



NORGES HØYESTERETT

Den 10. april 2008 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2008-00646-A, (sak nr. 2007/1422), sivil sak, kjæremål,

Kobbvåglaks AS

Værøy Laksefarm AS

Larssen Seafood AS

(advokat Torbjørn Gjelsvik – til prøve)

mot

Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Elin Holmedal)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Stabel**: Saken gjelder spørsmål om søksmål om gyldigheten av vedtak om tvangsmulkt etter fiskeoppdrettslovgivningen skal avvises fordi klageretten ikke er benyttet, jf. tvistemålsloven § 437 første ledd. Saken reiser særlig spørsmål om søksmålsadgang følger av EMK eller av Grunnloven § 96.
- (2) Fiskeridirektoratet Region Nordland ila 8. desember 2003 Kobbvåglaks AS en tvangsmulkt på 375 000 kroner i medhold av § 8 i den senere opphevede forskrift 29. februar 1996 nr. 223 om produksjonsregulerende tiltak for oppdrett av laks og ørret (fôrvoteforskriften). Tilsvarende tvangsmulkt ble ilagt selskapene Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS med 75 000 kroner hver, ved vedtak henholdsvis 27. mai og 10. juni 2004.
- (3) Med henvisning til tvistemålsloven § 437 første ledd var det fastsatt at søksmål om lovmessigheten av vedtakene ikke kunne reises uten at parten har benyttet adgangen til å klage over avgjørelsen. Vedtakene ble ikke påklaget.
- (4) Den 27. november 2006 tok selskapene ut stevninger mot staten med påstand om at vedtakene var ugyldige. Bakgrunnen var Oslo tingretts dom 18. september 2006 i en sak

anlagt av Firda Sjøfarmer AS om et tilsvarende vedtak, der tingretten kom til at kvoteforskriften § 8 manglet hjemmel i oppdretsloven og at bestemmelsen var problematisk i forhold til Grunnloven.

- (5) Staten påsto søksmålene avvist under henvisning til at selskapene ikke hadde benyttet klageadgangen, slik det var fastsatt i vedtakene. Ved Oslo tingretts kjennelser 19. mars 2007 ble sakene avvist. Kjennelsene hadde slik slutning:

- ”1. Sak nr. 06-175070TVI-OTIR/10 avvises.
2. I saksomkostninger betaler Værøy Laksefarm AS innen 2 – to – uker til Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet kroner 5.000 – femtusen – med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall og til betaling skjer.”

...

- ”1. Sak nr. 06-175024TVI-OTIR/10 avvises.
2. I saksomkostninger betaler Larssen Seafood AS innen 2 – to – uker til Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet kroner 5.000 – femtusen – med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall og til betaling skjer.”

...

- ”1. Sak nr. 06-175029TVI-OTIR/10 avvises.
2. I saksomkostninger betaler Kobbervåglaks AS innen 2 – to – uker til Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet kroner 5.000 – femtusen – med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall og til betaling skjer.”

- (6) Selskapene påkjærte avvisningskjennelsene til Borgarting lagmannsrett, som forente kjæremålsakene til felles behandling, og som ved kjennelse 14. august 2007 stadfestet tingrettens kjennelser. Kjennelsen hadde slik slutning:

”I saken påkjært av Kobbvåglaks AS:

1. Tingrettens kjennelse stadfestes.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Kobbvåglaks AS 2 500 – totusenfemhundre – kroner til Staten ved Fiskeri- og kystdepartementet senest to uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen, med tillegg av renter etter den rentesatsen som gjelder til enhver tid etter lov om renter ved forsinket betaling § 3 første ledd første punktum, fra forfall til beløpet betales.

I saken påkjært av Larssen Seafood AS:

1. Tingrettens kjennelse stadfestes.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Larssen Seafood AS 2 500 – totusenfemhundre – kroner til Staten ved Fiskeri- og kystdepartementet senest to uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen, men tillegg av renter etter den rentesatsen som gjelder til enhver tid etter lov om renter ved forsinket betaling § 3 første ledd første punktum, fra forfall til beløpet betales.

I saken påkjært av Værøy Laksefarm AS:

1. Tingrettens kjennelse stadfestes.

2. **I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Værøy Laksefarm AS 2 500 – totusenfemhundre – kroner til Staten ved Fiskeri- og kystdepartementet senest to uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen, men tillegg av renter etter den rentesatsen som gjelder til enhver tid etter lov om renter ved forsinket betaling § 3 første ledd første punktum, fra forfall til beløpet betales.”**

- (7) Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS har påkjært lagmannsrettens kjennelse på grunn av feil ved lovtolkningen. Høyesteretts kjæremålsutvalg har besluttet at saken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett etter reglene i lov av 25. juni 1926 nr. 2 § 6 annet ledd. Justitiarius har deretter besluttet av partsforhandling skal finne sted etter reglene for ankesaker.
- (8) *Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (9) Selv om det dreier seg om et videre kjæremål, har Høyesterett full kompetanse. Søksmålet er avvist på grunnlag av manglende klage til forvaltningen. Det er dermed lagt til grunn at saken hører under forvaltningen, og at den derfor ikke hører under domstolene, jf. tvistemålsloven § 404 nr. 1. Grunnlovsspørsmål og forholdet til EMK vil uansett måtte behandles fullt ut, jf. Rt. 2007 side 404. En pretensjon om motstrid er her tilstrekkelig.
- (10) Det foreligger ikke noe gyldig vedtak etter tvistemålsloven § 437 første ledd. Vedtakene er fattet på grunnlag av generell instruks uten individuell vurdering i forhold til hvert enkelt selskap. Det er det ikke hjemmel for. En forutsetning for å kunne påby forvaltningsklage er dessuten at klagebehandlingen kunne forventes å ta standpunkt til de innsigelsene selskapene har mot tvangsmulkten. Dette er ikke tilfelle. Klageorganet hadde ikke kompetanse til å behandle de grunnleggende hjemmelsspørsmålene. I alle fall må det bygges på at det ikke ville gått inn på disse. Klage på annet grunnlag, for eksempel at avgiften var beregnet feil, ble ansett som nytteløs, og det kan ikke forlanges at man måtte gjennomføre det for å få adgang til domstolsprøving.
- (11) Forutsetningen for at tvistemålsloven § 437 første ledd kan anvendes, er for øvrig at det foreligger vedtak som kan være gjenstand for klage. Statens anførsel er at tvangsmulkten ikke er ilagt ved enkeltvedtak, men følger direkte av forskriften. I så fall er det ingen klagerett, og bestemmelsen får ikke anvendelse.
- (12) Tvangsmulkten som er ilagt selskapene er reelt sett straff som bare kan ilegges ved dom etter Grunnloven § 96. Adgang til domstolene kan da ikke nektes på grunn av manglende forvaltningsklage. Det samme følger av EMK artikkel 6.
- (13) At tvangsmulkt etter oppdretsloven er straff, vises blant annet ved at mulkten ilegges i ettertid som reaksjon på overtredelser som allerede har skjedd. Det er ikke mulig å innrette seg på forhånd ut fra fastsatte kvoter, vedtakene kommer først på slutten av året, og overføringer fra tidligere år samt forskuttering fra neste års kvote kan variere. Det utøves skjønn i noen grad, blant annet ved at avgiften kan frafalles. Det dreier seg om betydelige og tyngende beløp. Ordningen har stor likhet med den Høyesterett underkjente i Rt. 2002 side 1298 (Polarlaks II).
- (14) Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt;

1. **Sakene fremmes.**
2. **Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS tilkjennes sakens omkostninger for Borgarting lagmannsrett og Norges Høyesterett, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall til betaling skjer.**

Subsidiært;

3. **Lagmannsrettens kjennelse oppheves, og sakene hjemvises til fortsatt behandling ved lagmannsretten.**
4. **Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS tilkjennes sakens omkostninger for Borgarting lagmannsrett og Norges Høyesterett, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall til betaling skjer.”**

- (15) *Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (16) Det dreier seg om et ordinært videre kjæremål der Høyesteretts kompetanse er begrenset etter tvistemålsloven § 404 første ledd nr. 3. At søksmålet er avvist på grunn av manglende bruk av klageadgang fører etter praksis ikke forholdet inn under samme bestemmelses nr. 1. Det erkjennes at det etter omstendighetene må gjøres unntak ved prøving av menneskeretts- og grunnlovsbrudd, men det er betenkelig å la en ren pretensjon om slike brudd føre til utvidelse av søksmålsadgangen.
- (17) Tvistemålsloven § 437 første ledd må anvendes uavhengig av hva søksmålet gjelder. Det er full adgang til å gi generell instruks om anvendelse av bestemmelsen, og vedtakene om bruk av den er gyldige. Hjemmelen for klagerett er forvaltningsloven § 2 tredje ledd. Forvaltningen ville ved klagebehandling hatt full kompetanse til å prøve alle sider av saken, også forholdet til Grunnloven og EMK. Kravet om å uttømme klageretten gjelder for øvrig uten hensyn til klageorganets kompetanse.
- (18) Tvangsmulkt etter førkvoteforskriften er ikke straff i Grunnlovens forstand. Det er fast praksis at sanksjoner av denne karakter kan ilegges administrativt med adgang til etterfølgende domstolsprøving. Forhåndsfastsatt tvangsmulkt aksepteres. Mulkten påløper allerede i og med overskridelsen av kvoten, og det skjer ingen etterfølgende, individuell vurdering. Forholdet skiller seg vesentlig fra hvordan den tidligere førstansforskriften ble praktisert. De elementer som førte til at Høyesterett underkjente denne i Rt. 2002 side 1298, forekommer ikke. Formålet er preventivt, ikke å straffe.
- (19) Det følger ingen absolutt rett til domstolsprøving av EMK artikkel 6 nr. 1. Adgangen kan undergis rimelige begrensninger. Et krav om forutgående bruk av klageadgang er ikke uproporsjonalt. En ren pretensjon om brudd på artikkel 6 er uansett ikke tilstrekkelig til at saken må fremmes. Det må være et visst hold i påstanden, noe som ikke er tilfelle her.
- (20) *Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet* har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Kjæremålet forkastes.**
 2. **Staten v/Fiskeri- og kystdepartementet tilkjennes omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av rente etter lov om rente ved forsinket betaling fra forfall og til betaling skjer.”**

- (21) *Jeg er kommet til at kjæremålet ikke kan føre frem.*
- (22) Det dreier seg om et videre kjæremål. Høyesteretts kjæremålsutvalgs, og dermed Høyesteretts, kompetanse reguleres derfor av bestemmelsene i tvistemålsloven § 404 første ledd. Selskapene har gjort gjeldende at bestemmelsens nr. 1 om avgjørelser som avviser en sak "fordi saken ikke hører under domstolene" kommer til anvendelse, og at det dermed ikke gjelder noen kompetansebegrensninger. Jeg er ikke enig i det. Saken er avvist fordi søksmålsvilkåret fastsatt i medhold av tvistemålsloven § 437 første ledd, ikke er oppfylt. Dette vilkåret må etter mitt syn likestilles med en søksmålsfrist, der bestemmelsen i nr. 1 etter fast praksis ikke får anvendelse, jf. eksempelvis Rt. 2006 side 1265.
- (23) Jeg viser også til at Høyesteretts kjæremålsutvalg i en kjennelse 18. juni 2007 i sak HR-2007-1089-U, har lagt til grunn at det samme gjelder i forhold til søksmålsvilkåret i tvistemålsloven § 437 første ledd. I kjennelsen, som ble avgjort etter tvistemålsloven § 403 a, hadde utvalget følgende tilføyelse:

"--- Det som ellers er påberopt i kjæremålet, kan ikke prøves av utvalget, jf. tvistemålsloven § 404 første ledd, idet lagmannsrettens avvisning var begrunnet i tvistemålsloven § 437 første ledd, og dermed verken i at saken ikke hører inn under domstolene eller i at den allerede er rettskraftig avgjort. Kjæremålet blir derfor å forkaste i medhold av tvistemålsloven § 403 a."

- (24) Høyesterett vil derfor som et utgangspunkt bare kunne prøve lagmannsrettens generelle lovforståelse, jf. tvistemålsloven § 404 første ledd nr. 3. Lagmannsrettens saksbehandling, som kan prøves etter samme bestemmelse nr. 2, er ikke angrepet.
- (25) I Rt. 2007 side 404 har Høyesterett imidlertid lagt til grunn at begrensningen i tvistemålsloven § 404 første nr. 3 ikke kan anvendes fullt ut i saker som gjelder anvendelsen av EMK og prøving av lovers grunnlovsmessighet. Den konkrete anvendelsen av disse bestemmelsene må kunne prøves i slike saker, jf. avsnitt 40. Det følger av avsnitt 59 i samme avgjørelse at bevisbedømmelsen ikke kan prøves. Jeg legger dette til grunn. I den grad det som er påberopt om Grunnloven § 96 og EMKs bestemmelser blir avgjørende for saken, vil Høyesterett derfor måtte prøve også den konkrete lovanvendelsen. Dette kommer jeg tilbake til.
- (26) Før jeg går over til å se på de ulike spørsmål saken reiser, skal jeg si litt om systemet med førkvoter i oppdrettsnæringen. Dette er det grundig redegjort for i Rt. 2002 side 1298 på side 1298 til 1299. Det fremgår her at oppdrettsnæringen siden 1989 hadde hatt store problemer med overproduksjon av laks og derav følgende lave priser. Både EU og USA, der de store markedene er, hadde truet med og til dels satt i verk tiltak, og ulike reguleringsmåter hadde vært forsøkt i samarbeid mellom myndighetene og næringen. Det ble holdt et møte den 1. desember 1995, der næringen anmodet departementet om snarest mulig å innføre føringsstans i en periode, og førkvoter i 1996. Om dette het det i dommen:

"Den 4. desember 1995 fastsatte Fiskeridepartementet forskrift om stans i føring av matfisk av laks (førstansforskriften). Hjemmelen for forskriften er angitt å være lov av 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. (fiskeoppdrettsloven) § 13, jf. § 1, § 10 og kap. IV. Etter forskriftens § 2 var formålet å regulere produksjonen for å bidra

til en balansert utvikling i oppdrettsnæringen og til å fremme en lønnsom og livskraftig distriktsnæring, jf. oppdrettslovens § 1.

Etter forskriftens § 3 var det i perioden 5. desember 1995 til og med 15. januar 1996 forbudt å fôre matfisk av laks som pr. 5. desember eller senere har en levende vekt på 2 kg eller mer. Før forbudet ble vedtatt, var det fra faglig hold innhentet råd som gikk ut på at fisken ikke ville ta skade av en fôringsstans av denne karakter. Ved overtredelse av forbudet fastsatte § 4 at den ansvarlige skulle ilegges tvangsmulkt, at tvangsmulkten forfalt for hver overtredelse, og at størrelsen på mulkten var 600 000 kroner for hver overtredelse i hver tillatelse. Overtredelse kunne dessuten medføre tilbakekalling av konsesjon og straff. Forbudet trådte i kraft fra og med 5. desember 1995.

I tråd med næringens anmodning på møtet 1. desember 1995 ble det midlertidige fôringsforbudet fulgt opp med en ordning med fôrkvoter, jf. forskrift om produksjonsregulerende tiltak for oppdrett av laks og ørret av 29. februar 1996. Forskriften har samme formål og hjemmel som fôringsforbudet. Fôrkvoteforskriften gjelder fortsatt.”

- (27) Fôrkvoteforskriften av 29. februar 1996, som nå er opphevet, ble gitt med hjemmel i lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr mv. (oppdrettsloven), som også er opphevet. Forskriften § 5 bestemte at det skulle settes en kvote for bruk av fôr ved produksjon av matfisk og stamfisk av laks. Kvoten ble beregnet ut fra det volum det enkelte anlegg hadde konsesjon for etter oppdrettsloven §§ 3 og 4 første ledd. Anlegg som også produserte ørret, som kvoten ikke gjaldt for, måtte dokumentere hvor stor del av produksjonsvolumet dette i tilfelle utgjorde.
- (28) Kvoten ble fastsatt for ett år ad gangen. For 2002 var den på 70 tonn tørrfôr eller 49 tonn fôrmel per 1 000 kubikkmeter konsesjonsvolum, noe høyere for 2003. Forskriften innebar at det ikke var tillatt å bruke mer enn disse kvanta fôr.
- (29) Etter forskriften § 7 skulle konsesjonshaver månedlig innrapportere til fiskerimyndighetene de nødvendige opplysninger for kontroll med at de fastsatte begrensningene ble overholdt. Revisorbekreftet fôrregnskap skulle legges frem innen 30. april hvert år.
- (30) Bestemmelsene om tvangsmulkt sto i § 8, der første og annet ledd lød:
- ”Ved overtredelse av bestemmelsene i §5, §6 og §7 ilegges den ansvarlige tvangsmulkt av fiskerimyndighetene, jf. forskrift av 12. juli 1989 nr. 551 om tvangsmidler etter kap. IV i lov om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.**
- Ved overtredelse av §5 forfaller tvangsmulkten for hver overtredelse. Tvangsmulktens størrelse er kr 75.000 pr påbegynt 10 tonn brukt tørrfôr eller påbegynt 7 tonn brukt fôrmel over fôrkvoten. Ved ulovlig bruk av fôrvare uten tilsetning av fôrmel, er tvangsmulktens størrelse kr 30.000 pr. påbegynt 10 tonn brukt fôrvare hvis ikke annet er nærmere fastsatt.”**
- (31) Overtredelse av bestemmelsene kunne også medføre tilbaketrekking av tillatelse og straff, jf. forskriften §§ 9 og 10.
- (32) Bestemmelsen i § 8 hadde hjemmel i oppdrettsloven § 22, der det i annet ledd var bestemt at tvangsmulkten også kunne fastsettes på forhånd, og slik at mulkten løp fra en eventuell overtredelse tok til. Systemet var at selskapet ved årets begynnelse var kjent med tildelt kvote. Formell tildeling skjedde noe senere på året. Fastsetting av eventuell tvangsmulkt skjedde formelt etter endelig avregning på grunnlag av innsendt og revidert regnskap året

etter. Tidspunktet kunne variere etter når regnskapene var ferdig revidert. For Kobbvåglaks AS, der tvangsmulkten gjaldt året 2002, ble vedtaket truffet i desember 2003. For Værøy Laksefarm AS og Larsen Seafood AS, der tvangsmulkten gjaldt året 2003, ble vedtak truffet i henholdsvis mai og juni 2004. Før vedtak ble truffet, ble det gitt foreløpig varsel, der selskapene ble gitt anledning til å uttale seg.

- (33) I forhåndsvarselet til Kobbvåglaks AS, datert 12. november 2003, het det, etter at direktoratet hadde vist til sin gjennomgang av det revisorbekreftede regnskapet med vedlegg, at det synes som det hadde funnet sted en overskridelse av førkvotens størrelse for 2002. Man minnet om at det følger av førkvoteforskriften § 8 at det påløper tvangsmulkt ved slik overskridelse. Videre het det:

”Denne tvangsmulkten oppstår straks overtredelse av førkvoteforskriftens § 5 eller 6 finner sted, og utgjør kr 75 000,- pr påbegynt 10 tonn tørrfôr eller pr. påbegynt 7 tonn fôrmel over førkvoten. Ved ulovlig bruk av fôrvarer uten tilsetning av fôrmel, er tvangsmulktens størrelse kr 30 000,- pr påbegynt 10 tonn fôrvarer. Dette framgår av førkvoteforskriftens § 8 annet og tredje ledd.”

- (34) Tilsvarende brev ble sendt til de to andre selskapene.

- (35) Vedtaket for Kobbvåglaks AS, datert 8. desember 2003, konkluderte slik:

”Fiskeridirektoratet region Nordland konstaterer at det er brukt 47,35 tonn mer fôr enn tildelt førkvote. Etter forskrift av 29. februar 1996 om produksjonsregulerende tiltak for oppdrett av laks og ørret § 8 er det derved påløpt tvangsmulkt pålydende kr 375 000,-.”

- (36) Samme formulering ble brukt overfor de to andre selskapene, med andre tall for overskredet volum og påløpt tvangsmulkt. Det ble opplyst om at vedtakene kunne påklages i henhold til vedlagt orientering. En eventuell klage medførte ikke utsatt frist for innbetaling av tvangsmulkten, men det ble opplyst om adgang til å søke om utsatt frist inntil klagesaken var avgjort. Avslutningsvis het det i alle tre brevene:

”I medhold av tvistemålslovens § 437 settes det som vilkår for å reise søksmål etter samme lovs § 435 at klageadgangen er benyttet.”

- (37) Den klageadgangen det er henvisning til, følger av forvaltningsloven § 28 første ledd som gir klagerett over enkeltvedtak. Det fremgår av det jeg har sagt tidligere om hjemmelsgrunnlaget for tvangsmulkten, at den ilegges direkte ved forskriften og forfaller fortløpende. Vedtaket er nødvendig for innkreving av tvangsmulkten. At dette er et forvaltningsvedtak på linje med enkeltvedtak, følger av forvaltningsloven § 2 tredje ledd. Det er dette vedtaket som kan påklages, og der klage er stilt som vilkår for søksmål.

- (38) Lagmannsretten har, som tingretten, lagt til grunn at årsaken til at vedtakene ikke ble påklaget, var at selskapene hadde lest vedtakene unøyaktig, og oppfattet det slik at det i stedet for vilkår om forutgående klage, var satt en frist for å reise søksmål etter tvistemålsloven § 437 annet ledd. For Høyesterett er det gitt en annen forklaring, nemlig at man anså klage nytteløst. Uansett synes det klart at det først var etter Oslo tingretts dom 18. september 2006 i søksmålet fra Firda Sjøfarmer AS, at selskapene innså at behovet for overprøving oppsto. Det er ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på dette.

- (39) Jeg nøyer meg med å konstatere at vedtakene ikke ble påklaget innen klagefristen, som var tre uker, jf. forvaltningsloven § 29. Fristen for å søke oppreisning er ett år fra vedtaket ble truffet, jf. forvaltningsloven § 31. Det ble ikke søkt om oppreisning innen fristen. Spørsmålet er da om søksmål er avskåret etter tvistemålsloven § 437 første ledd.
- (40) Det klare utgangspunkt er at når vilkår er satt av forvaltningen i medhold av denne bestemmelsen, utgjør dette en absolutt og bindende prosessforutsetning. Selskapene har, som ny anførsel for Høyesterett, gjort gjeldende at det ikke foreligger noe gyldig pålegg i disse sakene. Dette kan åpenbart ikke føre frem. Det beror på et hensiktsmessighetskjønn fra forvaltningens side om slike vilkår skal settes. Det er heller ikke noe i veien for at vilkåret er satt etter generell instruks på området, uten individuell vurdering i den enkelte sak, slik det er opplyst å ha vært tilfelle i saken. Dette er uttrykkelig uttalt på side 61 i Ot.prp. nr. 27 (1968–69), i forbindelse med en revisjon av § 437.
- (41) Jeg tilføyer at jeg heller ikke kan se at det generelt innebærer noe urimelig hinder for domstolsprøving at slike vilkår settes. Etter første ledd siste punktum kan søksmål likevel reises når klageinstansens avgjørelse ikke foreligger etter seks måneder, uten at dette kan bebreides klageren. Jeg nevner også at bestemmelsen i § 437 første ledd, etter at tvistemålsloven nå er erstattet av tvisteloven, er videreført som ny § 27b i forvaltningsloven. I forarbeidene til denne bestemmelsen er det gitt uttrykk for at det gjennomgående er ønskelig at klageretten er uttømt før det blir reist søksmål, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 344.
- (42) Selskapene kan heller ikke høres med at klageorganet – i dette tilfellet Fiskeridirektoratet sentralt – ikke ville ha kompetanse til å prøve innsigelser av den type de nå tar opp i søksmålet. Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageorganet prøve alle sider av saken. De synspunkter klageren kommer med, skal vurderes, men det er også adgang for organet til å ta opp forhold av eget tiltak. Nye omstendigheter kan hensyntas. Også anførsler om grunnlovsstrid og forholdet til EMK vil måtte vurderes. Det fremgår av selskapenes nye fremstilling for Høyesterett at slike spørsmål ikke fremsto som aktuelle på det mulige klagetidspunktet. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende, heller ikke at en klage for øvrig – på grunn av tvangsmulktens sterkt forskriftsbundne karakter – hadde liten mulighet til å nå frem.
- (43) Min konklusjon så langt er at lagmannsretten har bygget på en riktig lovforståelse når den har lagt til grunn at manglende oppfølging av vilkår om bruk av klageadgang etter tvistemålsloven § 437 første ledd, er et absolutt søksmålshinder som må medføre avvisning. Spørsmålet er om de anførsler som er fremsatt om brudd på EMK og Grunnloven § 96, må føre til et annet resultat.
- (44) Det som er anført, er at vilkåret etter tvistemålsloven § 437 er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 om rett til domstolsbehandling, og at det ikke er forenlig med Grunnloven § 96 å sette et slikt vilkår fordi tvangsmulkten er å anse som straff etter denne bestemmelsen. En ren pretensjon om dette kan åpenbart ikke i seg selv føre til at søksmålene må fremmes. Det ville åpnet for omgåelser og undergrave formålet med å sette forvaltningsklage som vilkår for søksmål. Domstolene må ta stilling til holdbarheten av anførselene, og bare hvis det foreligger en krenkelse som nevnt vil realiteten kunne prøves. En annen sak er at for anførselen om grunnlovsstrid ville det, dersom den skulle være holdbar, samtidig være klart at søksmålet ville føre frem i realiteten.

- (45) Jeg vil derfor foreta en slik vurdering, og minner om at jeg her legger til grunn at Høyesterett har full kompetanse til å prøve lagmannsrettens lovanvendelse. Jeg starter med forholdet til EMK.
- (46) Anførselen er at EMK artikkel 6 nr. 1 om rett til domstolsbehandling, selv om den ikke generelt er til hinder for søksmålsbetingelser av den type vår sak gjelder, krever en konkret vurdering av betingelsens forholdsmessighet i hver enkelt sak. Det er særlig vist til EMDs dom i saken *Ashingdane mot Storbritannia* av 28. mai 1985. Jeg kan ikke se at denne avgjørelsen leder til en slik konklusjon. I premiss 55 viser domstolen til tidligere avgjørelser der rett til tilgang til domstol sies å tilkomme den som ”considers on arguable grounds that an interference with the exercise of his (civil) rights is unlawful and complains that he has not had the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of Article 6 para.1”. Deretter heter det, i premiss 57:

”Certainly, the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access ‘by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals’ (see the above-mentioned *Golder* judgment, p. 19, para. 38, quoting the ‘Belgian Linguistic’ judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 32, para. 5). In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation. Whilst the final decision as to observance of the Convention’s requirements rests with the Court, it is no part of the Court’s function to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this field (see, *mutatis mutandis*, the *Klass and Others* judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, p. 23, para. 49).

Nonetheless, the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (see the above-mentioned *Golder* and ‘Belgian Linguistic’ judgments, *ibid.*, and also the above-mentioned *Winterwerp* judgment, Series A no. 33, pp. 24 and 29, paras. 60 and 75). Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.”

- (47) Retten er med andre ord ikke absolutt, nasjonalstatene kan regulere adgangen på ulike måter og ut fra ulike behov, og statene har her en viss ”margin of appreciation” som EMD ikke vil overprøve. Bare der ”the very essence” av retten berøres, eller der restriksjonen ikke forfølger et legitimt formål eller ikke står i rimelig forhold til det som ønske oppnådd, oppstår spørsmål om konvensjonsbrudd.
- (48) Etter mitt syn er denne grensen langt fra overtrådt i vår sak. Partene var informert om vilkåret og om klageadgangen, som er lettvinnt, og gratis. Retten til domstolsbehandling ble ikke avskåret, bare utsatt, og ikke lenger enn i maksimum seks måneder. Klagefristen på tre uker er ikke spesielt kort, de små kravene som stilles til en forvaltningsklage tatt i betraktning, og det var adgang til oppreisning for oversittelse av klagefristen i inntil ett år. Ordningen forfølger åpenbart et legitimt formål, nemlig å gi forvaltningen adgang til selv å rette eventuelle feil, og å sikre kvalitet og likebehandling.
- (49) Ved den konkrete avveiningen legger jeg også vekt på at klageadgangen i vår sak ikke engang er forsøkt utnyttet, med den følge at konsekvensene av restriksjonen for partene fremstår som rent hypotetiske. Om betydningen av hypotetiske konvensjonsbrudd viser jeg til EMDs uttalelse i premiss 62 i dom 5. mai 1995 i saken *Air Canada mot Storbritannia*:

”Furthermore, it was also open to Air Canada to bring judicial review proceedings contesting the decision of the Commissioners to require payment as a condition for the return of the aircraft. As noted above (see paragraph 44 above), had such proceedings been brought, Air Canada could have sought to contest the factual grounds on which the exercise of discretion by the Commissioners was based. However, for whatever reason, such proceedings were not in fact instituted. Against this background, the Court does not consider it appropriate to examine in the abstract whether the scope of judicial review, as applied by the English courts, would be capable of satisfying Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention.”

- (50) Selskapene har også vist til EMK artikkel 7 om lovskravet ved straff, sammenholdt med artikkel 13. Ut fra det jeg har sagt når det gjelder artikkel 6 nr. 1, kan jeg vanskelig se at dette kan føre frem. Brudd på artikkel 7 ligger i kjerneområdet av hva som skal behandles av en uavhengig domstol etter artikkel 6 nr. 1, men gir ingen videre domstolsadgang enn hva som ville følge av denne bestemmelsen. Kravet om forutgående klagebehandling hindrer ikke prøving av hjemmelsspørsmålet. Og som jeg tidligere har vist, ville også klageorganet ha måttet prøve anførselen om at tvangsmulkten ikke hadde tilstrekkelig lovhjemmel.
- (51) Jeg skal avslutningsvis se på spørsmålet om det vil være i strid med Grunnloven § 96 – kravet om at ingen kan straffes uten etter dom – å avvise søksmålet. Jeg minner om at Høyesterett også her har full kompetanse med hensyn til lovanvendelsen. At tyngende administrative sanksjoner – også med straffekarakter – må kunne prøves for domstolene – er opplagt. I slike tilfeller er en etterfølgende domstolsprøving – oftest i sivilprosessens former – tilstrekkelig. Bestemmelsen har imidlertid en selvstendig kjerne for reelle straffereaksjoner som retter seg mot allerede utførte handlinger eller unnlatelser, og som bare kan ilegges av en domstol. Er man innenfor denne kjernen, er etterfølgende domstolsprøving etter søksmål fra den berørte borgeren ikke tilstrekkelig. Det vil derfor enn mindre være adgang til å knytte restriksjoner til domstolsadgangen, heller ikke slike som følger av tvistemålsloven § 437 første ledd.
- (52) Hvor grensen går, er drøftet i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, der det på side 55–56 blant annet er gjengitt en høringsuttalelse fra Justisdepartementet til et forslag om å innføre overtredelsesgebyr ved overtredelser av kringkastingsloven. Departementet viser til at det tidligere, med utgangspunkt i betenkn timer fra blant andre professor Johs. Andenæs, har vært lagt til grunn at EFs sanksjonsordning på konkurranserettens område, som er blitt en del av norsk rett gjennom tilslutning til EØS-avtalen, tilfredsstiller kravet. Videre heter det:
- ”Når man skal vurdere grunnlovsmessigheten av internrettslige gebyrordninger, vil derfor slike forhold som gebyrets størrelse, både pr. overtredelse og samlet sum i ett vedtak, og hvor eksakt regelverket er, kunne ha betydning for om det vil være forenlig med Grunnloven å overlate til den som er ilagt gebyr, å bringe saken inn for domstolene.”**
- (53) I praksis har lovgiver langt på vei lagt til grunn at slike ordninger går klar av Grunnloven, også tvangsmulkt.
- (54) Ved den konkrete vurderingen vil det være av avgjørende betydning om tvangsmulkten er fastsatt på forhånd, eller om den først ilegges i ettertid som en sanksjon mot en utført handling. Det vil også ha betydning om mulkten påløper automatisk, uten individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle.

- (55) Når det gjelder tvangsmulkten i vår sak, følger det av det jeg har sagt innledningsvis der jeg beskrev ordningen, at den er fastsatt direkte i forskrift. Dette er uttrykkelig hjemlet i oppdretsloven § 22 annet ledd annet punktum. At et gebyr ilegges automatisk i kraft av loven – og ikke ved et konkret vedtak – er ikke avgjørende for om det skal betraktes som straff, jf. Rt. 2005 side 1269 avsnitt 23.
- (56) Når mulkten påløper automatisk i kraft av forskriften, betyr det at den påløper og forfaller straks den tildelte fôrkvoten er oppbrukt og det ikke lenger er lovlig å fortsette fôringen. Oppdretterne vil selv være klar over dette, eller har i det minste mulighet til å planlegge sitt forbruk slik at mulkten ikke påløper.
- (57) Jeg nevner her at saken i så måte ligger annerledes an enn hva som var tilfelle i Rt. 2002 side 1298. Denne saken gjaldt den tidligere fôrstansforskriften, der Høyesterett kom til at mye talte for at tvangsmulkten som var hjemlet der, var ilagt etter at det ulovlige forhold var opphørt, og dermed fikk karakter av straff etter Grunnloven. Høyesterett viste til at vedtaket ble bindende først i ettertid, noe som ble understreket av at ikke alle overtredelser resulterte i tvangsmulkt, og at myndighetene hadde praktisert en temmelig fri skjønnsvurdering også med hensyn til mulktenes størrelse. Jeg viser til førstvoterendes betraktninger på side 1307 til 1308.
- (58) Fôrkvoteforskriften skiller seg fra fôrstansforskriften slik den tidligere ble praktisert, ved at den sistnevnte ble ilagt som en engangsavgift i ettertid, og at det ble utøvd en betydelig grad av diskresjonært skjønn. Forbudet i fôrstansforskriften § 3 rettet seg mot å fôre fisk med levende vekt på to kilo eller mer i perioden desember til januar.
- (59) Etter fôrkvoteforskriften ble det gitt en fast kvote for hvert år, og tvangsmulkten forfalt straks kvoten var oppbrukt, beregnet med kr 75 000 per påbegynt 10 tonn tørrfôr eller 7 tonn fôrmel over kvoten, jf. forskriften § 8 annet ledd. Mulkten økte deretter ved hver ny overskridelse av disse grensene. Mulkten var altså ikke fastsatt til et bestemt beløp for overskridelse av kvoten, men økte på denne måten så lenge overføringen fortsatte. Det var i prinsippet ikke adgang til å gjøre unntak ut fra subjektive forhold.
- (60) 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 fôrkvotebestemmelsene ikke er straff i Grunnlovens forstand. Jeg tilføyer at mitt syn på dette spørsmålet langt på vei sammenfaller med det Borgarting lagmannsrett har gitt uttrykk for i sin ikke rettskraftige dom 21. januar 2008 i saken vedrørende Firda Sjøfarmer AS, der lagmannsretten altså kom til et annet resultat enn tingretten.
- (61) Det er derfor heller ikke på dette grunnlag aktuelt å tillate saken fremmet for domstolene uanhengig av det vilkåret som er satt etter tvistemålsloven § 437 første ledd. Kjæremålet blir dermed å forkaste.
- (62) Staten har krevd seg tilkjent saksomkostninger, og jeg mener at dette, som for de tidligere instanser, bør tilkjennes. Omkostningsoppgaven for Høyesterett utgjør kr 52 800, hvorav kr 15 000 er omkostninger. Oppgaven legges til grunn.

(63) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Kjæremålet forkastes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS en for alle og alle for en til staten v/Fiskeri- og kystdepartementet 52 800 – femtitotusenåttehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

(64) Dommer **Gussgard:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(65) Dommer **Bruzelius:** Likeså.

(66) Dommer **Endresen:** Likeså.

(67) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(68) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Kjæremålet forkastes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Kobbvåglaks AS, Værøy Laksefarm AS og Larssen Seafood AS en for alle og alle for en til staten v/Fiskeri- og kystdepartementet 52 800 – femtitotusenåttehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

Riktig utskrift bekreftes: