

**Noen kommentarer til
Professor Finn Arnesens betenkning for Nærings- og Fiskeridepartementet om
EØS, fiskeri og aktivitets- og nasjonalitetskrav**

«De grunnleggende bestemmelsene om de fire frihetene i det indre markedet får større konsekvenser enn mange trodde».

tidl. ESA-president Knut Almestad¹

Innhold:

Problemstilling, innhold og sammenfatning	2
I. Fiskeri: Faller fangstleddet utenfor EØS?	4
A. Den geografiske rekkevidde.....	4
B. EØS- og den saklige virkekrets: produktavgrensningen	5
C. EØS artikkel 125 og eiendomsretten til fisket.....	6
II. Inneholder Vedlegg VIII & XII forbud mot innføring av «nye» restriksjoner?	15
A. Hva slags regel er Vedlegg VIII & XII?	15
B. Inneholder vedleggene forbud, tillatelser, hjemler eller fritakelser?	18
C. Vedleggene er «grandfather clauses» á la WTO – GATT	21
i. Før NOU' en evt. vedtas. Både aktivitets- og nasjonalitetskrav.....	21
ii. Etter NOU'ens vedtakelse. Nye fakta – nye løsninger (1). Etableringsretten	22
III. Aktivitetskravets bortfall endrer konkurranseforutsetningene.....	25
A. EØS er en folkerettslig avtale	26
B. Konsekvenser for norsk fiskerirett ved bortfall av Vedlegg VIII & XII.....	28
IV. Konklusjon	35

¹ Dagens Næringsliv 11.september 2001 s. 9.

Problemstilling, innhold og sammenfatning

Professor Arnesens betenkning for Nærings- og Fiskeridepartementet (NFID) vedrørende Tvetervå-utvalgets innstilling (NOU 2014:16, Sjømatmeldingen), gjelder spørsmålet om deltakerloven av 26. Mars 1999 nr. 15 § 6 kan endres slik at fiskematindustrien likestilles med aktive fiskere mht. eierskap i fartøyer (aktivitetskravet), uten at det får konsekvenser for lovens nasjonalitetskrav. Selv om jeg også enkelte ganger er enig med professor Arnesen, er det flere fundamentale forskjeller i våre analyser:

For det første: Mens Arnesen kun analyserer etablerings- og investeringsregler er mitt standpunkt at Tvetervå-utvalgets planlagte bortfall av aktivitetskrav, i tillegg utløser EØS' selskaps- og konkurranseregler. Dette vil i sin tur fjerne nasjonalitetskrav og tilfeller av diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.

En annen grunn til våre avvikende syn kan skyldes at professor Arnesen synes å legge til grunn at Norge har et mye større «handlingsrom» enn det jeg mener er realistisk. En slik optimisme er ofte mer typisk for norske politikere enn akademikere:

«Hovedgrunnlaget for Europapolitikken vil fortsatt være EØS-avtalen. Norge er gjennomgående tjent med utvikling av felles regler og standarder i det indre marked. Men samtidig har vi et handlingsrom. Det har vi brukt og vi skal bruke det enda mer».²

For det tredje: Jeg er uenig i Arnesens syn på EØS artikkel 8 pkt. 3 og 126, vedr. avtalens saklige og geografiske rekkevidde, som begrenset til hhv. industrivarer og territorialfarvannet (*kapittel IA og IB*). Kapitalanbringelse i fangstleddet faller ikke utenfor EØS iht. artikkel 8 pkt. 3, slik professor Arnesen hevder fordi bestemmelsen står i Del II som kun angår det frie varebytte. 'Territoriet' tolkes funksjonelt og omfatter også fiskerivirksomhet som foregår utenfor territorialfarvannet. Kontinentalsokkelen som også er omdiskutert, faller utenfor vårt tema her som kun gjelder fiskeri i vannsøylen over.

Jeg behandler også EØS artikkel 125, om regelen om de eiendomsrettslige forhold og fiskeri som et mulig unntak fra «de fire friheter» (*kapittel IC*). Som en rekke EU-dommer viser er artikkel 125 på tross av sin ordlyd ikke noen avgrensning for EØS-avtalens rekkevidde, og kan følgelig heller ikke være grunnlag for å hevde at regler om retten til å fiske skulle falle utenfor EØS.

² Utenriksminister Espen Barth Eide, Brussel 26 november 2012, referert fra <https://www.regjeringen.no/nb/aktuelt/handlingsrommet/id708560/>

For det fjerde: uenigheten strekker seg videre og omfatter også Vedlegg VIII pkt 10 og vedlegg XII pkt 1 bokstav h. Professor Arnesen konkluderer med at:

«Sjømatindustriutvalgets forslag ligger derfor innenfor rammene av hva EØS-avtalen vedlegg VIII pkt 10 tillater» (s. 15) [og] «... innenfor rammene av hva EØS-avtalen vedlegg XII pkt 1 bokstav h tillater» (s. 17).

Uenigheten om vedleggene skyldes forskjellige vurderinger av deres funksjon, innhold og formål, men vi har også ulikt syn på faktum og rettslige følger. Følgende spørsmål reiser seg: Hva er vedleggenes innhold og funksjon (*kapittel II*)? Utløses konkurranserettslige problemstillinger ved at aktivitetskravet fjernes samtidig som nasjonalitetskravet består (*kapittel III*)? Eller er vi da også kommet dithen at diskriminering på grunnlag av nasjonalitet må opphøre?

Jeg legger på samme måte som Arnesen til grunn, «noe som også synes tryggest, at investeringer og etableringer innenfor fiskerisektoren reguleres av EØS-avtalen» (s.12). Lenger enn dette kan jeg imidlertid ikke følge ham: Verken EØS artikkel 8 pkt. 3, 125 eller Vedlegg VIII pkt 10 og vedlegg XII pkt 1 bokstav h, kan berge nasjonalitetskravet slik Arnesen synes å mene.

For det femte vurderes om EU-domstolens avgjørelse i Centros-saken³ om valg av registreringssted for firma og sted for hovedkontor er noe bedriften har full autonomi over, og som derfor ikke kan overstyres av den enkelte medlemsstat i EØS. I tilfelle medfører det at deltakerlovens krav (§ 5) om styrets hovedkontor og –sete opphører.

Uansett utfall av drøftelsene i kapittel I-III så gjelder at tolkningstvil og skjønn medfører stor usikkerhet mht. hvor langt Norge kan gå innen rammen av EØS Vedlegg VIII & XII uten at disse vitale bestemmelser for Norge anses opphørt. Fordi språklige analyser av EØS må vike for «*l'effet utile*», dvs. virkningstolkningen vil jeg mene at Arnesens konklusjon om at aktivitetsplikten kan fjernes uten at det får konsekvenser for nasjonalitets-kravet, er for optimistisk. Følger vi professor Arnesens råd vil det sette uvurderlige nasjonale verdier i spill, jf. uttalelsen av fhv. ESA-president Knut Almestad i ingressen foran (*kapittel IV*).

³ EU-domstolen (ECJ) – dom av 9 mars 1999 (sak C-212/97), Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen.

I. Fiskeri: Faller fangstleddet utenfor EØS?

Utgangspunktet er at Norge fritt endrer sitt eget lovverk ved forhold som ligger utenfor EØS-avtalens rekkevidde. Her behandles følgende forhold: *For det første*, den geografiske eller stedlige virkekrets (pkt. A). *For det annet* den saklige virkekrets, faller fisk som varekategori under den harmoniserte tolltariff (artikkel 8 pkt. 3) utenfor EØS (pkt. B)? *For det tredje*; er feltet med eiendomsrettslige regler i sin helhet utenfor EØS, dvs. også regler som angår retten til å drive fiske i norske farvann og på norske ressurser (pkt. C)?

A. Den geografiske rekkevidde

Aller først kan vi konkludere på et lenge omdiskutert spørsmål; EØS-avtalens stedlige virkekrets hva angår fiskeri. Dette reguleres av EØS artikkel 126.1; «Kongeriket Norges ... territorium». Professor Arnesen fastslår: «Drøftelsene foran viser at ordlyden i EØS-avtalens hoveddel gir gode holdepunkter for å anta at forhold knyttet til fiske utenfor norsk territorialfarvann faller utenfor EØS avtalens geografiske virkeområde» (s. 11). Mens det er holdepunkter for at Norge har motsatt seg en utvidet rekkevidde hva angår petroleumsvirksomheten jf. «offshore-direktivet»,⁴ er denne motstand svekket hva angår fiskeri i området utenfor territorialfarvannet, se Frostating lagmannsrett i Leinebris-saka: «Selv om EØS-avtalens artikkel 126 første ledd omtaler anvendelse av avtalen på de aktuelle lands territorier, er lagmannsretten kommet til at det vil være en for formalistisk fortolkning å legge til grunn at EØS-avtalen ikke får virkning utenfor territorialgrensen».⁵ Retten som viste til ESAs forståelse om at «virkeområde skal defineres på en funksjonell måte» anvender EU-rettens virkningsbaserte tolkningsmetode (*l'effet utile*) i dette tilfelle (se kapittel III). Rettens *ratio decidendi* fremkommer slik:

«Hva angår geografisk virkeområde for EØS-avtalen slutter lagmannsretten seg til ESA's konklusjon i åpningsbrevet om at fiskernes ansettelsesforhold er tilstrekkelig nært knyttet til EØS-territoriet til at EØS-reglene om fri bevegelse av arbeidstakere gjelder for arbeidstakere om bord på norske fiskefartøyer, også i norsk økonomisk sone».⁶

Regjeringen har imidlertid på tross av dommen framholdt at

⁴ EU dir. 2013/30/EU.

⁵ Frostating lagmannsrett dom av 21. september 2006 (Leinebris-saken), LF-2006-24118, s. 9.

⁶ Op.cit s. 10.

«Norge legger til grunn at begrepet territorium skal forstås i henhold til fast praksis i folkeretten. Dette innebærer at EØS-avtalen omfatter Norges landterritorium, indre farvann og territorialfarvann, men ikke økonomisk sone, kontinentalsokkel eller det åpne hav. Det geografiske virkeområdet til EØS-avtalen anses ikke som et rettslig hinder dersom Norge etter en konkret vurdering ønsker å påta seg spesifikke EØS-forpliktelser utenfor territoriet».⁷

Dette er et fornuftig standpunkt. Imidlertid er saken ikke «lagt død». EU og Norge har enda ikke kommet til enighet om den stedlige virkekrets.⁸ I gruppen av uoverenstemmelser finner vi også havstrategidirektivet.⁹ Men uansett er det klart at «[i]t cannot be unilaterally up to Norway to decide on the geographical application of the EEA Agreement».¹⁰

Når jeg trekker den slutning at det er «dårlige odds» for den norske posisjonen har dette sammenheng med resultatet fra «Leinebris-dommen» som har fått stor rettskildemessig vekt i og med at Norge ved sin etterfølgende opptreden *har akvissisert* ved resultatet. Mens saken stod for høyesterett og «[k]ort tid før forhandlingene i Høyesterett valgte ... riksadvokaten å trekke anken, med den følge at Høyesterett ikke fikk muligheten til å gi uttrykk for sitt syn på spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse i norsk økonomisk sone».¹¹ Dette tolker jeg som statens stilltiende aksept av lagmannsrettens dom. Jeg regner derfor dette spørsmål som avgjort hva angår fiskeri, og at noen videre drøftelse av den geografiske virkekrets er derfor unødvendig for denne sektor.

B. EØS- og den saklige virkekrets: produktavgrensningen

Et neste punkt som også kan avklares relativt kort, gjelder hvilke saklige og sektorielle forhold som EØS-avtalen omfatter. Professor Arnesen har særlig festet seg ved betydningen av at fangstleddet produserer varer som ikke henhører under Den harmoniserte tolltariff kapittel 25-97, men snarere varer som klassifiseres under kapittel 1-24. Gjennom drøftelse av EFTA-domstolens sak E-4/04 (Pedicel) – som Arnesen (s. 8) innrømmer at kan oppfattes i

⁷ Meld.St. 5 (2012-13) s. 41.

⁸ Se Stortinget, EU/EØS-nytt - 19. november 2014, <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2013/EUEOS-nytt---22-mai-2013/#eosrelevans> besøkt 18.4.2015

⁹ Directive (2008/56/EF) of the European Parliament and of the Council establishing a Framework for Community Action in the field of Marine Environmental Policy (Marine Strategy Framework Directive) av 17. juni 2008.

¹⁰ Alt Law firm, «OFFSHORE SAFETY DIRECTIVE – EEA RELEVANCE AND GEOGRAPHICAL APPLICABILITY» Memo til Bellona av 13 March 2013, s. 10.

¹¹ Halvar Haukeland Fredriksen, EU/EØS-rett i norske domstoler (Europautredningen. Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU Rapport # 3, 2011) s. 67.

flere forskjellige retninger, jf. «vanskelige avgrensningsspørsmål» – lander Arnesen på den løsning som er minst brysom for Norge, dvs. gir de minst vidtrekkende følger:

«Drøftelsene gir også grunnlag for å anta at regulering av forhold knyttet til etablering av foretak som produserer produkter som ikke hører inn under HS kapitlene 25 til 97, faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde» (s. 11).

Med dette sier Arnesen at fangstleddet i fiske er utenfor EØS-avtalens saklige virkekrets. Arnesen trekker noen slutninger fra landbruksvarer, herunder vin og fiskeopprett (s. 8). Drøftelsen er lite overbevisende. Det er uten videre klart at Norge har anerkjent at etablerings-, investerings-, etc. regler i EØS kommer til anvendelse selv om produktet, laks, er en vare som henhører under HS-reglene kapittel 1-24. Det er ikke lett å få gehør for at *andre* ordninger skal gjelde for villfanget fisk. Dette standpunkt deles også av ESA.

Et, etter mitt skjønn, tungtveiende moment er det som også ESA vektlegger, nemlig at artikkel 8 er inntatt i EØS Del II, som gjelder «det frie varebyttet» og kun det. Som støtteargument henholder ESA seg til metodikken i avtaleverket. Kun bestemmelser som står i de generelle delene av avtalen (Del I og Del IV-IX) gjelder for hele avtaleverket. Bestemmelser som står innenfor rammene av Del II gjelder kun varebyttet og de som står i del III gjelder fri flyt av personer, tjenester og kapital. Et ytterligere støtteargument bygger på at

«[v]edlegg VIII pkt. 10, som bestemmer at Norge kan «fortsette å anvende restriksjoner som gjelder den dagen avtalen blir undertegnet, på etablering for utenlandske statsborgere innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer», ville være overflødig dersom etableringsreglene ikke kom til anvendelse innenfor fiskerisektoren» (s. 9).

Dette er jeg enig i. EØS artikkel 8 pkt 3 er ingen generell begrensning som ekskluderer fiskeriaktiviteten – fangstingen med alt det innbefatter – fra EØS-avtalen. Etableringer og investeringer i fiskerisektoren er ikke ekskludert fra EØS som følge av artikkel 8 pkt. 3.

C. EØS artikkel 125 og eiendomsretten til fisket

1. Hvis unntakene i Vedlegg VIII & XII bortfaller, er svaret at Norge må inkorporere EØS-avtalens generelle løsninger, hvis ikke fiskerisegmentet faller utenfor EØS. Spørsmålet da blir om fiskeri-sektoren finner et mulig grunnlag for «utenforskap» utover dem som professor Arnesen behandler. Et slikt mulig grunnlag er EØS-avtalen 125: «Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten».

2. Angår dette retten til å etablere seg – eller investere i fiskeri? Retten til fiske angår eiendomsrettslige forhold. Det er hevet over enhver tvil at fisket eies av det norske folk i fellesskap, jf. havressurslova (2008) § 2; «Dei viltlevande marine ressursane ligg til fellesskapet i Noreg» og deltakerlov (1999), forarbeidene: «Komiteen viste då til fellesmerknaden i Innst.O.nr.38 (1998-1999)_der det heiter at: ‘Komiteen vil påpeke at fiskeressursene tilhører det norske folk i fellesskap. Det er derfor i utgangspunktet ingen enkeltpersoner eller selskaper som kan gis evigvarende eksklusive rettigheter til vederlagsfritt å høste av og tjene på disse ressursene, mens andre stenges ute fra å delta i fisket’. Komiteen meiner dette skal liggja til grunn også i framtida».¹²

3. Dette dreier seg om eiendomsrettslige forhold. Jeg starter derfor min analyse med noen bemerkninger til EØS-avtalen artikkel 125: Etter sin ordlyd skulle regelen være klar: De eiendomsrettslige forhold i Norge og andre medlemsstater i EØS faller utenfor EØS-avtalen. Dvs. at EØS med sine «4 friheter» ikke gjelder for eiendomsforhold – og reguleringer som Norge måtte finne for godt å vedta. Dette må også omfatte forhold i fiske, i og med at fiskerettighetene i Norge er eid av det norske folk i fellesskap. I forhold til de tolkningsmessige prinsipper om at den part som ønsker et unntak fra de alminnelig grunnprinsipper eller hovedregler plikter å uttrykke seg klart,¹³ kan en si at det har Norge gjort, sml. den tilsvarende bestemmelse i EU-traktaten; «De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af traktaterne» (Maastricht 1992, Artikkel 295, nå TFEU 345).

4. I forhold til tolkningsprinsippene gjelder at den part som ønsker et unntak, også plikter å uttrykke seg klart. Uklarheter blir evt. til skade for vedkommende stat. Som sammenligningen mellom Maastricht 1992 og EØS 1992 viser har Norge gjort nettopp det. «... berøres ikke» i TFEU (både nåværende artikkel 345 og tidligere artikkel 295 – dansk versjon) er blitt til «... ikke på noen måte berøre». Den stat som påberoper seg et unntak fra grunnprinsippene om «de fire friheter» må sikre seg at unntaket er klart nok formulert.¹⁴ Evt. uklarhet blir til skade for den part som påberoper seg unntaket.

¹² Innst.O.nr.73 (2000-2001) . Innstilling frå næringskomiteen om lov om endring i lov 3. juni 1983 nr. 40 om saltvannsfiske mv. (spesielle kvoteordninger) s.2 sp. 2.

¹³ Jf. Rt. 2007 s. 651 (Vassfarvei-saken), se pkt 42.

¹⁴ Dette «klarhetsprinsipp» følges også i norsk rett, se Rt. 2007 s. 651 (Vassfarvei-saken), se pkt 42, «For å sikre at spørsmålet om fremtidsbinding er blitt tilstrekkelig grundig overveid, må det også stilles krav om at bindingen har et klart grunnlag i den avtale som måtte være inngått.»

5. Videre gjelder at tolkningen er virkningsorientert. Rettstvister skal løses slik at disse på best mulig måte fremmer den effektive gjennomføring av «de fire friheter», dvs. at løsningene skal fremme prinsippet om «*l'effet utile*» eller «the effects doctrine» (se kapittel xx).¹⁵

6. Det er altså *reguleringens virkning* som avgjør; nasjonale reguleringer som *virker* slik at resultatet blir mangel på “fri etableringsadgang” så er dette i strid med EØS. Dette er domstolskapt rett i EU som tilsidesetter *klart tekststridige* tolkninger uansett om det strider mot Norges og andre medlemsstaters klare intensjoner. Dette er beklagelig og sterkt i strid med den bilateralisme og mellomstatlige karakter som EØS har, formelt sett: Hvordan kan Norge inngå avtale med EU når en etter måneders forhandlinger finner at det en har strevet med å få på plass i teksten med et pennestrøk kan tilintetgjøres av EU- og EFTA domstolen?

7. Denne mangel på forutberegnelighet forsegles gjennom nok et forhold som er ukjent i Norge: Som følge av at forarbeider ikke er utviklet for bruk i domstolene, er det et forbud¹⁶ mot å anvende det som evt. finnes av slike i lovtolkningen. Forbudet mot å vektlegge forarbeidene i EU-retten gjør at tolkingen av EF ofte domineres av traktatens integrasjonsmålsetting,¹⁷ dvs. hensynet til å fremme «de 4 friheter».

8. Følgen blir at tolkningen blir formålsorientert, dvs. rettet mot de løsninger som fremmer «fri flyt» og hovedregelen om å «styrke og utvide samarbeidet» (EØS artikkel 78). Dvs. at grunnprinsippet er at unntak fra hovedregelen tolkes innskrenkende mens hovedregler tolkes utvidende. Av dette følger at teleologisk tolkning blir det eneste mulige.¹⁸ Når «fri flyt» av kapital er målet, blir vurderingen om den omtvistede nasjonale regel *virker* slik at den ikke *motvirker* integrasjonsmålsettingen den viktigste «lakmustest».

9. Dette forteller oss at det ikke er lovgiver – dvs. traktatpartene – som bestemmer rettens innhold men EU-domstolen; jf. harmoniseringsbestrebelsene som det viktigste mål; «en mest mulig lik fortolkning av denne avtale» (EØS artikkel 106). Enhver endring som gjøres i nasjonalt regelverk – og som kan tenkes å utfordre sikre, hevdvunne unntak fra hovedregelen

¹⁵ Michael Potacs, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz* (EuR 2009), 465- 487 se særlig s. 469.

¹⁶ Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen, *EF-ret* (København 1988) s. 128 og Laurids Mikaelson, *EF domstolen og Danmark* (København 1984) s. 28–29. Se også Jo Shaw, *Law of European Union* (Palgrave 2000) s. 27..

¹⁷ Se fortalen til traktaten om den Europeiske Union, 10. ledd: «Som har det forsæt at videreføre processen henimod en stadig snævrere sammenslutning mellom de europæiske folk.»

¹⁸ Jo Shaw, *Law of the European Union* (Palgrave 2000) s. 159.

om etablerings- og investeringsfrihet er utsatt for et sjansespill mht. domstolens fremtidige tolkning. Man vet hva man har, men ikke hva man får. Selv skråsikre uttalelser om EØS-avtalens innhold slik de falt under vedtakelsen i Stortinget,¹⁹ er gang på gang gjort til skamme.²⁰ Spørsmålet blir derfor; tør virkelig den Blå-blå regjeringen ta en slik sjanse med noe så viktig som eiendomsretten til og kontrollen over bruken av fiskeressursene?

10. Etter ordlyden skal retten til å delta i fisket, retten til å få kvote, konsesjoner eller deltakeradganger, bestemmelser om høsting av folkets felles eiendom ligge klart utenfor EØS. Imidlertid – slik professor Stone Sweet har klargjort det, teksten teller men EU-domstolen avgjør.²¹ Svaret på spørsmålet krever undersøkelse av EU-domstolens avgjørelser av rekkevidden av TFEU artikkel 345, og også EFTA-domstolens tolkning av bestemmelsen i EØS artikkel 125. Men denne usikkerhet kan trekkes lengre. Selv rettsriktige avgjørelser i EU-domstolen settes fort til side for «intgrasjonens» behov. Det er ikke lett i et slikt system å være sterk i troen på at fintolkning av ord og uttrykk – anvendt på forhold som en neppe hadde tenkt på under konsiperingen av tekstene skal kunne slå igjennom «in real world politics»?²²

11. Et forhold som peker i retning av at forhandlingspartene i fra EFTA og EU var enig om at også de eiendomsrettslige forhold i fiskeri var omfattet av EØS, følger av den blotte eksistens av Vedlegg VIII & XII. Dersom partene var enige om at eiendomsrettslige forhold generelt og i fiske spesielt var utenfor «de 4 friheter» var vedleggene overflødig (se Arnesens referanse til ESAs syn på Vedlegg VIII, s. 9). Det er ingen grunn til å regulere utlendingers adgang til retten til å eie fartøyer som driver norsk fiskeri og høster norske ressurser dersom dette er forhold som faller utenfor EØS-avtalen. Tilstedeværelsen av vedleggene er derfor det beste bevis på at EØS artikkel 125 ikke var ment å være noen avgrensning av EØS-avtalens materielle virkekrets, ei heller et spesifikt unntak fra ikke-diskrimineringsprinsippet i artikkel 124.

¹⁹ "EØS omfatter ikke tilslutning til EF's utenriks- og sikkerhetspolitikk, EF's felles landbrukspolitikk og EF's felles fiskeripolitikk. Avtalen omfatter heller ikke helse- og sosialpolitikk, handelspolitikk overfor tredjeland, skatte- og avgiftspolitikken og opphevelse av grensekontroll", se Innst. S. nr. 248 (1991-92) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) undertegnet i Oporto 2 mai 1992 s. 92 sp. 1.

²⁰ Fhv. ESA-president Knut Almestad, "De grunnleggende bestemmelsene om de fire frihetene i det indre markedet får større konsekvenser enn mange trodde." Dagens Næringsliv 11.9.2001.

²¹ A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press 2000) s. 1.

²² Se f.eks. de klart uautoriserte og ikke-legitime beslutninger som ECB og kommisjonen har gjennomført vis-à-vis Hellas, se <http://tv.nrk.no/program/KOID20008415/europas-syke-oekonomi>

12. Indikasjoner for hva som er ment med TFEU artikkel 345 (og indirekte EØS artikkel 125) finnes i enkeltbestemmelsenes forarbeider.²³ Forfatningsfedrenes intensjoner ble nedfelt i Schuman-deklarasjonen: «L'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises» (De høye kontraherende parter skal ikke på noen måte berøre eiendomssystemet i selskapene).²⁴ I EUs lovutredningskomité ble formuleringen slik: «Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des moyens de production existant dans la Communauté» (Denne traktat skal ikke på noen måte berøre systemet for eierskap til produksjonsmidlene som gjelder innenfor Felleskapet).²⁵ Forslaget ble tatt inn i Traktaten om Den europeiske kull- og stålunion artikkel 83: «Etableringen av Fellesskapet skal på ingen måte berøre eiendomssystemet i selskapene som er omfattet av denne traktat».²⁶ Et senere utkast til tilsvarende regel i Romatraktaten ble formulert på samme måte som artikkel 83 og plassert i avsnittet om monopoler, men senere flyttet til konkurransereglene. Samtidig ble uttrykket «som er omfattet av denne traktat», fjernet som overflødig. Den endelige versjonen ble til slutt inkorporert i Romatraktaten Del 6 (de alminnelige og avsluttende bestemmelser), og ble da lydende slik: «De ejendomsrettlige ordninger i Medlemsstaterne berøres ikke af denne Traktat» (artikkel 222). Her ble ytterligere noen ord fjernet idet «i selskapene» ble tatt ut.²⁷ Språklig sett omfatter eierforhold med dette alle rettssubjekter, også utenfor de næringsdrivende selskap. Vi ser at så langt er det altså ingen avvik fra det som følger av ordlyden, slik den kan leses ut i fra en alminnelig språklig forståelse.

13. Hva sier så EU-domstolen? I Portugal,²⁸ Frankrike²⁹ og Belgia³⁰-sakene som gjaldt EF artikkel 295 (nå 345), og som kommenteres nærmere nedenfor, har generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer – i sine utkast til domsslutning – inntatt et annet standpunkt enn det EU-domstolen landet på. Jeg angir her kort hans hovedsyn, slik de fremkommer i

²³ Jo Shaw, *Law of European Union* 27 (Palgrave 2000) s. 159 og 205.

²⁴ Teksten i utkast som var forløper til nåværende artikkel 295 slik den ble formulert av den franske utenriksminister Robert Schuman, den 9. mai 1950.

²⁵ Drafting Committee den 5. desember 1956. General Principle # 9.

²⁶ «The establishment of the Community shall in no way prejudice the system of ownership of the undertakings to which this Treaty applies».

²⁷ Committee of Heads of Delegation, vedtak av 6. mars 1957.

²⁸ Sak C-367/98 Portugal ECR [2002] I-4731.

²⁹ Sak C-483/99 Konle ECR [1999] I-3099.

³⁰ Sak C-503/99 Belgia ECR [2002] I-4809.

Generaladvokats to «Rettsbelæringer» av hhv. 3. juli 2001³¹ og 6. februar 2003.³² Colomer hevdet at det gjaldt en fast, statisk grense etter artikkel 295 med nasjonal eksklusiv autonomi som EU ikke kunne overskride. Underliggende denne stridighet kan en se at dette samtidig gjelder kampen om de grunnleggende traktater er *mellomfolkelige avtaler* mellom «high contracting states», eller om de er *grunnlov for en føderal stat* med eksklusiv autonomi ved tolkning av traktatgrunnlaget. Den EØS-løsning som jeg skisserer, er identisk med de nevnte rettsbelæringene, som baserer seg på en mellomfolkelig, Wien-konvensjon-tro tolkning av artikkel 295. Colomers vurdering fikk imidlertid ingen tilslutning i EF-domstolen, hvilket signaliserer at EU internt nå har forlatt sporet for mellomfolkelighet. EF-domstolen har derved ytterligere undergravet oppfatningen om EU-traktaten som mellomfolkelig avtale.

14. Som et tilleggsargument hevdet generaladvokat Colomer at *siden staten kan gjøre det mer*, dvs. bestemme at visse sektorer av samfunnet skal være offentlig, kan den også gjøre det mindre, nemlig å åpne for private selskaper, men på vilkår som tilfredsstillende offentlige hensyn. Flere medlemsstater har lagt et slikt standpunkt til grunn i saker som har versert for EF-domstolen angående artikkel 295: «Since the Member States may lawfully decide to privatise public-sector undertakings, it is appropriate to apply the legal maxim that he who can do most can also do least».³³ Generaladvokat Colomer betegner setningen som en «common-sense maxim».³⁴ Han slutter – i forhold til 2003-sakene – at det system som retten synes å gå inn for i 2002-sakene, er umulig. Mens en lovlig kan vedta full nasjonalisering av privat eiendom, er det ulovlig dersom staten ønsker en blandingsøkonomi. Kan man gjøre det mer, dvs. beslutte nasjonalisering av selskaper, må man også kunne gjøre det mindre, privatisere, men på vilkår om offentlig styrt eierskap. Helt i mål rekker dette imidlertid ikke, fordi det er vanskelig å avgjøre hva som er «det mer» og hva som er «det mindre» i en blandingsmodell av ulike offentlige og private aktører. Oppgaven er å finne grensen mellom områder som eksklusivt tilhører medlemsstaten, og slike som er underlagt EU-retten.

15. Hva sier så EU-domstolen? *Frankrike* var i en av sakene anklaget for at reglene som bl.a. etablerte en spesiell aksjepost for staten i oljeselskapet ELF-Aquitaine, og som bestemte

³¹ Se dommer av 4 juni 2002, Sak C-367/98 Kommisjonen mot Portugal ECR [2002] I-4731, Sak C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike ECR [2002] I-4781; and Sak C-503/99 Kommisjonen mot Belgia ECR [2002] I-4809. Den er senere fulgt opp i sakene mot Spania (C-463/00) og Storbritannia (C-98/01).

³² Sakene C-463/00 Kommisjonen mot Spania ECR [2003] I-4581 og C-98/01 Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland ECR [2003] I-4541.

³³ Sak C-463/00, Spania ECR [2003] I-4581 avsnitt 41.

³⁴ Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers rettsbelæring av 3. juli 2001 pkt. 66.

at enhver transaksjon som medførte at privat kjøper som fikk en viss eierandel i selskapet, skulle godkjennes av finansministeren, var i strid med EU-retten. Det samme gjaldt ordningen med at staten (hhv. finans- og industridepartementet) skulle ha ikke-stemmeberettigede medlemmer av selskapets styre. Regelverket gjorde det mulig for den franske regjering å blokkere avtaler om ethvert salg av selskapets eiendeler.³⁵ EF-domstolen sluttet seg til Kommisjonens syn. Standpunktet var at selv om det kunne hevdes at de aktuelle regler ikke gav grunnlag for forskjellsbehandling, er de likevel egnet til å blokkere for kjøp av aksjer og innvirke negativt på investors lyst til å bruke kapital i disse selskapene. Følgelig kan reglene medføre at den frie bevegelse av kapital blir illusorisk. Spørsmål var om det var adgang for Frankrike til å operere med den noe spesielle ordning *med statlige aksjeklasser og tak på private investorers oppkjøp*.

16. Med henvisning til Sak C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal*, avsnitt 47, og Sak C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia* presiserte retten at ønsket om fortsatt kontroll over privatiserte selskap kan rettferdiggjøre ønsket om å beholde et visst minimum av innflytelse over slike selskaper der deres posisjon som service-tilbydere skjer i det offentliges interesse eller har strategisk betydning. Jeg går ikke inn på disse vilkår fordi tema her er kun eiendomsbegrensningen etter EF-traktaten artikkel 295. Domstolen går så over til å undersøke artikkel 222 (nå artikkel 295). Følgende sies om den materielle avgrensning for hva som helt og fullt er unntatt for EUs innflytelse iht. traktatene:

«However, those concerns cannot entitle Member States to plead their own systems of property ownership, referred to in Article 222 of the Treaty, by way of justification for obstacles, resulting from privileges attaching to their position as shareholder in a privatised undertaking, to the exercise of the freedoms provided for by the Treaty. As is apparent from the Court's case-law (*Konle*, cited above, paragraph 38), that article does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty».³⁶

17. Bortsett fra at det konstateres at en medlemstats kompetanse til å regulere eierskap nasjonalt ikke kan tilsidesette grunnleggende traktatregler, er premissene verken inngående eller særlig opplysende. Imidlertid, henvisningen til «those concerns», referansen til Belgia- og Portugal-dommene av samme dato, og *Konle-saken* gjør det nødvendig å undersøke premissene slik de fremkommer i disse saker. Aller først: EF-domstolen mener at fri

³⁵ Kommisjonen mot Frankrike ECR [2002] I-4781 pkt. 7–11.

³⁶ Sak C-483/99 pkt. 44 – uth.her.

bevegelse av kapital kan kun begrenses ved nasjonal lovgivning som tilfredsstillende vilkårene i EF artikkel 73 d (1) (nå artikkel 58), eller ved at tiltaket fremmer nødvendige offentlige interesser, («by overriding requirements of the general interest»), som imidlertid ekskluderer økonomiske grunner og hensyn som er disproporsjonale.³⁷ Verken Belgia eller Portugaldommen inneholder mer utfyllende premisser enn Frankrikedommen. Det konstateres – uten dyperegående analyse – at forhold som Colomer karakteriserer som eiendomsrettslige, ikke kan gjøre noe unntak fra grunnleggende traktatregler.

18. Vi gjenstår da med *Fearon*³⁸ og *Konle-dommene*.³⁹ Sistnevnte gjaldt erverv av grunn i Østerrike. Det fulgte av de østerrikske regler om erverv av tomter i Tyrol at ervervet måtte offentlig godkjennes. Selv om reglene ikke diskriminerte på nasjonalitet, avgjorde EF-domstolen at de østerrikske regler var i strid med traktatreglene om fri bevegelighet av kapital ut i fra det blotte faktum at systemet med forhåndsgodkjenning av investor ødela for raske transaksjoner. Derved ble slike kapitalplasseringsobjekter mindre attraktive enn andre ikke-konsesjonsordnede eiendommer eller ting. At raske transaksjoner kun var påkrevet hos den investor hvis eneste interesse var å oppnå en spekulasjonsgevinst, var ikke egnet til å forkludre resultatet.

19. I *Fearon*-saken var EF-domstolens oppfatning som nevnt at eiendomsordninger som påkaller myndighetenes rett til tvangsinnløsning, ikke må skille mellom personer på grunnlag av nasjonalitet.⁴⁰ Forskjeller mellom statlig og privat brøt ikke likebehandlingsprinsippet.

20. Av dette ser vi at daværende artikkel 295 ikke gjør noe unntak fra fri flyt av kapital dvs. mht. investerings- eller etableringsadgang (TFEU-traktaten artikkel 63 og 49). Medlemsstatene kan etablere kvote- og konsesjonsordninger, ordninger for opphøre av slike dispensasjoner herunder også tvungen eiendomsovergang til det offentlige (hjemfall) , forutsatt imidlertid at ordningen rammer likt mht. statsborgerlige forhold. Siden det etter EU-retten er virkninger av ordningene som teller («virkningstolkning»), vil nasjonale regler som gjør erverv av eierinteresser upraktisk eller tidkrevende, også stride mot traktatreglene om fri flyt. Nasjonale regler må være utløst av en viktig offentlig interesse («general interest»), og de

³⁷ Sak C-54/99 *Église de Scientologie* [2000] ECR I-1335, avsnitt 18).

³⁸ Sak 182/83 *Fearon v Irish Land Commission* [1984] ECR 3677.

³⁹ Sak C-302/97 *Konle* [1999] ECR I-3099.

⁴⁰ Avsnitt 7.

skal følge proporsjonalitetsprinsippet. Eventuelle kontrollordninger ved eierskap skal kun foretas *ex post facto* og være basert på objektive, publiserte, og lovbundne kriterier. Dette er allerede i dag nedfelt i Vedlegg XII bokstav h, sml. formuleringen; «*er ervervet av utenlandske statsborgere, å avvikle sine investeringer*»

21. Etter at dommene i Portugal, Frankrike og Belgia-sakene var falt, kom det opp ytterligere to saker som berørte EF artikkel 295, Spania (C-463/00) og Storbritannia (C-98/01). Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer oppsummerer sitt syn med at 2002-dommene «appear to render devoid of all practical effect Article 295 EC». ⁴¹ Noe som også kan være en oppsummering av rettstilstanden, som følge av at EU-domstolen heller ikke i disse to siste sakene er enig med Colomer. Domstolen nøyer seg med å konstatere at: «article [295] does not have the effect of exempting the Member States' systems of property ownership from the fundamental rules of the Treaty». ⁴² Standpunktet fra 2002 ble således opprettholdt.

22. På tross av at Norge i EØS i 1992 fremforhandlet en tekst som ytrer seg sterkere mht. nasjonalstatlig eksklusivitet bedre vern enn det som følger av bl.a. den danske tekst, har EFTA-domstolen bortfortolket «ikke på noen måte» og slavisk fulgt EU-domstolens tolkning av artikkel 345 i EUs funksjonstraktat (TFEU), og dette på tross av at EUs spanske generaladvokat sterkt og gjentakende argumenterte for at artikkel 345 måtte være overordnet de 4 friheter – på tross av at det *ikke* var skrevet inn et «in no way» i TFEU. Etter dette knefall for EU-domstolen har Norge derfor kun en begrenset reguleringskompetanse, som må ligge innen rammen av de 4 friheter, herunder også etableringsfriheten. Altså – Norge kan fortsatt regulere, men artikkel 125 inneholder *ikke* det den sier, nemlig at EØS-avtalen ikke på noen som helst måte skal gripe inn i medlemslandenes suverene rettigheter mht. eiendomsrettens omfang og innhold.

23. Når dette er settingen – hvordan kan professor Arnesen ta sjansen på å konkludere med at bortfall av aktivitetskrav helt skulle gå fri av rettslige kauteler som, fullt og helt setter til side det norske unntak fra etablerings- og investeringsfriheten? Selv ved kun en liten sjanse for bortfall av norske nasjonalitetskrav og unntak fra ikke-diskrimineringsprinsippet, *ville jeg*

⁴¹ Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers rettsbelæring av 6. februar 2003. Sak C-463/00 og C-98/01, ECR [2003] I-4581 avsnitt 37.

⁴² Sak C-463/00 Kommisjonen mot Spania. ECR [2003] s. I-4581 avsnitt 67.

på *det sterkeste* ha anbefalt at Tveterås-utvalgets forslag om likebehandling av kjøpersiden med aktive fiskere, ikke ble fulgt.

II. Inneholder Vedlegg VIII & XII forbud mot innføring av «nye» restriksjoner?

1. Da er det grunn til å ofre EØS Vedlegg VIII pkt. 10 & XII bokstav h større oppmerksomhet. Etter mitt skjønn er den viktigste årsak til uenigheten mellom undertegnede og professor Finn Arnesen at vi oppfatter vedleggenes funksjon på en svært forskjellig måte. Professor Arnesen fremholder at endring av deltakerloven § 6 slik at

«sjømatbedrifter kan inneha tillatelse til fartøy og kvoter ... rokker ikke ved adgangen til å opprettholde gjeldende norske restriksjoner på utenlandske statsborgeres og utenlandske foretaks adgang til å eie fiskefartøyer» (s. 17).

Dette har Arnesen begrunnet med at *det springende punkt* er om lovendringen medfører innføring av nye restriksjoner på utenlandske etableringer eller investeringer i fiske:

«Bestemmelsen tillater opprettholdelse av restriksjoner som forelå da EØS-avtalen ble undertegnet, *men ikke innføring av nye*. Spørsmålet blir derfor om de tiltak Sjømatindustriutvalget foreslår vil medføre nye restriksjoner på utlendingers etablering innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer.

Aktivitetskravets funksjon er, når det gjelder ved siden av nasjonalitetskravet, å utelukke norske statsborgere og foretak fra ervervstillatelse. En avvikling av dette kravet *medfører ikke nye begrensninger* i utlendingers etableringsadgang, siden begrensningen for deres vedkommende ligger i nasjonalitetskravet» (s. 15, uth.her).

Professor Arnesens springende punkt synes derfor å være kun *ett eneste forhold*, nemlig om bortfall av aktivitetskrav er *en ny begrensning* for utlendinger. Hvis svaret er nei, hvilket Arnesen mener at det er, ja så er alt såre vel, og norske unntak for etablerings- og investeringsfriheten er fortsatt på plass. *Som vist nedenfor ville jeg ikke vært så sikker på det.*

A. Hva slags regel er Vedlegg VIII & XII?

1. Det som er gjenstand for drøftelse er de grunnprinsipper som gjelder for etablering og investering – dvs. prinsippet om ikke-diskriminering på nasjonalt grunnlag – og hvilke unntak

som Norge er innrømmet som følge av reglene i Vedlegg VIII pkt. 10 & XII bokstav h. Investeringsfriheten er formulert slik at det skal:

«... mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen» (artikkel 40).

Hovedregel ved etableringer finner vi i EØS-avtalen artikkel 31:

«I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak».

Denne bestemmelse må leses i sammenheng med artikkel 34:

«Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene».

2. Det er gjort unntak fra disse hovedprinsipper gjennom Vedlegg VIII pkt. 10 og Vedlegg XII bokstav h. Ikke-diskrimineringsprinsippet gjelder imidlertid ikke for etableringsadgangen i norsk fiske og fangst. Jf. ordlyden i EØS Vedlegg VIII pkt. 10:

«Uten hensyn til avtalens artikkel 31 til 35 og bestemmelsene i dette vedlegg kan Norge fortsette å anvende restriksjoner som gjelder den dagen avtalen blir undertegnet, på etablering for utenlandske statsborgere innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer»

Ei heller gjelder prinsippet ved investeringer i fangstleddet i Norge j.f. EØS Vedlegg XII bokstav h:

«Uten hensyn til avtalens artikkel 40 og bestemmelsene i dette vedlegg kan Norge fortsette å anvende restriksjoner som gjelder den dagen avtalen blir undertegnet, på utenlandske statsborgeres rett til å eie fiskefartøyer.

Restriksjonene skal ikke være til hinder for at utenlandske statsborgere investerer i landbasert fiskeforedling eller i selskaper som bare er indirekte engasjert i fiske. Nasjonale myndigheter skal ha rett til å pålegge selskaper som helt eller delvis er ervervet av utenlandske statsborgere, å avvikle sine investeringer i fiskefartøyer.»

3. Substansielt sett gjelder Vedlegg VIII kun for «etableringsretten». Vedlegg XII gjelder kun «fri bevegelighet for kapital», dvs. investeringer. For både etablering og investering blir det springende punkt i hvilken utstrekning fiske og fangst faller utenfor EØS, dvs. avtalens saklige virkekrets.

4. Professor Arnesens syn på Vedlegg VIII & Vedlegg XII bygger på at de norske unntak fra prinsippene om etablerings- og investeringsfrihet står seg selv om den ene søylen i byggverket, aktivitetskravet, faller bort. Arnesens legger etter mitt skjønn, til grunn et slags «a-konto system». Unntakene er en «sekk» med svært så ymse innhold. Innen vedleggenes ramme har Norge handlefrihet til å fjerne innholdet. Denne frihet kan Norge utnytte, inntil sekken er tom, dvs. at vedleggene helt har mistet sin meningsfylde. Det er først på dette tidspunkt at vedleggene er tømte for innhold og følgelig uten betydning, noe som medfører at Norge *deretter* må etterleve hovedreglene i EØS artikkel 31 flg. og 40 flg. En slik posisjon avviker i så tilfelle fra min.

5. For å forstå *unntakenes* innhold slik de fremkommer i Vedlegg VIII & XII, må en ta utgangspunkt i EU-rettens tolkningsprinsipper, dvs. regelen om at hovedregler tolkes *utvidende* og unntak *innskrenkende*.

6. Utgangspunktet er at «Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS» (EØS artikkel 1). Iht. fortalen skal EØS være «dynamisk og ensartet». Dette er konkretisert slik at «Avtalepartene skal styrke og utvide samarbeidet» innenfor en rekke områder opplistet i artikkel 78. De skal videre «ta de nødvendige skritt for å utvikle, styrke eller utvide samarbeidet» på områder utenfor artikkel 78, (jf. artikkel 87).

7. Et grunnprinsipp er ikke-diskriminering: «Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir» (artikkel 4).

8. For investeringsadgangen er en *lex specialis* versjon av denne regel nedfelt i artikkel 124: «Avtalepartene skal gi statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene den samme behandling som sine egne statsborgere men hensyn til å plassere kapital i selskaper som er definert i artikkel 34».

9. Sist men ikke minst må EØS tolkes innen rammen av Verdens handelsorganisasjon (WTO) siden både Island, Liechtenstein, Norge og EU er medlemmer av WTO. Tilknytningen til WTO fremgår også av at det i fortalen er vist til GATT-reglene;⁴³ jf. uttrykket «i samsvar med bestemmelsene i Generalavtalen om tolltariffer og handel». Dvs. at Norge og EU skal ikke kun tilpasse seg et enhetlig indre marked i Europa, men også til den internasjonale rettsorden i handelssamkvemmet internasjonalt. EØS-avtalens system bygger på GATT, og denne avtales grunnprinsipper kan ikke avvike fra sistnevnte.

B. Inneholder vedleggene forbud, tillatelser, hjemler eller fritakelser?

1. Aller først kan det være grunn til å stoppe opp ved skille mellom etablering og investering. Denne grense er som følger: «...where the acquisition involves all the shares in a company having its registered office in another Member State and the shareholding confers a definite influence over the company's decisions and allows the shareholders to determine its activities, it is the Treaty provisions on freedom of establishment which apply».⁴⁴

2. EØS er en mellomfolkelig avtale der partenes forutsetninger nedfeller seg i en tekst, uten noen «utviklingsklausul». Vedlegg VIII & XII er statisk og en integrert del av EØS (Artikkel 2 a og 119). Disse er ikke «hjemler» - slik Arnesen (s. 9) hevder – og som Norge ensidig kan benytte seg av til å endre forholdsregler i fiskeriene. En kan ikke se bort ifra at EU – om fiskeindustriens foreslåtte eierskap til fiskefartøy var på agendaen i 1992 – hadde satt foten ned. I og med at vedtakelse- og endring av vedleggene ikke kunne skje uten enighet,

⁴³ World Trade Organization – General Agreement on Trade in Services.

⁴⁴ Se særlig EU-domstolen i Überseering-saken (C-208/00 - ECR I-9919 (2002), premiss 77.

forskutterer Arnesen at EU ville anerkjent vedleggene også dersom fiskeindustrien var innrømmet en slik handlefrihet?

3. Som dette kapittel vil vise må det legges til grunn at om aktivitetskravet endres i skjerpene retning så berører dette ikke unntaket etter Vedlegg VIII & XII. Krav som kun adresserer seg til norske fiskere, vedrører ikke det som er kjernen i EØS-artikkel 31 & 40 dvs. forskjellsbehandling av utlendinger og nordmenn. Førstnevnte har uansett ikke adgang til norsk fiskeri, uansett aktivitetskravets innhold. EU og ESA vil kun legge seg opp i nye reguleringer som rammer EØS-borgere – altså som *øker* forskjellsbehandlingen av norske og utenlandske statsborgere.

4. Løsningen må ta i betraktning de underliggende forhold: Som følge av medlemskapet i EØS kan Norge ikke endre fiskerirettens regler uten at en samtidig må «ta på kjøpet» at Norge anno 2015 er medlem av et større fellesskap enn det norske. I dette store fellesskap rår ikke-diskrimineringsprinsippet. Dette gjelder for alle områder som omfattes av EØS-avtalen.

5. Det springende punkt hos Arnesen er om lovendringen som åpner for sjømatindustrien til å eie fiskefartøy medfører «nye restriksjoner på utlendingers etablering innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer» (s. 15, jf. s. 2). I følge Arnesen er dette det avgjørende kriterium for om norske interne reguleringer er lovlige, dvs. innen rammen av de to vedlegg. Dette er etter mitt skjønn en feiltolkning av vedleggene.

6. *For det første:* Vedleggene er ikke formulert som *forbud*, men som *tillatelse*: Norge kan «*fortsette å anvende restriksjoner*». Dette er forståelig fordi det rettslige utgangspunkt er ikke-diskriminering både mht. etablerings- og investeringsadgang. Uten denne norske særordning ville rettstilstanden vært som ordningen ved fullt medlemskap, jf. tiltredelsesakten artikkel 34: «Kongeriket Norge kan i tre år fra tiltredelsestidspunktet fortsatt anvende restriksjoner på fremmede statsborgeres rett til å eie fiskefartøyer».⁴⁵ Dvs. at ved fullt medlemskap kan det ikke diskrimineres mot utenlandske redere i Norge eller ved sistnevntes oppkjøp av norske fiskefartøy med konsesjoner og kvoter.

⁴⁵ Traktat om Kongeriket Norges, Republikken Østerrikes, Republikken Finlands og Kongeriket Sveriges tiltredelse til Den europeiske union, Særskilt vedlegg nr. 1 til St.meld. nr. 40 (1993-94) s. 16.

7. For det annet: Vedleggene har ingen formulering som setter utlendinger i en særstilling. Norge tillates å anvende restriksjoner mot alle, også mot norske statsborgere eller bosatte.

8. For det tredje: Det springende punkt er hva som kan tillates av endringer innen rammen av formuleringen; «*fortsette å anvende restriksjoner*». Denne tillattelse er noe annet enn at Norge ikke kan innføre «nye restriksjoner», i betydningen erstatte en lov med en ny. Som vist i fortsettelsen, har Norge innført endrede restriksjoner ved deltakerloven av 1999 sett i forhold til kvalifikasjonsvilkårene i 1972-loven, uten innsigelser fra noen.

9. Norge har ikke kun gitt en ny deltakerlov av 1999 til erstatning for 1972-loven, vi har også gjort en rekke materielle endringer uten at ESA, EFTA-domstolen eller noe EU-organ har reagert. Vi kan da registrere at ESA intet innvendte mot at 1972-loven ble opphevet til fordel for 1999-loven. Men praksis i kjølvannet av lovendringen forteller mer: Norge har ikke kun gitt en ny lov, vi har i tillegg gitt vesentlig *skjerpende* krav til deltaksaktiviteten som vilkår for konsesjon: Ikke bare er deltakingskravet endret fra «drevet fiske» 3 av de siste 10 år til 3 av 5 år (§ 6),⁴⁶ men også slik at aktivitetsplikten er innskjerpet ved at fisket må ha foregått med norsk fartøy (§ 6), mens det tidligere kun var krevet aktivitet i fiske på fartøy uansett flagg. I tillegg bestemmer 1999-loven at de aktuelle konsesjonærer skal bo i kyst-distriktene (§ 5a). Heller ikke dette var et krav etter 1972-loven.

10. Norges posisjon må da være at slike endringer er lovlige. EU har ikke hatt innvendinger og ESA kan ikke ha unngått å registrere dette, men latt det passere som lovlig iht. vedlegg VIII eller XII. Derfor er professor Arnesens *avgjørende kriterium* – dvs. om den norske lovendring innfører «nye restriksjoner på utlendingers etablering» (s. 15, jf. s. 2) – for om Norge har handlefrihet, ikke korrekt.

11. Selv om det faktum at noen endringer anses lovlige, er vektige innvendinger mot professor Arnesens posisjon, at han overser vedleggenes grunnleggende funksjon nemlig å låse Norge fast i en posisjon som kun har åpning «en vei» nemlig i retning stadig færre restriksjoner på utenlandsk etablering og investering i fisket (se pkt. C).

⁴⁶ Ot.prp.nr.67 (1997-1998) Om lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven), s. 14.

C. Vedleggene er «grandfather clauses» á la WTO – GATT

Er Vedlegg VIII & XII, en *par tout* godkjenning av norsk beslutningskompetanse innenfor eierskap til norske fiskefartøy?

Mitt svar er nei. Hvis vedleggene er – slik jeg oppfatter dem – «bestefars-klausuler» åpner disse for at en medlemsstat kan beholde sine gamle ordninger så lenge dette er nødvendig og ønskelig. Målet er at unntakene med tid og stunder skal fjernes, men tiden for dette er ubestemt og vedtas suverent av den enkelte medlemsstat. «Innslusingen» her kan ta lengre eller kortere tid. Men når statens behov *for å lempe på* gamle reguleringer melder seg så skal erkjennelsen *da* være at medlemskapet forplikter, dvs. at reguleringene *nå* skal være slik anlagt at de fullt og helt hensyntar at Norge tilhører et fellesskap som er større enn det norske. I dette fellesskap er det ikke plass for diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.

i. Før NOU' en evt. vedtas. Både aktivitets- og nasjonalitetskrav

1. Etter mitt skjønn oppfatter professor Arnesen Vedlegg VIII & XII på feilaktig måte. Vedleggenes formål var å *åpne for* Norges medlemskap i EØS *selv om* Norge anno 1992 enda ikke var «moden» for full tilslutning til etablerings- og investeringsfriheten. Altså, EU tillot norsk medlemskap i det indre marked på tross av at Norge ikke fullt ut oppfylte markedsreglene, dvs. «de 4 friheter».

2. I en slik situasjon var det maktpåliggende at Norge ble forbeholdt retten til å opprettholde særlig viktige ordninger som, hvis disse unntak ikke var innrømmet, ville ha representert en uoverstigelig hindring for landets tilslutning til traktaten. Derfor ble vedleggene fremforhandlet og vedtatt. Vedleggene inneholder «grandfather clauses»⁴⁷ som er et vanlig instrument i WTO – GATT, og ikke som professor Arnesen synes å mene, regler som «*hjemler ... restriksjoner på etableringer innen fiske*» (s. 9, uth.her). Vedleggene er *ingen hjemmel* for norske reguleringer, men noe som gir Norges *vern* mot straks å måtte underkaste seg de mest vidtrekkende utslag av fri etablerings- og investeringsadgang mht. fiskeri. Dvs. et

⁴⁷ Se som illustrasjon, «Oppphavsrettssaken» mellom USA og EU, «it would not be consistent with that aim [security and predictability in trade] if contracting parties were free to reverse steps that had brought legislation inconsistent with GATT», GATT Basic Instruments and Selected Documents (BISD) – Thirty-first Supplement (March 1985) s. 90.

norsk vern mot de friheter som EØS artikkel 31 og 40 ellers ville gitt til statsborgere og bosatte i EU.

3. Hva uttrykker Vedlegg VII & XII substansielt sett? Slik vedleggene er formulert gjelder de en ubestemt rekkevidde i tid for nasjonalstatens kompetanse til å beholde særlig viktige ordninger som, hvis unntaket ikke var innrømmet, ville ha representert en uoverstigelig hindring for landets tilslutning til traktaten, jf. Arnesen og «hensynet til en gradvis overgang» (s. 14). Så langt er vi enige.

4. *Men det er en tosidighet i Vedlegg VIII & XII: Vedleggets viktigste formål er å sikre investorer mot reversering av liberaliseringer som Norge av egen fri vilje har iverksatt, altså ensidig fjerning av rettslige skranker jf. den begrensede norske rett til å «fortsette å anvende restriksjoner».* Det er kun *fortsatte* skranker som gis vern etter vedleggene. Dersom en rettslig hindring oppheves, for så å foreslås innført igjen, vil veien være stengt. Vedlegg VIII og XII sikrer at det ikke er noen vei tilbake, noe Norge har akseptert. Norge har da vist at landet kan leve uten unntaket fra fri kapitalflyt og skal deretter tilpasse sitt lovverk til den nye tid; et felleskap større enn det norske og de rettslige prinsipper som følger av EØS. EØS er følgelig fullt ut på linje med prinsippet under WTO (World Trade Organization), og GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)⁴⁸ TTIP (Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership)⁴⁹ og TISA (Trade in Services Agreement).⁵⁰

5. Det gjenstående spørsmål er så hva bortfallet av aktivitetskravet får å si for Norges styringsmuligheter over den fremtidige, utenlandske deltakelsen i fisket. Er unntakene i Vedlegg VIII & XII fortsatt i behold, slik professor Arnesen mener?

ii. Etter NOU'ens vedtakelse. Nye fakta – nye løsninger (1). Etableringsretten

Etter mitt skjønn er det høyst tvilsomt om deltakerloven § 5 (nasjonalitetskravet) kan opprettholdes dersom Vedlegg VIII & XII utfordres ved at aktivitetskravet fjernes. Dette har

⁴⁸ Sml. «eplesaken» mellom USA og Norge, og «the existing legislation clause», GATT, Basic Instruments and Selected Documents (BISD) – Thirty-sixth Supplement (July 1990) s. 320.

⁴⁹ Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership, under forhandling.

⁵⁰ Trade in Services Agreement, en pågående forhandling som bygger på GATS-reglene under WTO, «This future trade in services agreement should be based on the General Agreement on Trade in Services ("GATS")» se http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/june/tradoc_151374.pdf (besøkt 27.mars 2015).

sammenheng med EU-domstolens avgjørelse i *Centros-saken*,⁵¹ en sak som professor Arnesen ikke berører. I korte trekk betyr dommen at et medlemsland i EØS ikke kan oppstille nasjonale krav i tillegg til de registreringskrav som registerstaten har oppstilt. Dvs. for denne sakens vedkommende at Norge ikke kan oppstille krav om hovedkontor i Norge, ei heller bestemmelser om styrets sete eller sammensetningen av styret mht. nasjonalitet. Jeg skal i fortsettelsen undersøke om dette også gjelder for norsk fiskeri, dersom aktivitetsplikten oppheves.

1. Aller først må det nevnes at etableringsreglene rammer ikke kun direkte diskriminering. Også «indirect discrimination [is] contrary to Article 31 EEA» (Pucher saken premiss 24).⁵² Dette står i sammenheng med “*l’effet utile*” – tolkningsmetoden, dvs. at virkningen av de nasjonale reguleringer, i dette tilfelle fjerning av aktivitetskrav uten at nasjonalitetskravet røres, blir avgjørende.

2. Utgangspunktet er at ESA flere ganger har vurdert norsk lovgivnings nasjonalitetskrav som stridende mot EØS-avtalen.⁵³

«Etter å ha vurdert de fiskeripolitiske konsekvenser av en omlegging, inkludert behovet for et varig og robust grunnlag for å sikre en fortsatt tilhørighet mellom kystbefolkningen og fiskeriressursene, sendte Fiskeri- og kystdepartementet brev til ESA datert 20. desember 2005. Her ble det orientert om at Regjeringen vil fremme et forslag for Stortinget hvor kravet til norsk statsborgerskap oppheves, og bostedskravet blir modifisert til et krav om bosted i kystkommune eller nabokommune til kystkommune for minst halvparten av mannskapet».⁵⁴

Regjeringen har forstått ESA slik at fjerningen av nasjonalitetskravet i norsk lovverk om adgangen til fiske på norske farvann «burde være tilfredsstillende ut fra ESAs prinsipielle syn».⁵⁵ Retten skjedde mht. mannskapskrav for norske fiskefartøy. I NOU 2012:2 (Utenfor – innenfor) utdypes dette:

«Tidligere var det her en bestemmelse i lovens § 3 om at skipperen og minst halvparten av mannskapet på båter som fisker i norsk territorialfarvann måtte være norske statsborgere. Dette ble utfordret som nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling både ved

⁵¹ EU-domstolen (ECJ) – dom av 9 mars 1999 (sak C-212/97), *Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen*.

⁵² EFTA-domstolen, Sak E-2/01 (22. februar 2002).

⁵³ Se for eksempel ESAs grunngitte uttalelse av 2. april 2004,

⁵⁴ Ot.prp. nr. 99 (2005–2006) Om lov om endring i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann s. 8.

⁵⁵ Op.cit.

klage til ESA og i en sak for domstolene, som endte med at Borgarting [feilskrift for Frostating] lagmannsrett kom [i 2006⁵⁶] til at nasjonalitetskravet var i strid med EØS-avtalen. Det førte til at myndighetene endret loven. I stedet for et nasjonalitetskrav ble det innført et bosettingskrav, som etter lovens § 3 nå går ut på at skipperen og minst halvparten av mannskapet må være «bosatt i en kystkommune eller i en nabokommune til en kystkommune». Dette illustrerer både at lokale bosettingskrav etter EU/EØS-retten er langt mindre problematiske enn nasjonalitetskrav og at norske myndigheter til dels har vært kreative når det gjelder å utnytte det distriktpolitiske handlingsrom som finnes innenfor rammene av EØS-avtalen». ⁵⁷

Opprinnelig hevdet Norge at fangstleddet var utenfor EØS: ⁵⁸

«I det norske svaret av 22. mai 2002 argumenteres det med at EØS-avtalen ikke gjelder i norsk eksklusiv økonomisk sone utenfor norsk territorialfarvann». Det ble senere tilføyd at «hoveddelen av EØS-avtalen ikke gjelder for fisk ... Dessuten henviste de norske myndighetene til de fritak som er gitt i vedlegg VIII punkt 10 til EØS-avtalen om etableringsrett og vedlegg XII punkt 1h til EØS-avtalen om fri bevegelse av kapital. I tillegg ble det påpekt at Norge ikke deltar i utformingen av EUs felles fiskeripolitikk» (s. 19 sp. 2).

Frostating lagmannsrett fant at EØS-avtalens art. 28 om fri bevegelighet for arbeidstakere, ⁵⁹ slo igjennom også for virksomhet om bord på fiskefartøy. Dette er etter mitt skjønn korrekt: Vedlegg VIII & XII gjelder kun én av de fire friheter, fri flyt av kapital – dvs. investeringer og etableringer, men gjør ikke unntak fra verken fri flyt av varer, arbeidskraft eller tjenester. Det finnes ikke andre unntak fra ikke-diskrimineringsprinsippet enn disse to vedlegg. Vedlegg VIII & XII er det eneste vern Norge har mot at utenlandske statsborgere og selskaper kjøper opp eller etablerer seg i Norge med lik rett til å høste av norske ressurser som de norske. Dvs. at hvis Vedlegg VIII & XII opphører som følge av at aktivitetskravet oppgis ved eierskap til fiskefartøy, ja så vil også nasjonalkravet gå med i det samme «dragsug». Ordningens nye innhold vil deretter følge de rettsprinsipper som er nedfelt i Centrosdommen ⁶⁰ og de senere avgjørelser om etableringsretten og nasjonalstatens grenser for reguleringer av denne (se nedenfor pkt. VB).

⁵⁶ Frostating lagmannsrett dom av 21. september 2006 (Leinebris-saken), LF-2006-24118.

⁵⁷ NOU 2012:2, Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU s. 533.

⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 99 (2005-06) s. 18 sp. 2.

⁵⁹ Rådsforordning EØF 1612/68 (368R1612) art. 1 og 4.

⁶⁰ EU-domstolen (ECJ) – dom av 9 mars 1999 (sak C-212/97), Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen.

3. Hva Norge da kan gjøre – hvordan Norge skal utnytte handlingsrommet som det ofte tales om,⁶¹ dvs. hvilke nasjonale reguleringer som evt. kan etableres – har vært prøvd i forhold til oppdrettsnæringen og konsesjonsordningen der.

«Konsesjonsordningen som sådan er ansett forenlig med EU/EØS-retten ... ved tildeling kunne [det i 1985] legges vekt på hensynet til lokalt eierskap. Kriteriet ble angrepet av et stort norskeid oppdrettsselskap basert i London, gjennom søksmål og klage til ESA. Resultatet av prosessene ble at ESA godtok at det i noen grad kunne legges vekt på hensynet til lokalt eierskap, med visse justeringer i forskrifter og forvaltningspraksis. I den nye akvakulturloven av 2005 er kriteriet om lokalt eierskap tatt ut, og erstattet av en bredere vurdering av bidrag «til verdiskaping på kysten».⁶²

Vi ser av dette at heller ikke nær tilknytning til kyst eller fiskeri som Norge opererer med i deltakerloven § 5 a, er noen sikker skranke som vil kunne opprettholdes dersom unntak fra fri kapitalflyt i Vedlegg VIII & XII skulle ryke.

Avgjørende er hvilke endringer som gjøres i norsk rett og hvordan unntakene i EØS Vedlegg VIII pkt. 10 og i Vedlegg XII bokstav h oppfattes, tolkes og anvendes. I det følgende legger jeg til grunn at det som skal skje, er at aktivitetskravet i deltakerlovens § 6 bortfaller. Konkret betyr dette at krav om at eier av «båt og bruk» heretter *ikke* må være aktiv fisker. Jeg kommer tilbake til dette i de enkelte drøftelser nedenfor. Vedlegg VIII & XII fritar Norge for full integrering av EUs ikke-diskriminerende regler om etablerings- og investeringsfrihet, jf. EØS-avtalen artikkel 31 flg. og 40 flg.

III. Aktivitetskravets bortfall endrer konkurranseforutsetningene

«Konkurransen om kvotene blir knalltøff dersom fiskeindustrien får eie fiskebåter. Det er kun de store båtene og store fiskebruk som vil overleve».

Fisker Birgir Haukdal, Keflavik⁶³

Professor Arnesens drøftelser er videre ufullstendige fordi fjerning av aktivitetskravet setter oss i en helt ny situasjon, som ingen av partene i EØS-avtalen hadde muligheter for å

⁶¹ John Erik Fossum (red.) Det norske paradoks: Den norske grunnloven i internasjonalt perspektiv (Universitetsforlaget 2014), se for eksempel Erik Oddvar Eriksen & John Erik Fossum, «Demokratisk konstitusjonalisme i en europeisert kontekst» (s. 22), Halvard Haukeland Fredriksen, «Dømmer Høyesterett, EDFTA-domstolen eller EU-domstolen i siste instans på EØS-rettens område?» (s. 83), Morten Egeberg & Jarle Trondal «Nasjonalt administrativt suverenitet – myte eller virkelighet» (s. 171),

⁶² NOU 2012:2, Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU s. 376 sp. 2.

⁶³ http://www.nrk.no/sapmi/islandsk-fisker_-haper-gud-vil-redde-dere-1.12202729

forutse. Arnesen er selv (s. 4) opptatt av dette, men trekker ikke slutningene av det (som vist i fortsettelsen). Dette er først og fremst et spørsmål om hvilke folkerettslige skranker som ligger i EØS Vedlegg VIII & XII.

Det er klart at konkurranseretten kommer til anvendelse for «markedsordningen i fiskerisektoren» (EØS Protokoll 9 artikkel 4 pkt. 2). Norge har påtatt seg å deregulere denne «for ikke å vri konkurransen». Dvs. at det er partenes forutsetning at markedsaktører i Norge og EU skal ha mest mulig like konkurranseforhold.

A. EØS er en folkerettslig avtale

1. EØS er en mellomfolkelig avtale. Den kan ikke endres ensidig.⁶⁴ Når vi drøfter etablerings- og investeringsfriheten må dette være utgangspunktet: Hvordan er forholdet mellom norsk fiskeindustri og EUs fiskeindustri forut for den av Tveterås-utvalget innvarslede fjerning av aktivitetskravet? Og hvordan blir dette endret hvis utvalgets forslag blir vedtatt? Det springende punkt da er hvilke regler som kommer til anvendelse på den nye situasjon. Vil Vedlegg VIII pkt. 10 og Vedlegg XII pkt. h ha fortsatt gyldighet i en slik situasjon? Enigheten mellom EU og Norge om unntakene fra etablerings- og investeringsfriheten skjedde ikke i et vakuum. Betyr ikke endrede faktiske forutsetninger også endret subsumsjon rettslig sett? Den rettsriktige løsning henholder seg ikke til Vedlegg VIII & XII men til hovedreglene i EØS artikkel 31 flg og 40 flg. Konkret; endrede rammevilkår for konkurrerende sjømatindustri i Norge vil medføre at *unntakene* fra normal, likeverdig konkurranse, slik den nedfelles i de to vedleggene, anses opphørt. Dette, er en konkret illustrasjon av «*Rebus sic Stantibus*».⁶⁵

2. Som følge av størrelsen av norske fiskeressurser er tilgangen til dem vesentlig, ikke kun for konsumenter i eksportmarkedene, men også for EUs fiskeindustri. Uten norske tilførsler vil EUs industri gå på «sparebluss». Dette er også et syn som har vunnet gjenklang hos professor Arnesen, (men likevel uten at han drar den rettslige konsekvens av det):

⁶⁴ Jf. Alt Law firm, «OFFSHORE SAFETY DIRECTIVE – EEA RELEVANCE AND GEOGRAPHICAL APPLICABILITY» Memo 13 March 2013, s. 10.

⁶⁵ Peter Th. Ørebech, «The *rebus sic stantibus* balancing of *pacta sunt servanda*: Are Regional Ethos and Archtypes the only “Essential Basis of Consent”? A general Problem Considered through the Lenses of the Gabcikovo-Nagymaros and the Questech Cases” in B. Melkevik, Standing Tall, Hommages à Csaba Varga (Pazmany Press, Budapest 2012) s. 269-290.

«Forslaget vil likevel kunne medføre en rent faktisk endring i utlendingers muligheter til å investere i fiskeforedlingsforetak, fordi regelendringen kan føre til at flere fiskeforedlingsforetak eier fiskebåter det er knyttet ervervstillatelse til. Det vil med andre ord kunne bli flere fiskeforedlingsforetak der det gjelder nasjonalitetskrav til eiersammensetningen, og færre der det ikke er slike krav. En opphevelse av aktivitetskravet kan derfor rent faktisk medføre reduserte muligheter for utenlandske investeringer og etableringer i fiskeforedlingsindustrien, selv om den rettslige adgangen er det samme» (s. 4).

3. Dersom Norge – slik professor Arnesen antar – kan fjerne aktivitetskravet uten at det får følger for nasjonalitetskravet vil dette «strupe» den mer eller mindre frie flyt av råstoff til EU. Dette vil dramatisk forverre forholdet for EU-industrien samtidig som norsk fiskeindustri vil kunne vinne markedsandeler. På tross av at Norge har påtatt seg å endre «lovgivningen som gjelder markedsordningen i fiskerisektoren ... for ikke å vri konkurransen» (EØS Protokoll 9 artikkel 4 pkt. 2), så går Norge motsatt vei, etablerer økte konkurransemessige hindringer. Det er ikke lett å forstå hvordan en tenker seg at dette faktum skal vinne gehør i EU samtidig som EU godtar at Norge beholder diskrimineringen i Vedlegg VIII & XII.

4. Det dreier seg altså om at Norge, via reguleringer, bedrer konkurranseevnen for norske bedrifter. Samtidig er det intensjonen at utenlandske produsenter ikke skal nyte godt av bedret råstofftilgang og –styring. Professor Arnesen er inne på dette når han skriver «at utlendingenes faktiske posisjon kan hevdes å bli dårligere sammenlignet med posisjonen til norske statsborgere og foretak» (s. 15-16). Problemet er imidlertid at han lar denne anførsel henge i luften i og med at den ikke gjøres til gjenstand for nærmere drøftelser. Arnesen mener å kunne slippe unna med følgende kommentar; «Det står likevel fast at de rettslige rammebetingelsene for utenlandske statsborgeres etablering innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer er de samme, også etter en opphevelse av aktivitetskravet» (s. 16). Arnesen ser bort fra det elementære forhold at lovligheten av nasjonal lovgivning står og faller med om den «virker diskriminerende» (jf. kap. III og tolkningen med sikte på å fremme det som best mulig oppfyller *l'effet utile*) ikke om hensikt eller formål er å diskriminere.

5. Denne nye virkelighet gjør at det er god grunn til å stille spørsmålstegn ved om ikke EU vil utfordre lovendringen som stridende mot Vedlegg VIII & XII med særlig vekt på at endringen fører til brudd på konkurranseretten. De radikalt endrede konkurranseforhold vil trolig medføre at ESA utfordrer endingen med det resultat at fiskerisegmentet ikke lengre anses som ekskludert fra EØS-avtalens generelle konkurranserettslige regler.

6. En annen løsning er at Norge ber om reforhandling av EØS-avtalen på dette punkt. Jeg ser bort ifra at dette vil være aktuell politikk i EU, tatt i betraktning den fordel EU-industrien oppnår gjennom bortfallet av Vedlegg VIII & XII og partenes intensjoner om at Norge gradvis skulle «falle inn i folden» og fullt ut transformere EU-rettens regler til norsk rett.

B. Konsekvenser for norsk fiskerirett ved bortfall av Vedlegg VIII & XII

1. Et springende punkt er hvorvidt opphør av det nasjonale aktivitetskrav også får konsekvenser for nasjonalitetskravet pga. at disse regelsett er uløselig sammenknyttet mht. *de facto* virkninger av de norske lovendringer. Vi står her overfor *indirekte* diskriminering via statsstøtte slik den nedfeller seg i EØS artikkel 61: «... støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak ... [skal] være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene». Dette argument kan trolig fremføres fordi, slik det fremgår av NOU'en, så er det meningen at Norge skal anvende nasjonalitetskravet mot utenlandske kapitaleiere, dvs. at slike ikke skal få en tilsvarende adgang til eierskap i norsk fiskeflåte, og derved kontroll med råstoffet, slik tilfelle blir for norske bedrifter. Professor Arnesen avviser dette ut ifra oppfatningen om at fordi fiskeflåten «produserer varer som faller utenfor EØS-avtalens nedslagsfelt, kommer statsstøttereglene i EØS-avtalen art. 61 flg., heller ikke til anvendelse» (s. 11). Han ser da imidlertid bort i fra den dynamikken som føres inn i systemet gjennom opphøret av aktivitetskravet

2. For det annet er jeg i sterk tvil om Norge kan opprettholde kravene om hovedkontor i Norge. Mitt syn er at når NOU 2014:16 bringer fiskeindustrien inn som eier av fiskefartøy ved at aktivitetskravet fjernes, så bortfaller også Vedlegg VIII & XII. Derved utløses regler for bedriftenes selvbestemmelse mht. sin organisering. Denne sakens vending er et resultat av den endrede konkurransesituasjon i forhold til EUs fiskeindustri, noe som utløser konkurransereglene og ikke-diskrimineringskravene i EØS. Dette bringer tilfellet inn i kjernen av den langvarige strid om eiernes rett til selv å bestemme hovedkontorets- og styrets geografiske plassering uten *de enkelte medlemsstatenes innblanding*, jf. Centros-dommen.⁶⁶

⁶⁶ EU-domstolen (ECJ) – dom av 9 mars 1999 (sak C-212/97), Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen.

3. Centros-dommen er en sentral avgjørelse – som professor Arnesen overser – om hvilke begrensninger som EUs etableringsregler legger på medlemsstatene. Denne gikk i korte trekk ut på at danskeide Centros Ltd. som skulle drive forretning i Danmark, registrerte sitt firma i Storbritannia (1992). Det danske «Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (som førte foretaksregisteret) benektet ikke at danske statsborgere kunne registrere sitt firma i utlandet, men hevdet at siden firmaet kun ville drive virksomhet i Danmark, så måtte de registrere sitt hovedkontor der. Eller slik påstanden fra eierne av Centros kom til å lyde for EU-domstolen; de danske myndigheter kan ikke nekte kun å registrere en filial av firmaet i Danmark.

4. Det er et sikkert utgangspunkt i EU-retten at et selskap som er stiftet i en medlemstat der det har sitt hjemsted og som «ønsker at opprette en filial i en annen medlemsstat, hører under fællesskabsretten. Det er uten betydning i denne henseende, at selskapet alene er stiftet i den førstnevnte medlemsstat med henblik på at etablere sig i den annen medlemsstat, hvor den overvejende del af eller hele dets virksomhed skal udøves (jf. Segers-dommen, a.st., præmis 16)».

5. Det er videre slått fast at etableringsfrihets-reglene omfatter det forhold at det utenlands-registrert selskap kan opprette filial i et annet land (Centros-saken premiss 18).

6. EU-domstolen slår fast «at den etableringsfrihed, som er anerkendt ved traktatens artikel 52 for medlemsstaternes statsborgere, indebærer, at de har ret til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed og til at drive og oprette virksomheder på samme vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for statens egne borgere. Desuden ligestiller traktatens artikel 58 selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne» (Centros saken premiss 19). Dette får konsekvenser for deltakerloven § 5. Her heter det at «Som likestilt med norsk statsborger [anses] a. aksjeselskaper ... når selskapets hovedkontor og styrets sete er i Norge ... og når norske statsborgere eier aksjer eller andeler svarende til minst 6/10 av selskapets kapital...» Denne bestemmelse blir ikke lengre gyldig når unntaket i Vedlegg VIII & XII opphører, jf. premiss 19 og uttrykket om at selskap som har sitt «vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed ... inden for Fællesskabet» skal likestilles med nasjonal statsborger.

7. Av premiss 19 utleder så retten at «sådanne selskaber har ret til at udøve deres virksomhed i en anden medlemsstat gennem et agentur, en filial eller et datterselskab, idet deres vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, tjener til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem» (Centros premiss 20).

8. Fra dette utgangspunkt finnes det få unntaksmuligheter: Det er visse muligheter for «at nationale foranstaltninger, der kan genere udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet» (Centros premiss 34).⁶⁷

9. Centros-dommen er relevant også i EØS-retten. EFTA-domstolen skal sørge for at EU-rettens regler får «en mest mulig lik fortolkning av denne avtale» (EØS artikkel 106). At domstolens avgjørelse i Centros anses ha virkning også i EØS viser ESAs rolle som hjelpeintervenient i saker om etableringsretten.⁶⁸

10. Centros er senere fulgt opp av EU-domstolen i Überseeing-avgjørelsen. Det følger av sistnevnte at «The only rights safeguarded by the freedom of establishment are the right to reincorporation in that State and the right to establish a presence there».⁶⁹ Dvs. at det ikke er omtvistet at landet som et selskap er registrert i har full og eksklusiv kompetanse over etableringen og registreringen av vedkommende selskap, slik at andre land som selskapet måtte operere i, er forhindret fra å gi ytterligere etableringsregler.

11. Dette betyr i praktisk politikk at en «praksis, som følges i en medlemsstat, og som går ut på, at man under visse omstendigheter nægter at registrere en filial af et selskab, som har sit hjemsted i en anden medlemsstat, fører imidlertid til, at selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med denne anden medlemsstats lovgivning, forhindres i at udøve den etableringsret, der er indrømmet dem ved traktatens artikkel 52 og 58. Heraf følger, at en sådan

⁶⁷ EU-domstolen (ECJ) – dom av 9 mars 1999 (sak C-212/97), Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen.

⁶⁸ Se f.eks. EU-domstolens avgjørelse av 5. november 2002, Überseeing-saken, C-208/00, se I-9945.

⁶⁹ Überseeing-saken, Premiss 25, I-9953

praksis udgør en hindring for udøvelsen af de friheder, der er garanteret ved de nævnte bestemmelser» (Centros premiss 21 og 22).

12. «Under disse omstændigheder kan det forhold, at en statsborger i en medlemsstat, der ønsker at stifte et selskab, vælger at stifte det i den medlemsstat, hvis selskabsretligen regler forekommer den pågældende at være de mindst byrdefulde, og at oprette filialer i andre medlemsstater, ikke i sig selv udgøre et misbrug af etableringsretten. Retten til at stifte et selskab i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og at oprette filialer i andre medlemsstater er således inden for et enhedsmarked et led i udøvelsen af den etableringsfrihed, der er garanteret ved traktaten» (Centros premiss 27).

13. «Det fremgår desuden af Segers-dommens præmis 16, at den omstændighed, at et selskab ikke driver virksomhed i den medlemsstat, hvor det har hjemsted, men kun driver virksomhed i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger et misbrug eller et svigagtigt forhold, som kan danne grundlag for, at den sidstnævnte medlemsstat afskærer selskabet fra at gøre brug af fællesskabsbestemmelserne om etableringsretten» (Centros premiss 29).

14. «On that basis, the host Member State cannot impose on a company which has been properly formed in another Member State its own substantive company law, in particular the rules on share capital. The Commission submits that the position must be the same where the host Member State invokes its private international law governing companies» (Überseering-saken premiss 43).

15. «It follows from the foregoing considerations that Überseering is entitled to rely on the principle of freedom of establishment in order to contest the refusal of German law to regard it as a legal person with the capacity to be a party to legal proceedings» (Überseering-saken premiss 76). Overført til norsk fiske og fangst, betyr dette at et lovlig registrert firma i f.eks. Storbritannia kan ikke avvises som gyldig etablert juridisk person i Norge. I og med at det ikke kan stilles tilleggskrav utover registreringsstatens fordi dette vil kunne ha som virkning at etableringen i Norge vanskeliggjøres eller hindres, må følgen av at aktivitetskravet forsvinner også være at det samme skjer med deltakerloven § 5, dvs. nasjonalitetskravet.

16. Det er etter dette klart at Norge er forhindret fra å kreve at et utenlandsk selskap – det være seg dansk eller spansk – skal etablere sitt hovedkontor og styrets sete i Norge. Dette er i

tilfelle i strid med reglene om etableringsfrihet i EØS. Dvs. at dersom aktivitetskravet fjernes mener jeg klart at Vedlegg VIII & XII ikke kan stå seg. Det betyr at heller ikke nasjonalitetskravet om 60 % norsk statsborgerskap kan opprettholdes.

17. Professor Arnesen hevder at en oppheving av aktivitetskravet ikke vil resultere i en strøm av utenlandske eiere som vil overta norske foretak: «Det vil også være slik at sjømatindustribedrifter som eier fiskefartøyer ikke vil kunne være investeringsobjekt for utlendinger i samme utstrekning som de kan være det for norske statsborgere og norske selskap. Dette fordi fiskefartøyene vil måtte avhendes dersom den utenlandske eierandelen øker ut over 40 %» (s. 3). Dette er ingen åpenbar konklusjon, jf. Vedlegg XII bokstav h: «*Nasjonale myndigheter skal ha rett til å pålegge selskaper som helt eller delvis er ervervet av utenlandske statsborgere, å avvikle sine investeringer i fiskefartøyer*». Dette retter seg mot utenlandsk selskap som erverver om så, alle aksjene i en norskeid bedrift. Det er verken noe forbud mot slike investeringer for utenlandsk kapital ei heller noen automatikk mht. at investorene skal avvikle sitt eierskap i fiskefartøy. Dette *kan* kun skje i etterkant av oppkjøp. Det krever stort politisk mot å forlange noe som trolig vil medføre at transaksjonen «faller i fisk». Det er intet steds skrevet at «kan-regelen» i Vedlegg XII forvandles til en «skal-regel» dersom eierskapet til de utenlandske selskap overstiger 40 %.

18. Professor Arnesen unnlater videre å problematisert deltakerloven § 5 (nasjonalitetskravet). For det første, 40 % eierskap betyr blokkerende mindretall. Slike mindretall har stor innflytelse over beslutninger i selskapet, både hva angår drift og utbetaling av utbytte/anvendelse av overskudd. Utenlandske eiere investerer ikke for moro skyld, men åpenbart for å få avkastning på sin investering. Disse midler tas ut av norsk fiskeri. Det finnes ingen garanti for at slike midler reinvesteres i norsk fiskeindustri. For det annet, kravet om minimum 40 % norske statsborgere i styre og stell, må forstås slik at også slike utlendinger som er bosatt i Norge er likestilt med norske statsborgere og kan følgelig fylle opp selskapet 100 % dersom det var ønske om det, uten at investor kommer på kant med deltakerloven § 5: «*Paragrafen slår fast at det er et krav for å få ervervstillatelse at søkeren er norsk statsborger eller likestilt med norsk statsborger i medhold av fiskerigrenseloven § 2. De som i utgangspunktet er likestilt med norsk statsborger etter denne bestemmelse, er personer som er bosatt i Norge*»⁷⁰ (uth.her).

⁷⁰ Ot.prp.nr.67 (1997-1998) Om lov om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven), kap. 9, s. 44

19. Et sentralt element i EØS-avtalen er hensynet til likebehandling og forbudet mot å etablere konkurransefortrinn for hjemlandets bedrifter. Som et ledd i dette er det stilt klare krav til at ikke de utenlandske bedrifter gjennom f.eks. etableringsregler får en ulempe som *de facto* forhindrer etablering. Professor Arnesen drøfter det norske regelverk som gjelder for selskaper som kan tildeles ervervstillatelse til fiskefartøy, se lov av 16 mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven) § 5 annet ledd. Her finner han at fjerning av aktivitetskravet ikke fører til *andre* endringer i norsk rett. Dvs. at Norge kan beholde sitt lovverk om at «selskapets hovedkontor og styrets sete [må] ligge i Norge, styreleder og styrets flertall være norske statsborgere som har bodd i Norge de to siste år, og norske statsborgere eie minst 60 % av selskapet og utøve stemmerett i selskapet med minst 60 % av stemmene for at bedriften skal kunne få adgang til å eie fiskefartøyer». Som Arnesen nevner skal det også være «en reell økonomisk forbindelse» til norske kystsamfunn. «Endelig vil ikke statsborgere i eller fra andre EØS-land kunne benyttes som styremedlemmer i samme grad som norske statsborgere bosatt i Norge» (s. 2-3).

20. Professor Arnesen (s. 4) slutter fra den foreslåtte oppheving av aktivitetskravet at dagens regelverk som i utgangspunktet ikke medfører noen «hindringer for endringer i eiersammensetningen i fiskeforedlingsforetak», at dette «utgangspunktet forlotes der fiskeforedlingsforetaket eier fiskebåt det er knyttet ervervstillatelse til». Den slutning som trekkes er at det i dette tilfelle er begrensninger i eierandelen som følge av at den utenlandske eierandelen ikke kan bli så stor at «foretaket ikke lenger kan likestilles med norsk statsborger etter deltakerloven § 5. I klartekst innebærer dette at den utenlandske eierandelen – enkelt sagt – ikke må overstige 40 %. Samtidig er det et krav til selskaper som innehar ervervstillatelse at aktive fiskere må kontrollere minst 50 % av eierinteressene» (s. 4).

21. Dette kan ikke være rett. Vi er i en situasjon der aktivitetskravet er borte. Hvis dette krav tenkes borte er også deltakerloven § 6 borte, fordi det er i denne paragraf at aktivitetskravene står. Det er således ikke noe krav om at søker «har drevet fiske» (først ledd). For det annet gjelder at kravet om at aktive fiskere skal eie mer enn 50 % av eierinteressene «og faktisk har tilsvarende kontroll over virksomheten» fjernet (annet ledd). Det er en feilslutning når situasjonen er slik professor Arnesen oppstiller det, nemlig at aktivitetskravet ikke lenger gjelder. *50-prosent-kravet er borte*. Dersom kravet ikke lengre gjelder for norske fiskematprodusenter, gjelder det heller ikke for de utenlandske.

22. Ved de endringer som Tveterås-utvalget promoterer er det videre vanskelig å få til å henge sammen, at utlendinger skal møte en barriere på 40 % for hvor mye de kan eie i fiskeindustri som «eier fiskebåt det er knyttet ervervstillatelse til» (s. 4). 40-prosents-kravet kommer kun til anvendelse for selskap som *ikke* oppfyller kravene i § 5 (nasjonalitetskrav). Det er etter mitt skjønn en enkelt sak å omgå de vanskeligheter som et slikt krav evt. måtte reise. Her er nok å nevne at selskapet oppretter en filial i Norge som så erverver foretaket som eier fiskefartøy. Norske etableringsregler kan ikke stride mot de prinsipper som må utledes av Centros-saken (som vist ovenfor).

23. Professor Arnesen trekker følgende slutninger: «Nasjonalitetskravet innebærer at allerede etter dagens regelverk vil utenlandsk kontrollerte fiskeforedlingsforetak måtte foreta endringer i eiersammensetningen dersom foretaket skulle ønske å eie fiskefartøy det er knyttet ervervstillatelse til. Sjømatindustriutvalgets forslag om å oppheve aktivitetskravet vil derfor ikke medføre noen endring i utlendingenes rettslige posisjon.» (s. 4). Dette kan ikke være korrekt fordi hvis Norge endrer aktivitetskravet får norske fiskeforedlingsbedrifter en bedret konkurransemessig stilling i forhold til utenlandske foretak. EU-domstolen har gjennom Centros-saken listet opp forhold som må tilfredsstilles i de enkelte medlemsland for at bedriftene skal møte mest mulig like konkurransevilkår (se ovenfor).

24. Etter en relativt omfattende drøftelse kommer Arnesen frem til følgende – nokså opplagte konklusjon:

«Overført til en EØS-kontekst, innebærer dette at EU-retten ikke gir støtte for å tolke de alminnelige etablerings- og kapitalreglene i EØS-avtalen slik at de tillater nasjonalitetskrav, selv ikke der dette skal sikre «reell økonomisk tilknytning» mellom de foretak som gis tilgang til en ressurs og ressursstaten. Spørsmålet blir dermed om særskilte bestemmelser i EØS-avtalen tillater en opprettholdelse av nasjonalitetskravet når aktivitetskravet fjernes» (s. 15).

25. Dette betyr da at nasjonalitetskravet slik det oppstilles i deltakerloven § 5 annet ledd ikke står seg, med mindre det finnes unntaksordninger, noe professor Arnesen finner (i sitt kapittel 3.3), både hva angår etableringer («Sjømatindustriutvalgets forslag ligger derfor innenfor rammene av hva EØS-avtalen vedlegg VIII pkt 10 tillater, s. 16) og ved investeringer i Norge («Sjømatindustriutvalgets forslag ligger derfor innenfor rammene av hva EØS-avtalen vedlegg XII pkt 1 bokstav h tillater», s. 17). Dette er jeg, som vist, klart uenig i.

26. *For å oppsummere:* EU-retten er overtrådt dersom en regulering – ikke etter sitt formål – men etter sin virkning *de facto* er diskriminerende. Fordi konkurransereglene er «horisontale regler», dvs. som gjelder for alle sektorer av EØS, kommer de også til anvendelse for fangstleddet. Protokoll 9 artikkel 4 viser at konkurranseretten kommer til anvendelse for «markedsordningen i fiskerisektoren». Hvorvidt Vedlegg VIII & XII gjelder er irrelevant fordi vedleggenes unntak gjelder kun for etableringer og investeringer, ikke for konkurranselovgivningen.

27. Endring av aktivitetskravet slik at norsk fiskeindustri blir kvalifisert eier, endrer konkurranseforutsetningene i EØS. Analysen er ikke fullstendig før en har undersøkt konkurranserettenes regler. Av denne analyse ser en at det ikke kun er nasjonalitetskravet som henger i en tynn tråd – jf. oppdrettstvisten – det er heller ikke uten videre greit å oppstille krav om nær tilknytning til kyst eller fiskeri som vilkår for investering eller etablering i fiske.

IV. Konklusjon

«Håper Gud vil redde dere!»

Fisker Birgir Haukdal⁷¹

1. Avtalens geografiske rekkevidde, er regulert i EØS artikkel 126 nr.1 og gjelder for «Kongeriket Norges ... territorium» (*kapittel I*). Mens begrepet «territorium» vanligvis refererer til landterritoriet og området ut til territorialfarvannet noe som samsvarer med Norges opprinnelige syn og professor Arnesen standpunkt (s. 11), har Frostating lagmannsrett fastslått i Leinebris-saka⁷² at begrepet også omfatter den økonomiske sone. Dette er et eksempel på at den alminnelige språklige forståelse er av underordnet betydning og at EU-rettens virkningstolkning (*l'effet utile*) er avgjørende. Doms-resultatet er akseptert av staten og derfor ikke lengre tvilsomt. Arnesens standpunkt er derfor feil.

2. Et annet punkt der Arnesen sår tvil om rekkevidden av de generelle etablerings- og investeringsregler, er ved anvendelsen av EØS artikkel 8 pkt. 3, dvs. regler som begrenser avtalens saklige virkeområde (se *kapittel II*). Mens professor Arnesen gir denne en utvidende tolkning til å omfatte alle de fire friheter, mener jeg med støtte i ESA og ikke minst Norges *de facto* og *de jure* tilpasning til at EØS, at artikkel 8 pkt. 3 kun gjelder for varehandelen, men ikke de tre andre friheter. Også her går Arnesen for langt i retning av å fremme et restriktivt

⁷¹ <http://www.nrk.no/sapmi/islandsk-fisker--haper-gud-vil-redde-dere-1.12202729>

⁷² Frostating lagmannsrett dom av 21. september 2006 (Leinebris-saken), LF-2006-24118.

syn på EØS, dens tolkning og anvendelse. Professor Arnesen overser at hovedregler tolkes *utvidende* og unntak *innskrenkende*.

3. Et tredje grunnlag som professor Arnesen legger avgjørende vekt på i sin argumentasjon er EØS-avtalen Vedlegg VIII pkt 10 og vedlegg XII pkt 1 bokstav h (*kapittel III*). Unntakene i fra den alminnelige etablerings- og investeringsfrihet som gjelder for norske fiskeflåte forsvinner ikke, ifølge Arnesen, ved at aktivitetskravet i lov om regulering av deltakelsen i fisket av 26. mars 1999 nr. 15 § 6 blir opphevet. Nasjonalitetskravet (i § 5) består likevel.

Jeg kan ikke dele dette syn. Hovedsakelig fordi Arnesen, etter min mening misforstår vedleggenes formål, funksjon og egenskaper. Disse inneholder ingen «hjemmel» slik Arnesen hevder (s. 9) som Norge har frihet til å benytte seg av – i det uendelige – men er snarere *en garanti* til EU om at Norge før eller siden vil finne veien inn i folden, dvs. etablere et system for etablering og investering som fullt ut harmoniserer med EU-regelverket. Dvs. vedleggene er skrevet etter mønster av «*grand-father clauses*» i WTO/GATT. Når Norge av egen fri vilje finner at tiden har gått fra de restriksjoner på etablering og investering i fiskeflåten som gjaldt i 1992 ved at Norge beslutter ikke lengre å «fortsette å anvende restriksjoner som gjelder», så bortfaller vedleggene. Bortfallet er evigvarende. Dvs. Norge kan ikke skru tiden tilbake, Norge kan ikke ensidig reversere de harmoniserte regler.

4. Hvordan skal Vedlegg VIII pkt 10 og vedlegg XII pkt 1 bokstav h tolkes og anvendes? (*kapittel III*)? Bakteppet er EU-rettens tolkningsprinsipper, dvs. regelen om at hovedregler tolkes *utvidende* og unntak *innskrenkende*. Professor Arnesens vektlegger utelukkende om nye lovforslag vil medføre nye restriksjoner på utlendingers etablering innen fiske eller i selskaper som eier eller driver fiskefartøyer. Jeg er uenig i denne betraktningssmåte fordi verken Vedlegg VIII eller XII inneholder noe forbud mot nye restriksjoner slik som Arnesen hevder. Det forhold at Norge kan «*fortsette å anvende restriksjoner*» er noe annet enn at Norge ikke kan innføre «nye restriksjoner». Som vist (kap. III, pkt. 5-6); Norge har innført nye restriksjoner ved at deltakerloven av 1999 har avløst 1972-loven, med dels omfattende innskjerping uten innsigelser fra noe hold.

Et tilfelle som går utover grensen for det lovlige ville vi stått overfor dersom Norge vedtok at ikke kun eierskap til fartøyer men også fiskeindustri skulle omfattes av vedlegg VIII og XII, for eksempel ved etablering av en slik ordning som Island har avtalt med EU i de

samme vedleggene, se Vedlegg VIII pkt. 9 og Vedlegg XII pkt. g. *Dette ville i så fall være rettsstridig i forhold til EØS-avtalens to vedlegg.*

5. Videre tar jeg opp det forhold at retten til fiske angår eiendomsrettslige forhold (*kap. IV*), jf. EØS-avtalen artikkel 125 («Denne avtale skal *ikke på noen måte* berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten»). Det kunne vært en mulig anførsel at deltaksreguleringer i fiskeri faller utenfor EØS-avtalen. Professor Arnesen nevner imidlertid ikke dette grunnlag. Norge har forgjeves påberopt seg at traktatpartenes forståelse skulle være avgjørende.

EU-domstolen har ved en rekke rettsavgjørelser lagt til grunn at «de fire friheter» gjelder også for de eiendomsrettslige forhold. Dette er nok et eksempel på en «*l'effet utile*» tolkning som setter til side klare språklige formuleringer.

Heller ikke på dette grunnlag er det mulig å hevde at fangstleddet faller utenfor EØS-avtalen. I og med at domstolen her har avveket fra klar ordlyd og komme til resultater som er direkte stridende med ordlyden iht. alminnelig språklig forståelse, er det dristig av professor Arnesen å konkludere på grunnlag av andre unntak fra hovedreglene om «fri flyt», med at bortfall av aktivitetskrav helt skulle gå fri av rettslige kauteler som setter til side det norske unntak fra etablerings- og investeringsfriheten.

6. Professor Arnesen bringer heller ikke opp spørsmålet om konkurranseretten kommer til anvendelse for «markedsordningen i fiskerisektoren». Norge har påtatt seg å deregulere denne «for ikke å vri konkurransen» (EØS Protokoll 9 artikkel 4 pkt. 2). Dette bygger på en forutsetning om norske og EU markedsaktørers like konkurranseforhold, jf. også artikkel 4 pkt. 1: «Støtte gitt av statsmidler til fiskerisektoren som vrir konkurransen skal avskaffes» og EØS artikkel 61 (statsstøtte)

Som vist i *kapittel V* resulterer opphør av aktivitetskravet i en økt forskjellsbehandling av norske og utenlandske sjømatprodusenter i forhold til tidligere tilstand. Når – slik NOU 2014:16 legger opp til – norske fiskematprodusenter får eie fiskefartøy vil etter hvert store deler av norske fiskeressurser kanaliseres til den fiskeindustri som eier fartøyer, noe som medfører at de utenlandske produsenter må «sloss om» den resterende mengde fisk som norske sjømatprodusenter ikke eier.

7. Hva slags reguleringer som Norge kan erstatte de bortfalte aktivitetskrav med for å sikre norsk eierskap til fiskeressursene, er vanskelig og tvilsomt: Nasjonalitetskravet vil slik det skjedde innen oppdrett ikke godtas verken av EU eller ESA. Men EØS-kravene går lengre

enn som så. Heller ikke er det greit å oppstille krav om nær tilknytning til kyst eller fiskeri som vilkår for investering eller etablering i fiske: jfr. at Norge innen oppdrett der et opprinnelig krav «om lokalt eierskap [er] tatt ut, og erstattet av en bredere vurdering av bidrag «til verdiskaping på kysten»».⁷³ Et slikt fullstendig utvannet krav – om dette blir resultatet også innenfor villfisk – forseglar Norges totale kapitulasjon fra den opprinnelige forestilling om tilnærmet eksklusiv beslutningskompetanse over fiske og fangt.

8. Uansett utfall av drøftelsene i kapittel I-V så gjelder at stor grad av tolkningstvill og skjønn medfører usikkerhet mht. hvor langt Norge kan gå innen rammen av EØS Vedlegg VIII & XII uten at disse vitale bestemmelser for Norge anses opphørt. Videre er det høyst usikkert hva slags regler som ESA/EU vil godta som lovlige innen rammen av EØS. Her kan det være grunn til å minne om fiskeristatsrådets standpunkt: «Og la meg slå fast: Kravet om norsk eierskap skal opprettholdes. Også i fremtiden skal vi ha nasjonal kontroll over norske fiskeressurser. Dersom resultatet av denne juridiske vurderingen skulle vise at nasjonalitetskravet er i fare – vil det være uaktuelt å gjøre endringer i deltakerloven».⁷⁴

9. Etter min mening vil Arnesens konklusjon om at aktivitetsplikten kan fjernes uten at det får konsekvenser for nasjonalitetskravet, utsette Norge for et hasardiøst sjansespill. Nasjonalitetskravet som statsråden vil beholde, er i høysete grad i fare. I beste fall er Norge i en svært labil situasjon. Med så mye usikkerhet er det tryggest at man holder seg tilbake fra å oppheve aktivitetskravet. Jeg er enig med Stortingets utredningsseksjon om at «Spørsmålet er hvordan det vil slå ut ettersom aktivitetskravet i mange tiår har vært en kjernebestemmelse i norsk fiskerilovgivning. Spørsmålet er om det vil kunne forrykke balansen i hele den norske argumentasjonen omkring nasjonalitetskravet, utenlandsk eierskap og fri flyt av kapital».⁷⁵

Tromsø, 27. april 2015

Peter Ørebech,

Professor i rettsvitenskap, UIT Norges arktiske universitet, BFE

⁷³ NOU 2012:2, Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU s. 376 sp. 2.

⁷⁴ Statsråd Elisabeth Aspaker, foredrag 12 februar 2015, Ålesund, Fiskebåtredernes Forbunds årsmøte

⁷⁵ Stortingets utredningsseksjon 4. november 2014,

https://www.stortinget.no/Global/pdf/eu_open/Utrekning%20om%20deltakerloven%20og%20E%C3%98S.pdf