



Fiskeri- og kystdepartementet
Postboks 8118 Dep
0030 Oslo

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

Deres ref:
201000598-/CGR

Vår ref: #100554v1/th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@advokatforeningen.no
T +47 22 03 50 61

07.10.2010

Høringsuttalelse - Ny bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr ved overskridelse av biomasseregelverket

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 26. juli 2010 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 og fiskeri. Lovutvalget består av Per Norvald Sperre (leder), Ole Martin Andreassen, Grunde Bruland, Trond S. Paulsen og Hallvard Bjørnarsson Østgård.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

Bakgrunnen for endringen i forskriftens bestemmelse om utmålingen av overtredelsesgebyr for overtredelse av biomasseregelverket er Sivilombudsmannens uttalelse av 18. november 2009. Sivilombudsmannen uttalte at det var "*begrunnet tvil*" om forvaltningens praktisering av overtredelsesgebyr ved MTB-overskridelser var grunnlovsstridig. Sivilombudsmannen anså det derfor som unødvendig å ta stilling til om reaksjonsforskriften § 10, slik den var formulert, hadde tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30.

Departementets endringer er ment å skulle fjerne tvilen om gebyret er en straff i grunnlovens forstand, ved å endre reglene for utmålingen av overtredelsesgebyret. I det følgende skal vi redegjøre for hvorfor vi mener at tvilen ikke er fjernet ved det nye forskriftsutkastet.

Målet med endringene må også være å sikre at reaksjonsforskriften har tilstrekkelig og klar hjemmel i akvakulturloven § 30. Slik utkastet er utformet mener vi at hjemmelsspørsmålet ikke er løst.

2. Ny forskrift fjerner ikke en "berettiget tvil" om overtredelsesgebyrets grunnlovsstridighet

I vurderingen av om overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften er en straff, baserte Sivilombudsmannen sin "*begrunnede tvil*" på en helhetsvurdering hvor det ble lagt særlig vekt på hvor inngripende gebyret kan være som følge av beløpets størrelse, at gebyret har et klart pønalt formål og at det er uklart om domstolene har adgang til å overprøve illeggelsen av overtredelsesgebyret.

På tross av at Departementet i sitt høringsnotat skriver at man tar utgangspunkt i nettopp disse forholdene som ble spesielt påpekt av Sivilombudsmannen, har man likevel kommet frem til et høringsforslag som fremdeles har et vesentlig pønalt formål, og hvor gebyrets størrelse og beregningen av dette, fortsatt er standardisert på en slik måte at det kan ramme oppdretteren på en mer inngripende måte enn hva som er forsvarlig ut fra rettsikkerhetsmessige hensyn. I tillegg har man gitt forskriften en formulering som levner minst like mye rom for forvaltningsskjønn, og således gjør at domstolenes prøveadgang forblir like uklar som tidligere.

Det er et vesentlig poeng at Fiskerimyndighetene ved konkrete overtredelser som fremstår som straffverdige, kan velge å politianmelde overtredelsen i stedet for å utmåle overtredelsesgebyr. Det er derfor ikke behov for at utmålingen av overtredelsesgebyrene innehar vesentlige pønale elementer, og hele formålet med grunnloven § 96 er å sikre at reaksjoner som i vesentlig grad innehar slikt pønalt formål skal skje gjennom påtale og dom. Det er derfor vanskelig å forstå hvorfor Departementet legger opp til en ordning som i konkrete tilfeller kan føre til at straffeelementet ved overtredelsesgebyret fremstår som det vesentligste. For eksempel kan man ved den nye forskriften risikere illeggelse overtredelsesgebyr på flere millioner kroner, men hvor fortjenesten kun utgjør en brøkdel av dette. Enda mer problematisk blir det når Departementet uttaler at oppdretter ikke trenger å ha hatt en faktisk fortjeneste som følge av overtredelsen for at det skal ilegges overtredelsesgebyr.

Den skranke som grunnloven § 96 setter for administrative sanksjoner (og Sivilombudsmannens uttalelse knyttet til dette) innebærer etter Advokatforeningens syn et krav om at straffeelementet i overtredelsesgebyret ikke i det konkrete tilfellet fremstår som det dominerende element ved overtredelsesgebyret.

3 Den nye § 10 har ikke tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30

Forutsatt at den nye forskriften § 10 ikke er i strid med grl. § 96, må høringsforslaget uansett endres som følge av at det ikke har hjemmel i akvakulturloven § 30.

For at et overtredelsesgebyr skal være hjemlet i loven, må gebyrets størrelse ifølge ordlyden i akvakulturloven § 30 *stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved*

overtredelsen.” En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at det kun kan ilegges gebyr dersom den ansvarlige har hatt et driftsoverskudd som følge av overtredelsen, og at gebyrets størrelse skal tilsvare eller stå i rimelig samsvar med den delen av driftsoverskuddet som kan føres tilbake til overtredelsen.

En slik tolkning har støtte i forarbeidene og Sivilombudsmannens uttalelse. Vedrørende beregningen av overtredelsesgebyret står det i forarbeidene til akvakulturloven at beløpet bør *”settes så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtre vedtaket.”*¹ Den ansvarlige skal altså ikke ha en økonomisk gevinst som følge av overtredelsen. Sivilombudsmannen uttaler at han forstår forarbeidene slik at overtredelsesgebyret *”var ment å forholde seg til den fortjeneste den ansvarlige faktisk hadde ved overtredelsen,”*² og viser til ordlyden hvor han uthever ordene *”har hatt”*.

Dette må etter Advokatforeningens syn bety at forvaltningen er gitt en hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr *under forutsetning av* at det foreligger en fortjeneste. Departementets forslag innebærer imidlertid at overtredelsesgebyr også kan ilegges hvis det ikke foreligger en fortjeneste, hvilket altså vil stride med hjemmelslovens forutsetninger og være i strid med legalitetsprinsippet. I slike tilfeller skal fiskeridirektoratet tilsynelatende kunne legge til grunn at fortjenesten var null og likevel velge ett av de seks *”pønale tilleggene”* som straff. I så tilfelle har ikke overtredelsesgebyret bare *”et visst pønalt preg”*³ slik som forutsatt i forarbeidene, men ene og alene et pønalt formål.

Den tolkningen Departementet legger til grunn fremstår derfor som å være i strid med det som var lovgivers la til grunn ved innføringen av overtredelsesgebyret. Dersom en slik tolkning skal legges til grunn fremstår det fullt og helt uten betydning at lovgiver valgte ordet *”fortjeneste”* i akvakulturloven § 30, hvilket ikke kan ha vært lovgivers hensikt.

Videre er det vår klare forståelse av akvakulturloven § 30 at overtredelsesgebyret kun kan utmåles på en slik måte at det *står i forhold til* fortjenesten. Bakgrunnen for lovgivers valg av denne formuleringen synes å være problemstillingen knyttet til grunnloven § 96. Også en naturlig fortolkning av hjemmelsgrunnlaget til forskriften tilsier derfor at fortjenesten må utgjøre den vesentligste del av overtredelsesgebyrer. Et overtredelsesgebyr som er vesentlig større enn hva oppdretter har hatt i fortjeneste, har derfor ikke hjemmel i akvakulturloven § 30.

4 Beregningen av fortjeneste

Advokatforeningen synes det er betenkelig at fortjenesten skal defineres ut fra en benyttet *”forfaktor”* som departementet selv mener *”svært få eller ingen oppdrettere er i stand til å oppnå”*. Selv om oppdrettsselskapene etter departementets forslag skal gis anledning til å korrigere dette, blir departementets tilnærming svært problematisk.

Det fremgår av akvakulturloven § 30 at det er fortjenesten *”den ansvarlige har hatt”* som er relevant. I forarbeidene til bestemmelsen er det uttalt at: *”Antatt gevinst av det ulovlige forhold må (...) bringes på det rene og tillegges vekt ved fastsettelsen.”*⁴ Det er forvaltningen som må

¹ Ot.prp.nr. 61 s. 76.

² Sivilombudsmannens uttalelse s. 367.

³ Ot.prp.nr. 61 s. 79

⁴ Ot.prp.nr.61 (2004-2005), side 76, merknadene til § 30

avklare hvorvidt, og eventuelt hvor stor gevinst, som har oppstått som følge av det aktuelle ulovlige forhold. Det er derfor i strid med akvakulturloven § 30 når departementet legger opp til at inndragningen i utgangspunktet skal basere seg på opplysninger som klart ikke gir uttrykk for de reelle forhold i den enkelte sak.

Det er også grunn til å fremheve at det vil kunne være mange konkrete eksempler hvor overskridelse av MTB (for eksempel på lokalitetsnivå) ikke vil gi noen økonomisk gevinst for oppdretter sett i forhold til situasjonen uten biomasseoverskridelsen. Det kan for eksempel tenkes at oppdretteren kunne hatt biomassen stående på andre lokaliteter (eks: Polarlaks II-saken). Det er heller ikke slik at den objektive overskridelse er det samme som antall kilo ulovlig produsert. For å finne den ulovlige *merproduksjonen* må man sammenligne situasjonen med og uten overskridelsen, og i de aller fleste situasjoner vil merproduksjonen være mye lavere enn den objektive MTB-overskridelsen.

Dette henger sammen med vilkåret om årsakssammenheng mellom overtredelsen og fortjenesten. Ut fra en objektiv tolkning av ordlyden følger det et krav til direkte årsakssammenheng ved at overtredelsesgebyrets størrelse skal beregnes ut fra den fortjenesten den ansvarlige hadde "ved overtredelsen."⁵ Det er således bare den fortjenesten som kan ledes tilbake til overtredelsen som kan ilegges som overtredelsesgebyr. Vi foreslår også en presisering av forskriftsteksten på dette punkt.

5. Usikkerhet ved måling av biomasse

Fra annet hold er det også påpekt at det er en betydelig usikkerhet knyttet til estimering av biomasse. Det bes derfor om at Fiskeri- og kystdepartementet vurderer om dagens systemer for estimering av biomasse gir tilstrekkelig pålitelige resultater til å danne grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr, tatt i betraktning denne sanksjonens pønale karakter.

6. Avslutning

Etter Advokatforeningens syn vil illeggelse av overtredelsesgebyr etter den nye forskrift § 10 være å anse som straff i grunnlovens forstand. Ettersom overskridelser av MTB ikke kan anses som noen "masseovertridelser", og hensynet til effektiv behandling derav ikke gjør seg gjeldene,⁶ bes det om at Departementet tar stilling til om det i det hele tatt bør vedtas en ordning hvor forvaltningen kan ilegge overtredelsesgebyret administrativt.

Dette dreier seg om betydelige beløp som kan få alvorlige konsekvenser for oppdrettsnæringen. Veier man oppdretternes rettsikkerhet opp mot hensynet til forvaltningens behov for effektivitet ved overskridelser av MTB, er det vår klare oppfatning at behovet for en individuell behandling som gir næringen en tilsvarende rett til beskyttelse som øvrige næringsutøvere bør vektlegges tyngst.

Dersom Departementet mot formodning likevel skulle veie forvaltningens behov for effektiv behandling tyngst, bes det om at Departementet ikke bare endrer den foreslåtte utmålingen av overtredelsesgebyret, men at Departementet også tar uttrykkelig stilling til om den nye forskriften og akvakulturloven § 30 er i strid med grunnloven § 96. Herunder at det gis en begrunnelse for

⁵ Akvakulturloven § 30.

⁶ Slik som også lagt til grunn i Sivilombudsmannens uttalelse.

hvorfor man eventuelt mener at illeggelse av overtredelsesgebyret etter det foreslåtte regelverket ikke er grunnlovstridig.

Vennlig hilsen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Merete Smith', written in a cursive style.

Merete Smith
generalsekretær