatelser med ubegrenset varighet, blir spørsmålet om EØS-retten krever at disse gjøres tidsbegrensete. Svaret blir her som for tillatelser gitt før 28. desember 2009, hjemmelen for inngrep må søkes i norsk rett, og bruken av den myndighet hjemmelen gir, må skje i samsvar med de EØS-rettslige prinsippene om vern om berettigete forventninger og rettsvisshet. Den omstendighet at det følger av tjenesteloven at tillatelsene skal være tidsbegrensete, har betydning ved vurderingen av hvilke begrensninger disse prinsippene setter.

4.3 Særlig om akvakulturtillatelser for laks, ørret og regnbueørret

Det heter i laksetildelingsforskriften § 3-2 at «[a]kvakulturtillatelse for matfisk i sjø skal avgrenses kapasitetsmessig i maksimalt tillatt biomasse». Denne avgrensningen kommer til uttrykk i det såkalte «tilsagn om biomasse», selskapstillatelsen, og bestemmer hvor stor biomasse som kan stå i sjøen i medhold av tillatelsen.

Tilsagn om biomasse, selskapstillatelse, er etter dette en forutsetning for drift, slik også den enkelte lokalitetstillatelse er det. Dette innebærer at oppdrett av laks, ørret og regnbueørret i sjø hviler på to myndighetssamtykker – selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen. I relasjon til tjenstedirektivet er det nærliggende å se det slik at vi har å gjøre med to tillatelsesordninger, ikke én.

Der det dreier seg om annen akvakultur enn laks, ørret og regnbueørret i sjø, kommer akvakulturtillatelsen til uttrykk i ett myndighetsvedtak – klarering av lokalitet, tillatelse til nærmere bestemt akvakultur og eventuelt i hvilket omfang skjer i samme vedtak. Vi har sett at tjenstedirektivet krever at denne tillatelsen skal gis for begrenset tid siden den gir tilgang til en begrenset ressurs, lokaliteten. Der det dreier seg om oppdrett av laks, ørret og regnbueørret i sjø hviler virksomheten på minst to vedtak – tilsagn om biomasse, selskapstillatelsen, og klarering av lokalitet(er). Antallet selskapstillatelser er begrenset i den forstand at total tillatt biomasse i produksjonsområdet setter rammene for hvor mange tonn biomasse selskapstillatelsene kan gi adgang til å ha stående i sjøen i det aktuelle området. Dette innebærer at tjenstedirektivet krever at også selskapstillatelsene tidsbegrenses, og en eventuell introduksjon av tidsbegrensning i eksisterende selskapstillatelser reiser de samme spørsmål som introduksjon av tidsbegrensning i eksisterende tillatelser til annen akvakultur. Også svarene vil i utgangspunktet bli de samme, men særtrekk ved selskapstillatelsen kan medføre at de føringene alminnelige EØS-rettslige prinsipper om

⁸⁵ Tjenstedirektivets fortale pkt. 62. Se tilsvarende direktiv 2014/23/EU (konesjonskontraktdirektivet) art. 18 nr. 2 om fastsettelsen av varigheten for konsesjonskontrakter som skal løpe mer enn fem år.

⁸⁶ Jf. merknadene i Ot.prp. nr. 70 (2008-2009) til bestemmelsen.

vern av berettigete forventninger og rettsvisshet legger, leder til at utfallet i det enkelte tilfellet blir et annet der det er aktuelt å begrense løpetiden til en lokalitetstillatelse enn der det er en selskapstillatelse det er tale om.

Det kan kanskje hevdes at det er anstrengt å karakterisere tilsagn om biomasse som en egen «tillatelsesordning» atskilt fra lokalitetstillatelsen. Et synspunkt kan være at når biomassetilsagnet, selskapstillatelsen, i prinsippet er et uttrykk for hvor stor andel av total akseptabel biomasse i et produksjonsområde en akvakulturtillatelseinnehaver kan disponere, er det vel så nærliggende å se biomassetilsagnet som en regulering av den produksjonen som skjer i tilknytning til klarerte lokaliteter, og ikke en regulering av tilgangen til selve virksomheten. Anlegger man en slik synsvinkel, kan det hevdes at tjenstedirektivets krav til tillatelsesordninger ikke har betydning for reguleringen av varigheten av selskapstillatelsene. Et slikt syn fremstår nok likevel noe anstrengt utfra utgangspunktet som er beskrevet over om at selskapstillatelse i praksis er en forutsetning for å få lokalitetstillatelse.

Synspunktet vil heller ikke være ensbetydende med at EØS-retten er uten betydning. Fastsettelsen av total biomasse innebærer en produksjonsbegrensning, og kan derfor anses som en restriksjon i utøvelsen av etableringsretten, jf. for så vidt EFTA-domstolens uttalelse i sak E-14/15 Holship, hvor det i tilslutning til EU-domstolens praksis ble uttalt at nasjonale tiltak som kan hindre eller gjøre det mindre attraktivt å benytte seg av de friheter EØS-retten gir, er restriksjoner i disse frihetene. Dette innebærer at fastsettelsen av total biomasse må være nødvendig for å ivareta miljøhensyn eller andre allmenne ikke-økonomiske hensyn, og at fastsettelsen og fordelingen av andeler total biomasse må skje i henhold til transparente prosedyrer og være basert på objektive kriterier som tilfredsstillende EØS-rettslige saklighetskrav. Hvorvidt de alminnelige reglene om etableringsrett også krever at biomassetilsagnet, selskapstillatelsen, gjøres tidsbegrenset, er kan hende et mer åpent spørsmål. EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-458/14 og C-67/15 Promoimpresa, hvor domstolen fant at en ordning med automatisk fornyelse av konsesjoner var i strid med etableringsreglene,⁸⁷ tilsier imidlertid at også de alminnelige reglene om etableringsrett krever at varigheten av tillatelser det er et begrenset antall av begrenses.

Det kan reises spørsmål om tidsbegrensning av lokalitetstillatelsen har betydning for tidsbegrensning av selskapstillatelsen, og omvendt. Svaret på dette spørsmålet er nei. De to tillatelselementene ivaretar ulike allmenne hensyn på ulike måter. For så vidt gjelder lokalitetstillatelsen, er denne et virkemiddel for å ivareta lokalitetsspesifikke allmenne hensyn, mens selskapstillatelsen er et virkemiddel for ivaretagelse av miljøhensyn på regionalt plan. De hensyn som begrunner tillatelselementene kan derfor slå ulikt ut når det gjelder spørsmålet om tidsbegrensning, slik at den omstendighet at lokalitetstillatelsen er tidsbegrenset ikke nødvendigvis reduserer behovet for å tidsbegrense selskapstillatelsen, og heller ikke omvendt. Dette understrekes ytterligere ved at så vel lokalitetstillatelsen som andeler av total biomasse er fritt omsettelige.

4.4 Sammenfatning

Drøftelsene foran viser at EØS-retten ikke er til hinder for å begrense varigheten av en akvakulturtillatelse, heller ikke der det dreier seg om oppdrett av laks, ørret og regnbueørret i sjø, hvor tidsbegrensningen kan gjelde så vel lokalitetsklareringen som biomassetilsagnet. Drøftelsene viser videre at både de alminnelige reglene om etableringsrett og tjenstedirektivet krever at tillatelsene gis begrenset varighet, men ikke at varigheten til tillatelser gitt uten tidsbegrensning

⁸⁷ Forente saker C-458/14 og C-67/15 Promoimpresa avsnitt 70 og domskonklusjonen punkt 2).

avkortet. Hjemmel for avkorting må i søkes i norsk rett, og den kompetansen hjemmelen gir må utøves innenfor de rammene alminnelige EØS-rettslige prinsipper setter. Disse rammene er ikke snevrere enn dem som følger av Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

5 EØS-retten og tildelingsprosesser

5.1 Innledning

I avsnitt 3 fant vi at EØS-avtalen i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse på utformingen av tillatelsesregimer innenfor akvakultursektoren. Vi nevnte imidlertid også at dette ikke ensbetydende med at EØS-avtalen er uten betydning i alle henseende. Her i avsnitt 5 kommer det til uttrykk ved at drøftelsen av EØS-rettens krav til saksbehandlingen, avsnittene 5.2 og 5.3, er subsidiær. Saksbehandlingen ved tildeling av tillatelser til virksomhet som i utgangspunktet ikke reguleres av EØS-avtalen, reguleres heller ikke av EØS-avtalen. Når det gjelder tildelingskriterier, som behandles i avsnitt 5.4, er imidlertid bildet mer sammensatt. Dette skyldes at tildelingskriterier kan ha betydning for hvordan de som ønsker akvakulturtillatelse opptrer i forhold som reguleres av EØS-retten. Et eksempel kan illustrere dette. Dersom bidrag til utviklingen av lokalt næringsliv brukes som tildelingskriterium, vil dette måtte vurderes mot EØS-avtalens regler om fri bevegelse for varer og tjenester.

5.2 Krav til saksbehandlingen

Det er som nevnt sikker EØS-rett at der en tillatelse kan ha grensekryssende interesse, det vil si at aktører i andre EØS-land kan være interessert i å få tillatelse, krever de alminnelige reglene om fri bevegelse at muligheten til å søke om tillatelse skal kunngjøres på forhånd, at tildelingsprosessen er tilgjengelig og transparent, og at tillatelsene tildeles på grunnlag av objektive kriterier.⁸⁸ I tjenstedirektivet har dette kommet til uttrykk i art. 13 nr. 1. Tjenstedirektivet art. 12 nr. 1 krever at der tilgjengelige tillatelser er begrenset på grunn av knapphet på naturressurser eller teknisk kapasitet, skal tildelingsprosessen gi

«full garanti for upartiskhet og åpenhet, herunder særlig tilstrekkelig offentliggjøring av opplysninger om innledningen, gjennomføringen og avslutningen av framgangsmåten».

Direktivet har ikke tilsvarende krav der begrensningen er begrunnet i allmenne hensyn, men siden direktivet her ikke gjør stort annet enn å gjenta de kravene som er utviklet i EU-domstolens praksis, kan det være liten tvil om at det samme gjelder i disse tilfellene.

Det nærmere innholdet i kravet om «tilstrekkelig offentliggjøring» gir ikke direktivet videre veiledning om, men etter tjensteloven § 14 skal saksbehandlingen der antallet tillatelser er begrenset på grunn av knapphet på naturressurser eller teknisk kapasitet, innledes med offentlig kunngjøring.⁸⁹

Det følger av akvakulturforskriften § 9 at klarering av en lokalitet for akvakulturvirksomhet initieres av søker, og adgangen til å be om klarering står etter det vi forstår åpen hele tiden.⁹⁰ Klareringen

⁸⁸ Jf. forente saker C-458/14 og C-67/15 Promoimpresa avsnittene 64 og 65 og de avgjørelsene det vises til der.

⁸⁹ En viss veiledning om hvilke krav EØS-retten stiller gir direktiv 24/23/EU (konsesjonskontraktsdirektivet) art. 30 flg.

⁹⁰ Jf. Fiskeridirektoratets nettside, <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Tildeling-og-tillatelser/Tildelingsprosessen>.

skjer for en bestemt art, slik at en lokalitet klarert for eksempelvis oppdrett av blåskjell ikke uten myndighetssamtykke kan benyttes til oppdrett av andre arter. Søknaden skal skje på fastsatt skjema, og akvakulturforskriften §§ 10 og 10a stiller nærmere krav til søknadens innhold. Dette, sammen med bestemmelsene i akvakulturloven kapittel II og gjennomføringen i norsk rett av kravene i tjenstedirektivets kapittel II i tjensteloven kapittel 2 om kontaktpunkt og administrasjon, medfører at tjenstedirektivets krav om at tildelingsprosessen skal være tilgjengelig og transparent, og sikre at tillatelse tildeles på grunnlag av objektive kriterier er tilfredsstillt.⁹¹ Kravene til tildelingskriteriene behandler vi nærmere i punkt 5.4 nedenfor.

5.3 Særlig om akvakulturtillatelser for laks ørret og regnbueørret

Ved oppdrett av laks, ørret og regnbueørret i sjø er virksomheten betinget av at det foreligger tilsagn om biomasse, og at minst én lokalitet er klarert for slik oppdrett. Det ligger implisitt i laksetildelingsforskriften kapittel 3 at tildeling av akvakulturtillatelser for laks, ørret og regnbueørret i sjø skjer i runder. Prosessen er organisert slik at Fiskeridirektoratet tar stilling til hvilke søkere som skal tildeles produksjonskapasitet,⁹² mens koordinerende myndighet, fylkeskommunen, tar stilling til søknaden om klarering av lokalitet.

Også klarering av lokalitet for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret skjer etter det vi forstår løpende, og slik at det ved klareringen fastsettes hvor stor biomasse som kan stå på lokaliteten. Søknad skal etter laksetildelingsforskriften § 3-1 skje på fastsatt skjema, og forskriften kap. 8 gir nærmere regler om blant annet betingelsene for klarering av lokalitet og hva søknaden skal inneholde. Også her vil forskriftens bestemmelser sett i sammenheng med bestemmelsene i akvakulturloven kapittel II og gjennomføringen i norsk rett av kravene i tjenstedirektivets kapittel II i tjensteloven kapittel 2 om kontaktpunkt og administrasjon, medføre at kravet om at tildelingsprosessen skal være tilgjengelig og transparent og sikre at tillatelse tildeles på grunnlag av objektive kriterier, er tilfredsstillt.⁹³

Det er selskapstillatelsen, maksimalt tillatt biomasse på selskapsnivå, som er den viktigste begrensende faktoren for den enkelte oppdretters virksomhet. Det følger av produksjonsområdeforskriften § 11 at der miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, kan departementet i forskrift lyse ut tilbud om nye tillatelser og økning av produksjonskapasiteten i de tillatelser som allerede er gitt i det aktuelle produksjonsområdet. En slik tildelingsprosess tilfredsstiller EØS-rettens krav.

Selve tildelingen må skje på grunnlag av kriterier som er offentliggjort på forhånd og tilfredsstiller EØS-rettslige saklighetskrav. Hva som nærmere ligger i dette, behandler vi straks nedenfor.

5.4 Nærmere om tildelingskriterier

5.4.1 Generelt

Med «tildelingskriterier» sikter vi i dette avsnittet til kriterier som er tilfredsstillt på søknadstidspunktet, og avgrenser med det mot vilkår knyttet til tillatelsen. Tildelingskriteriene kjennetegnes dermed at de er terskel- og fordelingskriterier som ikke medfører rettslig bindende

⁹¹ Fiskeridirektoratets nettsider gir også nyttige opplysninger, jf. <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur>.

⁹² «Tilsagn» slik dette er definert i laksetildelingsforskriften § 1-3 bokstav i.

⁹³ Fiskeridirektoratets nettsider gir også nyttige opplysninger, jf. <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur>.

plikter, mens vilkår innebærer en rettslig bindende normering av opptreden til innehaveren av en tillatelse.

Tjenstedirektivets art. 10 og 12 regulerer henholdsvis kriterier for å gi tillatelse og utvelgelsen der antallet tilgjengelige tillatelser er begrenset. Tjenstedirektivet art. 10 nr. 2 krever at kriteriene skal

- a) ikke innebære forskjellsbehandling,*
- b) være begrunnet ut fra tvingende allmenne hensyn,*
- c) stå i forhold til dette hensynet til den allmenne interesse,*
- d) være klare og utvetydige,*
- e) være objektive,*
- f) være offentliggjort på forhånd,*
- g) være åpne og tilgjengelige.»*

Tjenstedirektivet art. 12, som regulerer utvelgelsen der det er et begrenset antall tillatelser, nevner uttrykkelig at utvelgelseskriteriene kan ta i betraktning

«hensynet til folkehelsen, sosialpolitiske mål, arbeidstakeres eller selvstendig næringsdrivendes helse og sikkerhet, miljøvern, bevaring av kulturarven og andre tvingende allmenne hensyn, i samsvar med fellesskapsretten.»

Disse kravene er ikke nye med tjenstedirektivet, de er også et utslag av de alminnelige reglene om de fire friheter slik disse er utlagt i EU-domstolens praksis.

Kravet om at kriteriene ikke skal «innebære forskjellsbehandling» er EU/EØS-rettsterminologi for at kriteriene ikke kan benytte nasjonalitet, bosted eller etableringsstat som kriterium. Dette kravet foranlediger etter det vi kan se ikke ytterligere kommentarer.⁹⁴

Uttrykket «tvingende allmenne hensyn» er en referanse til hensyn EU-domstolen har funnet at kan begrunne hindringer for fri bevegelse.⁹⁵ I kravet om at kriteriene er «begrunnet» ut fra slike hensyn, ligger at ligger at kriteriene må være egnet til å ivareta de aktuelle hensynene, ikke medføre større hindringer enn det som er nødvendig for å ivareta dem og være del av en konsistent politikk.⁹⁶

Kravet om at kriteriet skal «stå i forhold til dette hensynet til den allmenne interesse», gir anvisning på en avveining mellom det eller de hensyn kriteriet ivaretar og hensynet til fri bevegelse. Denne avveiningstesten er utviklet i EU-domstolens praksis, og fungerer i det vesentlige som en sikkerhetsventil. Det er svært få saker der EU-domstolen foretar denne avveiningen.⁹⁷

Kravet om at kriteriene skal være «objektive» kan nok best forstås slik at de skal ha en tilknytning til slik virksomhet tillatelsen gjelder.

Nye selskapstillatelser og økning av produksjonskapasiteten i allerede gitte tillatelser skjer mot vederlag, jf. akvakulturloven § 7 og produksjonsområdeforskriften § 11, og som nevnt i punkt 2.5 er praksis nå at slik kapasitet selges til høystbydende. Salg til høystbydende tilfredstiller alle kravene i

⁹⁴ Det kreves norsk organisasjonsnummer for registrering i akvakulturregisteret, jf. FOR-2005-12-28-1706, akvakulturregisterforskriften § 4. Utenlandske foretak som driver næringsvirksomhet i Norge skal være registrert i foretaksregisteret, jf. lov 21. juni 1985 om registrering av foretak (foretaksregisterloven) § 2-1 annet ledd, og har dermed norsk organisasjonsnummer.

⁹⁵ Jf. definisjonen i tjenstedirektivet art. 4 nr. 8). Oppregningen av hensyn i denne bestemmelsen er ikke uttømmende, og utelukker heller ikke at hensyn EU-domstolen hittil ikke har vurdert kan kvalifisere som et «tvingende allment hensyn», jf. for så vidt tjenstedirektivets forale punkt 40.

⁹⁶ Nærmere om denne vurderingen, se Arnesen i Arnesen m.fl., «Oversikt over EØS-retten» (2022) avsnitt 7.4.

⁹⁷ Se Arnesen i Arnesen m.fl., «Oversikt over EØS-retten» (2022) s. 124 til 125.

tjenestedirektivet art. 10 nr. 2, bortsett fra kravet om at kriteriet skal være begrunnet ut fra tvingende allmenne hensyn. Pris som tildelingskriterium er uttrykkelig nevnt i direktiv 94/22/EF (oljedirektivet) art. 5 nr. 1 bokstav c), og generelt anerkjent i sekundærlovgivningen.⁹⁸ Etter vårt syn kan det ikke være tvil om at tildeling av kapasitet gjennom et auksjonssystem er forenlig med EØS-retten, selv om kriteriet ikke er uttrykkelig nevnt i tjenestedirektivet.

5.4.2 Særlig om krav om lokal tilknytning

Et av formålene med akvakulturloven er at den skal «bidra til verdiskaping på kysten», jf. akvakulturloven § 1. En måte å gjøre dette på er å forbeholde tillatelser for dem som har lokal tilknytning. Dette gir grunnlag for å reise spørsmålet om tjenestedirektivet eller annen EØS-rett er til hinder for å kreve dette, og hvis ja, hvilke tilknytningskriterier som er akseptable. Fiskeriforbudsloven § 3 annet ledd krevde frem til 1. juni 2007 at føreren og minst halvparten av mannskapet eller lottfiskerne på fiskefartøyer som fisker i norsk territorialfarvann skulle være norske statsborgere.⁹⁹ Loven ble endret med virkning fra 1. januar 2007. Endringen besto i at man endret mannskapskravene slik at minst halvparten av mannskapet i tillegg til fartøyføreren må være bosatt i en kystkommune eller nabokommune til en kystkommune, og i dag finner vi kravet i deltakerloven § 5a.¹⁰⁰

Bakgrunnen for lovendringen var en grunnlagt uttalelse fra ESA,¹⁰¹ det siste formelle skrittet før det kan tas ut søksmål for traktatbrudd ved EFTA-domstolen.¹⁰² Etter ESAs oppfatning var kravet om norsk statsborgerskap i strid med EØS-avtalens regler om fri bevegelse for arbeidskraft. I korrespondansen med ESA gjorde Norge blant annet gjeldende at mannskapsreglene må ses som en del av fiskeripolitikken, som faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.¹⁰³ ESA delte ikke dette synet. Norge hevdet også at reglene var begrunnet i hensynet til å opprettholde bosetning og arbeidsplasser i kystdistriktene og å sikre at beskatningen av ressursene i havet fortsatt kommer kystbefolkningen til gode. Til dette repliserte ESA at disse hensynene, «as laudable as they may be», ikke kunne begrunne nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Som en konsekvens av dette ble kravene endret slik at det var bosted, ikke nasjonalitet som var avgjørende. Etter dette lukket ESA saken, med følgende begrunnelse:

«Whereas the examination by the Authority of the amendments adopted in Section 3(2) of the Fisheries Act and of the arguments put forward by the Norwegian Government leads to the conclusion that the case is not to be pursued further,

Whereas there are, therefore, no grounds for pursuing this case further»¹⁰⁴

Den løsningen som ble valgt var inspirert av engelske regler om adgangen til å fiske på britiske kvoter. Disse reglene ble vurdert av EU-domstolen i sak C-216/87 Jaderow, og EU domstolen fant her at EU-retten slik den da sto

⁹⁸ Se eksempelvis direktiv 2014/24/EU art. 67 og direktiv 2014/23/EU art. 41.

⁹⁹ Lov 17. juni nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann.

¹⁰⁰ Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst.

¹⁰¹ Case No 2229, Dec. No. 66/04/COL.

¹⁰² Jf Avtale mellom EFTA-statene om et Overvåkingsorgan og en Domstol 2. mai 1992 (ODA) art. 31, og nærmere Hammersvik i Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten» (2022) kap. 22.

¹⁰³ Korrespondansen med ESA er tatt inn som vedlegg til Ot.prp. nr. 99 (2005-2006)

¹⁰⁴ Case 2229, Dec. No 56/07/COL, s. 4.

«(1) does not preclude a Member State, in authorizing one of its vessels to fish against national quotas, from laying down conditions designed to ensure that the vessel has a real economic link with that State if that link concerns only the relations between that vessel's fishing operations and the populations dependent on fisheries and related industries;

(2) does not preclude a Member State, in authorizing one of its vessels to fish against national quotas, from laying down the condition, in order to ensure that there is a real economic link as defined above, that the vessel is to operate from national ports, if that condition does not involve an obligation for the vessel to depart from a national port on all its fishing trips;

(3) does not preclude a Member State, in authorizing one of its vessels to fish against national quotas, from taking the position that the fact of the vessel's operation from national ports may be proved by the landing of a proportion of its catches, or its periodic presence, in national ports;

(4) does not preclude a Member State from accepting, as evidence of compliance with the condition that the vessel must operate from national ports, only the landing of a specified proportion of the vessel's catches or a specified periodic presence of the vessel in national ports, provided that the frequency with which the vessel is required to be present in those ports does not impose, directly or indirectly, an obligation to land the vessel's catches in national ports or hinder normal fishing operations;

(5) does not preclude legislation or a practice of a Member State whereby a new condition not previously stipulated is laid down for the grant of licences to fish against national quotas.»¹⁰⁵

I skriftvekslingen med ESA fremholdt Norge at EØS-avtalen ikke kunne være til hinder for at EFTA-stater treffer tiltak på det fiskeripolitiske området som er akseptert etter EU-retten. Det er ikke vanskelig å være enig i dette, og ESAs beslutning om å lukke saken kan ses som et uttrykk for at også ESA vurderte det slik.

Spørsmålet etter dette blir om man kan anlegge tilsvarende synspunkter der det ikke dreier seg om fiske, men akvakultur, og kreve «a real economic link» til befolkning og virksomhet som er basert på virksomheten. Et trekk ved EU-domstolens begrunnelse i sak C-216/87 Jaderow som er av interesse i denne sammenheng, er at den er orientert mot status quo, jf.

«the aim of the quotas is to assure to each Member State a share of the Community's total allowable catch, determined essentially on the basis of the catches from which traditional fishing activities, the local populations dependent on fisheries and related industries of that Member State benefited before the quota system was established.»¹⁰⁶

I forlengelsen av dette fant EU-domstolen at formålet med kvoteordningene

«may in fact justify conditions designed to ensure that there is a real economic link between the vessel and the Member State in question if the purpose of such conditions is that the populations dependent on fisheries and related industries should benefit from the quotas. On the other hand, any requirement of an economic link which exceeds those limits cannot be justified by the system of national quotas.»¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sak C-216/87 Jaderow, domsslutningen.

¹⁰⁶ Sak C-216/87 Jaderow avsnitt 23.

¹⁰⁷ Sak C-216/87 Jaderow avsnitt 26.

Det kan hevdes dette slår annerledes ut der det dreier seg om etablering av en relativt ny virksomhet som akvakultur, ikke omlegging av reguleringen av en tradisjonell virksomhet fiskeri.

Her som ellers må det imidlertid skilles mellom tilknytningskriterier som gjelder forhold regulert av EØS-retten og kriterier som ikke er det. Etter vår mening vil for eksempel så vel bestemmende lokalt som nasjonalt eierskap være et tildelingskriterium som lar seg forene med EØS-retten. Det dreier seg om kriterier for tilgang til en virksomhet som ikke omfattes av EØS-avtalens saklige virkeområde, og som heller ikke legger føringer på konsesjonssøkers opptreden i markedet.¹⁰⁸ Det samme gjelder bruk av eksisterende akvakulturvirksomhet som tilknytningskriterium.

Der kravene om lokal tilknytning utformes slik at de har betydning for EØS-markedets funksjon, kan det være mer åpent hvor langt argumenter inspirert av EU-domstolens avgjørelse i C-216/87 Jaderow rekker. De EØS-rettslige vurderingene vil imidlertid være de samme uavhengig av om kravet kommer til uttrykk som tildelings- eller fordelingskriterium, eller som vilkår knyttet til tillatelsen. Det enkelte tilknytningskriterium vil måtte vurderes konkret, og siden vurderingene vil være de samme der det dreier seg om vilkår motivert av å skape tilknytning, drøfter vi dette samlet i 6 nedenfor.

6 EØS-retten og vilkårsbruk

6.1 Pediceldoktrinen én gang til

6.1.1 Innledning

Vilkår knyttet til den enkelte akvakulturtillatelse så vel som generelle krav til virksomheten som fremgår av lov- og forskriftsverk kan ha betydning for hvordan den enkelte oppdretter opptrer i markedet for varer, tjenester og arbeidskraft til virksomheten, hvordan selve akvakulturproduksjonen skjer og for hvordan vedkommende disponerer over slaktet fisk.

Ved vurderingen av EØS-avtalens betydning i denne sammenhengen, må det for det første undersøkes om det er bestemmelser i avtalen som uttrykkelig gjelder det aktuelle forholdet, jf. for så vidt forbeholdet «med mindre annet er særskilt angitt» i EØS-avtalen art. 8 nr. 3. Nærliggende eksempler på slike bestemmelser er EØS-avtalen art. 20, som viser til protokoll 9, og avtalens vedlegg I om veterinære og plantesanitære forhold. Der EØS-avtalen ikke har slike bestemmelser, blir vurderingstemaet om det aktuelle vilkåret eller kravet gjelder forhold som er «uatskillelig knyttet til» akvakulturprodukter. Der det dreier seg om vilkår eller krav der svaret på dette spørsmålet er nei, må de aktuelle vilkårene og kravene tilfredsstillende EØS-rettens krav, selv om akvakulturvirksomhet i utgangspunktet faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde

I det følgende gir vi en oversikt over hvilke implikasjoner dette har der vilkår eller krav gjelder innsatsfaktorene varer, tjenester og arbeidskraft.

¹⁰⁸ Om man kan operere med et kriterium som krever 100 % lokalt, eventuelt nasjonalt, eierskap, kan likevel være tvilsomt fordi et slikt krav kan være en hindring for fri bevegelighet for kapital. Investeringer som ikke gir bestemmende innflytelse investeringsobjektet, kan kanskje hevdes ikke å være «uatskillelig knyttet til» den virksomheten investeringsobjektet driver.

6.1.2 Varer

Vilkår og krav som har betydning for akvakulturforetakenes kjøp av varer som ikke omfattes av EØS-avtalen,¹⁰⁹ legger EØS-avtalen ingen føringer på utformingen av. Dette gjelder selv om man skulle mene at akvakulturvirksomhet er omfattet av EØS-avtalen.

Der vilkår og krav legger føringer på akvakulturforetakenes kjøp av varer som er omfattet av avtalen, tilsier EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-8/19 Scanteam at det er uten betydning at varene er innsatsfaktorer i en virksomhet som ikke omfattes av avtalen. EFTA-domstolen fant her, i relasjon til reglene om offentlige anskaffelser, at en

*«anskaffelse [er] underlagt EØS-retten når den har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, som når den kan ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer».*¹¹⁰

Saken gjaldt en anskaffelse foretatt av den norske ambassaden i Luanda av konsulenttjenester til administrering og gjennomføring av et menneskerettighetsprosjekt i Angola. EFTA-domstolen overlot det til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, som var det organet som hadde bedt om tolkningsuttalelsen, å avgjøre om tilknytningen var tilstrekkelig nær. Klagenemnda fant at det var den.¹¹¹

Dette innebærer at der det dreier seg om kjøp av varer omfattet av EØS-avtalen, kommer EØS-retten inn med full tyngde. EØS-avtalen art. 11 forbyr kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning som slike restriksjoner. Forbudet favner vidt, men er ikke absolutt. Hindringer for varebevegelsene mellom EØS-landene som er nødvendige for å ivareta ikke-økonomiske hensyn rammes ikke.¹¹²

Akvakulturproduktene skal videreføres etter at de er tatt opp av sjøen. Siden det er tale om varer som EØS-avtalens regler om fri bevegelse ikke kommer til anvendelse på, er EØS-avtalens forbud mot tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative eksportrestriksjoner, EØS-avtalen art. 12, ikke til hinder for å kreve at bearbeiding skal skje lokalt, eventuelt nasjonalt.

6.1.3 Tjenester

En rekke aktører bistår på ulike måter akvakulturforetakene med tjenester. Nærliggende eksempler er brønnbåttjenester, dykkertjenester og slakteritjenester. For så vidt gjelder krav til det utstyret som benyttes, vil dette være krav som må vurderes i forhold til varereglene, og EØS-retten kommer her inn med full tyngde. Gjelder det derimot vilkår og krav som har betydning for hvilke tjenesteleverandører akvakulturforetakene kan benytte seg av, blir vurderingstemaet om den aktuelle tjenesten er uatskillelig knyttet til fremstillingen av akvakulturprodukter, jf. drøftelsene i avsnitt 3 foran. Denne vurderingen kan i enkelte tilfeller by på utfordringer, men vi antar brønnbåttjenester er uatskillelig knyttet til fremstillingen av akvakulturprodukter, mens det nok kan være mer tvilsomt om dykkertjenester er det. Siden vurderingene må foretas konkret i relasjon til den tjeneste det er tale om, ser vi ikke grunn til å gå nærmere inn på dette her.

¹⁰⁹ Jf. EØS-avtalen art. 8 nr. 2 og 3.

¹¹⁰ Sak e-8/19 Scanteam, avsnitt 69.

¹¹¹ Se KOFAs avgjørelse i sak 2018/157 Utenriksdepartementet. Utenriksdepartementet angrep KOFAs avgjørelse, og anførte unnskyldelig rettsvillfarelse. Anførselen førte ikke frem, jf TOSL-2020-185751.

¹¹² Se nærmere Rognstad i Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten» Oslo 2022 kap. 8.

6.1.4 Arbeidskraft

Både Industrikonsesjonsloven av 1917 og petroleumslovverket av 1985 stilte frem til 1994 krav om bruk av norsk arbeidskraft.¹¹³ Slike krav er hindringer for fri bevegelighet for arbeidstakere EØS-avtalen i utgangspunktet forbyr, jf. EØS-avtalen art. 28.¹¹⁴ Hvorvidt EØS-avtalen er til hinder for at det stilles slike krav innenfor sektorer som fremstiller varer som ikke er omfattet av EØS-avtalen, er et mer åpent spørsmål, men drøftelsene i avsnitt 5.3.2 viser at nasjonalitetskrav vanskelig lar seg forene med EØS-retten, mens bosettingskrav lettere kan forsvares.

7 Særlig om tillatelser til særskilte formål

Laksetildelingsforskriften kapittel 6 omhandler akvakulturtillatelser til nærmere angitte særlige formål.¹¹⁵ Felles for disse tillatelsene er at det ikke er oppdrettsvirksomhet som er det primære formålet med aktiviteten, men virksomhet med utgangspunkt i denne. De aktuelle aktivitetene kan, bortsett fra akvakultur av stamfisk, best karakteriseres som tjenester uatskillelig knyttet til oppdrettsvirksomhet. EØS-avtalen kommer dermed ikke til anvendelse på tildelingsregimet for slike tillatelser. Legger man til grunn at akvakultur til særskilte formål er omfattet av EØS-avtalen, vil tjenestedirektivet og den alminnelige EØS-retten reise de samme spørsmålene som dem andre akvakulturtillatelser gjør.

8 Ekspropriasjonsvernet etter Grl. § 105

8.1 Innledning

Kjernen i Grl. § 105 er beskyttelse mot ekspropriasjon eller konfiskasjon, altså at noen må overgi sin eiendom til det offentlige uten å få erstatning. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

Om en tidsbegrensning av eksisterende tillatelser må anses som ekspropriasjon reiser to mer konkrete problemstillinger som skal drøftes i det følgende: for det første om tillatelsene utgjør «eiendom» i Grl. § 105s forstand, og for det andre om en tidsbegrensning av dem medfører at oppdretterne «må avgi» eiendom.

8.2 Utgjør tillatelsene «eiendom»?

Grl. § 105 beskytter «rørlig eller urørlig eiendom». I dette ligger at både eiendomsrett til grunn og andre former for eiendomsrett til bestemte formuesgoder er beskyttet. Med eiendom må i utgangspunktet forstås «tinglige» rettigheter. Dette er ikke bare begrepsmessig, men også prinsipielt begrunnet. Grunnleggende er det de samme aspekter av en rettighet som gjør at den fortjener å karakteriseres som tinglig, altså at det foreligger en eksklusiv og mot allmennheten beskyttet rådighet over et bestemt formuesgode, som også tilsier at rettigheten bør være beskyttet mot

¹¹³ Se lov 14. desember 1917 nr. 16 §§ 2 nr. 4 og 13 nr. 4, og forskrift 14. juni 1985 til lov om petroleumsvirksomhet § 40.

¹¹⁴ For en generell fremstilling av disse reglene, se Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten» (Oslo 2022) kap. 11.

¹¹⁵ Jf. oppregningen i laksetildelingsforskriften § 6-1.

ekspropriasjon. I ekspropriasjonsbeskyttelsen ligger jo nettopp en beskyttelse mot allmennheten, i det at fellesskapet, det offentlige, ikke kan tilegne seg rettigheten uten at det svares erstatning.

Utgangspunktet må være at rettsposisjoner under offentlige tillatelser ikke per se gir en «tinglig» rett som kan anses som eiendom. Dette er klart lagt til grunn i både eldre og nyere høyesterettspraksis.¹¹⁶ Imidlertid gir ikke dette mer enn et utgangspunkt. Det er flere eksempler særlig i eldre rettspraksis på at konsesjoner og tillatelser *har* blitt ansett omfattet av ekspropriasjonsvernet. Flere av disse dommene har riktignok i dag primært rettshistorisk interesse, men de illustrerer at offentlige tillatelser som gir tilsagn om bestemte rettigheter og/eller kan omsettes, enten alene eller i tilknytning til bestemte virksomheter og fast eiendom, derigjennom også kan anta en karakter av formuesgoder med selvstendig ekspropriasjonsvern.¹¹⁷

Både investeringer i anlegg og infrastruktur som gjøres i tillit til en konsesjon/tillatelse og det forhold at den kan overdras vil følgelig kunne bidra til at tillatelsen får mer av en eiendoms karakter. Spørsmålet er dermed om det er slike særlige forhold ved akvakulturtillatelsene som tilsier et de er eiendom i Grl. § 105s forstand.

Ingunn Myklebust legger i sin doktoravhandling til grunn at innføringen av fri adgang til overdragelse og pantsettelse nettopp medførte at «oppdrettskonsesjoner» fikk en «mer varig karakter», og at «konsesjonen» må forstås slik at den gir en «varig rett til å utnytte lokaliteten.»¹¹⁸ Videre fremholder hun at det må «leggjast til grunn at tilbaketrekking av ein konsesjon utover dei reglane som er gitt akvakulturlova § 9, normalt berre kan skje gjennom ekspropriasjon og mot erstatning, jf. Grl. § 105 og EMK P1-1.»¹¹⁹

Som vi tidligere har vært inne på gir særlig lokalitetstillatelsen visse rettigheter knyttet til bestemte lokaliteter, og et særskilt grunnlag for innrettelse på lokaliteten i form av investeringer i anlegg og annen infrastruktur. Det går også an å hevde at oppdretterne gjennom lokalitetstillatelsen får noe som ligner på eksklusive rettigheter til lokaliteten, om ikke i prinsippet så antagelig i praksis, jf. det som er sagt over i pkt. 2.6. Kombinert med den frie adgangen til å overdra og pantsette tillatelsen går det følgelig an å hevde at rettighetene som bygger på den reelt sett har fått visse likheter med en eiendomsrett. Bruksrettighetene oppdretteren tilstår over det aktuelle sjøområdet kan etter omstendighetene sammenlignes med en eksklusiv bruksrett over eiendom, noe som kunne hevdes å gi den et sterkere element av tinglig rett enn vanlige offentlige tillatelser og tilsagn.

Slike hensyn gjør seg i mindre grad gjeldende for selskapstillatelsene. Selv om de også gir grunnlag for innrettelse er de ikke i samme grad knyttet til en bestemt lokalitet, og innrettelsen vil dermed ikke i samme grad konkretiseres opp mot bestemte lokaliteter eller anlegg. Hensett til all den fleksibilitet som knytter seg til utnyttelsen av dem vil betydningen av selskapstillatelsene langt på vei være at de utgjør et samlet tilsagn om tillatt produksjonsvolum, som kan spres utover alle de ulike lokalitetene man disponerer i det eller de aktuelle produksjonsområdene. Dersom en oppdretter sitter på produksjonskapasitet lokalt som ikke kan utnyttes på grunn av produksjonsgrensen som følger av tildelte selskapstillatelser man disponerer, betyr ikke det at investeringer i anlegg og infrastruktur er tapt. Det vil i noen grad også være mulig å få tildelt ytterligere produksjonskapasitet gjennom nye selskapstillatelser eller justering av eksisterende tillatelser. Dersom selskapstillatelsene

¹¹⁶ Se for eksempel Rt. 2008 s. 1747, Rt. 1936 s. 430 og Rt. 1922 s. 624

¹¹⁷ Se for eksempel de to dommene om «apotekerprivilegiene» i Rt. 1917 s. 392 og Rt. 1917 s. 402 og for nærmere diskusjon med ytterligere henvisninger, Alvik, 'Grl. § 105' i Mestad og Michalsen, *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget 2021, s. 1178-1202, på s. 1187 flg.

¹¹⁸ Myklebust (2010) s. 165.

¹¹⁹ Ibid. s. 167.

tidsbegrenses, vil det antagelig også føre til større tilbud av tilgjengelig kapasitet for nytildeling og utnyttelse på eksisterende lokaliteter.

Men også med hensyn til lokalitetstillatelsene er det etter vårt syn tvilsomt hvor mye av en «varig» og eksklusiv eller eiendomsartet tilknytning til lokaliteten de kan anses å gi. Som allerede nevnt er det klart fremholdt i forarbeidene at tillatelsen ikke gir eller forutsetter noen eiendomsrett til lokaliteten, og at det er «innholdet i tillatelsen med de til enhver tid gjeldende bestemmelser gitt i eller i medhold av lovverket som er det juridiske grunnlaget for driften.» Og videre fremholdes at tillatelsen «således i sin helhet [er] gjenstand for skiftende reguleringer og ikke en rettighet som er unntatt fra videre regulering etter tildelingen.»¹²⁰ Også virksomhetens avhengighet av tillatelser etter annet regelverk og kompleksiteten av de ulike hensyn disse skal ivareta, gjør at selve retten til utnyttelse av lokaliteten får en mer betinget karakter enn det som ellers er tilfellet ved opparbeidelse av bygninger og anlegg på fast eiendom i medhold av byggetillatelse mv.

Alt dette tilsier at de rettsposisjonene som bygger på eksisterende akvakultur tillatelser, hva enten det er tale om en samlet akvakultur tillatelse eller den mer komplekse vedtaksstrukturen knyttet til laks- og ørretoppdrett, ikke er noe oppdretterne kan anses å ha eiendomsrett til i Grl. § 105s forstand.

At tillatelsene er grunnlag for investeringer og innrettelse, og at de fritt kan overdras og pantsettes gjør imidlertid at tillatelsene som sådan får karakter av definerte formuesgoder. Det må være rimelig klart at tillatelsene i denne egenskapen både kan eksproprieres og vil ha en viss beskyttelse mot ekspropriasjon, jf. i denne sammenheng Castberg:

«Også aksjer og fordringsrettigheter kan eksproprieres. *Det samme gjelder rettigheter som er gitt ved konsesjon (...)* Enhver formuerettighet må nemlig i henhold til lov kunne kreves avstått eller utslettet mot erstatning for den økonomiske verdi rettigheten har»¹²¹

Etter vårt syn må det imidlertid i denne sammenheng skilles mellom tillatelsene som sådan og de rettighetene eller rettsposisjonene de gir grunnlag for til enhver tid. Utgangspunktet må være at ekspropriasjonsvernet kun gjelder tillatelsene som sådan i deres egenskap av definerte og vedvarende formuesgoder. Man kan se det slik at konsesjonærene har eiendomsretten til tillatelsene, men ikke til objektet for dem, altså lokaliteten eller virksomheten som de gir tillatelse til. Man kan for så vidt trekke en analogi til en fordring på penger, som selv om den er en obligatorisk rett også har aspekter av tinglig rett som vil være beskyttet mot ekspropriasjon. Kreditors «eiendomsrett» eller «tinglige rett» strekker seg imidlertid ikke lenger enn fordringen selv. Den gir ham ingen eiendomsrett over objektet for fordringen, altså debitor eller debtors penger. Overført til akvakultur tillatelsene blir utgangspunktet at tillatelsene, selv om oppdretterne klart nok vil ha eiendomsretten til selve fisken som oppdrettes til enhver tid, ikke gir noen form for selvstendig eiendomsrett til lokalitetene som de omfatter eller til en gitt produksjon uavhengig av det som følger av tillatelsen selv til enhver tid.

Rt. 1955 s. 571 (Tercero-dommen) er illustrerende og gir etter vårt syn holdepunkter for hva som fortsatt må være et utgangspunkt for rekkevidden av ekspropriasjonsvernet i slike tilfeller. Dommen gjaldt en kontrakt, men synspunktene må også ha overføringsverdi til konsesjoner. Høyesterett kom i dommen til at befrakteren under et certeparti ikke kunne kreve ekspropriasjonserstatning for bortfall av certepartiet da skipet ble rekvirert til Nortraship under andre verdenskrig. Byretten, som Høyesterett i det vesentlige sluttet seg til, begrunnet dette som følger:

¹²⁰ Ot.prp.nr.61 (2004–2005) s. 68.

¹²¹ Castberg, *Norges statsforfatning II*, Universitetsforlaget 3. utg. 1964, s. 242 (vår utheving).

«I og med at befrakterens rett etter et tidscerteparti må antas å være av obligatorisk karakter, må det etter norsk rett formentlig gjelde at en eksproprietant som tilegner seg bruksretten til vedkommende fartøy, ikke plikter å betale erstatning til tidsbefrakteren, – hvis da ikke eksproprietanten direkte tilegner seg den obligatoriske rett ifølge tidscertepartiet.»¹²²

Også Høyesterett fremholdt som et avgjørende utgangspunkt at rekvisisjonen ikke «eksproprieterte befrakterens rett. Det som ble rekvisisjonert var bruksretten til skipet (...)»¹²³

Overført på eksisterende akvakulturtillatelse tilsier dette at ekspropriasjonsvernet ikke rekker lenger enn til tilfeller der det er tillatelsene i seg selv som er objektet for en statlig tilegnelse eller overføring til noen andre. Inngrep i innholdet av tillatelsene vil derimot som utgangspunkt ikke utgjøre ekspropriasjon (men kan fortsatt reise spørsmål om tilbakevirkning etter Grl. § 97 eller om det foreligger et uforholdsmessig inngrep i henhold til EMK P1-1, som vi kommer tilbake til nedenfor).

8.3 Innebærer tidsbegrensning at oppdretterne «må avgi» eiendom?

Spørsmålet i forlengelsen av det som er drøftet over er om innføring av en tidsbegrensning må likestilles med at oppdretterne må avgi hele eller deler av de eksisterende tillatelsene.

Et grunnleggende utgangspunkt er at det må skilles mellom rådhetsinnskrenkninger og ekspropriasjon. Høyesterett har lagt til grunn at selv svært omfattende rådhetsinngrep ikke gir krav på erstatning.¹²⁴ Her går det en grense ved inngrep «hvor det utfra en helhetsvurdering fremstår som sterkt urimelig om det skal tåles.»¹²⁵ Utgangspunktet er videre at ekspropriasjon normalt bare foreligger der det skjer en *tilegnelse*, altså en overføring av selve eiendomsretten eller deler av den, til det offentlige eller noen andre, jf. Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern terrasse):

«Helt siden dommen i konsesjonslovsaken i Rt. 1918 I side 403 (Rt-1918-403) har Høyesterett bygget på at dersom det, som uttalt av assessor Siewers i Rt-1914-177 på side 205, skjer «en avstaaelse fra eierens side og fra statens side en tilegnelse, som helt eller delvis overfører eiendomsraadigheten til staten eller andre til dens videre utnyttelse i samme eller andet øiemed», følger det av § 105 at det må betales full erstatning. Omvendt foreligger det en rådhetsinnskrenkning når «der ikke er tale om en avstaaelse og tilegnelse, men om saadanne bestemmelser, som av almene hensyn, i samfundets interesse sigter til at regulere eiendomsraadigheten, uten at der sker nogen overførelse til andre.»¹²⁶

Samtidig er det også et utgangspunkt at ikke bare hel, men også delvis avståelse av eksisterende eiendomsrettigheter vil måtte anses som ekspropriasjon. En regulering som lar eiendomsretten forbli hos eieren, men enten tar en definert del av eiendommen, eller overfører et vesentlig element av selve eierrådigheten til staten eller noen andre, vil kunne anses som ekspropriasjon, jf. Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratiseringssaken).

Spørsmålet er følgelig om innføring av en tidsbegrensning må ses som en regulering av innholdet i eksisterende akvakulturtillatelse eller som en tilegnelse eller overføring av selve tillatelsene eller deler av dem til staten eller noen andre.

Hvis utgangspunktet er at tillatelsene er varige, kunne man hevde at en tidsbegrensning innebærer et avståelselement, enten i den forstand at oppdretteren må avgi tillatelsen om et gitt antall år, eller

¹²² Rt. 1955 s. 571 på s. 578 (vår utheving).

¹²³ Ibid. s. 572.

¹²⁴ Se nærmere og med ytterligere referanser, Ivar Alvik, 'Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1' TFR (2021) nr.2-3 s. 97-164 på s. 133.

¹²⁵ Rt. 2005 s. 469, avsnitt 29.

¹²⁶ Rt. 2007 s. 1281, avsnitt 88.

at oppdretteren allerede fra tidsbegrensningen innføres må avgi en definert del av tillatelsen – retten til å drive virksomheten uten tidsbegrensning. Her kan det tas utgangspunkt i at innføring av en tidsbegrensning på eksisterende eiendomsrettigheter til grunn, eller på eiendomsretten til bestemte anlegg eller infrastruktur som benyttes i en virksomhet, nokså klart vil utgjøre ekspropriasjon. Dersom staten for eksempel gjennom lov bestemmer at alle gårdsbruk i Norge skal falle tilbake til staten etter et bestemt antall år, eller at det innføres hjemfallsrett til staten for private skogeiendommer, vil det åpenbart utgjøre ekspropriasjon, nesten uavhengig av hvor lang tidsbegrensningen som innføres er.

Tilsvarende må det nok legges til grunn at en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser som også pålegger konsesjonæren å overføre eiendomsretten til eksisterende produksjon, anlegg og infrastruktur på lokaliteten til staten eller noen andre når tillatelsen opphører, vil utgjøre ekspropriasjon. Her er utgangspunktet som allerede nevnt at oppdretterne har eiendomsrett både til fisken som oppdrettes og akvakulturanlegg med utstyr.

Det må likevel etter vårt syn anses klart at et slikt synspunkt ikke kan overføres til det nærmere innholdet av de rettsposisjonene som følger av tillatelsene.

Slik vi allerede har vært inne på over kan ikke tillatelsene i denne sammenheng likestilles med «vanlige» eiendomsrettigheter. Utgangspunktet må være at det er tillatelsene som sådan, og ikke objektet for dem som nyter ekspropriasjonsvern.

Hvilke forventninger konsesjonærene kan ha om varighet, er et spørsmål om hvilke rettigheter som følger av tillatelsene, altså om tillatelsenes innhold. Hvor sterke og velbegrunnede forventninger tillatelsene i denne henseende faktisk gir grunnlag for med hensyn til varighet er et eget spørsmål som vi kommer tilbake til nedenfor. Men også under forutsetning av at en tidsbegrensning rent faktisk innskrenker tillatelsene, og således angriper selve innholdet i eller rekkevidden av dem, må det være klart at dette ikke medfører avgivelse av eiendom i Grl. § 105s forstand.

At slike rettighetsinngrep ikke kan anses som ekspropriasjon følger av klar og konsekvent høyesterettspraksis som har lagt til grunn at inngrep som innskrenker rettigheter som bygger på kontrakt eller konsesjoner og andre offentlige tillatelser og tilsagn vurderes under Grl. § 97:

I Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim) var det anført at retten til tilleggspensjonen var opptjent gjennom innbetaling til folketrygden, og dermed hadde fått karakter av eiendom som var beskyttet etter § 105. Høyesterett avviste imidlertid at dette ga grunnlag for noe vern utover det som fulgte av § 97.¹²⁷ Sagt på en annen måte: i hvilken utstrekning innholdet av pensjonsrettighetene hadde grunnlovsværn var et spørsmål som måtte vurderes under den relative avveiningsnormen etter Grl. § 97 istedenfor det absolutte avståelsesvernet etter Grl. § 105.

Et klart utslag av samme betraktninger som går enda lenger (og kanskje for langt i lys av den senere Lindheim-dommen fra EMD) gir Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern terrasse). Her var spørsmålet om innføring av en rett for festere under tidsbegrensete tomtefesteavtaler til å kreve forlengelse av avtalen medførte overføring av eierrådighet fra bortfester/eier til fester. Siden eier/bortfester kun hadde gått med på en tidsbegrenset festerett og lovgivningen gjorde denne evigvarende var det mye som talte for at lovgivningen nettopp beslagla eierens gjenværende råderett over sin eiendom fra utløpet av festeavtalen og overførte denne til festerne. Høyesterett kom imidlertid til at lovgivningen her grep inn i et eksisterende kontraktsforhold, noe som tilsa at spørsmålet måtte vurderes under Grl. § 97 *selv om* det forelå en overføring av eierrådighet:

¹²⁷ På s. 1448, jf. også mindretallet dommer Backer på s. 1455.

«Selv om tomtfesteloven § 33 medfører overføring av eiendomsrådighet, finner jeg det likevel klart at grunnlovsmessigheten av retten til forlengelse på uendrete vilkår må vurderes etter Grunnloven § 97 og ikke etter § 105. Slik har også lovgiver sett det, jf. Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 55 som er sitert foran, og hvor det forutsettes at grunnlovsmessigheten må avgjøres etter § 97. I denne sammenheng er det sentralt at reglene om forlengelse griper regulerende inn i en situasjon som partene selv har skapt ved festeavtalen. Avtalen gjør det nødvendig at festerne får ha sine bygg på tomten i svært lang tid etter at den avtalte festetiden er utløpt. Det er en regulering – med tilbakevirkning – direkte knyttet opp til avtalen, eller rettere sagt til begrensningene i den, som lovbestemmelsen gir. En slik etterfølgende regulering, knyttet opp til et kontraktsforhold mellom partene, har i vår rettstradisjon vært vurdert ut fra Grunnloven § 97, og ikke ut fra § 105. Det gjelder også om reguleringen har medført en overføring av rettigheter og plikter partene imellom. Synsvinkelen må også kunne anvendes i et tilfelle som det foreliggende selv om inngrepet i avtalen innebærer en overføring av rådighet.»¹²⁸

Dommen går som nevnt langt, kanskje for langt, og det er etter vårt syn ikke sikkert at den ville vært opprettholdt i dag i lys av den senere Lindheim-dommen fra EMD, som gjaldt samme sak og der Norge ble dømt.¹²⁹ Innvendingen man kan ha mot dommen er imidlertid at den tillot *utvidelse* av eksisterende kontraktsrettigheter inn i eller på bekostning av eierens eiendomsrett, i det at den reelt grep inn i og overførte eierrådighet fra bortfester til fester. Det forelå således udiskutabelt en avgivelse av eiendomsrett, som Høyesterett likevel anså burde vurderes under den mer sammensatte avveiningsnormen etter Grl. § 97.

I Rt. 2013 s. 1345 (Strukturvote) var derimot problemstillingen ganske sammenlignbar med situasjonen som vurderes her. Saken gjaldt innføring av en tidsbegrensning på 25 år for tildelte strukturvoter for havfiske som opprinnelig var tildelt uten tidsbegrensning. Riktignok er nok ikke strukturvotene innenfor havfiske som rettighet å betrakte helt sammenlignbare med akvakulturtillatelsene. Men saken er relevant fordi det var tale om tidsbegrensning av en særskilt rettsposisjon basert på offentlig tillatelse/tilsagn som opprinnelig var tidsbegrenset. Også mindretallet forutsatte uttrykkelig at den etterfølgende reguleringen ikke medførte at rederiet måtte avgi eiendomsrett,¹³⁰ og anså grunnlovsmessigheten som et spørsmål om forholdsmessigheten av inngrepet. Både flertallet og mindretallet anvendte altså den sammensatte og relative avveiningsnormen etter Grl. § 97, i motsetning til den mer absolutte avståelsesnormen som følger av Grl. § 105.

Tendensen i rettspraksis til å vurdere innskrenkning av rettigheter som bygger på konsesjon, tilsagn eller kontrakt under Grl. § 97 og ikke Grl. § 105, må følgelig anses som et utslag av at innholdet i slike rettigheter som utgangspunkt ikke har ekspropriasjonsrettslig vern.

Etter vårt syn må det i lys av det som er sagt over anses klart at en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser ikke medfører at oppdretterne må «avgi» eiendom i Grl. § 105s forstand. Dette må gjelde både samlede akvakulturtillatelser som regulerer både lokalitet og omfang i samme tillatelse, og de atskilte lokalitets- og selskapstillatelsene for laks- og ørretoppdrett.

¹²⁸ Rt. 2007 s. 1281, avsnitt 90.

¹²⁹ *Lindheim and others v. Norway*, App no. 13221/08 og 2139/10.

¹³⁰ Jf. særlig annenvoterende dommer Normanns uttalelse i avsnitt 178: «Sentralt i denne sammenheng er at det ikke er tale om å gi en bestemt gruppe eiendomsrett til fiskeressursene i den forstand at de har et evigvarende krav på å få fiske bestemte kvoter uavhengig av hvilken ordning som gjelder for tillatelsen til å fiske.»

8.4 Konklusjon og avsluttende betraktninger

Eksisterende akvakulturtillatelser vil etter vårt syn ha et visst ekspropriasjonsvern i deres egenskap av overførbare formuesgoder. Dette betyr likevel ikke at tillatelsene kan anses å gi noen form for eiendomsrett til lokalitetene de gjelder, eller til en bestemt fremtidig produksjon/virksomhet.

De konkrete interesser, forventninger og rettsposisjoner som bygger på tillatelsene er således i liten grad ekspropriasjonsrettslig beskyttet. Man kan se det slik at rettighetene som skall eller «innbegrep» har en viss ekspropriasjonsrettslige beskyttelse, men ikke det nærmere innholdet av dem.

Investeringer i anlegg og infrastruktur under tillatelsene vil derimot utgjøre eiendom som nyter beskyttelse mot ekspropriasjon. Dersom det innføres en tidsbegrensning som kombineres med at anlegg og infrastruktur tilknyttet lokaliteten skal overføres til staten eller noen andre, vil dette normalt måtte anses som ekspropriasjon. I så fall følger det av Grl. § 105 at eieren/konsesjonæren skal ha erstatning for verdien av anleggene som overføres.

Man kan nok også tenke seg ekspropriasjonsvernet aktualisert dersom alle eksisterende akvakulturtillatelser ble tilbakekalt for å utdeles på nytt, eller dersom det ble innført tidsbegrensninger som kun rammer noen oppdrettere. Etter vårt syn er det likevel mer nærliggende å drøfte også dette opp mot Grl. § 97, og vi går derfor ikke videre inn på det her.

9 Vernet mot tilbakevirkning etter Grl. § 97

9.1 Innledning

Spørsmålet som skal drøftes her er om innføring av en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser vil utgjøre grunnlovsstridig tilbakevirkning i henhold til Grl. § 97.

Grl. § 97 har følgende ordlyd:

«Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.»

Med tilbakevirkning menes litt enkelt sagt at en lov tillegger en bestemt handling eller begivenhet rettsvirkninger som den ikke hadde på tidspunktet da den ble begått eller inntraff.

Slik Høyesterett har fortolket bestemmelsen er tilbakevirkningsforbudet nær absolutt for strafflegging av eldre handlinger, mens adgangen til å gripe inn i og regulere økonomiske rettsposisjoner avhenger av en avveining av behovet for reguleringen sett opp mot graden av tilbakevirkning og hvor inngripende den virker for den som rammes. Rettstilstanden er imidlertid nokså sammensatt.

Et tradisjonelt utgangspunkt har vært å skille mellom såkalt *egentlig* og *uegentlig tilbakevirkning*, og/eller mellom regulering av eldre *handling*er og *rettigheter*. Prinsippet er egentlig at eldre *handling*er normalt ikke bør kunne reguleres i ettertid, mens eldre *rettigheter/rettsposisjoner* bør kunne reguleres med virkning for fremtiden. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt, og i praksis er det ofte vanskelig å holde utgangspunktene helt fra hverandre. Høyesterett har de senere år presisert utgangspunktene som følger:

For *regulering som knytter nye byrder til fortidige handlinger* (typisk skatt) er utgangspunktet at det foreligger grunnlovsstridig tilbakevirkning *med mindre* inngrepet er begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn». To sentrale dommer her er Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) og Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt).

Ved regulering av utøvelsen (eller utnyttelsen) av eksisterende rettigheter for fremtiden er utgangspunktet derimot at reguleringen må tåles med mindre den virker «klart urimelig eller urettferdig» for den enkeltperson som rammes. To sentrale dommer her er Rt. 1996 s. 1415 (Borthen), og den tidligere nevnte dommen i Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote). Sistnevnte dom gjaldt som nevnt innføring av en tidsbegrensning på 25 år for tidligere tidsbegrensede strukturkvoter innenfor fiske, og er følgelig sentral også for spørsmålet som drøftes her.

Mer uklart er det hvilken norm som gjelder der innholdet av konkrete og klart fastlagte, etablerte rettsposisjoner innskrenkes. Dette var det prinsipielle spørsmålet som skilte flertallet og mindretallet i strukturkvotedommen, og det er et sentralt spørsmål også i vår sammenheng. Vi kommer tilbake til dette i pkt. 9.4, mens vi i punkt 9.5 ser nærmere på de ulike momenter som vil måtte hensyntas i en forholdsmessighetsvurdering uavhengig av normvalg.

Før vi kommer dit må det imidlertid avklares om akvakulturtillatelsene overhodet etablerer rettsposisjoner som er beskyttet mot tilbakevirkning, og om en tidsbegrensning vil utgjøre en tilbakevirkning til skade eller et inngrep i disse rettsposisjonene. Dette spørsmålet drøftes nærmere i punkt 9.2 og 9.3.

Det kan også bemerkes at mange av disse spørsmålsstillingene er nokså sammenfallende med problemstillingene som reises under EMK P1-1 og som vi tilbake til under kapittel 10 nedenfor.

9.2 Utgjør akvakulturtillatelsene beskyttede rettsposisjoner?

Høyesterett har lagt til grunn at det ikke skal så mye til for at det foreligger en rettighet som i prinsippet er beskyttet mot tilbakevirkning etter Grl. § 97.

Et grunnleggende utgangspunkt følger som allerede nevnt av Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) hvor spørsmålet var om retten til grunnpensjon etter folketrygdloven etter sin art var beskyttet. Det var tale om rettigheter som ikke var mer individualiserte enn at de tillå enhver i medhold av loven, og ikke forutsatte noen personlig innsats eller innbetaling. Flertallet på 10 dommere kom likevel til at pensjonsrettighetene etter sin art var beskyttet, med følgende begrunnelse:

«Pensjonssystemet er etablert for at folk kan og skal innrette seg etter det. Det er kommet i stedet for tidligere tiders ordninger for forsorg og forsørgelse, og det har – hvilket også er tilsiktet – i atskillig utstrekning kommet i stedet for tidligere pensjons- og forsikringsordninger. Gjennom den ordning som her er bygd opp, og gjennom de forventninger som derved er skapt, er det etablert posisjoner det ikke kan stå lovgiver fritt å rokke.»¹³¹

I Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) var spørsmålet om de «strukturkvotene» rederiet var tildelt utgjorde en rettighet som i prinsippet aktualiserte beskyttelsen mot tilbakevirkning under Grl. § 97. Både flertallet og mindretallet var enige i at de tildelte strukturkvotene ga individuelle rettigheter som etter sin art var beskyttet mot tilbakevirkning. Heller ikke her var det tale om individuelle tilsagn, men rettighetene fulgte av et regelverk som var utformet på en måte som de enkelte fiskebåtredere var ment å kunne innrette seg etter. Ved å kondemnere fartøyer i henhold til regelverket fikk hver enkelt reder en rett til i en viss forstand å beholde grunnkvoten knyttet til et kondemnert fartøy gjennom å utnytte den på sine andre fartøyer i henhold til en bestemt formel, noe som utgjorde en «strukturkvote». Førstvoterende (for flertallet) uttalte følgende om beskyttelsen av strukturkvotene under Grl. § 97:

«Selv om vi i vår sak ikke har å gjøre med et konkret tilbud rettet mot den private parten, er situasjonen langt på veg den samme. For at både staten og næringen skal oppnå sine mål, er det en

¹³¹ Rt. 1996 s. 1415 (Borthen), s. 1425.

forutsetning at den private parten sørger for at fartøy tas ut av fisket. Tildelingen av strukturkvotene må her, sammen med kondemneringen og avkallet på fiskekvoter, anses som koordinerte ledd i samme tiltak. For at ordningen skal kunne fungere, må rederiene kunne innrette seg på at strukturkvoter vil bli gitt. En totalvurdering tilsier da at rederiene har etablert en rettsposisjon som kan være vernet av Grunnloven § 97.»¹³²

Som allerede nevnt over er nok ikke strukturkvotene innenfor havfiske som rettigheter å betrakte helt sammenlignbare med akvakulturtillatelsene. Det går på den ene side an å hevde at strukturkvotene har mindre preg av selvstendige rettigheter enn akvakulturtillatelsene, i det at de er knyttet til grunnkvoten for det enkelte fiskefartøy. Grunnkvoten ble ikke berørt av tidsbegrensningen av strukturkvotene, og forutsetningen var dermed at strukturkvotene ved tidsbegrensningens opphør ville bli fordelt på alle fartøyene med grunnkvote. På den annen side var nok tilsagnsaspektet knyttet til at strukturkvotene var ment å være varige sterkere enn for akvakulturtillatelsene, jf. mer om dette nedenfor. Etter vårt syn er det uansett liten grunn til å anta at akvakulturtillatelsene etter sin art og som rettsposisjoner betraktet, er noe mindre beskyttelsesverdige enn strukturkvotene innenfor havfiske. De særlige spørsmålene som knytter seg til tilsagnselementet kommer vi tilbake til nedenfor.

Uttalelser i forarbeidene til akvakulturloven kan riktignok trekke i retning av at tillatelsene ikke var ment å skulle gi beskyttede rettsposisjoner:

«Innehaver av akvakulturtillatelse er gitt en offentligrettslig tillatelse til produksjon av en bestemt art innenfor et avgrenset geografisk område – lokaliteten. Det er innholdet i tillatelsen med de til enhver tid gjeldende bestemmelser gitt i eller i medhold av lovverket som er det juridiske grunnlaget for driften. En tillatelse til akvakultur er således i sin helhet gjenstand for skiftende reguleringer og ikke en rettighet som er unntatt fra videre regulering etter tildelingen.

Adgangen til overføring og pant er en utvidelse av konsesjonærens juridiske rådighet over tillatelsen og det tilstås derfor ikke noen økt fysisk disposisjonsrett over f.eks lokaliteter i forhold til andre interesser. Konsesjonærens forføyninger over produksjonsområdet skjer videre utelukkende i medhold av offentlig tillatelse etter akvakulturloven og ikke med grunnlag i privat eiendomsrett.

Departementet vil på denne bakgrunn presisere at innføring av adgang til overføring og pant ikke innebærer noen begrensninger for myndighetenes styringsmuligheter. Innføring av adgangen medfører ingen begrensninger på myndighetenes mulighet til å trekke tilbake, eller iverksette andre reaksjoner som kan ha betydning for verdien som pante- og overføringsobjekt. Adgangen til overføring og pant er en rett som gis innehaver av tillatelse uten at det ellers kan utledes noen videre rettigheter utover dette. Den som får overført rettigheter kan ikke få overført noen større rett enn det avhender hadde på sin hånd.»¹³³

Disse uttalelsene må imidlertid leses i lys av at det som kommenteres er betydningen av at det ble innført adgang til overdragelse og pantsettelse av tillatelsene. Meningen med uttalelsene synes å være at overdragelsesadgangen ikke skulle gi noen utvidet beskyttelse sammenlignet med tidligere. Noe særlig mer enn det kan det dermed etter vårt syn heller ikke legges i uttalelsene.

I Gulating lagmannsretts dom i LG-2021-80234 (trafikklysdømmen) legges tilsynelatende til grunn at akvakulturtillatelsene ikke etablerer rettigheter som er beskyttet av Grunnloven, blant annet under henvisning til nevnte forarbeidsuttalelser og strukturkvotedømmen, jf. lagmannsrettsdommen pkt. VI:

¹³² Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote), avsnitt 78.

¹³³ jf. Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 36

Lagmannsretten legger til grunn med henvisning til Rt-2013-1345 (strukturkvotedommen) avsnitt 67 og 70, at drift med akvakultur ikke er en rettighet i vanlig forstand. Slik virksomhet er avhengig av tillatelse fra offentlig myndighet (...). I Rt-2013-1345, avsnitt 70, er det lagt til grunn at endring i regelverket om regulering av fisket ikke innebærer et inngrep i en rett som er beskyttet av Grunnloven. Lagmannsretten legger til grunn at tilsvarende må gjelde ved innføring av et regelverk som innebærer at redusert produksjonskapasitet i forhold til en gitt tillatelse innen havbruksnæringen av hensyn til miljøet. I strukturkvotedommen var det spørsmål om en forskriftsendring der tildeling av kvoter ble endret fra tidsbegrenset til tidsbegrenset var grunnlovsstridig. Høyesteretts flertall kom til at endringen av strukturvoteordningen ikke var i strid med Grunnloven § 97 basert på at saken dreide seg om «uegentlig» tilbakevirkning hvor terskelen for grunnlovstridighet er at inngrepet var «særlig eller klart urimelig eller urettferdig», jf avsnitt 137, noe flertallet kom til at inngrepet ikke var. Mindretallet, en dommer, kom til at saken skulle vært behandlet etter samme norm som i Rt-2006-293, Arves trafikkskole, om «sterke samfunnsmessige hensyn».

Synspunktet er imidlertid diskutabelt, og kan etter vårt syn ikke tillegges særlig vekt. Lagmannsretten synes å blande sammen spørsmålet om akvakultur tillatelsene ga grunnlag for beskyttede rettigheter og om *inngrepene* var grunnlovsstridige, dvs hvilken avveiningsnorm de aktualiserte. Retten synes på dette punktet å misforstå både flertallet og mindretallet i strukturkvotedommen.¹³⁴ I sin nærmere vurdering anvender lagmannsretten «klart urimelig eller urettferdig»-normen uten noen form for kvalifisering eller forutsetning om at drøftelsen er subsidiær, så det siterte synspunktet i dommen fremstår heller ikke videre konsistent. I den senere dommen i LG-2022-16008 la lagmannsretten til grunn at akvakultur tillatelsene etablerte rettsposisjoner som var vernet under Grl. § 97. I begge sakene ble anke til Høyesterett nektet fremmet.

Etter vårt syn er det, både i lys av strukturkvotedommen, som på dette punktet var enstemmig, og ellers, liten tvil om at akvakultur tillatelsene etablerer rettsposisjoner som etter sin art er beskyttet av Grl. § 97. Det må gjelde både før og etter at adgangen til overdragelse ble innført, og det må klart nok gjelde både lokalitets- og selskapstillatelsene. Det er i begge tilfeller tale om rettigheter som ikke er lovbundet, men som følger av individuelle vedtak basert på skjønn, eller med et klart gjensidighetselement når det gjelder de selskapstillatelsene som i de senere år er blitt utdelt eller har fått økt kapasitet gjennom auksjon mot vederlag.

Videre gir akvakultur tillatelsene rettigheter som klart er ment for innrettelse. At rettighetene også i en viss forstand er rettsposisjoner som er skapt gjennom regulering (jf. mindretallet i Borthendommen, Rt. 1996 s. 1415), blir i denne sammenheng nokså underordnet. Rettighetene har klart nok ikke oppstått i kraft av lovreguleringen alene, men gjennom individuelle vedtak som oppdretterne er ment å innrette seg etter gjennom oppstart og drift av kommersielle virksomheter som også forutsetter betydelige investeringer, både i den enkelte lokalitet og på virksomhetsnivå. En annen sak er at oppdretterne nok i betydelig utstrekning må finne seg i at reguleringer og vilkår for driften skjerpes i ettertid, men dette forhindrer ikke at det gjennom vedtakene er etablert individuelle rettigheter med en betydelig materiell realitet uavhengig av det underliggende regelverket de er basert på. Det er dette som etter vårt syn langt på vei må anses som det sentrale for om det foreligger rettsposisjoner som etter sin art er beskyttet under Grl. § 97.

¹³⁴ I tillegg er dommen upresis om dissensen i strukturkvotedommen, den talte hele åtte dommere ikke bare én. Dommen ble avsagt under dissens 9-8, hvor åtte dommere mente at inngrepet var i strid med Grl. § 97. Tre dommere tok også stilling til og mente at inngrepet var i strid med EMK P1-1, mens de fem øvrige mente det ikke var nødvendig å ta stilling til dette.

Grunnlovsvernet innebærer i prinsippet en beskyttelse mot *uforholdsmessige* inngrep. Hvilken mer presis avveiningsnorm dette aktualiserer i en situasjon der eksisterende tillatelser tidsbegrenses kommer vi tilbake til nedenfor i pkt. 9.4.

9.3 Vil en tidsbegrensning utgjøre et inngrep/tilbakevirkning til skade?

Det er bare tilbakevirkning til skade som aktualiserer kravet til forholdsmessighet under Grl. § 97 (evt beskyttelsen mot klart urimelige eller urettferdige inngrep, avhengig av hvordan normen formuleres), jf. også til sammenligning inngrepsvilkåret under EMK P1-1. Spørsmålet er om en svært lang tidsbegrensning som ikke nødvendigvis medfører et følbart, regnskapsmessig tap i dag, likevel vil utgjøre tilbakevirkning til skade.

Høyesteretts tilnærming har vært at dette i prinsippet må vurderes individuelt, jf. Rt. 2006 s. 293, avsnitt 50 flg. Utgangspunktet er imidlertid at det ikke skal mye til før Grl. § 97 i prinsippet anses anvendelig. At det er tale om et lite vesentlig tap vil heller trekkes inn i selve forholdsmessighetsvurderingen, jf. Rt. 2013 s. 1345 (avsnitt 120).

Dette tilsier at en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser nok som utgangspunkt vil anses som tilbakevirkning til skade og aktualisere tilbakevirkningsvernet, selv der de regnskapsmessige effekter av dette vil være små eller lite vesentlige. Imidlertid vil dette være et moment av betydning i selve forholdsmessighetsvurderingen, jf. pkt. 9.5 nedenfor.

9.4 Normvalget og «hvor sterkt tilbakevirkningselementet er»

Som antydnet i innledningen vil det sentrale og antagelig langt på vei avgjørende for spørsmålet om en tidsbegrensning kan innføres uten å komme i konflikt med tilbakevirkningsforbudet i Grunnen, være hvilken *avveiningsnorm* inngrepet må anses å aktualisere.

I Rt. 2013 s. 1345 (strukturvote) kom flertallet på 9 dommere til at tidsbegrensningen på 25 år som ble innført for eksisterende strukturvoter aktualiserte klart «urimelig eller urettferdig»-normen og dermed ikke var grunnlovsstridig. Mindretallet på 8 dommere kom derimot til at tidsbegrensningen grep så klart inn i tilsagn fra myndighetene som rederne hadde innrettet seg etter, at inngrepet aktualiserte «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen og dermed *var* grunnlovsstridig. Skillelinjen mellom flertallet og mindretallet var altså ulike syn på om etterfølgende lovgivning som ikke bare regulerer *utnyttelsen*, men også *innskrenker* en klart tilsagt og fastlagt rettighet for fremtiden alltid aktualiserer «klart urimelig eller urettferdig-normen».

Dette synes å ha vært flertallets syn, jf særlig førstvoterendes uttalelser i avsnitt 95 flg. Rekkevidden av synspunktet kvalifiseres riktignok i noen grad av at det deretter uttales at også slike inngrep kan ha «klare fellestrekk med de man har ved egentlig tilbakevirkning» og at dette må hensyntas «ved selve anvendelsen av normen».¹³⁵ Men det er liten tvil om at angivelsen av det overordnede vurderingstemaet som «klart urimelig eller urettferdig» var retningsgivende for hvordan flertallet konkluderte i saken.

Hvis flertallets prinsipielle syn på forståelsen av Grl. § 97 legges til grunn som riktig forståelse av gjeldende rett tilsier nok det at en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser som et klart utgangspunkt vil aktualisere «klart urimelig og urettferdig»-normen. Selv om dette også forutsetter en nærmere avveining, jf. nedenfor, skal det etter vårt syn mye til før en generelt innført tidsbegrensning av eksisterende tillatelser vil kunne anses «klart urimelig eller urettferdig».

¹³⁵ Avsnitt 98.

Imidlertid er det etter vårt syn tvilsomt hvor langt flertallets nokså generelt uttrykte synspunkter på det prinsipielle spørsmålet her rekker. Alvik (2021) har en mer omfattende drøftelse av dette, som vi ikke skal gjenta i sin fulle bredde her.¹³⁶ Vi nøyer oss med å peke på at også flertallet i strukturkvotedommen forutsetter at graden av tilbakevirkning vil ha betydning for den konkrete avveiningen som skal foretas, og at flertallet i mindre grad enn mindretallet synes å ha lagt til grunn at reguleringen rent faktisk grep inn i og rokket ved vesentlige forutsetninger for de tilsagn som var gitt og redernes innrettelse etter disse.¹³⁷

Videre må det ha betydning at dommen er avsagt under forholdsvis skarp dissens. Et mindretall på 8 dommere mente at normvalget ikke (bare) kunne avhenge av en skarp skillelinje mellom inngrep i rettigheter og det å knytte nye, tyngende rettsvirkninger til tidligere handlinger.¹³⁸ Som argument for at inngrepet aktualiserte «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen trakk mindretallet særlig frem at den aktuelle forskriften «rokket ved grunnleggende forutsetninger» for de disposisjoner som var foretatt, at rederiet hadde gjort «omfattende og ugjenkallelige oppofrelser» i tillit til den aktuelle ordningen, og at det dermed hadde «berettigete forventninger – utover det som er vanlig ved offentlige tillatelser – om at strukturvotefaktorene til gjengjeld skulle være tidsbegrensete».¹³⁹

Det er videre lite som tilsier at Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) og Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt) kan ses utelukkende eller endog primært som utslag av at det ble knyttet byrder til tidligere handlinger, slik flertallet i strukturkvotedommen la til grunn. Rt. 1962 s. 319 (Gullklausul-dommen) som førstvoterende i Arves trafikkskole tok til inntekt for normvalget, gjaldt klart nok ikke noen situasjon der det ble knyttet byrder til eldre handlinger, men omfattende inngrep i etablerte kontraktrettigheter. Et avgjørende poeng i alle disse tre dommene synes å ha vært at de gjaldt regulering av de direkte virkningene av eldre handlinger og disposisjoner, på en måte som grep inn i konkrete planer, forutsetninger eller innrettelse på handlingstidspunktet. Også dommen i Rt. 1990 s. 284 kan ses i et slikt lys. Høyesterett la til grunn at den nye tomtefestelovgivningen ikke kunne få anvendelse på allerede fremsatte innlønnskrav. Heller ikke her var det tale om at det ble lagt byrder på en eldre handling, men regulering av bestemte og aktualiserte rettigheter i form av fremsatte krav.

Også sterke reelle hensyn tilsier at den skillelinjen som flertallet i strukturkvotedommen bygget på, mellom å knytte nye byrder til eldre handlinger, og regulering av bestående rettigheter for fremtiden, er for unyansert.¹⁴⁰ Om det gripes inn i konkrete virkninger av fortidige handlinger, som noen nettopp disponerte på en gitt måte for å oppnå eller frembringe, vil det kunne virke likeså hardt, og ha like sterkt preg av tilbakevirkning, som der noen blir pålagt en økonomisk byrde i tilknytning til en fortidig handling (f eks en skatt eller avgift). Reelle hensyn tilsier dermed at det avgjørende for normvalget bør være i hvilken grad det reelt sett gripes inn i eller rokkes ved konkrete og rimelig forutsatte virkninger av fortidige handlinger og disposisjoner.

I to senere dommer går også Høyesterett langt i å relativisere utgangspunktet som flertallet i strukturkvotedommen la til grunn, nettopp i lys av slike betraktninger.

HR-2016-389-A (Carl I Hagen) gjaldt etterfølgende lovgivning som reduserte pensjonsgrunnlaget for stortingsrepresentanter med virkning for fremtidige pensjonsutbetalinger. Dommen, som er enstemmig, ble avsagt i avdeling med fem dommere. I drøftelsen av om stortingspensjonen utgjorde

¹³⁶ Se nærmere Alvik (2021) s. 136 flg.

¹³⁷ Jf. særlig avsnitt 108-109.

¹³⁸ Se særlig avsnitt 191-193.

¹³⁹ Avsnitt 194-196.

¹⁴⁰ Jf. førstvoterendes uttalelser i avsnitt 97.

en særrett med et sterkere vern mot tilbakevirkning, synes førstvoterende å forutsette at visse rettighetsinngrep etter omstendighetene *kan* aktualisere den strengere «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen.¹⁴¹ Siden førstvoterende kom til at tilbakevirkningselementet i saken var «lite fremtredende» kom han til at den måtte vurderes etter «Borthen-normen». Likevel presiserte han at også denne normen måtte anses som relativ, og at det i denne sammenheng hadde betydning at «grunnlaget for Hagens pensjonsrettighet er sterkere enn tilfellet var i Borthen- og Thunheimdommene.»¹⁴²

Førstvoterendes mer generelle uttalelser om normvalget og avveiningsnormen, i lys av tidligere rettspraksis (inkludert strukturkvotedommen), har betydelig interesse:

«(76) Fra denne gjennomgåelsen slutter jeg at kjernes spørsmålet 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 skjønsmessig.

(77) 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. Vurderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen. 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. Jeg vil utdype dette når jeg kommer tilbake til den konkrete avveiningen

Uttalelsen går langt i å nyansere synspunktene i strukturkvotedommen. Istedenfor at det trekkes et skarpt skille mellom å knytte nye byrder til eldre handlinger og inngrep i bestående rettsposisjoner er «kjernes spørsmålet (...) hvor sterkt tilbakevirkningselementet er», og det presiseres at det er en «glidende overgang (...) mellom ytterpunktene». Selv om dommen er avsagt i avdeling er den enstemmig, og det er derfor liten grunn til å anse den for å ha noe mindre rettskildeautoritet enn det marginale flertallet i strukturkvotedommen.

Carl I Hagen-dommen er senere fulgt opp i høyesterettsdommen i HR-2018-1906-A (løsingsrett). Saken gjaldt en tilbakeføringsklausul i en avtale om overføring av en eiendom fra et legat til Opplysningsvesenets fond. Spørsmålet var om denne utgjorde en «løsingsrett» omfattet av løsingsrettslovens tidsbegrensning av slike rettigheter, noe som ville tilsi at klausulen ikke lenger gjaldt. Høyesterett kom til at klausulen måtte anses som en løsingsrett i lovens forstand, men siden avtalen var inngått før løsingsrettsloven oppstod spørsmålet om det ville utgjøre grunnlovsstridig tilbakevirkning å la loven få anvendelse. Høyesterett viste til de samme uttalelsene i Carl I Hagen-dommen som er sitert over, og konkluderte med at tilbakevirkningselementet i saken var «nokså lite fremtredende».¹⁴³

Det er nok mulig å hevde at denne saken har visse fellestrekk med spørsmålet vi drøfter her. Det var tale om å anvende en nyinnført tidsbegrensning for visse rettigheter («løsingsretter»), på eksisterende og tidligere tidsbegrensede varianter av slike rettigheter. Man bør likevel være forsiktig

¹⁴¹ Avsnitt 80 flg.

¹⁴² Avsnitt 87.

¹⁴³ Avsnitt 90-95.

med å trekke for mye konkret ut av dommen med hensyn på spørsmålet som vurderes her. Høyesterett begrunnet konklusjonen nokså konkret med at tilbakeføringsretten også uavhengig av løsningsrettsloven var «usikker og betinget av fremtidige hendelser utenfor legatets kontroll». Samtidig ble det fremhevet at den aktuelle rettigheten, etter at loven trådte i kraft som følge av en overgangsregel bestod «ubeskåret i 20 år, og den hadde ved bortfallstidspunktet vært virksom i mer enn 50 år», og videre at det var tale om en «allmenn lov» med et «legitimt formål forankret i samfunnsmessige hensyn.» Et forholdsvis vesentlig moment som også ble trukket frem var at mye av formålet med den opprinnelige tilbakeføringsklausulen fortsatt var ivaretatt, gjennom en samtykkeklauseul i avtalen som Høyesterett kom til at fortsatt var gyldig. Det forelå dermed ikke noe særlig vesentlig inngrep i den aktuelle rettsposisjonen.

Anvendt på spørsmålet vi drøfter her tilsier disse betraktningene at normvalget primært vil avhenge av hvor klart og direkte en tidsbegrensning må anses å gripe inn i konkrete forutsetninger knyttet til innrettelse og disposisjoner som er skjedd i tillit til tillatelsene – altså «hvor sterkt tilbakevirkningselementet er».

En del eldre rettspraksis, nettopp om inngrep i konsesjonsforhold, kan bidra ytterligere til å presisere hva som i denne sammenheng vil måtte bli vurderingstemaet. I Rt. 1922 s. 624 (Vauvert-dommen) la Høyesterett til grunn at det ikke forelå grunnlovsstridig tilbakevirkning fordi den aktuelle retten til å selge vin og brennevin ikke var «tilsagt som en rettighet der skal bestaa uavhengig av senere lovgivning». Mens i Rt. 1929 s. 529 la man til grunn at fritagelsen for aksjonærskatt knyttet til vinmonopolets konsesjon ikke var til hinder for senere skattepålegg fordi det ikke var gitt «noget uttrykkelig tilsagn om skattefrihet» for fremtiden. Derimot kom Høyesterett i Rt. 1985 s. 1355 (Phillips) til at endringen av royaltyterminer i utvinningstillatelser for petroleum var i strid med tilsagte rettigheter, fordi det brøt med klare og uttrykte forutsetninger som det også var blitt forhandlet om. Riktignok bygget Høyesterett i denne dommen på en tolkning av loven og ikke direkte på Grl. § 97, men synspunktet var likevel at en annen tolkning ville grepet inn i de etablerte rettighetene på en måte som man kan få inntrykk av at Høyesterett mente ville eller i alle fall kunne kommet i strid med Grl. § 97:

«For tolkingen av 1972-forskriftene i denne sak finner jeg det tilstrekkelig å konstatere at utvinningstillatelse nr. 018 må innebære begrensninger i statens adgang til å skjerpe enkelte av de fastsatte vilkår. Jeg bygger da på en samlet vurdering av karakteren av de forhandlinger som gikk forut for resolusjonen og tillatelsene, på ordlyden i tillatelsen, spesielt den generelle bestemmelse jeg har sitert om vilkårene, og på oppfatningen både hos rettighetshaverne og statens forhandlere slik den blant annet kom til uttrykk i brevet fra Statens oljeråd av 20. august 1965 som jeg har omtalt.»

I strukturkvotedommen synes det vesentlige poenget for mindretallet å ha vært at innføringen av en tidsbegrensning brøt med klare tilsagn fra staten og forutsetninger knyttet til disse, nettopp med hensyn til at strukturkvotene skulle være tidsbegrensete, jf. den følgende uttalelsen fra annenvoterende:

«I denne sammenheng er det helt sentralt at myndighetenes formål nettopp var å få fiskebåtrederne til å handle slik Volstad AS gjorde, jf. plenumsdommen om rederiskatt avsnitt 162. For at strukturvoteordningen skulle få den ønskede effekt, måtte et tilstrekkelig antall fiskebåtrederne strukturere. Tidsbegrensningen ble fjernet fordi den tidligere enhetskvoteordningen ikke hadde virket effektivt nok, jf. Fiskeri- og kystdepartementets høringsnotat om strukturvoteordning for havfiskeflåten 26. november 2004 side 23. Mange redere ville rett og slett ikke gått inn på ordningen dersom den hadde vært tidsbegrenset. Opphevelsen av tidsbegrensningen var følgelig selve kjernen i myndighetenes stimuleringstiltak.»

I en nylig avsagt dom fra Gulating lagmannsrett går retten langt i å anvende den strengere «sterkere samfunnsmessige hensyn»-normen på det som klart nok må anses som et rettighetsinngrep.¹⁴⁴ Saksforholdet var at tre oppdrettsselskaper hadde innrettet sin produksjon for å oppnå bestemte unntak fra produksjonsbegrensningene etter produksjonsområdeforskriften (trafikklyssystemet). Deretter ble ordningen endret slik at de fordelene selskapene hadde innrettet seg for å oppnå ble mindre fordelaktige, eller som retten formulerte det: «Endringen medførte at kvalifikasjonsordningen som selskapene hadde innrettet seg overfor gjennom en aktiv lusestrategi gav et mindre økonomisk utbytte enn forskriften forespeilet.»¹⁴⁵ Lagmannsrettens synspunkt var, nettopp i tråd med det som er sagt over, at regelverksendringen grep inn i forutsatte virkninger av en fortidig handling, og at dette langt på vei kunne likestilles med at handlinger blir ilagt ny eller mer omfattende skattlegging i ettertid slik tilfellet var i Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) og Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt). Retten uttalte følgende om dette: «I begge tilfeller regulerer staten en fortidig handling ved å endre en forskrift/et regelverk til skade for borgeren.»¹⁴⁶ En mulig innvending mot dommen er at den går langt i å beskytte forventninger basert på en gitt tolkning av regelverket som selskapene antagelig både forstod og måtte forstå var omtvistet og ikke i samsvar med myndighetenes forståelse. Noe klart tilsagn fra myndighetene om hvordan regelverket var å forstå forelå ikke, snarere tvert imot. Dette tilsa, som retten også selv uttaler at: «Grunnlaget for Selskapenes forventning må etter dette karakteriseres som moderat.» Slik sett går nok lagmannsrettsdommen til dels betydelig lenger enn mindretallet i strukturvotedommen, og det det kan være grunn til en viss tvil om resultatet ville blitt det samme i Høyesterett. Statens anke til Høyesterett ble imidlertid nylig nektet fremmet, jf. HR-2023-636-U. Men dommen illustrerer at det ikke ubetinget kan legges til grunn at alle rettighetsinngrep aktualiserer den mildere «klart urimelig eller urettferdig»-normen.

I lys av dette kan det relevante vurderingstemaet etter vårt syn sammenfattes som følger: Om innføring av en tidsbegrensning med virkning for eksisterende akvakulturtillatelser vil aktualisere «klart urimelig eller urettferdig»-normen eller den strengere «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen, avhenger primært av to forhold; for det første i hvilken utstrekning det er grunn til å forstå tillatelsene slik at de gir et nogenlunde klart og utvetydig *tilsagn* om varighet, og for det andre om og i hvilken grad en senere tidsbegrensning griper inn i innrettelse som er skjedd i tillit til dette.

Både praktiseringen av akvakulturloven og uttalelser i forarbeidene tilsier som tidligere nevnt at lovens *normalordning* har vært at tillatelsene gis uten tidsbegrensning. I forarbeidskommentarene til § 5 forutsettes at tidsbegrensning primært er aktuelt hvor det enten gis tillatelser for særlige formål der behovet for tillatelsen naturlig er tidsavgrenset, typisk ved tillatelser til utprøvende virksomhet, eller der særlige miljø- eller lokalitetsspesifikke hensyn gjør seg gjeldende som tilsier at bruken av en lokalitet ikke bør låses for ubestemt tid.¹⁴⁷

At normalordningen er at tillatelser gis uten tidsbegrensning er imidlertid klart nok noe annet enn et tilsagn om at de skal gjelde til evig tid. Det har også etter vårt syn forholdsvis sterke formodninger mot seg at noen gis en evigvarende rett til å disponere naturressurser som i utgangspunktet tilhører fellesskapet. Det er dermed noe som i alle fall burde kommet klart til uttrykk for å kunne legges til grunn.

¹⁴⁴ LG-2022-16008.

¹⁴⁵ Dommen pkt. 2.2.

¹⁴⁶ Dommen pkt. 2.2

¹⁴⁷ Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 58-59 (som sitert over i pkt. 2.10).

Som tidligere referert er det her derimot forholdsvis klart forutsatt i forarbeidene at akvakulturtillatelsene *ikke* skal anses å gi rettigheter som er immune mot endringer i regelverket. I tilknytning til adgangen til pantsettelse og overdragelse, og tillatelsenes karakter av bestemte formuesgoder uttales således følgende:

«Innehaver av akvakulturtillatelse er gitt en offentligrettslig tillatelse til produksjon av en bestemt art innenfor et avgrenset geografisk område – lokaliteten. Det er innholdet i tillatelsen med de til enhver tid gjeldende bestemmelser gitt i eller i medhold av lovverket som er det juridiske grunnlaget for driften. En tillatelse til akvakultur er således i sin helhet gjenstand for skiftende reguleringer og ikke en rettighet som er unntatt fra videre regulering etter tildelingen.»¹⁴⁸

Det kan spørres om betydningen i denne sammenheng av at det er betalt vederlag for tillatelsene, eller for en bestemt produksjonskapasitet under eksisterende selskapstillatelser. Man kan hevde at tillatelsen dermed bygger på en forutsetning om gjensidighet mellom vederlaget og tillatelsen som innebærer et visst kontraktselement. Forarbeidene forutsetter imidlertid uttrykkelig at slikt vederlag ikke skal ha noen betydning for myndighetenes styrings- og reguleringsadgang:

«Det forhold at det tas vederlag for tillatelser gir ingen særlige rettigheter i forhold til de tillatelser som gis eller er gitt vederlagsfritt. For alle tillatelser gjelder det at en må forholde seg til det til enhver tid gjeldende regelverk. Myndighetenes kompetanse til å stille vilkår samt til å endre betingelser, herunder tilbaketrekking av tillatelsen blir således ikke beskåret ved at det tas vederlag ved tildeling.»¹⁴⁹

I denne forbindelse kan det også være grunn til å påpeke at nåværende eier i praksis ofte gjennom erverv i annenhåndsmarkedet vil ha betalt vederlag for tillatelser som opprinnelig ble utstedt uten vederlag til staten. En opprinnelig rettighetshaver som ikke har overdratt sine tillatelser bør imidlertid ikke komme i noen dårligere stilling enn de som har ervervet tillatelsene senere. Dette gjør at det etter vårt syn er liten grunn til å skille mellom tillatelser ut fra om det er betalt vederlag eller ikke.

Etter vårt syn kan det likevel ikke ses bort fra at tillatelsene både utgjør og er ment å utgjøre et grunnlag for private disposisjoner. Dette kan være i form av investeringer i virksomheten, og ved at tillatelsene er gitt karakter av formuesgoder som er gjenstand for omsetning. I denne forbindelsen må det også ha betydning at tillatelsene er tildelt under den klare forutsetning at de ikke er tidsbegrenset. Der en tidsbegrensning kan anses å gripe inn i eksisterende tillatelser på en slik måte at det er egnet til å rokke ved grunnforutsetningene for disposisjoner i tillit til tillatelsene, vil det etter omstendighetene kunne aktualisere kravet til «sterke samfunnsmessige hensyn».

Sentralt i denne forbindelse er på den ene side at tillatelsene ikke gir grunnlag for noen klare og definitive tilsagn om at de er ment å være evigvarende. På den annen side må tidsubestemtheten ved de eksisterende tillatelsene antagelig anses å gi grunnlag for visse, begrunnede forventninger om varighet. Om rettighetshaverne må tåle at tillatelsene tidsbegrenses er følgelig ikke et enten/eller spørsmål.

Det er nok mulig å hevde at selskapstillatelsene i noe større utstrekning enn lokalitetstillatelsene har et tilsagnspreg. Samtidig kan det nok være sterkere grunner som taler for tidsbegrensning av selskapstillatelsene. Både i tilknytning til selskaps- og lokalitetstillatelsene vil det være et betydelig innrettelseselement, mens det antagelig er noe større grad av konkret innrettelse knyttet til

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 36.

¹⁴⁹ Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 61.

lokalitetstillatelsene. Vi antar dermed at det ikke er vesentlige grunner til å skille her med hensyn til hvor inngripende en tidsbegrensning vil være.

En svært kort tidsbegrensning, for eksempel 5 år, vil etter vårt syn innebære et sterkt element av tilbakevirkning og avståelse. En så kort tidsbegrensning vil medføre at tillatelser som kan være ervervet for betydelige summer, eller som det kan være knyttet andre konkrete, økonomiske forventninger til, blir betydelig mindre verdt og får en helt annen karakter enn i dag. Derimot vil en svært lang tidsbegrensning, for eksempel 50 år, antagelig ha liten eller ingen betydning for nåverdien av tillatelsene og i lys av slike hensyn dermed antagelig være nokså uproblematisk.

Etter vårt syn er det mye som taler for at tilsagnselementet knyttet til varigheten av eksisterende akvakulturtillatelser er mindre fremtredende enn det som var situasjonen i strukturkvotedommen, der det var et vesentlig poeng for mindretallet at kvotene var blitt tildelt under en klar forutsetning om at de nettopp ikke var tidsbegrenset. I strukturkvotedommen ble det innført en tidsbegrensning på 20 år for nye, og 25 år for eksisterende kvoter. Dette kan tilsa at en tidsbegrensning på 20-25 år slik det tidligere har blitt foreslått i tilknytning til akvakulturtillatelsene, ikke vil aktualisere «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen. En tidsbegrensning som er vesentlig kortere enn dette havner nok i en mellomstilling, hvor grunnlovsmessigheten vil avhenge av en mer konkret vurdering og interesseavveining, jf. nedenfor og i alle fall vil kunne volde betydelig tvil.

Enda større betydning vil det ha *fra når* en tidsbegrensning gis anvendelse. En tidsbegrensning som gis anvendelse for eksisterende tillatelser med virkning fra tillatelsen opprinnelig ble gitt vil ha klare tilbakevirkende elementer. En slik løsning vil med all sannsynlighet måtte anses å aktualisere «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen og mest sannsynlig være grunnlovsstridig. Motsatt vil det at en eventuell tidsbegrensning innføres med en form for overgangsordning som gir eksisterende tillatelser noe lenger gjenstående varighet enn nye tillatelser, nettopp for å hensynta foretatte disposisjoner og innrettelse, være et sterkt argument for at ordningen ikke er grunnlovsstridig.

Hittil har vi vurdert det første elementet i Grunnlovens tilbakevirkningsforbud slik dette har blitt forstått av Høyesterett, nemlig «hvor sterkt tilbakevirkningselementet er».¹⁵⁰ Samtidig følger det av Høyesteretts praksis at dette første spørsmålet kun er inngangen til en mer sammensatt og momentbasert avveining av de berørte interesser, hvor også andre momenter kan ha betydning. Dette ser vi nærmere på i neste avsnitt.

9.5 Nærmere om relevante momenter i avveiningen

Utgangspunktet for den mer sammensatte avveiningen som skal foretas og hvilke momenter som i den forbindelse vil ha betydning, kan tas i den følgende uttalelsen i Carl I Hagen-dommen (som også sitert over):

«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. Vurderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen. 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.»¹⁵¹

¹⁵⁰ Ibid., avsnitt 76.

¹⁵¹ HR-2016-389-A, avsnitt 77.

I det følgende går vi nærmere inn på hvert enkelt av disse momentene:

Hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder

Dette momentet peker mot rettighetenes art. Rettsposisjoner basert på konsesjoner og offentlige tillatelser kan normalt ikke anses ha en like avklart og definitiv karakter som der det er tale om rene privatrettslige tilsagn og kontraktsposisjoner. Samtidig må det i tilknytning til rettsposisjonene under eksisterende akvakulturtillatelser ha forholdsvis stor betydning at tillatelsene er ment å danne grunnlag for kommersielle disposisjoner og innrettelse. At det betales vederlag for nye selskapstillatelser og for økt kapasitet under eksisterende selskapstillatelser, og at tillatelsene (inkludert lokalitetstillatelsene) overdras og pantsettes for til dels betydelige beløp, styrker dette aspektet av rettighetene.

Mot dette kan det anføres at tillatelsene gjelder adgang til å disponere over og utnytte fellesskapets ressurser. I dette ligger slik vi tidligere har vært inne på en formodning mot å innfortolke klare tilsagn eller forutsetninger om at de er ment å være evigvarende i tillatelsene.

Et spørsmål er om det er grunn til å skille mellom selskaps- og lokalitetstillatelsene i denne sammenheng.

Det kan hevdes at elementet av konkret innrettelse og forutsetningen om konkrete investeringer er sterkere for lokalitetstillatelsene. Samtidig er disse tettere innvevd i et finmasket regulatorisk system for ivaretagelse av ulike kryssende hensyn knyttet til den enkelte lokalitet. Rettsposisjonene under lokalitetstillatelsene kan slik sett fremstå noe mer betinget og usikre i alle fall i et lengre tidsperspektiv enn det som er tilfellet for selskapstillatelsene. Men det er vanskelig å se at slike hensyn skulle tilsi at lokalitetstillatelsene bør ha noe svakere vern mot inngrep som ikke er relatert til slike lokale faktorer. Med andre ord kan dette tilsi at tillatelsene som er knyttet til lokalitet i mindre grad yter motstand mot tidsbegrensning begrunnet i lokalitetsspesifikke hensyn som miljøinteresser, kolliderende næringsinteresser, arealbruk mv. Men det er liten grunn til å anse tillatelsene svakere beskyttet mot tidsbegrensning som er begrunnet i overordnede strukturelle og økonomiske hensyn på systemnivå. Tvert imot kan nok lokalitetsspesifikke investeringer og opparbeidelse i anlegg og utstyr mv etter omstendighetene tilsi et sterkere vern. Utgangspunktet må som nevnt over være at den enkelte oppdretter har eiendomsrett til sine anlegg og utstyr tilknyttet lokaliteten, og at disse rettighetene er beskyttet mot ekspropriasjon. Vi antar at det antagelig vil være mulig med overflytning av anlegg og utstyr til andre lokaliteter, og at ekspropriasjonsvernet dermed ikke kommer på spissen. Dersom en tidsbegrensning av lokalitetstillatelser kombineres med at oppdretteren må overlate opparbeidete investeringer, anlegg og utstyr mv til en ny rettighetshaver på lokaliteten vil imidlertid det antagelig utgjøre ekspropriasjon, jf. over.

Når det gjelder selskapstillatelsene, er disse antagelig i mindre grad grunnlag for konkrete investeringer i anlegg og infrastruktur på bestemte lokaliteter. Samtidig kan det ikke være særlig tvil om at selskapstillatelsene gir grunnlag for oppdretternes investeringer i virksomheten på et mer overordnet nivå. Også her antar vi at det kan være tale om betydelige investeringer, for eksempel i en produksjonskjede og øvrig infrastruktur som antagelig vil være skalert opp for et omfang som bestemmes av de selskapstillatelsene den enkelte oppdretter disponerer (eller retttere sagt summen av dem). Også rettighetenes karakter av omsettbare formuesgoder vil her måtte tillegges betydning. Om det rent konkret er betalt vederlag for tilsagn om produksjonskapasitet ved tildeling eller ved omsetning i annenhåndsmarkedet bør antagelig, som vi allerede har vært inne på over, være av underordnet betydning. Det sentrale i denne sammenheng er at rettighetene både er gjenstand for omsetning og *kan* omsettes, og slik sett inngår i kommersielle virksomheters planer og disposisjoner for fremtiden. Et tilleggsmoment i denne forbindelse er at rettighetene selv om de ikke har vært

gjenstand for omsetning vil ha betydning for verdsettelsen av virksomhetene, og slik sett inngå i investerings- og finansieringsbeslutninger hos aksjonærer, kreditorer og andre.

hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, Dette momentet må ses i lys av og glir til dels over i det foregående om hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder. Samtidig kan man se det slik at spørsmålet her handler mindre om rettighetenes art, og mer om hvilket konkret grunnlag oppdretterne har eller kan ha for eventuelle spesifikke forventninger om at de eksisterende tillatelsene skal være varige.

I hovedsak handler dette om det i de eksisterende tillatelsene kan innfortolkes bestemte tilsagn i den retning, eller om det ellers er gitt signaler eller løfter fra myndighetenes side, som kan ha dannet grunnlag for bestemte forutsetninger og innrettelse fra oppdretternes side knyttet til at tillatelsene var ment å være evigvarende da de ble tildelt.

Som allerede redegjort for over mener vi at det har formodningen mot seg at tillatelsene kan forstås som tilsagn som er ment å binde staten for evig tid. Vi kan heller ikke se at det er klare holdepunkter for en slik forutsetning i tillatelsene selv eller i regelverket som de er tildelt på grunnlag av. Det primære holdepunktet for noe slikt er forutsetningen som det gis uttrykk for i forarbeidene til akvakulturloven, om at normalordningen er at akvakulturtillatelser skal være tidsubegrensete. Etter vårt syn er dette som allerede redegjort for klart nok egnet til å gi visse forventninger om varighet. Tidsubegrenset er imidlertid noe annet enn evigvarende. Samtidig er det vanskelig å tidfeste mer presist hva som ligger i dette, og vi viser for så vidt til det som er sagt over i punkt 4.3.4.

Det har videre betydning at disse forutsetninger har vært grunnlag for kommersielle beslutninger og planlegging, både hos oppdretterne selv og andre, for eksempel ved overdragelse/ervert av tillatelser og virksomhet, finansiering/pantsettelse og ved verdsettelsen av virksomhetene i aksjemarkedet mv. I denne sammenheng vil det også ha en viss betydning hvilke kalkyler om varighet som normalt har ligget til grunn for investeringsbeslutninger, ervert mv. Samtidig kan det være grunn til å presisere at det avgjørende her ikke er hvilke konkrete forventninger oppdretterne har hatt, men derimot hvilke berettigete forventninger de hadde grunn til å ha basert på tillatelsene i lys av det som er sagt over.

om inngrepet er plutselig og betydelig

Også dette momentet peker mot at lengden av en eventuell tidsbegrensning vil ha betydning. Dersom alle eksisterende tillatelser ble trukket tilbake for å deles ut på nytt ville det åpenbart være plutselig og betydelig. At de gjøres til gjenstand for en generelt innført tidsbegrensning på 20-25 år vil derimot medføre at tidsbegrensningen ikke får virkning før et godt stykke inn i fremtiden, selv om den den tar til å gjelde fra første dag den blir innført.

Også her kan det trekkes inn hvilke konkrete økonomiske virkninger en tidsbegrensning vil ha for verdsettelse av tillatelsene eller virksomhetene. Vi antar at en tidsbegrensning på mer enn 25 år vil ha forholdsvis beskjedne konsekvenser for nåverdien av de eksisterende tillatelsene eller virksomhetene. Dette kan tilsi at inngrepet ved en slik tidsbegrensning ikke kan anses spesielt betydelig eller vesentlig.

Det er også et spørsmål om det vil ha betydning hvor lenge det er siden tillatelsen opprinnelig ble tildelt. På den ene side kan det nok hevdes at muligheten til å tjene inn investeringer under tillatelsen vil være et generelt hensyn av betydning. Etter vårt syn bør man likevel være forsiktig med å tillegge slike betraktninger særlig betydning her. Mye taler for at konkrete investeringer i infrastruktur mv knyttet til enkelttillatelser er forholdsvis begrensede, og at virksomhetene i større grad er innrettet slik at det er summen av tillatelser til enhver tid som gir grunnlaget for løpende

investeringer. Tillatelsene vil også kunne ha blitt ervervet mot betaling og uansett danne grunnlag for både verdsettelse av virksomhetene og løpende kommersielle disposisjoner og planlegging, som tidligere beskrevet. Dette tilsier at det er tiden fra en tidsbegrensning gjøres gjeldende som primært bør tillegges betydning.

om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt,

Dette momentet innebærer at en tidsbegrensning som innføres på helt generelt grunnlag for alle virksomheter må anses mindre problematisk enn der kun visse virksomheter rammes. Omfattende unntak for visse grupper av virksomheter (for eksempel små virksomheter, kommunalt eller statlig eide virksomheter ol.) vil i denne sammenheng kunne gjøre at innføring av en tidsbegrensning for andre virksomheter fremstår mer problematisk.

De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette

De samfunnsmessige hensyn som taler for å tidsbegrense eksisterende tillatelser må ses i lys av hensynene som anses å begrunne en tidsbegrensning mer allment (dvs for nye tillatelser). Mye taler for at det må anses som et både legitimt og sterkt hensyn at også eksisterende tillatelser tidsbegrenses dersom det innføres en ny tillatelsesordning med tidsbegrensede tillatelser. Antagelig vil man kunne hevde at innføring av en tidsbegrensning vil ha liten effekt dersom ikke også eksisterende tillatelser tidsbegrenses, siden en forholdsvis stor andel av produksjonskapasiteten både lokalt og på regionnivå er omfattet av eksisterende tillatelser.

Videre vil en tidsbegrensning som bare gjelder for nye tillatelser kunne bidra til et «klasseskille» i sektoren, der eksisterende virksomheter med en stor andel eksisterende tillatelser vil ha en sterkere posisjon enn nyetablerte virksomheter med en større andel nye tillatelser. Vi antar at det vesentligste formålet med å tidsbegrense tillatelser nettopp vil være å styrke muligheten til nyetablering av virksomhet på andre måter enn gjennom å erverve eksisterende virksomhet, jf. for så vidt tjenesteloven § 14 (som gjennomfører tjenstedirektivet art. 12) og forarbeidsuttalelsene i Ot.prp.nr. 70 (2008-2009) på s. 147.

Som redegjort for over anser vi det mest sannsynlig at tillatelsesordningen for akvakultur må anses å falle utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Dette betyr at tjenesteloven og tjenstedirektivets krav om tidsbegrensning nok ikke gjelder for akvakulturtillatelser. Imidlertid kan nok de underliggende hensyn som begrunner kravet om tidsbegrensning av tillatelser etter EØS-retten anses å ha en viss overføringsverdi likevel, og understøtter således at det er forholdsvis sterke samfunnsmessige hensyn som kan begrunne en tidsbegrensning.

9.6 Samlet vurdering

I lys av det ovenstående kan det legges til grunn at spørsmålet om en tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser vil innebære grunnlovsstridig tilbakevirkning primært avhenger av to ting: for det første når en tidsbegrensning gis virkning fra/begynner å løpe, og for det andre hvor lang tidsbegrensningen er.

En tidsbegrensning som tar utgangspunkt i allerede medgått tid under tillatelsene, vil ha et sterkt element av tilbakevirkning. Etter vårt syn vil dette som utgangspunkt temmelig klart aktualisere et krav til «sterke samfunnsmessige hensyn». Vi har også vanskelig for å se at det finnes tilstrekkelig sterke samfunnsmessige hensyn til å begrunne at en tidsbegrensning virker tilbake på denne måten.

At eksisterende tillatelser er tildelt uten tidsbegrensning betyr imidlertid ikke at de kan anses som evigvarende rettigheter på samme måte som en eiendomsrett. Samtidig gir tidsubestemtheten

grunnlag for visse berettigete forventninger og innrettelse med hensyn til fremtidig varighet. Dersom det innføres en svært kort tidsbegrensning (5-10 år), vil det kunne rrokke ved sentrale forutsetninger for disposisjoner og innrettelse knyttet til eksisterende tillatelser. Dette vil lett kunne anses å innebære et sterkt element av tilbakevirkning som aktualiserer «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen. I vurderingen av dette vil særlig det forhold at en kortere tidsbegrensning medfører at tillatelsene får en helt annen og nettopp mindre varig karakter enn tidligere ha betydelig vekt. Etter vårt syn må det anses temmelig klart at de hensyn som kan begrunne en tidsbegrensning ikke kvalifiserer som «sterke samfunnsmessige hensyn».

En noe lengre tidsbegrensning vil ikke kunne anses å gripe like direkte inn overfor fortidige disposisjoner og innrettelse, og vil i så fall heller ikke aktualisere «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen. I så fall må det fortsatt foretas en interesseavveining og forholdsmessighetsvurdering av på den ene side hvor omfattende, plutselig og betydelig osv inngrepet virker, og på den annen side hvilke samfunnsmessige hensyn som begrunner at eksisterende tillatelser tidsbegrenses. Her vil det ha selvstendig betydning om og i hvilken grad tidsbegrensningen innebærer en betydelig reduksjon av nåverdien på eksisterende tillatelser og virksomheter. Etter vårt syn er det likevel lite sannsynlig at det at eksisterende tillatelser utsettes for et visst verditap i denne forbindelse vil kunne anses å innebære at tiltaket er «klart urimelig eller urettferdig».

Det er vanskelig å angi konkret hvor grensen går for hvor lang en tidsbegrensning må være for å være grunnlovsmessig ubetenkelig. I denne sammenheng vil det også ha betydning om tidsbegrensningen gjelder generelt, det vil si for alle virksomheter. En svært lang tidsbegrensning (50 år) som innføres for alle eksisterende tillatelser vil etter vårt syn åpenbart ikke kunne anses grunnlovsstridig. En tidsbegrensning på 20-25 år, som tidligere har blitt foreslått og som var tilfellet i strukturkvotedommen, vil etter vårt syn antagelig heller ikke kunne anses grunnlovsstridig. En tidsbegrensning som er vesentlig kortere enn dette igjen beveger seg etter vårt syn inn i et grenseland for hva som kan godtas etter Grl. § 97. Men også her er det nok et visst spillerom, særlig dersom Stortinget selv vurderer og gir sin tilslutning til nødvendigheten av en kortere tidsbegrensning.

10 Eiendomsvernet etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon, første tilleggsprotokoll, artikkel 1 («EMK P1-1»)

10.1 Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, første tilleggsprotokoll, artikkel 1 («EMK P1-1») beskytter privat eiendomsrett. I likhet med resten av konvensjonen gjelder bestemmelsen direkte som norsk lov i medhold av menneskerettsloven § 2, og skal i henhold til § 3 gå foran bestemmelser i annen lovgivning ved motstrid.

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.

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.”

Bestemmelsen har vært gjenstand for omfattende rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) og må fortolkes også for norsk retts vedkommende i samsvar med denne.¹⁵²

Slik bestemmelsen har blitt fortolket av EMD må den forstås slik at den oppstiller tre regler med en indre sammenheng. Den første regelen som følger av første ledd, første setning og ofte omtales som «prinsippregelen», gir den grunnleggende regelen om respekt for privat eiendom – retten for enhver til å nyte sin eiendom i fred. I dette ligger et overordnet krav til forholdsmessighet eller «*fair balance*». Den andre regelen som følger av første ledd, andre setning er den såkalte «avståelsesregelen.» Denne regelen oppstiller krav om at ingen skal måtte avstå eiendom uten at dette er begrunnet i en offentlig interesse og har tilstrekkelig hjemmel. I tillegg har domstolen her innfortolket et krav om at den som må avstå sin eiendom normalt skal ha full erstatning. Den tredje regelen som følger av andre ledd og normalt betegnes som «kontrollregelen», innebærer et motsatt utgangspunkt om at eiendom kan reguleres og beskattes mv i samsvar med allmenne interesser uten krav om erstatning.

Forenklet og oppsummert kan man se det slik at konvensjonen oppstiller et krav om at «inngrep» i «eiendom» må være forholdsmessige, ha tilstrekkelig hjemmel i nasjonal rett og være begrunnet i offentlige interesser.¹⁵³ Det overordnede kravet til forholdsmessighet suppleres imidlertid av to motstående utgangspunkter eller «regler»: dersom noen må «avstå» eiendom er utgangspunktet at det skal betales erstatning, mens utgangspunktet er det motsatte ved inngrep som bare utgjør alminnelig regulering, beskatning mv av eksisterende eiendom. Vi nøyer oss forøvrig med å vise til den generelle redegjørelsen for bestemmelsen i høyesterettsdommen i HR-2018-1258-A (Gassled), avsnitt 106 flg.

En tidsbegrensning av eksisterende akvakulturtillatelser antar vi uten videre vil gjennomføres på en måte som tilfredsstiller hjemmelskravet, og det kan også legges til grunn at kravet til en offentlig interesse («public interest») vil være oppfylt uten at vi ser grunn til å drøfte dette nærmere. Etter vårt syn er det også nokså klart at akvakulturtillatelsene vil utgjøre «eiendom» (“possessions”) og at en tidsbegrensning vil utgjøre et «inngrep» i bestemmelsens forstand, slik at forholdsmessighetskravet kommer til anvendelse. Dette redegjør vi nærmere for nedenfor i pkt. 4.4.2.

Det sentrale spørsmålet blir etter dette om en tidsbegrensning av eksisterende tillatelser vil utgjøre et forholdsmessig inngrep i konvensjonens forstand, herunder hvilken regel (avståelsesregelen eller kontrollregelen) tiltaket vil aktualisere. Som vi kommer tilbake til nedenfor vil denne vurderingen i all hovedsak avhenge av de samme momenter som vi har redegjort for over i tilknytning til GrL. § 97, samtidig som mye taler for at konvensjonen bygger på et enda klarere utgangspunkt om at inngrep i offentlige tillatelser aktualiserer den mindre strenge kontrollregelen. Dette redegjør vi nærmere for nedenfor i pkt. 4.4.3.

¹⁵² Se nærmere og generelt Alvik (2021) s. 111 flg.

¹⁵³ Domstolens nærmere tilnærming til anvendelsen av bestemmelsen i konkrete saker har gjerne blitt oppsummert ved at det må tas stilling til følgende seks generelle problemstillinger: 1) Kan den aktuelle rettsposisjonen eller interessen karakteriseres som «eiendom»? 2) Foreligger det et «inngrep» i eiendomsretten? 3) Utgjør det aktuelle inngrepet «avståelse» eller «kontroll/regulering» (eller ingen av delene) 4) Har inngrepet tilstrekkelig «hjemmel», og 5) er det tilstrekkelig begrunnet i «offentlige interesser»? Og endelig (6) om inngrepet tilfredsstiller det overordnede kravet til «forholdsmessighet». Se generelt Stig Solheim, *Eiendomsbegrepet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (2010) s. 58 flg.

10.2 Vil tidsbegrensning av eksisterende tillatelser utgjøre et eiendomsinngrep i konvensjonens forstand?

Det følger av EMDs praksis at eiendomsbegrepet («possessions») i P1-1 er forholdsvis vidt, og omfatter flere former for interesser og rettsposisjoner enn det man normalt vil anse som tinglige rettigheter eller eiendom. Begrepet skal fortolkes autonomt, det vil si at det er uten betydning hvordan den aktuelle interessen er kategorisert under nasjonal rett.¹⁵⁴

EMD har i en rekke saker fastslått at rett til å utøve næringsvirksomhet under offentlige tillatelser normalt og som utgangspunkt må anses som en eiendomsinteresse.¹⁵⁵ Det kan særskilt pekes på domstolens avgjørelse i *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, der domstolen fant at en akvakulturtillatelse utstedt av den irske regjeringen var å anse som eiendom.¹⁵⁶ Domstolen viste (jf. avsnitt 87) til sin tidligere avgjørelse i *Malik v. the United Kingdom*, som oppsummerte relevant rettspraksis slik:

“91. In cases concerning the grants of licences or permits to carry out a business, the Court has indicated that the revocation or withdrawal of a permit or licence interfered with the applicants’ right to the peaceful enjoyment of their possessions, including the economic interests connected with the underlying business (see *Fredin v. Sweden* (no. 1), 18 February 1991, § 40, Series A no. 192, in respect of an exploitation permit for a gravel pit; and *mutatis mutandis*, *Tre Traktörer AB v. Sweden*, 7 July 1989, § 53, Series A no. 159, concerning a licence to serve alcoholic beverages in a restaurant. See also *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, no. 51728/99, § 49, 28 July 2005, which involved a licence to run a bonded warehouse). In this regard, the Court observed in particular in *Tre Traktörer AB* that the maintenance of the licence was one of the principal conditions for the carrying on of the applicant company’s business, and that its withdrawal had had adverse effects on the goodwill and value of the restaurant (at §§ 43 and 53 of the Court’s judgment).”¹⁵⁷

I både *Malik* og *O'Sullivan* la domstolen til grunn at det ikke nødvendigvis er *tillatelsen som sådan* som utgjør beskyttet eiendom, men derimot den underliggende interessen i virksomheten som tillatelsen gir rett til.¹⁵⁸ Som vi kommer tilbake til nedenfor har denne skillelinjen betydning for kravet til forholdsmessighet, men forhindrer ikke at utgangspunktet må være at en offentlig tillatelse til å utøve næring gir grunnlag for en bestemt rettsposisjon som er omfattet av eiendomsbeskyttelsen under P1-1.

Det kan i lys av dette ikke være særlig tvilsomt at oppdretternes interesse i å utøve virksomheten under eksisterende akvakulturtillatelser utgjør eiendom i samsvar med hvordan EMD har forstått dette begrepet, jf. også HR-2018-1258-A, avsnitt 117 og for så vidt tredjevoterende dommer Skoghøys votum i Rt. 2013 s. 1345.

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må innføring av en tidsbegrensning videre utgjøre et inngrep i disse eiendomsinteressene. EMD har i sin praksis lagt til grunn at regulering som har til hensikt å innskrenke eller begrense utøvelsen av en eiendomsinteresse normalt vil utgjøre et inngrep.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Solheim (2010) s. 149.

¹⁵⁵ Se generelt og med henvisninger til rettspraksis, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, prepared by the ECtHR Registry (updated on 31 December 2021) s. 14, tilgjengelig på https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

¹⁵⁶ *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App 44460/16 (2018).

¹⁵⁷ *Malik v. the United Kingdom*, App. no. 23780/08 (2012), avsnitt 91.

¹⁵⁸ *Malik v. the United Kingdom*, App. no. 23780/08 (2012), avsnitt 92 og *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App 44460/16 (2018), avsnitt 88.

¹⁵⁹ Solheim (2019) s. 61.

I HR-2018-1258-A uttalte førstvoterende dommer Bårdsen at spørsmålet om det forelå et inngrep måtte ses i lys av konsesjonærens berettigete forventninger under tillatelsene:

«Eiendomsretten til de fysiske innretningene og den retten til å ha og drive innretningene med tanke på inntekter ved skiping som følger av de offentlige tillatelsene gitt med hjemmel i petroleumsloven, må under P1-1 ses i sammenheng. Spørsmålet er hvilke berettigede forventninger eierne av Gassled med rimelighet hadde til den fremtidige økonomiske utnyttelsen av sine eierposisjoner, gitt det regulatoriske rammeverket som samlet sett gjaldt og de tillatelser som forelå, se til sammenligning dom 7. juni 2018 O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd mot Irland avsnitt 86-89 og 104.»¹⁶⁰

I Gassled-saken var spørsmålet om en ny regulering som reduserte kapitalelementet under de regulerte tariffene for gasstransport med 90% utgjorde et inngrep. Konsesjonen i seg selv hadde ingen bestemmelser om transportprisen – tariffen, og ga slik sett ingen definitiv garanti eller rett med hensyn til hvilken pris som kunne kreves. Dette var regulert gjennom en egen forskrift – tarifforskriften. Spørsmålet var dermed om endringene i denne forskriften brøt med *berettigete forventninger* konsesjonæren kunne ha om enten nivået på eller de nærmere kriteriene for fastsettelse av tariffen, og om dette var tilstrekkelig til at endringene i tarifforskriften kunne anses som et inngrep i konsesjonen som en eiendomsinteresse. Høyesterett anså dette usikkert og unnlot å konkludere, men kom til at endringene i alle fall ikke var uforholdsmessige. Et vesentlig poeng i denne sammenheng er at det ikke forelå inngrep i noen klar og bestemt rettighet som kunne utledes av selve konsesjonen, siden denne ikke ga noe tilsagn om et bestemt tariffnivå.

I vår sak går det også an å problematisere om og hvor langt akvakulturtillatelsene innebærer et tilsagn med hensyn på ubegrenset varighet, jf. det som er sagt om dette over. Etter vårt syn må det imidlertid anses klart at de eksisterende, tidsubegrensede oppdrettstillatelsene gir grunnlag for bestemte rettsposisjoner som nettopp har som et vesentlig element at de er tidsubegrensede. Dette er ikke noe som bare følger av omkringliggende regelverk, men i alle fall i en viss forstand av tillatelsene selv. Innføring av en tidsbegrensning må slik sett anses som et klart «inngrep» i en «eiendomsinteresse» i konvensjonens forstand.

Betydningen av dette er ikke uten videre at det foreligger et konvensjonsbrudd, men at konvensjonens krav om at eiendomsinngrep må være forholdsmessige aktualiseres. Dette ser vi nærmere på i neste avsnitt.

10.3 Kravet til forholdsmessighet («fair balance»)

EMDs innfallsvinkel til vurderingen av forholdsmessighet er først å problematisere hva slags inngrep det er tale om. Dersom noen må *avstå* en eiendomsinteresse er utgangspunktet at inngrepet er uforholdsmessig dersom det ikke gis erstatning (avståelsesregelen), mens der det er tale om *kontroll* med eller *regulering* av utnyttelsen av en eiendomsinteresse er utgangspunktet at dette må tåles uten erstatning (kontrollregelen). I en del tilfeller hvor inngrepet ikke lett lar seg kategorisere som enten avståelse eller kontroll/regulering, går domstolen rett på en friere vurdering av forholdsmessighet, uten at det oppstilles noe slikt utgangspunkt i enten den ene eller andre retning.

Spørsmålet er altså i første omgang hvilken av disse kategoriene innføring av en tidsbegrensning av eksisterende oppdrettstillatelser vil falle inn under.

Tilnærmingen minner for så vidt mye om normvalget under GrL § 97, og de momentene som er vist til over vil også kunne ha betydning her. Normalt vil domstolen komme til at det foreligger en

¹⁶⁰ Avsnitt 123.

avståelse der den aktuelle rettigheten enten overføres til staten eller noen andre, eller med endelig virkning er tapt for den aktuelle rettighetshaver.¹⁶¹ Men i tilknytning til offentlige tillatelser har domstolen lagt seg på en annen linje, som reflekterer den særlige karakteren av slike rettigheter. Utgangspunktet er at alle former for omgjøring og tilbaketrekning og andre inngrep i offentlige tillatelser aktualiserer kontrollregelen.¹⁶²

Dette må ses i sammenheng med domstolens syn på hva som utgjør eiendomsinteressen under en offentlig tillatelse, altså slik vi var inne på over at det ikke er *tillatelsen som sådan* som utgjør beskyttet eiendom, men interessene i den underliggende virksomheten. I *Malik v. UK* uttalte domstolen følgende om dette:

“While the Court has appeared to accept on some occasions that the licence itself constituted a “possession” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention, it is significant that on these occasions the question was not in dispute between the parties so the Court was not required to engage in an extensive analysis of the nature of the possession in the case. In any event, it went on to explain that, according to its case-law, the termination of a valid licence to run a business amounted to an interference with the right to the peaceful enjoyment of possessions (see *Bimer S.A. v. Moldova*, no. 15084/03, § 49, 10 July 2007; and *Megadat.com SRL v. Moldova*, no. 21151/04, §§ 62-63, 8 April 2008). It is clear that in both cases, the licences were connected to the carrying out of an underlying business (...) 94. *The above review of the general principles which emerge from an examination of the Court’s case-law demonstrates that, in cases involving the suspension or revocation of licences and permits or the refusal to enrol a person on a list of individuals entitled to practise a particular profession, the Court has tended to regard as a “possession” the underlying business or professional practice in question. Restrictions placed on registration, licences or permits connected to the work carried out by the business or the practice of the profession are generally viewed by the Court as the means by which the interference with a business or professional practice has taken place.*”

I *O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, uttalte domstolen i samsvar med dette følgende om hva som utgjorde den beskyttede rettsposisjonen under akvakulturtillatelsen:

“In line with the above, the Court considers that the present case concerns a “possession”, *namely the underlying aquaculture business of the applicant company.*”¹⁶³

I lys av dette må det etter vårt syn legges til grunn som et klart utgangspunkt at en ny lov som tidsbegrenser eksisterende oppdrettstillatelser vil måtte anses som et regulerende tiltak som aktualiserer kontrollregelen.

Utgangspunktet er da fortsatt at det gjelder et krav til forholdsmessighet. Dette formuleres gjerne som at inngrepet må «achieve a “fair balance” between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights» og videre at «[t]he requisite balance will not be achieved if the person concerned has had to bear an individual and excessive burden».¹⁶⁴

I denne vurderingen vil i all hovedsak de samme momenter som vi har vært inne på over i tilknytning til Grl. § 97 måtte tas i betraktning. Der en tidsbegrensning av de samme grunner som vi har vært

¹⁶¹ Solheim (2010) s. 67.

¹⁶² Jf. *O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App 44460/16 (2018), avsnitt 104; *Werra Naturstein GmbH & Co v. Germany (Merits)*, App. 32377/12, avsnitt 41; *Vékony v. Hungary*, App. 65681/13 (2015), avsnitt 30; *Fredin v. Sweden*, App 12033/86 (1991), avsnitt 47; *Tre Traktörer AB v. Sweden*, App. 10873/84 (1989), avsnitt 55.

¹⁶³ *O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App 44460/16 (2018), avsnitt 88 (vår utheving).

¹⁶⁴ *O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, App 44460/16 (2018), avsnitt 115.

inne på over vil kunne anses å ha sterke elementer av tilbakevirkning, eller gripe inn i berettigete forventninger, vil det typisk også kunne bidra til at den lettere må anses uforholdsmessig. Lindheim-saken mot Norge er illustrerende. Her fant domstolen at nettopp festernes berettigete forventninger bygget på at de eksisterende kontraktene hadde begrenset varighet, tilsa at den nye tomtfestereguleringen som forlenget kontraktene på samme vilkår som før var uforholdsmessig:

«133. The Court accepts however that the applicants could entertain a legitimate expectation that the relevant lease contracts would expire as agreed according to their terms, independently of the intervening discussions on and adoption of legislative measures. 134. In these circumstances, it does not appear that there was a fair distribution of the social and financial burden involved but, rather, that the burden was placed solely on the applicant lessors.»¹⁶⁵

I *Werra Naturstein v. Germany*, fant domstolen at en mineralutvinningstillatelse ga berettigete forventninger om utnyttelse av den aktuelle eiendommen i samsvar med tillatelsen. Et direkte og omfattende inngrep i disse forventningene, som det var gjort investeringer og innrettelse i tillit til, kunne bare anses forholdsmessig dersom det var begrunnet i «exceptional circumstances».¹⁶⁶

Opp mot dette vil det imidlertid måtte tillegges betydelig vekt at (og i den grad) en tidsbegrensning innføres med virkning for alle eksisterende tillatelser, som ledd i en generell reorganisering og omlegging av tillatelsesordningen for havbruk. Dette vil åpenbart måtte anses som et legitimt og tungtveiende offentlig formål, som i alle fall vil kunne rettferdiggjøre noen grad av inngripen i eksisterende forventninger. I en sak for EMD vil domstolen også legge til grunn at nasjonale myndigheter må ha en vid skjønnsmargin med hensyn til å vurdere hva som er nødvendig og hensiktsmessig.

10.4 Konklusjon

Etter vårt syn tilsier betraktningene over at det skal forholdsvis mye til for at en tidsbegrensning av eksisterende oppdrettstillatelser vil utgjøre et brudd på EMK P1-1. En generelt innført tidsbegrensning på 20-25 år som kun har fremtidig virkning for eksisterende tillatelser må antagelig anses forholdsmessig. En svært kort tidsbegrensning (5-10 år) som får virkning uten noen form for overgangsordning vil derimot i større grad måtte anses å gripe inn berettigete forventninger under tillatelsene, basert på at de er gitt uten tidsbegrensning. Dette vil kunne anses uforholdsmessig dersom ikke sterke samfunnsmessige hensyn anses å begrunne en slik tidsbegrensning.

Oslo, 12. mai 2023

Ivar Alvik
Professor dr. juris

Finn Arnesen
Professor dr. juris

¹⁶⁵ *Lindheim and others v. Norway*, App nos. 13221/08 og 2139/10, avsnitt 133-134.

¹⁶⁶ *Werra Naturstein GmbH & Co v. Germany (Merits)*, App. 32377/12, avsnitt 51 og 56-57.