

«Just let sleeping dogs lie?» – Om forskjellsbehandlingen i kystfartøygruppen og Grunnloven § 98

Av Svein Kristian Arntzen

Drøftingen tar utgangspunkt i at fiskerisystemet for kystfartøygruppen forskjellsbehandler fiskerne ut fra eierskap til enkeltfartøy i lukkede grupper. Dette innebærer at den som ønsker å drive ervervsmessig fiske i de lukkede fiskerier, i de fleste tilfeller er henvist til å erverve fartøy med kvotefaktorer. Dermed betaler vedkommende vederlag for retten til høsting av en ressurs som er tildelt gratis, og som ligger til fellesskapet. I denne artikkel hevdes at reelle vurderinger av alternative fiskerisystemer uten bruk av omsettelige kvotefaktorer mangler hos fiskerimyndighetene. Dermed synes forskjellsbehandlingen i dagens system ikke å være avveid i en slik grad som kan kreves etter Grl. § 98. Artikkelen inngår i et forskningsprosjekt om kommersiell utnyttning av villlevende marine ressurser ved K.G. Jebsen-senter for havrett.

Svein Kristian Arntzen, f. 1963, cand.jur. 1989 og ph.d. i rettsvitenskap 2009, er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, UiT Norges Arktiske Universitet. Han har advokatbevilling fra 1995 og møterett for Høyesterett fra 2001.

1 Innledning¹

1.1 Hovedproblemstilling

Denne drøfting gjelder vernet mot «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling» i Grunnloven (Grl.) § 98. Det tas utgangspunkt i at vilkårene for deltakelse i de lukkede fiskerier i kystfartøygruppen innebærer forskjellsbehandling av fiskerne ut fra eierskap til enkeltfartøy, og at det kan reises spørsmål ved grunnlovsmessigheten av forskjellsbehandlingen. Drøftingen er avgrenset til spørsmålet om forskjellsbehandlingen er forsvarlig vurdert av fiskerimyndighetene.

1.2 Den videre fremstilling

I det følgende skal vi først se nærmere på forskjellsbehandlingen i fiskerisystemet og de vurderinger som ligger til grunn for lovgivers valg av dette systemet (punkt 2). Deretter redegjøres det for Grl. § 98, og det tas stilling til hovedproblemstillingen (punkt 3). Det avgis til slutt en avsluttende merknad (punkt 4).

2 Forskjellsbehandlingen i fiskerisystemet for kystfartøygruppen

2.1 Delingen av kystfartøygruppen

Vi kan starte med å konstatere at kystfartøygruppen i utgangspunktet består av samtlige fartøy som ikke er definert som havfiskefartøy etter deltakerloven § 12.²

¹ Forfatteren takker *Lov og Retts* fagfelle for særdeles gode innspill.

² Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven).

Havfiskefartøy er i tråd med konsesjonsforskriften fartøy som driver fiske med redskaper som trål, reketrål, ringnot, snurrevad, eller som driver fangst av hval eller sel.³

Kystfartøygruppen er delt i lukkede og åpne grupper. I de lukkede grupper er det i motsetning til de åpne grupper «fastsatt et største antall fartøy som gis adgang til fiskeriet».⁴ Åpne grupper etableres i den grad ressurs situasjonen tilsier dette. I sjøsamiske områder innebærer imidlertid deltakerloven § 21, siste ledd at det alltid skal finnes åpne grupper i fisket etter torsk, hyse og sei for fartøy under 11 meter.

Delingen av kystfartøygruppen har hjemmel i deltakerloven § 21. Første punktum lyder slik:

«Når hensynet til ressursforvaltningen, avviklingen av fisket eller lønnsomheten i fisket gjør det nødvendig, kan Kongen ved forskrift med virkning for inntil ett år av gangen, fastsette bestemmelser om vilkår for adgangen til å delta i et bestemt fiske.»

I de åpne grupper er det tilstrekkelig med ervervstillatelse etter deltakerloven § 4 for deltakelse i ervervsmessig fiske, mens det i de lukkede grupper i tillegg kreves deltakeradgang etter årlige forskrifter gitt med hjemmel i deltakerloven § 21.

Innenfor de lukkede grupper brukes kvotefaktorer.⁵ Disse kan antakeligvis anses som «et vedtak om en fordelingsnøkkel som står fast fra år til år».⁶ Torbjørn Trondsen og Peter Ørebech definerer kvotefaktorer slik:

«En *kvotefaktor* er en andel av et totalt antall kvotefaktorer innenfor en fartøygruppe i et lukket kvoteregulert fiskeri, for eksempel for torsk tildelt fartøygruppe 21–28 meter. Redere [fartøyeier] kan øke antall kvotefaktorer ved å kjøpe og slå sammen kvotefaktorer fra flere fartøyer. Det finnes to typer kvotefaktorer:
1 *ordinære kvotefaktorer* som er like for alle fartøy i en gruppe, og
2 *strukturkvotefaktorer* som rederier [fartøyeiere] kan kjøpe fra andre fartøy og overføre til eget fartøy.»⁷

De sentrale vilkårene for deltakeradgang videreføres fra år til år.⁸ Dermed har eksempelvis vilkårene for deltakeradgang i torskefiskeriene stort sett vært de samme siden 1990. Lukkingen av dette fiskeriet dette året var startpunktet for den senere lukking av alle de kommersielt viktige fiskerier for kystfartøygruppen.⁹

³ Forskrift 13. oktober 2006 nr. 1157 om spesielle tillatelser til å drive enkelte former for fiske og fangst (konsesjonsforskriften).

⁴ Forskrift 9. desember 2013 nr. 1419 om adgang til å delta i kystfartøygruppens fiske for 2014 (deltakerforskriften) § 4, første ledd.

⁵ Se for eksempel forskrift 20. desember 2013 nr. 1685 om regulering av fisket etter torsk, hyse og sei nord for 62° N i 2014 § 31.

⁶ Se annenvoterendes votum i Rt. 2013 s. 1345 (Volstad) avsnitt (174).

⁷ Torbjørn Trondsen og Peter Ørebech: *Rettsøkonomi for fornybare ressurser. Teori og empiri, med særlig vekt på forvaltning av fiskeressurser*, Oslo 2012 s. 93.

⁸ Ot.prp. nr. 67 (1997–98) Om lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven), s. 52.

⁹ Fiskeri- og kystdepartementets høringsnotat 8. mai 2009 om etterkontroll av deltakerloven, s. 17 flg.

Lukkingen av torskefiskeriene var foranlediget av torskekrisen på slutten av 1980-tallet. Dette var en ressurskrise hvor det totale uttaket av torsk måtte reduseres kraftig. De senere lukkinger av andre fiskerier har ikke hatt tilsvarende dramatiske forhistorier, men vilkårene for å få deltakeradgang ved lukkingen av disse fiskerier har likevel vært basert på fartøyenes fangsthistorikk de tre siste årene før lukkingen. I Rt. 1995 s. 955 (Brødrene V) beskrives så vel den faktiske situasjon i 1989 og regelverket som ble utformet:

«Det ble i 1989 klart at den norsk-arktiske torskestamme var gått kraftig tilbake, og at det i 1990 ville bli nødvendig med et nytt kvotesystem, der flertallet av de fartøyer som hittil hadde fisket etter torsk, ikke ville få anledning til det. Ved kgl. res. av 8 desember 1989 ble det fastsatt forskrift om adgang til å delta i fiske etter norsk arktisk torsk med konvensjonelle redskap nord for 62 grader N i 1990. Forskriften var gitt i medhold av lov av 16 juni 1972 nr. 57 om deltagelse i fisket – deltakerloven – § 6 og § 8 og saltvannsfiskeloven av 3 juni 1983 nr. 40 § 5. Fartøykvote skulle, med noen unntak som her er uten interesse, bare gis til fartøy som i ett av de tre foregående år hadde levert et visst minstekvantum torsk, og der eieren av fartøyet hadde vært ført på blad B i fiskermanntallet før 8 desember 1989.»¹⁰

De sentrale kriterier var altså at eier av enkeltfartøy har fiske som hovedervert (blad B) og kunne dokumentere et minstekvantum fangst av torsk i referanseperioden (1987–1989).¹¹

Deling av kystfiskeflåten ved bruk av deltakeradganger er blitt et sentralt fiskeripolitisk virkemiddel, og ved departementets etterkontroll av deltakerlovgivningen er det derfor reist spørsmål om å gi deltakeradgangene lengre varighet. Det vil si en varighet ut over ett år av gangen. Departementets drøfting er som følger:

«Hovedformålet med de årlige begrensingene i deltakelsen er å hindre kapasitetsoppbygging i de aktuelle fiskeriene, og sammen med strukturordningen tilpasse fiskeflåtens fangstkapasitet til ressursgrunnlaget for å legge til rette for lønnsomhet og verdiskaping i næringen. I og med at de årlige begrensingene med tiden har utviklet seg til å omfatte en rekke viktige fiskerier, og i hovedsak videreføres år for år, har de blitt et meget sentralt virkemiddel i norsk fiskeripolitikk.

Selv om lengre varighet for deltakeradgangene vil innebære en administrativ forenkling og større grad av forutsigbarhet både for næringsaktørene og finansieringsinstitusjonene, mener departementet at det også er mulighet for å ivareta behovene for stabile rammevilkår for næringen ved at større endringer gjennomføres i egne prosesser med egne høringer, innenfor rammene av de årlige deltakeradgangene. De investeringer som foretas i fartøy, adgang til å delta og i strukturkvoter i

¹⁰ S. 956.

¹¹ Peter Ørebech har illustrert forvaltningens praktisering av forskriften i «Tvers igjennom lov til seier» Om torskeresolusjonen av 1989. Den skjulte agenda og lukkingen av fiskeallmenningen, i: Makt- og demokratiutredningen 1998–2003. Rapportserien nr. 52, januar 2003, s. 45 flg.

de aktuelle gruppene, viser at både næringsaktørene og finansieringsinstitusjonene har tilstrekkelig tiltro til rammebetingelsene også under denne forutsetning.

Departementet har merket seg at Norges Fiskarlag i sin høringsuttalelse har gitt uttrykk for at det er «et klart behov for å utrede dette spørsmålet videre». Departementet har notert seg dette synspunktet, og vil vurdere å arbeide videre med saken.

En har også merket seg at Norges Kystfiskarlag mener at dette er et viktig prinsipielt spørsmål som eventuelt må vurderes særskilt, og at de støtter departementets konklusjon om å ikke gjøre lovendringer.»¹²

2.2 Omsettelige kvotefaktorer

Lukkingen av fiskeriene ved deltakeradganger og bruk av kvotefaktorer har gjort det mulig for rettighetshaverne å omsette kvotefaktorer sammen med fartøyet. I Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) om kvotefaktorer grunnlovsvern etter Grunnloven § 97 pekte for eksempel annenvoterende på dette fenomen:

«Rettigheter til fiskekvoter [kvotefaktorer] er gjenstand for omsetning sammen med fartøyet, og ved omsetningen av slike kvoterettigheter blir det betalt betydelige beløp.»¹³

Bjørn Hersoug behandler fenomenet i sin analyse av lukkeprosessen i de norske fiskerier. Han sier det slik:

«... all Norwegian fishers are able to read and observe, and if they have not been trading rights and quotas themselves, they certainly have experienced the effects of trading».¹⁴

Selv om det altså kan observeres at kvotefaktorer omsettes, har departementet fremholdt at fysiske og juridiske personer ikke kan «omsette rettigheter til fiske».¹⁵ Dette hevdes å være en konsekvens av lovfestingen av prinsippet om at de villlevende marine ressurser «ligg til fellesskapet» i Norge, jfr. havressurslova § 2.¹⁶ Departementets sentrale poeng er at ved salg av fartøy til videre drift må ny eier søke om fiskeritillatelse tilsvarende de som lå til fartøyet på ervervstidspunktet.¹⁷ Langvarig forvaltningspraksis tilrettelegger imidlertid for omsetning, ved at forvaltningen nøyer seg med å prøve om erverver oppfyller lovens vilkår. I en

¹² Prop. 59 L (2012–2013) Endringer i deltakerloven, fiskeforbudsloven mv., s. 48.

¹³ Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) avsnitt (176).

¹⁴ Bjørn Hersoug, *Closing the Commons: Norwegian fisheries from open access to private property*, 2005, s. 1.

¹⁵ Prop. 59 L (2012–2013) Endringer i deltakerloven, fiskeforbudsloven mv., s. 44. Innst. S. nr. 238 (2006–2007) Innstilling til Stortinget fra næringskomiteen, s. 15.

¹⁶ Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av villlevende marine ressurser (havressurslova).

¹⁷ Prop. 59 L (2012–2013) Endringer i deltakerloven, fiskeforbudsloven mv., s. 44.

lagmannsrettssak fra 2002 om skattemessig avskrivning av verdien av fiskeritillatelser berøres denne praksis:

«Det har i lang tid vært fiskerimyndighetenes praksis ikke å øke tallet på konsesjoner som er en forutsetning for at fiskefartøy kan drive fiske i våre farvann. Men ved overdragelse av fartøy med konsesjon, har det vært vanlig at kjøperen har fått ny konsesjon knyttet til båten, samtidig som den tidligere konsesjon på selgers hånd har falt bort.»¹⁸

En tingrettsavgjørelse fra 2005 dokumenterer også fiskerimyndighetenes praksis. Tingretten skriver følgende om praksis ved overføring av deltakeradganger:

«Dersom vilkårene, eventuelt etter dispensasjon, er oppfylt, følger det av forskriftens § 4 at Fiskeridirektoratets regionkontor 'kan' gi ny eier deltakeradgang. Etter det retten forstår, basert på vitneforklaring fra ekspedisjonssjef Williams, er det imidlertid i praksis slik at adgangen overføres dersom de forskriftsbestemte vilkårene er til stede.»¹⁹

I juridisk litteratur har Peter Ørebech fremholdt at fiskerimyndighetene har en plikt til å utøve forvaltningsskjønn, og at praksis dermed ikke er legitim.²⁰ Vi går ikke nærmere inn på dette spørsmålet, men nevner at deltakerlovens forarbeider synes å legge opp til gjeldende praksis. I tilknytning til salg av fartøy til videre drift fremkommer følgende:

«Når et fartøy er til salgs, vil det kunne være flere interessenter til fartøyet. Hver enkelt av disse vil måtte vurderes opp mot de vilkår for tildeling som måtte være fastsatt, og det vil i slike tilfeller ikke være noe i veien for at flere interessenter gis ervervstillatelse og tilsagn om spesielle tillatelser, jf lovens kapittel III, for samme fartøy, dersom det er flere kvalifiserte søkere. Det vil i så fall være selger som avgjør hvem av disse som til slutt får tilslaget. De øvrige tillatelser og tilsagn som er gitt for fartøyet, vil da falle bort.»²¹

Drøftingen i det følgende forutsetter at vi etter norsk intern rett har et legitimt suksesjonssystem for kvotefaktorer. Systemet innebærer at fiskere som fikk tildelt gratis deltakeradgang/kvotefaktor ved lukkingen av et fiskeri, og eventuelt rettsetterfølgere, kan skaffe seg gevinst ved videresalg. Sagt på en annen måte må den som ønsker å avansere fra åpen gruppe til lukket gruppe i de kommersielt interessante fiskerier, som regel være beredt på å betale for kvotefaktoren i tillegg til fartøyet som erverves. Det ses her bort fra tildelinger av rekrutteringskvoter og arvesituasjonen.²²

¹⁸ Hålogaland lagmannsretts dom 28. januar 2002 (LH-2001-00308).

¹⁹ Oslo tingretts dom 3. juni 2005 (TOSLO-2004-13225).

²⁰ Torbjørn Trondsen og Peter Ørebech: *Rettsøkonomi for fornybare ressurser. Teori og empiri, med særlig vekt på forvaltning av fiskeressurser*, Oslo 2012 s. 184-186. Se også Peter Ørebech, *Konsesjoner i fisket*, Oslo 1982 s. 7-8.

²¹ Ot.prp. nr. 67 (1997–98) Om lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven), s. 43.

²² Se forskrift 1. juli 2013 nr. 815 om nytildeling av deltakeradganger i rekrutteringsøyemed for 2014 og deltakerloven § 7.

2.3 Er kvotefaktorer formuesgoder?

Slik Kåre Lilleholt påpeker, opereres det med følgende karakteristika for formuesgoder:

«Vi får nøye oss med å seie at formuesgoda *typisk* har økonomisk verdi, at dei *typisk* kan overførast fra ein person til ein annan, og at vi *typisk* kan disponere over formuesgoda ved avtale.»²³

Kvotefaktorene har utvilsomt preg av formuesgoder. Dette slås for eksempel fast av tredjevoterende i Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad):

«Det er ikke er tvilsomt at ervervstillatelser, fiskerikonsesjoner og tildelte fiskekvoter må anses som eksisterende formuesrettigheter.»²⁴

Se for øvrig min drøfting av dette spørsmålet i *Juss i Nord*.²⁵

2.4 Forskjellsbehandlingen

I de lukkede fiskerier er det, som sagt, fastsatt et største antall fartøy som gis adgang til fiskeriet.²⁶ Innen disse fiskerier videreføres de sentrale vilkårene for deltakelse hvert kalenderår. Et sentralt vilkår er at «*fartøyet* må ha hatt adgang til å delta i samme fartøygruppe og med samme redskap» i foregående kalenderår.²⁷ Den som ønsker å drive ervervsmessig fiske i de lukkede fiskerier, og som ikke er eier av et fartøy som ved lukkingen av det aktuelle fiskeri fikk deltageradgang, er dermed som hovedregel henvist til å erverve et enkeltfartøy som er innenfor en lukket gruppe. Det vil si som i henhold til fiskerimyndighetenes register over norske fiskefartøy har adgang til deltakelse i den aktuelle lukkede gruppe, jfr. deltakerloven § 22. Eierskap til et bestemt objekt (enkeftartøy i en lukket gruppe) er altså den sentrale «inngangsbilletten» til de lukkede fiskerier med gjennomgående høyere kvoter enn fartøy i de åpne grupper.²⁸ Det er denne forskjellsbehandlingen av fiskerne med basis i eiendom som er utgangspunktet for vår drøfting.

2.5 Myndighetenes vurderinger

Slik gjennomgangen viser, innebærer fiskerisystemet at fiskerne forskjellsbehandles ved tildeling av høstingsmuligheter. Forskjellsbehandlingen er knyttet til eierskap til enkeltfartøy som befinner seg innenfor lukkede grupper, hvor vi altså finner de verdifulle kvotefaktorene. Spørsmålet i det følgende er hvilke vurderinger myndighetene har gjort ved valg av dette fiskerisystemet *contra* et system som i

²³ Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett: fleire rettar til same formuesgode*, Oslo 2012, s. 19.

²⁴ Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad), avsnitt (234).

²⁵ Svein Kristian Arntzen, «Strukturkvotetillatelser som formuesgoder» i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.), *Juss i Nord*, Oslo 2012, s. 121–135.

²⁶ Forskrift 9. desember 2013 nr. 1419 om adgang til å delta i kystfartøygruppens fiske for 2014 (deltakerforskriften) § 4, første ledd.

²⁷ Forskrift 9. desember 2013 nr. 1419 om adgang til å delta i kystfartøygruppens fiske for 2014 (deltakerforskriften) § 4, første ledd. Min kursivering.

²⁸ Se for eksempel forskrift 20. desember 2013 nr. 1685 om regulering av fisket etter torsk, hyse og sei nord for 62° N i 2014. Se også St.meld. nr. 20 Strukturtiltak i kystflåten, s. 24.

mindre grad forskjellsbehandler fiskerne. I praksis er det her tale om valg av et suksesjonssystem som ikke er markedsbasert. Det vil si at systemet ikke baseres på omsettelige kvotefaktorer, men uomsettelige kvotefaktorer som distribueres gjennom myndighetsvedtak.

Ved klarlegging av hvilke vurderinger myndighetene har gjort ved valg av fiskerisystem, skal vi ta utgangspunkt i Bjørn Hersougs analyse av hvordan lukkeprosessen i så vel havfiske- som kystfartøygruppen er drevet frem gjennom ulike forvaltningsavgjørelser.²⁹

Allerede i innledningen klargjør han at det ut fra hans syn har vært et samarbeid mellom forvaltningen og fiskerne, og at lukkeprosessen har foregått skrittvis.³⁰ Dermed tar han avstand fra teknokratiske konspirasjonsteorier:

«The closing process was caused by much stronger forces than the technocratic bent of fisheries administrators.»³¹

Den teknologiske utviklingen med stadig mer effektive fiskeredskaper og lett tilgang til kapital til oppgradering av fartøy og redskap er ifølge Bjørn Hersoug sentrale forhold bak lukkeprosessen.³² Det vil si at disse forhold har resultert i overkapasitet i fiskeflåten som må håndteres av myndighetene og næringen. Bjørn Hersoug peker på tre runder med lukking med følgende starttidspunkter: 1936 (trål), 1973 (pelagisk) og 1990 (kystfartøy). Han mener at det er holdepunkter for å hevde at de fleste politikere ikke var klar over konsekvensene av lukkingene. Det vil si etableringen av et kvasi-system for omsetning av individuelle kvoter:

«Whatever the various perception of the urgent need to close the coastal commons, it is probably fair to say that most politicians were not aware of the consequences. They agreed with the need to protect the resources and improve profitability in the fleet but they did not anticipate the consequences in terms of getting a quasi-ITQ system where rights suddenly became a tradable commodity.»³³

I tillegg til de faktorer som har skapt overkapasitet, vektlegger Bjørn Hersoug fiskernes innflytelse på lukkeprosessen i et legitimitetsperspektiv. Han skriver følgende om lukkingen i kystfartøygruppen:

«As described in chapter 6, the closure was considered temporary, at least by NFA [Norges Fiskarlag]. When the privileged fishers in Group I [lukket gruppe] found out how beneficial the new system really was, they changed their opinion as so did NFA, leaving the part time fishers in Group II [åpen gruppe] out in the cold. From then on the splinter organization, the Norwegian Coastal Fishers' [Kystfiskarlaget] was dead against the closing while the Fishing Vessel Owners Union [Fiskebåtredernes Forbund] was unequivocally in favour, thus leaving the Minister with a certain amount of discretion. All subsequent closures have

²⁹ Bjørn Hersoug, *Closing the Commons: Norwegian fisheries from open access to private property*, 2005, s. 13.

³⁰ *Ibid.* s. 13.

³¹ *Ibid.* s. 247.

³² *Ibid.* s. 245–247.

³³ *Ibid.* s. 249.

been supported by the majority of NFA, although at times with a rather slim majority. The same applies to the structural measures introduced from 2002 onwards. This support has been an important part of legitimacy behind new policies, although NFA hardly represent majority of Norwegian Fishers. NFA is nevertheless the largest and, by tradition, the most influential, of the fishers organisations.»³⁴

Den sentrale forklaring bak lukkeprosessene etter 1990 synes imidlertid Bjørn Hersoug å knytte til etableringen av 200-mils økonomiske soner og innføringen av TAC [Total Allowable Catch] i fiskeriforvaltningen:

«While the first closing (in 1936) was a crisis measure, meeting social objectives, the second closing (in 1973) was closely connected to the resource situation, while the third and all the consecutive closings (from 1990 onwards) were directly related to the development of the modern management regime and the ‘TAC-machine’.»³⁵

Med dette som bakteppe antyder Bjørn Hersoug at lukkingen ble drevet frem av «the TINA Syndrome»; There Is No Alternative.³⁶ Forslag til alternative fiskerisystem forelå imidlertid, og Hersoug nevner som eksempler Ørebech (1982), Brox (1989), Hersoug (1990) og Norges Kystfiskarlag (2002, 2005). Han fremholder videre:

«There is little doubt that the Ministry of Fisheries could have allocated in another manner. With the present allocation scheme the Ministry has chosen to follow the tradition established by NFA [Norges Fiskarlag] and FVOA [Fiskebåtredernes Forbund], giving preferential access to those who have invested most.»³⁷

Ifølge Bjørn Hersoug kan dagens fiskerisystem tilskrives at det ble etablert «a winning coalition of fishers, administrators and politicians».³⁸

Bjørn Hersougs analyse (à jour per 2005) indikerer at spørsmålet om nødvendigheten av forskjellsbehandlingen i gjeldende fiskerisystem, basert på eiendomsrett til fiskefartøy i lukkede grupper, har vært lite fremme eller er helt fraværende. Dette ser vi også i offentlige dokumenter etter 2005. I NOU 2006: 16 om strukturvirkemidler i fiskeflåten anbefalte for eksempel fire av de fjorten medlemmene at myndighetenes

«næringsøkonomiske styringsfokus i større grad flyttes fra blind kapasitetsnedbygging styrt av sterke næringsaktører og finansinstitusjoner, til en samfunnsmessig rettferdig og fornuftig fordeling av fiskerettigheter og kvoter med større grad av samfunnsmessig kontroll».³⁹

³⁴ *Ibid.* s. 251.

³⁵ *Ibid.* s. 253.

³⁶ *Ibid.* s. 254.

³⁷ *Ibid.* s. 254.

³⁸ *Ibid.* s. 256.

³⁹ NOU 2006: 16 Strukturvirkemidler i fiskeflåten, s. 102.

Vedlagt denne NOU fulgte et resymé av «kystkvotemodeller i strukturpolitikken» utarbeidet av Finnmark Fylkeskommune og Norges Kystfiskarlag. Anbefalingen fra mindretallet ble imidlertid ikke fulgt opp i St.meld. nr. 21 (2006–2007). Det ble dermed heller ikke satt særlig fokus på alternativer til omsettelige kvotefaktorer. Forskjellsbehandlingen av fiskere med og uten kvotefaktorer ble med andre ord ikke problematisert gjennom vurdering av alternative modeller for overføring av kvotefaktorer til nye rettighetshavere. Riktignok var regjeringen innom problemstillingen, men nødvendigheten av omsettelige kvoter og forskjellsbehandlingen ble ikke problematisert:

«Desto gunstigere strukturordningene er, desto høyere pris kan forventes på fiskeritillatelsene.

Dette representerer en utfordring, blant annet for nye aktører som ønsker å etablere seg innenfor fiskerier i adgangsbegrensede grupper, og kan bidra til ytterligere sementering av fartøystruktur og eierskap.»⁴⁰

Symptomatisk for det manglende fokus på forskjellsbehandlingen i St.meld. nr. 21 (2006–2007) er at det ble fremholdt at det forhold at det betales vederlag for adgangen til å delta i fisket, «åpenbart ikke [gir] kjøperen en ny og annerledes posisjon i forhold til fellesskapet og de offentlige reguleringene, enn den selgeren hadde».⁴¹ Her kan også nevnes at regjeringen kortfattet slo fast at alternativet til strukturkvoteordningen måtte være ordninger med økt omsettelighet for kvoter.⁴² Vi kan for øvrig også merke oss at det rettslige hovedfokuset i stortingsmeldingen var lagt på Grunnlovens forbud mot tilbakevirkende lovgivning og ekspropriasjonsvern ved tidsbegrensning av strukturkvoter.⁴³ Det vil si det økonomiske grunnlovsvernet for fiskebåteiere *med* kvotefaktorer.

Den seneste utviklingen vedrørende utformingen av fiskerisystemet viser at myndighetene holder fast ved dagens fiskerisystem, unnlater å problematisere forskjellsbehandlingen og vil gi ytterligere muligheter for omsetning av kvotefaktorer i de lukkede grupper. Det er nemlig foreslått innført strukturkvoteordning (strukturkvotefaktorer) også for kystfartøy under 11 meter.⁴⁴ Dette forslaget er imidlertid møtt med sterk motstand.⁴⁵ Norges Fiskarlag har for eksempel uttalt i sin høringsuttalelse at det er «en overveldende motstand i medlemsmassen mot å innføre en strukturkvoteordning for fartøygruppen under 11 meter på det nåværende tidspunktet».⁴⁶

⁴⁰ St.meld. nr. 21 (2006–2007) Strukturpolitikk for fiskeflåten, s. 58.

⁴¹ *Ibid.* s. 89.

⁴² *Ibid.* s. 77.

⁴³ *Ibid.* s. 111–114.

⁴⁴ Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsdokument datert 29. april 2014 om strukturkvoteordning for kystflåten under 11 meter.

⁴⁵ Jfr. høringsuttalelser publisert på departementets internettside. Se også Nordnytt 17. juli 2014 <http://www.nrk.no/nordnytt/unison-motstand-mot-kvoteforslag-1.11835887>.

⁴⁶ Brev 3. juli 2014 fra Norges Fiskarlag til departementet.

3 Grl. § 98

3.1 Noen innledende merknader

Forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling er en grunnrettighet i norsk rett, jfr. Grl. § 98. Det vil si at det er en rettighet til vern om individet som er sikret i forfatningen og i internasjonale menneskerettskonvensjoner med tilnærmet samme status i nasjonal rett som forfatningen.⁴⁷ I tillegg til Grl. § 98 er vernet nedfelt i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 26 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 14 begrenset til denne konvensjonens rettighetskatalog. Mens Grl. er *lex superior*, er prinsippene i konvensjonene gitt forrang ved motstrid med bestemmelser i annen lovgivning, jfr. menneskerettsloven § 3.⁴⁸ Ut fra den rettskildemessige situasjonen er det, som vi skal komme tilbake til, særlig SP 26 som får betydning ved fortolkningen av Grl. § 98. Bestemmelsen lyder slik:

«Art 26.

Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdige og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling forøvrig.»

Grunnloven § 98 er en ny bestemmelse. Vi står dermed uten høyesterettspraksis ved fortolkningen, men har Menneskerettighetsutvalgets forarbeider å forholde oss til. Utvalget avga sin rapport 19. desember 2011 til Stortingets presidentskap om menneskerettigheter i Grunnloven Rapporten la grunnlaget for en rekke forslag om endring av Grunnloven, som ble vedtatt av Stortinget 13. mai 2014. Det første vi kan merke oss, er at utvalget fremholder at menneskerettighetskonvensjonene utgjør et minimumsvern, og at vi har lang tradisjon for å benytte presumsjonsprinsippet ved fortolkningen av Grunnloven.⁴⁹ Vi kan videre merke oss at Menneskerettighetsutvalget med henvisning til Diskrimineringslovutvalget synes å legge til grunn følgende retningslinjer for domstolsprøvingen:

«Diskrimineringslovutvalgets flertall fremhevet at selv om domstolene med en slik bestemmelse kan sette til side lover som er i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet, er det grunn til å tro at dette bare vil skje unntaksvis, og bare dersom det er tale om en direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av ikke-diskrimineringsprinsippet (s. 320). Det må også forventes at domstolene vil se hen til diskrimineringslovens diskrimineringsbegrep ved tolkningen av en eventuell grunnlovsbestemmelse.»⁵⁰

⁴⁷ Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, København 2000, s. 21.

⁴⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

⁴⁹ Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra

Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 87–88.

⁵⁰ *Ibid.* s. 147.

Når det gjelder diskrimineringsbegrepet, skal vi straks se nærmere på dette. Vi kan først merke oss Diskrimineringslovutvalgets definisjon av diskrimineringsgrunnlag:

«Et diskrimineringsgrunnlag er et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle noen forskjellig fra andre i tilsvarende situasjon.»⁵¹

Diskrimineringsbegrepet forklares slik:

«Diskriminering som rettslig begrep følger av menneskerettighetene og diskrimineringslovgivningens vern mot diskriminerende handlinger. Begrepet kan avgrenses ulikt og ha ulikt innhold etter de ulike menneskerettskonvensjonene og diskrimineringslovene, avhengig av en konkret fortolkning av det enkelte rettsgrunnlag. Noen fellestrekk lar seg imidlertid identifisere: Diskriminering kan beskrives som usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til et eller flere diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsbegrepet omfatter direkte og indirekte forskjellsbehandling.»⁵²

«Hovedelementene i det diskrimineringsrettslige saklighetskravet er at forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål, den må være nødvendig eller hensiktsmessig og den må være forholdsmessig.

Det kan være vanskelig å få tak på hva som ligger i kravet til saklig formål. Dette må uansett vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse vil det være et krav om legitime målsettinger som ivaretagelse av offentlig helse, ivaretagelse av landets økonomiske velferd, beskyttelse av andres rettigheter og friheter, bekjempelse av kriminalitet, mv. Handlinger basert på subjektive oppfatninger, følelser, vilkårlig maktbruk, fordommer og stereotyper er typiske eksempler på usaklige formål.

Saklighetskravet kan ses som et krav om en forholdsmessighetsvurdering, det vil si en avveining mellom individets interesser og behov for diskrimineringsvern på den ene siden, og de motstridende interesser og behov på den andre siden. Det skal foretas en avveining mellom formålet med forskjellsbehandlingen, og hensiktsmessigheten og konsekvensene av det middel som er valgt for å nå formålet. Kravet er imidlertid også noe mer enn en slik mål/ middel-avveining. Kravet henviser også til en totalvurdering av motstridende interesser, hensyn og behov, hvor særlig behovene for menneskerettslig beskyttelse for enkeltindividet blir vurdert opp mot flertallets, samfunnets og myndighetenes behov for å forskjellsbehandle.»⁵³

⁵¹ NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern, s. 23.

⁵² *Ibid.* s. 39.

⁵³ *Ibid.* s. 40–41.

3.2 Drøfting

3.2.1 Utgangspunkter

Ordlyden i Grl. § 98, annet ledd gjenspeiler det sentrale innholdet i diskrimineringslovutvalgets diskrimineringsbegrep. Det innebærer for vår problemstilling at fiskerimyndighetenes forskjellsbehandling basert på eierskap til fiskefartøy må ha et saklig formål, den må være nødvendig eller hensiktsmessig, og den må være forholdsmessig. Kravet til nødvendighet og hensiktsmessighet gjelder den faktiske siden av forskjellsbehandlingen. Kravet til forholdsmessighet forutsetter en «totalvurdering av motstridende interesser, hensyn og behov» bak forskjellsbehandlingen. Det vil si stillingtagen til forskjellsbehandlingen innenfor de grenser som trekkes opp for rettsanvendelsesskjønnet.⁵⁴

Grunnloven § 98 inneholder ingen opprømsing av diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen får dermed anvendelse i vårt typetilfelle: forskjellsbehandling i kystfartøygruppen ut fra eiendom. Vi kan i denne forbindelse merke oss at grunnlovsvernet gjelder fysiske personer.⁵⁵ Dette er ikke problematisk ved vår drøfting, idet mange kystfartøy eies av enkeltmannsforetak. Eierskap til fiskefartøy er for øvrig knyttet til aktive fiskere (fysiske personer) uavhengig av selskapsform, jfr. deltakerloven § 6.

Når det gjelder SP 26 og EMK artikkel 14, kan det nevnes at også disse bestemmelser i utgangspunktet får anvendelse. SP 26 klargjør at diskriminering med grunnlag i eiendom omfattes. Artikkelen omfatter imidlertid i prinsippet forskjellsbehandling på ethvert grunnlag. EMK art. 14 er en aksessorisk bestemmelse og får anvendelse dersom forskjellsbehandlingen er knyttet til «eiendom», jfr. EMK protokoll 1 artikkel 1 (P1-1). Fiskeritillatelse er omfattet av eiendomsbegrepet.⁵⁶

En forsvarlig domstolskontroll etter Grl. § 98 forutsetter at myndighetene kan dokumentere sine vurderinger. Det vil si at formålet med forskjellsbehandlingen, nødvendigheten og hensiktsmessigheten av forskjellsbehandlingen, og det samfunnsmessige behovet for å tilgodese en gruppe fiskebåteiere med omsettelige kvotefaktorer påvises. Poenget her er at første ledd i domstolskontrollen bør være å ta stilling til om disse avveininger kan anses foretatt av myndighetene. Dersom avveiningene ikke er foretatte eller finnes mangelfulle, konstateres som regel grunnlovsstrid. Vi kan her tale om et forsvarlighetskrav. Neste trinn i domstolskontrollen blir så å ta stilling til Grunnlovens grenser for forskjellsbehandlingen, og om disse er overtrådt. Her tilføyes at forsvarlighetskravet selvsagt må ses i sammenheng med den aktuelle situasjon som har utløst normeringen, og om forholdet til Grunnloven fremstår som problematisk. Ved en ressurskrise, som beskrevet i Rt. 1995 s. 955 (Brødrene V), vil det for eksempel stilles andre krav til vurderingen enn i dagens situasjon. Slik Høyesterett la til grunn i denne dommen var det i den dramatiske ressurs situasjonen i 1989 behov for å benytte noen kriterier ved reguleringen som var effektive og enkle å praktisere.⁵⁷ Poenget her er at kravet til vurderingene av forskjellsbehandlingen bør være strengere når en akutt løsning glir over til å bli en permanent løsning etter at ressurskrisen er over.

⁵⁴ Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Oslo 2005, s. 17.

⁵⁵ Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 148.

⁵⁶ Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad), avsnitt (233).

⁵⁷ S. 961.

3.2.2 Avgrensning

Slik vår gjennomgang av fiskeriregimet og lukkeprosessen viser, er det flere som har reist spørsmål ved nødvendigheten og behovet for dagens fiskerisystem. Det vil si myndighetenes valg av et system som forskjellsbehandler fiskerne på grunnlag av eierskap til fiskefartøy. Vi berører i denne artikkel dette spørsmålet i en rettslig kontekst. Vi arbeider ut fra at grunnlovsstrid foreligger dersom myndighetene for det første kunne valgt et fiskerisystem uten bruk av omsettelige kvotefaktorer, og det for det andre ikke er tilstrekkelig tungtveiende samfunnsmessige hensyn som godtgjør behovet for dagens fiskerisystem. Det legges altså til grunn at et fiskerisystem uten bruk av omsettelige kvotefaktorer vil åpne for at flere har mulighet til å få tildelt kvotefaktorer. Resultatet blir med andre ord større grad av fordelingsrettferdighet ved at forskjellsbehandlingen av fiskerne ved tildeling av høstingsmuligheter ikke knyttes til eierskap til enkeltfartøy, men knyttes til andre vilkår. Vi går ikke her inn på hvordan systemet bør utformes, men arbeider altså ut fra at dette er mulig. I forlengelsen av dette tilføyes at det selvsagt er slik at måten kvotefaktorer fordeles i de ulike kystområder og lengdegrupper kan få betydning for oppnåelse av de fiskeripolitiske målsettinger. Det er imidlertid ikke gitt at det er nødvendig å opprettholde dagens system med omsettelige kvotefaktorer. Dette er selvsagt et komplekst spørsmål. Domstolene skal likevel med utgangspunkt i GrL § 98 foreta en prøvning av om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig. Dermed må det utformes en vurderingsnorm som gir en reell prøvning uten at domstolene dermed trer inn i lovgivers sted. Vi skal ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet, men skal konsentrere oss om forsvarlighetskravet. Dette begrunnes dels med at artikkelformatet nødvendiggjør en avgrensning, men også med at det fremstår som usikkert hvor intensiv domstolenes prøvning vil være.

3.2.3 Forsvarlighetsprinsippet

Avgrensningen innebærer at det med utgangspunkt i GrL § 98 må tas stilling til spørsmålet om danning av et forsvarlighetsprinsipp, og eventuelt klarlegging av prinsippet innhold. Her tilføyes at det er naturlig å karakterisere forsvarlighetskravet som et prinsipp, da det er tale om et ideal som kan oppfylles i større eller mindre grad, og ikke en regel med angivelse av bestemte vilkår for rettsfølgen.⁵⁸ Her tilføyes at i Thomas Frøbergs opplisting av prinsipper synes forsvarlighetskravet å kunne rubriseres både under «retningslinjer» og «normer med høyt generalitetsnivå».⁵⁹

Når vi legger til grunn at menneskerettighetskonvensjonene utgjør et minimumsvern, er det nærliggende å ta utgangspunkt i SP 26 ved stillingtagen til danning av et forsvarlighetsprinsipp. Dette som følge av at Menneskerettighetskomiteen 14. desember 2007 i *Haraldsson og Sveinsson mot Island* med et flertall på 12 av 18 medlemmer anvendte et slikt prinsipp i en sak om forskjellsbehandlingen i det islandske fiskerisystemet var i strid med SP 26.⁶⁰ Her kan

⁵⁸ Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford 2002, s. 25. Aleksander Peczenik, *Rättsnormer*, Stockholm 1987, s. 52. Svein Kr. Arntzen, *Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger*, Tromsø 2009, s. 25, <http://hdl.handle.net/10037/2393>.

⁵⁹ Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014, s. 131 og 139.

⁶⁰ Communication No. 1306/2004. Se også Peter Ørebech, «Islendinger på hugget: Den ytre allmenningen enda en gang – Haraldsson og Sveinsson mot Island. Views of the UN Human Rights Committee of 14 December 2007», *Lov og Rett* 2008, s. 231–236 og Susann Funderud Skogvang, «Innføringen av fartøykvoter

nevnes at det er visse forskjeller mellom det islandske systemet som beskrives i denne uttalelsen, og vårt system. Det islandske systemet etter den nå opphevede islandske lov nr. 38/1990 er beskrevet slik i NOU 2002: 13 Eierskap til fiskefartøy:

«I 1984 innførte man kvoter i det islandske systemet. Kvotene ble fastsatt på bakgrunn av historisk fiske. Omsettelige kvoter ble innført i 1990 og fra og med 1999 ble det mulig også å pantsette kvoter.

Kvotesystemet består av tre hoveddeler: For små båter, for store båter og for bygdekvoter. Det er ikke mulig å omsette kvoter mellom disse tre systemene. Det er derimot ingen restriksjoner på hvor mange kvoter man kan leie av andre, men det gjelder den begrensning at en kvoteeier må minst benytte 50 % av sin kvote selv.

Bygdekvotene består av ca. 1500 tonn torskeekvivalenter og fordeles geografisk til mindre fiskevær.»⁶¹

«Innføring av ressursavgift på 9,5 % fra og med 1. september 2004.»⁶²

En sentral forskjell mellom det islandske systemet og det norske er altså at inntil halvparten av et fartøys andel i det aktuelle fisket kan omsettes i det islandske systemet.⁶³ Slik oppsplitting er ikke mulig hos oss, hvor kvotefaktorene er knyttet til enkeltfartøy (fartøykvoter).⁶⁴ Vi kan også merke oss at islandske kvotebesittere betaler en ressursavgift.⁶⁵ Det er ikke tilfellet hos oss. Vi kan også merke oss at kvotefaktoren i det islandske systemet er knyttet til TAC (Total Allowable Catch), mens det hos oss dreier seg om en andel av gruppekvoten. Kvotefaktorene i det islandske systemet har dermed et klarere preg av formuesgoder enn de norske kvotefaktorer. Det er vanlig å rubrisere det islandske systemet under betegnelsen individuelt omsettelig kvotesystem (Individual Transferable Quota system, ITQs) og det norske systemet som et individuelt fartøykvotesystem (Individual Vessel Quota system, IVQs).

Selv om det er forskjeller mellom systemene, er det i begge systemer tale om en forskjellsbehandling basert på eierskap til fartøy som ved lukkingen av det aktuelle fiskeri kvalifiserte for deltakelse i lukket gruppe ut fra fangsthistorikk.

Når det gjelder forsvarlighetskravet hos Menneskerettighetskomiteens flertall, skal vi ta utgangspunkt i følgende sitater fra flertallets uttalelse:

«It recalls that not every distinction constitutes discrimination, in violation of article 26, but that distinctions must be justified on reasonable and

for torsk i kystfiskeflåten i 1990» i Kirsti Strøm Bull (red.), *Natur, rett, historie*, Oslo 2010, s. 211–243, på s. 238–239.

⁶¹ NOU 2002: 13 Eierskap til fiskefartøy, s. 43.

⁶² *Ibid.* s. 44.

⁶³ Videreført i dagens islandske lov nummer 116/2006 om fiskeriforvaltning artikkel 15, syvende avsnitt.

⁶⁴ Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av viltlevande marine ressurser (havressurslova) § 12.

⁶⁵ Videreført i dagens islandske lov nummer 116/2006 om fiskeriforvaltning artikkel 20, første avsnitt.

objective grounds, in pursuit of an aim that is legitimate under the Covenant.»⁶⁶

«The Committee firstly notes that the authors' claim is based on the differentiation between groups of fishers. The first group received for free a quota share because they engaged in fishing of quota-affected species during the period between 1 November 1980 and 31 October 1983. Members of this group are not only entitled to use these quotas themselves but can sell or lease them to others. The second group of fishers must buy or rent a quota share from the first group if they wish to fish quota affected species for the simple reason that they were not owning and operating fishing vessels during this reference period. The Committee concludes that such distinction is based on grounds equivalent to those of property.»⁶⁷

«While the Committee finds that the aim of this distinction adopted by the State party, namely the protection of its fish stocks which constitute a limited resource, is a legitimate one, it must determine whether the distinction is based on reasonable and objective criteria. The Committee notes that every quota system introduced to regulate access to limited resources privileges, to some extent, the holders of such quotas and disadvantages others without necessarily being discriminatory. At the same time, it notes the specificities of the present case: On the one hand, the first Article of the Fisheries Management Act No 38/1990 states that the fishing banks around Iceland are common property of the Icelandic nation. On the other hand, the distinction based on the activity during the reference period which initially, as a temporary measure, may have been a reasonable and objective criterion, became not only permanent with the adoption of the Act but transformed original rights to use and exploit a public property into individual property: Allocated quotas no longer used by their original holders can be sold or leased at market prices instead of reverting to the State for allocation to new quota holders in accordance with fair and equitable criteria. *The State party has not shown that this particular design and modalities of implementation of the quota system meets the requirement of reasonableness.* While not required to address the compatibility of quota systems for the use of limited resources with the Covenant as such, the Committee concludes that, in the particular circumstances of the present case, the property entitlement privilege accorded permanently to the original quota owners, to the detriment of the authors, is not based on reasonable grounds.»⁶⁸

Slik det fremkommer, la Menneskerettskomiteens flertall til grunn at Island ikke hadde påvist at forskjellsbehandlingen ikke var i strid med SP 26: «The State party has not shown that this particular design and modalities of implementation of the quota system meets the requirement of reasonableness.» Det indikeres i uttalelsen at

⁶⁶ Avsnitt 10.2.

⁶⁷ Avsnitt 10.3.

⁶⁸ Avsnitt 10.4. Min kursivering.

lovgiver skulle tatt utgangspunkt i at fiskeressursene på den ene siden er en felles ressurs («common property») for det islandske folk, og på den annen side at kvotesystemet medførte en varig omdanning av en felles ressurs til eiendom («individual property»). Uten å gå inn på en forholdsmessighetsvurdering av forskjellsbehandlingen det islandske systemet innebar, ble det altså stilt krav til vurderingen av de faktiske forhold: Kunne formålet vært oppnådd uten å gi de privilegerte disse rettigheter? Det komiteens flertall satte fingeren på, og som ble avgjørende for disse medlemmer ved stillingtagen til forskjellsbehandlingen i det islandske fiskerisystemet, var altså et krav om forsvarlig lovbehandling. Mindretallet oppstilte ikke samme krav til lovbehandlingen som flertallet. For mindretallet synes det å ha vært tilstrekkelig at Island hadde lagt vekt på å utforme sitt fiskerisystem på en måte som ivaretok både miljømessige og økonomiske hensyn. I juridisk litteratur antyder Sarah Joseph og Melissa Castan at flertallet la til grunn et for strengt forsvarlighetskrav. Disse forfattere sier det slik:

«The majority and minority differed over the level of deference which should have been given to the State over the complex issue of managing its own fishing resources. After all, Iceland introduced evidence which it claimed showed that its system was designed to appropriately balance environmental and economic issues. The issues before the HRC [Menneskerettighetskomiteen] has been considered by the Icelandic courts with regard to their compatibility with Iceland's constitution. Bearing in mind that the HRC lacks expertise over the economic management of environmental resources, it may be justified in such an instance to defer more to the decision of States. On the other hand, it was perhaps incumbent upon Iceland to justify the single aspect of its fishing permits scheme which attracted the finding of violation, the ability of existing permitholders to onsell them rather than for the State to reallocate them.»⁶⁹

Høyesterett tillegger Menneskerettighetskomiteens uttalelser stor rettskildemessig vekt.⁷⁰ Ut fra synet på konvensjonsretten som et minimumsvern er det derfor ved fortolkningen av Grl. § 98 nærliggende å bygge på flertallets forståelse av forsvarlighetsprinsippet. Dette valg av innhold i normen kan også begrunnes med utgangspunkt i norsk intern rett. Det er nemlig ikke tvilsomt at forsvarlighetsprinsippet har rotfeste hos oss. Så vel Hans Petter Graver som Carl August Fleischer legger til grunn at domstolene anvender prinsipper om forsvarlig lovbehandling. For Gravers del kan det vises til hans drøfting av Rt. 2005 s. 117 (Elvebåter), hvor Høyesterett tok utgangspunkt i at adgangen til domstolsprøving av forvaltningsvedtak ikke var drøftet i forarbeidene. Høyesterett fremholdt at «den manglende drøftelsen gir grunn til å tvile på om det var lovgivers overveide standpunkt at bestemmelsen skulle ha det innholdet som lovens ordlyd og

⁶⁹ Sarah Joseph og Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3. utg. 2013, s. 801.

⁷⁰ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt (81). Se også Geir Ulfstein, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og Rett*, 2012 s. 552-570 (s. 563) og Randi Sigurdson, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Retfærd*, 2014 s. 43-59 (s. 47).

forarbeidene umiddelbart kunne tyde på». ⁷¹ Hos Fleischer tales det generelt om «prinsipper for forsvarlig lovbehandling». ⁷² Slik jeg har pekt på i et annet arbeid, indikerer begge forfatterne at «når grunnleggende rettsprinsipper står på spill, aktiveres prinsippene for forsvarlig lovbehandling». ⁷³ Prinsippet om vern mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling er et slikt grunnleggende prinsipp.

I forlengelsen av det som her er sagt om rettsgrunnlaget for forsvarlighetsprinsippet, kan tilføyes at prinsippet også får anvendelse ved Høyesteretts stillingtagen til gjennomslagskraften av Stortingets eget syn på grunnlovsmessigheten av en lov ved kvalifisert tvil om dette spørsmålet. Slik Stig Solheim påpeker, må lovforarbeidet «vise at de relevante grunnlovsskranker er sett, og at det på forsvarlig vis er vurdert at loven ikke kommer i strid med disse». ⁷⁴

I det følgende legges forsvarlighetskravet hos Menneskerettskomiteens flertall til grunn.

3.2.4 Stillingtagen til spørsmålet om lovgivers vurdering av forskjellsbehandlingen er forsvarlig

Med utgangspunkt i redegjørelsen for fiskerisystemet, lukkeprosessen og den seneste utvikling vedrørende utformingen av fiskerisystemet kan det konstateres en tydelig tilbakeholdenhet hos fiskerimyndighetene når det gjelder å vurdere alternative fiskerisystemer. Det vil si fiskerisystemer som ved bruk av uomsettelige kvotefaktorer gir flere mulighet til å konkurrere om kvotefaktorer. Reelle drøftinger av alternative fiskerisystemer uten bruk av omsettelige kvotefaktorer mangler i fiskerimyndighetenes offentlige dokumenter. Dermed synes forskjellsbehandlingen i dagens system ikke å være avveid i en slik grad som kan kreves etter Grl. § 98 når det er tale om en permanent fordeling av en felles naturressurs.

4 Avsluttende merknad

Grunnloven § 98 er som tidligere påpekt en ny bestemmelse. Fiskerimyndighetene har dermed ikke hatt foranledning til å vurdere grunnlovsmessigheten av fiskerisystemet for kystfartøygruppen. SP 26 har imidlertid vært en del av norsk rett i lang tid. Denne gir et minimumsvern mot forskjellsbehandling som burde foranlediget en nærmere vurdering av dette forhold. Det fremstår videre som lite tilfredsstillende at fiskerimyndighetene ved sin etterkontroll av deltakerloven § 21 i Prop. 59 L (2012–2013) uten ytterligere vurderinger nøyde seg med å slå fast at delingen av kystfartøygruppen er blitt et sentralt virkemiddel. ⁷⁵ Dermed blir det i realiteten en begrenset etterkontroll av fiskerisystemet for denne fartøygruppen. Dette var neppe intensjonen i Ot.prp. nr. 67 (1997–98). Her ble det sagt følgende:

⁷¹ Avsnitt (48).

⁷² Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, 1998, s. 399.

⁷³ Svein Kr. Arntzen, *Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger*, 2009, s. 123, <http://hdl.handle.net/10037/2393>.

⁷⁴ Stig Solheim, «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 2–48 (s. 15).

⁷⁵ Prop. 59 L (2012–2013) Endringer i deltakerloven, fiskeforbudsloven mv., s. 48. Se også Fiskeri- og kystdepartementets høringsnotat 8. mai 2009 Etterkontroll av deltakerloven, s. 18.

«Det er departementets forutsetning at dersom slike ordninger har strenge inngangsvilkår, samtidig som ordningene videreføres år etter år, må situasjonen tas opp til vurdering med sikte på at man enten bringer ordningene til opphør, foretar lempinger i adgangsvilkårene eller gjennomfører ordningen som en ordinær konsesjonsordning. Dette er bakgrunnen for at det i første ledd er foreslått at slike ordninger alltid skal være begrenset til ett års varighet.»⁷⁶

Kanskje er det engelske uttrykket «just let sleeping dogs lie» betegnende for fiskerimyndighetenes strategi? En slik strategi kan forstås ut fra at vi har et system som fremmer sentrale fiskeripolitiske målsettinger på en god måte, men forsvarer ikke at fiskerimyndighetene unnlater å klargjøre hvorfor bruk av uomsettelige kvotefaktorer ikke er en farbar vei.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 67 (1997–98) Om lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven), s. 52.