

# MARIUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Joachim S. Bakke

## Konsesjon på auksjon

En metode for å tildele produksjonskapasitet  
til oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret  
og regnbueørret

581

# Konsesjon på auksjon

En metode for å tildele produksjonskapasitet til  
oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret



MarIus No. 581

Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2024

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-mail: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)

Internet: <https://www.sjorettsfondet.no/>

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

Digital Publishing: Aksell AS

# Forord

Denne avhandlingen skrev jeg som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett ved Universitetet i Oslo. Avhandlingen er oppdatert til og med gjeldende regelverk 1. juni 2023. Den publiseres i hovedsak slik den ble levert til sensur, men med noen strukturelle endringer. Disse endringene har også gjort det nødvendig å gjøre justeringer i innledningen og avslutningen.

Jeg har i løpet av skrivearbeidet hatt gleden av å få diskutere avhandlingens problemstillinger med en rekke personer. Ved Nordisk institutt for sjørett ønsker jeg først og fremst å takke min veileder Eirik Wold Sund, som også introduserte avhandlingens tema for meg. En takk går også til Finn Arnesen for spennende og nyttige diskusjoner om avhandlingens EØS-rettslige problemstillinger. Jeg har foruten denne veiledningen ved instituttet også hatt gleden av å diskutere deler av avhandlingen med Inger Riis Johannesen. Det var utrolig lærerikt og spennende å diskutere sentrale problemstillinger i avhandlingen med deg, og jeg setter stor pris på at du tok deg tid til det.

Jeg ønsker også å takke mine gode venner Daniel Hagen og Jørgen Hammer, som i løpet av skrivearbeidet stilte opp for faglige diskusjoner, leste korrektur og bidro med nyttige språklige og strukturelle innspill. En stor takk går i tillegg til min mor og søster, som hjalp til med å lese korrektur. Helt til slutt vil jeg takke Maria Koch Haugane. Jeg setter stor pris på alle våre faglige diskusjoner, dine faglig innspill og all støtten og oppmuntringen du ga meg i skriveperioden.

Oslo, 7. mars 2024.

Joachim S. Bakke



# Konsesjon på auksjon

En metode for å tildele produksjonskapasitet til  
oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret

Joachim S. Bakke

# Innhold

1 Innledning .....	9
1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger .....	9
1.2 Begrepsavklaringer og avgrensninger .....	10
1.3 Metode og rettskildebildet .....	11
1.4 Avhandlingens oppbygning .....	12
2 Rettslige krav til utformingen og anvendelsen av konsesjonsordningen .....	14
2.1 Krav om kompetansegrunnlag og forvaltningsrettslige krav til myndighetsutøvelsen .....	14
2.2 EØS-rettslige krav til akvakulturlovens tillatelsesordning .....	15
2.2.1 Er tillatelsessystemet i akvakulturloven underlagt EØS-rettslige krav? .....	15
2.2.2 EØS-rettslige krav til utformingen og anvendelsen av konsesjonsordninger .....	18
3 Tillatelsessystemet for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret .....	23
3.1 Tildelingen av akvakulturtillatelsene i to vedtak – en todelt tildelingsprosess .....	23
3.2 Tildelingen av selskapstillatelsene gjennom egne tildelingsrunder .....	24
4 Auksjonsregelverket .....	27
4.1 Fremstillingen av regelverket – en innbakt etterkontroll .....	27
4.2 Innledende bestemmelser .....	28
4.2.1 Auksjonsregelverkets formål og virkeområde .....	28
4.2.2 Auksjonsgjenstanden og kunngjøring av tildelingsrunden .....	29
4.3 Hvem som kan delta på auksjonen – prekvalifiseringsregler .....	30
4.3.1 Kravene for å få delta på auksjonen .....	30
4.3.2 Kravet til opplastet aksept av auksjonsreglene .....	30
4.3.3 Kravet til registrering .....	31
4.3.4 Konsekvensene av feil under prekvalifiseringen .....	34
4.4 Auksjonens oppbygning, prisregler og varighet .....	34
4.4.1 En simultan klokkeauksjon med klokkerunder .....	34
4.4.2 Klokkeauksjonens prisregler og klokkerundenes varighet .....	35
4.4.3 Uforutsette hendelser med videre .....	36
4.5 Auksjonens budgivningsregler .....	37
4.5.1 Reglene for klokkebud .....	37
4.5.2 Reglene for avslutningsbud på eventuell restkapasitet .....	38
4.6 Auksjonarius utnevner auksjonens vinnere .....	41
4.6.1 Kåringen av vinnende klokke- og avslutningsbud .....	41
4.6.2 Vinnerens betalingsforpliktelser .....	42
4.7 Veien videre etter auksjonen .....	43
4.7.1 Muligheten til å dele opp og (plikten til å) fusjonere produksjonskapasiteten .....	43
4.7.2 Søknad om lokalitetstillatelse og utstedelse av akvakulturtillatelse .....	45

4.8 Avsluttende bestemmelser .....	46
4.8.1 Reglene om utestengelse med videre ved brudd på auksjonsregelverket .....	46
4.8.2 Reglene om klage og omgjøring .....	48
5 Er det behov for å vedta de detaljerte auksjonsreglene i forskrift? .....	49
5.1 Nærings- og fiskeridepartementets egen vurdering av spørsmålet .....	49
5.2 Når er et sett med generelle regler forskrift? .....	50
5.3 Kan saksbehandlingsregler være forskrift? .....	53
5.4 Vurderingen av om de detaljerte auksjonsreglene er forskriftsbestemmelser .....	54
5.5 Virkningen av at regelsettet er forskrift – krav til saksbehandlingen .....	67
5.6 Virkningen av brudd på saksbehandlingsreglene for forskrifter .....	70
5.7 Forslag til endringer i reguleringsteknikken .....	71
6 Er tildelingssystemet med auksjon egnet til å fremme de havbrukspolitiske målene? .....	73
6.1 Konsesjonsordninger som fleksible styringsverktøy .....	73
6.2 Akvakulturloven som et middel for å realisere havbrukspolitiske mål .....	74
6.3 Auksjon som et effektivt alternativ til administrative tildelingsprosesser .....	75
6.4 Auksjon bidrar til en lukking av forvaltningsskjønnet .....	78
6.4.1 En generell utvikling i retning av mindre skjønn i tildelingene .....	78
6.4.2 Adgangen til å stille tyngende vilkår til selskapstillatelsene .....	80
6.4.3 Friheten til å avslå søknad om lokalitetstillatelse .....	82
6.5 Tildelingssystemet er i stor utstrekning egnet til å fremme akvakulturlovens formål .....	83
7 Avslutning .....	85
Kilderegister .....	87



# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger

Temaet for avhandlingen er forvaltningens bruk av auksjon som en metode for å tildele produksjonskapasitet til oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret. Siden 2018 har Nærings- og fiskeridepartementet annethvert år tildelt ny produksjonskapasitet på auksjon, og hver tildelingsrunde har vært regulert gjennom egne auksjonsforskrifter. Disse auksjonsforskriftene fastsetter «spillereglene» for tildelingene. Forrige tildelingsrunde var i 2022, og det er dette auksjonsregelverket som er kjernen i avhandlingen. I avhandlingen har jeg et offentlig styringsperspektiv for øyet, som danner grunnlaget for avhandlingens oppbygning og problemstillinger.

I norsk sammenheng har forvaltningen ingen lang tradisjon for å bruke auksjon som metode for å tildele tillatelser til utvinning av våre felles naturressurser, men det har blitt vanligere enn tidligere.<sup>1</sup> Dette aktualiserer innledningsvis en fremstilling av myndighetenes adgang til i det hele tatt å tildele produksjonskapasiteten på auksjon, og hvilke krav som gjelder for utformingen og anvendelsen av regelverket.

Auksjonsregelverket er gitt med hjemmel i lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven), og inngår i det som med tiden har blitt et omfattende og fragmentert forskriftsverk under akvakulturloven. Auksjonsregelverket er i seg selv også fragmentert, og det kan være vanskelig for dem reglene retter seg mot å sette seg inn i reglene. I avhandlingen forsøker jeg derfor å gi en funksjonell fremstilling av auksjonsregelverket. Jeg har i stor utstrekning forsøkt å følge den praktiske gangen og kronologien i auksjonen, og fremstillingen avviker derfor på flere punkter fra regelverkets egen oppbygning. I fremstillingen ligger det slik sett også en innbakt etterkontroll av regelverkets regeltekniske kvalitet.

I forlengelsen av regelverksfremstillingen, vurderer jeg i avhandlingen om det er nødvendig at auksjonsreglene fremgår av forskrift. Auksjoner er regulert på forskjellige måter i norsk forvaltning, og variasjonene i reguleringsteknikken gjør at det er grunn til å se nærmere på om reglene krever forskrifts form. Nærings- og fiskeridepartementet har gått for en mellomløsning, hvor de overordnede rammene for auksjonen er regulert i forskrift, mens de mer detaljerte auksjonsreglene er fastsatt utenfor forskriften.<sup>2</sup> Jeg har begrenset vurderingen av spørsmålet til behovet for å regulere de delene av Nærings- og fiskeridepartementets regelverk som ikke er vedtatt i forskrift, i forskrifts form. Gjennomgangen kan likevel tjene som veiledning også for vurderingen av om det er behov for å fastsette andre auksjonsregler i forskrift, og for arbeidet med auksjonsregler på andre områder.

Til slutt vurderer jeg om auksjon som tildelingsmetode er egnet til å fremme akvakulturlovens formål. Auksjon ble vurdert allerede ved utarbeidelsen av tillatelsessystemet for utvinning av petroleum, men regelarkitektene konkluderte den gang med at det ikke var ønskelig å bruke auksjon.<sup>3</sup> Standpunktet bygget på en vanlig oppfatning om at auksjon blant annet begrenser myndighetenes kontroll med hvem som skal få tillatelse.<sup>4</sup> Da Nærings- og fiskeridepartementet under forberedelsen av akvakulturloven foreslo å innføre auksjon som tildelingsmetode, synes departementet ikke å ha vært særlig bekymret for eventuelle tap av styrings-

<sup>1</sup> Olje- og energidepartementet offentliggjorde for eksempel i 2021 at forvaltningen kommer til å bruke auksjon som hovedmodell også for å tildele arealer til produksjon av vindkraft til havs, jf. Meld. St. 36 (2020–2021) s. 99–100.

<sup>2</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.1.

<sup>3</sup> Dæhlin (1985) s. 5.

<sup>4</sup> Sunnevåg (1998) s. 11.

muligheter.<sup>5</sup> Gjennomgangen av auksjonsregelverket gir grunnlag for en nærmere vurdering av om tildelingsmetoden påvirker styringsmulighetene, og om den er egnet til å fremme lovens havbrukspolitiske mål.

## 1.2 Begrepsavklaringer og avgrensninger

I avhandlingen bruker jeg termen «konsesjonsordning» for å beskrive regelverk hvor lovgiver har fastsatt et generelt forbud mot en faktisk handling, tilstand eller rettslig disposisjon, og samtidig gitt forvaltningen diskresjonær kompetanse til å gjøre unntak fra forbudet i individuelle tillatelser.<sup>6</sup> Vanligvis har forvaltningen også adgang til å stille vilkår til tillatelsene.<sup>7</sup> I dette ligger det en avgrensning mot tillatelsesordninger som gir søkerne rettskrav på tillatelse dersom de oppfyller lovens vilkår, som for eksempel ordningene med advokat- og legebevillinger – «rene autorisasjonsordninger».<sup>8</sup>

I tildelingen av tillatelsene bruker forvaltningen ofte forskjellige kriterier. Dels kan det være kriterier søkerne må oppfylle for å få tillatelse, dels kan det være kriterier for å skille mellom flere kvalifiserte søkere. I avhandlingen bruker jeg uttrykket «tildelingskriterier» som en fellesbetegnelse på disse kriteriene.<sup>9</sup> Den første typen omtaler jeg som «terskelkriterier»,<sup>10</sup> og den andre typen omtaler jeg som «fordelingskriterier» eller «utvelgelseskriterier».<sup>11</sup>

Jeg bruker termen «konsesjon»<sup>12</sup> om de individuelle tillatelsene, som vanligvis gir rett til en varig og omfattende økonomisk aktivitet eller virksomhet.<sup>13</sup> Ordbruken i lovverket er ikke konsekvent,<sup>14</sup> og flere av konsesjonslovene bruker ikke selv betegnelsen «konsesjon».<sup>15</sup> Akvakulturloven bruker for eksempel i stedet betegnelsen «akvakulturtillatelse», jf. akvakulturloven § 4 første ledd første punktum. Jeg bruker uttrykkene konsesjon, tillatelse og akvakulturtillatelse om hverandre, uten at jeg av den grunn forsøker å legge noe annet meningsinnhold i uttrykkene enn det jeg har skissert her.

Termen «akvakultur» brukes gjerne synonymt med «havbruk». Når loven har fått navnet «akvakulturloven», er det fordi Nærings- og fiskeridepartementet mente at betegnelsen «akvakultur» bedre får fram at produksjonen ikke bare foregår i havet, men også i ferskvann og på land.<sup>16</sup> «Akvakultur» er legaldefinert, og omfatter produksjon av vannlevende dyr og planter – akvatiske organismer, jf. akvakulturloven § 2 første ledd første og andre punktum. Med «produksjon» sikter loven til ethvert tiltak for å påvirke dyrene og plantenes vekst, størrelse, antall, egenskaper eller kvalitet, jf. akvakulturloven § 2 første ledd tredje punktum.

I avhandlingen avgrensner jeg mot tillatelser til all annen akvakulturproduksjon enn til kommersielt oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret; oppdrett av andre arter faller utenfor. Det betyr også at produksjonstillatelser med ikke-kommersielle formål, slik som undervisnings- og utviklingstillatelser, faller utenfor avhandlingen.<sup>17</sup> Utenfor faller også stamfisk-, klekkeri- og settefiskproduk-

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 47 og 61.

<sup>6</sup> Mestad (1986) s. 1 og 5, Arnesen (2014) s. 99 og Berntzen (2019) s. 17.

<sup>7</sup> Arnesen (2014) s. 99.

<sup>8</sup> Arnesen (2014) s. 99 og Alvik og Bjørnebye (2020) s. 95.

<sup>9</sup> Begrepsbruken er hentet fra Arnesen (2014) s. 110.

<sup>10</sup> Begrepsbruken er hentet fra Arnesen (2014) s. 110.

<sup>11</sup> Begrepsbruken er hentet fra Arnesen (2014) s. 110.

<sup>12</sup> Termen «konsesjon» har latinsk opprinnelse og betyr «tillatelse», jf. også Alvik og Bjørnebye (2020) s. 91.

<sup>13</sup> Mestad (1986) s. 3 og Alvik og Bjørnebye (2020) s. 91.

<sup>14</sup> Mestad (1986) s. 2 og Alvik og Bjørnebye (2020) s. 92–93.

<sup>15</sup> Alvik og Bjørnebye (2020) s. 93.

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 17.

<sup>17</sup> Se også Berntzen (2019) s. 12.

sjon av laks, ørret og regnbueørret. Jeg behandler bare tillatelsene til matfiskproduksjon. Det er den delen av produksjonen som foregår fra yngelen er stor nok til at den overlever i saltvann, og fram til fisken har vokst seg stor nok i anlegg i sjøen til at den kan sendes til slakting.<sup>18</sup> Utenfor faller i tillegg landbasert oppdrett. Bakgrunnen for avgrensningene er at auksjonsregelverket bare omfatter kommersielle tillatelser til oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret. For enkelthets skyld, bruker jeg ofte fellesbetegnelser som «tillatelser til laks og ørret», «tillatelser til rød matfisk» eller bare «laksetillatelsene».<sup>19</sup>

Dessuten er det bare deler av akvakulturtillatelsen til lakseoppdrettet forvaltningen selger på auksjon. Akvakulturtillatelsen til lakseoppdrett består av to vedtak, hvor begge er nødvendige, men ikke alene tilstrekkelige for å sette i gang produksjonen. Det er det første vedtaket, den såkalte «selskapstillatelsen»<sup>20</sup>, forvaltningen selger på auksjon. I avhandlingen konsentrer jeg meg derfor i all hovedsak om denne delen av akvakulturtillatelsen. Det innebærer at jeg bare omtaler det andre vedtaket – «lokalitetstillatelsen»<sup>21</sup> – i den grad det er nødvendig for å forstå helheten i tildelingssystemet med auksjonsregelverket.

### 1.3 Metode og rettskildebildet

I avhandlingen gir jeg i utgangspunktet en fremstilling av gjeldende rett – en rettsdogmatisk fremstilling.<sup>22</sup> Til dette utgangspunktet er jeg likevel nødt til å gjøre én modifikasjon. Forskrift 22. juli 2022 nr. 1386 om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2022), gjaldt etter dens saklige virkeområde bare for auksjonen i 2022. Auksjonsregelverket er derfor ikke lenger gjeldende rett, det hører per definisjon til rettshistorien.

Når jeg likevel gir en fremstilling av disse reglene, er det fordi nye auksjonsforskrifter for tildeling av tillatelser til lakseoppdrett kan bli vedtatt med to års intervaller. På samme måte som auksjonsforskriften 2022 bygde videre på auksjonsforskriftene fra 2018 og 2020,<sup>23</sup> er det grunn til å anta at auksjonsforskriften for 2024 kommer til å bygge videre på auksjonsregelverket fra 2022. Departementet kan dessuten vedta en endringsforskrift, og på den måten endre tidsbegrensningen i regelverkets saklige virkeområde. Regelverket gir i tillegg opphav til en del problemstillinger som er relevante for utarbeidelsen og anvendelsen av eventuelle fremtidige auksjonsregelverk også på andre områder, slik som for produksjon av vindkraft til havs.

Rettskildebildet for akvakultur består først og fremst av akvakulturloven med underliggende forskrifter. Det sentrale forskriftsverket som er relevant for tildelingene består av forskrift 7. november 2022 nr. 1929 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften), forskrift 16. januar 2017 nr. 61 om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften), forskrift 7. juni 2022 nr. 972 om kapasitetsjusteringer for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022 (kapasitetsjusteringsforskriften) og forskrift 22. juli 2022 nr. 1386 om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2022).

Rettskildebildet består med andre ord av konsesjonsloven og et omfattende og fragmentert forskriftsverk. En konsekvens av denne reguleringsteknikken er

<sup>18</sup> Falch (2020) s. 9.

<sup>19</sup> Liknende Nicholls (2018) s. 12, Berntzen (2019) s. 12, Falch (2020) s. 9 og Marcussen (2021) s. 17.

<sup>20</sup> Berntzen (2019) s. 19 og Falch (2020) s. 9–10.

<sup>21</sup> Berntzen (2019) s. 19 og Falch (2020) s. 9–10.

<sup>22</sup> Mæhle (2004) s. 329 og Mæhle og Aarli (2022) s. 198–199.

<sup>23</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 1.

at både akvakulturloven og dens lovforarbeider er knappe i utformingen,<sup>24</sup> og forarbeidene gir begrenset veiledning om forståelsen av lovreglene og det underliggende forskriftsverket. For å forstå helheten i tillatelsessystemet er det ikke til å komme utenom at det er nødvendig å forstå de enkelte regelsettene i lys av hverandre. Dessuten kan de tidligere auksjonsforskriftene bidra til å kaste lys over forståelsen av den siste auksjonsforskriften i rekken.

Det eksisterer relativt grundige og offentlig tilgjengelige forskriftsforarbeider til auksjonsforskriftene i form av høringsnotater, som er relevante rettskilder.<sup>25</sup> Et eksempel på Høyesteretts bruk av høringsnotater som en relevant rettskilde, gir dommen HR-2017-1690-A avsnitt 32–33. Høringsnotatene er utarbeidet av Nærings- og fiskeridepartementet i forbindelse med at auksjonsforskriftene ble sendt på høring, og er et resultat av et interdepartementalt arbeid. Vekten av slike forarbeider i rettsanvendelsen er vanligvis liten, ofte på grunn av at forskriftsforarbeider er lite gjennomarbeidede og sjeldent offentlig tilgjengelig.<sup>26</sup> Vekten varierer også med hvilket rettsområde spørsmålet gjelder.<sup>27</sup> Forskriftsforarbeider har nok størst betydning hvor forskriftene er relativt nye, og det er mangel på andre autoritative rettskilder som kan kaste lys over forståelsen av forskriftsreglene.<sup>28</sup> Det er situasjonen for auksjonsforskriftene. Høringsnotatene må derfor tillegges en del vekt i forståelsen av auksjonsreglene, i hvert fall som tolkningsbidrag og støtteargumenter.<sup>29</sup>

Tilgangen på juridisk litteratur om akvakulturregelverket er fortsatt liten sammenliknet med mange andre rettsområder. De siste årene har det riktignok kommet viktige bidrag gjennom et forskningsprosjekt ledet av Nordisk institutt for sjørett, i samarbeid med de juridiske fakultetene og Fiskeri- og havbruksnærings forskningsfond.<sup>30</sup> Arbeidet har resultert i flere publikasjoner i skriftserien *MarIus*, utgitt av Sjørettsfondet ved Nordisk institutt for sjørett ved Universitetet i Oslo. Et nytt og viktig tilskudd kom dessuten i 2022 med Karnovs lovkommentar til akvakulturloven.<sup>31</sup>

## 1.4 Avhandlingens oppbygning

I avhandlingens *kapittel 2* gir jeg en fremstilling av myndighetenes adgang til i det hele tatt å tildele produksjonskapasiteten på auksjon, og hvilke krav som gjelder for utformingen og anvendelsen av regelverket. Først presenterer jeg i *kapittel 2.1* kravene til forvaltningens kompetansegrunnlag og de forvaltningsrettslige kravene til utformingen og anvendelsen av konsesjonsordningen. Deretter vurderer jeg i *kapittel 2.2* om EØS-rettslige regler får anvendelse på tillatelsesordningen for akvakulturproduksjon, og hvilke kravene disse reglene i så fall stiller til utformingen og anvendelsen av konsesjonsordningen.

I *kapittel 3* gir jeg en overordnet fremstilling av tildelingssystemet for tillatelser til produksjon av lakseoppdrett. Jeg gjør først rede for oppdelingen av akvakultur-tillatelsen i to selvstendige tillatelser (*kapittel 3.1*), før jeg gir en fremstilling av systemet med tildelingen av selskapstillatelsene gjennom egne tildelingsrunder (*kapittel 3.2*). Dette kapitlet legger grunnlaget for fremstillingen av auksjonsregelverket i *kapittel 4*.

<sup>24</sup> Se også Berntzen (2019) s. 14.

<sup>25</sup> Mestad (2019) s. 89.

<sup>26</sup> Skoghøy (2018) s. 76.

<sup>27</sup> Bruun (1980) s. 79.

<sup>28</sup> Bruun (1980) s. 79.

<sup>29</sup> Se i samme retning Berntzen (2019) s. 15 om produksjonsområdeforskriften.

<sup>30</sup> Berntzen (2019) s. 14.

<sup>31</sup> Sund og Vegheim (2022).

I *kapittel 4* forsøker jeg å gi en funksjonell fremstilling av auksjonsregelverket. Innledningsvis i *kapittel 4.1* forklarer jeg bakgrunnen for fremstillingens oppbygning. Deretter presenterer jeg auksjonsregelverkets hovedtrekk og detaljer i *kapittel 4.2* til *4.8*. Det inkluderer regelverkets innledende bestemmelser (*kapittel 4.2*), reglene om hvem som kan delta på auksjonen (*kapittel 4.3*), auksjonsformatet og auksjonens oppbygning (*kapittel 4.4*), auksjonens budgivningsregler (*kapittel 4.5*), reglene for utnevnelsen av auksjonens vinnere (*kapittel 4.6*), veien videre etter auksjonen (*kapittel 4.7*) og regelverkets avsluttende bestemmelser (*kapittel 4.8*).

I avhandlingens *kapittel 5* vurderer om det er behov for å vedta de detaljerte auksjonsreglene i forskrifts form. Jeg ser først på Nærings- og fiskeridepartementets egen vurdering av spørsmålet (*kapittel 5.1*). Deretter redegjør jeg for når et sett med generelle regler er forskrift (*kapittel 5.2*), og om saksbehandlingsregler kan være forskrift (*kapittel 5.3*). Etter det foretar jeg den konkrete vurderingen av om de detaljerte auksjonsreglene skulle vært vedtatt i forskrifts form (*kapittel 5.4*), før jeg gjennomgår virkningene av at regler er forskrift (*kapittel 5.5*) og virkningene av brudd på saksbehandlingsreglene for forskrifter (*kapittel 5.6*). Endelig kommer jeg med noen forslag til endringer i reguleringsteknikken, tilfelle departementet ser for seg å videreføre regelverket for en eventuell ny tildelingsrunde i 2024 (*kapittel 5.7*).

I *kapittel 6* går jeg inn på vurderingen av om tildelingsmetoden er egnet til å fremme de havbrukspolitiske målene som konsesjonsordningen skal realisere. Først gjør jeg rede for det som er hovedbegrunnelsen bak mange av dagens konsesjonsordninger (*kapittel 6.1*). Deretter gjør jeg et poeng ut av akvakulturloven som et redskap for å fremme havbrukspolitiske mål, og presenterer de sentrale hensynene loven bygger på (*kapittel 6.2*). I *kapittel 6.3* gir jeg deretter en fremstilling av noen av de mest sentrale hensynene bak innføringen av auksjon som allokeringss metode under akvakulturlovens konsesjonssystem. Deretter peker jeg i *kapittel 6.4* på at auksjon er et ytterligere bidrag i lukkingen av havbruksforvaltningens skjønnsfrihet. Til slutt i *kapittel 6.5* viser jeg at tildelingssystemet i stor utstrekning likevel er egnet til å realisere lovens formål.

Avslutningsvis oppsummerer jeg i *kapittel 7* svarene på avhandlingens hovedspørsmål, og knytter noen kommentarer til den generelle relevansen av disse.

## 2 Rettslige krav til utformingen og anvendelsen av konsesjonsordningen

### 2.1 Krav om kompetansegrunnlag og forvaltningsrettslige krav til myndighetsutøvelsen

Forvaltningen står aldri helt fritt i sin utøvende virksomhet. Helt grunnleggende må forvaltningens virksomhet, både normeringer og faktiske handlinger, bygge på et kompetansegrunnlag; forvaltningen kan bare gjøre det den har fått kompetanse til.<sup>32</sup> Grunnlaget for kompetansen må enten følge direkte av lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) eller av vedtak truffet med hjemmel i den.<sup>33</sup> Vedtak truffet med hjemmel i Grunnloven kan være vedtak fra Stortinget alene, slik som skattevedtak og bevilgningsvedtak med hjemmel i Grunnloven §§ 75 bokstav a og d.<sup>34</sup> Det kan også være vedtak fattet av Stortinget og regjeringen sammen, slik som lovvedtak med hjemmel i Grunnloven §§ 76–78.<sup>35</sup> Forvaltningen kan i tillegg utøve deler av sin virksomhet i kraft av den alminnelige handlefrihet, men bare innenfor rammene av det for eksempel lov- og budsjettvedtak tillater.<sup>36</sup>

Forvaltningen kan med andre ord ikke fritt etablere konsesjonsordninger. Etableringen av enhver konsesjonsordning, eller i hvert fall konsesjonsordningens forbud mot en bestemt type næringsvirksomhet, krever hjemmel i lov. Slike forbud er inngrep i borgernes alminnelige handlefrihet, og «inngrep overfor den enkelte» krever etter det alminnelige legalitetsprinsippet hjemmel i lov, vedtak gitt med hjemmel i lov eller provisorisk anordning, jf. Grunnloven § 113 og eksempelvis Rt. 1996 s. 654 side 657.<sup>37</sup> Dette gjelder likevel ikke fullt ut. Det generelle forbudet mot petroleumsvirksomhet kan for eksempel et stykke på vei bygge på at petroleumssressursene er underlagt statlig eiendomsrett. Slik sett eksisterer forbudet allerede i kraft av den private eiendomsretten, og noe annet forbud er i prinsippet ikke nødvendig.<sup>38</sup>

Forvaltningen står heller ikke fritt til å gjøre unntak fra slike forbud gjennom individuelle tillatelser. Forvaltningens kompetanse til å gjøre det må også ha hjemmel i lov. Kravet om lovhjemmel følger i disse tilfellene ikke av legalitetsprinsippet; konsesjonene er til fordel for dem som får tillatelse, slik at tillatelsene ikke er noe inngrep i deres rettsfære. Kravet til lovhjemmel følger i stedet av lex superior-prinsippet. Så lenge forbudet følger av lov, må adgangen til å fravike forbudet gjennom individuelle tillatelser også følge av lov.<sup>39</sup>

Muligheten for forvaltningen til å utforme konsesjonsordningens detaljer i forskrift, krever også et kompetansegrunnlag. Forvaltningen kan med andre ord ikke selv definere egen forskriftskompetanse. Forskriftsgivning er utøvelse av lovgivningskompetanse, en kompetanse som etter Grunnloven ligger til Stortinget, jf. Grunnloven §§ 49 og 75 bokstav a.<sup>40</sup> Stortinget kan delegere lovgivningskompetanse til forvaltningen, men delegasjonen må følge av Grunnloven eller vedtak truffet med hjemmel i den. Forvaltningens forskrifter trenger likevel bare hjemmel i lov i den utstrekning forskriften innebærer et inngrep overfor den enkelte,

<sup>32</sup> Graver (2019) s. 217–218.

<sup>33</sup> Smith (2022) s. 443.

<sup>34</sup> Smith (2022) s. 443.

<sup>35</sup> Smith (2022) s. 443.

<sup>36</sup> Smith (2022) s. 462.

<sup>37</sup> Tvedt (2022) s. 119.

<sup>38</sup> Alvik og Bjørnebye (2020) s. 94–95.

<sup>39</sup> Eckhoff (1978) s. 133, Frihagen (1991) s. 122, Graver (2019) s. 246, Falch (2020) s. 31–32 og forutsetningsvis Smith (2022) s. 460–461.

<sup>40</sup> Se også Falch (2020) s. 32.

jf. Grunnloven § 113.<sup>41</sup> Samtidig er det vanligste at kompetansen til å gi forskrifter om konsesjonsordningens detaljer, har uttrykkelig hjemmel i konsesjonsloven. Hvor langt forvaltningen kan gå i å utforme detaljreguleringene, med for eksempel terskel- og fordelingskriterier, må i første rekke fastlegges gjennom en tolkning av hjemmelsgrunnlaget for forskriftskompetansen, jf. Rt. 2008 s. 524 avsnitt 37.<sup>42</sup>

Anvendelsen av tillatelsesordningene er også underlagt begrensninger. I første rekke er det konsesjonsloven selv som setter skrankene for, og kravene til, bredden i forvaltningens skjønnsutøvelse, inkludert i forvaltningens vektning av det som etter hjemmelsloven er lovlige og saklige hensyn. Men selv hvor hjemmelsloven overlater det meste til forvaltningens diskresjonære skjønn, er ikke kompetansen uten grenser.<sup>43</sup> Forvaltningen er nødt til å respektere saksbehandlingsreglene i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) og generelle ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Myndighetsutøvelsen er for eksempel alltid begrenset av forvaltningsrettslige forbud mot å ta utenforliggende hensyn, treffe avgjørelser som er vilkårlige eller sterkt urimelige, eller som innebærer usaklig forskjellsbehandling.<sup>44</sup>

Derimot sier verken forvaltningsloven eller ulovfestede forvaltningsrettslige regler noe om hvilke metoder forvaltningen kan bruke for å tildele tillatelsene, for eksempel om valget mellom tradisjonelle søkerkonkurranser og auksjon.<sup>45</sup> Så lenge forvaltningen holder seg innenfor det kompetansegrunnlagene og det de forvaltningsrettslige kravene til myndighetsutøvelsen tillater, står forvaltningen i prinsippet nokså fritt til å velge hvordan den ønsker å legge opp tildelingsprosene.<sup>46</sup>

## 2.2 EØS-rettslige krav til akvakulturlovens tillatelsesordning

### 2.2.1 Er tillatelsessystemet i akvakulturloven underlagt EØS-rettslige krav?

#### 2.2.1.1 Er akvakulturvirksomheten underlagt tjenstedirektivets regler?

Ved siden av de rent forvaltningsrettslige skrankene, kan også EØS-rettslige regler legge føringer for myndighetsutøvelsen.<sup>47</sup> Både reglene i EØS-avtalens hoveddel og den EØS-rettslige sekundærretten – forordninger og direktiver – kan sette grenser for nasjonale myndigheters reguleringsfrihet. På områder hvor det finnes relevant sekundærlovgivning, er det den som setter grensene for forvaltningens adgang til å gjøre utvinning av naturressursene konsesjonsbetinget.<sup>48</sup> EØS-avtalens hoveddel får like fullt betydning som et supplement for spørsmål sekundærretten ikke regulerer,<sup>49</sup> og sekundærretten kan ikke innskrenke bevegelsesfriheten i større utstrekning enn EØS-avtalens hoveddel tillater.<sup>50</sup>

Et direktiv som er relevant for mange nasjonale konsesjonsordninger er Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i

<sup>41</sup> Frihagen (1986) s. 885 og Mæhle og Aarli (2022) s. 228–229. Se motsetningsvis Falch (2020) s. 31–32 som tilsynelatende legger til grunn at all forskriftsgivning krever hjemmel i lov.

<sup>42</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 381.

<sup>43</sup> Smith (2022) s. 471.

<sup>44</sup> NOU 2019: 5 s. 545 og Eckhoff og Smith (2022) s. 406–410, 421–422 og 425.

<sup>45</sup> Graver (2004) s. 227–228 og Graver (2019) s. 456.

<sup>46</sup> Graver (2004) s. 227–228.

<sup>47</sup> EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1.

<sup>48</sup> Arnesen (2014) s. 110 og Arnesen mfl. (2022) s. 106.

<sup>49</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 107.

<sup>50</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 107.

det indre marked (tjenestedirektivet), med sitt sektorovergripende virkeområde. Direktivet er gjort til norsk lov ved aktiv transformasjon i lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven). Tjenestedirektivet inneholder bestemmelser som skal sikre fri bevegelse av tjenester, og retten til etablering av tjenestevirksomhet, jf. tjenesteloven § 2 første ledd.<sup>51</sup> Direktivet stiller, til forskjell fra EØS-avtalens hoveddel, ikke krav til grenseoverskridende element.<sup>52</sup>

Direktivet får i utgangspunktet anvendelse på enhver tjenestevirksomhet som ikke uttrykkelig er unntatt i direktivet, jf. tjenesteloven §§ 2 første og andre ledd og 3.<sup>53</sup> Tjenesteloven § 5 bokstav a definerer i den sammenheng en tjeneste som «økonomisk virksomhet av foretak eller selvstendig næringsdrivende, normalt mot betaling, jf. EØS-avtalen artikkel 37». I forlengelsen av dette følger det av EØS-avtalen art. 37 andre ledd bokstav a, at tjenester blant annet omfatter «industriell virksomhet». Norske myndigheter og EFTAs overvåkningsorgan (EFTA Surveillance Authority (ESA)) er uenig i om direktivet får anvendelse på konsesjonsordninger som regulerer utvinning av naturressursene,<sup>54</sup> en uenighet som handler om forståelsen av tjenestebegrepet.

Tjenestebegrepet skal avgrenses negativt mot de andre grunnfrihetene.<sup>55</sup> I forlengelsen av det mener norske myndigheter at utvinning av naturressursene – slik som akvakulturproduksjon – er vareproduksjon, ikke tjenestevirksomhet.<sup>56</sup> I så fall får ikke direktivets tjenesteregler anvendelse, og det gjør heller ikke etableringsreglene; de gjelder bare for etablering av tjenestevirksomhet, jf. tjenesteloven §§ 1, 2 og 5 bokstav e.<sup>57</sup> Det norske standpunktet har en viss støtte i EU-domstolens praksis om at produksjon av elektrisk energi er vareproduksjon,<sup>58</sup> og at vareproduksjon er noe annet enn å yte tjenester.<sup>59</sup>

Når det gjelder akvakulturproduksjon, kan EU-domstolens praksis likevel tas til inntekt for det motsatte. Domstolen har blant annet lagt til grunn at tjenestedirektivet får anvendelse på regler om konsesjon for erverv av landbrukseiendom, selv når formålet er å drive landbruksvirksomhet, jf. sak C-206/19 avsnitt 24 og 34–35.<sup>60</sup> Når landbruksvirksomhet er tjenestevirksomhet etter direktivet, er det vanskelig å se noen god grunn til at akvakulturvirksomhet skal falle utenfor. Antakelig er det korrekte derfor at akvakulturproduksjon faller inn under tjenestedirektivets tjenestebegrep. Riktignok har verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen tatt stilling til spørsmålet.

### **2.2.1.2 Er akvakulturvirksomhet omfattet av avtaleverkets geografiske og saklige virkeområde?**

Anvendelsen av EØS-rettslige regler på nasjonale konsesjonsordninger, forutsetter at den konsesjonsbetingede virksomheten er omfattet av regelverkets geografiske og saklige virkeområde. Tjenestedirektivet er geografisk og saklig avgrenset på

<sup>51</sup> Se også tjenestedirektivet art. 1 nr. 1, art. 2 nr. 1 og art. 4.

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 70 (2008–2009) s. 35, Forente saker C-360/15 og C-31/16 avsnitt 110 og Arnesen mfl. (2022) s. 229 og 239.

<sup>53</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 263. Se også tjenestedirektivet art. 1 og 2.

<sup>54</sup> EFTA Surveillance Authority (30. april 2019) og Arnesen mfl. (2022) s. 239 og 263.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 70 (2008–2009) s. 36.

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 70 (2008–2009) s. 36.

<sup>57</sup> Se også tjenestedirektivet art. 1 nr. 1 og art. 4 femte ledd.

<sup>58</sup> Sak C-393/92.

<sup>59</sup> Sak C-18/84. Se ellers Ot.prp. nr. 70 (2008–2009) s. 36 for begrunnelsen i sin helhet.

<sup>60</sup> Se mer generelt om avgjørelsen i Arnesen mfl. (2022) s. 231–232.



samme måte som reglene i EØS-avtalens hoveddel, jf. EØS-avtalen art. 126 og art. 8 tredje ledd, jf. tjenesteloven § 2 første ledd.<sup>61</sup>

EØS-avtalens geografiske virkeområde er begrenset til medlemsstatenes «territorium», jf. EØS-avtalen art. 126 første ledd. Uttrykket «territorium» sikter i folkerettslig praksis og juridisk litteratur vanligvis til statenes landterritorium, indre farvann og territorialfarvannet – til og med tolv nautiske mil fra grunnlinjen, jf. lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone § 2 første ledd og De forente nasjoners havrettskonvensjon art. 3.<sup>62</sup>

Dersom EØS-avtalen art. 126 tas på ordet, innebærer det at reguleringen av en del aktiviteter underlagt norsk jurisdiksjon på kontinentalsokkelen og i den økonomiske sone, ikke direkte er underlagt reglene i verken tjenstedirektivet eller EØS-avtalens hoveddel.<sup>63</sup> Det er norske myndigheters standpunkt.<sup>64</sup> ESA mener derimot at traktaten kommer til anvendelse også utenfor territorialfarvannet, så lenge området det gjelder er underlagt norsk jurisdiksjon.<sup>65</sup> EFTA-domstolen har ikke tatt stilling til problemstillingen, men kanskje kan domstolens uttalelser i sak E-8/19 Scanteam tas til inntekt for at den vil legge til grunn en funksjonell forståelse av EØS-avtalen art. 126.<sup>66</sup> Akvakulturproduksjonen foregår i dag i kystnære strøk og i fjordene, i all hovedsak innenfor områder som er omfattet av uttrykket «territorium» i EØS-avtalen art. 126 første ledd. Problemstillingen er derfor av større betydning for produksjon av akvakultur til havs, men i skrivende stund foregår det ikke slikt oppdrett i Norge.

Utenfor traktatens saklige virkeområde faller blant annet store deler av varesalget knyttet til næringer som fiskeri og landbruk,<sup>67</sup> og norske myndigheter mener at akvakultur faller utenfor varereglene på samme måte som saltvannsfiske, jf. EØS-avtalen art. 8 tredje ledd.<sup>68</sup> Standpunktet har også støtte i sak E-12/16 Marine Harvest avsnitt 65. Selv om EØS-avtalen art. 8 tredje ledd hører under reglene om det frie varebyttet i avtalens del II kapittel I, begrenser den ikke bare varereglens anvendelsesområde. Utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde faller ethvert nasjonalt tiltak som er «uatskillelig knyttet» til en vare som faller utenfor EØS-avtalen art. 8 tredje ledd – «Pedicel-doktrinen» –, jf. sak E-4/04 Pedicel og sak E-1/16 Synnøve Finden avsnitt 59 og 65.<sup>69</sup>

Doktrinen knytter seg opprinnelig til tjenstereglene, men EFTA-domstolen har gitt den anvendelse også på statsstøttereglene, jf. sakene E-1/16 Synnøve Finden og

<sup>61</sup> Det er ingen holdepunkter i tjenstedirektivet for at direktivet har et annet saklig og eller geografisk virkeområde enn reglene i EØS-avtalens hoveddel. Se tjenstedirektivet art. 1 nr. 1 og art. 4 lest i sammenheng. Dette har også støtte i sak E-8/19 avsnitt 65. Se også Sunde og Sørebo (2021) § 2 punkt 1 og 3.

<sup>62</sup> Laurantzson (2020) s. 20 med videre henvisning til Crawford (2019) s. 191, og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 62.

<sup>63</sup> Arnesen (2014) s. 100–101.

<sup>64</sup> Meld. St. 5 (2012–2013) s. 41, Arnesen (2014) s. 100–101, Laurantzson og Arnesen (2020) s. 90 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 62.

<sup>65</sup> Laurantzson (2020) s. 19–21, Laurantzson og Arnesen (2020) s. 90–92 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 62 med videre henvisning til ESAs brev til norske myndigheter vedlagt Ot.prp. nr. 99 (2005–2006).

<sup>66</sup> Sunde (2021) § 2 punkt 3, Arnesen mfl. (2022) s. 209–210 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 62–64.

<sup>67</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 98 og 129–130.

<sup>68</sup> Forutsetningsvis også Benjaminsen (2017) s. 29–31, Laurantzson (2020) s. 51, Gabrielsen (2021) s. 23 og Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 3.3.5. Se nærmere om diskusjonen i Laurantzson (2020) s. 49–51 og Laurantzson og Arnesen (2020) s. 100–104.

<sup>69</sup> Laurantzson og Arnesen (2020) s. 90 og Arnesen mfl. (2022) s. 132. Avgjørelsene fra domstolen gir ikke noe entydig svar på om det sentrale er at tiltaket er «uatskillelig knyttet til» en vare som faller utenfor EØS-avtalen, eller om det sentrale er om tiltaket er «uatskillelig knyttet til» omsetningen av den aktuelle varen. Laurantzson og Arnesen tar til orde for det førstnevnte, men det gjenstår å se hvordan EFTA-domstolen anvender doktrinen utenfor tilfellene med omsetning av varer. Rettstilstanden er usikker, jf. Laurantzson og Arnesen (2020) s. 90.

E-12/16 Marine Harvest.<sup>70</sup> Domstolen har ikke tatt stilling til doktrinenes anvendelsesområde utenfor disse regelsettene. Norske myndigheters offisielle standpunkt er at doktrinen får anvendelse for alle grunnfrihetene i EØS-avtalens hoveddel,<sup>71</sup> men det er ESA uenig i.<sup>72</sup> ESA står i lys av avtalens ordlyd og utviklingen i rettspraksis trolig overfor en tung argumentasjonsbyrde.<sup>73</sup> Et eksempel på at norsk Høyesterett har anvendt doktrinen også på traktatens etableringsregler, gir avgjørelsen HR-2021-1429-A avsnitt 142–144.

Etter dette er antakelig akvakulturvirksomheten som foregår i kystnære strøk omfattet av EØS-rettens geografiske virkeområde. Derimot faller virksomheten antakelig utenfor avtaleverkets saklige virkeområde, som i så fall innebærer at verken reglene i tjenstedirektivet eller EØS-avtalens hoveddel legger direkte begrensninger på adgangen til å regulere akvakulturvirksomheten gjennom krav om konsesjon. Diskusjonene om EØS-avtalens geografiske og saklige virkeområde, forfølger jeg ikke videre her.<sup>74</sup> I avhandlingen har jeg, til tross for at jeg mener de EØS-rettslige kravene ikke gjelder, likevel valgt å gi en subsidiær fremstilling av de kravene EØS-reglene ellers stiller til utformingen og anvendelsen av nasjonale konsesjonsordninger av denne typen. Dels skyldes det at konklusjonene ovenfor ikke er hevet over diskusjon, dels skyldes det at en fremstilling av kravene har en verdi i seg selv.

### 2.2.2 EØS-rettslige krav til utformingen og anvendelsen av konsesjonsordninger

Til tross for at jeg mener at akvakulturproduksjon antakelig er omfattet av tjenstedirektivets tjenestebegrep, har jeg i denne subsidiære fremstillingen valgt å ta utgangspunkt i reglene i EØS-avtalens hoveddel. Det foreligger ikke rettspraksis som direkte løser spørsmålet om tjenstedirektivets anvendelse i dette tilfellet, og uenigheten mellom norske myndigheter og ESA gjør at det i stedet kan være grunn til å ta utgangspunkt i reglene i EØS-avtalens hoveddel. Etableringsreglene i EØS-avtalens hoveddel er ikke begrenset til etablering av tjenstevirksomhet på samme måte som tjenstedirektivet;<sup>75</sup> de gjelder også for blant annet etablering av vareproduksjon.<sup>76</sup>

Når det er sagt er det ikke store forskjellen mellom kravene tjenstedirektivet oppstiller og kravene som følger av reglene i EØS-avtalens hoveddel. Direktivet er langt på vei en kodifisering av tidligere rettspraksis knyttet til traktatens etableringsregler, og direktivet kan gi veiledning også utenfor direktivets anvendelsesområde.<sup>77</sup> Jeg viser derfor også i stor utstrekning til reglene i tjenstedirektivet, spesielt når reglene gir uttrykk for det som også følger av reglene i EØS-avtalens hoveddel og rettspraksis knyttet til denne. Anvendelsen av grunnfrihetene i traktatens hoveddel forutsetter riktignok en situasjon med tilknytning til en EØS-stat

<sup>70</sup> Arnesen (2017) s. 261.

<sup>71</sup> Benjaminsen (2017) s. 22.

<sup>72</sup> Arnesen (2017) s. 262 og fotnote 16.

<sup>73</sup> Fra juridisk litteratur, se eksempelvis Arnesen (2017) s. 257–266 og Benjaminsen (2017) s. 11 og 36.

<sup>74</sup> Om diskusjonen rundt avtalens geografiske virkeområde, se Arnesen (1996) s. 59–80, Trosdahl (2019), Laurantzson (2020) s. 18–26, Laurantzson og Arnesen (2020) s. 90–94 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 61–65 og 81–82. Om diskusjonen rundt avtalens saklige virkeområde, se Arnesen (2014) s. 100–101, Arnesen (2017) s. 257–266, Benjaminsen (2017), Laurantzson (2020) s. 9–18, Laurantzson og Arnesen (2020) s. 86–90, Arnesen mfl. (2022) s. 129–132 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 118–119.

<sup>75</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2.1.1.

<sup>76</sup> Om de alminnelige etableringsreglenes anvendelsesområde, se Arnesen mfl. (2022) s. 238–242.

<sup>77</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 239.

og et grenseoverskridende element, jf. eksempelvis avgjørelsene i Rt. 2005 s. 607 avsnitt 66 og Rt. 2004 s. 834 avsnitt 9–10.<sup>78</sup>

Traktaten forbyr i prinsippet enhver restriksjon på retten til fri etablering,<sup>79</sup> og restriksjonsforbudet omfatter nærmest alt som kan gjøre det vanskeligere eller mindre attraktivt å utøve traktatens etableringsfrihet, jf. EØS-avtalen art. 31 nr. 1 første punktum.<sup>80</sup> Omkostninger med å sette seg inn i lokale regler er selvsagt ingen restriksjon,<sup>81</sup> og det er heller ingen restriksjon at lovgivningen i andre medlemsstater har mindre strenge eller økonomisk gunstigere regler.<sup>82</sup> Krav om forutgående tillatelse fra myndighetene for å etablere varig økonomisk virksomhet, er derimot en forbudt restriksjon.<sup>83</sup>

Alle konsesjonsordninger er derfor, i hvert fall som et utgangspunkt, en restriksjon på etableringsreglene i EØS-avtalens hoveddel.<sup>84</sup> Tillatelsesordningene kan likevel opprettholdes dersom kravet om konsesjon bygger på tvingende allmenne hensyn, konsesjonskravet er egnet til å realisere hensynene, nødvendig for å nå dem, og hensynene heller ikke kan nås med mindre inngripende tiltak.<sup>85</sup>

Utgangspunktet om at alle konsesjonsordninger er restriksjoner, gjelder likevel ikke uten forbehold.<sup>86</sup> EØS-avtalen art. 125 bestemmer at traktaten ikke skal berøre medlemsstatenes «regler om eiendomsretten». Det innebærer blant annet at krav om konsesjon for å utvinne naturressursene, så lenge disse er underlagt statens eiendomsrett, faller utenfor traktatens restriksjonsbegrep;<sup>87</sup> konsesjonsordningene er per definisjon lovlige.<sup>88</sup> I slike tilfeller er det ikke behov for noen tilsvarende vurdering av konsesjonskravenes begrunnelse, nødvendighet og forholdsmessighet. Det gjelder for eksempel for petroleumslovens konsesjonssystem, ettersom petroleumsressursene er underlagt statlig eiendomsrett. Krav om tillatelse for å drive med akvakulturproduksjon ville derimot vært omfattet av restriksjonsbegrepet. Sjøarealene er ikke underlagt statlig eiendomsrett på samme måte, og tillatelsesordningen ville derfor bare vært lovlig dersom den er mulig å rettferdiggjøre etter vurderingene ovenfor.

Felles for alle konsesjonsordninger er at myndighetene må respektere EØS-rettslige krav til utformingen og praktiseringen av dem dersom ordningene griper inn i avtalens grunnfriheter.<sup>89</sup> Det gjelder også for konsesjonsordninger som i utgangspunktet går klar av restriksjonsbegrepet. Konsesjonsordningen må blant annet tilfredsstille EU- og EØS-rettens rettssikkerhetsprinsipp – «the principle of legal certainty» –, som stiller krav til regelverkets presisjon, forutsigbarhet og rettslig prøvingsadgang.<sup>90</sup> Nasjonale myndigheter må dessuten respektere grunnleggende

<sup>78</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 115. Det første kravet innebærer for eksempel at traktatens etableringsregler bare beskytter næringsdrivende med statsborgerskap i en EØS-stat og juridiske personer hjemmehørende i samarbeidsområdet, jf. Fredriksen og Mathisen (2022) s. 115. Det andre kravet innebærer at etableringsreglene bare får anvendelse dersom den næringsdrivende eller juridiske personen etablerer seg i en annen EØS-stat, jf. Fredriksen og Mathisen (2022) s. 116.

<sup>79</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 114.

<sup>80</sup> Sak C-400/08 avsnitt 63, sak C-657/13 avsnitt 34 og sak C-465/18 avsnitt 39.

<sup>81</sup> Sak C-565/08 avsnitt 50 og Arnesen (2014) s. 104–105.

<sup>82</sup> Sak C-577/11 avsnitt 32 og Arnesen (2014) s. 104.

<sup>83</sup> Sak C-205/99 avsnitt 22, sak C-169/07 avsnitt 34 og sak C-400/08 avsnitt 65.

<sup>84</sup> Graver (2002) s. 68, Graver (2004) s. 224–225 og Graver (2019) s. 457.

<sup>85</sup> Sak C-463/00 avsnitt 69, sak C-389/05 avsnitt 67, sak C-169/07 avsnitt 44, sak C-400/08 avsnitt 73 og sak C-465/18 avsnitt 44. Se også Arnesen (2014) s. 108–109. Se tilsvarende tjenestedirektivet art. 9 første ledd og tjenesteloven § 10 første ledd bokstav a til c.

<sup>86</sup> Arnesen (2014) s. 105–106.

<sup>87</sup> Arnesen (2014) s. 105 og tilsynelatende Alvik og Bjørnebye (2020) s. 87.

<sup>88</sup> Et annet forbehold gjelder for konsesjonsordninger som skal sikre oppgavefordelingen mellom offentlige myndigheter, og hvor det bare er offentlige myndigheter eller foretak eid av det offentlige som kan få tillatelse, jf. Arnesen (2014) s. 106.

<sup>89</sup> Arnesen (2014) s. 107 med henvisning til sak E-2/06, og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 154.

<sup>90</sup> Heistad (2006) s. 69–71 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 154–155.

EØS-rettslige prinsipper om likebehandling, ikke diskriminering, gjennomsiktighet og proporsjonalitet i tildelingsprosessene,<sup>91</sup> med alt det innebærer av krav til saksbehandlingen og utøvelsen av forvaltningsskjønnet.<sup>92</sup> Formålet med kravene er å motvirke partisk og vilkårlig myndighetsutøvelse,<sup>93</sup> slik at grunnfrihetene ikke mister deres effektive virkning.<sup>94</sup>

Tildelingsprosessene må derfor være objektive, sikre søkerne upartisk behandling,<sup>95</sup> og ivareta deres behov for forutberegnelighet. For at det skal være mulig, må formalitetene være tilgjengelige på forhånd,<sup>96</sup> og fremgå av generelle og bindende rettsregler.<sup>97</sup> Regelverket må ikke være for komplisert,<sup>98</sup> og de enkelte formalitetene må fremgå på en enkel og tilstrekkelig klar måte.<sup>99</sup> Det er også en grense for hvor omfattende og unødvendig komplekse tildelingsprosessene kan være, før tillatelsene fremstår som utilgjengelige allerede av den grunn.<sup>100</sup> Det kan for eksempel være tilfellet dersom tillatelsene forutsetter en lang rekke vedtak fra forskjellige forvaltningsmyndigheter,<sup>101</sup> og prosessen som følge av dette tar unødvendig lang tid.<sup>102</sup> Eventuelle administrative gebyrer må heller ikke virke avskrekkende; de må stå i et rimelig forhold til forvaltningens utgifter i forbindelse med tildelingene.<sup>103</sup>

Disse kravene til tildelingsprosessene begrenser myndighetenes reguleringsfrihet og rommet for utøvelsen av forvaltningens diskresjonære skjønn. Illustrerende er føringene det legger for myndighetenes adgang til å gjøre tillatelsene betinget av at søkerne oppfyller bestemte vilkår – terskelkriterier –, og for utformingen og praktiseringen av disse. Det samme gjelder for eventuelle kriterier myndighetene anvender for å skille mellom flere kvalifiserte søkere – fordelings/utvelgelseskriterier –, i tilfeller hvor det ikke er tillatelser nok til alle. EØS-rettsens krav til de to typene kriterier er langt på vei de samme, men likevel forskjellig på noen punkter. Skillet mellom terskel- og fordelingskriterier kommer til uttrykk i blant annet tjenstedirektivet art. 10 og 12,<sup>104</sup> og EU-domstolens praksis gir grunnlag for å gi todelingen generell anvendelse.<sup>105</sup>

Terskelkriteriene må nasjonale myndigheter begrunne i ett eller flere av de tvingende allmenne hensynene som konsesjonsordningen bygger på,<sup>106</sup> og de må ha tilstrekkelig saklig tilknytning til den konsesjonsbetingede virksomheten.<sup>107</sup> Tjenstedirektivet lister i art. 14 opp kriterier det er forbudt at myndighetene opererer med, og i art. 15 kriterier som bare er tillatt dersom de er nødvendige for å ivareta tvingende allmenne hensyn. Direktivet kan her gi veiledning om hva

<sup>91</sup> Forutsetningsvis sak C-324/98 avsnitt 60–62.

<sup>92</sup> Eksempelvis sak C-169/07 avsnitt 64, sak C-203/08 avsnitt 50, Graver (2004) s. 224 og Arnesen (2014) s. 107.

<sup>93</sup> Sak C-157/99 avsnitt 90, sak C-205/99 avsnitt 38, sak C-389/05 avsnitt 94, sak C-169/07 avsnitt 64, sak C-203/08 avsnitt 50 og sak C-22/18 avsnitt 65. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 10 nr. 1.

<sup>94</sup> Eksempelvis sak C-205/99 avsnitt 37.

<sup>95</sup> Sak C-324/98 avsnitt 62 og sak C-157/99 avsnitt 90. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 13 nr. 1.

<sup>96</sup> Sak C-324/98 avsnitt 62. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 13. nr. 1.

<sup>97</sup> Sak C-24/00 avsnitt 37 og Sandtrøen (2018) s. 38.

<sup>98</sup> Sak C-19/92 avsnitt 39 og 42 og Sandtrøen (2018) s. 38–39.

<sup>99</sup> Sak C-19/92 avsnitt 39 og 42 og Sandtrøen (2018) s. 38–39. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 13 nr. 2.

<sup>100</sup> Sak C-19/92 avsnitt 39 og 42 og Sandtrøen (2018) s. 38–39. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 13 nr. 2.

<sup>101</sup> Sak C-255/09 og Sandtrøen (2018) s. 39.

<sup>102</sup> Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 13 nr. 2.

<sup>103</sup> Sak C-19/92 avsnitt 39 og Sandtrøen (2018) s. 41. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 13 nr. 2.

<sup>104</sup> Arnesen (1996) kapittel 10–11 og Arnesen (2014) s. 110. Se også konsesjonsdirektivet art. 5 nr. 1.

<sup>105</sup> Arnesen (2014) s. 110.

<sup>106</sup> Arnesen (2014) s. 110. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 10 nr. 2 bokstav b.

<sup>107</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 234 med henvisning til sak C-62/19 avsnitt 90–92.

slags kriterier myndighetene kan operere med etter reglene om fri bevegelighet og generelle EØS-rettslige prinsipper.<sup>108</sup> I tillegg må terskelkriteriene være nødvendige og forholdsmessige.<sup>109</sup>

Fordelingskriteriene kan myndighetene begrunne også i andre tvingende allmenne hensyn enn de som ligger til grunn for kravet om konsesjon, slik det blant annet følger av tjenstedirektivet art. 12 nr. 3.<sup>110</sup> Direktivet kan likevel ikke forstås antitetisk; det stenger i prinsippet ikke for å operere med fordelingskriterier som mangler begrunnelse i slike hensyn.<sup>111</sup> Det samme gjelder for reglene om fri bevegelighet. Det sentrale for fordelingskriteriene er at de må være saklige, egnet til å skille mellom søkerne, og at myndighetene ellers utformer og anvender kriteriene i tråd med de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene.<sup>112</sup> Europaparlamentets og Rådets direktiv 1994/22/EF om betingelser for tildeling og bruk av tillatelser for leting etter og utvinning av hydrokarboner (konsesjonsdirektivet) og annen sekundærlovgivning om fordeling av knappe ressurser, kan også her gi veiledning om hva slags kriterier som er tillatt etter reglene om fri bevegelighet og generelle EØS-rettslige prinsipper.<sup>113</sup>

Felles for både terskel- og fordelingskriteriene er at utformingen og praktiseringen av dem må skje innenfor det handlingsrommet EØS-retten gir nasjonale myndigheter. For å sikre hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, må forvaltningen gjøre kriteriene tilgjengelig på forhånd.<sup>114</sup> Kravene må av samme grunn være tilstrekkelig presise, klare, entydige og gjennomsiktige, slik at de som ønsker å delta i tildelingsprosessene er i stand til å forstå hva myndighetene legger vekt på i sine vurderinger.<sup>115</sup> Kravet om likebehandling og ikke-diskriminering krever i tillegg at kriteriene, verken i sin utforming eller i forvaltningens anvendelse av dem, diskriminerer på grunnlag av statsborgerskap, bosted eller etableringssted.<sup>116</sup> De må være objektive og saklige,<sup>117</sup> og forvaltningen må praktisere dem på en åpen og upartisk måte.<sup>118</sup> Dessuten må kriteriene og forvaltningens anvendelse av dem kunne overprøves av domstolene.<sup>119</sup>

Det er vanskelig å komme utenom at reguleringsfriheten, inkludert utøvelsen av forvaltningsskjønnet, er underlagt betydelige prosessuelle og materielle EØS-rettslige kompetanseskranker.<sup>120</sup> Så lenge nasjonale myndigheter holder seg innenfor det handlingsrommet EØS-retten tillater, står forvaltningen likevel relativt fritt til å bestemme hvordan den legger opp tildelingene. Det er opp til nasjonale myndigheter om konsesjonene tildeles etter initiativ fra de som ønsker tillatelse,

<sup>108</sup> Arnesen (2014) s. 112 og Arnesen mfl. (2022) s. 229–230. Det samme gjelder konsesjonsdirektivet art. 5 og 6.

<sup>109</sup> Sak C-452/01 avsnitt 46, Graver (2004) s. 225 og Arnesen mfl. (2022) s. 234–235. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 10 andre ledd bokstav b og c.

<sup>110</sup> Se også konsesjonsdirektivet art. 5 nr. 1 bokstav d.

<sup>111</sup> Arnesen (2014) s. 110 og Arnesen mfl. (2022) s. 237.

<sup>112</sup> Arnesen (2014) s. 110. Se tilsvarende konsesjonsdirektivet art. 5 nr. 1 bokstav d og tjenstedirektivet art. 12 nr. 3, jf. Arnesen mfl. (2022) s. 237.

<sup>113</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 237.

<sup>114</sup> Arnesen (2014) s. 111 og Arnesen mfl. (2022) s. 234–235.

<sup>115</sup> Sak C-205/99 avsnitt 38, sak C-463/00 avsnitt 80, sak C-389/05 avsnitt 94, sak C-169/07 avsnitt 64, sak C-203/08 avsnitt 50–51 og sak C-22/18 avsnitt 65. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 10 andre ledd bokstav d til g. Disse kriteriene fremgår ikke av tjensteloven fordi kravene allerede anses å følge av forvaltningslovgivningen – passiv transformasjon av direktivets regler, jf. Ot.prp. nr. 70 (2008–2009) s. 79. Se også Arnesen (2014) s. 107 og 110 og Arnesen mfl. (2022) s. 234–235.

<sup>116</sup> Sak C-389/05 avsnitt 94, sak C-169/07 avsnitt 64, sak C-203/08 avsnitt 50, sak C-22/18 avsnitt 65 og Arnesen (2014) s. 110. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 10 nr. 2 bokstav a og e.

<sup>117</sup> Sak C-203/08 avsnitt 50. Se tilsvarende konsesjonsdirektivet art. 5 nr. 1 bokstav d.

<sup>118</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 234 og 236. Se tilsvarende tjenstedirektivet art. 10 nr. 2 og art. 12 nr. 1.

<sup>119</sup> Sak C-205/99 avsnitt 38, sak C-203/08 avsnitt 50 og Arnesen (2014) s. 110.

<sup>120</sup> Arnesen (2014) s. 112.

eller om tildelingene skjer etter myndighetsinitierte tildelingsprosesser.<sup>121</sup> Det er også opp til nasjonale myndigheter om de ønsker å basere tildelingene på rent objektive kriterier, eller på kriterier med innslag av skjønsmessige vurderinger.<sup>122</sup> Regelverket stenger for eksempel ikke for at den endelige utvelgelsen mellom flere kvalifiserte søkere skjer etter auksjon, hvor det er den med størst betalingsvilje som får tillatelse.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Graver (2004) s. 243.

<sup>122</sup> Graver (2004) s. 243.

<sup>123</sup> Graver (2004) s. 230 og 243, Arnesen (2014) s. 110–111 og Arnesen mfl. (2022) s. 237. Se tilsvarende konsesjonsdirektivet art. 5 nr. 1 bokstav d.

## 3 Tillatelsessystemet for oppdrett av laks, ørret og regnbueørret

### 3.1 Tildelingen av akvakulturtillatelsene i to vedtak – en todelt tildelingsprosess

Oppdrettsvirksomhet forutsetter konsesjon, og at eieren av konsesjonen er registrert i akvakulturregistret, jf. forutsetningsvis akvakulturloven §§ 4 andre ledd, 6, 7 og 19 første ledd, og laksetildelingsforskriften § 2-1 første ledd. Kravene om registrert konsesjon er nødvendige, men ikke alltid tilstrekkelige vilkår for lovlig oppdrettsvirksomhet. Virksomheten kan i tillegg avhenge av tillatelser fra andre rettighetshavere, for eksempel hvor oppdrettet ellers vil krenke privat eiendomsrett.<sup>124</sup>

Det er mulig å få akvakulturtillatelse på tre måter: Den første måten er gjennom tildeling av nye tillatelser fra myndighetene, jf. akvakulturloven §§ 4 første ledd første punktum, 6 og 7. De to andre måtene er gjennom kjøp av andre oppdretteres tillatelser, jf. akvakulturloven §§ 4 første ledd andre punktum og 19, og ved kjøp av andre selskapers aksjer.<sup>125</sup> Lovens system for tildeling av akvakulturtillatelser gjelder bare for nye tillatelser fra myndighetene, ikke for variantene med kjøp og salg av tillatelser og aksjer oppdretterne mellom.

En akvakulturtillatelse gir rett til å drive med en bestemt mengde oppdrett av en nærmere angitt art på et avgrenset geografisk område, jf. akvakulturloven § 5 første ledd og laksetildelingsforskriften § 1-3 bokstav b første punktum. Tillatelsen angir normalt også hvilken del av artens livssyklus oppdrettet gjelder – produksjon av stamfisk, settefisk eller matfisk,<sup>126</sup> og til hvilket formål.<sup>127</sup> Omfanget av tillatelsen er begrenset til et bestemt antall tonn levende fisk oppdretteren til enhver tid får lov til å produsere, kalt produksjonskapasitet eller maksimalt tillatt biomasse (MTB) jf. laksetildelingsforskriften § 3-3 første punktum. Tillatelsene er normalt ikke tidsbegrensede.<sup>128</sup>

Tildelingen av nye akvakulturtillatelser til oppdrett av laks, ørret og regnbueørret skjer gjennom to forskjellige vedtak,<sup>129</sup> som samlet utgjør akvakulturtillatelsen.<sup>130</sup> Dette fremgår ikke av akvakulturloven, men av laksetildelingsforskriften § 1-3 bokstav b andre punktum. Det første vedtaket gir rett til å drive med en bestemt mengde oppdrett av en nærmere angitt art – selskapstillatelsen –, mens det andre vedtaket klarer en lokalitet for oppdrettet – lokalitetstillatelsen –, jf. laksetildelingsforskriften § 1-3 bokstav i og j. Akvakulturtillatelsen består derfor av to selvstendige tillatelser.<sup>131</sup> Det er først når begge vedtakene foreligger og skrives inn i det samme tillatelsesdokumentet at det foreligger en akvakulturtillatelse.<sup>132</sup> Retten til å sette i gang produksjonen begynner når tillatelsesdokumentet er skre-

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 57.

<sup>125</sup> Mellbye (2018) s. 71–72, Nicholls (2018) s. 18 og Mestad og Sund mfl. (2021) s. 10.

<sup>126</sup> Gjelsvik og Dale (2010) s. 36–37.

<sup>127</sup> Mestad og Sund mfl. (2021) s. 10.

<sup>128</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 58–59. En annen sak er at tjenestedirektivet i art. 12 nr. 2 krever at antallsbegrensede tillater, hvor begrensning er satt som følge av knapphet på naturressurser eller teknisk kapasitet, skal begrenses til et passende tidsrom. Reglene passer imidlertid ikke fullt så godt på oppdelte tillatelsesordninger. I relasjon til direktivet kan det stilles spørsmål ved om det i så fall hadde vært nødvendig at både selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen tidsbegrenses.

<sup>129</sup> For alt annet oppdrett enn oppdrett av laks, ørret og regnbueørret, består akvakulturtillatelsene bare av ett vedtak, jf. forskrift 22. desember 2004 nr. 1799 om tillatelse til akvakultur av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret §§ 3 bokstav b og 4, jf. også Falch (2020) s. 17.

<sup>130</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 58, Meld. St. 16 (2014–2015) s. 30 og Falch (2020) s. 23.

<sup>131</sup> Nicholls (2018) s. 23, Berntzen (2019) s. 18–19 og Falch (2020) s. 17.

<sup>132</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 58 og Gjelsvik og Dale (2010) s. 38.

vet ut og registrert i akvakulturregistrert, jf. laksetildelingsforskriften § 3-2 tredje ledd. Selskapstillatelsen, lokalitetstillatelsen og endelig akvakulturstillatelse er alle enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Tildelingspraksisen med to separate vedtak henger igjen fra den tidligere oppdretsloven fra 1985.<sup>133</sup> Den gang var praksisen begrunnet i behovet for å styre markedssituasjonen i næringen, og for å sikre distriktshensyn.<sup>134</sup> I dag er begrunnelsen en annen.<sup>135</sup> Selskapstillatelsene ivaretar regionale miljøhensyn,<sup>136</sup> mens lokalitetstillatelsene ivaretar lokale miljøhensyn og andre interesser i arealbruken.<sup>137</sup> I tillegg har lovgiver ønsket å gi oppdretterne en viss fleksibilitet i driftsfasen.<sup>138</sup> Det er mulig å bruke en selskapstillatelse på flere lokaliteter, og oppdelingen gir derfor oppdretterne mulighet til å flytte produksjonen når enkelte lokaliteter ligger brakk.<sup>139</sup> Det kan også være at tildelingspraksisen innebærer kostnadsbesparelser for havbruksforvaltningen, ved at den kan vente med å avklare lokalitetsspørsmålene til den har bestemt hvem som kan få konsesjon.<sup>140</sup>

Etter EØS-retten, både etter EØS-avtalens hoveddel og tjenestedirektivet, er det antakelig riktig å se selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen som individuelle tillatelser, og hvor begge i utgangspunktet ville vært restriksjoner på reglene om fri bevegelighet. Under EØS-rettslige regler ville derfor ordningen med selskapstillatelser og lokalitetstillatelser bare vært lovlige dersom begge bygger på tvingende allmenne hensyn, er egnet til å realisere hensynene, nødvendige for å nå dem og forholdsmessige.<sup>141</sup>

Tillatelsene bygger på forskjellige miljøhensyn, og slike hensyn faller inn under det EU- og EØS-retten aksepterer som tvingende allmenne hensyn.<sup>142</sup> Hvilke hensyn tillatelsene bygde på tidligere, har ingenting å si for muligheten til å opprettholde tillatelsesordningene i dag. Det er heller ingenting som tilsier at disse ikke er nødvendige eller forholdsmessige for å ivareta miljøhensynene. Når tillatelsene også på denne måten hadde latt seg begrunne etter EØS-rettslige regler, er det vel grunn til å være enig i at den største innvendingen mot tildelingspraksisen er at den ikke fremgår av loven.<sup>143</sup>

### 3.2 Tildelingen av selskapstillatelsene gjennom egne tildelingsrunder

Ifølge akvakulturloven § 4 første ledd er det akvakulturloven §§ 6 og 7 som gir hjemmel for tildelingen av akvakulturstillatelser.<sup>144</sup> Verken ordlyden eller forarbeidene gir holdepunkter for at akvakulturloven § 4 gir selvstendig hjemmel for tildeling av akvakulturstillatelser. Bestemmelsen synes først og fremst å være vedtatt av rettspedagogiske grunner.<sup>145</sup> Hjemmelen for å tildele nye akvakulturstillatelser ligger derfor i akvakulturloven §§ 6 og 7.

<sup>133</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav b.

<sup>134</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav b.

<sup>135</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav b.

<sup>136</sup> Falch (2020) s. 9 og 19.

<sup>137</sup> Falch (2020) s. 9.

<sup>138</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 58.

<sup>139</sup> Berntzen (2019) s. 19 og 27 og Falch (2020) s. 24–25.

<sup>140</sup> Gjelsvik og Dale (2010) s. 38.

<sup>141</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2.2.

<sup>142</sup> Arnesen (2014) s. 108.

<sup>143</sup> Falch (2020) s. 24–25.

<sup>144</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 57.

<sup>145</sup> Se også Falch (2020) s. 37–39 i samme retning, og som samtidig åpner for at bestemmelsen kan gi hjemmel for enkelttildelinger i spesielle situasjoner. Se motsetningsvis Mellbye (2018) s. 72–73, som konkluderer med at bestemmelsen gir tilstrekkelig hjemmel for enkeltstående tildelinger uten tildelingsforskrifter.



Så lenge vilkåret om at det må være «miljømessig forsvarlig» å gi tillatelse i akvakulturloven § 6 første ledd bokstav a er oppfylt, er tildelingen av selskapstillatelser regulert av akvakulturloven § 7. De andre vilkårene i akvakulturloven § 6 er bare av praktisk betydning for lokalitetstillatelsene.<sup>146</sup> Akvakulturloven § 7 første ledd bokstav a til e gir Nærings- og fiskeridepartementet hjemmel til å fastsette forskriftsregler for å begrense antallet tillatelser til lakseoppdrett, gi regler om den geografiske fordelingen av tillatelsene, prioriteringskriterier for tildelingen, regler for utvelgelsen av flere kvalifiserte søkere og bestemmelser om vederlag for tillatelsene. Det har departementet gjort, og ved siden av akvakulturloven § 6 første ledd bokstav a, er det derfor det underliggende forskriftsverket som setter skrankene for tildelingen av selskapstillatelsene.

Tildelingen av nye selskapstillatelser til oppdrett av rød matfisk styres gjennom produksjonsområdeforskriftens trafikklyssystem. Trafikklyssystemet er et forskriftsverktøy som regulerer næringens vekstmuligheter, og det styrende er næringens belastning på miljøet. Det er i den sammenheng oppdrettets betydning for lakselusnivået på villaksen som er avgjørende, jf. produksjonsområdeforskriften §§ 8 første ledd andre punktum og 8 andre ledd andre punktum. Produksjonsområdeforskriften deler norskekysten inn i 13 produksjonsområder, og forvaltningen vurderer miljøbelastningen individuelt for hvert enkelt område jf. produksjonsområdeforskriften § 3 første ledd.

Departementet foretar annet hvert år en ny vurdering av om det er grunn til å justere den maksimale produksjonskapasiteten i produksjonsområdene, jf. produksjonsområdeforskriften § 8 tredje ledd. Slike intervallstyrte vurderinger gir forutsigbarhet for næringen, både med tanke på om forvaltningen kommer til å tildele nye tillatelser og i tilfellet når.<sup>147</sup> Dersom miljøpåvirkningen er akseptabel (grønt lys), kan departementet tilby nye tillatelser og gi tilbud om økt kapasitet på allerede eksisterende tillatelser. Dersom miljøpåvirkningen er moderat (gult lys), kan departementet fryse tildelingen av nye tillatelser for produksjonsområdet, og dersom miljøpåvirkningen er uakseptabel (rødt lys), kan forvaltningen redusere den samlede produksjonskapasiteten i produksjonsområdet, jf. produksjonsområdeforskriften §§ 9 til 11.<sup>148</sup>

Tildelingen av produksjonskapasitet til nye tillatelser og tilbud om kapasitetsøkningen på allerede eksisterende tillatelser kan ikke innebære en samlet kapasitetsøkning på mer enn 6 prosent for det enkelte grønne produksjonsområde, jf. produksjonsområdeforskriften § 13 første ledd første punktum.<sup>149</sup> Det er i den sammenheng viktig at departementet holder av en buffer med produksjonskapasitet. Hvis det kommer inn klager i forbindelse med tildelingene, kan departementet få et problem dersom det ikke er kapasitet nok også for aktører som for eksempel viser seg å være urettmessig forbigått. Et stykke på vei kommer departementet ved å ha regler om at kapasiteten ikke deles ut før eventuelle klager er avgjort.<sup>150</sup>

Dersom departementet bestemmer seg for å øke produksjonskapasiteten i ett eller flere produksjonsområder, skal departementet først gi tilbud om oppjustering av kapasiteten til oppdrettere som tidligere har fått redusert kapasitet på sine tillatelser. Slik oppjustering krever ikke forvaltningen vederlag for, jf. produksjonsområdeforskriften § 11 tredje ledd første og andre punktum. Etter at forvaltningen har foretatt eventuell oppjustering av tidligere kapasitetsreduksjoner, kan departementet lyse ut produksjonskapasitet til nye tillatelser og gi tilbud om økning av produksjonskapasitet på eksisterende tillatelser mot vederlag, jf. produksjonsom-

<sup>146</sup> Falch (2020) s. 33–37.

<sup>147</sup> Nicholls (2018) s. 63.

<sup>148</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 2.

<sup>149</sup> I beregningen runder departementet av til nærmeste hele tonn, og tar utgangspunkt i kapasiteten som er registrert i produksjonsområdene ved årsskiftet, jf. Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 2.2.

<sup>150</sup> Se eksempelvis auksjonsforskriften § 7 andre ledd.

rådeforskriften § 11 første ledd og andre ledd første punktum. Disse tildelingene skjer gjennom tildelingsrunder med egne tildelingsforskrifter.

Tildelingsrunden i 2022 ble lagt opp slik at departementet først i en egen tildelingsforskrift lyste ut omtrent en sjettedel av produksjonskapasiteten til fastpris, med tilbud om kapasitetsøkning på allerede eksisterende tillatelser.<sup>151</sup> På fastpristildelingen ble det også tilbudt kapasitet til de som oppfylte miljøkravene for å få unntaksvekst med hjemmel i produksjonsområdeforskriften § 12, jf. kapasitetsjusteringsforskriften § 13 til 23.<sup>152</sup> Deretter ble de resterende fem sjettedelene og det som ikke ble solgt til fastpris, solgt på auksjon.<sup>153</sup> Tildelingen på auksjon ble også fastsatt i en egen tildelingsforskrift, auksjonsforskriften 2022. Det er dette auksjonsregelverket for tildeling av ny produksjonskapasitet – selskapstillatelser – som er temaet for neste kapittel.

---

<sup>151</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 1.

<sup>152</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 2.2.

<sup>153</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 1.

## 4 Auksjonsregelverket

### 4.1 Fremstillingen av regelverket – en innbakt etterkontroll

Før departementene presenterer lovforslag for Stortinget i plenum, har de en generell plikt til å legge fram proposisjonsutkast for Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling for lovteknisk gjennomgang, jf. instruks 19. februar 2016 nr. 184 om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen) 4-5 første ledd første punktum.<sup>154</sup> Formålet er «å sette lovforslaget i «juridisk stil og orden» og sikre et godt lovspråk».<sup>155</sup> Arbeidet resulterer i råd til fagdepartementet som har utarbeidet lovforslaget.<sup>156</sup>

Det foreligger ingen tilsvarende plikt til å legge fram forskriftsutkast for lovavdelingen, jf. motsetningsvis utredningsinstruksen 4-5 første ledd.<sup>157</sup> Muligheten til å be om forskriftsteknisk gjennomgang er i det hele tatt begrenset, men det kan være aktuelt før vedtakelsen av spesielt viktige forskrifter.<sup>158</sup> Lovavdelingens forskriftsenhet kan også gjennomgå forskriftsutkast på eget initiativ,<sup>159</sup> men det primære arbeidet består i å gi råd til departementene og direktoratene i deres forskriftsarbeid.<sup>160</sup> Utover arbeidet det ansvarlige fagdepartementet legger ned, skjer det i utgangspunktet derfor ingen lovteknisk gjennomgang av forskriftsverket. Det kan være krevende for departementene og underliggende etater å prioritere arbeidet med regelteknikk, og det er vanskelig å komme utenom at den regeltekniske kvaliteten i forskriftene ofte blir dårligere enn i formelle lover. Auksjonsregelverket for tildeling av produksjonskapasitet til rød matfisk er ikke noe unntak.

Auksjonsforskriften består av seks kapitler:

Kapittel 1. Innledende bestemmelser

Kapittel 2. Auksjon av produksjonskapasitet

Kapittel 3. Om tildeling av tilsagn om tillatelse, tillatelse og vederlag

Kapittel 4. Hvem som kan delta i auksjonen

Kapittel 5. Budgivning

Kapittel 6. Avsluttende bestemmelser

For det første er det grunn til å peke på forskriftens noe manglende logiske oppbygning. Det gir for eksempel liten mening at reglene om hvem som kan delta på auksjonen først presenteres i kapittel 4. Logisk er det heller ikke at regler for budgivningen først kommer helt mot slutten av forskriften (kapittel 5).

For det andre er ikke kapitteloverskriftene fullt ut dekkende.<sup>161</sup> Bestemmelser som naturlig hører hjemme under en bestemt kapitteloverskrift er plassert andre steder i forskriften, og det kan skape forvirring. Et eksempel er auksjonsforskriften § 9 om betaling av vederlag for vunnet produksjonskapasitet. Den er plassert i kapittel 5 om budgivning, men bestemmelsen hører etter kapittelinnvidlingen hjemme i kapittel 3. Dersom bestemmelsen er plassert i kapittel 5 fordi den hører

<sup>154</sup> Backer (2013) s. 163–164. Plikten gjelder for alle lovforslag med unntak av skattelovforslag fra Finansdepartementet, jf. utredningsinstruksen 4-5 første ledd andre punktum, jf. også Backer (2013) s. 164 og NOU 1992: 32 s. 80.

<sup>155</sup> Backer (2022) s. 81. Arbeidet gjør Lovavdelingen med utgangspunkt i Justis- og beredskapsdepartementets egen veileder om lovteknikk og lovforberedelse, jf. utredningsinstruksen 4-1, jf. også Backer (2013) s. 166.

<sup>156</sup> NOU 1992: 32 s. 80, Backer (2013) s. 95 og 169 og Backer (2022) s. 82.

<sup>157</sup> Se også NUT 1958: 3 s. 322, NOU 1992: 32 s. 53 og 82, Lovavdelingen (2000) s. 205, Backer (2013) s. 165 og NOU 2019: 5 s. 492.

<sup>158</sup> Lovavdelingen (2000) s. 205.

<sup>159</sup> Backer (2013) s. 165 fotnote 7.

<sup>160</sup> Backer (2013) s. 165 fotnote 7 og NOU 2019: 5 s. 492.

<sup>161</sup> Se Lovavdelingen (2000) s. 62.

bedre sammen med de andre bestemmelsene der, har forskriften like fullt et problem med utformingen av kapitteloverskriftene. Kapitteloverskrifter er ellers et rettspedagogisk godt grep, det gjør informasjonstettheten mindre.

For det tredje gjør auksjonsregelverkets fragmentariske karakter reglene nokså tungt tilgjengelige. Det skyldes blant annet at auksjonsreglene dels fremgår av forskriften, dels av et eget sett med detaljerte auksjonsregler. Forskriften blir riktignok mindre omfattende ved å fordele reglene på to regelsett, men det kommer med en klar rettspedagogisk skyggeside. Det gjør det vanskelig å finne fram til de enkelte rettsreglene, og unødvendige gjentakelser kan skape ytterligere forvirring. Det holder vanligvis å regulere noe én gang.

Auksjonsregelverket retter seg mot en sammensatt gruppe aktører, med ulike forutsetninger for å sette seg inn i auksjonsreglene.<sup>162</sup> Regelverket skal gi informasjon om rettsreglenes innhold, og da må det være forståelig for dem det retter seg mot. Nå er det en krevende oppgave å regulere komplekse virkeligheter på en enkel måte, men regelverket bør i hvert fall utformes så enkelt som det lar seg gjøre.<sup>163</sup> Lovgivningsarbeidet er heller ikke avsluttet bare fordi en lov eller forskrift er vedtatt.<sup>164</sup> Regelverket har stadig behov for etterkontroll og oppfølgende regelpleie,<sup>165</sup> det kan ikke overlates til seg selv.<sup>166</sup>

Av den grunn har jeg valgt å presentere regelverket etter en litt annen struktur og systematikk. Jeg har tatt utgangspunkt i forskriftens egen oppbygning, men forsøkt å ta hensyn til de regeltekniske utfordringene ovenfor. Jeg har beholdt vanlige grunnstrukturer i lovverket, slik som å presentere bestemmelser om regelverkets formål og virkeområde innledningsvis, og sanksjonsbestemmelser mot slutten. Ellers har jeg forsøkt å strukturere fremstillingen etter kronologien i auksjonsprosessen, nesten som et «hefte med spilleregler». Jeg har ikke tatt hensyn til at reglene fremgår av to forskjellige regelsett. En samlet fremstilling kan bidra til å gjøre det enklere å orientere seg i regelverket.

Fremstillingen har følgende overordnede struktur:

- Kapittel 1. Innledende bestemmelser
- Kapittel 2. Hvem som kan delta på auksjonen – prekvalifiseringsregler
- Kapittel 3. Auksjonens oppbygning, prisregler og varighet
- Kapittel 4. Auksjonens budgivningsregler
- Kapittel 5. Auksjonarius utnevner auksjonens vinnere
- Kapittel 6. Veien videre etter auksjonen
- Kapittel 7. Avsluttende bestemmelser

## 4.2 Innledende bestemmelser

### 4.2.1 Auksjonsregelverkets formål og virkeområde

Auksjonsforskriften er gitt med hjemmel i akvakulturloven og produksjonsområdeforskriften.<sup>167</sup> Regelverket gjelder for tildeling av produksjonskapasitet til oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022 (auksjonsforskriften); annen oppdrett faller utenfor, jf. auksjonsforskriften § 2 andre ledd. Ved siden av auksjonsforskriften har Nærings- og fiskeridepartementet også vedtatt et detaljert auksjonsregelverk (auksjonsreglene), som supplerer forskriftens regler, jf. auksjonsforskriften § 18 første ledd første punktum og auksjonsreglene art. 1.

<sup>162</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.1.

<sup>163</sup> Backer (2013) s. 166.

<sup>164</sup> Lovavdelingen (2000) s. 209.

<sup>165</sup> Backer (2013) s. 53–54.

<sup>166</sup> Backer (2013) s. 54.

<sup>167</sup> Akvakulturloven §§ 5, 6, 7, 9, 10, 33 a og produksjonsområdeforskriften §§ 8, 11 og 13.

Regelverket har til formål å fremme hensynet til næringens «lønnsomhet» og «konkurranseskraft» innenfor det en «miljømessig bærekraftig utvikling» tillater, og det skal «bidra til verdiskapning på kysten», jf. auksjonsforskriften § 1. Forskriftens formålsbestemmelse er identisk med formålsbestemmelsen i akvakulturloven § 1. Akvakulturloven utfyller auksjonsforskriften, og angivelsen av forskriftens formål er i dette tilfellet strengt tatt ikke nødvendig. Av og til kan det ha en viktig rettspedagogisk funksjon å gjengi lovbestemmelser i forskrift,<sup>168</sup> men det er det ikke behov for i dette tilfellet.

Auksjonsforskriftens geografiske virkeområde omfatter norsk landterritorium, territorialfarvannet, kontinentalsokkelen og Norges økonomiske sone, jf. auksjonsforskriften § 2 første ledd. Det har ingen praktisk betydning at forskriftens geografiske område i prinsippet også omfatter landbasert oppdrett og oppdrett til havs. Forskriftens saklige virkeområde er uansett begrenset til lakseoppdrett i sjø, som utelukkende foregår i kystnære områder. Ellers er angivelsen av forskriftens geografiske område identisk med akvakulturlovens geografiske virkeområde, slik at heller ikke denne bestemmelsen er nødvendig – akvakulturloven utfyller auksjonsforskriften.

#### 4.2.2 Auksjonsgjenstanden og kunngjøring av tildelingsrunden

Det som selges på auksjonen – auksjonsgjenstanden – er «produksjonskapasitet» til oppdrett av laks, ørret og regnbueørret i bestemte produksjonsområder, jf. auksjonsforskriften §§ 5 første ledd første punktum og 3 første ledd. For staten er målet med auksjonen å selge tilgjengelig produksjonskapasitet til høyest mulig pris, mens budgivernes mål er å kjøpe ønsket mengde til lavest mulig pris.

Det er opp til departementet å bestemme hvor mye produksjonskapasitet som auksjoneres bort i de grønne produksjonsområdene, jf. auksjonsforskriften § 3 første ledd. Forskriftsbestemmelsen må likevel forstås i lys av regelen i produksjonsområdeforskriften § 13 om maksimal kapasitetsøkning på seks prosent i grønne produksjonsområder. Innenfor den rammen ligger det ellers til Nærings- og fiskeridepartementet å fastsette hvor mye produksjonskapasitet som tildeles gjennom auksjonen. Produksjonsområdeforskriften § 13 første ledd første punktum fastsetter ingen nedre grense for hvor lite kapasitet departementet kan tildele i tildelingsrunden.<sup>169</sup>

I forkant av auksjonen sendes det ut en kunngjøring om at departementet skal gjennomføre en tildelingsrunde, og at det skal skje i form av auksjon, jf. auksjonsforskriften § 4 første og andre punktum. Det er Fiskeridirektoratet og fylkeskommunene som står for den offentlige kunngjøringen, men det er departementet som fastsetter kunngjøringstidspunktet, jf. auksjonsforskriften § 4 første ledd første og andre punktum.

Utlysningen av tildelingsrunden – kunngjøringen – fungerer som en invitasjon til interesserte aktører om å delta på auksjonen. Den legger i tillegg grunnlaget for den senere prekvalifiseringen, og bidrar til at myndighetene får en tidlig oversikt over hvem som har interesse av å delta på auksjonen.<sup>170</sup> Dessuten bidrar utlysningen til at alle interesserte aktører får lik mulighet til å søke om deltakelse, og den sikrer åpenhet om tildelingen.<sup>171</sup> Kunngjøringen bidrar på den måten til å sikre at tildelingene også respekterer de tidligere presenterte EØS-rettslige prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og objektivitet i tildelingene.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> Lovavdelingen (2000) s. 200–201.

<sup>169</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 20 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.2.

<sup>170</sup> Graver (2004) s. 229 og Graver (2019) s. 457.

<sup>171</sup> Graver (2004) s. 229 og Graver (2019) s. 458.

<sup>172</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2.2.

## 4.3 Hvem som kan delta på auksjonen – prekvalifiseringsregler

### 4.3.1 Kravene for å få delta på auksjonen

Prekvalifiseringskrav gir forvaltningen mulighet til å sikre en viss styring av hvem som får tilgang til næringen, men kravene må ligge innenfor det forvaltningsrettslige skranker tillater – prekvalifiseringskravene fungerer som terskelkriterier.<sup>173</sup> Auksjonsregelverket stiller ingen krav til faglig og teknisk kompetanse for deltakelse i auksjonen, og heller ikke krav om at aktørene for eksempel oppfyller bestemte krav til helse, miljø og sikkerhet. Slike krav fører forvaltningen i stedet kontroll med gjennom forskrift 17. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).

Prekvalifiseringskravene i auksjonsforskriften synes i første rekke å være satt av hensyn til gjennomføringen av selve auksjonen. Et sentralt formål bak auksjonens prekvalifiseringsregler er å holde aktører uten betalingssevne og useriøse aktører utenfor, hvilket er viktig for å sikre en vellykket auksjonsgjennomføring.

Forskriften stiller krav til at søkerne registrerer seg som budgivere, og at de laster opp en aksept av auksjonsreglene senest tre uker før auksjonens start, jf. auksjonsforskriften § 10 første ledd første punktum. Kravet til opplastet aksept av auksjonsreglementet står på egne ben, mens godkjent registrering stiller fire krav til de som ønsker å delta: (1) Krav til hvem som kan registrere seg, (2) krav om å sende inn registreringsskjema, (3) krav til deres finansielle situasjon og egenerklæring, og (4) krav om å stille bankgaranti.

Registreringsskjemaet, egenerklæringen om finansiell situasjon og bankgarantien – registreringsdokumentene – må leveres innen en fastsatt frist før auksjonen. Leveringen skjer ved elektronisk registrering på Fiskeridirektoratets nettside, det er den eneste mulige registreringsmåten, jf. auksjonsforskriften §§ 11 tredje ledd og 13 fjerde ledd. I tillegg til at bankgarantien må lastes opp elektronisk sammen med de andre registreringsdokumentene innen en nærmere frist, er det et krav om at original versjon av bankgarantien sendes med rekommandert brev til Fiskeridirektoratet innen en egen frist. Eventuelt er det mulig å levere den ved oppmøte hos Fiskeridirektoratet, jf. auksjonsforskriften § 13 fjerde og sjette ledd. Endelig må aksepten av auksjonsregelverket være lastet opp senest tre uker før auksjonen starter, jf. auksjonsforskriften § 18 andre ledd.

### 4.3.2 Kravet til opplastet aksept av auksjonsreglene

De som ønsker å delta på auksjonen må akseptere auksjonsreglementet, og laste opp en aksept av dette, jf. auksjonsforskriften §§ 10 første ledd og 18 andre og tredje ledd. Med auksjonsreglementet sikter forskriften til auksjonsreglene som supplerer forskriften, jf. auksjonsforskriften § 18 første og andre ledd lest i sammenheng. Det er departementet som fastsetter de detaljerte reglene, og disse blir publisert på Fiskeridirektoratets nettsider i forkant av auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 18 første ledd første og andre punktum.

Kravet har blant annet til formål å sikre at deltakerne er kjent med innholdet i auksjonsreglene. Når de som ønsker å delta på auksjonen på denne måten er nødt til å akseptere regelverket, innebærer det samtidig en form for avtalerettslig binding til reglene. Det fremgår ikke av forskriftsforarbeidene hva som er departementets tanke med reguleringsteknikken. Det er mulig det har sammenheng med at departementet ikke har sett behov for å vedta reglene i forskrifts form, men samtidig ønsket å forplikte auksjonsdeltakerne til auksjonsreglene. Nå er det heller ingenting i veien for å forplikte auksjonsdeltakerne til rene ordensregler med videre på denne måten, i den utstrekning reglene ikke er forskrift.

<sup>173</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2.2.

Reguleringsteknikken er likevel noe merkelig, også fordi departementet i auksjonsforskriften § 19 har kompetanse til å sanksjonere brudd på disse auksjonsreglene på samme måte som brudd på forskriftens egne regler. Departementet kan ikke gjennom avtale sanksjonere brudd på rene avtaleregler som brudd på forskriftsregler. Det forvaltningen heller ikke kan gjøre, er å omgå reglene for vedtakelse av forskrifter ved å forplikte auksjonsdeltakerne avtalerettslig til et regelverk som etter sitt innhold er av forskrifts karakter.<sup>174</sup> Spørsmålet om auksjonsreglene rettslig sett er forskrift, er temaet for avhandlingens kapittel 5.

### 4.3.3 Kravet til registrering

#### 4.3.3.1 Krav til hvem som kan registrere seg

Det første vilkåret under kravet om registrering handler om hvem som i det hele tatt kan registrere seg som deltaker på auksjonen. Deltakelse på auksjonen er etter forskriften forbeholdt fysiske personer og selskaper som hører hjemme i EØS, Storbritannia eller Sveits, jf. auksjonsforskriften § 10 andre ledd. Vilkaåret må forstås i lys av EØS-avtalens regler, hvor reglene om de fire friheter blant annet forbyr enhver form for diskriminering på bakgrunn av statsborgerskap, bosted eller etableringsstat, jf. også tjenstedirektivet art. 15 som gir uttrykk for vilkår som er forbudt også etter traktatens regler om fri bevegelighet.<sup>175</sup>

Selv om både fysiske og juridiske personer kan delta på auksjonen, er det bare juridiske personer som kan få akvakulturtillatelse, jf. auksjonsforskriften § 10 tredje ledd. Det siste innebærer en endring fra tidligere, hvor også fysiske personer kunne stå som innehavere av akvakulturtilatelser i akvakulturregistret. Departementets begrunnelse for å avskaffe den muligheten er blant annet sikkerhetsutfordringene det innebærer at fysiske personer står registrert i akvakulturregistret med personnummer eller D-nummer, og at det ikke var ønskelig å bruke ressurser på å sensurere informasjonen mot mulige dataangrep.

Departementet viste også at det fram til regelendringen ikke var en eneste fysisk person registrert som innehaver av tillatelser i registret, og at det eneste praktiske er at driften skjer gjennom en selskapsform. Av den grunn mente departementet at regelendringen ikke innebar noen ulempe for næringsaktørene.<sup>176</sup> Så fort det er krav om en bestemt juridisk form for å få tillatelse, er det noe forvaltningen etter EØS-retten må begrunne i tvingende allmenne hensyn. Kravet må også være egnet til å ivareta hensynene, nødvendig for å nå dem og forholdsmessig.<sup>177</sup> Dette gjelder riktignok bare under forutsetning av at de EØS-rettslige reglene får anvendelse på akvakulturvirksomheten.

#### 4.3.3.2 Kravet til å sende inn registreringsskjema

Det andre vilkåret under kravet til registrering er at den fysiske personen eller selskapet fyller ut og sender inn registreringsskjemaet utarbeidet av Fiskeridirektoratet, publisert på deres nettsider, jf. auksjonsforskriften § 11 første ledd bokstav a.<sup>178</sup> Registreringsskjemaet gir departementet en tidlig oversikt over auksjonsdeltakerne, og bidrar til myndighetenes kontroll med at det ikke kan registreres flere selskaper tilhørende samme konsern – regnskapsloven § 1-3 –, jf. auksjonsforskriften §11 andre ledd første punktum. Deltakerne har i den sammenheng også en plikt til å opplyse om tilknyttede selskaper – regnskapsloven § 1-4–, jf. auksjonsforskriften § 11 andre ledd andre punktum. Formålet med regelen og den tilhørende

<sup>174</sup> Se nærmere om forskriftsvurderingen i avhandlingens kapittel 5.4.

<sup>175</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2.2.

<sup>176</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.5, jf. punkt 4.5.

<sup>177</sup> Se tjenstedirektivet art. 15 nr. 2 bokstav b og nr. 3.

<sup>178</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.5.

opplysningsplikten er å sikre at budgivningen skjer i reell konkurranse, og for å gi departementet oversikt over konkurransesituasjonen i forkant av auksjonen.<sup>179</sup>

#### 4.3.3.3 Kravene til finansiell situasjon

Det tredje vilkåret for å få godkjent registreringen er at søkerne tilfredsstillers forskriftens krav til finansiell situasjon, og at de avgir en egenerklæring om at de oppfyller kravene, jf. auksjonsforskriften §§ 11 første ledd bokstav b, jf. 12 første og andre ledd. Formålet er å sikre at auksjonens deltakere har finansiell kapasitet til å oppfylle eventuelle forpliktelser som oppstår i forbindelse med auksjonen, og for å holde aktører uten tilstrekkelig finansiell kapasitet utenfor.

Dette er krav som er viktige for å sikre en vellykket gjennomføring av auksjonen.<sup>180</sup> Dersom auksjonsdeltakerne ikke er i stand til å gjøre opp for seg, kan det blant annet føre til at departementet må bruke tid og ressurser på å arrangere nye tildelinger, og det er uheldig. Det kan igjen undergrave deltakernes tillitt til auksjonssystemet som tildelingsmetode. Derfor stiller forskriften krav om at budgiverne er i stand til å oppfylle sine betalingsforpliktelser, ikke har åpnet gjeldsforhandlinger, ikke er insolvent eller underlagt begjæring om konkurs eller opphør, og ellers ikke har begjært frivillig opphør eller er gjenstand for konkursbehandling eller er konkurs, jf. auksjonsforskriften § 12 første ledd bokstav a til e. Budgiverne skal i registreringsskjemaet avgi en egenerklæring om at forholdene er i orden, jf. auksjonsforskriften § 12 andre ledd.

#### 4.3.3.4 Kravet til bankgaranti

Det fjerde vilkåret er at deltakerne stiller bankgaranti som sikkerhet for eventuelle betalingsforpliktelser, jf. auksjonsforskriften §§ 11 første ledd bokstav c, jf. 13. Bankgarantien legger ingen begrensning på hvilket beløp budgiverne kan by under auksjonen – budene kan overstige garantiens størrelse –, og garantiens størrelse sier ingenting om hva departementet mener produksjonskapasiteten er verdt, jf. auksjonsforskriften § 13 første ledd andre punktum.

Bankgarantien skal blant annet, på samme måte som kravene til finansiell situasjon, bidra til at aktører uten finansiell kapasitet og useriøse aktører holdes utenfor auksjonen.<sup>181</sup> Den skal også tjene som delvis sikkerhet for oppfyllelse av auksjonsdeltakernes forpliktelser. Auksjoner fra andre land og på andre områder har vist at auksjonsdeltakerne ikke alltid har til formål, har mulighet til, eller er villige til å gjøre opp for seg.<sup>182</sup> Kravet om bankgaranti er derfor viktig for å sikre en vellykket auksjonsgjennomføring.

Bankgarantien dekker normalt ikke budgivernes betalingsforpliktelser etter auksjonen, men garantiens betydning for auksjonsgjennomføringen er så viktig at departementet uansett har valgt å opprettholde kravet om garanti.<sup>183</sup> Bakgrunnen for at departementet ikke har stilt større krav til garantiens størrelse, henger sammen med kostnadene garantien innebærer for auksjonens deltakere. Jo større garantien er, desto mer må budgiverne normalt betale til finansieringsinstitusjonene for garantierklæringen, og garantien er allerede en av de største utgiftene budgiverne har under forberedelsen til auksjonen.<sup>184</sup>

Det er valgfritt om budgiverne benytter seg av garantiskjemaet fastsatt av Fiskeridirektoratet, men garantierklæringen må inneholde den samme informasjonen som bankgarantiskjemaet, og ellers oppfylle forskriftens krav, jf. auksjonsforskriften § 13 tredje ledd. Kravene til garantien må av den grunn fastlegges gjennom

<sup>179</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.5.

<sup>180</sup> Eide, Parchomovsky og Stavang (2021) s. 509–510.

<sup>181</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.5.

<sup>182</sup> Landbruks- og matdepartementet (2010) s. 2 og Eide, Parchomovsky og Stavang (2021) s. 514.

<sup>183</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.5.

<sup>184</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 24.



en alminnelig tolking av forskriften og garantierklæringen i sammenheng, jf. også Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 47.

Forskriften krever at garantien er «ugjenkallelig», men tidsbegrenset, jf. auksjonsforskriften § 13 første ledd første punktum og andre ledd andre punktum. Det innebærer at garantisten er nødt til å stå ved forpliktelsen den har påtatt seg i hele perioden fram til garantien utløper – til og med tre måneder etter auksjonens start. Departementet frigir ellers garantien når det ikke lenger er behov for å gjøre den gjeldende, jf. auksjonsforskriften § 13 andre ledd tredje punktum.

I tillegg krever auksjonsforskriften at garantien i sitt innhold er «ubetinget», jf. auksjonsforskriften § 13 første ledd første punktum. I rettspraksis er det pekt på at uttrykk som «uavhengig» etter omstendighetene kan tas til inntekt for at garantisten ikke kan gjøre gjeldende innsigelser fra det underliggende forholdet for å hindre utbetalingen, jf. Rt. 2012 s. 1267 avsnitt 48–59. Uttrykket «ubetinget» er bare en alternativ språklig term for å beskrive den samme realiteten.<sup>185</sup> Forskriftens ordlyd kan slik sett tas til inntekt for at garantisten ikke kan gjøre innsigelser fra det underliggende forholdet gjeldende overfor departementet – innsigelser budgiver selv kunne gjort gjeldende.

Dette er også skrevet i klartekst i garantierklæringen utarbeidet av Fiskeridirektoratet, hvor det er presisert at «[b]eløpet [skal] utbetales uten å ta hensyn til eventuelle innsigelser fra Søker. Banken/Finansieringsinstitusjonen vil utbetale beløpet til Departementet uten noen form for innsigelser eller undersøkelser».<sup>186</sup> Forskriften og garantierklæringen lest i sammenheng gir grunnlag for å konstatere at garantien skal være uavhengig av det underliggende forholdet. Innsigelser til betalingsforpliktelsen må garantisten eventuelt fremsette ved etterfølgende søksmål med krav om tilbakebetaling, jf. Rt. 2012 s. 1267 avsnitt 36.

Endelig plikter garantisten, ifølge garantierklæringen, «å betale Departementet på første anmodning».<sup>187</sup> Det innebærer at garantisten plikter å betale budgivers forpliktelser allerede ved påkrav fra departementet, og slik at det vanligvis ikke er nødvendig å påvise at budgiver har misligholdt egen betalingsplikt for å bringe garantien til forfall.

Tolkningen av auksjonsforskriften og garantierklæringen i sammenheng gir tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at det er krav om at budgiverne stiller en såkalt påkravsgaranti, jf. auksjonsforskriften §§ 11 første ledd bokstav c, jf. 13. Vilkårene for at det skal foreligge en påkravsgaranti er etter rettspraksis at (1) garantien har en faktisk tilknytning til hovedfordringen, men ellers er uavhengig av det underliggende forholdet, og (2) at den forfaller allerede ved påkrav – det er vanligvis ikke nødvendig å påvise mislighold hos hoveddebitor, jf. avgjørelsen i Rt. 2012 s. 1267 avsnitt 36.<sup>188</sup> Begge disse vilkårene er oppfylt.

Etter forskriften er det i tillegg et krav om at garantien er gitt av en bank- eller finansieringsinstitusjon som hører hjemme i EØS-området, og at garantien er underskrevet av denne, jf. auksjonsforskriften § 13 første ledd første punktum. Dette kravet må forstås i lys av EØS-avtalen, hvor avtalens regler om fri bevegelighet oppstiller forbud mot å kreve at garantien er utarbeidet av tjenesteytere på medlemsstatens eget territorium, jf. tjenstedirektivet art. 14 nr. 7, som gir uttrykk for det som også følger av reglene under EØS-avtalens hoveddel.<sup>189</sup>

Endelig må garantien fra bank- eller finansieringsinstitusjonen være på NOK 2 millioner, og garantien må gi sikkerhet for ethvert krav budgiverne pådrar seg i

<sup>185</sup> Se også Rasmussen og Nyheim (2019) s. 59.

<sup>186</sup> Fiskeridirektoratet (2022).

<sup>187</sup> Fiskeridirektoratet (2022).

<sup>188</sup> Se også Rasmussen og Nyheim (2019) s. 68–69.

<sup>189</sup> Se ellers avhandlingens kapittel 2.2.2.

forbindelse med auksjonen – en begrenset helgaranti/begrenset solidaritet<sup>190</sup>, jf. auksjonsforskriften § 13 første ledd første punktum.

#### 4.3.4 Konsekvensene av feil under prekvalifiseringen

Det er viktig at prekvalifiseringskravene er lett tilgjengelig for aktørene, slik at de forstår hva som kreves for å delta på auksjonen. Krav til dette følger også av EØS-rettslige regler, som krever at tildelingsprosessene og terskelkriteriene fremgår på en tilstrekkelig klar og enkel måte.<sup>191</sup> Feil fra næringsaktørens side under prekvalifiseringen kan føre til at deltakelse på auksjonen blir nektet.

Fiskeridirektoratet skal avvise registreringen dersom registreringsdokumentene er levert for sent eller inneholder vesentlige feil og mangler, jf. auksjonsforskriften § 11 fjerde ledd. Det samme gjelder dersom originalversjonen av bankgarantien ikke har kommet direktoratet i hende innen fristen som er fastsatt for dette, jf. auksjonsforskriften § 13 sjette ledd. Det er også en avvisningsgrunn hvis ikke aksept av auksjonsregelverket er oppløst innen fristen, jf. auksjonsforskriften § 18 tredje ledd. Ellers er eksempler på vesentlige feil og mangler blant annet at et av skjemaene mangler, eller at budgiver ikke tilfredsstillter kravene til finansiell situasjon.<sup>192</sup>

Dersom det i stedet bare er mindre feil eller mangler med registreringsdokumentene, skal søkeren få en kort frist til å rette dem, jf. auksjonsforskriften § 11 femte ledd. Eksempler på slike mindre feil og mangler er blant annet at ett av skjemaene mangler en underskrift, eller at bankgarantien er på feil beløp.<sup>193</sup>

Avvist registrering er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, jf. forvaltningsloven §§ 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a, og kan påklages til Nærings- og fiskeridepartementet, jf. auksjonsforskriften § 11 sjette ledd og forvaltningsloven § 28 første ledd. Forvaltningslovens regler utfyller auksjonsforskriften, slik at klageadgangen ellers følger forvaltningslovens regler om klagefrist med videre, jf. forvaltningsloven §§ 28 til 36.

### 4.4 Auksjonens oppbygning, prisregler og varighet

#### 4.4.1 En simultan klokkeauksjon med klokkerunder

Auksjonen er bygget opp som en «simultan klokkeauksjon», jf. auksjonsforskriften § 5 andre ledd første punktum. En «simultan» auksjon innebærer at auksjonsgjenstandene – produksjonskapasiteten i de forskjellige produksjonsområdene – auksjoneres bort samtidig, og står i motsetning til auksjoner hvor auksjonsgjenstandene auksjoneres etter tur – sekvensielle auksjoner.<sup>194</sup> Uttrykket «klokkeauksjon» viser til at prisen på auksjonsgjenstandene tikker oppover med hver tidsavgrenset auksjonsrunde, kalt klokkerunder.<sup>195</sup>

De som står for gjennomføringen av auksjonen er et auksjonsteam – auksjonarius –, utnevnt av Nærings- og fiskeridepartementet, jf. auksjonsreglene art. 2 første ledd. Auksjonen åpner med at auksjonarius setter i gang første klokkerunde. Auksjonsdeltakerne har da mulighet til å angi hvor mange tonn produksjonskapasitet de er villige til å kjøpe til auksjonens startpris i hvert produksjonsområde – budgiverne gir sine klokkebud, jf. auksjonsforskriften § 5 andre ledd tredje punktum. Den enkelte budgivers totale etterspørsel på tvers av produksjonsområ-

<sup>190</sup> Hov og Høgberg (2017) s. 386.

<sup>191</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2.2.

<sup>192</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.5.

<sup>193</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 11 og Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 22.

<sup>194</sup> Sunnevåg (1998) s. 42, Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 5 og Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 8.

<sup>195</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 7 fotnote 2 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.

dene i første klokkeunde setter taket for størrelsen på budgiverens totale etterspørsel i etterfølgende klokkeunder, jf. auksjonsreglene art. 7 andre ledd. Med budgivers totale etterspørsel menes summen av budgivers klokkebud på tvers av produksjonsområdene, eksklusive tidligere avslutningsbud, jf. auksjonsreglene art. 7 første ledd.

Etter at den første klokkeunden er avsluttet, vurderer auksjonarius om det er nok produksjonskapasitet tilgjengelig i hvert produksjonsområde til å imøtekomme budgiverens samlede etterspørsel – summen av alle budgiverens klokkebud for hvert enkelt produksjonsområde, eksklusive avslutningsbud, jf. auksjonsreglene art. 8 første punktum.<sup>196</sup> Dersom den samlede etterspørselen er høyere enn tilgjengelig produksjonskapasitet i minst ett av produksjonsområdene, setter auksjonarius i gang en ny klokkeunde – det foreligger overskuddsetterspørsel i produksjonsområdet i klokkeunden, jf. auksjonsreglene art. 9 –,<sup>197</sup> jf. auksjonsforskriften § 5 andre ledd fjerde punktum. Auksjonarius gir samtidig budgiverne informasjon om hvilke produksjonsområder det forelå overskuddsetterspørsel i, og hvor stor den totale etterspørselen var, jf. auksjonsreglene art. 18 første ledd fjerde kulepunkt.

I påfølgende klokkeunde øker auksjonarius rundepreisen i produksjonsområder med overskuddsetterspørsel, mens rundepreisen forblir uendret i produksjonsområder uten overskuddsetterspørsel,<sup>198</sup> jf. auksjonsforskriften § 5 andre ledd fjerde punktum og auksjonsreglene art. 5 andre ledd.<sup>199</sup> Budgiverne får deretter en ny mulighet til å legge inn ønsket produksjonskapasitet til den nye klokkeundens justerte priser. Men budgiver har, som beskrevet i reglene for budgivningen i avhandlingens kapittel 4.5.1, ikke mulighet til å øke sin totale etterspørsel fra en klokkeunde til den neste, jf. auksjonsreglene art. 7 andre ledd.

Dette auksjonsformatet gjentas fram til den samlede etterspørselen er lik eller mindre enn det samlede tilbudet fra forvaltningens side – det foreligger ikke lenger overskuddsetterspørsel i noen av produksjonsområdene, jf. auksjonsforskriften §§ 5 andre ledd siste punktum, 16 første ledd og auksjonsreglene art. 10.<sup>200</sup> Når det er tilfellet, avsluttes auksjonen. Dersom den samlede etterspørselen ikke bare er lik, men i siste klokkeunde er mindre enn tilgjengelig produksjonskapasitet, innebærer det at det foreligger en mengde restkapasitet som ikke blir solgt i siste klokkeunde. Det er i så fall produksjonskapasitet til overs.

#### 4.4.2 Klokkeauksjonens prisregler og klokkeundenes varighet

Selv om prekvalifiseringsregler, med krav til registreringskjema, finansiell situasjon og bankgaranti, er viktige for å tilrettelegge for en vellykket auksjonsgjennomføring, er ikke det alene alltid tilstrekkelig. For å sikre at tillatelsene tildeles på en måte som kommer fellesskapet til gode, er også utformingen av auksjonen med regler om blant annet minstepris et viktig virkemiddel. Den viktigste funksjonen til regelen om minstepris er at den hindrer at manglende konkurranse fører til at fellesskapets eiendom selges til en uakseptabel lav pris.<sup>201</sup> Minsteprisen bidrar også til å redusere budgiverens insentiver om prissamarbeid.<sup>202</sup>

Før auksjonen fastsetter Nærings- og fiskeridepartementet derfor en startpris – minstepris – per tonn produksjonskapasitet i hvert produksjonsområde, jf. auksjonsforskriften art. 5 andre ledd andre punktum og auksjonsreglene art. 5 første

<sup>196</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.

<sup>197</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.

<sup>198</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.

<sup>199</sup> I artikkelen er det henvist til definisjonen av overskuddsetterspørsel, med henvisning til art. 11. Det må være en feil. Overskuddsetterspørsel er definert i auksjonsreglene art. 9.

<sup>200</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 1.

<sup>201</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 12.

<sup>202</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 12.

ledd. Det er uheldig om forvaltningen setter minsteprisen for lavt, men samtidig kan en for høy minstepris risikere å kvele etterspørselen.<sup>203</sup> Budgiverne får før auksjonen informasjon om hvor mye produksjonskapasitet som er tilgjengelig i hvert produksjonsområde og informasjon om startprisen per tonn produksjonskapasitet, jf. auksjonsreglene art. 18 første ledd første kulepunkt.

I påfølgende klokkeunder bestemmer auksjonarius prisøkningen dersom rundepreisen settes opp, men prisøkningen skal som hovedregel være på fem prosent av startprisen, jf. auksjonsreglene art. 5 tredje ledd første og andre punktum. Både regelen om minstepris og regelen om prisøkningen utover i auksjonen har betydning for hvor lenge auksjonen varer. Minsteprisen er det mulig å sette i nærheten av det som kan bli den endelige salgsprisen,<sup>204</sup> og prisøkningsregelen får betydning for antall klokkeunder det er nødvendig å gjennomføre.<sup>205</sup>

Varigheten på den enkelte klokkeunde fastsettes av auksjonarius. Forventet varighet på første klokkeunde er i forskriften fastsatt til én time, og for etterfølgende klokkeunder mellom 10 minutter og 30 minutter. Auksjonarius kan forlenge eller redusere klokkeunderenes forventede varighet etter behov, men en klokkeunde skal aldri være kortere enn fem minutter, jf. auksjonsreglene art. 4 første ledd første, andre og tredje punktum. Sistnevnte regel er først og fremst satt av hensyn til budgiverne, og skal gi dem en minstetid til å områ seg og til å få lagt inn ønskede bud.

Tidspunktene for auksjonsdagens oppstart og slutt er fastsatt i auksjonsreglene art. 4 andre ledd. Dessuten utarbeider auksjonarius i forkant av hver auksjonsdag en tidstabell med oversikt over forventet oppstart for hver klokkeunde, men denne kan auksjonarius endre hvis det er hensiktsmessig, jf. auksjonsreglene art. 4 fjerde ledd første og andre punktum.

På auksjonsdagen får budgiverne informasjon gjennom budgivningsplattformen om starttidspunktet for auksjonen, en tidsplan for budrundene og fortløpende opplysninger om rundepreisene, jf. auksjonsreglene art. 18 første ledd første punktum første og andre kulepunkt. Auksjonarius annonserer i tillegg tidspunktet for oppstart av neste klokkeunde og klokkeunderens varighet senest fem minutter før klokkeunden starter, jf. auksjonsreglene art. 4 tredje ledd.

#### 4.4.3 Uforutsette hendelser med videre

Dersom det under auksjonen oppstår «ekstraordinære hendelser», kan auksjonarius gripe inn og gjøre forskjellige tilpasninger i gjennomføringen av auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 15. Auksjonsforskriften fastsetter at slike ekstraordinære hendelser for eksempel kan være problemer med auksjonssystemet, men gir ingen uttømmende liste. Det er ellers opp til auksjonarius å avgjøre om det foreligger slike «ekstraordinære omstendigheter», jf. auksjonsreglene art. 4 sjette ledd.

Auksjonarius kan for eksempel endre oppstarttidspunktet for en planlagt klokkeunde som ikke har startet, jf. auksjonsforskriften § 15 første ledd bokstav a og auksjonsreglene art. 4 femte ledd første kulepunkt. I tillegg kan auksjonarius forlenge varigheten på en pågående klokkeunde og utsette offentliggjøringen av klokkeunderens resultater, jf. auksjonsforskriften § 15 første ledd bokstav b og auksjonsreglene art. 4 femte ledd andre kulepunkt.

Det er også mulig for auksjonarius å avbryte en pågående klokkeunde og bestemme et nytt tidspunkt for gjennomføringen av den avbrutte klokkeunden, jf. auksjonsforskriften § 15 første ledd bokstav c og auksjonsreglene art. 4 femte ledd tredje kulepunkt. Dersom auksjonarius velger å avslutte en budrunde og starte budrunden på nytt, kan auksjonarius også fastsette en justert pris for klokkeunden. Det kan for eksempel være aktuelt ved mistanke om forhold som har ført til

<sup>203</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 13.

<sup>204</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 12.

<sup>205</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.4.

en kunstig svekket konkurransesituasjon i ett eller flere av produksjonsområdene, jf. auksjonsforskriften § 15 andre ledd. Auksjonsforskriften gir heller ikke her noen uttømmende liste over det som kvalifiserer som ekstraordinære hendelser.

Auksjonarius har i tillegg kompetanse til å avvise alle budene som er gitt i auksjonen og starte auksjonen på nytt, jf. auksjonsforskriften § 15 første ledd bokstav d. Ved mistanke om prissamarbeid mellom budgiverne, har auksjonarius endelig kompetanse til å avvise alle innkomne bud og avslutte auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 15 tredje ledd. Dette siste alternativet er etter ordlyden begrenset til tilfellene av mistanke om prissamarbeid, slik at andre ekstraordinære hendelser ikke er relevante.

## 4.5 Auksjonens budgivningsregler

### 4.5.1 Reglene for klokkebud

Budgivernes bud i klokkerundene kalles for «klokkebud».<sup>206</sup> Deltakelse på auksjonen forplikter ingen budgivere til å gi bud, men alle klokkebud er bindende fra tidspunktet de er registrert i auksjonssystemet og budrunden er avsluttet, jf. auksjonsforskriften §§ 10 første ledd andre punktum, 14 første ledd første og andre punktum og auksjonsreglene art. 16 første ledd første og andre punktum. Det er i utgangspunktet bare klokkebudene lagt inn i det som til enhver tid er siste budrunde som er bindende for budgiverne.<sup>207</sup>

Det er bare mulig å gi ett klokkebud i hver klokkerunde, jf. auksjonsreglene art. 6 første ledd og auksjonsreglene art. 7 første ledd første punktum. Budgiverne kan fordele klokkebudet på flere produksjonsområder, og budet må angi hvor mange tonn budgiverne ønsker å by på i hvert av produksjonsområdene, jf. auksjonsreglene art. 6 andre ledd. Angivelsen av hvor mye produksjonskapasitet budgiverne ønsker å kjøpe, må ligge i intervallet mellom null tonn og den tilgjengelige produksjonskapasiteten i produksjonsområdene, jf. auksjonsreglene art. 6 andre ledd. Budgivernes bud må være på minst ett tonn produksjonskapasitet, med mindre budgiverne ikke ønsker å legge inn bud. Budgiverne må oppgi alle bud i hele tonn, jf. auksjonsforskriften § 5 fjerde ledd første og andre punktum.

Summen av den enkelte budgivers klokkebud på tvers av produksjonsområdene – budgivers totale etterspørsel – i første klokkerunde, setter taket for budgivers totale etterspørsel også i påfølgende klokkerunder.<sup>208</sup> Budgiverne har ikke mulighet til å øke egen totale etterspørsel fra en klokkerunde til den neste, jf. auksjonsreglene art. 7 andre ledd. Regelen innebærer samtidig at dersom en deltaker ikke legger inn et klokkebud i en av klokkerundene, kan budgiveren i praksis ha meldt seg ut av auksjonen – se likevel om aktivitetsregelen nedenfor.<sup>209</sup>

Innenfor disse rammene har budgiverne mulighet til å flytte etterspørselen mellom produksjonsområdene. En budgiver kan for eksempel i en klokkerunde redusere egen etterspørsel i et produksjonsområde, for å bruke reduksjonen til å øke etterspørselen i et annet produksjonsområde.<sup>210</sup> Det avgjørende er at den totale etterspørselen ikke øker.

Friheten til å endre etterspørselen i det enkelte produksjonsområdet gjelder likevel med ett forbehold. I produksjonsområder hvor rundepriisen ikke har økt fra forrige klokkerunde, har ikke budgiveren mulighet til å redusere sin etterspurte kapasitet fra forrige klokkerunde – tidligere kalt «aktivitetsregel»<sup>211</sup>. For disse produksjonsområdene kan budgiverne bare opprettholde eller øke størrelsen på klok-

<sup>206</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.

<sup>207</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 9.

<sup>208</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.1.

<sup>209</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 13.

<sup>210</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.1.

<sup>211</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.1.

kebudet, jf. auksjonsreglene art. 7 tredje ledd. Budgiverne er med andre ord også forpliktet til å være med videre i auksjonen i slike tilfeller, og regelen innebærer en modifikasjon i utgangspunktet om at budgiverne bare er bundet til bud lagt inn i det som til enhver tid er siste klokkerunde.

Formålet med regelen om at budgiverne ikke får øke sin totale etterspørsel utover i auksjonen, er å redusere risikoen for strategisk budgivning. Budgiverne er forhindret fra å by lavere enn deres egen verdsettelse av produksjonskapasiteten, for så å øke egne bud i de siste klokkerundene.<sup>212</sup> På den måten kan ikke budgiverne forhindre budkrig, og regelen bidrar også til at auksjonen ikke trekker ut i flere klokkerunder enn nødvendig.<sup>213</sup>

I utgangspunktet må budgiverne selv legge inn og bekrefte klokkebudene under auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 14 og auksjonsreglene art. 16 andre ledd første punktum. Dersom en budgiver likevel glemmer å legge inn et klokkebud i en klokkerunde, har auksjonssystemet en ordning med standardbud – tidligere kalt «passivt bud» i auksjonsreglene for auksjonen i 2020 –, jf. auksjonsreglene art. 17 første ledd.

Ordningen med standardbud er utformet slik at standardbudet i første klokkerunde er null tonn for alle produksjonsområdene – ingen er forpliktet til å gi bud –, jf. auksjonsreglene art. 17 første ledd første kulepunkt. For påfølgende runder er regelen slik at standardbudet settes til null tonn dersom rundeprisen økte fra forrige klokkerunde – ingen er forpliktet til å gi bud ved økning av prisene, jf. auksjonsreglene art. 17 første ledd andre kulepunkt bokstav a. I produksjonsområder hvor det ikke har skjedd noen prisøkning fra forrige klokkerunde, settes standardbudet lik budgivers klokkebud i forrige klokkerunde, jf. auksjonsreglene art. 17 første ledd andre kulepunkt bokstav b. Det henger sammen med regelen om at budgiver ikke kan redusere egen etterspørsel i et produksjonsområde dersom det fra en budrunde til en annen ikke har vært noen prisøkning, jf. auksjonsreglene art. 7 tredje ledd.

## 4.5.2 Reglene for avslutningsbud på eventuell restkapasitet

### 4.5.2.1 Reglene for avslutningsbud

Auksjonsformatet er lagt opp slik at det etter siste klokkerunde kan foreligge usolgt produksjonskapasitet.<sup>214</sup> I siste klokkerunde kan den enkelte budgiver, som følge av siste prisøkning, redusere egen total etterspørsel. Den enkelte budgiver vet samtidig ikke om de andre budgiverne reduserer deres totale etterspørsel, og i tilfellet med hvor mye. Det gjør at det kan oppstå en situasjon hvor budgiverne samlet har redusert etterspørselen så mye at summen av budgivernes samlede etterspørsel er lavere enn tilgjengelig produksjonskapasitet, og da foreligger det usolgt restkapasitet.<sup>215</sup>

For å minimere sjansen for at det eksisterer restkapasitet etter siste klokkerunde, inneholder auksjonsregelverket regler om «avslutningsbud» – exit-bud, jf. auksjonsforskriften § 5 tredje ledd første og andre punktum.<sup>216</sup> Formålet med avslutningsbudene er å effektivisere auksjonsformatet for tildelingsrunden.<sup>217</sup> Ordningen ble tatt inn i auksjonsformatet etter auksjonen i 2018, hvor mangelen på regler om avslutningsbud gjorde at departementet måtte gjennomføre ytterligere to auksjoner og en lukket budrunde før nærmest all restkapasiteten som

<sup>212</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 13.

<sup>213</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.1.

<sup>214</sup> Se avhandlingens kapittel 4.5.1.

<sup>215</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 9.

<sup>216</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 11.

<sup>217</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 11.

gjenstod etter den opprinnelige auksjonen var tildelt.<sup>218</sup> Det kostet departementet og næringen unødvendig tid og ressurser. Ordningen kan derfor ses på som en fremskyndelse av den budgivningen som ellers måtte funnet sted ved for eksempel ytterligere auksjoner, slik som i 2018.<sup>219</sup>

Siden ordningen med avslutningsbud reduserer sjansene for at departementet må arrangere nye auksjoner i etterkant, er det ikke noe poeng for næringsaktørene å spekulere i om det senere vil bli arrangert nye auksjoner med lavere konkurranse. Slik sett kan ordningen med avslutningsbud også bidra til at budgivere i klokkerundene byr i tråd med deres egne verdsettelse av produksjonskapasiteten.<sup>220</sup>

Enkelt forklart gir avslutningsbudene en mulighet for budgiverne til helt eller delvis å trekke seg fra klokkeauksjonen, samtidig som de legger inn bud på det som eventuelt gjenstår av restkapasitet etter siste klokkerunde.<sup>221</sup> Mens klokkebudene knytter seg til produksjonskapasiteten auksjonert ut til klokkeauksjonens rundepriiser, knytter avslutningsbudene seg til det som eventuelt gjenstår av restkapasitet etter at klokkeauksjonen er gjennomført. Budgivningsordningene løper parallelt. Det betyr at budgiverne legger inn avslutningsbudene underveis i klokkeauksjonens klokkerunder, men klokkebud og avslutningsbud er ikke det samme, jf. auksjonsreglene art. 11 første ledd andre punktum.

Avslutningsbudene følger langt på vei egne budgivningsregler. For at budgiverne i det hele tatt skal ha mulighet til å gi avslutningsbud, er det en forutsetning at de har lagt inn et klokkebud i klokkeauksjonen, jf. auksjonsreglene art. 13 første ledd første punktum. Budgiverne kan i tillegg bare legge inn avslutningsbud dersom de reduserer egen total etterspørsel fra forrige klokkerunde. Budgiverne får da mulighet til å legge inn et bud på hele eller deler av reduksjonen som budgiveren er villig til å kjøpe i tillegg til det nye klokkebudet, til en pris mellom forrige og inneværende klokkerunde, jf. auksjonsreglene art. 11 første ledd første punktum, tredje til fjerde punktum og sjette ledd, og art. 12 første punktum og andre punktum første og andre kulepunkt. Dersom budgiverens totale klokkebud på tvers av produksjonsområdene faller til null, bortfaller også muligheten til å gi avslutningsbud, jf. auksjonsreglene art. 13 første ledd første punktum.

Budgiverne kan legge inn ett avslutningsbud i hver klokkerunde, og det er opp til budgiver om avslutningsbudet samlet skal brukes i ett produksjonsområde eller fordeles på flere, jf. forutsetningsvis auksjonsreglene art. 11 sjette ledd andre kulepunkt, sjuende ledd andre kulepunkt og åttende ledd. Det er like fullt adgang til å legge inn flere avslutningsbud i løpet av auksjonen, men hvert nye avslutningsbud er nødt til å knytte seg til en ytterligere reduksjon i budgivers totale etterspørsel på tvers av produksjonsområdene, jf. auksjonsreglene art. 11 tredje ledd første punktum.

Prisen på avslutningsbudet må minimum være lik forrige rundepriis, og kan ikke overstige rundepriisen i inneværende klokkerunde.<sup>222</sup> Et avslutningsbud fordelt på flere produksjonsområder kan angi ulike priser for den eventuelle restkapasiteten avslutningsbudet knytter seg til, jf. auksjonsreglene art. 11 åttende ledd andre punktum. Dersom reduksjonen skjer allerede etter første klokkerunde, er prisen lik startprisen i produksjonsområdet, jf. auksjonsreglene art. 11 første ledd siste punktum.

Når den simultane klokkeauksjonen legger opp til to parallelle budgivningsordninger, er det behov for å gi budgiverne fleksibilitet i budgivningen. Det kan være vanskelig for budgiverne å vurdere egen kjøpekraft under samtidige budgivnings-

<sup>218</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 10.

<sup>219</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 13.

<sup>220</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 11 og 13–14.

<sup>221</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 1.

<sup>222</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 16.

ordninger. I løpet av de første klokkerundene kan budgiverne ha vurdert det slik at de har råd til å betale for både avgitte avslutningsbud og senere dyrere klokkebud. Auksjonens rundepriiser kan likevel bli større enn budgiverne forventet, slik at de ikke lenger har råd til å betale for både klokkebud og avslutningsbud.<sup>223</sup> Det innebærer i så fall at budgiverne kan bli nødt til å trekke seg fra klokkeauksjonen, og dermed miste muligheten til å vinne både klokkebud og avslutningsbud. Det er uheldig for budgiverne, og det er uheldig for konkurransesituasjonen.

Det ligger allerede en del fleksibilitet i budgivernes adgang til å flytte sin samlede etterspørsel på klokkebudene mellom produksjonsområdene.<sup>224</sup> Ved slike etterspørselsbytter kan budgiverne også ha behov for å trekke tilbake eller endre tidligere avslutningsbud. Ellers kan budgiverne risikere å bli sittende igjen med så lite produksjonskapasitet at det ikke er hensiktsmessig med drift i produksjonsområdet avslutningsbudet knytter seg til.

Budgiverne har derfor fått stor frihet til å endre eller trekke tilbake avslutningsbudene underveis i auksjonen. Budgiverne har mulighet til både å endre og trekke tilbake avslutningsbud hver gang de legger inn klokkebud, jf. auksjonsreglene art. 13 første ledd første punktum. Adgangen er riktignok begrenset av reglene for avslutningsbud som beskrevet ovenfor, jf. auksjonsreglene art. 13 første ledd andre punktum. Flexibiliteten til å endre og trekke tilbake avslutningsbud faller bort så fort summen av budgiverens klokkebud på tvers av produksjonsområdene – budgivers totale klokkebud – har falt til null, jf. auksjonsreglene art. 13 første ledd første punktum. Avslutningsbudene er derfor endelig bindende etter siste klokkeunde, jf. forutsetningsvis auksjonsreglene art. 13 første ledd første punktum og art. 16 første ledd andre punktum.<sup>225</sup>

#### 4.5.2.2 Budgivers minste akseptable kapasitet på avslutningsbudene

Reglene om avslutningsbud kommer med en risiko for at budgiverne kan bli sittende med for lite produksjonskapasitet i et produksjonsområde til at driften blir hensiktsmessig. Situasjonen kan oppstå ved at en budgiver legger inn både avslutningsbud og klokkebud i et produksjonsområde, men til slutt ikke ender med å vinne produksjonskapasitet på klokkebudet, bare på et eller flere avslutningsbud. Budgiverne får derfor allerede ved auksjonens start mulighet til å legge inn en nedre grense for hvor lite produksjonskapasitet budgiverne er villige til å akseptere i hvert enkelt produksjonsområde. Formålet er at budgiverne ikke skal bli sittende med mindre produksjonskapasitet enn det som er nødvendig for hensiktsmessig og lønnsom drift.<sup>226</sup>

Denne ordningen kalles for reglene om budgivers minste akseptable kapasitet – «minimum acceptable capacity» (MAC),<sup>227</sup> og ordningen gjelder bare for budgivers avslutningsbud, jf. forutsetningsvis auksjonsreglene art. 14 fjerde ledd første punktum. Budgiverne kan oppgi en minste akseptabel kapasitet for ett, flere eller alle produksjonsområdene, jf. auksjonsreglene art. 14 første ledd og andre ledd første punktum. Den minste akseptable kapasiteten kan settes forskjellig i produksjonsområdene, men kan aldri være høyere enn 200 tonn produksjonskapasitet i noen av områdene, jf. auksjonsreglene art. 14 første ledd og andre ledd andre punktum.

Budgiverne har også stor fleksibilitet i reguleringen av deres minste akseptable kapasitet under auksjonen. Det er mulighet for å gi, endre eller trekke tilbake forbehold om minste akseptable kapasitet når budgiverne legger inn klokkebud –

<sup>223</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 14.

<sup>224</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 14.

<sup>225</sup> Det har i denne sammenheng ingen betydning om klokkebudet er lagt inn manuelt eller bygger på et automatisk standardbud, jf. auksjonsreglene art. 17 andre ledd.

<sup>226</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.2.

<sup>227</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.2.



fram til klokkerunden er avsluttet, men ikke etter.<sup>228</sup> Dette forutsetter riktignok at budgivers totale etterspørsel ikke allerede har falt til null i en tidligere budrunde – da har budgiveren heller ikke lenger adgang til å gi klokke- eller avslutningsbud, jf. auksjonsreglene art. 14 tredje ledd.

## 4.6 Auksjonarius utnevner auksjonens vinnere

### 4.6.1 Kåringen av vinnende klokke- og avslutningsbud

Etter siste klokkerunde er gjennomført og auksjonen avsluttet, kårer auksjonarius auksjonens vinnere, jf. auksjonsforskriften § 16 første ledd.<sup>229</sup> Det er summen av produksjonskapasitet vunnet på klokkebudene og avslutningsbudene som er produksjonskapasiteten budgiverne har vunnet, jf. auksjonsreglene art. 11 andre ledd.<sup>230</sup> Det er ikke mulig å vinne mindre enn ett tonn produksjonskapasitet på auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 5 fjerde ledd første punktum.

Auksjonarius tildeler først produksjonskapasitet vunnet på klokkebud – dette er budene til høyest pris –, og deretter restkapasitet vunnet på avslutningsbud. Klokkeauksjonens vinnere er de budgiverne som la inn klokkebud i produksjonsområdene i auksjonens siste klokkerunde. Disse vinner den mengden produksjonskapasitet de la inn bud på i siste klokkerunde, til klokkerundens priser, jf. auksjonsforskriften § 16 andre ledd og auksjonsreglene art. 6 femte ledd.<sup>231</sup>

Avslutningsbudenes vinnere velger auksjonarius ut. Auksjonarius tildeler restkapasiteten basert på den kombinasjonen som gir høyest vederlag, jf. auksjonsreglene art. 15 andre ledd. Dersom det er flere kombinasjoner av avslutningsbud som gir like høyt vederlag, velger auksjonssystemet tilfeldig ut en av kombinasjonene, jf. auksjonsreglene art. 15 tredje ledd. En budgiver kan vinne restkapasitet på flere av avslutningsbudene levert inn under auksjonen, jf. auksjonsreglene art. 11 tredje ledd andre punktum. Budgiverne som vinner tilleggskapasitet på sine avslutningsbud, skal betale prisen de oppga i avslutningsbudet, jf. auksjonsreglene art. 11 åttende ledd første og andre punktum.

Det gjelder likevel noen begrensninger for hvilke avslutningsbud auksjonarius kan velge ut. Auksjonarius må først fordele restkapasitet på avslutningsbud som har kommet inn i siste klokkerunde – dette er avslutningsbudene til høyest pris –, og deretter kan auksjonarius fordele eventuell ytterligere restkapasitet på avslutningsbud fra tidligere klokkerunder – avslutningsbud til lavere priser.

Det er derfor en regel i auksjonsregelverket som bestemmer at auksjonarius bare kan akseptere et avslutningsbud dersom budgiveren allerede har vunnet produksjonskapasitet, og produksjonskapasiteten minimum tilsvarer det som var budgiverens totale etterspørsel da avslutningsbudet ble gitt (etter etterspørselsreduksjonen),<sup>232</sup> jf. auksjonsreglene art. 11 femte ledd og art. 15 andre ledd første kulepunkt. Det auksjonarius holder opp mot budgiverens totale etterspørsel da avslutningsbudet ble gitt, er summen av produksjonskapasitet vunnet på klokkebud i siste klokkerunde og eventuelle avslutningsbud fra senere klokkerunder enn det aktuelle avslutningsbudet knytter seg til.<sup>233</sup> Regelen innebærer også at den

<sup>228</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.2.

<sup>229</sup> Vinnende bud og auksjonens vinnere blir offentliggjort for allmennheten i etterkant av auksjonen, jf. Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 14.

<sup>230</sup> Auksjonarius informerer auksjonens vinnere om prisen disse må betale for kapasiteten vunnet på klokkebud og avslutningsbud på auksjonen, jf. auksjonsreglene art. 18 første ledd tredje kulepunkt, jf. auksjonsreglene art. 11 andre ledd.

<sup>231</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 9.

<sup>232</sup> Kalt avslutningsbudets grunnleggende kapasitet, jf. auksjonsreglene art. 11 fjerde ledd. Avslutningsbudets grunnleggende kapasitet er størrelsen på budgivers klokkebud etter reduksjonen i etterspørsel, jf. auksjonsreglene art. 11 fjerde ledd og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.4.

<sup>233</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.6.

enkelte budgiver først får tildelt kapasitet på avslutningsbud til dyrere priser, før budgiveren får tildelt kapasitet fra avslutningsbud til lavere priser.

I tillegg er valget av vinnende avslutningsbud underlagt begrensninger oppgitt av budgiverne i de aktuelle avslutningsbudene. Auksjonarius kan bare tildele budgiverne produksjonskapasitet innenfor den maksimale kapasiteten budgiverne har sagt seg villige til å akseptere i avslutningsbudene. Auksjonarius kan også bare tildele restkapasitet innenfor de produksjonsområdene budgiverne eventuelt har spesifisert i budet, jf. auksjonsreglene art. 11 sjuende ledd første og andre kulepunkt.

Endelig setter reglene om budgivers minste akseptable kapasitet grenser for hvilke avslutningsbud auksjonarius kan tildele restkapasitet på. Auksjonarius må ta hensyn til budgivernes oppgitte minste akseptable kapasitet i utvelgelsen av vinnende avslutningsbud,<sup>234</sup> men bare dersom budgiver ikke er tildelt kapasitet i produksjonsområdet gjennom klokkebudet i siste klokkerunde, jf. auksjonsreglene art. 14 fjerde ledd første punktum og motsetningsvis art. 14 fjerde ledd andre kulepunkt.

Dersom budgiver har vunnet produksjonskapasitet i produksjonsområdet på klokkebudet i siste klokkerunde, tar ikke auksjonarius hensyn til budgivers registrerte minste akseptable kapasitet i produksjonsområdet, jf. auksjonsreglene art. 14 fjerde ledd andre kulepunkt og motsetningsvis art. 15 andre ledd andre kulepunkt. Formålet med reglene om minste akseptable kapasitet er at budgiverne ikke skal risikere å bli sittende med mindre produksjonskapasitet enn det som er nødvendig for hensiktsmessig og lønnsom drift.<sup>235</sup> Dersom en budgiver har vunnet produksjonskapasitet i produksjonsområdet gjennom klokkebudet, må budgiveren selv sørge for at budet er tilstrekkelig for å kunne drive lønnsomt. Her har budgiver full kontroll og fleksibilitet, og feil eller mangelfulle kalkuleringer er budgivers risiko.

Innenfor disse begrensningene kan auksjonarius nokså fritt tildele restkapasiteten på avslutningsbudene for å oppnå høyest mulig vederlag. Auksjonarius kan fordele restkapasitet tilsvarende budgivers maksimale ønskede kapasitet på avslutningsbudene, men også mindre enn dette, jf. auksjonsforskriften §§ 5 tredje ledd andre punktum, 16 tredje ledd og auksjonsreglene art. 15 første ledd. Det betyr at auksjonarius kan akseptere en «tilfeldig» mengde av avslutningsbudene, og at budgiverne ikke nødvendigvis vinner restkapasitet tilsvarende hele budet.<sup>236</sup> Budgiverne kan i tillegg bli tildelt tilleggskapasitet i et hvilket som helst produksjonsområde budgiverne har registrert avslutningsbud.<sup>237</sup>

#### 4.6.2 Vinnernes betalingsforpliktelser

Auksjonens vinnere plikter å betale for produksjonskapasiteten innen 15 dager, inkludert helligdager, fra tidspunktet de har «mottatt notifikasjon» om vinnerbudene, jf. auksjonsforskriften § 17 første ledd. Informasjon om fremgangsmåten for å foreta betalingen følger av auksjonsforskriften § 17 første og andre ledd.

Det følger av forskriften at Fiskeridirektoratet kan utløse bankgarantien dersom beløpet ikke er betalt innen betalingsfristen, jf. auksjonsforskriften § 17 tredje ledd første punktum. Dersom grunnen til at budgiveren ikke klarer å betale innen fristen er på grunn av force majeure-hendelser, utsettes betalingsfristen tilsvarende force majeure-hendelsens varighet, jf. auksjonsforskriften § 17 tredje ledd andre punktum. Det er naturlig å forstå forskriften slik at den stenger for at Fiskeridirektoratet utløser bankgarantien så lenge force majeure-hendelsen består. Forskriften begrenser dermed adgangen som ellers følger av påkravsgarantien, hvor det nor-

<sup>234</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.2.

<sup>235</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.3.2.

<sup>236</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.4.

<sup>237</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 15.

malt ikke er nødvendig å påvise mislighold for å utløse garantien. Departementet er også avskåret fra å kreve erstatning som følge av manglende betaling så lenge force majeure-hendelsen vedvarer, jf. motsetningsvis auksjonsforskriften § 17 tredje ledd fjerde ledd.

Forskriften fastsetter ikke uttrykkelig hva som kvalifiserer som force majeure-hendelser. Force majeure-klausuler er vanligvis en kontraktsfestet regulering, og det finnes ikke noe enhetlig force majeure-begrep.<sup>238</sup> Ofte er det likevel snakk om en hendelse som i hvert fall er uventet, ekstraordinær og som kommer utenfra, se eksempelvis avgjørelsen HR-2016-1235-A avsnitt 34 og 40 om force majeure-begrepet i kontraktsretten.<sup>239</sup>

Det forhold at det er snakk om en forskriftsregulering, gir ikke alene grunn til å tillegge force majeure-begrepet et annet innhold enn det som ellers er vanlig i kontraktsretten. Det innebærer for eksempel at egen pengemangel ikke kvalifiserer som force majeure etter auksjonsforskriften § 17 tredje ledd andre punktum.<sup>240</sup> Det som derimot kan være omfattet er svikt i betalingssystemene og streik i banksektoren dersom forholdene gjør at budgiveren ikke får betalt i tide.<sup>241</sup>

Ved betalingsmislighold kan Fiskeridirektoratet derimot utløse bankgarantien for å få delvis dekning for beløpet, jf. auksjonsforskriften § 17 tredje ledd. Departementet kan også kreve erstatning for eventuelle tap staten lider som følge av betalingsmisligholdet, jf. auksjonsforskriften § 17 tredje ledd. Betalingsmislighold fra budgiverne er i tillegg et brudd på auksjonsforskriften, og konsekvensene av dette er en del av avhandlingens kapittel 4.8.1.

## 4.7 Veien videre etter auksjonen

### 4.7.1 Muligheten til å dele opp og (plikten til å) fusjonere produksjonskapasiteten

Det første som skjer etter auksjonen er at Fiskeridirektoratet tildeler produksjonskapasiteten til auksjonens vinnere i form av et «tilsagn», jf. auksjonsforskriften § 5 første ledd andre punktum. Tilsagnet om produksjonskapasitet er et eget enkeltvedtak, og er den delen av akvakulturtillatelsen som kalles for «selskapstillatelsen», jf. laksetildelingsforskriften § 1-3 bokstav i og b andre punktum.

Alle akvakulturtillatelser skal avgrenses til en maksimalt tillatt produksjonskapasitet på selskapsnivå, jf. laksetildelingsforskriften § 3-3, jf. akvakulturdriftsforskriften § 47. Tidligere var produksjonstaket i selskapstillatelsene standardisert,<sup>242</sup> men avgrensningene fastsettes nå individuelt. Verken laksetildelingsforskriften eller akvakulturdriftsforskriften sier derimot noe om tillatelsenes minste tillatte kapasitet.

Regler om det er fastsatt i auksjonsforskriften. Den bestemmer at fylkeskommunen etter auksjonen bare kan skrive ut tillatelsesdokumenter – akvakulturtillatelser – dersom tillatelsen på selskapsnivå gir rett til å produsere minst 100 tonn produksjonskapasitet, jf. auksjonsforskriften § 8 første ledd.<sup>243</sup> Formålet med kravet er at tillatelsene ikke skal bli så små at driften blir uhensiktsmessig.<sup>244</sup>

<sup>238</sup> Hagstrøm (2021) s. 288.

<sup>239</sup> Hagstrøm (2021) s. 287.

<sup>240</sup> Se eksempelvis Hov og Høgberg (2017) s. 238 i relasjon til fritaksvilkårene under kontrollansvaret i kontraktsretten.

<sup>241</sup> Se eksempelvis Hov og Høgberg (2017) s. 238 i relasjon til fritaksvilkårene under kontrollansvaret i kontraktsretten.

<sup>242</sup> Se forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften) § 15.

<sup>243</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.4.

<sup>244</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.4.

Dette er likevel ikke til hinder for at auksjonsdeltakerne kan vinne kapasitet på mindre enn 100 tonn, jf. auksjonsforskriften §§ 5 fjerde ledd første punktum og motsetningsvis 8 andre ledd første punktum. Den minste mengden produksjonskapasitet en budgiver kan vinne er 1 tonn, jf. auksjonsforskriften § 5 fjerde ledd første punktum. Fiskeridirektoratet kan derfor dele ut tilsagn på under 100 tonn, men budgiverne er i slike tilfeller nødt til å fusjonere produksjonskapasiteten med en eller flere eksisterende tillatelser. De eksisterende tillatelsene må være i samme produksjonsområde som produksjonskapasiteten fra auksjonen tilhører. Etter fusjonene må tillatelsene minimum gi rett til å produsere 100 tonn, jf. auksjonsforskriften § 8 andre ledd.<sup>245</sup> Dette gir også mindre aktører mulighet til å delta på auksjonen, og til å drive innenfor deres forutsetninger og økonomiske rammer.<sup>246</sup>

Så lenge den enkelte tillatelse ender opp med en minste produksjonskapasitet på 100 tonn, er det mulig for alle auksjonens vinnere å fordele kapasiteten på nye tillatelser i ønsket antall og størrelser, jf. auksjonsforskriften § 16 fjerde ledd andre og tredje punktum. De kan også søke om å få produksjonskapasiteten, eller deler av denne, fusjonert med allerede eksisterende tillatelser.<sup>247</sup> Fordelingen av produksjonskapasiteten må selvfølgelig skje innenfor det produksjonsområdet kapasiteten ble vunnet på auksjonen, og er ellers underlagt begrensningene i auksjonsforskriften § 8, jf. auksjonsforskriften § 16 fjerde ledd første punktum.

Etter at Fiskeridirektoratet har tildelt tilsagnene og næringsaktørene har bestemt seg for hvordan de ønsker å fordele kapasiteten innenfor rammene av det auksjonsregelverket tillater, må de sende inn søknad til fylkeskommunene. Det gjelder både for søknader om å fusjonere vunnet produksjonskapasitet i allerede eksisterende tillatelser, og for søknader om utstedelse av nye tillatelser, jf. auksjonsforskriften § 8 tredje ledd første punktum. Auksjonens vinnere har seks måneder på seg fra tilsagnsvedtaket til å sende inn melding om klarering av en lokalitet for oppdrettet. Ellers kan selskapstillatelsen bli trukket tilbake, jf. laksetil-delingsforskriften § 9-1 tredje ledd. Søkerne skal betale saksbehandlingsgebyr for dette, med hjemmel i forskrift 21. desember 2001 nr. 1597 om gebyr og avgift i forbindelse med akvakulturvirksomhet § 2, jf. auksjonsforskriften § 8 tredje ledd andre punktum, jf. forvaltningsloven § 27 a. Gebyret skal dekke forvaltningens utgifter ved å behandle søknadene.<sup>248</sup>

Tilsagn på mindre enn 100 tonn produksjonskapasitet må vinnerne fusjonere innen en fastsatt frist i auksjonsforskriften, slik at størrelsen på den endelige akvakulturtillatelsen er lik eller større enn 100 tonn, jf. auksjonsforskriften § 8 andre ledd. Det er ikke adgang til å få utsatt denne fristen.<sup>249</sup> Fristen gjelder både for eventuell klarering av en lokalitet, og etter at det er klarert en lokalitet til oppdrettet, slik at fristen løper parallelt med fristen i laksetil-delingsforskriften § 9-1 tredje ledd.

Dersom tilsagn på under 100 tonn produksjonskapasitet ikke er fusjonert innen auksjonsforskriftens frist, trekker Fiskeridirektoratet tilsagnet om tillatelse eller tillatelsen tilbake, jf. auksjonsforskriften § 8 fjerde ledd første punktum. Næringsaktørene har ifølge bestemmelsen ikke krav på tilbakebetaling av vederlaget som følge av at Fiskeridirektoratet kaller tilsagnet eller tillatelsen tilbake på slikt grunnlag, jf. auksjonsforskriften § 8 fjerde ledd andre punktum. Dette henger sammen med at for sen fusjonering er et brudd på auksjonsforskriften, som sanksjoneres i tråd med auksjonsforskriften § 19. Konsekvensene av brudd på auksjonsforskrif-

<sup>245</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.4.

<sup>246</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 9.

<sup>247</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.4.

<sup>248</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.4.

<sup>249</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 21.

ten, og muligheten til å sanksjonere bruddene på denne måten, er en del av avhandlingens kapittel 4.8.1.

#### **4.7.2 Søknad om lokalitetstillatelse og utstedelse av akvakulturstillatelse**

Forskriften inneholder regler om prosessen med søknad om lokalitetsklarering og søknad om innplassering av vedtakene i en endelig akvakulturstillatelse. Flere av reglene følger allerede – riktignok gjennom en anstrengt tolkning – av akvakulturregelverket ellers, men er tydeliggjort også i auksjonsforskriften av rent pedagogiske årsaker.<sup>250</sup>

Tildelingen av selskapstillatelsen gir auksjonens vinnere en «rett til å søke om klarering av lokalitet» i produksjonsområdet tilsagnet gjelder, jf. auksjonsforskriften § 7 første ledd første punktum. Det er uklart hva bestemmelsen sikter til med en «rett til å søke». Hvem som helst kan når som helst søke om klarering av en lokalitet. En annen sak er at klareringen blant annet forutsetter at søkeren har selskapstillatelser eller akvakulturstillatelser å knytte lokaliteten til. Antakelig er det bare dette siste bestemmelsen henviser til, slik det allerede følger av laksetildelingsforskriften § 8-1 første ledd andre punktum.

En akvakulturstillatelse foreligger først når oppdretterne har fått tilsagnet om produksjonskapasitet – selskapstillatelsen –, klarert en lokalitet for oppdrettet – lokalitetstillatelsen –, og begge vedtakene er tatt inn i samme dokument og skrevet ut av fylkeskommunen, jf. auksjonsforskriften § 7 første ledd andre punktum.<sup>251</sup> Dette følger også av laksetildelingsforskriften §§ 1-3 bokstav b og 3-2 tredje ledd.

Fylkeskommunen kan først skrive ut endelig tillatelsesdokument når forvaltningen har avgjort eventuelle klager etter auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 7 andre ledd. For å få skrevet ut tillatelsesdokumentet må selskapet dessuten være registrert med organisasjonsnummer i Brønnøysundregistrene, jf. auksjonsforskriften § 10 tredje ledd. Retten til drift foreligger først når akvakulturstillatelsen er registrert i akvakulturregistret, jf. forutsetningsvis akvakulturloven § 4 andre ledd og laksetildelingsforskriften §§ 2-1 første ledd og 3-2 tredje ledd. Disse reglene kunne med fordel fremgått tydeligere også av laksetildelingsforskriften, som ellers legger føringene for søknadsbehandlingen.

Etter at søkerne har fått tildelt akvakulturstillatelsen, gir den søkerne både rettigheter og plikter, og tillatelsen er underlagt de til enhver tid gjeldende lover og regler, jf. akvakulturloven § 9 første ledd første og andre punktum. Auksjonsforskriften fremhever i forlengelsen av dette at vederlaget betalt på auksjonen ikke blir tilbakebetalt som følge av endringer i rammebetingelser som påvirker lønnsomheten, jf. auksjonsforskriften § 9 andre ledd. Det samme er fremhevet i laksetildelingsforskriften § 3-4 andre ledd tredje punktum. Senere inndragning eller reduksjon av produksjonskapasiteten med hjemmel i akvakulturloven § 9 eller andre lovbestemte forhold, inkludert reduksjon i kapasitet med hjemmel i produksjonsområdeforskriften, gir heller ingen rett til tilbakebetaling av vederlaget, jf. auksjonsforskriften § 9 andre ledd og laksetildelingsforskriften § 3-4 andre ledd andre punktum.<sup>252</sup>

<sup>250</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 20.

<sup>251</sup> Se også avhandlingens kapittel 3.2.

<sup>252</sup> Om omgjøring av akvakulturstillatelser, se Hamre (2022).

## 4.8 Avsluttende bestemmelser

### 4.8.1 Reglene om utestengelse med videre ved brudd på auksjonsregelverket

Ethvert brudd på auksjonsregelverket, inkludert forskriftens regler, de vedlagte auksjonsreglene og konkurransereguleringen – inklusive konkurranseloven § 10 –, medfører at auksjonarius utestenger budgiveren fra auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 19 første ledd. Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 10 gjelder også for auksjonen i kraft av seg selv, men forskriften gir flere sanksjonsmuligheter for den samme overtredelsen.<sup>253</sup>

Brudd på forbudet mot konkurransebegrensende adferd omfatter alle typer samarbeid eller samordnet opptreden mellom budgiverne, som fører til eller er ment å føre til en begrenset konkurransesituasjon. Det inkluderer blant annet utveksling av konkurransesensitiv og strategisk informasjon, offentlige kunngjøring om budgiverens registrering eller deres deltakelse i auksjonen og informasjon om budgiverens budgivningsstrategier, jf. auksjonsreglene art. 19 første ledd første og andre punktum.<sup>254</sup>

Auksjonsforskriften § 19 omfatter etter ordlyden også ethvert annet brudd på reglene i både auksjonsforskriften og auksjonsreglene. Et eksempel er mislighold av betalingsplikten i auksjonsforskriften § 17. Ved for sen betaling etter bestemmelsen kan departementet allerede med hjemmel i § 17 utløse bankgarantien og kreve erstatning for tap misligholdet har påført forvaltningen. Betalingsmisligholdet er i tillegg et brudd på auksjonsforskriftens regler etter auksjonsforskriften § 19. Et annet eksempel er brudd på fristen for å fusjonere produksjonskapasiteten fra selskapstillatelse på mindre enn 100 tonn produksjonskapasitet, jf. auksjonsforskriften § 8 fjerde ledd.

Ved siden av at auksjonsdeltakerne blir utestengt fra auksjonen, mister de muligheten til å vinne produksjonskapasiteten de har lagt inn bud på, jf. auksjonsforskriften § 19 andre ledd andre punktum. Utestengte budgivere er like fullt forpliktet til å betale for produksjonskapasiteten de ville ha vunnet hvis ikke det var for regelbruddet, jf. auksjonsforskriften § 19 andre ledd første punktum. Der som regelbruddene først blir oppdaget etter auksjonen, kan Fiskeridirektoratet på samme måte trekke tilbake allerede tildelte selskaps- og akvakulturtillatelse, jf. auksjonsforskriften § 19 tredje ledd første punktum og auksjonsreglene art. 19 andre ledd første punktum. Det skjer heller ikke i disse tilfellene noen refusjon av vederlagene, jf. auksjonsforskriften §§ 19 tredje ledd andre punktum og motsetningsvis 20 andre punktum.<sup>255</sup>

Ordnningen med at betalingsforpliktelsene består, og at det ikke skjer noen refusjon av vederlaget når budgiverne ikke får beholde produksjonskapasiteten eller tillatelsene, virker ikke å være utbredt på andre områder.<sup>256</sup> Auksjonsforskriften § 19 er videreført fra auksjonsforskriften fra 2018 og 2020, men bakgrunnen for sanksjonen er ikke kommentert i høringsnotatet til noen av forskriftene. Den er omtalt i høringsnotatet til auksjonsforskriften fra 2018, men der er det bare vist

<sup>253</sup> Ellers kan ikke forvaltningen gi annen lov anvendelse gjennom forskrift, det må i så fall skje gjennom for eksempel akvakulturloven.

<sup>254</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 14.

<sup>255</sup> For brudd på fristen til å fusjonere tildelt produksjonskapasitet på under 100 tonn, er dette i tillegg fremhevet i auksjonsforskriften § 8 fjerde ledd, jf. også Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 14.

<sup>256</sup> Forskrift 10. oktober 2008 nr. 1132 om fordeling av tollkvoter for landbruksvarer gir for eksempel ingen tilsvarende sanksjonsmulighet.

til at Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har brukt en tilsvarende bestemmelse i auksjonsregelverket for 1800 mhz-auksjonen.<sup>257</sup>

Bestemmelsen har selvfølgelig en preventiv funksjon, men den er også av pønål karakter. Den ilegger en reaksjon på en allerede inntruffet regelovertrødelse – den er bakoverrettet i tid. På den måten skiller den seg fra en del reaksjoner som bare skal forhindre og bringe forhold til opphør, slik som tvangsmulkt – fremoverrettede og i hovedsak preventive sanksjoner.<sup>258</sup> Bestemmelsen er et inngrep i borgernes rettssfære, og krever i alle tilfeller hjemmel i lov etter Grunnloven § 113.

Hjemmelen må i tilfellet ligge i akvakulturloven § 30 om overtredelsesgebyr. Det følger av akvakulturloven § 30 første ledd at foretak kan ilegges «overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som har handlet på foretakets vegne overtrer bestemmelser gitt i eller i medhold av loven». I andre ledd er det listet opp momenter forvaltningen skal legge vekt på i vurderingen av om det skal ilegges overtredelsesgebyr, og i utmålingen av gebyret.

Ordlyden er vid nok til å omfatte også tilfeller som auksjonsforskriften § 19, selv om sanksjonen ikke virker å være av den typen overtredelsesgebyr lovgiver i utgangspunktet så for seg under akvakulturloven § 30. Det forhold at forvaltningen med hjemmel i akvakulturloven § 30 sjuende ledd har vedtatt forskrift 20. desember 2013 nr. 1675 om reaksjoner, sanksjoner med mer ved overtredelse av akvakulturloven, gir ikke grunnlag for å tolke lovens ordlyd innskrenkende.

Forvaltningen har i forskriften § 7 listet opp regelbrudd forvaltningen kan ilegge overtredelsesgebyr for, men forskriften gir neppe en uttømmende liste. Det forutsetter i så fall også at akvakulturloven § 30 sjuende ledd er en derogasjonshjemmel – en hjemmel for forvaltningen til å gjøre unntak fra loven.<sup>259</sup> Verken ordlyden i akvakulturloven § 30 eller forarbeidene kan tas til inntekt for det. Akvakulturloven § 30 sjuende ledd gir bare hjemmel for å bestemme et øvre tak for overtredelsesgebyret og nærmere regler for utmålingen. Akvakulturloven § 30 fjerde ledd er følgelig ingen derogasjonshjemmel, det krever sterkere holdepunkter i rettskillematerialet.<sup>260</sup>

Det betyr at akvakulturloven § 30 gir tilstrekkelig hjemmel for sanksjonsmuligheten auksjonsforskriften § 19 åpner for, i hvert fall i den utstrekning det er et foretak som har brutt auksjonsreglene; auksjonsforskriften stenger ikke for at private personer kan delta. Det er i forlengelsen av dette verdt å peke på at denne typen forvaltningssanksjoner ofte regnes som straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).<sup>261</sup>

Hvorvidt noe er straff etter konvensjonen, vurderer Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) med utgangspunkt i de såkalte «Engel-kriteriene» fra Engel mfl. mot Nederland avsnitt 82.<sup>262</sup> I vurderingen la domstolen vekt på (1) den nasjonale klassifiseringen av sanksjonen, (2) lovbruddets karakter og (3) sanksjonens karakter og straffen den innebærer.<sup>263</sup> Kriteriene er alternative, slik at det er tilstrekkelig at sanksjonen anses som straff i relasjon til ett av dem.<sup>264</sup> De kan likevel også samlet tilsi at sanksjonen er straff etter EMK, selv om den ikke er det etter de enkelte kriteriene alene.<sup>265</sup>

<sup>257</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 15.

<sup>258</sup> Se generelt i Skoghøy (2014) s. 298.

<sup>259</sup> Sund og Vegheim (2022) § 30 note 5.

<sup>260</sup> Sund og Vegheim (2022) § 30 note 5. Se generelt også Eckhoff og Smith (2022) s. 387.

<sup>261</sup> Skoghøy (2014) s. 299. EMK gjelder som norsk lov, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2.

<sup>262</sup> Se også eksempelvis Öztürk mot Tyskland avsnitt 50.

<sup>263</sup> Skoghøy (2014) s. 302.

<sup>264</sup> Skoghøy (2014) s. 302.

<sup>265</sup> Skoghøy (2014) s. 302.

Den nasjonale klassifiseringen av sanksjonen er antakelig ikke straff, og lovbruddets karakter varierer med hvilke regler i forskriften eller auksjonsreglene som er overtrådt. Sanksjonen har derimot et tydelig pønalt innslag, og «gebyrene» kan bli store. Sanksjonen må i lys av det siste anses som straff etter «Engel-kriteriene». I tillegg til at det etter EMK art. 7 er krav om hjemmel i lov for å ilegge straff,<sup>266</sup> må forvaltningen sikre minimumskravene som tilkommer regelovertrederne etter EMK art. 6, jf. også avgjørelsen i Rt. 2014 s. 620 avsnitt 47.

Bestemmelsen er antakelig likevel ikke straff etter Grunnloven § 96.<sup>267</sup> Hvorvidt en regel er straff i relasjon til Grunnloven, beror på en vurdering av blant annet «bestemmelsens formål og de rettssikkerhetsgarantier som gjelder utenfor grunnlovsbestemmelsens virkeområde», jf. Rt. 2014 s. 620 avsnitt 48. Bestemmelsen har en pønalt side, men det er ikke alene nok til å bringe den inn under straffebegrepet i Grunnloven § 96, jf. Rt. 2014 s. 620 avsnitt 53. Akvakulturloven § 30 bestemmer dessuten at retten ved overprøving av vedtaket skal prøve alle sider av saken. Det ligger derfor allerede viktige rettssikkerhetsgarantier i bunn. Når bestemmelsen ikke er straff etter Grunnloven § 96, er det ikke nødvendig at domstolene ilegger sanksjonen i første instans, jf. også Rt. 2014 s. 620 avsnitt 47.

Ellers følger det av auksjonsreglene at staten i tillegg kan ta ut sivilt søksmål mot budgiverne med krav om erstatning for eventuelle økonomiske tap staten har lidt som følge av budgivernes brudd på auksjonsregelverket, jf. auksjonsreglene art. 19 andre ledd andre punktum. Det forutsetter selvfølgelig at også de øvrige vilkårene for erstatning er oppfylt, og det er strengt tatt ikke nødvendig å fastsette dette i regelverket. Det følger allerede av andre rettsregler.

#### 4.8.2 Reglene om klage og omgjøring

Tilsagn om produksjonskapasitet og vedtak om tildelt tillatelse kan også trekkes tilbake som følge av andre grunner enn brudd på auksjonsregelverket. Dersom departementet omgjør vedtaket som følge av andre forhold enn brudd på auksjonsforskriften § 19, har budgiver rett på tilbakebetaling av vederlaget betalt på auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 20 første punktum. Grunnlaget for slik omgjøring kan for eksempel være som følge av klager på vedtaket, jf. auksjonsforskriften § 20 første punktum.

Retten på tilbakebetaling av vederlaget gjelder likevel bare «omgjøringsvedtak gjort etter denne forskriften», jf. auksjonsforskriften § 20 andre punktum. Det er ikke helt tydelig hva bestemmelsen mener med «omgjøringsvedtak gjort etter denne forskriften». Auksjonsforskriften gir ikke selv hjemmel for omgjøring til skade, slik at hjemmelen for omgjøring er nødt til å bygge på akvakulturloven § 9 eller forvaltningsloven § 35. Det bestemmes antakelig forsøker å gi uttrykk for at vederlaget bare betales tilbake dersom det som omgjøres er vedtaket med tilsagn om produksjonskapasitet vunnet på auksjonen. Hvorvidt budgiverne har krav på tilbakebetaling av vederlaget ved omgjøring av andre vedtak, regulerer ikke forskriften.

Budgiverne kan gå til søksmål mot staten med krav om erstatning eller at forvaltningsvedtak gitt med hjemmel i auksjonsforskriften er ugyldig, jf. auksjonsforskriften § 21 første punktum. Fristen for å ta ut søksmål er seks måneder etter at meldingen med informasjon om søksmålsfristen kom fram til «vedkommende part», jf. auksjonsforskriften § 21 første punktum. Dersom en budgiver oversitter søksmålsfristen, gjelder like fullt reglene om oppfriskning i tvisteloven §§ 16-12 til 16-14, jf. auksjonsforskriften § 21 andre punktum.

<sup>266</sup> Skoghøy (2014) s. 308–309.

<sup>267</sup> Se generelt om straffebegrepet i Grunnloven § 96 i avgjørelsen inntatt i Rt. 2014 s. 620.



## 5 Er det behov for å vedta de detaljerte auksjonsreglene i forskrift?

### 5.1 Nærings- og fiskeridepartementets egen vurdering av spørsmålet

Nærings- og fiskeridepartementet tok i høringsnotatet til auksjonsforskriften til orde for at det ikke var behov for å fastsette auksjonsregelverket i sin helhet i forskrift. Innledningsvis pekte departementet på at forvaltningen har vedtatt auksjonsregler på andre områder tidligere, og at det varierer om forvaltningen har vedtatt disse i forskrifts form.<sup>268</sup> Nærings- og fiskeridepartementet viste i høringsnotatet til auksjonsforskriften først til Landbruks- og matdepartementets auksjoner for fordeling av tollkvoter:

«Landbruks- og matdepartementet fordeler tollkvoter gjennom auksjon, der de overordnede reglene for auksjonene følger av forskrift 10. oktober 2008 nr. 1132 om fordeling av tollkvoter for landbruksvarer. Landbruksdirektoratet fastsetter imidlertid mer detaljerte regler for auksjonen utenfor forskriften, slik som minimums- og maksimumsandel av tollkvoten som en budgiver kan legge inn bud på (hjemlet i forskriften § 14) og tidsintervallet som auksjonen forlenges med hver gang det legges inn bud (hjemlet i forskriften § 19).»<sup>269</sup>

Deretter viste departementet til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets auksjoner av frekvensrettigheter, og uttalte følgende:

«Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) har avholdt en rekke auksjoner. Ekomloven § 6-4 andre ledd bestemmer at "Ved utlysning av et begrenset antall tillatelser skal utvelgelseskriteriene være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmessige." Det detaljerte auksjonsregelverket fastsettes av Nkom, men ikke i forskrifts form.»<sup>270</sup>

Det fremgår ikke av dette hvilke vurderinger Landbruks- og matdepartementet eller Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har gjort av behovet for å fastsette egne regelverk i forskrift. Nærings- og fiskeridepartementet bestemte seg uansett på bakgrunn av dette for å regulere de overordnede rammene for auksjonen i forskrift, og de mer detaljerte reglene i et utfyllende auksjonsregelverk uten forskrifts form.<sup>271</sup> Departementet understreket at det underveis i høringsnotatet til forskriften skulle gjøre nærmere rede for hvilke bestemmelser det var aktuelt å fastsette i de ulike regelsettene,<sup>272</sup> men disse kommentarene ser bare ut til å bygge på enkeltreglens detaljnivå. Ved siden av henvisningen til at det er snakk om detaljerte regler for gjennomføringen av auksjonen, bygger beslutningen om å fastsette detaljreglene for auksjonen utenfor forskriften tilsynelatende på følgende begrunnelse: Andre har gjort det på tilsvarende måte tidligere.

<sup>268</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 3, Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 19 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.1.

<sup>269</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 3 og Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 19.

<sup>270</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 3 og Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 19.

<sup>271</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 3, Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 19 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.1.

<sup>272</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 3, Nærings- og fiskeridepartementet (2020) s. 19 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.1.

Det er opp til det enkelte forvaltningsorgan selv å vurdere om forskriftsformen er nødvendig. Det er i tillegg tvilsomt om blant annet Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har gjort riktig i å vedta hele auksjonsregelverket utenfor forskrift. I alle tilfeller avhenger ikke nødvendigheten av forskriftsformen av hva andre har gjort tidligere, men av en rettslig vurdering etter bestemte lovregler.

## 5.2 Når er et sett med generelle regler forskrift?

Det er forvaltningslovens regler som bestemmer hva som er forskrift.<sup>273</sup> Det avgjørende er om de aktuelle reglene innholdsmessig faller inn under legaldefinisjonen av «forskrift» i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>274</sup> Dersom det er tilfellet, er reglene forskrift, og det gjelder uavhengig av om forvaltningen har betegnet reglene på annen måte, slik som retningslinjer, vedtekter, instruksjoner eller regler.<sup>275</sup>

Strengt tatt knytter vilkårene i forskriftsdefinisjonen seg til vedtaket som gir opphav til reglene (en «avgjørelse»), ikke til reglene i seg selv.<sup>276</sup> Det er derfor regelvedtakene som i så fall er forskrifter.<sup>277</sup> Riktignok bruker heller ikke forvaltningsloven uttrykket «forskrift» bare i den betydningen. I forvaltningsloven § 40 er for eksempel uttrykket «forskrift» brukt i betydningen «regel».<sup>278</sup> Vurderingen av om et vedtak er forskrift, må uansett skje med utgangspunkt i reglene som avgjørelsene har resultert i. I det følgende bruker jeg, i tråd med vanlig språkbruk, uttrykket forskrift både om regelvedtaket og den typen regler som forskriftsvedtak gir opphav til.<sup>279</sup>

For at det skal foreligge en forskrift, må seks vilkår være oppfylt.<sup>280</sup> Det må 1) være en «avgjørelse» som 2) «treffes under utøving av offentlig myndighet», og som 3) er «bestemmende» 4) «for rettigheter eller plikter» 5) til «et ubestemt antall eller en ubestemt krets» av 6) «private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>281</sup> Utenfor forskriftsbegrepet faller generelle regler vedtatt av andre enn forvaltningen, til tross for at vilkårene ovenfor er oppfylt. Når forvaltningsloven for eksempel ikke får anvendelse for Stortinget og dets organers virksomhet, må det også innebære at generelle regler disse fastsetter faller utenfor forvaltningslovens forskriftsbegrep, jf. forvaltningsloven §§ 1 og 4 fjerde ledd.<sup>282</sup>

Forskriftsdefinisjonens vilkår er generelle i utformingen, og gir ingen skarp avgrensning.<sup>283</sup> Det kan derfor være vanskelig å skille mellom generelle bestemmelser fra forvaltningen som har forskrifts karakter – de som oppfylder vilkårene i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a – og andre generelle bestemmelser.<sup>284</sup> Lovgivers forutsetninger ved utarbeidelsen av loven kan gi veiledning i avgjørelsen av forskjellige grensetilfeller.<sup>285</sup> For å avgrense forskriftsbe-

<sup>273</sup> Kunnskapsdepartementet (2015). Den overordnede strukturen i avhandlingens kapittel 5.2 til 5.6 er inspirert av Lovavdelingen (2006).

<sup>274</sup> Lovavdelingen (2006).

<sup>275</sup> Kunnskapsdepartementet (2015).

<sup>276</sup> NOU 1992: 32 s. 25 og Eckhoff og Smith (2022) s. 337.

<sup>277</sup> Frihagen (1986) s. 836.

<sup>278</sup> Frihagen (1986) s. 828 og Eckhoff og Smith (2022) s. 337.

<sup>279</sup> Slik også NOU 1992: 32 s. 25 og Eckhoff og Smith (2022) s. 337.

<sup>280</sup> Lovavdelingen (2006) og Kunnskapsdepartementet (2015).

<sup>281</sup> Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og Kunnskapsdepartementet (2015).

<sup>282</sup> NOU 1992: 32 s. 25.

<sup>283</sup> Frihagen (1986) s. 836.

<sup>284</sup> Lovavdelingen (2006).

<sup>285</sup> Frihagen (1986) s. 836.

grepet, foretok forvaltningskomiteen i sin tid en tredeling av forvaltningens generelle avgjørelser:<sup>286</sup>

«Forvaltningens generelle vedtak kan etter sitt innhold deles i 3 hovedgrupper:

- a) Bestemmelser som forvaltningsmyndighetene treffer i henhold til bemyndigelse gitt i lov, og som er bindende for alle;
- b) Tjenesteforskrifter om tjenestens organisasjon og saksbehandling;
- c) Retningslinjer for administrasjonens praksis ved gjennomføringen av de enkelte forvaltningslover.»<sup>287</sup>

Forvaltningskomiteen konkluderte med at forskriftsbegrepet bare skulle omfatte den første gruppen generelle bestemmelser.<sup>288</sup> Bestemmelser med karakter av instruks, retningslinjer, veiledninger og liknende, skulle falle utenfor forskriftsbegrepet. Både Justis- og politidepartementet og justiskomiteen bygde videre på dette i lovarbeidet.<sup>289</sup> Det er likevel ikke grunnlag for å avgrense forskriftsbegrepet til bestemmelser gitt med hjemmel i lov, slik forvaltningskomiteen tok til orde for.<sup>290</sup> Også bestemmelser gitt med hjemmel i andre kompetansegrunnlag, slik som regler med hjemmel i bevilgningsvedtak, kan etter sitt innhold være forskrifter.<sup>291</sup>

Ellers er dagens lovtekst langt på vei uttrykk for lovmotivenes avgrensninger.<sup>292</sup> Forvaltningskomiteens avgrensning av forskriftsbegrepet mot andre generelle bestemmelser, er derfor fortsatt et viktig tolkningsbidrag i forståelsen av vilkårene i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>293</sup> Det er likevel vanskelig å komme utenom at forarbeidene ikke nødvendigvis gir tilstrekkelig veiledning i alle tvilstilfeller,<sup>294</sup> slik at vurderingen av grensetilfellene gjerne også må bygge på en vurdering av om reelle hensyn tilsier at saksbehandlingsreglene for forskrifter i forvaltningsloven bør få anvendelse.<sup>295</sup>

Det første vilkåret i legaldefinisjonen av forskrift, om at det må være en «avgjørelse», innebærer etter ordlyden at forvaltningen må ha tatt et standpunkt til noe. Utenfor faller dermed forvaltningens faktiske handlinger, uforpliktende uttalelser og forskjellige former for rådgivning og veiledning.<sup>296</sup>

Det andre vilkåret, at avgjørelsen må «treffes under utøving av offentlig myndighet», innebærer at avgjørelsen må bygge på et kompetansegrunnlag som gir forvaltningen kompetanse til å bestemme over andre enn seg selv – heteronom kompetanse.<sup>297</sup> I kjernen av ordlyden ligger forvaltningsavgjørelser som pålegger private personer plikter i form av påbud, forbud, tillatelser eller fritak, jf. også HR-2021-2510-A avsnitt 67.<sup>298</sup> Utenfor ordlyden faller avgjørelser forvaltningen treffer i kraft av privatautonomien, slik som mange kjøps- og leieavtaler, og avgjø-

<sup>286</sup> Lovavdelingen (2006).

<sup>287</sup> NUT 1958: 3 s. 311.

<sup>288</sup> NUT 1958: 3 s. 311 og Lovavdelingen (2006).

<sup>289</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 33 og Innst. O. nr. 2 (1966–1967) s. 5, jf. også Lovavdelingen (2006).

<sup>290</sup> Se også NOU 1992: 32 s. 26, Lovavdelingen (2006) og Eckhoff og Smith (2022) s. 338.

<sup>291</sup> NOU 1992: 32 s. 26.

<sup>292</sup> Se også Lovavdelingen (2006).

<sup>293</sup> Frihagen (1986) s. 839 og Lovavdelingen (2006).

<sup>294</sup> Frihagen (1986) s. 840 og Lovavdelingen (2006).

<sup>295</sup> Frihagen (1986) s. 840–841, Lovavdelingen (2002) og Lovavdelingen (2006).

<sup>296</sup> Woxholt (2011) s. 63 og NOU 2019: 5 s. 305.

<sup>297</sup> NOU 2019: 5 s. 305 og Stub (2021) § 2 note 2.

<sup>298</sup> NOU 2019: 5 s. 305 og Stub (2021) § 2 note 3.

relser som bygger på statens eierrådighet.<sup>299</sup> Slike avgjørelser kan forvaltningen treffe på lik linje med enhver privatperson, jf. HR-2021-2510-A avsnitt 68.<sup>300</sup>

Det tredje vilkåret, om at avgjørelsen må være «bestemmende» for private personers rettigheter eller plikter, innebærer at avgjørelsen må være normerende;<sup>301</sup> den må være rettslig bindende for dem reglene angår.<sup>302</sup> Det omfatter fremfor alt nye rettslige grunnlag som stifter, opphever eller begrenser privates rettigheter eller plikter.<sup>303</sup> Utenfor ordlyden faller derimot avgjørelser som ikke i seg selv etablerer nye rettslige grunnlag, men som bare påpeker eller henviser til det som allerede følger av andre bestemmelser i lov eller forskrift.<sup>304</sup> Vilkåret innebærer i utgangspunktet også en avgrensning mot prosessledende avgjørelser,<sup>305</sup> uforpliktende uttalelser, orienterende informasjon og bestemmelser av rent veiledende karakter.<sup>306</sup>

Det fjerde vilkåret krever at avgjørelsen er bestemmende for private personers «rettigheter eller plikter». Med «plikter» sikter loven spesielt til plikter i form av forbud og påbud.<sup>307</sup> Ordlyden «rettigheter» er ikke veldig romslig. Det er ikke alt lovverket gir rett til som det er naturlig å betegne som en rettighet.<sup>308</sup> Forarbeidene gir likevel grunnlag for å tolke lovens ordlyd romsligere, og den omfatter for eksempel ytelse borgerne ikke har rettskrav på.<sup>309</sup> Justis- og politidepartementet tok i lovforslaget til orde for å bruke uttrykket «rettsstilling»,<sup>310</sup> som etter vanlig språkbruk rommer mer enn uttrykket «rettigheter eller plikter». Justiskomiteen mente derimot at formuleringen «rettigheter eller plikter» var enklere å forstå,<sup>311</sup> og det er bakgrunnen for lovtekstens endelige utforming. Justiskomiteen mente likevel ikke å foreta noe mer enn en rent språklig endring av vilkårets utforming. Formuleringen «rettigheter eller plikter» må av den grunn forstås med samme innhold som om det hadde stått «rettsstilling».<sup>312</sup>

Det femte vilkåret om at avgjørelsen må rette seg mot «et ubestemt antall eller en ubestemt krets» av personer, omfatter etter ordlyden fremfor alt avgjørelser som gjelder for en uavgrenset krets av personer.<sup>313</sup> Motpolen er individualiserte avgjørelser, hvor det er enkelt å peke på enkeltindividet eller enkeltindividene som avgjørelsen angår. Vilkåret innebærer derfor en avgrensning mot enkeltvedtakene, som er bestemmende for rettigheter eller plikter til «en eller flere bestemte personer», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Endelig innebærer det sjettede vilkåret at forskriftsbegrepet bare omfatter generelle bestemmelser som har «private personer (enkeltpersoner eller andre rettssubjekter)» som adressater. Ordlyden omfatter strengt tatt bare private personer og andre private rettssubjekter, men formuleringen må forstås i lys av lovteksten ellers. Så langt rettighetene eller pliktene tilkommer det offentlige på samme måte som private, likestiller forvaltningsloven offentlige organer med private rettsu-

<sup>299</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 32, Lovavdelingen (2002), NOU 2019: 5 s. 305 og Stub (2021) § 2 note 3.

<sup>300</sup> Lovavdelingen (2002) og NOU 2019: 5 s. 436–437.

<sup>301</sup> Lovavdelingen (2006) og Lovavdelingen (2007).

<sup>302</sup> Lovavdelingen (2006).

<sup>303</sup> Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007), Woxholt (2011) s. 71, NOU 2019: 5 s. 305, SOM-2021-1271 og SOM-2022-1461.

<sup>304</sup> Lovavdelingen (2006) og Lovavdelingen (2007).

<sup>305</sup> Ot.prp. nr. 3 (1964–1965) s. 32, Woxholt (2011) s. 72, SOM-2021-1271 og SOM-2022-1461.

<sup>306</sup> NOU 1992: 32 s. 28, Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og Woxholt (2011) s. 72.

<sup>307</sup> Woxholt (2011) s. 64.

<sup>308</sup> Stub (2021) § 2 note 6.

<sup>309</sup> Se også Woxholt (2011) s. 64, NOU 2019: 5 s. 305 og Stub (2021) § 2 note 6.

<sup>310</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 54, jf. også Stub (2021) § 2 note 6.

<sup>311</sup> Innst. O. nr. 50 (1976–1977) s. 2–3, jf. også Stub (2021) § 2 note 6.

<sup>312</sup> Woxholt (2011) s. 64 og Stub (2021) § 2 note 6.

<sup>313</sup> Stub (2021) § 2 note 14.

bjekter, jf. forvaltningsloven § 2 fjerde ledd. Avgjørende er derfor ikke avgrensningen av adressatgruppen i seg selv, men den typen rettigheter eller plikter avgjørelsen gjelder.<sup>314</sup> Utenfor ordlyden faller avgjørelser som utelukkende retter seg mot statens tjenestepersoner og offentlige organer,<sup>315</sup> i tråd med forarbeidenes intensjoner.

### 5.3 Kan saksbehandlingsregler være forskrift?

Auksjonsreglene er i all hovedsak saksbehandlingsregler av forskjellige slag, og det er derfor grunn til særskilt å løfte fram spørsmålet om hvor langt saksbehandlingsregler kan være forskrift. Saksbehandlingsregler er prosessuelle regler, og er sjeldent direkte bestemmende for privates materielle rettigheter eller plikter. Det er derfor mulig å argumentere for at regelvedtak som gir opphav til saksbehandlingsregler er rent prosessuelle avgjørelser, og prosessuelle avgjørelser faller som hovedregel utenfor legaldefinisjonen av vedtak i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a.<sup>316</sup>

I hvert fall er prosessledende avgjørelser som hovedregel ikke enkeltvedtak. De er vanligvis ikke «bestemmende» for en eller flere bestemte personers rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a. Behovet for å gi saksbehandlingsreglene om enkeltvedtak anvendelse på slike avgjørelser, er vanligvis ikke til stede.<sup>317</sup> Vilkåret om at avgjørelsen må være «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter er felles for enkeltvedtak og forskrifter, men det utelukker ikke at vilkåret må vurderes litt forskjellig.<sup>318</sup>

Selv om det vanligvis ikke er behov for å anvende saksbehandlingsreglene om enkeltvedtak på prosessuelle avgjørelser som angår en eller flere bestemte personer, kan det være behov for å anvende forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrifter på prosessuelle avgjørelser som angår en ubestemt krets av personer.<sup>319</sup> Det første bygger på sett og vis på en innskrenkende tolkning av ordlyden i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a, en innskrenkende tolkning det ikke nødvendigvis er rom for i forståelsen av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>320</sup> Det er også i forarbeidene til forvaltningsloven pekt på at regler om saksbehandlingen kan være forskrifter.<sup>321</sup> En del generelle bestemmelser som gir private rettssubjekter prosessuelle rettigheter eller plikter kan derfor være forskrift.<sup>322</sup> Frihagen skriver for eksempel at saksbehandlingsregler kan være forskrift «selv om de bare gir prosessuelle rettigheter eller plikter til private, og på den måten bare er indirekte bestemmende for deres materielle rettsstilling».<sup>323</sup>

I vurderingen av om saksbehandlingsregler er forskrifter, er det først grunn til å se på hva som er formålet med bestemmelsene;<sup>324</sup> er formålet at reglene skal være «bestemmende» for privates rettigheter og plikter?<sup>325</sup> Hvis svaret er bekræftende, så

<sup>314</sup> Eckhoff (1978) s. 465, Woxholt (2011) s. 68 og NOU 2019: 5 s. 305.

<sup>315</sup> Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og Woxholt (2011) s. 70.

<sup>316</sup> Se ovenfor i avhandlingens kapittel 5.2.

<sup>317</sup> Noen prosessuelle avgjørelser er riktignok så viktige at de likevel har fått status som enkeltvedtak i loven, jf. forvaltningsloven § 2 tredje ledd.

<sup>318</sup> Eckhoff (1978) s. 548, NOU 1992: 32 s. 26 og Lovavdelingen (2006).

<sup>319</sup> Frihagen (1986) s. 842, NOU 1992: 32 s. 26, Lovavdelingen (2006) og Eckhoff og Smith (2022) s. 338.

<sup>320</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 338.

<sup>321</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 33–34 og Lovavdelingen (2006).

<sup>322</sup> Dette har også støtte i juridisk litteratur, se Eckhoff (1978) s. 548, Frihagen (1986) s. 842 og Eckhoff og Smith (2022) s. 338–340.

<sup>323</sup> Frihagen (1986) s. 842.

<sup>324</sup> Dette har også støtte i forarbeidene til forvaltningsloven, jf. Ot.prp. nr. 38 (1964–1964) s. 33–34. Se også Lovavdelingen (2006) og Tverberg (2013) s. 357.

<sup>325</sup> Lovavdelingen (2006).

er reglene også forskrifter. Uavhengig av formålet er noen saksbehandlingsregler allerede etter sin art av forskrifts innhold, slik som bestemmelser om rett til å klage.<sup>326</sup> I disse tilfellene er det anstrengt å legge avgjørende vekt på formålet med reglene. Dersom det er uklart hva formålet er, og bestemmelsene heller ikke etter sin art er av forskrifts innhold, er rettsanvendelsen nødt til å falle tilbake på en helhetsvurdering av hvem reglene retter seg mot og reglenes innhold.<sup>327</sup> I vurderingen er det også grunn til å legge vekt på hvilke konsekvenser det får, både praktiske og rettsikkerhetsmessige, dersom forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrifter får, eventuelt ikke får, anvendelse på avgjørelsen.<sup>328</sup> I tvilstilfellene er det i tillegg grunn til å legge vekt på om brudd på saksbehandlingsreglene kan gi grunnlag for ugyldighet eller erstatning.<sup>329</sup>

Det må i forlengelsen av dette trekkes en nedre grense mot hvilke saksbehandlingsregler som er forskrift.<sup>330</sup> Frihagen legger for eksempel til grunn at generelle direktiver om saksbehandlingen som «er så løse at de ikke kan sies å gi noen egentlige rettslige direktiver eller bare angår helt praktiske og for partene mer trivielle sider ved behandlingen», faller utenfor forskriftsbegrepet.<sup>331</sup> Lovens vilkår bør ikke anses oppfylt i slike tilfeller; behovet for å anvende forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrifter er vanligvis lite, og det vil i så fall føre til et stort merarbeid og praktiske problemer for forvaltningen.<sup>332</sup>

Frihagen viser for eksempel til at ikke alle detaljreglene for gjennomføringen av eksamen i høyere utdanning nødvendigvis er forskrift, selv om de overordnede reglene for gjennomføringen er det.<sup>333</sup> Tidspunktene for gjennomføringen av hver enkelt eksamen er for eksempel antakelig ikke av forskrifts karakter, her må det være rom for å legge vekt på praktiske hensyn.<sup>334</sup> En del ordensregler er heller ikke forskrift, selvfølgelig under forutsetning av at de ikke begrenser handlefriheten i for stor grad.<sup>335</sup> Regler om at eksamenskandidatene må få følge av en eksamensvakt for å gå på toalettet, eller hvor jakker og sekker skal plasseres i eksamenslokalet, faller åpenbart utenfor det som er forskrift.

## 5.4 Vurderingen av om de detaljerte auksjonsreglene er forskriftsbestemmelser

Det avgjørende for om auksjonsreglene er forskriftsbestemmelser, er følgelig om reglene faller inn under definisjonen av «forskrift» i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a. Auksjonsreglene er «spillereglene» for tildelingen av et begrenset antall offentligrettslige tillatelser, og reglene bygger derfor på «en avgjørelse» som «treffes under utøving av offentlig myndighet», og som gjelder privates «rettigheter eller plikter». Reglene retter seg gjennomgående også mot private. Det er følgelig bare vilkåret om at reglene må være «bestemmende» for rettigheter eller plikter som krever nærmere drøftelse, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Formålet med reglene er antakelig at de, i hvert fall i en viss utstrekning, skal være «bestemmende» for privates rettigheter og plikter. Regelsettet har fått betegnelsen «detaljerte auksjonsregler», og auksjonsdeltakerne er nødt til å akseptere

<sup>326</sup> Lovavdelingen (2006) og Tverberg (2013) s. 357.

<sup>327</sup> Frihagen (1986) s. 843, Lovavdelingen (2006) og Tverberg (2013) s. 357–358.

<sup>328</sup> Frihagen (1986) s. 843, NOU 1992: 32 s. 26 og Lovavdelingen (2006).

<sup>329</sup> Frihagen (1986) s. 843–844.

<sup>330</sup> Frihagen (1986) s. 841, 843 og 848, Lovavdelingen (2002) og Lovavdelingen (2006).

<sup>331</sup> Frihagen (1986) s. 843. Dette har også fått tilslutning av Lovavdelingen (2006).

<sup>332</sup> Frihagen (1986) s. 841, 843 og 848.

<sup>333</sup> Frihagen (1986) s. 841 og 848.

<sup>334</sup> Frihagen (1986) s. 841.

<sup>335</sup> Frihagen (1986) s. 57.

reglene for deltakelse på auksjonen, jf. auksjonsforskriften § 18 andre ledd. Det er likevel ikke opplagt bare ut ifra dette at reglene har til formål å være «bestemende» for privates rettigheter og plikter i forvaltningslovens forstand, men det er et moment i den retning. Det er i dette tilfellet antakelig ikke grunnlag for å konkludere på bakgrunn av et formålskriterium alene. Nå er bestemmelsene heller ikke av den typen som etter sin art er av forskrifts karakter, slik som flere av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven.

Det er derfor nødvendig å foreta en helhetlig vurdering av om reglene er av forskrifts karakter. Regelsettet kan selvfølgelig inneholde bestemmelser som er forskrift og andre generelle regler, og den enkelte regel kan inneholde både elementer av forskrift og elementer av annen karakter. Det er derfor nødvendig med en vurdering av hver enkelt regel i regelsettet. Samtidig kan det være at bestemmelser som isolert sett faller utenfor det som er forskrift, samlet sett påvirker privates rettigheter og plikter på en slik måte at de likevel må anses som bestemende for deres rettigheter og plikter, og motsatt.<sup>336</sup>

### **Auksjonsreglene art. 1:**

«Art.1. Formål

Disse detaljerte auksjonsreglene er et supplement til forskrift 22.07 2022 om tildeling av ny kapasitet til tillatelser til akvakultur med matfisk av laks, ørret og regnbueørret i 2022 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2022).»

Auksjonsreglene art. 1 bestemmer at auksjonsreglene supplerer auksjonsforskriften. Den er bare av rent informativ karakter, og har ingenting å si for rettsstillingen til de som ønsker å delta på auksjonen eller for auksjonens deltakere. Bestemmelsen er ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 2:**

«Art.2. Organisering av auksjonen

Auksjonen gjennomføres av et auksjonsteam utnevnt av Nærings- og fiskeridepartementet (auksjonarius).

Auksjonen vil avholdes på en sikker nettbasert budgivningsplattform, som budgiverne vil få tilgang til fra sine egne lokaler og ved bruk av egen datamaskin og programvare. Auksjonssystemet vil bli tilgjengelig gjennom en standard nettleter, gitt at budgiver er registrert og har motatt påloggingsinformasjon, samt satt opp to-faktor autentisering.

Auksjonarius distribuerer relevant påloggingsinformasjon og brukermanual for budgivningsplattformen til kvalifiserte budgivere. Forut for auksjonen, vil kvalifiserte budgivere bli gitt mulighet til å delta i en testauksjon for å sikre at budgiverne har korrekt påloggingsinformasjon og egnet programvare for å delta i auksjonen.»

Auksjonsreglene art. 2 handler om rent praktiske sider ved auksjonen og organiseringen av denne. Alle tre leddene i bestemmelsen handler om praktiske og mindre viktige opplysninger for de som ønsker å delta på auksjonen. Verken informasjon om hvem som er ansvarlig for gjennomføringen av auksjonen, hvilke datasystemer som brukes eller informasjon om distribuering av påloggingsinformasjonen er «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 3:**

---

<sup>336</sup> Se Lovavdelingen (2006).

«Art.3. Auksjonens oppstartstidspunkt

Auksjonens oppstartstidspunkt fastsettes på et senere tidspunkt.»

Auksjonsreglene art. 3 om at auksjonens oppstartstidspunkt fastsettes på et senere tidspunkt, er ikke stort informativ, men likevel av rent informativ karakter. Bestemmelsen er følgelig ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

**Auksjonsreglene art. 4:**

«Art.4. Budrundenes varighet

Det forventes at den første budrunden vil vare i omtrent en time, og at påfølgende runder vil vare mellom 10 og 30 minutter. Auksjonarius kan velge å redusere eller forlenge rundenes varighet etter behov. En runde skal uansett ikke være kortere enn fem minutter.

Rundestart er klokken 09:00 og avslutning er klokken 16:00 på hverdager. Det blir auksjonspause/lunsj rundt kl.12:00. Auksjonarius annonserer varighet og rundepreis for den neste budrunden senest fem minutter før budrunden starter.

Auksjonarius lager i forkant av hver auksjonsdag en tidstabell over når hver budrunde forventes å starte. Denne kan endres dersom auksjonarius anser det for å være hensiktsmessig.

Under ekstraordinære omstendigheter kan auksjonarius:

- endre tidspunkt for en budrunde dersom den ikke har startet,
- utsette sluttidspunkt for en pågående budrunde, eller
- kansellere en eller flere budrunder.

Auksjonarius avgjør om det foreligger slike ekstraordinære omstendigheter.»

Auksjonsreglene art. 4 gir regler om budrundenes oppstart, varighet og avslutning, og regler om endringer i de forannevnte som følge av ekstraordinære omstendigheter. Flere elementer i bestemmelsen er grensetilfeller mellom hva som er «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter. I kapittel 5.3 ble det for eksempel pekt på at tidspunktene for gjennomføring av eksamen i høyere utdanning ikke nødvendigvis er forskrift. Begrunnelsen var blant annet praktiske hensyn og at behovet for å anvende forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrift normalt ikke er stort i slike tilfeller.

Synspunktet har likevel begrenset rekkevidde. Det må i alle tilfeller nyanseres ut ifra hva slags offentlig myndighetsutøvelse det er snakk om. Myndighetsutøvelsen gjelder i dette tilfellet tildelingen av verdifulle og begrensede goder, og hvor tildelingene skjer med faste tildelingsintervaller. Næringsaktørene legger ned ressurser i forberedelsene for å søke om deltakelse på auksjonene, og da må de samtidig få det fulle bildet av reglene for tildelingen. Regler om auksjonsdagens og -rundenes varighet er av betydning for om budgiverne i det hele tatt får til å delta på auksjonen, og for når de må ha ansatte klare i forbindelse med auksjonen. Det har i den sammenheng liten betydning at reglene i første rekke angår de som består prekvalifiseringen og deltar på auksjonen, reglene er også av betydning for de som i det hele tatt har interesse av å søke om deltakelse. Det gir heller ingen store praktiske problemer for forvaltningen å fastsette disse reglene i forskrift.

Bestemmelsens første til tredje ledd bestemmer klokkeslettene for auksjonsdagene og tidsintervallene for når budgiverne må gi sine bud i klokkeauksjonen. Basert på argumentasjonen ovenfor bør forvaltningslovens saksbehandlingsregler få anvendelse på regler som dette. Det gjelder også fjerde ledd om at auksjonarius lager tidstabeller med forventet oppstart av budrundene, og som auksjonarius kan



endre ved behov. Det har i den sammenheng også betydning at reglene inngår som en del av et omfattende sett med «spilleregler for auksjonen». De enkeltelementene som ellers er grensetilfeller, kan derfor være forskrift når de vurderes samlet. Auksjonsreglene art. 4 første og andre ledd er derfor «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 4 fjerde og femte ledd følger allerede av auksjonsforskriften § 15 om uforutsette hendelser mv. Bestemmelsen utgjør ikke noe nytt rettslig grunnlag for dette, det fremgår allerede av auksjonsforskriften med samme presisjonsnivå.<sup>337</sup> Dermed er denne delen av bestemmelsen ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 5:**

#### «Art.5. Rundepriser

Rundeprisen i hvert produksjonsområde i den første runden vil være minsteprisen pr tonn og fastsettes av Nærings- og fiskeridepartementet.

For påfølgende runder vil rundeprisen for produksjonsområder hvor det var overskuddsetterspørsel i forrige runde, som definert i Art.11, økes, mens rundeprisen i andre produksjonsområder vil forbli slik de var.

Auksjonarius bestemmer prisøkningen i de produksjonsområdene som krever en økning i rundeprisen. Prisøkningen vil som hovedregel være 5 pst. av startprisen i produksjonsområdet.»

Bestemmelsens første ledd gir regler om fastsettelsen av en minstepris for produksjonskapasiteten. En minstepris angir hvor mye auksjonsdeltakerne minimum er nødt til å betale, og den kan påvirke hvor mye den enkelte budgiver til slutt er nødt til å betale for produksjonskapasiteten. Den kan også påvirke muligheten til i det hele tatt å ta del i konkurransen. Når første ledd likevel ikke er «bestemmende» for deltakernes rettigheter eller plikter, er det fordi den ikke etablerer noe nytt rettslig grunnlag for dette, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a. Regler om fastsettelsen av minstepris følger allerede med samme presisjonsnivå av auksjonsforskriften § 5 andre ledd andre punktum.<sup>338</sup>

Bestemmelsen i andre ledd er todelt. Både regelen om når rundeprisen øker og når rundeprisen forblir den samme, påvirker hvor mye budgiverne til slutt er nødt til å betale for produksjonskapasiteten og for muligheten til å nå opp i konkurransen. Regelen om at rundeprisen øker ved overskuddsetterspørsel følger derimot allerede av auksjonsforskriften § 5 andre ledd fjerde punktum, og er derfor ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a. Regelen om at rundeprisen forblir uendret i produksjonsområder uten overskuddsetterspørsel følger derimot ikke med samme presisjonsnivå av auksjonsforskriften, og er slik sett «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>339</sup> Etter dette er første alternativ i andre ledd ikke av forskrifts karakter, mens andre alternativ hører hjemme i forskrift.

Regelen i tredje ledd er et grensetilfelle. Den kan kanskje ses som en presisering av regelen som allerede ligger i auksjonsforskriften § 5 andre ledd om at rundeprisen blir satt opp. Samtidig er regelen om at prisen skal økes med fem prosent fra startprisen såpass konkret, at den langt på vei står på egne ben. Den påvirker nokså konkret hvor mye budgiverne til slutt blir nødt til å betale, og det er ingen store praktiske problemer med å vedta denne bestemmelsen i forskrift.

<sup>337</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og avhandlingens kapittel 5.2.

<sup>338</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og avhandlingens kapittel 5.2.

<sup>339</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og avhandlingens kapittel 5.2.

Bestemmelsen er «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 6:**

##### «Art.6. Klokkebud

Hver budgiver kan gi ett klokkebud i hver runde.

Et klokkebud må inneholde antall tonn produksjonskapasitet som budgiveren ønsker å by på (budgivers etterspørsel) i hvert produksjonsområde til gjeldende rundepriser.

Budgivers etterspørsel i hvert produksjonsområde kan ikke være lavere enn null og ikke større enn totalt tilgjengelig produksjonskapasitet i et produksjonsområde.

Budgivers brukergrensesnitt på den nettbaserte budgivningsplattformen vil inneholde all nødvendig informasjon, samt inneholde nettbaserte skjemaer for validering og innsending av klokkebud.

Dersom auksjonen avsluttes etter gjeldende runde, vil budgiver bli tildelt all produksjonskapasiteten som det ble gitt bud på i den siste klokkebudrunden, til rundeprisene som gjaldt i denne siste budrunden»

Auksjonsreglene art. 6 gir nærmere regler for klokkebud, som ikke allerede fullt ut følger av auksjonsforskriften. Bestemmelsens første til tredje ledd stiller opp begrensninger i budgivningsadgangen og krav til klokkebudenes innhold. Feilaktig avviste bud kan også gi grunnlag for erstatning. Bestemmelsen har betydning for om budgiverne vinner produksjonskapasitet på budene, og er derfor «bestemmende» for deres rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Fjerde ledd om budgivningsplattformens funksjoner og informasjon om budgivers bud, angår praktiske og mindre viktige opplysninger for de som ønsker å delta på auksjonen. Den er ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Bestemmelsens femte ledd er bare en gjengivelse av det som allerede følger av auksjonsforskriften § 16 andre ledd, og gir derfor ikke noe nytt rettslig grunnlag for budgivernes rett på produksjonskapasiteten eller for deres betalingsforpliktelser. Regelen i femte ledd er av den grunn ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>340</sup>

#### **Auksjonsreglene art. 7:**

##### «Art.7. Budgivers totale etterspørsel (i en budrunde)

En budgivers totale etterspørsel av produksjonskapasitet i en gitt budrunde, er summen av budgivers klokkebud på tvers av alle produksjonsområder. En budgivers totale klokkeetterspørsel omfatter ikke eventuelle exit-bud som budgiver legger inn eller tidligere har lagt inn.

En budgivers totale etterspørsel av produksjonskapasitet kan ikke økes fra en budrunde til den neste.

En budgivers etterspørsel i et gitt produksjonsområde kan ikke reduseres fra en budrunde til den neste dersom rundeprisen ikke har økt i dette produksjonsområdet»

Auksjonsreglene art. 7 første ledd første og andre punktum definerer et uttrykk som brukes i andre regler i auksjonsregelverket. Det gjør ikke bestemmelsen direkte «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

<sup>340</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og avhandlingens kapittel 5.2.

Regelen i andre ledd bestemmer at en budgiver ikke kan øke sin totale etterspørsel utover i auksjonen. Denne bestemmelsen er slik sett av betydning for hvor mye produksjonskapasitet en budgiver kan bli sittende med etter auksjonen. Den legger begrensninger på budgivers adgang til å øke budene utover i auksjonen, og er derfor «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Det samme er tilfellet for tredje ledd. Den bestemmer at en budgiver er bundet av tidligere innleverte bud, så lenge alt annet ellers er uforandret. Slik sett innebærer den en modifikasjon i utgangspunktet om at det bare er bud innlevert i det som til enhver tid er siste klokkerunde som er bindende. Den er heller ikke bare en gjengivelse av auksjonsforskriften § 14. Auksjonsreglene art. 7 tredje ledd er derfor også «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 8:**

«Art.8. Samlet etterspørsel (i produksjonsområder i en budrunde)

Samlet etterspørsel i et produksjonsområde i en gitt budrunde er summen av alle klokkebudene fra alle budgivere i det produksjonsområdet.

Den samlede etterspørselen omfatter ikke eventuelle exit-bud som budgivere legger inn eller har lagt inn.»

Auksjonsreglene art. 8 definerer uttrykk brukt i andre regler, og er på samme måte som auksjonsreglene art. 7 andre ledd, derfor i seg selv ikke «bestemmende» for rettigheter eller plikter til private, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 9:**

«Art.9. Overskuddsetterspørsel (i produksjonsområder i en budrunde)

Det er overskuddsetterspørsel i et produksjonsområde i en gitt budrunde dersom samlet etterspørsel overstiger tilgjengelig produksjonskapasitet i det produksjonsområdet.»

Auksjonsreglene art. 9 gir en definisjon av overskuddsetterspørsel, slik det blant annet er brukt i auksjonsforskriften § 5 andre ledd fjerde punktum. På samme måte som art. 7 andre ledd og art. 8, er heller ikke denne regelen i seg selv «bestemmende» for rettigheter eller plikter til private personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 10:**

«Art.10. Slutten av klokkebudrundene

Klokkebudrundene avsluttes når det ikke er overskuddsetterspørsel i noen av produksjonsområdene.»

Auksjonsreglene art. 10 bestemmer når auksjonens siste budrunde avsluttes. Regelen følger allerede av auksjonsforskriften § 5 andre ledd siste punktum, og representerer slik sett ikke noe nytt rettslig grunnlag for dette. Bestemmelsen er derfor ikke «bestemmende» for rettigheter eller plikter til private personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>341</sup>

#### **Auksjonsreglene art. 11:**

«Art.11. Exit-bud

---

<sup>341</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og avhandlingens kapittel 5.2.

Budgivere som reduserer sin totale etterspørsel fra en runde til den neste kan legge inn "exit-bud", som vil være knyttet til budgivers reduksjon i etterspørsel. Et exit-bud er ikke et klokkebud. Det er et tilbud om å kjøpe hele eller deler av produksjonskapasiteten som budgiveren har redusert sin klokkebudetterspørsel med i en budrunde. Prisen på et exit-bud angis av budgiver, og skal ligge mellom gjeldende og foregående rundepriis. For exit-bud knyttet til en etterspørselsreduksjon i første budrunde (hvor etterspørselsreduksjonen er differansen mellom den totale tilgjengelige kapasiteten og budgivers totale klokkeetterspørsel i første runde) vil exit-prisen være lik startprisen for området exit-budet er tilknyttet.

Dersom ett eller flere exit-bud blir akseptert, så vil disse utgjøre ekstra produksjonskapasitet utover det budgiver vinner gjennom siste klokkebud i auksjonen.

En budgiver kan gi et exit-bud for hver reduksjon i total etterspørsel. Dersom en budgiver har gitt mer enn ett exit-bud etter ulike reduksjoner i etterspørselen, så kan budgiver vinne flere exit-bud.

Den grunnleggende kapasiteten tilhørende et exit-bud er den totale klokkebudetterspørselen til budgiveren i den runden hvor budgiver foretok klokkebudreduksjonen som exit-budet er knyttet til.

Et exit-bud kan bare vinnes dersom budgiver allerede er tildelt hele kapasiteten som enten er lik den grunnleggende kapasiteten til exit-budet gjennom sitt siste klokkebud og/eller gjennom exit-bud med en mindre grunnleggende kapasitet.

Et exit-bud gis ved å oppgi:

- maksimal tilleggskapasitet som budgiver tilbyr seg å kjøpe (i tillegg til den grunnleggende kapasiteten tilhørende exit-budet); og
- prisen (exit-pris) budgiver tilbyr seg å betale for tilleggskapasitet i hvert av produksjonsområdene som budgiver tilbyr å kjøpe tilleggskapasitet (det kan være ett, flere eller alle tilgjengelige produksjonsområder)

Dersom et exit-bud blir valgt som vinnende bud, i henhold til reglene i Art.17, kan budgiver tildeles en viss mengde tilleggskapasitet, med følgende restriksjoner:

- kapasiteten må ikke overstige maksimal tilleggskapasitet spesifisert av budgiver i det aktuelle exit-budet; og
- tilleggskapasiteten tildeles innenfor det eller de områdene hvor det i henhold til exit-budet er oppgitt at budgiveren kan tildeles tilleggskapasiteten.

Tilleggskapasiteten vil bli tildelt til prisen som er oppgitt i exit-budet. Exit-prisen kan variere mellom ulike områder.»

Auksjonsreglene art. 11 består av åtte ledd, og gir regler om auksjonens ordning med avslutningsbud (exit-bud). Auksjonsforskriften sier selv lite om ordningen med avslutningsbud. Auksjonsforskriften § 5 tredje ledd gir hjemmel for at departementet kan fastsette bestemmelser som åpner for å gi exit-bud, og fastsetter at disse kan brukes for å tildele restkapasitet. Bestemmelsen angir også at departementet i slike tilfeller kan akseptere ett eller flere avslutningsbud, men først etter at klokkebudene er akseptert. Ellers er den eneste andre bestemmelsen om avslutningsbud i auksjonsforskriften § 16 tredje ledd, som bestemmer at dersom

det er åpnet for avslutningsbud, skal tildelingen skje i tråd med de detaljerte auksjonsreglene.

Det forhold at det i auksjonsforskriften er gitt en bestemmelse som bestemmer at forvaltningen kan gi regler om avslutningsbud, avhjelper ikke behovet for å fastsette regler av forskrifts karakter i forskrifts form. Bestemmelser med forskrifts innhold, skal vedtas som forskrift. Det er også en uheldig reguleringsteknikk, det kan gi falske hjemler.

Reglene i første ledd er, med unntak av de rent informative delene i andre og tredje punktum, av forskrifts karakter. Første ledd første punktum åpner for at budgiverne kan vinne ytterligere produksjonskapasitet utover klokkebudene dersom budgiverne reduserer den totale etterspørselen fra en budrunde til en annen. Bestemmelsen får betydning for hvor mye produksjonskapasitet budgiverne kan bli sittende med til slutt. Fjerde punktum stiller krav til budenes innhold, og budene må oppfylle kravene for å ha mulighet til å vinne fram som vinnende bud. Regelen i femte punktum om avslutningsbudenes pris etter første klokkerunde er på liknende måte av betydning for hvor mye budgiverne må betale for produksjonskapasiteten på avslutningsbudene. Disse delene av auksjonsreglene art. 11 første ledd er alle av betydning for hvor mye produksjonskapasitet budgiverne kan ende opp med etter auksjonen, og til hvilken pris. De er derfor «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 11 andre ledd er neppe noe mer enn informativ. Retten til produksjonskapasiteten og plikten til å betale for den følger allerede av andre regler. Den er derfor ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Tredje ledd fastsetter reglene for når en budgiver kan legge inn avslutningsbud, og at budgiveren kan vinne på flere bud. Dette er regler som har betydning for hvor mye produksjonskapasitet budgiveren kan ende opp med til slutt etter auksjonen, og er derfor «bestemmende» for budgiverens rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Fjerde ledd gir bare en definisjon av avslutningsrundenes grunnleggende kapasitet, slik det er brukt i andre bestemmelser. Fjerde ledd er derfor ikke i seg selv «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 11 femte til sjuende ledd fastsetter begrensninger for hvilke avslutningsbud auksjonarius kan akseptere, krav til innholdet i budgiverens avslutningsbud og forskjellige restriksjoner i utnevningen av vinnende bud. Dette er regler som alle er av betydning for om, og i tilfellet hvor mye produksjonskapasitet budgiverne vinner på avslutningsbudene. Auksjonsreglene art. 11 femte til sjuende ledd er derfor «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 11 åttende ledd gir budgiverne mulighet til å spesifisere forskjellige priser på avslutningsbudene som knytter seg til forskjellige produksjonsområder. Regelen følger antakelig allerede implisitt av at budgiverne kan fordele avslutningsbudet på flere produksjonsområder, og at prisen på budet må ligge mellom forrige og inneværende klokkerundes klokkepriser. Derimot gir første punktum et selvstendig grunnlag for budgiverens rett og plikt til å betale den prisen de oppga i budet for produksjonskapasiteten de vinner på avslutningsbudene. Denne delen av bestemmelsen er «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 12:**

«Art.12. Begrensninger på exit-bud

Exit-bud er knyttet til en spesifikk reduksjon i det totale klokkebudet mellom en konkret runde og den påfølgende runden. Hvert exit-bud er underlagt følgende begrensninger:

- tilleggskapasiteten som etterspørres i et exit-bud kan ikke overstige total reduksjon i etterspørsel (altså differansen mellom budgivers totale etterspørsel i budrunden hvor reduksjonen fant sted og foregående budrunde); og
- prisen som budgiver ønsker å gi for produksjonskapasitet i et gitt produksjonsområde må ikke overstige rundepreisen for det produksjonsområdet når reduksjon av etterspørsel skjer, og kan ikke være lavere enn forrige rundepreis.»

Auksjonsreglene art. 12 oppstiller i første punktum hva avslutningsbud innebærer, og er deskriptiv. Denne delen av bestemmelsen tilfører ikke noe utover det som allerede følger av auksjonsreglene art. 11 første ledd første punktum, og er ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Andre punktum første og andre kulepunkt fastsetter på sin side to begrensninger for hvert avslutningsbud. Dette er begrensninger som går på budenes formelle side, og stiller krav til angivelsen av budets størrelse og pris. Så lenge budene må ligge innenfor disse rammene for at auksjonarius skal akseptere dem, er regelen av betydning for hvor mye produksjonskapasitet en budgiver kan bli sittende med etter auksjonen. Auksjonsreglene art. 15 andre punktum første og andre kulepunkt er derfor «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 13:**

«Art.13. Innlevering, endring og tilbaketrekking av exit-bud

Budgivere kan gi, endre eller trekke tilbake exit-bud når de har lagt inn et klokkebud, forutsatt at deres totale klokkebud ikke har falt til null i en tidligere runde. Begrensningene på exit-bud vil fortsatt være gitt av budgivers totale klokkeetterspørsel og rundepreisene i budrunden hvor budgiver foretok den etterspørselsreduksjonen som exit-budet er knyttet til og den foregående budrunden.

Budgivers brukergrensesnitt på den nettbaserte budgivningsplattformen vil inneholde all nødvendig informasjon, samt inneholde nettbaserte skjemaer for validering, innsending, endring og tilbaketrekking av exit-bud.»

Auksjonsreglene art. 13 gir i første ledd første punktum regler om budgivers adgang til å gi, endre eller trekke tilbake avslutningsbud. Dette innebærer en rett for budgivere til å endre bud, og slik sett også en modifikasjon til utgangspunktet om at alle bud er bindende etter det som til enhver tid er siste klokkerunde. Denne fleksibiliteten får betydning for hvor mye produksjonskapasitet budgiverne blir sittende med etter auksjonen og hva de må betale for. Den er slik sett «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Bestemmelsens første ledd andre punktum gjentar derimot bare det som allerede følger av andre regler. Det forhold at den påpeker at den ikke påvirker det som allerede følger av øvrige regler for avslutningsbud, gjør den ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 13 andre ledd gir, på samme måte som den tilsvarende regelen i auksjonsreglene art. 6 fjerde ledd, bare opplysninger om budgivingens

praktiske sider. Auksjonsreglene art. 13 andre ledd er derfor ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 14:**

«Art.14. Minste akseptable kapasitet i et produksjonsområde

En budgiver kan spesifisere en minste akseptable kapasitet (MAC) for ett eller flere produksjonsområder, men med den begrensning at minste-nivået ikke kan være høyere enn 200 tonn i hvert produksjonsområde.

En budgiver kan angi MAC i ett, flere eller alle produksjonsområder. Budgiver kan spesifisere MAC ulikt for ulike produksjonsområder.

Budgivere kan gi, endre eller trekke tilbake sine MAC når de legger inn klokkebud, forutsatt at budgivers totale klokkebudetterspørsel ikke har falt til null i en tidligere runde.

MAC spesifisert av en budgiver vil bli vurdert ved utvelgelse av vinnende exit-bud i produksjonsområder der budgiver ikke er tildelt kapasitet ved sitt klokkebud i den siste runden. En budgiver vil kun bli tildelt kapasitet i et gitt produksjonsområde gjennom vinnende exit-bud dersom enten:

- den totale kapasiteten tildelt budgiveren i det aktuelle produksjonsområdet minst tilsvarende den MAC som budgiver har spesifisert i det produksjonsområdet, og mengden i klokkebudets siste runde er null; eller
- budgiver allerede er tildelt kapasitet i det aktuelle produksjonsområdet ved klokkebud i den siste klokkerunden.»

Auksjonsreglene art. 14 fastsetter reglene om budgivers minste akseptable kapasitet i et produksjonsområde. Bestemmelsens første ledd innebærer både en rett til å oppstille en minste akseptabel kapasitet, samtidig som retten er begrenset av et øvre tak på 200 tonn i det enkelte produksjonsområdet. Regelen er av betydning for hvor mye produksjonskapasitet budgiver kan bli tildelt, og på den måten også for hvor mye budgiverne blir forpliktet til å betale for ved slutten av auksjonen. Første ledd er derfor «bestemmende» for deres rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 14 andre ledd første punktum gir ikke noe mer enn det som allerede følger av første ledd. Derimot er regelen i bestemmelsens andre ledd andre punktum, hvor budgiverne får rett til å registrere en individuell minste akseptable kapasitet for hvert enkelt produksjonsområde, en ytterligere rett for budgiverne som kan være av betydning for rettsstillingen etter auksjonen. Auksjonsreglene art. 14 andre ledd andre punktum er «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Tredje ledd gir regler om budgivernes adgang til å gi, endre eller trekke tilbake den registrerte minste akseptable kapasiteten når de legger inn klokkebud. Bestemmelsen gir budgiverne en rett til å gjøre endringer i grensene de har lagt inn, og kan få betydning for deres rettsstilling etter auksjonen. Auksjonsreglene art. 14 tredje ledd er «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 14 fjerde ledd fastsetter i hvilke tilfeller auksjonarius tar hensyn til budgivernes registrerte minste akseptable kapasitet ved utvelgelsen av vinnende avslutningsbud. Regelen får betydning for hvor mye budgiver kan ende opp med til slutt. Den er «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 15:**

«Art.15. Valg av vinnende exit-bud

Dersom det gjenstår noe usolgt kapasitet etter tildeling av kapasitet spesifisert i klokkebudene etter den siste klokkerunden, vil auksjonarius også tildele kapasitet gjennom exit-bud.

I utvelgelsen av vinnende exit-bud, vil kombinasjonen av exit-bud som gir den høyeste fortjenesten bli valgt, med følgende forbehold:

- Et exit-bud kan bare aksepteres dersom budgiveren som la inn exit-budet er tildelt produksjonskapasitet lik den grunnleggende kapasiteten tilhørende exit-budet gjennom sitt klokkebud i den siste klokkerunden, og eventuelle exit-bud med en mindre grunnleggende kapasitet.
- Kapasitet som tildeles gjennom vinnende exit-bud til hver budgiver i hvert produksjonsområde hvor budgivers klokkeetterspørsel er null i den siste klokkerunden må enten være null, eller minimum budgivers minste akseptable kapasitet for det produksjonsområdet.

Dersom det er flere ulike kombinasjoner av exit-bud som gir like høy fortjeneste, vil en av disse bli tilfeldig valgt av auksjonssystemet.»

Auksjonsreglene art. 15 fastsetter reglene for valg av vinnende avslutningsbud. Bestemmelsens første ledd følger allerede av auksjonsforskriften § 5 tredje ledd andre punktum, og gir derfor ikke selvstendig grunnlag for tildelingen av restkapasitet. Den er ikke «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 15 andre ledd tilsvarer auksjonsreglene art. 11 femte ledd og art. 14 fjerde ledd, og gir derfor heller ikke noe nytt rettslig grunnlag for de begrensningene bestemmelsen angir for valget av vinnende avslutningsbud. Begrensningene er, som fremhevet under disse bestemmelsene, «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a. Det er ikke nødvendig å vedta dem to ganger i forskrift, og regelteknisk hører nok begrensningene best hjemme under art. 15.

Tredje ledd bestemmer at valget av vinnende avslutningsbud skjer ved automatisk utvelgelse av auksjonssystemet, dersom det foreligger flere kombinasjoner av avslutningsbud som gir like høy fortjeneste til statskassen. I prinsippet fungerer det som en loddtrekning mellom kombinasjonene. Bestemmelsen overlater til tilfeldighetene hvilken kombinasjon som er avgjørende for hvem som vinner fram, men bestemmer samtidig konkret hvordan utvelgelsen skal foregå. Regelen legger klare føringer på utvelgelsen, og kan få direkte betydning for valget mellom to kombinasjoner av avslutningsbud. Den er derfor «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

**Auksjonsreglene art. 16:**

«Art.16. Regler for å gi bud

Bud skal gis elektronisk i Nærings- og fiskeridepartementets nettbaserte budgivningsplattform. Alle innleverte bud er bindende.

Den nettbaserte budgivningsplattformen gir budgivere anledning til å logge på, validere og bekrefte innlevering av klokkebud og exit-bud. Nærmere detaljer om funksjonene i den nettbaserte budgivningsplattformen vil bli gitt til kvalifiserte budgivere.»



Reglene i første ledd følger allerede av auksjonsforskriften § 14 om budgivning. Auksjonsreglene art. 16 første ledd er derfor ikke «bestemmende» for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.<sup>342</sup>

Auksjonsreglene art. 16 andre ledd gir bare rent praktisk informasjon om budgivningsplattformens funksjoner. Denne delen av bestemmelsen er følgelig ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 17:**

#### «Art.17. Standardbud

Dersom en budgiver glemmer å legge inn et klokkebud i en runde, vil det legges inn et standardbud på følgende måte:

- i den første runden vil standardbudet være et klokkebud på null tonn i alle produksjonsområder
- etter den første runden vil standardbudet være et klokkebud som inneholder:
  - a) null tonn i alle produksjonsområder der rundepreisen økte i forhold til den foregående runden; og
  - b) for produksjonsområder som ikke fikk økt pris i forhold til den forrige runden, vil budgivers klokkebud for det produksjonsområdet bli stående i den neste runden.

En budgiver som glemmer å legge inn et bud i en runde og har et standardbud lagt inn, vil kunne fortsette å gi, endre eller trekke tilbake exit-bud i eventuelle påfølgende runder dersom det totale klokkebudet ikke har falt til null.»

Auksjonsreglene art. 17 første ledd innebærer dels en plikt til å stå ved allerede innleverte bud, dels en plikt til å være med i auksjonens senere klokkeunder så lenge prisen per tonn produksjonskapasitet ikke øker fra en runde til en annen, jf. første ledd andre kulepunkt bokstav b, første ledd første kulepunkt og andre kulepunkt bokstav a. Plikten til å stå ved allerede innleverte bud følger allerede av auksjonsforskriften § 14, slik at auksjonsreglene art. 17 ikke etablerer noe nytt rettslig grunnlag for dette. Plikten til å være med videre i auksjonen følger derimot ikke av andre auksjonsregler. Når budgiverne ikke fritt kan tre ut av auksjonen, er denne delen av bestemmelsen «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 17 andre ledd gir ikke noe nytt rettslig grunnlag, disse forholdene følger allerede av auksjonsreglene art. 13 første ledd og bestemmelsen tydeliggjør for så vidt bare forholdet mellom auksjonsreglene art. 13 og 17. Denne delen av bestemmelsen er derfor ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

### **Auksjonsreglene art. 18:**

#### «Art.18. Informasjonsregler

Auksjonarius vil gi følgende informasjon om auksjonen via den nettbaserte budgivningsplattformen:

---

<sup>342</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2006), Lovavdelingen (2007) og avhandlingens kapittel 5.2.

- Starttidspunkt for auksjonen og tilgjengelig kapasitet i hvert produksjonsområde;
- Tidsplan for hver enkelt budrunde og rundepriser fortløpende for hver runde;
- På slutten av auksjonen gis informasjon om kapasitet som er tildelt budgiverne i hvert produksjonsområde, og prisen budgiver må betale for kapasiteten.
- Den totale etterspørselen til rundeprisene vil oppgis i hvert produksjonsområde når den enkelte budrunde er avsluttet.

Auksjonarius kan også bruke den nettbaserte budgivningsplattformen til å sende meldinger til budgivere med ytterligere informasjon om prosessen, som for eksempel en foreløpig tidstabell for løpende runder for hver auksjonsdag (dersom det blir flere), og eventuelle endringer i denne foreløpige tidsplanen.»

Auksjonsreglene art. 18 bestemmer hvilken informasjon auksjonsdeltakerne får underveis i auksjonen, og på hvilken måte informasjonen blir formidlet. Bestemmelsen er nok et grensetilfelle for hva som er av forskrifts innhold. Hvilken informasjon budgiverne får under auksjonen er nok ikke den viktigste regelen for budgiverne, men den er heller ikke av bare helt praktisk og underordnet betydning.

Tilgangen på informasjon under auksjonen kan være av stor interesse for budgiverne, blant annet den informasjon som er viktig for konkurransesituasjonen. I tvilstilfeller er det også bedre å vedta regelen i forskrift enn å la være. Dersom det er tvilsomt om bestemmelsen isolert sett er forskrift, vil den som en del av helheten antakelig være «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

#### **Auksjonsreglene art. 19:**

«Art.19. Forbud mot konkurransebegrensende adferd

Enhver form for direkte eller indirekte samarbeid eller samordnet oppførelse mellom budgivere eller deres interessenter som fører til, eller er ment å føre til, en begrensning av konkurransen, er forbudt. Eksempler på forbudte samarbeid er utveksling av konkurransesensitiv eller strategisk informasjon, offentlig kunngjøring om registrering eller deltakelse i auksjonen, samt deling av budgivningsstrategier.

I et tilfelle som nevnt i første ledd vil staten trekke tilbake tilsagn om tillatelse (jf. auksjonsforskriften § 19). Staten kan også forfølge eventuelle økonomiske tap som følge av brudd på auksjonsbestemmelsene gjennom sivil søksmål.»

Auksjonsreglene art. 19 første og andre ledd gir ikke noe nytt rettslig grunnlag for disse sanksjonsmulighetene. Reglene følger allerede med samme presisjonsnivå av auksjonsforskriften § 19. På sett og vis utdypes auksjonsreglene art. 19 første ledd hva som kan være konkurransebegrensende adferd etter auksjonsforskriften § 19, men det gjør ikke bestemmelsen «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

Auksjonsreglene art. 19 andre ledd andre punktum, om at staten kan forfølge økonomiske tap ved brudd på auksjonsbestemmelsene gjennom sivil søksmål, følger allerede av ulovfestede erstatningsrettslige regler. Auksjonsreglene art. 19 første og andre ledd er av disse grunner ikke «bestemmende» for privates rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a.

## 5.5 Virkningen av at regelsettet er forskrift – krav til saksbehandlingen

Gjennomgangen av regelverket viser at det består av bestemmelser av forskjellig karakter. Enkelte elementer i auksjonsreglene kan være tvilstilfeller, men samlet gir også tvilstilfellene såpass direkte og omfattende føringer for tildelingene, at de på den måten også er «bestemmende» for rettsstillingen til de som ønsker tillatelser.

Flere av reglene har følgende forskrifts innhold. Det inkluderer blant annet reglene om minstepris i produksjonsområdene, reglene om prisøkning utover i auksjonen, og reglene om avslutningsbud. Dette er regler som hører hjemme i forskrift.

Innenfor det kompetansegrunnlagene tillater, står forvaltningen selvsagt fritt til å vedta regler med forskrifts innhold. Men når et regelvedtak er forskrift, er det underlagt forvaltningslovens saksbehandlingsregler for vedtakelse, endring og opphevelse av forskrifter.<sup>343</sup> Det inkluderer habilitetsreglene i kapittel II, alminnelige regler om saksbehandlingen i kapittel III og saksbehandlingsreglene for forskrifter i kapittel VII, jf. forvaltningsloven § 3 første ledd.<sup>344</sup> Det er reglene i forvaltningsloven kapittel VII som har størst praktisk betydning for forskriftsarbeidet,<sup>345</sup> med krav til saksforberedelsen, høring, formkrav og krav om kunngjøring, jf. forvaltningsloven §§ 37 og 38.<sup>346</sup>

Et særlig spørsmål er hvilken betydning det får for anvendelsen av forvaltningslovens saksbehandlingsregler at auksjonsreglene består av både forskriftsbestemmelser og andre generelle regler.<sup>347</sup> Det som i hvert fall er sikkert, er at forvaltningen ikke kan se bort fra forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrift bare fordi deler av regelverket ikke er av forskrifts karakter. Verken reglenes ordlyd, forarbeidene eller reelle hensyn åpner for å lempe på saksbehandlingsreglene for de delene av regelsettet som er forskrift.<sup>348</sup>

Mindre åpenbart er det om saksbehandlingsreglene i kapittel VII får anvendelse på hele regelverket når bare deler av det består av forskriftsbestemmelser. Det er neppe riktig å kreve at alle saksbehandlingsreglene i ethvert tilfelle får anvendelse på regelutkastet i sin helhet. Det innebærer fort å stille strengere krav til forskriftsarbeidet enn det forvaltningsloven og reglenes formål krever.<sup>349</sup> I hvilken grad saksbehandlingsreglene får anvendelse på de delene av regelsettet som ikke er forskrift, avhenger i stedet av en tolkning av hver enkelt saksbehandlingsregel,<sup>350</sup> og om det er praktisk mulig å skille regelutkastets forskriftsbestemmelser og andre bestemmelser fra hverandre.<sup>351</sup>

Når det gjelder de konkrete saksbehandlingskravene, stiller forvaltningsloven blant annet krav til utredningsarbeidet ved vedtakelsen av forskrifter, jf. forvaltningsloven § 37 første ledd. Forvaltningen skal etter bestemmelsen sørge for at «saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», men den kan ikke tas helt på ordet.<sup>352</sup> Utredningsbehovet kan variere, og er blant annet avhengig av hvilke

<sup>343</sup> Frihagen (1986) s. 828 og SOM-2022-1461.

<sup>344</sup> Jf. også Woxholt (2011) s. 612 og NOU 2019: 5 s. 491.

<sup>345</sup> Woxholt (2011) s. 612.

<sup>346</sup> Disse reglene suppleres også av reglene om forberedelse av forskrifter i utredningsinstruksen, jf. også Woxholt (2011) s. 612.

<sup>347</sup> I samme retning Lovavdelingen (2006).

<sup>348</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 341.

<sup>349</sup> Lovavdelingen (2006).

<sup>350</sup> I samme retning Eckhoff og Smith (2022) s. 337.

<sup>351</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 115.

<sup>352</sup> Woxholt (2011) s. 618.

rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende.<sup>353</sup> Ellers gjelder utredningsplikten direkte bare for de delene av regelverket som er forskrift. Ulovfestede forvaltningsrettslige krav til forsvarlig saksbehandling innebærer samtidig at forvaltningen også må gjøre et tilstrekkelig arbeid med å utrede de delene av regelverket som ikke er forskrift.<sup>354</sup> Auksjonsreglene er utredet sammen med auksjonsforskriftens regler, og bygger på et grundig arbeid fra både departementet og eksterne konsulenter.

Forvaltningsloven stiller i forlengelsen av dette et krav om høring (kalt forhåndsvarsel), og formålet er å gi alle interesserte mulighet til å uttale seg om reglene før forvaltningen vedtar dem, jf. forvaltningsloven § 37 andre ledd første og andre punktum.<sup>355</sup> Høringsplikten gjelder bare for den delen av regelverket som er forskrift. Verken ordlyden eller bestemmelsens formål tilsier at det er behov for å sende andre generelle regler på høring.<sup>356</sup> Men dersom det ikke er praktisk mulig eller hensiktsmessig å skille ut bestemmelsene som ikke er forskrift, må nødvendigvis hele regelverket på høring.<sup>357</sup> Auksjonsreglene ble sendt på høring samtidig med auksjonsforskriften i form av et høringsbrev og et vedlagt høringsnotat, hvor departementet gjorde rede for innholdet i forskriftsutkastet. Interesserte aktører fikk deretter, innen en fastsatt frist, mulighet til å avgi høringssvar med egne synspunkter på forskriftsutkastet. Dette er den vanligste måten å gjennomføre høringer på.<sup>358</sup>

Ved siden av krav til utredningsarbeidet og høringsplikten, stiller loven opp formkrav til forskrifter i forvaltningsloven § 38. Forskriften skal blant annet inneholde en uttrykkelig henvisning til bestemmelsene som gir hjemmel for forskriften, og oppgi forvaltningsorganet som har vedtatt den, jf. forvaltningsloven § 38 første ledd bokstav a og b. Disse kravene gjelder for regelutkastet som sådan. Formålet med kravene er å sikre etterprøvbarehet av hvem som har fastsatt reglene, og for å kunne kontrollere hjemmelskjeden.<sup>359</sup> Auksjonsreglene inneholder verken henvisning til hjemmelsbestemmelsene eller forvaltningsorganet som har vedtatt reglene. Det holder ikke at auksjonsreglene i art. 1 peker på at reglene er et supplement til auksjonsforskriften.

I tillegg må forvaltningen betegne forskrifter som «forskrift», jf. forvaltningsloven § 38 første ledd bokstav d. Formålet med kravet er blant annet å gjøre det klart at regelverket inneholder rettslig bindende regler som domstolene kan håndheve.<sup>360</sup> Så lenge reglene er gitt samlet, og regelsettet inneholder bestemmelser av forskrifts karakter, må hele regelsettet betegnes som forskrift.<sup>361</sup> Etter ordlyden gjelder kravet bare direkte for kunngjøringen av forskriften.<sup>362</sup> Formålet med bestemmelsen tilsier likevel at forvaltningen også betegner det endelige regelverket som forskrift.<sup>363</sup> Nærings- og fiskeridepartementet har ikke brukt betegnelsen forskrift på auksjonsreglene, verken i noen kunngjøring eller for det endelige regelverket.

Endelig stiller forvaltningsloven § 38 første ledd bokstav c krav til kunngjøring av forskrifter. Formålet er å sørge for at forskriften blir kjent for de den angår,

<sup>353</sup> Woxholt (2011) s. 618.

<sup>354</sup> Frihagen (1986) s. 856.

<sup>355</sup> Woxholt (2011) s. 618 og NOU 2019: 5 s. 497.

<sup>356</sup> Lovavdelingen (2006) og Lovavdelingen (2007).

<sup>357</sup> Loven åpner også for modifikasjoner i høringsplikten, jf. forvaltningsloven § 37 tredje ledd, fjerde ledd og femte ledd andre og tredje punktum.

<sup>358</sup> Woxholt (2011) s. 624.

<sup>359</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 345.

<sup>360</sup> Eckhoff (1978) s. 560, NOU 2019: 5 s. 502 og Eckhoff og Smith (2022) s. 347.

<sup>361</sup> Lovavdelingen (1985), gjengitt i Matheson og Woxholt (1990) s. 355–356.

<sup>362</sup> Frihagen (1986) s. 886.

<sup>363</sup> Eckhoff (1978) s. 560 og Eckhoff og Smith (2022) s. 347.

og å bringe på det rene når reglene ble gjort gjeldende.<sup>364</sup> Hovedregelen er at forvaltningen skal kunngjøre forskriftene i Norsk Lovtidend. Nærings- og fiskeridepartementet har ikke gjort det med auksjonsreglene, de er bare kunngjort på departementets og Fiskeridirektoratets nettsider. Regelen i andre ledd åpner riktignok for en forenklet kunngjøring dersom «praktiske hensyn gjør det hensiktsmessig», men den gir ikke unntak fra kravet om at kunngjøringen skal skje i Norsk Lovtidend.<sup>365</sup>

Tredje ledd åpner derimot for at kunngjøringen kan skje på andre måter enn i Norsk Lovtidend, men adgangen til det er begrenset. Det er bare aktuelt dersom forskriften knytter seg til «en bestemt hendelse» eller bare gjelder for en «kort tid», og kunngjøring i Norsk Lovtidend «ikke er formålstjenlig», jf. forvaltningsloven § 38 tredje ledd første punktum.<sup>366</sup> Lovens ordlyd kan tas til inntekt for at unntaket bare skal gjelde for forskrifter av en viss midlertidig karakter, og hvor kunngjøring i Norsk Lovtidend samtidig vil ta for lang tid for å kunne gjøre reglene gjeldende overfor dem reglene angår, kfr. også forvaltningsloven § 39.<sup>367</sup> Det fremkommer også tydelig i forarbeidene:

«Forholdene kan også ligge slik an at det ikke vil tjene noen hensikt å foreta kunngjøring etter disse regler [(i Norsk Lovtidend)] f.eks. i tilfelle hvor politiet eller havnemyndighetene fastsetter særlige bestemmelser om trafikkordningen i forbindelse med en spesiell begivenhet eller bare for en kortere tid. Det må da være tilstrekkelig at bestemmelsene kunngjøres ved oppslag og trafikkskilter. Det er tilfelle av denne art man tar sikte på med bestemmelsen i annet ledds annet punktum».<sup>368</sup>

Auksjonsforskriften gjaldt bare for én auksjon i 2022, og gjaldt slik sett bare «en bestemt hendelse».<sup>369</sup> Det er likevel ingenting som tilsier at kunngjøring i Norsk Lovtidend av den grunn, eller andre grunner, ikke var formålstjenlig. Kunngjøring i Norsk Lovtidend skjer i dag elektronisk, og er tilgjengelig i løpet av kort tid.<sup>370</sup> Kunngjøringen av reglene bare på departementets og direktoratets nettsider var derfor ikke tilstrekkelig, og følgelig et brudd på kunngjøringsplikten i forvaltningsloven § 39.

Gjennomgangen viser at regelsettet med auksjonsreglene ikke inneholder noen angivelse av forvaltningsorganet som har vedtatt dem, ikke uttrykkelig angir hjemmelskjeden, ikke har fått riktig betegnelse og ikke er kunngjort på riktig måte. Disse forholdene er brudd på forvaltningslovens saksbehandlingsregler for vedtakelse av forskrifter.

<sup>364</sup> NOU 2019: 5 s. 503.

<sup>365</sup> Woxholt (2011) s. 631.

<sup>366</sup> Se også forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften) § 43, hvor unntak fra kunngjøringsplikten er fastsatt i forskrift med hjemmel i forvaltningsloven § 38 tredje ledd andre punktum.

<sup>367</sup> Se også Eckhoff (1978) s. 559 og Eckhoff og Smith (2022) s. 346.

<sup>368</sup> NUT 1958: 3 s. 447–448.

<sup>369</sup> Se likevel avgjørelser inntatt i Rt. 1984 s. 901, hvor Høyesterett tilsynelatende forstår loven slik at «en bestemt hendelse» sikter til hendelsens art, ikke antall. Høyesteretts tolkning er vanskelig å forene med ordlyden, forarbeidene og behovet for å gjøre unntak fra hovedregelen om kunngjøring i Norsk Lovtidend. Tolkningsresultatet er mulig et utslag om ønsket om å komme fram til dommens resultat, et resultat det for så vidt er lite å utsette på. Veien dit skulle imidlertid ikke skjedd gjennom en anstrengt tolkning av forvaltningsloven § 38 tredje ledd første punktum, men i stedet gjennom forvaltningsloven § 39. Verken lovens ordlyd, forarbeider eller reelle hensyn begrunner en slik anvendelse av unntaksbestemmelsen, se også Frihagen (1986) s. 893–894.

<sup>370</sup> I forslaget til ny forvaltningslov har utvalget til og med gått inn for å stryke hele regelen, jf. NOU 2019: 5 s. 503.

## 5.6 Virkningen av brudd på saksbehandlingsreglene for forskrifter

Hvilke konsekvenser bruddene på forvaltningslovens saksbehandlingsregler får, avhenger av reglene i forvaltningsloven og ulovfestede forvaltningsrettslige regler. Aller først er det igjen grunn til å peke på at det ikke har noe å si for domstolenes adgang til å håndheve reglene at forvaltningen har brukt feil betegnelse på dem.

Forvaltningsloven § 39 regulerer virkningene av forsømt kunngjøring. Hovedregelen er at forskrifter ikke kan påberopes overfor private før de er kunngjort i tråd med forvaltningsloven § 38, jf. forvaltningsloven § 39. Forvaltningsloven § 39 gjør likevel unntak fra dette dersom forvaltningen kan påvise at den «på annen forsvarelig måte har gjort forskriften kjent for offentligheten eller for vedkommende erverv, fag, interessegruppe eller for den forskriften påberopes overfor» eller dersom vedkommende på annen måte «har fått kjennskap til forskriften». Selv om auksjonsreglene ikke ble kunngjort på riktig måte, ble de sendt på høring og gjort tilgjengelige på blant annet departementets og Fiskeridirektoratets nettsider. I tillegg fikk deltakerne på auksjonen, som er gruppen auksjonsreglene i første rekke retter seg mot, en praktisk innføring i regelverket gjennom en prøveauksjon. Auksjonsdeltakerne var følgelig kjent med regelverket, slik at reglene like fullt kunne gjøres gjeldende overfor dem, jf. forvaltningsloven § 39.

Brudd på forvaltningslovens saksbehandlingsregler kan ellers føre til ugyldighet etter ulovfestede forvaltningsrettslige regler. Det er ikke bare enkeltvedtak som kan bli satt til side som ugyldige som følge av saksbehandlingsfeil, det kan i prinsippet også forskrifter, jf. avgjørelsen i Rt. 1993 s. 420 side 421.<sup>371</sup> Det ligger likevel ingen automatikk i at feilene fører til ugyldighet. Den underliggende begrunnelsen med ugyldighetsreglene er å sikre at vedtakene får riktig innhold,<sup>372</sup> og slik sett er det ingen grunn til å konstatere ugyldighet dersom feilene ikke kan ha hatt betydning for innholdet i vedtaket. Hovedregelen er i slike tilfeller at vedtaket står som gyldig.<sup>373</sup> For brudd på saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak, følger det direkte av forvaltningsloven § 41. Forvaltningsloven § 41 bestemmer at vedtaket uansett er gyldig dersom «det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». Det er lagt til grunn i både forarbeidene og rettspraksis at bestemmelsen i mange tilfeller kan anvendes analogisk, blant annet på forskrifter, jf. Rt. 1980 s. 485 side 487.<sup>374</sup>

Det skal riktignok ikke mye til før en feil kan ha virket inn på vedtakets innhold, det er tilstrekkelig med en «ikke helt fjerntliggende mulighet», jf. Rt. 2009 s. 661 avsnitt 71 og HR-2017-2247-A avsnitt 95.<sup>375</sup> I vurderingen skal det blant annet legges vekt på «hvilke feil som er begått og vedtakets karakter», jf. Rt. 2009 s. 661 avsnitt 72. Selv i tilfeller hvor det er en reell mulighet for at feilen kan ha virket inn på vedtakets innhold, blir ikke vedtaket automatisk ugyldig av den grunn – forvaltningsloven § 41 kan ikke tolkes antitetisk.<sup>376</sup> Om et vedtak skal settes til side som ugyldig, avhenger av en egen vurdering etter ulovfestede regler. Det skal generelt sett mer til for å sette en forskrift til side som ugyldig enn for enkeltvedtak.<sup>377</sup> Forskrifter er generelle regler som ofte gjelder for mange personer, og følgene av ugyldighet er ofte mer uoversiktlige enn for ugyldighet ved enkeltvedtak.<sup>378</sup>

<sup>371</sup> Se også Sivilombudet (1989) s. 169, Graver (2019) s. 541 og Eckhoff og Smith (2022) s. 489.

<sup>372</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 481.

<sup>373</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 120 og Eckhoff og Smith (2022) s. 481.

<sup>374</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 121, Innst. O. nr. 2 (1966–1967) s. 16 og Frihagen (1986) s. 928 og 932.

<sup>375</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 486.

<sup>376</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 486.

<sup>377</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 489.

<sup>378</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 489.

Ved vedtakelsen av auksjonsreglene var feilene, ved siden av manglende kunn-  
gjøring, brudd på formkravene i forvaltningsloven § 38. Muligheten for at disse  
bruddene kan ha virket inn på vedtakets innhold er fjerntliggende. Det betyr at  
«det er grunn til å regne med at feilene ikke kan ha virket bestemmende på  
vedtakets innhold», slik at vedtaket uansett er gyldig, jf. Rt. 2009 s. 661 avsnitt 71  
og forvaltningsloven § 41. Det er ikke nødvendig å vurdere ugyldighet etter ulovfe-  
stede regler. Ugyldighet ved brudd på saksbehandlingsreglene for vedtakelse av  
forskrifter, er etter dette først og fremst aktuelt ved manglende eller svært mangel-  
fullt utredningsarbeid, inkludert manglende høring, etter forvaltningsloven § 37  
første og andre ledd.<sup>379</sup>

Selv om brudd på saksbehandlingsreglene for forskrifter sjeldent får store kon-  
sekvenser, er det viktig at forvaltningen følger dem. Kravene i forvaltningsloven  
kapittel VII skal bidra til at forvaltningen fatter vedtak med riktig innhold.<sup>380</sup> De  
er også viktige for å sikre befolkningens mulighet til å påvirke regelarbeidet,  
muligheten til å kontrollere hjemmelskjeden, og for at befolkningen skal forstå  
hvilke regler de er bundet av.<sup>381</sup> I det hele tatt er det viktig at forvaltningen følger  
reglene for at befolkningen skal ha tillitt til forvaltningens regelarbeid og utøvende  
virksomhet.<sup>382</sup> Det er også verdt å peke på at forvaltningslovutvalget i utkastet til  
forslag om ny forvaltningslov har tatt til orde for å bringe saksbehandlingsreglene  
for forskrifter nærmere saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak.<sup>383</sup>

## 5.7 Forslag til endringer i reguleringsteknikken

Gjennomgangen av auksjonsreglene viser at flere deler av regelverket er av for-  
skrifts karakter. Verken auksjonsforskriften eller auksjonsreglene gjelder lenger,  
slik at forslagene her må ses som innspill til utformingen av et eventuelt auksjons-  
regelverk for neste mulige tildelingsrunde av produksjonskapasitet for matfisk i sjø  
av laks, ørret og regnbueørret i 2024.

Fremfor alt må departementet før neste tildelingsrunde, dersom departementet  
ønsker å videreføre forskriftsreglene i det detaljerte auksjonsregelverket, følge  
saksbehandlingsreglene for forskrifter ved vedtakelsen av disse. Dersom departe-  
mentet er i tvil om enkeltbestemmelser er forskrift eller ikke, er det bedre å vedta  
dem i forskrifts form enn å la være. Spørsmålet er likevel hvordan departementet  
bør legge opp regelverket rent regelteknisk.

Målet bør være å utforme et funksjonelt auksjonsregelverk som er tilgjengelig  
for dem reglene angår.<sup>384</sup> Det er av den grunn en fordel om departementet vedtar  
alle forskriftsreglene for auksjonen i ett og samme regelverk,<sup>385</sup> for eksempel ved  
å samle alle forskriftsreglene for auksjonen i auksjonsforskriften. Flere av reglene  
i det detaljerte auksjonsregelverket har dessuten sin naturlige plass i auksjonsfor-  
skriften. Det inkluderer reglene om avslutningsbud, reglene om minste akseptable  
kapasitet (MAC) og standardbud, som alle hører naturlig hjemme under auksjons-  
forskriftens regler om budgivning.

En samlet fremstilling av reglene i auksjonsforskriften vil naturlig nok endre  
forskriftens karakter. Fram til nå har den i hovedsak fremstilt de overordnede  
rammene for auksjonen, med regler som gjelder for alle som har interesse av  
å delta. Ved å løfte de detaljerte forskriftsreglene opp i auksjonsforskriften, får

<sup>379</sup> Se også Frihagen (1986) s. 860–861 og 882–883.

<sup>380</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 486.

<sup>381</sup> NOU 2019: 5 s. 502–503.

<sup>382</sup> NOU 2019: 5 s. 46 og 138.

<sup>383</sup> NOU 2019: 5 s. 494–509 og kapittel 14 i lovutkastet.

<sup>384</sup> Se tilsvarende Lovavdelingen (2000) s. 195.

<sup>385</sup> Se generelt i samme retning Lovavdelingen (2000) s. 195.

den et helt annet detaljnivå med tekniske og kompliserte regler. Disse forholdene endrer likevel ikke på at det er enklere å forholde seg til ett samlet regelverk.

I forlengelsen av dette er spørsmålet hva departementet bør gjøre med de delene av regelverket som ikke er av forskrifts karakter. Det kan selvfølgelig være at den delen av reglene som ikke er forskrift, er så stor at det er hensiktsmessig å skille disse ut i et eget regelverk. Regelverket som ikke inneholder forskriftsbestemmelser, må i tilfellet få en annen betegnelse enn forskrift.<sup>386</sup> Ofte er det likevel en fordel å vedta forskriftsregler og andre generelle regler samlet; det er enklere å forholde seg til ett regelverk enn to, og risikoen for gjentakelser blir mindre. Rent rettspedagogisk er det derfor heldig om departementet i utgangspunktet også løfter reglene som faller utenfor forskriftsbegrepet opp i auksjonsforskriften. Det gjelder spesielt regler som henger tett sammen med forskriftsreglene, eller som ellers bidrar til å gjøre disse enklere å forstå.

Derimot er det noen av de generelle reglene som ikke bør med i auksjonsforskriften. Flere av auksjonsreglene er bare av orienterende karakter, med praktiske opplysninger om gjennomføringen av auksjonen. Det inkluderer auksjonsreglene art. 2, art. 6 fjerde ledd, art. 13 andre ledd og art. 16 andre ledd. Slike regler er det ikke behov for i auksjonsforskriften, og heller ikke i noe annet regelhefte. Dersom det er behov for å gi slike helt praktiske opplysninger, kan departementet for eksempel informere om slikt på departementets og direktoratets nettsider, og eventuelt sende ut informasjonsskriv til aktørene som har fått plass på auksjonen.

I forlengelsen av fordelene med å samle auksjonsreglene i én og samme forskrift, er det grunn til å peke på at departementet bør oppheve tidligere auksjonsforskrifter. På grunn av forskriftenes saklige virkeområde gjelder disse ikke lenger, men det er en klar fordel om departementet uansett opphever dem ved forskriftsændring. Ikke-opphævede forskrifter som ikke lenger er i bruk, bidrar bare til at forskriftsverket blir uoversiktlig. Det er grunn til å legge til at opphevelsen av de gamle auksjonsforskriftene ikke har betydning for adgangen til å behandle klager og søksmål etter reglene som gjaldt for disse auksjonene.

Endelig er det grunn til å peke på at det kan være behov for å gjennomgå lov- og forskriftsregelverket på akvakulturområdet i sin helhet. Forskriftsverket er omfattende og fragmentert, med mange forskrifter vedtatt på samme forvaltningsnivå. Reglene for tillatelsessystemet som i dag fremgår av en lang rekke forskrifter, kan med fordel samles i én eller færre forskrifter. Det gjør det langt enklere for både næringen og forvaltningen å orientere seg i reglene og finne fram til løsningen på konkrete spørsmål. Det kan også være grunn til å gjennomgå akvakulturloven, som ikke lenger gir et treffende bilde på dagens komplekse tildelingssystem.

---

<sup>386</sup> Forvaltningsloven stenger ikke for å betegne regelsett som ikke inneholder bestemmelser av forskrifts karakter som forskrift, men det er uheldig om det blir gjort, jf. Eckhoff (1978) s. 560 og Eckhoff og Smith (2022) s. 347.



## 6 Er tildelingssystemet med auksjon egnet til å fremme de havbrukspolitiske målene?

### 6.1 Konsesjonsordninger som fleksible styringsverktøy

Krav om konsesjon for å utnytte naturressursene bygger vanligvis på et utgangspunkt om at disse tilhører staten eller fellesskapet, og at forvaltningen av ressursene derfor bør være en statlig oppgave. Utnyttelsen av fellesskapets ressurser bør komme hele samfunnet til gode,<sup>387</sup> og naturressursutvinningens konsekvenser på miljøet og andre interesser gjør at det ofte er ønskelig med viss statlig kontroll med næringsvirksomheten.<sup>388</sup> Kravet om konsesjon for å drive med akvakulturproduksjon bygger nettopp på et utgangspunkt om at kystarealene tilhører fellesskapet,<sup>389</sup> og at det er nødvendig med statlig forvaltning av denne fellesskapsressursen.

Med et slikt utgangspunkt påligger det staten et stort ansvar.<sup>390</sup> Konsesjonsordninger er i den sammenheng fleksible nærings- og ressursregulatoriske styringsverktøy, og det er den bærende begrunnelsen bak mange av dagens konsesjonsordninger.<sup>391</sup> Styrings- og kontrollmulighetene er likevel ikke mål i seg selv, men virkemidler for å realisere viktige samfunnshensyn og politiske mål.<sup>392</sup> Det varierer med det enkelte samfunnsområde hvilke hensyn konsesjonsordningene skal realisere, og hensynene kommer ofte bare forutsetningsvis til uttrykk i lovverket. I akvakulturloven er hensynene som konsesjonsordningen bygger på, reflektert i formålsbestemmelsen i akvakulturloven § 1.

Når konsesjonsordninger er smidige styringsverktøy for å realisere slike mål og hensyn, henger det sammen med at mange av konsesjonslovene, inkludert akvakulturloven, langt på vei er rene fullmaktslover. Dels har lovgiver gitt forvaltningen stor frihet til å bestemme om den skal fatte vedtak, dels til å bestemme vedtakenes innhold.<sup>393</sup> I tillegg gir lovgiver ofte forvaltningen vide fullmakter til å utforme underliggende forskriftsverk med detaljreguleringer. Det gir forvaltningen stor frihet til å utforme konsesjonsordningene slik den mener er mest hensiktsmessig. Lovgiver overlater for eksempel ofte til forvaltningen å bestemme prosedyrene for å gi tillatelser, slik som kriteriene søkerne må oppfylle for å få konsesjon og utformingen av eventuelle fordelingskriterier for å skille mellom flere kvalifiserte søkere. Det er også vanlig at forvaltningen har adgang til å knytte tyngende vilkår til begunstigende vedtak, og det gir forvaltningen stor styringsfleksibilitet i enkeltsaker.<sup>394</sup>

Ved siden av disse formelle styringsredskapene, gir regulering gjennom konsesjonsordninger visse muligheter for styring uten å gå veien om formelle vedtak.<sup>395</sup> Næringsaktørene kan i en del tilfeller ha en egeninteresse i å rette seg etter signaler fra myndighetene før forvaltningen eventuelt fatter vedtak. Det gjelder for eksempel dersom søkerne er avhengige av samtykke fra myndighetene i flere omganger.<sup>396</sup> Myndighetene kan på samme måte i en viss utstrekning påvirke

<sup>387</sup> Alvik og Bjørnebye (2020) s. 88.

<sup>388</sup> Mestad (1986) s. 7, Arnesen (2014) s. 104 og Alvik og Bjørnebye (2020) s. 87–88.

<sup>389</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 13.

<sup>390</sup> Dæhlin (1985) s. 1 i samme retning i relasjon til petroleumsressursene.

<sup>391</sup> Arnesen (2014) s. 103.

<sup>392</sup> Gjelsvik og Dale (2010) s. 33, Alvik og Bjørnebye (2020) s. 86 og Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.1 og 1.1.2.

<sup>393</sup> Eckhoff (1978) s. 248 og 250.

<sup>394</sup> Eckhoff (1983) s. 70 og Eckhoff og Smith (2022) s. 79.

<sup>395</sup> Eckhoff (1983) s. 70 og Arnesen (2014) s. 102–103.

<sup>396</sup> Arnesen (2014) s. 102.

adferden til aktører som ønsker å søke om konsesjon, men som enda ikke er en del av prosessen.<sup>397</sup>

Selv om konsesjonsordninger, med formelle og uformelle virkemidler, er fleksible styringsverktøy for myndighetene, er det også utfordringer knyttet til reguleringsteknikken.<sup>398</sup> Konsesjonsordningene forutsetter et stort forvaltningsapparat for å styre alt fra prosessen med konsesjonstildelinger til etterfølgende kontroll med næringene.<sup>399</sup> Tildelingsprosessene er ofte tid- og kostnadskreven, og kan virke unødvendig byråkratiserende.<sup>400</sup> Utfordringene gjør seg særlig gjeldende i tilfeller hvor konsesjonstildelingene skjer i trinnvise eller oppdelte prosesser, og hvor forskjellige forvaltningsmyndigheter er involvert.<sup>401</sup>

## 6.2 Akvakulturloven som et middel for å realisere havbrukspolitiske mål

Hensikten med akvakulturloven er å etablere et konsesjonssystem som skal fremme havbrukspolitiske mål.<sup>402</sup> Det følger bare forutsetningsvis av loven, men det er ingen tvil om at konsesjonsordningen er havbruksforvaltningens viktigste styringsinstrument.<sup>403</sup> Akvakulturloven er et redskap som skal fremme næringens lønnsomhet og konkurransekraft, ivareta hensynet til miljøet, og legge til rette for best mulig bruk av kystsonen, jf. akvakulturloven § 1.<sup>404</sup> Loven er også begrunnet i fordelings- og knapphetshensyn.<sup>405</sup>

Når loven skal bidra til å fremme akvakulturnæringens lønnsomhet og konkurransekraft, skal den gjøre det gjennom blant annet å legge til rette for at næringen selv skal kunne skape verdier og kapital til videre utvikling.<sup>406</sup> Loven skal i tillegg etablere rammebetingelser som gjør næringen, som er vår største eksportnæring etter petroleumsnæringen,<sup>407</sup> konkurransekraftig i et internasjonalt marked.<sup>408</sup>

Når utviklingen av næringens lønnsomhet og konkurransekraft må skje innenfor det miljøet tillater, innebærer det dels et motsetningsforhold, dels et gjensidig avhengighetsforhold. Med miljøet sikter loven til både klima og naturmangfold, inkludert hensynet til folke- og fiskehelsen.<sup>409</sup> Ønsket om størst mulig vekst kan være vanskelig å realisere når næringen må ta hensyn til miljøets tålegrenser. Samtidig er det nærmest en forutsetning for lønnsom drift og for oppdrettsfiskens gode merkevare at den er produsert med så lite miljøavtrykk som mulig, og at fiskevelferden i oppdrettet er god.<sup>410</sup> Slike forhold er av stor betydning for næringens konkurransekraft.

Hensynet til verdiskapning på kysten må forstås noe romsligere enn ordlyden tilsier.<sup>411</sup> Akvakulturproduksjon foregår i dag ikke bare langs kysten. Landbasert oppdrett har blitt vanligere, og akvakulturloven åpner i tillegg for oppdrett til havs. Hensynet kan langt på vei ivaretas ved at driften er lønnsom og konkurransekraf-

<sup>397</sup> Arnesen (2014) s. 103.

<sup>398</sup> Se også Eckhoff og Smith (2022) s. 79.

<sup>399</sup> Eckhoff (1983) s. 70 og Arnesen (2014) s. 103.

<sup>400</sup> Eckhoff (1983) s. 70 og Arnesen (2014) s. 103.

<sup>401</sup> Eckhoff (1983) s. 70 og Arnesen (2014) s. 103.

<sup>402</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.1 og 1.1.2.

<sup>403</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.1 og 1.1.2, og § 1 note 6.

<sup>404</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 10 og 31.

<sup>405</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 31.

<sup>406</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 53.

<sup>407</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.5.

<sup>408</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 53.

<sup>409</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 53.

<sup>410</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 53–54.

<sup>411</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 54 og Sund og Vegheim (2022) § 1 note 6.

tig. Det bidrar til både verdiskapning og sysselsetting i oppdrettskommunene.<sup>412</sup> Tidligere ble formålet i stor grad søkt ivaretatt gjennom å sikre en eierstruktur i oppdrettsnæringen som bestod av mindre og ofte lokale selskaper.<sup>413</sup> Distrikts-hensyn har med tiden fått en mindre sentral plass i konsesjonssystemet, og det henger antakelig sammen med at adgangen til å prioritere slike hensyn generelt ble snevrere etter norsk tiltredelse til EØS-avtalen i 1994.<sup>414</sup> Oppmerksomheten har i stedet blitt flyttet til hvordan driften foregår,<sup>415</sup> og hvor lønnsomhetsmaksimering innenfor miljøets tålegrense har blitt viktigere.

Tidligere var havbruksforvaltningen pålagt å legge særlig vekt på hensynene i formålsbestemmelsen når den tildelte konsesjoner, jf. lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v §§ 1 og 6 tredje ledd.<sup>416</sup> Den lovpålagte plikten ble ikke videreført med akvakulturloven, og endringen innebærer en overføring av styringsfrihet fra lovgiver til havbruksforvaltningen.<sup>417</sup> Forvaltningen står derfor i prinsippet nokså fritt til å bestemme, innenfor rammene av den romslige formålsbestemmelsen, hvilke hensyn den ønsker å prioritere.<sup>418</sup>

Når akvakulturloven i tillegg langt på vei er utformet som en ren fullmaktslov, har lovgiver utstyrt havbruksforvaltningen med det som i hvert fall i utgangspunktet er et fleksibelt styringsverktøy for å fremme de havbrukspolitiske hensynene. Det gjenstår å se om konsesjonssystemet fortsatt er det samme fleksible styringsinstrumentet som det var ved akvakulturlovens vedtakelse. I tillegg til at styringsfriheten er begrenset av de forvaltningsrettslige kravene til utforming og anvendelsen av konsesjonsordningen, avhenger styringsfriheten også av hvordan havbruksforvaltningen innenfor disse rammene har utformet konsesjonsordningens detaljreguleringer.

### 6.3 Auksjon som et effektivt alternativ til administrative tildelingsprosesser

Utnyttelse av naturressursene er ofte lønnsom næringsvirksomhet. Det kan av den grunn være mange søkere om et begrenset antall tillatelser, og det er for eksempel tilfellet ved tildelingen av laksetillatelsene. Når antallet kvalifiserte søkere er større enn antallet tilgjengelige tillatelser, kan myndighetene få en utfordring med å avgjøre hvem som skal få konsesjon.<sup>419</sup> Forvaltningen er derfor avhengig av å bruke en tildelingsmodell med kriterier som er egnede til å skille mellom søkerne. Samtidig bør tildelingsmodellen bidra til å fremme de næringspolitiske målene og samfunnshensynene som konsesjonsordningen skal realisere.

Innføringen av auksjon for å tildele tillatelser til lakseoppdrett bygger på to hovedbegrunnelser. For det første var det et behov for å effektivisere prosessen med å tildele tillatelsene.<sup>420</sup> Det var derfor et ønske om å gå bort fra de tid- og kostnadskrevende administrative tildelingsprosessene, hvor utvelgelsen av hvem som skulle få tillatelse var basert på kvalitative kriterier. Auksjoner kan riktignok også være administrativt krevende å utarbeide og arrangere, men langt på vei er det en engangsutgift dersom forvaltningen kan bruke auksjonsformatet på nytt ved

<sup>412</sup> Sund og Vegheim (2022) § 1 note 6.

<sup>413</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 10.

<sup>414</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 20 og 61 og Sund og Vegheim (2022) § 1 note 6.

<sup>415</sup> Sund og Vegheim (2022) § 1 note 6.

<sup>416</sup> Se også Falch (2020) s. 122.

<sup>417</sup> Falch (2020) s. 123 og Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3.

<sup>418</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 3.3.2.

<sup>419</sup> Sunnevåg (1998) s. 8 og Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 45 og 47.

<sup>420</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 10 og 33–34.

senere tildelinger.<sup>421</sup> For det andre mente departementet at auksjon som tildelingsmetode er bedre egnet til å identifisere de mest effektive aktørene.<sup>422</sup>

Innføringen av auksjon som tildelingsmetode under akvakulturloven kan derfor ses på som en reaksjon på administrative tildelingsprosessers svakheter. De samme hensynene var sentrale for Olje- og energidepartementet i avgjørelsen om å bruke auksjon som hovedmodell også for å tildele arealer til produksjon av vindkraft til havs.<sup>423</sup>

De administrative tildelingsprosessene Nærings- og fiskeridepartementet brukte tidligere, kalles også for «tradisjonelle søkerkonkurranser» og «skjønnhetskonkurranser».<sup>424</sup> Slike tildelingsprosesser er vanligvis lagt opp slik at myndighetene først fastsetter kvalitative kriterier som søkerne må oppfylle for å få tildelt konsesjon. Deretter leverer søkerne inn sine søknader, med forslag til hvordan de planlegger å oppfylle kriteriene. Til slutt vurderer forvaltningen søknadene, med mål om å finne den eller de søkerne som best oppfyller kriteriene.<sup>425</sup>

I tradisjonelle søkerkonkurranser har myndighetene stor frihet til å avgjøre hvordan de ønsker å vektlegge de forskjellige utvelgelseskriteriene i tildelingen,<sup>426</sup> og står derfor nokså fritt til å bestemme hvem som får konsesjon. Det gir myndighetene betydelig styring over hvem som får tillatelser, og gir gode muligheter til å trekke inn politiske mål og samfunnshensyn i tildelingene.<sup>427</sup> Riktignok må dette skje innenfor det de forvaltningsrettslige og EØS-rettslige reglene tillater, men det diskresjonære skjønnet er den klart største fordelen med administrative tildelingsprosesser.

Fleksibiliteten i de tradisjonelle søkerkonkurransene er samtidig tildelingsmetodens største utfordring.<sup>428</sup> Modellen er administrativt krevende, og forutsetter et stort forvaltningsapparat med inngående kompetanse. For å avgjøre hvem som er «best», «nest best» og så videre, er forvaltningen nødt til å finsikte de kvalifiserte søkerne, og det er et ressurskrevende arbeid.<sup>429</sup> Det kan etter omstendighetene være at arbeidsbyrden og de økonomiske utgiftene forvaltningen bruker på arbeidet, er for store sammenliknet med betydningen det har for å realisere de næringspolitiske målene.<sup>430</sup>

For selv om forvaltningen i tradisjonelle søkerkonkurranser har mulighet til å fastsette kriteriene for tildelingen, og til selv å velge hvordan den nærmere avveiningen skal skje, er det ikke gitt at tillatelsene ender opp hos aktørene som er i stand til å forvalte dem mest effektivt.<sup>431</sup> Utvelgelsen forutsetter i tilfellet både at kriteriene er egnede til å skille mellom søkerne, og at byråkratene er i stand til å identifisere de mest effektive blant disse.<sup>432</sup> Mange av søkerne kan fremstå som svært like,<sup>433</sup> og det kan være krevende å finne målbare og objektive kriterier for å skille mellom dem.<sup>434</sup> Det gjelder selv om forvaltningen har erfaring med søkernes

<sup>421</sup> Sunnevåg (2000) s. 5.

<sup>422</sup> Forutsetningsvis Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 33, Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 15 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.1.

<sup>423</sup> Se eksempelvis Meld. St. 36 (2020–2021) s. 99–100 og Prop. 143 L (2021–2022) s. 18.

<sup>424</sup> Sunnevåg (2000) s. 5 og St.meld. nr. 32 (2001–2002) s. 51–52.

<sup>425</sup> Sunnevåg (2000) s. 5 og St.meld. nr. 32 (2001–2002) s. 51–52.

<sup>426</sup> St.meld. nr. 32 (2001–2002) s. 51–52.

<sup>427</sup> Sunnevåg (1998) s. 8.

<sup>428</sup> Sunnevåg (1998) s. 8 og Sunnevåg (2000) s. 5.

<sup>429</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 33 og Meld. St. 16 (2014–2015) s. 65.

<sup>430</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 33.

<sup>431</sup> Se også Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 33.

<sup>432</sup> Sunnevåg (2000) s. 5.

<sup>433</sup> St.meld. nr. 32 (2001–2002) s. 51–52.

<sup>434</sup> Sunnevåg (2000) s. 5.

løsninger fra tidligere.<sup>435</sup> Slike utfordringer fremhevet Olje- og energidepartementet også i arbeidet med å vurdere tradisjonelle søkerkonkurranser som modell for å tildele arealer til produksjon av vindkraft til havs.<sup>436</sup>

Tradisjonelle søkerkonkurranser har dessuten en del utfordringer med manglende transparens i tildelingsprosessene.<sup>437</sup> Prosessen gir søkerne liten forutberegnelighet i forkant av tildelingene, ved at det kan fremstå som usikkert hva forvaltningen kommer til å legge avgjørende vekt på i vurderingen av hvem som får tillatelse. Dessuten er sjansen stor for at søkerne ikke forstår hvorfor de har tapt konkurransen, og det gjelder selv med begrunnelse fra myndighetene. Begrunnelsen kan i lys av manglende åpenhet rundt tildelingen virke lite overbevisende. Disse forholdene kan bidra til at det som allerede er en tid- og kostnadskrevende tildelingsprosess, drar ut i etterfølgende søksmål fra søkere som mener å være urettmessig forbigått i konkurransen.<sup>438</sup> I tillegg gjør manglende transparens tildelingsprosessen mer utsatt for korrupsjon og korrupsjonsanklager enn en del andre tildelingsmetoder.<sup>439</sup>

Havbruksforvaltningen kan ved auksjon bruke mindre tid og ressurser på å prioritere mellom søkerne basert på kvalitative kriterier som kanskje har liten betydning for hvem som er i stand til å skape størst verdier av tillatelsene.<sup>440</sup> Forvaltningen fastsetter i stedet gjerne minimumskriterier som søkerne må oppfylle for å få tillatelse, slik at målet i første omgang bare er å finne de som er gode nok – målet er ikke å finne fram til den eller de best kvalifiserte søkerne.<sup>441</sup> Deretter får det være opp til de som er kvalifisert å avgjøre hvem som får tillatelse. Det avgjørende er for eksempel hvem som er villig til å betale mest. Ifølge økonomisk teori er det antatt at de som er villig til å betale mest for tillatelsene, også er de som er i stand til å utnytte dem mest effektivt.<sup>442</sup> Auksjonene gir informasjon om søkerens relative kostnadseffektivitet.<sup>443</sup>

Auksjon er i tillegg mer transparent enn tradisjonelle søkerkonkurranser. Både i auksjonsprosessen og i de tradisjonelle søkerkonkurransene offentliggjør myndighetene normalt utvelgelseskriteriene på forhånd, men det er likevel forskjeller i hvilken utstrekning prosessene ivaretar søkerens behov for forutberegnelighet og likebehandling. I auksjonskonkurransen vet deltakerne hva som skal til for å vinne – det er for eksempel om å betale mest –, og hvorfor de eventuelt har tapt.<sup>444</sup> Tilsvarende transparens eksisterer ikke i de tradisjonelle søkerkonkurransene. De transparente og rent objektive tildelingskriteriene som auksjon bygger på, reduserer dessuten sannsynligheten for konflikter og søksmål i tiden etter tildelingene.<sup>445</sup>

Auksjon gir havbruksforvaltningen i tillegg en modell for å ta betalt for tillatelsene. Et av de overordnede målene med de enkelte auksjonene for å tildele tillatelser til lakseoppdrett, var å skaffe størst mulig inntekter til statskassen.<sup>446</sup> En fordel med auksjon er at det gir et godt estimat på markedsverdien i et marked hvor

<sup>435</sup> Sunnevåg (2000) s. 6.

<sup>436</sup> Prop. 143 L (2021–2022) s. 18.

<sup>437</sup> Sunnevåg (2000) s. 5 og St.meld. nr. 32 (2001–2002) s. 51–52.

<sup>438</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 34.

<sup>439</sup> Sunnevåg (2000) s. 5.

<sup>440</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 10 og 33.

<sup>441</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 10, 23 og 33.

<sup>442</sup> St.meld. nr. 32 (2001–2002) s. 52, Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 47, Meld. St. 16 (2014–2015) s. 65, Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 15, Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.1 og Sund og Vegheim (2022) § 7 note 7.

<sup>443</sup> Sunnevåg (1998) s. 9.

<sup>444</sup> Eide, Parchomovsky og Stavang (2021) s. 506.

<sup>445</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 34 og Falch (2020) s. 20.

<sup>446</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 3.1.

prissvingningene er store; det er næringsaktørene som avgjør markedsverdien.<sup>447</sup> Behovet for en slik metode for å fastsette vederlaget, viste seg ved en tidligere tildeling av laksetillatelse til fastpris. Prisene myndighetene fastsatte i forkant av tildelingsrunden viste seg å være så høye at næringen ikke var villig til å kjøpe produksjonskapasiteten til de oppgitte prisene.<sup>448</sup>

Selv om auksjon på mange måter er et godt alternativ til tradisjonelle søkerkonkurranser, er det knyttet innvendinger til tildelingsmetoden. I et styringsperspektiv er kanskje den viktigste innvendingen at auksjon kan begrense statens styringsmuligheter sammenliknet med tradisjonelle søkerkonkurranser.<sup>449</sup> Forvaltningens rom for skjønn reduseres når forvaltningen bruker auksjon i stedet for tradisjonelle søkerkonkurranser. Auksjon kan på den måten føre til en lukking av forvaltningsskjønnet, og til at hensynet til statskassen blir fremmet på bekostning av andre viktige næringspolitiske mål og hensyn. Og selv om det i økonomisk teori er antatt at de som er villig til å betale mest for tillatelsene også er de som er i stand til å forvalte dem mest effektivt, er det vel ikke sikkert at det er riktig i praksis.

## 6.4 Auksjon bidrar til en lukking av forvaltningsskjønnet

### 6.4.1 En generell utvikling i retning av mindre skjønn i tildelingene

Til tross for at Stortinget ved vedtakelsen av akvakulturloven ga havbruksforvaltningen et fleksibelt styringsverktøy, har styringsfriheten med tiden blitt betydelig innskrenket. Dels skyldes det politisk styring fra Stortinget,<sup>450</sup> dels skyldes det havbruksforvaltningens utforming av et tildelingssystem som begrenser forvaltningens egen styringsfrihet.<sup>451</sup> Tildelingen av selskapstillatelsene på auksjon er et ytterligere bidrag i retning av det siste.

Innskrenkningen av styringsfriheten på grunn av politiske føringer har skjedd gjennom en rekke anmodninger fra Stortinget til havbruksforvaltningen.<sup>452</sup> Behovet for dette har blant annet oppstått som følge av manglende statlig involvering i næringen fra et tidlig tidspunkt. Havbruksressursene er ikke underlagt statlig eiendomsrett på samme måte som for eksempel petroleumsressursene, og forutsetningene for statlig styring har vært dårligere. Næringen består, og har også tidligere bestått, av langt flere aktører enn det som er tilfellet for petroleumsnæringen, og det gjør det mindre praktisk med styring på stortingsnivå.<sup>453</sup> Til forskjell fra petroleumsvirksomheten, har staten heller ikke gått inn i næringen med stats-eide selskaper eller tatt del i produksjonsavtaler.<sup>454</sup> Stortingets anmodninger til havbruksforvaltningen har i noen grad avhjulpet det behovet som etter hvert har oppstått for større statlig involvering.<sup>455</sup>

Begrensningene på styringsmulighetene ellers, er en følge av flere forhold. Det er blant annet en konsekvens av at forvaltningen i stor grad har gått fra styring gjennom enkeltvedtak til styring gjennom forskrift – myndighetsstyringen er løftet opp et forvaltningsvedtaksnivå.<sup>456</sup> Når forvaltningen antakelig ikke har hjemmel til

<sup>447</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 34.

<sup>448</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 23 og 34.

<sup>449</sup> Dæhlin (1985) s. 5–6.

<sup>450</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 2.3.

<sup>451</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav c og 2.4.1.

<sup>452</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.5 og 2.3.

<sup>453</sup> Personlig kommunikasjon i e-post med Eirik Wold Sund ved Nordisk institutt for sjørett 30. mai 2023.

<sup>454</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.5.

<sup>455</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.5.

<sup>456</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav b og c.

å foreta enkeltstående tildelinger,<sup>457</sup> men bare til å tildele tillatelser gjennom tildelingsforskrifter, gjør det tildelingssystemet mindre fleksibelt.<sup>458</sup> Styringen gjennom tildelingsforskrifter innebærer også at forvaltningen langt på vei standardiserer skjønnsutøvelsen og binder den opp på et tidligere tidspunkt.<sup>459</sup> Forvaltningen har riktignok, eller hadde i hvert fall tidligere, relativt stor frihet under akvakulturloven § 7 og formålsbestemmelsen til å organisere tildelingsrundene slik den selv ønsket, og til å bestemme hva den ville prioritere i tildelingene.<sup>460</sup>

Den friheten har havbruksforvaltningen selv begrenset gjennom vedtakelsen av trafikklyssystemet i produksjonsområdeforskriften. For eksempel er både tildelingsintervallene og skrankene for å tildele tillatelser, nå langt på vei fastsatt i produksjonsområdeforskriften. På den måten innebærer trafikklyssystemet en selvpålagt lukking og standardisering av forvaltningsskjønnet.<sup>461</sup> Nå er det mulig å argumentere for at forvaltningen uten videre kan oppheve trafikklyssystemet dersom den ønsker det, men argumentasjonsbyrden er stor. Ordningen bygger blant annet på Stortingets instruksjer til havbruksforvaltningen,<sup>462</sup> og selv om det kan være uenighet om hvorvidt slike anmodninger er rettslig bindende, er forvaltningen i alle tilfeller bundet til å følge vedtakene rent politisk.<sup>463</sup> Slik sett er ikke denne lukkingen av forvaltningsskjønnet fullt ut selvpåført.<sup>464</sup> Rettslig sett er det heller neppe riktig at forvaltningen står helt fritt til å avskaffe ordningen.<sup>465</sup>

Selv om tildelingsrundene langt på vei er standardisert under trafikklyssystemet, har forvaltningen fortsatt et visst skjønn i utformingen av de enkelte tildelingsforskriftene. Det gjelder både i utformingen av terskel- og fordelingskriteriene, og det skjønnsrommet kan forvaltningen bruke til å fremme havbrukspolitiske mål. Størst fleksibilitet i den sammenheng gir gjerne bruken av kvalitative fordelingskriterier. Når havbruksforvaltningen i stedet lar det være opp til næringen selv og dens betalingsvillighet å avgjøre fordelingen av produksjonskapasiteten og hvem som får tildelt selskapstillatelser, mister forvaltningen styringsmuligheter.

Forvaltningen kan et stykke på vei ivareta dette styringsbehovet gjennom tildelingsrundens terskelkriterier, for eksempel gjennom auksjonens prekvalifiseringsregler. I forarbeidene til akvakulturloven mente Nærings- og fiskeridepartementet at det ville være tilstrekkelig.<sup>466</sup> Prekvalifiseringskriteriene i auksjonsforskriften er først og fremst satt av hensyn til gjennomføringen av auksjonen, ikke for å fremme havbrukspolitiske mål. Og selv om forvaltningen har frihet til å utforme også andre prekvalifiseringskriterier, begrenser auksjonstildelingene myndighetenes mulighet til å fremme havbrukspolitiske mål i valget mellom konsesjonssøkerne. Auksjon er slik sett en del av utviklingen i retning av mindre skjønn i tildelingene.<sup>467</sup>

---

<sup>457</sup> Se avhandlingens kapittel 3.2.

<sup>458</sup> Falch (2020) s. 124.

<sup>459</sup> I den retning også Falch (2020) s. 124 og Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav c.

<sup>460</sup> Se også Falch (2020) s. 67, 69 og 121.

<sup>461</sup> Falch (2020) s. 125.

<sup>462</sup> Nicholls (2018) s. 39 og Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 2.4.2.

<sup>463</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 2.4.3.

<sup>464</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 2.4.2.

<sup>465</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 2.4.2 og motsetningsvis Falch (2020) s. 125.

<sup>466</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 47.

<sup>467</sup> Falch (2020) s. 20, Mestad og Sund (2021) s. 14 og Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav c.

### 6.4.2 Adgangen til å stille tyngende vilkår til selskapstillatelsene

Tradisjonelt sett ligger det gode muligheter for effektiv statlig styring i adgangen til å stille vilkår til begunstigende vedtak.<sup>468</sup> Vilkårsadgangen gir blant annet forvaltningen mulighet til å gjøre individuelle tilpasninger i den enkelte tillatelse, for eksempel for å begrense skadevirkningene vedtaket har på miljøet.<sup>469</sup> Det er også et nyttig virkemiddel for å fremme andre havbrukspolitiske og samfunnsmessige mål.<sup>470</sup> Nærings- og fiskeridepartementet mente ved utarbeidelsen av akvakulturloven, at adgangen til å stille vilkår til tillatelsene ikke ville bli påvirket av at forvaltningen krever vederlag for tillatelsene.<sup>471</sup> Det er grunn til å vurdere dette nærmere.<sup>472</sup>

Verken akvakulturloven, produksjonsområdeforskriften eller auksjonsforskriften fastsetter en uttrykkelig hjemmel for forvaltningen til å knytte tyngende vilkår til tillatelsene. Dette er likevel ikke noe inngrep i borgernes rettssfære, slik at adgangen til å stille vilkår til tillatelsene ikke krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113.<sup>473</sup> Vilkårsadgangen følger i stedet implisitt av forvaltningens skjønnsfrihet i akvakulturloven § 7 og den ulovfestede vilkårlæren jf. Rt. 2003 s. 764 avsnitt 61. Grensene for adgangen til å stille vilkår må også trekkes etter ulovfestede regler, med krav til vilkårenes saklighet og forholdsmessighet, jf. avgjørelsen i Rt. 2008 s. 1110 avsnitt 22.<sup>474</sup>

Spørsmålet er i den sammenheng hvilken betydning det får for forholdsmessighetsvurderingen at forvaltningen allerede har tatt betalt for tillatelsene. Hvorvidt et vilkår er forholdsmessig, avhenger av en helhetsvurdering, jf. forutsetningsvis avgjørelsen i Rt. 2003 s. 764 avsnitt 82–83.<sup>475</sup> Kjernen i vurderingen er en sammenlikning av fordelene og ulempene vedtaket gir borgerne, og nytten det har for forvaltningen å stille de aktuelle vilkårene i tillatelsen.<sup>476</sup> Også andre relevante hensyn kan inngå i vurderingen. Vilkårene om saklighet og forholdsmessighet må dessuten forstås i sammenheng; Jo mindre saklig sammenheng det er mellom vilkåret og tillatelsen, desto høyere blir terskelen for at vilkårene er forholdsmessige.<sup>477</sup>

Selskapstillatelsene er et begrenset gode av stor verdi, og gir næringsaktørene mulighet til å ta del i svært lønnsom næringsvirksomhet. Det forhold at næringsaktørene har betalt for produksjonskapasiteten, ofte til en høy pris, er samtidig en betydelig byrde for dem. Allerede av den grunn er det antakelig begrensede muligheter for å stille ytterligere vilkår til selskapstillatelsene etter auksjonen.<sup>478</sup> I tillegg tilsier hensynet til næringsaktørenes forutberegnelighet og berettigede forventinger, som må tillegges vekt i denne sammenheng, at vilkårsadgangen er begrenset. Auksjonsdeltakerne verdsetter produksjonskapasiteten basert på betingelsene som fremgår av rammelovgivningen og eventuelle vilkår i utlysningen av tildelingsrunden.<sup>479</sup> Dersom forvaltningen kommer med ytterligere vilkår til selskapstillatelsene etter at budgiverne allerede har betalt for produksjonskapasiteten, innebærer det store skår i deres behov for forutberegnelighet i tildelingsprosessene.

<sup>468</sup> Eckhoff (1983) s. 70.

<sup>469</sup> Tvedt (2022) s. 191.

<sup>470</sup> Se mer generelt i Tvedt (2022) s. 191.

<sup>471</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 61.

<sup>472</sup> Se også Falch (2020) s. 20–21.

<sup>473</sup> Hopsnes og Solberg (2005) s. 108.

<sup>474</sup> Se også avgjørelsene i Rt. 2003 s. 764 avsnitt 61 og 83 og Rt. 1979 s. 994 side 1000.

<sup>475</sup> Tvedt (2022) s. 196.

<sup>476</sup> Tvedt (2022) s. 196.

<sup>477</sup> Tvedt (2022) s. 197–198.

<sup>478</sup> Se også Falch (2020) s. 21.

<sup>479</sup> Se også Falch (2020) s. 21.



Selv i tilfeller hvor vilkårsadgangen har uttrykkelig hjemmel i lov eller forskrift, må vilkårene ligge innenfor det den ulovfestede vilkårs læren tillater. En helt generell eller formålsoverordnet vilkårshjemmel avhjelper derfor bare i liten grad utfordringene ovenfor. En annen sak er at rommet for å avskjære vilkårene som uforholdsmessige er mindre dersom lovgiver har oppstilt en tiltaksorientert vilkårsadgang, som uttrykkelig fastsetter hvilke vilkår forvaltningen kan stille i tillatelsene. Dersom lovgiver har fastsatt bestemte tiltak forvaltningen kan gi vilkår om, må det som utgangspunkt legges til grunn at lovgiver også har vurdert forholdsmessigheten av disse.<sup>480</sup> Utelukket er det likevel ikke at slike vilkår etter en konkret vurdering kan bli satt til side som uforholdsmessige med hjemmel i de ulovfestede grensene for vilkårsadgangen.

På generelt grunnlag er det derfor grunn til å konstatere at rommet for å stille vilkår til selskapstillatelsene etter auksjonen er begrenset;<sup>481</sup> det skal lite til før vilkårene er uforholdsmessige. Jeg er derfor enig med Falch når han skriver at forvaltningen som utgangspunkt må fremsette vilkårene i for eksempel tildelingsforskriftene før gjennomføringen av auksjonen.<sup>482</sup> På den måten kan også budgiverne ta høyde for de konkrete vilkårene i budgivingen. Utfordringene for forvaltningen er at det kan være vanskelig å forutse hvilke vilkår det er behov for å oppstille allerede før tildelingene. Auksjon får følgelig betydning for adgangen til å stille vilkår til de begunstigende vedtakene.

Dersom EØS-rettslige regler skulle vise seg å få anvendelse på konsesjonsordningen – hvilket jeg mener ikke er tilfellet – vil det som er igjen av adgangen til å stille vilkår til tillatelsene også være underlagt EØS-rettslige begrensninger. EØS-avtalens regler om de fire friheter tillater bare at nasjonale forvaltningsmyndigheter stiller vilkår til individuelle tillatelser så lenge disse er saklige, nødvendige for å ivareta ett eller flere tvingende allmenne hensyn og forholdsmessige for å oppnå hensynene.<sup>483</sup> Dette innebærer at en del vilkår for å fremme distriktshensyn er forbudt å operere med.<sup>484</sup> Under forutsetning av at konsesjonsordningen faller under EØS-avtalens virkeområde, er det derfor neppe mulighet til å gjeninnføre enhver form for vilkår av den typen regjeringen tar til orde for i Hurdalsplattformen.<sup>485</sup> Tjenestedirektivet art. 14 og 15 kan her gi veiledning for hva slags vilkår forvaltningen kan operere med også under reglene om de fire friheter.

Når EØS-retten i tillegg krever at konsesjonssøkerne skal være kjent med vilkårene på forhånd, både under reglene om de fire friheter og prinsippet om legal certainty, er rommet for å stille vilkår til begunstigende vedtak nokså begrenset innenfor avtalens virkeområde. EØS-retten innebærer slik sett en betydelig begrensning i forvaltningens frihet til å styre gjennom individuelt fastsatte vilkår.<sup>486</sup>

En annen sak er at forvaltningen fortsatt kan stille vilkår til lokalitetstillatelsene. Adgangen til å stille vilkår til disse tillatelsene er i utgangspunktet upåvirket av at selskapstillatelsene selges på auksjon.<sup>487</sup> Det er nok likevel grenser for hvor langt synspunktet rekker. Dessuten er vilkårsadgangen også her begrenset av ulovfestede krav til saklighet og forholdsmessighet, og ellers underlagt de samme EØS-rettslige begrensningene i vilkårsadgangen som selskapstillatelsene dersom EØS-rettslige regler får anvendelse på konsesjonsordningen. Ellers har forvaltningen i prinsippet mulighet til å legge til vilkår i tiden etter at tillatelsene er gitt,

<sup>480</sup> Graver (2019) s. 282.

<sup>481</sup> Falch (2020) s. 21.

<sup>482</sup> Falch (2020) s. 21.

<sup>483</sup> Arnesen (2014) s. 111–112 og Graver (2019) s. 284.

<sup>484</sup> Arnesen (2014) s. 111.

<sup>485</sup> Arbeiderpartiet og Senterpartiet (2021) s. 24–25.

<sup>486</sup> Se også Arnesen (2014) s. 111–112.

<sup>487</sup> Falch (2020) s. 21.

riktignok under forutsetning av at vilkårene for omgjøring er oppfylt i akvakulturloven § 9, forvaltningsloven § 35 eller ulovfestede omgjøringsregler.<sup>488</sup>

### 6.4.3 Friheten til å avslå søknad om lokalitetstillatelse

Et annet spørsmål er hvilken betydning det får for den etterfølgende søknaden om lokalitetstillatelse at næringsaktørene har betalt betydelige summer for selskapstillatelsene.<sup>489</sup> Det tradisjonelle forvaltningsrettslige og konsesjonsrettslige utgangspunktet er at tidligere tildelte tillatelser ikke gir rettskrav på senere tillatelser, heller ikke i trinnvise eller oppdelte tillatelsessystemer.<sup>490</sup> Illustrerende er tillatelsessystemet under petroleumsloven. Retten til drift oppstår først når det foreligger både en utvinningstillatelse og en godkjent plan for utbygging og drift. Selv om forvaltningen har tildelt utvinningstillatelsen, gir ikke det et rettskrav på å få godkjent senere plan for utbygging og drift.<sup>491</sup> Det gjelder selv om næringsaktørene legger ned betydelige investeringer i tillitt til utvinningstillatelsene. Situasjonen er neppe noen annen for forholdet mellom selskapstillatelsen og lokalitetstillatelsen,<sup>492</sup> selv om næringsaktørene ofte betaler store summer for selskapstillatelsene.<sup>493</sup>

Dermed tildelingen av selskapstillatelse skulle gitt næringsaktørene rettskrav på lokalitetstillatelse, ville det innebære at Nærings- og fiskeridepartementet binder opp forvaltningsskjønnet for andre forvaltningsmyndigheter.<sup>494</sup> Vurderingen av søknader om lokalitetsklarerer ligger hos fylkeskommunen, og forutsetter vedtak fra flere forskjellige forvaltningsmyndigheter med ansvar for egne lovverk. Verken akvakulturlovens ordlyd, forarbeidene eller rettskildematerialet ellers gir holdepunkter for et rettskrav på lokalitetstillatelser, snarere tvert imot.<sup>495</sup>

Når selskapstillatelsene ikke gir rettskrav på senere lokalitetstillatelser, ligger det som utgangspunkt til fylkeskommunens «kan-skjønnet» å avgjøre om den skal tildele lokalitetstillatelser. Riktignok under forutsetning av at vilkårene for å gi lokalitetsklarerer etter akvakulturloven § 6 er oppfylt. Fylkeskommunen kan likevel ikke se helt bort fra at søkerne har betalt betydelige summer for selskapstillatelsene,<sup>496</sup> det må få betydning for utøvelsen av «kan-skjønnet» i akvakulturloven § 6.<sup>497</sup> Det etablerer en viss beskyttelsesverdig forventning hos næringsaktørene, og som antakelig begrenser fylkeskommunens skjønnsfrihet under akvakulturloven § 6 i vurderingen av om den skal gi lokalitetstillatelser.<sup>498</sup> Det forhold at selskapstillatelsene er kjøpt på auksjon må derfor med nødvendighet dels inngå som en del av vurderingene etter akvakulturlovens egne regler,<sup>499</sup> dels som en del av vurderingen etter de ulovfestede grensene for skjønnsutøvelsen.<sup>500</sup>

<sup>488</sup> Falch (2020) s. 21.

<sup>489</sup> Se også Berntzen (2019) s. 26–27, Falch (2020) s. 24, og Marcussen (2021) s. 54–55.

<sup>490</sup> Berntzen (2019) s. 26–27, Falch (2020) s. 24, Marcussen (2021) s. 54–55 og Eckhoff og Smith (2022) s. 459.

<sup>491</sup> HR-2020-2472-P avsnitt 220 og Eckhoff og Smith (2022) s. 459.

<sup>492</sup> Berntzen (2019) s. 26–27, Falch (2020) s. 24, Marcussen (2021) s. 54–55 og Nærings- og fiskeridepartementet (2022) punkt 4.4.

<sup>493</sup> Berntzen (2019) s. 26–27.

<sup>494</sup> Marcussen (2021) s. 55.

<sup>495</sup> Marcussen (2021) s. 55.

<sup>496</sup> Se generelt også i Eckhoff og Smith (2022) s. 459–461.

<sup>497</sup> Falch (2020) s. 24 og Marcussen (2021) s. 55.

<sup>498</sup> Se i samme retning i relasjon til petroleumskonsesjonssystemet i Graver (2019) s. 241, med henvisning til Selvig (1988) s. 338–359.

<sup>499</sup> Marcussen (2021) s. 55.

<sup>500</sup> Berntzen (2019) s. 27 og Falch (2020) s. 24.

## 6.5 Tildelingssystemet er i stor utstrekning egnet til å fremme akvakulturlovens formål

Akvakulturloven er ikke lenger det samme fleksible styringsverktøyet som lovgiver la opp til ved vedtakelsen av akvakulturloven i 2005.<sup>501</sup> Gjennomgangen ovenfor viser at auksjon som tildelingsmetode er et bidrag i retning av mindre skjønn i tildelingen av selskapstillatelsene. Mye av fleksibiliteten som tradisjonelt ligger i konsesjonsordninger som styringsverktøy, har på den måten blitt redusert.<sup>502</sup> Tidligere skepsis til bruk av auksjon som tildelingsmetode var følgelig ikke fullstendig ubegrunnet.<sup>503</sup> Mindre skjønn i tildelingene bygger likevel på et overveid valg fra havbruksforvaltningens side, og har slik sett vært en ønsket utvikling.<sup>504</sup>

Selv om dette er en ønsket utvikling, kan det være at lukkingen av skjønnet og tapet av styringsmuligheter gjør at konsesjonssystemet ikke lenger er like egnet til å fremme akvakulturlovens formål. Når havbruksforvaltningen i siste rekke lar det være opp til aktørenes betalingsvilje å avgjøre hvem som får tillatelsene, er det mulig at blant annet hensynet til effektivitet i forvaltningen og hensynet til statskassen går på bekostning av sentrale hensyn i lovens formålsbestemmelse. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om tildelingene med auksjon er egnet til å fremme akvakulturlovens formål.

Når det gjelder formålet om at akvakulturloven skal fremme næringens lønnsomhet og konkurransekraft, bidrar auksjon indirekte ved at tillatelsene skal ende opp hos de mest effektive aktørene. Det forutsetter riktignok at budgivningen skjer i reell konkurranse, og at forvaltningen ellers er i stand til å gjennomføre vellykkede auksjoner. Prekvalifiseringsreglene Nærings- og fiskeridepartementet har oppstilt, med krav til blant annet finansiell kapasitet og bankgaranti, er viktige i den sammenheng. Det samme er auksjonsreglene om minstepris, regler om at alle bud er bindende, og reglene om auksjonsdeltakernes betalingsforpliktelser.<sup>505</sup> Nærings- og fiskeridepartementet har etter alt å dømme klart å legge opp et auksjonsregelverk som hindrer slike katastrofale auksjonsresultater som litteraturen gir eksempler på fra andre land.<sup>506</sup> Det er for eksempel en rekke eksempler på at mangelfulle auksjonsreguleringer har ført til at fellesskapets ressurser har blitt solgt til urimelig lave priser.<sup>507</sup>

Lovens formål om å bidra til verdiskapningen på kysten blir til en viss grad også fremmet gjennom at tillatelsene ender opp hos de som er i stand til å forvalte dem mest effektivt. En lønnsom og konkurransekraftig næring bidrar indirekte til verdiskapningen på kysten, i hvert fall i den utstrekning oppdrettsselskapene har en viss lokal forankring. Tidligere stod distriktshensyn sentralt i arbeidet med verdiskapningen, men slike hensyn har ikke lenger den samme sentrale posisjonen.

Auksjon kan til og med gjøre det vanskeligere for mindre aktører å få tilgang til næringen. Vederlaget auksjonsdeltakerne må betale for produksjonskapasiteten er ofte stort, og det kan gjøre det vanskelig for mindre oppdrettere å konkurrere med de store selskapene. Auksjonsreglene åpner riktignok for at det er mulig å vinne små mengder produksjonskapasitet, men den må i så fall fusjoneres med allerede eksisterende tillatelser. Det er derfor først og fremst mindre selskaper som allerede er en del av næringen, som drar nytte av dette. Auksjon kan følgelig

<sup>501</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav b og c og 2.4.

<sup>502</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.2.3 bokstav c og 2.4.1.

<sup>503</sup> Se eksempelvis Dæhlin (1985) s. 5–6.

<sup>504</sup> Falch (2020) s. 20.

<sup>505</sup> Eide, Parchomovsky og Stavang (2021) s. 509–511.

<sup>506</sup> Se også Eide, Parchomovsky og Stavang (2021) s. 514.

<sup>507</sup> Se eksempelvis Eide, Parchomovsky og Stavang (2021) s. 509–511.

føre til en ytterligere konsolidering av bransjen – produksjonskapasiteten ender opp hos et mindre antall store selskaper.<sup>508</sup>

Det er i prinsippet også mulig å gjøre andre tilpasninger i auksjonsformatet for å motvirke dette, slik som å ta høyde for distriktshensyn i fastsettelsen av startprisen i de forskjellige produksjonsområdene.<sup>509</sup> Det er likevel ingen tvil om at distriktshensyn står mindre sentralt enn tidligere, og at tildelingssystemet med auksjon gjør det vanskeligere å fremme slike hensyn. Utarming av distriktshensyn har riktignok også en side til EØS-avtalens regler om de fire friheter,<sup>510</sup> og at Stortinget i senere tid har vært mer opptatt av næringens miljøutfordringer.<sup>511</sup> Samtidig er det grunn til å peke på at hensynet et stykke på vei blir fremmet gjennom havbruksfondet, hvor auksjonsinntektene kommer oppdrettskommunene og -fylkeskommunene til gode.<sup>512</sup>

Det som antakelig er mer betenkelig er at myndighetene har gitt avkall på mange styringsmuligheter i en næring med store miljøutfordringer. Det er langt mindre betenkelig å bruke auksjon for å tildele for eksempel frekvensrettigheter til radio og fjernsyn. For eksempel er adgangen til å stille individuelle vilkår til tillatelsene ofte helt sentral for å motvirke eventuelle skadevirkninger konsesjonsvedtakene har på miljøet. Jo mer kompleks en næring er, desto større er gjerne også myndighetenes behov for fleksible styringsmuligheter.

Etter etableringen av produksjonsområdeforskriftens trafikklyssystem, er det riktignok hele veien miljøhensyn som styrer næringens vekstmuligheter. Trafikklyssystemets funksjon som en garantist for at forvaltningen tar tilstrekkelig hensyn til miljøets tålegrenser, forutsetter riktignok at forvaltningen fastsetter egnede standardiserte miljøindikatorer – per dags dato er lakselus den eneste miljøindikatoren, jf. produksjonsområdeforskriften § 8 andre ledd første punktum.<sup>513</sup> Standardiseringen av miljøhensynet i tildelingen av selskapstillatelsene innebærer samtidig en risiko for at andre relevante miljøhensyn ikke blir ivaretatt i tilstrekkelig grad, og det gjelder selv om miljøhensyn står helt sentralt også i tildelingen av lokalitetstillatelser. Det er ellers grunn til å fremheve at forvaltningen også ivaretar miljøhensyn gjennom krav til driftsfasen i akvakulturdriftsforskriften.

Oppsummeringsvis har tildelingssystemet slik det praktiseres i dag, i hvert fall i en viss utstrekning, ført til en utarming av enkelte av hensynene i lovens formålsbestemmelse.<sup>514</sup> Lukkingen og standardiseringen av forvaltningsskjønnet i tildelingene, med alt det innebærer av tap av styringsmuligheter, er heller ikke uproblematisk med tanke på næringens miljøutfordringer. Styringen og kontrollen med næringen har gått fra styring gjennom kontroll med hvem som får tillatelsene, til styring og kontroll gjennom krav til, og kontroll med, driften.

Samtidig gir akvakulturlovens konsesjonssystem et godt eksempel på at auksjon som tildelingsmetode ikke er til hinder for at forvaltningen kan ivareta et bredt spekter av sentrale hensyn og politiske mål, men konsesjonsordningen består til gjengjeld av et omfattende og komplekst regelverk. Når tildelingssystemet i stor utstrekning er i stand til å fremme hensynene i lovens formålsbestemmelse, henger det sammen med at konsesjonsregelverket er godt utbygget, og at havbruksforvaltningen har lang erfaring med regulering av oppdrettsnæringen.

<sup>508</sup> Sund og Vegheim (2022) § 7 note 7.

<sup>509</sup> Se i denne retning også Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 61. På samme måte tar Sund og Vegheim (2022) § 1 note 6 til orde for at det er mulig å fremme distriktshensyn gjennom rent kvantitative tildelingskriterier, blant annet ved å nyansere vederlaget.

<sup>510</sup> Se til illustrasjon Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) s. 20.

<sup>511</sup> Sund og Vegheim (2022) § 1 note 6.

<sup>512</sup> Om havbruksfondet se ellers Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 3.2.2 bokstav c.

<sup>513</sup> Det er et ønske om å etablere flere egnede miljøindikatorer, se eksempelvis Arbeiderpartiet og Senterpartiet (2021) s. 24.

<sup>514</sup> Sund og Vegheim (2022) kapittel 1 note 1 punkt 1.1.5.

## 7 Avslutning

I avhandlingen har jeg gjort rede for hvilke krav som gjelder for utformingen og anvendelsen av konsesjonsordningen (kapittel 2). Et særlig spørsmål i den sammenheng var om EØS-rettslige regler legger begrensninger på havbruksforvaltningens styringsmuligheter under akvakulturloven. Jeg konkluderte med at akvakulturvirksomheten antakelig er en tjeneste underlagt tjenstedirektivets tjeneste- og etableringsregler, men bare i den utstrekning akvakulturproduksjonen også faller inn under EØS-avtalens saklige og geografiske virkeområde. Etter min vurdering av rettskildematerialet faller det kystnære oppdrettet i hovedsak innenfor avtalens geografiske virkeområde, men ikke under avtalens saklige virkeområde. Enden på resonnementet er derfor at verken reglene i tjenstedirektivet eller EØS-avtalens hoveddel får direkte anvendelse på akvakulturlovens tillatelsessystem.

Disse konklusjonene er likevel ikke hevet over enhver diskusjon. Både av den grunn, og fordi en fremstilling av kravene EØS-retten ellers stiller til utformingen og anvendelsen av nasjonale konsesjonsordninger har en verdi i seg selv, valgte jeg å gi en fremstilling av de EØS-rettslige kravene. Gjennomgangen av konsesjonsordningen for akvakultur viser at myndighetene også langt på vei ivaretar de EØS-rettslige kravene som ellers gjelder for utformingen og anvendelsen av konsesjonsordninger av denne typen. Denne delen av fremstillingen gir også grunnlag for å konstatere at verken forvaltningsloven, ulovfestede forvaltningsrettslige regler eller EØS-rettslige regler er til hinder for at tildelingen av tillatelsene til oppdrett av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret skjer på auksjon.

Fremstillingen i kapittel 3 av tillatelsessystemet for rød matfisk i sjø viser et komplekst og fragmentert regelverk. Gjennomgangen av auksjonsreglene i kapittel 4 viser også behovet for å bruke ressurser på etterkontroll av lov- og forskriftsarbeidet. Det kan riktignok være utfordrende å prioritere arbeidet med regelforenkling på et område hvor spesielt forskriftsreglene er gjenstand for nokså hyppige endringer. Arbeidet med regelforenkling kan heller ikke være det eneste formålet, verken i det opprinnelige regelarbeidet eller i etterkontrollen av lov- og forskriftsverket, men det er viktig at det blir vektlagt som ett av flere sentrale hensyn.<sup>515</sup> Regelgivning er heller ingen enkel oppgave, det krever juridisk kompetanse, forståelse for virkeligheten reglene regulerer og språklig innsikt.<sup>516</sup>

Etter gjennomgangen av auksjonsregelverket, vurderte jeg i kapittel 5 om det er nødvendig at havbruksforvaltningen fastsetter auksjonsreglene i forskrifts form, begrenset til en vurdering av de detaljerte auksjonsreglene. Jeg konkluderte etter gjennomgangen av de detaljerte auksjonsreglene med at flere av reglene, både alene og samlet, legger såpass sterke føringer på tildelingen av tillatelsene at flere av saksbehandlingsreglene er av forskrifts karakter. Jeg har derfor også i avhandlingen gitt forslag til endringer i reguleringsteknikken, som i korte trekk går ut på å løfte flesteparten av de detaljerte auksjonsreglene opp i forskrift sammen med de andre forskriftsreglene for auksjonen. Jeg har også pekt på at det er behov for å gjennomgå det samlede forskriftsverket for tildelingene, og at det er en stor rettspedagogisk fordel om reglene for tildelingene samles i én, eller i hvert fall færre forskrifter.

Konklusjonen i avhandlingens kapittel 5 viser viktigheten av å gjennomføre kontroll av eget regelarbeid. Den viser i tillegg at det kan være behov for å gjennomgå auksjonsregelverk også på andre områder. Dette er i tillegg noe Olje- og energidepartementet bør være oppmerksomme på ved vedtakelsen av auksjonsreglene for tildelinger av arealer til produksjon av vindkraft til havs. Det er, som fremhevet i avhandlingen, viktig at forvaltningen følger forvaltningslovens saksbehandlingsregler for forskrifter. Reglene er viktige for å sikre innholdsmessig riktige avgjørel-

<sup>515</sup> Backer (2013) s. 82.

<sup>516</sup> Backer (2002) s. 226 og Backer (2013) s. 79.

ser, viktige av demokratihensyn, og i det hele tatt viktige for å sikre befolkningens tillitt til forvaltningen i dens regelarbeid og utøvende virksomhet.

I avhandlingens kapittel 6 var spørsmålet om tildelingsmetoden fører til at havbruksforvaltningen taper styringsmuligheter på stadiet for tildelingen av tillatelsene, og i hvilken utstrekning auksjon som tildelingsmetode er egnet til å fremme akvakulturlovens formål. Først gjorde jeg rede for hva som er bakgrunnen for å regulere denne typen næringsvirksomhet gjennom krav om konsesjon, og for bruken av akvakulturloven som et middel for å realisere havbrukspolitiske mål. Deretter ga jeg en fremstilling av sentrale hensyn bak bruken av auksjon som allokering metode under akvakulturloven. Det første bygger gjerne på et utgangspunkt om at naturressursene tilhører staten eller fellesskapet, og at det av den grunn er ønskelig med statlig styring og kontroll i forvaltningen av ressursene. Det andre bygger på at auksjon er en ressursbesparende og enkel måte å tildele tillatelsene på, i tilfeller hvor det er flere kvalifiserte søkere om et begrenset antall tillatelser. Tildelingsmetoden skal dessuten være godt egnet til å identifisere de mest effektive aktørene blant disse.

Det er ikke mulig å vurdere spørsmålet i kapittel 6 i et vakuum. Hvorvidt auksjon som tildelingsmetode fører til tap av styringsmuligheter, og om auksjon er egnet til å fremme akvakulturlovens formål, avhenger også av blant annet hvordan tillatelsessystemet ellers er utformet. Basert på gjennomgangen av tillatelsessystemets og auksjonsregelverkets oppbygning, konkluderte jeg med at auksjon fører til at staten taper styringsmuligheter på stadiet for tildelingen av tillatelsene. Konsesjonssystemet er ikke lenger det samme fleksible styringsinstrumentet lovgiver la opp til ved vedtakelsen av akvakulturloven.

Jeg konkluderte samtidig med at tildelingssystemet med auksjon likevel langt på vei er i stand til å fremme akvakulturlovens formål, men at det har skjedd en utarming av enkelte av hensynene i lovens formålsbestemmelse. Når tildelingssystemet med auksjon i stor grad er i stand til å fremme de havbrukspolitiske målene, henger det sammen med at havbruksforvaltningen har lang erfaring med reguleringen av næringen, og en godt utbygget konsesjonsordning med blant annet detaljerte krav til driftsfasen. Styringen og kontrollen skjer i dag i stedet langt på vei gjennom omfattende krav til, og kontroll med, akvakulturdriften.

Dette gir samtidig grunnlag for noen generelle betraktninger. Når auksjon fører til tap av styringsmuligheter gjennom en lukking av forvaltningsskjønnet, er det ikke åpenbart at tildelingsmetoden er egnet for å tildele tillatelser på ethvert næringsområde. Det gjelder spesielt i tilfeller hvor regelverket for reguleringen av næringen er umodent, og det samtidig er viktige miljøhensyn og andre interesser å ta hensyn til ved tildelingen av tillatelsene. Myndighetene kan i slike tilfeller ha behov for større kontroll og styring med hvem som får tillatelsene enn det som er mulig å ivareta gjennom tildeling av tillatelsene på auksjon.

Det kan for eksempel stilles spørsmål ved om tiden er moden for å bruke auksjon for å tildele tillatelser til akvakultur til havs og arealer til produksjon av vindkraft til havs. Heller ikke dette er det mulig å vurdere i et vakuum. Det må vurderes i lys av hvilke hensyn lovene skal ivareta og om konsesjonsordningene ellers er utformet på en måte som reduserer behovet for inngående styring og kontroll med hvem som skal få mulighet til å få tillatelse på tidspunktet for tildelingene. Hvis auksjon etter en slik vurdering ikke bør benyttes, er det langt på vei mulig å ivareta hensynet til statskassen gjennom skatter og avgifter alene.<sup>517</sup>

<sup>517</sup> Personlig kommunikasjon i e-post med Eirik Wold Sund ved Nordisk institutt for sjørett 31. mai 2023.

# Kilderegister

## Litteratur

- Alvik, Ivar og Henrik Bjørnebye. «Om konsesjoner og konsesjonsrett.» *Jussens venner* vol. 55, nr. 2 (2020) s. 85–104. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/issn.1504-3126-2020-02-02>
- Arnesen, Finn. «Homogeneity and Disparity.» I *Recht und Realität: Festschrift für Christoph Vedder*. Stefan Lorenzmeier og Hans-Peter Folz (Hrsg.) red., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, s. 257–266.
- Arnesen, Finn. «Konsesjoner og tillatelser – EØS-rett og konsekvenser.» I *Nordisk institutt for sjørett 50-års jubileum*. Oslo: Sjørettsfondet, 2014 (MarIus nr. 427).
- Arnesen, Finn. *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*. Oslo: Universitetsforlaget AS, 1996.
- Arnesen, Finn mfl. *Oversikt over EØS-retten*. Oslo: Universitetsforlaget AS, 2022.
- Backer, Inge Lorange. «Forenkling av regelverket.» *Jussens venner* vol. 37, nr. 4–5 (2002) s. 216–228. <https://www-idunn-no.ezproxy.uio.no/doi/epdf/10.18261/1504-3126-37-4-05> hentet 31.05.2023 [Lest i idunn.no].
- Backer, Inge Lorange. *Lov og lovgivning – artikler og foredrag*. Oslo: Universitetsforlaget AS, 2013.
- Backer, Inge Lorange. *Loven – hvordan blir den til?* 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget AS, 2022.
- Benjaminsen, Nils Kristian. «... uatskillelig knyttet til»: Om avgrensningen av EØS-avtalens saklige virkeområde for fiskeri- og oppdrettsrelatert virksomhet. Oslo: Sjørettsfondet, 2017 (MarIus nr. 488).
- Berntzen, Håvard. *Rødt trafikklys og nedjustering av akvakulturtillatelser: En analyse av hjemmelsgrunnlaget for nedjustering av akvakulturtillatelser i medhold av trafikklyssystemet samt utvalgte erstatningsrettslige spørsmål ved nedjusteringsvedtak*. Oslo: Sjørettsfondet, 2019 (MarIus nr. 518).
- Bruun, Hilde Foyen. «Forarbeider til forskrifter. Noen rettskildeteoretiske og forvaltningsrettslige aspekter.» *Institutt for offentlig retts stensilserie* nr. 34 (1980).
- Crawford, James. *Brownlie's principles of Public International Law*. 9. utg., Oxford: University Press, 2019.
- Dæhlin, Knut. *Mål og midler i konsesjonspolitikken*. Oslo: Nordisk institutt for sjørett, 1985 (MarIus nr. 109).
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. Oslo: Tanum-Norli A/S, 1978.
- Eckhoff, Torstein. *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*. Oslo: Tanum-Norli A/S, 1983.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 12. utg., Oslo: Universitetsforlaget AS, 2022.
- Eide, Erling, Gideon Parchomovsky og Endre Stavang. «Auksjoner i teori og praksis – frekvenser og havbruk.» I *Integrert kystsoneforvaltning: Planfaglege, samfunnsvitskapelege og juridiske perspektiv*. Katrine Broch Hauge og Knut Bjørn Stokke red., Oslo: Universitetsforlaget AS, 2021, s. 504–518. <https://doi.org/10.18261/978215045078-2021-27>
- Falch, Mathias Røer. *Styring av fiskeoppdrett gjennom forskrifter om tildeling og utvidelse av akvakulturtillatelser*. Oslo: Sjørettsfondet, 2020 (MarIus nr. 526).
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett: Bind I*. 3. utg., Oslo: Forlaget A. Frihagen A/S, 1991.

- Frihagen, Arvid. *Forvaltningsloven: Kommentartutgave Bind I*. 2. utg., Oslo: Forlaget A. Frihagen A/S, 1986.
- Frihagen, Arvid. *Forvaltningsloven: Kommentartutgave: Bind II*. 2. utg., Oslo: Forlaget A. Frihagen A/S, 1986.
- Gabrielsen, Anne Lodding. *EØS-rettslige krav til miljøtilstanden i kystvann: Om vandedirektivets betydning for fiskeoppdrett i sjø*. Oslo: Sjørettsfondet, 2021 (MarIus nr. 539).
- Gjelsvik, Torbjørn og Martin Holger Dale. *Akvakulturloven med kommentarer*. Oslo: Advokatfirmaet Schjødt DA, 2010.
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget AS, 2019.
- Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten: Studier i europeisering av forvaltningsretten*. Bergen: Fagbokforlaget, 2002.
- Graver, Hans Petter. «Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser.» *Lov og rett* vol. 43. nr. 4–5 (2004) s. 224–244. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/ISSN1504-3061-2004-04-05-03>
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 3. utg., ved Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik. Oslo: Universitetsforlaget AS, 2021.
- Hamre, Sigrid. Proporsjonalitetskrav ved omgjering av akvakulturløve: Ein forvaltningsrettsleg studie av eit allment uavklart prinsipp med akvakulturretten som kontekst. Oslo: Sjørettsfondet, 2022 (MarIus nr. 558).
- Heistad, Markus. «Legal certainty i konsesjonssaker: EØS-rettslige skranker for nasjonale konsesjonsordninger.» Upublisert masteravhandling. Universitetet i Oslo (2006) <https://www.duo.uio.no/handle/10852/20608> hentet 27.05.2023.
- Hopsnes, Roald og Raymond Solberg. «Legalitetsprinsippet.» *Jussens venner* vol. 40, nr. 2 (2005) s. 77–155. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/ISSN1504-3126-2005-02-01>
- Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Obligasjonsrett*. 2. utg., Oslo: Papinian, 2017.
- Laurantzon, Markus A. B. *Fra hav til bord – rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen*. Oslo: Sjørettsfondet, 2020 (MarIus nr. 528).
- Laurantzon, Markus A. B. og Finn Arnesen. «Rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen.» I *Sjømatnæringen og Europa: EØS og alternativene*. Arne Melchior og Frode Nilssen red., Oslo: Universitetsforlaget AS. 2020.
- Marcussen, Mira Christine. *Beliggenhet, beliggenhet, beliggenhet: Omgjøring av lokalitetstillatelser til lakseoppdrett*. Oslo: Sjørettsfondet, 2021 (MarIus nr. 548).
- Matheson, Wilhelm og Geir Woxholt. *Lovavdelingens uttalelser*. Oslo: Juridisk Forlag AS, 1990.
- Mellbye, Halfdan. *Rettslig regulering av norsk akvakultur*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Mestad, Ola. *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*. Oslo: Sjørettsfondet, 1986 (MarIus nr. 121).
- Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget AS, 2019, s. 77–113.
- Mestad, Ola og Eirik Wold Sund m.fl. *Framtidens havbruksforvaltning: Utredning fra en arbeidsgruppe ved Nordisk institutt for sjørett*. Oslo: Sjørettsfondet, 2021 (MarIus nr. 549).
- Mæhle, Synne Sæther. «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens venner* vol. 39, nr. 5–6, (2004) s. 329–342. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/ISSN1504-3126-2004-05-06-04>



- Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli. *Fra lov til rett*. 3. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2022.
- Nicholls, Hanna. *Trafikklyssystemet: Nytt system for kapasitetsjusteringer i lakse- og ørretoppdrett*. Oslo: Sjørettsfondet, 2020 (MarIus nr. 506).
- Rasmussen, Katrine Mørk og Per Nyheim. «Påkrevsgaranti – noen betraktninger i tilknytning til Rt. 2012 s. 1267 (Silvercoin-dommen).» *Tidsskrift for forretningsjus* vol. 25, nr. 1 (2019) s. 54–88. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/issn.0809-9510-2019-01>
- Sandtrøen, Ellev. «EU/EØS-rettens krav til nasjonale forhåndstillatelsesordninger.» Upublisert masteravhandling. Universitetet i Oslo (2018). <https://www.duo.uio.no/handle/10852/62584> hentet 27.05.2023.
- Selvig, Erling. *Petroleumsrett til studiebruk*. Oslo: Nordisk institutt for sjørett, 1988.
- Skoghøy, Jens Edvin A. «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven.» *Jussens venner* vol. 49, nr. 5 (2014) s. 297–339.
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget AS, 2018.
- Smith, Eivind. «Rettsbundet forvaltning.» *Jussens venner* vol. 57, nr. 5–6 (2022) s. 442–475. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/jv.57.5.2>
- Stub, Marius. «Karnov lovkommentar til forvaltningsloven.» I *Lovdata Pro* (2021) hentet 27.05.2023.
- Sund, Eirik Wold og Oskar Vegheim. «Karnov lovkommentar til akvakulturloven.» I *Lovdata Pro* (2022) hentet 27.05.2023.
- Sunde, Torje og Ida Sørebo. «Tjenesteloven: kommentarutgave.» I *Juridika.no* 2021 hentet 27.05.2023.
- Sunnevåg, Kjell J. og Afsaneh Bjorvatn. *Prinsipper for tildeling av frekvenser i Norge*. Bergen: Stiftelsen for samfunns- og næringslivsforskning, 2000.
- Sunnevåg, Kjell J. og Ivar Gaasland. *Bruk av auksjoner i offentlig forvaltning*. Bergen: Stiftelsen for samfunns- og næringslivsforskning, 1998.
- Trosdahl, Kari Anne Haugli. *EØS-avtalens geografiske virkeområde: Norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel*. Oslo: Sjørettsfondet, 2019 (MarIus nr. 511).
- Tvedt, Morten Walløe. *Lærebok i forvaltningsrett*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2022.
- Tverberg, Arnulf. «Tilskuddsforvaltningen og forvaltningsretten – aktuelle spørsmål.» I *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*. Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub red., Oslo: Universitetsforlaget AS, 2013, s. 339–362.
- Woxholt, Geir. *Forvaltningsloven med kommentarer*. 5. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011.

## Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1985 Lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. – (opphevet).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 1998 Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

- 2003 Lov 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone (territorialfarvannsloven).
- 2003 Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).
- 2004 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven).
- 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).
- 2022 Lov 11. mars 2022 nr. 8 om tollavgift (tollavgiftsloven).

## **Forskrifter og instruks**

- 2001 Forskrift 21. desember 2001 nr. 1597 om gebyr og avgift i forbindelse med akvakulturvirksomhet.
- 2004 Forskrift 22. desember 2004 nr. 1798 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften) – (opphevet).
- 2004 Forskrift 22. desember 2004 nr. 1799 om tillatelse til akvakultur av andre arter enn laks, ørret og regnbueørret.
- 2006 Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften).
- 2008 Forskrift 17. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).
- 2008 Forskrift 10. oktober 2008 nr. 1132 om fordeling av tollkvoter for landbruksvarer.
- 2013 Forskrift 20. desember 2013 nr. 1675 om reaksjoner, sanksjoner med mer ved overtredelse av akvakulturloven.
- 2016 Instruks 19. februar 2016 nr. 184 om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen).
- 2017 Forskrift 16. januar 2017 nr. 61 om produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret (produksjonsområdeforskriften).
- 2022 Forskrift 7. juni 2022 nr. 972 om kapasitetsjusteringer for tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022.
- 2022 Forskrift 22. juli 2022 nr. 1386 om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2022).
- 2022 Forskrift 7. november 2022 nr. 1929 om tillatelse til akvakultur for laks, ørret og regnbueørret (laksetildelingsforskriften).
- 2022 Detaljerte auksjonsregler til auksjonsforskriften 2022. <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Tildeling-og-tillatelser/Auksjon-av-produksjonskapasitet/auksjon-2022> hentet 01.06.2023, med lenke til de detaljerte auksjonsreglene (PDF).

## **Lovforarbeider og -etterarbeider**

- NUT 1958: 3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.
- Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Innst. O. nr. 2 (1966–1967) Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.).

- Innst. O. nr. 50 (1976–1977) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Regler om taushetsplikt m.m.).
- NOU 1992: 32 Bedre struktur i lovverket. Lovstrukturutvalgets delutredning II.
- Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) Om lov om akvakultur (akvakulturloven).
- Ot.prp. nr. 99 (2005–2006) Om lov om endring i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann.
- Ot.prp. nr. 70 (2008–2009) Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).
- NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).
- Prop. 143 L (2021–2022) Endringer i havenergilova (utlysning og tildeling av areal).

## Forskriftsforarbeider

- Landbruks- og matdepartementet. *Høring av forslag til endringer i forskrift om fordeling av tollkvoter for landbruksvarer*. [Høringsbrev], 2010. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-forslag-til-endringer-i-forskr-2/id610735/?expand=horingsbrev> hentet 27.05.2023, med videre lenke til høringsbrevet (PDF).
- Nærings- og fiskeridepartementet. *Forslag til forskrift om tildeling av nye tillatelser til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2018*. [Høringsnotat], 2018. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---utkast-til-forskrift-om-kapasitetsokning-for-tillatelser-til-akvakultur-med-matfisk-i-sjo-av-laks-orret-og-regnbueorret-i-2018/id2593105/?expand=horingsnotater> hentet 27.05.2023, med lenke til høringsnotatet (PDF).
- Nærings- og fiskeridepartementet. *Forslag til forskrift om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2020 gjennom auksjon (auksjonsforskriften 2020)*. [Høringsnotat], 2020. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-forskrift-om-auksjon-av-produksjonskapasitet-for-akvakultur-med-laks-orret-og-regnbueorret/id2692246/?expand=horingsnotater> hentet 27.05.2023, med lenke til høringsnotatet (PDF).
- Nærings- og fiskeridepartementet. *Forslag til forskrift om tildeling av produksjonskapasitet til akvakultur med matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret i 2022 (auksjonsforskriften 2022)*. [Høringsnotat], 2022. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/forslag-til-forskrift-om-auksjon-av-tillatelser-til-lakseoppdrett-2022/id2905119/?expand=horingsnotater> hentet 27.05.2023, med lenke til høringsnotatet (PDF).

## Stortingsmeldinger

- St.meld. nr. 32 (2001–2002) Om situasjonen i den norske mobilmarknaden.
- Meld. St. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU: Sentrale prioriteringer og virkemidler i norsk europapolitikk.
- Meld. St. 16 (2014–2015) Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett.
- Meld. St. 36 (2020–2021) Energi til arbeid – langsiktig verdiskaping fra norske energiressurser.

## Konvensjoner

- EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.
- Havrettskonvensjonen De forente nasjoners havrettskonvensjon, Montego Bay 10. desember 1982.
- EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992.

## EU-direktiver

- Direktiv 1994/22/EF Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/22/EF om betingelser for tildeling og bruk av tillatelser for leting etter og utvinning av hydrokarboner (konsesjonsdirektivet).
- Direktiv 2006/123/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked (tjenestedirektivet).

## Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1979 s. 994
- Rt. 1980 s. 485
- Rt. 1984 s. 901
- Rt. 1993 s. 420
- Rt. 1996 s. 654
- Rt. 2003 s. 764
- Rt. 2004 s. 834
- Rt. 2005 s. 607
- Rt. 2008 s. 524
- Rt. 2008 s. 1110
- Rt. 2009 s. 661
- Rt. 2011 s. 1553
- Rt. 2012 s. 1267
- Rt. 2014 s. 620
- HR-2016-1235-A
- HR-2017-1690-A
- HR-2017-2247-A
- HR-2020-2472-P
- HR-2021-1429-A
- HR-2021-2510-A

## Avgjørelser fra EU-domstolen

- Sak C-18/84 Kommisjonen mot Frankrike (ECLI:EU:C:1985:175).
- Sak C-19/92 Dieter Kraus mot Land Baden-Württemberg (ECLI:EU:C:1993:125).
- Sak C-393/92 Gemeente Almelo med flere mot Energiebedrijf IJsselmij NV (ECLI:EU:C:1994:171).
- Sak C-324/98 Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG (ECLI:EU:C:2000:669).
- Sak C-157/99 B.S.M. Geraets-Smits og Stichting Ziekenfonds VGZ mot H.T.M. Peerbooms og Stichting CZ Groep Zorgverzekering (ECLI:EU:C:2001:404).

- Sak C-205/99 Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) med flere mot Administración General del Estado (ECLI:EU:C:2001:107).
- Sak C-24/00 Kommisjonen mot Frankrike (ECLI:EU:C:2004:70).
- Sak C-463/00 Kommisjonen mot Spania (ECLI:EU:C:2003:272).
- Sak C-452/01 Margarethe Ospelt og Schlösle Weissenberg Familienstiftung (ECLI:EU:C:2003:493).
- Sak C-389/05 Kommisjonen mot Frankrike (ECLI:EU:C:2008:411).
- Sak C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft mbH mot Wiener Landesregierung og Oberösterreichische Landesregierung (ECLI:EU:C:2009:141).
- Sak C-203/08 Sporting Exchange Ltd mot Minister van Justitie (ECLI:EU:C:2010:307).
- Sak C-400/08 Kommisjonen mot Spania (ECLI:EU:C:2011:172).
- Sak C-565/08 Kommisjonen mot Italia (ECLI:EU:C:2011:188).
- Sak C-255/09 Kommisjonen mot Portugal (ECLI:EU:C:2011:695).
- Sak C-577/11 DKV Belgium SA mot Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL (ECLI:EU:C:2013:146).
- Sak C-657/13 Verder LabTec GmbH & Co. KG mot Finanzamt Hilden (ECLI:EU:C:2015:331).
- Forente saker C-360/15 og C-31/16 College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort mot X BV og Visser Vastgoed Beleggingen BV mot Raad van de gemeente Appingedam (ECLI:EU:C:2018:44).
- Sak C-22/18 TopFit eV og Daniele Biffi mot Deutscher Leichtathletikverband eV. (ECLI:EU:C:2019:497).
- Sak C-465/18 AV og BU mot Comune di Bernareggio (ECLI:EU:C:2019:1125).
- Sak C-62/19 Star Taxi App SRL mot Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General og Consiliul General al Municipiului București (ECLI:EU:C:2020:980).
- Sak C-206/19 'KOB' SIA mot Madonas novada pašvaldības Administratīvo aktu strīdu komisija (ECLI:EU:C:2020:463).

### **Avgjørelser og rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen**

- E-4/04 Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet.
- E-2/06 EFTA Surveillance Authority mot Norge.
- E-1/16 Synnøve Finden AS mot Norge v/Landbruks- og matdepartementet.
- E-12/16 Marine Harvest ASA mot EFTA Surveillance Authority.
- E-8/19 Scanteam AS mot Norge v/Utenriksdepartementet.

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen**

- Engel mfl. mot Nederland CASE OF ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. juni 1976.
- Öztürk mot Tyskland CASE OF ÖZTÜRK v. GERMANY, no. 8544/79, 21. februar 1984.

### **Tolkningsuttalelser:**

- Lovavdelingen. *Forvaltningslovens forskriftsbegrep*. [Svar til Statsministerens kontor], 25. februar 1985. Lest i Matheson, Wilhelm og Geir Woxholt. *Lovavdelingens uttalelser*. Oslo: Juridisk Forlag AS, 1990, s. 355–356.

- Kunnskapsdepartementet. *Tolkningsuttalelse av om skolefritidsordningens vedtekter er å regne som forskrifter*. [Svar til Utdanningsdirektoratet], 9. november 2015. <https://www.udir.no/regelverkstolkninger/opplaring/Leksehjelp/Regelverk-for-skolefritidsordningen-SFO/Vedtekter-for-skolefritidsordningen/> hentet 27.05.2023, med lenke til tolkningsuttalelsen (PDF).
- Lovavdelingen. § 2 – *Regler for forvaltning av tilskuddsordninger. Forholdet til forvaltningslovens bestemmelser om forskrift*. [Svar til Miljøverndepartementet], 6. oktober 2006. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/2---regler-for-forvaltning-av-tilskudds/id449721/> hentet 27.05.2023.
- Lovavdelingen. § 2 – *Svar på spørsmål om pengereglementet er en forskrift og om avgjørelser etter reglementet er enkeltvedtak*. [Svar til Arbeids- og inkluderingsdepartementet], 31. januar 2007. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/2---svar-pa-sporsmal-om-pengereglemente/id449158/> hentet 27.05.2023.
- Lovavdelingen. § 2 – *Utlansreglement ved folkebibliotek – forskrift etter forvaltningsloven?* [Svar til Statens bibliotektilsyn], 25. februar 2002. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/2---utlansreglement-ved-folkebibliotek-/id452229/> hentet 27.05.2023.
- Sivilombudet. *Tildeling av utviklingstillatelser – spørsmål om endring av praksis og hva som må vedtas som forskrift*. 23. mars 2022. SOM-2022-1461. <https://www.sivilombudet.no/uttalelser/tildeling-av-utviklingstillatelser-sporsmal-om-endring-av-praksis-og-hva-som-ma-vedtas-som-forskrift/> hentet 27.05.2023.
- Sivilombudet. *Uttalelse – om opphevelse av en kommunes lokale retningslinjer var et vedtak*. 23. august 2021. SOM-2021-1271. <https://www.sivilombudet.no/uttalelser/uttalelse-om-opphevelse-av-en-kommunes-lokale-retningslinjer-var-et-vedtak/> hentet 27.05.2023.

## Andre kilder, inkludert internettsider

- Arbeiderpartiet og Senterpartiet. *Hurdalsplattformen: For en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet 2021–2025*, 2021 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hurdalsplattformen/id2877252/> hentet 27.05.2023, med lenke til Hurdalsplattformen (PDF).
- EFTA Surveillance Authority *Request for information concerning the award and renewal of hydropower authorisations in Norway*, 30. april 2019 <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2019/eueos-nytt---23.-mai/#vannkraft> hentet 27.05.2023, med lenke til ESAs brev til norske myndigheter (PDF).
- Fiskeridirektoratet. «BANKGARANTI – ON FIRST DEMAND GARANTI.» (2022) <https://www.fiskeridir.no/Akvakultur/Tildeling-og-tillatelser/Auksjon-av-produksjonskapasitet/auksjon-2022/registrering-til-auksjonen> hentet 27.05.2023, med lenke til bankgarantiskjemaet (PDF).
- Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling. *Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, 2000 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veiledning-om-lov--og-forskriftsarbeid/id87536/> hentet 27.05.2023, med lenke til veilederen (PDF).
- Personlig kommunikasjon i e-post med Eirik Wold Sund, doktorgradsstipendiat ved Nordisk institutt for sjørett, 30.05.2023.
- Personlig kommunikasjon i e-post med Eirik Wold Sund, doktorgradsstipendiat ved Nordisk institutt for sjørett, 31.05.2023.
- Sivilombudsmannen. *Årsmelding for 1989 fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen, 1989)* <https://www.sivilombudet.no/arsmeldingene/> hentet 27.05.2023, med lenke til årsmeldingen (PDF).