



3. Rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen

Markus A. B. Laurantzog og Finn Arnesen

Sammendrag I dette kapittelet vurderes rettslige konsekvenser et bortfall av EØS-avtalen vil ha for norsk sjømatnæring. Den EØS-rettslige reguleringen av sjømatvirksomheten er på flere områder uavklart. Sjømat er en vare som faller utenfor EØS-avtalens saklige anvendelsesområde, og det gjelder antakelig også mange ordninger som har en særlig tilknytning til sjømatprodukter. Særordninger knyttet til etableringer, statsstøtte, miljø og konkurranse har betydning for sjømatnæringen, og et bortfall av EØS-avtalen i sin helhet vil endre dagens situasjon.

Nøkkelord Sjømat | EØS-rett | bortfall | rettslige konsekvenser

Abstract This chapter assesses legal consequences of a potential cessation of the EEA Agreement for the Norwegian seafood industry. To what extent the EEA Agreement applies to the seafood sector is unclear. Generally, trade in seafood products is excluded from the substantive scope of the EEA Agreement, as is in principle also activities closely connected to seafood. Special arrangements related to establishment, subsidies, environment and competition have proven also to have consequences for the seafood industry, and cessation of the EEA Agreement would change the current situation.

Keywords Seafood | EEA-law | cessation | legal consequences

3.1 INNLEDNING

I dette kapittelet skal vi se på rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Med «bortfall» siktes det i denne sammenheng til at Norge trer ut av EØS-samarbeidet, og EØS-avtalen opphører mellom partene.¹ EØS-avtalen er i utgangspunktet en alminnelig folkerettslig traktat og skal tolkes i tråd med folkerettslig metode, samtidig viser EU- og EFTA-domstolens praksis at det er atskillige modifikasjoner i dette utgangspunktet.²

Det følger av EØS-avtalen art. 127 at en avtalepart kan «trekke seg» fra EØS-avtalen. Minst tolv måneder før ønsket uttrede plikter avtaleparten å sende et varsel til de andre avtalepartene. Den videre prosessen for uttrede er ikke nærmere regulert, og det er generelt stor usikkerhet knyttet til konsekvensene av et eventuelt bortfall. Det er ikke krav til at avtalepartene skal fremforhandle en avtale om de «nærmere bestemmelser om utmeldingen», slik det er ved utmelding av EU.³ Norge og EU vil likevel være nødt til, på viktige områder, å fremforhandle nye avtaler. Utfallet av disse forhandlingene vil påvirke «mykhetsgraden» av en uttrede. Virkningen av det man kunne kalt «NOEXIT» (se kapittel 1), er derfor i stor grad knyttet til hypoteser og forhandlingssituasjonen vis-a-vis EU.

Når vi skal analysere rettsvirkningene for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen, vil vi derfor ta utgangspunkt i en såkalt hard exit – et bortfall av EØS-avtalen, protokoller og vedlegg i sin helhet, uten ytterligere tilpasningsavtaler. På denne måten vil man få et så klart bilde som mulig av EØS-avtalens betydning for sjømatnæringen.

Ved et bortfall av EØS-avtalen vil forholdet mellom Norge og EU reguleres av den øvrige folkeretten, noe som vil si at man i utgangspunktet faller tilbake på andre overenskomster mellom Norge og EU. Frihandelsavtalen av 1973 nevnes ofte som et «alternativ» til EØS-avtalen, og den er fortsatt i kraft mellom partene (Utenriksdepartementet, 1992, s. 102). Også denne kan sies opp. En oppregning av Norges øvrige avtaler med EU er gjort i kapittel 1 til denne boken.

For å forstå hva som faller bort med EØS-avtalen, vil vi i vår videre analyse undersøke hvilke ordninger som faller inn under EØS-avtalens anvendelsesom-

-
1. Dette kan eventuelt også skje ved at EU og EFTA-statene blir enige om at de ikke lenger anser EØS som fruktbart og terminerer avtalen, jf. Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT) art. 54.
 2. Den folkerettslige metodelæren er i stor grad ansett å være internasjonal sedvanerett og er kodifisert i VCLT. Et viktig hensyn i EØS-retten er homogenitet i forhold til EU-retten, og EØS-retten skal tolkes EU-konformt, jf. EØS-avtalen art. 6. EU-rettens tolkingslære skiller seg fra reglene som kommer til uttrykk i VCLT. Disse forholdene må tas hensyn til i tolkingen av EØS-avtalen.
 3. Traktaten om Den europeiske union (TEU) art. 50.

råde, og hvilket rettslig spillerom disse overlater til Norge på sjømatområdet. Videre er det nødvendig å se på hva i relasjonen mellom Norge og EU som reguleres av andre avtaler enn EØS-avtalen, og hva konsekvensene av at EØS-avtalen bortfaller er for disse avtalene. Endres innholdet eller tolkingen? Må de sies opp, eller opphører de?

Det er knapt et nærings- eller rettsområde som ikke er påvirket av EØS-samarbeidet. Dette gjelder også sjømatnæringen. Fra «hav til bord» reiser det seg spørsmål om EØS-avtalens relevans, fra sjømaten fiskes eller oppdrettes, gjennom sløyting, rensing, filetering og foredling, og til den selges, eksporteres og til slutt ender på forbrukerens bord. Det er rettslige sider ved hele sjømatproduktets livsløp. Vårt formål er ikke å gi en uttømmende redegjørelse for EU-rettens påvirkning på sjømatnæringen. Vi forsøker heller å løfte frem særlige rettslige problemstillinger for sjømatnæringen som forholdet til EU har aktualisert. Innledningsvis behandles spørsmål knyttet til EØS-avtalens anvendelse på sjømat og avtalens geografiske anvendelsesområde (avsnitt 3.2.). I avsnitt 3.3. ser vi på særlige spørsmål knyttet til statsstøtte til sjømatnæringen. I avsnitt 3.4. behandler vi spørsmål knyttet til etableringer, kapitalflyt, arbeidskraft og tjenester i fiskeriene og oppdrettsnæringen. EU-miljørettens påvirkning på sjømatvirksomhet behandles i avsnitt 3.5. Deretter tar vi for oss et særskilt spørsmål knyttet til markedsadgangen for norsk sjømat til EU; om Norge har krav på kompensasjon for den økte tollbyrden ved at tidligere frihandelsavtalepartnere har sluttet seg til EU (avsnitt 3.6.). Avslutningsvis ser vi på forbudet mot konkurransevridende adferd og muligheten for beskyttelsestiltak (avsnitt 3.7.).

Det er klart at andre rettsområder, som fiskeriforvaltning og fordeling av fiskekvoter, reguleringen av veterinære forhold og tollbyrden på sjømat, også er viktige områder hvor bortfall av EØS-avtalen vil ha stor påvirkning. Særlig fraværet av grensekontroll på grunn av overtakelsen av EUs veterinære regelverk har hatt stor betydning. Når vi likevel ikke behandler disse temaene, er det fordi disse er grundig og godt behandlet i andre kapitler i denne boken. For en generell redegjørelse av de rettslige konsekvensene fra «hav til bord», for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen, se *Markus A. B. Laurantzson* (Laurantzson, 2020).

3.2 EØS-AVTALENS ANVENDELSESOMRÅDE

Innledning

I avsnittene under behandler vi spørsmål knyttet til EØS-avtalens generelle virkeområde; spørsmålet om hvilke anliggender EØS-avtalen regulerer (EØS-avtalens

saklige virkeområde) og på hvilke geografiske områder avtalen får anvendelse (EØS-avtalens geografiske anvendelsesområde). Dette er i hovedsak problemstillingen om fisk og sjømat er *EØS-relevant*. For det første er dette et spørsmål om EØS-avtalens generelle regler kommer til anvendelse på fisk- og sjømatnæringen. For det andre er det et spørsmål om rettsakter som omhandler fisk og sjømat, må tas inn i EØS-avtalen, siden EU-regelverk som omhandler temaer som faller innenfor EØS-avtalens virkeområde, skal tas inn i EØS-avtalens vedlegg. Spørsmålene har betydning for hva som faktisk vil falle bort med EØS-avtalen, og på hvilke områder EØS-avtalen uansett ikke forplikter Norge.

EØS-avtalens saklige anvendelsesområde

Konsekvensene for sjømatnæringen ved bortfall av EØS-avtalen beror på rekkevidden av avtalens *saklige* anvendelsesområde. Det er nemlig særlig når det kommer til dekningen av sjømatprodukter, at EØS-retten avviker fra EU-retten.

EØS-avtalen art. 8 nr. 3 regulerer hvilke varer som faller inn under EØS-avtalens anvendelsesområde. Etter ordlyden får bestemmelsene i «denne avtale» kun anvendelse på «varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system [HS] for beskrivelse og koding av varer» og varer oppført i protokoll 3. HS kapittel 25 til 97 gjelder i hovedsak *industri*produkter, mens fisk, krepsdyr, bløtdyr og andre virvelløse dyr som lever i vann og produkter av disse, finnes i henholdsvis HS kapittel 3 og 16. Sjømat som vare faller derfor i prinsippet utenfor EØS-avtalens regler om det indre marked.

Artikkel 8 nr. 3 ekskluderer ikke fisk og sjømat hvis det er «særskilt angitt» i EØS-avtalen at den kommer til anvendelse. Det er flere steder «særskilt angitt» at EØS-avtalens bestemmelser skal komme til anvendelse på ordninger knyttet til sjømatnæringen. Som påpekt i *Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU* (Europautredningen) er fiskeri og havbruk «et felt der Norge virkelig kan sies å være utenfor og innenfor EU på en gang» (NOU 2012: 2, s. 666).

Av særlig viktighet er vedlegg I om veterinære og plantesanitære forhold, som behandles andre steder i denne boken.⁴ Videre er det fastsatt særskilte ordninger for handel med sjømat i den egne lille «frihandelsavtalen» i protokoll 9 (Bull, 2013; Arnesen i Arnesen, F., Fredriksen, H. H., Graver, H. P., Mestad, O. & Vedder, C,

4. Også hele EUs regelverk for harmonisering av tekniske standarder, prøving og sertifisering av varer er tatt inn i EØS-avtalen gjennom protokoll 12 og vedlegg II, jf. EØS-avtalen art. 23. Bestemmelsene får anvendelse på «alle varer», inkludert fisk- og sjømatprodukter. EØS-avtalen art. 9 viser også til protokoll 4 om opprinnelsesregler, som også regulerer fisk- og sjømatprodukters opprinnelse og opprinnelsesbevis.

2018, s. 339). Protokoll 9 regulerer bl.a. toll og andre handelshindre, konkurranse og statsstøtte, og gir EU-fartøyer adgang til norske havner. De alminnelige reglene i EØS-avtalen kan også spille inn som *tolkningsmoment* der det er «særskilt angitte» regler for fisk- og sjømatprodukter (Stefánsson, 1996, s. 10).⁵

Vi finner art. 8 i EØS-avtalens del II om det frie varebyttet. Rekkevidden av ordlyden i bestemmelsens nr. 3 har vært gjenstand for debatt (se generelt Benjaminsen, 2017).

Det er i utgangspunktet ingen tilsvarende regulering av anvendelsesområde i de delene av avtalen som er knyttet til fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital, og reguleringen av konkurranse, etableringer og statsstøtte. Siden vi finner art. 8 i del II om det frie varebyttet – og nr. 3 i samme bestemmelse som hovedregelen i nr. 1 om fritt varebytte – kan dette tas til inntekt for at produktavgrensningen kun gjelder utveksling av *varer*. Med andre ord at reglene om etableringer, arbeidskraft, statsstøtte, tjenester og kapital gjelder alle typer næringer, uten påvirkning av produktavgrensningen i art. 8 nr. 3. Ordlyden er imidlertid helt generell, og det er bestemmelsene i «denne avtale» (EØS-avtalen) som etter art. 8 nr. 3 ikke skal få anvendelse på sjømat. Dette kan trekke i retning av at produktbegrensningen ikke bare gjelder anvendelsen av reglene om fri flyt av *varer* innad i EØS, men helt generelt der det er snakk om å anvende EØS-avtalens regler på ordninger som har med produkter som faller utenfor produktbegrensningen i art. 8 nr. 3, å gjøre.

At bestemmelsen har betydning også på andre områder enn det frie varebyttet, støttes av EFTA-domstolens avgjørelse i *Pedidel*.⁶ Saken gjaldt spørsmålet om det norske forbudet mot alkoholreklame var en restriksjon på retten til å tilby tjenester over landegrensene. Selskapet *Pedidel* var utgiver av et tidsskrift som rettet seg mot «gourmeter og vinelskere», og ønsket å tilby reklameplass til utenlandske veksportører. Siden vin faller utenfor produktangivelsen i HS 25-97, ble spørsmålet hvilken betydning produktbegrensningen i art. 8 nr. 3 hadde for *tjenesten* reklame for vin. I den forbindelse uttalte domstolen at:

Begrunnelsen for at disse produktene er holdt utenfor EØS-avtalens *generelle anvendelsesområde* må være at avtalepartene *ønsket å beholde friheten til selv å fastsette sine ordninger*, uten å være bundet av reglene i EØS-avtalen, med mindre noe annet uttrykkelig er bestemt.⁷ (våre uthevinger)

5. Se f.eks. avsnitt 3 om statsstøtte og 7 om konkurranse.

6. Sak E-4/04, *Pedidel*.

7. E-4/04, *Pedidel*, avsnitt 25.

I EFTA-domstolens avgjørelse i *Synnøve Finden* gjentas dette, og EFTA-domstolen uttaler videre at avtalepartenes hensikt må ha vært å holde slike produkter utenfor EØS-avtalens virkeområde, og ikke bare utenfor virkeområdet for reglene om fritt varebytte.⁸ Det kreves derfor «et spesifikt EØS-rettslig grunnlag» for at en EØS-bestemmelse skal få anvendelse på slike produkter.⁹ Ordninger som gjelder produkter som faller utenfor produktangivelsen, faller således som utgangspunkt også utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Ordningen må imidlertid fortsatt på en eller annen måte knytte seg til «varen». I *PediceI* uttalte EFTA-domstolen at en tjenesteytelse:

... som er *uatskillelig knyttet til salg av vin*, må anses å falle utenfor anvendelsesområdet for artikkel 36 EØS.

Klageren i den foreliggende sak er utgiver av et vintidsskrift hvis interesse ikke er å selge vin, men å selge annonsetjenester. Slike annonsetjenester har imidlertid til formål å fremme salg av vin og er *uløselig knyttet til vinhandelen*. Slike tjenester faller derfor ... utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde (våre uthevinger).¹⁰

Det følger av EFTA-domstolens resonnement at der en tjeneste har til formål å fremme salg av et produkt utenfor produktangivelsen og således er *uatskillelig knyttet til* omsetningen av dette produktet, vil tjenesten også falle utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Dette er blitt omtalt som «*PediceI-doktrinen*» (Arnesen, 2015; Benjaminsen, 2017). I *Synnøve Finden* fant EFTA-domstolen i sin rådgivende uttalelse at *PediceI-doktrinen* også kunne anvendes på reglene om statsstøtte.

Avgrensningskriteriet EFTA-domstolen oppstiller, kan imidlertid by på vanskelige tolkningsproblemer der forholdene ikke er like dem som var oppe i *PediceI* og *Synnøve Finden*. Følger man argumentasjonen om en formålstro tolking og at meningen har vært å holde ordninger knyttet til de aktuelle produktene, utenfor, byr ordlyden i art. 8 nr. 3 på få begrensninger og bør kunne anvendes generelt. Dette kan tas til inntekt for at det er tilstrekkelig med tilknytning mellom aktiviteten som er regulert i EØS-avtalen, og *produktet* som sådant (se i denne retningen, Benjaminsen, 2017). Anvendt på det konkrete tilfellet (subsumsjonen) i *PediceI* knytter likevel EFTA-domstolen ordningen (reklame for vin) til *salget* eller *hande-*

8. Sak E-1/16, *Synnøve Finden*, avsnitt 56 og 57. Se også Sak E-12/16, *Marine Harvest ASA*, avsnitt 66.

9. Sak E-1/16, *Synnøve Finden*, avsnitt 57.

10. Sak E-4/04, *PediceI*, avsnitt 34, 35.

len med det aktuelle produktet.¹¹ Det kan således se ut til at det avgjørende er om det foreligger en tilknytning til *omsetningen* av produktet som faller utenfor art. 8 nr. 3. Slik leste også ESA avgjørelsen da de i 2012 argumenterte for at eierbegrensningene i norsk fiskeoppdrettsnæring stred mot EØS-avtalens etableringsregler (*eierbegrensningssaken*).¹²

Til dette kan innvendes at EFTA-domstolens avgjørelse i *Pedical* er konkret begrunnet, og at selv om det var tilknytningen til salg som var avgjørende, utelukker ikke dette muligheten for *andre* tilknytningspunkter til produktet enn omsetning. Det er av interesse at EFTA-domstolen i *Synnøve Finden*, med henvisning til *Pedical*, i fastleggelsen av innholdet i rettsregelen uttalte at:

Ethvert nasjonalt tiltak som er «uatskillelig knyttet» til *omsetningen* av produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, faller selv utenfor dette virkeområde [...]. Det må derfor vurderes om det aktuelle tilskudd er uatskillelig knyttet til *omsetningen* av produkter som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.¹³ (våre uthevinger)

Dette gir inntrykk av at EFTA-domstolen, på helt generelt grunnlag, knytter *Pedical*-doktrinen an til et vilkår om at det må foreligge nødvendig tilknytning mellom den aktuelle ordningen og *omsetningen* av en unntatt vare.¹⁴ Samtidig gjaldt *Synnøve Finden* støtte til distribusjonen av en vare, og EFTA-domstolen fant at tiltaket var knyttet til omsetningen av varen. Avgjørelsen kan dermed ikke tas til inntekt for at *omsetningen* er eneste relevante tilknytningspunkt.

Så langt har EFTA-domstolen bekreftet at *Pedical*-doktrinen kan anvendes på visse typer tjenester og statsstøtte. Hvor langt produktbegrensningen i art. 8 nr. 3 strekker seg, og om doktrinen kan anvendes på andre typer tjenester og statsstøtte, bruk av arbeidskraft, etableringer og konkurranseforhold i fiskerieringen, er fortsatt omdiskutert. Ólafur Jóhannes Einarsson tar til orde for at *Pedical*-doktrinen bør anvendes strengt og kun der ordningen påvirker omsetningen av produktet, og at den «as a matter of principle» ikke bør få anvendelse på reglene om arbeidstakere, etableringer og kapital (Einarsson i Arnesen, Fredriksen, Graver, Mestad & Vedder, 2018, s. 416, 457).¹⁵ Torben Foss tar til orde for at utover det faktum at det

11. Se Sak E-4/04, *Pedical*, avsnitt 34, 35.

12. Se ESAs åpningsskriv i sak 68781 av 11. juli 2012.

13. Sak E-1/16, *Synnøve Finden*, avsnitt 59.

14. På engelsk, det offisielle arbeidsspråket til EFTA-domstolen, brukes begrepet «trade». Dette bør ikke ha påvirkning på tolkningsresultatet.

15. Det kan her nevnes at Einarsson ledet den indre markedsavdelingen i EFTAs overvåkingsorgan da han skrev dette.

frie varebyttet er begrenset for fisk, var «traktatpartenes klare mening at de fire frihetene skulle finne anvendelse også i fiskeri- og oppdrettssektoren» (Foss, 2011, s. 25). Finn Arnesen antar at etableringer av foretak knyttet til bl.a. produksjon av sjømat faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, mens han mener det er noe mer usikkerhet knyttet til påvirkningen på kapitalreglens anvendelse (Arnesen, 2015, s. 11). Nils Kristian Benjaminsen gir på sin side uttrykk for at det ikke er noe prinsipielt i veien for at Pedicel-doktrinen får anvendelse på enhver bestemmelse i EØS-avtalen, så fremt tilknytningen til *produktet* er sterk nok (Benjaminsen, 2017, s. 19).

Etter vårt syn er antakelig det sentrale i både *Pedicel* og *Synnøve Finden* at det dreier seg om tiltak «uatskillelig knyttet til» en vare som faller utenfor oppregningen i art. 8 nr. 3, ikke at tiltaket knytter seg til *omsetningen* av den aktuelle varen. Rettstilstanden er imidlertid langt fra avklart, og det gjenstår å se hvordan EFTA-domstolen vil behandle spørsmål som knytter an til andre forhold enn selve omsetningen av varen.

Hvordan Pedicel-doktrinen spiller inn på reglene om statsstøtte, etableringer og fri bevegelighet for arbeidstakere og tjenester, vil bli behandlet i avsnittene under.

EØS-avtalens geografiske virkeområde

EØS-avtalens geografiske anvendelsesområde reguleres av art. 126. Etter bestemmelsen skal EØS-avtalen «anvendes på» *territoriet* til EFTA-statene og for EUs vedkommende de *territorier* hvor EU-traktaten gjelder.¹⁶

Hvordan bestemmelsen, og da særlig begrepet «territorium», skal tolkes, har gjennom tidene vært gjenstand for uenighet mellom på den ene siden Norge (og Island) og på den andre siden EU og ESA (Finstad i Arnesen et al., 2018, s. 75 flg.; Hillion i Arnesen et al., 2018, s. 956). Norge er av den oppfatning at ordlyden ekskluderer virksomhet utenfor statenes territorialfarvann, som strekker seg 12 nautiske mil (nm) fra grunnlinjen, noe EU og ESA er uenige i. Problemstillingen er av relevans for spørsmålet om EØS-rettens anvendelse på fisk- og sjømatnæringen, siden store deler av villfisket foregår utenfor norsk territorialfarvann. Problemstillingen aktualiseres ytterligere ved at ny teknologi og nye typer havbruksinstallasjoner muliggjør oppdrett og foredling på «utradisjonelle lokaliteter», utenfor territorialfarvannet (Nærings- og fiskeridepartementet, 2019).

Spørsmålet om EØS-avtalen får anvendelse på norsk virksomhet i den tilstøtende sonen, den økonomiske sonen og på kontinentalsokkelen (og i ytterste konsekvens det åpne hav) er uavklart (Fredriksen & Mathisen, 2018, s. 45; Arnesen i

16. Svalbard faller utenfor EØS-avtalens geografiske virkeområde, jf. EØS-avtalen Protokoll 40.

Arnesen et al., 2018, s. 946; Arnesen, Furuseth, Pozdnakova & Ringbom, 2019, s. 33; Arnesen & Bekkedal, 2017, s. 7). Hverken EFTA-domstolen eller EU-domstolen har tatt stilling til betydningen av begrepet «territorium» i art. 126, og ingen av partene har til nå initiert tvisteløsning etter EØS-avtalens art. 102 eller 111 (Finstad i Arnesen et al., 2018, s. 75). Det foreligger riktignok to motstridende norske underrettsdommer som tar stilling til innholdet i begrepet, men en endelig avklaring fra Høyesterett har latt vente på seg.¹⁷

Ordlyden løser ikke spørsmålet umiddelbart og leder i første omgang tankene i retning av *landterritoriet*. Norges posisjon har vært at begrepet «territorium» skal tolkes i tråd med fast praksis i folkeretten (Utenriksdepartementet, 2012, s. 41). I folkerettslig tradisjon er begrepet «territory» i hovedsak tolket som landterritoriet og territorialfarvannet, dets havbunn og undergrunn (Crawford, 2019, s. 191; Arnesen & Bekkedal, 2017, s. 7) og er sammenfallende med området for statenes suverenitet (Shaw, 2017, s. 363). Etter Havrettskonvensjonen strekker en stats suverenitet seg til territorialfarvannets yttergrense.¹⁸ Tar man bestemmelsen i EØS-avtalen art. 126 på ordet, bør således det geografiske anvendelsesområdet begrense seg til landterritoriet, indre farvann og territorialfarvannet.

ESA og EU har imidlertid vært av den oppfatning at EØS-avtalens territorielle anvendelsesområde må avgjøres etter lignende kriterier som EU-retten.¹⁹ ESA har i denne sammenheng uttalt at «the scope of application of the EEA Agreement is to be defined in a *functional manner*, and in light of the *object* and *purpose* of the EEA Agreement» (våre uthevinger).²⁰ Dette er sammenfallende med EU-rettens anvendelsesområde. Etter TEU art. 52²¹ gjelder EU-traktatene «for» medlemsstatene.²² Det gjøres ingen henvisning til medlemsstatenes «territorium», men etter EU-domstolens praksis skal det geografiske anvendelsesområdet som utgangspunkt fastsettes etter *funksjonelle*, snarere enn geografiske kriterier.²³ EU-rettens

17. Dommene kommer fra Agder og Frostating lagmannsrett og er inntatt i henholdsvis LA-2001-1152 (*Kvitsjøen*) avsagt 10. desember 2001 og LF-2006-24118 (*Leinebris*) avsagt 21. september 2006. Dommene er omtalt av Laurantzson (Laurantzson, 2020, s. 25).

18. Havrettskonvensjonen (UNCLOS) art. 2 nr. 1.

19. Se f.eks. Grunnlagt uttalelse avgitt 24. september 1999, Doc. No 6990-D, og Grunnlagt uttalelse avgitt 2. april 2004 i Sak 2229. For EU sin del har de i flere tilfeller ansett rettsakter som får anvendelse utenfor territorialfarvannet som «EØS-relevant», se f.eks. Dir. 2008/56/EC *Havstrategidirektivet*, Dir. 2013/30/EU *Offshore-direktivet*.

20. ESAs brev til Norge av 16. august 2002 (doc. no 02-5970-D).

21. Tidligere Roma-traktatens art. 227 nr. 1.

22. «Traktatene gjelder for Kongeriget Belgien, Republikken Bulgaria, Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Danmark [...] og Nordirland» (våre uthevinger).

23. Se C-6/4, 20.10.2005, *Kommisjonen mot Storbritannia*, avsnitt 115 flg., og generaladvokat Cruz Villalóns generelle redegjørelse i C-347/10, *Salemink*, avsnitt 43 flg.

anvendelse begrenses således ikke til de områdene som tradisjonelt i folkeretten er ansett som *territorium*, men får generelt anvendelse der statene har *jurisdiksjon* (Arnesen i Arnesen et al., 2018, s. 947). Anvendelsesområdet strekker seg således til områder utenfor territorialfarvannet, også der rettsakten etter sin ordlyd gjelder «territoriet» til statene.²⁴

Tar man bestemmelsen på ordet, bør den tolkes i tråd med den festnede praksis i folkeretten, slik denne er redegjort for over.²⁵ Dette harmonerer også med EFTA-domstolens praksis i *Pedice*, hvor det gis uttrykk for at man skal være forsiktig med å tolke EØS-avtalen slik at anvendelsesområdet utvides.²⁶ Dette kan tas til inntekt for at bestemmelser som avgrenser EØS-avtalens anvendelsesområde, bør tas på ordet.

Videre bør bestemmelsen leses i kontekst og i lys av sitt formål.²⁷ Et viktig formål bak EØS-avtalen er å forme et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen.²⁸ Formålet om ensartethet vil i det vesentlige si ensartethet med EU, slik at EØS-retten er homogen med EU-retten. En lik anvendelse av EØS-avtalen bør derfor tas til inntekt for at utstrekningen av anvendelsesområde også bør være det samme som i EU-retten.

På den annen side, en av metodene som er brukt for å skape harmoni mellom EØS- og EU-retten, er å speile bestemmelsene som skal implementeres i EØS-avtalen med de tilsvarende bestemmelsene i EU-retten. Det at EØS-avtalen art. 126 nr. 1 fikk en annen formulering enn sitt motstykke i TEU art. 52,²⁹ kan således tas til inntekt for at forskjellen var tilsiktet.

At forskjellen kan ha vært tiltenkt, styrkes ved at også Frihandelsavtalen fra 1973 mellom Norge og EU hadde tilsvarende ordlyd.³⁰ Norges posisjon var også da at avtalen ikke fikk anvendelse på aktivitet i områder utenfor territorialfarvannet. Dette var EU klar over (Utenriksdepartementet, 1981, s. 4; Arnesen i Arnesen et al., 2018, s. 947). Fra norsk side ville man nok derfor hevde at uenigheten ble løst ved den valgte ordlyden. *Arnesen* tar dette til inntekt for at etableringen av en tilsvarende regel i EØS-avtalen derfor burde virket som en oppfordring til EU om å klargjøre en eventuell uenighet (Arnesen, 1994, s. 442). Det er vel kanskje like nærliggende at *Norge* burde initiert å løse uenigheten (i denne retning, Trosdahl, 2018,

24. C-347/10 *Salemink*, avsnitt 35.

25. Utgangspunktet etter VCLT art. 31 er at folkerettslige avtaler skal tolkes etter sin ordlyd.

26. Se Sak E-4/04, *Pedice*, avsnitt 28.

27. Se VCLT art. 31 nr. 1.

28. Se EØS-avtalens fortale, avsnitt 5, 16.

29. «Territorier» vs. «for» Stat X.

30. Se Frihandelsavtalen art. 35.

s. 87 flg.). Særlig med tanke på at Fiskeriavtalen av 1980, som klart nok får *anvendelse* utenfor territorialfarvannet, bruker tilsvarende ordlyd.³¹

Ser vi på etterfølgende praksis mellom partene,³² finnes det både eksempler på at Norge har bestridt og tatt inn rettsaker med anvendelse utenfor territorialfarvannet, som EU har vurdert som EØS-relevante.³³ Norge har imidlertid reservert seg retten til, etter en konkret vurdering, å påta seg spesifikke EØS-forpliktelser utenfor territoriet. Som referert i Meld. St. 5 (2012–2013) har det seg nemlig slik at:

En sterk saklig eller økonomisk sammenheng mellom de deler av en konkret aktivitet som skjer innenfor og utenfor territoriet, kan tilsi at Norge i en gitt situasjon velger å innlemme i EØS-avtalen rettsaker med et virkeområde som omfatter økonomisk sone eller kontinentalsokkelen. I slike tilfeller har det vært en klar forutsetning fra norsk side at utvidet geografisk anvendelse av enkelte rettsaker ikke endrer den prinsipielle forståelsen av EØS-avtalens geografiske virkeområde. I andre tilfeller kan Norge på nasjonalt grunnlag velge å ha tilsvarende regler utenfor territoriet som det en EØS-rettsakt fastsetter innenfor territoriet. (Utenriksdepartementet, 2012, s. 41)

Norge har opprettholdt denne posisjonen, også når det kommer til å tilpasse allerede eksisterende norsk regelverk til EU/EØS-retten. Dette har vært tilfellet i flere saker hvor Norge etter at ESA har truet med traktatbruddsøksmål, tilsynelatende har gitt etter for ESAs syn om at EØS-retten må anvendes etter funksjonelle kriterier.³⁴

Det virker symptomatisk for Norges – men også ESAs – del at man ikke ønsker spørsmålet om EØS-avtalens geografiske anvendelsesområde satt på spissen (se videre Laurantzson, 2020, s. 24–25). Norge har likevel kategorisk presisert sin fortsatte uenighet med ESA og forklart lovendringer og implementering med den begrunnelse som er referert til over i Meld. St. 5 (2012–2013) (Utenriksdepartementet, 2012, s. 41).

Det er vanskelig å trekke en endelig konklusjon om rekkevidden av EØS-avtalens geografiske virkeområde. *Finn Arnesen og Tarjei Bekkedal* er av den oppfat-

31. Fiskeriavtalen art. 11.

32. Jf. VCLT art. 31 nr. 3 (b).

33. Til første kategori hører bl.a. *Havstrategidirektivet* (2008/56/EF), som bl.a. pålegger statene å utarbeide forvaltningsplaner i tråd med overordnede kriterier bestemt av EU for å sikre god miljøstatus i havområdene, og *Direktivet for sikkerhet for olje- og gassvirksomhet til havs* (2013/30/EF), som begge etter Norges syn går utover EØS-avtalens geografiske virkeområde.

34. Se f.eks. grunnlagt uttalelse av 24. september 1999 (dok. 69990-D), grunnlagt uttalelse av 2. april 2004 i sak 2229.

ning at den norske holdningen har et robust rettskildemessig grunnlag (Arnesen & Bekkedal, 2017, s. 10), mens *Peter Ørebech* er av den oppfatning at det er «dårlige odds» for den norske posisjonen (Ørebech, 2015, s. 5). *Kari Anne Trosdahl* heller i samme retning som Ørebech (Trosdahl, 2018, s. 112 flg.).

Det er klart at spørsmålet om utstrekningen av EØS-avtalens geografiske virkeområde kan by på vanskelige avgrensningsspørsmål.³⁵ Hvordan man løser problemer som oppstår, må vurderes konkret, men problemstillingen er likevel gjennomgående i analysen av hvordan EØS-avtalen påvirker fiske- og sjømatnæringen.

3.3 STATSSTØTTE

Spørsmålet om lovligheten av statsstøtte til norske fiskeforetak har vært reist i flere sammenhenger.

I tråd med formålet om å legge til rette for like konkurransevilkår for markedsaktørene i utøvelsen av de fire friheter og at konkurransen ikke vrir,³⁶ nedlegger EØS-avtalen (art. 61 nr. 1) et generelt forbud mot statsstøtte som «vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer» (se generelt Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn & Kolstad, 2011, s. 572 flg.).

Med bakgrunn i produktbegrensningen i art. 8 nr. 3 kommer ikke bestemmelsene om statsstøtte fastlagt i art. 61 til 63 til anvendelse i fiskerisektoren.³⁷ Det samme gjelder i utgangspunktet også statsstøtte til virksomhet som er «uatskillelig knyttet til» produkter som faller utenfor HS kapittel 25–95.³⁸

Det er imidlertid fastsatt særlige bestemmelser om statsstøtte til fiskerisektoren i protokoll 9 art. 4, jf. EØS-avtalen art. 20. Etter bestemmelsens nr. 1 skal «[S]tøtte gitt av statsmidler til fiskerisektoren som vrir konkurransen», avskaffes. Etter ordlyden er ikke vurderingstemaene i EØS-avtalen art. 61 og protokoll 9 art. 4 fullstendig identiske. For det første rammer protokoll 9 art. 4 etter sin ordlyd kun statsstøtte som faktisk *vrir* konkurransen (ikke der den «truer med å vri konkurransen»). For det andre inneholder ikke protokoll 9 art. 4 en opplisting av lovlige

35. Se om en alternativ løsning, lignende etter *Pedicele*-doktrinen (Arnesen i Arnesen et al., 2018, s. 953).

36. Se EØS-avtalen fortale avsnitt 5, art. 1 nr. 1 og art. 1 nr. 2 e). Se også Sak E-1/16, *Synnøve Finden*, avsnitt 55.

37. Spørsmålet om Norge gir ulovlig statsstøtte til sjømatnæringen, har vært oppe i flere sammenhenger. For en nærmere oversikt se Laurantzon (Laurantzon, 2020, s. 27).

38. Sak E-1/16, *Synnøve Finden*, avsnitt 59.

og mulig lovlige statsstøtteordninger, tilsvarende EØS-avtalen art. 61 nr. 2 og 3. EU- og EFTA-statenes felleserklæring om enighet av tolkingen av protokoll 9 art. 4 nr. 1 og 2 i EØS-avtalens sluttakt gir imidlertid holdepunkter for at bestemmelsen i protokoll 9 art. 4 må vurderes i lys av bestemmelsene i art. 61 og relevant EU-rett.³⁹ Sluttklæringen må for eksempel leses som at hva som er konkurransevridende, må baseres på EU-retten (Foss, 2011, s. 20; Stefánsson, 1996, s. 24). Det betyr imidlertid ikke at EU-retten anvendes direkte, og som påpekt av Arnesen kan det by på problemer å anvende rettspraksis knyttet til EØS-avtalen art. 61 og relevant EU-rett på spørsmålet om lovligheten av statsstøtte til sjømatnæringen (Arnesen i Arnesen et al., 2018, s. 341). Det er også usikkert i hvilken grad bestemmelsen gir private rettigheter.

Etter sin ordlyd gjelder forbudet mot konkurransevridende statsstøtte for hele «fiskerisektoren». Hva gjelder rekkevidden av dette, virker det klart at bestemmelsen får anvendelse på statsstøtte til selskaper som eier og driver fiskefartøyer og fiskeforedlingsforetak.⁴⁰ Det samme må gjelde andre former for statsstøtte knyttet til villfiske. Begrepet «fiskeri» eller «fisheries» omfatter nok også oppdrettsnæringen (Laurantzson, 2020, s. 28–29). Hva gjelder statsstøtte til andre næringer som er assosiert med sjømatnæringen, blir dette fort et spørsmål om Pedicel-doktrinen anvendelse.

Norske myndigheter kan f.eks. ønske å gi særlig regional støtte til sjømatprodusenters transport av sjømat for å sikre næringsutviklingen i distriktene, styrke utsatte regioner og bøte på særlig lange transportavstander fra avsidesliggende områder.⁴¹ Hvor støtten går direkte til sjømatprodusenten, fanges nok tilfellet opp av protokoll 9 art. 4. Spørsmålet om tilknytning må imidlertid vurderes konkret i forhold til den aktuelle ordningen. En ordning som er åpen for alle næringsvirksomheter i et område, må vurderes mot EØS-avtalens alminnelige regler. På den andre siden er vi av den oppfatning at en ordning som f.eks. tilgodeser godstransportør med den hensikt å støtte sjømatnæringen, bør falle utenfor det materielle anvendelsesområdet til EØS-avtalen.⁴²

Bestemmelsen i protokoll 9 art. 4 og tolkingen av denne har hatt liten betydning i praksis. Dette henger sammen med at ESA – med tilslutning fra EFTA-statene og EU (Bull, 2013) – gjennomgående har avvist at organet har kompetanse til å vurdere lovligheten av statsstøtte i fiskerisektoren (se nærmere om begrunnelsen for

39. Se erklæringens punkt 1, *in fine*.

40. Henholdsvis ESA sak 63948, avgjørelse 729/08/COL og ESA sak 55123, avgjørelse 176/05/COL.

41. Gjeldende EØS-rett har også egne regler om transportstøtte og tillater slike tiltak under nærmere vilkår (NOU 2012: 2, s. 596).

42. Se til sammenligning EFTA-domstolen sak E-1/16, *Synnøve Finden*.

dette, Laurantzon, 2020, s. 29–30).⁴³ At ESA mangler overvåkingskompetanse på området, ble endelig avgjort i *Marine Harvest*.⁴⁴

At bestemmelsen «betyr lite i praksis», er også påpekt i *Europautredningen* (NOU 2012: 2, s. 387). Bestemmelsen er like fullt en folkerettslig forpliktelse til å avskaffe statsstøtte som vrir konkurransen. Dette gjelder selv om mangelen på håndheving og overvåking muligens i praksis kan gi Norge et noe større handlingsrom.

At ESA mangler overvåkingskompetanse, betyr heller ikke at protokoll 9 art. 4 ikke åpner for avbøtende tiltak der en stat tildeler ulovlig statsstøtte. Artikkel 4 nr. 3 gir underforstått uttrykk for at en avtalepart i slike tilfeller kan «anvende antidumping og beskyttelsestoll». Dette er i hovedsak en henvisning til beskyttelsestiltak WTO-regelverket tillater. Anklager om at norsk oppdrettsnæring mottok subsidier, var også noe av bakgrunnen for den såkalte laksestriden. Etter krav fra skotske og irske lakseprodusenter iverksatte EU i flere perioder beskyttelsestiltak. Norge klaget til slutt EU inn for WTOs tvisteløsningsorgan.⁴⁵ Selv om Norge vant frem på flere punkter, var det i flere år etter at saken var avsluttet, en bekymring på norsk side for fremtidige beskyttelsestiltak fra EU (NOU 2012: 2, s. 676; Farsund & Langhelle i Melchior & Sverdrup, 2015, s. 122). Dette kan indikere at Norge vil være forsiktig med å utnytte den skjønnsmarginen som protokoll 9 art. 4 eventuelt gir.

Ved bortfall av EØS-avtalen vil den generelle plikten til å fjerne statsstøtteordninger i fisk- og sjømatsektoren falle bort. Siden Frihandelsavtalen av 1973 med tilhørende brevveksling («fiskebrevet») ikke har særlige bestemmelser knyttet til statsstøtte i fiskesektoren, vil det derfor være WTO og GATT som regulerer forholdet mellom EU og Norge på området for statsstøtte og bruken av utjevningstoll. Det er ikke noe generelt forbud mot statsstøtte i GATT, og selv om statsstøtte kan være forbudt under nærmere vilkår, vil bortfall av EØS-avtalen lempe på Norges forpliktelser overfor EU. På den andre siden vil statsstøtte fort lede til anklager om dumping, noe som ofte er både tidkrevende og kostbart å håndtere.

43. Sak E-2/94, *Scottish Salmon Growers Association Limited*, avgjørelse 729/08/COL, Dec. No: 176/05/COL, sak E-12/16, *Marine Harvest ASA*.

44. Sak E-12/16, *Marine Harvest ASA*, avsnitt 79.

45. Se sak DS337 *European Communities – Anti-Dumping Measure on Farmed Salmon from Norway*.

3.4 INVESTERINGER, ARBEIDSKRAFT OG TJENESTER I FISKERIENE OG HAVBRUKSNÆRINGEN

Etableringer og kapitalflyt i fiskeriene

Vi ser først på hvilke krav EØS-avtalen stiller til investeringer i *fiskeriene* og til fisket på norske kvoter i norske farvann. Spørsmålet knytter seg i hovedsak til reglene for eierskap i fiskeflåten og fangstadgangen.

EØS-avtalen gir som hovedregel EØS-lands borgere og selskaper som ønsker å drive næringsvirksomhet i en annen EØS-stat, rett til fri etablering på samme vilkår som nasjonale aktører.⁴⁶ Det skal heller ikke være noen restriksjoner på, eller diskriminering knyttet til, overføring av kapital mellom borgere bosatt i EØS-landene.⁴⁷

Adgangen til å drive ervervsmessig fiske og fangst med norsk fartøy er etter norsk rett i hovedsak regulert av deltakerloven.⁴⁸ Etter loven kan et fartøy ikke benyttes som driftsmiddel i fiske eller fangst uten ervervstillatelse.⁴⁹ Videre oppstiller loven, med tilhørende forskrifter, de nærmere vilkårene for når ervervstillatelse kan gis. Det stilles blant annet krav til mottaker av ervervstillatelsens (fartøyets eiers) nasjonalitet, bosted for mannskap, fiskere og fartøysfører, og ervervstillatelsens innehaver sin tidligere aktivitet innen fiske eller fangst.⁵⁰ Dette innebærer f.eks. at personkretsen som kan få ervervstillatelse, begrenses til *norske* statsborgere og selskap hvor den utenlandske eierandelen ikke overstiger 40 %.⁵¹ Det stilles videre krav til at mannskap, lottfiskere og fartøysfører har lokal tilhørighet.⁵² I tillegg oppstiller loven krav om at aktive fiskere må kontrollere minst 50 % av eierinteressene i selskapet, for at et selskap skal få ervervstillatelse.⁵³ For visse fartøy med torsketrållatelse gjelder plikt til å tilby visse fiskeforedlingsforetak råstoff.⁵⁴

46. EØS-avtalen art. 31.

47. EØS-avtalen art. 40.

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

49. Deltakerloven § 3.

50. Deltakerloven §§ 5 flg.

51. Deltakerloven § 5. Etter paragrafens første ledd kan utlending bosatt i Norge «bare bli tildelt ervervstillatelse når fartøyets største lengde er mindre enn 15 meter».

52. Deltakerloven § 5 a.

53. Deltakerloven § 6 annet ledd.

54. Dette systemet er også forankret i deltakerloven og i forskrift 12. september 2003 nr. 1131 om leveringsplikt for fartøy med torsketrållatelse (leveringspliktforskriften). Dette er en begrensning på det frie varebyttet, men er lovlig fordi handel med fisk faller utenfor EØS-avtalens saklige anvendelsesområde.

Det er på det rene at begrensningene deltakerloven oppstiller, knyttet til nasjonalitet og bosted, som utgangspunkt omfattes av EØS-avtalens regler om etableringsfrihet og fri kapitalflyt (Arnesen, 2015, s. 5).⁵⁵

Når Norge likevel har opprettholdt begrensningene, skyldes dette *for det første* de reservasjonene Norge gjorde i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen, for etablerings- og kapitalreglene knyttet til fiske. Disse er fastlagt i avtalens vedlegg VIII og XII. Etter vedleggene kan Norge fortsette å anvende diskriminerende restriksjoner for utenlandske statsborgere og selskaper som *gjaldt ved inngåelsen* av EØS-avtalen knyttet til fiske og fiskefartøyer.⁵⁶ Unntaket inkluderer etableringer innen fiske, eierskap til fiskefartøyer og drift av fiskefartøyer og tiltak nødvendige for å håndheve slike regler. Begrepet «fiske» (eller på engelsk «fishing operations») favner vidt og er av ESA tolket til også å omfatte fangst av snøkrabbe og andre sedentære arter.⁵⁷ Det er et vilkår etter vedleggene at begrensningen er en videreføring av restriksjoner som forelå ved inngåelsen av EØS-avtalen. Vedleggene kan med andre ord etter sin ordlyd begrense norske myndigheters mulighet til å endre ordninger knyttet til eierskap og nasjonalitet i fiskeflåten. Det stilles imidlertid ikke krav om at eksisterende restriksjoner ved lovendring forblir ordrett det samme eller forblir i samme form. Det er således ikke noe i veien for at norske myndigheter endrer reguleringen så lenge den i substans tilsvarende den tidligere begrensningen.⁵⁸ Det kan heller ikke være noe i veien for at norske myndigheter lempet på innskrenkningene. Det er imidlertid usikkert om en liberalisering kan reverseres (Stefánsson, 1996, s. 43).

For det andre er, som nevnt over, Norges prinsipielle syn at fisk faller utenfor EØS-avtalens både saklige og geografiske virkeområde. Dersom Norge skulle ønske å begrense retten til fri etablering og kjøp og salg av aksjer innen fiskerinæringen ytterligere, eller skjerpe begrensningene som allerede eksisterte ved inngåelsen av EØS-avtalen, kan dette synet bli utfordret. Vi viser i denne sammenheng til det generelle som er sagt over i avsnitt 3.2. Det skal likevel knyttes et par særskilte kommentarer til etableringsfriheten og kapitalreglene.

Spørsmålet om lovligheten av norske eierbegrensninger var oppe i forbindelse med en klagesak for ESA, i den over omtalte *eierbegrensningssaken*.⁵⁹ Selv om saken gjaldt oppdrettssektoren, har den likevel overføringsverdi på villfiske. ESA

55. Se ESA sak nr. 79718, avgjørelse 173/17/COL s. 5, med videre henvisninger til rettspraksis.

56. Vedlegg VIII til EØS-avtalen om etableringsrett, punkt 10; vedlegg XII til EØS-avtalen om fri bevegelse for kapital, punkt 1 (h).

57. ESA sak nr. 79718, avgjørelse 173/17/COL.

58. ESA sak nr. 79718, avgjørelse 173/17/COL.

59. Se sak 68781, også omtalt over.

argumenterte i saken med at Pedicel-doktrinen ikke kunne anvendes på etableringsreglene, noe som bl.a. må begrunnes i ESAs lesning av *Pedicel*.⁶⁰ ESA leste nemlig EFTA-domstolens avgjørelse slik at Pedicel-doktrinen kun kan anvendes på ordninger som påvirker *handelen* med produkter som faller utenfor produktbeskrivelsen i art. 8 nr. 3 (se nærmere om ESAs begrunnelse i Laurantz, 2020, s. 45). Etter ESAs syn var ikke dette tilfellet for de norske eierskapsbegrensningene. Derfor, og fordi en anvendelse av etableringsreglene heller ikke ville påvirke Norges eksklusive rett til å regulere handelen med fisk, var ikke Pedicel-doktrinen anvendelig.⁶¹

Etter vår mening kan neppe EFTA-domstolens praksis leses slik at det avgjørende er tilknytningen til *omsetningen*. Vi mener at er det heller tilknytningen til produktet som er det avgjørende. Et av formålene bak produktavgrensningen var jo nettopp at avtalepartene skulle få beholde friheten til selv å fastsette sine ordninger for fisk- og sjømatprodukter, uten å være bundet av reglene i EØS-avtalen.⁶² Dette burde derfor også gjelde ordninger for hvem som etablerer seg i fiskeflåten. Som *Arnesen* antar vi at «reguleringer av forhold knyttet til etableringer av foretak som produserer produkter som ikke hører inn under HS kapitlene 25 til 97, faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde» (*Arnesen*, 2015, s. 8).

Hva gjelder kapitalreglene er nok tilknytningen svakere. Der en ønsker å kjøpe mindre eierandeler eller investere i et fiskeselskap, kan det tenkes at kapitalreglene kommer til anvendelse. Her er det imidlertid ikke bare tilknytningen til omsetningen som kan virke avledet, men også tilknytningen til produktet som sådan. Som påpekt av *Arnesen* kan det hevdes at formålet med en kapitalanbringelse ikke knytter seg til avkastningen på selve produktet, men ønsket om kapitalavkastning og kapitalgevinst (*Arnesen*, 2015, s. 9).

Det er ikke avklart hvilken betydning produktavgrensningen i EØS-avtalen art. 8 nr. 3 har i relasjon til etablerings- og kapitalreglene. Norges forsiktighet med hensyn til å teste grensene for EØS-avtalens anvendelsesområde kan tale for at denne usikkerheten i seg selv representerer en politisk hindring for Norges rettsutøvelse. Ved et eventuelt bortfall vil følgelig Norge potensielt stilles friere til å fastlegge sine ordninger både rent rettslig og politisk.

60. ESAs åpningsskriv i sak 68781 av 11. juli 2012.

61. ESAs åpningsskriv i sak 68781 av 11. juli 2012., s. 5-6.

62. Dette formålet er uttalt i *Pedicel* avsnitt 25 og *Synnøve Finden* avsnitt 56.

Etableringer og kapitalflyt i oppdrettsnæringen

Spørsmålet om og eventuelt i hvilken utstrekning EØS-avtalens regler om etableringer og kapitalanbringelser kommer til anvendelse på *oppdrettsnæringen*, er ikke avgjort av EFTA-domstolen.

ESAs syn er imidlertid at etableringsfriheten også gjelder innenfor oppdrettsnæringen. For det første begrunner ESA dette med at reservasjonene i vedlegg VIII og XII ikke gjelder for oppdrettsnæringen. Vedlegg VIII gjelder etter sin ordlyd etableringer «innen fiske», mens vedlegg XII gjelder begrensninger på retten til å eie «fiskefartøyer». I *Stolt Sea Farm*-saken tolket ESA det dit hen at hverken vedlegg VIII punkt 10 eller vedlegg XII punkt 1 (h) gir Norge rett til å dispensere fra anvendelsen av reglene i EØS-avtalen om etableringer og kapitalflyt på oppdrettsnæringen.⁶³ Spørsmålet i saken var om kravet i norsk lovgivning til at det ved tildeling av oppdrettskonsepsjoner skulle «særlig legges vekt på ... at eierinteresser i anlegget så vidt mulig har lokal tilknytning», var i strid med EØS-rettens etableringsregler.⁶⁴ Selv om Norge den gang argumenterte med at unntakene også måtte få anvendelse på oppdrettsnæringen, ser det ikke ut til at dette synspunktet er opprettholdt fra norsk side.⁶⁵

For det andre begrunner ESA sitt syn med at etableringer i oppdrettsnæringen faller innenfor EØS-avtalens saklige anvendelsesområde. I *Stolt Sea Farm*-saken argumenterte Norge med at siden oppdrett var omfattet av EUs felles fiskeripolitikk (CFP), som faller utenfor EØS-avtalen, var det heller ingen rett til etableringsfrihet i oppdrettsnæringen. Norges argumentasjon må leses på bakgrunn av at saken kom opp før *Pedidel*. Siden ESA ikke kunne se at EØS-avtalen hjemlet andre unntak på etableringsfriheten og kapitalflyten enn de lagt ned i vedlegg VII og XII, avviste overvåkingsorganet at EØS-avtalens regler om etableringsfrihet og fri flyt av kapital ikke får anvendelse på havbruksnæringen. Norge valgte ved endring av regelverket, som resulterte i dagens lov om akvakultur⁶⁶ – «etter konsultasjon med Stortingets EØS-utvalg» – å fjerne vilkåret om lokalt eierskap (Fiskeri- og kystdepartementet, 2005, s. 20).

Den andre saken kom opp i forbindelse med en klage fra Marine Harvest på norske eierskapsbegrensninger i oppdrettsnæringen, i den såkalte *eierbegrensningssaken* som vi behandlet over.⁶⁷ Etter norsk forskrift var tillatelse fra departementet nødvendig ved erverv av eierandeler i et oppdrettsselskap der ervervet medfører at

63. Sak nr. 24825, ESA grunnlagt uttalelse, avgjørelse nr. 337/01/COL s. 6.

64. Kravet var fastsatt i den nå opphevede lov om oppdrett av fisk, skaldyr mv., lov 14. juni 1985 nr. 68, § 6 (3) b).

65. Det rådende synspunktet ser ut til å være at innenfor oppdrettsnæringen «er det ingen unntak fra EØS-avtalen hva gjelder eierskapsregler» (NOU 2012: 2, s. 667; Benjaminsen, 2017, s. 47).

66. Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur.

67. Sak nr. 68781.

erververen fikk kontroll med mer enn 15 % av den totale biomassen det gis konseksjon til.⁶⁸ Ved erverv som medførte kontroll av mer enn 25 %, skulle slik tillatelse ikke gis. I juli 2012 åpnet ESA sak mot Norge begrunnet i at Norge ikke hadde overholdt sine EØS-rettslige forpliktelser om etableringsfrihet.⁶⁹ ESA begrunnet synet sitt med at kun ordninger som er uatskillelig knyttet til *handelen* med produkter som faller utenfor produktbeskrivelsen i art. 8 nr. 3, også faller utenfor EØS-avtalens saklige anvendelsesområde (se nærmere om ESAs begrunnelse, Laurantzon, 2020, s. 45–46). Videre begrunnet ESA sitt syn med at hvis alle nasjonale tiltak som omhandler etableringer eller investeringer i sjømatsektoren skulle falle utenfor EØS-avtalens saklige anvendelsesområde, ville sektortilpasninger som de en finner i vedlegg VIII og XII, være overflødige. Også i denne saken valgte norske myndigheter å endre ordningen, med forsikringer om at «Staten har opprettholdt sitt prinsipielle syn i forhold til EØS-avtalen» (Fiskeri- og kystdepartementet, 2013, s. 12 og 91).

Også her mener vi at ESAs argumentasjon er basert på en feillesing av EFTA-domstolens praksis. I tillegg kommer at havbruk spilte en mer «underordnet rolle» da EØS-avtalen ble inngått og det ble avtalt et prinsipielt skille mellom oppdretts- og fiskerier (NOU 2012: 2, s. 667).⁷⁰ Selv om oppdrett skiller seg fra tradisjonelt fiske, bør det vi har sagt over hva gjelder etablerings- og kapitalanbringelser i fiskeri, gjelde tilsvarende for oppdrettsnæringen. I tillegg kan parallellen til husdyrhold i landbruket, der etablerings- og kapitalreglene klart ikke kommer til anvendelse, tilsi at reglene heller ikke kommer til anvendelse på fiskeoppdrett.

Selv om Norges syn prinsipielt er at oppdrettsnæringen faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, ser vi at EØS-avtalen *i praksis* har innvirkning på utøvelsen av norsk lovgivningsmyndighet.⁷¹ Et eventuelt bortfall av EØS-avtalen vil derfor gi norske myndigheter et utvidet handlingsrom, også innenfor oppdrettsnæringen.

Hva gjelder *foredlingsindustrien*, gjør vedlegg XII punkt 1 litra h det klart at forbeholdene knyttet til eierskap av fiskefartøyer etablert før EØS-avtalen *ikke skal være til hinder* for at «utenlandske statsborgere investerer i landbasert fiskeforedling eller i selskaper som bare er indirekte engasjert i fiske». Bestemmelsen sier ikke annet enn at den ikke skal tolkes dit hen at den får begrensende rettsvirkninger på uten-

68. Forskrift nr. 1800 om kontroll med eiermessige endringer i selskap mv. som innehar tillatelse til oppdrett av matfisk av laks og ørret i sjø (Forskrift om eierkontroll i matfiskoppdrett) av 22. desember 2004.

69. Sak nr. 68781, ESA formelt varsel, avgjørelse nr. 186/12/COL.

70. Protokoll 9 skiller heller ikke prinsipielt mellom de to næringene.

71. Stolt Seafarm- og Marine Harvest-sakene illustrerer et for så vidt interessant poeng, at ikke nødvendigvis bare andre EU-rettssubjekter, men også *norske selskaper* bruker EØS-avtalen til å hevde sine EØS-rettigheter i Norge.

landske investeringer i foredlingsforetak. Følger man imidlertid ESAs argumentasjonslinje i *eierbegrensningssaken*⁷² og argumenterer for at forbeholdene er ment uttømmende (hvis ikke ville de vært «overflødige»), er det lett å ta bestemmelsen til inntekt for at investeringer i landbasert fiskeforedling (og selskaper som bare indirekte er engasjert i fiske) skal omfattes av reglene om de fire friheter. Norske myndigheter har behandlet foredlingsindustrien som om den er omfattet av EØS-avtalen, om enn muligens i strid med sitt *prinsipielle syn*.

Fri bevegelighet for arbeidstakere

EØS-avtalen hjemler også fri bevegelighet for arbeidstakere, med det formål å etablere et felles arbeidsmarked innen EØS-området (Sejersted et al., 2011, s. 357). En ser fort at også begrensninger i utlendingers rett til arbeid på norske fiskefartøy kan reise EØS-rettslige spørsmål. Dette var også bakgrunnen for *Leinebris-* og *Kvitsjøen*-sakene, som begge gjaldt ulovlig fiske i norsk økonomisk sone.⁷³ Sakene hadde sitt opphav i at fiskeforbudsloven § 3 stilte krav om at høvedsmannen og minst halvparten av mannskapet på visse fiskefartøy måtte være norske. Hverken i *Leinebris* eller *Kvitsjøen* var dette kravet oppfylt.⁷⁴ Norges posisjon var (og er), som redegjort for over, at spørsmålet gjelder forhold som faller utenfor EØS-avtalens geografiske anvendelsesområde, og at Norge derfor står fritt til å forskjellsbehandle arbeidstakere på bakgrunn av nasjonalitet i norsk økonomisk sone.⁷⁵ Etter press fra ESA valgte imidlertid Norge å endre loven, til dagens krav i deltakerloven om tilknytning til kystsamfunnet.⁷⁶ *Europautredningen* påpeker at lovgiver «med andre ord motvillig [aksepterte] at spørsmålet var dekket av EØS-avtalen, men fant i stedet frem til et annet kriterium, som langt på vei søker å oppnå samme formål» (NOU 2012: 2, s. 674). Om norske myndigheter «aksepterte» ESAs premiss eller kun ønsket å unngå konflikt, kan nok diskuteres.⁷⁷ Hva gjelder den nærmere

72. Sak nr. 68781, ESA formelt varsel, avgjørelse nr. 186/12/COL, side 6.

73. LA-2001-1152 (*Leinebris*) og LF-2006-24118 (*Kvitsjøen*).

74. I *Leinebris* var tilfellet at både kapteinen og mannskapet på en 60 % norsk eid tråler som hadde fisket i norsk økonomisk sone, var nederlandske og ikke bosatt i Norge. Rederiet fikk derfor forelegg og et inndragningsforelegg. I *Kvitsjøen* var tilfellet at både fartøy og mannskap var norske, men fartøyføreren var dansk/færøysk borger bosatt på Færøyene. Etter å ha fisket i norsk økonomisk sone fikk rederiet foretaksforelegg.

75. Se Norges korrespondanse med ESA gjengitt i *Kvitsjøen*.

76. Inspirasjon til denne modellen kom fra Storbritannia og var godtatt av EU-kommisjonen.

77. I forarbeidene til endringene i fiskeforbudsloven ble det uttalt at formålet med å endre loven var å «[bidra] til å fjerne usikkerheten i forhold til om Norge oppfyller sine forpliktelser som følge av EØS-avtalen i forhold til regelverket om fri bevegelighet for arbeidstakere», noe som kan trekke i begge retninger (Fiskeri- og kystdepartementet, 2006, s. 1).

vurderingen av EØS-avtalens geografiske virkeområde, viser vi til det som er sagt over i 2.3.

Norge har ikke hevdet at tiltak som gjelder bruk av arbeidskraft i sjømatsektoren, faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Dette gjelder både arbeid i fiskeriene, oppdrettsnæringen og foredlingsindustrien. Hvis Norges posisjon likevel er at *Pedical*-doktrinen på prinsipielt grunnlag også får anvendelse på fiskere og arbeidere i oppdrettsnæringen, må man nok tolke norsk overholdelse av reglene ut fra et ønske fra norsk side om å ha en *tilsvarende* rettstilstand for arbeidskraft innenfor sjømatsektoren som på andre livsområder EØS-reglene kommer til anvendelse. EØS-avtalen kan derfor anses som en begrensning på norsk lovgivningsmyndighet, uavhengig av om overholdelse er av plikt eller vilje. Et bortfall av EØS-avtalen vil derfor gi norske myndigheter større frihet til å fastsette egne ordninger.

Tjenester

Særlig oppdrettsnæringen er en stor mottaker av tjenester, som notspyling, brønnbåter, inspeksjoner av anlegget, kvalitetsprøving, analyser, sertifisering og andre konsulenttenester. Disse er i stor grad knyttet til kvalitetssikring og selve driften av anleggene. Oppdretterne har også behov for tjenester for å påse at kravene til dyrehelsen, sykdomsbekjempelse, hygiene og matsikkerhet overholdes.

Etter EØS-avtalen er det som utgangspunkt fri flyt av tjenester. *Pedical* gjaldt tjenester (tilbud av annonseplass) knyttet til et produkt utenfor produktbeskrivelsen i EØS-avtalen art. 8 nr. 3 (vin). Tilknytningen til å fremme handelen med det aktuelle produktet var i så måte utpreget.⁷⁸ Selv om kvalitetskrav til driften og de veterinære forholdene i oppdrettsnæringen klart legger til rette for at grossister ikke trenger bekymre seg for beskaffenheten til produktet de importerer, og forbrukere trygt kan spise sjømatproduktet de har kjøpt, er tjenestenes tilknytning til sjømatproduktet mer perifer enn i både *Pedical* og *Synnøve Finden*.

Legger man til grunn ESAs syn om at tilknytningen må knytte seg til *omsetningen*, vil begrensninger i friheten til å yte tjenester til oppdretterne måtte vurderes mot EØS-retten, mens dette vil være mer tvilsomt om man legger vekt på tilknytningen til oppdrettsvirksomheten. Denne usikkerheten faller naturlig nok bort ved et eventuelt bortfall av EØS-avtalen, koherent med et økt rettslig handlingsrom for Norges del. En rekke av tjenestene oppdrettsnæringen mottar, knytter seg til veterinæravtalen. Det kan derfor reises spørsmål ved om tjenester som er knyt-

78. Det samme kan sies om sak E-1/16 *Synnøve Finden*.

tet til å oppfylle kravene etter EUs veterinære regelverk, uansett faller inn under EØS-avtalens materielle anvendelsesområde, som et «særskilt angitt» område.

3.5 MILJØKRAV

Miljøvern er et sektorovergripende tema som gjennomgående har betydning for utformingen av EU/EØS-retten, og dermed for hvilke krav som stilles til forskjellige næringer. Beskyttelse av miljøet er avhengig av både internasjonalt og regionalt samarbeid, og den internasjonale miljøretten danner bakgrunn og rammeverk for EU-miljøretten.⁷⁹ EU-miljøretten er imidlertid generelt mer detaljert og konkret enn de multilaterale miljøforpliktelsene. Samtidig har EU blitt en stadig større pådriver for mer omfattende miljøforpliktelser internasjonalt, og på flere områder stiller EU-retten strengere krav enn den øvrige folkeretten (NOU 2012: 2, s. 577).

EØS-retten stiller generelle krav til miljø knyttet til alle de fire friheter, og Norge har gjennom EØS-avtalen tatt inn det meste av EUs miljøpolitikk og miljøregler (NOU 2012: 2, s. 572). Disse kravene har også betydning for sjømatnæringen i Norge. EØS-avtalen art. 73 fastsetter de nærmere formålene og prinsippene for virksomhet på miljøområdet. De EØS-relevante rettsaktene på miljøområdet er tatt inn i vedlegg XX, jf. EØS-avtalen art. 74. EUs miljørett favner vidt, og det aller meste anses EØS-relevant (NOU 2012: 2, s. 572). Det er likevel viktige områder som faller utenfor, inkludert områder innenfor klassisk miljøvern og biologisk mangfold.

At Norge ikke er en del av EUs felles fiskeripolitikk (CFP) og EØS-avtalens begrensede saklige og geografiske anvendelsesområde, spiller inn i denne sammenheng. For havfiske følger i hovedsak de kravene som stilles til forvaltning av fiskebestanden, forurensning fra fiskebåter og biomangfold, av andre internasjonale forpliktelser enn EØS-avtalen.

Både havstrategidirektivet (2008/56/EF) og direktivet for maritim arealplanlegging (2014/89/EU) er for eksempel unnlatt tatt inn, selv om EU betrakter førstnevnte som EØS-relevant (om innholdet i disse, se Laurantzog, 2020, s. 32). Norge er likevel av den oppfatning at landet i praksis oppfyller kravene havstrategidirektivet oppstiller, da den norske modellen skal ha vært inspirasjonskilde for EU i utarbeidelsen av direktivet (Utenriksdepartementet, 2012, s. 28; Bugge, 2011, s. 28). Selv om direktivet ikke er tatt inn i EØS-avtalen, foregår det omfattende samarbeid mellom EU og Norge på området. Et eventuelt bortfall av EØS-avtalen

79. Den internasjonale miljøretten inkluderer bl.a. Havrettskonvensjonen, Århus-traktaten, Kyoto-protokollen, Paris-avtalen, MARPOL, OSPAR og Bio-mangfold-konvensjonen samt internasjonal sedvanerett.

vil nok derfor kunne påvirke samarbeidsklimaet, men også fjerne usikkerheten rundt havstrategidirektivets EØS-relevans.

Det er større usikkerhet knyttet til EU-miljørettens påvirkning på havbruk. EUs vannrammedirektiv, direktiv 2000/60/EF, har til formål å sikre bærekraftig bruk, beskyttelse og forbedring av tilstanden i ferskvann, grunnvann og kystnære områder. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom vannforskriften.⁸⁰ Direktivet stiller krav til kjemisk og økologisk kvalitet i fjorder, innsjøer, vassdrag og områdene langs kysten ut til 1 nm fra grunnlinjen. Direktivet krever at vanntilstanden heves til det som direktivet definerer som «god tilstand». EØS-statene skal derfor måle den menneskeskapte påvirkningen på vannmiljøet og fastsette vannforvaltningsplaner med tilhørende tiltaksprogrammer for å oppnå de enkelte miljøkrav. De første vannforvaltningsplanene med tilhørende tiltaksprogrammer gjelder i perioden 2016–2021 og er nå under revidering. Direktivet krever også at forringelse av vannmiljøet forebygges. Dette er etter EU-domstolens praksis forstått som et *forbud* mot forringelse, med mindre nærmere angitte unntak er oppfylt.⁸¹

Hvilke krav vannrammedirektivet stiller knyttet til oppdrettsnæringen, har vært gjenstand for debatt. Oppdrett kan ha en rekke negative effekter på miljøet. Utslipp av kjemikalier, kobber, avfall fra fôr, biologisk avfall og næringssalter knyttet til respirasjon fra fisken selv bidrar alle til forurensning av fjorder og kystområder (Nærings- og fiskeridepartementet, 2015, s. 10). Dette er problemer som derfor må hensyntas slik at formålet om «god tilstand» oppfylles, og forbudet mot å ikke forringe vannkvaliteten overholdes. Dette bør gjelde i utrednings- og tildelingsfasen i forbindelse med bevilging av lokalitetstillatelse og utformingen av regionale planer som åpner for oppdrett, i driftsfasen blant annet ved vurderingen av regulering av produksjonskapasiteten etter det såkalte trafikklyssystemet,⁸² og for reglene i avviklingsfasen av oppdrettsvirksomhet.

I denne sammenheng spiller også det såkalte EIA-direktivet inn (direktiv 2014/52/EU om miljøkonsekvensutredninger). Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om konsekvensutredninger. Her stilles det krav om at det skal foretas konsekvensutredning dersom etablering eller endring av akvakulturanlegg kan føre til «vesentlige virkninger for miljø eller samfunn».⁸³ Hva som kan regnes

80. Forskrift nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen av 15. desember 2006.

81. Sak C-461/13 *Weser*.

82. Forvaltningen vurderer etter dette systemet om det skal åpnes for vekst (grønn sone), *status quo* (gul sone) eller nedtrapping (rød sone) i produksjonskapasiteten i områder for lakse- og ørretoppdrett. Systemet er hjemlet i forskrift nr. 61 om *produksjonsområder for akvakultur av matfisk i sjø av laks, ørret og regnbueørret* (produksjonsområdeforskriften) av 16. januar 2017.

83. Også vannrammedirektivet stiller visse krav til konsekvensutredninger, såkalte «Article 4 (7) Applicability Assessments».

som «vesentlig» miljøpåvirkning, er et tolkingsspørsmål, og Norges posisjon har vært at rammene rundt det å få oppdrettskonsesjon er såpass strenge, at kravet til konsekvensutredning uten videre er oppfylt. Ved implementeringen av vannrammedirektivet har imidlertid statene fått konkrete kvalitetsmål å forholde seg til, slik at disse muligens må spille inn i vurderingen.

Forvaltningsplanene og tiltaksprogrammene etter vannrammedirektivet for perioden 2016–2021 anser ikke oppdrett som en påvirkningsfaktor for vannmiljøet, i motsetning til det som opprinnelig hadde vært planen.⁸⁴ Særlig problemer knyttet til genetisk påvirkning på villfisk som følge av spredning av sykdom og rømning fra havbruk har vært ansett problematisk. Etter direktivet er ikke biologisk påvirkning av fisk et kvalitetselement i kystvann (hvor oppdrett som oftest foregår), men regnet som en påvirkningsfaktor i innlandsvann og elver.⁸⁵ Norge erkjenner at påvirkningen fra oppdrett på villfisk er et relevant spørsmål i innlandsvann og elver, men har unnskyldt seg med en frykt for manglende kunnskap om påvirkningen på villfisken, og at den konkrete sammenhengen mellom påvirkningen av oppdrett og statusen i innlandsvann er «very difficult to verify».⁸⁶ Etter planen skal biologisk påvirkning fra oppdrett omfattes av plan- og forvaltningsarbeidet for 2022–2027, men om dette skjer i overensstemmelse med direktivet, vites ennå ikke. I november 2015 klaget en rekke miljøorganisasjoner Norge inn for ESA med den begrunnelse at Norge ikke oppfylder kravene i vannrammedirektivet med hensyn til biologiske effekter og andre alvorlige konsekvenser av oppdrettsnæringen.⁸⁷ Saken undersøkes nå av ESA.⁸⁸

For selve driften av oppdrettsanlegg kan også regelverket for helse- og miljøfarlige kjemikalier ha betydning. Norge har i all hovedsak tatt inn EUs regelverk for produksjon, import og bruk av kjemikalier.⁸⁹ Det gjelder også bruk av kjemikalier og biocider i havbruksnæringen, som har slektskap til EUs regelverk for mattrygghet og veterinære forhold, som behandles andre steder i denne boken. Deler av

84. Se f.eks. Kgl.res. 11. juni 2010. *Forvaltningsplan for vannregion Nordland*, s. 7.

85. Se Vannrammedirektivet vedlegg V.

86. Norges svar på forespørsel om informasjon i sak 87330 gjeldende *klage mot Norge vedrørende manglende gjennomføring av direktiv 2000/60 knyttet til oppdrett*. Finnes her: <https://www.vannportalen.no/globalassets/nasjonalt/dokumenter/organisering/europeisk--eus-rammedirektiv/esa-sin-oppfolging-av-norges-gjennomforing-av-vanndirektivet/klagesak-til-esa-om-problemer-rundt-oppdrettsnaringen/2016/160121-klagesak-oppdrett--brev-fra-kld-002.pdf>.

87. Se norsk sammendrag av klagen her: <https://www.vannportalen.no/globalassets/nasjonalt/dokumenter/aktuelt/nyheter/2015/okt---des/klagesaken-til-esa-om-vanndirektivet-og-oppdrett/sammendrag-pa-norsk--oppdrettsklage.pdf>.

88. Sak nr. 81034.

89. Se særlig forskrift nr. 516 om registrering, vurdering, godkjenning og begrensning av kjemikalier, av 30. mai 2008 (REACH-forskriften). Norge deltar også i det europeiske kjemikaliebyrået ECHA, som nok vil oppføre ved bortfall av EØS-avtalen.

vedlegg II om «Næringsmidler» er også av relevans. I dette henseende er det tilstrekkelig å peke på at EØS-retten på dette området forsøker å sikre dyrehelsen og matsikkerheten, og at farlige sykdommer ikke sprer seg.

Vi ser dermed at sektorovergripende EØS-relevante bestemmelser på EU-miljørettens område kan ha betydning for fisk- og sjømatnæringen, selv om det er få av bestemmelsene som utelukkende får anvendelse på næringen. EUs stadig mer proaktive rolle på området har nok ført til en rettsliggjøring av miljøretten hvor – i motsetning til de internasjonale miljøkonvensjonene – mindre overlates til statenes skjønn. Dette gjelder særlig på områder hvor miljøretten er totalharmonisert, hvor statene ikke har ytterligere handlingsrom til å gjøre nasjonale tilpasninger.⁹⁰ I tillegg opererer EU-forvaltningsretten (som miljøretten ofte faller inn under) stadig med såkalte skal-regler i motsetning til kan-reglene som representerer det norske forvaltningsskjønnet (NOU 2012: 2, s. 585). Et bortfall av EØS-avtalen kan derfor ha prosessuelle følger for borgere som ønsker å håndheve miljørettigheter overfor domstolene. Generelt kan det videre sies at et bortfall vil føre til et økt handlingsrom for hvordan Norge ønsker å oppfylle sine internasjonale miljøforpliktelser.

3.6 TOLL: SÆRLIG OM NORGES «KRAV» PÅ KOMPENSASJON VED UTVIDELSENE AV EU

Tollbetingelsene for handel med fisk mellom Norge og EU er regulert av EØS-avtalen protokoll 9, Frihandelsavtalen av 1973 med tilhørende brevveksling («fiskebrevet») samt kvoteavtaler fra 1986, 1995, 2004, 2007 og 2013, hjemlet som tilleggsprotokoller til Frihandelsavtalen. Fra 2004 har kvoteavtalene vært gjort tidsbestemte.

Noe av bakgrunnen for kvoteavtalene var at Norge på begynnelsen av 1990-tallet hadde inngått frihandelsavtaler med en rekke land fra Sentral- og Øst-Europa. I disse avtalene hadde Norge oppnådd gode tollordninger for fisk og sjømat. Da disse landene senere ble medlemmer av EU, ble avtalene erstattet med EØS-avtalen protokoll 9, som gir langt mer restriktive eksportvilkår for fisk- og sjømatprodukter. De tollfrie kvotene kompenserer for dette. Den senere tid har imidlertid forhandlingene om tollkvoter vært (uformelt) knyttet sammen med reforhandlingene av EØS-midler, forhandlinger om transittretter og EU-fangstkvoter.

90. Også minimumsreguleringer, som vannrammedirektivet, stiller klare forpliktelser til statene og overlater mindre til statenes skjønn. En annen sak er at statene kan stille strengere krav i nasjonal lovgivning.

I det følgende skal vi behandle om Norge har et *rettslig krav* på kompensasjon for den økte tollbyrden. Norges posisjon er at utvidelsene av EU har gitt Norge krav på kompensasjon etter GATT, og at denne i utgangspunktet skal være permanent (NOU 2012: 2, s. 669; Utenriksdepartementet, 2014, s. 14). Ifølge WTO-regelverket skal det nemlig «i slike tilfeller føres forhandlinger om hvordan den nye tollbelastningen skal kompenseres» (NOU 2012: 2, s. 669).

EU på sin side har hevdet at Norge ikke har et *rettslig krav* på slik kompensasjon (Utenriksdepartementet, 2014, s. 14). Når EU likevel har gått med på å gi ytterligere tollkvoter, må dette ha vært ut av velvillighet og i bytte mot økte EØS-midler. Følgelig trenger heller ikke kompensasjonen være permanent.

Det er ikke klart på hvilket grunnlag Norge hevder å ha krav på kompensasjon. Et mulig grunnlag er GATTs bestemmelser om når etableringen av (eller tilslutningen til) tollunioner ikke strider mot bestevilkårsprinsippet. Bestemmelsene finner vi i GATT art. XXIV.⁹¹ I slike tilfeller skal tollunionens toll overfor tredjeland «on the whole» ikke være høyere *sammenlignet* med det «the general incidence of duties» på medlemmene av tollunionen sine territorier, før etableringen av unionen.⁹² Det er klart at Norge fikk en økt tollbyrde sammenlignet med situasjonen før de tidligere frihandelsavtalepartnerne ble EU-medlemmer. En rett til kompensasjon harmonerer i så måte med formålet bak GATT om at innrømmede tollpreferanser som hovedregel ikke skal reverseres, og at man skal jobbe for en kontinuerlig nedjustering av tollbarrierene.⁹³ Videre harmonerer en rett til kompensasjon med formålet om at liberalisering mellom handelspartnere ikke skal gå ut over tredjeland.⁹⁴

Ordlyden trekker imidlertid i retning av at det er den *generelle* handelssituasjonen overfor tredjeland før og etter dannelsen av – eller tiltredelsen til – tollunionen som skal vurderes. Det vil si tollnivået overfor tredjeland samlet sett, uavhengig av preferanseavtaler. Begrepene «on the whole» og «general incidence» trekker i denne retning. Dette er ikke unaturlig med tanke på at utgangspunktet er bestevilkårsbehandling, som skal gi *alle* land like handelsvilkår. Ifølge *Avtale om fortolkningen av artikkel XXIV* avsnitt 2 skal den *anvendte tollsatsen* – altså bestevilkårs-satsen – benyttes i sammenligningsgrunnlaget. Også bestevilkårs-satsen retter seg per definisjon mot alle land. Preferansetoll faller følgelig utenfor begrepsbruken. Det er derfor klart at art. XXIV nr. 5 kun tar hensyn til GATT-forhold, noe frihan-

91. Muligheten til å etablere tollunioner og frihandelsområder er i utgangspunktet et unntak fra hovedreglene i GATT om bestevilkårsbehandling og ikke-diskriminering.

92. GATT art. XXIV nr. 5 (a).

93. GATT art. XXVIII *bis*.

94. Se GATT art. XXIV nr. 4 og *chapeauet* til nr. 5.

delsavtaler i utgangspunktet ikke er. Tidligere frihandelsavtaler tas følgelig ikke i betraktning i sammenligningsgrunnlaget. Videre gir det heller ikke mening at preferansetollen skal tas med i beregningen, når frihandelsavtaler likevel i de fleste tilfeller kan sies opp. Det er ikke noe forbud mot å si opp frihandelsavtaler i GATT.⁹⁵

GATT art. XXIV nr. 5 gir derfor ikke Norge rettslig krav på kompensasjon for bortfall av preferansetollen for fisk- og sjømatprodukter ved frihandelsavtalepartnernes inntreden i EU. Det må her nevnes at det uansett er usikkert om rettsvirkningene ved brudd på bestemmelsen ville vært kompensasjon. En slik rett følger heller ikke av ordlyden, og man skal være forsiktig med å ilegge stater plikter uten holdepunkter i ordlyden.

En mekanisme for kompensasjonsforhandlinger følger imidlertid av GATT art. XXIV nr. 6. Til forskjell fra nr. 5 (a) legger nr. 6 opp til forhandlinger om kompensasjon der en stat som følge av etablering eller inntreden i en tollunion blir nødt til å heve «any rate of duty» i *bindingslistene* sine («inconsistently with the provisions of Article II»). Dette vil være tilfellet der et land før det trer inn i en tollunion, har bundet én eller flere tollposisjoner til et nivå lavere enn tollunionens felles toll. Bestemmelsen regulerer kun toll, og det er tilstrekkelig at én produktlinje påvirkes (i motsetning til «on the whole», jf. nr. 5). Formålet med bestemmelsen er gjennom forhandlinger å kompensere stater som har fått markedsadgangen til et land forverret for særlig viktige eksportprodukter, som følge av etableringen av en tollunion. Norges krav om kompensasjon for forverret adgang for fisk- og sjømatprodukter er i samsvar med dette formålet. Ordlyden i nr. 6 er imidlertid klar. Det er nivået i bindingslistene som må endres, og det er ingen holdepunkter i ordlyden for at tidligere frihandelsavtaler med tollunionens stater skal hensyntas i sammenligningsgrunnlaget.⁹⁶ GATT art. XXIV nr. 6 gir altså *ikke* Norge rettslig krav på kompensasjon for bortfall av frihandelsavtalene, slik det hevdes av Norge i bl.a. *Europautredningen* (NOU 2012: 2, s. 669).

Norge har for så vidt heller ikke stått meget hardt på retten til kompensasjon, men mer eller mindre hevdet en slik rett internt. I forhandlingene har Norge fått kompensasjon i form av tollfrie kvoter, men har måttet betale for det i form av EØS-midler. Hadde Norge vært av den oppfatning at det hadde en god sak, har terskelen for å opprette et panel i WTO-tvisteløsningsorganet ikke vært avgjørende tidligere.

95. Selv om Ørebech ser ut til å kreve omfattende rettsvirkninger i slike tilfeller (Ørebech, 2011, s. 35).

96. Det er mulig at noen av Norges tidligere frihandelsavtalepartnere har måttet endre bindingslistene sine som følge av EU-medlemskap. Hvor mange av de eksisterende kvotene dette eventuelt skulle gjelde, og en inngående sammenligning av disse landenes bundne satser før og etter EU-medlemskap ligger utenfor rammene av dette kapittelet.

Hvis Norge er av den oppfatning at nr. 6 gir krav på kompensasjon på bakgrunn av endring i bindingslistene, skal i utgangspunktet prosedyren i art. XXVII følges. Likevel, hvis Norge og EU foretrekker en bilateral løsning utenfor WTO, i en salig suppe av EØS-midler, kompensasjonskrav jevnfør GATT og goodwill fra EU, er dette selvfølgelig opp til partene, og saken kommer naturlig ikke på spissen så lenge Norge og EU evner å komme til enighet.

Siden kvoteavtalene er fastsatt i protokoller til Frihandelsavtalen og formelt sett ikke er en del av EØS-komplekset, faller i utgangspunktet ikke disse bort ved bortfall av EØS-avtalen. Avtalene om tollkvoter fra 2004, 2007, 2010 og 2016 er imidlertid gjort midlertidige, og ved utløp av disse blir det nødvendig med nye forhandlinger. Siden Norge ikke har et rettslig krav på kompensasjon etter GATT, har EU ingen *plikt* til å reforhandle disse avtalene.

Hva gjelder de permanente kvotene i avtalene fra 1986 og 1995, har disse liten sammenheng med EØS-avtalen. De permanente kvotene er fastsatt i protokoller til Frihandelsavtalen og utgjør en integrert del av denne.⁹⁷ De er bindende og vil bestå ved et bortfall av EØS-avtalen.⁹⁸

Det er forskjellige oppfatninger av hva EU vil gjøre i en situasjon hvor EØS-avtalen sies opp, og vi skal ikke spekulere i mulige utfall her.⁹⁹ Det må likevel nevnes at Frihandelsavtalen kan sies opp med 12 måneders varsel.¹⁰⁰ Sies Frihandelsavtalen opp, faller også protokoller og vedlegg bort. Det samme gjelder nok også «fiskebrevet».

Ved oppsigelse av eksisterende frihandelsordninger mellom Norge og EU reguleres handelen igjen av statenes bindingslister og prinsippet om bestevilkårsbehandling. Her må det som ser ut til å være en misoppfatning blant visse aktører på «nei-siden», påpekes. Det ser ut til at det er en oppfatning at EU, dersom Norge sier opp EØS-avtalen (eller Frihandelsavtalen, for den saks skyld), har forpliktet seg til å ikke øke tollene overfor Norge, sammenlignet med situasjonen etter EØS-avtalen (Nei til EU, 2020, s. 36; Ørebech, 2011, s. 35). Dette er ikke tilfellet. Statene står rettslig sett fritt til å endre bestevilkårssatsene, så fremt nivået er tilsvarende eller lavere enn i bindingslistene. Det skal mer til for å endre de bundne satsene, men også dette kan gjøres etter prosedyren i GATT art. XXVIII.

97. Frihandelsavtalen art. 33.

98. I tråd med prinsippet om at enhver traktat er bindende for partene («pacta sunt servanda»), jf. VCLT art. 26.

99. En tidligere byråkrat i Utenriksdepartementet forfatterne har snakket med, er sikker på at EU vil terminere de fleste av avtalene mellom Norge og EU, også Schengen-samarbeidet. *Nei til EU* mener på sin side – ikke overraskende – at dette er «mot formodning» (Nei til EU, 2020, s. 30).

100. Frihandelsavtalen art. 34.

Ørebech (2011) mener at prinsippet om «enveiskjøring» i GATT fører til at når man først har gitt en handelspartner preferansetoll, kan denne ikke reverseres. Knyttet til spørsmålet om virkningen ved et bortfall av EØS-avtalen uttaler han:

Prinsippet om «enveiskjøring» i importtollen er et generelt prinsipp som, selv om det ikke er direkte regulert i GATT/WTO må gjelde også der tollunioner eller frihandelsforbund oppheves, slik at nye konstellasjoner oppstår utenfor disse organisasjoner. En måte å se dette på er at ingen stat har sluttet seg til WTO uten at de samtidig har forpliktet seg til å arbeide vedvarende for en reduksjon av handelshindringer, herunder også toll. Dvs. at i det nye regime som EU og Norge må opprette i tilfelle av at EØS sies opp må – på samme måte som når frihandelsavtaler oppløses – alle tolløsninger være *tilsvarende gode som det som nedfelles i EØS*. (s. 35) (våre uthevninger)

En lignende uttalelse finner man i *Nei til EUs «ABC om EØS og handel»* (2020). Her uttales det at:

Alt regelverk i WTO er bygd opp på at inngåtte avtaler om tollfrihet eller tollreduksjoner ikke kan reverseres. For å bli medlem av WTO må landene forplikte seg til å arbeide for lavere toll. Skulle EU virkelig øke satsene tilbake til 12 prosent på hel torsk og 18 prosent på torskefilet, har Norge en god sak. (s. 36)

Det er gode grunner til å være skeptisk til denne tilnærmingen. Det er riktig at en slik løsning vil være i samsvar med intensjonen bak GATT og WTO om at tollbarrierene skal bygges ned, og at innrømmede tollpreferanser ikke skal kunne reverseres uten videre. På den annen side – som også påpekt av Ørebech – følger ikke en slik rettslig forpliktelse av ordlyden.¹⁰¹ Som folkerettslig avtale bør GATT tolkes i samsvar med ordlyden, i det minste der tolkningen inngår i strategiske valg.¹⁰²

Art. XXIV om tollunioner og frihandelsområder er et unntak fra MFN-prinsippet og bindingslistene. Oppløses et frihandelsområde eller en tollunion, må løsningen derfor være at man i mangel av en avtale faller tilbake på hovedreglene i GATT om bestevilkårsbehandling og bindingslister. Alternativet er at statene –

101. Det er for så vidt riktig at statene gjennom GATT har «forpliktet seg til å arbeide for lavere toll». Det følger f.eks. av fortalen til GATT annet ledd og art. XXIV bis nr. 1. Disse bestemmelsene er imidlertid klare innsatsforpliktelser som ikke kan håndheves rettslig. Til dette kommer at det legges opp til at arbeidet for en lavere toll skal skje gjennom forhandlingsrunder i GATT. Oppsigelsen av frihandelsavtaler er imidlertid ikke regulert av GATT.

102. Jf. VCLT art. 31.

uten holdepunkter i ordlyden – har plikt til å inngå en ny (eller *ikke* tre ut av en) frihandelsavtale. Følger man Ørebech sin tanke helt ut, vil den også tilsi at en stat aldri kunne økt den anvendte tollsatsen, noe som klart ikke er tilfellet etter GATT. Det er for så vidt få som hevder at Storbritannia har en rett på tilsvarende gode tollpreferanser ved uttreden av EU.¹⁰³

3.7 KONKURRANSE OG ANTIDUMPING

I tråd med formålet om å skape et dynamisk og ensartet økonomisk samarbeidsområde i Europa,¹⁰⁴ hvor konkurransevridende adferd begrenses, er i utgangspunktet markedsaktørers konkurransevridende adferd ulovlig.¹⁰⁵

Med bakgrunn i produktbegrensningen i art. 8 nr. 3 får i utgangspunktet heller ikke konkurransereglene i del IV anvendelse på fisk- og sjømatnæringen. Protokoll 9 art. 4 nr. 2 og 3 har imidlertid særskilte regler knyttet til konkurranse i fiske- og fiskerisektoren. Selv om de alminnelige konkurransereglene i EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse på fiskerisektoren, er det klart at partene også i sjømatsektoren så for seg en stor grad av harmoni mellom EFTA-statenes og EUs konkurranseregler.

Statene har etter art. 4 nr. 2 forpliktet seg til å endre lovgivningen som fører til konkurransevridning i fiskerisektoren. Etter EU- og EFTA-statenes felleserklæring om enighet om tolkingen av protokoll 9 art. 4 nr. 1 og 2 i EØS-avtalens sluttakt skal hva som anses å «vri konkurransen», vurderes i lys av EUs «acquis communautaire» angående organiseringen av det felles indre marked. I art. 4 nr. 3 har EU- og EFTA-statene i tillegg påtatt seg å «gjøre sitt beste» for å sikre like konkurransevilkår. Ordlyden gir partene et stort tolkingsrom, men lojalitetsplikten i EØS-avtalen art. 3 tilsier at partene skal tilstrebe å sikre at konkurransen ikke vrir, og bestemmelsen representerer like fullt en rettslig forpliktelse for statene (se i denne retning også Foss, 2011, s. 23). Det er derfor ikke overraskende at norsk konkurranselovgivning som er vedtatt i samsvar med forpliktelsene i EØS-avtalen, i utgangspunktet omfatter oppdretts- og fiskerinæringen.

En forskjell mellom konkurransereglene i EØS-avtalens alminnelige del og protokoll 9 er imidlertid håndhevings- og tvisteløsningsmulighetene. ESA og EU-kommisjonen er gitt myndighet til å sikre etterlevelse av de alminnelige reglene på

103. Også her mener vel for så vidt Nei til EU at Storbritannia «har en god sak» (Nei til EU, 2020, s. 36).

104. Se EØS-avtalen fortale avsnitt 5, art. 1 nr. 1 og art. 1 nr. 2 e). Se også Sak E-1/16, *Synnøve Finden*, avsnitt 55.

105. Se EØS-avtalens art. 53 flg.

konkurranserettens område og skal i denne forbindelse overvåke, ta imot klager, undersøke mulig overtredelse av reglene og fatte vedtak om overtredelse.¹⁰⁶ Hvis statene ikke retter seg etter vedtaket, kan det bringes inn for EU- eller EFTA-domstolen. Protokoll 9 inneholder imidlertid ingen referanse til slik tvisteløsnings- eller håndhevingsmyndighet. EFTA-domstolen kom i *Marine Harvest*-saken til at ESA manglet overvåkingskompetanse etter protokoll 9 art. 4 nr. 1 og reglene om statsstøtte i sjømatnæringen (se over, avsnitt 3.3.). Tilsvarende argumenter taler for at det samme gjelder overholdelse av plikten til å endre konkurransevidende lovgivning i art. 4 nr. 2.

Det må her nevnes at *EU-rettens* forbud mot konkurransevidende adferd får anvendelse på alle aktørers konkurransekoordinerende adferd eller misbruk av dominerende posisjon i det indre marked, som kan påvirke handelen mellom medlemsstatene.¹⁰⁷ Dette er tolket av EU-domstolen dit hen at konkurranseretten også kan få virkning på aktører fra tredjestaters handlinger, altså ekstraterritorielt, der disse vil påvirke konkurransen i det indre marked (virkningsdoktrinen).¹⁰⁸ Videre ser EU-kommisjonen seg også kompetent til å håndheve konkurransereglene der aktører utenfor det indre marked opererer konkurransevidende gjennom datterselskap innenfor EU (økonomisk enhets-doktrinen).¹⁰⁹ Dette kan bli aktuelt hvis f.eks. norske lakseeksportører inngår prissamarbeid med virkninger i EU.¹¹⁰ I slike tilfeller vil EU-kommisjonen etterforske selskapene. Finner EU-kommisjonen holdepunkter for brudd på EU-konkurransereglene, kan den fatte avgjørelse om pålegg, bøter og andre sanksjoner. Avgjørelsene kan påklages til Retten og videre til EU-domstolen. På dette området vil derfor ikke et eventuelt bortfall av EØS-avtalen ha de store konsekvensene for norske sjømateksportører.

EU har imidlertid ingen tvangsmyndighet overfor tredjelands selskaper,¹¹¹ men de har en mulighet til å sikre etterlevelse av reglene i form av såkalte beskyttelses-

106. EØS-avtalen art. 55.

107. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TFEU) art. 102.

108. Se f.eks. samlede saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85 to C-129/85 *Woodpulp*, sak T-102/96, sak C-413/14 *Intel*.

109. Se for eksempel sak 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd*.

110. En slik sak er for øyeblikket (våren 2020) oppe i USA, hvor konkurranselovgivningen også har ekstraterritoriell virkning. Saken gjelder et påstått prissamarbeid mellom Mowi, Lerøy, Salmar og Grieg Seafood siden 2015. Også EU-kommisjonen har undersøkt om det foreligger slikt prissamarbeid mellom disse selskapene (sammen med deres EU-datterselskaper), og vurderer å holde også deres norske morselskaper ansvarlige.

111. Det vil imidlertid ikke si at EU ikke effektivt kan sanksjonere brudd på reglene. Dersom et selskap ikke betaler EU-kommisjonens bot, vil fort resultatet være utestengelse fra markedet. For norske sjømateksportørers del vil dette ha stor betydning i et marked som representerer 2/3 av all sjømateksport fra Norge.

tiltak. Etter EØS-avtalen art. 26 er utgangspunktet at beskyttelsestiltak ikke skal «anvendes mellom avtalepartene», men dette gjelder kun på områder hvor EU-retten er fullt integrert.¹¹² Dette er som kjent ikke tilfellet for fisk og sjømat. Muligheten til å anvende slike tiltak er fremhevet i protokoll 9 art. 4 nr. 3. Bestemmelsen indikerer at avtalepartene «skal gjøre sitt beste for å sikre konkurransevilkår som gjør det mulig for de andre avtalepartene å avstå fra å anvende anti-dumping-tiltak og beskyttelsestoll». Heller ikke her gis det uttrykk for at ESA er gitt en rolle i håndhevingen.

Henvisningen til antidumpingtiltak og beskyttelsestoll er en referanse til gyldige beskyttelsestiltak etter GATT og WTO-regimet, og lovligheten må vurderes på bakgrunn av disse.¹¹³ Etter WTO/GATT, for at antidumpingtiltak kan praktiseres, må prisen på et produkt fastsettes til en lavere pris i hjemmemarkedet enn i eksportmarkedet, importstatens industri må være skadelidende, og det må foreligge årsakssammenheng mellom salget til underpris og skaden på importstatens industri (Matsushita, Schoenbaum, Mavroidis & Hahn, 2015, s. 378). Det er importstaten som i første omgang vurderer om det foreligger dumping, og behovet for og størrelsen på beskyttelsestiltak. Dersom partene ikke kommer til enighet, kan saken bringes inn under tvisteløsningsmekanismen i WTO.¹¹⁴ Dette gjelder også under protokoll 9.

Helt siden 1970-tallet har EU hatt en liberal tilnærming til bruk – eller misbruk – av antidumpingtiltak (Matsushita, Schoenbaum, Mavroidis & Hahn, 2015, s. 378; Almestad, 2012, s. 15). Også norsk fiskeindustri har fått kjenne på dette, i den såkalte laksestriden, som endte med panelsak i WTO.¹¹⁵ Historien viser altså at EØS-avtalen med tilhørende protokoller ikke har satt en stopper for EUs praksis med å innføre beskyttelsestiltak ved beskyldninger om dumping av norsk sjømat. Foss (2011) uttaler imidlertid i denne sammenheng at han:

... er overbevist om at [bestemmelsen i protokoll 9 art. 4 nr. 3] er en viktig årsak til at Kommisjonen tross alt gjennomgående har lett etter lempelige løsninger enn en avgift, selv når utregningen av dumpingmarginene har vist store tall. På forespørsel bekrefter en av de mest sentrale embetsmennene på EU-siden at EØS-avtalen og vurderinger omkring respekt for avtaleteksten, spilte en betydelig rolle. (s. 23)

112. EØS-avtalen protokoll 13, første avsnitt.

113. Antidumpingreglene i WTO-regimet finner vi i GATT art. VI og GATT Antidumping Code av 1979.

114. Tvisteløsningsmekanismen i WTO er i skrivende stund under press, og mangelen på nyutnevneelse av dommere har gjort at ankeinstansen ikke er vedtaksdyktig.

115. Sak DS337: European Communities – Anti-Dumping Measure on Farmed Salmon from Norway.

Ved et eventuelt bortfall av EØS-avtalen kan det nok tenkes at EU-kommisjonen vil være mindre diplomatisk i behandlingen av spørsmål om dumping. I mangel av avtale om å unnlate å anvende beskyttelsestiltak (slik også EU-medlemskap ville medføre) er det likevel WTO-reglene og GATT som regulerer spørsmål om beskyttelsestiltak.

Hverken Frihandelsavtalen av 1973 eller «fiskebrevet» har konkurranseregler som kommer til anvendelse på sjømatnæringen (Laurantzon, 2020, s. 90).

3.8 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

I avsnittene over har vi forsøkt å se nærmere på særlige rettslige konsekvenser for sjømatnæringen ved et bortfall av EØS-avtalen. Dette har vi gjort ved å forutsette at EØS-samarbeidet faller bort i sin helhet.

Det er omdiskutert i hvilken grad fisk- og sjømatprodukter og tilknyttet virksomhet er omfattet av EØS-avtalens *indre marked*, og det eneste som er klart, er at fisk og sjømat faller utenfor det frie varebyttet med de unntakene som følger av protokoll 9. Denne usikkerheten skyldes uklarhet rundt EØS-avtalens saklige og geografiske virkeområde. Med holdepunkter i EFTA-domstolens praksis kan det se ut til at jo sterkere tilknytningen er mellom den aktuelle virksomheten og fisk- og sjømatprodukter, jo mer sannsynlig er det at virksomheten *ikke* reguleres av EØS-avtalen. De rettslige virkningene vil således variere ut fra rettsområdet og må vurderes konkret. For etableringer og kapitalinvesteringer innen fangst, oppdrett og foredling er vi av den oppfatning at det ikke er utenkelig at EØS-avtalen stiller krav til norsk rett. For *tjenestesektoren* avhenger nok svaret av typen tjeneste, og også her er graden av tilknytning avgjørende. I tråd med *Pedicel* faller reklametjenester for sjømat utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. For tjenester knyttet til kvalitetssikring, drift, matsikkerhet og sikring av dyrehelsen innenfor oppdrettsnæringen er nok spørsmålet mer usikkert. Det samme gjelder for transporttjenester. Spørsmålet om anvendelsen av EØS-avtalens regler om *arbeidskraft* har i praksis reist seg der norske myndigheter ønsker at arbeidstakere på fiskefartøy har en sterkere tilknytning til Norge. Norge har imidlertid ikke hevdet at reglene faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, og kun det geografiske.

Det er nok slik at usikkerheten knyttet til utstrekningen av EØS-avtalens anvendelsesområde i praksis har innvirket på norsk myndighetsutøvelse, også på områder det er mer usikkert om er dekket av EØS-avtalen. Denne usikkerheten representerer i seg selv en politisk hindring som vil falle bort sammen med EØS-avtalen.

En virkning av et bortfall av EØS-avtalen vil også være at det – rettslig sett – vil være lettere for Norge å stille strengere krav til utenlandsk arbeidskraft både på fiskefartøy, oppdrettsanlegg, foredlingsforetak og i tjenestesektoren. Dette gjelder

uavhengig av om Norge på selvstendig grunnlag har godtatt å fastsette tilsvarende regler som EU, eller om det er usikkerhet rundt utstrekningen av EØS-avtalen på området. Det er ofte her vi ser de negative effektene av EØS-avtalen i form av sosial dumping og på visse områder lavere standarder for helse og sikkerhet. Norge vil ved et bortfall av EØS-avtalen i større grad kunne føre kontroll og stille høyere krav. Generelt kan man derfor si at et bortfall av EØS-avtalen vil føre til at Norge potensielt stilles friere både rettslig og politisk til å fastlegge sine ordninger knyttet til etableringer, kapital, tjenester og arbeidskraft. Om dette bringer med seg større trygghet, sikkerhet, bedre vilkår for arbeidstakere, forutsigbarhet for næringsdrivende og potensial for en bedre rettstilstand generelt, er imidlertid usikkert.

Også virkningene for *fisk- og sjømathandelen* med EU ved et eventuelt bortfall av EØS-avtalen er usikre. Dette er behandlet i større grad i andre kapitler i denne boken. Det må likevel påpekes at selv om avtalene om tollkvoter formelt sett er knyttet til frihandelsavtalen – og som utgangspunkt fortsatt vil være i kraft ved et bortfall av EØS-avtalen – er flere av disse midlertidige og knytter seg til – og forutsetter et EØS-samarbeid. Ved utløp av disse ordningene må protokollene reforhandles. EU har ingen rettslig plikt til å yte kompensasjon for den økte tollbyrden ved utvidelsen av EU, og det er usikkert om EU vil stå på tilbudssiden i en slik situasjon.

Ved bortfall av EØS-avtalen faller også protokoll 9 bort. Med protokoll 9 bortfaller også plikten til å «gjøre sitt beste for å sikre konkurransevilkår som gjør det mulig for de andre avtalepartene å avstå fra å anvende anti-dumping-tiltak og beskyttelsestoll». Det er mulig EU derfor vil ha mindre betenkeligheter med å anvende beskyttelsestiltak mot Norge ved anklager om statsstøtte eller dumping.

Endelig er det grunn til å være oppmerksom på at også det institusjonelle forsvinner ved bortfall av EØS-avtalen. Dette inkluderer ESA, som overvåker at statene overholder sine plikter etter EØS-avtalen. Selv om ESAs kontrollmyndighet på området for statsstøtte og konkurranse er begrenset, vurderer ESA lovligheten av norsk lovgivningsmyndighet på andre av EØS-rettens områder. Det er klart at ESA ikke kan drive kontrollvirksomhet når regelverket det skal overvåke, bortfaller, men en vakthund – som det ESA er – vil ofte påse, gjennom begrunnelsesbyrden, at man ikke trår kanten mot det illegitime nær.¹¹⁶ Fatter EU-kommisjonen

116. Det vil selvfølgelig ikke si at det ikke finnes ordninger i Norge som ivaretar tilsvarende hensyn. Sivilombudsmannen driver f.eks. kontroll med forvaltningens virksomhet, Fylkesmannen har delegert myndighet til å kontrollere lovligheten av fylkeskommuner og kommuners vedtak, og Stortingets kontroll og konstitusjonskomite kontrollerer regjeringens lojale implementering av Stortingets vedtak. Det er imidlertid i hovedsak domstolene i Norge som prøver lovmessigheten opp mot andre rettskilder.

vedtak mot norske selskaper for brudd på konkurransereglene, vil disse imidlertid fortsatt kunne prøves i EU-domstolen.

Muligheten til å få EFTA-domstolens syn på saken vil også forsvinne. Det kan selvfølgelig stilles spørsmål ved i hvilken grad det vil påvirke «rettsikkerheten» til private, når også rettighetene slutter å opphøre, men mange av rettighetene finnes i større eller mindre grad i andre bi- og multilaterale avtaler, hvor private vanskelig kan få saken sin prøvd internasjonalt.

Mye av kritikken mot EØS har gått på at Norge gjennom avtalen mister selvråderett. Det er selvfølgelig klart at ved et bortfall av EØS-avtalen står Norge friere innad til å fastsette sine lover og regler. EU er imidlertid desidert Norges viktigste marked for eksport av sjømat, og det er videre klart at norske eksportører likefremt må forholde seg til EUs standarder og konkurranserett. Der styrkeforholdet er skjævt, er det ikke åpenbart at økt selvråderett er noen fordel for den svakeste parten. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor mye større det reelle handlingsrommet faktisk blir.

REFERANSER

Litteratur

- Almestad, K. (2012). Frihandelsavtalen av 1973 – Et alternativ for Norge? Oslo: Europabevegelsen.
- Arnesen, F. (1994). Regulerer EØS-avtalen den norske stats utnyttelse av petroleumsforekomster? *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1994 (3), s. 424–468.
- Arnesen, F. (2015). Endringer i deltakerlovens aktivitetskrav – EØS-rettslige spørsmål. Oslo: Senter for europarett, Universitetet i Oslo. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/e8b2db9b0c9f4d8ab23d3e57db140dd7/betenkning-arnesen---deltakerlovens-aktivitetskrav-mars-2015.pdf>
- Arnesen, F. & Bekkedal, T. (2017). EØS til sjøs – Om EØS-rettens betydning for adgangen til å kreve at arbeidstakere på fartøyer i norske farvann tilstå norske lønns- og arbeidsvilkår. Oslo: Norsk sjømannsforbund. Hentet fra <https://leveavhavet.no/wp-content/uploads/2017/08/arnesen-bekkedal-eos-til-sjos-endelig-versjon.pdf>
- Arnesen, F., Fredriksen, H. H., Graver, H. P., Mestad, O. & Vedder, C red.). (2018). *Agreement on the European Economic Area. A commentary*. Baden-Baden: Nomos, München: Beck og Oxford: Hart.
- Arnesen, F., Furuseth, H., Pozdnakova, A. & Ringbom, H. (2019). *Norske lønns- og arbeidsvilkår for sjøfolk i norske farvann og på norsk kontinentalsokkel*. Oslo: Nordisk institutt for sjørett.
- Benjaminsen, N. K. (2017). «... uatskillelig knyttet til» Om avgrensning av EØS-avtalens saklige virkeområde for fiskeri- og oppdrettsrelatert virksomhet. *MarLus* 2017 (488).
- Bugge, H. C. (2011). *EØS-avtalens rolle og betydning på miljøvernområdet*. Oslo: Europautredningen, Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU, rapport nr. 14.

- Bull, H (2013). Kommentarer til EØS-avtalen art. 20. note 47. Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata. Hentet fra <https://min.retsdata.no/Dokument/gL19921127z2D109z2D1z2EOII-z2EK2?noteid=gN19921127z2D109z2E47>
- Crawford, J. (2019). *Brownlie's principles of Public International Law* (9. utg.). Oxford: Oxford University Press.
- Foss, T (2011). *Analyse av Norges avtaler og samarbeid med EU på fiskeriområdet*. Oslo: Europautredningen, Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU, rapport nr. 4.
- Fredriksen, H. H. & Mathisen, G. M. (2018). *EØS-rett* (3. utg.). Bergen: Fagbokforlaget.
- Laurantzon, M. A. B. (2020). Fra hav til bord – Rettslige konsekvenser for norsk sjømatnæring ved bortfall av EØS-avtalen. *MarIus* 2020 (528).
- Matsushita, M., Schoenbaum, T. J., Mavroidis, P. C. & Hahn, M. (2015). *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy* (3. utg.). Oxford: Oxford University Press.
- Melchior, A. og Sverdrup, U (red.).(2015). *Interessekonflikter i norsk handelspolitikk*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Nei til EU. (2020). ABC om EØS og handel. *Nei til EU sin skriftserie vett* 2020 (1).
- Sejersted, F., Arnesen, F., Rognstad, O-A., Foyn, S. & Kolstad, O. (2011). *EØS-rett* (3. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Shaw, M. N. (2017). *International law* (8. utg.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Stefánsson, S. M. (1996). *The EEA Agreement and Fish and Other Marine Products*. København: Nordic Council for Researches in European Integration Law.
- Trosdahl, K. A. H. (2018). EØS-avtalens geografiske virkeområde. Norsk økonomisk sone og kontinentalsokkel. *MarIus* 2018 (511).
- Ørebech, P (2011). EØS, fisken, tollene og alternativene til EØS – en utredning for Alternativer til dagens EØS-avtale. Tromsø: Universitetet i Tromsø.
- Ørebech, P. (2015). Noen kommentarer til Professor Finn Arnesens betenkning for Nærings- og Fiskeridepartementet om EØS, fiskeri og aktivitets- og nasjonalitetskrav. Hentet fra https://www.regjeringen.no/contentassets/bf010586c023447e88eb1140eb6a0969/horingssvar-orebech-kommentarer-til-arnesen.pdf?uid=H%C3%B8ringssvar_%C3%98rebech_kommentarer_til_Arnesen.pdf

Stortingsforhandlinger

- Fiskeri- og kystdepartementet. (2005). *Om lov om akvakultur (akvakulturloven)*(Ot.prp. nr. 61 (2004–2005)). Oslo: Fiskeri- og kystdepartementet.
- Fiskeri- og kystdepartementet (2006). Om lov om endring i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann (Ot.prp. nr. 99 (2005–2006)). Oslo: Fiskeri- og kystdepartementet.
- Fiskeri- og kystdepartementet (2013). *Endringer i akvakulturloven* (Prop. 103 L (2012–2013)). Oslo: Fiskeri- og kystdepartementet.
- NOU 2012: 2 (2012). *Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU*. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/5d3982d042a2472eb1b20639cd8b2341/no/pdfs/nou201220120002000dddpdfs.pdf>

Nærings- og fiskeridepartementet (2019). *Havbruk til havs – Ny teknologi – nye områder*. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/e29cc668cbf54448a599c6da58cb1b9f/rapport-havbruk-til-havs.pdf>

Nærings- og fiskeridepartementet (2015). *Forutsigbar og miljømessig bærekraftig vekst i norsk lakse- og ørretoppdrett* (Meld. St. 16 (2014–2015)). Oslo: Nærings- og fiskeridepartementet.

Utenriksdepartementet (1981). Om samtykke til å inngå en avtale av 27. februar 1980 mellom Kongeriket Norge og det Europeiske Økonomiske Fellesskap om fiskerier (St.prp. nr. 90 (1980–1981)).

Utenriksdepartementet (1992). Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) (St.prp. nr. 100 (1991–1992)). Oslo: Utenriksdepartementet.

Utenriksdepartementet (2012). *EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU* (Meld. St. 5 (2012–2013)). Oslo: Utenriksdepartementet.

Utenriksdepartementet (2014). Samtykke til ratifikasjon av avtale om Republikken Kroatias deltakelse i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) med tilliggende avtaler, samt inngåelse av midlertidig anvendelse (Prop. 44 S (2013–2014)). Oslo: Utenriksdepartementet.