

## NOTAT

Fra: Advokat (H) Halfdan Mellbye

Bergen, 21. september 2016

### **Om forslaget til produksjonsområdeforskrift mm – særlig om adgangen til å redusere produksjonsvolum på konsesjonsnivå**

#### **1. Innledning**

##### **1.1 Om det foreslåtte systemet**

Denne vurderingen er skrevet som en kommentar til det regelverket som er foreslått i vedlegg til høringsnotatet "Implementering av Meld. St. 16 (2014-2015)" om Nærings- og Fiskeridepartementet publiserte 24. juni 2016.

Regelverket regulerer et nytt system for produksjonsøkning innenfor kommersielt oppdrett av laks og ørret som innebærer at det defineres nye geografiske produksjonsområder for akvakultur der produksjonskapasiteten styres ut fra miljøhensyn.

Prinsippene for regelverket er skissert gjennom Stortingsmeldingen om Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett (St Meld 16 (2014-2015)). I høringsnotatet er det altså lagt frem et forslag til forskriftsverk som gir en ramme for dette systemet. Det regelverket som er lagt frem styrer først og fremst kriteriene for øket (eller redusert) produksjonsramme. Regelverket legger opp til at det skal lages separate forskrifter for det enkelte tilfellet der produksjonskapasiteten skal økes eller reduseres.

##### **1.2 Om temaet i dette notatet**

Jeg vil i det følgende begrense meg til å beskrive og kommentere den juridiske rammen som følger av regelverket og særlig behandle spørsmålet om det er adgang til å redusere produksjonsvolumet på konsesjonsnivå for oppdretterne. Jeg vil i tillegg knytte en kort kommentar til spørsmålet om bruk av forskrifter eller enkeltvedtak.

### **1.3 Det miljømessige utgangspunktet – en uhensiktsmessig teoretisk modell?**

Et omstridt spørsmål ved denne reguleringen er det miljømessige grunnlaget for å hevde at nivået av lakselus i oppdrett har en direkte og skadelig påvirkning på lakselus på ville bestander. Jeg har selvsagt ikke grunnlag for å foreta noen faglig vurdering av dette spørsmålet og heller ikke av de modeller som drøftes av ulike forskningsinstitusjoner.

Jeg merker meg imidlertid at regelverket, som jeg kommer tilbake til, knytter seg til påvirkning av lakselus på villfisk, og ikke til problemet med reduserte villfiskbestander. Etter min oppfatning er det derfor grunn til å spørre om man ikke bygger på uhensiktsmessig kompliserte teoretiske modeller.

Problemet med reduserte villfiskbestander av laks og ørret kan man enkelt måle gjennom å telle fisk som svømmer ut og kommer tilbake til lakseelvene. Dersom bestandene opprettholdes i elvene kan man med sikkerhet fastslå at lakselus fra oppdrettsnæringen ikke skader bestandene.

Dette har også en side til spørsmålet om reduksjon av produksjonskapasitet i et område er nødvendig. Dersom oppdretterne i områder med "rødt lys" finansierer utsett av villfisk som kompenseres for den antatte skadevirkningen av lus fra oppdrett vil ikke redusert produksjon være nødvendig for å opprettholde villfiskstammene.

Når dette er situasjonen vil nivået av lakselus i enkeltanlegg først og fremst være et dyrevernmessig problem, både fordi det skader fisken i anlegget og kan skape lusepress overfor villfisk. For å håndtere det problemet er imidlertid de hjemler Mattilsynet allerede har åpenbart tilstrekkelige.

## **2. Reglene om produksjonskapasitet**

### **2.1 Hovedregelen i systemet for regulering av produksjonskapasitet**

Hovedregelen i det nye forskriftsverket fremgår av utkast til forskrift § 8. Etter bestemmelsens første ledd første punktum skal produksjonskapasiteten i det enkelte produksjonsområdet *"reguleres i samsvar med områdets miljømessige bærekraft."*

Hovedtankegangen bak denne reguleringen er altså at et områdes miljømessige status skal avgjøre om oppdrettsvirksomheten i området skal justeres opp eller ned, eller forbli på samme nivå. Reguleringen bygger slik sett på en generell teori om miljøets tålegrense som innebærer at økosystemet i sjøen i produksjonsområdet har en begrenset evne til å absorbere miljøpåvirkninger fra oppdrettsnæringen, og reguleringen skal sørge for at produksjonen tilpasser seg denne tålegrensen.



## 2.2 Miljøvurderingenes plass i dette regelverket

Denne grunnleggende miljøoppfatningen er trukket så sterkt inn i de rettslig bindende regelformuleringene at det må innebære at de faglige miljøspørsmålene får betydning for regelverkets gyldighet og for gyldigheten av de forskrifter og enkeltvedtak som gis til oppfølging av denne forskriften.

Forskriftens § 8 første ledd andre punktum fastslår videre at det skal benyttes miljøindikatorer for å avgjøre om den miljømessige bærekraft er tilstrekkelig. I forskriftens § 8 andre ledd beskrives miljøindikatoren og beslutningsprosessen knyttet til denne slik:

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

Det er viktig å merke seg at denne bestemmelsen inneholder både en beskrivelse av en faglig vurdering, en plassering av myndighet og en beskrivelse av den skjønnsmyndighet som kan utøves på bakgrunn av den faglige vurderingen.

Den faglige vurdering som skal foretas er en vurdering av påvirkning av lakselus på vill laksefisk i det aktuelle produksjonsområdet. Denne faglige vurderingen er et faktisk spørsmål ved reguleringen. Det betyr at beskrivelsen av påvirkningen av lakselus på vill laksefisk skal være så korrekt som mulig, og forvaltningsmyndighetene har plikt til å foreta en løpende vurdering av hva som er riktig beskrivelse av virkeligheten. Myndighetene har ikke en skjønnsmessig frihet til å beskrive et miljøproblem slik de finner det hensiktsmessig dersom dette strider mot virkeligheten.

Nærings- og fiskeridepartementet beskriver i høringsnotatet om implementering av Meld St 16 (2014-2015) på s. 29 flg hvordan beslutningene etter denne bestemmelsen skal tas. Det fremgår av det som her skrives at de faglige modellene som er utviklet ikke gir sikre resultater, og de er også faglig omstridte.

Juridisk sett kan det derfor settes spørsmålstegn ved om det faglige grunnlaget er godt nok til at man i det hele tatt kan treffe vedtak etter forskriftens § 8. Et gyldig vedtak forutsetter her at man har en tilstrekkelig faglig begrunnelse for sammenhengen mellom foreliggende faktisk kunnskap og forskriftens grunnleggende faglige miljømessige teori om en sammenheng mellom kunnskapen og områdets miljømessige bærekraft.

Usikkerheten innebærer i tillegg at myndighetene må være oppmerksom på all faktisk kunnskap som beskriver hvordan lakselus fra oppdrettsanleggene i området påvirker vill laksefisk. Her er det et krav til forvaltningens saksbehandling at den holder seg oppdatert på all faglig relevant kunnskap. Det blir i disse sakene en del av det krav til forsvarlig saksutredning som kommer til uttrykk i forvaltningslovens §§ 17 første ledd og 37 første ledd.

### 2.3 Håndtering av avgjørelsesprosessen i forskrift og høringsnotat

Regjeringen har i høringsnotatet gitt en beskrivelse av den beslutningsprosess som de mener skal finne sted for å avgjøre den miljømessige status i det enkelte produksjonsområdet. På s. 29 i høringsnotatet beskrives det slik:

*"Avgjørelsen vil bli fattet på bakgrunn av vurderinger fra blant annet fagmyndigheter og beslutningsprosessen vil grovt sett se slik ut:*

- 1) Modellen som predikerer lusebelastning i et produksjonsområde kjøres*
- 2) Modellen gir en farge for området (trafikklyset)*
- 3) Dette gir et beslutningsgrunnlag for departementet*
- 4) Relevante etater og institutt kan gi assistanse til å tolke/vurdere dette beslutningsgrunnlaget*
- 5) Departementet fatter beslutning om vekst, frys eller reduksjon i det enkelte produksjonsområde"*

Kjernen i denne beslutningsmodellen er at regjeringen treffer en skjønnsmessig beslutning på bakgrunn av faglige innspill. En slik beslutning vil inneholde en grad av usikkerhet. Og usikkerheten øker når man skal dra slutninger fra den generelle beslutningen om reduksjon på områdenivå til reduksjon av den enkelte oppdretters tillatelse.

Håndtering av faglig usikkerhet kan gjøres til en del av et reguleringsystem og faglig usikkerhet knyttet til miljøspørsmål gjør ikke alltid at man ikke har adgang til å reagere som om miljøproblemet er et faktum. Regelverket for dette reguleringsystemet inneholder imidlertid ingen bestemmelser om håndtering av usikkerhet.

Konsekvensen av dette er at departementets beslutning om vekst, frys eller reduksjon kan vurderes på bakgrunn av dens faglige holdbarhet. Regjeringen kan selvsagt ikke beslutte at påvirkningen av lakselus fra oppdrettsanlegg til villfisk i et område er høyt dersom dette ikke stemmer med virkeligheten.

### 2.4 Gir dette systemet rettslig adgang til å redusere produksjonsmengden på konsesjonsnivå?

Det er adgangen til å redusere produksjonskapasiteten i et område som særlig skaper juridiske problemstillinger. En slik reduksjon må innebære at den totale maksimale MTB for den enkelte oppdrettstillatelse knyttet til produksjonsområdet reduseres, og dette reiser spørsmål om lovlighet både i forhold til det faktum at det oftest er betalt vederlag for en produksjonsrettighet og i forhold til de grenser som ligger i akvakulturloven og i Grunnloven.

Det er generelt reist spørsmål ved om denne nedreguleringen av maksimal MTB for den enkelte oppdrettstillatelse vil være lovlig i den forstand at den kan skje uten erstatning til



den oppdretteren som må redusere sin produksjon. Dette spørsmålet er særlig kommentert i Meld St 16 (2014-2015) s. 66-67. Det som her skrives er en fremstilling av gjeldende rett som jeg i hovedsak kan slutte meg til, selv om det er flere vesentlige relevante elementer i den juridiske vurderingen som mangler. Hovedvurderingen tar sitt utgangspunkt i Grunnlovens § 97. Det som ikke er vurdert er betydningen av at myndighetene har valgt å la oppdretterne betale staten for den produksjonskapasitet de er tildelt på konsesjonsnivå. Det er ikke problematisert i stortingsmeldingen, men den konklusjonen som treffes om den generelle adgangen til å justere produksjonskapasitet ut fra miljøhensyn gir allikevel, etter vår oppfatning, et riktig utgangspunkt. Konklusjonen refereres nedenfor.

Et viktig spørsmål ved vurderingen av lovligheten i systemet med nedregulering er hvilken rettslige betydning det har om det finnes en reell miljømessig begrunnelse for nedreguleringen. Jeg har kommentert dette noe over.

Ved redusert biomasse og derav reduserte produksjonsrettigheter for den enkelte oppdretter er det klart at kravene til rettslig hjemmel blir strengere enn dersom man øker produksjonen. En redusert produksjonsrettighet er et inngrep i oppdretterens rettigheter, en adgang til økt produksjon er en tildeling av et gode. Da får det også større rettslig betydning at spørsmålet om miljøeffekt av produksjonsmengden er et faktisk spørsmål som må vurderes etter reglene om bevis. Det innebærer at dersom det mest sannsynlige er at redusert biomasse i produksjonsområdet ikke vil påvirke miljøsituasjonen må det legges til grunn ved vurderingen av om biomassereduksjonen er lovlig.

Det neste spørsmålet er hvilken betydning det vil ha for lovligheten av vedtaket om biomassereduksjon om dette vil påvirke miljøsituasjonen eller ikke.

Dersom biomassereduksjonen vil påvirke miljøforholdene positivt er den fremstilling som er gitt i Meld St 16 (2014-2015) s. 66-67 etter min oppfatning korrekt.

Dersom det ikke er slik at biomassereduksjonen sannsynligvis påvirker miljøforholdene positivt er det på den annen side en vesentlig forutsetning for den vurdering som er foretatt i Meld St 16 (2014-2015) s. 66-67 som svikter. Det er da langt større grunn til å stille spørsmål ved om reguleringen vil kunne gjennomføres overfor den oppdretter som må redusere sin produksjon på grunn av redusert biomasse. Det er samtidig et spørsmål om staten må betale erstatning for tapet ved biomassereduksjonen.

I den vurderingen regjeringen foretar i Meld St 16 (2014-2015) s. 66 bygger hele resonnetet på den forutsetning at biomassereduksjonen er miljømessig nødvendig. Det vises først til bestemmelsen i akvakulturlovens § 9 om at tillatelser kan endres eller trekkes tilbake *"dersom dette er nødvendig ut fra hensynet til miljøet"*. Denne bestemmelsen gir ikke adgang til å endre tillatelsen der dette ikke er nødvendig av hensyn til miljøet, og spørsmålet om endringens miljømessige effekt vil være et faktisk spørsmål der oppdretterne vil ha krav på at et korrekt faktum legges til grunn.

I drøftelsen av det grunnlovsmessige vern mot redusert produksjonskapasitet skriver regjeringen på s. 67 i Meld St 16 (2014-2015):

*”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.”*

Jeg er enig i det regjeringen her skriver, men igjen er altså forutsetningen at den kapasitetsreduksjonen faktisk er nødvendig av hensyn til miljøet. Holder ikke denne forutsetningen er regjeringens fremstilling av forholdet til Grunnlovens § 97 i stortingsmeldingen en argumentasjon for at redusert produksjonskapasitet på konsesjonsnivå er grunnlovsstridig.

Det er samtidig viktig å være klar over at det er situasjonen for innehaveren av den enkelte oppdrettstillatelsen som vil være avgjørende for om det foreligger et ugyldig vedtak om kapasitetsreduksjon eller ikke. Det relevante rettslige spørsmålet er altså om redusert kapasitet er nødvendig i forhold til denne oppdretteren, ikke om miljøreguleringen som helhet bygger på en teori om miljøets bærekraft som på et generelt nivå er sannsynlig.

Dersom det er dispensasjonsmuligheter fra kravet om redusert produksjon, eller oppdretter gis muligheter til å opprettholde produksjonen på andre måter, vil reguleringen overfor den aktuelle oppdretteren ikke være ugyldig selv om den mangler nødvendig miljøbegrunnelse. Dette vurderes nærmere i neste punkt.

## **2.5 Gir regelverket mulighet til å unnlate produksjonsreduksjoner for oppdrettere som ikke påvirker miljøet negativt**

Det er to hovedgrunner som kan gjøre at et generelt vedtak om biomassereduksjoner ikke er ugyldige i forhold til enkeltoppdrettere selv om det ikke er tilstrekkelig miljømessig begrunnet.

Det vil for det første ikke være ulovlige vedtak overfor oppdrettere som kan unngå økonomiske tap ved å flytte produksjonen til andre lokaliteter i andre produksjonsområder etter reglene om biomassetak. Om dette er situasjonen vil avhenge både av hvordan reglene om biomassetak er utformet, og hvilken mulighet den enkelte oppdretter ut fra sine oppdrettstillatelser har mulighet til å benytte seg av regelverket. Poenget er altså at den oppdretter som har mulighet til å opprettholde sin produksjon på tross av produksjonsreduksjonen ikke kan vinne frem med at vedtaket om produksjonsreduksjon på konsesjonsnivå er ugyldig.



For det andre vil det ikke være noe ugyldig forskrift om biomassereduksjon i produksjonsområdet dersom enkeltoppdrettere kan få individuell dispensasjon som gir adgang til å opprettholde sin produksjon dersom de ikke skader villaksen med lakselus fra sine anlegg.

Adgangen til å gi en slik individuell dispensasjon er overraskende nok ikke kommentert i høringsnotatet. På s. 42 flg behandles reglene om unntak fra handlingsregelen, men her beskrives problemet som om et hvert unntak innebærer at oppdretteren vil få adgang til produksjonsøkning. Det heter på s. 42:

*”Intensjonen med unntak fra handlingsregelen er at tillatelser som er plassert i produksjonsområde hvor produksjonskapasiteten skal nedreguleres eller fryses, likevel kan vokse 6 % annet hvert år så lenge de oppfyller gitte kriterier.”*

Det er selvsagt betydelig forskjell mellom situasjonen der oppdretteren får anledning til å øke produksjonen og tilfellet der han får anledning til å opprettholde den i en situasjon der de andre oppdretterne i produksjonsområdet må redusere sin produksjon. Det å øke produksjonen innebærer at oppdretteren tilføres et gode han ikke hadde tilgang til tidligere. Det å få avslag på en søknad om å få opprettholde en etablert produksjon innebærer på den annen side at man unngår å rammes av et inngripende vedtak. Det er derfor en stor svakhet ved høringsnotatet at fremstillingen ikke skiller mellom de to situasjonene, og at muligheten for å gi en oppdretter «frys» i områder der produksjonskapasiteten nedreguleres ikke behandles.

Det er også slik at § 12 i høringsutkastet ikke åpner for det alternativ at det treffes enkeltvedtak om at produksjonskapasiteten opprettholdes for en oppdretter i et område der kapasiteten ellers reduseres. Det betyr selvsagt ikke at forskriften ikke åpner for slike enkeltvedtak. En adgang til å gi et slikt vedtak vil i hvert fall følge av akvakulturlovens § 5 annet ledd, og det trenges uansett ikke særskilt lovhjemmel for å unnlate å treffe et slikt inngripende vedtak overfor en oppdretter. Det bør imidlertid åpenbart gis en forskriftsbestemmelse som beskriver denne muligheten.

Rettslig sett er problemstillingen om det er situasjoner der oppdretteren vil ha krav på å få opprettholde sin produksjon til tross for at produksjonsadgangen knyttet til oppdrettstillatelsene i området er redusert.

Her vil det for det første være tilfeller der oppdretteren har krav på å få opprettholde sin produksjon fordi vedtaket om reduksjon av biomasse i produksjonsområdet er ugyldig. Jeg viser til det som tidligere er skrevet om dette. I slike tilfeller vil det å treffe et enkeltvedtak om opprettholdt produksjon være en fremgangsmåte for å reparere den ugyldighet som ligger i det generelle vedtaket.

Selv om vedtaket om biomassereduksjon i produksjonsområdet er gyldig kan det oppstå situasjoner der enkeltoppdrettere vil ha krav på å få opprettholdt sin biomasseramme på

konsesjonsnivå. Dette vil ha sammenheng med utformingen av miljøkriteriet for vurderingen av tilstanden på områdenivå. Dersom forutsetningene for denne vurderingen svikter overfor enkeltoppdrettere vil de etter min oppfatning ha krav på å få opprettholde sin produksjon. Den nærmere beskrivelse av hvilke situasjoner der dette er aktuelt er imidlertid umulig å foreta før jeg kjenner det konkrete innholdet i de vurderinger som ligger til grunn for den reduserte biomassen på områdenivå.

#### **4. Særlig om bruk av enkeltvedtak eller forskrifter ved vedtak om reduksjon eller økning av produksjon i produksjonsområdet**

Høringsnotatet foreslår at vedtak om endret status på produksjonsområdenivå skal gjøres ved forskrifter. Det gjelder både redusert produksjon etter § 9 og øket produksjon etter § 11.

Høringsnotatet inneholder på s. 31 – 34 en drøftelse av om slike vedtak er forskrift eller enkeltvedtak. Den gjennomgang som der gjøres av relevant litteratur og praksis har jeg ingen kritiske merknader til. Jeg vil imidlertid påpeke at spørsmålet om forskrift eller enkeltvedtak skal benyttes vil være et valg som myndighetene gjør ved innføring av systemet, og det er derfor også viktig at konsekvensene av valget beskrives.

Ved forskrifts form vil en konsekvens være at enkeltaktørene ikke vil ha rett til direkte informasjon om at vedtaket skal treffes. Forvaltningslovens § 16 om forhåndsvarsel vil ikke komme til anvendelse. Det vil imidlertid neppe ha stor betydning. Utkast til forskrift skal også sendes på høring etter reglene i forvaltningslovens § 37 andre ledd, og de involverte oppdretterne vil selvsagt følge med på dette.

Det er også viktig at utredningsplikten vil være den samme. Her er det en identisk regel i forvaltningslovens § 17 første ledd for enkeltvedtak og § 37 første ledd for forskrifter. Plikten til å utrede de miljømessige konsekvensene av et vedtak vil for eksempel være den samme uansett om vedtaket skal treffes som enkeltvedtak eller forskrift.

Den viktigste forskjellen er derfor at det ikke er klagerett ved forskrifter. Forvaltningslovens kap VI gjelder kun enkeltvedtak. Dette er etter det jeg kan se ikke kommentert i høringsnotatet.

Både forskrifter og enkeltvedtak kan på den annen side prøves for domstolene med påstand om ugyldighet. Det å nekte klagerett vil derfor antakelig medføre at saker i større grad bringes inn for domstolene når de involverte er misfornøyd. Det er et spørsmål om øket bruk av domstolene vil være hensiktsmessig i disse sakene. Etter vår oppfatning er det neppe hensiktsmessig, og det bør være avgjørende for hvilken form som benyttes for vedtakene. Alternativt kan det etableres en egen klageordning, dersom myndighetene ønsker å benytte forskriftsformen.



STEENSTRUP STORDRANGE

9 av 9



Halfdan Mellbye  
Advokat (H)

[halfdan.mellbye@steenstrup.no](mailto:halfdan.mellbye@steenstrup.no)

Tlf. 41 91 67 31