

Fiskeri- og kystdepartementet
Postboks 8118 Dep.
0032 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@fkd.dep.no.

Deres ref.:
11/847-

Dok. nr.: 154485

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no
T +47 22035046

04.04.2013

Høring - forskrift om uttak og utnytting av genetisk materiale (bioprospekteringsforskriften)

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 20.12.2012 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for fangst, fiskeri og havbruk. Lovutvalget består av Grunde Bruland (leder), Ole-Martin Andreassen, Kjetil Haare Johansen, Stig Erik Mortensen og Hallvard Bjørnarsson Østgård

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Advokatforeningen har gjennomgått forslaget til bioprospekteringsforskriften (heretter forskriftsutkastet) og det tilhørende høringsnotatet. Advokatforeningen vil i det følgende peke på enkelte sider av forskriftsutkastet og de konkrete bestemmelser som etter Advokatforeningens syn bør endres eller vurderes nærmere.

3. Kommentarer til bioprospekteringsforskriften

3.1 Bioprospekteringsforskriftens anvendelsesområde

3.1.1. § 2 Saklig virkeområde

Som nevnt av departementene i høringsnotatet gir havressursloven hjemmel til å innføre bestemmelser om marin bioprospektering. Havressursloven omfatter imidlertid ikke høsting og utnytting av anadrome laksefisker iht. den gjeldende definisjonen i lakse- og innlandsfiskeoven. Advokatforeningen legger til grunn at forskriftsutkastet heller ikke omfatter uttak av genetisk materiale fra anadrom laksefisk med formål å utnytte dette materialet.

3.1.2. § 2 Geografisk virkeområde

Etter Advokatforeningens syn tar ikke høringsnotatet i tilstrekkelig grad opp spørsmålet om forholdet til lignende eller tilsvarende bestemmelser i andre land/jurisdiksjoner. I realiteten vil forskriftsutkastet hjemle en omsetningsbasert avgift, og avgiften slår inn ved utnytting av biologisk materiale uttatt fra norsk landterritorium, norsk økonomisk sone og norsk kontinentalsokkel. I henhold til § 2 annet ledd gjelder forskriftsutkastet også utenfor disse områdene "*så langt dette ikke strider mot andre staters jurisdiksjon*", mens § 14 siste ledd forutsetter at man ikke skal betale andel til staten dersom "*norsk genetisk materiale er eller har vært uvesentlig for utnyttelsen*".

I noen tilfeller vil forskriftsutkastet innebære betydelige betalingsforpliktelser til staten. Etter Advokatforeningens syn er det av vesentlig betydning at bedrifter ikke blir pålagt "avgift" til flere land samtidig uten at dette utjevnes (for eksempel etter modell fra skatteavtalene). Dette vil fort vil kunne skje dersom man uttar biologisk materiale fra flere staters territorier, men hvor ingen av uttakene er "*uvesentlige for utnyttelsen*".

Bestemmelsen i § 2 annet ledd synes også å forutsette at norske selskaper skal betale avgift til den norske stat for uttak i andre jurisdiksjoner dersom ikke denne staten har regler som sikrer avgiftsplikt i det aktuelle landet. Advokatforeningen er usikker på om omfanget av denne bestemmelsen er gjennomtenkt fra departementenes side.

Etter Advokatforeningens syn er ikke disse særlige problemstillingene grundig nok utredet og forskriftsutkastet kan i enkelttilfeller gi uheldige utslag slik den er formulert.

3.1.3. §§ 2 og 4: Tilbakevirkende kraft

Advokatforeningen legger til grunn at forskriftsutkastet ikke skal ha tilbakevirkende kraft, dvs. at den kun gjelder for uttak av biologisk materiale som skjer etter ikrafttredelsen.

Forskriftsutkastet inneholder imidlertid en bestemmelse om "*utnytting av allerede uttatt genetisk materiale*" i § 4 annet ledd. Det antas at formålet med bestemmelsen er å fange opp situasjoner hvor uttaket opprinnelig ikke har hatt utnytting som formål (hvor dette først aktualiseres senere), men hvor selve uttaket har funnet sted etter ikrafttredelsen av forskriftsutkastet. Bestemmelsen i § 4 annet ledd kan imidlertid leses som om forskriftsutkastet også omfatter uttak forut for ikrafttredelsen.

For å presisere dette uttrykkelig foreslår Advokatforeningen derfor at § 2 første ledd suppleres med følgende setning:

“Bioprospekteringsforskriften gjelder uttak og utnytting hvor uttaket skjer etter forskriftens ikrafttredelse”

3.2 § 7: Vilkår for tildeling av tillatelse

3.2.1 Rettskrav på tillatelse

Det følger av forskriftsutkastet § 7 at

“Tildelingsmyndigheten kan gi tillatelse dersom (...)”.

Som departementene selv fremhever, er det viktig med forutsigbare rammer for næringsutøvere som ønsker å utnytte norsk genetisk materiale. Samtidig fremheves hensynet til økt aktivitet og innovasjon som et viktig moment som skal ivaretas gjennom den tiltenkte forskriftsutkastet. Usikkerhet knyttet til om en næringsutøver rent faktisk vil få tildelt en tillatelse, vil kunne virke hemmende for målet om økt aktivitet og innovasjon.

Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at det ikke bør være opp til tildelingsmyndighetens skjønn hvorvidt søkerne skal få tillatelse, men at søkerne bør ha et rettskrav på tillatelse dersom vilkårene først er oppfylt.

Det foreslås derfor at "kan" byttes ut med "skal" i første ledd av forslaget § 7.

3.2.2 Standardavtalen

Det følger av forskriftsutkastet § 7 litra a at tillatelse til utnytting gis på vilkår av at standardavtale er underskrevet. Av høringsnotatet pkt 5.1 følger det at

“For å legge til rette for håndheving i utlandet av vilkår for utnytting foreslås det at alle som vil utnytte norsk genetisk materiale må akseptere vilkår for utnyttingen ved å inngå en standardavtale med staten. Tvister skal løses ved voldgift.”

“Tillatelsen og avtalen er gjensidig avhengig av hverandre for at uttaket og utnyttingen kan finne sted.”

Inngåelse av avtale etter forvaltningsrettslig tildeling av et gode er en spesiell form for regulering av forvaltningsrettslige vilkår ved tildeling av offentlige goder. Advokatforeningen har forståelse for at det kan være jurisdiksjonsutfordringer og at dette søkes løst ved privatrettslig regulering av utnyttingen, men stiller likevel spørsmål til ved bruk av avtalerettslig forpliktelse i stedet for alminnelig vilkårsetting er tilstrekkelig utredet – i alle fall for norske selskapers del.

Om voldgiftskravet uttales det i høringsnotatets pkt 5.7 at

“Når det gjelder overholdelse av kontraktskrav vil eventuelle tvister måtte avgjøres ved voldgift. Det vil være et krav etter standardkontrakten at slike tvister skal behandles ved norsk voldgiftsdomstol.”

Departementene begrunner ikke nærmere hvorfor alle tvister skal løses ved voldgiftsdomstol. Det antas at begrunnelsen er å lette håndheving av avtaler med utenlandske selskaper. Det er likevel uheldig at departementene foreslår å velge bort det statlige tvisteløsningssystemet uten nærmere redegjørelse.

Det er videre problematisk at forskriftsutkastet og høringsnotatet ikke beskriver nærmere standardavtalens innhold. Ettersom undertegning av avtalen er en *forutsetning* for utnytting, bør standardavtalen også sendes på høring.

Advokatforeningen ber således om at departementene på nytt vurderer hensiktsmessigheten av ordningen med inngåelse av avtale etter innvilget tillatelse, og at det foretas en ny høring hvor forslaget til standardavtale, herunder en hensiktsmessighetsvurdering av hvorvidt tvister skal avgjøres ved norsk voldgiftsdomstol, inkluderes.

3.3 § 10: Overføring av genetisk materiale

Det følger av forskriftsutkastet § 10 at ved overføring av det genetiske materialet eller derivater av materialet, skal mottakeren undertegne standardavtalen. Det fastslås videre at

"Det genetiske materialet eller tilhørende derivat kan overføres ved mottakelse av tildelingsmyndighetens samtykke.

Tildelingsmyndigheten skal utstede ny tillatelse til mottaker".

Bestemmelsene fastslår at det kreves samtykke for overføring, men sier samtidig at samtykke *skal* gis. Det stilles spørsmål ved om mottaker har et rettskrav på ny tillatelse dersom han underskriver standardavtalen, eller om påbudet om utstedelse av ny tillatelse kun gjelder dersom samtykke er gitt.

Det er med § 10 foreslått en departemental godkjenningsordning for overføring av virksomhet når det drives bioprospekteringsvirksomhet i selskapet som fusjoneres, fisjoneres eller overføres på annen måte. Advokatforeningen mener at en slik godkjenningsordning ikke er heldig. Det vises til at svært mange andre former for offentligrettslige tillatelser kan overdras så lenge det overtakende rettssubjekt er bundet av de forpliktelser og vilkår som gjelder i tillatelsen.

Advokatforeningen anbefaler på dette grunnlag at man går bort fra formuleringen "samtykke", og foreslår at tredje ledd i forskriftutkastet § 10 strykes i sin helhet.

Dersom ordningen med standardavtaler opprettholdes, foreslår Advokatforeningen også at første setning i fjerde ledd i forskriftutkastet § 10, som lyder:

"Tildelingsmyndigheten skal utstede ny tillatelse til mottaker".

endres til

"Når tildelingsmyndigheten har mottatt standardavtale underskrevet av mottaker, skal tildelingsmyndigheten utstede ny tillatelse til mottaker så raskt som mulig og senest innen [antall] uker".

På denne måten vil det bli klargjort at det eneste vilkåret for overføring er at mottaker har

underskrevet standardavtalen. Vi foreslår at det settes en kort tidsfrist for utstedelse av ny tillatelse for å unngå at tid går til spille i overføringsprosessen. Ettersom overføringen ikke fordrer at tildelingsmyndigheten må foreta skjønsmessige vurderinger, bør en kort frist være mulig.

3.4 §§ 12 og 20: Tilbaketrekking og opphør av tillatelsen

3.4.1 Generelt om tilbaketrekking

Det følger av forskriftsutkastet § 20 at

"Ved brudd på bestemmelser og plikter i §§ 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 og 19 kan tildelingsmyndigheten trekke tilbake tillatelsen som gjelder for uttak og utnyttning av genetisk materiale."

Det fremstår som uforholdsmessig inngripende at ethvert brudd på de nevnte bestemmelsene kan føre til tilbaketrekking av tillatelsen. Advokatforeningen mener derfor at oppstillingen av hvilke brudd som kan føre til tilbaketrekking må konkretiseres. Et alternativ vil være at *vesentlige* brudd på de oppramsede bestemmelser kan medføre tilbaketrekking. Tatt i betraktning de betydelige konsekvensene tilbaketrekking vil ha for næringsaktører, er det av stor betydning at hva som skal kunne kvalifisere til tilbaketrekking fremgår klart av forskriftsteksten.

3.4.2 Overtredelser som ikke bør kunne føre til tilbaketrekking

Noen av de overtredelser som er foreslått å kunne føre til tilbaketrekking fremstår for Advokatforeningen som bagatellmessige overtredelser. Det gjelder brudd på § 9 om rapportering etter seks måneder og § 11 som omhandler endrings- og statusmelding. Ettersom det nærmest i et hvert tilfelle vil fremstå som uforholdsmessig tyngende å trekke tilbake tillatelsen for brudd på disse bestemmelsene, foreslår Advokatforeningen at brudd på disse bestemmelsene ikke skal kunne danne grunnlag for tilbaketrekking.

Forskriftsutkastets § 8 gjelder krav til hva som skal fremgå av tillatelsen. At tillatelsen er feilaktig utformet er ikke søkers skyld og bør således ikke være grunnlag for tilbaketrekking. På denne bakgrunn foreslås hjemmelen for tilbaketrekking for brudd på § 8 fjernet.

Forskriftsutkastets § 12 setter skranker for tillatelsens varighet. Advokatforeningen kan vanskelig se at søkeren vil kunne opptre i strid med denne bestemmelsen. Hjemmelen for tilbaketrekking for brudd på § 12 foreslås derfor fjernet.

3.4.3 Tillatelsens opphør

Det følger av forskriftsutkastets § 12 at:

"Tillatelsens og avtalens vilkår om fordelsdeling gjelder i 20 år. Deretter gjelder de til enhver tid gjeldende vilkår om fordelsdeling i forskrift og avtale om utnyttning av genetisk materiale fra naturen og offentlige samlinger.

(...)

Ved tillatelsens opphør tilfaller det genetiske materiale, derivat eller utledet informasjon staten ved en offentlig samling."

Etter Advokatforeningens syn er det noe vanskelig å forstå nøyaktig hva departementene mener skal skje etter 20 år. *Enten* er det meningen at bedriften får beholde rettighetene til utnyttning,

men med revidering av tillatelsen og standardavtalen i tråd med de regler som gjelder på dette tidspunkt. *Alternativt* kan bestemmelsen leses som om staten overtar bedriftens rett til utnytting av det genetiske materialet etter 20 år.

Advokatforeningen antar at det er det første alternativet som er ment å skulle gjelde. Det andre alternativet vil kunne ha vesentlig negative konsekvenser for forskning og utvikling. Dersom en bedrift kun gis økonomiske rettigheter til sitt produkt i 20 år, vil det kunne gå på bekostning av motivasjonen til å skape og resultere i mindre forskning. At materialet tilfaller staten etter 20 år, skaper en fare for at videreutviklingen av det genetiske materiale stanser etter 20 år. På denne bakgrunn tilrår Advokatforeningen at tillatelsene ikke tidsbegrenses.

3.5 § 13: Internkontroll

Det følger av forskriftsutkastets § 13 at næringsutøverne pålegges administrative rutiner som både vil være tids- og kostnadskrevende å etablere, utvikle og vedlikeholde. Det er derfor viktig å finne en fornuftig balanse her.

Advokatforeningen stiller seg skeptisk til bestemmelsen i tredje ledd litra a, som etablerer krav til internkontrollen vedrørende:

"rutiner og dokumentasjon over at beregningen av statens andel etter § 15 annet ledd, foretas ut fra markedspris for utnyttningen".

Etter Advokatforeningens syn er hensynet til å dokumentere og synliggjøre de prinsipper som er anvendt for å fastsette markedspris tilstrekkelig utførlig og godt nok regulert av § 15 alene.

Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at forskriftsutkastets § 13 tredje ledd litra a kan strykes.

3.6 §§ 14 og 15: Fordelsdelingen

3.6.1 Fordelingsnøkkelen

Som departementene påpeker i sitt høringsnotat er forskriftsutkastet søkt balansert langs to akser: (i) hensynet til å sikre staten enkelte fordeler og (ii) hensynet til økt aktivitet og innovasjon.

Advokatforeningen savner en konkret begrunnelse for det valgte innslagspunktet, til de foreslåtte intervaller og prosentsatser.

Siste tilgjengelige statistikk fra SSB viser at næringslivet fra 2010 til 2011 har hatt en høyere vekst når det gjelder forskning og utvikling enn i tidligere år. Det er særlig de mellomstore bedriftene som står for veksten, særlig virksomheter med mellom 100 og 500 ansatte.¹ Veksten i Norge er nå høyere enn i de andre nordiske landene.

Etter Advokatforeningens syn er det viktig å opprettholde den positive veksttakten på forskning, utvikling og innovasjon i Norge. Det er etter Advokatforeningens syn derfor veldig viktig at så vel innslagspunktet samt de foreslåtte intervaller og prosentsatser er nøye utredet og begrunnet.

¹ Jf. SSB: Forskning og utvikling i næringslivet, 2011, endelige tall, Publisert 18. februar 2013

Advokatforeningen stiller seg spørrende til hvorvidt en helt generell og ubegrunnet henvisning til at innslagspunktet er "høyt" og en generell henvisning til hvilke prosentsetser som er anvendt i Australia, er tilstrekkelige i denne sammenhengen.

Ettersom forskriftsutkastet ilegger bedrifter plikter som de ikke har i dag, er det viktig at pliktene er velbegrunnede. Dette gjelder særlig når fordelingsnøkkelene vil kunne ha ringvirkninger på forskning og innovasjon.

Advokatforeningen ber således om at departementene på ny vurderer og mer inngående begrunner det foreslåtte innslagspunktet, de anvendte intervallene og de foreslåtte prosentsetser for statens andel.

3.6.2 Uvesentlighetsvilkåret

Det følger av forskriftsutkastets s § 14 fjerde ledd at

"Betalingsforpliktelsen (...) gjelder ikke i tilfeller der norsk genetisk materiale er eller har vært uvesentlig for utnyttingen."

Hva som er "uvesentlig" er ytterst skjønnsmessig. Ettersom utfallet av vurderingen vil ha vesentlig betydning for bedriftenes plikter overfor den norske stat, bør vilkårets innhold presiseres i forskriftsutkastet. Dette er viktig av forutberegnelighetshensyn og for å legge til rette for en reell mulighet for domstolsprøving ved spørsmål om unntaket skal komme til anvendelse.

3.7 Domstolsprøving

Etter Advokatforeningens syn er det viktig at søkerne og innehaverne av tillatelse sikres domstolsprøving av de vedtak og beslutninger som departementene treffer i henhold til forskriftsutkastet. Spørsmålet om domstolsprøving er ikke berørt i høringsnotatet.

Det avgjørende for om man sikres en reell domstolsprøving er om beslutningene bygger på "fritt forvaltningsskjønn" eller "rettsanvendelsesskjønn". Advokatforeningen foreslår at det innføres en egen bestemmelse som uttrykkelig presiserer at domstolene skal kunne prøve om vilkårene er til stede ved vesentlige forvaltningsbeslutninger etter forskriftsutkastet. Dette gjelder så vel beslutninger om tildeling og avslag på tillatelse, om det foreligger betalingsplikt og i så fall beregning av beløpet, som spørsmål om tilbaketrekking av tillatelse.

4. Avslutning

Denne høringsuttalelsen er utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for fangst, fiskeri og havbruk i samråd med Advokatforeningens lovutvalget for miljørett.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær