

Fiskeri- og kystdepartementet
PB 8118 Dep
0032 Oslo

postmottak@fkd.dep.no

Trondheim, 1. oktober 2010

Høring – Ny bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr ved overtredelse av biomasseregelverket, deres ref 201000598- /CGR

Vi viser til deres høringsbrev med vedlegg av 26. juli 2010. Norske Sjømatbedrifters Landsforening, NSL, vil i det følgende gi våre kommentarer til høringen.

Generelle kommentarer

Straff ut i fra grad av skyld

I forslaget til nye bestemmelser foreslås det at havbruksforvaltningen selv, basert på eget skjønn, skal fastsette et "straffetillegg" på fra 1 G og inntil 30 G, p.t. tilsvarende kr 2 269 230. Dette er et tillegg til inndragning av fortjeneste på overskridelse av MTB.

En overskridelse av tillatt biomasse ved utløpet av en måned kan skyldes utenforliggende og unnskyldelige årsaker. Så langt er vårt inntrykk at det har vært vanskelig å få hensyntatt dette relatert til skyldkravet. Det kan for eksempel være bestilt båtfrakt til slakteri og forsinkelse / havari hos transportør medfører forsinkelse i uttak fra anlegget, eller det kan være driftsstans i slakteriet som medfører mottaksstans. Særlig for mindre virksomheter kan dette være vanskelig å håndtere.

NSL er spesielt opptatt av at oppdrettere som rammes av utenforliggende forhold som medfører at man ikke får slaktet fisken til planlagt tid, ikke skal kunne straffes med store pønale tillegg, jfr. § 10, 2. ledd "*I vurderingen av hvilket utmålingsalternativ som skal anvendes, skal det særlig legges vekt på graden av skyld, ...*".

NSL er likevel enig i at en kontrollert produksjonsvekst innenfor miljømessige bærekraftige rammevilkår gagnar næringa, og at det på denne bakgrunn ikke skal lønne seg bevisst å bryte fastsatte produksjonsrammer.

Utnytting av MTB

NSL vil påpeke at det alltid vil være viktig for næringsaktører å optimalisere produksjonen, både av hensyn til eiere, arbeidstakere og samfunnet for øvrig. Dette gjelder uansett næring, og også for oppdrettsnæringa. Havbruksforvaltningen kan ikke forvente at næringsaktører skal avstå fra å utnytte sitt produksjonspotensial for å ha en "buffer" for evt. uventede forhold som vil utsette slaktning i en begrenset periode. Det er kjent at de fleste av de tidligere fastsatte overtredelsesgebyrene har kommet som følge av uforutsette hendelser, og at overtredelsene ikke har gitt økonomisk vinning eller bidratt til negativ miljøpåvirkning.

Det er også viktig i denne sammenheng at mindre aktører har færre muligheter for å motvirke effekten av uforutsette hendelser pga bl.a. mindre grad av eierskap i slakteri, og færre konsesjoner og lokaliteter for spredning av biomasse. Dette gjenspeiles av at de fleste overtredelsesgebyr har blitt gitt til mindre aktører. Det er en uttalt politisk målsetting at vi fortsatt skal ha en differensiert struktur i næringa. For å sikre dette må regelverket ta høyde for at også de minste aktørene skal kunne optimalisere sin produksjon innenfor miljømessige bærekraftige rammer, og uten at de samme aktørene står i fare for å ilegges store straffegebyr dersom de skulle rammes av uforutsette hendelser, dvs. uten at det foreligger grad av skyld.

Estimat vs. dokumenterte tall

NSL er skeptisk til at departementet også i nytt forslag til regelverk for utmåling av overtredelsesgebyr legger opp til at oppdrettere skal straffes basert på et *estimat* framfor ut i fra reelle forhold. NSL mener også det er en utfordring for lik håndtering at det ikke er etablert en fast norm for hvordan biomassetall skal estimeres.

NSL mener en burde søke å utvikle regelverk som legger til grunn dokumenterte tall. Dette vil både være målbart og likt for hele næringa. NSL har tidligere flere ganger pekt på den skjevhet i produksjonsmuligheter dagens MTB-system gir mellom små og store aktører. Innføring av gjennomsnittlig MTB vil være en løsning for å rette opp denne skjevheten.

Standardiserte gebyr

Overtredelsesgebyr for MTB-overskridelser er ikke masseovertredelser som løses tilsvarende som ved parkeringsgebyr, regnskapsgebyr eller lignende hvor hensynet til effektiv administrativ behandling til en viss grad overstyrer behovet for individuell behandling. Tvert i mot dreier det seg om betydelige beløp, hvor ileggelse av gebyr kan få vesentlige konsekvenser. Hensynet til politiets arbeidsbelastning kan det heller ikke være grunnlag for å legge avgjørende vekt på. Det er totalt gitt om lag 20 MTB-gebyr, og det er ikke gitt noen gebyr etter 2008.

Også Sivilombudsmannen (SOM) understreket i sin uttalelse at hensynet til effektivitet i forvaltningen må veies mot hensynet til rettssikkerhet, og bemerket at ”behovet for og effektivt kunne ilegge overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 (var) langt fra påtrengende”.

Regionale ulikeheter gir behov for overprøvbart

Videre mener NSL det er spesielt viktig at evt. utøvelse av skjønn ved fastsetting av straffetillegg er overprøvbart av andre instanser enn den som har utstedet straffetillegget. Næringa har erfaring med at forskrifter håndteres forskjellig mellom ulike regioner og kontorer i forvaltningen, og sett i lys av dette er det spesielt viktig at det skjønn som skal utøves ved fastsetting av overtredelsesgebyr er overprøvbart av andre instanser.

Forvaltningen som både politi og dommer

NSL finner det er urimelig at havbruksforvaltningen skal være både kontrollør, politi, påtalemyndighet og dommer. I Norge er det et grunnleggende prinsipp at straff skal vurderes og etterforskes av politi/ påtalemyndighet, og deretter avgjøres av en domstol. Både under den forberedende fase, politietterforskningen, samt under en eventuell etterfølgende domstolsbehandling, er det fastsatt en rekke rettssikkerhetsbestemmelser som sikrer at den siktede/ tiltalte sine interesser blir ivaretatt på en betryggende måte. Slik må det også være i Norsk fiskerinæring.

NSL mener her det burde være i forvaltningens egen interesse at domsfunksjonen overlates til andre, og at forvaltningen konsentrerer seg om veiledning, oppfølging og kontroll av næringen og i større grad er en medspiller for bransjen. I stedet for å jobbe for at forvaltningen skal gjøre alt selv og sikre

seg selv mest mulig makt og myndighet, bør den heller vise tillit til veletablerte ordninger som også har sin forankring i Grunnloven.

Juridiske betraktninger

SOM ga i uttalelse 18.11.2009 uttrykk for begrunnet tvil om det overtredelsesgebyr som var bakgrunn for uttalelsen, var straff etter Grunnloven (Grl) § 96 og således i strid med domskravet i Grl § 96. Videre ga SOM uttrykk for at begrenset domstolskontroll i det foreliggende tilfelle vil være i strid med den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) art 6 nr 1.

I det følgende gis våre juridiske betraktninger på høringsforslaget.

Forholdet til Grunnloven § 96 og EMK art 6 nr 1

1. I utgangspunktet er ny § 10 fortsatt et forsøk på å gi en standardisert utmålingsregel. En slik regel er gjerne begrunnet i forenklings- og effektiviseringshensyn. I sin uttalelse av 18.11.2009 konkluderte SOM med at disse hensyn neppe kan tillegges særlig, om noe vekt ut fra antallet overtredelser.

SOM fremhevet i sin uttalelse at det særlig er domstolenes adgang til å kunne prøve saken som vil kunne være avgjørende i forhold til spørsmålet om illeggelse av overtredelsesgebyr kan være i strid med Grl § 96.

For det første ligger søksmålsbyrden hos den ansvarlige. Et overtredelsesgebyr vil være et enkeltvedtak som den ansvarlige, etter klage, selv må bringe inn for domstolene. SOM uttalte videre at det synes å være uavklart i hvilken utstrekning både spørsmålet om vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr i seg selv kan overprøves og dernest om selve utmålingen kan overprøves.

SOM påpeker at ”dersom overtredelsesgebyret hadde blitt ilagt av en domstol i første instans, hadde domstolen kunnet prøve alle sider av saken”. I tillegg til disse forhold har SOM i sin uttalelse lagt vekt på den større overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 kan få og gebyrets formål om å virke pønalt og preventivt.

2. Uttalelsene i høringsbrevets pkt 3.3.1 skaper tvil om hva departementet mener om prøvingsrettens utstrekning. Ot prp nr 61 (2004-05) om lov om akvakultur viser til Ot prp nr 70 (2003-04) om endringer i deltakerloven. Som gjengitt i høringsbrevet side 11 synes Ot prp nr 70 å bygge på det syn at prøvingsretten er begrenset, jfr. uttalelsen om at ”konvensjonen stiller derimot neppe noe krav om at domstolen skal kunne prøve forvaltningens såkalte ”frie skjønn” i det underliggende vedtaket”.

Høyesterett har i forhold til prøvingsadgangen lagt stor vekt på hvorvidt lovgiver selv har vurdert og uttalt seg om spørsmålet. Høringsbrevet har henvisninger til uttalelser i rettslig teori som imidlertid til dels er en kritikk av gjeldende rettstilstand. Vi viser i denne forbindelse til NOU 2003:15 *Fra bot til bedring*, hvor omfanget av domstolenes prøvingsrett er drøftet i pkt 12.8.6. Drøftelsen munner ut i utkast til ny § 57 i forvaltningsloven hvor det i annet ledd er presisert at ved søksmål om overprøving av administrative sanksjoner, ”kan retten prøve alle sider av saken”. Forslaget har ennå ikke ført til endring av forvaltningsloven.

Verken deltakerloven eller akvakulturloven har tilsvarende presisering av at retten kan prøve alle sider ved saken. Heller ikke forslaget til ny § 10 inneholder en slik presisering. Det kan

for øvrig reises spørsmål om det er tilstrekkelig at en slik presisering fremkommer i en forskrift, når presiseringen avviker fra det som er sagt i lovforarbeidene.

Uansett skaper det uklarthet om hva departementet egentlig mener, når det i siste avsnitt i høringsbrevet pkt 3.3.1 uttaler at det ”kan etter dette ikke se at en noe begrenset prøvelsesadgang i seg selv skulle gjøre at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven blir å anses som straff etter Grunnloven § 96”.

Departementet har i høringsbrevet pkt 3.2.1 vist til annet regelverk hvor det åpnes for ileggelse av overtredelsesgebyr. Vi gjør oppmerksom på at både konkurranseloven § 29 og lov om offentlige anskaffelser § 7b uttrykkelig fastsetter at retten kan prøve alle sider ved saken. Når det gjelder henvisningen til lov om dyrevelferd, hvor vi antar at det siktes til matloven (lov nr 124/2003), gjør vi oppmerksom på at § 28 har bestemmelser om foreleggsmyndighet hvor forelegg som ikke vedtas, av forvaltningsorganet må bringes inn for domstolene. Her står vi derfor ikke overfor et overtredelsesgebyr av den art som er beskrevet i akvakulturloven.

3. På bakgrunn av de beløp overtredelsesgebyr kan komme opp i totalt og den nye bestemmelses fremheving av det pønale preg, kommer bestemmelsen etter vår oppfatning fremdeles i konflikt med Grl § 96. Dette forsterkes ved at domstolenes prøvingsrett fortsatt synes uavklart og usikker.

Nærmere kommentarer til utformingen av ny § 10

1. For så vidt gjelder fortjenesten ved en overtredelse, tar § 10, 3. ledd utgangspunkt i ”antall kg produsert biomasse”. Produsert biomasse behøver på ingen måte å være det samme som ”overskridelse av den lovlige biomassen” i § 10, 1. ledd.

Etter akvakulturdriftforskriften § 44 skal biomasse rapporteres månedlig innen den 7. i den påfølgende måned. Det er således den ansvarliges egen rapportering som legges til grunn for beregning av overtredelsesgebyret. En side ved dette er at det nærmer seg selvinnkriminering, jfr. uskyldspresumpsjonen i EMK art 6 nr 2.

En annen sak er at biomasse i sjø kan være vanskelig å beregne eksakt – både antall fisk og vekt. Selv om man benyttet anerkjente metoder for förfaktor / tilvekst, kan ulike forhold påvirke det faktiske volum i forhold til det beregnede. Det er heller ingen eksakte regler for beregning slik at rapportert volum fra ulike anlegg kan bygge på ulike beregningsmetoder.

Produksjon i form av slakting og salg vil alltid finne sted etter den / de måneder hvor overskridelse av tillatt biomasse i sjø konstateres. Ved for eksempel handelspolitiske tiltak fra markedet, vil enkelte oppdrettere kunne få en betydelig forskyvning av sine røkte- og slakteplaner. Dette er ikke ukjente forhold, jfr. Innst O nr 99 for 2004-05 side 11. En slik forskyvning vil også påvirke det departementet definerer som faste kostnader, f eks lønn, som ikke kan hensyntas etter forskriften.

Generelt sett vil mindre virksomheter med fåtall konsesjoner / lokaliteter ha vanskelig for å innrette seg etter uventede /ekstraordinære forhold. Større virksomheter vil lettere kunne flytte biomasse mellom konsesjoner / lokaliteter og vil også normalt ha en bedre markedstilgang. Mens lov- og forskrift synes å ta utgangspunkt i bevisst overskridelse med merproduksjon for øye, kan uventede / ekstraordinære begivenheter føre til overskridelser

som vanskelig kunne forutses eller avverges. Hvorvidt det foreligger en uaktsomhet, må vurderes helt konkret. En slik konkret vurdering er klart forutsatt i Ot prp nr 61 side 79. Med et i utgangspunktet standardisert utmålingssystem er det stor risiko for at den konkrete vurdering blir satt til side.

En midlertidig overskridelse av tillatt biomasse i sjø kan således ha flere årsaker og behøver på ingen måte å gi den enkelte oppdretter en større produksjon i form av utslaktet volum eller økt fortjeneste.

2. Ved utmåling av strafferettslig reaksjoner vil skyldgraden normalt tillegges stor vekt. Akvakulturloven § 30 hjemler overtredelsesgebyr i tilfelle som spenner fra alminnelig uaktsomhet til forsett. Etter hovedregelen i § 10 er fortjenesten ”å regne som nullpunktet ved utmålingen”, jfr. høringsbrevet side 6. Det er kun ved valg av ”det pønale tillegget” at skyldgrad kan tillegges vekt etter annet ledd, og da etter standardiserte nivåer med relativt store sprang. Et tillegg på 1G synes å være minimumstillegget, slik at det faktiske ”nullpunkt” blir fortjenesten + 1G.

Når fortjenesten inngår i overtredelsesgebyret får dette sterke likhetstrekk med inndragning som i seg selv er en strafferettslig reaksjon, jfr. straffeloven 2005 § 30.

Ved beskjednen skyldgrad vil det kun være unntaksbestemmelsen i ny § 10, 5. ledd som kan bringe gebyret under ”nullpunktet”.

I høringsbrevet pkt 3.2.5 er bruken av ny § 10, 5. ledd relatert til tilfelle hvor den ansvarlige kan omgå fortjenestebegrepet ved interne transaksjoner. Bestemmelsen blir da nærmest en presisering av at det pønale tillegget kan anvendes selv om fortjenesten er null eller negativ.

Dette står i motstrid til forståelsen av tidligere § 10, 2. ledd som i sterkere grad var relatert til nedsettelse av gebyret ved liten skyldgrad. I Fiskeridirektoratets retningslinjer for bruk av reaksjonsforskriften er det på side 12 gitt eksempler på anvendelsen av unntaksbestemmelsen hvor det bl.a. sies følgende:

”Det er et ufravikelig krav at det skal foreligge skyld for å kunne ilegge overtredelsesgebyr, men det kan forekomme situasjoner der det åpenbart foreligger liten grad av skyld. Det kan tenkes situasjoner der utenforliggende forhold har medført at man ikke får slaktet fisken, så som upåregnelig ugunstig temperatur i sjøen, uventet oppblomstring av alger osv. Det må altså være noe helt særegent. Det er ikke formildende at man venter på bedre pris, kun vil bruke et spesielt slakteri eller et spesielt brønnbåtselskap dersom der er flere i området som har kapasitet osv. Det er oppdretters ansvar å planlegge driften på en slik måte at virksomheten til enhver tid blir drevet innenfor regelverkets rammer.”

Hvis ny § 10 blir vedtatt i samsvar med utkastet, ber vi departementet på bakgrunn av uttalelsene i høringsbrevet pkt 3.2.5 å foreta en presisering av at § 10, 5. ledd fortsatt skal kunne anvendes som grunnlag for nedsettelse av gebyret i samsvar med det som er sitert ovenfor.

3. Vi ber derfor departementet vurdere en annen utforming av en ny § 10 hvor de kriterier det kan legges vekt på ikke gis en så absolutt og uttømmende karakter som i foreliggende utkast – noe som også kan få betydning for domstolenes prøvingsadgang. En bedre løsning ut fra både faktiske forhold og rettssikkerhetshensyn, vil være å angi enkelte veiledende momenter for

fastsettelsen uten at disse bør være uttømmende. Vi viser i denne forbindelse både til straffeloven 2005 § 53 jf § 28, konkurranseloven § 29 og lov om offentlige anskaffelser § 7b hvor det er veiledende, men ikke uttømmende momenter som er beskrevet. I så fall bør skyldgraden trekkes inn i den alminnelige vurdering og ikke bare relatert til det pønale tillegget eller i en unntaksregel.

Det ”pønale tillegget” etter ny § 10, 1. ledd kan komme opp i meget store beløp. Vi reiser spørsmål om dette har tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30. I Ot prp nr 61 side 76 er det inndragning av fortjeneste som er det sentrale elementet i lovgrunnlaget for overtredelsesgebyr. En strengere strafferettslig/pønalt reaksjon er det hjemmel for i § 31, men da med et strengere skyldkrav – grov uaktsomhet eller forsett.

Delegasjonsbestemmelsen

Etter høringsbrevet pkt 4.1 legges det opp til at Fiskeridirektoratets regionkontorer etter delegasjon fra Fiskeridirektoratet gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr og tvangsmulkt i medhold av forskriften. Fiskeridirektoratet sentralt vil være klageinstans.

Overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 vil fortsatt kunne komme opp i meget høye beløp. Vi mener derfor det ikke er riktig ut fra et forvaltningsmessig rettssikkerhetssynspunkt at både ileggelse og klagebehandling skjer innenfor en forvaltningsinstans. Om ileggelse av forvaltningsgebyr skjer i Fiskeridirektoratet sentralt, vil regionkontorene fortsatt kunne behandle saken og avgi innstilling.

I forvaltningsrettslig teori har det nettopp i relasjon til klageadgangen vært diskutert hva som er overordnet forvaltningsorgan. Vi viser i denne forbindelse til Woxholt ”Forvaltningsloven med kommentarer” side 292 og 374.

Med vennlig hilsen



Kristin Sæther

Fagsjef oppdrett, NSL