



DET KONGELIGE
FISKERI- OG KYSTDEPARTEMENT

Fiskeridirektoratet
Postboks 185 Sentrum
5804 BERGEN

Deres ref

Vår ref
200700101- /CGR

Dato
29. mars 2010

Oppfølging av Sivilombudsmannens uttalelse 18. november 2009 – instruks og bestilling - reaksjonsforskriften § 10

1. INNLEDNING

Sivilombudsmannen (SOM) avga 18. november en uttalelse om overtredelsesgebyr etter forskrift om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven (reaksjonsforskriften) § 10, jf. § 9. Uttalelsen kom på bakgrunn av en klage fra Polarlaks II AS på et overtredelsesgebyr gitt av Fiskeridirektoratet for overtredelse av biomasseregelverket.

SOM uttalte at det er "*begrunnet tvil*" knyttet til om Fiskeridirektoratets ileggelse av overtredelsesgebyret var i tråd med Grl. § 96. I sin vurdering la han særlig vekt på gebyrets størrelse, at domstolenes prøvelsesrett ikke er avklart og at formålet med ileggelsen er at den skal oppfattes som et onde. I lys av dette ba SOM Fiskeridirektoratet vurdere saken på nytt og "*ta stilling til om ileggelsen skjedde i strid med domskravet i Grl. § 96.*"

Om hjemmelsgrunnlaget til reaksjonsforskriften § 10 uttalte SOM: "*Selv om utmålingsregelen i første ledd er standardisert, tas det til en viss grad hensyn til både overtredelsens omfang og den faktiske fortjeneste ved at «det overskredne antall kilo» skal multipliseres med «gjeldende verdi på overtredelsestidspunktet». Hvorvidt dette er tilstrekkelig for å si at bestemmelsen har hjemmel i akvakulturloven § 30, skal jeg ikke gå nærmere inn på nå.*"

Siden det ikke kunne utelukkes at de problemstillinger SOM reiste kunne være aktuelle også for bestemmelsen om overtredelsesgebyr for andre overtredelser

(reaksjonsforskriften § 11), ble saksbehandlingen knyttet til ileggelse av overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften §§ 10 og 11 stilt i bero 20. november 2009 i påvente av Fiskeri- og kystdepartementets vurdering av saken. I den forbindelse viser departementet til brev 26. mars 2010 der direktoratet bes om å gjenoppta saksbehandlingen for overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 11.

2. VURDERING AV REAKSJONSFORSKRIFTEN § 10

2.1 Innledning

SOMs uttalelse reiser to hovedspørsmål som delvis griper inn i hverandre. For det første om reaksjonsforskriften § 10 ligger innenfor hjemmelsgrunnlaget i akvakulturloven § 30, og for det andre om reaksjonsforskriften § 10 er i tråd med Grl. § 96.

Høyesterett har ved flere anledninger lagt til grunn at kravet til lovhjemmel må *"nyanseres blant annet ut fra arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes."*¹ Selv om overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 ikke innebærer noen form for frihetsstraff eller inndragning av rettigheter, har overtredelsesgebyret pønale elementer og kan ramme den enkelte virksomhet betydelig økonomisk. Departementet legger derfor til grunn at domstolene vil kreve at reaksjonsforskriften § 10 har en klar hjemmel.

2.2 Akvakulturloven § 30

Det følger av akvakulturloven § 30 at *"Gebyret skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen"*. Hvilken fortjeneste oppdretter har hatt ved overtredelsen er derfor et sentralt element ved utmålingen av gebyrets størrelse, men vi tilføyer at fortjeneste ikke er en betingelse for å ilegge overtredelsesgebyr. Fiskeri- og kystdepartementet la ved fastsettelsen av utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 til rette for stor grad av forutsigbarhet og til dels likebehandling ved at det langt på vei ble mulig å beregne den økonomiske kostnaden ved overskride regelverket på forhånd, jf, nedenfor om det pønale tillegget i gebyret.

Departementet har gjennom utmålingsreglene, og i tråd med akvakulturlovens forarbeider, sørget for at det ikke skal være lønnsomt for oppdretter å overtre regelverket. Ved utmålingen av gebyret etter reaksjonsforskriften tas det, til tross for at denne er standardisert, hensyn til overtredelsens omfang fordi utmålingen baseres på antall kilo ulovlig produsert fisk. Det tas videre hensyn til fortjenesten ved at gebyret utmåles etter markedsprisen. På den måten vil gebyret være større eller mindre avhengig av om markedsprisene er høye eller lave på det aktuelle tidspunktet overtredelsen finner sted. Ettersom markedsprisen har betydelig innvirkning på

¹ Se eks. Rt. 1995 s. 530 og Rt. 2001 s. 382.

hvilken fortjeneste oppdretter har, er gebyret ment å stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen, jf. akvakulturloven § 30.

Det pønale tillegget vil være marginalkostnadene² ved å produsere den ulovlige fisken. Øvrige kostnader må anses dekket innenfor den lovlige produserte biomassen. Etter departementets syn vil marginalkostnadene ved å produsere ulovlig mye fisk i hovedsak tilsvare fôrkostnadene, da overskridelsen vil skyldes at virksomhetene fører fisken for lenge før slakting. Fôrkostnadene vil variere noe etter art, oppdretters dyktighet og lokale miljøforhold, men kostnadene var i 2007 og 2008 henholdsvis beregnet til gjennomsnittlig 9,07 og 9,76 kroner per kg for laks, ørret og regnbueørret.³ Reaksjonsforskriften § 10 er således delvis en inndragningsbestemmelse som rammer den ulovlige delen av produksjonen.

Forholdet mellom det pønale tillegget og gebyrets størrelse vil som nevnt ovenfor variere, og normalt vil det pønale tillegget utgjøre en betydelig del av gebyrets størrelse. Det fremgår av forarbeidene til akvakulturloven at gebyret skal være større enn fortjenesten, uten at det er nærmere redegjort for hvor mye større gebyret skal være. Det uttrykkes imidlertid ingen grense for hvor stort gebyret maksimalt kan settes til, verken i loven eller i forarbeidene. I Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) om lov om akvakultur heter det at *”Departementet vil understreke at gebyret i hvert fall bør settes så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtre vedtaket”*. Det er etter departementets syn ikke tvilsomt at det kan ilegges overtredelsesgebyr som er relativt høye. Vi nevner at det etter annet regelverk, som konkurranseloven og børsloven, kan utmåles gebyrer som tilsvarer henholdsvis maksimalt 10 % av selskapets omsetning og 2,5 mill. kroner.⁴ Det pønale tillegget etter reaksjonsforskriften § 10 kan imidlertid bli betydelig høyere enn etter disse lovene, og vil eksempelvis passere 2,5 mill kroner ved en overtredelse på ca 256 tonn biomasse.⁵

Sivilombudsmannen skriver at *”Det pønale preget ved overtredelsesgebyret etter akvakulturlovens § 30 kan imidlertid bli meget fremtredende, noe som synes å være tilfellet i denne saken. Det kan ikke være tvilsomt at et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 er et dramatisk høyt beløp som utgjør en betydelig byrde for Polarlaks.”* Departementet bemerker at i den aktuelle saken for Sivilombudsmannen utgjør det pønale tillegget ca 4,1 mill kroner dersom vi legger tallene fra Fiskeridirektoratets lønnsomhetsundersøkelse for 2007 til grunn. Polarlaks har i klagesaken oppgitt en samlet fôrfaktor for sin produksjon som ligger noe over gjennomsnittet, men departementet kan ikke se å ha mottatt noen oversikt over fôrfaktoren for den perioden

² Marginalkostnad (grensekostnad) er ”Merkostnaden ved å øke produksjonen med én enhet. Kan også uttrykkes som tilvekstraten for de samlede kostnader ved endring i produktmengden” (kilde: www.snl.no/grensekostnad/økonomi).

³ Kilde: Fiskeridirektoratet: Økonomiske analyser akvakultur, nr. 1/2009.

⁴ Det er inntatt en særskilt bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr: Overtredelsesgebyr for utstedere av finansielle instrumenter som er tatt opp til handel på regulert marked kan maksimalt utgjøre 10 ganger årlig kursnoteringsavgift for hver overtredelse som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

⁵ Ved bruk av gjennomsnittelig fôrkostnad per kg i 2008.

overtredelsen skjedde. Dersom vi likevel skulle legge de oppgitte tallene til grunn vil det reelle gebyret som er ilagt være større enn 4,1 mill. kroner. Slik forarbeidene er utformet finner departementet det tvilsomt om det var ment at de pønale tilleggene skulle være såpass omfattende, og utgjøre en så stor del av gebyret som det reaksjonsforskriften § 10 legger opp til.

I Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) om lov om akvakultur s. 76 heter det at "*antatt gevinst av det ulovlige forhold må derfor bringes på det rene og tillegges vekt ved fastsettelsen.*" Slik reaksjonsforskriften er utformet i dag foretas det ikke en konkret vurdering av hvilken fortjeneste oppdretteren har hatt i det enkelte tilfelle. Overfor Sivilombudsmannen ble det fra departementets side anført at "det i Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 76 heter: "*Når det gjelder størrelsen på overtredelsesgebyret, ser departementet det som mest hensiktsmessig at det foretas en konkret vurdering av det tilfellet som ligger til avgjørelse*" (vår understreking). Vi kan ikke se at formuleringen "*mest hensiktsmessig*" innskrenker ordlyden i akvakulturloven § 30 på en slik måte at departementet ikke kan benytte standardiserte satser der dette vurderes som *mest hensiktsmessig.*" Fiskeri- og kystdepartementet kan ikke se at det er grunn til å revidere dette synet, men på bakgrunn av forarbeidene bør det foreligge en nærmere begrunnelse for å avvike fra utgangspunktet.

Det kan som nevnt ovenfor utmåles til dels høye overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10, og den faktiske fortjenesten oppdretter har hatt ved overtredelsen er vesentlig for å fastslå i hvilken grad gebyret rammer overtrederen. Standardiserte utmålingsregler tar imidlertid ikke nødvendigvis hensyn til den enkelte oppdretters konkrete forhold. Totale kostnader per kg produsert fisk varierer da også betydelig; fra 11,83 til 25,92 kroner pr. kg.⁶ Selv om innkjøpsprisen på fôr muligens varierer mindre, kan ulike produksjonsforhold påvirke fôrfaktoren så mye at standardiserte satser kan medføre at like overtredelser reelt sett sanksjoneres ulikt. Konsekvensen blir at de virksomhetene som driver mest effektivt, i form av lavest kostnader per produsert kg. fisk, reelt sett får et lavere overtredelsesgebyr enn de som driver mindre effektivt, med høyere kostnader per produsert kg. fisk. Fortjeneste-elementet blir dermed tillagt mindre vekt enn det akvakulturloven § 30 legger opp til.

For flere av virksomhetene som hittil har blitt ilagt gebyr etter reaksjonsforskriften § 10, kan det legges til grunn at gebyrenes reelle størrelse har utgjort en betydelig belastning for virksomhetenes økonomi. Dette forsterker det pønale preget, og gjør at behovet for den domstolsbehandlingen Grl. § 96 skal sikre blir mer utpreget. Departementet presiserer at det vil være anledning til å ilegge høye overtredelsesgebyr, men det stiller blant annet krav til klarhet i hjemmelsgrunnlaget, at ordningen er bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier og at lovgiver har gitt uttrykk for at sanksjonene ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand, se blant annet NOU

⁶ Kilde: Fiskeridirektoratet, Økonomiske analyser akvakultur, nr. 1/2009 s. 39.

2003:15 s. 56-57 og s. 170.⁷ I praksis har domstolene lagt stor vekt på lovgivers karakteristikk av en sanksjon i forhold til Grunnloven. Når hjemmelsgrunnlaget for reaksjonsforskriften § 10 er tvilsomt, og lovgiver heller ikke har tatt direkte stilling til utmålingsregelen, svekker dette grunnlovsmessigheten. Som i Rt. 2002 s. 1298 må denne vurderingen få betydning for tolkningen av om reaksjonsforskriften § 10 har tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30.

2.3 Konklusjon

Fiskeri- og kystdepartementet har etter en helhetsvurdering kommet til at forskrift om reaksjoner § 10 første ledd ikke har tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30.

Departementets vurdering innebærer at bestemmelsen settes til side. Vedtak som er fattet med hjemmel i reaksjonsforskriften § 10 må etter dette oppheves. Fiskeri- og kystdepartementet ber Fiskeridirektoratet fatte de nødvendige vedtak så snart som mulig. I vedtakene bør partene også orienteres om departementets instruks i pkt. 2.4.

2.4 Instruks

Fiskeridirektoratet skal snarest foreta en fornyet vurdering av aktuelle saker etter akvakulturloven § 30. Dersom vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr etter loven er tilstede, kan Fiskeridirektoratet ilegge overtredelsesgebyr med direkte hjemmel i akvakulturloven § 30, jf. Fiskeri- og kystdepartementets delegasjonsvedtak 19. januar 2006. Fiskeridirektoratet bør for øvrig vurdere om de mer alvorlige overtredelsene heller bør anmeldes. Eventuelle nye saker som gjelder biomasseoverskridelser skal også behandles på samme måte inntil ny § 10 i reaksjonsforskriften er vedtatt etter høring, jf. bestilling i pkt. 3.

Direktoratet bør vurdere å delegere ovenstående oppgave til Fiskeridirektoratets regionkontorer, slik at saksbehandlingen kan avsluttes i direktoratet sentralt.

3. BESTILLING

Fiskeri- og kystdepartementet ber Fiskeridirektoratet om å utarbeide forslag til ny bestemmelse om utmåling av overtredelsesgebyr ved overtredelse av biomasseregelverket. Forslaget må ligge innenfor hjemmelsgrunnlaget i akvakulturloven, og bør reflektere NOU 2003:15 *Fra bot til bedring* slik at det skal det legges til grunn en konkret vurdering bl.a. med vekt på graden av skyld, fortjeneste, forvaltningens kostnader ved behandling av saken og overtredelsens omfang.

⁷ Sanksjonslovutvalget skriver blant annet: "Dommen [Rt-2002-1298] berører også forholdet til Grunnloven § 96 og må forstås slik at Grunnloven ikke generelt er til hinder for at forvaltningen kan gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Dette gjelder selv om et slikt gebyr har mye til felles med bøtStraff og selv om det kan være tale om store beløp. Imidlertid stilles det blant annet krav til klarhet i hjemmelsbestemmelsen."

Vi ber om at Fiskeridirektoratets forslag til ny bestemmelse og merknader er Fiskeri- og kystdepartementet i hende senest 25. mai 2010.

Med hilsen

Magnor Nerheim
ekspedisjonssjef

Martin Bryde
avdelingsdirektør