

Omgjøring av vedtak i sak om utviklingstillatelser i akvakulturen – Erko Seafood

31.5.2024 (2022/6000)

Saken gjelder Nærings- og fiskeridepartementets omgjøring av et vedtak om utviklingstillatelser i akvakultursektoren, og spørsmålet om omgjøringen var gyldig.

Et selskap hadde klaget til departementet over Fiskeridirektoratets avslag på søknaden deres om tillatelser. Selskapet fikk medhold i klagen og departementet opphevet avslagsvedtaket.

Departementet mente at enkelte sider ved prosjektet ikke var tilstrekkelig godt dokumentert, og selskapet ble gitt en seks måneders frist for å inngi ytterligere dokumentasjon. Direktoratet skulle deretter vurdere om vilkårene for å innvilge tillatelser var oppfylt basert på den nye dokumentasjonen. Departementet hadde i denne sakstypen tidligere hatt praksis for å avslå søknader som ikke ble ansett tilstrekkelig dokumentert ved klagebehandling. I opphevingsvedtaket ble det lagt opp til å endre denne praksisen slik at det ble tillatt å etter-dokumentere enkelte forhold.

Departementet omgjorde senere sitt eget vedtak ettersom departementet mente det manglet hjemmel til å gi slik utvidet dokumentasjonsfrist. Hjemmelsmangelen gikk etter departementets syn ut på at vedtaket om å oppheve avslaget på søknaden om utviklingstillatelser, bygget på en uriktig tolkning av et av vilkårene for å tildele utviklingstillatelser – at prosjektet måtte innebære «betydelig innovasjon». Bakgrunnen for omgjøringen var også at sivilombudet hadde gitt en uttalelse om denne tildelingsordningen (SOM-2022-1461 Viewpoint Seafarm AS).

Departementet oppfattet at ombudet i uttalelsen hadde lagt til grunn at departementet bygget på en ny og uriktig lovforståelse ved praksisendringen. I praksis innebar omgjøringen at selskapets søknad om utviklingstillatelser ble avslått.

Sivilombudet har kommet til at Nærings- og fiskeridepartementets opprinnelige vedtak om å oppheve direktoratets avslag på selskapets

søknad om utviklingstillatelser, ikke var ugyldig. Etter ombudets syn innebar vedtaket en endring i saksbehandlingspraksis og ikke en ny tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon». Vedtaket var dermed ikke ugyldig som følge av en innholdsmangel.

Ombudet kan heller ikke se at vedtaket var ugyldig på annet grunnlag. Verken forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt, eller prinsippet om likebehandling, synes å sette skranker for å tillate utsatt dokumentasjonsfrist. Det forelå dermed ikke grunnlag for omgjøring. Ombudet ba derfor om at departementet vurderer hvordan feilen kan rettes opp.

Sakens bakgrunn

(1) Akvakulturselskapet Erko Seafood AS («Erko») søkte 16. november 2017 Fiskeridirektoratet om syv utviklingstillatelser for et prosjekt innen akvakulturnæringen. Utviklingstillatelsene var en del av en midlertidig ordning med særtillatelser til å drive akvakultur for prosjekter som innebar betydelig innovasjon og betydelige investeringer, og som kunne bidra til å løse en eller flere av miljø- og arealutfordringene som akvakulturnæringen står overfor. Ordningen var hjemlet i den dagjeldende laksetildelingsforskriften (forskrift 22. desember 2004 nr. 1798). Det var mulig å søke til Fiskeridirektoratet fra 20. november 2015 til 17. november 2017.

(2) Det fremgikk at det ikke ville bli gitt tillatelse til like eller tilnærmet like prosjekter, ettersom det ikke ville bidra til å oppnå formålet med ordningen. I slike tilfeller gjaldt det et først i tid, best i rett-prinsipp, hvor kun den første søknaden som kom inn til direktoratet eventuelt kunne tildeles tillatelse. Det fulgte av en beskrivelse av praksis på direktoratets nettsider at søkere etter innsendt søknad ville motta forhåndsvarsel med en tre ukers frist til å supplere søknaden med relevant informasjon. Tilleggsinformasjon kunne derimot ikke være av en slik karakter at den i realiteten innebar innsending av ny søknad.

(3) Erkos søknad ble først avslått ved direktoratets vedtak 13. desember 2018. Avslaget var begrunnet i at prosjektet ikke var tilstrekkelig dokumentert, og at et av vilkårene for å tilkjenne utviklingstillatelser – at prosjektet måtte innebære «betydelig innovasjon» – dermed ikke var oppfylt. Erko sendte 24. januar 2019 klage over vedtaket til Nærings- og fiskeridepartementet.

(4) Selskapet fikk i departementets vedtak 10. mai 2021 medhold i klagen over direktoratets avslag. Departementets tidligere praksis hadde vært at saker der det på vedtakstidspunktet ikke ble ansett dokumentert at prosjektet ville føre til «betydelig innovasjon» ble avslått. Selv om departementet i stor grad var enig med direktoratet i at prosjektet burde vært bedre dokumentert, opphevet departementet avslaget fra direktoratet.

(5) I vedtaket ble det vist til at departementet ved behandlingen av en klagesak fra selskapet Roxel Aqua AS, nå Blár AS, «besluttet å endre dokumentasjonskravet hva gjelder drift på eksponerte anlegg». Endringen innebar at det «ikke kreves like omfattende dokumentasjon som i tidligere saker på nåværende stadium i tildelingsprosessen». Det ble slått fast at vilkåret om «betydelig innovasjon» var oppfylt, samtidig som det ble understreket at det forutsatte at «Erko på et senere tidspunkt oppfyller det samlede dokumentasjonskravet». Det ble videre vist til at endringen «[i] praksis betyr [...] at tidspunktet for oppfyllelse av det samlede dokumentasjonskravet er flyttet».

(6) I etterkant av opphevsvedtaket var det lagt opp til at saken skulle sendes tilbake til direktoratet, som skulle behandle saken videre og vurdere om øvrige tildelingsvilkår var oppfylt. Det ble stilt vilkår om at bestemte forhold ved driften av anlegget måtte dokumenteres overfor direktoratet innen seks måneder etter mottak av vedtaket. Dersom det ikke ble gjort, ville «kravet til betydelig innovasjon ikke være oppfylt».

(7) Et selskap som tidligere hadde fått avslag på søknaden om utviklingstillatelse fordi dokumentasjonskravet ikke var oppfylt, var blitt kjent med at enkelte søkere, deriblant Erko, hadde fått mulighet til å etter-dokumentere at kravet om «betydelig innovasjon» var oppfylt, uten at de selv hadde fått denne muligheten. Selskapet, Viewpoint Seafarm AS («Viewpoint»), klaget 18. mai 2021 til ombudet. Det mente at departementets praksisendring innebar usaklig forskjellsbehandling.

(8) I uttalelsen SOM-2022-1461 kritiserte ombudet departementet for å endre praksis uten å se hen til hensynet til likebehandling og innrettelse. I et tillegg til uttalelsen 29. mars 2022 skrev ombudet at «[s]elv om ombudet ikke har krevet at departementet behandler Viewpoints søknad på nytt, er det, slik ombudet vurderer det, naturlig at departementet ved oppfølgingen av saken vurderer om en løsning kan være at Viewpoint og andre selskaper i tilsvarende situasjon får anledning til å bli vurdert i henhold til kriteriene etter praksisomleggingen». Det ble presisert at øvrige søkere i tildelingsordningen, ikke hadde vært parter i saken, og at ombudet derfor ikke hadde vurdert eventuelle konsekvenser av feilen i behandlingen av Viewpoints sak for dem. Ombudet hadde altså ikke vurdert konsekvensene for Erko.

(9) Departementet sendte 8. april 2022 et brev til direktoratet med orientering om ombudsuttalelsen i Viewpoints sak. I brevet ble direktoratet bedt om å inntil videre avvente å ferdigbehandle saker som kunne berøres av uttalelsen, og å informere søkere om dette.

(10) I etterkant av uttalelsen, har departementet så vidt ombudet bekjent ikke vurdert Viewpoints søknad på nytt. Derimot har det blitt gjort en ny vurdering av saken til de to selskapene som fikk sine søknader behandlet etter den «nye praksisen».

(11) I Erkos sak kom departementet i vedtak 16. november 2022 til at det ikke hadde vært riktig å oppheve direktoratets avslag ettersom praksisendringen i sakene der det var åpnet for etter-dokumentering medførte en endret og uriktig tolkning av vilkåret «betydelig

innovasjon». Vedtaket var etter deres syn truffet uten lov- og forskriftshjemmel og var dermed ugyldig. Departementet valgte å benytte omgjøringsadgangen i forvaltningsloven (fvl.) § 35 første ledd bokstav c.

(12) Erko klaget 5. desember 2022 omgjøringsvedtaket inn for Sivilombudet. Til orientering mottok ombudet parallelt en liknende klage fra selskapet Blár AS, se uttalelsen SOM-2022-6056. Erko ga i klagen uttrykk for at de var uenige i at departementet bygget på en ny og uriktig forståelse av vilkåret. Vedtaket led etter deres syn dermed ikke av noen innholdsmangel som kunne føre til ugyldighet. Erko anførte at vilkåret om «betydelig innovasjon» bygger på en prognose, og at det var slik også før praksisendringen. Etter deres syn, medførte ikke den endrede dokumentasjonsfristen noen endring av den materielle juridiske tolkningen av vilkåret. Den endrede dokumentasjonsfristen hørte ifølge Erko hjemme under utredningsplikten i fvl. § 17.

Våre undersøkelser

(13) Vi fant grunn til å undersøke saken nærmere med Nærings- og fiskeridepartementet.

(14) Det gikk ikke frem av verken klagen eller saksdokumentene om det hadde vært noen videre behandling av saken hos direktoratet i forkant av departementets brev om å stille saker som var berørt av uttalelsen i bero. Vi ba derfor i brev til departementet 30. mars 2023 i første omgang om få opplyst om, og i tilfelle hvordan, Erkos søknad ble fulgt opp av direktoratet i etterkant av departementets vedtak 10. mai 2021. Vi ba særskilt om at det ble opplyst hvorvidt selskapet oversendte ytterligere dokumentasjon i henhold til dokumentasjonskravet i vedtaket 10. mai 2021 og om direktoratet hadde truffet vedtak i saken i forkant av brevet fra departementet 8. april 2022. Hvis departementet så behov for det, ba vi om at det innhentet den nødvendige informasjonen og tilhørende dokumenter fra Fiskeridirektoratet.

(15) Departementet svarte i brev 24. april 2023. Vedlagt svaret fulgte en redegjørelse fra Fiskeridirektoratet 21. april 2023 for deres oppfølging av saken i etterkant av departementets opphevingsvedtak. Av redegjørelsen kom det frem at direktoratet ikke hadde truffet nytt vedtak om tildeling av utviklingstillatelser før de ble bedt av departementet om å stille saken i bero. Slik vi oppfatter det, hadde selskapet på tidspunktet saken ble stilt i bero, vært i dialog med direktoratet i møte og på e-post og inngitt ytterligere dokumentasjon.

(16) I undersøkelsesbrev 3. oktober 2023 ba vi departementet om å begrunne vurderingen av om praksisendringen i vedtaket 10. mai 2021 utgjorde en endret tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon», eller om endringen må ses på som en omlegging av saksbehandlingspraksis, eventuelt begge deler. Vi ba særlig om departementets syn på hvilke krav til dokumentasjon som måtte forankres i vilkåret «betydelig innovasjon» og hva som hørte hjemme under alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler. Videre ba

vi om departementets syn på om praksisendringen innebar et endret krav til sannsynlighetsovervekt for at omsøkte konsept var realiserbart og ville lede til «betydelig innovasjon», og om det var slik at det – i og med at saken skulle sendes tilbake til Fiskeridirektoratet – ble overlatt til direktoratet å beslutte om vilkåret var oppfylt.

(17) Til sist ba vi om departementets syn på Erkos anførsler om at «læren om usaklig forskjellsbehandling ikke [kan] hjemle ugyldiggjøring av begunstigende vedtak på grunn ulik saksbehandling», og om at treukersfristen for å sende inn dokumentasjon kun gjaldt i første instans og dermed ikke hindret departementet fra å ta hensyn til ny dokumentasjon frem til tidspunktet for klagebehandling.

(18) Departementet svarte i brev 5. desember 2023 at det mente praksisendringen utgjorde en endret tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon», og ikke bare en omlegging av saksbehandlingspraksis.

(19) Om forholdet mellom dokumentasjonskrav etter laksetildelingsforskriften og forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler, skrev departementet at det etter laksetildelingsforskriften er opp til søker å sannsynliggjøre at vilkårene i forskriften er oppfylt, hvilket «i praksis [innebærer] et krav om å fremlegge nødvendig dokumentasjon, og gjennom bruk av dokumentasjonen å vise at vilkårene for å få en slik tillatelse er oppfylt». Departementet viste til at utgangspunktet etter utrednings- og veiledningsplikten i forvaltningsloven §§ 17 og 11 i utviklingstillatelsessakene er at søker selv må legge frem opplysningene som er relevante og nødvendige for saken, og at det må vurderes i sammenheng med den enkelte sak hvor langt forvaltningens plikt rekker. Videre viste det til at «[v]eiledningsplikten vil bero på sakens art, en avveining av hvor mye opplysninger som mangler sett opp mot det som er levert og hva som er akseptabel tids og ressursbruk». Etter departementets syn, innebærer utrednings- og veiledningsplikten derimot «ikke at forvaltningen skal utsette saksbehandlingen, slik at en søker kan supplere søknaden med ytterligere dokumentasjon som kan være relevant i vurderingen av om laksetildelingsforskriftens vilkår er oppfylt».

(20) Departementet skrev videre at det gjennom praksis var utviklet en terskel for når en søker har sannsynliggjort at et konsept er realiserbart og innebærer betydelig innovasjon, og at praksisendringen i forbindelse med opphevingsvedtaket innebar at søknaden ikke ble vurdert «basert på om vilkårene var oppfylt på vedtakstidspunktet, men om det beskrevne prosjektet hadde et potensial for å kunne oppfylle tildelingsvilkårene på et senere tidspunkt». Dette medførte, etter departementets syn, et endret krav til sannsynliggjøring.

(21) Til spørsmålet om betydningen av at saken skulle sendes tilbake til Fiskeridirektoratet svarte departementet at det ikke mente at det ved det var overlatt til direktoratet endelig å vurdere dokumentasjon og beslutte om vilkåret var oppfylt. Departementet viste her til at selskapet ville kunne klage til departementet ved nytt avslag.

(22) Departementet bekreftet i svaret på undersøkelsen at det mente at feilen som ga grunnlag for omgjøring, var uriktig rettsanvendelse og at det ikke mente å forankre omgjøringen i læren om usaklig forskjellsbehandling. Til sist, svarte departementet at treukersfristen kun har vært praktisert i første instans. Ved klagebehandlingen har «all dokumentasjon som har vært sendt inn, blitt tatt med i vurderingen», likevel slik at prosjektet ved klagebehandlingen ikke kan «skille[...] seg så mye fra den opprinnelige søknaden, at det må regnes som en ny søknad».

(23) Departementets svar ble oversendt klageren for merknader. Klageren mente at det var «grunnleggende juridisk feil at en utvidet frist for å legge frem dokumentasjon påvirker den materielle tolkningen av et vilkår», og at praksisendringen utelukkende måtte anses som en omlegging av saksbehandlingspraksis. De mente videre at veilednings- og utredningsplikten ikke setter begrensninger for departementets adgang til å bestemme hvordan saken best kan opplyses, herunder å utsette saksbehandlingen til Fiskeridepartementets behandling. Til spørsmålet om praksisendringen medførte et endret krav til sannsynlighetsovervekt, skrev klageren at praksisendringen hverken endret den materielle tolkningen av vilkåret “betydelig innovasjon” eller kravet til å sannsynliggjøre faktum som ligger til grunn for at vilkåret er oppfylt. Etter deres syn, var det kun snakk om å endre tidspunktet for oppfyllelse av det samlede dokumentasjonskravet.

(24) Klagers merknader ble så oversendt departementet for kommentarer. Departementet fastholdt i svarbrevet at det rettslige grunnlaget for omgjøringen var at vedtaket om å oppheve direktoratets avslag på Erkos søknad bygget på en uriktig tolkning. Det viste til at ombudet i Viewpoint-saken skrev at praksisendringen «reelt sett [er] en endring av kriteriene for å få innvilget utviklingstillatelse etter laksetildelingsforskriften» og at læren om usaklig forskjellsbehandling i utgangspunktet spiller en liten rolle ved praktisering av slike rettslige vilkår, jf. bl.a. HR-2019-273-A avsn. 69. Dersom vilkåret ikke var oppfylt, er departementets syn at søknaden skal avslås, og at det i utgangspunktet ikke er rom for læren om usaklig forskjellsbehandling. Departementet pekte også på at det å godta å gi nye opplysninger etter tidspunktet hvor klageorganet skal treffe et endelig vedtak, er noe annet enn at Høyesterett i Rt-2013-1187 avsn. 48 uttalte at det «ikke [er] 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 likebehandlingen av søkerne ivaretas på forsvarlig vis».

(25) Klageren svarte på departementets merknader. Departementet fikk merknadene oversendt, men innga ikke ytterligere kommentarer.

Sivilombudets syn på saken

Rettslige utgangspunkter

(26) Spørsmålet i saken er om Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 10. mai 2021 om å oppheve direktoratets avslag på Erkos søknad om utviklingstillatelser kunne omgjøres i medhold av fvl. § 35 første ledd bokstav c.

(27) Etter fvl. § 35 første ledd bokstav c «kan» et forvaltningsorgan omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget dersom vedtaket «må anses ugyldig». At forvaltningen «kan» omgjøre ugyldige vedtak, innebærer at forvaltningen har adgang til å omgjøre.

(28) Omgjøringen i denne saken er i departementets vedtak begrunnet med at departementet manglet hjemmel til å treffe vedtak med det innholdet som det opprinnelige vedtaket hadde. Feil i form av at vedtak mangler hjemmel, eller går utover rammene for en eksisterende hjemmel, kalles gjerne innholdsmangler eller mangler på materiell kompetanse, jf. bla. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, (12. utg. 2022) s. 480.

(29) De materielle rammene for tildeling av utviklingstillatelser følger av den tidligere laksetildelingsforskriften 2004 § 23b. For å avgjøre om det foreligger en innholdsmangel, må det vurderes om innholdet i vedtaket som er truffet er i tråd med forskriftskravene.

(30) I laksetildelingsforskriften § 23b første ledd første setning heter det at «[s]øker kan få tildelt tillatelse til akvakultur av matfisk til prosjekter som kan bidra til å utvikle teknologi og som innebærer betydelig innovasjon og betydelige investeringer». Det sentrale spørsmålet er om kravet om at prosjektet måtte innebære «betydelig innovasjon», var oppfylt.

(31) Ut fra alminnelig språkforståelse tilsier ordlyden «betydelig innovasjon» at prosjekter som tildeles utviklingstillatelser, må utvikle teknologi som bidrar nokså markant til nyskaping. Det må være snakk om en ny utvikling som vil være nyttig for bransjen. Vilkåret oppstiller en høy terskel for å få tillatelse.

(32) Departementet beskriver i vedtaket at det i praksis har blitt innfortolket et krav om at prosjektet må være gjennomførbart. Siden et prosjekt kun vil føre til innovasjon dersom det lar seg gjennomføre, svarer denne forståelsen godt til ordlyden. Samtidig ligger det i det at det er snakk om innovasjon og utvikling av ny teknologi, at det vil være en viss usikkerhet rundt prosjektenes resultat. Det synes dermed å ligge en spenning mellom at prosjektets gjennomførbarhet må være bevist og at det nødvendigvis ikke kan gis noen garanti for prosjektenes resultat.

(33) I vurderingen av hvilken grad av dokumentasjon som kreves for at prosjektet kan sies å innebære «betydelig innovasjon», må to hensyn holdes opp mot hverandre: Det må sannsynliggjøres at prosjektet er gjennomførbart. Samtidig må det aksepteres en viss usikkerhet knyttet til resultatet. Det kan dermed ikke kreves at det er fullstendig godtgjort at omsøkte prosjekter vil føre til «betydelig innovasjon». Slik sett vil vurderinger måtte bygge på prognoser.

(34) Hvilke dokumentasjonskrav som stilles, har i praksis i slike saker blitt vurdert fra prosjekt til prosjekt. Departementet har lagt til grunn at det kan stilles høyere

dokumentasjonskrav når det er høyere kompleksitet og risiko. Etter ombudets vurdering, fremstår det som en naturlig følge av forventningen om at prosjektet er gjennomførbart. Prosjekter eller elementer ved prosjekter som innebærer mer usikkerhet må dokumenteres grundigere for å kunne belyse usikkerheten.

(35) Det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten er at det er forvaltningen som har plikt til å opplyse saken. For enkeltvedtak er dette prinsippet lovfestet i fvl. § 17. I søknadssituasjoner vil derimot det motsatte utgangspunktet i praksis gjelde. Her er det den som søker om noe som må legge frem opplysninger som støtter kravet, Graver, Alminnelig forvaltningsrett (5. utg. 2019), s. 465 avsn. 22. Det vil si at det i utgangspunktet er opp til søker å dokumentere at vilkårene er oppfylt. Samtidig vil forvaltningen der bevisbyrden ligger hos den private part ha et særlig ansvar for å veilede, Graver, Alminnelig forvaltningsrett (5. utg. 2019), s. 466 avsn. 24, med henvisning til Sivilombudsmannens årsmelding fra 2003 s. 228.

Vurdering av vedtaket

(36) Det første spørsmålet er om departementet i vedtaket 10. mai 2021 om å oppheve direktoratets avslag på Erkos søknad om utviklingstillatelser baserte seg på en uriktig tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon».

(37) Til støtte for omgjøringen, har departementet vist til at ombudet, selv om det ikke i uttalelsen i Viewpoint-saken tok stilling til ugyldighetsspørsmålet, vurderte at praksisendringen «bygget på en uriktig tolkning av laksetildelingsforskriften (2004) § 23b første ledd første punktum». Det er vist til at forvaltningen bør rette seg etter ombudets uttalelser, og at dette taler for omgjøring av vedtaket.

(38) I den tidligere uttalelsen er det sagt at praksisendringen medførte en «annen tolkning» og «endret forståelse av vilkåret i forskriften». Henvisningen til at det dreide seg om en «annen tolkning» i den tidligere uttalelsen, var basert på departementets beskrivelse av egen praksis i svar på ombudets undersøkelse 1. november 2021. Om tolkningen var «uriktig» tok ombudet ikke stilling til.

(39) Ettersom det i forbindelse med behandlingen av denne klagen og den parallelle klagesaken fra Blár AS, har kommet frem flere opplysninger om departementets praksis før og etter omleggingen, finner ombudet grunn til å vurdere på nytt om opphevingsvedtaket innebar en annen tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon».

(40) For departementets vurdering av vilkåret om «betydelig innovasjon» vises det til gjengivelsen fra opphevingsvedtaket i avsnitt (5) og (6) over.

(41) At departementet skriver at kravet om «betydelig innovasjon» var oppfylt, tilsier at departementet hadde tatt stilling til vilkåret om «betydelig innovasjon» og mente det var oppfylt allerede på tidspunktet opphevingsvedtaket. I samme retning trekker formuleringen

om at dokumentasjonskravet for drift av anlegget var blitt endret slik at det ikke kreves like omfattende dokumentasjon på det stadiet av saken.

(42) På den annen side, tyder andre formuleringer på at det først ville avgjøres om vilkåret var oppfylt etter ytterligere dokumentasjon var tilsendt og vurdert av direktoratet. Ombudet viser til at departementet understreket at, selv om vilkåret om «betydelig innovasjon» var oppfylt, var det forutsatt at «Erko på et senere tidspunkt oppfyller det samlede dokumentasjonskravet».

(43) I vedtaket der departementet opphevet direktoratets avslag, ble det ikke innvilget utviklingstillatelser. Departementet fattet ikke realitetsavgjørelse i saken, men opphevet vedtaket slik at saken skulle behandles på nytt av Fiskeridirektoratet, jf. fvl. § 34 fjerde ledd. Det ble i opphevingsvedtaket stilt vilkår om at nærmere angitte forhold måtte være dokumentert senest seks måneder etter vedtaket var mottatt. Denne dokumentasjonen skulle gjennomgås av direktoratet, som også ville vurdere om de øvrige kravene for innvilgelse av utviklingstillatelser var oppfylt. Dersom det ikke ble gjort, ville «kravet til betydelig innovasjon ikke være oppfylt».

(44) Selv om enkelte av departementets uttalelser kan tyde på at det mente kravet om «betydelig innovasjon» allerede var oppfylt, oppfatter ombudet at departementet i opphevingsvedtaket ikke fattet realitetsavgjørelse, men at direktoratet ville avgjøre om vilkåret «betydelig innovasjon» var oppfylt basert på den etterspurte dokumentasjonen. Direktoratets fullmakter synes i en slik siste omgang riktignok å ha vært begrenset til å prøve om betingelsene som var satt i departementets vilkår, var oppfylt. Direktoratet måtte slik sett følge departementets retningslinjer.

(45) Det departementet ved dette synes å ha gjort er å utsette tidspunktet for endelig stillingtagen og gitt selskapet en utvidet dokumentasjonsfrist. Ombudet kan ikke se at endringen av dokumentasjonsfristen, eller vilkårene som ble stilt ellers, ville innebære at direktoratet måtte legge til grunn en annen forståelse av vilkåret om «betydelig innovasjon» enn den som hittil hadde vært praktisert. Selv om direktoratet ved den nye behandlingen måtte forholdt seg til departementets føringer, ville det etter ombudets vurdering etter disse føringene, ikke være snakk om noen endring verken av innholdet i vurderingen eller terskelen for «betydelig innovasjon». Det sentrale spørsmålet er på hvilket tidspunkt i prosessen det ble tatt stilling til om innholdet i vilkåret «betydelig innovasjon», var oppfylt. Å utsette tidspunktet for vurdering av om vilkåret er oppfylt innebærer etter ombudets syn ikke en ny tolkning av vilkåret. Den endelige vurderingen av hvorvidt prosjektet ville medføre «betydelig innovasjon», fremstår dermed til syvende og sist å være den samme selv om vurderingen av om de forutsetninger departementet hadde bygget på i sin vurdering, ville måtte kontrolleres av direktoratet opp mot senere innsendt dokumentasjon.

(46) Ombudet erkjenner at det likevel i praksis har betydning på hvilket tidspunkt dokumentasjonskravet må være oppfylt. Det er, etter det opplyste, en realitet at søknader tidligere ble avslått dersom det ikke var godtgjort på tidspunktet for klagebehandling at

prosjektet ville innebære «betydelig innovasjon». Etter ombudets syn, medfører anledningen til etter-dokumentering likevel en endring i saksbehandlingen, og ikke en endret tolkning av vilkåret. Ombudet kan ikke se at kravet om «betydelig innovasjon» stenger for en slik endring.

(47) Som det følger av dette, mener ombudet ved en ny og bredere vurdering at det ikke er treffende å se det slik at departementets vedtak 10. mai 2021 om å oppheve avslaget på søknaden bygget på en ny tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon», slik ombudet hadde lagt til grunn i Viewpoint-uttalelsen basert på departementets svar på undersøkelsen i saken. Ombudet finner dermed ikke grunnlag for å konkludere med at tolkningen av vilkåret er uriktig.

(48) Ettersom ombudet har kommet til at departementet i vedtaket 10. mai 2021 ikke bygget på en uriktig tolkning av vilkåret «betydelig innovasjon» i laksetildelingsforskriften § 23b første ledd første setning, var vedtaket ikke ugyldig som følge av en innholdsmangel.

(49) For ordens skyld nevnes at konklusjonen her ikke påvirker utfallet av uttalelsen i Viewpoint-saken. Konklusjonen i den saken bygget ikke på et premiss om at departementets praksisendring innebar en ny og uriktig tolkning, men på brist på likebehandling.

(50) Spørsmålet blir så om det var noe annet til hinder for å endre dokumentasjonskravet for anleggets drift slik at det for enkelte søkere ble gitt anledning til å etter-dokumentere driften.

(51) Ombudet oppfatter at det er enighet om at regelen om tre ukers dokumentasjonsfrist kun gjaldt for behandling i første instans. Ved klagebehandling hadde praksis vært å vurdere saken ut fra dokumentasjonen som forelå på behandlingstidspunktet, slik at det i praksis var anledning til å fremlegge ytterligere dokumentasjon ved klage. Dette er i tråd med regelen i fvl. § 34 annet ledd første og annet punktum. Det var derimot ikke praksis for å tillate en ytterligere dokumentasjonsfrist dersom departementet fant at dokumentasjonskravet ikke var oppfylt ved klagebehandlingen.

(52) Etter fvl. § 34 fjerde ledd kan klageinstansen enten selv treffe nytt vedtak i saken eller «oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen» til «helt eller delvis ny behandling». Endringen i saksbehandlingspraksis har uansett en side til utrednings- og veiledningsplikten etter fvl. §§ 17 og 11 og partenes plikt til selv å opplyse saken. For ordens skyld, kan ikke ombudet se at Høyesteretts løsning i Rt-2013-1187 får betydning for spørsmålet om adgang til etter-dokumentering her.

(53) Ombudet kan ikke se at det i seg selv var noe til hinder for at departementet i dette tilfellet sendte saken tilbake til direktoratet for ny behandling i stedet for å avslå søknaden når det ikke på tidspunktet for klagebehandling var dokumentert at vilkåret var oppfylt.

(54) Omfanget av forvaltningens utredning aktualiseres oftest der det er spørsmål om utredningen er tilstrekkelig, som et spørsmål om den nedre grense for forvaltningens utredningsplikt. Utover denne nedre grensen må forvaltningen i utgangspunktet ha vidt handlingsrom til å utrede saken slik den anser hensiktsmessig. I fravær av tilstrekkelig tydelige føringer i hjemmelsgrunnlaget, synes etter ombudets vurdering både den tidligere praksisen, der søknader ble avslått ved utilstrekkelig dokumentasjon på klagebehandlingstidspunktet, og den nye praksisen der det ble gitt anledning til etter-dokumentasjon, å ligge innenfor handlingsrommet for forvaltningens utøvelse av utrednings- og veiledningsplikten. Saken gir ikke grunnlag for å ta stilling til hvor den nedre grense for forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt ligger i denne typen saker.

(55) Selv om det etter ombudets syn ikke fulgte noen plikt til å tillate etter-dokumentasjon ut fra forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt, kan ikke ombudet se at forvaltningen generelt er avskåret fra å utrede saken nærmere eller tilby mer veiledning.

(56) Også der en praksisendring i seg selv er lovlig, kan det ligge skranker i et likebehandlingsprinsipp. Når forvaltningen endrer praksis slik at det gis en utvidet frist til å dokumentere de faktiske forholdene, må alle søkere nyte godt av det. Et liknende eksempel hos Eckhoff/Smith er at «selv om det f.eks. er lovlig å avvise en søknad fordi den kom etter fristens utløp, stiller saken seg annerledes hvis andre søknader som kom for sent, ble tatt opp til realitetsbehandling», Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (12. utg. 2022), s. 423.

(57) For dette saksforholdet, medfører det at Viewpoint også skulle blitt tilgodesett av praksisomleggingen. Som fremhevet i uttalelsen i Viewpoint-saken, gjør likebehandlingshensyn seg særlig gjeldende ettersom det var snakk om en avgrenset og midlertidig tildelingsordning. Selv om det er enighet om at treukersfristen ikke gjaldt i klageomgangen, medførte den i kombinasjon med først i tid, best i rett-prinsippet, at søkerne også på dette stadiet stod i en viss konkurranse med hverandre. Adgangen til å sende inn ny dokumentasjon var begrenset ved at prosjektet ved klagebehandlingen ikke kunne skille seg så mye fra den opprinnelige søknaden at det måtte ses som en ny søknad. Når man søker innenfor en slik ordning må det kunne forventes at søkerne behandles på samme vilkår. Ombudet kan derimot ikke se at likebehandlingshensyn begrenset departementets handlingsfrihet overfor dem som fikk en mer fordelaktig behandling i form av utsatt dokumentasjonsfrist. For ordens skyld, er likebehandlingshensyn heller ikke påberopt av departementet som grunnlag for ugyldighet.

(58) Verken reglene om forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt eller prinsippet om likebehandling fører etter dette til at departementets vedtak 10. mai 2021 om å oppheve avslaget på utviklingstillatelsessøknaden var ugyldig. Det forelå dermed ikke grunnlag for omgjøring.

Konklusjon

(59) Sivilombudet har kommet til at Nærings- og fiskeridepartementet i vedtaket om å oppheve direktoratets avslag på søknaden om utviklingstillatelser, ikke baserte seg på en uriktig tolkning av vilkåret om «betydelig innovasjon». Etter ombudets syn innebar vedtaket en endring i saksbehandlingspraksis og ikke en ny tolkning av vilkåret. Vedtaket var dermed ikke ugyldig som følge av en innholdsmangel.

(60) Ombudet kan heller ikke se at vedtaket var ugyldig på annet grunnlag. Verken forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt, eller prinsippet om likebehandling, synes å sette skranker for å tillate utsatt dokumentasjonsfrist. Det forelå dermed ikke grunnlag for omgjøring.

(61) Som ombudet viste til i tillegg til uttalelsen i Viewpoint-saken, har øvrige søkere i tildelingsordningen ikke vært parter i saken her. Ombudet har av den grunn ikke overblikk over hvordan departementets oppfølging av uttalelsen i denne saken eventuelt vil påvirke dem. Etter ombudets syn er departementet selv best stilt til å vurdere hvordan konklusjon her skal følges opp på en forsvarlig og hensiktsmessig måte overfor klageren, og samtidig ivareta hensynet til øvrige søkere, deriblant Viewpoint Seafarm AS. Ombudet ber derfor om at departementet vurderer hvordan feilen kan rettes opp.

(62) Ombudet ber om å bli orientert om departementets plan for oppfølging av saken, senest innen 30. august 2024.

31.5.2024 (2022/6000)