

Fiskeri- og kystdepartementet
Postboks 8118 Dep
0032 Oslo

postmottak@fkd.dep.no

Ansvarlig advokat
Bjørn Sørsgård

Oslo
30. september 2010

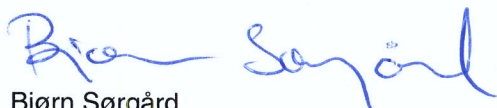
Vår ref.

**UTTALELSE TIL HØRING – NY BESTEMMELSE OM UTMÅLING AV OVERTREDELSESGBYR
VED OVERSKRIDELSE AV BIOMASSEREGELVERKET**

Det vises til Fiskeri- og kystdepartementets høring av forslag til ny bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr ved overskridelse av biomasseregelverket.

I samarbeid med advokatfirmaene Wikborg, Rein & Co., Norman & Co., Advokat Per Vingerhagen og Kystadvokat har vi utarbeidet vedlagte høringsuttalelse.

Med vennlig hilsen
Kyllingstad Kleveland Advokatfirma DA



Bjørn Sørsgård
Advokat

Merknader til høringsforslag - ny bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr ved overskridelse av biomasseregelverket

1. Innledning

Det vises til Fiskeri- og kystdepartementets ("Departementet") høringsbrev vedrørende ny bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr ved overskridelse av biomasseregelverket.

Dette høringssvar er utarbeidet i fellesskap av advokatfirmaene Wikborg, Rein & Co., Norman & Co., Advokat Per Vingerhagen, Kystadvokat og Kyllingstad Kleveland Advokatfirma. Våre firma har representert en rekke små og store oppdrettsselskaper som har blitt ilagt overtredelsesgebyr i medhold av reaksjonsforskriften.

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 akvakulturloven § 30. Slik utkastet er utformet mener vi at hjemmelsspørsmålet ikke er løst.

2. Usikkerhet ved måling av biomasse

Det foreligger betydelig usikkerhet ved en estimering av biomasse. I den forbindelse vises det til forskningsprosjektet Exactus i regi av SINTEF Fiskeri og havbruk. Formålet med prosjektet å fremskaffe bedre systemer for estimering av biomasse. Etter det vi forstår er det med dagens målemetoder i gjennomsnitt ca $\pm 5\%$ feilestimering av biomasse, men at dette kan variere fra 0% og helt opp i $\pm 40\%$. Etter vår vurdering tilsier usikkerheten ved de innsendte estimat for biomasse at dette ikke kan danne grunnlag for overtredelsesgebyr. Det bes 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.

3. 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 har et stadig 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 ileggelse overtredelsesgebyr på 2,4 millioner, hvor fortjenesten utgjør 200.000 mens det pønale tillegget er 2,2 millioner. 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 et krav om at straffeelementet i overtredelsesgebyret ikke i det konkrete tilfellet fremstår som det dominerende element ved overtredelsesgebyret.

4. 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*

¹ Ot.prp.nr. 61 s. 76.

*fortjeneste den ansvarlige faktisk hadde ved overtredelsen,*² og viser til ordlyden hvor han uthever ordene "har hatt".

Dette kan etter vår oppfatning ikke forstås på en annen måte enn 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 er således i strid med det som lovgiver 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.

5. Beregningen av fortjeneste

I forslaget legges det opp til en definisjon av "fortjeneste" i § 10 tredje ledd hvor "salgsprisen fratrekkes førkostnader knyttet til overtredelsen i tillegg til et rettsgebyr som beregnes per kilogram som er overproduisert". Departementet foreslår at fortjeneste i utgangspunktet skal beregnes ut "høyeste dokumenterte spotpris", og at kostnadene til produksjon skal beregnes ut fra en førfaktor på 0,8. Dette på tross av departementet uttaler at "svært få eller ingen oppdrettere er i stand til å oppnå en slik førfaktor". 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 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 ved overskridelse av MTB på lokalitetsnivå, hvor selskapet er innenfor det lovlige biomassenivå for selskapet, vil det normalt ikke være noen

² Sivilombudsmannens uttalelse s. 367.

³ Ot.prp.nr. 61 s. 79

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

økonomisk gevinst ved å bryte biomassereglene. Selskapet kunne hatt like stor produksjon ved en annen fordeling av fisken mellom de ulike lokalitetene. Ved overskridelse av lokalitets-MTB, vil det således i mange tilfeller ikke være noen fortjeneste som kan inndras og hele overtredelsesgebyret vil i slike saker utgjøre en straffereaksjon. På samme måte som gebyret i Polarlaks-saken, vil departementets forslag til utmåling ved overskridelse av lokalitets-MTB ikke ha tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30 og være i strid med Grunnloven § 96.

Det er også problem knyttet til forståelsen av begrepet "antall kilo ulovlig produsert biomasse". Vi er enig i at det er den *ulovlige produksjonen* som må defineres, men ved tidligere praksis har man lagt vekt på den objektive overtredelse (antall kilo over MTB-grensen). Det må imidlertid presiseres at den objektive overskridelsen fra maksimalt tillatt biomasse ikke nødvendigvis tilsvarer den ulovlige produksjonen i det konkrete tilfellet. For å finne den ulovlige *merproduksjonen* må man sammenligne situasjonen med og uten overskridelsen, og målet må være å finne ut hvor mye mer biomasse oppdrettsselskapet har kunnet selge som en følge av overskridelsen (differanseprinsippet).

I de aller fleste situasjoner vil merproduksjonen være mye lavere enn den objektive MTB-overskridelsen. For eksempel vil oppdrettsselskaper normalt foreta en fortløpende ukentlig utslakting tilsvarende tilveksten i fiskegruppen, slik at man kan ligge i "taket" av MTB-grensen over en lengre periode mens man gjennomfører slaktingen. I et tenkt eksempel med MTB-grense på 3120 vil kanskje oppdretteren måtte slakte 100 tonn fisk i uken for ikke å overskride maksimal tillatt biomasse. Dersom det oppstår en situasjon hvor man en uke er forhindret fra å foreta utslakting, vil man få en MTB-overskridelse på 100 tonn. Oppdretteren har imidlertid ikke produsert 100 tonn mer ellers, det er *kun tilveksten på overskridelsen* (tilveksten på de 100 tonnene) som utgjør overtredelsen. Dette kan illustreres tabellarisk på følgende måte:

Tabell 1: Produksjon innenfor MTB-regelverket – total MTB 3120

Uke	30	31	32	33	34	Sum uke 31 - 34
Tilvekst i uken		100	100	100	100	400
MTB mot slutten av uken		3120	3120	3120	3120	Aldri over tillatt
Slakt i slutten av uken		100	100	100	100	400
MTB v/ utgang uke	3020	3020	3020	3020	3020	

Tabell 2: Produksjon ut over MTB-regelverket – total MTB 3120⁵

Uke	30	31	32	33	34	Sum uke 31 - 34
Tilvekst i uken		100	100	100 + 3,2	100	400
MTB mot slutten av uken		3120	3120	3223,2	3120	123,2 over tillatt i uke 32
Slakt i slutten av uken		100	0	203,2	100	403,2
MTB v/ utgang uke	3020	3020	3120	3020	3020	

Merproduksjonen, dvs. den ulovlige produksjonen som en følge av MTB-overskridelsen, er derfor kun 3,2 tonn. I den tidligere gjeldende § 10 i forskriftsutkastet var utmålingen knyttet opp mot "det overskredne antall kilo", mens det i det nye forskriftsutkastet er benyttet begrepet "ulovlig produsert biomasse". Vi antar at denne endringen er gjort for å ta høyde for ovennevnte betraktninger, men etter vår oppfatning bør dette presiseres enda tydeligere i forskriftsutkastet.

Dette leder også over til 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."⁶ 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.

I tillegg foreslår vi en presisering av at det er den ulovlige produksjonen målt i *sløyd vekt* som er relevant. Dette er så vidt vi forstår i overensstemmelse med dagens praktisering av regelverket.

6. Avslutning

Vårt klare standpunkt er at illeggelse av overtredelsesgebyr etter den nye forskrift § 10 er å anse som straff i grunnlovens forstand, og at det derfor er i strid med grunnloven § 96 at overtredelsesgebyret ilegges uten dom.

Ettersom overskridelser av MTB ikke kan anses som noen "masseovertredelser", og hensynet til effektiv behandling derav ikke gjør seg gjeldene,⁷ 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 næringen. Veier man oppdretternes rettsikkerhet opp mot hensynet til forvaltningens behov for effektivitet ved

⁵ Eksempelet er rendyrket ved at all slakt forutsettes gjennomført på den siste dagen i uken. Dette er selvsagt ikke helt praktisk, men gjør det hele mer pedagogisk. Vi har også forutsatt 3,2 tonn tilvekst på 100 tonn biomasse i uke 33 fordi dette utgjør samme %-vise tilvekst som er lagt inn på den totale biomassen. 3,2 % tilvekst per uke er kanskje noe lavt men er satt for å gjøre eksempelet enkelt.

⁶ Akvakulturloven § 30.

⁷ Slik som også lagt til grunn i Sivilombudsmannens uttalelse.

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

Med vennlig hilsen

WIKBORG, REIN & CO.

NORMAN & CO.

ADVOKAT PER VINGERHAGEN

KYSTADVOKAT

KYLLINGSTAD KLEVELAND ADVOKATFIRMA DA