



## SOGN OG FJORDANE TINGRETT

### DOM

---

**Sagt:** 17.03.2021 i Sogn og Fjordane tingrett, Førde

**Saksnr.:** 20-109859TVI-SOFT

**Dommar:** Tingrettsdommar Jørn-Lasse F. Refsnes

**Saka gjeld:** Gyldigheita av kapasitetsjusteringsforskrifta (FOR-2020-02-04-105) § 3 tredje ledd bokstav a), jf. § 21, og krav om erstatning.

---

Austevoll Melaks AS	Advokat Trond Hatland
E. Karstensen Fiskeoppdrett AS	Advokat Trond Hatland
Eide Fjordbruk AS	Advokat Trond Hatland
Engesund Fiskeoppdrett AS	Advokat Trond Hatland
Erko Seafood AS	Advokat Trond Hatland
Firda Sjøfarmer AS	Advokat Trond Hatland
Fjord Drift AS	Advokat Trond Hatland
Flokenes Fiskefarm AS	Advokat Trond Hatland
Kobbevik og Furuholmen Oppdrett AS	Advokat Trond Hatland
Landøy Fiskeoppdrett AS	Advokat Trond Hatland
Langøylaks AS	Advokat Trond Hatland
Lerøy Vest AS	Advokat Trond Hatland
Lingalaks AS	Advokat Trond Hatland
Marø Havbruk A/S	Advokat Trond Hatland
Mowi ASA	Advokat Trond Hatland
Nordfjord Laks AS	Advokat Trond Hatland
Osland Havbruk AS	Advokat Trond Hatland
Sandnes Fiskeoppdrett AS	Advokat Trond Hatland
Sjøtroll Havbruk AS	Advokat Trond Hatland
Steinvik Fiskefarm AS	Advokat Trond Hatland
Sulefisk AS	Advokat Trond Hatland
Svanøy Havbruk AS	Advokat Trond Hatland
Tombre Fiskeanlegg AS	Advokat Trond Hatland

---

Troland Lakseoppdrett AS  
Blom Fiskeoppdrett AS

Advokat Trond Hatland  
Advokat Trond Hatland

**mot**

Nærings og Fiskeridepartementet

Advokat Hilde Lund

---

## DOM

### 1. Kva saka gjeld

Saka gjeld spørsmålet om gyldigheita av *Forskrift om kapasitetsjusteringer for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020* (FOR-2020-02-04-105) § 3 tredje ledd bokstav a), jf. § 21. Forskrifta er gitt med heimel i akvakulturlova § 9 tredje ledd. Ved forskrifta vart alle oppdrettarar av laks, aure og regnbogeaure i produksjonsområde 4 (PO4), som strekker seg langs kysten frå Nordhordland til Stadt, pålagt å redusere maksimalt tillat produksjonsvolum med 6 % frå og med 5. august 2020.

### 2. Bakgrunn

For å kunne drive med fiskeoppdrett må ein ha konsesjon/akvakulturløyve, jf. akvakulturlova (LOV-2005-06-17-79) § 4 andre ledd. Konsesjonen går ut på at oppdrettaren får ei produksjonsramme ho må halde seg til: *Maksimalt tillaten biomasse* (MTB). MTB er ei øvre grense for kor mange tonn fisk oppdrettaren kan ha ståande i merdane til ei kvar tid. I dei fleste tilfella er denne grensa 780 tonn. Det vert sett produksjonsavgrensingar både på selskaps- og lokalitetsnivå. Oppdrettaren kan fordele mengda fisk på dei lokalitetane ho har løyve til. Saksøkarane, heretter kalla Oppdrettarane, er dei 25 selskapa som har konsesjon til å drive oppdrett av matfisk i sjø av laks, aure og regnbogeaure i PO4. I dette produksjonsområdet er det til ei kvar tid om lag 100 aktive oppdrettsanlegg.

Det følgjer av akvakulturlova § 5 første ledd at «akvakulturtillatelsen gir rett til produksjon av bestemte arter på avgrensede geografiske områder (lokaliteter), med de til enhver tid fastsatte begrensninger av tillatelsens omfang.» Saka her gjeld dei avgrensingane Staten sette for Oppdrettarane ved vedtakinga av kapasitetsjusteringsforskrifta .

Vedtak om justering av produksjonsvolum på områdenivå etter kapasitetsjusteringsforskrifta er eit sentralt verkemiddel i det såkalla *trafikklyssystemet*, som vart innført på bakgrunn av Meld. St. 16 (2014-2015) «Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett», heretter omtala som Havbruksmeldinga. Bakgrunnen for meldinga var at ein over tid hadde hatt lite føreseielege rammer for vekst i næringa, samt at ein hadde eit langsiktig politisk mål om å auke verdiskapinga vesentleg. I Havbruksmeldinga la regjeringa til grunn at miljøomsyn skulle vere det klart viktigaste vurderingskriteriet for å tillate vekst i framtida. Regjeringa føreslo vidare å innføre ei ordning der framtidige kapasitetsendringar skulle knytast til ein *handlingsregel* basert på eit modulbasert system med *miljøindikatorar* og *produksjonsområder*. På denne måten skulle ein sikre både stabile og føreseielege rammer for oppdrettsnæringa, og miljømessig bærekraft.

Forslaget til handlingsregel gjekk enkelt forklart ut på at ein skulle dele kysten inn i produksjonsområde, der miljøtilstanden i kvart område skulle vurderast for seg. Dersom miljøsituasjonen vart vurdert som akseptabel burde ein kunne gje oppdrettarane der tilbod om vekst (grønt lys) – altså auka MTB. Ved moderat miljøpåverking burde produksjonskapasiteten frysast (gult lys), medan ein ved uakseptabel miljøtilstand burde kunne redusere kapasiteten (raudt lys).

Regjeringa føreslo i Havbruksmeldinga at kapasitetsjusteringar skulle kunne skje kvart andre år, og at justeringa skulle vere på 6 % kvar gong. Dette vart vurdert som ein moderat risikoprofil.

Regjeringa føreslo å opprette *produksjonsområde* basert på data om spreining av lakselus i sjøen, der grensene vart sett med vekt på naturlege smittehygieniske barrierar. Inndelinga skulle bygge på vitenskaplege vurderingar av data frå straummodellering og partikkelspreiingsmodellar.

Miljøtilstanden skulle vurderast etter ein eller fleire *miljøindikatorar*. I vurderinga av ulike alternative miljøindikatorar, som t.d. rømt oppdrettsfisk som påverka villaksen genetisk, føreslo regjeringa at lakselus skulle vere styrande, jf. Havbruksmeldinga s. 10:

Det er et godt samsvar mellom mengden oppdrettsfisk i sjøen, nivå av lakselus på oppdrettsfisken og hvor stor påvirkning lakselus har på ville laksebestander, særlig sjørret. Derfor er lakseluspåvirkning på ville bestander godt egnet som indikator. Lusenivåene vil imidlertid variere også etter faktorer som næringen ikke kan påvirke, som for eksempel sjøtemperatur og saltinnhold i vannet. Vurderingene som må gjøres, og modellene som benyttes, vil derfor måtte ta høyde for slike variasjoner.

Lakselusindikatoren i trafikklyssystemet skulle bygge på grenseverdier med ei inndeling i låg, moderat og høg risiko for dødelegheit, jf. Havbruksmeldinga s. 60:

Tabell 10.1 Grenseverdier for lakselusindikator.

Lav risiko/påvirkning	Moderat risiko/påvirkning	Høy risiko/påvirkning
Det er sannsynlig at < 10 prosent av populasjonen dør pga. luseinfeksjon.	Det er sannsynlig at 10 – 30 prosent av populasjonen dør pga. luseinfeksjon.	Det er sannsynlig at > 30 prosent av populasjonen dør pga. luseinfeksjon.

Grad av sannsynleg dødelegheit skulle bygge på simulerte data om smittepress og observasjonar av lusebelastning. Metodikken for måling av smittepress frå lakselus, med vekt på modellering, var allereie utvikla og hadde vore brukt i lengre tid. Bruken av varslingsindikator for lakselus med desse grenseverdiane var også føreslått i forgjengaren til Havbruksmeldinga, Meld. St. 22 (2012-2013) «Verdens fremste sjømatnasjon».

Stortinget slutta seg i det vesentlege til konklusjonane i Havbruksmeldinga, jf. Innst. 361 S (2014-2015).

I den vidare oppfølginga av Havbruksmeldinga bestilte Nærings- og fiskeridepartementet ved brev av 19. desember 2016 oppretting av ei *styringsgruppe* med tre medlemmer. Gruppa skulle bestå av representantar frå Havforskningsinstituttet (HI), Veterinærinstituttet (VI) og Norsk institutt for naturforvaltning (NINA). Styringsgruppa skulle så opprette ei *ekspertgruppe* av forskarar på 7-9 personar. Av bestillingsbrevet gjekk det fram at «ekspertgruppen skal settes sammen så bredt som mulig av personer med kompetanse på feltet og med evne til å gjøre en overordnet analyse av all tilgjengelig kunnskap for å komme med en enhetlig anbefaling om lakselusindusert villfiskdødelighet per produksjonsområde». Ekspertgruppa skulle gje ei tilråding til styringsgruppa, som så skulle gje råd til departementet om miljøtilstanden.

Bestillinga frå departementet vart følgt opp, og ekspertgruppa og styringsgruppa vart etablert. Ekspertgruppa vart sett saman av ti forskarar frå ulike forskingsinstitusjonar: Universitetet i Bergen, Sintef Ocean AS, NINA, VI, HI, Rådgivende Biologer AS og Uni Research Miljø. Ekspertgruppa eksisterer framleis og har etter opprettinga hatt mindre utskiftingar fram til i dag.

Parallelt med opprettinga av styringsgruppa og ekspertgruppa vart Havbruksmeldinga følgt opp med nytt regelverk, og trafikklyssystemet vart formelt innført.

Ved vedtakinga av *produksjonsområdeforskrifta* av 16. januar 2017 (FOR-2017-01-16-61) vart kysten delt inn i 13 produksjonsområde med verknad frå og med 15. oktober 2017. I produksjonsområdeforskrifta § 8 og § 9 første og andre ledd vart dessutan handlingsregelen kodifisert. I § 8 er følgjande fastsett:

Produksjonskapasiteten i produksjonsområder for akvakultur reguleres i samsvar med områdets miljømessige bærekraft. Påvirkningen fra akvakultur på miljøet overvåkes etter de til enhver tid gjeldende miljøindikatorene, som fremkommer av annet ledd.

Påvirkningen av lakselus (*Lepeophtheirus salmonis*) på vill laksefisk er miljøindikator. Departementet vurderer om miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, moderat eller uakseptabel.

Departementet skal annen hvert år, basert på vurderingen i annet ledd, gjøre en vurdering av om produksjonskapasiteten skal justeres i et produksjonsområde

År med eventuelle justeringar etter forskrifta ville vere oddetalsår. Omgrepet «vill laksefisk» i andre ledd omfattar både laks, sjøaure og sjørøye. Ekspertgruppa sitt mandat vart snevra inn til berre å gjelde villaks, fordi ein ikkje fann å ha godt nok kunnskapsgrunnlag for å vurdere lakselusindusert dødelegheit på andre laksefiskar. Tydinga av dette kjem retten tilbake til, men det er ikkje omstridt at lakselus også er eit problem for den ville auren.

I forskrifta § 9 første og andre ledd var det gitt nærare reglar om nedjustering av produksjonskapasitet:

Ved uakseptabel miljøpåvirkning i et produksjonsområde kan departementet ved forskrift nedjustere produksjonskapasiteten i produksjonsområdet.

Nedjusteringen i produksjonskapasitet gjelder fra og med 6 måneder etter at forskrift om nedjustering trer i kraft.

Forskrifta vart vedtatt med heimel i akvakulturlova og matlova.

Ekspertgruppa sin rapport for 2016 låg føre våren 2017. Retten kjem tilbake til ei nærare utgreiing om ekspertgruppa sitt mandat og metodikk seinare, men i grove trekk byggjer gruppa på resultat frå ulike *elektroniske modellverktøy* og *observasjonar*. Modellverktøya er datasimulerte berekningar av lakselusa si utbreiing til ei kvar tid. Modellane tar utgangspunkt i kunnskap om klekking av lakseluslarvar frå lus på oppdrettfisk. Dette byggjer på innrapporterte data frå oppdrettarane. Desse opplysningane vert så halde saman med data om straumforhold, vind, ferskvatnavrenning, tidevatn, saltinnhald og temperatur i ulike modellar. Modellane skal vise korleis larvane spreier seg i vassmassane i tid og rom. Modellane vert stadig utvikla. *Observasjonar* er stikkprøvefunn av lakselus på laksefisk som vert fanga i ruser eller trål, eller som er sett ut i såkalla vaktbur.

I rapporten for 2016 konkluderte ekspertgruppa med at det var moderat risiko for lakselusindusert villaksdødelighet i PO4. Usikkerheita ved konklusjonen vart skildra slik:

**Usikkerhet:** Veldig stort produksjonsområde, enkelte mindre områder (Nordhordland, nordsiden av Sognefjorden) har høy risiko selv om området i sin helhet vurderes til å ha moderat risiko. Stor usikkerhet som avhenger av utvandringsruter.

I ei pressemelding av 14. juni 2017 uttalte dåverande fiskeriminister Per Sandberg at PO4 førebels vart farga gult. Det vart vist til ekspertgruppa si vurdering av moderat risiko, med relativt stor usikkerheit. Sju produksjonsområder vart farga grønt, fem vart farga gult, og eitt (PO3) vart farga raudt. I pressemeldinga heitte det vidare: «Dersom dette er situasjonen også i høst, vil det innebære at de grønne områdene vil kunne få tilbud om 6 prosent vekst, men det blir ingen nedjustering av kapasiteten i det røde området. Nedjustering av produksjonskapasitet i eventuelle røde områder vil først gjennomføres i neste runde med kapasitetsjusteringer, altså i 2019.»

Hausten 2017 kom ekspertgruppa sin neste rapport «Vurdering av lakselusindusert dødelighet per produksjonsområde i 2016 og 2017» med slik konklusjon:

**Konklusjon:** Moderat risiko i 2016 og høy risiko i 2017 for lakselusindusert villfiskdødelighet *Usikkerhet:* Middels usikkerhet for området i sin helhet. Gode data fra Sognefjorden i 2017 som viser høy risiko for lakselusindusert dødelighet med lav usikkerhet. Mindre data fra sørlig del av området, og fra Sunnfjord og Nordfjord fører til større usikkerhet for området som helhet.

Ekspertgruppa sin rapport vart vurdert av styringsgruppa, som gav sitt råd til departementet ved brev av 15. september 2017. Rådet for 2016 – 2017 var at det var >30% sannsynleg lakselusindusert dødelegheit i PO4. I tilrådinga heiter det vidare: «Usikkerheten er vurdert til middels fordi det finnes bare overvåkingsdata fra deler av området, som viser høy risiko, samtidig som deler av området har dårligere dekning.»

I pressemeldinga av 30. oktober 2017 med tittel «Regjeringen skrur på trafikklyset», vart det opplyst at regjeringa hadde bestemt at åtte produksjonsområde skulle setjast til grønt, tre til gult og to til raudt (3 og 4). For dei grønne områda skulle det gjevast ei tildelingsforskrift for korleis vekst skulle gjennomførast. Eventuelt nedtrekk av produksjonskapasitet skulle først skje i dei områda som vart raude i neste runde, i 2019.

I 2018 skulle det ikkje gjennomførast kapasitetsjusteringar, men ekspertgruppa utarbeidde ein liknande rapport som for 2016-2017. Konklusjonen for PO4 var at det var moderat (10-30%) sannsynleg lakselusindusert dødelegheit. Konklusjonen hadde høg usikkerheit, hovudsakeleg fordi området dekte regionar med både høgt og lågt smittepress – «heterogen utbreiing». Styringsgruppa utarbeidde ein statusrapport til departementet der resultata vart presentert, og i ei pressemelding 29. november 2018 vart dei offentleggjort.

Den 21. juni 2019 vart føresegna i akvakulturlova § 9 tredje ledd vedtatt ved lov. Lova tok til å gjelde 1. juli 2019. Formålet var å klargjere heimelen for samla nedjustering av MTB på produksjonsområdenivå. Føresegna har slik ordlyd:

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

I 2019 skulle det etter trafikklyssystemet på ny vurderast kapasitetsjusteringar, men vedtaket vart forseinka.

Justeringane for 2019 skulle skje ved forskrift. Forslaget til kapasitetsjusteringsforskrift vart sendt på høyring 11. oktober 2019, med svarfrist 29. november 2019. Men høyringsnotatet inneheldt ingen opplysningar om *kva for* produksjonsområder som ville bli nedjustert. Ekspertgruppa sin rapport var ikkje ferdigstilt enda.

I ekspertgruppa sin rapport for 2019, som skal ha vore ferdigstilt i slutten av oktober 2019, var konklusjonen for PO4 «høy lakselusindusert villfiskdødelighet i 2019». Konklusjonen vart vurdert som middels usikker. Vurderinga bygde særleg på at området er stort, og at dekninga av observasjonar ikkje var jamt. I tillegg gjorde ekspertgruppa ei ny vurdering for 2018. Konklusjonen «moderat» vart ikkje endra, men usikkerheita vart endra frå høg til middels, og i retning av høg dødelegheit.

Ekspertgruppa sin rapport vart vurdert av styringsgruppa. I brev av 17. november 2019 gav styringsgruppa departementet råd om grenseverdi >30% lakselusindusert villfiskdødelegheit samla for åra 2018 og 2019 i PO4. Dette tilsa høg risiko/påverking.

I notat til fiskeriminister Harald Tom Nesvik av 28. november 2019 gjorde departementet ved Fiskeri- og havbruksavdelinga greie for sitt syn på korleis fargelegginga burde vere. For PO4 uttalte avdelinga av «avdelingen vurderer at miljøpåvirkningen i området er uakseptabel, og at det er forbundet med svært høy miljømessig risiko å ikke redusere produksjonskapasiteten her». Det vart føreslått å farge PO4 raudt.

I pressemelding av 19. desember 2019 varsla departementet at avgjerda om fargelegging av produksjonsområda for 2020 – 2021 ville kome etter nyttår. Den 20. januar 2020 gjekk Framstegspartiet ut av regjeringa. Nesvik gjekk av som fiskeriminister, og Geir-Inge Sivertsen overtok posisjonen. I notat av 27. januar 2020 frå Fiskeri- og havbruksavdelinga vart den nye statsråden orientert om dei vurderingane som var gjort og om prosessen vidare. Statsråden vurderte rådet som var gitt om fargelegging av PO4, og stilte seg bak dette. Avgjerda om nedtrekk vart formelt treft av departementet ved vedtakinga av kapasitetsjusteringsforskrifta 4. februar 2020. Avgjerda vart offentleggjort ved pressemelding av same dato med tittelen «Regjeringen skrur på trafikklyset i havbruksnæringen.» Ni produksjonsområde fekk grønt lys, to fekk gult lys og to (PO4 og PO5) fekk raudt lys.

Kapittel 4 i kapasitetsjusteringsforskrifta gjeld for PO4 og PO5, jf. § 3. Kapittel 4 § 21 lyder slik:

**§ 21. Utnyttelse av tillatelseskapasitet i produksjonsområder med uakseptabel miljøpåvirkning**

Tillatelser som er omfattet av dette kapittelets virkeområde kan utnyttes med inntil 94 prosent av tillatelsens pålydende fra og med 6 måneder etter ikrafttredelsen av denne forskriften, jf. forskrift 17. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg § 47 første ledd. Dette gjelder også dersom tillatelsen inngår i et biomassetak etter forskrift 17. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg § 47, § 48, § 48a og § 48b.

Denne bestemmelsen gjelder ikke for tillatelseskapasitet fastsatt i medhold av denne forskriftens § 17 og § 20

Vedtaket er gjort med heimel i akvakulturlova § 9 tredje ledd.

Den 20. mars 2020 sende *PO3/4 Kunnskapsinnkubator* (interesseorganisasjon for oppdrettarane i PO3 og PO4) ved Even Søfteland brev til departementet med forslag om at ein i staden for å iverksette det vedtekne nedtrekket for PO4 og PO5, skulle redusere produksjonen med 12 % i perioden 1. april – 1. august 2021, og auke produksjonen tilsvarende i perioden 1. august 2021 – 1. april 2022. Prøveordninga skulle vare i to år. Denne modellen har vore kalla *variabel MTB*. Bakgrunnen var særleg at ein på denne måten skulle skjerme villaksen i den sårbare perioden under utvandringa om våren, og auke produksjonen på eit seinare tidspunkt når luseproblemet for villaksen var mindre. Departementet bad styringsgruppa om å greie ut forslaget. I notat av 31. oktober 2020 konkluderte gruppa med at forslaget ville medføre auka negativ belastning på sjøaure og laks. Departementet valde å ikkje følgje opp forslaget vidare.



Ved stemming til Sogn og Fjordane tingrett av 5. august 2020 reiste Oppdrettarane søksmål mot staten ved Nærings- og fiskeridepartementet. I stemminga var det tatt inn tilleggsgrunnlag for Eide Fjordbruk AS, Fjord Drift AS, Tombre Fiskeanlegg AS, E. Karstensen Fiskeoppdrett AS og Marø Havbruk AS. Desse tilleggsgrunnlaga vart ved retten si avgjerd av 21. desember 2020 skild ut som eigne saker ved deling etter tvistelova § 16-1.

Hovudforhandling vart halden i Sogn og Fjordane tingrett 8. – 18. februar 2021. For saksøkarane møtte fire partsrepresentantar: Tombre Fiskeanlegg AS ved Håkon Tombre, Nordfjordlaks AS ved Inge Kandal, Steinvik Fiskefarm AS ved Erlend Vassbotn og Marø Havbruk AS ved Elin Tveit Sveen. Saksøkarane sin prosessfullmektig var advokat Trond Hatland med rettsleg medhjelpar advokatfullmektig Liv Sofie Utvær. For Staten møtte fagdirektør Christopher Grøvdal Rønbeck, med prosessfullmektig advokat Hilde Lund og rettsleg medhjelpar advokat Knut Klever Ness. Retten fekk forklaring frå 4 partsrepresentantar, 6 vitne og 14 sakkyndige vitne, og det vart lagt fram slik dokumentasjon som går fram av rettsboka.

### **3. Påstandar og påstandsgrunnlag**

#### **3.1 Saksøkarane (Oppdrettarane) sin påstand og påstandsgrunnlag:**

Oppdrettarane har lagt ned slik *påstand*:

1. Staten v/Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 4. februar 2020 om nedjustering av tillatelseskapasitet, inntatt i forskrift FOR-2020-02-04-105 § 21, jf. § 3 tredje ledd, er ikke bindende for Saksøkerne.
2. Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet er erstatningspliktig overfor Saksøkerne.
3. Saksøkerne tilkjennes sakskostnader for tingretten.

Oppdrettarane har framført slikt *grunnlag* for påstanden:

Vedtaket i kapasitetsjusteringsforskrifta er ugyldig av fleire årsaker. For det første manglar vedtaket heimel i lov. Akvakulturlova § 9 tredje ledd set krav om at vedtak om nedregulering må vere «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Ut frå miljøindikatoren fastsett i produksjonsområdeforskrifta § 8 andre ledd andre punktum må staten godtgjere at meir enn 30 % av villakspopulasjonen i produksjonsområdet dør som følge av luseinfeksjon forårsaka av lus frå oppdrett. Slik lakselusindusert dødelegheit er ikkje dokumentert. Det er ikkje påvist kva smittepress den utvandrande postsmolten har vore utsett for, det er ikkje påvist påslag av lus og det er ikkje påvist at 30 % dødelegheit blant villaksen skyldast lus frå oppdrett. Dei teoretiske modellane som er nytta er innbyrdes motstridande og prediksjonane frå modellane samsvarar heller ikkje med observasjonsdata.

Vedtaket er heller ikkje eigna til å oppnå føremålet med heimelsføresegna, som er ein betra miljøsituasjon i området. Forsking viser at inngrepet ikkje vil ha tilsikta effekt. Nedregulering er heller ikkje nødvendig, fordi Oppdrettarane har fremja alternative forslag som ivaretar utvandrande laksesmolt minst like godt som departementet si kollektive nedregulering.

For det andre byggjer vedtaket på eit mangelfullt og feil faktagrunnlag. Det er ikkje berre udokumentert, men også usannsynleg, at lakselus produsert innan oppdrett i PO4 medfører meir enn 30 % dødelegheit i villakspopulasjonen i området. Lusesituasjonen i PO4 har vore god dei siste åra, og villaksbestanden aukar. Det er fleire årsaker til at lyssettinga i PO4 den 4. februar 2020 vart feil (lista er ikkje uttømmande):

- Modellane byggjer ikkje på fakta, men på hypotesar. Hypotesane var feil og/eller hefta med så stor usikkerheit at dei ikkje kunne leie til «raudt lys».
- Vedtaket byggjer på feil utvandringstidspunkt, utvandringshastigheit og utvandringmønster for smolten. Med rette data er modellert smittepress vesentleg lågare.
- Vedtaket byggjer på feil verdiar for reproduksjon, påslag og dødelegheit for lakselus.
- Vedtaket byggjer på udokumenterte og urette verdiar for lakseluindustert dødelegheit hos villaks.
- Vedtaket byggjer på feltundersøkingar som lir av metodiske veikskapar, og resultata frå desse kan av mange grunnar ikkje generaliserast.
- Vedtaket føreset at dødelegheit hos utvandrande smolt kan overførast til ein generell bestandsregulerande effekt. Dette er ikkje dokumentert.
- I strid med føresetnadene i rettskjeldene for nedtrekk, skil ikkje målingane mellom påslag av lakselus frå oppdrett og andre kjelder til lus.

I vurderinga av faktagrunnlaget må ein ta omsyn til fakta som har kome til etter vedtaket.

For det tredje lir vedtaket av ei rekkje saksbehandlingsfeil. Justeringsforskrifta er i realiteten 25 separate enkeltvedtak. Vedtaket rammar ein avgrensa krins av identifiserte verksemdar, det gjeld deira individuelle rettar og plikter, og er i realiteten ei omgjerding av tidlegare enkeltvedtak (konsesjonsvedtaka). Vedtaket har dessutan store og direkte følgjer for Oppdrettarane, og omsynet til den private sin rettstryggleik tilseier at det dreier seg om enkeltvedtak. I alle høve er det slik tvil om vedtaket er enkeltvedtak eller forskrift at saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak må gjelde, direkte eller subsidiært ved analogi.

For kvart av vedtaka ligg det føre brot på grunnleggande saksbehandlingsreglar om mellom anna innsyn og kontradiksjon i forvaltningslova kapittel IV-VI. Dette er feil som utan vidare må reknast å ha tyding for innhaldet i vedtaket, jf. § 41. Vedtaket er difor ugyldig.

Dersom retten kjem til at det er saksbehandlingsreglane for forskrifter som gjeld, er vedtaket uansett ugyldig som følgje av mangelfull utgreiing og kontradiksjon, jf. forvaltningslova § 37 halde saman med utgreiingsinstruksen punkt 2-1. Det er tale om eit svært inngripande vedtak, og det må gjelde strenge krav til forvaltninga si saksbehandling, på line med krava til enkeltvedtak. Feilen må ha fått direkte tyding for innhaldet i vedtaket, og vedtaket er difor ugyldig.

For det fjerde inneber vedtaket ulovleg tilbakeverknad etter Grunnlova § 97. Vedtaket inneber inngrep i sjølvstendige og etablerte formuesgode, som mange av Oppdrettarane har erverva frå Staten mot betydelege vederlag. Oppdrettsfisk står i smoltanlegg på land i eitt år før den vert sett ut i sjøen, og står deretter to år i sjøen. Oppdrettarane har difor liten mulegheit til å planlegge og innrette drifta slik at ein unngår store tap og bortkasta investeringar når vedtaket vert fastsett med berre seks månader varsel. Dessutan er tidspunktet for innslag – 5. august 2020 – vilkårleg og lite fornuftig. Norma for vurderinga etter Grunnlova § 97 er om «sterke samfunnsmessige omsyn» talar for vedtaket, og slike omsyn ligg ikkje føre. Ein viser særleg til at det er svært usikkert om tiltaket er eigna, og at tilsvarande eller betre miljøeffektar vert oppnådd med mindre inngripande verkemiddel.

For det femte utgjer vedtaket eit brot på EMK P1-1 og Grunnlova § 105. Det er tale om vesentlege inngrep i etablerte rettar. Vedtaket må i utgangspunktet vurderast etter den såkalla «kontrollregelen» i EMK P1-1, men det inneheld også eit sterkt avståingselement som må vektleggast i proporsjonalitetsvurderinga. Inngrepet er svært byrdefullt for Oppdrettarane, som i liten grad har kunna planlegge drifta for å unngå tap. Fordi forskriftsforma vart brukt, har Oppdrettarane vore avskorne frå fleire prosessuelle rettar, og dei har ikkje fått tilbod om nokon økonomisk kompensasjon. Det må også vektleggast at det er svært usikkert om tiltaket er eigna, og at tilsvarande eller betre miljøeffektar vert oppnådd med mindre inngripande verkemiddel. Vedtaket er difor uforholdsmessig og i strid med både EMK P1-1 og Grunnlova § 105.

For det sjette er vedtaket ugyldig som følgje av maktmisbruk og uforsvarleg skjønnsutøving. Departementet si vurdering av nedjustering av kapasitet i PO4 byggjer på andre vilkår og føresetnader enn dei som er nedfelt i lovgrunnlaget. Området vart farga raudt på bakgrunn av usikre prognosar om negativ miljøutvikling bygd på tilfeldige utslag i observasjonsdata, og ikkje ein modellert villaksdødelegheit. Observasjonsdata frå eitt fjordsystem i 2019 vart avgjerande for alle fjordsystema i PO4, og deretter vart tydinga av data frå 2018 lagt vekk. Utifrå dette antok departementet at det låg føre ein negativ «trend» i PO4. Det uhaldbare «trendbildet» vart motbevist allereie våren 2020.

At Oppdrettarane ikkje fekk kjennskap til grunnlaget for fargelegginga før kapasitetsjusteringsforskrifta vart vedtatt, at dei ikkje fekk høve til å gjere tilpassingar, at vedtaket rammar Oppdrettarane i «grøne» og «gule» område i PO4 og at forskrifta ikkje

gjev ei klar tidsmessig avgrensing for vedtaket, talar i seg sjølv for at vilkåret er vilkårleg og grovt urimeleg.

Grunnvilkåra for erstatning er oppfylt, og erstatningskravet kan byggje på eitt av fleire mulige erstatningsgrunnlag. Brot på Grunnlova og EMK P1-1 gir grunnlag for objektivt erstatningsansvar. Vidare ligg det føre «særlege hensyn» som grunngir eit objektivt erstatningsansvar (jf. HR-2019-2396-A). Den uheimla maktutøvinga er uføreseieleg, og den rammar Oppdrettarane blindt, hardt og på ubestemt tid. Endeleg kan ansvaret utleiast frå skadebotlova § 2-1, som gir uttrykk for at ei streng aktsemdsnorm når det gjeld offentleg maktutøving. Alle grunnane som det er vist til for ugyldigheit talar kvar for seg og samla for at norma er broten. Subsidiært vert det gjort gjeldande at vilkåra for erstatning er oppfylt sjølv om retten skulle kome til at vedtaket er gyldig.

Oppdrettarane har lidt eit økonomisk tap som følgje av vedtaket, og det er årsakssamanheng mellom tapet og dei påviste manglane ved vedtaket.

### **3.2 Saksøkte (Staten) sin påstand og påstandsgrunnlag**

Staten har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet frifinnes.
2. Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet tilkjennes sakskostnader.

Staten sitt *grunnlag* for påstanden:

Staten sitt syn er at saksøkarane ikkje kan høyrast med at forskrifta er ugyldig. Vedtaket om å nedjustere produksjonsområdet er ei forskrift og ikkje eit enkeltvedtak. Vidare har forskrifta tilstrekkeleg heimel i lova, og den byggjer på rett faktum. Det er ikkje gjort saksbehandlingsfeil som kan leie til ugyldigheit, og forskrifta er heller ikkje vilkårleg eller grovt urimeleg. Det ligg heller ikkje føre brot på Grunnlova §§ 97 eller 105 eller EMK P1-1.

Akvakulturlova § 9 tredje ledd gjev departementet ein vid forskriftsheimel.

Nødvendighets- og kan-vurderingane som departementet skal gjere smeltar saman og inngår i forvaltninga sitt frie skjøn. Dermed er domstolskontrollen avgrensa, slik at retten ikkje kan overprøve departementet si vurdering av om det var nødvendig å vedta kapasitetsjusteringsforskrifta av omsyn til miljøet. Dette følgjer av Prop. 95 L (2018-2019) s. 24, kor det mellom anna går fram at det «vil bero på et faglig skjønn» om det er nødvendig å redusere mulegheitene til å utnytte konsesjonane innanfor eit område. Kravet er at det «er vurdert» om det finst andre eigna og mindre inngripande tiltak som heller kan setjast inn. Når dette er vurdert, kan ikkje domstolane overprøve vurderinga av om tiltaket var nødvendig.

Det følgjer vidare av Proposisjonen at det skal takast omsyn til samfunnsmessige konsekvensar, men det skal ikkje gjerast individuelle vurderingar av korleis den enkelte konsesjonshavaren vert råka. Det skal heller ikkje gjerast individuelle vurderingar av kor mykje den enkelte konsesjonshavaren påverkar miljøet. Oppdrettarane har imidlertid høve til å søke om unntak frå nedjusteringa.

Ved innføringa av trafikklyssystemet har departementet vurdert kva som er akseptabel påverking frå havbruksnæringa på ville laksebestander med omsyn til lakselus. Det følgjer vidare av Proposisjonen at ein har slutta seg til dei grenseverdiane som låg til grunn for vedtaket.

Departementet si vurdering av om produksjonskapasiteten i PO4 skulle nedjusterast bygde på den oppnemnde styringsgruppa sine råd, som igjen bygde på den oppnemnde ekspertgruppa sine rapportar for 2018 og 2019. Vurderingane framgår av dokumenta frå forarbeida til vedtaket.

Ei rekke av spørsmåla i saka er drøfta og vurdert av departementet i Proposisjonen som leia fram til vedtakinga av akvakulturlova § 9 tredje ledd, og som Stortinget slutta seg til gjennom lovvedtaket. Dette må få avgjerande vekt.

Subsidiært er det Staten sitt syn at domstolane på grunn av vurderingstemaet sin faglege karakter bør vise atterhald med å overprøve forvaltninga sine faglege vurderingar.

Det er ingen sviikt i dei faktiske premissane for vedtaket. Det skal dessutan mykje til for at ei forskrift skal kunne bli underkjent på grunn av slik sviikt. Avgjerande for vurderinga er korleis forholda framstår på tidspunktet for vedtaket, jf. Proposisjonen s. 37. Det miljørettslege føre-var prinsippet står dessutan sterkt, og beviskravet kan difor vere lågare enn det alminnelege kravet om overvekt av sannsynlegheit.

Departementet hadde eit tilstrekkeleg faktisk grunnlag for vedtaket om nedjustering. Departementet heldt seg til det faktagrunnlaget som vart gitt gjennom rådet frå styringsgruppa og rapportane frå ekspertgruppa. Begge gruppene har halde seg til mandatet frå departementet, som er i tråd med dei rammene som ligg i trafikklyssystemet. Saksøkarane har ikkje gjort det sannsynleg at ekspertgruppa har oversett eller feiltolka tilgjengeleg kunnskap, data eller resultat frå forskings, overvåkings- og utviklingsprosjekt, og heller ikkje at ekspertgruppa har vurdert usikkerheit feil. Saksøkarane har heller ikkje sannsynleggjort at styringsgruppa har feiltolka ekspertrapportane, eller at styringsgruppa på annan måte har medverka til å villeie departementet. Det er difor ikkje grunnlag for å kjenne forskrifta ugyldig på grunn av eit sviiktande faktagrunnlag.

Vedtaket er heller ikkje ugyldig som følgje av saksbehandlingsfeil. Det følgjer av Proposisjonen at lovgjevaren har tatt stilling til vedtaksform i vedtaksheimelen i akvakulturlova § 9 tredje ledd, og bevisst valt at det er saksbehandlingsreglane for forskrifter som skal gjelde. Det følgjer vidare av forarbeida at det ikkje kan krevjast analogisk bruk av saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak.

Saksbehandlingsreglane i forvaltningslova for forskrifter er ikkje særleg strenge. Etter § 37 første ledd skal forvaltningsorganet «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Det sentrale verkemiddelet er plikta til å varsle interesserte og gje dei høve til å uttale seg, jf. § 37 andre til femte ledd. Saksøkarane er gitt høve til å uttale seg og kome med innspel – ikkje berre i høyringa til kapasitetsjusteringsforskrifta, men på ei rekkje tidlegare stadium i samband med innføringa av trafikklyssystemet.

Kapasitetsjusteringsforskrifta vart sendt på alminneleg høyring. Høyringa gjaldt alle tekniske sider ved gjennomføringa av forskrifta. I praksis vart dette gjennomført ved at eit utkast til forskrift vart sendt på høyring, men slik at det ikkje var fastsett kva for produksjonsområde som ville bli nedjustert. Det einaste saksøkarane ikkje fekk førehandsvarsel om, var kva for farge dei ulike produksjonsområda ville få. Det var heller ikkje avgjort då forskrifta vart sendt på høyring. Denne framgangsmåten oppfyller krava i forvaltningslova § 37.

I tillegg kjem at metodikken som ekspertgruppa, styringsgruppa og departementet arbeider etter, er velkjent, etter at miljøindikatoren og grenseverdiane tidlegare har vore på høyring i fleire rundar. I desse prosessane fekk Oppdrettarane høve til å uttale seg.

Samla sett medfører dette at endringar i produksjonskapasiteten er føreseielege for oppdrettsnæringa. Dei veit kva for parameter dei vert vurdert etter, og dei kan følgje med i korleis tilstanden er i området sitt.

Subsidiært er det Staten sitt syn at ein eventuell saksbehandlingsfeil ikkje kan ha hatt tyding for innhaldet i vedtaket, jf. forvaltningslova § 41, og kapasitetsforskrifta er uansett gyldig. Oppdrettarane sine motførestillingar mot trafikklyssystemet var velkjende for departementet då forskrifta vart vedtatt. Oppdrettarane sitt eige syn på kva farge deira oppdrettsområde bør få, er ikkje relevant etter den gjeldande miljøindikatoren. Denne byggjer på grenseverdiane som er fastsett på eit vitskapeleg grunnlag. Det følgjer av Proposisjonen at det ikkje er relevant å sjå hen til korleis den enkelte konsesjonshavaren vert råka av tilpassinga. Det er såleis vanskeleg å sjå kva for innverknad det kunne hatt om saksøkarane hadde fått uttale seg om at PO4 var føreslått nedjustert med 6 %.

Saksøkarane sin påstand om at vedtaket er ugyldig etter læra om maktmisbruk kan ikkje føre fram.

Påstanden til saksøkarane er at kapasitetsjusteringsforskrifta er vilkårleg og grovt urimeleg. Tradisjonelt har maktmisbrukslæra berre vore brukt på enkeltvedtak, og i NOU 2019:5 side 598 føreslår forvaltningslovutvalet berre å lovfeste læra for enkeltvedtak. Skrankane for kva departementet kan vedta i forskrift, må som utgangspunkt vurderast med utgangspunkt i dei trinnhøgare reglane i Grunnlova § 97 og EMK P1-1. Uansett skal det svært mykje til for at eit vedtak kan bli kjent ugyldig som følgje av maktmisbruk, og denne terskelen er ikkje nådd i saka her.

Kapasitetsjusteringsforskrifta byggjer på grundige vurderingar av departementet. Desse vurderingane byggjer på råd frå styringsgruppa og rapportar frå ekspertgruppa, som tar omsyn til all tilgjengeleg kunnskap om korleis lakselusa påverkar villaksen. Fargelegginga av PO4 er vidare ein del av gjennomføringa av trafikkløssystemet, som har blitt utgreia i fleire etappar og over mange år, og kor oppdrettsnæringa på fleire stadium har fått høve til å uttale seg. Det har dei også nytta seg av. Systemet har såleis ei brei demokratisk forankring, og nedjusteringar bygd på miljøindikatoren og grenseverdiane er føreseielege for næringa.

Saksøkarane kan heller ikkje høyrast med at vedtaket er i strid med Grunnlova § 97 og EMK P1-1. Dette vart vurdert av lovgjevaren i Proposisjonen, som korrekt konkluderte med at nedjustering med heimel i akvakulturlova § 9 tredje ledd ikkje er i strid med desse reglane. Når det gjeld Grunnlova § 97, er Staten sitt syn at inngangsvilkåret ikkje er oppfylt. Kapasitetsjusteringsforskrifta griper ikkje inn i ein «rett som er beskyttet av Grunnloven». Subsidiært dreier det seg i så fall om «ueigentleg tilbakeverknad», der vurderingstemaet er om reguleringa er «klart urimelig eller urettferdig», noko den ikkje er. Oppdrettarane kunne ikkje forvente at dei fekk vidareført kapasiteten om miljøet vart belasta for hardt. Ordninga er dessutan avgrensa i tid og omfang. Vurdert opp mot behovet for å ivareta fellesskapet sine miljøinteresser, kan den enkelte oppdrettaren sitt ønske om å vidareføre produksjonen uendra ikkje ha særleg vekt.

Det er heller ikkje relevant at Staten sidan 2002 har tatt vederlag ved tildeling av nye konsesjonar. Formålet har vore å ta inn ein del av den verdien som konsesjonen representerer – eit kjenneteikn ved fiskeoppdrett er at det medfører ei utnytting av fellesskapet sine naturressursar. Det følgjer av Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 61 at det at Staten tar eit vederlag ikkje gir særlege rettar samanlikna med dei som har fått vederlagsfri konsesjon, og alle konsesjonsinnehavarar må halde seg til det regelverket som til ei kvar tid gjeld.

Saksøkarane sitt erstatningskrav kan ikkje føre fram. Dersom retten skulle kome til at forskrifta er ugyldig, må eit eventuelt erstatningsansvar følgje av arbeidsgjevaransvaret i skadeserstatningslova § 2-1. Det føreset at departementet har handla uforsvarleg, jf. HR-2019-2396-A. Verken departementet sin rettsbruk, faktumvurdering eller saksbehandling

har vore uforsvarleg, og det ligg difor ikkje føre eit ansvarsgrunnlag. Dersom retten kjem til at vedtaket er gyldig, vil ikkje eit erstatningskrav kunne kome på tale.

## 4. Retten si vurdering

### 4.1 Innleiing

Retten finn det tenleg å først greie kort ut om villaks og lakselus generelt. Etter dette vil retten først drøfte om vedtaket lir av heimelsmanglar, og under dette om delar av vurderinga ligg til forvaltninga sitt frie skjøn. Retten vil så ta føre seg dei ulike grunnlaga Oppdrettarane har vist til som støtte for at vedtaket er ugyldig.

#### Villaks

Noreg er det viktigaste kjerneområdet for den atlantiske villaksen, både på grunn av det store talet bestandar (populasjon innanfor eit avgrensa geografisk område), og den store andelen av arten sin totale førekomst. Noreg er difor særskilt forplikta til å søke å ta vare på arten, jf. Konvensjonen om bevaring av laks i det nordlige Atlanterhav (NASCO).

Villaksen gyter i norske elvar og vassdrag. I PO4 er det 40 lakseelvar. Etter klekking om våren lever fisken i 1 – 6 år i elvane som yngel, seinare parr, og til sist smolt. Når den når smoltstadiet er den tilpassa eit liv i saltvatn. Om våren vandrar smolten som *postsmolt* ut frå elvane og via fjordane til Norskehavet. Villaksen skil seg såleis frå auren, som held seg i fjordane og kystnære strok etter utvandring. Ved utvandringa er laksesmolten vanlegvis mellom 15 og 25 gram.

Utvandringstidspunktet varierer frå elv til elv og frå år til år, men sjølve utvandringa frå elva til havet skjer normalt med ein fart på noko over 10 km dagen. Jo lenger inn i fjorden elva har utlaup, jo lengre tid brukar smolten på utvandringa. Smolten oppheld seg stort sett på mellom 1 og 3 meters djupne under utvandringa. I dette sjiktet er oftast saltinnhaldet i vatnet lågt (låg salinitet). Lengda på utvandringsperioden varierer også frå elv til elv. Ved utvandringa passerar laksen områder med oppdrettsanlegg, og eit sentralt spørsmål i saka er kor utsett villaksen er for smitte av lakselus frå oppdrettanlegga under utvandringa.

Berre eit fåtal av individa overlever tida i sjøen. Villaksen vandrar tilbake til heimelva for å gyte. Det varierer mellom 1 – 4 år kor lenge villaksen beitar i havet før den returnerer, og ein nyttar uttrykka *einsjøvinter*, *tosjøvinter* og *tresjøvinter laks*.

Tilbakegangen av laksebestandane (populasjonen i ei lakseelv) i Noreg har vore vesentleg dei siste tiåra, og talet på laks som vender tilbake frå havet er meir enn halvert sidan midten av 1980-talet. *Vitskapeleg råd for lakseforvaltning* har klassifisert tilstanden for 448 norske laksebestandar for perioden 2010-2014. Berre 20% av laksebestandane var i



god eller svært god tilstand, 35% var i moderat god tilstand, 41 % var i dårleg tilstand, og 4 % var under reetablering etter behandling mot parasitten *Gyrodactilus salaris*. Fangst av villaks i sjø og vassdrag er underlagt streng regulering med sikte å på verne gytebestanden.

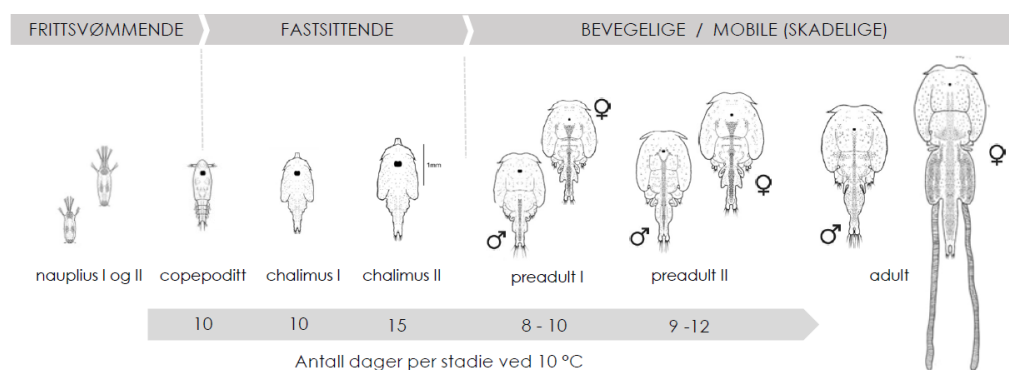
### Lakselus

Lakselus (*Lepeophtheirus salmonis*) er ein parasitt som finst naturleg i alle havområder på den nordlege halvkula. Vertane for lakselus er laksefisk – laks, aure og røye – både vill og i oppdrettsanlegg. Lakselusa festar seg til fisken og lever av slimet, huden og blodet. Dette medfører risiko for skader og infeksjonar på fisken. Ved større tal lus vil skadane medføre at fisken dør. Kor mange lus som skal til å for ta livet av ein laks er partane usamde om.

Lakselusa går igjennom sju larvestadium før den vert vaksen: Nauplius (2), copepoditt (1), chalimus (2) og preadult (2). Overgangane mellom stadia skjer ved skalskifte. Ved nauplius-stadiet driv larvane med vassmassane. Kor lenge og kor store avstandar vil vere avhengig av straum og temperaturforhold. For å overleve må lusa finne seg ein vert innan om lag 50 døgngader. Ved 10 grader C betyr det at lusa kan overleve i vassmassane i 15 dagar. Under optimale forhold vil lusa kunne verte transportert opp mot 80 – 100 km i løpet av ein 10-dagars periode.

Kopepodittstadiet er det smittsame stadiet, der larvane festar seg til laksefisken. Den lusa som ikkje finn ein vert, dør. Ved chalimus-stadiet sit lusa fast utan å kunne flytte seg på fiskekroppen, medan den som preadult og vaksen kan flytte seg. Det er under desse siste stadia lusa gjer størst skade. Ein del lus fell av og dør etter at den har festa seg.

Lusa formeirer seg ved at den vaksne holusa klekker naupliar frå eggstrengane. Ei holus kan produsere fleire hundre egg om gangen, og klekker i fleire omgangar i løpet av levetida. Jo varmare vatnet er, jo hyppigare klekking.



Kilde: Marine Institute [www.marine.ie](http://www.marine.ie), Tegninger av lus: Sea Lice Research Centre, 2020 <https://doi.org/10.18710/GQTYYL>

Lakselusa tolerer ikkje ferskvatn, og lever difor ikkje i elvane. Lusa trivst heller ikkje i ferskvasslaga i fjordane (brakkvatn), som er særleg betydelege under snøsmelting om våren.

Lakselus har tidlegare vore eit stort problem for havbruksnæringa, og det har vore sett i verk ei rekke ulike tiltak med sikte på å redusere ulempene. Oppdrettarar er ved *forskrift om lakselusbekjempelse* (FOR-2012-12-05-1140) pålagt å rutinemessig telje lakselus på fisken, og rapportere til Mattilsynet. Det er sett grenser for kor mange gjennomsnittlege lus det kan vere på kvar fisk. På Vestlandet er grensa mindre enn 0,2 vaksne holus per fisk om våren, frå veke 16 til veke 21, og 0,5 vaksne holus resten av året. Fleire oppdrettarar har ambisjonar om å ligge under 0,1 lus per fisk.

Oppdrettsnæringa har gjennom utvikling av metodar for avlusing og betydelege investeringar lykkast med å redusere talet på lakselus i merdane vesentleg. Dei mest brukte metodane har vore bruk av legemiddel, rensefisk og mekanisk behandling som laser, børsting og spyling. Ein har imidlertid ikkje greidd å kvitte seg heilt med lusa, og saksøkarane erkjenner at smitte frå lakselus i oppdrettsanlegg framleis er, eller kan vere, eit problem for vill laksefisk. Partane er usamde om kor stort dette problemet er.

Oppdrettsfisken står i opne merdar der luselarvar kan bevege seg fritt. Ein viktig faktor for forståinga av smitteproblematikken er talet på oppdrettlaks i merdane. Jo fleire individ, jo fleire potensielle vertar for lakselus. Lakselusa har vesentleg fleire vertar i oppdrettsanlegga enn i fri sjø. I følge ekspertgruppa sin rapport for 2019 var innsiget av villaks i norske fjordar i 2016 om lag 470 000 fisk, og talet på sjøaure og sjørøye om lag 1 million. Til samanlikning var det på same tid i overkant av 300 millionar oppdrettlaks i merdane på norskekysten. Under hovudforhandlinga vart det opplyst at det til ei kvar tid står mellom 400 og 500 millionar laksefisk i norske oppdrettsmerdar. I eit oppdrettsanlegg med fleire hundre tusen fisk vil sjølv få holus på enkelte fisk kunne føre til klekking av fleire millionar naupliar kvar veke. Framveksten av oppdrettsnæringa sidan 1970-talet har såleis skapt eit vesentleg større vekstmiljø for lakselusa. Villaksen vert dessutan ikkje avlusa, slik som oppdrettslaksen, og er difor meir utsett for skade ved smitte.

### *Norsk havbruksnæring*

Noreg har store naturlege fortrinn for oppdrett av laks og aure i sjø, og landet er den største produsenten og eksportøren av atlantisk laks i verda. Den norske oppdrettsnæringa er ein viktig bidragsytar til verdiskaping og sysselsetting på kysten. Næringa har vore i sterk vekst sidan 1990-talet. Eigarstrukturen i næringa består av ei blanding av store børsnoterte selskap og små familiebedrifter, og Oppdrettarane i søksmålet er frå begge kategoriar. Dei siste åra har aktørane i næringa opplevd svært gode driftsmarginar, men næringa er utsett for brå og store svingingar i den internasjonale marknaden.

## 4.2 Har vedtaket heimel i akvakulturlova § 9 tredje ledd?

Oppdrettarane har gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig fordi det ikkje har heimel i lov, fordi vilkåra i akvakulturlova § 9 tredje ikkje er oppfylt. Det vert vist til at det ikkje er godgjort at nedtrekket var «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Under dette spørsmålet reiser det seg fleire ulike rettslege problemstillingar.

Staten har på si side gjort gjeldande at sjølve nødvendighetsvurderinga høyrer under forvaltninga sitt frie skjøn, og difor ikkje kan prøvast av domstolen. Vurderinga smeltar saman med «kan»-skjønnet, jf. Rt-2007-1573 avsnitt 59 (Mulla Krekar). Subsidiært vert det vist til at domstolen på grunn av vurderingstemaet sin karakter må vise atterhald med å overprøve departementet sitt vedtak.

Før retten går nærare inn heimelsspørsmålet, må det klargjerast om lova set grenser for domstolen sin prøvingskompetanse. I motsett fall skal retten i utgangspunktet gjere ei sjølvstendig vurdering, bygd på dei bevisa som er lagt fram, av om tiltaket var nødvendig av omsyn til miljøet. Dersom retten kjem til at tiltaket ikkje var nødvendig, vil departementet sitt vedtak vere ugyldig fordi det ikkje hadde heimel i lov – såkalla materiell kompetansesvikt.

## 4.3 Domstolen sin prøvingskompetanse

Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor enkeltmenneske, jf. Grunnlova § 113. At borgarane kan krevje forvaltningsvedtak prøvd for domstolane er ein viktig rettstryggleiksgaranti for å sikre at legalitetsprinsippet vert overhalde. Retten er grunnlovfesta når det gjeld spørsmålet om vedtaket er i strid med Grunnlova, jf. Grunnlova § 89, og det er antatt at kjernen i retten til alminneleg lovprøving følgjer av konstitusjonell sedvane, jf. Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2019 s. 88. Likevel er det sikker rett at funksjonsfordelinga mellom den dømmende og den utøvande makta kan innebere grenser for kva domstolen kan prøve. Utgangspunktet er likevel at domstolen kan prøve om dei lovbestemte vilkåra for ei forvaltningsavgjerd er oppfylt, jf. Rt-2015-1388 (plenumsdom om internflukt) avsnitt 224.

I vurderinga av omfanget av domstolen sin prøvingskompetanse sontrar ein gjerne mellom fritt skjøn og rettsbrukskjøn. At forvaltninga sitt skjøn er fritt tyder at vurderinga av om eit lovbestemt vilkår er oppfylt ikkje kan overprøvast av domstolen. Forvaltninga står i desse tilfella likevel ikkje fritt til å gjere som den vil. Domstolen vil alltid kunne prøve om forvaltninga har tolka lova rett, bygd på rett faktum eller om skjønnet er utøvd forsvarleg innanfor dei rammene lova set. Rt-1995-72 gjaldt tolking av utlendingslova av 1988 § 30 tredje ledd, som sette forbod mot utvising av ein utlending som fylte krava for busetjingsløyve på det grunnlag at han pådrar seg straffedom for eit alvorleg straffbart forhold, når utvisinga ville vere eit «uforholdsmessig inngrep». Her uttalte førstevoterande:

Det første spørsmål som saken reiser, er om vurderingen etter utlendingsloven § 30 tredje ledd – se også § 29 annet ledd – hører til forvaltningens frie skjønn eller om det dreier seg om et rent rettsanvendelsesskjønn. Jeg går – på samme måte som partene – ut fra at domstolene under enhver omstendighet har den vanlige kontroll med forvaltningens utøvelse av en skjønnspreget myndighet. Det vil si at domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet.

I ei slags mellomstilling mellom rettsbruksskjønn og fritt skjønn står dei tilfella der domstolane har kompetanse til å prøve forvaltninga sine vurderingar, men likevel bør vise atterhald med å nytte denne kompetansen. Høgsterett har lagt denne tilnærminga til grunn i ei rekkje avgjerder, jf. td. Rt-1995-1427 (Naturfreding), Rt-1975-603 (Patentstyre) og Rt-2004-1092 (Reinbeite). Det treng såleis ikkje vere avgjerande for den prøvinga domstolen skal gjere om vurderingsnorma er uttrykk for eit fritt skjønn eller rettsbruksskjøn.

Det er ikkje omstridt at domstolen ikkje kan overprøve departementet si vurdering av om den skal nytte kompetansen til å treffe vedtak om nedjustering, føresett at nødvendighetsvilkåret er oppfylt, jf. ordlyden «kan».

Nødvendighetskriteriet er knytt til omsynet til miljøet. Tiltaket kan såleis ikkje setjast i verk av andre grunnar enn miljøomsyn. Det er ikkje gjort gjeldande frå Oppdrettarane at departementet har tolka miljøomgrepet i lova feil. Oppdrettarane har heller ikkje hatt innvendingar mot at meir enn 30 % dødelegheit hos villaks på grunn av lakselus, som er det departementet har lagt til grunn, vil vere eit miljøproblem som kan grunnge tiltak etter akvakulturlova § 9 tredje ledd. Det er dessutan ikkje omstridt at Staten sitt val av verkemiddel – nedjustering av MTB på 6 % for alle oppdrettarar i PO4 – i utgangspunktet ligg innanfor lova sine rammer. Hovudpoenget til Oppdrettarane er at det ikkje er ført tilstrekkeleg bevis for denne *miljøtilstanden*. Spørsmålet om eventuelle feil ved faktagrunnlaget som ligg til grunn for vurderinga av denne tilstanden vil retten kome nærare inn på seinare. Det retten her skal behandle, er om domstolen kan overprøve departementet si vurdering om at vedtaket var *nødvendig av omsyn til miljøet*.

Om vurderinga ligg til forvaltninga sitt frie skjøn må følgje av ei tolking av heimelslova, jf. førstevoterande i Rt-1995-72:

Når det gjelder løsningen av dette spørsmål, kan man etter min mening ikke dra noen bindende konklusjoner fra lovens ordlyd. Lovens formulering er riktignok så vag og skjønsmessig at den i seg selv er et argument mot at domstolene har full prøvelsesrett, men noe avgjørende argument mot en slik prøvelsesrett er formuleringen ikke. Det avgjørende må være hvilke hensyn som loven skal ivareta, kombinert med hva man kan slutte fra lovens forhistorie om lovgiverens innstilling til samme eller beslektede spørsmål. Det er utlendingsloven av 1988 som her må fortolkes.

Grensene for domstolen sin prøvingskompetanse er behandla i ei rekkje avgjerder frå Høgsterett. På bakgrunn av desse summerer Graver (2019) dei relevante omsyna opp slik på side 261:

Som et generelt utgangspunkt for vurderingen av hvor fritt forvaltningen står i sine vurderinger, kan man si at der hvor det er rettslige vurderinger som må foretas, er det liten grunn til generelt å anta at domstolene ikke skal kunne overprøve vurderingene fullt ut. Hvor det på den annen side er snakk om rene politiske vurderinger av hva som er ønskelig, nødvendig eller attråverdig, og der det er snakk om prioritering av forvaltningens ressurser, bør det spesielle omstendigheter til for å begrunne domstolsprøving. Moralske vurderinger og vurderinger på grunnlag av alminnelige erfaringer kommer i en mellomstilling. Disse krever ikke en spesiell rettslig trening, og domstolene er ikke bedre egnet til å foreta dem enn forvaltningen. På den annen side er dette vurderinger domstolene er fortrolige med fra sin generelle virksomhet, og hensynet til kontradiksjon kan tale for den adgang til uavhengig overprøving som full domstolsprøving vil innebære. Også faglige vurderinger kommer i en mellomstilling. Forvaltningen vil ofte på grunnlag av sin bemanning og erfaring være bedre rustet til å foreta slike vurderinger enn domstolene. På den annen side oppstår mange vanskelige vurderingss spørsmål i fagkunnskapens grenseland, og domstolene må ofte ta stilling til slike spørsmål etter å ha hørt sakkyndige uttale seg om spørsmålet. Kontradiksjonsprinsippet kan derfor tale for domstolsprøving også her, samtidig som forvaltningens særlige oppgaver, kompetanse og erfaring kan tilsi at domstolene viser tilbakeholdenhet med å sette sin vurdering inn i stedet for forvaltningens.

Oppdrettarane har under dette spørsmålet gjort gjeldande at ein må setje likskapsteikn mellom vilkåret «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» i akvakulturlova § 9 tredje ledd og vilkåret «sannsynlig at > 30 % av villakspopulasjonen dør pga. luseinfeksjon». Det siste er etter Oppdrettarane sitt syn eit klart og objektivt kriterium, som etter sin art ikkje opnar for fritt skjønn. Dette er etter retten sitt syn feil rettsleg utgangspunkt. Det siste kriteriet er den gjeldande grenseverdien etter trafikklssystemet, og ikkje det lovbestemt inngrepsvilkåret. Omfanget av prøvingskompetansen må avgjerast med utgangspunkt i ordlyden i lova.

Akvakulturlova § 9 tredje ledd lyder som tidlegare nemnt slik:

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

Ordlyden i lova løyser ikkje direkte spørsmålet om domstolen sin prøvingskompetanse. Det kan likevel hevdast at uttrykket «nødvendig», som er ei rein vurderingsnorm, trekkjer i retning av at det dreier seg om eit fritt skjønn. Dette treng likevel ikkje å vere avgjerande, jf. Rt-1997-72. Hadde ordlyden derimot vore «dersom departementet finner det nødvendig» eller liknande, ville dette i utgangspunktet vere styrande for kven som til sjuande og sist skulle gjere vurderinga.

At føresegna inneheld eit element av valfridom for forvaltninga, jf. at departementet «kan» vedta nedjustering, kan tale i retning av at vurderinga er underlagt forvaltninga sitt frie skjønn. Det kan verke kunstig å operere med ein to-delt avgjerdsprosess, der ein først vurderer om tiltaket er nødvendig, og deretter om det skal setjast i verk. Dette vart vektlagt av Høgsterett i Rt-2007-257, jf. avsnitt 42.

At domstolen sin prøvingskompetanse kan avgrensast gjennom uttaler i forarbeida går fram av Rt-2002-209. Spørsmålet er om lovgjevaren gjennom føringar i forarbeida til akvakulturlova § 9 tredje ledd har tatt stilling til om domstolane skal kunne overprøve forvaltninga si vurdering av om eit vedtak er nødvendig av omsyn til miljøet.

Tredje ledd i akvakulturlova § 9 vart som nemnt føya til ved lov av 21. juni 2019 nr. 64. Bakgrunnen for tilføyinga var eit ønske om å klargjere heimelsgrunnlaget for å treffe vedtak ved forskrift om kapasitetsjusteringar på områdenivå, slik trafikklyssystemet la opp til.

Spørsmålet om domstolen sin prøvingskompetanse er ikkje direkte omhandla i forarbeida til lovendringa, Prop.95 L (2018-2019). Proposisjonen inneheld likevel utsegner som talar i retning av at det er *forvaltninga si vurdering* som er avgjerande for om nødvendighetsvilkåret er oppfylt. Retten kan vise til Proposisjonen s. 24, der departementet peikar på samanhengen mellom akvakulturlova § 9 tredje ledd og miljønorma i akvakulturlova § 10 (retten sine uthevingar):

I praksis vil det være slik at dersom det *blir vurdert* at påvirkningen fra akvakulturnæringen innenfor et geografisk område ikke er miljømessig forsvarlig etter akvakulturloven § 10, vil det alltid være hjemmel til å foreta tilpasninger i produksjonen etter lovforslaget, gitt at det *er vurdert* om det finnes andre egnede og mindre inngripende tiltak som heller kan settes inn. I vilkåret «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» ligger det følgelig ikke en tradisjonell forholdsmessighetsvurdering, hvor byrde og gevinst skal vurderes opp mot hverandre. I vilkåret ligger at reguleringen er uhjemlet dersom det *er vurdert* at miljøhensynene kan ivaretas like godt og effektivt på en mindre byrdefull måte.

Departementet knyter heimelsspørsmålet til om andre eigna tiltak «er vurdert». Dessutan synest også kravet til miljøtilstanden å vere knytt til forvaltninga si vurdering, jf. uttrykket «blir vurdert».

Oppdrettarane har på si side gjort gjeldande at forarbeida talar for at domstolen skal ha full prøvingsrett. Dei har i denne samanhengen vist til Proposisjonen s. 23:

Departementet har vanskelig for å se at lovforslaget undergraver oppdretternes rettssikkerhet. Inngrepet i oppdretternes rettigheter vil ha hjemmel i lov. En eventuell forskrift som gjennomfører begrensninger i utnyttelsen av produksjonskapasitet vil bli gjenstand for alminnelig høring før fastsettelse og enhver oppdretter står fritt til å prøve for domstolen om forskriften er gyldig eller ikke, herunder om forskriften på en urettmessig måte (for eksempel i strid med Grunnloven eller menneskerettsloven) griper inn i rettighetene til oppdretter. Departementet mener at de ordinære rettssikkerhetsgarantiene som følger av lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), og adgangen til domstolsprøving er gode og dekkende. Dertil kommer at produksjon som skjer uten påvirkning på miljøet vil falle utenfor rekkevidden av en eventuell regulering, jf. punkt 5.3.3.

Oppdrettarane har vist til at når forarbeida føreset at Oppdrettarane står fritt til å prøve for domstolen om vedtaket er gyldig eller ikkje, er dette eit signal om at det ikkje skal gjelde skrankar for domstolen sin prøvingskompetanse.

Retten ser det ikkje slik. Sjølv om nødvendighetsvurderinga er underlagt forvaltninga sitt frie skjønn, vil dei sentrale rettstryggleiksgarantiane som ligg i ei domstolsprøving framleis vere i behald. Slik retten ser det, talar uttalane i forarbeida samla sett for at retten ikkje kan prøve forvaltninga si skjønnsmessige vurdering av om vedtaket var nødvendig av omsyn til miljøet.

Oppdrettarane har også vist til at forarbeida legg opp til at vurderinga av miljøtilstanden skal bygge på eit objektivt grunnlag, og etter «forhåndsbestemte kriterier», jf. Proposisjonen s. 27. Dette tilseier at spørsmålet er eigna for full domstolsprøving. Retten er ikkje samd i det. For det første er vurderinga av miljøtilstanden naturfagleg krevjande. Gjennomføringa av hovudforhandlinga i denne saka er illustrerande for kompleksiteten. Den største delen av forhandlingane gjekk med til bevisføring om naturfaglege spørsmål. For det andre er det ikkje nok å sjå på miljøtilstanden åleine i nødvendighetsvurderinga. Som det framgår av Proposisjonen s. 25: «Graden av miljøpåvirkning som kan aksepteres vil bero på en nærmere skjønnsmessig vurdering av relevante hensyn». I dette ligg at også politiske målsetjingar og samfunnsøkonomiske omsyn vil kunne spele inn.

Eit sentralt poeng for retten er vurderingstemaet sin karakter, som tilseier at nødvendighetsvurderinga i liten grad er eigna for domstolsprøving. Høgsterett har i fleire saker kome til at prøvingskompetansen er avgrensa fordi vurderinga krev særleg sakkyndigheit eller vektlegging av utprega politisk omsyn. I Rt-2007-257 kom Høgsterett til at vurderingstemaet sin planfaglege karakter tilsa at vilkåret «særlige grunner» i dispensasjonsregelen i plan- og bygningslova § 7 låg til forvaltninga sitt frie skjønn.

I Rt-1995-738 (Fett og lim) var spørsmålet for kjæremålsutvalet om domstolane kunne overprøve forvaltninga sitt konkrete skjønn etter forureiningslova § 18 tredje ledd, kor det ved omgjering av forureiningsløyve skal «tas hensyn til kostnadene en endring eller omgjøring vil påføre forurenseren og de fordeler og ulemper endring eller omgjøring for øvrig vil medføre»:

Kjæremålsutvalget ser det slik at § 18 tredje ledd fastslår at forvaltningen plikter å trekke inn i sin vurdering blant annet kostnader og tap ved tilbakekall av tillatelsen for den som har drevet virksomheten. Den konkrete vekt kostnadene og tapet skal tillegges og hvordan dette skal avveies mot andre relevante hensyn, tilligger det forvaltningen å avgjøre. At det her er tale om et fritt skjønn, bekrefte av vurderingstemaet. Kostnader og forurensning er inkommensurable størrelser. Disse kan vanskelig avveies mot hverandre ut fra rettslige kriterier.

Ut fra dette finner kjæremålsutvalget at domstolene ikke kan overprøve det konkrete skjønn over om tillatelsen bør tilbakekalles, ut over det å kontrollere at forvaltningen har trukket inn de relevante hensyn ved sin vurdering og at det konkrete skjønn ikke er så sterkt urimelig at vedtaket av den grunn må underkjennes. En slik kontroll har lagmannsretten undergitt Miljøverndepartementets vedtak.

Avgjerda har etter retten sitt syn overføringsverdi til saka her, sjølv om konkrete negative følgjer for den enkelte oppdrettaren ikkje står i fokus etter akvakulturlova § 9 tredje ledd. Omsyna som må vegast mot kvarandre er på den eine sida miljøgevinsten ved å redusere produksjonen i eit produksjonsområde, og på den andre sida dei negative økonomiske og samfunnsmessige følgjene av lågare produksjon og verdiskaping.

Retten legg også vekt på at trafikklyssystemet er eit næringspolitisk verkemiddel, med formål å fremje berekraftig vekst i havbruksnæringa. Vurderingar av kapasitetsjusteringar på områdenivå vil såleis kunne ha vesentlege politiske innslag.

Retten legg stor vekt på at vurderingstemaet krev stor grad av fagleg innsikt i kompliserte naturvitenskaplege spørsmål. For å kunne vurdere kva som er nødvendig av omsyn til miljøet må ein ha høg fagleg kunnskap om og forståing for miljøtilstanden i sjøen og vassdraga, og korleis ulike faktorar påverkar denne. Dette vil gjelde uavhengig av val av miljøindikator/miljøindikatorar. Vidare må ein ha høg kompetanse om oppdrettsnæringa og korleis denne på den eine sida påverkar miljøet, og på den andre sida korleis det aktuelle tiltaket vil kunne bidra til å redusere miljøulempene.

At vurderinga vil måtte ta utgangspunkt i eit naturfagleg skjønn går klart fram av forarbeida, sjå t.d. Proposisjonen s. 24:

Kjernevilkåret i lovendringsforslaget er at reduksjonen som følger av forskriften må være «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Hensynet til miljøet omhandler både forurensning og økologiske effekter, herunder f.eks. artsmangfold, klima og ressursbruk. Rømming av oppdrettsfisk og lakseluspåvirkning på villfisk er eksempler på miljøproblemer som vil kunne påvirke artsmangfoldet. Vurderingen vil bero på et faglig skjønn.

Nærings- og fiskeridepartementet vil som fagstyresmakt i utgangspunktet ha gode føresetnader for å tolke og vurdere forskingsdata om det marine miljøet. Departementet sit på intern fagkunnskap, og kan også rådføre seg med andre fagdepartement. Gjennom behandlinga av enkeltsaker opparbeider departementet seg dessutan eit rikt erfaringsgrunnlag, som bidrar til kvalitet og likebehandling. Miljøomsyn står dessutan sentralt ved ei rekkje ulike avgjerder forvaltninga tar med heimel i akvakulturlova. Konesjon kan t.d. berre gjevast når det der «miljømessig forsvarlig», jf. akvakulturlova §6 første ledd, bokstav a.

Vidare kan departementet knyte til seg nødvendig fagkunnskap i vurderingane. Forut for vedtaket i saka her er det etablert ein grundig fagleg prosess gjennom trafikklyssystemet, der ei ekspertgruppe og ei styringsgruppe utarbeider det faktiske kunnskapsgrunnlaget. Dette talar for at vurderinga bør ligge til forvaltninga sitt frie skjønn.

Retten kan heller ikkje sjå at omsynet til Oppdrettarane sin rettstryggleik tilseier ei domstolsprøving av nødvendigheitsvilkåret. Individuelle forhold hos den enkelte oppdrettaren er etter forarbeida av liten relevans for vedtaket. Det er den samla miljøbelastninga i området som er styrande. Akvakulturlova § 9 tredje ledd legg heller ikkje opp til noko brei forholdsmessigheitsvurdering. Slik retten ser det, er Oppdrettarane sin rettstryggleik ivaretatt ved retten til domstolsprøving av om andre grenser for Staten si



maktutøving er trakka over. I tillegg vil den oppdrettaren som kan påvise at ein ikkje bidrar til miljøproblemet kunne søke unntak.

Etter ei samla vurdering kjem retten til at vurderinga av om vedtaket var «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» ligg til forvaltninga sitt frie skjøn.

Spørsmålet er etter dette om departementet har følgd pliktige retningsliner for skjønnet, om vedtaket er bygd på rett faktum og om normene i den ulovfesta læra om maktmisbruk er overhaldne.

#### **4.4 Har departementet halde seg til pliktige retningsliner for skjønnsutøvinga?**

Partane er samde om at departementet var forplikta til å følgje dei styrande retningslinene som lovgjevaren har gitt for vurderinga av om vedtaket er nødvendig av omsyn til miljøet. Desse framgår for det første av Proposisjonen. Proposisjonen må dessutan lesast i lys av og supplerast med Havbruksmeldinga og produksjonsområdeforskrifta, sidan formålet med vedtakinga av akvakulturlova § 9 tredje ledd var å legge til rette for ei gjennomføring av trafikklssystemet i den forma det allereie var gitt.

Forskrifter er rettsreglar, og ikkje grunnjevne slik som enkeltvedtak. Kva retningsliner departementet har følgd må difor klarleggast ut frå tilgjengelege forarbeid og vitnebevis.

For det første følgjer det av Proposisjonen at departementet hadde plikt til å vurdere om det fanst andre og mindre inngripande tiltak som heller kunne vore sett inn med same verknad. Retten viser til Proposisjonen s. 24:

I vilkåret «nødvendig ut fra hensynet til miljøet» ligger det følgelig ikke en tradisjonell forholdsmessighetsvurdering, hvor byrde og gevinst skal vurderes opp mot hverandre. I vilkåret ligger at reguleringen er uhjemlet dersom det er vurdert at miljøhensynene kan ivaretas like godt og effektivt på en mindre byrdefull måte.

Av notatet frå Fiskeri- og havbruksavdelinga til statsråd Harald Tom Nesvik av 28. november 2019, s. 25, framgår det at ei slik vurdering vart gjort ved oversendinga til øvste politisk leiing:

Videre er det vår vurdering at det ikke er andre og mindre inngripende tiltak som kan implementeres på kort og mellomlang sikt, og som vil være like effektive. De tiltak som kan settes inn på lokalitetsnivå etter akvakulturlovgivningen er allerede tatt i bruk.

Retten viser også til forklaringane frå vitnet Rønbeck frå Fiskeri- og havbruksavdelinga, som stadfesta at slike vurderingar vart gjort av departementet.

Oppdrettarane har vist til at PO3/4 Kunnskapsinnkubator ved Even Sjøfteland den 20. mars 2020 sende brev til departementet med forslag om at ein i staden for å setje i verk det vedtekne nedtrekket for PO4 og PO5, skulle redusere produksjonen med 12% i perioden 1. april – 1. august 2021, og auke produksjonen tilsvarande i perioden 1. august 2021 – 1. april 2022 (*variabel MTB*). Bakgrunnen var at ein då skulle kunne skjerme villaksen i den

sårbar perioden under utvandringa om våren, og auke produksjonen på eit tidspunkt der luseproblemet var mindre. Oppdrettarane hevdar at departementet skulle ha sett dette vert som eit mindre inngripande tiltak.

Forslaget vart sendt inn etter at vedtaket var treft, og tok sikte på ei endring av kapasitetsjusteringsforskrifta før den skulle ta til å gjelde. Departementet bad styringsgruppa om å greie ut forslaget, og styringsgruppa oppretta ei gruppe som utarbeidde rapporten «Utredning av biologiske konsekvenser av forslag om variabel MTB i PO4» av 31. oktober 2020. Gruppa la særleg vekt på at den faktiske kapasitetsutnyttinga i PO4 under smoltutvandringa låg vesentleg under MTB, og konkluderte slik:

Majoriteten av selskapene som driver matfiskproduksjon i Produksjonsområde 4 har stor fleksibilitet i flytting av biomasse og antall fisk mellom lokaliteter og POer. KIs forslag vil føre til en betydelig økning av biomassen i perioden august–mars, fra 94 % til 112 % av biomassen før dagens nedtrekk. Videre vil den økte biomassen i denne perioden med høyest utnyttelsesgrad av MTB i PO 4 gi mulighet for å øke produksjonsbiomassen i perioden april-juli. Forslaget vil derfor med stor sannsynlighet føre til høyere produksjonsbiomasse hele året.

Vidare heiter det:

Vi konkluderer derfor med at KIs forslag om variabel MTB ikke vil styrke forholdene for sjørret og laks i PO 4, men at forslaget med stor sikkerhet vil medføre økt negativ belastning på sjørret og laksebestandene sammenlignet med forholdene i dag. PO 4 har allerede i dag en presset velferds og helsesituasjon, og det er sannsynliggjort at forslaget om variabel MTB kan medføre økte velferds og helseproblemer for oppdrettlaks og rensefisk.

På denne bakgrunnen vart ikkje forslaget følgt nærmare opp av departementet. Departementet har såleis både før og etter at vedtaket vart treft vurdert alternative tiltak, og kome til at slike ikkje vil vere tilstrekkelege. Denne vurderinga ligg til forvaltninga sitt frie skjønn.

Det følgjer vidare av forarbeida at departementet i vurderinga må ta «hensyn til de samfunnsøkonomiske konsekvensene av en tilpasning av produksjonen». Oppdrettarane har gjort gjeldande at slike vurderingar ikkje er gjort.

Retten finn at notatet frå Fiskeri- og havbruksavdelinga til statsråd Harald Tom Nesvik av 28. november 2019 klart talar for at samfunnsøkonomiske omsyn vart vurdert, jf. notatet s. 19:

Produksjonsområde 4 har om lag 12 pst. av dagens produksjonskapasitet. Dersom området skulle settes til rødt framfor gult, kan det anslås at den årlige reduksjonen i bruttoprodukt er i størrelsesorden 187-224 mill. kr. Den anslåtte direkte sysselsettingsreduksjonen i området er 48-58 årsverk. At smolt som vandrer ut fra de nasjonale lakseelvene i området har blitt møtt av områder med moderat til høy smittepress, kan i en samfunnsøkonomisk vurdering tale for at konsekvensene ved å øke produksjonen er noe høyere enn dersom smittepresset var lavere her.

At departementet vurderte samfunnsøkonomiske omsyn vart dessutan bekrefta av vitnet Geir-Inge Sivertsen, som var statsråd då vedtaket seinare vart treft. Det vart også vist til samfunnsøkonomiske omsyn i pressemeldinga av 4. februar 2020.

Retten finn det såleis ikkje sannsynleggjort at samfunnsøkonomiske omsyn ikkje vart vurdert av departementet. Forarbeida gir ikkje pliktige retningsliner for *korleis* samfunnsøkonomiske konsekvensar skal vektast. Dette ligg til departementet sitt frie skjønn.

Ei tredje retningsline følgjer av produksjonsområdeforskrifta § 8 andre ledd. Den gjeldande miljøindikatoren er påverking av lakselus på vill laksefisk, og departementet skal vurdere om «miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, moderat eller uakseptabel.»

I Proposisjonen vert det vist til denne miljøindikatoren på s. 25:

Innenfor det gjeldende systemet for kapasitetsjusteringer er det lakselus som er miljøindikatoren. Departementet har i drøftelsen av gjeldende rett redegjort for hvorfor det kan være nødvendig å tilpasse produksjonen på bakgrunn av lakselusutfordringer i «røde» produksjonsområder. Innføringen av trafikklyssystemet innebærer at det er vurdert hva som er akseptabel påvirkning fra havbruksnæringen på ville laksebestander med hensyn til lakselus.

Det er semje mellom partane om at dette også er ei pliktig retningsline for skjønnet. Retten finn det klart at det er denne miljøindikatoren departementet har halde seg til i vurderinga av om nødvendighetsvilkåret var oppfylt. Av notatet framgår det at departementet bygde på styringsgruppa sitt råd, som igjen bygde på ekspertgruppa sine rapportar for 2018 og 2019. Desse bygde på miljøindikatoren og grenseverdiene for lakselusa si påverking på villaks, jf. produksjonsområdeforskrifta § 8 og 9 og Proposisjonen s. 25.

Miljøindikatoren i § 8 er påverking av lakselus på «vill laksefisk», som også omfattar aure. Departementet har snevra inn vurderinga til utvandrande postsmolt av laks, fordi ein meinte å ikkje ha tilstrekkeleg kunnskapsgrunnlag for aure. Dette kan hevdast å vere eit avvik, og slik saka er opplyst framstår det som sannsynleg at ein ved å inkludere aure ville ha konkludert med ein dårlegare miljøtilstand, som hadde slått negativt ut for Oppdrettarane. Det er ikkje gjort gjeldande av Oppdrettarane at dette er ein feil frå Staten si side, og retten går ikkje nærare inn på det.

Oppdrettarane har tatt til orde for at indikatoren inneheld eit krav om at ein må påvise ein direkte samband mellom lus i oppdrett og lus på villfisk, og at ein må kvantifisere og halde utanfor lusesmitte som skriv seg frå andre vertar. Slik retten oppfattar Oppdrettarane, vert synspunktet forankra i sambanden mellom første og andre ledd i produksjonsområdeforskrifta § 8:

Produksjonskapasiteten i produksjonsområder for akvakultur reguleres i samsvar med områdets miljømessige bærekraft. Påvirkningen fra akvakultur på miljøet overvåkes etter de til enhver tid gjeldende miljøindikatorne, som fremkommer av annet ledd.

Påvirkningen av lakselus (*Lepeophtheirus salmonis*) på vill laksefisk er miljøindikator. Departementet vurderer om miljøpåvirkningen i et produksjonsområde er akseptabel, moderat eller uakseptabel.

Sjølv om det ikkje er formulert eit vilkår om slik årsakssamanheng i miljøindikatoren i andre ledd, er retten samd med Oppdrettarane i at andre ledd lest i samanheng med første ledd, andre punktum, kan tale for at det berre er lakselus frå oppdrettsanlegg som skal vektleggast i vurderinga av miljøtilstanden. Tilsvarande synest å vere lagt til grunn av styringsgruppa i mandatet til ekspertgruppa for 2016-rapporten: «Vurderingene skal baseres på den dødelighetsandelen som skyldes lakselus produsert i oppdrettsanlegg». På spørsmålet om det er mulig å kvantifisere «dødelighetsandelen som skyldes lakselus produsert i oppdrettsanlegg» svarte ekspertgruppa slik i rapporten for 2017:

Det korte svaret på dette er nei, dødelighet som skyldes lakselus kun produsert i oppdrettsanlegg kan ikke beregnes alene. Forutsetningen for modellene som brukes i denne vurderingen er derimot at det kun er voksne hunnlus på oppdrettsfisk i oppdrettsanlegg som produserer lakselus. Dette er åpenbart en forenkling av virkeligheten, men det kan argumenteres for at i områder med oppdrettsanlegg er det hovedsakelig oppdrettsanlegg som er kilden til lakselus (med mindre oppdrettsanleggene er brakklagt). Det å skille på hvor stor andel av villfisken som dør på grunn av lus som spesifikt er produsert i oppdrettsanlegg er ikke bare praktisk umulig, det er også teoretisk umulig. Et individ som dør på grunn av den samlede belastningen fra lus, både fra villfisk og oppdrettsfisk, vil ikke ha en dødelighetsandel som kan skyldes den ene eller den andre type lus.

Det synest å vere brei fagleg semje blant dei sakkyndige vitna om at det ikkje er teknisk mulig å spore ei lakselus til anten villaks eller oppdrettslaks – altså om mora sat på ein villaks eller ein oppdrettslaks. Dette er ikkje ny kunnskap. Vidare er det brei fagleg semje om at lakselus også finst naturleg i sjøen. Det er såleis velkjent at smittepressbildet er samansett av både lus som stammar frå oppdrettsfisk og lus som stammar frå andre vertar av laksefisk i havet. Men talet på vertar frå oppdrettsanlegg er heilt dominerande samanlikna med andre vertar. Trafikklyssystemet byggjer på ein presumsjon for at oppdrettsfisk er den vesentlegaste bidragsytaren. Dette framgår mellom anna av Havbruksmeldinga s. 10:

Det er et godt samsvar mellom mengden oppdrettsfisk i sjøen, nivå av lakselus på oppdrettsfisken og hvor stor påvirkning lakselus har på ville laksebestander, særlig sjørret. Derfor er lakseluspåvirkning på ville bestander godt egnet som indikator.

Om utvandrande smolt heiter det på s. 55:

Fiskeri- og havbruksnæringens landsforening (FHL) hevder i sin høringsuttalelse at det ikke er påvist sammenheng mellom lakselusforekomsten i oppdrettsanlegg og dødelighet på utvandrende smolt. Nærings- og fiskeridepartementet deler ikke dette synet. Selv om man alltid kan ønske seg et omforent faglig grunnlag, vil departementet vise til at føre-var-prinsippet tilsier at forvaltningen bør handle og at det ikke bør være grunnlag til å endre på de standpunkt forvaltningen har inntatt.

Det foreligger per i dag ikke detaljert kunnskap om hvilken betydning lakselusforekomsten i enkeltanlegg har for villfisken i området rundt. Det er imidlertid hevet over enhver tvil at den totale lakselusforekomsten i merdene bidrar til økt smittepress på vill laksefisk. Det er på denne bakgrunn regjeringens vurdering at lakseluspåvirkning på ville bestander er hensiktsmessig å inkludere i en handlingsregel for kapasitetsjustering i et produksjonsområde.

Å legge inn eit umulig krav om kvantifisering av luseandel frå oppdrettsfisk ville ha sett trafikklyssystemet ut av spel. Eit slik krav er ikkje i samsvar med formålet bak akvakulturlova § 9 tredje ledd, nemleg å kunne redusere produksjonen når det er nødvendig av omsyn til miljøet, eller kravet i § 10 om at akvakultur skal drivast på ein miljømessig forsvarleg måte.

Retten meiner at produksjonsområdeforskrifta § 8 ikkje kan tolkast som ei retningsline om at ein i vurderinga av miljøtilstanden i eit produksjonsområde berre skal ta omsyn til dødelegheit som kan sporast direkte til oppdrettsverksemd.

Retten finn ikkje at det er oppstilt andre pliktige retningsliner for skjønnet. Vedtaket er difor ikkje ugyldig på grunn av manglande etterleving av pliktige retningsliner.

#### **4.5 Er vedtaket ugyldig etter den ulovfesta læra om maktmisbruk?**

Oppdrettarane har gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig etter dei ulovfesta reglane om maktmisbruk og uforsvarleg skjønnsutøving i forvaltninga.

Maktmisbrukslæra kjem til bruk på avgjerder som er treft på grunnlag av forvaltninga sitt frie skjønn, og er utvikla i rettspraksis. Den medfører at forvaltninga er avskoren frå å legge vekt på utanforliggande omsyn, samt å treffe vedtak som er vilkårlege, grovt urimelege eller som medfører usakleg skilnadsbehandling.

Det er sikker rett at eit enkeltvedtak kan vere ugyldig på grunn av brot på normene om maktmisbruk. Om det same gjeld for forskrifter er meir usikkert.

Staten har gjort gjeldande at maktmisbrukslæra ikkje gjeld for forskrifter. Det vert mellom anna vist til at det i forslaget til ny forvaltningslov, NOU 2019:5, er føreslått å lovfeste maktmisbrukslæra berre for enkeltvedtak.

Det finst døme frå rettspraksis på at domstolane har prøvd ei forskrift opp mot desse normene. I LB-2001-1596 gjekk retten inn på ei vurdering av om ei forskrift om bompengar etter veglova var grovt urimeleg. Retten finn spørsmålet tvilsamt, men legg til grunn at det ikkje kan utelukkast at ei forskrift kan kjennast ugyldig etter dei ulovfesta normene om maktmisbruk.

Oppdrettarane har for det første gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig fordi det byggjer på *usaklege* og *utanforliggande* omsyn. Det vert vist til at lovgrunnlaget berre legg opp til ei vurdering av om det er sannsynleggjort at meir enn 30 % av villakspopulasjonen dør som

følgje av lusepåverking frå oppdrett. Andre moment vil vere utanforliggende og usaklege. Såleis kunne ikkje departementet legge vekt på omsynet til nasjonale lakseelvar, eller at det var ei uheldig utvikling i smittepressituasjonen i PO4 frå 2018 til 2019.

Dette kan etter retten sitt syn ikkje føre fram. Vedtak om nedtrekk etter akvakulturlova § 9 tredje ledd kan gjerast når det er «nødvendig ut fra hensynet til miljøet». Dette er eit vidt skjønnsstema. Innføring av trafikklyssystemet, med ein handlingsregel, miljøindikatorar og grenseverdiar, tok sikte på å innføre meir handgripelege vurderingskriterier, og meir føreseielege rammer. Vedtaket er treft i tråd med dette systemet. Ekspertgruppa kom til at det var høg lakselusindustert dødelegheit i 2019, og moderat i 2018. I ein slik situasjon vil ikkje departementet si fargelegging følgje meir eller mindre «automatisk», slik som når situasjonen vert bedømt likt begge åra. Departementet må gjere ei nærare vurdering.

Akvakulturlova § 9 tredje ledd vart innført som eit ledd i implementeringa av trafikklyssystemet, som byggjer på Havbruksmeldinga. Relevante omsyn ved fargelegging er mellom anna omhandla på side s. 49 i meldinga:

Dersom resultatet er sammenfallende begge årene vil utfallet være forutsigbart og det legges ikke opp til noen vurdering, men dersom overvåkingen viser en endring i påvirkning de to årene vil myndighetene måtte gjøre grundigere vurderinger ut i fra den samlede miljøtilstanden. Det vil her være viktig å ta inn ulike forklaringsvariabler, og sannsynlighet for å komme over i en annen kategori, jf. tabell 8.1–8.3. Dersom indikatoren er lakselus på villfisk, vil faktorer som vurderes eksempelvis være hvordan temperatur og salinitet kan ha hatt betydning for lusepåvirkningen. En annen vurdering vil være å se på om overvåkingen viser en trend i den ene eller andre retningen. Det kan da være nødvendig å gjøre vurderingen ut i fra et noe lenger tidsperspektiv enn to år. I en helhetsvurdering vil det også kunne være naturlig å se hen til samfunnsøkonomiske konsekvenser av ulike valg.

Departementet skal gjere ei heilskapsvurdering ut frå den *samla miljøtilstanden*. Dette er også i tråd med miljønorma i akvakulturlova § 10 og naturmangfaldlova § 10.

Retten er ikkje samd i at departementet ikkje lovleg skal kunne legge vekt på at situasjonen forverra seg i 2019, sjølv om resultat frå to ulike år ikkje gav vitskapeleg grunnlag for ei trendanalyse. Styringsgruppa valde ei «konservativ tilnærming» i den samla vurderinga for dei to åra, jf. rådet til departementet av 17. november 2019 s. 6. Oppdrettarane har hevda at dei på denne måten vart eit tilfeldig offer for at nedjustering berre skjer i oddetalsår. Retten ser det ikkje slik. Retten finn det ikkje sannsynleggjort at departementet har lagt til grunn som ein regel at ekspertgruppa sin konklusjon for det siste av dei to åra skal vere avgjerande. Retten viser til forklaringane frå Christopher Grøvdal Rønbeck og Nina Eriksen Vinje i Fiskeri- og havbruksavdelinga, om at det i den samla vurderinga av miljøtilstanden også vart lagt vekt på tilstanden i dei nasjonale laksevassdraga i produksjonsområdet, og at ein fekk innspel frå Klima- og miljødepartementet om dette. Dette framgår også av notatet til statsråden:

KLD påpeker at fisket etter villaks er stengt i flere av vassdragene og fjordområdene i PO4, og at dødeligheten på mange av bestandene som følge av lus er alarmerende høyt og til hinder for måloppnåelse etter kvalitetsnormen.

Retten vil også peike på at den ikkje finn haldepunkt for at Staten har noko *eigeninteresse* i å hindre eller redusere vekst i PO4. Oppdrettsnæringa er ein viktig bidragsytar til Staten sine inntekter, både direkte og indirekte, og Staten har ei langsiktig målsetjing om å auke verdiskapinga i næringa vesentleg. Ved vedtakinga av kapasitetsjusteringsforskrifta vart berre to produksjonsområde utsett for nedtrekk, medan ni fekk tilbod om vekst. Retten finn heller ingen haldepunkt for at medlemmer av ekspertgruppa eller styringsgruppa har latt utanforliggende motiv påverke dei faglege vurderingane. Retten nemner dette fordi dei ulike nivåa i trafikkløssystemet har vore omtala i retten som «bukken og havresekken», og fordi det har vore antyda at enkelte sakkynndige er farga av eit ønske om å sikre framtidige løyvingar til eigne forskingsinstitusjonar.

Oppdrettarane har også gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig på grunn av usakleg skilnadsbehandling. Det vert vist til at PO3 ikkje vart farga raudt, trass i at ekspertgruppa kom til høg dødelegheit i 2018 og moderat i 2019. Slik retten oppfattar Oppdrettarane, vert det vist til at vedtaket i PO3 byggjer på at raudt+gult=gult, og då må den same formelen gjelde for PO4. Etter retten sitt syn er det ikkje haldepunkt for at departementet si samla vurdering byggjer på ein slik enkel formel, og Oppdrettarane kan ikkje vinne fram med argumentet. Retten viser til at PO5 vart vurdert likt som PO4 i både 2019 (høg dødelegheit) og 2018 (moderat), og begge områda fekk raudt lys.

Oppdrettarane har vidare gjort gjeldande at vedtaket er vilkårleg.

Om vilkårleg-kriteriet følgjer det av Eckhoff/Smith (2018) s. 401:

I mangel av slike bestemmelser synes det klart at forvaltningen ikke kan avgjøre saker på ren slump. Hvis det kan godtgjøres at den verken har utøvd skjønn eller fulgt noen regel, må vedtaket kjennes ugyldig. Dette gjelder selv om det isolert sett ikke skulle være noe å si på resultatet. Uttrykket «vilkårlige avgjørelser» kan også sikte til avgjørelser hvor det er utøvd et skjønn, men hvor viktige hensyn er oversett eller tillagt overdreven vekt. At også dette kan føre til ugyldighet, gir f.eks. premissene i Rt. 1981 s. 745 (Isene) antydninger om. Men det er ikke lett å finne noe eksempel på at et vedtak er kjent ugyldig bare av denne grunn.

Retten finn det klart at vedtaket ikkje er vilkårleg. Vedtaket er treft etter ei grundig saksførebuing og etter klart definerte kriterier, i tråd med trafikkløssystemet.

Oppdrettarane har vist til at verknadsdatoen for vedtaket, 5. august 2020, er vilkårleg fastsett, og at dette medfører at vedtaket er ugyldig. Retten følgjer ikkje Oppdrettarane sitt resonnement her. Det går fram av produksjonsområdeforskrifta § 8 andre ledd at ei nedjustering av produksjonskapasitet gjeld frå og med 6 månader etter at forskrifta tek til å gjelde. Bakgrunnen er at oppdrettarane skal få tid til å tilpasse seg. Alternativet for å straks redusere lusebelastninga på utvandrande postsmolt av laks var iverksetting i april, før utvandringa starta.

Oppdrettarane har endeleg gjort gjeldande at vedtaket er grovt urimeleg, og av denne grunn også ugyldig.

Det er få døme frå rettspraksis på at eit elles gyldig vedtak vert sett til side fordi det er grovt urimeleg, og det skal etter sikker rett svært mykje til. Vilkårer er ikkje tatt med som ein del av forslaget om å lovfeste maktmisbrukslæra, jf. NOU 2019:5 s. 598: «Det siste elementet i den tradisjonelle læren om myndighetsmisbruk – at et vedtak blir ugyldig hvis det er grovt urimelig – har ikke vært brukt av domstolene til å sette vedtak til side på mange år, selv om muligheten har vært nevnt i domspremissene.»

Retten drøftar sider av rimelegheita ved vedtaket under spørsmålet om forholdet til Grunnlova § 97, jf. pkt. 4.8. Retten viser særleg til drøftinga av omsynet til Oppdrettarane si innretting, og dei økonomiske verknadene av vedtaket. Desse momenta talar etter retten sitt syn klart imot at vedtaket er sterkt urimeleg.

Oppdrettarane har særleg framheva det urimelege i at vedtaket også råkar oppdrettarar i delar av PO4 der det ikkje er påvist høgt smittepress ved observasjonar. Det vert særleg gjort gjeldande at høgt lusepåslag i Sognefjorden har vore styrande også for Sunnfjord og Nordfjord, som isolert sett ikkje har påvist like høg påverking, og kor det manglar eller er vesentleg mindre observasjonsdata.

Retten ser det ikkje slik. Trafikklyssystemet byggjer på at vurderingar av miljøtilstanden og justeringar av produksjonskapasitet skal skje på produksjonsområdenivå. Sjølv inndelingsvedtaket ved produksjonsområdeforskrifta er ikkje ein del av søksmålet. Rammene for inndelinga vart gitt i Havbruksmeldinga kapittel 9. Den endelege inndelinga byggjer på rapporten «Forslag til produksjonsområder i norsk lakse- og ørretoppdrett» av 27. november 2015. Der oppdrettsanlegga ligg tett, vil lusa lett kunne spreie seg frå anlegg til anlegg over store areal, føresett at det er gunstige straum- og temperaturforhold. Delar av kysten med mindre tettleik av anlegg kan fungere som «branngater» og hindre vidare spreining. Retten viser til det sakkyndige vitnet Boxaspen si utgreiing om dette. Skiljet ved Stadthavet er t.d. valt som ei naturleg grense mot nord og PO5. Konnektiviteten mellom klynger av oppdrettsanlegg er kartlagt ved hjelp av spreingsmodellar etter naturfaglege metodar. Det ligg såleis ei miljøfagleg sakleg grunngeving bak vedtak om nedjustering i heile produksjonsområdet. Det synest klart føresett i Havbruksmeldinga at vedtak om nedjustering kan treffast sjølv om observasjonsdata ikkje er einsarta i alle regionar, jf. Havbruksmeldinga s. 49:

Det er ikke gitt at alle steder innenfor et produksjonsområde opplever den samme miljøbelastningen på et gitt tidspunkt av året. Miljøtilstanden innen et produksjonsområde bør likevel ses i sammenheng slik at man får et bilde på tilstanden i hele produksjonsområdet.

Ekspertgruppa har vist til slike skilnader i observasjonsdata i rapportane sine, og tatt omsyn til desse i vurdering av usikkerheit ved konklusjonane. Retten kan også vise til at næringa i innspela til trafikklyssystemet viste til at ei nedjustering på produksjonsområdenivå hadde preg av «kollektiv straff» og difor var urimeleg, jf. Havbruksmeldinga s. 46. Regjeringa var ikkje samd i dette, og akvakulturlova § 9 tredje ledd vart seinare vedtatt i tråd med Regjeringa sitt forslag.



Retten vil også særleg vise til at oppdrettarar som kan påvise at dei ikkje bidrar til luseproblemet, kan søke om og få godkjent unntak frå nedtrekket.

På denne bakgrunnen finn retten at det ikkje er sterkt urimeleg og i strid med forbodet mot maktmisbruk at vedtaket vart treft samla for heile PO4.

Retten finn at vedtaket ikkje er i strid med maktmisbrukslæra sine skrankar for skjønnsutøvinga.

#### **4.6 Er vedtaket ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil?**

##### **4.6.1 Rettsleg utgangspunkt**

Oppdrettarane har gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil.

Eit forvaltningsvedtak kan verte ugyldig på grunn av feil ved saksbehandlinga. Saksbehandlingsreglane framgår av forvaltningslova. Det er eit vilkår for ugyldigheit at vedtaket kan ha verka inn på innhaldet i vedtaket. For enkeltvedtak går dette direkte fram av § 41, men det same gjeld for forskrifter, jf. Eckhoff/Smith (2011) s. 470. I vilkåret ligg ikkje eit krav om sannsynlegheitsovervekt for at feilen har verka inn; det er tilstrekkeleg med ein «ikke helt fjerntliggende mulighet», jf. Rt-2009-661 avsnitt 71.

##### **4.6.2 Skal vedtaket vurderast etter forvaltningslova sine saksbehandlingsreglar for forskrifter eller enkeltvedtak?**

I forvaltningslova § 2 vert enkeltvedtak definert som «et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer», medan ei forskrift vert definert som «et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer».

Om eit vedtak fell i den eine eller andre kategorien kan ha tyding i fleire samanhengar. For det første gjeld det eigne reglar om saksførebuing, grunngjeving og klagerett for enkeltvedtak i kapittel IV – VI. Saksbehandlingsreglane for forskrifter er mindre strenge, jf. kapittel VII i lova.

Det følgjer direkte av ordlyden i § 9 tredje ledd at vedtak om kapasitetsjustering skal treffast i form av forskrift.

Oppdrettarane har gjort gjeldande at dette ikkje kan vere avgjerande. Vedtaket gjeld i realiteten rettar eller plikter til fleire bestemte personar, nemleg oppdrettarane i PO4, og lovgjevaren kan difor ikkje omgå saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak ved å kalle vedtaket ei forskrift. Vedtaket skulle ha vore treft i form av 25 enkeltvedtak, og i tråd med dei relevante saksbehandlingsreglane i forvaltningslova. Subsidiært skulle saksbehandlingsreglane om enkeltvedtak ha vore følgt ved analogi.

Staten har på si side gjort gjeldande at spørsmålet er bindande avgjort av lovgjevaren gjennom lovtekst og uttalar i forarbeida, og at Oppdrettarane ikkje har noko krav på at saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak skal brukast analogisk.

Retten tar som utgangspunkt at lovgjevaren står fritt til å bestemme kva form forvaltninga sine vedtak etter lova skal ha, og såleis binde forvaltninga. Forvaltningslova gjeld ikkje for Stortinget, jf. forvaltningslova § 4 tredje ledd, og Stortinget er såleis ikkje bundne av definisjonsreglane i forvaltningslova § 2. Forvaltningslova sine definisjonsreglar overstyrer heller ikkje akvakulturlova ut frå eit *lex specialis*-prinsipp. Tvert imot er det fastsett i forvaltningslova § 1 at særlover kan ha andre saksbehandlingsreglar enn forvaltningslova. Sjå Jan Fridthjof Bernt, Norsk Lovkommentar, Rettsdata, note 5 til forvaltningslova:

Bestemmelser i særlov vil kunne innebære unntak fra forvaltningsloven, utvide rammen for saksbehandlingsreglene, fastsette andre regler eller regulere saksbehandlingen på en annen måte enn forvaltningsloven.

Såleis vil Stortinget i prinsippet ved lov kunne bestemme at eit forvaltningsvedtak som gjeld «rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer» skal treffast i forskrifts form innanfor lova sitt verkeområde. Men av forarbeida går det klart fram at ein bygde på at forskriftsforma også var i samsvar med forvaltningslova § 2. Retten finn uansett at vedtaket korrekt er treft i forskrifts form, i tråd med ordlyden i lova.

Spørsmålet er om departementet likevel skulle ha nytta saksbehandlingsreglane for enkeltvedtaket ved analogi, fordi det i realiteten rettar seg mot fleire *bestemte* personar, og fordi dei legislative omsyna bak reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova gjer seg sterkt gjeldande.

Retten tar utgangspunkt i formuleringa i vedtaket, jf. Eckhoff/Smith (2018) s. 264:

Som utgangspunkt er det avgjørende hvordan vedtaket er formulert. Viss adressatene er individualisert, må det anses som et enkeltvedtak selv om de er mange. En reguleringsplan er f.eks. enkeltvedtak selv om den angår et stort antall grunneiere; grunneierne er jo individualisert indirekte ved at det er angitt hvilke arealer det er gitt bestemmelser om. Hvis vedtaket er gitt en generell form, må det derimot anses som en forskrift selv om det faktisk bare får anvendelse på få, f.eks. produsenter av et vareslag som bare produseres av noen få.

Kapasitetsjusteringsforskrifta § 3 siste ledd har slik ordlyd:

Kapittel 4 gjelder tillatelser hjemmehørende i følgende produksjonsområder:

- a. Område 4: Nordhordland til Stadt
- b. Område 5: Stadt til Hustadvika

Vedtaket rettar seg etter ordlyden direkte mot konsesjonar i eit stort geografisk område, og ikkje ein eller fleire bestemte personar. Ordlyden peikar difor klart i retning av at vedtaket ikkje er eit enkeltvedtak slik dette er definert i forvaltningslova. På den andre sida er realiteten at vedtaket rettar seg direkte mot ein avgrensa krins av juridiske personar, nemleg oppdrettarane med konsesjon i PO4 og PO5. For PO4 sin del er dette dei 25

saksøkarane, som lett kan identifiserast ved oppslag i akvakulturregisteret. Ordlyden treng såleis ikkje vere avgjerande, jf. Eckhoff/Smith (2018) s. 264:

En kan likevel ikke holde strengt på at formuleringen er avgjørende. Viss antallet adressater som vedtaket får anvendelse på, er svært lite (f.eks. en enkelt eller to-tre stykker), slik at en like gjerne kunne ha spesifisert hvem det gjelder for, er det grunn til å betrakte det som et enkeltvedtak selv om det er gitt en generell form; ellers blir det for lett å omgå de mer omfattende reglene om partsrettigheter mv. som gjelder for enkeltvedtak.

At realiteten skal vektleggast har også vore lagt til grunn i Sivilombudsmannen si årsmelding for 1991, s. 193 flg. Forarbeida til forvaltningslova la dessutan opp til at det i grensetilfelle kan vere nærliggande å bruke saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak analogisk, jf. Innst.O.nr. II (1966-1967) s. 3.

I forarbeida til akvakulturlova § 9 tredje ledd har lovgjevaren drøfta forma for vedtak om kapasitetsjusteringar, jf. Proposisjonen s. 28:

Fiskeridirektoratet har i sitt høringsinnspill gitt uttrykk for antallet aktører også er relevant i tolkningen av om det er snakk om «bestemte personer» eller et «ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», jf. definisjonen av forskrift i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c. Direktoratet påpeker at det ikke synes å være lovgivers hensikt at en nedjustering skal gjennomføres ved enkeltvedtak dersom det er snakk om et betydelig antall personer, og henviser i den forbindelse til blant annet Justis- og beredskapsdepartementets lovavdelings uttalelse i JDLOV-1992-1266, der det heter: «Utgangspunktet er at et forvaltningsvedtak som er gitt generell form, må anses som en forskrift selv om den faktisk bare får anvendelse på noen få personer eller selskaper. Utgangspunktet kan imidlertid fravikes hvis vedtaket gjelder et meget lite antall personer eller selskaper, og det mest naturlige hadde vært å rette vedtaket direkte mot hver enkelt av disse.» Direktoratet skriver om dette at: «Det kan på denne bakgrunn argumenteres for at antall aktører som blir påvirket av nedjusteringen er så stort at vedtaket burde gjennomføres i forskrift.» Departementet kan slutte seg til dette, og vil som direktoratet også fremheve at beslutningen om å tilpasse produksjonen baseres på objektivt vurderingsgrunnlag og at det ikke er rom for individuelle vurderinger i denne sammenheng. Dermed blir også en ev. klageadgang illusorisk.

Departementet si framheving av vurderingsgrunnlaget sin objektive karakter er etter retten sitt syn relevant, og tydinga av dette vart også understreka på s. 27 i Proposisjonen:

Vedtaket etter lovforslaget, herunder tilpasning av produksjonen eller begrensninger knyttet til utnyttelse av produksjonskapasitet, vil ikke bero på konkrete og individuelle vurderinger av innehavere av tillatelser i området som skal reguleres. Myndighetene vil for hvert enkelt område vurdere om den samlede miljøbelastningen er så stor at miljøets bæreevne overskrides, basert på et objektivt grunnlag. Etter trafikklyssystemet vil vurderingen skje etter forhåndsbestemte kriterier.

Spørsmålet vart også omtala av næringskomiteen. I Innst. 365 L (2018-2019) s. 3 vart det vist til «prinsippet bak trafikklyssystemet, som Stortinget har sluttet seg til, nemlig at det er næringens samlede påvirkning på miljøet som skal styre produksjonskapasiteten. Nedtrekk av produksjonskapasitet gjennom enkeltvedtak, der forvaltningen foretar en konkret

vurdering av om et slikt inngrep er forholdsmessig overfor den enkelte innehaver av tillatelse, vil derfor være i strid med dette prinsippet.»

I Proposisjonen s. 28 vart det også tatt stilling til om Oppdrettarane kunne ha eit *krav* på at saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak skulle gjelde analogisk:

De viktigste partsrettighetene, som rett til forhåndsvarsel, underretning, dokumentinnsyn, begrunnelse og klage gjelder bare når det treffes enkeltvedtak. Departementet påpekte at forvaltningsloven er en «minimumslov» og partsrettighetene som fremkommer i lovens kapitler IV-VI kan gis til innehavere av akvakulturtillatelser i et produksjonsområde. Forskjellen er at de ikke kan kreve det, men dette betyr ikke at de vil være dårlig stilt. Reglene om dokumentinnsyn i offentlighetsloven kan til en viss grad sikre innsynsrett. Forskrifter om nedjustering av produksjonskapasitet vil sendes på alminnelig høring, og i høringsrunden vil innehavere av tillatelser i det aktuelle området kunne uttale seg. Høringer har lengre frister for innspill enn forhåndsvarsel og klage på enkeltvedtak. Høringer gir dermed god anledning for berørte til å ytre seg. Dessuten sørger høringer for at andre interessenter får kunnskap om at det skal tas en beslutning, med tilhørende anledning til å ytre seg. Det bidrar til at saken opplyses, og til legitimiteten av avgjørelsene som treffes. Det vil igjen kunne komme innehaverne av akvakulturtillatelsene til gode.

Nærings- og fiskeridepartementet bemerker videre at gjennomføring i forskrifts form vil ivareta tillatelsesinnehavernes rettssikkerhet på en tilstrekkelig måte.

Lovgjevaren har såleis vurdert at Oppdrettarane ikkje ville kunne krevje analogisk bruk av forvaltningslova sine saksbehandlingsreglar. Etter retten sitt syn må dette ha stor vekt. I motsett fall blir lovgjevaren sitt val av vedtaksform i akvakulturlova § 9 tredje ledd utan realitet.

Retten finn også, i tråd med det som er framheva i forarbeida, at heller ikkje legislative omsyn talar for ein slik analogi. Saksbehandlingsreglane for enkeltvedtak tar mellom anna sikte på at enkeltpersonar gjennom utøving av partsrettar under saksførebuinga skal kunne tilføre forvaltninga opplysningar om individuelle forhold som har tyding for vedtaket. I tillegg vil vedkomande kunne utøve klagerett. Ved eit vedtak som grip inn produksjonskapasiteten vil slike forhold typisk vere negative økonomiske følgjer for oppdrettaren. Ein kunne også tenke seg at opplysningar om særleg låge lusetal i anlegga eller særleg gode førebyggjande tiltak hadde tyding. Når slike forhold ikkje er relevante for vedtaket, vil den enkelte oppdrettaren sitt behov for sakbehandlingsreglane for enkeltvedtak vere avgrensa. I så måte er det illustrerande at saksøkarane sine angrep på vedtaket i hovudsak har vore knytt til manglar ved det naturfaglege grunnlaget for vurderinga av miljøproblemet ved fargelegginga. Bevistema har ikkje vore individuelle forhold hos den enkelte oppdrettaren.

Endeleg vil retten vise at oppdrettarar i raude områder vil kunne søke om unntak frå nedjustering etter kapasitetsjusteringsforskrifta § 12, jf. § 20, og at slike vedtak vil vere enkeltvedtak, jf. Proposisjonen s. 28.

Retten finn at departementet ikkje hadde plikt til å følgje saksbehandlingsreglane om enkeltvedtak i forvaltningslova.

### 4.6.3 Er vedtaket ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil?

Dersom vedtaket er gjeve i rett form som forskrift, og det heller ikkje er grunnlag for å krevje analogisk bruk av forvaltningslova sine saksbehandlingsreglar for enkeltvedtak, har Oppdrettarane gjort gjeldande subsidiært at departementet ikkje har følgd saksbehandlingsreglane i § 37 om utgreiingsplikt, førehandsvarsel og uttaler frå interesserte.

Oppdrettarane har for det første vist til at utgreiingsinstruksen (FOR-2016-02-19-184) ikkje har vore følgd. Staten har på si side vist til at utgreiingsinstruksen ikkje kan gjerast gjeldande for domstolane. Retten er samd i det, og viser til at utgreiingsinstruksen er ein intern instruks for forvaltninga. Det er likevel føresett i NOU 2019:5 *Ny forvaltningslov* at ein ikkje kan sjå vekk ifrå at instruksen vil kunne ha ei viss tyding for tolkinga av forvaltningslova.

Det følgjer av forvaltningslova § 37 at «forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig.» Tilsvarande regel gjeld for enkeltvedtak, jf. §17, og regelen er ei kodifisering av det alminnelege prinsippet om at forvaltninga har eit sjølvstendig ansvar for opplysing av saka før eit vedtak vert treft.

Kravet «som mulig» er strengt, men lova kan ikkje takast heilt på ordet, sjå Jan Frithjof Bernt, *Rettsdata*, note 976 til forvaltningslova: «I enda høyere grad enn ved § 17 første ledd må det etter § 37 være opp til forvaltningen selv å vurdere om saken bør utredes mer på bekostning av organets øvrige oppgaver.» Forvaltningslova § 37 kan ikkje tolkast slik at alle mulige konsekvensar av eit vedtak skal greiast ut til minste detalj. Dette vil i praksis lamme forvaltninga si verksemd. Krava til utgreiing må fastleggast konkret i det enkelte tilfelle. Det er også sikker rett at det skal mykje til å setje ei forskrift til side på grunn av manglande utgreiing, jf. Eckhoff/Smith (2018) s. 329: «Hvis forskriften er vedtatt av kompetent myndighet og innholdsmessig i orden, er det heller ikke lett å tenke seg den kjent ugyldig med den begrunnelse at «saken» er dårlig opplyst.» I same retning vil retten vise til Rt-1993-420.

Slik retten ser det, legg trafikklyssystemet, slik det er praktisert, opp til ein grundig saksbehandlingsprosess fram mot eit vedtak om nedtrekk. Ei ekspertgruppa er sett saman av 10 uavhengige og høgt kompetente forskarar, som skal byggje på all tilgjengeleg kunnskap på feltet. Ekspertgruppa sine vurderingar og råd skal vurderast av styringsgruppa, sett saman av fagpersonar frå tre ulike institutt. Og rådet frå styringsgruppa skal vurderast av havbruksavdelinga i fagdepartementet, som til sist gir sitt innspel til øvste politiske leiing. Det er denne framgangsmåten som er følgd. Modellen er i tråd med internasjonale standardar (ICES). Retten har vanskeleg for å sjå at det skal kunne krevjast ein grundigare utgreiingsprosess. Oppdrettarane har heller ikkje presentert eit alternativt system for saksutgreiinga.

Slik retten har oppfatta Oppdrettarane, er hovudankepunktet mot saksførebuinga at sjølve forslaget om å fargelegge PO4 raudt ikkje vart sendt på høyring. Heller ikkje ekspertgruppa sin rapport for 2019 var ein del av høyringsgrunnlaget. Oppdrettarane fekk

difor ikkje kome med innspel til dette. Spørsmålet er om departementet har brote forvaltningslova § 37.

Forvaltningslova § 37 andre ledd fastset plikta til førehandvarsling:

Offentlige og private institusjoner og organisasjoner for de erverv, fag eller interessegrupper som forskriftene skal gjelde eller gjelder for eller hvis interesser særlig berøres, skal gis anledning til å uttale sig før forskriften blir utferdiget, endret eller opphevet. Så langt det trenges for å få saken allsidig opplyst, skal uttalelse også søkes innhentet fra andre.

Om innhaldet i førehandvarselet skriv Eckhoff/Smith (2018) s. 330:

Hva varselet skal inneholde, sier ikke loven noe om. Men det må i alle fall opplyse om at forvaltningen overveier å gi forskrifter om visse emner, og det vil som regel være formålstjenlig å gjøre nærmere rede for problemene, f.eks. ved å sende med et foreløpig utkast og/eller et notat om formålet med de påtenkte forskrifter og om de valg man står overfor ved utformingen av dem. Hvis spørsmålene blir konkretisert, vil man lettere få høringsuttalelser som være til nytte under arbeidet med saken, og det blir lettere for hørings-instansene å vite hva de skal legge vekt på.

Førehandvarsling vart gjennomført ved at forskrifta vart sendt på høyring 11. oktober 2019, med frist for høyringssvar 29. november 2019. I høyringsnotatet vart emnet for høyringa ramma inn:

Bakgrunnen for innføringen av trafikklyssystemet og begrunnelsen for behovet for å foreta nedtrekk i røde områder, er allerede belyst i flere tidligere dokumenter; i havbruksmeldingen og høringsnotater i forbindelse med implementeringen av havbruksmeldingen, samt i tilknytning til endringen i akvakulturloven § 9. Departementet vil derfor i hovedsak vise til tidligere dokumenter og fokuserer i dette høringsbrevet på de problemstillinger som skal høres i denne omgang. Høringen gjelder således ikke om det skal foretas reduksjon av kapasitet i røde områder (og heller ikke ev. hvilke områder), men selve forskriftsbestemmelsene om hvordan en reduksjon av produksjonskapasitet skal gjennomføres.

I høyringsnotatet vart mellom anna framgangsmåten ved nedtrekk skildra grundig, og det vart mint om at område som vart farga raude i 2019 måtte rekne med nedjustering i 2020. Det vart ikkje sagt noko om kva for område som ville bli farga raude. Det har vore vist til fleire grunnar til dette. Ekspertgruppa sin rapport var ikkje ferdigstilt på høyringstidspunktet (men den var klar før høyringsfristen var ute). Vitnet Nesvik viste til at ein vurderte innhaldet i rapportane frå ekspertgruppa og styringsgruppa som børssensitive før vedtaket vart treft. Vitnet Landmark, leiar for Fiskeri- og havbruksavdelinga, viste mellom anna til at ein frykta ei offentleggjering ville medføre uvisse om kva som vart det endelege vedtaket, og at ei høyring om dette ikkje låg innanfor forvaltningslova si utgreiingsplikt og heller ikkje var vanleg frå liknande forvaltningsområde.

Retten har forståing for Oppdrettarane sitt syn på denne avgrensinga av høyringa. Retten viser til at forarbeida synest å føresette at også sjølvne nedjusteringa skulle vere ein del av

høyringa, jf. Proposisjonen s. 28: «Forskrifter om nedjustering av produksjonskapasitet vil sendes på alminnelig høring, og i høringsrunden vil innehavere av tillatelser i det aktuelle området kunne uttale seg.» Oppdrettarane har dessutan sjølve tilgang til naturfaglege kunnskapsressursar som kan bidra til opplysning av det faglege grunnlaget for avgjerda. Retten kan likevel ikkje sjå at denne avgrensinga var ein feil ved saksbehandlinga som kan ha verka inn på resultatet.

For det første føreset trafikklyssystemet at individuelle forhold hos den enkelte oppdrettaren ikkje har relevans for vurderinga, jf. utsegna om dette i Proposisjonen. Det naturfaglege kunnskapsbehovet var godt ivaretatt ved opprettinga av ekspertgruppa og styringsgruppa. Kategoriseringa av produksjonsområda skulle bygge på ei fagleg vurdering av all tilgjengeleg kunnskap. For det andre var Oppdrettarane sine innspel formidla tidlegare, og kjent for departementet. Retten viser til forklaringane frå fleire vitne både frå departementet og ekspertgruppa om dette, og det har ikkje vore omstridt. Og for det tredje viser retten til at Oppdrettarane, trass i avgrensingane i høyringsnotatet, likevel gav innspel til fargelegginga av PO4 under høyringa.

*PO 3 / 4 Kunnskapsinkubator* kom med sin høyringsuttale ved brev av 29. november 2019. Oppdrettarane viste til ulempene med berre seks månaders innføringsperiode, vanskar knytt til innretting av produksjonen, samt samfunnsøkonomiske konsekvensar. Oppdrettarane peika dessutan særleg på behovet for innsyn i kva for produksjonsområde som ville bli farga raudt:

NFD har valgt å gjennomføre et evt. nedtrekk av produksjonskapasitet (for de produksjonsområder dette gjelder) i forskrifts form. Det høringsutkast som er sendt ut mangler imidlertid et vesentlig element; nemlig en angivelse av hvilke produksjonsområder som er definert med uakseptabel miljøtilstand og som dermed omfattes av forskriften. Det sier seg selv at den faglige og rettslige vurderingen av om miljøtilstanden er uakseptabel er av stor interesse for næringsaktørene. Næringsaktørene har behov for å gi innspill til disse vurderingene gjennom en kontradiktorisk og saklig saksbehandling.

Vidare heiter det i uttalen:

Vi gjør for god ordens skyld klart at våre medlemsbedrifter ikke anser vilkåret "uakseptabel miljøpåvirkning" for å være oppfylt. Vi viser her til tidligere korrespondanse vedrørende usikkerheten i det faktagrunnlag et vedtak vil baseres på, samt nyere forskningsrapporter vedrørende situasjonen for villaksen og sjøørreten i våre områder. I brev av 12. september 2017 inngav vi en omfattende kommentar til det faglige arbeidet ekspertutvalget den gang hadde gjort. I 2017 ble forskningsprosjektet Salmon Tracking 2020 etablert, og foreløpige resultater fra dette arbeidet (samt arbeidet bl.a. gjennom KLAF-prosjektet, LEVA-Sogn, KUSTUS og Vossolauget i P04) har vist at det er stor avstand mellom "etablert" og "faktisk" kunnskapsnivå. Arbeidet fra de ulike prosjektene er utad presentert bl.a. i 2018 og 2019. Vi legger til grunn at dokumentasjonen fra forskningsprosjektene i P03 og P04 vil bli gjennomgått i saksbehandlingen, og at det vil framkomme av beslutningsgrunnlaget hvordan denne dokumentasjonen er vurdert. Det vil allikevel være stort behov for kontradiksjon knyttet til de vurderinger myndighetene gjør av den faglige dokumentasjon som er presentert.

Situasjonen var såleis at departementet, trass i avgrensingane i høyringsnotatet, fekk opplyst frå Oppdrettarane at dei ikkje ville vere samd i ei vurdering som gjekk ut på at PO4 vart farga raudt og kapasiteten trekt ned. Det vart vidare vist til at oppdrettarane i PO3 og PO4 tidlegare hadde gitt omfattande kommentarar til ekspertgruppa sitt faglege arbeid ved fargelegginga i 2017, og det vart vist til nyare forskning som òg var gjort kjent for departementet.

Oppdrettarane har vidare gjort gjeldande som ein saksbehandlingsfeil at departementet opererte med ein «cut-off» regel som hindra Oppdrettarane i å supplere kunnskapsgrunnlaget med oppdaterte data før vedtaket vart treft. Oppdrettarane har vist til notat frå ekspertgruppa av 15. november 2019, der følgjande framgår:

Vi vil påpeke at data som ikke er publisert i en form som gjør det mulig å vurdere den vitenskapelig kvaliteten ikke kan inkluderes i rapporten. Til dette trengs både en utfyllende material- og metodedel og en resultatdel. Det er også viktig å påpeke at dersom nye resultater skal brukes til å vurdere å endre parametere i smoltdødelighetsmodeller samme år, må de forefinnes innen august, ettersom arbeidet med modellkjøring og kvalitetssikring tar tid og deretter følger arbeidskrevende rapportskrivning.

Retten kan ikkje sjå at det framgangsmåten som er skildra her er i strid med forvaltningslova § 37. Det må etter retten sitt syn vere klart at ekspertgruppa må ha tid for kunne vurdere og ta i bruk ny kunnskap i rapporten, og at styringsgruppa og departementet deretter må ha ei viss tid til å gjere sine vurderingar og eventuelt innhente tilleggsinformasjon. Retten vil dessutan vise til forklaringa frå vitnet Rønbeck, om at departementet tok imot og vurderte nye innspel heilt fram til vedtakstidspunktet. Rønbeck viste som døme på dette til notatet frå ekspertgruppa av 15. november 2019, der ekspertgruppa vurderte nye opplysningar om utvandringstidspunkt som vart tilsendt 1. november same år. Retten finn at departementet gjennom saksførebuinga hadde eit tilstrekkeleg oppdatert vurderingsgrunnlag.

Oppdrettarane har vidare vist til at dei samfunnsøkonomiske konsekvensane var mangelfullt utgreia. Til dette vil retten vise til at det går fram av notatet frå Fiskeri- og havbruksavdelinga av 28. november 2019 s. 18 at dei samfunnsøkonomiske konsekvensane var vurdert, og at ein bygde på tilgjengelege data om verdiskaping og sysselsetjing, jf. pkt. 4.4.

Oppdrettarane har gjort gjeldande at dei samfunnsøkonomiske følgjene i estimatet er for lågt, og vist til berekningane frå det sakkyndige vitnet Tveterås. Retten vil vise til at trafikklyssystemet ikkje gir føringar om ei grundig samfunnsøkonomisk analyse. Det vil dessutan uansett vere usikkerheit ved slike analysar, ikkje minst på grunn av svingingar i lakseprisane. Departementet har lagt til grunn at vedtaket ville kunne få betydelege negative økonomiske følgjer. Samfunnsøkonomiske følgjer er ikkje styrande for vurderinga av nødvendighetsvilkåret, men kan ha vekt i ei samla vurdering. Retten finn ikkje at departementet hadde plikt til ei grundigare utgreiing av samfunnsøkonomiske konsekvensar, og finn det heller ikkje sannsynleg at ei slik utgreiing ville ha påverka innhaldet i vedtaket.



Retten finn ikkje at vedtaket er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil.

## **4.7 Byggjer vedtaket på feil faktum?**

### **4.7.1 Rettsleg utgangspunkt**

Oppdrettarane har gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig på grunn av vesentlege feil og manglar ved det faktagrunnlaget som departementet bygde på.

Partane er samde om at feil ved det faktiske grunnlaget for eit forvaltningsvedtak kan medføre ugyldigheit.

I Eckhoff/Smith (2018) s. 412 heiter det at «svikt i de faktiske premisser for skjønnet kan føre til ugyldighet selv om resultatet ikke i seg selv ligger utenfor yttergrensene for hva vedtaket overhodet kan gå ut på». På s. 474 heiter det vidare at det «ikke [har] forekommet at en forskrift er underkjent fordi den bygger på feilaktige forutsetninger for skjønnet». Rettstilstanden vert summert opp slik: «Vi kan nok gå ut fra at hvis spørsmålet blir satt på spissen, kan også forskrifter underkjennes av denne grunn. Men det skal vel mer til for å få underkjent en forskrift enn et enkeltvedtak.»

Retten legg til grunn at svikt i dei faktiske premissane for forskrifta kan medføre at vedtaket er ugyldig. Retten vil i denne samanhengen minne om at retten har kome til at vedtaket i realiteten er ei forskrift og ikkje 25 enkeltvedtak, jf. drøftinga om dette.

Oppdrettarane sin argumentasjon i retten har vore samansett. Oppdrettarane har framhalde at det overordna spørsmålet retten skal ta stilling til er om Staten har godtgjort at meir enn 30% av villakspopulasjonen døyr av lakselus frå oppdrett. Retten skal, slik den oppfattar Oppdrettarane sitt syn, gjere den same vurderinga som ekspertgruppa, styringsgruppa og departementet har gjort. I tillegg skal retten vurdere metodikken i og kvaliteten på dei ulike feltobservasjonane og modelleringane som ligg til grunn for desse instansane sine vurderingar. Vurderingane til retten skal gjerast og konklusjonen trekkast på grunnlag av korte presentasjonar av eit lite fragment av det vitskapelege grunnlaget dei nemnte instansane har bygd på. Spørsmålet kan svarast på med ja eller nei, og ved tvil om konklusjonen skal Oppdrettarane vinne fram.

Ekspertgruppa har etter Oppdrettarane sitt syn tatt feil i konklusjonen for PO4 i 2019. Feilen byggjer mellom anna på feil og manglar ved metodikken i dei feltobservasjonane som er gjort, feil i tolkinga av observasjonane, og feil i den vitskapelege bakgrunnsdata ekspertgruppa har bygd på i tolkingane. Retten oppfattar Oppdrettarane sin argumentasjon slik at feila og manglane er av ein slik art og slikt omfang at trafikkløyssystemet, med dagens kunnskap og metodar, ikkje er kan nyttast som grunnlag for vedtak om nedtrekk av MTB i PO4 etter akvakulturlova § 9 tredje ledd. Feila gjer seg såleis også gjeldande for vurderingane i 2018 og tidlegare år.

Retten finn grunn til å peike på at fleire av dei innvendingane Oppdrettarane har presentert mot det naturfaglege kunnskapsgrunnlaget, også vart fremja under lovforarbeidet utan at ein vann fram. Det går fram av Innst. 350 L (2018-2019) s. 4 at eit mindretal av

næringskomiteen sine medlemmer frå Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti tilrådte at forslaget til § 9 tredje ledd skulle sendast tilbake til departementet, og viste til at:

[N]yere forskning har bidratt til å tette kunnskapshull i dagens metode og kan ha betydning for fargene som settes som følge av trafikklyssystemet. Målrettet forskning i flere sentrale lakseelver og fjorder på Vestlandet har dokumentert at den ville laksesmolten vandrer tidligere ut enn antatt, at fjordvandringen er hurtigere, overlevelse er høyere og økning i vannføring er identifisert som viktigste årsak til vandring. Ny kunnskap bør legges til grunn for måle metodene, og gi grunnlag for at oppdrettere kan tilpasse tiltak når villakssmolten faktisk passerer lokalitetene.

Disse medlemmer mener at lovforslaget er for dårlig utredet både av hensyn til rettsikkerhet og konsekvensene av de foreslåtte endringene. Ny fagkunnskap gjør det også nødvendig å oppdatere modellene som legges til grunn for trafikklyssystemet.

Lova vart likevel vedtatt av Stortinget, og retten legg til grunn at fleirtalet fann at kunnskapsgrunnlaget var godt nok til å også setje det raude lyset i drift. Dette tilseier at domstolane må vere varsame med å underkjenne vedtak som byggjer på ein forsvarleg analyse og bruk av det same kunnskapsgrunnlaget.

Retten vil òg peike på at mange av dei påståtte feila ved faktagrunnlaget knyter seg til fagleg *usikkerheit*. Oppdrettarane gjer gjeldande at vedtaket byggjer meir på usikre hypotesar enn sikker vitskapeleg kunnskap, og at det faglege grunnlaget er for tynt. Det er til dømes semje om at det ikkje ligg føre sikre vitskapelege data om kor mange lus som skal til for å ta livet av ein vill laksesmolt. Oppdrettarane meiner imidlertid at det ikkje er tilstrekkeleg fagleg haldepunkt for ei dødelegheitsgrense på  $>0,3$  lus pr gram fisk – altså at ein 20 grams smolt ikkje vil overleve 6 lus. Etter retten sitt syn har slike bevistema mykje til felles med *prognosar* om faktiske forhold, fordi dei med dagens vitskapelege grunnlag ikkje kan etterprøvast mot ein *fasit*. Ulike forskingsdata peikar i ulike retningar. Dette tilseier at bevistemaet vert formulert som ved prognosar: Spørsmålet er om prognosen var forsvarleg på vedtakstidspunktet, jf. Rt-2012-1985 (Lengeverande barn I) avsnitt 77:

Bevistemaet – hvordan guttens adferd hadde blitt påvirket – tilsier at det var holdbarheten av forvaltningens prognoser som var temaet. Og for prognoser er kravet at de må være forsvarlige på det tidspunktet de foretas, jf. blant annet Rt-1982-241, Altasaken. På side 266 er det understreket at dersom prognosen var forsvarlig, «vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser». Tilsvarende må gjelde i saker på utlendingsrettens område.

Prognosen kan vere uforsvarleg dersom den byggjer på feil faktisk grunnlag, eller der det manglar støtte i grunnlaget for den, jf. NOU 2019:5 s. 546 Ny forvaltningslov. Departementet bygde på ekspertgruppa sine faglege vurderingar, slik desse vart presentert i rapportane. Ei eventuell feil framstilling av faktiske forhold av ekspertgruppa kan såleis ha forplanta seg til vedtaket. Men vurderinga til retten må vere om ekspertgruppa sine konklusjonar bygde på *forsvarlege analyser* av faktiske forhold.

Retten meiner at ei viktig side ved vurderinga av ekspertgruppa sine konklusjonar er i kva grad usikkerheitsfaktorar vart gjort synlege. Det faktiske grunnlaget for vedtaket er ikkje berre konklusjonane i seg sjølv. Desse må haldast saman med grunngevinga for konklusjonane, slik desse kjem fram i rapportane og vedlegga, samt andre dokument. Det er dette samla bildet som har danna grunnlaget for styringsgruppa sitt råd og departementet sitt vedtak. Retten vil framheve at ekspertgruppa sine rapportar med vedlegg i stor grad synleggjer usikkerheit ved både metodar og konklusjonar.

Ekspertgruppa er sett saman av ti forskarar innan ulike relevante spesialfelt, og det er ikkje omstridt at medlemmene har svært høg fagleg kompetanse. Fleire av medlemmene har også vore sentrale i utarbeidinga av viktige forskingsrapportar om lakselus og villaks. Det same gjeld styringsgruppa, som har gjennomgått ekspertgruppa sitt arbeid. Medlemmene av ekspertgruppa har vore samstemte i gruppa sine konklusjonar. I tillegg har nokre av ekspertgruppa og styringsgruppa sine medlemmer gjennomgått det materialet som er lagt fram under saksførebuinga til den rettslege behandlinga av saka, og følgd bevisføringa i retten. Desse har forklart for retten at det ikkje har kome til nye opplysningar som er eigna til å påverke tidlegare konklusjonar. Retten kan vise til forklaringane frå Nilsen, Vollset, Karlsen og Boxaspen. Tilsvarande vurderingar vart gjort av forskingsdirektør Geir Lasse Taranger ved Havforskningsinstituttet. Rett nok vil slike etterfølgande vurderingar kunne vere prega av ein overdriven iver etter å forsvare eige arbeid, men retten oppfattar ikkje at det er situasjonen her.

Retten vil også peike på at det har kome fram, både ved gjennomgangen av ekspertgruppa sine rapportar med vedlegg, og i forklaringane frå medlemmer av ekspertgruppa og styringsgruppa, at innvendingane som er reist mot kvaliteten på det faktiske kunnskapsgrunnlaget var kjent når vurderingane vart gjort. Medlemmene har imidlertid, etter ei fagleg vurdering, ikkje funne å vektlegge desse på same måte som Oppdrettarane og dei sakkyndige vitna som er ført frå saksøgarsida. Momenta har vore grundig diskutert mellom medlemmene, og ein del av momenta har også kome til uttrykk i rapportane der ekspertgruppa viser til usikkerheit ved konklusjonane.

I bevisvurderinga knytt til faktagrunnlaget byggjer retten på at den skal legge til grunn det som er mest sannsynleg, og at bevisbyrda ligg på Oppdrettarane. Det alminneleg bevisbyrdeprinsippet kjem slik til uttrykk i Rt-2015-1246 avsnitt 35:

Etter den alminnelige erstatningsretten gjelder overvektprinsippet. Dette innebærer at retten må legge til grunn det faktum som har en overvekt av sannsynlighet for seg, det vil si at det er større sannsynlighet for et bestemt faktum enn summen av de øvrige alternativene. Dersom det er tvil om hva som er mest sannsynlig, skal tvilen gå ut over den parten som har interesse av et rettsstiftende eller rettsendrende alternativ, også uttrykt slik at vedkommende part har bevisbyrden.

Bevistema knytt til det faktiske grunnlaget for vedtaket er av utprega naturfagleg art. Det er ført til saman 14 sakkyndige vitne frå begge sider. Lakselus sin innverknad på villaks og oppdrettsfisken sitt bidrag har vore gjenstand for omfattande forskning i mange år. Det er brei vitskapeleg semje om at det framleis er mange spørsmål ein ikkje kan svare sikkert på, og at forskingsfeltet er i utvikling. Retten er i tråd med partane sine ønsker under

saksførebuinga ikkje sett med fagkyndige meddommarar. Partane såg det heller ikkje som nødvendig for opplysninga av saka at det vart nemnt opp ein sakkyndig for retten. Retten må difor bygge på den sakkyndigheita som er tilført ved partane sine sakkyndige vitne. Slike sakkyndigbevis er omtalt Rt-1998-1565 (Nakkesleng):

Sakkyndige vitner vil nok i noen grad kunne avhjelpe rettens behov for sakkyndige råd og veiledning, men oftest ikke fullt ut. Rettsoppnevnte sakkyndige vil gjerne med en større grundighet utrede de mer generelle og spesielle medisinske spørsmål saken reiser. Det er også vesentlig at rettsoppnevnte sakkyndige vil være uten bindinger til partene, noe som ofte ikke vil være situasjonen for sakkyndige vitner.

Det er dei faktiske forholda på tidspunktet for vedtaket som er avgjerande, jf. Proposisjonen s. 37 og Rt-2012-1985 avsnitt 98. På bakgrunn av Oppdrettarane sine innvendingar mot dette rettslege utgangspunktet vil retten presisere at den uansett ikkje ville ha vurdert spørsmålet annleis om eit seinare tidspunkt hadde vore lagt til grunn.

#### **4.7.2 Den konkrete vurderinga**

Det sentrale faktiske grunnlaget for departementet sitt vedtak er presentert i rapportane frå ekspertgruppa for 2018 og 2019, og i styringsgruppa sitt etterfølgjande råd til departementet. Det er ikkje gjort gjeldande frå Oppdrettarane si side at departementet har feiltolka eller misforstått innhaldet i rapportane, og retten finn heller ikkje haldepunkt for det. Ekspertgruppa konkluderte i rapporten for 2019 med at nivået for lakselusindusert villfiskdødelegheit hos utvandrande post-smolt av laks i PO4 var høgt i 2019, med middels usikkerheit, og moderat i 2019, med middels usikkerheit. Styringsgruppa tilrådte på denne bakgrunnen at PO4 skulle fargast raudt.

Spørsmålet er i første rekke om det hefta vesentlege feil ved dei naturvitskapelege data som ekspertgruppa og styringsgruppa bygde på, eller tolkinga og vurderinga av desse, som har forplanta seg vidare til departementet si vurdering. Bygde ekspertgruppa sine konklusjonar på forsvarlege vurderingar av faktiske forhold? Før retten går nærare inn på dette, er det nødvendig å gjere kort grei for ekspertgruppa sin metodikk.

#### **4.7.3 Ekspertgruppa sin metodikk**

Ekspertgruppa sitt mandat for 2018 – 2019 er gjeve att slik i rapporten for 2019:

Ekspertgruppen opprettes av styringsgruppen for to år av gangen fra og med 2018. Den skal settes sammen så bredt som mulig av personer med kompetanse på feltet og med evne til å gjøre en overordnet analyse av all tilgjengelig kunnskap, for å komme med en enhetlig anbefaling om lakselusindusert villfiskdødelighet per produksjonsområde. Størrelsen på gruppen må vurderes ut ifra hva som er hensiktsmessig. Ekspertgruppen rapporterer til styringsgruppen.

Ekspertgruppen skal innen 15. oktober hvert år utarbeide en statusrapport for lakseluspåvirkning i produksjonsområdene. Rapporten skal legge vekt på tilstanden knyttet

til årets overvåkning, og samtidig se sammenhengen med foregående år og vurdere eventuelle trender. Usikkerheten i vurderingene må komme tydelig fram.

I rapporten har ekspertgruppa gjort enkelte tolkingar og presiseringar av mandatet:

Som ved tidligere rapporter har gruppen tolket mandatet at villfisk inkluderer laks, sjøørret og røye, men at vi per dags dato kun har kunnskap til å gjøre en vurdering av lakselusindusert villfiskdødelighet på utvandrende post-smolt av laks. Vurderingen av sjøørret er under utvikling, og første versjon av en slik vurdering er vedlagt som en egen rapport. Ekspertgruppen påpeker at vi ikke har lagt vekt på sjøørretrappen i vurderingen gjort i hovedrapporten.

Vidare har ekspertgruppa definert sentrale uttrykk i mandatet, jf. rapporten s. 7:

Lakselusindusert dødelighet er et uttrykk som brukes vitenskapelig for å omtale den delen av dødeligheten som kan knyttes til parasitten (Krkošek mfl. 2011, 2013; Jackson mfl. 2013; Vollset mfl. 2015). Med uttrykket indusert menes altså at lakselusen er en del av årsaken til at fisken dør. Det er flere mål på dødelighet og overlevelse i epidemiologi (Dohoo mfl. 2010). De mest vanlige og relevante i kontekst av luseinduserte dødelighet på populasjonsnivå er risikoforskjell (RF), relativ risiko (RR) og risikobidrag (RB).

Vidare om *risikobidrag*:

Risikobidrag (RB) er prosentvis forskjell i størrelse på den overlevende gruppen individer med og uten dødelighet fra lakselus. Dette kan i denne sammenhengen regnes ut direkte fra sjøoverlevelsen som følger  $((0.05 - 0.04)/0.05) = 0.2$ . Dette betyr altså at 20 % færre fisk returnerer til elven når den påvirkes av lakselus, enn om den ikke gjør det. Ekspertgruppen er av den oppfatning at RB gir den mest fornuftige tolkning av dødelighetsbegrepet i Stortingsmelding 16 (Anon. 2015, Tabell 10.1.)

Produktet av ekspertgruppa sine vurderingar vert samanfatta i ein tabell for kvart år. I tabellen vert resultatata for kvart produksjonsområde oppgitt i tråd med dei gjeldande grenseverdiane, som er vist til i Havbruksmeldinga:

Låg: < 10 % lakselusindusert villfiskdødelegheit  
Moderat: 10-30 % lakselusindusert villfiskdødelegheit  
Høg: >30 % lakselusindusert villfiskdødelegheit

Dersom departementet vedtar fargelegging i tråd med tabellen frå ekspertgruppa vil grenseverdiane svare til grøn, gul og raud.

Ekspertgruppa sitt beviskrav er sannsynlegheitsovervekt, jf. rapport 2019 s. 10.

Vi anser at vårt mandat er å gjøre en vurdering av i hvilken kategori av lakselusindusert villfiskdødelighet (0-10%, 10-30% eller > 30%) det er mest sannsynlig hver PO er i. Per definisjon er disse grensene definert slik at konsekvensen er høy hvis dødeligheten er >30%, og dermed følger det at hvis en slik konsekvens har en sannsynlighetsovervekt vil det per definisjon være en høy risiko.

Det er ikkje omstridt at dette er rett beviskrav. Beviskravet er såleis vesentleg lågare enn det ein vanlegvis opererer med for *vitskapeleg bevis*.

Grenseverdiane korresponderer med dødelegheitsgrensene ved lakselusmitte, som er gjort greie for i ekspertgruppa sin rapport for 2019 s. 7:

I dag brukes antall lus per gram fiskevekt for å estimere sannsynlighet for at et individ dør på grunn av lakselus. For å kunne beregne dødelighet basert på et sånt mål må man ha en funksjon som relaterer lus per gram fiskevekt til dødelighet, eller grenseverdier for når dødelighet inntreffer. Basert på best tilgjengelig kunnskap er det i Taranger mfl. (2012) foreslått følgende grenseverdier for laksesmolt og førstegangsutvandrende sjørørret og sjørøye < 150 g:

1. 100 % av individer med > 0,3 lus per gram fiskevekt vil dø
2. 50 % av individer med 0,2-0,3 lus per gram fiskevekt vil dø
3. 20 % av individer med 0,1–0,2 lus per gram fiskevekt vil dø
4. 0 % av individer med < 0,1 lus per gram fiskevekt vil dø.

Denne utregningsmetoden benyttes både i Havforskningsinstituttets (HI) risikovurdering (Taranger mfl. 2011) og i ”Kvalitetsnormer for laks - anbefalinger til system for klassifisering av villaksbestander” fra Vitenskapelig råd for lakseforvaltning (VRL) (Anon. 2011).

Ekspertgruppa har i hovudsak nytta tre typar data for vurderinga av dei enkelte produksjonsområda:

- Utslepp frå klekte naupliar (eggproduksjon) frå oppdrett i tid og rom.
- Overvakingsdata frå NALO (Nasjonal overvaking av lakselus på vill laksefisk)
- Modellert smittepress og estimert smolt dødelighet.

Dette medfører at ein får sju ulike parameter – eitt for kvart metodeverktøy – som vert vurdert kvar for seg opp mot grenseverdiane. Resultata vert oppgitt i ein tabell for kvar av dei sju metodane. I den siste kolonnen for konklusjon har ekspertgruppa gjort ei samla vurdering. Grad av usikkerheit er angitt i små bokstavar både for kvar av dei sju metodane og for den samla konklusjonen. Usikkerheita vert skildra nærare i rapporten både generelt på metodenivå, og for kvart produksjonsområde. I rapporten for 2019 ser tabellane for 2019 og 2018 slik ut:

Vurderingen 2019 (konklusjon<sup>usikkerhet</sup>)

Prod. Omr.	Trål fangst	Sjørøret ruse	Vaktbur	HI smittepress	HI smolt	VI smolt	SINTEF smolt	Konklusjon
1		Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>liten</sup>
2	Lav <sup>mid</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>mid</sup>	Mod <sup>liten</sup>	Mod <sup>mid</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Lav <sup>mid</sup>
3	Lav <sup>stor</sup>	Mod <sup>mid</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>mid</sup>	Høy <sup>liten</sup>	Mod <sup>mid</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Mod <sup>mid</sup> †
4	Høy <sup>mid</sup>	Høy <sup>liten</sup>	Høy <sup>liten</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Høy <sup>liten</sup>	Lav <sup>stor</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Høy <sup>mid</sup>
5	Høy <sup>stor</sup>	Høy <sup>liten</sup>		Høy <sup>mid</sup>	Høy <sup>mid</sup>	Lav <sup>stor</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Høy <sup>mid</sup>
6	Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>mid</sup>		Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>liten</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Lav <sup>stor</sup>
7	Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Mod <sup>liten</sup>	Lav <sup>stor</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Lav <sup>stor</sup>
8		Mod <sup>stor</sup>		Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>mid</sup>	Lav <sup>mid</sup>		Lav <sup>mid</sup>
9		Mod <sup>stor</sup>		Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>stor</sup>	Lav <sup>mid</sup>		Lav <sup>mid</sup>
10		Mod <sup>mid</sup>		Mod <sup>liten</sup>	Mod <sup>liten</sup>	Lav <sup>mid</sup>		Mod <sup>stor</sup> ↓
11		Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>liten</sup>	Mod <sup>stor</sup>	Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>liten</sup>
12	Lav <sup>liten</sup>	Mod <sup>mid</sup>		Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>stor</sup>	Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>mid</sup>
13		Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>liten</sup>	Lav <sup>liten</sup>		Lav <sup>liten</sup>

†↓ Piler indikerer om usikkerheten for konklusjonene «moderat» peker mot kategorien over eller under.

Oppdatert 2018

Prod. Omr.	Trål fangst	Sjørøret ruse	Vaktbur	HI smittepress	HI smolt	VI smolt	SINTEF smolt	Konklusjon
1		Lav		Lav	Lav	Lav		Lav <sup>liten</sup>
2	Mod/Lav	Høy	Mod	Høy	Mod	Lav**	Mod	Mod <sup>middels</sup> †
3	Mod	Høy	Mod	Mod	Høy	Mod*	Mod	Høy <sup>middels</sup> Δ
4	Mod	Høy	Mod	Mod	Høy	Mod*	Lav/Mod	Mod <sup>middels</sup> †Δ
5	Lav	Mod	Lav	Lav	Mod	Lav*	Lav	Mod <sup>middels</sup> ↓
6	Lav	Mod	Lav	Lav	Mod	Lav*	Lav	Lav <sup>middels</sup>
7		Mod	Mod	Mod	Lav	Lav*	Mod	Mod <sup>høy</sup> ↓Δ
8		Lav		Lav	Mod	Lav*		Lav <sup>middels</sup> Δ
9		Lav		Lav	Lav	Lav		Lav <sup>liten</sup>
10		Lav		Lav	Lav	Lav		Lav <sup>liten</sup>
11		Lav		Lav	Lav	Lav		Lav <sup>liten</sup>
12	Lav	Lav	Lav	Lav	Lav	Lav		Lav <sup>middels</sup>
13		Lav		Lav	Lav	Lav		Lav <sup>liten</sup>

Δ Usikkerheten er endret etter revidering av metoder fra 2018 til 2019.

†↓ Piler indikerer om usikkerheten for konklusjonene «moderat» peker mot kategorien over eller under.

Grå farge indikerer hvilken av de metodene som har endret kategori etter revidering av metoder fra 2018 til 2019

#### 4.7.4 Resultata for 2018 og 2019

##### «Trålfangst»

For å dokumentere effekten av lakselus på postsmolt av laks, vert det tråla etter postsmolt i utvandringsruta. For å unngå at fisken tapar lus under fangsten vert det nytta ein spesialutvikla trål der laksen vert sortert inn i eit akvarium. Det vert tråla i dei ytre delane av fjorden for at fisk som kjem frå dei ytre elvane skal vere med i datagrunnlaget. Fisken vert likevel fanga før den har fullført heile utvandringsruta, og før den har vore eksponert for lusesmitte i dei yste fjordområda. Lusa på fisken vert telt og registrert.

I 2019 fann ekspertgruppa at trålfangstdata tilsa at det var høg lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Dette bygde på data frå fangst i Sognefjorden i fire veker og i underkant av to veker i Nordfjord. Funna frå Sognefjorden tilsa høg dødelegheit, medan det i Nordfjord vart observert mindre lus, som tilsa låg dødelegheit. Ein hadde ikkje data frå Sunnfjord og Nordhordland. Usikkerheita vart vurdert som middels. Dette bygde på manglande data frå delar av produksjonsområdet.

#### «Sjøørret ruse»

Metoden med prøvefiske av aure med *ruse* går ut på at sjøaure og røye vert fanga levande i ruser med leiegarn og fangskammer som står 30-50 meter frå land på 1-2 meters djupn. Rusene vert sjekka minst ein gong i døgnet. Fisken vert bedøva, lengd og vekt vert registrert og lus på ulike stadium vert registrert. Rusefiske vert supplert med garnfiske der rusefiske er utfordrande. For kvar fisk vert talet på lus i alle stadium rekna per gram fiskevekt. Dødelegheit vert rekna som estimat i prosent med konfidensintervall, ut frå grenseverdiane.

I 2019 la ekspertgruppa til grunn at resultatata frå ruse tilsa at det var høg lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Dette bygde på data frå rusefangst av aure i Nordhordaland, Sognefjorden og Nordfjord. Ein hadde ikkje data frå Sunnfjord. Usikkerheita vart vurdert som liten.

#### «Vaktbur»

*Vaktbur*-metoden inneber at lukka merdar på om lag  $1m^3$  vert sett ut i fjorden på 0,1 – 1,5 meters djupn. I kvart bur står 30 laksesmolt i 14 dagar før fisken vert tatt ut og lus vert telt. Normalt vert det sett ut 18-20 vaktbur i kvart fjordsystem som vert overvaka. Smittepresset vert vurdert ut frå talet på lus pr fisk, etter dei nemnde grenseverdiane. I dette ligg at ein smolt på 20 gram, gitt same smitte som smolten i vaktburet, med høg sannsynlegheit vil døy når smitteintensiteten er meir enn 6 lus, tilsvarende meir enn 0,3 lus pr gram fiskevekt. Metoden føreset at smolten på 20 gram vil tiltrekke seg like mange lus som smolten i buret, som er 80-100 gram.

I 2019 la ekspertgruppa til grunn at resultatata frå vaktbur tilsa at det var høg lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Dette bygde på data frå utsette vaktbur berre i Sognefjorden. Usikkerheita vart vurdert som liten. Dette bygde på konsistente verdiar over store områder i Sognefjorden.

#### «HI smittepress» og «HI smolt»

Modellane estimerar lakselusmitte elektronisk på bakgrunn av ei rekkje kjende data. For å kunne rekne ut kor dei smittsame lakseluslarvane er til ei kvar tid, har HI utvikla eit system av modellar som skildrar korleis lakselus ved hjelp av vasstraumar vert fordelt i vassmassane. Metodikken er skildra slik av ekspertgruppa 2019-rapporten:



Først beregnes utslipp (antall) av nyklekte larver fra alle rapporteringspliktige oppdrettsanlegg (Stien mfl. 2005). Når luse-larvene så er klekket ut i vannmassene opplever de temperatur, saltholdighet og strøm (fra den hydrodynamiske modellen) i den posisjonen de befinner seg. Basert på tilgjengelig kunnskap om lakselusas utviklingshastighet, atferd og dødelighet blir det beregnet hvordan larvene sprer seg med strømmen, først som ikke-smittsomme nauplier og videre som smittsomme kopepoditter. Sluttproduktet er fordelingen av smittsomme kopepoditter i fjordene og langs hele kysten time for time, noe som gir en god og detaljert oversikt over hvilke områder som til enhver tid har mye eller lite lakseluslarver. Kopepodittetthetskartene (figur 4 i appendiks IV) viser stor romlig variasjon, med en klar tendens til oppsamling langs land, og i fronter og virvler. Det er også en kraftig økning utover våren/sommeren (figur 3 i appendiks IV) i de fleste produksjonsområdene. Kopepodittkonsentrasjonen er summert over 0-2 meters dybde, hvor det er antatt at postsmolten befinner seg. Hvor mye smitte villfisken utsettes for vil henge sammen med antall lakseluslarver i området.

Med utgangspunkt i kopepodittetthetskartet har HI utvikla to produkt som er tolkingar av kopepodittkonsentrasjonen.

Havforskningsinstituttet sin smittepressmodell – *HI Smittepress* – vert kalibrert mot observert lusepåslag på laksesmolt i vaktbur.

I Havforskningsinstituttet sin smoltmodell – *HI Virtuell Smolt* – vert konsentrasjonen av kopepodittar kalibrert mot observert lusepåslag på vill laksesmolt fanga med trål. For å talfeste kor mange kopepodittar ein virtuell postsmolt av laks får på seg når den svømmer gjennom den modellerte lusekonsentrasjonen, er det utvikla ein vandringsmodell som følgjer postsmolten fra elv til hav. Talet på lus på den virtuelle smolten er kalibrert mot talet lus på trålfanga laksesmolt.

I 2019 la ekspertgruppa til grunn at HI virtuell smolt tilsa at det var høg lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Usikkerheita vart vurdert som liten.

Ekspertgruppa la også til grunn at HI smittepress tilsa at det var moderat lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Usikkerheita vart vurdert som stor. Dette bygde på at høgt smittepress frå burdata innover Sognefjorden ikkje vart attskapt av modellen.

«VI smolt»

Veterinærinstituttet sin smoltmodell er også ein modell for berekning av luseindusert dødelegheit hos utvandrande laksesmolt. Dette er ein samansett modell, der sentrale prosessar som leier opp til risiko for dødeleg luseinfestasjon vert modellert stegvis frå lakselusa sin reproduksjon til påslag på utvandrande laksesmolt. Til slutt vert risikoen for at fisken dør på grunn av infestasjonen kvantifisert.

I 2019 la ekspertgruppa til grunn at VI smolt tilsa at det var låg lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Usikkerheita vart vurdert som stor. Dette bygde på at berekningane ikkje vart støtta av observasjonsdata frå fangstbur.

### «SINTEF smolt»

SINTEF nyttar modellsystemet SINMOD for å modellere spreining av lakselus og smittepåslog på utvandrande laksesmolt. Modellen brukar mest mulig realistiske inputdata (t.d. tidevatn, ferskvassavrenning, vind osv.) og data for kor mange egg som vert sleppt ut på ulike lokalitetar.

I 2019 la ekspertgruppa til grunn at SINTEF smolt tilsa at det var moderat lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4. Usikkerheita vart vurdert som stor. Dette bygde på at kategoriseringa ikkje vart støtta av observasjonsdata frå vaktbur.

### «Konklusjon»

Den samla konklusjonen var høg lakselusindusert villfiskdødelegheit i PO4 i 2019, med middels usikkerheit. Usikkerheita vart skildra slik:

Usikkerhetsvurderingen skyldes delvis at området er stort og dekningen av observasjoner ikke er jevn. Det er noe data fra Nordhordland, lite data fra Sunnfjord, noe fra Nordfjord og gode data fra Sognefjorden. Resultatene indikerer generelt at det er mye lus og høy lakselusindusert dødelighet i Sognefjorden, mens det er større usikkerhet til resultater fra andre regioner. Modellene spriker noe fra lav til høy effekt, men vi legger stor vekt på at overvåkningsdataene alle peker i samme retning. Det blir også påpekt at modellene ikke klarer å gjenskape mønsteret med høye påslag innover Sognefjorden.

Ekspertgruppa gjorde ikkje ei samla vurdering for 2018 og 2019.

#### **4.7.5 Bygde ekspertgruppa sine konklusjonar på forsvarlege analysar av faktiske forhold?**

Oppdrettarane har peika på fleire forhold som dei meiner både kvar for seg og samla tilseier at ekspertgruppa sine konklusjonar er feil. Innvendingane gjeld for begge år, men særleg for 2019. Retten vil i det følgjande knyte merknader til dei sidene ved vurderingane som det har vore mest fokus på i retten.

#### *Dødelegheitsgrensa*

Kunnskap om kor stor intensiteten må vere for at lakselusa medfører død eller andre negative effektar på villaks er avgjerande for å vurdere skadeverknadene på ein populasjon. Oppdrettarane har gjort gjeldande at det er lagt ei for låg dødelegheitsgrense til grunn, og at dette utgjer ein feil ved det faktiske grunnlaget for vedtaket.

Ekspertgruppa sine grenseverdier for dødelegheit er det vist til under pkt. 4.7.3. Grenseverdiene vert lagt til grunn i vurderinga av resultatata frå dei ulike metodeverktøya. Verdiane byggjer på «Forslag til førstegenerasjons målemetode for miljøeffekt (effektindikatorer) med hensyn til genetisk påvirkning fra oppdrettslaks til villaks, og

påvirkning av lakselus frå oppdrett på viltlevende laksefiskbestander», Taranger m. fl. 2012. Av samandraget framgår:

En vurderer at laksesmolt vil ha høy sannsynlighet for dødelighet ved mer enn 0,3 lus/g, mens risikoen er lav under 0,1 lus/g. En kan derfor gi grove anslag for dødelighetsrisiko ved ulike smitteintensiteter på ulike andeler i populasjonen. Basert på dette er det foreslått en ny modell der en beregner den økte dødelighetsrisikoen for populasjonen som helhet - og vurderer denne som lav (grønn), moderat (gul) eller stor (rød) ved hhv. <10 %, 10- 30 % og >30 % økt dødelighetsrisiko grunnet lakselus.

Sakkyndig vitne Solveig Van Nes presenterte ein gjennomgang av resultat frå ulike forskingsrapportar om grenseverdier for dødelegheit. Ho viste mellom anna til resultat frå Holst m. fl.2003, der vill postsmolt på 15 – 25 gram hadde overlevd infeksjon med ein intensitet på opp mot 0,67 lus pr gram. Nes framheva også forskingsdata frå Wagner m.fl. som peika i retning av ei grense på 0,75. Nes meinte at rett grense var ein stad mellom 0,5 og 1,0 lus pr gram, dersom ein vurderte all tilgjengeleg forskning samla. Van Nes og fleire andre har dessutan påpeika at lakselus døyrr og fell av laksen, og at dette ikkje er tatt tilstrekkeleg omsyn til.

Retten konstaterer at det er fagleg usemje mellom fagpersonar om dødelegheitsgrensa. Retten har imidlertid ikkje fått framlagt bevis som gir grunnlag for å underkjenne ekspertgruppa sine vurderingar i rapportane for 2018 og 2019. At det av fleire grunnar heftar usikkerheit ved desse grensene vart streka under av ekspertgruppa i den første rapporten for 2016. I 2019 tok ekspertgruppa grenseverdiene for dødelegheit opp til ny vurdering, og sette ned eit eige utval, jf. ekspertgrupperapporten 2019 s. 19:

Det ble av ekspertgruppen relativt tidlig påpekt at grenseverdiene bør gjennomgå og evalueres på nytt. Dette er både av hensyn til at den er meget avgjørende for estimatene av lakselusindusert dødelighet og fordi ekspertgruppen har påpekt svakheter med metodikken for å komme fram til grenseverdiene. I appendiks XI har derfor et utvalg av ekspertgruppen (Ø.K., B.F. og F.N.) gått gjennom all tilgjengelig data (publisert og upublisert) og vurdert om det per dags dato er grunnlag for å endre på grenseverdiene. Gjennomgangen viser at to av de seks forsøkene som er gjennomgått har enten svært lave luseinfestasjoner, eller er designet med andre formål enn å studere fysiologi og dødelighet. Av de gjenværende støtter to av villfiskforsøkene opp om de tidligere forslåtte grenseverdiene i indikatorrapporten, mens ett foreslår høyere grenseverdier for dødelighet, men indikerte også tydelig veksttap på lavere infestasjoner. Forsøket med kultivert fisk indikerer fysiologiske målbare effekter omtrent som i indikatorrapporten, men lavere dødelighet. Etter en gjennomgang av disse forsøkene, og sammenholdt med tidligere forsøk, og vurdert opp mot usikkerheten i overføringsverdien frå karforsøk til naturen, konkluderer vi med at vi ikke har grunnlag for å endre grensene foreslått av Taranger mfl. (2012). Det anbefales videre forskning på sammenhengen mellom luseinfestasjon og effekter (vekst, atferd, dødelighet, fysiologi) på vill laksefisk, og da resultater fra karforsøk vanskelig kan overføres til naturen, anbefales videre forsøk også gjort i naturen.

Retten legg vekt på at tre av medlemmane i ekspertgruppa (Karlsen, Finstad og Nilsen) har gjort ein grundig gjennomgang av ny kunnskap som er kome til etter 2012, utan å finne grunnlag for å endre grenseverdiene. Rapporten deira er framlagt for ekspertgruppa og

styringsgruppa, som heller ikkje fann at det var grunnlag for ei endring. Oppdrettarane har heller ikkje påvist feil i rapporten til dette utvalet.

Retten viser også til forklaringa frå sakkyndig vitne Taranger om viktige skilnader mellom smolt i laboratorieforsøk og smolt i sjøen. I sjøen er det sannsynleg at lusa kan ha indirekte dødelege følgjer for smolten, ved at den vert svekka og lettare eten av predatorar, eller at den svelt i hel. Dette er forhold som har spela inn ved vurderinga av dødelegheitsgrensa.

Etter ei samla vurdering av dei bevisa som er lagt fram meiner retten at dødelegheitsgrensa ekspertgruppa har operert med har vore forsvarleg. Forskingsfeltet er som nemnt i utvikling, og ny kunnskap kan tilseie justeringar i framtida.

#### *Forholdet til talet på oppdrettsfisk og lakselus i oppdrett*

Oppdrettarane har gjort gjeldande at ekspertgruppa sine konklusjonar for 2018 og 2019 ikkje samsvarar med den faktiske lusesituasjonen i oppdrett. Det vert vist til at talet på vaksne holus var lågare i 2019 enn i 2018, og at talet på fisk i oppdrettsanlegga var lågare i 2018 enn i 2019. Dette vert, slik retten oppfattar Oppdrettarane, framheva som eit bevis for at ekspertgruppa sine konklusjonar er feil.

Retten følger ikkje Oppdrettarane i denne argumentasjonen. Som påpeika av Staten, viser framlagt tabell om MTB-utnytting vesentleg fleire fisk i smoltutvandringsperioden i 2019 enn i 2018. Talet på kopepodittar produsert i oppdrettsanlegg var også i det alt vesentlege høgare i smoltutvandringsperioden i 2019 enn i 2018. Dette står ikkje i motstrid til ekspertgruppa sin konklusjon om moderat dødelegheit i 2018 og høg dødelegheit i 2019.

#### *Forholdet til bestandsutvikling*

Oppdrettarane har gjort gjeldande at dersom teoriane om dødelegheit i PO4 hadde stemt, ville dette ha gitt seg utslag i villaksbestandane. Det gjer det ikkje. Det vert vist til at bestandane i PO4 har auka sidan 2008, parallelt med auken i oppdrettsvolum. Vest-Noreg har dessutan hatt det største innsiget av villaks i Noreg i perioden. Dette lar seg ikkje sameine med ekspertgruppa sine vurderingar, jf. vurderinga for 2017 med høg dødelegheit. Slik retten oppfattar Oppdrettarane, tilseier dette at opplysningar om bestandsutviklinga i elvane i PO4 motbeviser dødelegheitsberekningane til ekspertgruppa for 2018 og 2019.

Retten er samd med Oppdrettarane i at det ikkje er unaturleg å sjå hen til bestandsutviklinga i vurderinga av metodebruken. Bestandsutvikling er imidlertid etter retten sitt syn ein dårleg eigna indikator i eit trafikklyssystem, fordi negative bestandsverknader av lakselusdødelegheit først vil kunne vise seg eitt til fleire år etter luseinfeksjon i form av redusert innsig. Dessutan er det mange ulike og dels ukjende årsaker til variasjonar i laksen si overleving i havet og tilbakevending, slik det er påpeika av fleire sakkyndige vitne. Villaksen har svært høg naturleg dødelegheit i havet, og det er ikkje mulig å kvantifisere lakselus si påverking av denne dødelegheita frå år til år. Men det er sannsynleg at høg lakselusdødelegheit på utvandrande postsmolt medfører at færre laks returnerar for å gyte enn låg lakselusdødelegheit.

Oppdrettarane har etter retten sitt syn ikkje lagt fram bevis som sannsynleggjer at bestandssituasjonen i elvane i PO4 står i motstrid til dei vurderingane ekspertgruppa gjorde for 2018 og 2019. I denne samanhengen vil retten også peike på at tilstanden for villaksen i PO4 vert vurdert som dårleg i ei rekkje elvar, jf. forklaringa frå sakkynndig vitne Hindar. I *Rapport fra vitenskapelig råd for lakseforvaltning nr. 15 Status for norske laksebestander*, s. 11, heiter det: «Risiko for at flere bestander blir kritisk truet eller tapt på grunn av lakselus har økt og vurderes nå som høy, på grunn av manglende tiltak, og en forverret situasjon i flere områder nord i Vestland og i Møre og Romsdal.»

#### *Ulikt kunnskapsgrunnlag frå ulike regionar*

Oppdrettarane har vist til at ekspertgruppa ikkje har tatt tilstrekkeleg omsyn til at det var store skilnader når det gjeld data frå dei ulike regionane i PO4. Det vert særleg vist til at ein i 2019 ikkje hadde observasjonsdata frå Sunnfjord, at ein berre hadde tråldata frå Sognefjorden og Nordfjord, og at ein berre hadde vaktburdata frå Sognefjorden.

Til dette vil retten for det første vise til at dette er forhold som ekspertgruppa har vore kjent med, og som dei har gjort greie for i rapporten. Retten viser vidare til forklaringa frå leiar av ekspertgruppa Vollset, som understreka at ekspertgruppa gjer ei samla vurdering av ei rekke faktorar, og at rammene for rapporten ikkje tilseier at ein gjer greie for alle diskusjonar i full breidde. Retten finn det ikkje sannsynleggjort at ekspertgruppa ikkje har tatt forsvarleg omsyn til den usikkerheita som er påvist. I rapporten for 2018 vart høg usikkerheit ved konklusjonen særleg grunngeve med at området dekte regionar med både høgt og lågt smittepress (heterogen utbreiing). Retten er dessutan usamd i Oppdrettarane sin premiss om at dersom ein ikkje har overvåkingsdata frå ein region i eit produksjonsområde, må denne regionen reknast for «grøn». Retten har imidlertid forståing for at enkelte oppdrettarar kan oppleve trafikklyssystemet som urettferdig når ein vert råka av eit vedtak som i liten grad byggjer på observasjonar frå eigen region. Men dette vil kunne vere ei følgje av innrettinga på trafikklyssystemet, som byggjer på ein grunnleggjande føresetnad om *naturleg smittemessig samanheng* mellom ulike regionar innanfor eit produksjonsområde.

#### *Feil ved gjennomføring av observasjonar og tolking av observasjonsdata*

Oppdrettarane har vist til at ein gjennomgåande feil ved observasjonsdata er at ein ved teljing av lus ikkje har tatt omsyn til at 50 % av lusene døyr før dei vert vaksne/skadelege. Slik retten oppfattar Oppdrettarane, vert det hevda at talet på lakselus som vert funne på ein fisk skal halverast før funna vert brukt som indikator for dødelegheit. Retten kan ikkje sjå at det er lagt fram vitskapeleg grunnlag for ein slik metode. Retten viser til forklaringa frå det sakkynndige vitnet Taranger, som opplyste at forskingsdata er sprikande når det gjeld dødelegheit hos lakselus som har festa seg på fisken. Både Karlsen og Taranger peika dessutan på at ein ikkje uvesentleg del av vandringa står att etter at smolten har passert det området som det vert tråla i. I dei ytre områda av fjorden vert smolten eksponert for lus frå fleire anlegg, og såleis må ein rekne med at observert lusepåslag gjev eit underestimat.

Oppdrettarane har vidare gjort gjeldande at tråldata ikkje er representative fordi smolt kan svømme ifrå trålen, og smolt som er svekka på grunn av lusepåverknad vert fanga og såleis

overrepresentert i fangsten. Det er ikkje lagt fram vitenskapleg støtte for ein slik teori. Vidare vert det hevda at systematikken i trålinga hindrar representative data, t.d. har ein ikkje ein «fast protokoll» for utføringa. Det er imidlertid ikkje lagt fram standardar eller anna materiale som seier noko om kva som er rett måte å tråle på, og om overvåkingsprogrammet sin trålemetodikk skil seg frå denne. Retten finn det ikkje sannsynleggjort at trålemetoden bidrar til feil ved det faktiske grunnlaget for vurdering av miljøtilstanden. Retten viser til forklaringa frå det sakkyndige vitnet Karlsen om trålemetodikken.

Oppdrettarane har vist til at funna av lakselus på rusefanga aure er ueigna som *proxy*, altså ikkje representative, for smittepress på utvandrande postsmolt. Det vert vist til at auren oppheld seg i fjorden i lengre tid, og har andre vandringsmønster enn laksesmolt. Til dette vil retten vise til at ekspertgruppa i rapporten for 2019 har gjort grundig greie for fleire usikkerheitsfaktorar ved metoden, og særleg problemstillinga knytt til bruk av data frå aure. Av ekspertgruppa si avsluttande vurdering framgår:

I et nylig arbeid ble lakselusmitte på sjørret og laksesmolt fanget samtidig i trål de siste 10 årene studert for å evaluere hvor god en slik tilnærming er til å forutse mengder lus på laksesmolt, altså om det er en korrelasjon mellom lus på sjørret og laksesmolt (Vollset mfl. 2017). Studiet tilsier at det er en klar sammenheng mellom smittepresset på de to artene, men at det generelt sett er mindre lus på laksesmolt enn på sjørret. Vi vurderer derfor at lakselus på sjørret ikke kan brukes til å direkte estimere lakselusindusert dødelighet på laksesmolt, men i tilfeller der det observeres store mengder lus på sjørret er dette en klar indikasjon på at også utvandrende laksesmolt er mer utsatt for lusesmitte i et gitt område.

Ekspertgruppa har såleis synleggjort usikkerheit ved metoden, og retten finn det ikkje sannsynleg at ekspertgruppa feilaktig har bygd på lusetal frå aure fanga i ruse i vurderinga av miljøtilstanden.

#### *Utvandringstidspunkt*

Fordi tettleiken av laskeluslarvar i fjordane aukar utover våren i takt med at vasstemperaturen stig, har det tyding for berekninga av smittepresset *kor tid* smolten vandrar ut frå elvene. Jo tidlegare utvandring, jo lågare temperatur og lågare smittepress. I tillegg har det tyding kor lang tid laksesmolten brukar på vandringa. Jo kortare vandringstid, jo mindre vert den eksponert for lakselusa i fjorden. Utvandringstidspunktet vert lagt inn i smittepressmodellane.

Smolten vandrar ut frå elvane i periodar på kring 40 dagar, frå første til siste smolt har nådd havet, men dette varierer frå elv til elv. Det er observert at utvandringa kan skje i «tog», der større mengder vandrar ut samtidig over eitt eller fleire korte tidsrom i utvandringsperioden. Observasjonane er gjort med fangst, telemetri og videoovervaking. Median utvandringstidspunkt er den dagen halvparten, dvs. laks nr 500 av 1000, har vandra ut frå elva.



Retten finn det ikkje sannsynleggjort at upresise utvandningsdata i sjablongen utgjer feil ved det faktiske grunnlaget for vedtaket. For det første viser retten til at ekspertgruppa har vore merksame på usikkerheita om utvandringstidspunkt, og dei meiner å ha tatt tilstrekkeleg omsyn til dette i dei samla vurderingane sine, jf. forklaringane frå mellom andre Nilsen og Vollset. Spørsmålet vart via særleg merksemd i rapporten for 2019, og vedlegget i appendix IX.

Vidare viser retten til ekspertgruppa sitt notat til styringsgruppa av 15. november 2019, der den gjorde greie for korleis ny informasjon om utvandringstidspunkt vart vurdert i PO3 og PO4 i rapporten for 2019. Ekspertgruppa gjorde også ei førebels vurdering av ny informasjon som hadde kome til om data frå Eidselva og Stryneelva etter at rapporten var ferdigstilt (jf. forklaringa i retten frå vitnet Per-Otto Hjertenes). Dei fann det svært lite sannsynleg at desse opplysningane ville kunne påverke tidlegare konklusjonar.

For det tredje viser retten til at HI på oppdrag frå departementet har køyrt vandringsmodellen med høvesvis 10 og 14 dagar forskyving. Resultatet viser små endringar i kategoriseringa for elvene i PO4 med tidlegare utvandringstidspunkt. Retten viser til forklaringa frå sakkyndig vitne Ørjan Karlsen.

Slik retten har oppfatta Oppdrettarane, vert det vist til at ein i modellane har lagt til grunn at smolten brukar 40 dagar på å vandre ut frå elvane til havet. Dette er vesentleg for mykje, og medfører ei mykje lengre eksponeringstid for lusesmitte enn reelt. Retten viser til forklaringa frå Vollset om at ekspertgruppa legg til grunn ein utvandringshastigheit på 12,5 km pr dag, og såleis vesentleg kortare utvandringstid enn 40 dagar.

På bakgrunn av dei bevisa som er lagt fram finn ikkje retten det sannsynleggjort at ekspertgruppa sine konklusjonar er bygd på feil faktagrunnlag om utvandring frå elvane.

#### *Andre forhold*

Oppdrettarane har også framheva andre sider ved det faktiske grunnlaget for vedtaket som ein meiner er feil. Av desse kan nemnast andre svakheiter ved feltundersøkingane og manglande prediksjonsevne i smittepressmodellane. Retten har vurdert også desse forholda, men finn det ikkje sannsynleggjort at ekspertgruppa har vurdert faktiske forhold feil. I dette ligg at retten meiner at ekspertgruppa sine konklusjonar byggjer på forsvarlege vurderingar av all tilgjengeleg kunnskap på vurderingstidspunktet.

Andre sider ved det faglege grunnlaget som Oppdrettarane har hatt innvendingar mot, slik som vektlegginga av at ekspertgruppa vurderte PO4 ulikt i åra 2018 og 2019, og departementet si «konservative tilnærming» ved fargelegginga, høyrer inn under departementet si frie skjønnsutøving som retten ikkje kan prøve.

Spørsmålet om feil *har verka inn* på departementet sitt vedtak har retten på bakgrunn av konklusjonen over ikkje grunnlag for å gå inn på. Retten vil likevel knyte nokre merknader til spørsmålet om *føre-var prinsippet* sin plass, då det vart gjort gjeldande av Oppdrettarane at dette ikkje har nokon relevans for saka.



Føresetnaden for ugyldigheit på grunn av feil eller usikkerheit ved det faktiske grunnlaget for vedtaket er at feilen er så vesentleg at ein må rekne med at den har verka inn på innhaldet, jf. Eckhoff/Smith (2018) s. 473. I vurderinga av om eventuelle feil og manglar kan ha hatt tyding for vedtaket, må ein etter retten sitt syn legge vekt på at ein er på miljøretten sitt område, der føre-var prinsippet spelar ei viktig rolle. I Proposisjonen er føre-var prinsippet vist til under framstillinga av beviskravet til, jf. s. 26:

Ettersom avgjørelsen om regulering av produksjonskapasiteten vil måtte tas på et område der føre-var-prinsippet gjelder, og avgjørelsen fattes uavhengig av om innehaveren av tillatelsen er å bebreide for miljøpåvirkningen, vil beviskravet etter omstendighetene kunne være lavere enn sannsynlighetsovervekt.

Prinsippet kjem til uttrykk i naturmangfaldlova § 9, som gjeld generelt for forvaltningsvedtak med potensielle miljøfølgjer:

Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet. Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltningstiltak

I Havbruksavdelinga sitt notat til statsråd Harald Tom Nesvik av 28. november 2019 konkluderte avdelinga med at det var sannsynlegheitsovervekt for at ekspertgruppa hadde lagt rett kategorisering av produksjonsområda til grunn:

Ekspertgruppens vurdering betyr med andre ord at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at kategoriseringen gjort av ekspertgruppen er riktig. Gitt at sannsynlighetsvurderingen er korrekt, og avdelingen har absolutt ingen grunn til å tro noe annet, er de alminnelige kravene til bevis oppfylt med hensyn til kategoriseringen.

Avdelinga føresette likevel at føre-var prinsippet i utgangspunktet skulle gjelde i bevisvurderinga. Men i notatet vart det vist til at kunnskapsgrunnlaget var tilstrekkeleg, jf. naturmangfaldlova § 8, og at det ikkje låg føre slik tvil at det var nødvendig å ta føre-var prinsippet i bruk:

Avdelingen nøyer seg her med å vise til at det foreligger et omfattende vitenskapelig arbeid bak rådet om kategorisering av de enkelte produksjonsområdene. Etter vårt syn er kravet til kunnskapsgrunnlaget etter naturmangfoldloven § 8 klart oppfylt.

(...)

Avdelingens vurdering er at føre-var-prinsippet ikke kommer til anvendelse her, da kunnskapsgrunnlaget er tilstrekkelig.

Retten finn det såleis sannsynleg at departementet ville ha trekt inn føre-var prinsippet dersom ein hadde bedømt faktagrunnlaget om miljøtilstanden som noko mindre sikkert enn ein gjorde. Korleis ei slik vurdering ville ha slått ut har ikkje retten grunnlag for å gå inn på.

#### 4.8 Er vedtaket i strid med Grunnlova § 97?

Oppdrettarane har gjort gjeldande at vedtaket ikkje er bindande fordi det er i strid med tilbakeverknadsforbodet i Grunnlova § 97.

Det følger av Grunnlova § 97 at «Inga lov må gjevast tilbakeverkande kraft.» Dette er ein grunnleggjande rettstryggleiksgaranti, som byggjer på at borgarane skal kunne gjere seg kjent med rettsstillinga si til ei kvar tid, og innrette seg etter denne. Verknaden av brot på tilbakeverknadsforbodet kan vere at den aktuelle lova vert sett til side i det konkrete tilfellet og at vedtaket vert oppheva. Brot på tilbakeverknadsforbodet kan også medføre erstatningsplikt for staten.

Utgangspunktet er at Grunnlova § 97 ikkje står i vegen for å gje nye reglar om «korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida», jf. Rt-2010-143 (Reiarlagsskatt). I desse tilfella snakkar ein gjerne om *ueigentleg* tilbakeverknad, jf. avsnitt 153: «Spørsmålet om ei lov som knyter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av kor sterkt tilbakeverknadselementet er. Dersom lova direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig. Om lova derimot berre gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen den motsette.» I slike tilfelle vil det først kunne ligge føre grunnlovsstrid dersom inngrepet i den etablerte posisjonen er *særleg eller klart urimeleg eller urettferdig*, jf. Rt-2013-1345 (Strukturkvote) avsnitt 97. Retten finn det klart at det ikkje dreier seg om *eigentleg* tilbakeverknad i saka her, og at hovudregelen såleis ikkje er ugyldigheit.

Staten har gjort gjeldande at Oppdrettarane ikkje har ein etablert rettsposisjon som etter sin art kan vere verna av tilbakeverknadsforbodet, og at Grunnlova § 97 difor ikkje kjem til bruk. Retten finn dette spørsmålet noko tvilsamt, men legg til grunn at oppdrettarar med konsesjonar etter akvakulturlova har ein etablert rettsposisjon, sml. Rt-2013-1345 (Strukturkvote). Dette har imidlertid ikkje avgjerande tyding for konklusjonen, jf. drøftinga under.

Spørsmålet om forholdet til Grunnlova § 97 er drøfta i forarbeida til akvakulturlova § 9 tredje ledd. I Proposisjonen s. 15 vert det vist til Havbruksmeldinga. Etter ein gjennomgang av innhaldet i grunnlovsvernet konkluderte ein slik i meldinga på s. 67:

Sentralt i grunnlovsvurderingen står altså innholdet i og grunnlaget for borgernes forventninger om fremtidig utnyttelse av sin rettsposisjon og inngrepets omfang og varighet. Dette må avveies mot de sentrale miljøhensynene som står på spill. Aktørene har ikke hatt forventning om å få videreført kapasiteten uendret, også om miljøet belastes for hardt. Videre er ordningen begrenset både med tanke på reduksjonens størrelse og varighet. Så langt forventingen om vern bygger på de offentlige tillatelser, på et område med løpende reguleringer og behov for å ivareta fellesskapets miljøinteresser, kan den enkeltes forventninger ikke ha noen sterk rettsbeskyttelse mot senere regelendringer, se for eksempel Rt-2013-1345 avsnitt 69–70 og 131 (strukturkvotedommen) og Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (7. utg., Oslo 2003) s. 408-409. Det vil kunne ha betydning for grunnlovsvurderingen om de hensyn som begrunner inngrepet kunne ha blitt ivaretatt på en annen og mindre inngripende måte. I de tilfeller der det blir aktuelt å redusere biomassen

vil det være fordi miljøsituasjonen ikke er akseptabel, og fordi andre virkemidler ikke virker i tilstrekkelig grad.

Etter regjeringens syn må det på denne bakgrunn være klart at Grunnloven § 97 ikke setter noen sperre for å redusere kapasiteten i den formen som presenteres i denne meldingen.

Departementet slutta seg til dette, jf. Proposisjonen s. 15: «Departementet kan ikke se at det er grunn til å endre på denne vurderingen. Det kan tilføyes at også retten til miljø er grunnlovsfestet (§ 112), og Grunnloven oppstiller en korresponderende plikt for myndighetene til å ivareta denne.» Lovgjevaren har såleis tatt stilling, og funne at eit vedtak om 6% nedjustering av tilleten MTB med heimel i § 9 tredje ledd ikkje vil vere grunnlovstridig.

Retten legg til grunn at lovgjevaren si eiga vurdering må ha stor vekt, jf. Graver s. 544: «Ut fra en statsrettslig tankegang kan man si at Stortinget er en av de tre statsmakter som er likestilt med domstolene, og det er klart at domstolene derfor bør legge stor vekt på Stortingets oppfatning av grunnlovsspørsmål.» Stortinget sitt standpunkt treng likevel ikkje vere avgjerande, jf. Rt-2010-143 (Reiarlagsskatt) avsnitt 172.

Spørsmålet er om vedtaket har tilbakeverknadselementet av ein slik art at vedtaket er særleg eller klart urimeleg eller urettferdig. Vurderingsnorma vart utpensla i Rt-1996-1415 (Borthen), og vidareført i Rt-2013-1345 (Struktutkvote) avsnitt 102:

Inn i avveiningen vil blant annet komme hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig eller betydelig og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt

Innrettingsomsynet – kor vidt den enkelte hadde ei rettkomen forventning om vern av posisjonen sin – vart også framheva i Rt-2010-143 (Reiarlagsskatt) avsnitt 164.

Retten har ikkje fått framlagt konsesjonsvilkåra for nokon av Oppdrettarane. Ingen av partane har gjort gjeldande at innhaldet i desse har relevans for saka. Retten legg difor til grunn at spørsmålet må løysast med utgangspunkt i akvakulturlova sine rammer for innhaldet i eit akvakulturløyve.

Retten tar utgangspunkt i akvakulturlova § 4 andre ledd, som seier at ingen kan drive akvakultur utan å vere registrert som innehavar av akvakulturløyve i akvakulturregisteret. Konsesjonskravet i § 4 er ei vidareføring av konsesjonskravet i oppdretslova § 1985 (LOV-1985-06-14-68) § 3. Eit vedtak om nedtrekk i MTB er såleis ikkje eit inngrep i borgarane sin alminnelege handlefridom, men ei innskrenking i retten til å utøve ei verksemd som elles er ulovleg. Dette talar for at Staten må ha stor handlefridom.

Vidare viser retten til akvakulturlova § 5 om innhaldet i konsesjonen:

Akvakulturtillatelsen gir rett til produksjon av bestemte arter på avgrensede geografiske områder (lokaliteter), med de til enhver tid fastsatte begrensninger av tillatelsens omfang.

Departementet kan i enkeltvedtak eller forskrift gi nærmere bestemmelser om innholdet i akvakulturtillatelser, herunder omfang, avgrensning i tid mv.1

Det framgår såleis klart av ordlyden i § 5 at innehavaren av ein konsesjon må vere førebudd på at omfanget av denne kan bli justert.

Vidare følgjer det av akvakulturlova § 9 første ledd bokstav a) at «departementet kan endre eller trekke tilbake akvakulturtillatelsen dersom dette er nødvendig ut fra hensynet til miljøet.» Regelen har vore uendra sidan akvakulturlova tok til å gjelde 1. januar 2006. At ein konsesjon kunne trekkast tilbake av omsyn til miljøet (fare for forureining eller utbreiing av sjukdom) følgde også av oppdrettslova av 1985 § 11. I Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) heiter det på s. 62:

Hvilke endringer og tilbaketrekkingar som kan vere nødvendig ut fra hensynet til miljøet, må vurderes ut fra den kunnskap som til enhver tid finnes om miljøeffekter av akvakultur. En tillatelse som på tidspunktet den ble gitt ble vurdert som fullt ut miljømessig forsvarlig å gi, kan senere vise seg å ha slike negative effekter på miljøet at det er nødvendig å trekke den tilbake eller endre den. Slike situasjonar er det størst sannsynlighet for vil oppstå i forhold til oppstart av nye produksjonsformer eller nye artar. Tilbaketrekking etter dette alternativet kan således vere aktuelt selv om produksjonen drives i henhold til alle krav som følgjer av loven og forskrifter gitt i medhold av loven.

Oppdrettarane har såleis ikkje hatt grunnlag i lova for å innrette seg på at rammevilkåra skulle halde seg uendra uavhengig av miljøforholda, sjølv om dei heldt seg innanfor grenseverdiane for lakselus i eigne anlegg. Det har heller ikkje kome fram opplysningar om at Staten ved lovnader eller på andre måtar har bidrege til å etablere ei slik forventning.

Oppdrettarane har hevda at når staten tar vederlag ved tildeling og utviding av ein konsesjon medfører det at konsesjonen vert verna mot justeringar. Det vederlaget som er ytt ved auksjonar er ytt i tillit til at verdien av konsesjonen skal ligge fast.

Retten ser det ikkje slik. Dersom dei Oppdrettarane som har betalt vederlag til Staten for konsesjonar eller utvidingar, på denne måten etablerte ein særleg verna rettsposisjon, må innhaldet i dette vernet fastleggast i lys av lova på etableringstidspunktet.

Retten viser til at ordninga med vederlag vart innført ved vedtakinga av oppdrettslova § 6 andre ledd i 2001. Av Ot.prp. nr.65 (2000-2001) s. 18 framgår:

Vederlaget er kun knyttet opp mot tillatelsen til å drive oppdrettsvirksomhet og gir ingen rettigheter utover en slik drift i medhold av det til enhver tid gjeldende regelverk. Myndighetenes kompetanse til å stille vilkår samt til å endre betingelser for virksomheten, blir således ikke beskåret ved at det gis hjemmel til å ta vederlag ved tildeling.

Regelen vart vidareført i akvakulturlova § 7 første ledd, bokstav e), jf. Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 61:

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.

Oppdrettarane måtte difor rekne med at styresmaktene kunne kome til å endre konsesjonsrammene i framtida av miljøomsyn. Ei innretting på at dette ikkje skulle skje har vore på eigen risiko. Til støtte for dette vil retten vise til HR-2018-1258-A (Gassled) avsnitt 140:

Jeg vet ikke om utviklingen etter overdragelsen av eierandelene i Gassled ble en grunnleggende annen enn det de ankende parter så for seg da de kjøpte. Men om så var: At en kjent regulatorisk risiko realiserer seg for en av partene i et kontraktsforhold kan ikke veie tungt ved forholdsmessighetsvurderingen under P1-1. Partene kan selv ta hensyn til risikoen i sine forhandlinger om pris og andre vilkår.

Utsegna gjaldt forholdet til EMK P1-1, men må også ha relevans for vurderinga av vekta av innrettingselementet etter Grunnlova § 97. I denne samanhengen legg retten vekt på at det ikkje dreier seg om *inndraging* av konsesjonar, men mindre justeringar i eit avgrensa tidsrom. «Yting mot yting»-elementet gjer seg difor i mindre grad gjeldande.

Tydinga av at det er ytt vederlag vart også handsama særskilt i Proposisjonen. Departementet viste på side 14 til innhaldet i tildelingsforskriftene: «For øvrig er det i tildelingsforskriftene, etter at staten begynte å ta vederlag, ettertrykkelig nevnt at vederlaget ikke blir tilbakebetalt om det skjer endringer eller inndragning (etter reglene som gjaldt på tidspunktet for tildeling, se for eksempel forskrift 21. juni 2002 nr. 686 § 7 siste ledd).» Dette underbygger at Oppdrettarane ikkje har hatt grunnlag for å innrette seg på uendra rammevilkår.

Oppdrettarane har vist til at fleire av dei har gjort betydelege investeringar i tillit til at konsesjonsrammene skulle stå ved lag uendra. Vidare at produksjonssyklusen, som er på 14 – 20 månader, må planleggast i lang tid i førevegen. Då vedtaket vart treft 4. februar 2020 hadde Oppdrettarane inngått avtalar om innkjøp av fôr m.m., og føresett at produksjonen skulle vere uendra. Også dette er forhold som Oppdrettarane etter retten sitt syn sjølve må bere risikoen med. Trafikklyssystemet vart innført i 2017, med raudt lys til PO4, og Oppdrettarane visste på bakgrunn av rapportane som følgde etter dette at dei var i faresona for nedtrekk fordi miljøtilstanden i PO4 ikkje var akseptabel. Rapporten for 2018 gav heller ikkje gode haldepunkt for å konkludere med at «faren var over».

Vidare har Oppdrettarane vist til at retten kan pantsetjast og omsetjast, og at dette bør gje eit særleg vern mot nedjusteringar av kapasitet. Retten ser det ikkje slik. Det framgår direkte av akvakulturlova § 19 andre ledd og § 20 tredje ledd at overføring eller pantsetjing ikkje har «betydning for myndighetenes bruk av virkemidler etter denne lov». Ei mulig framtidig endring av konsesjonsrammene er og har såleis vore ein synleg og påreknleg faktor for både Oppdrettarane og eventuelle medkontrahentar.

Også formålet bak akvakulturlova tilseier klart at lovgjevaren må ha høve til å innskrenke omfanget av gjevne løyve dersom dette viser seg nødvendig av omsyn til miljøet. Lova

skal fremje akvakulturnæringa sin lønnsemd og konkurransekraft «innenfor rammene av en bærekraftig utvikling», jf. § 1. Akvakultur skal etablerast og drivast på ein *miljømessig forsvarleg* måte, jf. § 10 første ledd, og konsesjon kan berre gjevast dersom det er *miljømessig forsvarleg*, jf. § 6 første ledd. Omsynet til miljøet er såleis berande i regelverket. Retten vil også peike på at staten har ei grunnlovsfesta plikt til å sikre ein natur der produksjonsevna og mangfaldet blir halde ved lag, jf. Grunnlova § 112. Å gjennom lov kunne setje inn tiltak mot pågåande miljøskadeleg verksemd er eit avgjerande viktig verkemiddel for å oppfylle denne plikta.

Dei konkrete følgjene for den enkelte oppdrettaren har i liten grad vore belyst i retten. Nedsett MTB vil ikkje medføre tapte inntekter for oppdrettarar med låg kapasitetsutnytting. Dessutan ha fleire av Oppdrettarane tilgjengelege lokalitetar i andre produksjonsområde. Partane er likevel samde om, og retten legg til grunn, at vedtaket medfører nedsett produksjon for fleire av Oppdrettarane i PO4, og eit ikkje ubetydeleg inntektstap samla sett. Retten finn likevel ikkje haldepunkt for at dette medfører at vedtaket er i strid med Grunnlova § 97. Retten viser til at Oppdrettarane framleis har 94% av MTB intakt, noko som gir eit betydeleg potensiale for vidare drift med overskot, og at det vert ei ny vurdering etter to år. Dessutan kan Oppdrettarane søke om og få godkjend unntak på nærare vilkår, jf. kapasitetsjusteringsforskrifta §§ 12 og 20. Av høringsnotatet av 11. oktober 2019 går det fram at Mattilsynet då hadde behandla 50 søknader om unntak, og godkjend 23 av desse.

Retten vil peike på at den ikkje finn å kunne legge vekt på at raudt lys medfører utsett moglegheit til framtidig tilbod om vekst, slik Oppdrettarane har gjort gjeldande. Tilbod om vekst føreset at miljøsituasjonen vert funnen å vere akseptabel (grønt lys), jf. produksjonsområdeforskrifta § 11. Det var ikkje situasjonen i PO4, og det er uvisst om og eventuelt når dette vil vere situasjonen i framtida.

Retten legg vekt på at det dreier seg om inngrep i økonomiske fordelar, og ikkje i personleg fridom eller rettar av velferdsmessig art. Trafikklyssystemet gjev Oppdrettarane høve til å vurdere mulegheit for justeringar gjennom årlege fargeleggingar, og dei hadde seks månader til å innrette seg etter justeringsvedtaket. Vedtaket er dessutan treft på bakgrunn av kriterier som er like for alle oppdrettarar i landet.

Etter ei samla vurdering finn retten at inngrepet ikkje er særleg eller klart urimeleg eller urettferdig, og at vedtaket ikkje er i strid med Grunnlova § 97.

#### **4.9 Er vedtaket i strid med EMK P1-1?**

Oppdrettarane har gjort gjeldande at vedtaket ikkje er bindande fordi det er i strid med EMK P1-1.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen, første tilleggsprotokoll, artikkel 1 (P1-1) gjeld vern av eigedom, og lyder slik i norsk omsetjing:

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.

Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter.

Etter menneskerettslova § 2 gjeld P1-1 som norsk lov, og den går føre norsk lov ved motstrid. At ei forskrift som er treft i strid med P1-1 vil kunne bli kjent ugyldig av domstolane er føresett i HR-2018-1258-A (Gassled).

Staten har prinsipielt gjort gjeldande at vedtaket ikkje gjeld inngrep i eit eigedomsgode som er omfatta av vernet i P1-1, og særleg vist til at det gjeld ei avgrensa nedjustering. Retten ser det ikkje som nødvendig å ta stilling til dette, då retten uansett ikkje finn at vedtaket er i strid med P1-1.

Lovgjevaren har vurdert forholdet til P1-1 i Proposisjonen, og valde å ikkje ta stilling til om konsesjonen etter sin art er eit verna eigedomsgode. Departementet meinte uansett at eit vedtak etter akvakulturlova § 9 tredje ledd ikkje kom i konflikt med P1-1, jf. Proposisjonen s. 34. Det vart særleg vist til at innrettingsomsyn i liten grad gjorde seg gjeldande, at ein er på eit forretningsområde som inneber risiko, og at miljøomsyn må ha betydeleg gjennomslagskraft. Retten finn at lovgjevaren si vurdering av forholdet til P1-1 må få vekt.

P1-1 inneheld tre spesifikke reglar, jf. HR-2018-1258-A (Gassled) avsnitt 110:

«Prinsippregelen» er av generell karakter, og slår fast at enhver har rett til å nyte sin eiendom i fred, jf. første ledd første punktum. «Avståelsesregelen» setter rammer for pålegg om tvungen eiendomsavståelse, jf. første ledd andre punktum. «Kontrollregelen» anerkjenner det offentliges behov for, og rett til, å fastsette regulerende tiltak for å ivareta fellesskapsinteresser, jf. andre ledd.

Det er semje om at det er kontrollregelen som er relevant i saka her. Kontrollregelen stiller krav om at inngrepet må ha heimel i lov, og vere grunngjeve med anerkjende samfunnsmessige formål. Det er ikkje tvil om at desse vilkåra er innfridd her. Vedtaket er treft med heimel i akvakulturlova, og er grunngjeve med omsynet til miljøet. Spørsmålet er om vedtaket fyller vilkåra i P1-1 til *forholdsmessigheit*. Vilåret byggjer på siktemålet som er oppstilt av EMD om ein rettferdig balanse (fair balance) mellom dei samfunnsinteressene som grunngjev tiltaket på den eine sida, og forventninga om vern av grunnleggande rettar på den andre. Vurderingstema er formulert slik i CASE OF O’SULLIVAN McCARTHY MUSSEL DEVELOPMENT LTD v. IRELAND, avsnitt 115:

In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question. The requisite balance will

not be achieved if the person concerned has had to bear an individual and excessive burden (see, among many others, Depalle, cited above, § 83).

Staten har ein vid skjønnsmargin ved val av middel for å oppnå lova sitt føremål, særleg når det gjeld regulering av næringsverksemd. Berre dersom vedtaket påfører den enkelte ei overdriven byrde vil vedtaket vere uforholdsmessig. Når formålet er vern av miljøet gjer dei samfunnsmessige interessene seg særleg gjeldande, og skjønnsmarginen er særleg stor, jf. same dom avsnitt 124:

The Court has already accepted that the aims pursued by the impugned interference were legitimate (see paragraph 109 above). As it has often stated in its case-law, environmental protection policies, where the community's general interest is pre-eminent, confer on the State a margin of appreciation that is greater than when exclusively civil rights are at stake (see Depalle, cited above, §§ 83-84, with further references).

I vurderinga av forholdsmessigheit står det etter EMD sin praksis svært sentralt kva rettkomne forventingar ein kunne bygge på. Dette vart særleg framheva i dommen frå EMD nemnt over, og også i HR-2018-1258-A (Gassled) avsnitt 123, som er attgjve under drøftinga av forholdet til Grunnlova § 97. Retten har under den drøftinga gjort greie for korleis den vurderer innrettingsomsyna i saka her, og retten viser til dette. Oppdrettarane hadde som nemnt på bakgrunn av klare signal i både lov og forarbeid inga rettkomen forventning om uendra konsesjonsrammer uavhengig av miljøsituasjonen.

Det har også tyding kor belastande inngrepet er for den som vert råka. Også her viser retten til drøftinga under Grunnlova § 97. Vedtaket gjeld ein mindre del av konsesjonsramma for den enkelte oppdrettaren, og det er lagt opp til ny vurdering etter to år. På den andre sida står risikoen for vesentleg populasjonsnedgang på ein utsett fiskeart og redusert biologiske mangfald, som ligg i kjernen av relevante miljøomsyn.

Oppdrettarane også vist til at vedtaket vart gjennomført utan tilstrekkelege *prosessuelle garantiar*. Dette kan ikkje føre fram. Oppdrettarane har høve til å få vedtaket prøvd for domstolen, og denne retten har dei nytta seg av. Oppdrettarane har dessutan hatt fleire høve til å gje innspel til departementet før vedtaket vart treft, og også denne mulegheita har dei nytta. Dei har også høve til å søke om unntak.

#### **4.10 Forholdet til Grunnlova § 105**

Oppdrettarane har, slik retten har oppfatta argumentasjonen, gjort gjeldande at vedtaket er ugyldig fordi det er i strid med Grunnlova § 105. Retten vil for det første peike på at Grunnlova § 105 er ein regel om rett til erstatning ved ekspropriasjon, og ikkje ein kompetanseregulering. Retten finn i alle høve at regelen ikkje kjem til bruk i saka her, verken direkte eller ved analogi. Retten viser til at «[i]nngrepet må ha en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering fremstår som sterkt urimelig om det skal tåles», jf. Rt-2005-469 (Gardermoen) avsnitt 29. Retten viser til drøftinga av rimelegheita av vedtaket i tidlegare kapittel, særleg kapittel 4.8, og finn det klart at vilkåret ikkje er oppfylt.



## 5. Erstatning

Oppdrettarane har kravd dom for at Staten er erstatningspliktig overfor saksøkarane for det økonomiske tapet dei har lidd som følgje av vedtaket. Retten finn det ikkje sannsynleggjort at departementet har gjort feil. Vedtaket er gyldig og lovleg, og det er ikkje grunnlag for erstatningsansvar verken på objektivt grunnlag eller i medhald av erstatningslova § 2-1 om arbeidsgjevaransvar. Retten viser til drøftingane over.

Oppdrettarane har gjort gjeldande subsidiært at vilkåra for erstatning etter erstatningslova § 2-1 er oppfylt sjølv om retten skulle kome til at vedtaket er gyldig. Slik retten oppfattar Oppdrettarane meiner dei at dersom retten viser atterhald i å overprøve departementet si skjønnsutøving på grunn av kompetansefordelinga mellom domstolane og forvaltninga, må retten likevel kunne prøve denne fullt ut under erstatningsspørsmålet. Retten har vanskeleg for å følgje denne argumentasjonen, og Oppdrettarane har ikkje forankra synspunktet i rettspraksis. Når forvaltninga har treft eit gyldig vedtak innanfor lova sine rammer, utan at det ligg føre verken maktmisbruk eller brot på overordna normer i Grunnlova eller EMK, kan retten vanskeleg sjå føre seg at den same handlinga kan vere uforsvarleg etter erstatningslova § 2-1. Uansett finn ikkje retten det sannsynleggjort at Staten har handla aktlaust. Staten vert difor å frifinne for erstatningskravet.

## 6. Sakskostnader

Staten har vunne saka fullt ut, og har krav på full erstatning for sakskostnadane sine frå motparten, jf. tvistelova § 20-2. Staten sin prosessfullmektig har sett fram krav om dekning av sakskostnader med til saman 1 779 027 kroner med tillegg av rettsgebyret.

Oppdrettarane sin prosessfullmektig har ikkje hatt merknader til salæret eller til storleiken på reise- og opphaldsutgiftene, men har hatt innvendingar mot kravet om dekning av utgifter til dei sakkyndige vitna Næsje, Vollset og Nilsen. Det vert vist til at desse er medlemmer av ekspertgruppa og styringsgruppa, og at utgiftene til desse synest føresett dekt innanfor HI sitt eksisterande budsjett. I prosesskriv av 9. mars 2021 bad Oppdrettarane sin prosessfullmektig om ein nærare forklaring. I prosesskriv av 10. mars 2021 gjorde Staten sin prosessfullmektig greie for at desse løyvingane ikkje dekkjer ekstraordinært arbeid som førebuing og gjennomføring av hovudforhandlinga. Det vart lagt ved bilag som viste at kostnadene var fakturert ut av Universitetet i Bergen, NORCE og NINA. Det har ikkje kome merknader til dette, og retten finn kostnadene godtgjort.

Retten finn at kostnadene har vore rimelege og nødvendige. Retten har sett hen til at saksøkarane si samla kostnadsoppgåve er vesentleg høgare – om lag 6,8 millionar kroner. Retten kan ikkje sjå at det ligg føre tungtvegande grunnar som gjer det rimeleg å fråvike fullt erstatningsansvar, slik tvistelova § 20-2 krev. Retten har ikkje funne saka tvilsam. Saksøkte kan ikkje klandrast for at det kom til sak, og det er ikkje rimeleg å krevje at dei skulle inngå forlik, jf. tvistelova § 20-2 tredje ledd, bokstav b.

\*\*\*

Dommen er ikkje avsagt innan fristen i lova fordi den har vore særleg arbeidskrevjande. Partane fekk opplyst dato for domsavseiing ved slutten av hovudforhandlinga.

## DOMSSLUTNING

1. Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet vert frifunnen.
2. Austevoll Melaks AS, E. Karstensen Fiskeoppdrett AS, Eide Fjordbruk AS, Engesund Fiskeoppdrett AS, Erko Seafood AS, Firda Sjøfarmer AS, Fjord Drift AS, Flokenes Fiskefarm AS, Kobbekvik og Furuholmen Oppdrett AS, Landøy Fiskeoppdrett AS, Langøy laks AS, Lerøy Vest AS, Lingalaks AS, Marø Havbruk AS, Mowi ASA, Nordfjord Laks AS, Osland Havbruk AS, Sandnes Fiskeoppdrett AS, Sjøtroll Havbruk AS, Steinvik Fiskefarm AS, Sulefisk AS, Svanøy Havbruk AS, Tombre Fiskeanlegg AS, Troland Lakseoppdrett AS og Blom Fiskeoppdrett AS vert – in solidum – dømt til å betale Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet sine sakskostnader med til saman 1 779 027 – einmillonsjuhundreogsyttitusenogtjuesju – kroner med tillegg av rettsgebyret for tingretten, innan to – 2 – veker frå forkynning av dommen.

Retten heva

Jørn-Lasse F. Refsnes

Rettleiing om anke i sivile saker er vedlagd.

## Rettleiing om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglane i tvistelova kapittel 29 og 30 som gjeld for anke. Reglane for anke over dom, anke over orskurd og anke over beslutning er litt ulike. Nedanfor finn du meir informasjon og rettleiing om reglane.

### Ankefrist og gebyr

Dersom retten ikkje har fastsett ein annan frist, er fristen for å anke ein månad frå den dagen avgjerda blei gjort kjent for deg. Desse periodane tel ikkje med når fristen blir berekna (rettsferie):

- frå og med siste laurdag før palmesøndag til og med andre påskedag
- frå og med 1. juli til og med 15. august
- frå og med 24. desember til og med 3. januar

Den som ankar, må betale behandlingsgebyr. Du kan få meir informasjon om gebyret frå den domstolen som har behandla saka.

### Kva må ankeerklæringa innehalde?

I ankeerklæringa må du nemne

- kva for avgjerd du ankar
- kva for domstol du ankar til
- namn og adresse på partar, partsrepresentantar og prosessfullmektigar
- kva du meiner er feil med den avgjerda som er tatt
- den faktiske og rettslege grunnivinga for at det ligg føre feil
- kva for nye fakta, bevis eller rettslege grunnar du vil leggje fram
- om anken gjeld heile avgjerda eller berre delar av den
- det kravet ankesaka gjeld, og kva for resultat du krev
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vore tvil om det
- korleis du meiner anken skal behandlast vidare

### Dersom du vil anke ein dom frå tingretten til lagmannsretten

Dommar frå tingretten kan ankast til lagmannsretten. Du kan anke ein dom dersom du meiner det er

- feil i dei faktiske forholda som retten har lagt til grunn i dommen
- feil i rettsbruken (at lova er tolka feil)
- feil i saksbehandlinga

Dersom du vil anke, må du sende ei skriftleg ankeerklæring til den tingretten som har behandla saka. Dersom du fører saka sjølv utan advokat, kan du møte opp i tingretten og anke munnleg. Retten kan og tillate at prosessfullmektigar som ikkje er advokatar, ankar munnleg.

Det er til vanleg ei munnleg forhandling i lagmannsretten som avgjer anke over dom. Ved ankebehandlinga skal lagmannsretten konsentrere seg om dei delane av avgjerda til tingretten som er omtvista, og som der er knytt tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle ein anke dersom lagmannsretten kjem til at det er klart at dommen frå tingretten ikkje vil bli endra. I tillegg kan retten nekte å behandle enkelte krav eller ankegrunnar sjølv om resten av anken blir behandla.

### Retten til å anke er avgrensa i saker som gjeld formueverdi under 250 000 kroner

Dersom anken gjeld ein formueverdi under 250 000 kroner, blir det kravd samtykke frå lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandla.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legg retten vekt på

- saka sin karakter
- partane sitt behov for å få saka prøvd på ny
- om det ser ut til å vere svake sider ved avgjerda som er anka, eller ved behandlinga av saka

### Dersom du vil anke ein orskurd eller ei beslutning til lagmannsretten

Ein *orskurd* kan du som hovudregel anke på grunn av

- feil i dei faktiske forholda som retten har lagt til grunn i orskurden
- feil i rettsbruken (at lova er tolka feil)
- feil i saksbehandlinga

Orskurdar som gjeld saksbehandlinga, og som er tatt på grunnlag av skjøn, kan berre ankast dersom du meiner at det er utøvd uforsvarleg eller klart urimeleg skjøn.

Ei *beslutning* kan du berre anke dersom du meiner

- at retten ikkje hadde rett til å ta ei slik avgjerd på det gjeldande lovgrunnlaget, eller
- at avgjerda openbert er uforsvarleg eller urimeleg

Dersom tingretten har avsagt dom i saka, kan tingretten sine avgjerder om saksbehandlinga ikkje ankast særskilt. Men da kan dommen ankast på grunnlag av feil i saksbehandlinga.

Orskurdar og beslutningar kan du anke til den tingretten som har tatt avgjerda. Anken blir til vanleg avgjort ved orskurd etter skriftleg behandling i lagmannsretten.

### **Dersom du vil anke avgjerd i lagmannsretten til Høgsterett**

Høgsterett er ankeinstans for avgjerder i lagmannsretten.

Anke til Høgsterett over *dom* krev alltid samtykke frå ankeutvalet i Høgsterett. Samtykke blir berre gitt når anken gjeld spørsmål som har betydning ut over den aktuelle saka, eller det av andre grunnar er særleg viktig å få saka behandla av Høgsterett. Anke over dom blir til vanleg avgjort etter munnleg forhandling.

Ankeutvalet i Høgsterett kan nekte å ta ankar over *orskurdar* og *beslutningar* til behandling. Dersom dei blir tatt til behandling, er det som regel fordi spørsmålet har betydning ut over den aktuelle saka, fordi andre omsyn taler for at anken bør prøvast, eller fordi saka reiser omfattande bevisspørsmål.

Når ein anke over orskurdar og beslutningar i tingretten er avgjort ved orskurd i lagmannsretten, kan avgjerda som hovudregel ikkje ankast vidare til Høgsterett.

Anke over orskurd og beslutning i lagmannsretten blir til vanleg avgjort etter skriftleg behandling i ankeutvalet i Høgsterett.