

2014-12-17. LG-2013-175274. Gulating lagmannsrett - dom.

Stikkord: Gyldighet av forvaltningsvedtak. Konkurransen om løyver.

Sammendrag: Sak om gyldigheten av avslag på klage over ikke tildelt tillatelse til havbruk med matfisk av laks mv. Lagmannsretten fant at klageorganet i forhold til de ankende parter, basert på faktum, uriktig hadde tillagt et prioriteringskriterium vekt i forhold til de ankende parter og at vedtakene derfor var ugyldige.

Avsagt: 17.12.2014

Saksnr.: 13-175274ASD-GULA/AVD2

[**Saksang:** TNOHO-2012-000016, LG-2013-175274. Anken ikke tillatt fremmet for Høyesterett, HR-2015-00673-U.]

Dommer: Lagdommer: Carl Petter Martinsen. Lagdommer: Håvard Romarheim. Ekstraordinær lagdommer: Ivar Oftedahl.

Ankende part: Fyllingsnes Fisk AS. (Advokat Christian Schadenberg Mathiassen.)

Ankende part: Eide Fjordbruk AS. (Advokat Christian Schadenberg Mathiassen.)

Ankemotpart: Staten v/Fiskeri og kystdepartementet. (Advokat Marius Kjelstrup Emberland.)

DOM

Saken gjelder gyldigheten av klagevedtak i saker om avslag på søknad om akvakulturtillatelse i forbindelse med en tildelingsrunde i 2009.

Vedrørende sakens bakgrunn, vises det til tingrettens dom, hvor det fremgår følgende:

Eide Fjordbruk AS ble stiftet i 1993, og hadde på søknadstidspunktet tre akvakulturtillatelse for oppdrett av matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjø. Selskapet hadde fire godkjente lokaliteter i Hardangerfjorden.

Fyllingsnes Fisk AS ble stiftet i 1973, og hadde på søknadstidspunktet en akvakulturtillatelse, og fire godkjente lokaliteter, to i Osterfjorden og to i Austfjorden, begge i Hordaland fylke. Selskapet drev kun med oppdrett av regnbueørret på lokalitetene i Osterfjorden.

I 2009 skulle 65 tillatelse til havbruk med matfisk av laks, ørret og regnbueørret (heretter omtalt som konsesjoner) fordeles mellom oppdrettsselskaper i åtte fylker. Fem av konsesjonene skulle tildeles oppdrettsselskaper i Hordaland. Hver konsesjon gir tillatelse til oppdrett av 780 tonn av de nevnte fiskeslag.

Tildelingen av konsesjonene ble regulert i forskrift om tildeling av løyve til havbruk med matfisk av laks, aure og regnbueaure i sjøvatn i 2009 (tildelingsforskriften). Forskriften er gitt med hjemmel i § 7 i lov om akvakultur av 17. juni 2005 nr. 79.

Det framgår av formålsbestemmelsen i tildelingsforskriften § 1 at "*forskriften skal medvirke til at havbruksnæringa med laks, aure og regnbueaure blir lønnsam og konkurransekraftig innanfor rammene av ei berekraftig utvikling, og bidra til verdiskaping på kysten*". Videre framgår av forskriftens § 6, som gjengis i sin helhet:

§ 6 . *Tildeling av geografisk fordelte løyve*

Fiskeridirektoratets regionkontor står for tildelinga av geografisk fordelte løyve. Fiskeridirektoratet er klageinstans.

Fiskeridirektoratets regionkontor skal konsultere den aktuelle fylkeskommunen om næringspolitiske vurderingar i lys av fylkesplanen, medrekna kvar i fylket det er ønskjeleg med meir oppdrettsverksemd. Vurderingane til fylkeskommunen skal dokumenterast.

Det kan berre gjevast tilsegn til søkjarar som dokumenterer økonomisk evne til å betale vederlaget til staten og som planlegg drift på lokalitetar i kommunar med godkjent arealdel av kommuneplan.

Ved prioritering av søknader skal det særleg leggjast vekt på

- a) om søkjar er en mindre aktør i næringa
- b) om søkjar vil leggje til rette for auka bearbeiding med sikte på økonomisk integrasjon i kystdistrikta i Noreg.

Innanfor PD-sona på Vestlandet skal det i tillegg leggjast vekt på om nytt løyve vil bli nytta på ein slik måte at den samla drifta til selskapet etter tildelinga vil stå fram som meir berekraftig i nedkjempinga av PD, jf. forskrift 20. november 2007 nr. 1315 om sone for å hindre smitte og bekjempe pankreassjukdom hos akvakulturdyr.

Søknadsfristen var satt til 30. april 2009. Det framgikk av utlysingsteksten at det var søkers ansvar at fullstendig søknad forelå innen fristens utløp, og at søknader og endringer i søknader mottatt etter fristen, ville bli avvist. Dette var også opplyst i søknadsskjemaet som skulle benyttes.

Det var 26 oppdrettsselskap som søkte på de fem konsesjonene for Hordaland innen fristen. Fyllingsnes Fisk AS (heretter Fyllingsnes) og Eide Havbruk AS (heretter Eide) var blant søkerne. Etter søknadsfristens utløp var søknadene offentlige.

Fiskeridirektoratet Region Vest innhentet uttalelse fra Hordaland fylkeskommune i medhold av tildelingsforskriften § 6 andre ledd. Fra fylkesutvalgets uttalelse siteres:

"1. Hordaland fylkeskommune rår til at Fiskeridirektoratet region Vest legg vekt på søkjarane sitt potensiale for:

- verdiskapning
- innovasjon
- miljømessig bærekraft og fiskehelse
- positive ringverknader i sårbare regionar i fylket jfr. drøfting i saksforelegget pkt. 4 og pkt. 6

2. Hordaland fylkeskommune rår til at Fiskeridirektoratet region Vest særleg legg vekt på omsynet til økonomisk integrasjon i samband med vidareforedling og hovudkontor/administrasjon for søkjarverksemdene.

3. Fylkesutvalget rår til at søkjarar med aktivitet i følgjande kommunar vert særleg prioritert i tildelinga: Tysnes, Kvinnherad, Bømlo, Fitjar og Austevoll og Fedje.

(...)"

Alle søknadene ble også sendt til Mattilsynet for vurdering av søknadene med hensyn til forebygging og bekjempelse av sykdommen Pancreas Disease (PD).

....

Fiskeridirektoratet Region Vest behandlet søknadene i første runde.

Fyllingsnes og Eide hadde i sine søknader opplyst at de to selskapene hadde inngått en avtale om å søke om tillatelse til samdrift på Fyllingsnes' to lokaliteter på Ospeneset og på Langøy, begge i Lindås kommune. Det framgikk av avtalen at Eide hadde behov for produksjonsvolum og lokaliteter utenfor Hardangerfjorden, og at Fyllingsnes hadde behov for mer produksjonsvolum for å iverksette en overgang fra ørretproduksjon i Osterfjorden til lakseproduksjon i Austfjorden. Videre framgikk av avtalen:

"Denne avtalen opphører dersom eine, eller begge partane mislykkast med sin søknad om løyve i komande tildelingsrunde. Avtalen forutset at partane blir einige om detaljane i ein samdriftsavtale som byggjer på likebehandling. Kvar av partane kan seia opp avtalen med 1 mnd varsel dersom avtale avtale av 31.03.2009 mellom partane har opphørt."

Fyllingsnes planla ikke slakting eller vidareforedling i kystdistrikt eller i en av de kommuner som fylkeskommunen ønsket prioritert. Eide opplyste i sin søknad at selskapet hadde planer om bearbeiding på Voss.

Begge saksøkerne fikk avslag. Det framgikk av vedtaket hvilke fem selskap som hadde fått konsesjon, og begrunnelsen for avslaget var opplyst å være at søknaden ikke oppfylte formålet med tildelingen på en like god måte som de som hadde fått tilsagn.

For Eide var begrunnelsen den samme, men det var i tillegg opplyst at tilsagnene som var gitt i Hordaland var en del av begrunnelsen, og at man for Hordaland hadde vurdert søknadene opp mot Fiskeri- og Kystdepartementets instruks av 8. april 2008 om forvaltningstiltak i Hardangerfjorden.

Etter henvendelse fra saksøkerne ble det gitt etterfølgende begrunnelser, jf. forvaltningsloven § 24 annet ledd. For Fyllingsnes ble følgende begrunnelse gitt:

"Fiskeridirektoratet Region Vest vurderte internt kriteriene "mindre aktør" og "auka bearbeiding". Vurderinger på "PD-kriteriet" ble innhentet fra Mattilsynet, mens "næringspolitiske vurderinger" ble hentet fra Fylkeskommunen. Når informasjon og vurderinger for den enkelte faktor var på plass, foretok Fiskeridirektoratet en samlet vurdering av selskapets oppnåelse av kriteriene. I denne vurderingen ble Fyllingsnes Fisk AS ikke blant de fem som fikk høyest totalsum. Søknaden ble etter dette avslått.

Den etterfølgende begrunnelsen bør leses og forstås i sammenheng med dokumentene i saken som er utlevert, uttalelsene fra Mattilsynet og Fylkeskommunen, og endelig begrunnelsen gitt i vedtak av 14.08.09, som for ordens skyld inntas (...)"

For Eide hadde den etterfølgende begrunnelsen samme ordlyd.

De fem oppdrettsselskapene som fikk hver sin konsesjon var Fjord Drift AS, Hennco Laks AS, Langøylaks AS, Telavåg Fiskeoppdrett AS og Troland Fiskeoppdrett AS.

Avslagene ble påklaget til Fiskeridirektoratet, Kyst- og havbruksavdelingen. Fiskeridirektoratet opprettholdt regionkontorets vedtak i begge saker.

I klageomgangen ble to av vedtakene om tildeling omgjort, slik at Hennco Laks AS og Telavåg Fiskeoppdrett AS fikk tilbake sine konsesjoner. Disse to konsesjonene ble så tildelt Melaks AS og Lingalaks AS som ble ansett å oppfylle tildelingskriteriene bedre.

I Nordland fylke, der det var 15 konsesjoner til fordeling i samme tildelingsrunde, ble i klageomgangen også to konsesjoner trukket tilbake og tildelt to andre selskap. Tre av klagerne reiste søksmål mot staten med krav om at vedtakene i de respektive klagesakene ble kjent ugyldige. Etter en rekke henvendelser fra både offentlig og privat hold i Hordaland og Nordland, besluttet regjeringen å foreslå at antallet konsesjoner i tildelingsrunden 2009 skulle utvides med fire, "slik at tillatelser som er trukket tilbake under klagebehandlingen likevel kan beholdes", slik det ble formulert i en pressemelding fra settestatsråd Trond Giske. Regjeringen fremmet deretter en proposisjon til Stortinget om den budsjettendring som var

nødvendig for tildeling av fire ekstra konsesjoner. De fire selskapene som hadde fått tilbakekalt konsesjonene, fikk likelydende brev fra Fiskeridirektoratet, der det framgikk at Stortinget 16. desember 2010 hadde fattet vedtak "som innebærer at de tilsagn som ble trukket tilbake i forbindelse med klagebehandlingen av tildelingsrunden 2009 skal erstattes med tilsagn om nye tillatelser". Videre het det at "[d]ette tilsagnet trer i stedet for tilsagn gitt i tildelingsrunden 2009".

Hennco Laks AS og Telavåg Fiskeoppdrett AS fikk dermed hver sin konsesjon. Det samme fikk to selskap i Nordland.

Oslo tingrett har i dom avsagt 11. mars 2013 kjent vedtakene som gjaldt tildeling til de to selskapene i Nordland ugyldige. Dommen er rettskraftig.

Det fremgår over at begrunnelsene for vedtakene var de samme for Eide Fjordbruk AS (Eide) og Fyllingsnes Fisk AS (Fyllingsnes), men at det for Eide i tillegg er opplyst at tilsagnene som var gitt i Hordaland var en del av begrunnelsen, og at man for Hordaland hadde vurdert søknadene opp mot Fiskeri- og Kystdepartementets instruks av 8. april 2008 om forvaltningstiltak i Hardangerfjorden. Det korrekte er at det også var gitt slik begrunnelse for Fyllingsnes.

Nordhordland tingrett avsa 19.06.2014 dom med slik slutning:

1. Staten v/Fiskeri- og Kystdepartementet frifinnes.

2. Fyllingsnes Fisk AS og Eide Havbruk AS dømmes in solidum til å betale sakskostnader til staten v/Fiskeri- og Kystdepartementet med 190 350 - etthundreogtittusentrehundreogfemti - kroner. Oppfyllelsesfristen er 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.

Fyllingsnes Fisk AS og Eide Fjordbruk AS har anket dommen. Anken gjelder feil i saksbehandlingen, rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet har tatt til motmæle.

Ankeforhandling ble holdt i Gulating lagmannsrett, Bergen 17.-21.11.2014. Steinar Atle Fyllingsnes møtte som partsrepresentant for Fyllingsnes Fisk AS. Knut Frode Eide og Randi Herre Eide møtte som partsrepresentanter for Eide Fjordbruk AS. For Staten møtte med seniorrådgiver Anne Brønsten Osland og rådgiver Karoline Lunde Ellingsen. Foruten partsforklaringer ble det hørt ni vitner hvorav ett var sakkyndig, som var til stede under hele ankeforhandlingen. Videre ble det foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

Ankende parter - Fyllingsnes Fisk AS og Eide Fjordbruk AS - har i det vesentlige anført:

Som overordnet prinsipp for konkurransen vises det til akvakulturloven § 7 første ledd bokstav c hvor departementet er gitt kompetanse til å fastsette prioriteringskriterier for tildeling av tillatelse til produksjon av laks, ørret og regnbueørret. Lovgiver har vært opptatt av å forenkle tildelingsarbeidet, men uten at dette skulle gå ut over et prinsipp om likebehandling, jf. Rt. 2013/1187. Rettferdighet og forutsigbarhet for søkerne samt upartiskhet, gjennomsiktighet og overprøvnbarhet er også sentrale prinsipper i denne forbindelse.

Domstolene kan i alle forvaltningsavgjørelser, også de som er basert på fritt skjønn, prøve om det foreligger usaklig forskjellsbehandling, saksbehandlingsfeil, utenforliggende usaklige hensyn og feil faktum. Dersom en forvaltningsavgjørelse er basert på et lovbestemt skjønn, kan domstolen i utgangspunktet prøve både rettsanvendelse og subsumsjon. Tildelingsforskriften gir anvisning på et slikt skjønn.

Ved vurdering av gyldigheten av klageinstansens vedtak 29.04.2010 for Fyllingsnes, vises det til tildelingsforskriften § 6 og de tilhørende rettskilder som inneholder klare kriterier for hvordan prioriteringen mellom søkerne skulle være. Prioriteringen utgjorde et lovbundet skjønn. Fiskeridirektoratet har i sin anvendelse av tildelingsforskriften prioritert Fyllingsnes sin søknad feil. Korrekt rettsanvendelse fremgår av tilbaketrekningsvedtaket 10.08.2010 overfor Hennco Laks AS (Hennco) og Telavåg Fiskeoppdrett AS (Telavåg).

Fyllingsnes ble uriktig bedømt dårligere enn Hennco fordi avgjørelsen skulle vært basert på at Fyllingsnes var den minste aktøren av dem. I forhold til bearbeidelseskriteriet sto alle søkere som ikke har bearbeiding i kystdistrikt, likt. De sto også likt næringspolitisk. Det er heller ingen forskjell mellom ankepartene og tilsagnshaverne vedrørende PD-kriteriet. Partene er nå også enige om at PD-kriteriet ikke har utslagsgivende virkning. Det gjelder også i relasjon til Eide. Vedtaket er dermed ugyldig. I forhold til spørsmål om erstatning er krav om årsakssammenheng oppfylt da ugyldigheten bygger på at Fyllingsnes feilaktig er prioritert bak Hennco og at Fyllingsnes skulle ha trådt inn i Hennco sin posisjon og fått konsesjon. Ved behandlingen i tingretten var det omstridt om vedtaket til fordel for Hennco var gyldig. Vedtaket er nå erkjent å være ugyldig.

Dersom bearbeidelseskriteriet var avgjørende for Fyllingsnes, er det en forutsetning for ugyldighet at rettsanvendelsen er uriktig. I vedtaket i klagesaken fant Fiskeridirektoratet, med henvisning til regionkontorets klageinnstilling, at Fyllingsnes oppfylte dette kriteriet like godt som flere av tilsagnshaverne. Det er ingen tvil om at PD-kriteriet var avgjørende for resultatet ved klagebehandlingen. Konklusjonen er at vedtaket ikke bygger på en vurdering av bearbeidelseskriteriet. Subsidiært anføres at det ikke er noen saklig relevant forskjell i oppfyllelse av dette kriteriet mellom Hennco, Telavåg og Fyllingsnes med hensyn til bearbeidelse utenfor kystdistrikt, og da skal det skilles etter størrelse jf. merknadene til tildelingsforskriften.

I forhold til statens anførsel om at det ble foretatt en totalvurdering må det legges til grunn at konsesjonsordningen skal bygge på objektive og ikke diskriminerende krav, at prosedyrene må være upartiske og gjennomsiktige og at avgjørelsene skal være overprøvbare. Det er gitt en instruks om utforming av vedtak. Ordet totalvurdering i vedtakene i saken er tatt fra denne instruksen eller malen og har ingen mening utover å angi at det skal foretas en avveining mellom kriteriene. Hvordan avveiningen mellom disse kriteriene foretas fremgår av vedtakene for Hennco, Telavåg og Lingalaks AS .

Vedrørende gyldigheten av klageinstansens to vedtak av 29.04.2010 i forhold til Eide vises det til det rettslige utgangspunkt i henhold til tildelingsforskriften § 6 og merknadene til denne med hensyn til prioriteringen av søker med planer om bearbeiding i kystdistrikt. Det sentrale er formuleringen "graden av sannsyn og dokumentasjon". Eide redegjorde i sin søknad for at man planla bearbeiding på Voss som er kystdistrikt etter tildelingsforskriften. Tingretten mente at Eides planer om bearbeiding fremsto som "luftige og lite konkrete" og viste til at søknaden fra Fjordrift AS, Melaks AS og Lingalaks AS fremsto som mer seriøse enn Eides søknad. Det anføres at Eides søknad er vurdert etter en

strengere norm enn det som er lagt til grunn over for Fjordrift og at vurderingen er et utslag av usaklig forskjellsbehandling.

Tingretten nevner ikke at søknadene til Troland Lakseoppdrett AS), Langøy-laks AS eller Hennco og Telavåg ikke inneholder planer om bearbeiding i kystdistrikt. Det gjøres gjeldende at denne feilen har vært utslagsgivende for Fiskeridirektoratets avslag. Det er en objektiv umulighet at Troland Lakseoppdrett AS, Langøy-laks AS, Hennco og Telavåg har dokumentert "bearbeiding i kystdistrikt" bedre enn Eide, tatt i betraktning av at deres søknader overhodet ikke inneholdt noen planer om økt bearbeiding i kystdistrikt. Dette kan også ses under synsvinkelen at disse ikke hadde rettslig relevant bearbeiding, og at det foreligger feil rettsanvendelse.

Vedrørende totalvurderingen vises det til det som er nevnt over under Fyllingsnes.

Eide sin søknad var i henhold til klagevedtaket i pakt med Fylkeskommunens prioritering på grunn av virksomhet i Kvinnherad. Videre bygger avvisningen av Fylkeskommunen sin særlige prioritering av Eide på feil rettsanvendelse. Det er også tatt utenforliggende hensyn ved at det er lagt betydelig negativ vekt på at Eide hadde drift i Hardangerfjorden. Å diskvalifisere søknadene fordi reglene om felles biomassetak vil kunne uthule den foreliggende "frysinstruks" for Hardangerfjorden, er ikke et hensyn som det var tillatt å vektlegge etter tildelingsforskriften. Denne feil ble ikke rettet ved klagebehandlingen. Det anføres at det foreligger årsakssammenheng i forhold til erstatningsspørsmålet da ugyldigheten bygger på at Eide feilaktig er prioritert bak Hennco, Telavåg, Troland og Langøy. Virkningen er at Eide skulle ha trådt inn i deres posisjon og fått konsesjon. Det vises ellers til anførsler i denne forbindelse i forhold til Fyllingsnes.

Vedtakene i forhold til ankepartene er begrunnet med at de begge var dårligere enn tilsagnshaverne på PD-kriteriet, og begrunnelsen oppfattes i det vesentlige å ha samme ordlyd. Det er ikke grunnlag for en slik konklusjon. Det foreligger da en feil ved vedtakene når det avgjørende har vært PD-kriteriet. Det medfører ugyldighet. Virkningen av ugyldighet er enten at de ankende parter får medhold i påstanden eller at Staten har en plikt til å behandle avslaget på nytt.

Det gjøres gjeldende at samdriftsavtalen mellom Eide og Fyllingsnes ikke er diskvalifiserende. Det var ikke et krav etter tildelingsforskriften at man hadde en endelig tildelt lokalitet. Videre var det i desember 2010 innført en forskrift om forbud mot klarering av nye- og utvidelse av eksisterende lokaliteter som enkelt sagt forbød utvidet oppdrett i hele Hordaland med unntak av Austfjorden hvor de ankende parter hadde sine lokaliteter. Det viser at med hensyn til PD-kriteriet var de ankende parter på dette tidspunkt klart bedre enn Hennco og Telavåg som ble tildelt konsesjon. Det gjøres videre gjeldende som nevnt at det er tatt utenforliggende hensyn og lagt betydelig negativ vekt på at Eide hadde drift i Hardangerfjorden. Det var kjent at biomassen kunne "flyttes rundt". Denne feilen er ikke blitt reparert i klageomgangen. Siden klageinstansen ikke har vært klar over feilen er det sannsynlig at den har påvirket den endelige avgjørelsen. Det foreligger også en saksbehandlingsfeil når opplysning om ny forskrift er avskåret som for sent innkommet. Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf. forvaltningsloven § 17. I følge Rt. 2013/1187 er det ikke uforenlig med et søknadsregime som sperrer for søkerens adgang til å komme med nye opplysninger om sin virksomhet, at det i ettertid er en viss adgang til presiseringer av det faktum som er fremkommet i søknaden, så lenge hensynet til likebehandling av søkerne ivaretas på forsvarlig vis. Lingalaks AS fikk komme med nye opplysninger i klagerunden, noe som ble vektlagt av klageinstansen. Det innebærer også en saksbehandlingsfeil at det er gitt manglende etterfølgende begrunnelse. Den etterfølgende begrunnelsen er en standardbegrunnelse, og slik begrunnelse kan bare gis så langt den inneholder det som er nødvendig for at parten kan ivareta sine interesser. I dette tilfellet er det gitt en slik begrunnelse tre dager før klagefristens utløp. Det var ingen veiledning i den etterfølgende begrunnelsen i forhold til hva som kunne angripes i klage. Det er et krav om en reell begrunnelse, og det er et strengt krav til begrunnelse ved tildeling av begrensede goder. For så vidt gjelder vedlegg 5 til ankepartenes søknader anføres det at denne ikke er lest av forvaltningen, noe staten har bevisbyrden for.

Tildelingene til Hennco og Telavåg - Giskekonsesjonene - medfører at tildelingsrunden 2009 i Hordaland er utvidet fra fem til sju konsesjoner. At det var tale om en utvidelse, underbygges av avgjørelse i RG 2012/585 og Oslo tingretts dommer 11.03.2013 og 12.11.2014. Det vises også til overskriften i tilsagnsvedtakene fra desember 2010. Dette er sammenlignbart med de ankende parters forhold til Hennco og Telavåg. Videre vises det til statens erkjennelse av ugyldighet i forhold til vedtakene for Hennco og Telavåg av desember 2010. Dette medfører at også avslagene i forhold til Eide og Fyllingsnes er ugyldige. Uansett medfører ugyldigheten ved tildelingen til Hennco og Telavåg erstatningsansvar. Det vises til Oslo tingretts dom 12.11.2014 og premissene der som er overførbare til vår sak. Det foreligger både ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng.

I forhold til erstatning gjøres det gjeldende at Staten er ansvarlig på subjektivt og/eller objektivt grunnlag, herunder etter arbeidsgiveransvaret, jf. skadeserstatningsloven § 2-1. Det er ikke en betingelse for erstatning at noe kjønes ugyldig. Domstolens prøvingskompetanse er betydelig ved spørsmål om erstatning. Det er ikke rettslig grunnlag for å frifinne staten som følge av rettsvillfarelse. Det foreligger ingen avgjørelse fra Høyesterett der staten er frifunnet på dette grunnlag. Det foreligger feil rettsanvendelse ved behandlingen av klagen til de ankende parter. Det er urimelig om feil rettsanvendelse skal ramme den private part. Den uklarhet som knytter seg til forståelsen av et regelverk, bør den forvaltningsgren som er ansvarlig for utarbeidelse og tolkning av forskriften, være nærmere til å bære ansvaret for, enn den private part som har fått et uriktig vedtak mot seg. Det foreligger en korrekt rettsanvendelse av organets egne vedtak i forhold til Hennco, Telavåg og Lingalaks AS. Bygger lagmannsretten på forskjellsbehandling, feil faktum eller utenforliggende hensyn, er det heller ikke rom for rettsvillfarelse.

Det foreligger videre årsakssammenheng som må vurderes i forhold til de feil som konstateres med hensyn til avslagene. Det foreligger feil i bedømmelsen i konkurranse. Da er kravet til årsakssammenheng oppfylt. Det er gjort feil blant annet i den lovbundne prioritering mellom søkerne, hvilket medfører at de ankende parter skulle hatt konsesjon. At det er gjort feil ved tildelingen til Hennco og Telavåg, er nå erkjent av staten. En korrigerende av feilen innebærer at den som skulle ha konsesjon, var den som oppfylte kriteriene best, hvilket vil si de ankende parter. Det var sju søkere i tildelingsrunden som ble meddelt konsesjon. Kravet til årsakssammenheng er oppfylt om de ankende parter anses bedre enn en av disse sju. Statens anførsler om at retten ikke har det fulle bildet i forhold til søkerne totalt og at det dermed ikke foreligger årsakssammenheng, kan ikke gis medhold. Det foreligger videre økonomisk tap.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Fiskeridirektoratets vedtak (sak NR. 10/4279 og NR. 10/4258) av 29. april 2010 rettet mot Eide Fjordbruk AS, kjønes

ugyldig.

2. Fiskeridirektoratets vedtak (sak NR. 10/4290) av 29. april 2010 rettet mot Fyllingsnes Fisk AS, kjennes ugyldig.
3. Staten er ansvarlig for det tap Eide Fjordbruk AS har lidt som en følge av at Eide Fjordbruk AS ikke ble tildelt Aquakulturtillatelser til matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann i tildelingsrunden i 2009.
4. Staten er ansvarlig for det tap Fyllingsnes Fisk AS har lidt som en følge av at Fyllingsnes Fisk AS ikke ble tildelt Aquakulturtillatelser til matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann i tildelingsrunden i 2009.
5. Fyllingsnes Fisk AS og Eide Fjordbruk AS tilkjennes sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Ankemotparten - Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet - har i det vesentlige anført:

Saken gjelder krav om at tre vedtak om avslag på søknad om akvakulturtillatelser i forbindelse med tildelingsrunden for 2009 kjennes ugyldige, som dels er basert på feil knyttet til selve vedtakene, dels på feil knyttet til to andre vedtak som kom senere i tid, og som ikke ble truffet som ledd i tildelingsrunden 2009. Videre er det krevd fastsettelsesdom for erstatningsansvar for staten som følge av ugyldige vedtak.

I forhold til spørsmålet om ugyldighet som følge av feil knyttet til selve vedtakene, vises det til søknadsregimets karakter. Det vises til tildelingsforskriften, merknader til forskriften, utlysningstekst og søknadsskjema. Videre gjaldt det et fastfrysingsprinsipp som innebar at faktiske forhold, opplysninger og dokumentasjon etter søknadsfristens utløp ikke ble hensyntatt, heller ikke i klageomgangen. Søkerne hadde hovedansvaret for sakens opplysning, og det skulle foretas en samlet skjønnsmessig vurdering. Tildelingsforskriftens § 6 fjerde ledd bokstavene a og b inneholder kriterier som det skulle legges særlig vekt på. Hvert regionkontor vurderte søknadene for sin region, og man hadde klagemulighet til Fiskeridirektoratet. Det er sentralt at ankepartene ikke nådde opp fordi de skrev for dårlige søknader når det gjaldt bearbeidingskriteriet. Søknadene var for vage, uforpliktende og for lite dokumentert. Det vises til søknadene og vedtakene som underbygger dette samt til tingrettens behandling. Det bemerkes ellers at det i klagevedtaket for Fyllingsnes er en feil under punkt 4.4.2 vedrørende bearbeidingskriteriet ved at det mangler et ord "ikke" i teksten.

PD kriteriet var ikke utslagsgivende for vedtakene om avslag. Det vises til tildelingsforskriften § 6 femte ledd hvor det fremgår at det skal legges vekt på dette. I klagevedtaket for Fyllingsnes fremgår det at regionkontoret har støttet seg på Mattilsynets vurderinger og at Fiskeridirektoratet er enig i disse vurderingene. Det vises også til regionkontorets klageinnstilling hvor det fremgår at Fyllingsnes ikke skiller seg ut fra tilsagnshavernes søknader ved en bedre oppfyllelse av kriteriet om at søkernes samlede drift vil fremstå som mer bærekraftig med hensyn til bekjempelse av PD. Også i forhold til Eide vises det til at regionkontoret har støttet seg til Mattilsynets vurderinger, noe Fiskeridirektoratet var enig i.

Det beror også på en fiksjon at de ankende parter sto for tur for det tilfellet at de øvrige som ble vurdert å være i tetsjiktet "røk ut". Det er ikke noe holdbart grunnlag for dette. I tabellen som er inntatt i ankeerklæringen s. 8 er det foretatt en rangering i forhold til de som ble tildelt konsesjon, men dette er ankepartenes egen rangering. De har heller ikke forholdt seg til alle søknader, kun de aktuelle kandidater til å nå opp. I klagevedtakene er ankepartene nevnt sammen med de som nådde opp, men ingen av de nevnte forhold underbygger at de sto for tur.

Anskaffelsesprinsipper gjelder ikke ved tildelinger etter akvakulturloven. Det er ikke nevnt noe i loven eller dens forarbeider om krav om gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet, forutberegnelighet og likebehandling. Rt 1998/ 1398 (Torghatten) gjaldt en offentlig anskaffelse og er ikke sammenlignbar med vår sak. Avgjørelsen i Rt 2013/1187 gjaldt likebehandling i en bestemt kontekst om sakens opplysning, men det må legges til grunn at det ikke gjelder noen rettslig norm om likebehandling utover det som følger av vanlige forvaltningsrettslige regler. I Oslo tingretts dom 11.03.2013 er det uttalt at det også i forhold til tildelinger av oppdrettskonsesjoner er viktig å sikre rettferdighet og forutsigbarhet for søkerne, men det er ikke det samme som at det gjelder samme krav som på anskaffelsesrettens område.

For så vidt gjelder tilleggstillatelsene 21.12.2010 ble de vedtatt direkte med hjemmel i akvakulturloven §§ 4 jf. 6, ikke med hjemmel i tildelingsforskriften. Spørsmålet er om det var en "nær sammenheng" mellom tilleggstillatelsene og tildelingsrundens tillatelser. I Oslo tingretts dom 11.03.2013 s. 16 er det vist til lovens forarbeider som grunnlag for at prinsippene i tildelingsrunden også skulle vært lagt til grunn for tilleggstillatelsene. Men forarbeidene gir ikke grunnlag for dette. Synspunktene i nevnte tingretts dom er videreført i Oslos tingretts dom 12.11.2014 s. 19. Det er en ren konstruksjon å anta at de ankende parters vedtak kan bli kjent ugyldige som følge av at tilleggstillatelsene var ugyldige. Det samme gjelder at de ankende parter har krav på erstatning som følge av at disse tilleggstillatelsene var ugyldige. Selv ikke Norsk Havbrukscenter AS påsto dette i Oslo tingretts dom 11.03.2013.

For så vidt gjelder lagmannsrettens kompetanse i forbindelse med tildelingsrunden 2009 er dette korrekt formulert i tingrettens dom i nærværende sak jf. dommen s. 16 første avsnitt. Lagmannsretten kan etterprøve den generelle lovtolkningen i vedtakene, om det foreligger saksbehandlingsfeil og om vedtakene er basert på et korrekt faktum, basert på det som fremgår av søknadene. Det kan også prøves om det er tatt utenforliggende hensyn. Lagmannsretten kan ikke etterprøve vedtaket der direktoratet bygger på Mattilsynets faglige vurderinger eller direktoratets skjønnsmessige vurderinger av fakta i sakene opp mot tildelingskriteriene eller vurdering av hvem som oppfylte tildelingskriteriene best.

Det anføres at vedtakene ikke er ugyldige som følge av uriktig faktum. Det er anført at det foreligger feil vurdering av søknadene hva gjelder bearbeidingskriteriet når det er lagt til grunn at de ankende parter ikke oppfylte bearbeidingskriteriet like godt som de som fikk tillatelse. Staten tiltrer tingrettens dom s. 19. Det vises ellers til søknadenes innhold, også i klagen og hva som er lagt til grunn i vedtakene. Faktum var de opplysninger som fremgikk av søknadene.

Vedtakene er heller ikke ugyldige som følge av rettsanvendelsesfeil. Det er anført at tilbaketrekkingsvedtakene overfor Hennco og Telavåg gir uttrykk for riktig rettsanvendelse. Men også i disse vedtakene ble det foretatt en samlet vurdering. Videre er anført feil rettsanvendelse ved at PD-kriteriet ble vektet feil i forhold til bearbeidingskriteriet. På dette punkt tiltrer staten tingrettens vurdering s. 18 i tingrettens dom. Videre er anført ugyldighet som følge av feil prioritering av fylkeskommunens råd. Dette er en ankegrunn som kun gjelder i forhold til Eide. Staten slutter seg til tingrettens dom s. 20 annet avsnitt og s. 22 sjette og sjuende avsnitt.

Ankepartene anfører videre at vedtakene er ugyldige fordi en unnlot å se hen til den forvaltningsbaserte kunnskap som "frysforskriften" 13.10.2009 bygget på. Til dette anføres at forskriften ikke gjelder for søknader og meldinger mottatt hos Fiskeridirektoratet frem til og med ikrafttredelsesdatoen 13.10.2009. Det er et problem å forskuttere en regulering. Å tillegge en eventuell kunnskap betydning, ville utfordre søknadsregimet og åpne opp for at også andre allmenne forhold ble sett hen til etter søknadsfristens utløp. For tildelingsrunden for 2009 var de angitte prioriteringskriteriene og opplysningene i søknadene pr søknadstidspunktet avgjørende, jf. søknadsregimet. Den forvaltningsbaserte kunnskapen måtte ha kommet til uttrykk i søknaden. Hensyn til likebehandling og effektiv søknadsbehandling tilsier et fastfrysingsprinsipp. Høyesteretts uttalelse om fastfrysingsprinsippet i Rt 2013/1187 avsnitt 37 kan ikke tolkes antitetisk. Spørsmålet i den avgjørelsen var om det var anledning til å se bort fra saksopplysninger som søkeren først kom med i forbindelse med behandlingen av klagesaken. Under enhver omstendighet vil en eventuell feil på dette punktet gjelde PD kriteriet og kan av den grunn uansett ikke medføre at vedtakene blir ugyldige.

Vedtakene er heller ikke ugyldige som følge av saksbehandlingsfeil. Fra ankepartene er det anført som saksbehandlingsfeil at klageorganet tillot at Lingalaks AS fikk komme med nye opplysninger om sin egen virksomhet. Det medførte at klageorganet overprøvde Mattilsynets vurdering av at det var betenkelig av hensyn til PD å frakte fisk fra Nordhordland til Hardanger. Men den etterfølgende korrespondansen og vurderingen - om lang transport av slaktestisk - dreide seg om utdyping av informasjon som forelå allerede i søknaden fra Lingalaks AS. Dette er ikke i strid med likhetsprinsippet som lå til grunn for tildelingsrunden for 2009. De ankende parter etterfølgende opplysninger dreide seg ikke om forhold som fremgikk av søknadene. Uansett fikk Mattilsynets tilleggsuttalelse ingen innvirkning på Fiskeridirektoratets endelige vurdering. Vedtakene er heller ikke ugyldige som følge av saksbehandlingsfeil knyttet til Mattilsynets vurderinger. Det er ikke sannsynliggjort at vedlegg 5 til søknaden fra Fyllingsnes ikke har vært hensynstatt i vurderingen av søknaden. Det er mest sannsynlig at dette vedlegget var kjent, og det kan vanskelig ses at Mattilsynet kunne foretatt den vurderingen det gjorde uten at vedlegg 5 var lest. Uansett hadde det ingen innvirkning på gyldigheten av vedtaket overfor Fyllingsnes at Mattilsynet ikke hadde vedlegget, siden PD kriteriet ikke var utslagsgivende. Eventuell feil kan under enhver omstendighet ikke medføre at vedtaket overfor Eide er ugyldig.

Vedtakene er heller ikke ugyldige som følge av manglende etterfølgende begrunnelse. Det anføres at vedtakene gir tilstrekkelig begrunnelse i seg selv, jf. forvaltningsloven § 24 og 25. Bestemmelsene må tolkes i lys av søknadsregimets karakter. For det tilfellet at det foreligger mangelfull begrunnelse i strid med forvaltningslovens krav, er vedtakene likevel gyldige idet det fremgår av vedtakene at de anliggender som de ankende parter var opptatt av ble vurdert.

Vedtakene er heller ikke ugyldige som følge av at det er tatt utenforliggende hensyn - "smutthullsynspunktet". Det vises til tingrettens dom s. 22 femte avsnitt. Det er ikke sannsynliggjort at det ble sett hen til at Eide hadde drift i Hardangerfjorden eller at det ble lagt vekt på noe "smutthull"- synspunkt. Det vises til forklaringer fra Anne Osland og Geir Martin Kvamme samt regionkontorets vedtak i de ankende parter saker. Uansett er dette reparert i klagevedtaket der det ble foretatt en ny vurdering og hvor klageorganet ikke har vært kjent med dette synspunktet. Dertil kommer at vurderingen av PD kriteriet ikke var utslagsgivende for spørsmålet om hvem som nådde opp i Hordaland. Dette var ikke det sentrale prioriteringskriteriet. Alle søkerne i Hordaland ble vurdert likt hva gjelder PD.

Vedtakene er heller ikke ugyldige som følge av at vedtakene om tilleggstillatelsene til Hennco og Telavåg av 21.12.2010 ble ansett ugyldige. De sistnevnte vedtakene er blitt ansett ugyldige, om enn senere ratihabert som en følge av Oslo tingretts rettskraftige dom 11.03. 2013. Det er bekreftet i ratihaberingsbrevene fra departementet 03.11.2014. Det er imidlertid en klar forskjell mellom Hennco og Telavåg i forhold til ankepartene ved at de sistnevnte ikke hadde innrettet seg og at de heller ikke hadde fått tillatelse i utgangspunktet eller var i "ligaen" til å få slik tildeling.

Dersom det ikke foreligger ugyldighetsgrunner, er det ikke grunnlag for erstatningsansvar. Det vil uansett ikke være tale om erstatningsansvar på objektivt grunnlag, se Rt 2010/291 avsnitt 33. Et eventuelt ansvar må baseres på et subjektivt grunnlag etter skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1. Konstatning av ugyldighet er ikke tilstrekkelig for erstatningsansvar, jf. Eckhoff/Smith (2014) s. 484. Det foreligger ansvarsgrunnlag på subjektivt grunnlag dersom vedtakene blir underkjent som ugyldige som følge av feil ved vedtakene som sådan.

I forhold til tilleggstillatelsene vil det være spørsmål om lovforståelsen som ble lagt til grunn i disse vedtakene var "forsvarlig", jf. Rt 2010/291 avsnittene 42 og 49. Dette er lagt til grunn i senere rettspraksis også for statens rettsvillfarelse. Lagmannsretten må selv ta stilling til om lovforståelsen var forsvarlig, uavhengig av Oslo tingretts dom av 11.03.2013. Det ble vist til Rt 2010/291 avsnitt 45. Argumenter til støtte for at lovforståelsen var forsvarlig var begrunnelsen i selve vedtakene, henvisningen til Prop. 1 S tillegg 3 og at det ble gjort en samlet skjønnsmessig vurdering av Regjeringen i regjeringskonferanse. Innrettelse var den sentrale bakgrunnen for vedtakene, og dette ligger innenfor lovens formål. Det vises også til oppfatningen i ratihaberingsbrevene 03.11.2014.

Dersom det antas å foreligge ugyldighet som medfører uaktsomhetsansvar for så vidt gjelder vedtakene overfor de ankende parter, gjelder hovedårsakslæren ved vurderingen av om det foreligger årsakssammenheng. Men den sentrale årsaken til at de ankende parter ikke fikk tillatelse, var at søknadene ikke var gode nok. Dersom det antas at det foreligger ugyldighet som medfører uaktsomhetsansvar for tilleggstillatelsene, anfører ankepartene at en korrigering av feilen innebærer at den som skulle hatt konsesjon, var den som oppfylte kriteriene best. Men det er ikke holdepunkter for at ankepartene sto for tur til å nå frem i tildelingsrunden 2009. De sammenligner seg kun med de om lå best an. Oslo tingrett har også foretatt en feilslutning i dommen 12.11.2014 s 21 i første og andre avsnitt på dette punkt. Det er ikke holdepunkter for at departementet ville tildelt tilleggstillatelse til de ankende parter. Ingen av dem hadde fått tilsagn i første instans slik Hennco og Telavåg hadde. Det er ingen grunn til at ankepartene fremfor en hvilken som helst annen søker i Hordaland som ikke nådde opp, i så fall skulle fått tildeling. Konsekvensen av at Oslo tingrett kjente vedtakene om tilleggstillatelse ugyldig er at det fattes nye vedtak med en bredere eksplisitt begrunnelse, ikke at tillatelsen i stedet ville gått til de ankende parter.

Det ble ned lagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten finner at anken må tas til følge.

Saken gjelder gyldigheten av tre klagevedtak truffet av Fiskeridirektoratet, Kyst- og havbruksavdelingen - ett for Fyllingsnes og to for Eide - alle vedtak av 29.04.2010. Dels er det spørsmål om vedtakene er ugyldige som følge av feil ved selve vedtakene, dels grunnet feil ved to vedtak av 21.12.2010 som gjaldt to andre selskaper - Hennco og Telavåg.

Vedtakene av 21.12.2010 gjaldt tilleggstillatelser til akvakultur for selskapene Hennco og Telavåg. Disse selskapene fikk som nevnt under saksfremstillingen over, tilbakekalt sine konsesjoner i klageomgangen, jf. vedtak 10.08. og 17.11.2010. for henholdsvis Hennco og Telavåg, men ble erstattet med nye - de nevnte tilleggstillatelsene - omtalt som Giskekonsesjonene. Tingretten unnlot å ta prejudisielt stilling til gyldigheten av disse vedtakene. På bakgrunn av Oslo tingretts dom 11.3.2013, nevnt over, hvor tilleggstillatelser for to selskaper i Nordland ble kjent ugyldige, vurderte Nærings- og fiskeridepartementet omgjøring for disse selskapene, men opprettholdt (ratihaberte) sine vedtak av hensyn til at selskapene hadde innrettet seg i forhold til tillatelsene de hadde fått. Departementet tilla dommen virkning også i forhold til Hennco og Telavåg, og ratihabering fant sted ved brev 03.11.2014, noe som innebærer en erkjennelse av at også vedtakene for de sistnevnte selskaper er ugyldige.

Videre gjelder saken spørsmål om erstatning hvor det er enighet om at retten må ta stilling til om vilkårene for erstatning foreligger med unntak for vilkåret om økonomisk tap.

For så vidt gjelder lagmannsrettens kompetanse i forhold til vedtakene i forbindelse med tildelingsrunden 2009, legges det til grunn at lagmannsretten kan etterprøve den generelle lovtolkningen i vedtakene, om vedtakene er basert på et korrekt faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn og om det foreligger saksbehandlingsfeil.

Det vises ellers til tingrettens dom samt statens anførsler vedrørende selve søknadsregimet som gjaldt ved denne tildelingsrunden. Lagmannsretten nøyer seg med å vise til at søker hadde ansvar for fullstendig søknad og at det gjaldt et fastfrysingsprinsipp. Dette innebar at faktiske forhold, opplysninger og dokumentasjon etter søknadsfristens utløp ikke ble hensyntatt, heller ikke i klageomgangen. Søkerne hadde hovedansvaret for sakens opplysning. Dette var gjort av hensyn til likebehandling mellom søkerne og av effektivitetshensyn. Søknadene ble avgjort blant annet utfra kriteriene i tildelingsforskriften hvor § 6 fjerde ledd bokstavene a og b, som nevnt over, inneholder kriterier som det skulle legges særlig vekt på. Videre skulle avgjørelsen baseres på merknader til forskriften, utlysningstekst og søknadsskjema. Fiskeridirektoratets regionkontor skulle videre kontakte den aktuelle fylkeskommunen om næringspolitiske vurderinger, jf. forskriftens § 6 andre ledd. Det skulle ellers foretas en samlet skjønnsmessig vurdering. Hvert regionkontor vurderte søknadene for sin region, og man hadde klagemulighet til Fiskeridirektoratet.

Etter akvakulturloven § 7 første ledd bokstav c er departementet gitt kompetanse til å fastsette prioriteringskriterier for tildeling av tillatelse, og det er ovenfor vist til tildelingsforskriften, særlig § 6, der tildelingskriteriene fremgår. I merknadene til forskriften fremgår det at kriteriene vil inngå i en samlet vurdering og at de verken er kumulative eller uttømmende.

I forskriftens § 6 fjerde ledd bokstav a fremgår det som nevnt, at det særlig skal legges vekt på om søker er en "mindre aktør" i næringen. I følge merknadene regnes aktører med inntil 19 tillatelser til oppdrett av matfisk av laks, ørret og regnbueørret som "mindre aktører". Videre fremgår det av merknadene at søkere som er å regne som "mindre aktører", i utgangspunktet konkurrerer på like vilkår, men at den mindre aktøren oppfyller kriteriet best i valget mellom søkere som "elles blir vurdert som like". Når sistnevnte kriterium ikke er anvendt, jf. klagevedtakene punkt 4.4.1, har det sammenheng med at Fiskeridirektoratet samlet sett og "særlig sett i lys av PD situasjonen" vurderte at ankepartene ikke var like gode som tilsagnshaverne.

I relasjon til forskriftens § 6 bokstav b skal det som nevnt, videre særlig vektlegges søkerens evne og uttrykte vilje til å legge til rette for "auka bearbeiding" med sikte på økonomisk integrasjon i "kystdistrikta" i Norge. Det er i merknadene til forskriften inntatt en uttømmende liste over kommuner i blant andre Hordaland som Fiskeridirektoratet regner som kystdistrikt. I følge merknadene skal videre formuleringen "bearbeiding" forstås vidt og omfatte både slakting, videreforedling og annen bearbeidelse. Men det fremgår at videreforedling utover slakting veier tyngre enn bare slakting. Det skal videre legges vekt på sannsynliggjøring og dokumentasjon av bearbeidingsplanene, i følge merknadene. Det er ikke anført at det foreligger feil i rettsanvendelsen vedrørende selve forståelsen av de ovennevnte formuleringer. Det oppfattes heller ikke anført at klagevedtakene er basert på et uriktig faktum. Men i forhold til Fyllingsnes er det anført at klagevedtaket ikke bygger på bearbeidelseskriteriet. Subsidiært er det anført å foreligge en feil ved rettsanvendelsen, eventuelt ved faktum, dersom dette kriterium er vektlagt, siden Fyllingsnes oppfylte dette kriteriet like godt som flere av tilsagnshaverne.

For så vidt gjelder førstnevnte problemstilling knytter den seg til selve forståelsen av klagevedtaket på dette punkt. I følge punkt 4.4.2 i vedtaket fremgår følgende:

Klager anfører Fyllingsnes Fisk oppfyller dette kriteriet like godt som flere av de som fikk tilsagn om tillatelse.

Regionkontoret la til grunn for sin behandling av søknadene av Fyllingsnes Fisk oppfyller dette kriteriet like godt som flere av de som fikk tilsagn om tillatelse.

Fiskeridirektoratet er enig i regionkontorets vurderinger.

Lagmannsretten er enig i at formuleringen i det andre avsnittet i sitatet isolert sett underbygger ankepartenes anførsel på dette punkt. Staten har anført at ordet "ikke" mangler i avsnittet slik at det korrekt skulle stått at Fyllingsnes Fisk ikke oppfylte dette kriteriet like godt som flere av tilsagnshaverne. Sammenhengen mellom første og andre avsnitt i vedtaket kan støtte et slikt syn. Basert på klageinnstillingen er det derimot mer uklart hva som menes. Der er det dels benyttet formuleringer som er forenlige med ordlyden i klagevedtaket på dette punkt, dels formuleringer som støtter statens syn. Lagmannsretten finner det for sin del ikke nødvendig å komme nærmere inn på dette.

I forhold til den subsidiære anførselen er det vanskelig å forstå hva som er grunnlaget for at Fyllingsnes skulle være dårligere enn flere av tilsagnshaverne, sett hen til at flere av dem ikke foretok bearbeiding i kystdistrikt slik dette skulle forstås i følge merknadene. Eksempelvis foretok både Langøylaks AS og Troland Fiskeoppdrett AS bearbeidelsen - slakting - i Sund kommune som i følge merknadene ikke var å anse som kystdistrikt.

I forhold til Eide er begrunnelsen i klagevedtaket på dette punkt en noe annen, siden kravet om "kystdistrikt" i utgangspunktet var oppfylt. Dette selskapet hadde planer om bearbeiding på Voss som i følge merknadene var definert

som kystdistrikt. I forhold til dette selskapet fant direktoratet derimot ikke vilkårene om sannsynliggjøring og dokumentasjon oppfylt. Tingretten har vurdert de sistnevnte vilkår i dommen s. 19-20. Lagmannsretten er ikke uenig i den vurderingen. Men det er vanskelig for lagmannsretten å se at konsekvensen av at man ikke fant tilstrekkelig sannsynliggjort en bearbeiding på Voss og således i et kystdistrikt, skulle sette Eide i noen annen og dårligere stilling enn de selskapene som søkte og fikk tilsagn, men som overhodet ikke oppfylte kriteriet om kystdistrikt, jf. selskapene nevnt over.

Det fremgår ellers av forskriftens § 6 andre ledd at næringspolitiske vurderinger fra fylkeskommunene vektlegges. Som nevnt over skal det videre foretas en samlet vurdering. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å komme nærmere inn på disse vurderingene fordi det avgjørende for lagmannsretten har vært Fiskeridirektoratets vurdering av kriteriet i forskriftens § 6 femte ledd- PD kriteriet.

I følge forskriftens § 6 femte ledd skal det, foruten de ovennevnte kriterier, i tillegg vektlegges om tillatelsen vil bli brukt på en slik måte at den samlede driften til selskapet etter tildelingen fremstår som mer bærekraftig i bekjempelsen av PD - pankreassykdom. Basert på ordlyden i forskriften, er lagmannsretten enig med tingretten i at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å legge *særlig vekt* på dette kriteriet, i motsetning til de kriterier som fremgår av § 6 fjerde ledd, jf. tingrettens dom s 18.

Basert på statens bekreftelse under ankeforhandlingen, legger lagmannsretten til grunn at det nå er enighet mellom partene om at dette kriteriet ikke har hatt utslagsgivende effekt, verken for Fyllingsnes eller Eide. Det finner lagmannsretten imidlertid ikke forenlig med den begrunnelse som er gitt i klagevedtakene for disse selskapene. Dette gjør det nødvendig å gå nærmere inn på disse vedtakene, men også tidligere dokumenter, siden disse kaster lys over begrunnelsen i klagevedtakene på dette punktet.

I ankepartenes søknader av 28. og 29.04.2009 er det som vedlegg 5 begrunnet nærmere hvordan en ny tillatelse vil få positive virkninger i forhold til å bekjempe PD, noe man mener vil kunne innfris ved en lokalisering av driften til Ospneset og Langøy i Fensfjorden/Austfjorden. Som nevnt under partenes anførsler er det problematisert hvorvidt beslutningsmyndigheten hadde lest og var kjent med dette dokumentet. Slik saken ligger an finner lagmannsretten ikke grunn til å komme nærmere inn på det.

Som nevnt under saksfremstillingen ble alle søknadene sendt til Mattilsynet for vurdering med hensyn til forebygging og bekjempelse av pankreassykdom. I følge tingrettens saksfremstilling uttales følgende om dette:

Fiskeridirektoratets regionkontor ba om at søknadene ble delt inn i følgende kategorier:

- "1. Søknader som vil medvirke til å redusere utbredelsen av PD
2. Søknader som ikke vil påvirke utbredelsen av PD
3. Søknader som vil medvirke til å øke utbredelsen av PD"

Samtlige av de selskapene som senere fikk konsesjon, ble plassert i kategori 2 i Mattilsynets vurdering.

Mattilsynets vurdering vedrørende søknaden fra Fyllingsnes ble gjengitt slik i notat datert 29. mai 2009:

"Fyllingsnes Fisk AS ønsker ved tildeling av ny konsesjon å benytte to lokaliteter i Austfjorden som til nå ikke har vært i bruk, Ospneset og Langøy.

Ospneset ligger i Austfjorden ved et smalt sund som kun er 1,5 km bredt. Lenger inne i fjorden er det flere matfisklokaliteter og også et stamfisk/settefiskanlegg, og all brønnbåt-transport som går forbi her må passere veldig nært lokaliteten på vei ut av fjorden. Dette er ikke gunstig med tanke på PD. Bruk av denne lokaliteten vil derfor kunne medføre økt utbredelse av PD.

Lokaliteten Langøy er utgangspunktet plassert i et annet område som bedrer mulighetene for felles brakklegging av Osterfjordsystemet, noe som kan gi redusert utbredelse av PD. En av lokalitetene til Fyllingsnes Fisk AS ligger derimot utenfor de fastsatte smittehygieniske områdene, og Fyllingsnes Fisk AS har ikke forpliktet seg til eventuelt å si fra seg denne lokaliteten, eller å la den bli inkludert i den nærmeste sonen for slik å påvirke utbredelse av PD i Osterfjorden. Mattilsynet vurderer likevel søknaden til kategori 2.

Konklusjon:

Fyllingsnes Fisk AS sine planer i søknaden vurderes i:

- a) kategori 2 (dersom lokaliteten Ospneset ikke benyttes)
- b) kategori 3 (dersom lokaliteten Ospneset benyttes)"

For Eide ble Mattilsynets vurderinger gjengitt slik i notat datert 2. juni 2009:

"Eide Fjordbruk AS har planlagt å samarbeide med Fyllingsnes Fisk AS. De ønsker ved tildeling av ny konsesjon å benytte to lokaliteter i Austfjorden som til nå ikke har vært i bruk, Ospneset og Langøy.

Ospneset ligger i Austfjorden ved et smalt sund som kun er 1,5 km bredt. Lenger inne i fjorden er det flere matfisklokaliteter og også et stamfisk/settefiskanlegg, og all brønnbåt-transport som går forbi her må passere veldig nært lokaliteten på vei ut av fjorden. Dette er ikke gunstig med tanke på PD. Bruk av denne lokaliteten vil derfor kunne medføre økt utbredelse av PD.

Eide Fjordbruk AS nevner også en ny lokalitet, Kremmarvika som et eventuelt alternativ ved tildelingen av en ny konsesjon. Denne ligger bare 2,1 km fra nærmeste matfisklokalitet (Lerøy Vest AS sin i Leirvika) og 4,3 km fra setterfiskanlegget til Marine Harvest (Kvinge S). Anbefalte minsteavstander er henholdsvis 2,5 og 5 km, og lokaliteten ligger dermed ikke gunstig til med tanke på PD.

Siden Eide Fjordbruk AS har avtalt samarbeid med Fyllingsnes Fisk AS vurderes de to søknadene i sammenheng.

Konklusjon:

Eide Fjordbruk AS sine planer i søknaden vurderes i:

- a) kategori 2 (dersom lokaliteten Ospneset og Kremmarvika ikke benyttes)
- b) kategori 3 (dersom lokaliteten Ospneset og/eller Kremmarvika benyttes)"

Lagmannsretten oppfatter at regionkontoret i klageinnstillingen har sluttet seg til Mattilsynets vurderinger. I klageinnstillingen i forhold til Fyllingsnes fremgår blant annet følgende på dette punktet:

Fyllingsnes Fisk AS sin søknad ble ikke vurdert til å kunne medvirke til å redusere utbredelsen av PD. Fyllingsnes Fisk AS skiller seg dermed ikke ut på dette punkt fra tiltakshavernes søknader, ved en bedre oppfyllelse av kriteriet om at søkerens samlede drift etter tildelingen vil fremstå som mer bærekraftig med hensyn til bekjempelse av PD, slik det hevdes i klage.

For Eide oppfattes vurderingen å være den samme selv om det ikke gis direkte uttrykk for det.

I klagevedtaket for Fyllingsnes er det under punkt 4.4.3 til klagers anførsel om "at den samla drifta til selskapet etter tildelinga vil stå fram som meir berekraftig i nedkjempinga av PD", vist til at regionkontoret med stor vekt på Mattilsynets vurdering, mente at dette ikke var tilfellet. Fiskeridirektoratet var enig i denne vurderingen som støttet seg på Mattilsynets faglige ekspertise og regionkontorets lokale ekspertise. Under punkt 4.4.4 "Miljømessig bærekraftig utvikling" uttales følgende:

Regionkontoret mente som nevnt at en tildeling på de lokalitetene som Fyllingsnes Fisk oppga i søknaden, kunne medvirke til å øke utbredelsen av PD. Regionkontoret la stor vekt på Mattilsynets vurdering.

Fiskeridirektoratet har ingen innvendinger mot det skjønnet som regionkontoret har utøvd vedrørende hensynet til en miljømessig "berekraftig utvikling", særlig med tanke på at en tildeling på de omsøkte lokalitetene kunne medvirke til å øke utbredelsen av PD, jf. § 1. Fiskeridirektoratet mener at en eventuell tildeling til Eide Fjordbruk (Fyllingsnes Fisk :lagmannsrettens bemerkn.) ikke kunne "skje innanfor rammene av ei berekraftig utvikling" på en like god måte som de som fikk tilsagn om tillatelse, jfr. § 1 og hensynene bak § 6 siste ledd

I den samlede vurdering under punkt 4.4.5 heter det:

Fiskeridirektoratet har foretatt en ny vurdering av søknaden og klagen, og finner ikke at det foreligger forhold som tilsier at Fyllingsnes Fisk oppfyller tildelingskriteriene eller formålet med tildelingsrunden 2009 bedre eller like godt som selskapene som fikk tilsagn om tillatelse i Hordaland, jf. §§ 1 og 6. En eventuell tildeling ville ikke kunne "skje innanfor rammene av ei berekraftig utvikling" like godt som de som fikk tilsegn om tillatelse i Hordaland, jfr. § 1 og hensynene bak § 6 siste ledd.

I klagevedtaket i forhold til Eide under punkt 4.4.4 som tilsvarer punkt 4.4.3 for Fyllingsnes, sier Fiskeridirektoratet seg enig i regionkontorets vurderinger og uttaler videre:

Mattilsynet skrev i sin uttalelse 12. juni 2009, at akvakulturvirksomhet på lokalitetene som klager oppga i søknaden *totalt sett* ville føre til negative endringer i lokalitetsstrukturen i forhold til PD-bekjempelse.

Regionkontoret mente at klager ikke oppfylte kriteriet "at den samla drifta til selskapet etter tildelinga vil stå fram som meir berekraftig i nedkjempinga av PD", jf. § 6, femte ledd.

Fiskeridirektoratet var enig i denne vurderingen som støttet seg på Mattilsynets faglige ekspertise og regionkontorets lokale ekspertise. Under punkt 4.4.4 "Miljømessig bærekraftig utvikling" er det vist til at regionkontoret mente at en tildeling på de lokalitetene som Eide oppga i søknaden, kunne medvirke til økt utbredelse av PD og at regionkontoret hadde lagt stor vekt på Mattilsynets vurdering. Fiskeridirektoratet hadde ingen innvendinger mot dette skjønnet med likelydende begrunnelse som nevnt i sitatet over vedrørende Fyllingsnes. Det er videre gitt en likelydende begrunnelse som for Fyllingsnes under den samlede vurdering i punkt 4.4.5.

Lagmannsretten viser videre til forklaring fra vitnet, seniorrådgiver Lise Kvinnsland i Fiskeridirektoratet som var seksjonssjef i direktoratet da de ovennevnte klagevedtakene ble behandlet i direktoratet. Hun bekreftet at direktoratet ikke overprøvde Mattilsynets vurderinger vedrørende PD-kriteriet. Videre bekreftet hun at det ble lagt til grunn at Fyllingsnes og Eide ikke oppfylte dette kriteriet like godt som tilsagnshaverne, men uttalte også at det ble foretatt en totalvurdering. Vitnet, seniorrådgiver Magnhild Daltveit i Mattilsynet forklarte at det var krevende å vurdere dette kriteriet og at det var nødvendig å ha et overordnet blick på lokalitetene, siden oppdretterne kunne flytte mellom de ulike lokaliteter. Hun uttalte også at kategoriene måtte vektas forsiktig.

Lagmannsretten har over omtalt kriteriet "mindre aktør". I klagevedtakene under punkt 4.4 - prioritering av søkerne og underpunkt 4.4.1 i forhold til kriteriet "mindre aktør"- fremgår det at Fiskeridirektoratet sluttet seg til regionkontorets tolking av regelverket når det ble uttalt at ankepartene oppfylte dette kriteriet på lik linje med tilsagnshaverne. I tillegg sluttet direktoratet seg til regionkontorets uttalelse om at det i valget mellom søkere som ellers ble vurdert som like, ville den mindre aktøren oppfylle kriteriet best og presiserer selv at det bare er når søkerne blir vurdert som like at dette kriteriet kan vektlegges. Videre heter det:

I denne saken var søknaden samlet sett, særlig sett i lys av PD situasjonen, ikke like god som de som fikk tilsagn om tillatelse. Kriteriet kunne derfor ikke tillegges vekt.

Basert på det som er gjennomgått av klagevedtakene over, samt vitneforklaringen fra Kvinnsland, legger lagmannsretten til grunn at PD kriteriet er tillagt vekt og at det er lagt til grunn at ankepartene ikke oppfylte dette kriterium på en like god måte som tilsagnshaverne. I forhold til klagevedtakene, vises det til det som er uttalt under vurderingen av dette kriteriet, men også under vurderingen av kriteriet "mindre aktør". Selv om avgjørelsen etter forskriften også er basert på en samlet vurdering, er PD kriteriet også i den vurderingen i klagevedtakene, særlig fremhevet som det kriteriet som skiller ankepartene fra tilsagnshaverne. Dersom det forholdt seg slik anført fra staten, at det var bearbeidelseskriteriet som i realiteten var det utslagsgivende kriterium, ville det vært rimelig å forvente at dette kriteriet særlig ble nevnt i en slik

samlet vurdering. Men under enhver omstendighet finner lagmannsretten at PD kriteriet er tillagt en vekt som ikke er forenlig med at dette kriteriet ikke skulle tillegges utslagsgivende effekt, slik partene er nå enige om.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at klagevedtakene er ugyldige. Det legges til grunn at den feil som er gjort ikke knytter seg til rettsanvendelsen, men mest naturlig må anses som en feil knyttet til faktum - at PD kriteriet i relasjon til ankepartene er tillagt en vekt ved vurderingen det ikke var grunnlag for basert på de faktiske forhold.

Lagmannsretten finner det etter dette ikke nødvendig å komme inn på spørsmålet om det foreligger saksbehandlingsfeil der det er anført en rekke forhold, eller å vurdere spørsmål om gyldigheten av vedtakene basert på tilleggsvedtakene fra 2010.

I forhold til erstatningsspørsmålet tar lagmannsretten utgangspunkt i at vedtakene er kjent ugyldige. For å kunne idømme erstatning må imidlertid erstatningsbetingelsene som følger av alminnelig erstatningsrett være til stede. Lagmannsretten legger videre til grunn at det i forhold til spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag, må gjøres en vurdering etter skadeserstatningsloven § 2-1. Det følger av bestemmelsens nr. 2 at det offentlige er omfattet av det alminnelige arbeidsgiveransvar. Dette ansvar omfatter også ansvar for myndighetshandlinger. I følge bestemmelsens nr. 1 skal det foretas en aktsomhetsvurdering hvor det vil være spørsmål om myndighetsutøvelsen har vært forsvarlig, jf. Rt 2010/291.

Lagmannsretten finner at det foreligger ansvarsgrunnlag på subjektivt grunnlag siden vedtakene er ugyldige som følge av feil ved vedtakene som sådan. Det kan ikke ses å foreligge noen form for subjektiv unnskyldning i forhold til disse vedtak. Spørsmål om forsvarligheten av statens lovførståelse går lagmannsretten ikke inn på. Basert på statens anførsler, oppfattes dette dessuten bare aktuelt å vurdere dersom ugyldigheten var basert på vedtakene om tilleggstillatelser av 21.12.2010.

Lagmannsretten finner videre at kravet til årsakssammenheng er til stede. Spørsmålet er hva som er hovedårsaken til at ankepartene ikke fikk tillatelse. Fra staten er det anført at årsaken var at søknadene ikke var gode nok - at de var for vage, uforpliktende og for lite dokumentert.

Lagmannsretten finner ikke at det som anføres av staten har vært nevneverdig sentralt i forhold til PD kriteriet. Vurderingen i klagevedtaket har på dette punkt i all hovedsak vært basert på en vurdering fra Mattilsynet av personer med kompetanse på slike sykdomsmessige forhold hos fisk - i all hovedsak personer med veterinærkompetanse. Lagmannsretten oppfatter at en slik vurdering i liten grad baseres på opplysninger i søknadene og har heller ikke oppfattet at søknadene var utilfredsstillende på dette punkt.

Det legges videre til grunn at kravet til påregnelig skadefølge er oppfylt.

Det økonomiske tap er ikke tvistetema i saken.

Anken blir etter dette å ta til følge.

Ankemotparten skal etter lovens hovedregel erstatte de ankende parters sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 (1). Lagmannsretten har ikke funnet grunn til å gjøre unntak etter bestemmelsens tredje ledd. Advokat Mathiassen har på vegne av de ankende parter krevd kr. 1 585.548 hvorav kr. 84 673 er utgifter. I tillegg kommer rettsgebyr med kr. 26 640.

I medhold av tvisteloven § 20-9 (2) skal lagmannsretten legge sitt resultat til grunn ved avgjørelsen av krav på sakskostnader for tingretten. Ankemotparten skal med samme begrunnelse som nevnt over erstatte de ankende parters sakskostnader for tingretten. Advokat Mathiassen har på vegne av de ankende parter krevd kr. 1 854 273 hvorav kr. 110 273 er utgifter. I tillegg kommer rettsgebyr på kr. 14 620. Det er i omkostningsoppgaven for tingretten opplyst at utsettelse to ganger av hovedforhandlingen fordyret saken betydelig.

Advokat Emberland har gitt uttrykk for at ankende parters sakskostnadskrav er for høye både for lagmannsretten og for tingretten. Lagmannsretten har vurdert begge krav, men finner at saken både for lagmannsretten og for tingretten har vært meget krevende både i forhold til faktum og juss og har derfor ikke funnet grunnlag for noen reduksjon, jf. tvisteloven § 20-5.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Fiskeridirektoratets vedtak (sak NR. 10/4279 og NR. 10/4258) av 29. april 2010 rettet mot Eide Fjordbruk AS, kjennes ugyldig.
2. Fiskeridirektoratets vedtak (sak NR. 10/4290) av 29. april 2010 rettet mot Fyllingsnes Fisk AS, kjennes ugyldig.
3. Staten er ansvarlig for det tap Eide Fjordbruk AS har lidt som en følge av at Eide Fjordbruk AS ikke ble tildelt akvakulturtillatelser til matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann i tildelingsrunden i 2009.
4. Staten er ansvarlig for det tap Fyllingsnes Fisk AS har lidt som en følge av at Fyllingsnes Fisk AS ikke ble tildelt akvakulturtillatelse til matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann i tildelingsrunden i 2009.
5. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet til Fyllingsnes Fisk AS og Eide Fjordbruk AS 1 585.548 - enmillionfemhundreogåttifemtusenfemhundreogførtiåtte - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelse av dommen.
6. I sakskostnader for tingretten betaler Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet til Fyllingsnes Fisk AS og Eide Fjordbruk AS 1 854 273 - enmillionåttehundreogfemtifiretusentohundreogsyttitre - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelse av dommen.