

Fiskeri- og kystdepartementet
Postboks 8118 Dep
0032 Oslo

Vår ref.: 501706-056 iaa
Ansvarlig partner: Ketil E. Bøe

Oslo, 18. februar 2013

Uttalelse til høring om innstramming av leveringsplikt for fartøy med torsketråltillatelse, jf. høringsnotat av 6. november 2012

1 INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

Fiskeri- og kystdepartementet ("FKD") varslet i pressemelding den 19. juni 2012 at regjeringen vil sende på høring et forslag om endringer i forskrift om leveringsplikt for fartøy med torsketråltillatelse ("leveringspliktforskriften").¹

Den 6. november 2012 ble høringsnotat med forslag til endring av leveringspliktforskriften offentliggjort. I høringsnotatet fremmer FKD forslag om innstramming av leveringspliktforskriften som er langt mer omfattende enn først angitt sommeren 2012. En oppsummering av høringsnotatet gis nedenfor i punkt 1.2.

Leveringspliktforskriften pålegger fra før rederier med torsketråltillatelse blant annet å tilby fangst til nærmere angitte fiskeindustribedrifter i visse kommuner eller større geografiske områder i Nord-Norge, jf. forskriften § 3 (1) og (3).

Omfanget av leveringsplikten for de fartøyeiere som per i dag har leveringsplikt for hele eller deler av sin torsketrålkvote og som således er omfattet av forskriften, tilsvarer 46,5282 kvotefaktorer fordelt på 23 fartøy.² Disse fartøyene eies direkte eller indirekte av syv forskjellige aktører. Av de syv aktørene er det kun i Aker Seafoods ASA ("AKS") og Nergård AS ("Nergård") at det er sammenfall mellom eierskap til fartøy og landanlegg.

Wikborg Rein har sett nærmere på de foreslåtte endringene og vil i det følgende presentere våre vurderinger av disse.³ Slik vi ser det, reiser endringsforslaget spørsmål av både forvaltningsrettslig og

¹ FOR-2003-09-12-1131

² Fiskeri- og kystdepartementet, *Høringsnotat av 6. november 2012, Leveringsplikt for fartøy med torsketrålløyve*, 6. november 2012, s. 3

³ Vårt arbeid er initiert av Aker Seafoods ASA, som i tillegg vil avgi en egen uttalelse til høringsnotatet.

folkerettslig, herunder EØS-rettslig, karakter. Videre bør man ved vurderingen av endringsforslaget i tillegg ta stilling til behovet for endringer i dagens sanksjonsapparat.

Innledningsvis i punkt 2 gir vi en fremstilling av leveringsplikten slik den er i dag, historikk og legislative hensyn bak regelverket. En vurdering av hensiktsmessigheten og hjemmel for endringsforslaget gis i punkt 3. I punkt 3 vil vi også drøfte dagens sanksjonsapparat og behovet for endringer i praktiseringen av dette (punkt 3.8). Deretter i punkt 4, 5 og 6 behandles endringsforslagets forhold til Norges internasjonale forpliktelser, etter henholdsvis EØS-avtalen (punkt 4), Den europeiske menneskerettskonvensjonen (punkt 5), og Havrettskonvensjonen (punkt 6). I punkt 7 drøfter vi hvorvidt hele eller deler av endringsforslaget må betraktes som et enkeltvedtak. En oppsummering av våre konklusjoner gis i punkt 1.3 nedenfor.

1.2 Oppsummering av høringsnotatet

I høringsnotatet fremmer FKD seks alternative endringsforslag, eventuelt en kombinasjon av fem av disse (romertall ii til vi nedenfor). Kort oppsummert innebærer de alternative endringsforslagene følgende:

- i) Som et selvstendig alternativ er det foreslått å oppheve leveringspliktforordningen i sin helhet, og dermed gå tilbake til situasjonen slik den var da ordningen med leveringsplikt bare var regulert gjennom de individuelle vilkårene for den enkelte tillatelse.
- ii) Som ett av flere samvirkende alternativ er det foreslått å øke tilbudsplikten fra 80 % til 100 % for torsk og fra 60 % til 100 % for hyse, øke bearbeidingsplikten fra 70 % til 90 % for både torsk og hyse, pålegge at all leveringspliktig fangst skal leveres direkte til det anlegget som kjøper fangsten, og å legge til en ordning med kortere frist for forhåndsvarsel om levering av leveringspliktig fryst og fersk fangst.
- iii) Sammen med alternativ ii) foreslås det å innføre kjøpsplikt for det tilgodesette landanlegg ved sammenfallende eierskap mellom bedrift og fartøy, som varslet sommeren 2012.
- iv) For det fjerde er det i samband med alternativ ii) og iii) foreslått å åpne for fleksibilitet for bearbeiding mellom anlegg som er eiet av samme eier.
- v) Det er videre foreslått å gi salgslagene myndighet til å fordele fangsten på grunnlag av hvilket produkt de ulike kjøperne ønsker å produsere.
- vi) Et sjette alternativ er å innføre en ordning som gir en gunstigere kvoteavregning dersom det leveres fersk fisk i stedet for frossen fisk.

1.3 Oppsummering av Wikborg Reins vurderinger

Som nærmere begrunnet nedenfor, mener vi at flere av de varslede endringer strider mot formålet med deltakerloven, herunder hensynet til næringen og hensynet til en distriktpolitisk og samfunnsmessig gevinst. Dette taler klart imot å innføre deler av endringsforslaget.

I tillegg kommer at de tiltakene som er innstramminger ikke er forenlige med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og da særlig når det gjelder etableringsretten. Vi vurderer det som overveiende

sannsynlig at EFTAs overvåkningsorgan vil reise traktatbruddssak mot Norge dersom endringsforslagene vedtas, og at Norge eventuelt vil bli dømt i EFTA-domstolen for traktatbrudd. Innstrammingene kan også være problematiske i relasjon til EMK, og beskyttelsen som gis der til næringsaktørenes rettigheter.

I stedet for å innstramme leveringsplikten ytterligere mener vi at de ulike hensyn balanseres best ved at dagens regelverk opprettholdes med enkelte endringer, særlig i bearbeidingsplikten og i sanksjonssystemet.

Når det gjelder *bearbeidingsplikten* mener vi at den må kunne oppfylles også ved å tilvirke annen fisk man måtte ha tilgang på enn den fysiske fisken som kjøpes på tilbudsplikt. På en slik måte unngår man å måtte bruke unødvendige ressurser på å frakte fisk fra landingssted eller andre landanlegg for å oppfylle bearbeidingsplikten, og det legges til rette for en bedre mulighet for landanleggene til å tilpasse seg markedets behov. En slik ordning vil føre til en bedre utnyttelse av råstoffet samt muligheter for spesialisering av produksjon ved de enkelte anlegg, og vil videre være i tråd med hensynet til å opprettholde arbeidsplasser og aktivitet i landindustrien.

Når det gjelder *sanksjonssystemet*, fører utformingen av dagens sanksjonssystem – i alle fall slik det praktiseres – til reaksjoner ved regelbrudd som går på tvers av de hensyn regelverket skal ivareta. Fiskerimyndighetene treffer erfaringsmessig som regel vedtak om midlertidig tilbakekall av ervervstillatelse etter deltakerloven § 11 ved tilfeller av overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av fiskerilovgivningen, selv om det blant annet også er hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr etter lovens § 28 eller tilsvarende regel i havressursloven § 59. Vedtak om tilbakekall av ervervstillatelse rammer både mannskap, landindustrien og dens ansatte uforholdsmessig hardt gjennom bortfall av arbeid og inntekter.

Det bør derfor gjøres endringer i regelverket, alternativt gjennom instruksjer fra FKD, som fører til at det i større grad benyttes sanksjoner som ikke rammer mannskap, landindustrien og dens ansatte like hardt. Etter vår oppfatning vil bruk av overtredelsesgebyr i stedet for vedtak om midlertidig tilbakekall av ervervstillatelse i stor grad avhjelpe dagens situasjon. En alternativ bruk av reaksjonsform bør etter vår oppfatning derfor nå implementeres, slik det også legges opp til i de nylige foreslåtte endringene i fiskerilovgivningen (se Prop. 59 L for 2012/2013).

2 BAKGRUNN OG LEGISLATIVE HENSYN BAK LEVERINGSPLIKTEN

2.1 Gjeldende leveringsplikt

Som et utgangspunkt tilhører fiskeressursene samfunnet og er ikke underlagt privat eiendomsrett.⁴ Fisket i sjøen er videre som et alminnelig prinsipp fritt for alle.⁵ Fisket er imidlertid undergitt offentlig regulering i vid utstrekning for å fremme en samfunnsmessig forsvarlig og fornuftig ressursutnyttelse. Dette innebærer rammebetingelser og begrensninger for fiskerinæringen. Vi oppfatter ikke at det er uenighet mellom myndighetene og næringsaktørene om disse grunnleggende prinsippene.

⁴ Dette kommer bl.a. til uttrykk i havressursloven § 2.

⁵ NOU 1988:16 på s. 29

Lov om retten til å delta i fiske og fangst av 1999 (deltakerloven) regulerer således adgangen til å drive ervervsmessig fiske og fangst med fiskefartøy. De ulike hensyn som skal forvaltes i reguleringen av fiskeriene er nedfelt i lovens § 1, og speiler de grunnleggende hensyn som er gjengitt ovenfor. I tillegg betoner formålsbestemmelsen at hensynet til opprettholdelse av kystsamfunnene også skal vektlegges.

Deltakerlovens regulering består i hovedsak av et system med generell tillatelse for å kunne eie fiskefartøy som et driftsmiddel, og spesiell tillatelse for å kunne utøve en viss type fiske eller fangst, som for eksempel trålfiske etter torsk.

I tillegg er det stilt såkalte leveringsvilkår knyttet til torsketrålkonsesjonen til enkelte fartøy. Leveringsvilkår går ut på at eieren av fiskefartøyet er pålagt å levere all fangst eller deler av fangsten til en navngitt bedrift, en kommune, et distrikt, en region eller et fylke. Leveringsplikten har vært brukt aktivt politisk for å opprettholde arbeidsplasser og sysselsetting i utkantstrøk i Nord-Norge.

Ordnings med leveringsvilkår for torsketrålere bygget tidligere utelukkende på individuelle konsesjonsvilkår, fastsatt i forbindelse med kjøp av fartøy, godkjennelse av eierendringer i foretak som eier fiskefartøyer, tildeling av spesiell tillatelse eller i lignende situasjoner. Ved ikrafttredelsen av leveringspliktforordningen ble det i tillegg fastsatt generelle bestemmelser om leveringsplikten. De individuelle vilkårene regulerer hvilken bedrift eller hvilket geografiske område som er tilgodesett, mens leveringspliktforordningen bestemmer hvordan leveringsplikten skal gjennomføres. Forordningen er fastsatt med hjemmel i deltakerloven § 12 tredje ledd.

I henhold til forordningen innebærer leveringsplikten per i dag følgende:

- Forordningen gjelder i dag for alle fartøy som eieren er tildelt torsketråltillatelse for og hvor det ved forordningens ikrafttredelse var stilt leveringsvilkår i vedtak fra myndighetene, og alle torsketrålere som eies av fiskeindustribedrift på grunnlag av dispensasjon fra deltakerlovens aktivitetskrav i § 6 tredje ledd selv om det ikke er stilt slikt leveringsvilkår som en del av konsesjonsvilkårene, jf. forordningens § 2.
- De fartøy som forordningen gjelder for skal levere 80 % av fartøyets torskefangst og 60 % av hysefangsten i samsvar med de individuelle leveringsvilkårene som er fastsatt, jf. forordningens § 4, jf. § 3.
- Dersom den/de som får dette første tilbudet ikke ønsker å kjøpe råstoffet, skal fartøyets fangst utbys til godkjente anlegg som driver bearbeiding av fisk innenfor en definert region, jf. § 3 tredje ledd. Regioninndelingen er regulert i forordningen, med følgende inndeling: Region I Øst-Finnmark, Region II Vest-Finnmark og Nord-Troms, Region III Nordland og resten av Troms. Dette omtales som en sekundær leveringsplikt. Denne sekundære leveringsplikten innebar en innstramning i forhold til tidligere, da fangsten kunne selges fritt dersom den/de primært tilgodesette ikke kjøpte råstoffet.
- Dersom ingen bedrifter innenfor regionen kjøper råstoffet, kan det tilbys på det åpne marked.
- Ved kgl.res. av 22. desember 2006 ble forordningen endret. Det ble blant annet innført en bearbeidelsesplikt for tilgodesette bedrifter på 70 % av torskeråstoff som kjøpes gjennom

ordningen. I tillegg er rederiene nå pålagt å sette opp drifts- og leveringsplan i samråd med tilgodesette bedrifter hvert halvår.

2.2 Historikk og legislative hensyn

Som en overbyggende betraktning mener vi at det foreliggende endringsforslaget, og deler av myndighetenes praktisering av det eksisterende regelverket, har et ensidig fokus på distriktshensyn, og at det legges mindre vekt på de øvrige formål ved deltakerloven og fiskerilovgivningen ellers. Et sentralt poeng er, etter vår oppfatning, at nødvendig risikokapital for etablering og utvikling av fiskerinæringene forventes å komme fra private aktører. Dersom man ønsker å opprettholde en privateid og konkurransedyktig fiskeflåte, må man også legge til rette for at de aktørene som ønsker å investere kapital beholder styringsrett og avkastningsmuligheter som oppfattes som akseptable. Videre må man i forhold til de private aktører som er etablert i næringen respektere den privatrettslige nærings- og handlefrihet. På sikt er det også dette som best vil sikre en levedyktig og fremtidsrettet fiskerinæring, noe som igjen er en nødvendig forutsetning for den langsiktige opprettholdelse av kystsamfunnene.

Det vil føre for langt her å gå inn på det større samfunnsøkonomiske bildet, men for å opprettholde en livskraftig fiskerinæring må myndighetene selvsagt også bidra på andre områder enn gjennom å regulere privat virksomhet. Særlig sentralt er oppbygging og vedlikehold av en hensiktsmessig infrastruktur og utdanningsinstitusjoner som støtter fiskerinæringen, samt generell ivaretagelse av levemåte i kystsamfunnene. Her må myndighetene, slik vi ser det, fokusere på samarbeid og samråd med de private aktørene for at tiltak skal bli hensiktsmessige. Vi er innforstått med at det fokuseres og tas initiativ på disse områdene, men dessverre opplever vi at fiskerireguleringene og praktiseringen av disse kan være til hinder for at det kan bygges den tillit og forståelse som er nødvendig for å få et samarbeid mellom offentlig og privat sektor til å fungere godt. Et hensiktsmessig regelverk med god tilslutning fra næringen og ikke minst en fornuftig og konsekvent praktisering har derfor betydning ut over det rent reguleringsmessige.

Vi peker også på at det norske samfunnet generelt har stor etterspørsel etter arbeidskraft og kompetanse, og at dette behovet i enkelte sektorer overstiger etterspørselen. Disse sektorene kommer til å vokse i Nord-Norge. For at fiskerinæringen, både på sjø og land, skal kunne tiltrekke seg arbeidskraft og kompetanse, er det derfor også nødvendig med lønnsomme bedrifter på steder med godt utbygget infrastruktur og bredest mulig tilbud av samfunns-goder.

Vi mener dessuten at det på lenger sikt, i en situasjon der fiskeriene kanskje får en ennå mer dominerende posisjon i norsk ressursproduksjon og dermed får ennå større nasjonal betydning, vil være avgjørende at man har klart å opprettholde en effektiv og konkurransedyktig fiskerinæring.

Kortsiktige målsetninger og detaljregulering bør derfor, hvis det er tvil, vike for hensyn som sikrer utvikling og opprettholdelse av en robust norsk fiskerinæring med langsiktig overlevelsessevne.

Leveringsplikten har sitt historiske utgangspunkt i utviklingen av filet- og fryseindustrien i Nord-Norge.⁶ Som følge av manglende tilgang på tilstrekkelig mengde råstoff for å opprettholde et driftsmessig grunnlag for filetindustrien i denne regionen ble det åpnet for unntak fra regelen om at

⁶ Fiskeri- og kystdepartementet (2012) s. 2

bare aktive fiskere kunne eie fiskefartøy, blant annet ved at industrien fikk anledning til å skaffe seg havgående trålere. Etter hvert viste det seg at dette likevel ikke var tilstrekkelig for å opprettholde et forsvarlig driftsmessig grunnlag.⁷ Det ble derfor ved enkeltvedtak blant annet knyttet leveringsvilkår til de enkelte torsketrålkonsesjonene, og noe senere ble leveringspliktforordningen vedtatt for ytterligere å støtte opp under et driftsmessig grunnlag for filetindustrien.

Bakgrunnen for vedtakelsen av bestemmelsene om leveringsvilkår er altså at industrien skal sikres jevn og tilstrekkelig råstofftilførsel til å holde virksomheten i gang. Dette er også formålet med regelverket, som er nedfelt i leveringspliktforordningen § 1. Som påpekt i NOU 2002:13, *Eierskap til fiskefartøy*, s. 64 flg. reiser imidlertid leveringsplikten enkelte problemstillinger.

På den ene siden skal myndighetene gjennom ordningen ivareta en distrikts- og bosettingspolitikk ved å sikre regioner eller enkeltsteder råstoff. I NOU 2002: 13 uttales således:

*"I Norge er det politisk enighet om at naturressursene olje og gass tilhører hele samfunnet, dvs. at alle nordmenn i nåværende og framtidige generasjoner har rett til en del av verdiskapingen som realiseres i disse næringene. Dette gjelder også for fisk, men her er det i tillegg enighet om at kystdistriktenes interesser i særlig grad skal ivaretas."*⁸

På den andre siden er fartøy avhengig av bedriftsøkonomisk lønnsomme vilkår.⁹ Samfunnet forutsetter at privat næringsdrift skal ha ansvaret for å utnytte ressursene i fiskerisektoren, hvor aktiviteten derfor er dominert av enkeltpersoners og private foretaks virksomhet.¹⁰

Vi viser i denne sammenheng til en uttalelse fra næringskomiteen i Innst. O. nr. 38 (1998-1999), *Innstilling fra næringskomiteen om lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven)*, punkt 2.1:

"Komiteen mener at det kan være vanskelig å opprettholde hovedtrekkene i bosettingsmønsteret langs kysten av Norge, dersom de viktige fiskeriregionene i landet ikke har lønnsomme og konkurransedyktige bedrifter knyttet til fiskerinæringen. (...)"

Og videre til en uttalelse i St. meld. nr. 51 (1997-1998), *Perspektiver på utvikling av norsk fiskerinæring*, punkt 2 og punkt 1.4:

"Lønnsomhet er en forutsetning for å skape trygge og stabile arbeidsplasser i norsk fiskerinæring. Fiskerinæringens bidrag til opprettholdelse og utvikling av levedyktige lokalsamfunn forutsetter at næringsaktørene tjener penger. Dette er et overordnet hensyn i regulering av innsatsen i fiskeriene, der overkapasitet i flåte og industri svekker næringens lønnsomhet. (...)"

"Med de forutsetninger en lang kystlinje, mange og spredte kystsamfunn og et næringsliv med mange små enheter gir, har fiskerinæringen en viktig samfunnsbærende funksjon langs kysten. Samtidig er en hensiktsmessig struktur i foredlingsindustri og fiskeflåte en forutsetning for at prosessene i verdikjeden

⁷ Fiskeri- og kystdepartementet (2012) s. 2

⁸ NOU 2002:13, *Eierskap til fiskefartøy*, s. 64

⁹ NOU 2002:13 s. 64

¹⁰ St.meld. nr. 21 (2006-2007) punkt 5.4.3.3

skal fungere optimalt i forhold til markedet, og dermed bidra til økt verdiskapning og trygge arbeidsplasser og bosetting i kystsamfunnene."

Den næringspolitiske utfordringen blir i tråd med ovenstående å etablere fornuftige løsninger for hvordan fiskeressursene kan bidra til stabil sysselsetting i distriktene og dermed realisere en distriktpolitisk og samfunnsmessig gevinst, samtidig som hensynet til de enkelte fartøyeierne/eierne av landanleggene ivaretas. Slik vi oppfatter situasjonen, er det dette som er kjernen i den politiske uenighet som knytter seg til leveringspliktforskriften i dag.

Jo flere og jo strengere vilkår et fiskefartøy er pålagt, dess mer vil det påvirke fartøyets lønnsomhet negativt,¹¹ og som påpekt i forarbeidene til deltakerloven innebærer konsesjonsforskrifter dyptgripende inngrep i den alminnelige nærings- og handlefrihet.¹² Det er avgjørende for eieren av fartøyet å oppnå høyest mulig pris for den fisken som landes, noe som sikres best gjennom konkurranse med flest mulig potensielle kjøpere. Markedsforholdene viser at leveringsplikten ikke nødvendigvis er lønnsom for fartøyleddet isolert sett. Dette fører igjen til at markedsverdi for fartøy og konsesjon reduseres.¹³

Filetindustrien har lenge slitt med svak lønnsomhet, og hadde samlet sett et negativt resultat i 2010.¹⁴ Den svake lønnsomheten kombinert med en vanskelig konkurransesituasjon har bidratt til at antall filetbedrifter har falt de siste tiårene.¹⁵ Som påpekt i høringsnotatet (2012) er den store utfordringen i fiskeindustrien altså at man ikke klarer å oppnå tilstrekkelig lønnsomhet innen filetproduksjonen i Norge.¹⁶

Er lønnsomheten for dårlig i filetindustri som eier trålere, vil dette i sin ytterste konsekvens kunne føre til at filetindustri nedlegges, eventuelt at det legges om til mindre arbeidskrevende produksjon eller at man fortsetter utelukkende med tråldriften.¹⁷ Tilsvarende vil for dårlig lønnsomhet hos fartøyeierne kunne føre til at også disse nedlegges. Ved sammenfall i eierskap mellom fartøy og begunstiget landanlegg, vil dårlig lønnsomhet for den samlede virksomheten også kunne føre til et slikt resultat. Det næringspolitiske mål om å etablere fornuftige løsninger for hvordan fiskeressursene kan sikre en distriktpolitisk og samfunnsmessig gevinst, samtidig som hensynet til fartøyeierne/eierne av landanleggene ivaretas, har i så fall mislyktes.

I en rapport fra 2006 utarbeidet av Fiskeriforskning¹⁸ fremkommer resultater som viser at den positive effekten av leveringsplikten kan diskuteres.¹⁹ Forfatterne konkluderer blant annet på s. 50 med at det er "*sentrale målsettinger som ikke nås – selv med de korrigeringer og presiseringer som nylig er gjennomført i lovverket*". Forfatterne konkluderer videre med at ønsket om å trygge arbeidsplasser i

¹¹ NOU 2002:13 s. 64

¹² Ot.prp. nr. 67 (1997-1998) s. 49

¹³ NOU 2002:13 s. 64

¹⁴ Fiskeri- og kystdepartementet (2012) s. 9

¹⁵ Fiskeri- og kystdepartementet (2012) s. 9

¹⁶ Fiskeri- og kystdepartementet (2012) s. 9

¹⁷ NOU 2002:13 s. 69

¹⁸ Fiskeriforskning ved Dreyer, Isaksen etc., *Evaluering av leveringsplikten*, Rapport 1/2006

¹⁹ Vi har ikke funnet nyere rapporter som går i samme eller motsatt retning.

fiskeindustrien langs kysten i Nord-Norge – et av hovedargumentene for å pålegge leveringsplikt – i liten grad har lyktes. Det heter således på s. 53 at:

"Hovedkonklusjonen er uansett at leveringsplikten ikke har klart å demme opp for en avskalling av bedrifter og økende arbeidsledighet på steder i Nord-Norge som tradisjonelt har hatt høy sysselsetting i fiskeindustrien."

Når hensiktsmessigheten av selve ordningen med leveringsplikt i seg selv er tvilsom, og tallene viser at filetindustrien per i dag ikke klarer å oppnå positive resultatet, er det etter vår oppfatning tvilsomt om det foreligger lovhjemmel for å stramme inn leveringsplikten ytterligere. Som påpekt ovenfor tror vi en mer hensiktsmessig tilnærming er å etablere et rammeverk som trykker lønnsomheten i bedriftene, kombinert med en bred innsats for å gjøre kystsamfunnene leve- og konkurransedyktige som etableringssted for næringsvirksomhet innenfor fiskeri.

3 VURDERING AV DE ENKELTE ENDRINGSFORSLAG OPP MOT FORMÅLET MED DELTAKERLOVEN

3.1 Utgangspunkt: Deltakerloven § 12

En forskrift må ha hjemmel i lov eller annet rettsgrunnlag for å være gyldig. Dette følger av legalitetsprinsippets krav til hjemmelskjede.

Leveringspliktforskriften er fastsatt med hjemmel i deltakerloven § 12 tredje ledd. Første punktum slår fast at ved tildeling av spesielle tillatelser, herunder torsketråltillatelse, kan Kongen ved forskrift fastsette nærmere regler.²⁰ Etter tredje ledd annet punktum skal det i tilfelle *"legges vekt på fiskets betydning for råstofftilførselen til et bestemt distrikt."* All den tid forskriften er gitt med hjemmel i deltakerloven, må forskriften i tillegg ligge innenfor rammen av deltakerlovens formål, som i henhold til lovens § 1 er:

- "a) å tilpasse fiskeflåtenes fangstkapasitet til ressursgrunnlaget for å sikre en rasjonell og bærekraftig utnyttelse av de marine ressurser,*
- b) å øke lønnsomheten og verdiskapingen i næringen og gjennom dette trykke bosetting og arbeidsplasser i kystdistriktene, og*
- c) å legge til rette for at høstingen av de marine ressurser fortsatt skal komme kystbefolkningen til gode."*

Spørsmålet er da om endringsforslaget ligger innenfor disse hensyn, herunder særlig om endringsforslaget bidrar til *"å øke lønnsomheten og verdiskapingen i næringen og gjennom dette trykke bosetting og arbeidsplasser i kystdistriktene"*, jf. deltakerloven § 1 b.

I motsetning til blant annet landbrukssektoren, ble det i norsk fiskerinæring langt tidligere lagt vekt på lønnsomhet i næringen som en egen målsetting. Etter inngåelsen av Hovedavtalen mellom staten og

²⁰ Myndigheten etter § 12 er delvis delegert til Fiskeridirektoratet, jf. forskrift 11. februar 2000 nr. 99.

Norges Fiskarlag i 1964, har målsettingen vært at statlige midler på sikt skulle bli overflødige i fiskerinæringen.²¹ I dag er fiskerinæringen i hovedsak subsidiefri.

Sammenlignet med annen norsk næring, har fiskerinæringen blitt møtt med avgifter, pålegg og andre reguleringer som bremser lønnsomheten i næringen, herunder deltakerloven og de påfølgende (de)reguleringer fra 1990-tallet. Dette på tross av at norsk fiskerinæring i all hovedsak er en eksportnæring som allerede er sterkt utsatt fra konkurranse fra lavlønnskostnadsland. Samlet sett står norsk fiskerinæring i dag allerede overfor en rekke forhold som utfordrer lønnsomheten i næringen og den subsidiefrie ordningen næringen har i dag.

For flere av aktørene er realiteten at industrien har tapt penger i lang tid. Lønnsomhet oppnår man gjennom å gi selskapene frihet til å drive på en effektiv måte. De av departementets forslag som innebærer ytterligere plikter betyr i stedet at situasjonen nå går fra vondt til verre, som vil medføre enda større tap ved at anleggene blir pålagt å kjøpe fisk de ikke kan benytte. Fartøy vil trolig oppleve å få mindre betalt enn tidligere dersom de blir tvunget til å levere ett sted, samtidig som anleggende som skal ta imot ikke spesialiserer seg i retning av å ta imot den type fangst. Dette vil igjen kunne føre til at både bearbeidelsesgraden og prisene blir dårligere.

På sikt gjør dette det umulig å holde en ansvarlig drift som skaper trygge arbeidsplasser og samfunn – i alle fall uten subsidiering. Dermed vil endringsforslaget gjøre forholdene for industrien enda vanskeligere enn de allerede er. En enda mindre lønnsom fiskerinæring kan føre til lavere grad av rekruttering i Norge, som igjen vil bidra til at det blir færre arbeidsplasser langs kysten. Etter vår oppfatning er de innstramminger av leveringsplikten som er fremmet i endringsforslaget derfor i strid med formålet i deltakerlovens § 1 b.

En nærmere vurdering av hvert enkelt forslag som er fremmet i høringsnotatet (2012) gis nedenfor i punkt 3.2 til 3.7. Innledningsvis påpekes at ingen av de fremsatte forslag som går ut på en innstramming av leveringsplikten, er så vidt vi er kjent med underbygget av empiriske forskningsresultater eller andre tall eller fakta som tilsier at forslagene er formålstjenelige.

3.2 Forslaget om å oppheve leveringspliktforskriften i sin helhet

Ved en opphevelse av leveringspliktforskriften, vil det generelle rettslige grunnlag for å pålegge fisk levert til nærmere bestemte landanlegg bortfalle. Det samme gjelder de nærmere regler for gjennomføringen av leveringsplikten. Dersom regjeringen fremdeles ønsker å pålegge aktørene leveringsplikt, må man da i stedet falle tilbake på de individuelle vilkår som er fastsatt for hver enkelt tråler.

Flere av konsesjonene som er knyttet til enkeltfartøy henviser i dag til leveringspliktforskriften. Dersom forskriften oppheves i sin helhet, vil dette derfor føre til en usikker og lite forutsigbar situasjon for aktørene i markedet. Det vil i tilfelle måtte gjøres et omfattende arbeid med gjennomgang av eksisterende konsesjoner og formuleringen av det nærmere innhold av disse.

²¹ B.innst.S.nr.8 Tl.02 (1995-1996), *Innstilling fra næringskomiteen om støttetiltak for fiskerinæringen for 1996*, side 2 med videre henvisning til St. prp. nr. 1 (1995-1996) kapittel 1040.

Selv om et slikt arbeid gjennomføres og resulterer i tilstrekkelig klare konsesjonsvilkår for det enkelte fartøy, vil situasjonen likevel være uoversiktlig for aktørene. Det må for det første ventes at det kan oppstå spørsmål til det nærmere innholdet av de enkelte konsesjonsvilkårene når det ikke finnes et generelt regelverk å forholde seg til. Videre kan det skape usikkerhet for aktørene når vilkårene for det enkelte fartøy, og dermed for den enkelte aktør, kan bli forskjellig utformet. Særlig for aktører med flere fartøy, må det ventes at dette vil medføre svekket forutberegnlighet. En slik situasjon er uheldig.

Hver enkelt tråler har i dag adgang til å fiske på inntil tre konsesjoner, og det vil kunne oppstå situasjoner hvor enkeltfartøy fisker på konsesjoner med svært ulike individuelle vilkår. Kravene til gjennomføring av de ulike vilkårene, som i dag bestemmes gjennom forskriften, vil dermed bli svært krevende, om ikke umulig, å innrette seg etter.

Vi støtter derfor ikke forslaget om å hjemle leveringsplikten i de enkelte konsesjonsvilkår og oppheve leveringspliktforskriften i sin helhet.

3.3 Forslaget om skjerping av tilbudsplikten, bearbeidingsplikten, endring av leveringssted og forhåndsvarsel mv

3.3.1 Forslaget om endret tilbudsplikt

En økning av tilbudsplikten for *torsk* til 100 % vil i praksis ikke være gjennomførbar. Fartøy som har leveringsplikt til flere anlegg vil måtte tilby eksakt det volumet som det enkelte anlegg er tilgodesett med. Det er vanskelig å se hvordan dette kan være praktisk gjennomførbart for fartøy med flere kvoter og forpliktelser overfor flere anlegg. Sammenholdt med sanksjonsmidlene, hvor ethvert avvik fra forskriften (selv avvik på kilo) kan sanksjoneres med inndragning av ervervstillatelse, vil det legge til rette for uforholdsmessige reaksjoner og lav forutberegnlighet. Det kan også oppstå rent praktiske problemer med å tilby nøyaktig antall kiloleveringspliktig fisk for eksempel dersom det har vært reklamasjon på et parti og selger har måttet ta partiet tilbake for salg på andre betingelser eller til andre aktører.

Kravet vil være spesielt problematisk ved gjennomføring av *seifisket*, grunnet bifangst av torsk.

Når det gjelder en økning i leveringsplikten for *hyse*, gjelder samme problem som for torsk. I tillegg har landindustrien i de berørte områdene så vidt vi erfarer hittil ikke har vært i stand til å bearbeide trålfanget hyse lønnsomt over tid.

De praktiske problemstillingene gjør det vanskelig å se hvordan forslaget kan bidra til øket lønnsomhet, høyere verdiskaping og trygge arbeidsplasser og bosetting i kystdistriktene.

3.3.2 Forslaget om endret bearbeidingsplikt

Bearbeidingsplikten avskjærer tilgodesette anlegg fra å drive handel med fisk som er kjøpt til priser under markedspris.

Ved en vurdering av endret nivå for bearbeidingsplikten må dette veies opp mot det tilgodesette anleggets behov for å ha fleksibilitet til å kunne selge unna deler av fangsten som det av produksjons- og/eller markedsmessige hensyn ikke er mulig å bearbeide lønnsomt.

Dersom bearbeidingsplikten økes vil konsekvensen kunne bli at tilgodesett anlegg vil være mer forsiktig med å kjøpe tilbudspliktig fisk. En økning av bearbeidingsplikten vil derfor i praksis kunne medføre at et mindre volum rent faktisk blir produsert ved tilgodesette anlegg.

Ovenstående forhold gjelder både for torsk og hyse. Når det gjelder hyse, er det i tillegg vel kjent i næringen at det normalt har vært umulig å få til lønnsom bearbeiding av fryst hyse i Norge. For fersk hyse er det erfaringsmessig kun i perioder av året det har vært mulig å få til lønnsomhet i bearbeidingen av trålfanget fisk.

En innføring av bearbeidingsplikt for hyse vil medføre at tilgodesett anlegg i liten grad vil ønske å ta i mot dette råstoffet. Dette vil igjen føre til at anleggene ikke vil ønske å kjøpe hyse.

Samlet sett er det vanskelig å se hvordan en økning av bearbeidingsplikten, som foreslått i høringsnotatet, kan bidra til høyere lønnsomhet og verdiskaping på land, og dermed trygge arbeidsplasser og bosetting i kystdistriktene. Det er snarere klare indikasjoner på at det motsatte vil være tilfellet.

3.3.3 *Forslaget om krav om direkte lossing ved tilgodesett anlegg*

Det fremgår ikke av høringsnotatet om forslaget i praksis er gjennomførbart ved at aktuelle havner er i stand til å ta imot de aktuelle fartøyene.

Enkelte fartøy har leveringsplikt til flere anlegg. De vil derfor måtte gå fra anlegg til anlegg for å levere sin last. Dette vil ta tid, redusere fangsteffektiviteten og øke kostnadene. For fersk fisk vil dette ha en direkte negativ effekt på kvaliteten og dermed verdien av den bearbejdede varen.

Det er svært vanskelig å se av høringsnotatet at en slik ny plikt kan ha noen positive effekter for landindustrien. Samtidig fremstår det som sannsynlig at en slik plikt, om den overhodet er gjennomførbart i praksis, vil svekke lønnsomheten både for trålerne og industrien, og dermed virke negativt på behovet for øket lønnsomhet og verdiskaping og dermed også på behovet for å sikre trygge arbeidsplasser og sysselsetting i kystdistriktene.

3.3.4 *Forslaget om tidligere innmelding av forventet landing*

Forslaget fremstår som gjennomførbart, men det er uklart om forslaget vil ha praktisk betydning for lønnsomheten og verdiskapingen på land. Det forutsettes at innmelding vil måtte gjøres på basis av forventet fangst siden fisket så vidt vi forstår normalt sett ikke er avsluttet 48 timer før forventet lossing.

3.4 Forslaget om kjøpsplikt

Når det gjelder forslaget om å innføre en kjøpsplikt for landanlegg ved sammenfallende eierskap mellom fartøy og begunstiget landanlegg, vil vi særlig vise til det endringsforslaget til leveringsforskriften som ble fremmet i 2006.²² Dette gikk blant annet ut på å innføre en salgspplikt ved sammenfall mellom eierskap til fartøy og begunstiget landanlegg. Det ble forslått å tilføye gjeldende § 3 følgende bestemmelse: "*Dersom det er samme eier, direkte eller indirekte, til fartøyet og vedkommende fiskeindustribedrift, skal fangsten alltid selges til bedriften.*"²³ Denne delen av endringsforslaget ble imidlertid ikke fulgt opp.

Etter vår oppfatning var forslaget i 2006 temmelig likt det forslaget som nå er varslet fremsatt. Forslaget fra 2006 kaller riktignok plikten for en salgspplikt, mens det i foreliggende tilfelle er spørsmål om å innføre en kjøpsplikt. Den reelle forskjellen mellom en salgspplikt for fartøyet og en kjøpsplikt for landanlegget – når den uansett skal gjelde ved sammenfall i eierskap til fartøy og landanlegg – er imidlertid etter vår oppfatning uten betydning. Årsaken til at forslaget ikke ble gjennomført er dermed relevant for foreliggende endringsforslag.

Av de som avga uttalelse til endringsforslaget om salgspplikt, mente Norges Fiskarlag at forslaget ville føre til store og alvorlige konsekvenser. Videre gikk Norges Råfisklag, SUROFI, Norsk Nærings- og nytelsesmiddelarbeiderforbund, Norsk Sjømanns forbund, Fiskeri- og Havbruksnæringens Landsforening (FHL), Finansnæringens Hovedorganisasjon, Sparebankforeningen og Innovasjon Norge i mot slik salgspplikt. Finansdepartementet uttalte i høringsrunden bl.a. følgende om forslaget:

*"Finansdepartementet har merket seg at leveringsplikten bidrar til et samfunnsøkonomisk effektivitetstap ved at fartøyleddet indirekte subsidierer den tilgodesette fiskeindustrien og dermed bidrar til å opprettholde virksomhet som gir lavere avkastning på innsatte ressurser (inkludert råstoff) enn ved alternativ anvendelse. Iht. beregninger i Fiskeriforsknings rapport kan effektivitetstapet anslås til opp mot 50 millioner kroner årlig med dagens regime. Det må antas at tapet vil øke dersom ordningen strammes inn slik FKD foreslår."*²⁴

I Kongelig resolusjon av 22. desember 2006, ble motstanden mot forslaget for øvrig oppsummert som følger:

*"Motstanden går i vesentlig grad ut på at en salgspplikt for torsk og hyse vil svekke driftsmulighetene, føre til økte kostnader og svekke økonomisk bærekraft for så vel fartøy som fiskeindustri. Det anføres videre at det hele tiden er et løpende behov for å bytte råstoff med andre bedrifter, og at en vesentlig del hyse eksporteres ubearbeidet og fryst for i det hele tatt å få verdier ut av den. Salgspplikt betyr således et unødig og kostnadskrevende merarbeid da man likevel må videreselge/bytte en del av fangsten."*²⁵

²² Fiskeri- og kystdepartementet, *Høringsnotat av 23. juni 2006: Leveringsplikt for fartøy med torsketrållatillatelse – endringsforslag etter evaluering av ordningen*,

²³ Fiskeri- og kystdepartementet (2006) s. 33.

²⁴ Finansdepartementet, *Leveringsvilkår for fartøy med torsketrållatillatelse – endringsforslag etter evaluering av ordningen*, 18.09.2006, s. 2

²⁵ *Forskrift om endring av forskrift av 12. september 2003 om leveringsplikt for fartøy med torsketrållatillatelse*, punkt 5 nr. 1

Deretter i punkt 6 nr. 2 ble det i resolusjonen gitt følgende begrunnelse for ikke å vedta den forslåtte innføring av en salgsplicht:

"Høringsuttalelsene viser at salgsplicht ikke har den positive effekten som antatt i høringsnotatet. Salgsplicht innebærer blant annet at råstoff som ikke kan benyttes eller ikke kan benyttes på en regningsvarende måte, må kjøpes av bedriften. Departementet er enig i at dette ikke bidrar til å styrke lønnsomheten og således kan virke mot sin hensikt" (vår understreking).

Som det fremkommer av resolusjonen var årsaken til at forslaget ikke ble vedtatt, at det ikke hadde den positive effekten som lå til grunn for forslaget. Mer spesifikt ble det fremhevet av departementet at endringsforslaget ikke bidrar til å styrke lønnsomheten. Forslaget om å innføre en salgsplicht ble med andre ord funnet ikke å være i samsvar med formålet i deltakerloven § 1 b) – å øke lønnsomheten og verdiskapingen i næringen og gjennom dette trygge bosetting og arbeidsplasser i kystdistriktene. Det ble tvert i mot fremhevet at forslaget kunne komme til å virke mot sin hensikt (og sågar mot formålet med deltakerloven).

I høringsnotatet (2012) er det – selv om dette forslaget ikke ble vedtatt i 2006 – påpekt at er det grunn til igjen å vurdere endringer som følge av den utfordrende utviklingen som har funnet sted etter 2006.²⁶ Noen begrunnelse for at forholdene stiller seg annerledes i dag, gis imidlertid ikke. Vi kan ikke se at det er forhold i dag som skulle føre til at en tilsvarende regel ville få andre virkninger nå enn i 2006. Ettersom et forslag om salgsplicht har såpass store likhetstrekk med et forslag om kjøpsplicht, er det vår oppfatning at de hensyn som er trukket frem ovenfor dermed gjør seg gjeldende fremdeles.

I tråd med ovenstående er det derfor tvilsomt om innføring av en kjøpsplicht vil virke i samsvar med deltakerlovens formål. I tillegg til at dette er en klar indikasjon på at endringsforslaget ikke bør gjennomføres, er det tvilsomt om den varslede endringen da overhodet har tilstrekkelig hjemmel.

Som det fremkommer nedenfor i punkt 6, synes endringsforslaget for en stor del videre å være begrunnet i håndhevingshensyn. I tillegg til å reise sentrale EØS-rettslige spørsmål, er det etter vår oppfatning usikkert om dette ligger innenfor deltakerlovens formål slik dette kommer til uttrykk i lovens § 1.

3.5 Forslaget om å åpne for fleksibilitet for bearbeiding mellom anlegg som er eid av samme eier

Når det gjelder endringsforslaget om å åpne for fleksibilitet for bearbeiding mellom anlegg som er eid av samme eier, er det påpekt i høringsnotatet (2012) på side 17-18, at tilbudsplikten kombinert med bearbeidingsplikten i flere tilfeller vil kunne føre til at landanleggene blir sittende med en plikt til å bearbeide fangst der dette ikke er hensiktsmessig.

Vi er enig i dette, og støtter derfor FKDs forslag om å endre bearbeidingsplikten slik at det enkelte landanlegg kan oppfylle plikten blant annet gjennom utveksling av råstoff mellom anlegg innenfor samme fylke og som har samme eier. I tillegg mener vi det enkelte anlegg måtte kunne oppfylle plikten ved å tilvirke annen fisk man måtte ha tilgang på enn den fysiske fisken man har kjøpt. På en slik måte unngår man å måtte bruke unødvendige ressurser på å frakte fisk fra leveringssted eller fra et

²⁶ Fiskeri- og kystdepartementet (2012) s. 10

anlegg til et annet for å oppfylle bearbeidingsplikten. En slik ordning vil føre til en bedre utnyttelse av råstoffet samt muligheter for spesialisering av produksjon ved de enkelte anlegg, og vil videre være i tråd med hensynet til å skape arbeidsplasser og aktivitet.

3.6 Forslaget om å gi salgslagene myndighet til å fordele fangsten på grunnlag av hvilket produkt de ulike kjøperne ønsker å produsere

Som påpekt i høringsnotatet (2012) på side 18 gir deltakerloven per i dag ikke hjemmel for en slik ordning. En vurdering av dette forslaget i forhold til deltakerloven foretas derfor ikke her.

Forslaget synes i tillegg å stå i direkte motstrid til formålet med dagens leveringspliktforskrift. Som påpekt i høringsnotatet (2012) har filetindustrien gjennom flere år slitt med vedvarende lav lønnsomhet. En hovedårsak er det høye norske kostnadsnivået. Forslaget vil medføre at fangsten allokteres til den mest kostnadskrevende og minst effektive produksjonen. Dette vil direkte svekke lønnsomheten og verdiskapingen i industrien og dermed ha en direkte negativ effekt på sysselsetting og følgelig også bosetting i kystdistriktene.

3.7 Forslaget om å innføre en ordning som gir en gunstigere kvoteavregning dersom det leveres fersk fisk i stedet for frossen fisk

Norsk fiskeriforvaltning har over flere år beveget seg bort fra gruppekvoter og over til fartøykvoter. Dette har bidratt til forutsigbarhet for involverte parter. Dersom den foreslåtte ordningen innføres, vil det være en dreining tilbake til tidligere ordninger der det var større usikkerhet om hvilket kvotegrunnlag det enkelte fartøy faktisk hadde i løpet av året.

Videre gjør vi oppmerksom på at det gjennom en serie av forskrifter gitt i løpet av 1980-tallet allerede har skjedd en forskyvning av kvotefordelingen i trålerflåten, ved at fabrikk- og saltfisketrålernes kvoteandeler har blitt redusert i forhold til ferskfisk- og rundfrysetrålernes kvoter. Som påpekt i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1993 s. 578, ble sysselsettingshensyn og dermed også hensynet til bosettingen i distriktene tillagt vesentlig vekt ved denne kvotefastsettelsen. Disse hensyn er dermed allerede i høy grad hensyntatt gjennom dagens kvotefastsettelse. En ytterligere reduksjon av kvoteandelene med grunnlag i samme hensyn fremstår som uforholdsmessig og vil få kraftige økonomiske ringvirkninger for fabrikktrålerne.

Forslaget vil videre gi insentiver til å fiske mest mulig i begynnelsen av året for å sikre en større del av det totale kvotegrunnlaget. Dette trekker i motsatt retning av behovet for å fordele totale fangster utover året.

Regulatoriske tiltak som bidrar til jevnere fordeling av fersk fangst over året, uten å svekke lønnsomheten i fiskeflåten eller landindustrien, fremstår som å være i tråd med formålet med deltakerloven. Slik dette forslaget er utformet er det vanskelig å se at myndighetene kan oppnå den ønskede effekt av tiltaket.

3.8 Vurdering av sanksjonsapparatet

I tillegg til våre vurderinger av de enkelte endringsforslag ovenfor, vil vi knytte enkelte kommentarer til det gjeldende sanksjonsapparatet ved brudd på deltakerloven og bestemmelser gitt i medhold av denne, herunder leveringspliktforordningen.

Utformingen av sanksjonssystemet i dag – i alle fall slik det praktiseres – medfører bruk av sanksjoner som går på tvers av de hensyn regelverket skal ivareta. Det rammer mannskap, landindustrien og dens ansatte uforholdsmessig hardt. Vi vil derfor be om at det vurderes å gjøre endringer i form av konkrete regelendringer i lov og/eller forskrift. Vi noterer oss at FKD i Prop. 59 L, *Endringer i deltakerloven, fiskeriforbudsloven mv.*, har fremsatt forslag til endring i regelverket som vi straks vil kommentere nedenfor.

Etter det *gjeldende* sanksjonssystemet kan forvaltningen ved overtredelser av bestemmelser i eller gitt i medhold av deltakerloven, blant annet reagere med tilbakekall av ervervstillatelse etter deltakerloven § 11, overtredelsesgebyr etter § 28, eller tvangsmulkt etter § 29.

Fiskerimyndighetene treffer erfaringsmessig som regel vedtak om tilbakekall av ervervstillatelse etter § 11 ved tilfeller av overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av loven. Overtredelsesgebyr etter § 28 benyttes sjelden. Hvorvidt forvaltningen skal bruke sanksjonsmidlene i lovens § 11, § 28 og/eller § 29 er som utgangspunkt opp til forvaltningens frie skjønn. *Om* kompetansen skal brukes – og *hvilken* – beror imidlertid på en avveining av saklige hensyn etter deltakerloven.

Formålet med deltakerloven er blant annet å øke lønnsomheten og verdiskapingen i næringen og gjennom dette trygge arbeidsplasser i kystdistriktene, jf. deltakerloven § 1 bokstav b). Tilbakekall gjøres gjeldende i alt fra én til flere måneder. En slik sanksjon rammer uansett hardt – ikke bare rederiet, men særlig mannskapet på vedkommende fartøy, samt landindustrien og dens ansatte.

Forholdsmessighet mellom mål og middel og formålet i deltakerloven blir i en slik situasjon ikke tilstrekkelig hensyntatt. Når sanksjoner rammer mannskap og landindustrien hardt, har vedtakene utilsiktede virkninger som til en viss grad går på tvers av disse formålene. Vedtak om midlertidig tilbakekall av ervervstillatelse som gjøres gjeldende for andre halvdel av året, virker dessuten mot regjeringens uttalte ønske om å bringe mer fersk torsk på land i denne halvdel av året, et formål som blant annet er materialisert gjennom bifangstordning og ferskfiskbonus for de største fartøylene.

Videre har det betydning at deltakerlovens § 28 ble innført blant annet som ledd i styrkingen av sanksjonsregimet ved brudd på leveringsplikten.²⁷ Dette tilsier at det ligger en oppfordring til forvaltningen i å benytte dette sanksjonsalternativet fremfor tilbakekall av ervervstillatelse, der overtredelsesgebyr i større grad ivaretar hensynene bak deltakerloven.

I forarbeidene til bestemmelsen heter det videre at § 28 skal:

²⁷ Ot.prp. nr. 70 (2003-2004) *Om lov om endring i lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) m.v.* side 33.

"gi grunnlag for raskere og bedre tilpassede sanksjoner ved overtredelse av fiskerilovgivningen".²⁸

Som bakgrunn for innføring av bestemmelsen ble det av Fiskeridepartementet påpekt at:

"... det er et problem at tilbakekall av konsesjon er det eneste alternativet til straff. Tilbakekall av konsesjon kan ramme meget hardt, i og med at man her blir fratatt retten til å utøve sin næringsvirksomhet, og i mange tilfeller vil det også gå ut over mannskapet. På denne bakgrunn ser departementet det slik at dagens ordning ikke nødvendigvis alltid er det mest hensiktsmessige sanksjonsmiddelet, sett i forhold til arten av de overtredelser man typisk står overfor."²⁹

Denne uttalelsen peker også i retning av at overtredelsesgebyr bør brukes som alternativ til tilbakekall av ervervstillatelse og andre konsesjoner – særlig der tilbakekall rammer mannskapet. Likevel er det altså tilbakekall av ervervstillatelse som er den vanligste sanksjonsform per i dag. Fiskeridirektoratet har opplyst at mangelen på bruk av overtredelsesgebyr etter § 28, skyldes at det foreløpig ikke er fastsatt nærmere bestemmelser om overtredelsesgebyr i forskrift, jf. deltakerloven § 28 siste ledd.³⁰ Det bør etter vårt syn fastsettes slike nærmere bestemmelser straks, idet måten sanksjonssystemet anvendes på i dag ikke er tilfredsstillende.

I Prop. 59 L, *Endringer i deltakerloven, fiskeriforbudsloven mv.*, er det fremsatt forslag til endring i blant annet deltakerloven § 28. Endringsforslaget innebærer at overtredelsesgebyr ved brudd på forskrifter i medhold av deltakerloven bare kan ilegges hvis dette fremgår av forskriften.³¹ Det skal dermed stilles krav om at forskriften som hjemler handlingsnormen uttrykkelig angir at brudd på den aktuelle bestemmelsen kan medføre overtredelsesgebyr.³²

I forlengelsen av dette kan nevnes at leveringspliktforskriften per i dag ikke har en direkte henvisning til deltakerlovens § 28 om overtredelsesgebyr som sanksjonsform.³³ Vi antar imidlertid at dette først og fremst har historiske årsaker (at forskriften ikke er oppdatert) og mener ikke det er til hinder for at gebyr kan benyttes, så lenge det er hjemmel for det i deltakerloven § 28. Illustrerende i denne sammenheng er at forskrift om opplysningsplikt ved landing og omsetning av fisk³⁴ heller ikke gir uttrykkelig hjemmel for å benytte tilbakekall av ervervstillatelse som sanksjonsmiddel, uten at det har vært til hinder for at slikt tilbakekall har vært benyttet som sanksjonsform for overtredelse av forskriften i tidligere saker. Dersom den foreslåtte endringen i deltakerloven § 28 vedtas, bør imidlertid regelverket oppdateres, slik at det uttrykkelig fremkommer av leveringspliktforskriften at brudd på forskriften kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Dette bør for øvrig gjøres selv om forskriften ikke endres.

²⁸ Ot.prp. nr. 70 (2003-2004) *Om lov om endring i lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) m.v.* side 44.

²⁹ Ot.prp. nr. 70 (2003-2004) *Om lov om endring i lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) m.v.* side 33.

³⁰ Fiskeridirektoratets brev av 6. november 2012, ref. 12/2957.

³¹ Prop. 59 L, *Endringer i deltakerloven, fiskeriforbudsloven mv.* s. 23

³² Prop. 59 L, *Endringer i deltakerloven, fiskeriforbudsloven mv.*, s. 23

³³ Det samme gjelder forskrift 22. januar 2003 om opplysningsplikt ved landing og omsetning av fisk (FOR-2003-01-22-57)

³⁴ FOR-2003-01-22-57

Vi gjør videre oppmerksom på at ileggelse av overtredelsesgebyr i visse tilfeller vil kunne måtte betraktes som straff i Grunnlovens forstand, og således ikke kan ilegges uten etter dom, jf. blant annet uttalelser i NOU 2003:15, og i TOSLO-2011-47336 (som per tiden ikke er rettskraftig). I slike tilfeller vil ikke forvaltningen ha myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Etter vår oppfatning står et vedtak om tilbakekall av ervervstillatelse som rammer (minst) like hardt i samme stilling. Der man måtte være usikker på om det er hjemmel for forvaltningen å ilegge overtredelsesgebyr, kan man derfor ikke i stedet fatte vedtak om tilbakekall av ervervstillatelse hvis vedtaket reelt sett rammer (minst) like hardt.

4 INTERNASJONALE FORPLIKTELSER – EØS

4.1 EØS-avtalen og fiskerisektoren

4.1.1 *Generelt*

EØS-avtalen omfatter ikke den felles fiskeripolitikken i EU. På dette området utformer norske myndigheter som utgangspunkt selv nasjonal politikk, inkludert strukturpolitikk, ressursforvaltning, markedsorganisering og støttenivå m.m. Det er heller ikke frihandel med fiskeprodukter mellom EU og Norge.

Selv om Norge ikke er del av EUs felles fiskeripolitikk, påvirkes likevel denne sektoren i Norge i ganske betydelig grad av forholdet til EU, og da særlig på grunn av EØS-avtalen. Av særskilt interesse for leveringspliktforordningen er at EØS-avtalens generelle regler har betydning for flere sider ved fiskerisektoren, direkte eller indirekte. Flere av de horisontale prinsippene i EØS-avtalen, som for eksempel etableringsrett og vare-, person- og kapitalbevegelse, har konsekvenser, helt eller delvis, for fiskeri og havbruk, med mindre noe annet eksplisitt fremgår av avtalen, dens protokoller og/eller vedlegg.

Selve rådgigheten over fiskeressursene er ikke berørt, og Norge bestemmer selv sin forvaltningspolitikk. Utover dette er det mer omstridt i hvilken grad fiskerisektoren egentlig kan sies å falle utenfor EØS. Mottak og tilvirkning foregår på sin side i fiskeforedlingsindustrien. Dette er en industri som i prinsippet faller innenfor EØS-avtalen, og som påvirkes av den på flere måter. Eierskap til fiskeflåten er unntatt fra EØS-reglene om fri flyt av kapital, mens eierskap til fiskemottak, foredling og oppdrettsanlegg er omfattet.

Handelen med fisk mellom Norge og EU reguleres i all hovedsak av EØS-avtalens protokoll 9. I tillegg har Norge en lang rekke avtaler med EU når det gjelder fiskerisamarbeid, ressursforvaltning, handel og markedsadgang. Reglene i protokoll 9 innebærer ikke frihandel med fisk som vare, men gir tollfrihet for enkelte hvitfiskprodukter og tollpreferanser for en rekke andre fiskeprodukter. Det er heller ikke frihandel mellom Norge og EU for bearbejdede fiskeprodukter.

Det er til dels uavklart i hvilken grad hovedreglene om de fire friheter og konkurransen retten ellers gjelder direkte for fiskerisektoren. Norges offisielle holdning har vært at reglene i prinsippet ikke gjør det, mens EFTAs overvåkningsorgan ("ESA") og andre aktører har fremholdt at de gjør det. De gangene spørsmålet har vært satt på spissen, har Norge i realiteten bøyd unna og akseptert de facto at EU/EØS-reglene får anvendelse.

Det pågår for tiden en tvist mellom ESA og Norge om rekkevidden av EØS-avtalen når det gjelder fiskerisektoren. Saken gjelder reguleringen i en forskrift³⁵ til deltakerloven av hvor stor andel en aktør kan kontrollere av den totale produksjonskapasiteten innen oppdrett av laks- og ørret. Et brev fra ESA til norske myndigheter i saken inneholder en del uttalelser om forholdet mellom EØS-avtalens generelle regler og fiskerisektoren som er av interesse for leveringspliktforordningen, for eksempel³⁶:

"...the rules of the EEA Agreement on right to establishment and free movement of capital, are, if not covered by the special adaptations, fully applicable to establishments and investments in the fishery sector, regardless of whether the rules on the free movement of goods in the EEA Agreement are made applicable to a product produced or traded by the natural or legal person establishing or being invested in, cf. Article 8(3) EEA."

4.1.2 Særreglene

Særreglene for fiskerisektoren i EØS-avtalens vedlegg VIII (etableringsretten) og vedlegg XII (kapitalbevegelser) inneholder ikke bestemmelser som får betydning for leveringspliktforordningen. De er relatert til å begrense andre lands statsborgeres rett til å eie og drive fiskerivirksomhet i Norge, og gjelder kun begrensninger som allerede forelå ved EØS-avtalens undertegning.³⁷

Vi nevner likevel for ordens skyld her innholdet i særreglene når det gjelder etableringsretten og kapitalbevegelser, som er de aktuelle bestemmelsene for leveringspliktforordningen. Selv om utgangspunktet etter EØS-avtalen artikkel 31.1 er den fullstendige og frie utøvelse av næringsvirksomhet, er det med hjemmel i artikkel 31.2 fastsatt visse begrensninger i den frie etableringsretten innenfor blant annet fiskerisektoren.

Av EØS-avtalens vedlegg VIII punkt 10 fremgår det således følgende:

"Uten hensyn til avtalens artikkel 31 til 35 og bestemmelsene i dette vedlegg kan Norge fortsette å anvende restriksjoner som gjelder den dagen avtalen blir undertegnet, på etablering for utenlandske statsborgere innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer."

Bestemmelsen i vedlegg VIII danner med dette grunnlag for at den norske stat kan fastholde visse begrensninger mot fiskerinæringen der disse begrensningene eksisterte på tidspunktet for signeringen av EØS-avtalen. Senere endringer er imidlertid ikke automatisk vernet av denne bestemmelsen, slik at lovligheten av disse må vurderes opp mot de generelle reglene etter EØS-avtalen artikkel 31.1. Som det fremgår gjør særregelen videre kun unntak for begrensninger som gjelder andre lands statsborgeres rett til å eie og drive fiskerivirksomhet i Norge.

³⁵ Forskrift 22.12.2004 nr. 1800 om kontroll med eiermessige endringer i selskap mv. som innehar tillatelse til oppdrett av matfisk av laks og ørret i sjø.

³⁶ Se nederst på side 10 i ESAs brev av 14. februar 2012. Brevet er tilgjengelig på Fiskeri- og kystdepartementets nettsider (hvor norske myndigheters svar på ESAs brev også er tilgjengelig):

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fkd/aktuelt/nyheter/2012/svar-pa-henvendelse-fra-esa.html?id=676398>

³⁷ Avtalen ble undertegnet 2. mai 1992.

Tilsvarende er det med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 40 annet punktum fastsatt visse begrensninger for den frie kapitalbevegelse. Av EØS-avtalens vedlegg XII punkt 1 bokstav h fremgår følgende:

"Uten hensyn til avtalens artikkel 40 og bestemmelsene i dette vedlegg kan Norge fortsette å anvende restriksjoner som gjelder den dagen avtalen blir undertegnet, på utenlandske statsborgeres rett til å eie fiskefartøyer.

Restriksjonene skal ikke være til hinder for at utenlandske statsborgere investerer i landbasert fiskeforedling eller i selskaper som bare er indirekte engasjert i fiske. Nasjonale myndigheter skal ha rett til å pålegge selskaper som helt eller delvis er ervervet av utenlandske statsborgere, å avvikle sine investeringer i fiskefartøyer."

Begrensningene i EØS-avtalens vedlegg XII og VIII når det gjelder anvendelsen til avtalens artikkel 31 og 40 gjør ikke at EØS-avtalen ikke kan få anvendelse for leveringspliktforskriften. I og med at leveringspliktforskriften også berører landanlegg, og ikke bare fangst, vil det dessuten uansett være slik at EØS-avtalens regler om blant annet etableringsrett og kapitalbevegelser kan komme til anvendelse. Videre vil det uansett potensielt foreligge et grenseoverskridende element, selv om det er visse begrensninger på utenlandske statsborgeres adgang til å eie fiskefartøy.

I punkt 4.2 nedenfor gis en oversikt over relevante bestemmelser for vurderingen av endringsforslaget overensstemmelse med EØS-retten. Deretter foretas i punkt 4.3-4.4 en konkret vurdering av om endringsforslaget står seg i forhold til EØS-avtalen artikkel 31 om etableringsretten. I punkt 4.5 omtales konsekvenser ved gjennomføring av forskriftsendringer som utgjør brudd på EØS-avtalen.

4.2 Relevante bestemmelser

Retten til fri utøvelse av næringsvirksomhet og retten til fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital utgjør EØS-rettens kjernerettigheter, og er helt grunnleggende for Norges deltakelse i EUs indre marked.

Felles for disse rettighetene er at de som utgangspunkt nedfeller et forbud mot enhver hindring som stanser eller på annen måte begrenser utøvelsen av indremarkedets grunnfriheter. For de tilfeller at den enkelte medlemsstat har et dokumentert behov for å gjøre unntak eller innskrenkninger i frihetene er dette likevel mulig i medhold av EØS-avtalen, men hvilke unntaksbegrunnelser som anses legitime varierer imidlertid noe alt ettersom hvilken frihet det er tale om.

Etter artikkel 31.1 i EØS-avtalen (som tilsvarende artikkel 49 i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte ("TEUV")) fremgår det at det som utgangspunkt ikke skal "være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium". Etter bestemmelsens andre ledd omfatter dette også retten til å drive denne næringsvirksomheten og beskytter særlig mot slike tiltak som på noen måte diskriminerer på bakgrunn av nasjonalitet.

Bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 31.1 er en generalrettighet som i prinsippet vil kunne ramme enhver form for statlig fastsatt hindring mot den frie næringsutøvelse. Som vi vil komme tilbake til nedenfor innebærer dette imidlertid ikke at statlige hindringer er forbudt etter EØS-retten, dersom staten kan dokumentere at disse er nødvendige for å verne viktige interesser.

Ut fra det grunnleggende prinsippet om det indre markedes frie funksjon, vil en hver statlig hindring eller begrensning av denne retten som utgangspunkt måtte vurderes opp mot EØS-avtalens artikkel 31.

Ved at høringsnotatets endringsforslag utvider den tidligere leveringsplikten til å også omfatte blant annet en *kjøpsplikt* for landmottaket i visse tilfeller, griper staten betydelig inn i det enkelte mottaks selvstendige selskapsstyring, hvilket i seg selv innebærer en hindring som må vurderes etter de retningslinjene som er fastsatt av EU-domstolen og EFTA-domstolen på bakgrunn av henholdsvis TEUV artikkel 49 og EØS-avtalen 31.1. Det samme gjelder for de øvrige innstrammingsforslagene.

Innstramningene som er foreslått vil gripe ytterligere inn i den enkelte tilbyders (fiskers/fiskeforetaks) rett til å tilby sine tjenester og varer på det åpne markedet. Selv om det skulle legges til grunn at eksisterende regulering på området er i overensstemmelse med EØS-avtalen, innebærer ikke det at ytterligere utvidelse av disse begrensningene kan gjennomføres uten hensyn til EØS-retten.

Det er særlig forslaget om skjerping av tilbudsplikten, bearbeidingsplikten og endring av leveringssted, samt forslaget om kjøpsplikt som er problematisk i forhold til EØS-avtalen. Det kan heller ikke utelukkes at enkelte andre elementer ved endringsforslagene kan være problematiske i EØS-rettslig sammenheng. For øvrig vil forslaget om å oppheve leveringspliktforordningen i sin helhet skape en uklar situasjon rundt nåværende konsesjoner og rettigheter. Dette vil i seg selv kunne være i strid med EØS-rettslige krav til klarhet og forutsigbarhet for foretak.

Av omfattende praksis fra EU-domstolen er det fastsatt en rekke krav som må tilfredsstilles for at en hindring av det indre markedet – så som en forskriftsendring i dette tilfellet – kan anses legitim. Retningslinjene for denne vurderingen ble blant annet fastslått i *Gebhard*³⁸, og vil kunne anvendes tilsvarende enten man vurderer forslagene som en hindring av den frie utøvelse av næringsvirksomhet, tjenesteyting, varebytte eller kapitalbevegelser.

*"It follows, however, from the Court's case-law that national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfill four conditions: they must be applied in a nondiscriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it (see Case C- 19/92 Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I - 1663, paragraph 32)."*³⁹

Slik det fremgår av *Gebhard*, vil enhver hindring som gjør den frie næringsutøvelsen mindre attraktiv for den enkelte tilbyder måtte veies opp mot en streng proporsjonalitetsnorm. For at en slik hindring skal anses legitim etter EØS-retten må det da foretas en vurdering av om hindringen (i) har et formål som er vernet av EØS-retten (formålmessig) samt at denne hindringen (ii) er egnet til å oppnå formålet og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta det (forholdsmessig).

I tråd med EU-domstolens praksis, blant annet *Säger*⁴⁰, er det et grunnleggende prinsipp at vurderingen av om en hindring skal anses legitim overfor EØS-retten skal underlegges en streng

³⁸ Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (C-55/94)

³⁹ Ibid. avsnitt 37.

⁴⁰ Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd (C-76/90).

tolkningsnorm. Det er med andre ord påkrevet at staten ikke bare kan påvise – men også dokumentere – at tiltakene rent faktisk er formålstjenelige og nødvendige.

I tillegg til etableringsretten vil blant annet også retten til frie kapitalbevegelser kunne ha betydning for endringsforslagene. I det følgende er vurderingen foretatt konkret i forhold til etableringsretten i EØS-avtalen artikkel 31, men vurderingene vil langt på vei også ha relevans for tilsvarende vurdering etter blant annet artikkel 40 om frie kapitalbevegelser.

4.3 Vil endringsforslagene kunne anses som formålstjenelige?

Som beskrevet i punkt 2.2 over er formålet med det eksisterende regelverket å opprettholde arbeidsplasser og sysselsetting i utkantstrøk i Nord-Norge, ved at industrien sikres jevn og tilstrekkelig råstofftilførsel til å holde virksomheten i gang. Som et utgangspunkt vil dette normalt anses å kunne være formålstjenlig i EØS-rettslig forstand, i den forstand at det er snakk om formål som kan anses som legitime begrunnelser for unntak fra forbudet mot restriksjoner.

Vi gjør oppmerksom på at man i denne sammenheng opererer med et snevrere "formålstjenelig"-begrep enn det som er tilfelle etter EMK, jf. punkt 5 nedenfor. Vurderingen av om de anførte formålene faktisk oppnås ved de aktuelle tiltakene gjøres som ledd i forholdsmessighetsvurderingen i EØS-rettslig sammenheng.

Forslagene i høringsnotatet innebærer en vesentlig skjerping av gjeldende regelverk. Det foreslås endringer i reglene for tilbudsplikten, bearbeidingsplikten, leveringssted og forhåndsinnmelding av leveringspliktig fangst. De mest inngrepene endringene i forslaget er å øke tilbudsplikten til 100 %, samt innføre en kjøpsplikt på 70 % av tilbudspliktig torsk og hyse, i tillegg til at bearbeidingsplikten foreslås øket fra 70 % til 90 % av torsken. I tillegg ønsker FKD blant annet å innføre en kjøpsplikt ved sammenfallende eierskap til fartøy og landanlegg.

Formålet med endringene er å sikre at trålere med leveringsplikt leverer råstoff til anleggene, og at disse bedriftene faktisk videreforedler fisken. Bakgrunnen for forslaget er at man ønsker å bedre ordningen med leveringsplikt. Det pekes på permitteringer i filetindustrien grunnet manglende råstoff, samtidig som fangst fra torsketrålere med leveringsplikt ikke er levert eller brukt i produksjonen i de anlegg som er tilgodesett med leveringsvilkår. Departementet har som målsetning at foredlingsanleggene skal ha så mye råstoff som mulig, og selv kunne bestemme hva, når og hvor de ønsker å ta i mot råstoff.

For at en hindring mot den frie næringsutøvelse skal anses formålmessig begrunnet, er det i EU-domstolens praksis stilt krav om at hindringen er begrunnet i blant annet tungtveiende sosiale hensyn ("public policy"). Under hensyn til den legislative bakgrunnen for dagens leveringsplikt, med å opprettholde arbeidsplasser og konkurransevnen til nordregionene, er det naturlig å vurdere forskriftsendringen som et utslag av slike sosiale hensyn som i prinsippet vil kunne anses vernet etter EØS-retten.

Som det fremgår av *Kommisjonen mot Østerrike*⁴¹ er imidlertid rammene for slike samfunnsmessige hensyn svært snevre;

⁴¹ Kommisjonen v. Østerrike (Sak C-161/07) avsnitt 35-36.

"As the Court has pointed out on numerous occasions, the concept of public policy, first, comes into play where a genuine and sufficiently serious threat affects one of the fundamental interests of society and, second, must, as a justification for a derogation from a fundamental principle of the Treaty, be narrowly construed [...]."

For at sosiale hensyn skal kunne legitimt påberopes som en begrunnelse, må det etter overstående dom foreligge grundig dokumentasjon fra staten som underbygger at det aktuelle tiltaket (her forskriftsendringen) ivaretar et formål om å beskytte en vesentlig samfunnsinteresse mot en alvorlig trussel. Det er med andre ord staten som bærer bevisbyrden for at tiltaket er ment å verne om disse samfunnsinteressene.

I denne forbindelse bør det understrekes at det med beskyttelse av vesentlige samfunnsinteresser i denne saken først og fremst er ment tiltak som skal tjene til et legitimt vern av arbeidsplassene i nordregionene. En forskriftsendring som enten direkte eller indirekte er begrunnet i rene økonomiske hensyn for ytterligere å verne mot konkurranse (utover den begrensningen som ligger i leveringsplikten) vil da være svært problematisk i forhold til EØS-retten.⁴²

Spesielt for de endringsforslagene som er fremsatt i høringsnotatet, er at man sannsynligvis ønsker å sikre en overholdelse av de hensynene som dagens leveringsplikt er ment å verne. I høringsnotatet stiller departementet spørsmålsteget ved funksjonaliteten til leveringspliktordningen. Det uttales at problemene i fiskeindustrien har mange og sammensatte årsaker, og at dette langt fra bare har sammenheng med om leveringspliktordningen fungerer godt eller dårlig.⁴³ Likevel ønsker departementet å se nærmere på leveringspliktordningen og om det er mulig å gjøre ordningen bedre, og de foreslåtte endringer i forskriften er et resultat av en slik vurdering.

Departementet konkluderer ikke med at leveringspliktordningen er det best egnede virkemiddel. Ordningen må likevel anses å være et relevant og egnet tiltak i departementets øyne. Høringsnotatet kan synes å være et utslag av at departementet ikke mener at det er selve leveringsplikten som er utilstrekkelig for å ivareta de samfunnsmessige hensynene i nordregionene, men at det derimot er kontrollen med og etterlevelsen av denne plikten som er ansett for å være mangelfull.

Det uttales i høringsnotatet at "*Utviklinga etter 2006 har vist seg å bli så utfordrande at det er grunn til igjen å vurdere endringar.*"⁴⁴ Endringene det siktes til her er blant annet forslaget om salgspflicht, som ikke ble innført den gang. Formålet med dette virkemiddelet er, i 2006 som nå, å skape en ordning som fører til at mer råstoff blir levert til og faktisk produsert ved tilgodesette landanlegg.⁴⁵ Departementet gir imidlertid ingen begrunnelse for hvor dette virkemiddelet skal være mer formålstjenlig nå.

⁴² Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media (C-288/89)

⁴³ Fiskeri- og kystdepartementet, *Høringsnotat av 6. november 2012, Leveringsplikt for fartøy med torsketråløyve*, 6. november 2012 s.9

⁴⁴ Ibid s. 10

⁴⁵ Ibid s. 15

Statlige tiltak som iverksettes for å hindre omgåelser eller misbruk av (vernede) samfunnsmessige interesser vil etter EU-domstolens praksis i blant annet *Kraus*⁴⁶ kunne anses formålstjenlige etter EØS-retten; også der disse tiltakene tar sikte på å hindre utøvelsen av det frie markedet som her er tilfellet. Det vil imidlertid normalt være enda strengere krav til forholdsmessighet og dokumentasjon når en innstramning av allerede eksisterende begrensninger begrunnes på denne måten.

4.4 Vil endringsforslagene kunne anses som forholdsmessige?

4.4.1 Innledning

Spørsmålet om forholdsmessigheten av en hindring – her de fremsatte forslag til forskriftsendringer – har etter EU-domstolens praksis blitt formulert som en vurdering av om hindringen er egnet til å oppnå de hensyn man ønsker å verne⁴⁷.

I utgangspunktet er det for øvrig opp til den enkelte medlemsstat å fastsette hvilket beskyttelsesnivå man ønsker å fastlegge, også i de tilfeller hvor indremarkedets grunnfriheter bli hindret. Slik det ble uttalt i blant annet *Heinonen*⁴⁸ er medlemsstatene således tillagt en "*margin of discretion in determining, according to particular social circumstances and to the importance attached by those States to a legitimate objective under Community law [...] the measures which are likely to achieve concrete results*".

Slik det ble fremholdt av EU-domstolen i blant annet *De Peijper*⁴⁹ og senere *Eggers*⁵⁰, inneholder proporsjonalitetstesten imidlertid også et krav om *nødvendighet*. I sistnevnte sak fastslo domstolen at denne nødvendighetstesten innebærer at det aktuelle tiltaket "*is not extended any further than is necessary for the protection of those interests which it is intended to secure*". Det som kan utledes av *Eggers* er at det må foreligge kausalitet mellom det aktuelle tiltaket og de verdier som ønskes vernet og ivaretatt.

Dette ble for Norges vedkommende sist fremholdt i juli 2012, der Norge ble dømt for traktatbrudd.⁵¹ Her fant EFTA-domstolen at norsk lov som satte begrensninger på eierskap og stemmerettigheter i børser og verdipapirsentraler var i strid med EØS-avtalens regler om rett til fri etablering og kapitalflyt. I dommen uttales det;

"In order to be justified, the contested rules must be suitable for achieving the intended objectives, and they must not go beyond what is necessary in order to attain the legitimate objectives which they pursue."

I relasjon til denne saken stilles det med andre ord et krav om at endringsforslaget reelt sett er både egnet og nødvendig for en fortsatt sikring av fiskerinæringen i nordregionene og at endringene ikke

⁴⁶ Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg (C-19/92) avsnitt 34

⁴⁷ Jf. blant andre J. H. M. van Binsbergen v Bestuur van de Bed.ver voor de Metaalnijverheid (Sak 33/74)

⁴⁸ Criminal proceedings against Sami Heinonen, premiss 43 (C-394/97)

⁴⁹ Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV, premiss 16-17 (Sak 104/75)

⁵⁰ Joh. Eggers Sohn & Co. v Freie Hansestadt Bremen, premiss 30 (Sak 13/78)

⁵¹ E-9/11 premiss 87

minst vil være bedre egnet til å sikre denne næringen enn det dagens regler om leveringsplikt gir rom for. Videre er det krav om at dette ikke kan sikres med mindre inngripende tiltak, for eksempel ved en mer effektiv håndheving av dagens regler.

Forslaget til forskriftsendring innebærer blant annet at det blir innført en kjøpsplikt for 70 % av tilbudspliktig torsk og hyse når det er samme eier til fartøy og landanlegg. I tillegg er det blant annet foreslått at tilbudsplikten skal økes fra 80 % av torsk og 60 % av hyse til 100 % av fartøyets fangst av torsk og hyse.

Tiltakene representerer en vesentlig innstramming i regelverket, og medfører en sterk begrensning i mulighetene for å råde fritt over fartøyets fangst. Som sagt ovenfor er slike begrensninger i utgangspunktet et inngrep i den frie etableringsrett, og en slik innstramming i regelverket har betydning for myndighetens begrunnelsesplikt.

4.4.2 *Kravet til nødvendighet*

For det første vil det kunne stilles spørsmål ved i hvilken grad endringene er *nødvendige* for sikre vernet av fiskerinæringen i nordregionene målt opp mot det regelverket som eksisterer per i dag. Slik vi har redegjort for tidligere er det allerede et utstrakt vern om denne næringen gjennom reglene om leveringsplikt, hvilket i seg selv innebærer et betraktelig inngrep i så vel det indre markedes funksjon som eiendomsretten etter EMK, jf. punkt 5 nedenfor.

Gjennom å foreta en forskriftsendring hvor det blant annet innføres kjøpsplikt, vil myndighetene utvide det vernet som allerede følger av leveringsplikten – som retter seg mot trålerne – til også å begrense mottakenes rett til å planlegge sin virksomhet etter eget skjønn.

Forslagene i høringsnotatet synes umiddelbart problematiske i forhold til EØS-retten dersom man foretar en regelendring – med den inngripende virkning som her er skissert – med det formål å *sikre en bedre* etterlevelse av den allerede eksisterende forpliktelse til blant annet bearbeidelse som følger av forskriften § 3 (5). Det er også problematisk å foreta innstramminger slik det her er snakk om, selv om det ikke bare er av håndhevingshensyn, uten at det er dokumentert at de er nødvendige for å ivareta de påberopte formålene.

Begrunnelsen for å innføre kjøpsplikt er å tvinge foredlingsanleggene til å ta imot og bearbeide mer fisk. Departementet peker på at verken det å gå tilbake til gammel ordning, eller å foreta endringer som skissert i punkt 7.1 i forslaget, "*i seg selv vil tvinge foredlingsanlegga til å ta i mot og bearbeide meir fisk.*"⁵² I den forbindelse er det særlig et poeng at leveringspliktforskriften allerede hjemler en rekke sanksjoner – herunder straffesanksjoner – for overtredelse av leveringsplikten.

Den rasjonelle forklaringen bak en slik endring som foreslått må da antas å bygge på at fiskerimyndighetene ønsker en regelverksendring som sikrer etterlevelse av leveringsplikten uten at kontrollen med denne skal være for ressurskrevende å utføre. Når det gjelder kontroll med nåværende leveringsplikt uttaler departementet at det blir foretatt kontroller hvert år, og at "*kontrollen har resultert i at det er gitt åtvaringar og at ervervsløyvet i nokre høve har vorte inndrege for ein kortare*

⁵² Fiskeri- og kystdepartementet, *Høringsnotat av 6. november 2012, Leveringsplikt for fartøy med torsketrålløyve*, 6. november 2012 s. 14

periode".⁵³ Ut fra dette kan det neppe slutes at kontrollen har vært omfattende, eller at den kontroll som har vært utført har avdekket grove brudd på leveringsplikten.

I lys av denne forutsetningen stiller saken seg på mange måter lik den saken som ble forelagt EU-domstolen i *Kommisjonen v. Italia*⁵⁴. Saken ble innbrakt for EU-domstolen som en overtredelsessak fra Kommisjonen på bakgrunn av at italienske myndigheter hadde endret anbudsregelverket slik at kun statlig kontrollerte selskaper kunne konkurrere om utviklingen av myndighetenes it-systemer. Fra offisielt hold ble det fremholdt at endringen ble gjort for å sikre kvaliteten på slike systemer, og ikke minst hindre at sensitiv informasjon kunne lekke ut dersom rent private foretak vant tilbudene. Den reelle begrunnelsen for endringene var imidlertid at italienske myndigheter fryktet infiltrering av mafiaen dersom man tillot private selskaper i tilbudene.

I sin vurdering av saken kom domstolen til at Italias tiltak ikke kunne forsvares som en hindring etter EØS-retten. I premissene fra domstolen ble det lagt vekt på at hindringen innebar et betydelig inngrep i retten til fri tjenesteytelse og etableringsretten, slik at det dermed ble stilt strenge krav til at myndighetene kunne dokumentere nødvendigheten av tiltaket. I denne forbindelse trakk domstolen frem at staten har en bred lovgivningskompetanse, og at det som følge av denne kompetansen foreligger en omfattende plikt til å vurdere tiltak som kan ivareta de samme hensyn på en måte som er mindre inngripende overfor det indre markedes funksjon.

I saken *Kommisjonen v. Italia* var EU-domstolens vurdering således at italienske myndigheter kunne ivareta sine hensyn på tilfredsstillende måte gjennom å pålegge de ansatte i disse selskapene en lovbestemt og straffesanksjonert taushetsplikt;

"In that regard it must be stated that the Italian Government had sufficient legal powers at its disposal to be able to adapt the performance of contracts to meet future and unforeseeable circumstances and to ensure compliance with the general interest, and that in order to protect the confidential nature of the data in question the Government could have adopted In that regard it must be stated that the Italian Government had sufficient legal powers at its disposal to be able to adapt the performance of contracts to meet future and unforeseeable measures less restrictive of freedom of establishment and freedom to provide services than those in issue, in particular by imposing a duty of secrecy on the staff of the companies concerned, breach of which might give rise to criminal proceedings.

There is nothing in the documents before the Court to suggest that the staff of companies none of whose share capital is in Italian public ownership could not comply just as effectively with such a duty."

Selv om nærværende sak riktignok er et stykke fra det italienske problemkomplekset i faktum, gir imidlertid denne dommen fra EU-domstolen et klart signal om at myndighetene ikke kan pålegge omfattende begrensninger gjennom regelendringer kun fordi disse er mest praktisk fordelaktig for staten. Særlig vil dette gjelde dersom realiteten bak regelendringene viser at disse er gjennomført for å lette myndighetenes kontrollarbeid, og ikke fordi man mangler de nødvendige hjemlene for slik kontroll.

⁵³ Ibid s. 4

⁵⁴ Den Europeiske Kommisjon v den italienske republikk (C-3/88)

Gjennomfører man en slik endring uten å foreta en grundig vurdering av om mindre inngripende tiltak kan gjennomføres – da først og fremst innenfor reglene om leveringsplikt – vil dermed endringene være problematiske i relasjon til forholdsmessighetsprøvingen, fordi man med dette går lenger enn det som er *nødvendig* målt opp mot den markedsbegrensningen tiltaket medfører.

Det er ved nødvendighetsvurderingen også verdt å merke seg at det i 2006 ble foreslått i innføre en salgspplikt ved sammenfallende eierskap mellom fartøy og landanlegg – altså ikke en kjøpsplikt slik det nå er snakk om, men en salgspplikt. Som nevnt ovenfor i punkt 3 valgte regjeringen ikke å innføre dette forslaget. Det er ikke gitt en begrunnelse for hvorfor dette vil være et egnet virkemiddel nå, men departementet uttaler i høringsnotatet at "*Utviklinga etter 2006 har vist seg å bli så utfordrande at det igjen er grunn til å vurdere endringar*".⁵⁵

Det kan være god grunn til å forvente at tilsvarende vurderinger vil gjøre seg gjeldende ved en kjøpsplikt. I og med at det er samme eier av både fartøy og landanlegg, vil det uansett neppe være noen realitetsforskjell om det innføres en salgspplikt eller en kjøpsplikt. Vi kan heller ikke se at departementet har godtgjort at øvrige innstramminger som er foreslått er nødvendige.

4.4.3 Krav til egnethet

Det er også grunn til å stille spørsmål ved om endringsforslaget er *egnet* i EØS-rettslig forstand. Dette kommer i tillegg til kravet til "nødvendighet" som det er redegjort for over. I punkt 3 er det vist at flere av endringene som er foreslått neppe er egnet til å oppnå de angitte formålene, og at det i hvert fall ikke er dokumentert av departementet at så er tilfelle. Vi viser derfor til punkt 3 når det gjelder egnethetsvurderingen.

4.4.4 EMK og EØS

Et ytterligere moment som vil kunne tjene til å begrense myndighetenes adgang til å foreta den varslede endringen, er dersom endringene også må anses problematiske i forhold til EMK, jf. punkt 5 i denne uttalelsen. Under det standpunktet at endringene er problematiske i relasjon til EMK, er det da svært tvilsomt om en forskriftsendring som foreslått kan anses forholdsmessig etter EØS-retten, selv om utgangspunktet mot formodning skulle være det motsatte.

EU-domstolen har i sin praksis vært svært lydhør for de rettigheter som utledes av EMK, og domstolen har ved en rekke anledninger foretatt en lovlighetsprøving på dette grunnlaget. I blant annet *Omega Spielhallen*⁵⁶ slo dertil også domstolen fast at:

"It should be recalled in that context that, according to settled case-law, fundamental rights form an integral part of the general principles of law the observance of which the Court ensures, and that, for that purpose, the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or to which they are signatories.

⁵⁵ Fiskeri- og kystdepartementet, *Høringsnotat av 6. november 2012, Leveringsplikt for fartøy med torske-trålløve*, 6. november 2012 s. 10

⁵⁶ *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bu.s.dt Bonn (C-36/02)*

The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms has special significance in that respect (see, inter alia, Case C-260/89 ERT [1991] ECR I-2925, paragraph 41; Case C-274/99 P Connolly v Commission [2001] ECR I-1611, paragraph 37; Case C-94/00 Roquette Frères [2002] ECR I-9011, paragraph 25; Case C-112/00 Schmidberger [2003] ECR I-5659, paragraph 71). (vår uthevelse)."

EU-domstolen har i sin praksis dermed fastslått et prinsipp om at EØS-retten er grunnleggende forenelig med EMK. I dette ligger det ikke at EU-domstolen vil avvise et hvert tiltak som *kan* være et brudd på EMK, men at domstolen derimot vil foreta en (enda) strengere proporsjonalitetsvurdering av det nasjonale tiltaket for å forsikre seg om at nasjonale myndigheter har tatt hensyn til også disse forpliktelsene i sin vurdering.

EFTA-domstolen har innfortolket en tilsvarende lære om grunnleggende rettigheter ("fundamental rights") i EØS-avtalen, og uttalt at EMK og praksis fra EMD er viktige kilder for å fastlegge innholdet i slike rettigheter.⁵⁷

4.4.5 Krav til begrunnelsen

Som nevnt vil det kreves en solid begrunnelse fra norske myndigheter for at en slik forskriftsendring som her er foreslått skal stå seg mot proporsjonalitetsprinsippet. Det følgende utfyller gjennomgangen av kravene til nødvendighet og egnethet over.

Gjennom rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen stilles det både krav til at restriksjonen skal begrunnes i den enkelte sak, at eksisterende regleverk skal utnyttes, samt at staten må bevise at andre former for kontrolltiltak ikke i tilstrekkelig grad fører til at eventuelt legitime allmenne hensyn ivaretas.

Det kreves grundig dokumentasjon fra staten som underbygger at det aktuelle tiltaket ivaretar et formål om å beskytte en vesentlig samfunnsinteresse mot en alvorlig trussel, og det er staten som bærer bevisbyrden og rent faktisk må påvise og dokumentere dette. I EFTA-domstolens dom mot Norge fra 16. juli 2012⁵⁸ som er omtalt ovenfor, ble det blant annet uttalt;

"according to settled case-law, it is for the EEA State which invokes a derogation from one of the fundamental freedoms to show in each individual case that their rules are necessary and proportionate to attain the aim pursued (see, to that effect, Case E-9/00 ESA v Norway [2002] EFTA Ct. Rep. 72, paragraph 54"

Det stilles strenge krav til at staten faktisk kan påvise at restriksjonen er nødvendig. I Hjemfallsaken⁵⁹ uttaler EFTA-domstolen;

"the Court notes that public ownership may in principle be suitable for giving the State effective control over the actions of the undertaking concerned. However, the Defendant has failed to demonstrate that

⁵⁷ Jf. premiss 23 i *Ásgeirsson* (E-2/03).

⁵⁸ E-9/11 avsnitt 88

⁵⁹ Sak E-2/06

ownership control is necessary in order to meet the aims of security of energy supply or environmental protection"

I saken fra juli 2012⁶⁰ uttales det også;

*"The reasons which may be invoked by an EEA State by way of justification **must be accompanied by an analysis** of the appropriateness and proportionality of the restrictive measure adopted by that State and specific evidence substantiating its arguments"*

Ut fra dette kan det sies å være et krav til en individualisering av begrunnelsen i den enkelte sak, og det skal være foretatt en analyse i saken av tiltakets proporsjonalitet.

Det kan også se ut til at rettspraksis stiller krav til at eksisterende lovgivning utnyttes, før tyngende restriksjoner ilegges. I en rådgivende uttalelse⁶¹ om gyldigheten av allmenngjøring av arbeids- og ansettelsesvilkår uttaler EFTA-domstolen at;

"restriksjonen [kan] rettferdiggjøres dersom den er begrunnet i tvingende allmenne hensyn i den utstrekning slike hensyn ikke er ivaretatt av de regler yteren av den aktuelle tjeneste er underlagt i den EØS-stat der han er etablert, og i den utstrekning den er egnet til å sikre oppnåelse av det fastsatte mål og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål"

I *Wolff & Müller*⁶², som også gjelder tjenester, uttales det;

*"However, it clear from settled case-law that, where such domestic legislation is applicable to all persons and undertakings operating in the territory of the Member State in which the service is provided, it may be justified where it meets overriding requirements relating to the public interest **in so far as that interest is not safeguarded by the rules to which the provider of such a service is subject in the Member State in which he is established** and in so far as it is appropriate for securing the attainment of the objective which it pursues and does not go beyond what is necessary in order to attain it"*

Det kan her se ut til at det stilles et krav om at eksisterende regler må utnyttes først, og at staten må vurdere ordentlig om håndheving av eksisterende regelverk er tilstrekkelig, i stedet for å bare stramme inn reglene i håp om at formålet skal realiseres på en bedre måte. I Hjemfallsaken uttalte EFTA-domstolen også at *"the reversion does not give the State any control measures which it does not already enjoy in its regulatory capacity"*.

Som nevnt ovenfor kreves det at staten godtgjør i hver enkelt sak at mindre inngripende restriksjoner ikke er formålstjenlige. I overnevnte sak E-9/11⁶³ fra juli 2012 kom EFTA-domstolen til at Norge ikke i tilstrekkelig grad hadde vist at andre former for kontroll ikke kunne nå de relevante mål på en like effektiv måte;

⁶⁰ E-9/11 premiss 89

⁶¹ 62011EJ0002 611EJ0002. Rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, avsnitt 80

⁶² *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix (C-60/03)* avsnitt 19

⁶³ E-9/11 avsnitt 96

"In this regard, the Court finds that the defendant [Norge] has not sufficiently demonstrated, at the level described in paragraphs 87 to 88 above, that other forms of control, even if administratively more burdensome, may not achieve the relevant public interest objectives in an equally effective way (see Case E-2/06 ESA v Norway, cited above, paragraph 88)."

(...)⁶⁴"It is likely that measures other than the contested system would prove to be less restrictive and within the boundaries of the EEA Agreement and, at the same time, equally as effective to attain a high level of protection such as the one sought by the defendant."

Sistnevnte avsnitt det referes til er fra Hjemfallsaken E-2/06⁶⁵. Spørsmålet i den saken var om det å pålegge private norske kjøpere og utenlandske aktører vilkår om tidsbegrensning og hjemfall når de ble gitt konsesjon til å erverve vannfall, uten at slike vilkår ble pålagt offentlige aktører, var i strid med EØS-avtalen. Norge ble her dømt for brudd på EØS-reglene om etableringsrett og fri kapitalflyt, og i saken uttales det;

"Furthermore, in order for the exercise of ownership rights by public entities to be a necessary means of attaining a legitimate public interest objective, it is not sufficient that this exercise is an easier way of making the undertaking act in a certain way. It must be demonstrated that other forms of control, even if administratively more burdensome, may not achieve the relevant public interest objectives in an equally effective way. The Defendant has not demonstrated that this is the case with regard to actions which may have an impact on the environment."

EFTA-domstolen uttaler her at det er sannsynlig at andre tiltak enn det omstridte system er mindre restriktive og innenfor EØS-avtalens grenser, og samtidig like effektive for å oppnå en høy grad av beskyttelse. Dette er relevant for vår sak, der staten nettopp ønsker å stramme inn regelverket, uten å kunne vise til hvorfor eksisterende ordning ikke fungerer tilfredsstillende, eller gi en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor endringene skal kunne oppnå målsetningene på en bedre måte.

4.4.6 Konklusjon

Forslaget om innstramming av leveringsplikten oppfyller ikke kravene til nødvendighet og egnethet, og det er heller ikke gjort forsøk fra departementets side på å dokumentere tilstrekkelig at så er tilfelle. Innstrammingene er dermed ikke forholdsmessige i EØS-rettslig forstand.

4.5 Konsekvenser ved brudd på EØS-avtalen

Dersom Norge vedtar endringer i leveringspliktforordningen som er i strid med EØS-avtalen, vil det være et brudd på Norges folkerettslige forpliktelser etter avtalen. Vi vurderer det som overveiende sannsynlig at EFTAs overvåkningsorgan vil reise traktatbruddssak mot Norge dersom endringsforslagene vedtas, og at Norge eventuelt vil bli dømt i EFTA-domstolen for traktatsbrudd. Det er med andre ord EFTA-domstolen som vil ha siste ord når det gjelder eventuelle endringsoverensstemmelse med EØS-avtalen.

⁶⁴ E-9/11 avsnitt 98

⁶⁵ E-2/06 avsnitt 88

I og med at EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk rett, og har forrang i forhold til norsk lov eller forskrift som regulerer samme forhold, vil også norske domstoler være forpliktet til å gi EØS-reglene beskrevet ovenfor direkte anvendelse. Næringsaktørene kan med andre ord velge å forholde seg til at eventuelle endringer i leveringspliktforskriften er EØS-stridige, og sannsynligvis få medhold for norske domstoler dersom norske fiskerimyndigheter skulle forsøke seg på å håndheve og sanksjonere det som etter vår oppfatning klart vil være EØS-stridige innstramminger.

Vi nevner for øvrig at det sannsynligvis vil være grunnlag for erstatning fra norske myndigheter dersom de EØS-stridige endringsforslagene vedtas, slik at næringsaktørene vil ha krav på å få dekket økonomiske tap som følger av eventuelle endringer.

4.6 Konklusjon

Forslaget om innstramming av leveringsplikten er sannsynligvis problematisk i relasjon til EØS-retten, og da særlig etableringsretten. Det skyldes primært at innstrammingene ikke kan anses å være forholdsmessige, slik at det ikke i tilstrekkelig grad begrunner et unntak fra etableringsretten. Dette gjelder særlig for forslaget om skjerpning av tilbudsplikten, bearbeidingsplikten og endring av leveringssted, samt forslaget om kjøpsplikt.

5 INTERNASJONALE FORPLIKTELSER – EMK

5.1 Innledning

Retten til beskyttelse av eiendom er nedfelt i tilleggsprotokoll 1 ("TP1") til Den europeiske menneskerettskonvensjonen ("EMK"). TP1 artikkel 1 beskytter mot uforholdsmessige inngrep fra staten. EMK TP1 artikkel 1 lyder:

"Art 1. Protection of property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

EMK TP1 artikkel 1 inneholder tre regler: 1) retten til respekt for eiendomsretten, nedfelt i første ledd første punktum, 2) avståelse av eiendomsrett under gitte forhold, jf. første ledd annen setning, og 3) et begrenset vern mot regulerende inngrep i eiendomsretten (rådighetsbegrensninger), jf. annet ledd.⁶⁶ Bestemmelsen fastsetter uttrykkelig at retten også gjelder for selskaper og organisasjoner.

Selv om EMK TP1 artikkel 1 (1) første setning kan synes mer som en prinsipperklæring enn en rettsregel, har Den europeiske menneskerettsdomstolen ("EMD") slått fast at den har selvstendig

⁶⁶ Høstmælingen, Njål, *Internasjonale Menneskerettigheter*, Universitetsforlaget 2003, side 283.

betydning: Eiendomsretten har ikke bare en formell side, men også en reell, som gir seg utslag i at det skal være en rimelig balanse mellom eiendomsretten og statens reguleringsbehov.⁶⁷ I praksis vil EMD først vurdere om det gis hjemmel for inngrepet etter de to siste alternativene, før den eventuelt går løs på det første alternativet. I *Sporrong and Lönnroth v Sweden* ble fremgangsmåten formulert slik:

"The fact that the permits fell within neither the second sentence of the first paragraph nor of the second paragraph does not mean that the interference with the said right violated the rule contained in the first sentence first paragraph.

For the purposes of the latter provision, the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights [...]. The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1."

5.2 Er fiskekonsesjoner en eiendomsinteresse?

Det første spørsmålet er om næringsaktørenes rettigheter i relasjon til deltakerloven anses som eksisterende eiendom. I *Fredin mot Sverige*⁶⁸ ble det uten særlig drøftelse lagt til grunn at en tillatelse til å utvinne singel utgjorde et relevant eiendomsgode. Nyere praksis støtter videre opp om at konsesjoner og tillatelser kan bli ansett som et eiendomsgode etter konvensjonen. I *Posti og Rahko mot Finland*⁶⁹ ble det lagt til grunn at *"the applicants' right to engage in certain types of fishing in State-owned waters on the basis of their lease constituted a 'possession' for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1"*.

Konvensjonspraksis har således anerkjent at et vidt spekter av ulike konsesjoner og tillatelser *kan* anses som eiendom. En fellesnevner for disse tilfellene er at konsesjonene og tillatelsene har vært sentrale for virksomheten som har blitt drevet. I litteraturen er det derfor konkludert med at det ikke er tvilsomt at fiskekonsesjoner nyter vern etter konvensjonen.⁷⁰

5.3 Vil en innstramming av leveringsplikten innebære et inngrep?

For at TP1 artikkel 1 skal komme til anvendelse må det foreligge et inngrep i den aktuelle eiendomsinteressen. Lovreguleringer eller vedtak som formelt har til hensikt å kontrollere eller begrense bruken av en eiendomsinteresse vil utgjøre et slikt inngrep.⁷¹ Dersom det for eksempel innføres en kjøpsplikt ved sammenfallende eierskap mellom fartøy og begunstiget landanlegg, vil det innebære en utvidelse av den eksisterende leveringsplikten. Dette vil klart nok være et inngrep i torsketråltillatelsene.

⁶⁷ Høstmølingen, side 285

⁶⁸ Fredin v. Sweden (No. 1), Application no. 12033/86, Judgment of 18 February 1991.

⁶⁹ Posti and Rahko v. Finland, Application no. 27824/95, Judgment of 21 May 2002 avsnitt 76.

⁷⁰ Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen akademisk forlag 2010, side 234.

⁷¹ Solheim, side 61

Videre må det fastsettes hvilken av de tre reglene i TP1 artikkel 1 inngrepet må vurderes under. Bakgrunnen for et slikt skille er at ikke alle inngrep i eiendom vil ha et like sterkt vern. Styrken i eiendomsvernet er derfor differensiert etter hvilken regel som anvendes for å få en rettfærdig balanse mellom statens styringsbehov og individets beskyttelsesbehov. Kravene som stilles til statens rettfærdiggjørelse varierer dermed etter det aktuelle inngrepets karakter.

Ordinære reguleringer, som har til formål å begrense eller kontrollere utnyttelsen av eiendommen, vil som oftest anses som kontrolltiltak og vurderes dermed etter regelen om vern mot regulerende inngrep i eiendomsretten. Utgangspunktet er at statene kan gjøre rettmessige inngrep i eiendomsretten i form av reguleringer eller kontroll dersom inngrepet har en tilstrekkelig og akseptabel hjemmel, tjener et legitimt formål og består proporsjonalitetstesten.

5.4 Legitimt formål

TP1 artikkel 1 annet ledd fastsetter at kontrolltiltak må skje i henhold til "the general interest". Reguleringene må dermed ha som siktemål at eiendom brukes i samsvar med samfunnets interesse. Vilkåret er derimot ikke forstått som et krav om at alle, eller svært mange, må nyte godt av tiltaket.⁷²

Staten anses for å ha en vid skjønnsmargin ved vurderingen av hva som er et legitimt formål i henhold til TP1 artikkel 1.⁷³ Statens skjønnsmargin gjelder både med hensyn til *om* tiltak er nødvendig, og eventuelt *hva* tiltakene skal gå ut på. Skjønnsmarginen vil videre være særlig vid der inngrepet relaterer seg til implementering av sosial eller økonomisk politikk. EMD har flere ganger uttalt at den i slike tilfeller vil respektere myndighetenes vurdering av formålet "*unless that judgment is manifestly without reasonable foundation*"⁷⁴.

Den legislative bakgrunnen for leveringsplikten og de aktuelle endringsforslagene er å opprettholde arbeidsplasser og konkurransevnen i nordregionene. Dette er sosiale hensyn som det er lite sannsynlig at EMD vil overprøve.

Selv om det kan være tvilsomt om for eksempel innføringen av en kjøpsplikt vil virke i samsvar med deltakerlovens formål, jf. vår drøftelse i punkt 3, antar vi at vurderingen av dette i EMK-rettslig forstand vil falle inn under statens skjønnsmargin. Vilkåret er i praksis tillagt begrenset selvstendig betydning, og staten vil i de aller fleste tilfeller oppfylle dette kravet.

5.5 Proporsjonalitet

Kontrollen er derimot strengere for *virkingen* av inngrepet. Det er sikker konvensjonspraksis at inngrepet "*must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights*"⁷⁵. Det stilles krav om at

⁷² Se f.eks. James and Others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Plenary Judgment of 21 February 1986, avsnitt 40.

⁷³ Solheim, side 80.

⁷⁴ Se f.eks. James and Others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Plenary Judgment of 21 February 1986, avsnitt 46.

⁷⁵ Draon v. France, Application no. 1513/03, GC-Judgment of 6 October 2005, avsnitt 75.

de samfunnsmessige interessene må avveies mot de byrdene individene pålegges, slik at det må være en viss proporsjonalitet.

Derimot gjelder det ikke et krav om "*strict necessity*" for inngrep i eiendom, noe som innebærer at eiendomsinngrepet kan være proporsjonalt selv om det finnes mindre inngripende virkemidler. Alternativer til det aktuelle inngrepet er likevel et relevant moment, og i enkelte saker er det tillagt betydelig vekt at formålet kunne vært oppnådd på mindre inngripende måter.⁷⁶ Det er likevel antatt at proporsjonalitetstesten etter P1-1 fremstår som noe mindre streng enn i andre bestemmelser i EMK.

For kontrolltiltak er det en lav terskel for at et inngrep er å anse som rettferdiggjort. Det skal derfor generelt mye til for at inngrep av en kontrollerende art ikke oppfyller proporsjonalitetskravet.⁷⁷ Det er innen dette feltet av menneskerettighetene forutsatt at individene må godta mye, fordi en streng fortolkning av bestemmelsen vil legge en alvorlig begrensning på en fleksibel utvikling av samfunnet.⁷⁸

I vurderingen av om proporsjonalitetskravet er oppfylt legges det stor vekt på de konkrete økonomiske konsekvenser kontrolltiltaket har fått for klageren. I *Hutten-Czapska mot Polen* kom EMD til at myndighetenes begrensning av utleieprisene på boliger var i strid med P1-1. Dommen er en pilotdom, og EMD går langt i å antyde i dommen at eierne også ved et slikt kontrolltiltak hadde krav på å få en viss netto avkastning på sin investering. Aktørenes avkastning vil derfor være et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen.

Det foreligger en forholdsvis omfattende konvensjonspraksis hva gjelder TP1 artikkel 1, som blant annet har sammenheng med den vide definisjonen av eiendomsbegrepet som er lagt til grunn. Prøvingen av de innklagede staters disposisjoner er derimot som regel relativt begrenset, noe som antas å være på grunn av de kompliserte politiske, sosiale og økonomiske avveininger sakene nødvendiggjør, i tillegg til eiendomsrettens kontroversielle karakter som menneskerettighet.⁷⁹

Utgangspunktet er dermed at statene i praksis overlates en vid skjønnsmargin. Det er en gjennomgående tendens i praksis at EMD normalt unnlater å tilsidesette generelle reguleringer, som er innført ut fra mer overordnede politiske overveielser. Konkrete tilfeller av uproporsjonal anvendelse eller virkning av slike regler kan derimot føre til at det anses som en krenkelse etter TP1 artikkel 1. I praksis fra EMD er det ofte uttrykt at det må foreligge en "*individual and excessive burden*" for at det skal være en krenkelse.

Etter vår vurdering er de foreslåtte innstrammingene av leveringspliktforskriften så omfattende at de sannsynligvis vil anses å være i strid med TP1 artikkel 1. Vi tenker da særlig på forslaget om skjerping av tilbudsplikten, bearbeidingsplikten og endring av leveringssted, samt forslaget om kjøpsplikt. Vi viser i den anledning til de omfattende negative økonomiske konsekvensene som Aker Seafoods/Norway Seafoods har redegjort for i sin høringsuttalelse.

⁷⁶ James and Others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Plenary Judgment of 21 February 1986, avsnitt 51.

⁷⁷ Solheim, side 89.

⁷⁸ Høstmølingen side 288.

⁷⁹ Lorenzen P. m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. utgave 2004, side 766.

5.6 Forbud mot diskriminering

Dersom det ikke kan konstateres et brudd på EMK TP1 artikkel 1 alene, kan det likevel foreligge et brudd på bestemmelsen sammenholdt med EMK artikkel 14 som lyder:

"Art 14. Prohibition of discrimination

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

EMK artikkel 14 forbyr diskriminering ved tilsikringen av alle de øvrige konvensjonsrettigheter. Vurderingen av om det foreligger diskriminering er i teori praksis delt i tre: Det må foreligge en forskjellsbehandling, den som mener seg diskriminert må være i en analog situasjon med den som menes favorisert og det må vurderes hvorvidt det foreligger en objektiv og rimelig (forholdsmessig) grunn til forskjellsbehandlingen.

Innføring av en kjøpsplikt ved sammenfall mellom eierskap til fartøy og landanlegg vil kun ramme to aktører; Aker Seafoods ASA og Nergård AS. Det kan dermed stilles spørsmål ved om det er i overensstemmelse med EMKs forbud mot diskriminering at endringsforslagene til de grader rammer kun to aktører.

5.7 Konklusjon

Innstrammingene av leveringsplikten vil være et uforholdsmessig inngrep under EMK TP1 artikkel 1, og muligens også være i strid med forbudet mot diskriminering i EMK artikkel 14. Det gjelder særlig for forslaget om skjerpning av tilbudsplikten, bearbeidingsplikten og endring av leveringssted, samt forslaget om kjøpsplikt.

6 INTERNASJONALE FORPLIKTELSER – HAVRETTSKONVENSJONEN

Havrettskonvensjonen av 1982 ble ratifisert av Norge den 24. juni 1996. Konvensjonen regulerer staters rettigheter og plikter når det gjelder fiske og fangst, skipsfart, oljevirkosomhet, miljøvern, vitenskapelig havforskning og teknologioverføring.

Når en kyststat utøver sine rettigheter og oppfyller sine plikter i den eksklusive økonomiske sone etter Havrettskonvensjonen, skal den opptre på en måte som er forenelig med bestemmelser i konvensjonen, jf. artikkel 56 nr. 2.

I artikkel 62 heter det at "*The coastal State shall promote the objective of optimum utilization of the living resources in the exclusive economic zone [...]*"⁸⁰. Dette er uttrykk for et prinsipp som kan utledes under konvensjonen om at kyststaten har en generell plikt til å sørge for optimal utnyttelse av havressursene. Det kan diskuteres om de foreslåtte innstrammingene er i tråd med denne

⁸⁰ Nr. 1.

bestemmelsen og dette prinsippet. Vi viser i den forbindelse til redegjørelsen i punkt 3 over når det gjelder innstrammingenes formålstjenlighet.

7 ENKELTVEDTAK ELLER FORSKRIFT

7.1 Innledning

Ovennevnte endringer er varslet gjennomført ved endringer i leveringspliktforskriften, med andre ord i forskrifts form. Som påpekt i høringsnotatet (2012) på side 20, innebærer endringsforslagene kun en:

"skjerpning av vilkåra for dei fiskeindustriverksemdene som er tilgodesett med leveringspliktig råstoff og som eig trålarar med leveringsvilkår. Fiskeri- og kystdepartementet vil med forslaga sikre at trålarar med leveringsplikt landar råstoffet til anlegga når det er samanfallande eigarskap, og at desse bedriftene faktisk vidareforedlar fisken."

I alle fall deler av endringsforslaget gjelder dermed bare ved sammenfall mellom eierskap mellom fartøy og begunstiget landanlegg, og rammer slik sett reelt sett bare to aktører, nærmere bestemt de to største aktørene innenfor hvitfiskesektoren – Aker Seafoods ASA og Nergård AS. Idet deler av endringene kun rammer to aktører, kan det stilles spørsmål ved om endringene i realiteten utgjør et *enkeltvedtak*, og om det så fall er uriktig å gi endringene i *forskrifts* form.

7.2 Betydningen av skillet mellom enkeltvedtak og forskrifter

Grensen mellom forskrift og enkeltvedtak får betydning, fordi saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kap. IV-VI om bl.a. forhåndsvarsel, utrednings- og opplysningsplikt, dokumentinnsyn, begrunnelse og klage bare får anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak. Videre vil et enkeltvedtak måtte begrunnes særskilt overfor dem det retter seg mot. Skillet mellom enkeltvedtak og andre avgjørelser har dermed betydning for hvilke prosessuelle rettigheter partene og andre berørte i forvaltningssaken har, og for hvilke regler offentlige forvaltningsorganer må følge ved behandlingen av saken.

Det kan også argumenteres for at skillet mellom enkeltvedtak og forskrift har betydning for hvilke *materielle* rettigheter partene i forvaltningssaken har, fordi forvaltningsrettslige prinsipper som forholdsmessighet, likhet og saklighet har en større direkte relevans for gyldigheten av et enkeltvedtak enn for gyldigheten av en forskrift.

Foruten de forannevnte særlige saksbehandlingsreglene, som bl.a. krav om forhåndsvarsling og begrunnelse, gir fvl. §§ 28-36 hjemmel for å påklage et enkeltvedtak. Et endelig vedtak kan videre etter de alminnelige regler i tvisteloven angripes ved domstolene, jf. også fvl. § 27 b). Dersom endringene i realiteten må betraktes som et enkeltvedtak, men likevel gis i forskrifts form og uten at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak følges, må man forvente at de aktører som rammes av regelendringene vil kunne komme til å angripe vedtaket etter ovennevnte regler.

7.3 Grensen mellom enkeltvedtak og forskrift

De varslede endringene vil utgjøre et "vedtak" i henhold til forvaltningsloven § 2 (1) bokstav a).⁸¹ Forvaltningsloven deler vedtakene i to undergrupper – enkeltvedtak og forskrifter, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b) og c). Et enkeltvedtak er i forvaltningsloven § 2 (1) bokstav b), jf. bokstav a) definert som et vedtak som gjelder "*rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer*". En forskrift er i forvaltningsloven § 2 bokstav c), jf. bokstav a) definert som et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et "*ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer*".

Det er ikke tvilsomt at endringsforslaget vil gjelde rettigheter eller plikter til én eller flere personer. Det springende punktet ved vurderingen av om vedtaket utgjør et enkeltvedtak eller en forskrift er om vedtaket griper inn overfor en "*bestemt*" krets av personer eller om det rammer generelt.

I tråd med ordlyden i forvaltningsloven er utgangspunktet for grensedragningen mellom enkeltvedtak og forskrift den formelle utformingen av vedkommende avgjørelse.⁸² Den nærmere avgrensingen mellom enkeltvedtak og andre avgjørelser må skje etter en konkret vurdering av vedtaket.⁸³ Er avgjørelsen etter ordlyden rettet til én eller flere bestemte personer, er det et enkeltvedtak. Er den rettet mot en ubestemt krets, er det en forskrift.

Ettersom endringene i leveringspliktforskriften foreløpig er på forberedelsesstadiet, er ordlyden i vedtaket per i dag naturligvis ikke tilgjengelig. FKD har imidlertid i høringsnotatet (2012) gitt uttrykk for at vedtaket ville gjennomføres i forskrifts form, hvilket tyder på at vedtaket etter sin ordlyd vil rette seg mot en ubestemt krets av personer. Det varslede vedtaket vil i så fall *formelt* sett karakteriseres som en forskrift.

Lovavdelingen har imidlertid utalt at selv om utgangspunktet for vurderingen av om et vedtak utgjør en forskrift eller et enkeltvedtak må tas i den formelle utformingen av vedkommende avgjørelse, kan det gjøres unntak for tilfeller der vedtaket gjelder et meget lite antall personer eller selskaper, jf. bl.a. lovavdelingens uttalelse i JDLOV-1992-1266.⁸⁴ Den formelle karakteristikkk har altså ikke avgjørende betydning så lenge vedtaket *reelt* sett retter seg mot bestemte personer.

Ved vurderingen av om vedtaket reelt sett retter seg mot bestemte personer, er et viktig moment blant annet om vedtaket får faktisk og rettslig betydning for *en helt begrenset og individualiserbar krets* av personer, jf. en sak omhandlet i Lovavdelingen i 1992.⁸⁵ Et annet viktig moment er videre om den

⁸¹ Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a) definerer vedtak som "*en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)*".

⁸² Slik også Bernt, Jan Fridtjof, *Lovkommentarer til forvaltningsloven*, Gyldendal Rettsdata, 2008, note 25 og Woxholt, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, Ad Notam Gyldendal, Oslo 1998, s. 77, Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett Bind I*, Fagbokforlaget, 2. utgave, Bergen 2009, s. 174

⁸³ Somb-1991-1

⁸⁴ Slik også Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind II*, Forlaget A. Frihagen A/S, Bergen 1992, s. 80 og Woxholt s. 77

⁸⁵ JDLOV-1992-1266

personkrets vedtaket retter seg mot er stadig *fluktuerende*, eller om det er egnet til stadig å fluktuere, jf. en sak omhandlet i Lovavdelingen i 1959.⁸⁶

I vår sak retter (i alle fall deler av) det varslede vedtaket seg mot to aktører, jf. ovenfor. Det retter seg slik sett per i dag mot en *helt begrenset* krets av personer. Når det gjelder momentet *individualiserbar krets* av personer, antas at vedtaket neppe vil rette seg mot en konkret angitt personkrets. En oversikt over hvem endringsforslaget vil ramme – dvs. en oversikt over sammenfallende eierskap mellom fartøy med torsketråltillatelse og begunstiget landanlegg – vil imidlertid til enhver tid være tilgjengelig. Dette tilsier at den krets av personer som vil omfattes av de foreslåtte endringene er fullt ut *individualiserbar* og at vedtaket retter seg mot en *helt begrenset* krets av personer.

Antallet fartøy som er omfattet av leveringsplikt for hele eller deler av sin kvote vil riktignok kunne variere på bakgrunn av utskiftninger, bruk av strukturordninger og rederikvoteordningen, samt eiermessige endringer i de begunstigede landanleggene. Vedtaket virker slik sett fremover i tid, og den personkrets som omfattes er egnet til å fluktuere. På den annen side tildeles ikke torsketråltillatelser uten videre, og endringer i eierforhold ved landanlegg og fartøy skjer heller ikke spesielt ofte. Dette innebærer at den personkrets vedtaket retter seg mot i svært liten grad kan *ventes* å fluktuere. Tvert i mot vil den personkrets som rammes kunne ventes å være temmelig konstant. De senere års eierforhold illustrerer så vidt vi er kjent med dette. Sammenlignet med for eksempel en forskrift som retter seg mot enhver fører av motorvogn, står endringsforslaget således i ganske annen stilling.

Etter vår oppfatning er det derfor noe tvilsomt om det varslede endringsforslaget reelt sett skal anses for å rette seg mot en bestemt krets av personer eller ikke, og dermed om det kan betraktes som et enkeltvedtak eller en forskrift.

Ettersom valg av definisjon har betydning for hvilke av forvaltningslovens bestemmelser om saksbehandlingen som kommer til anvendelse, kan det ut fra et rettssikkerhetsmessig perspektiv argumenteres for at vurderingen i tvilstilfeller avgjøres under henvisning til hvilke regler som *bør* gjelde. I så fall bør reglene om enkeltvedtak komme til anvendelse, fordi disse gir den mest betryggende beslutningsprosess i forhold til de enkeltpersoner som rammes av vedtaket. At en i tvilstilfelle bør falle ned på at vedtaket utgjør et enkeltvedtak, ble påpekt av Forvaltningskomiteen ved utarbeidelsen av forvaltningsloven i Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) s. 25. Også Stortingets justiskomiteé sluttet seg til et slikt syn, jf. Innst. O. II (1966-67) s. 3-4. Dette underbygges videre bl.a. av uttalelser fra Lovavdelingen og sivilombudsmannen.⁸⁷

Når det i vår sak er klart at det varslede vedtaket vil komme til å ramme en meget begrenset krets av personer som er fullt ut individualiserbar til enhver tid, og som i nokså liten grad kan ventes å fluktuere, er det vår oppfatning at en da står overfor et tvilstelle som i tråd med dette bør karakteriseres som et enkeltvedtak.

Videre vil vi påpeke at i grensetilfeller, der man kommer til at vedtaket ikke kan karakteriseres som et enkeltvedtak, slik at reglene som gjelder for enkeltvedtak ikke kommer direkte til anvendelse, kan noen av reglene som gjelder for enkeltvedtak likevel anvendes analogisk. Dette er påpekt i

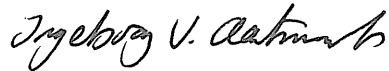
⁸⁶ 342/1959E

⁸⁷ Sak 6621/97E, jf. Woxholt, s. 79 og SOM-2010-2482, Somb-1999-1 og Somb-1978-53 s 102

forarbeidene til forvaltningsloven, jf. Innst. O. II (1966-67) s. 3-4, og blant annet i Lovavdelingens uttalelse av 25. juni 1992.⁸⁸

Vi ber om å bli kontaktet dersom departementet ønsker denne uttalelsen oversendt i redigerbar form eller om det er spørsmål til innholdet.

Med vennlig hilsen
WIKBORG, REIN & CO.



for Ketil E. Bøe

⁸⁸ JDLOV-1992-1266