

Fiskeri- og kystdepartementet
Postboks 8118 Dep
0032 OSLO

FHL
Postboks 5471 Majorstuen, 0305 Oslo
Telefon 23 08 87 30 - Telefaks 23 08 87 31
www.fhl.no - firmapost@fhl.no
Org.nr.: 974 461 021

29.09.2010

Vår ref.

Deres ref.

Dato

27. september 2010

HØRING VEDRØRENDE ENDRINGER I REAKSJONSFORSKRIFTEN

Innledning

I høringsbrev av 26. juli 2010 har Fiskeri- og kystdepartementet (FKD) foreslått endringer i forskrift om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven (reaksjonsforskriften).

Forslaget om endringer gjelder i det alt vesentlige reaksjonsforskriften § 10 – Overtredelsesgebyr ved overskridelse av lovlig biomasse. Bakgrunnen for endringen er i hovedsak at departementet har kommet til at § 10 i den opprinnelige forskriften ikke hadde hjemmel i akvakulturloven § 30. Reaksjonsforskriften § 10 ble derfor opphevet.¹ Forut for departementets avklaring hadde Sivilombudsmannen i sak vedrørende overtredelsesgebyr ilagt Polarlaks II AS (Polarlaks-saken), kommet til at det var "begrunnet tvil" med hensyn til om et overtredelsesgebyr ilagt i medhold av reaksjonsforskriften § 10 var i tråd med Grunnloven § 96.²

Vi finner også grunn til å fremheve at reaksjonsforskriftens bestemmelser, og Fiskeridirektoratets praktisering av forskriften, skapte sterke reaksjoner hos FHLs medlemsbedrifter. Problemene i forhold til hjemmel for forskriftens bestemmelser, både i forhold til akvakulturloven § 30 og Grunnloven § 96, ble umiddelbart påpekt både av oppdrettsselskapene og av FHL. Det vises i den forbindelse til tidligere innspill og hørings svar fra FHL. På denne bakgrunn ønsker FHL velkommen en revisjon av reaksjonsforskriften § 10.

FHL vil innledningsvis framholde at reglene for maksimalt tillatt biomasse (MTB), i likhet med andre bestemmelser, skal overholdes. Det er alminnelig aksept i næringen for at ingen skal kunne tjene på å overskride lovlig biomasse.

Overtredelsesgebyr er imidlertid en svært inngripende sanksjon som ligger nært opp til straff.³ Erfaringene fra direktoratets praksis etter reaksjonsforskriften viser at overtredelsesgebyr har blitt ilagt i strid med akvakulturloven, og antakelig i strid med Grunnloven § 96. Som det vil fremgå av dette hørings svar mener FHL at reaksjonsforskriftens bestemmelser, også etter de forslag til endringer som

¹ Jf. Departementets pressemelding og brev til Fiskeridirektoratet og Sivilombudsmannen av 29. mars 2010. Bestemmelsen ble opphevet ved forskriftsendring 7. juni 2010 nr. 773

² Sivilombudsmannens uttalelse i sak Somb-2009-92

³ Se for eksempel Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) om lov om akvakultur, s. 76, "Overtredelsesgebyr har likhetstrekk med straff, men er ikke å regne som straff og ilegges heller ikke av politi eller domstol. Overtredelsesgebyr er i forhold til straff et enklere og raskere sanksjonsmiddel."

departementet foreslår, reiser problemstillinger i forhold til hjemmel i akvakulturloven og Grunnloven. Etter FHLs oppfatning gir høringsforslaget inntrykk av at departementet ikke i tilstrekkelig grad har tatt hensyn til Sivilombudsmannens uttalelse i Polarlaks-saken. Dersom forslaget vedtas er det grunn til å tro at direktoratet ved illeggelse av overtredelsesgebyr, påny kan komme til å gå utenfor de rammer som følger av Grunnloven og akvakulturloven.

FHL ber om at departementet ikke vedtar ny § 10 slik det er foreslått. Hvordan overtredelse av biomasse bør sanksjoneres må undergis en ny vurdering i departementet for å sikre at ordningen ikke kommer i strid med akvakulturloven § 30 og Grunnloven § 96.

FHL har følgende kommentarer til departementets forslag:

Rammer for forskriftsbestemmelser om overtredelsesgebyr

Ved fastsettelsen av bestemmelser om overtredelsesgebyr bør det være et mål at sanksjonene oppleves som rettferdige og at sanksjonene står i et rimelig forhold til overtredelsen. Grensene for hvordan bestemmelser om overtredelsesgebyr kan utformes og praktiseres følger av akvakulturloven § 30 med forarbeider. FHL vil også fremheve at overtredelsesgebyr er en pønalt reaksjon som ilegges i ettertid. Dette gjør at reaksjonen i det konkrete tilfelle vil kunne anses som straff som kun kan ilegges av domstolen, jf. Grunnloven § 96.⁴

Det foreligger så vidt vi kjenner til ingen rettspraksis om overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften. Sivilombudsmannens grundige uttalelse i Polarlaks-saken klargjør imidlertid hvilke rammer som følger av akvakulturloven § 30 og Grunnloven § 96.

Forholdet til akvakulturlovens krav til konkret vurdering

Reaksjonsforskriften er gitt med hjemmel i akvakulturloven. Akvakulturlovens § 30 første ledd lyder:

"Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov, kan ilegges et overtredelsesgebyr av tilsynsmyndigheten. Gebyret skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen. Det kan videre tas hensyn til tilsynsmyndighetens kostnader i tilknytning til kontrolltiltak og behandling av saken."

Det følger av akvakulturloven § 30 at før overtredelsesgebyr kan ilegges, må forvaltningen først vurdere om det foreligger tilstrekkelig grad av skyld til at det er adgang til å ilegge gebyr. Videre må det gjøres en vurdering av om forholdet er så alvorlig at det bør sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Utmåling av et eventuelt overtredelsesgebyr skal likeledes gjøres basert på en konkret vurdering.

Slik forslaget til § 10 foreligger i departementets høringsbrev, synes det imidlertid som at departementet mener at overskridelse av MTB alltid skal sanksjoneres med

⁴ Når Høyesterett i Rt.2008.48 kom til at ilagt tvangsmulkt ikke var straff i relasjon til Grunnloven § 96 skyldes dette at Høyesterett fant at tvangsmulkten primært var et virkemiddel for å få virksomhetene til å overholde kvoten: "Mulkten har da etter mitt syn ikke primært preg av straffesanksjon, men mer av et virkemiddel for å anspore virksomhetene til å overholde kvoten. Dette underbygges av at de fastsatte satsene er opplyst å være beregnet slik at de tok sikte på å tilsvare merfortjenesten ved overskridelsen. Alt i alt er jeg derfor kommet til at tvangsmulkt for brudd på førkvotestemmelsene ikke er straff i Grunnlovens forstand." Til forskjell fra tvangsmulkten i Rt.2008.48 er overtredelsesgebyr nettopp en pønalt reaksjonsom ilegges i ettertid.

overtredelsesgebyr. En slik regel vil være i strid med kravet til konkret vurdering etter akvakulturloven § 30.

I denne forbindelse vil FHL også vise til at Fiskeridirektoratet, i en rekke klagesaker om overtredelsesgebyr, har gitt uttrykk for at alle overskridelser av visse bestemmelser, i seg selv er å anse som alvorlige og derfor skal sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Etter FHLs oppfatning er det ikke hensiktsmessig - og heller ikke adgang - til en slik generalisering.

Om utmåling av overtredelsesgebyr

Departementet foreslår en utmåling av gebyret bestående av inndragning av fortjeneste med et tillegg på én, tre, seks, ti, tyve eller tretti G.

Ved utmåling av et pønalt tillegg er det sentralt at det må foreligge fortjeneste, og at overtredelsesgebyret utmåles i forhold til den fortjeneste den ansvarlige har hatt ved overtredelsen.

FHL mener at departementets forslag i for liten grad gir rom for individuell utmåling. Ved mindre alvorlige overtredelser synes en minstesats på 1 G (kr 75 641) som for streng. Det vises til at mens NOU 2003:15 Fra bot til bedring, setter krav til at det settes maksimalsatser for overtredelsesgebyr, er vi ikke kjent med at det er anbefalt minimumssatser.

Etter FHLs oppfatning bør det ikke settes noen minimumssatser. Overtredelsesgebyr må utmåles ut fra de konkrete forhold, og det vil da kunne være nødvendig eller hensiktsmessig med gebyrer under 1 G. Det bør være adgang til å sette gebyret ned til null. Den videre inndeling i overtredelsesgebyr på én, tre, fem, ti, tyve eller tretti G er også for grovmasket til å kunne ivareta de konkrete forhold i den enkelte sak. Departementets forslag til maksimalsats for overtredelsesgebyr er også høyere enn det som kan anses som hensiktsmessig eller nødvendig i denne type saker.

Om inndragning av fortjeneste

Departementets forslag innebærer at fortjenesten skal beregnes ut fra standardiserte satser som er satt slik at inndragningselementet tilnærmet alltid vil overstige den reelle fortjenesten.

Det vises i den forbindelse til at fratrekke for fôrkostnader, etter departementets forslag, skal beregnes ut fra en fôrfaktor på 0,8. FHL er enig med departementet i at *"svært få eller ingen oppdrettere er i stand til å oppnå en slik fôrfaktor"*. FHL mener at fratrekke for fôrkostnader må utgjøre fôrkostnadene i det enkelte tilfelle, og ikke en hypotetisk, urealistisk fôrfaktor. På samme måte må salgsprisen settes ut fra reell salgpris, og ikke *"høyeste dokumenterte spotpris"*, slik departementet foreslår.

Forslaget til departementet fremstår som stridende mot hjemmelsbestemmelsen i akvakulturloven § 30 hvor det fremgår at det er fortjenesten *"den ansvarlige har hatt"* som er relevant. I forarbeidene til bestemmelsen er det uttalt at at: *"Antatt gevinst av det ulovlige forhold må (...) bringes på det rene og tillegges vekt ved fastsettelsen"*.⁵ Akvakulturloven pålegger således forvaltningen å avklare hvorvidt, og eventuelt hvor stor gevinst, som har oppstått som følge av det aktuelle ulovlige forhold. Det synes da uhensiktsmessig, og er dessuten i strid med akvakulturloven § 30, når departementet

⁵ Ot.prp.nr.61 (2004-2005), side 76, merknadene til § 30

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.

Slik departementets forslag nå foreligger vil en del av det som fremstår som inndragning, reelt sett utgjøre et pønalt tillegg. Dette gjør at det reelt sett ikke vil foreligge noen maksimalsats for overtredelsesgebyret, og at det pønale tillegget således vil kunne bli mye høyere enn de 30 G som departementet har foreslått.

For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at det er "fortjeneste" som er relevant i forhold til inndragning. Fortjenesten vil måtte beregnes ut fra tilveksten på den del av biomassen som overstiger MTB i den aktuelle periode. Antall kilo biomasseoverskridelse kan ikke brukes som utgangspunkt for beregning av fortjeneste.

Departementets forslag modereres noe av at oppdretter skal gis adgang til å legge frem dokumentasjon på reell salgpris og reelle førkostnader. Departementets forslag om å avskjære andre opplysninger enn reell salgpris og førkostnader i denne vurderingen synes imidlertid å være i strid med kravet til konkret vurdering i akvakulturloven § 30. Det må være adgang til å legge frem all relevant informasjon. Når slik dokumentasjon fremlegges må dokumentasjonen legges til grunn for beregningen med mindre forvaltningen kan påvise feil i dokumentasjonen.

FHL vil også fremheve at konsekvensen av departementets forslag til utmåling hvor fortjeneste inndras, kombinert med et stort pønalt tillegg, vil medføre at overtredelsesgebyrene kan bli urimelig høye. Det vises i den forbindelse til de innvendinger som har vært reist mot ilagte overtredelsesgebyr for overskridelse av MTB, primært ved Sivilombudsmannens uttalelse i Polarlaks-saken. Dersom den nye § 10 fastsettes i tråd med departementets forslag, er det fare for at overtredelsesgebyr fattet i medhold av bestemmelsen vil kunne komme i strid med Grunnloven § 96.

Overskridelse av MTB på lokalitetsnivå

I høringsnotatet pkt 3.3.2 gir Fiskeri- og kystdepartementet uttrykk for at departementet i arbeidet med forskriftsendringen har vurdert om det bør være ulike utmålingsregler for overtredelser på lokalitetsnivå og selskapsnivå. Departementet fremhever at produksjon ut over det tillatte på lokalitetsnivå, på samme måte som på selskapsnivå, utgjør ulovlig produksjon, samt at overtredelser på lokalitetsnivå normalt vil utgjøre en større trussel mot miljøet enn overtredelser på selskapsnivå. Departementet mener på denne bakgrunn at det ikke bør skilles mellom overtredelser på lokalitetsnivå og selskapsnivå.

FHL er uenig i denne vurderingen. Det er grunnleggende forskjeller mellom overskridelse av MTB på lokalitetsnivå, og overskridelse av MTB på selskapsnivå. Som departementet er inne på i høringsbrevet, er overskridelse av MTB på lokalitetsnivå mer knyttet til tillatelser gitt av Fylkesmannens miljøvernavdeling og Mattilsynets godkjenning etter matloven.

Det er uansett en avgjørende innvending mot departementets forslag at oppdrettsselskapet, når det gjelder brudd på lokalitetsnivå hvor selskapet er innenfor det lovlige biomassenivå for selskapet, normalt ikke har hatt noen økonomisk gevinst ved å bryte biomassereglene. Selskapet kunne hatt like stor produksjon ved en annen fordeling av laksen mellom de ulike lokalitetene. Ved overskridelse av lokalitets-MTB, vil det således i utgangspunktet ikke være noen fortjeneste som kan inndras. Hele overtredelsesgebyret vil i slike saker utgjøre en straffereaksjon. På samme måte som overtredelsesgebyret i Polarlaks-saken, vil illeggelse overtredelsesgebyr i slike tilfelle, ikke ha tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30, og antakelig være i strid med Grunnloven § 96.

Om domstolenes prøvingsadgang

Når Sivilombudsmannen i Polarlaks-saken kom til at det var "begrunnet tvil" med hensyn til om reaksjonsforskriften § 10 var i tråd med Grunnloven § 96, fremhevet Sivilombudsmannen særlig den uklarhet som foreligger knyttet til omfanget av domstolenes prøvingsrett. På side 12-13 i Polarlaks-saken uttalte Sivilombudsmannen at:

"Når forvaltningen gis adgang til å illegge et så omfattende overtredelsesgebyr som i denne saken, og formålet med illeggelsen er at den skal oppleves som et onde, finner jeg det problematisk i forhold til Grl. § 96 at domstolenes prøvingsrett ikke er avklart.

På bakgrunn av overtredelsesgebyrets størrelse, dets formål om å virke pønalt og preventivt, samt uklarheten rundt domstolenes prøvingsrett, har jeg kommet til at det knytter seg «begrunnet tvil», jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 § 10, til om overtredelsesgebyret Polarlaks ble ilagt var straff etter Grl. § 96."

I høringsbrevet siteres både akvakulturlovens henvisning til forarbeidene i deltakerloven, og juridisk teori i forhold til domstolenes prøvingsadgang for forvaltningssanksjoner som anses som straff etter EMK. Departementet synes å konkludere med at det er en noe begrenset prøvingsadgang. De innvendinger Sivilombudsmannen har kommet med i forhold til usikkerhet om domstolenes prøvingsadgang synes således fortsatt å være til stede.

FHL vil i denne forbindelse vise til at departementet i høringsbrevet, på side 6, gir uttrykk for at det er nærliggende å trekke veksler på prinsippene i konkurranseloven med forskrifter og børsforskriften. Det fremgår av konkurranseloven § 29, fjerde ledd at: "Retten kan prøve alle sider av saken". FHL foreslår at tilsvarende formulering tas inn i akvakulturloven § 30 slik at forholdet til domstolenes prøvingsadgang blir avklart. Inntil slik lovendring foreligger bør departementet klargjøre at meningen er at domstolene skal ha full prøvingsadgang av ilagte overtredelsesgebyr.

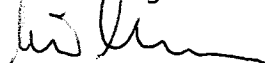
Oppsummering

FHL mener at forslaget til ny § 10 innebærer at overtredelsesgebyr ilagt i medhold av bestemmelsen vil kunne komme i strid med akvakulturloven § 30 og Grunnloven § 96.

Det dreier seg om svært inngripende vedtak overfor næringsaktørene. Ilegging av overtredelsesgebyr i det omfang og i den størrelsesorden som har blitt gjort, har også hatt en omdømmemessig kostnad for næringen. På denne bakgrunn ber FHL om at departementet påny vurderer om administrativt illeggelse av overtredelsesgebyr er nødvendig og hensiktsmessig som sanksjon.

I den grad departementet fastholder å benytte overtredelsesgebyr som sanksjonsform, må regelverket justeres slik at dette ligger innenfor rammene av Grunnloven § 96 og akvakulturloven § 30. I den grad overtredelsesgebyr kan eller bør anvendes som sanksjon, må gebyrene, i tråd med det som er fremholdt i forarbeidene til akvakulturloven § 30, uansett forbeholdes de mer alvorlige overtredelsene.⁶

Med vennlig hilsen



Geir Andreassen
Adm dir

⁶ Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) om lov om akvakultur, s. 76.