

Sak: 2008/2349

OVERTREDELSESGBYR ETTER AKVAKULTURLOVEN

Saken gjelder gyldigheten av Fiskeridirektoratets vedtak om å ilegge Polarlaks AS et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 som følge av biomasseoverskridelse, jf. akvakulturloven § 30 jf. reaksjonsforskriftens § 9 og § 10.

Jeg har kommet til at det er begrunnet tvil knyttet til om Fiskeridirektoratets ileggelse av overtredelsesgebyret var i tråd med Grl. § 96, og jeg har derfor bedt Fiskeridirektoratet om å vurdere saken på nytt.

Sakens bakgrunn

Fiskeridirektoratet, Region Nordland vedtok 18. januar 2008 å ilegge Polarlaks II AS (heretter Polarlaks) et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 som følge av biomasseoverskridelse på lokalitetene Blåvika og Ytre Kilevågen, jf. lov 17. juni 2005 om akvakultur (akvakulturloven) § 30, jf. forskrift 29. mars 2007 nr. 361 om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven (reaksjonsforskriften) § 9 og § 10, jf. forskrift 22. desember 2004 nr. 1785 om drift av akvakulturanlegg § 42. Polarlaks påklaget vedtaket, som ble stadfestet 8. oktober 2008 av Fiskeridirektoratet, Kyst- og havbruksavdelingen.

På vegne av Polarlaks klaget advokat Nikolai Norman (heretter klageren) ved brev 29. oktober 2008 saken inn for ombudsmannen. Det ble anført at Fiskeridirektoratets vedtak var ugyldig fordi overtredelsesgebyret var å regne som straff etter Grunnlovens § 96. Etter advokatens syn forelå det uansett en krenkelse av EMK, da ileggelsen av overtredelsesgebyret var en «criminal charge», jf. EMK art. 6 nr. 1. Det ble videre bl.a.

anført at Polarlaks verken hadde opptrådt forsettlig eller uaktsomt, samt at vedtaket var ugyldig etter de ulovfestede reglene om vilkårlighet, sterk urimelighet og forskjellsbehandling.

Det ble 18. desember 2008 avholdt et møte på ombudsmannens kontor med klageren v/advokat Norman og Helge Zahl.

Ombudsmannens undersøkelse av saken

Det ble funnet grunn til å undersøke enkelte sider av saken nærmere. I brev 30. januar 2009 ble Fiskeridirektoratet bedt om en kommentar til klagerens anførsel om at vedtaket 8. oktober 2008 var ugyldig på bakgrunn av de ulovfestede reglene om vilkårlighet og sterk urimelighet. Det ble videre stilt spørsmål ved om Fiskeridirektoratet hadde vurdert forholdsmessigheten av det overtredelsesgebyr Polarlaks ble ilagt, og om det i så fall hadde blitt sett hen til de maksimumsbeløp som fremgikk av reaksjonsforskriftens § 10 andre ledd og § 11 første og tredje ledd. Det ble også bedt om en kommentar til anførselen om at vedtaket 8. oktober 2008 var ugyldig på grunn av usaklig forskjellsbehandling, samt en vurdering av om overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriftens § 10 er straff jf. GrL § 96 eller «criminal charge», jf. EMK art. 6 nr. 1.

I brev samme dag ble Fiskeri- og kystdepartementet bedt om en kommentar til Fiskeridirektoratets standpunkt om at den standardiserte utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 hadde hjemmel i akvakulturlovens § 30, herunder en nærmere redegjørelse for om utmålingsregelen harmonerte med ordlyden i lovbestemmelsen om at overtredelsesgebyret «skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen». Departementet ble videre bedt om en nærmere redegjørelse for de vurderinger som lå bak valget om å innføre en standardisert utmålingsregel i reaksjonsforskriftens § 10 første ledd. Det ble stilt spørsmål om det var forsvarlig å anvende en slik utmålingsregel ved beregning av overtredelsesgebyr av den størrelse som i foreliggende sak, samt om hvilke hensyn departementet hadde vurdert effektivitetshensynet opp mot. Departementet ble også bedt om å redegjøre for hvorfor det ikke var angitt et maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 første ledd, og om hvordan Fiskeridirektoratet burde og kunne hensynta det forvaltningsrettslige prinsipp om forholdsmessighet ved anvendelse av bestemmelsen.

Klageren ble ved brev samme dag orientert om at vurderingen av vilkåret om en «forsettlig eller uaktsom» overtredelse, jf. akvakulturloven § 30 første ledd, berodde på bevisvurderinger som var best egnet for en domstolsbehandling.

Fiskeridirektoratet svarte i brev 19. mars 2009 at det i vedtaket 8. oktober 2008 ble vurdert om overtredelsesgebyret skulle beregnes etter reaksjonsforskriften § 10 annet ledd, og at Fiskeridirektoratet «således [hadde] vurdert forholdsmessigheten av illeggelsen av overtredelsesgebyret». Forholdsmessigheten var ifølge Fiskeridirektoratet «dessuten i utgangspunktet ivaretatt ved at det er fortjenesten som utgjør utgangspunktet for utregningen».

I tilknytning til klagerens anførsel om usaklig forskjellsbehandling, skrev Fiskeridirektoratet at «[a]v de klagesakene som har vært til vurdering i Fiskeridirektoratet sentralt, er det ingen av overtredelsesgebyrene som er blitt frafalt». Fiskeridirektoratet foretok deretter en vurdering av om ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 var straff jf. Grl. § 96, og konkluderte med at det ikke var tilfelle. Det ble uttalt at Fiskeridirektoratet aldri hadde bestridt at ileggelse av overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen var å regne som straff i EMKs forstand.

Departementet slo i brev 23. mars 2009 fast at reaksjonsforskriften § 10 hadde hjemmel i akvakulturloven § 30. Departementet skrev videre:

«Departementet har gjennom utmålingsreglene sørget for at det ikke skal være lønnsomt for oppdretter å overtre regelverket. Ved utmålingen av gebyret 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 salgsprisen. På den måten vil gebyret være større eller mindre avhengig av om markedsprisene er høye eller lave på det aktuelle tidspunktet overtredelsen finner sted. Det er markedsprisen som bestemmer hvilken fortjeneste oppdretter har. Gebyret står derfor i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige har hatt ved overtredelsen, jf. akvakulturloven § 30.

Det pønale tillegget vil være de variable kostnadene ved å produsere den ulovlige fisken. De faste kostnadene må anses dekket innenfor den lovlige produserte biomassen, og departementet mener det vil stride mot den alminnelige rettsoppfatningen dersom oppdretter skulle få 'subsidiert' eller dekket hele eller deler av kostnadene ved å bryte regelverket. Reaksjonsforskriften § 10 er derfor i realiteten en inndragningsbestemmelse som rammer den ulovlige delen av produksjonen. [...]

Departementet var ved utarbeidelsen av forskriften klar over at det i et fåtall saker kunne oppstå tilfeller som medfører at utmålingen, slik den fremkommer av § 10 første ledd, ikke ville være en passelig reaksjon. Akvakulturreaksjonsforskriften inneholder derfor en sikkerhetsventil. Etter § 10 andre ledd kan overtredelsesgebyret beregnes på en annen måte dersom det foreligger 'særlige grunner'. [...]

For øvrig bemerkes det at i de få tilfellene hvor gebyrene nærmer seg 10 millioner kroner og hvor myndighetene ikke har funnet å kunne bruke unntaksbestemmelsen i reaksjonsforskriften § 10 andre ledd, skyldes dette at overskridelsene er meget store. I denne konkrete saken vises det til at overskridelsen på 467 362 kg fisk utgjør om lag 60 % av klagers lovlig tillatte biomasse på selskapsnivå - noe som i volum tilsvarer ca 25 standard trailercontainere med fisk.

Fiskeri- og kystdepartementet ser meget alvorlig på brudd på biomasseregelverket. Alternativet til at Fiskeridirektoratet ilegger et overtredelsesgebyr vil være etterforskning og strafferettslig påtale fra politiet. [...] »

Til spørsmålene knyttet til utmålingsregelen, skrev departementet følgende:

«Fiskeri- og kystdepartementet vil først vise til at oppdretters beveggrunner for å overtre regelverket stort sett vil være av økonomisk art, da det kan være store økonomiske incentiver i å produsere mer enn det som er tillatt etter regelverket.

Overtredelse av biomasseregelverket er en ensartet type lovovertrødelse som er lett å kvantifisere, og således egnet til å være gjenstand for en standardisert utmåling. Ved at det er antall kg ulovlig produsert fisk som er avgjørende for det reelle gebyrets størrelse, tas det hensyn til alvorlighetsgraden ved den enkelte overtrødelse.

Ca 95 % av all laksefisk som produseres i Norge eksporteres til utlandet, og Eksportutvalget for fisk utarbeider statistikker over gjennomsnittelige salgspriser for hver art hver måned. Det er denne salgsprisen som legges til grunn av Fiskeridirektoratet. Ved at antallet kg ulovlig produsert fisk multipliseres med salgsprisen tas det hensyn til fortjenesten. Ettersom det kun er de variable kostnadene som utgjør det reelle gebyret, vil også avvikene i gebyrets størrelse pr. kg være små - produksjonskostnadene anses således å være relativt like.

De standardiserte satsene sikrer derfor at alle som overtrer regelverket behandles likt og på en rettferdig måte, samtidig som det er lett å forutberegne sin rettsstilling.

For forvaltningens del innebærer standardiserte satser at ordningen er enkel å praktisere. Dersom man hadde valgt en ordning basert på en helt individuell utmåling, ville det vært langt mer ressurskrevende for forvaltningen og næringsaktørene. Dette uten at det, etter departementets oppfatning, ville bli kompensert med større rettsikkerhet for oppdrettsselskapene. Departementet har i tråd med Sanksjonslovutvalgets innstilling vedtatt merknader, og Fiskeridirektoratet har utferdiget retningslinjer til regionkontorene for å sikre en enhetlig forvaltning.»

Departementet fant på denne bakgrunn at det var «forsvarlig å ilegge Polarlaks II et overtrødelsesgebyr basert på en standardisert utmålingsregel». Det ble også bemerket at andre utmålingsalternativer ville ha medført at det ble gitt kompensasjon for de utgifter oppdretter hadde med å produsere ulovlig fisk. Departementet skrev også at gebyrets størrelse i seg selv ikke var enestående i norsk forvaltningspraksis, og viste til at Tine BA har blitt ilagt et overtrødelsesgebyr på kr 45 millioner kroner og SAS et på kr 20 millioner kroner etter konkurranseloven.

Det fremgikk videre av brevet at departementet under utarbeidelsen av forskriften vurderte om det burde settes et maksimumsbeløp i reaksjonsforskriften, men da det ikke ble gjort «var det fordi det ikke skal lønne seg å overtre miljøbestemmelsene i eller i medhold av akvakulturloven». Et maksimumsbeløp ville slik departementet så det «premiere den som overtrer regelverket mest, og ved store nok overtrødelsler ville det således lønne seg å overtre regelverket». Departementet nevnte at det fremgikk av Fiskeridirektoratets retningslinjer at regionkontorene alltid skal vurdere å anmelde overtrødelsler av biomasseregelverket, dersom overtrødelsen er på 780 tonn eller mer, og at det «for alle

praktiske formål [vil] innebære et maksimumsbeløp for myndighetenes bruk av overtredelsesgebyr».

Departementet skrev avslutningsvis at reaksjonsforskriften § 10, slik den var utformet, ivaretok hensynet til forholdsmessighet, og viste til unntaket i andre ledd. Hensynet til forholdsmessighet var etter departementets mening også ivaretatt ved at utmålingen av gebyret etter første ledd tok utgangspunkt i overtredelsens størrelse og overtreders fortjeneste.

Klageren hadde kommentarer til både brevet fra Fiskeridirektoratet og brevet fra departementet. I brev 3. april 2009 ble det fastholdt at «så vel lovtekstens ordlyd som forarbeidene må forstås som en bekreftelse på at man her krever utredet en reell fortjeneste etter ordinær regnskapsmessig begrepsbruk» og at en «brutto omsetningsverdi gir ikke det vurderingsgrunnlag som lovgiver har stilt krav om». I tilknytning til departementets henvisning til overtredelsesgebyrets pønale formål, ble det påpekt at de variable kostnadene «er helt dominerende i oppdrettsvirksomhet». Det ble videre vist til at overtredelsesgebyret på kr 45 000 000 som Tine BA ble ilagt hadde blitt kjent ugyldig av Oslo tingrett, og at gebyrene som konkurransemyndighetene hadde utferdiget mot Tine BA og SAS for øvrig rettet seg «mot virksomheter som årlig omsetter for milliardbeløp og hvor man i begge tilfelle hadde sannsynliggjort forretningsmessige nettogevinsten i en størrelsesorden som klart overstiger gebyrenes størrelse».

Fiskerimyndighetenes henvisning til inndragning etter deltakerlovens system kunne etter klagerens syn ikke ha relevans for den situasjon som forelå for fiskeoppdretterne etter reaksjonsforskriften § 10, 1.ledd, da «[b]ruttoprinsippet har vesentlig mer for seg ved overtredelse av fangstkvoter hvor de generelle kostnadene vil være helt dominerende i kostnadsbildet». Klageren viste videre til at «prisene som ble oppnådd ligger til dels betydelig under de normerte priser som utgjør beregningsgrunnlaget for Fiskeridirektoratets overtredelsesgebyr».

Klageren uttalte videre at reaksjonen i dette tilfellet var av inngripende karakter, og at det begrensede antall klagesaker direktoratet hadde hatt til behandling «bekrefter at man rent håndhevningsmessig ikke har et behov for standardisert gebyrbehandling i strafferettens grenseland». Det ble også anført at det krenket selvinkrimineringsvernet når data innhentet fra løpende rapportering fra overtrederen ble benyttet som grunnlag for en «criminal charge».

Det ble funnet grunn til å stille ytterligere spørsmål i saken, og i brev 27. april 2009 ble departementet bedt om å vurdere om overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 jf. reaksjonsforskriftens § 10 er straff jf. Grl. § 96. Det ble særlig bedt om en kommentar til betydning av skyldkravet i reaksjonsforskriften § 9 første ledd, i hvilken grad hensynet til effektiv håndhevelse gjør seg gjeldende i disse sakene, reaksjonens omfang, overtredelsesgebyrets formål, og betydningen av at domstolene har begrenset adgang til å prøve gebyrets størrelse samt om det foreligger «særlige grunner» etter reaksjonsforskriften § 10 annet ledd. I brev samme dag til Fiskeridirektoratet, ble det bedt om en kort redegjørelse for hvor mange overtredelsesgebyr Fiskeridirektoratet hadde ilagt etter reaksjonsforskriften § 9 jf. § 10 etter at forskriften trådte i kraft.

Departementet svarte i brev 10. juni 2009 at «akvakulturloven § 30 og reaksjonsforskriften §§ 9 og 10 er bygget opp i samsvar med føringene i NOU 2003:15», og at Sanksjonsutvalget har «konkludert med at Grunnloven § 96 ikke sperrer for ileggelse av overtredelsesgebyr». Det ble vist til Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 75, Ot.prp.nr. 70 (2003-2004) s. 35, Innst.O.nr. 99 (2004-2005) og Besl.O.nr. 113 (2004-2005), og bemerket at lovgiver har konkludert med at overtredelsesgebyr som ligger innenfor rammen av akvakulturloven § 30 ikke er straff i Grunnlovens forstand. Departementet skrev videre at Fiskeridirektoratets regionkontorer til sammen hadde gitt ca 20 overtredelsesgebyr, «men mørketallene kan være betydelige». Etter våren 2008 var det ifølge departementet ikke gitt overtredelsesgebyr for brudd på biomassereglene, og en mulig årsak kunne være «at reaksjonsforskriften har virket preventivt». Det ble uttalt at «[s]elv om hensynet til forenkling ikke gjør seg like sterkt gjeldende i angjeldende type saker som for de typiske masseovertredelsene, mener departementet muligheten til å gi overtredelsesgebyr gir effektivitetsgevinster hos politiet, påtalemyndigheten og domstolene samtidig som saksbehandlingen går raskere».

Departementet skrev at overtredelsesgebyret var ment å ivareta «både individual- og allmennpreventive hensyn». Mens akvakulturloven §§ 27, 28 og 29 etter departementets oppfatning bare hadde til formål å bringe det ulovlige forhold til opphør, ville et overtredelsesgebyr etter § 30 «også ha til formål å hindre fremtidige overtredelser, gjennom sitt pønale preg».

Det ble videre uttalt at begrensningen i domstolenes adgang til å prøve forvaltningens frie skjønn «antagelig [måtte] modifiseres ettersom overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 jf. § 9, etter vår oppfatning, vil bli ansett som straff etter EMK». Departementet kunne «[u]nder enhver omstendighet, [...] ikke se at en noe begrenset prøvelsesadgang i seg selv skulle gjøre at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven blir å anse som straff etter Grunnloven § 96», da ordningen var «saklig begrunnet, bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier og lovgiver har gitt uttrykk for at gebyret ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand».

Departementet kommenterte avslutningsvis klagerens brev 3. april 2009, og skrev at formålet med henvisningen til gebyrene som Tine BA og SAS hadde blitt ilagt var «ikke annen enn å vise at det i norsk forvaltningspraksis blir ilagt høye gebyrer, uten at dette er straff i Grunnlovens § 96 sin forstand». Det ble også bemerket at departementet ikke kunne se at Grl. § 96 hadde blitt påberopt i disse sakene.

Fiskeridirektoratet svarte i brev 15. juni 2009 at «[e]tter det vi kjenner til har regionene fattet ca. 20 vedtak om overtredelse for overskridelse av biomasse».

Klageren hadde ytterligere kommentarer til saken ved brev 3. juli 2009. Det ble presisert at det fra klagerens side ikke hadde vært anført at akvakulturloven § 30 i seg selv var uforenlig med grunnloven. Klageren bemerket videre at det ikke medførte riktighet når departementet anførte at gebyrets størrelse var forankret i virksomhetens gevinst, da fiskerimyndighetene overhodet ikke hadde utredet hvorvidt fortjeneste/gevinst i henhold til akvakulturlovens § 30 kunne påvises. Det ble avslutningsvis påpekt at lovgiver «ikke i

noen sammenheng [har] vært forelagt reaksjonsforskriftens § 10», og at «reaksjonsforskriften er utferdiget av FKD uten å tilfredsstille de krav lovgiver har fastsatt i akvakulturlovens § 30».

Fiskeridirektoratet hadde ytterligere merknader til saken i brev hit 7. september 2009, det samme hadde klageren i brev 15. september 2009.

Mitt syn på de undersøkte sider av saken

I lov om akvakultur (akvakulturloven) 17. juni 2005 nr. 79 § 30 første ledd heter det:

«Den som forsettelig 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 synes i saken ikke bestridt at Polarlaks har overtrådt bestemmelser gitt i medhold av akvakulturloven, jf. forskrift 22. desember 2004 nr. 1785 om drift av akvakulturanlegg § 42. Jeg har ikke undersøkt nærmere om denne overtredelsen var «forsettlig eller uaktsom», jf. akvakulturloven § 30.

Overtredelsesgebyret utmåles etter § 10 i forskrift 29. mars 2007 nr. 361 om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven (reaksjonsforskriften):

«Ved overskridelse av den lovlige biomassen i henhold til forskrift om drift av akvakulturanlegg § 42 eller § 42a, utgjør overtredelsesgebyret det overskredne antall kilo multiplisert med den til enhver tid gjeldende verdi på overtredelsestidspunktet. Verdien fastsettes av Fiskeridirektoratet for en måned av gangen, og skal baseres på brutto salgspris for den aktuelle art.

Overtredelsesgebyret kan beregnes på annen måte dersom det foreligger særlige grunner. Maksimalt overtredelsesgebyr etter annet ledd må ikke overstige folketrygdens grunnbeløp multiplisert med femten.»

Utmålingsregelen i første ledd er standardisert, i den forstand at det ikke er rom for en konkret utmåling av gebyret ved den enkelte overtredelse. Overtredelsesgebyret kan imidlertid beregnes «på annen måte» etter andre ledd, dersom det foreligger særlige grunner. 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.

Jeg skal ta stilling til om Fiskeridirektoratets vedtak om å ilegge Polarlaks et overtredelsesgebyr på kr 9 197 684 etter akvakulturloven § 30 jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10 var i strid med Grunnlovens (Grl.) § 96.

I Grl. § 96 heter det:

«Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom».

Det er domstolskravet i andre del av setningen som i denne saken er det sentrale. Kravet skal sikre at borgerne bare ilegges straff etter rettergang for en domstol, og skal slik sett hindre vilkårlighet fra forvaltningens side og fremme rettssikkerheten.

Spørsmålet blir om overtredelsesgebyret Polarlaks ble ilagt var straff etter Grl. § 96, og at ileggelsen dermed skulle ha vært underlagt domstolsbehandling.

I Rt. 1977.1207 la Høyesterett følgende definisjon av straff til grunn (jf. Andenæs' definisjon i Statsforfatningen i Norge, 4. utgave, 1976, s. 352):

«Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.»

Etter Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 76 har overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 «likhetstrekk med straff, men er ikke å regne som straff og ilegges heller ikke av politi eller domstol», men er «i forhold til straff et enklere og raskere sanksjonsmiddel». Fiskeri- og kystdepartementet konkluderte også i brev hit 10. juni 2009 med at overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen, jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10, ikke er straff i Grunnlovens forstand. Det synes i rettspraksis å ha blitt lagt stor vekt på om den aktuelle sanksjonen fra lovgivers hold er definert som straff eller ikke, se bl.a. Rt. 1973.846. I NOU 2003:15 s. 57 la Sanksjonsutvalget til grunn at det ikke foreligger noen avgjørelser «som endrer den tradisjonelle oppfatningen om at lovgivers karakteristikk av en sanksjon normalt er avgjørende også i forhold til Grunnloven, selv om reaksjonen har et klart pønalt formål, så lenge det ikke er tale om frihetsberøvelse». Sanksjonsutvalget skrev videre at:

«Til tross for dette kan det selvsagt ikke utelukkes at en administrativ sanksjon unntaksvis kan bli bedømt som straff i Grunnlovens forstand. Hensynet ved vurderingen vil være reaksjonens art og omfang, samt hva slags overtredelse den er en reaksjon på. Forholdet til Grunnloven må vurderes for den enkelte sanksjonshjemmel i lovverket og i prinsippet også i forhold til den konkrete sak der en sanksjonshjemmel benyttes.»

Spørsmålet om ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 er straff i Grunnlovens forstand, beror etter dette på en konkret helhetsvurdering. I den vurderingen må det ses hen til overtredelsesgebyrets formål. Etter Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 75-76 er overtredelsesgebyr «en administrativ sanksjon som har et visst pønalt preg ved at den knytter seg til uaktsomme og forsettlige overtredelse ved loven», og som er ment å ivareta «både individual- og allmennpreventive hensyn». Det står videre at mens akvakulturlovens § 27 (pålegg om tiltak), § 28 (tvangsmulkt) og § 29 (iverksetting av tiltak for den ansvarliges regning) har til formål å bringe det ulovlige forhold til opphør, vil et overtredelsesgebyr «også ha til formål å hindre framtidige overtredelser, gjennom sitt pønale preg».

Formålet med å ilegge overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 ser etter dette ikke ut til å skille seg nevneverdig fra straffens formål. Ikke bare skal overtredelsesgebyret oppleves som et onde, det skal også virke preventivt. Selv om sanksjonens pønale formål nok ikke er tilstrekkelig for at det er snakk om straff i Grunnlovens forstand, se bl.a. Rt. 1961.1217, er formålet likevel et sentralt moment i vurderingen, jf. i Rt. 2008.478. Høyesterett kom i sistnevnte dom til at en tvangsmulkt for brudd på fôrstansforskriften ikke var straff i Grunnlovens forstand. Det ble i vurderingen lagt vekt på at «mulkten har ... ikke primært preg av straffesanksjon, men mer av et virkemiddel for å anspore virksomhetene til å overholde kvoten».

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. Det er i reaksjonsforskriften § 10 første ledd ikke bestemt et maksimum for hvor stort overtredelsesgebyret kan bli. Departementet viste i brev 23. mars 2009 til at det også etter andre lover ilegges høye overtredelsesgebyr, som etter lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 29. Til det vil jeg bemerke at det i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er fastsatt et maksimum for gebyrets størrelse. Etter forskriftens § 2 første og andre ledd kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr på inntil henholdsvis 1% og 10% av foretakets omsetning. Jeg viser også, som et eksempel, til forskrift 29. juni 2007 om regulerte markeder (børsforskriften) § 33 der er det fastsatt et maksimumsbeløp på kr 2 500 000 for overtredelsesgebyr etter lov om regulerte markeder (børsloven) § 31.

Selv om det ikke er fastsatt et maksimum for størrelsen på overtredelsesgebyr ilagt etter akvakulturloven § 30, følger det en viss begrensning av reaksjonsforskriften § 10 andre ledd. Det står der at overtredelsesgebyr «kan beregnes på annen måte dersom det foreligger særlige grunner», og at overtredelsesgebyret da ikke må overstige folketrygdens grunnebeløp multiplisert med femten. Departementet viste i brev 10. juni 2009 til denne bestemmelsen som en «sikkerhetsventil», og det fremgår av merknadene til forskriften at bestemmelsen tenkes anvendt i særskilte tilfeller hvor beløpet ellers vil kunne virke uforholdsmessig høyt. Uten å gå inn på spørsmålet om § 10 andre ledd skulle ha kommet til anvendelse i denne saken, vil jeg imidlertid knytte noen generelle merknader til bestemmelsen. Jeg er enig med departementet i at reaksjonsforskriften § 10 annet ledd til en viss grad vil kunne forhindre uforholdsmessige vedtak. Ut fra ordlyden vil imidlertid anvendelsen av dette unntaket være avhengig av forvaltningens skjønn. Det innebærer for det første lite forutberegnelighet for den ansvarlige i forhold til hvor omfattende gebyret kan bli. I tillegg vil det kunne hindre domstolene i å overprøve forvaltningens vurderinger på dette punkt, både i forhold til om det foreligger «særlige grunner» og om «kan-skjønnet» skal benyttes. Departementet la i brev 10. juni 2009 til grunn at utgangspunktet om domstolens begrensede prøvesrett når det gjelder forvaltningens frie skjønn «antagelig [må] modifieres» med tanke på at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 er straff/criminal charge etter EMK (Den europeiske menneskerettskonvensjon). Det ble imidlertid ikke konkludert i forhold til domstolenes adgang til å prøve forvaltningens vurderinger av om unntaksbestemmelsen i reaksjonsforskriften § 10 andre ledd kommer til

anvendelse. En manglende avklaring fra lovgivers side på dette punkt er særlig betenkelig med tanke på at hensynet bak Grl. § 96 er å hindre administrativ vilkårlighet.

Det forhold at utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 første ledd er standardisert, uten å gi rom for konkrete vurderinger, understreker overtredelsesgebyrets pønale preg. Dette gjelder særlig i de sakene der det blir et betydelig misforhold mellom den faktiske fortjenesten den ansvarlige har hatt ved overtredelsen og den antatte fortjenesten det tas hensyn til ved den standardiserte beregningsregelen. Advokat Norman har anført at det er et slikt misforhold i denne saken, uten at det har blitt begrunnet nærmere. At det har vært lovgivers hensikt å fremheve det pønale grepet på denne måten, stiller jeg meg tvilende til. I Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 76 står det at «gebyret i hvert fall bør settes så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtre vedtaket» og at et «overtredelsesgebyr vil i mange tilfelle i realiteten også fungere som en inndragningsbestemmelse». Jeg forstår dette slik at overtredelsesgebyrets størrelse fra lovgivers side i utgangspunktet var ment å forholde seg til den fortjeneste den ansvarlige faktisk hadde ved overtredelsen, jf også ordlyden i akvakulturloven § 30 første ledd om at gebyret «skal stå i forhold til den fortjeneste som den ansvarlige *har hatt* ved overtredelsen» (min kursivering). Det fremgår videre av forarbeidene at det ved utmålingen bør legges vekt på «momenter som overtredelsens omfang og virkning», samt «om det er tale om gjentatte overtredelser», noe som også trekker i retning av at lovgiver så for seg en utmålingsregel med rom for mer individuell vurdering enn det reaksjonsforskriften § 10 første ledd åpner for. Uten å gå nærmere inn på hvordan § 10 burde ha vært utformet, kan det ikke være tvilsomt at en utmålingsregel som hadde åpnet for konkrete vurderinger, herunder av fortjenesten, i større grad ville kunne ha sikret forholdsmessige overtredelsesgebyr, og samtidig redusert overtredelsesgebyrets pønale preg.

Det er ytterligere ett forhold ved den standardiserte utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 første ledd som etter min mening forsterker overtredelsesgebyrets preg av straff. Departementet skrev i brev 23. mars 2009 at det ved utmåling etter denne bestemmelsen ikke gjøres fradrag for de variable kostnadene ved produksjonen, og at dette utgjør «det pønale tillegget». Det ble uttalt at det ville stride mot den alminnelige rettsoppfatningen dersom oppdretter skulle få dekket deler av eller alle kostnadene ved å bryte regelverket. Det er i denne saken ikke redegjort for hvor stor del av overtredelsesgebyret som utgjør dette «pønale tillegget», men slik saken er opplyst, forstår jeg det slik at de variable kostnadene generelt kan være betydelige ved oppdrettsvirksomhet. Når det ved utmålingen av overtredelsesgebyret ikke er rom for å ta hensyn til den faktiske fortjenesten ved overtredelsen, kan et slikt bruttoprinsipp ramme den ansvarlige svært hardt. Til sammenligning skal det for eksempel, slik jeg har forstått det, ved utmåling av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 legges til grunn en netto salgssinntekt, jf. merknadene til § 2 i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

Høyesterett synes i flere saker å ha godkjent at mindre inngripende sanksjoner og bestemmelser om tilleggsbetaling ikke er straff etter Grl. § 96, jf. Rt. 1973.846 og Rt. 1961.1217. Det synes som at hensynet til effektivitet og hensiktsmessige løsninger, samt at det ved tilleggsbetalinger allerede foreligger en betalingsforpliktelse, her har blitt ilagt vekt i vurderingen. Sanksjonsutvalget uttaler i NOU 2003:15 s. 57 at det ikke er

tilstrekkelige holdepunkter for å anta at det bare er bagatellmessige sanksjoner eller sanksjoner på helt spesielle områder som vil gå klar av skrankene i Grl. § 96. Det vises i denne sammenheng til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2002.1298. Høyesterett kom der til at en ilagt tvangsmulkt på kr 600 000 ikke var hjemlet i oppdretsloven § 17. Det ble i vurderingen lagt vekt på at tvangsmulkten ble ilagt etter at det ulovlige forhold var opphørt og at den dermed fikk «karakter av en straffereaksjon». En tvangsmulkt har ikke overtredelsesgebyrets pønale formål, men er et middel for å sikre oppfyllelse av et offentligrettslig pålegg. Jeg har derfor vanskelig for å se at Rt. 2002.1298 kan anvendes som et argument for at overtredelsesgebyr ikke er straff i Grunnlovens forstand, slik Sanksjonsutvalget synes å gjøre i NOU 2003:15 s. 56-57. I en annen dom om tvangsmulkt, inntatt i Rt. 2008.478 synes Høyesterett heller å ha inntatt det motsatte standpunkt, nemlig at forholdet til Grl. § 96 blir ytterligere problematisk dersom sanksjonen er en etterfølgende reaksjon, slik tilfellet er for overtredelsesgebyr. Høyesterett uttaler der at Grl. § 96 har en selvstendig kjerne «for reelle straffesanksjoner som retter seg mot allerede utførte handlinger eller unnlater». Jeg har likevel ikke rettslige innvendinger mot Sanksjonsutvalgets standpunkt på s. 58 om at «også ... større overtredelsesgebyr» kan være forenlig med Grunnloven, forutsatt at ordningen er «saklig begrunnet» og «bygget opp med gode rettsikkerhetsgarantier - herunder klageadgang og adgang til domstolsprøvelse».

Allerede ut fra den betydelige størrelsen på det overtredelsesgebyret Polarlaks er ilagt, og dets pønale formål, stiller jeg meg tvilende til om ileggelsen av overtredelsesgebyret skjedde i tråd med domskravet i Grl. § 96. Det avgjørende blir slik jeg ser det, likevel om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyret etter akvakulturloven § 30 jf. reaksjonsforskriftens § 9 og § 10 var tilstrekkelig saklig begrunnet og om Polarlaks' rettsikkerhet ble godt nok ivaretatt.

Departementet viste i brev 23. mars 2009 til Ot.prp.nr.61 (2004-2005), og påpekte at biomasseregelverket er en viktig del av myndighetenes virkemiddelapparat for å ivareta hensynet til miljøet i akvakulturproduksjon, bevare rene økosystemer og en bærekraftig utvikling av næringen. Jeg ser at ileggelse av overtredelsesgebyr kan være et hensiktsmessig middel for å kunne ivareta disse formålene; som jeg også finner saklige.

Før jeg ser nærmere på hvordan regelverket ivaretar hensynet til rettsikkerheten, må jeg understreke at dette hensynet må vurderes opp mot hensynet til effektivitet. Jeg ser at overtredelsesgebyr generelt sett kan være et hensiktsmessig middel for forvaltningen, og at det ikke er nødvendig å kreve at ethvert overtredelsesgebyr skal ilegges ved dom i første instans. Jeg ser også at en standardisert utmålingsregel er enklere å praktisere og krever mindre ressurser enn en utmålingsregel som krever konkrete og individuelle vurderinger. Slik saken er opplyst her, synes imidlertid behovet for effektivt å kunne ilegge overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 å være langt fra påtrengende. I brev 10. juni 2009 opplyste departementet at Fiskeridirektoratets regionkontorer til sammen har ilagt kun ca 20 overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen. Departementet uttaler da også at hensynet til forenkling «ikke gjør seg like sterkt gjeldende i angjeldende type saker som for de typiske masseovertredelsene».

Slik jeg ser det, kan effektivitetshensynet på denne bakgrunn neppe tillegges særlig, om noe vekt. Det blir da desto viktigere å vurdere i hvilken grad den ansvarliges rettssikkerhet blir ivaretatt ved den ordning som er valgt i akvakulturloven § 30 jf. reaksjonsforskriften § 9 og § 10. Det er særlig domstolenes adgang til å kunne prøve saken som etter min mening vil kunne være avgjørende i forhold til spørsmålet om ileggelsen var i strid med Grl. § 96.

Departementet viste i brev 10. juni 2009 til at et vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 kan påklages og at det er adgang til å prøve saken for domstolene. Det ble også påpekt at overtredelsesgebyr etter denne bestemmelsen er straff/«criminal charge» etter EMK, noe som vil gi den ansvarlige de rettsikkerhetsgarantier som følger av konvensjonens bestemmelser. Jeg har ikke rettslige innvendinger mot dette, og er enig i at det langt på vei vil ivareta Polarlaks' rettssikkerhet.

Det er imidlertid to forhold ved domstolsprøvelsen som svekker rettssikkerheten. For det første er det den ansvarlige som har søksmålsbyrden, uten at det i seg selv kan være avgjørende. For det andre er det lite tilfredsstillende at det synes å være uavklart i hvilken utstrekning domstolene kan overprøve Fiskeridirektoratets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Dersom overtredelsesgebyret hadde blitt ilagt av en domstol i første instans, hadde domstolen kunnet prøve alle sider av saken. Selv om det er hensiktsmessig at forvaltningen kan ilegge overtredelsesgebyr, er det ut fra et rettssikkerhetsperspektiv, samt ut fra hensynet til vern mot forvaltningens vilkårlighet, uheldig når det samtidig fører til begrensninger i domstolenes prøvesesrett. Det er ikke tatt stilling til spørsmålet om prøvesesretten verken i loven eller i forarbeidene. Som nevnt, skrev departementet i brev 10. juni 2009 at utgangspunktet om domstolens begrensede prøvesesrett når det gjelder forvaltningens frie skjønn «antagelig [må] modifiseres». Sanksjonsutvalget har i NOU 2003:15 s. 197 lagt til grunn at hvorvidt en sanksjon skal ilegges vil bero på et fritt skjønn etter opportunitetsprinsippet, og domstolene vil som utgangspunkt ikke kunne overprøve dette spørsmålet med mindre det har foregått myndighetsmisbruk. Til spørsmålet om domstolene kan overprøve selve utmålingen av sanksjonen, skriver Sanksjonsutvalget følgende:

«I tilfeller der beløpets størrelse følger av faste satser fastsatt i forskrift, kan domstolene *ikke overprøve nivået i en enkeltsak*. Det kan for eksempel gjelde parkeringsgebyrer eller forsinkelsesavgift etter ligningsloven. I andre tilfelle, der det dreier seg om et gebyr der forvaltningen har foretatt et individuelt skjønn, er det mer nærliggende at domstolene overprøver nivået. Som i straffesaker der det idømmes bøter, vil domstolene da ha en rolle i å fastsette eller bekrefte et nivå for sanksjonene for overtredelser på det aktuelle feltet.» (Min kursivering)

Utmålingsregelen i reaksjonsforskriften § 10 første ledd er standardisert, og Sanksjonsutvalgets uttalelse underbygger den uklarhet som foreligger knyttet til omfanget av domstolenes prøvesesrett. Når forvaltningen gis adgang til å ilegge et så omfattende overtredelsesgebyr som i denne saken, og formålet med ileggelsen er at den skal oppleves som et onde, finner jeg det problematisk i forhold til Grl. § 96 at domstolens prøvesesrett ikke er avklart. Uten at jeg skal gå nærmere inn på det, vil jeg dessuten tro at en begrenset domstolskontroll i dette tilfellet vil være i strid med EMK art. 6 nr. 1.

På bakgrunn av overtredelsesgebyrets størrelse, dets formål om å virke pønalt og preventivt, samt uklarheten rundt domstolenes prøvelsesrett, 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. Jeg må derfor be Fiskeridirektoratet om å vurdere saken på nytt, i lys av det jeg har fremholdt, og ta stilling til om ileggelsen skjedde i strid med domskravet i Grl. § 96.

Jeg finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til spørsmålet om reaksjonsforskriften § 10 har tilstrekkelig hjemmel i akvakulturloven § 30.

Jeg ber om å bli orientert om Fiskeridirektoratets fornyede vurdering.

Oslo, 18. november 2009

Arne Fliflet