

MARIUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Nils Kristian Benjaminsen

«... uatskillelig knyttet til»

Om avgrensningen av EØS-avtalens
saklige virkeområde for fiskeri- og
oppdrettsrelatert virksomhet

«... uatskillelig knyttet til»

Om avgrensningen av EØS-avtalens
saklige virkeområde for fiskeri- og
oppdrettsrelatert virksomhet

Nils Kristian Benjaminsen



Marlus nr. 488
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2017

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –
e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>
E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Jeg skrev denne avhandlingen som vitenskapelig assistent ved Senter for Europarett på Universitetet i Oslo. Avhandlingen er i hovedsak den samme som ble levert til sensur, men jeg har gjort noen forbedringer.

Samme uke som sensuren på avhandlingen falt, avga EFTA-domstolen sin rådgivende uttalelse i saken E-01/16, *Synnøve Finden*, hvor denne avhandlingens problemstilling var én blant flere berørte problemstillinger. EFTA-domstolens behandling av problemstillingen stemmer stort sett overens med mine vurderinger og innholdet i denne avhandlingen. Tilkomsten av *Synnøve Finden* innebærer kanskje derfor at en del av vurderingene i avhandlingens kapittel 2 virker mer selvsagte i dag enn de var på det tidspunktet avhandlingen ble skrevet. Enkelte avsnitt og underkapitler er derfor tilpasset. Den rådgivende uttalelsen er dessuten omtalt underveis i fotnoter, samt i et nytt kapittel 2.6.

Jeg retter en stor takk til min søster, Linn S. Benjaminsen, for uvurderlig korrekturlesning og innspill. Videre takk til mine nærmeste, og til veileder Finn Arnesen for idé og oppfølging.

Stonglandseidet, Senja, August 2017

Nils Kristian Benjaminsen

Innhold

1	NORGES HANDLINGSROM I FISKERISEKTOREN.....	7
2	PRODUKTDEKNINGEN OG DENS UTSLAG	9
2.1	Innledning	9
2.2	Rettskildemessige utgangspunkter	9
2.3	Hva følger av artikkel 8(3)?.....	11
2.4	Uatskillelig knyttet	12
2.4.1	Innledning	12
2.4.2	«Uatskillelig» eller «uløselig»?.....	13
2.4.3	Innholdet i «uatskillelig knyttet» og hvordan spørsmålet skal drøftes.....	14
2.4.4	Knyttet til hva – og hvorfor?.....	17
2.5	Overføring av Pediceldoktrinen til andre friheter	20
2.6	Situasjonen etter Synnøve Finden	22
3	PEDICELDOKTRINEN OG DE FIRE FRIHETER.....	24
3.1	Innledning	24
3.2	Etableringsfrihet	25
3.2.1	Innledning: Retten til fri etablering og Pediceldoktrinen.....	25
3.2.2	Etableringsbegrepet.....	25
3.2.3	Hva er tilknytningspunktet?	26
3.2.4	Hvilke kategorier av etableringer kan være unntatt etter Pedicel	28
3.2.5	Fiskeri og etableringsfriheten.....	31
3.2.6	ESAs motargumenter – de opprinnelige reservasjonene.....	32
3.2.7	Tilhørende virksomheter – foredlingsindustrien	37
3.3	Tjenester	39
3.3.1	Fri bevegelighet av tjenester – utgangspunkt og sikre tilfeller	39
3.3.2	Praksis fra ESA: vinimport og alkoholreklame.....	40
3.3.3	Andre unntak – fiskeri og oppdrett.....	42
3.3.4	Avsluttende bemerkninger.....	45
3.4	Arbeidskraft.....	46
3.4.1	Fri flyt av arbeidskraft.....	46
3.4.2	Arbeidskraft i oppdrettsnæringen: røkttere.....	47
3.4.3	Arbeidskraft på fiskefartøy	48
3.4.4	Omstridt regulering – «Kvitsjøen»	48

3.5	Kapital og investeringer i fiskeri og oppdrett.....	50
3.6	Varer som er tilknyttet varer	52
3.7	Statsstøtte	54
4	DISKUSJONEN HER HJEMME.....	55
5	JUS, POLITIKK ELLER STRATEGI.....	62
	LITTERATURLISTE.....	63
	Bøker	63
	Lover	63
	Norske dommer	64
	EFTA-domstolen	64
	ESA:	65
	EU-domstolen	66
	Traktater	66
	Forarbeider	66
	Artikler	67
	Nettsider	67

1 Norges handlingsrom i fiskerisektoren

Som part i EØS-avtalen er Norges lovgivnings- og reguleringsvirksomhet underlagt en rekke begrensninger på de områder avtalen omfatter. Det hevdes gjerne at hovedforskjellen mellom fullt EU-medlemskap og deltakelse i EØS er at Norge beholder større grad av autonomi på områder som eksempelvis fiskeri ved å stå utenfor EU. Men hvilket handlingsrom har egentlig Norge innenfor fiskerisektoren under EØS-avtalen?

Medlemsstatene må som utgangspunkt avstå fra tiltak som begrenser den frie flyt av varer, tjenester, kapital, etablering og arbeidskraft (omtalt som «frihetene») som er omfattet av avtalens saklige virkeområde. For å vite hvilke rammer EØS-avtalen faktisk setter for fiskerisektoren, er det dermed nødvendig å fastsette avtalens saklige virkeområde. Artikkel 8(3) i avtalens Del II om «varebytte» angir hvilke varer som er innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, ofte kalt EØS-avtalens «produktdekning». Bestemmelsen lyder som følger:

- «3. Med mindre annet er særskilt angitt, får bestemmelsene i denne avtale anvendelse bare for
- a) Varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2;
 - b) ...»

Fisk hører ikke inn under kapittel 25 til 97, men er særskilt regulert i artikkel 20 jf. Protokoll 9. Fisk er dermed unntatt fra det saklige virkeområdet til EØS-avtalens hoveddel. Etter ordlyden i artikkel 8(3) innebærer dette at «bestemmelsene i denne avtale» ikke er anvendelige på fisk. EØS-avtalens regler om tjenester, etableringer, kapital og arbeidskraft har ikke tilsvarende bestemmelser i sine respektive kapitler. En kan derfor ved første øyekast få et inntrykk av at EØS-avtalen gjelder uten begrensninger på f.eks. etableringer innenfor fiskerisektoren, selv om fisk som *vare* er unntatt avtalens virkeområde. Samtidig, i henhold til ordlyden i artikkel 8(3) skal ingen av «bestemmelsene i denne avtale»

anvendes på fisk. Denne avhandlingen utforsker nettopp dette: Forholdet mellom produktdekningsregelen i artikkel 8(3) og EØS-avtalens regler om de øvrige frihetene. Spørsmålet er hvorvidt, og i så fall i hvilken utstrekning, regelen i artikkel 8(3) om hvilke produkter som er omfattet av avtalen også kan bestemme anvendelsesområdet til EØS-avtalens regler om fri bevegelse av tjenester, etablering, arbeidskraft og kapital.

Det følgende kapittel 2 tar sikte på å svare på om og i så fall når produktdekningsregelen kan hindre at EØS-avtalens regler om f.eks. etableringsfrihet kan anvendes, gjennom en analyse av EØS-avtalens ordlyd og relevant rettspraksis. Kapittel 3 forutsetter at artikkel 8(3) i visse tilfeller hindrer anvendelsen av EØS-avtalens regler om samtlige av de fire friheter, og utreder rekkevidden av denne regelen, med særlig fokus på hvilke virkninger dette har for Norges lovgivnings- og reguleringskompetanse i fiskeri- og oppdrettsnæringen.

Avhandlingen diskuterer i siste kapittel hvordan dette spørsmålet er behandlet i norsk rett. Allerede her kan det likevel røpes at betydningen av artikkel 8(3), og hvilket potensiale denne bestemmelsen har for statens handlingsrom i fiskerisektoren, synes underkommunisert i norsk rett.

2 Produktdekningen og dens utslag

2.1 Innledning

Dette kapitlet tar sikte på å svare på hvorvidt produktdekningsregelen i EØS-artikkel 8(3) kan begrense anvendelsesområdet til EØS-avtalens øvrige regler. Dette vil bero på en tolkning av artikkel 8(3) og andre relevante rettskilder. Det neste underkapitlet tar derfor for seg de metodiske utgangspunktene for å tolke EØS-avtalen. Disse utgangspunktene anvendes så i kapittel 2.3 flg. for å kartlegge innholdet av bestemmelsen.

2.2 Rettskildemessige utgangspunkter

Spørsmålet om produktdekningen og dens utslag er rent EØS-rettslig. Med dette menes det at det er innholdet av EØS-avtalen som skal fastlegges, og ikke dens virkning i nasjonal rett. Behandlingen må derfor baseres på EØS-rettslige tolkningsprinsipper, ikke den nasjonale rettskildelæren.

I EU- og EØS-retten er det en sterk tradisjon for å legge betydelig vekt på at en bestemmelse skal virke etter sitt formål.¹ Dette medfører at ordlyden i konvensjonene ofte får begrenset betydning for tolkningen av EØS-avtalen i avveiningen mot andre kilder. *Arnesen* begrunner dette blant annet med at ordlyden ofte er knapp, og at den dynamiske og formålsrettede tolkningsmetoden i EU- og EFTA-domstolens praksis medfører at ordlyden i konvensjonene ofte ikke er «mer enn det historiske utgangspunktet for en etablert praksis eller mellomfolkelig oppfatning av hvordan visse retts spørsmål skal tolkes»².

Et av formålene med EØS-avtalen og EU-retten er å bidra til et ensartet økonomisk samarbeid mellom medlemsstatene, hvilket blant annet er forankret i EØS-avtalens artikkel 1 og fortalen punkt 5. Dette omtales ofte som «homogenitetsmålsetningen», og skal oppnås blant annet ved at EU-domstolens avgjørelser skal tillegges betydelig vekt ved

¹ Arnesen/Stenvik (2015) s. 31.

² Arnesen/Stenvik (2015) s. 31.

tolkningen av EØS-avtalens regler «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler»³ i EU-retten.⁴ Samtidig har EFTA-domstolen beskrevet EØS-avtalen som en «international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own»⁵. Det vil si at EØS-avtalen danner et eget rettssystem som forskjellig fra EU-retten.⁶ Denne avhandlingen skal blant annet fastlegge innholdet av EØS artikkel 8(3), som ikke har noe «motstykke»⁷ i EU-retten. Det betyr at praksis fra EU-domstolen ikke gir veiledning for tolkningen av artikkel 8(3) på tross av homogenitetsmålsetningen. Det kan likevel nevnes at det finnes praksis fra EU-domstolen der problemstillingen kunne vært berørt.⁸

Dette er de metodiske utgangspunktene for tolkningen av EØS-avtalen som foretas i kapittel 2 og 3. Som tidligere nevnt går avhandlingens kapittel 4 inn på hvordan produktdekningsregelen har blitt forstått i norsk rett, med utgangspunkt i hvordan spørsmålet er behandlet i norske rettskilder. Alle rettskilder som diskuteres i kapittel 4 er bevisst skilt ut fra drøftelsene om EØS-avtalen i kapittel 2 og 3. Dette er fordi traktat-tolkning og norsk rettskildelære/tolkningsmetode er to separate øvelser. I norsk rettskildelære er forarbeidene en sentral kilde for fastleggingen av *norsk rett*. Ved tolkningen av EØS-avtalen vil et norsk forarbeid ikke være stort mer annet enn en indikasjon på én av avtalepartenes rettsoppfatning på et gitt tidspunkt. En slik rettsoppfatning er ikke irrelevant⁹, men er samtidig ingen autoritær rettskilde¹⁰. For den tolkningen av EØS-avtalen som foretas i det følgende, henvises det derfor bare i begrenset grad til

³ Jf. Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA) artikkel 3(1).

⁴ Se også EØS artikkel 6.

⁵ Jf. E-09/97 *Sveinbjörnsdóttir*.

⁶ Se også Arnesen/Stenvik s. 26.

⁷ Jf. E-04/04 *Pedicel* avsnitt 39.

⁸ F.eks. C-452/01 *Ospelt*, som gjaldt salg av jordbruksmark i Liechtenstein.

⁹ Jf. Wienkonvensjonen (1969) artikkel 32. Konvensjonen gjelder egentlig bare for mellomstatlige avtaler inngått før avtalen ble ratifisert (1980). Den gjelder derfor i utgangspunktet ikke for EØS-avtalen (artikkel 1), og er dessuten ikke ratifisert av Norge. Den Internasjonale Domstolen har imidlertid ansett konvensjonens bestemmelser om traktattolkning for å være internasjonal sedvanerett, hvilket innebærer at den kommer til anvendelse på tolkningen av EØS-avtalen, jf. Ruud/Ulfstein (2011) s. 89.

¹⁰ Jf. Sejersted m.fl. (1995) s. 83–85.

norske forarbeider og andre uttrykk for Norges oppfatninger om EØS-avtalens innhold.

2.3 Hva følger av artikkel 8(3)?

Dette delkapitlet tar for seg tolkningen av EØS artikkel 8(3), som er utgangspunktet for denne avhandlingen.

Artikkel 8(3) er plassert i EØS-avtalens Del II om «Det frie varebytte». Ut fra plasseringen kan det umiddelbart være nærliggende å begrense bestemmelsens anvendelsesområde til nettopp Del II om varebytte. Bestemmelsen gjelder jo for «varer».

Bestemmelsen angir imidlertid uttrykkelig at den gjelder det saklige virkeområdet til «bestemmelsene i denne avtale». Bestemmelsens ordlyd avklarer altså at den ikke er begrenset av sin plassering: den gjelder *alle* «bestemmelsene i denne avtale». Ordlyden løser på den måten selv den uklarheten som skapes av bestemmelsens plassering i avtalen.

EØS artikkel 8(3) må derfor forstås slik at den gjelder det saklige virkeområdet til alle bestemmelsene i EØS-avtalen. Denne tolkningen er bekreftet av EFTA-domstolen i sak E-4/04 *Pedicel*. Tolkningen innebærer strengt tatt ikke mer enn en konstatering av at artikkel 8(3) skal «tas på ordet»: ingen av bestemmelsene i EØS-avtalen kan anvendes på «varer» som ikke er omhandlet i avtalens kapittel 25 til 97, herunder fisk.

Spørsmålet om hvilken betydning artikkel 8(3) har for anvendelsen av bestemmelser i avtalen som ikke gjelder varer kom på spissen i den nevnte E-4/04 *Pedicel* fra 2005. EFTA-domstolen vurderte her hvorvidt EØS artikkel 36 om tjenester var anvendelig på annonsetjenester for vin. Vin er et landbruksprodukt som ligger utenfor EØS-avtalens produktdekning på samme måte som fisk¹¹. Norge, ved Nærings- og Fiskeridepartementet, anførte at ettersom EØS-avtalen ikke var anvendelig på vin, kunne den heller ikke være anvendelig på tjenester hvis «eneste hensikt er å øke vinsalget»¹².

¹¹ Jf. EØS artikkel 8(3) smh. artikkel 17.

¹² Sak E-4/04 *Pedicel* rettsmøterapport s. 12.

EFTA-domstolen var enig i dette. Domstolen begrunnet det med at formålet med artikkel 8(3) etter domstolens oppfatning er å overlate reguleringen av «handel med vin» til EØS-statene selv¹³. Fra dette sluttet EFTA-domstolen at en tjenesteytelse «som er uatskillelig knyttet til handelen med varer som ikke dekkes av EØS-avtalen»¹⁴, må anses å falle utenfor anvendelsesområdet til artikkel 36. Dette kalles i det videre «Pediceldoktrinen»¹⁵. Pediceldoktrinen betegner en situasjon hvor produktdekningsregelen i artikkel 8(3) bestemmer anvendelsesområdet til en regel utenfor EØS-avtalens Del II om varebytte. Dette bekrefter for det første den aller første delen av denne avhandlingens problemstilling: Produktdekningsregelen i EØS artikkel 8(3) *kan* begrense anvendelsesområdet til EØS-avtalens øvrige bestemmelser. For det andre angir EFTA-domstolen et kriterium for å vurdere *når* produktdekningen gir et slikt utslag, nemlig vilkåret «uatskillelig knyttet til handelen med varer som ikke dekkes av EØS-avtalen».

2.4 Uatskillelig knyttet

2.4.1 Innledning

De følgende delkapitlene tar for seg EFTA-domstolens formulering av Pediceldoktrinen og dens øvrige uttalelser om forholdet mellom produktdekningsregelen i artikkel 8(3) og EØS-avtalens øvrige regler i E-4/04 *PediceI*. Formålet med denne delen av fremstillingen er å vise hvordan Pediceldoktrinen skal forstås, og hvordan vilkåret «uatskillelig knyttet til handel (...)» kan anvendes. Det aller første delkapitlet drøfter imidlertid hvordan «Pediceldoktrinen» faktisk skal formuleres. EFTA-domstolens ordlegging i *PediceI* var nemlig svært varierende.

¹³ Sak E-4/04 *PediceI* avsnitt 34.

¹⁴ Sak E-4/04 *PediceI* avsnitt 38.

¹⁵ Først døpt «Pediceldoktrinen» i Arnesen (2015).

2.4.2 «Uatskillelig» eller «uløselig»?

I *Pedicel* formulerer EFTA-domstolen Pediceldoktrinen ulikt før, under og etter subsumsjonen. I avsnitt 34 bruker domstolen begrepet «uatskillelig», mens i den konkrete drøftelsen i avsnitt 35 bruker «uløselig». Det samme forekommer i den engelske språkversjonen av avgjørelsen, hvor domstolen bruker «inseparable» og «integral» på lignende måte. Det er uklart hvorvidt det er intendert noen meningsforskjell mellom de ulike formuleringene, og det er derfor dette kapitlet tar for seg hvordan Pediceldoktrinen faktisk skal formuleres.

I avgjørelsens avsnitt 34 uttaler domstolen at tjenesteytelser som er «uatskillelig knyttet til salg av vin» faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Domstolen følger dette opp i avsnitt 35 med å bruke formuleringen «uløselig knyttet» istedenfor «uatskillelig knyttet». Det er unektelig en språklig forskjell her, selv om begge ordene har lignende betydning. Den engelske språkversjonen bruker konsekvent begrepet «inseparable», men *utdyp*er dette i avsnitt 35 med å si at tjenestene er «*integral part of, and are inseparable from*» varehandelen. I den norske versjonen fremstår imidlertid ikke «uløselig» som en utdypning av «uatskillelig», men heller som et nytt krav. Det er dermed en forskjell mellom oversettelsene, og det er derfor uklart hva som er «riktig» begrep. Skal Pediceldoktrinen formuleres med «uløselig» eller «uatskillelig»?

Arbeidsspråket i domstolen engelsk, hvilket antageligvis betyr at Pediceldoktrinen ble utviklet på engelsk, for så å bli oversatt til norsk. Når den engelske språkversjonen bruker «inseparable» som det avgjørende kriteriet, synes det nærliggende at det ikke bør leses inn noen forskjell i de to ulike norske begrepene som brukes om det samme fenomenet. Dette styrkes også av at domstolen (på norsk) i sin konklusjon går tilbake til «uatskillelig knyttet». Den beste løsningen synes således å være at regelen formuleres med «uatskillelig knyttet».

Pediceldoktrinen bør dermed formuleres som et krav om «uatskillelig» tilknytning til varer som faller utenfor produktdekningen i artikkel 8(3). Til dette kommer det likevel at det avgjørende er ikke hvilket ord som

brukes, men hvilket innhold som tolkes inn i begrepet. Dette er tema for det neste delkapitlet.

2.4.3 Innholdet i «uatskillelig knyttet» og hvordan spørsmålet skal drøftes

Spørsmålet i denne delen av fremstillingen er hva som ligger i begrepet «uatskillelig knyttet», og hvordan man skal vurdere om en gitt ordning er uatskillelig knyttet til en vare. Den følgende drøftelsen er basert på min tolkning av det rettskildemessige råmaterialet, herunder EØS artikkel 8(3) og *Pedicel*. De synspunktene som uttrykkes her er således mine, og er ikke uomtvistet.¹⁶

Det er foreløpig ikke andre avgjørelser fra EFTA-domstolen enn *Pedicel* som benytter vilkåret «uatskillelig knyttet».¹⁷ En naturlig språklig forståelse av begrepet «uatskillelig» tilsier at det er en snever regel. Begrepet omfatter språklig sett hovedsakelig de tilfeller hvor en virksomhet i praksis ikke utøves uten tilknytning til varehandel. En kan f.eks. ikke tenke seg en vinreklame som ikke prøver å fremme salget av vin. Det ville per definisjon ikke vært en reklame. Slike tilfeller som i praksis ikke kan utøves uten tilknytning til varen er de klareste tilfellene hvor *Pedicel*doktrinen kan tenkes anvendt.

EFTA-domstolens begrunnelse for vilkåret i *Pedicel* åpner imidlertid for at det ikke er bare disse tilfellene som er omfattet av *Pedicel*doktrinen. Artikkel 8(3) skal ifølge EFTA-domstolen sikre at EØS-avtalen ikke anvendes på en slik måte at det er i strid med medlemsstatenes rett til selv å regulere handel med visse typer varer. For å oppfylle dette formålet, må vilkåret «uatskillelig knyttet» omfatte alle tilfeller der anvendelsen av EØS-avtalens regler på en gitt virksomhet i praksis innebærer en faktisk (de facto) regulering av varer som ikke er omfattet av produktdekningen i artikkel 8(3). Når kan dette tenkes å være tilfelle?

¹⁶ Mye av kritikken mot de synspunktene jeg inntar i det videre behandles i kapittel 3 og 4.

¹⁷ I kapittel 3 diskuteres imidlertid en sak som skal behandles i 2016–2017, hvor EFTA-domstolen muligens vil ta stilling til *Pedicel*doktrinen i en litt annen kontekst enn i *Pedicel*, jf. E-1/16 *Synnøve Finden*.

I *Pedicel* heter det at vinreklamen hadde til «formål å fremme salg», og «er uløselig knyttet til vinhandelen», og er «derfor [...] utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde»¹⁸. Det at vinreklamens formål var knyttet til salg av vin var dermed avgjørende for at den ble ansett som «uløselig knyttet til vinhandelen». Dette fremgår mer tydelig av den engelske språkversjonen av avgjørelsen, hvor det heter at vinreklamer har «the purpose of promoting the sale of wine and *thereby* form an integral part of, and are inseparable from, the trade in wine». Plasseringen av ordet «thereby» indiker en årsakssammenheng: Tjenesten har til formål å fremme salg av vin og er derfor («thereby») en uløselig/integrert del av vinhandelen.

Etter min mening må *Pedicel* derfor forstås slik at *formålet* med tjenesten er avgjørende for om den er «uatskillelig» fra varehandel. Man kan på bakgrunn av dette trekke den slutning at der formålet med en tjeneste er tilstrekkelig sterkt knyttet til en vare som ligger utenfor produktdekningen, så vil ikke EØS-avtalens regler komme til anvendelse. Det at tjenestens formål er avgjørende reiser særlig én problemstilling som er sentral for å kartlegge innholdet i *Pedicel*doktrinen. Det er ikke uten videre enkelt å konstatere hva «formålet» med en tjeneste er, særlig fordi tjenester ofte tjener flere formål samtidig. Tjenestekjøper og tjenesteyter vil f.eks. normalt ha nokså forskjellige beveggrunner for å inngå en avtale om en tjeneste.

Norge anførte i denne sammenheng i sin prosedyre i *Pedicel* at vinreklamen måtte falle utenfor tjenestereglenes saklige virkeområde fordi «reklamens *eneste* hensikt er å øke vinsalget»¹⁹. ESA imøtegikk denne påstanden med å fremheve at reklametjenester er en «selvstendig næring, hvis sentrale hensikt ikke er å selge produktet det reklameres for, men snarere å selge reklametjenesten som sådan.»²⁰ ESA la således til grunn at en tjeneste normalt vil ha ulikt formål for henholdsvis tjenestesejler og tjenestekjøper. Jeg er enig med ESA i at tjenester kan – og som oftest vil – ha flere formål. Spørsmålet er derfor om man etter *Pedicel*doktrinen

¹⁸ Sak E-4/04 *Pedicel* avsnitt 35. Mine uthevinger.

¹⁹ Sak E-4/04 *Pedicel* rettsmøterapport avsnitt 36.

²⁰ Sak E-4/04 *Pedicel* rettsmøterapport avsnitt 46.

kan basere vurderingen på bare ett av formålene, og hvordan man i så fall skal definere eller velge det formål man skal legge til grunn i vurderingen.

Heller ikke EFTA-domstolen var ikke uenig i at tjenester kan ha flere formål, og fremhevet at den er «oppmerksom på annonsetjenestenes flerfunksjonelle rolle i moderne samfunn.»²¹ Domstolen fant likevel ikke å «på dette grunnlag fravike sitt standpunkt om at artikkel 36 ikke er anvendelig på reklame for vin»²². Domstolen utdyper ytterligere ved å uttale at vinreklame «først og fremst»²³ skal øke etterspørsel og salg av vin. Dette kan for enkelthetens skyld kalles tjenestens «hovedformål». Dette er i og for seg noe oppklarende, men det er likevel ikke åpenbart hvordan man skal definere hovedformålet med en tjeneste.

EFTA-domstolens ordlegging i avsnitt 36 av den rådgivende uttalelsen kan i utgangspunktet tolkes som at hovedformålet med tjenesten er tjenestekjøperens formål med tjenestekjøpet. Tjenestekjøperen vil imidlertid etter en slik regel alltid komme unna ved å vise til at *hans* hovedformål ikke var å påvirke handelen med vin, og at tjenesten derfor er beskyttet av EØS-avtalen. Doktrinen ville i så fall vært svært sårbar for tjenestekjøperens påstander om angivelige formål. Løsningen kunne da like gjerne vært at Pediceldoktrinen ikke var anvendelig der en tjeneste har flere formål.

Dette kan unngås ved å heller undersøke det vurderingstema EFTA-domstolen formulerer i uttalelsens avsnitt 35. Etter avsnitt 35 var det avgjørende for EFTA-domstolen at «*Such* advertisement services *fulfil* [...] the purpose of promoting the sale of wine»²⁴. Ordlyden «*such* advertisement services»²⁵ antyder at vurderingen er objektiv. Det er ikke den konkrete vinannonser som skal drøftes, men heller *slike* vinannonser generelt. Videre kan ordlyden «fulfil» (oppfyller) tas til inntekt for at det avgjørende ikke er tjenestekjøpers formål, men hvilket formål annonsen objektivt sett *faktisk oppfyller* (hvilken virkning den har). Vurderingen

²¹ Sak E-4/04 Pedicel avsnitt 36.

²² Sak E-4/04 Pedicel avsnitt 36.

²³ Sak E-4/04 Pedicel avsnitt 36 andre setning.

²⁴ Mine uthevninger.

²⁵ På norsk formulert som «Slike annonsetjenester...», jf. sak E-4/04 Pedicel (norsk) avsnitt 35.

blir dermed en objektiv test av hvilken virkning tjenester av en gitt type hovedsakelig har. Pediceldoktrinen kommer til anvendelse f.eks. dersom denne virkningen først og fremst er å fremme salget av en vare som ligger utenfor EØS-avtalens produktdekning.

Dette løser etter mitt skjønn utfordringene som EFTA-domstolens presiseringer og subsumsjon i avsnitt 36 kan skape. EFTA-domstolen legger med andre ord opp til en objektiv vurdering av tjenestens hovedformål eller hvilken funksjon den «først og fremst» oppfyller.

I henhold til vurderingen ovenfor så omfatter Pediceldoktrinen tjenester som er «uatskillelig knyttet» til handelen med varer som ikke er dekket av produktdekningen i artikkel 8(3). En tjeneste er «uatskillelig knyttet» til varehandel der dens hovedformål

er å fremme salget med en vare. På et overordnet nivå handler dermed vurderingen etter Pediceldoktrinen om å avveie hensynet til en tjenestes «selvstendighet» med hensynet til tjenestens tilknytning til en gitt vare. Og etter fremgangsmåten foreskrevet i *Pedicel* veier hensynet til tjenestens tilknytning til varen tyngst i de tilfeller der tjenestens primære virkning og formål er knyttet til varen, og ikke til tjenesten som sådan.

2.4.4 Knyttet til hva – og hvorfor?

Til den regelen som presenteres ovenfor mener jeg at det må gjøres noen presiseringer. De følgende avsnittene drøfter betydningen av kravet om tilknytning til «varehandel». I forlengelsen av denne drøftelsen tar jeg også for meg det tilsynelatende kravet om at tjenesten «fremmer» varehandelen.

Ut fra E-4/04 *Pedicel* er det ikke klart hva den aktuelle tjenesten må være «uatskillelig knyttet» til. Før subsumsjonen (avsnitt 34) formuleres det som et krav om tilknytning til «salg» av varer som ikke dekkes av EØS, mens i konklusjonen i avsnitt 38 formuleres det samme kravet som tilknytning til «handelen». Man kan lese inn forskjeller mellom begrepene salg og handel. EFTA-domstolen forutsatte imidlertid at Pediceldoktrinens formål er å hindre at anvendelsen av EØS-avtalen krenker medlemsstatenes rett til å regulere handelen med visse varer.

Det sentrale momentet innenfor dette formålet er at statene selv skal kunne regulere *omsetningen* av disse varene. Både «handel» og «salg» kan henvise til omsetning. Pediceldoktrinen oppstiller i så fall et krav om at en virksomhet «fremmer *omsetningen* av en vare som ligger utenfor produktdekningen».

Jeg mener imidlertid at det er grunn til å stille spørsmål ved premisset for dette kravet. EFTA-domstolen begrunnet kravet i artikkel 8(3) skal sikre statenes rett til å regulere *handelen med varer*. Men hvor i artikkel 8(3) kommer egentlig «handel» inn?

Ordlyden i bestemmelsen nevner ikke handel. Den gjelder EØS-avtalens anvendelse på «varer», uten at det er noe krav for å anvende artikkel 8(3) at det foreligger noen «handel». Jeg mener at dette taler mot at det skal gjelde noe krav til «handel» etter Pediceldoktrinen. Mot dette kan det innvendes at det ikke er til å komme bort fra at domstolen har oppstilt et krav om tilknytning til handel. Hvordan skal en forklare denne formuleringen hvis det ikke gjelder et slikt krav?

Jeg er av den oppfatning at kravet må sees i sammenheng med den konkrete virksomheten EFTA-domstolen vurderte i *Pedicel*, og at formuleringen var et utslag av den typen tjeneste som ble vurdert. Min forståelse av *Pedicel* er at det underliggende og avgjørende for vurderingen var at annonsetjenesten var knyttet til vin, men at denne tilknytningen i dette konkrete tilfellet manifesterte seg i form av at annonsen fremmet handelen med vin. Dette begrunner jeg også med at det er «varen» som er unntatt etter EØS artikkel 8(3), ikke varehandelen. Det sentrale momentet i vurderingen etter Pediceldoktrinen blir således etter min mening at en virksomhets formål er knyttet til *vare*, ikke hvordan tilknytningen manifesterer seg eller hvilken form den inntar (f.eks. i form av varehandel).

At det kun gjelder et krav om tilknytning til selve varen støttes også av formålet med artikkel 8(3). Bestemmelsen skal først og fremst angi hvilke varer som faktisk omfattes av produktdekningen, og tilsvarende hvilke varer som *ikke* omfattes. EØS-avtalens Del II gjelder riktignok «varebytte», men det vernet som f.eks. artikkel 11 gir mot importrestriksjoner knytter seg ikke bare til «handel», det knytter seg også til det å føre en vare over grenser. Her er det altså bevegelighet av varer som etter min mening

er det sentrale elementet, ikke at varen kan bli solgt eller kjøpt. Jeg kan f.eks. personlig lage en sjokoladeplate på Island, frakte den inn i Norge, og selv spise den her, og likevel være vernet mot importrestriksjoner etter artikkel 11 når jeg frakter sjokoladen over grensen til Norge.

På samme måte kan heller ikke artikkel 8(3) og Pediceldoktrinen begrenses til kun å gjelde varehandel. All den tid Pediceldoktrinen er basert på en formålstolkning av artikkel 8(3) kan det vanskelig argumenteres for at Pediceldoktrinen kun omfatter virksomhet direkte tilknyttet varehandel. Slår ikke hensynet til statenes rett til å regulere varer som ligger utenfor produktdekningen like sterkt inn der en virksomhet knytter an til f.eks. produksjon av varen, som der den er knyttet til salget av varen? Så vidt jeg kan se, må svaret være ja. Kravet må heller – ut fra både ordlyden i artikkel 8(3), dens formål og systemet i EØS-avtalens Del II – være at virksomheten er knyttet til *varen*. At en virksomhet er tilknyttet varehandel blir i så måte bare en form for tilknytning til varen som kvalifiserer til at Pediceldoktrinen kan slå inn, uten å være et absolutt krav.

Når en skal vurdere en konkret virksomhet etter Pediceldoktrinen, må problemstillingen dermed – etter min tolkning av EØS artikkel 8(3) og *Pedicel* – være om virksomheten er «uatskillelig knyttet» til en vare som ligger utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. I en slik formulering faller dessuten kravet til at tjenesten «fremmer» varehandelen bort. På et overordnet nivå er det jo avgjørende hvorvidt hensynet til tjenestens selvstendighet overgås av tjenestens tilknytning til en gitt vare. Dette er for å sikre statenes rett til å selv regulere alt som knytter seg til disse varene. Ut fra denne begrunnelsen kan det etter min mening ikke leses inn noe krav om at det kun er tiltak som «fremmer» varene som er omfattet av statens enerett. Min konklusjon er derfor at Pediceldoktrinen kommer til anvendelse der en tjenestes primære funksjon er en form for *påvirkning* på en *vare* som ligger utenfor EØS-avtalens produktdekning. Påvirkningen på varen kan manifestere seg på ulike måter, f.eks. som en påvirkning på handelen med varen, eller produksjon av varen. Dette belyses med eksempler i kapittel 3.

2.5 Overføring av Pediceldoktrinen til andre friheter

Kapittel 2 har hittil fastslått at produktdekningsregelen i artikkel 8(3) kan begrense anvendelsesområdet til alle reglene i EØS-avtalen. Videre kan man med henvisning til E-4/04 *Pedicel* si produktdekningen gir slikt utslag når en *tjeneste* er «uatskillelig knyttet» til en vare som faller utenfor produktdekningen. Spørsmålet i dette delkapitlet er hvorvidt Pediceldoktrinen kan anvendes på etableringer, kapital og arbeidskraft på samme måte og i samme form som på tjenester. Kan det f.eks. tenkes at «uatskillelig»-vilkåret er begrunnet i noe særegent ved tjenestereglene, og derfor ikke kan overføres til de andre frihetene?

Tjenestereglene i EØS-avtalen er «subsidiære» regler.²⁶ Det vil si at reglene kun kommer til anvendelse der avtalens andre regler ikke kommer til anvendelse²⁷. Dette betyr at det oppstår en del uklare gråsoner blant annet i avgrensningen mellom tjenestereglene og varereglene. En kunne derfor tenke seg at «uatskillelig»-vilkåret og Pediceldoktrinen var begrunnet i det særegne forholdet mellom tjenestereglene og varereglene.

En slik anførsel er imidlertid lite treffende. Slik fremstillingen ovenfor viste, er «uatskillelig»-vilkåret er begrunnet i ordlyden i artikkel 8(3) og dens formål, nemlig at EØS-avtalen ikke skal gis et videre anvendelsesområde enn partene forutsatte ved avtaleinngåelsen. Hverken ordlyden i eller formål med artikkel 8(3) gir noe grunnlag for å skille mellom tjenestereglene og andre regler i EØS-avtalen. Heller ikke EFTA-domstolen oppstilte noe prinsipielt skille mellom tjenester og andre friheter i *Pedicel*, den uttalte seg simpelthen ikke om spørsmålet.

Et annet mulig tolkningsmoment som kan tale mot å overføre Pediceldoktrinen til andre friheter er EØS-avtalens fortale. Statene skal blant annet «sørge for den størst mulige gjennomføring» av de fire friheter.²⁸ Det er per i dag «sikker rett» at Pediceldoktrinen omfatter tjenester²⁹, men det kan anføres at det er illojalt mot EØS-avtalens formål å tolke EØS-

²⁶ Artikkel 36 sml. f.eks. artikkel 31.

²⁷ Forente saker 286/82 og 26/83 *Luisi og Carbone*, premiss 10.

²⁸ Jf. EØS-avtalens fortale punkt 6.

²⁹ Jf. E-4/04 *Pedicel*.

avtalen på en slik måte at dens anvendelsesområde i praksis blir enda mer innskrenket. Til dette kan det imidlertid innvendes at Pediceldoktrinen etter min oppfatning bygger på en fullstendig lojal tolkning av ordlyden i EØS-avtalen. Således kan kanskje fortalen tas til inntekt for at statene burde være restriktive med hvor langt de strekker Pediceldoktrinen. Den taler likevel ikke mot at Pediceldoktrinen kan overføres til etableringer, kapital og arbeidskraft på lik linje med tjenester, all den tid dette er forutsatt i ordlyden i artikkel 8(3).

EFTA-domstolen skal i løpet av 2017 behandle en sak som kan avgjøre hvorvidt Pediceldoktrinen er anvendelig på etableringsreglene, nemlig E-1/16 *Synnøve Finden*. Et av spørsmålene som reises i denne saken er om artikkel 31 (om etableringsfrihet) kommer til anvendelse på reguleringer om statlige tilskudd til distribusjon av melk. Melk er et landbruksprodukt som faller utenfor produktdekningen i artikkel 8(3), jf. artikkel 17. Synnøve Finden har imidlertid anført at «selv om et produkt ikke omfattes av EØS-avtalens virkeområde som angitt i artikkel 8 nr. 3, er ikke dette til hinder for utøvelse av etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31»³⁰. Kjernen i påstanden er, slik jeg forstår den, at produktdekningen i artikkel 8(3) ikke innskrenker anvendelsesområdet til etableringsreglene. EFTA-domstolen kan dermed bli nødt til å ta stilling til hvorvidt Pediceldoktrinen kan anvendes på etableringsreglene, og i så fall hvordan. Det foreligger ikke noen rådgivende uttalelse i saken, så inntil videre er den til begrenset hjelp for spørsmålet om overføringen av Pediceldoktrinen til EØS-avtalens andre regler.³¹

Min tolkning av EØS artikkel 8(3) er at den gjelder for *alle* «bestemmelsene i denne avtale». Pediceldoktrinen – slik den uttrykkes i *Pedicel* – bygger på denne generelle ordlyden, hvilket betyr at den ut fra sitt grunnlag bør kunne anvendes på alle bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Doktrinen er således ikke – slik jeg leser EØS-avtalen og *Pedicel* – begrenset til tjenestetilfellene. Jeg mener derfor at det ikke er

³⁰ E-1/16 rettsmøterapport avsnitt 58.3.

³¹ Den rådgivende uttalelsen kom i slutten av desember 2016, og er noe mer inngående kommentert i kapittel 2.6. EFTA-domstolen bekreftet kort fortalt at Pediceldoktrinen kom til anvendelse også på statsstøttereglene.

grunnlag for å vurdere andre friheter noe annerledes enn tjenester all den tid Pediceldoktrinen bygger på samme begrunnelse, uavhengig av hvilken virksomhet det er tale om, jf. ovenfor.

ESA er tilsynelatende uenige i at Pediceldoktrinen er anvendelig på f.eks. etableringer. Dette kom frem allerede i en sak om oppdrettskonsepsjoner fra 2000, hvor ESA uttrykte flere motargumenter som er av interesse for denne fremstillingen. Flere av argumentene ble videreført i den såkalte «Eierskapsbegrensningssaken» fra 2012. De motargumentene ESA har reist blir behandlet i løpet av kapittel 3.

At ESA er uenige med min tolkning av EØS-avtalen er en viktig del av rammen for den følgende fremstillingen. Inntil videre finnes det ingen autoritære kilder (f.eks. uttalelser fra EFTA-domstolen) som avklarer uenigheten.³² Fremstillingen legger uansett til grunn at produktdekningsregelen kan innskrenke anvendelsesområdet til etablerings, kapital- og arbeidskraftreglene på samme vilkår som for tjenester. Det vil si at også f.eks. etableringer som er «uatskillelig knyttet» til en vare utenfor EØS-avtalens produktdekning, faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. I det videre brukes betegnelsen «Pediceldoktrinen» uavhengig av hvilken frihet det er tale om. Av enkelthets skyld brukes begrepet «virksomhet» som en fellesbetegnelse på tjenester, etablering, kapital og arbeidskraft.

2.6 Situasjonen etter Synnøve Finden

Som nevnt i forordet til denne publikasjonen er det kommet til en ny rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen etter at denne avhandlingen ble levert til sensur, nemlig E-01/16 *Synnøve Finden*. Her fikk den norske stat kort fortalt medhold i påstanden om at statsstøtteordninger som er «uatskillelig knyttet til» varer som ikke er omfattet av EØS-avtalens saklige virkeområde, faller utenfor EØS-avtalens vern på grunn av ordlyden i EØS-avtalens artikkel 8(3). Saken hadde i utgangspunktet en side mot etableringsreglene ettersom Synnøve Finden anførte at statsstøtten i det

³² E-1/16 *Synnøve Finden* ga nok likevel et bidrag til å styrke argumentet, selv om domstolen ikke tok opp problemstillingen direkte.

aktuelle tilfellet også var et etableringshinder. Domstolen fant imidlertid ikke anledning til å uttale seg om forholdet mellom Pediceldoktrinen og etableringsreglene ettersom påstanden om etableringshinder kun knyttet seg til virkningen av statsstøttetiltaket og derfor etter domstolens oppfatning skulle vurderes nettopp som statsstøtte, ikke et etableringshinder.

Hovedspørsmålet i dette kapittel 2 avklares likevel et stykke på vei ettersom Pediceldoktrinen gis utslag på statsstøttereglene. Når doktrinen gjelder både for statsstøtte- og tjenestereguleringene, ser jeg lite grunn til at det skulle stille seg annerledes for avtalens øvrige regler. I henhold til artikkel 8(3) er dermed ikke etableringer, kapital, arbeidskraft og statsstøtte som er uatskillelig knyttet til en vare som er utenfor EØS-avtalens produktdekning beskyttet av EØS-avtalen. EØS-avtalen skal med andre ord tolkes etter sin ordlyd.

3 Pediceldoktrinen og de fire friheter

3.1 Innledning

Fremstillingen har frem til nå fokusert på det teoretiske aspektet ved Pediceldoktrinen, nemlig hvordan den skal formuleres, hvilket innhold den har, og hvordan den rent metodisk skal anvendes. I denne delen av fremstillingen brukes disse teoretiske utgangspunktene til å vurdere hvilke utslag Pediceldoktrinen kan tenkes å ha for Norges handlingsrom innenfor EØS-avtalen.

Drøftelsene knyttes i hovedsak opp mot eksempler fra fiskeri- og oppdrettsnæringen. Sektoren er særlig interessant fordi den har stor betydning i Norge, både økonomisk, sosialt og i miljøhenseende. Det er dessuten en næring som i stor grad er lovregulert. Den omfattende lovreguleringen preget av næringens historiske særstilling i Norge og for så vidt også på Island. Det er et uttalt ønske fra norske myndigheter å holde fiskerinæringen mest mulig nasjonal og regional, hvilket lett går på kant med EØS-avtalens formål.³³ Det er nettopp denne særstillingen som gjør fiskeri- og oppdrettsnæringen til et godt utgangspunkt for å belyse problemstillingen.

I det følgende presenterer jeg i stor grad mine egne synspunkter, og min tolkning av det relevante rettskildematerialet. Det er imidlertid – som tidligere nevnt – svært få av de spørsmålene som avhandlingen behandler som er avklart i tungtveiende rettskilder, eller hvor det har dannet seg noen fast rettsoppfatning f.eks. i juridisk litteratur³⁴. Dette er forsøkt illustrert underveis. En generell bemerkning som også er gjort tidligere er at ESA i stor grad har vært uenig i den tolkningen og de standpunktene jeg inntar i denne avhandlingen. Mitt prosjekt har ikke vært å motbevise ESA, men heller å se på spørsmålet om produktdekningsregelens rekkevidde med friske øyne. Jeg har likevel forsøkt å møte alle de argumentene

³³ Ot.prp. nr. 65 (2000–2001), NOU 2008: 5 (kapittel 3).

³⁴ Pediceldoktrinen er kanskje mer etablert nå i 2017 etter tilkomsten av E-01/16 *Synnøve Finden*.

ESA har reist mot både overføringen av Pediceldoktrinen til andre friheter enn tjenester, og mot doktrinens anvendelse i konkrete saker som ESA har behandlet.

Fremstillingen tar ikke sikte på å gi en uttømmende oppstilling av hvilke virksomheter som kan tenkes omfattet av Pediceldoktrinen, og dermed faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.

3.2 Etableringsfrihet

3.2.1 Innledning: Retten til fri etablering og Pediceldoktrinen

Dette kapitlet handler om hvordan de teoretiske utgangspunktene fra kapittel 2 om anvendelsen av Pediceldoktrinen kan tenkes å slå ut på etableringer innenfor fiskeri- og oppdrettsnæringen. I det følgende presenteres først det grunnleggende innholdet i etableringsfriheten, og hvordan Pediceldoktrinen kan anvendes på etableringer. Deretter anvender jeg de teoretiske utgangspunktene jeg har presentert ved å foreta konkrete drøftelser av fiskeri- og oppdrettsvirksomhet under Pediceldoktrinen. Det gjennomgående spørsmålet i disse underkapitlene er om etableringer som driver med fiskeri- og oppdrettsvirksomhet er «uatskillelig knyttet» til fisk, og derfor faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

Det siste delkapitlet bruker jeg disse konkrete drøftelsene til å vurdere ESAs synspunkter på Pediceldoktrinens anvendelse på etableringsreglene. Allerede her kan det røpes at ESA konsekvent hevdet at Pediceldoktrinen ikke kan tenkes anvendt på etableringsreglene³⁵. Samtidig har Norge mer eller mindre konsekvent bestridt ESAs syn.

3.2.2 Etableringsbegrepet

Etableringsbegrepet i EØS-avtalen artikkel 31 flg. tilsvarende Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte (TFEU) artikkel 49-54. Etable-

³⁵ Jf. f.eks. Case No: 68781 (Eierskapsbegrensning) s. 6. Behandles nedenfor.

ringskonseptet er vidt, og er etter fast rettspraksis «ment å gi borgerne i EØS-statene mulighet til å delta, på en stabil og vedvarende måte, i det økonomiske liv i en annen EØS-stat enn sin egen og dra fordel av denne deltakelse», jf. E-14/15 *Holship*.³⁶ Enhver person «som utøver reell økonomisk aktivitet»³⁷ kan etter artikkel 31 gjøre dette «på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere», jf. artikkel 31 annet ledd. Til sammenligning er tjenesteytelser karakterisert ved at de ytes på en midlertidig basis, jf. *Gebhard*.³⁸

Etableringsretten omfatter ikke bare tiltak som er rettet mot kjernevirksomheten til en bedrift. I sak 197/84 *Steinhauser* fant EU-domstolen at også alt som er en forutsetning for virksomheten til en bedrift omfattes av etableringsfriheten. Det er derfor samlet sett en hel rekke ulike offentlige tiltak og reguleringer som kan tenkes å være restriksjoner på etableringsretten.

Det er ingen tvil om at EØS-avtalens etableringsfrihet gjelder i Norge. I de følgende drøftelsene forutsettes det imidlertid – på bakgrunn av drøftelsene i kapittel 2 – at etableringsfriheten, i lys av Pediceldoktrinen, gjelder i den grad etableringen ikke er uatskillelig knyttet til en vare som ikke er omfattet av EØS-avtalens produktdekning i artikkel 8(3).

3.2.3 Hva er tilknytningspunktet?

I det følgende drøftes noen teoretiske utfordringer ved å anvende Pediceldoktrinen på etableringer.

Når man skal drøfte etableringer under Pediceldoktrinen, er problemstillingen om «etableringen uatskillelig knyttet til en vare som faller utenfor EØS-avtalens produktdekning etter artikkel 8(3)». Dette er betinget på hvorvidt etableringens «primærfunksjon» er en form for påvirkning på en vare som ligger utenfor produktdekningen. Når det kommer til tjenester, er det klart ut fra *Pedicel* at Pediceldoktrinen

³⁶ E-14/15 *Holship*, avsnitt 109.

³⁷ Joined cases E-3/13 and E-20/13, avsnitt 96.

³⁸ Sak C-55/94 *Gebhard* avsnitt 26.

rammer «tjenestetyper», jf. ordlyden «slike annonsetjenester»³⁹. Annonsetjenester er en tjenestetype. For så vidt angår tjenester, kan en si at det er *tjenestetypen* som er «tilknytningspunktet» for Pediceldoktrinen. Det vil si at man må undersøke om en tjenestetype ut fra en objektiv vurdering er uatskillelig knyttet til f.eks. laks. Ettersom vurderingen er objektiv, vil resultatet av vurderingen være anvendelig på alle tjenester av samme type. Derfor kan en si at *alle* annonsetjenester (som tilsvarende i *Pedicel*) for produkter som ikke er dekket av produktdekningen, faller utenfor anvendelsesområdet til EØS artikkel 36.

Når regelen skal overføres til etableringstilfellene, er det ikke uten videre klart hva som er tilknytningspunktet man vurderer ut fra. Dette er tema for drøftelsen i dette delkapitlet. Er det etableringen som helhet, eller bare den delen av etableringen som rammes av det konkrete etableringshinderet, eller selve etableringshinderet som må være uatskillelig knyttet til varen?

I Eierskapsbegrensningssaken, som vurderes utførlig nedenfor, la ESA til grunn det sistnevnte forslaget. De drøftet hvorvidt *eierskapsbegrensningen*, altså etableringshinderet, var uatskillelig knyttet til handelen med fisk og ørret. De uttaler blant annet på side 5 av åpningsbrevet at «*The ownership restrictions do not form an integral part of the trade in salmon and trout*»⁴⁰. Valget er ikke videre begrunnet. Dette er etter min oppfatning ikke i tråd med den vurdering som EFTA-domstolen gjorde i *Pedicel*saken, og kan derfor ikke være riktig løsning.

Problemet med å knytte *Pedicel*doktrinen an til etableringshinderet kan belyses med et eksempel. Dersom Norge innførte et krav om norsk statsborgerskap for å drive oppdrett, ville nasjonalitetskravet være et etableringshinder. Hvis tilknytningspunktet for *Pedicel*drøftelsen hadde vært etableringshinderet, måtte en spurt hvorvidt nasjonalitetskravet var «uatskillelig knyttet» til handelen med fisk. I så fall blir *statens lovgivning* vurderingstema, ikke den aktuelle aktiviteten som reguleres. Min tolkning av *Pedicel* er at den forstås slik at vurderingstema etter *Pedicel*dok-

³⁹ Sak E-4/04 *Pedicel* avsnitt 35, jf. også ovenfor i kapittel 2.

⁴⁰ Case No: 68781, Dec. No: 186/12/COL, s. 5 (Eierskapsbegrensning) s. 5 (mine uthevinger).

trinen skal være *aktiviteten* som utøves. Å vurdere etableringshinderet, blir således å snu hele doktrinen på hodet, hvilket det ikke er grunnlag for verken i EØS-avtalen eller i *Pedicel*.

Jeg mener på grunnlag av dette at tilknytningspunktet – i motsetning til ESAs syn i eierskapsbegrensningsaken – ikke kan være etableringshinderet som sådan.

Et annet forslag til tilknytningspunkt er at *Pedicel*doktrinen kun knyttet an til den delen av virksomhetsutøvelsen som faktisk ble rammet av et etableringshinder. F.eks. dersom Norge innførte et krav om minst én nordmann i styret til selskap som driver med oppdrett. Etableringshinderet knytter seg til styreutvelgelsen, og rammer styresammensetningen. Spørsmålet ville i så fall blitt om styresammensetningen i (f.eks.) et oppdrettsselskap er «uatskillelig knyttet» til oppdrettsfisk. En slik regel er ikke utenkelig. Men den har ikke noe rettskildemessig grunnlag. Vurderingstema ved en slik forståelse av *Pedicel*doktrinen vil fortsatt være snevrere enn for tjenestetilfellene, slik disse vurderes i *Pedicel*. Til dette kommer det dessuten at reglene om etableringsfrihet i EØS artikkel 31 til 35 retter seg mot etableringer generelt. Reglene forbyr etableringshindre, men vernet gjelder for etableringen som helhet. Å snevre inn *Pedicel*doktrinen til bare å omfatte den delen av virksomheten som hindres av et tiltak, har således ikke grunnlag i hverken *Pedicel* eller EØS-avtalens system.

De beste grunner synes dermed å tale for at tilknytningspunktet for vurderingen av etableringer under *Pedicel*doktrinen må være etableringen som helhet. Det vil si at man må drøfte hva som er det primære formålet etableringens virksomhet som helhet oppfyller, slik vist i de påfølgende underkapitlene.

3.2.4 Hvilke kategorier av etableringer kan være unntatt etter *Pedicel*

3.2.4.1 Innledning

I de påfølgende to delkapitlene anvendes *Pedicel*doktrinen på to hovedkategorier av etableringer i fiskeri- og oppdrettssektoren. Innenfor tema

«fisk» er det særlig interessante kategorier: oppdrettsvirksomhet og fiskerivirksomhet, samt deres tilhørende foredlingsvirksomheter. Fremstillingen tar i det følgende utgangspunkt i disse to kategoriene hver for seg.

På et overordnet plan har spørsmålet om anvendelsen av Pediceldoktrinen på oppdrett og fiskeri to dimensjoner. På den ene siden kan det løses som en konkret rettslig problemstilling, kun med henblikk til jussen som er presentert i kapittel 2. Dette gjøres i de to kommende delkapitlene. På den annen side er dette også et prinsipielt spørsmål med store politiske og rettslige konsekvenser, som det må tas høyde for i vurderingen. Hvor langt er det egentlig ønskelig/gunstig å gå i å «nasjonalisere» en av våre største eksportvarer? Sistnevnte spørsmål diskuteres i hovedsak i kapittel 4 og 5.

3.2.4.2 Kategori: fiskeoppdrett

Fiskeoppdrett er en mangefasettert virksomhet som reiser spørsmål knyttet til bruk av arbeidskraft, tjenester knyttet til drift, produksjon og vedlikehold, markedsføringen av det ferdige produktet, og selve etableringen og styringen av virksomheten. Et oppdrettselskaps primære aktivitet er likevel produksjon av matfisk, hovedsakelig i form av laks og ørret. De fleste former for produksjonsvirksomhet i Norge vil være regulert av etableringsreglene, og EØS-avtalen vil dermed som utgangspunkt sette snevre rammer for statenes handlingsrom. Men hva med produksjon av varen fisk, som faller utenfor EØS-avtalens produktdekning?

Det overordnede spørsmålet er om fiskeoppdrettenes produksjonsvirksomhet faller utenfor nedslagsfeltet til etableringsreglene i EØS-avtalen artikkel 31 på grunn av tilknytningen til fisk. Etter Pediceldoktrinen er den rettslige problemstillingen hvorvidt produksjon av matfisk er «uatskillelig knyttet» til den matfisken som produseres.

Til det isolerte rettslige spørsmålet må svaret etter min vurdering være ja, oppdrettsproduksjon er «uatskillelig knyttet» til fisk, og faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Hele oppdrettsvirksomheten er rettet mot produksjon av fisk, og har til formål å selge fisken som produseres. Kravet etter Pediceldoktrinen slik denne er tolket i kapittel 2

er at virksomhetens primære funksjon først og fremst knytter an til fisk. Her kan en si at det foreligger en påvirkning på flere nivåer, både i form av produksjon og i form av salg. Og disse to påvirkningsformene henger nært sammen. Produksjonen av fisken er en grunnleggende forutsetning for handelen. Videre er formålet med produksjonen nettopp å selge fisken som produseres. Dette tilsier at oppdrettsproduksjon som virksomhet i all hovedsak er rettet mot produksjon og salg av fisk, og derfor er «uatskillelig knyttet» til en vare som faller utenfor produktdekningen i EØS artikkel 8(3). Virksomheten faller derfor – i lys av EØS-avtalens ordlyd og EFTA-domstolens praksis (Pediceldoktrinen) – utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.

Denne konklusjonen ligner på måten statsstøttereglene praktiseres, og finner således støtte der. Produksjon av varer utenfor produktdekningen i artikkel 8(3) er nemlig uttrykkelig unntatt fra statsstøttereglene i EØS artikkel 61. Det følger uttrykkelig av artikkel 61 første ledd at den omfatter statsstøtte som «vri eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller *produksjonen av enkelte varer*»⁴¹. Ordlyden «varer» må etter min oppfatning leses som en henvisning til artikkel 8(3), som uttrykkelig angir at ingen av «bestemmelsene i denne avtale» kan anvendes på «varer» som faller utenfor produktdekningen. Denne forståelsen av forholdet mellom artikkel 61 og 8(3) kommer også til uttrykk i konsekvent praksis fra ESA⁴². Det vil si at artikkel 61 ikke omfatter statsstøtte til produksjon av f.eks. fisk. Artikkel 61 forutsetter med andre ord at artikkel 8(3) innsnevrer anvendelsesområdet til statsstøttereglene der statsstøtten er knyttet til vareproduksjon. En kan følgelig si at produktdekningen begrenser anvendelsesområdet til statsstøttereglene. Dette kan tas til inntekt for at også etableringsreglene i EØS-avtalen ikke er anvendelige der etableringen er uatskillelig knyttet til produksjonen av varer som faller utenfor produktdekningen i artikkel 8(3).

Samlet sett mener jeg at de beste argumentene taler for at matfiskoppdrett er «uatskillelig knyttet» til både handelen med og produksjonen

⁴¹ Mine uthevinger.

⁴² Se ESA Case No: 79116, og Dec. No: 195/96/COL, 176/05/COL, 729/08/COL.

av fisk, og at statlige reguleringer og tiltak som knytter an til oppdretts-etableringene derfor *ikke* er hindret av EØS-avtalen.⁴³

3.2.5 Fiskeri og etableringsfriheten

Spørsmålet er om etableringer innenfor fiskeri er unntatt fra EØS-avtalens saklige virkeområde med henvisning til Pedicel. Dette spørsmålet stiller seg noe annerledes enn for oppdrettsvirksomhet. Dette er særlig på grunn av to forhold.

Fiskerinæringen er for det første preget av en annen form for eierskap og organisering enn oppdrettsnæringen. Ervervsmessig fangst av viltlevende marine ressurser er grundig lovregulert, i første omgang gjennom deltakerloven.⁴⁴ Deltakerloven begrenser ikke retten til å eie et fartøy. Men retten til å bruke et fartøy til ervervsmessig fiske er betinget av ervervstillatelse. Loven, med tilhørende forskriftsverk, stiller vidtrekkende krav for tildeling av slik ervervstillatelse, herunder nasjonalitetskrav, bostedskrav, aktivitetskrav, utstyrskrav og krav til fartøy mv., jf. deltakerloven §§ 4 flg. Videre er erverv av aksjer eller andre typer eierandeler i sammenslutninger eller selskaper som «direkte eller indirekte eier merkeregistret fartøy» betinget av departementets tillatelse. Kort fortalt er de fleste aspekter ved å etablere og drive fiske i Norge direkte eller indirekte lovregulert.

Av kravene som stilles er særlig nasjonalitetskravet bemerkelsesverdig i relasjon til EØS-avtalen. Dette kravet er uttrykkelig til hinder for at andre enn norske statsborgere og utlendinger som er bosatt i Norge kan få ervervstillatelse, jf. deltakerloven § 5 første ledd. Utlendinger som er bosatt i Norge kan dessuten bare få ervervstillatelse når fartøyets «største lengde er mindre enn 15 meter».

For det andre er nasjonalitetskravet og de øvrige etableringshindrene i deltakerloven utslag av en generell reservasjon Norge gjorde ved inngåelsen av EØS-avtalen. Norge tok forbehold om at allerede eksisterende

⁴³ Tilsvarende synes å være lagt til grunn av Arnesen (2015) ifm. Meld.St. 10 (2015–2016) som omtales nedenfor.

⁴⁴ Lov 26. mars 1999 nr. 15.

etableringshindre i forbindelse med eierskap og drift i fiskerinæringen fortsatt skulle gjelde etter inngåelsen av EØS-avtalens, jf. avtalens vedlegg VIII punkt 10. Til disse reservasjonene knytter det seg flere viktige spørsmål som vil bli behandlet i det følgende. Spørsmålet i dette delkapitlet er imidlertid om etableringer som driver med fiskerivirksomhet etter en isolert rettslig vurdering er «uatskillelig knyttet» til fisk, og derfor faller utenfor det saklige virkeområdet til etableringsreglene i EØS-avtalen. Hvis svaret på det er ja, er jo faktisk ikke reservasjonene mot etableringsfrihet for fiskerivirksomhet nødvendige for å opprettholde de etableringshindrene som følger av f.eks. deltakerloven.

Det rent juridiske spørsmålet blir i henhold til Pediceldoktrinen hvorvidt fiskerivirksomhet er «uatskillelig knyttet» til fisk. Virksomheten kan langt på vei sammenlignes med oppdrettsproduksjon, i den forstand at fisket «skaper» handelen med fisk. Videre er det å skaffe og å selge fisk fiskerivirksomhetens primære funksjon. Uten fisket ville det ikke vært noen handel med villfisk. Dette tilsier at fisket er «uatskillelig knyttet» til fisk i henhold til Pediceldoktrinen, og derfor faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

En snever juridisk drøftelse innenfor rammene av den testen jeg fremstilte i kapittel 2 tilsier således at de opprinnelige reservasjonene i EØS Vedlegg VIII ikke har noen reell betydning for opprettholdelsen av de etableringshindrene som følger av deltakerloven. Norge kan i så fall regulere rammene for fiskerivirksomhet uten hensyn til de rammer som etableringsreglene ellers fastsetter.

Men samtidig – hvis dette følger av EØS-avtalen, hvorfor finnes da disse reservasjonene?

3.2.6 ESAs motargumenter – de opprinnelige reservasjonene

Dette kapitlet tar for seg argumenter som ESA gjennom sin praksis har reist mot muligheten for å anvende Pediceldoktrinen på etableringsreglene. Tema her er således ikke om fiskeri- og oppdrettsetableringer kan falle inn under Pediceldoktrinen (hvilket er bekreftet i de to foregående

kapitlene), men hvorvidt Pediceldoktrinen i det hele tatt er overførbar til etableringsreglene.

Norges reservasjoner mot etableringsreglene i EØS vedlegg VIII pkt. 10 (som var nevnt ovenfor) har vært grunnlaget for ESAs hovedargument mot muligheten for å anvende Pediceldoktrinen på etableringer. Mellom 1999–2001 forløp en sak mellom Norge og ESA⁴⁵ om det norske systemet for tildeling av oppdrettskonsesjoner i Norge (Oppdrettskonsesjonssaken). Den nå opphevede lov om «oppdrett av fisk, skalldyr mv.»⁴⁶ § 6 annet ledd bokstav b krevde at myndighetene ved tildeling av oppdrettskonsesjoner vektla at «eierinteresser i anlegget så vidt mulig har lokal tilknytning». ESA anså dette som et etableringshinder, og følgelig i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Norge møtte ESAs påstander med at oppdrettsnæringen var unntatt fra EØS-avtalens virkeområde, og at dette også måtte gjelde for etableringsreglene. ESA mente på sin side blant annet de nevnte reservasjonene i Vedlegg VIII pkt. 10 måtte tolkes slik at Norge mente at etableringsreglene i utgangspunktet også gjaldt for oppdretts- og fiskerivirksomhet. Tanken var at reservasjonene ikke lot seg forklare på noen annen måte. Spørsmålet om reservasjonenes betydning fikk imidlertid ingen avklaring, ettersom Norge etter hvert endret den aktuelle lovreguleringen.

Argumentet ble deretter videreført av ESA i den såkalte eierskapsbegrensningssaken⁴⁷ fra 2012. Saken gjaldt i korte trekk en norsk forskrift som hindret erverv av eierandeler i oppdrettsselskap som ga kontroll med mer enn 15 % av «konsesjonsbiomassen» innenfor en hvilken som helst oppdrettskonsesjon. De opprinnelige reservasjonene til Norge ble her brukt som et argument mot at Pediceldoktrinen kunne anvendes på etableringsreglene

Kjernen i ESAs argument i 2012 var at det ikke kan eksistere noen flere reservasjonene mot etableringsfrihet enn de som forelå ved avtaleinngåelsen, og som følger av avtalen selv, hvilket etter ESAs oppfatning utelukket at Pediceldoktrinen kunne komme til anvendelse på etableringsreglene.

⁴⁵ Case Ref: SEA063.400.Q01.

⁴⁶ Lov 14. juni 1985 nr. 68.

⁴⁷ Case No: 68781.

Dette er kanskje riktig. Det er etter min oppfatning vanskelig å lese inn ytterligere *reservasjoner* mot eller unntak fra etableringsfrihet i EØS-avtalen enn dem som følger av Vedlegg VIII. Men i kjernen av ESAs argumentet ligger det en misforståelse. ESA ser nemlig ut til å forstå Pediceldoktrinen som en slags reservasjon eller en unntaksregel. Dette kan etter min mening ikke være riktig. Pediceldoktrinen er ikke en reservasjon mot etableringsfriheten, men et utslag av ordlyden i artikkel 8(3). Det er med andre ord tale om en mekanisme som EØS-avtalens ordlyd forutsatte ved avtalens inngåelse. Så selv om de opprinnelige reservasjonene mot etableringsfriheten kanskje er uttømmende for hvilke *reservasjoner* som gjelder mot etableringsfrihet, så er de ikke et argument mot at produktdekningsregelen skal gjelde etter sin ordlyd (slik som er forutsetningen for Pediceldoktrinen). Jeg mener på dette grunnlaget at ESAs argument ikke kan føre frem.

Dette løser imidlertid ikke det underliggende problemet. Gitt at EØS-avtalen gjennom Pediceldoktrinen unntar etableringer i fiskeri- og oppdrettssektoren, hvorfor finnes reservasjonene?

Slik det vil fremgå av diskusjonen nedenfor, er jeg av den oppfatning at det ikke bør legges for mye betydning i disse reservasjonene. Det finnes flere mulige forståelser av hvorfor Norge tok forbehold mot etableringsfriheten for fiskeriene. Men samtlige teorier kommer nærmere en tolkning av historiske hendelser enn en juridisk drøftelse, hvilket betyr at det bør vises varsomhet med å vektlegge synspunktene i den ene eller den annen retning. I det følgende drøftes noen utvalgte måter å forstå forbeholdene.

En første mulig forståelse er at etableringsforbeholdene var ment å eksistere ved siden av Pediceldoktrinen, slik at de supplerer hverandre for å sikre statenes rett til å regulere fiskerinæringen. En slik forståelse ble foreslått i forbindelse med en utredning av «sjømatindustriens rammevilkår»⁴⁸ i Norge i 2014. Til denne utredningen ble det utarbeidet en betenkning om de EØS-rettslige spørsmålene som en eventuell endring av deltakerloven ville utløse. Betenkningen inngår i forarbeidene til en påfølgende stortingsmelding om konkurransekraften i norsk sjømatindu-

⁴⁸ NOU 2014:16 *Sjømatindustrien – Utredning av sjømatindustriens rammevilkår*.

stri⁴⁹, og har fått tilslutning fra Regjeringsadvokaten og Rettsavdelingen i UD. Her diskuteres Pediceldoktrinen inngående, og knyttes blant annet an til Eierskapsbegrensningssaken, jf. ovenfor. I betenkningen tas *Pedicel* til «inntekt for at etableringer som er 'uatskillelig knyttet til' produksjon av sjømat [...] ikke reguleres av EØS-avtalens etableringsregler.»⁵⁰ Konklusjonen er – som tidligere nevnt – i tråd med fremstillingen i denne avhandlingen. Om forholdet mellom Pediceldoktrinen og etableringsforholdene kommer det også frem et interessant perspektiv. På den ene siden er reservasjonene «overflødig dersom etableringsreglene ikke kom til anvendelse innenfor fiskerisektoren»⁵¹. Samtidig anføres det at «[e]t alternativ, som er vel så nærliggende, er å se det slik at vedlegg VIII pkt. 10 hjemler andre restriksjoner på etableringer innen fiske og selskaper som eier eller driver fiskefartøyer enn slike som er uatskillelig forbundet med produksjon og salg av fiskeprodukter»⁵².

Kjernen i vurderingen ser ut til å være at reservasjonene på et vis «utfyller» Pediceldoktrinen. Det grunnleggende premisset for et slikt syn må være at reservasjonene i alle fall til dels dekker andre forhold enn Pediceldoktrinen. Slike eksempler er vanskelig å tenke seg. Reservasjonene er nemlig spesifikt knyttet til «fishing operations», hvilket typisk vil være omfattet av Pediceldoktrinen, jf. kapittel 3.2.4.2 ovenfor. Et mulig, men ekstremt, tilfelle kunne vært dersom Norge la ned forbud mot all fiskerivirksomhet, og påla alle som eide fiskebåter å legge båtene i opplag. Det ville da ikke vært noen virksomhet igjen innenfor fiskeri, hvilket ville betyde at tiltak mot slike etableringer strengt tatt ikke ville hatt noen tilknytning til fisk lengre. Virksomheten ville strengt tatt ikke ha tilknytning til noe annet enn eierskapet i båten, som ikke kunne brukes til noe. I så fall kunne det tenkes at Pediceldoktrinen ikke ville slå inn, men at reguleringene likevel ville være dekket av reservasjonene i Vedlegg VIII. Eksemplet er imidlertid mer fantasifullt enn sannsynlig. Det kan derfor

⁴⁹ Meld. St. 10 (2015–2016) – *En konkurransekraftig sjømatindustri*.

⁵⁰ Arnesen (2015) Betenkning ifm. Meld. St. 10 (2015–2016), *Endringer i deltakerlovens aktivitetskrav* (2015).

⁵¹ Arnesen (2015) s. 9.

⁵² Arnesen (2015) s. 9.

synes som at det ikke finnes *praktiske* eksempler hvor etableringsreservasjonene dekker forhold som ikke er dekket av Pediceldoktrinen. På den måten feiler premisset for betenkningens drøftelse av forholdet mellom reservasjonene og Pediceldoktrinen. Synspunktet forklarer derfor ikke fullgodt hvorfor de opprinnelige reservasjonene faktisk finnes (dersom Pediceldoktrinen faktisk gjelder for etableringer).

Et annet syn – som etter min mening har mer for seg – er at reservasjonene bare var en helgardering fra norsk side. Dette underbygges ved at Island – som ikke hadde noe mindre interesse i å sikre retten til å kunne regulere fiskerinæringen – tok andre forbehold enn Norge, jf. Vedlegg VIII pkt. 9.

Samtidig ligger likefremt det et usikkerhetsmoment i at Norge valgte å ta slike begrensede forbehold. Hvorfor er forbeholdene begrenset til eierskap i fiskeriflåten? De er jo i så fall ikke en fullstendig helgardering. Hele landbruksnæringen ligger jo f.eks. utenfor forbeholdene, selv om det er klart at Norge ønsket å beholde sin egen landbrukspolitik under EØS-avtalen. At forbeholdene er begrensede, synes – som ESA anførte – å antyde at Norge egentlig mente å innføre etableringsfrihet i fiskerinæringen, uten Pediceldoktrinen. Samtidig er Pediceldoktrinen en slags mekanisme som er medfødt i EØS-avtalen, og således ikke er til å komme bort fra.

Det er samlet sett ikke klart hvordan en skal forstå disse reservasjonene. Det er nok uansett farlig å lese for mye inn i dem. Det er usikkert hvorvidt reservasjonene var utslag av velbegrunnede juridiske drøftelser, eller f.eks. et resultat av diskusjoner som oppstod under forhandlingen av EØS-avtalen, som i større grad var knyttet til politiske spørsmål. Mye kan derfor tale for at reservasjonene må forstås mer som en intensjons-erklæring fra Norge og Island, hvor begge land understreker at de akter å holde fiskerinæringen utenfor EØS-avtalen.

Mitt standpunkt i denne fremstillingen er at Pediceldoktrinen etter EØS-avtalens ordlyd og *Pedicel* kan anvendes på etableringer, med den virkning at etableringen faller utenfor avtalens saklige virkeområde. Dette innebærer – i henhold til drøftelsene ovenfor – at både fiskeoppdrett og fiskeri faller utenfor nedslagsfeltet til etableringsfriheten i EØS-avtalen.

Men slik dette kapitlet viser, er dette på ingen måte en vedtatt sannhet, og det finnes uløste elementer som nok må avklares før Pediceldoktrinen eventuelt blir «sikker rett».

3.2.7 Tilhørende virksomheter – foredlingsindustrien

Dette delkapitlet søker å belyse de ytre grensene for hvilke etableringer som kan tenkes å falle inn under Pediceldoktrinen, og derfor faller utenfor etableringsfriheten i EØS-avtalen. Dette gjøres ved å se nærmere på etableringer som er tilknyttet fiskeri- og oppdrettsnæringen på forskjellige vis, uten å direkte gjelde fiske eller produksjon av fisk. Spørsmålet er om også disse etableringene faller utenfor etableringsfriheten i EØS-avtalen.

Til fiskeri- og oppdrett er det knyttet flere typer etableringer som driver med en eller annen form for behandling av fisken som industriene bringer inn. Disse «tilhørende virksomhetene» har tradisjonelt sett vært av vesentlig betydning for lokalsamfunn langs kysten i Norge, og er en viktig del av den verdiskapningen som fiskeri- og oppdrettsnæringen står for. Foredlingsindustrien er så viktig at Island uttrykkelig tok forbehold om at etableringsreglene ikke kom til anvendelse på «fish processing» da EØS-avtalen ble inngått, jf. EØS Vedlegg VIII pkt. 9. Dette illustrerer også at staten kan ha betydelige interesser i å regulere forholdene rundt slike virksomheter. De norske forbeholdene som ble drøftet i forrige kapittel dekker muligens ikke foredlingsvirksomhet. Men spørsmålet er om slike reservasjoner egentlig er nødvendige. Med andre ord, er foredlingsindustrien uatskillelig knyttet til fisk?

Fiskeslakterier, filetproduksjon og fiskehandlere er eksempler på virksomheter med nær tilknytning til oppdretts- og fiskerinæringen, og som driver virksomhet knyttet til fisk som vare. Disse virksomhetene er på sett og vis støttefunksjoner for primærnæringen, men er likevel nært tilknyttet varen fisk. På ulike måter handler foredling av en vare om å gjøre varen mer verdifull, og kan derved anses å fremme salget. Kilosverdien på en fisk ved salg kan f.eks. økes ved at den skjæres opp i fileter. Videre kan slakt av fisken redusere kostnadene ved transport, og frysing øker fiskens holdbarhet. Felles for alle disse virksomhetene er at

de tar sikte på å fremme handelen med fisken. I så måte kan fiskeforedlingsindustrien et stykke på vei sammenlignes med reklamevirksomhet slik vi så i Pedicel, fordi det handler om å fremme salg. Resultatet er uansett at foredlingsvirksomhet typisk vil være så nært knyttet til fisk at virksomheten faller utenfor nedslagsfeltet til etableringsreglene. Dette synspunktet underbygges også av de overordnede hensynene som styrer vurderingen av Pediceldoktrinen. Foredlingsindustrien er bare et stykke på vei en «selvstendig» næring, i den forstand at den kun eksisterer og utøves på grunn av tilknytningen til varen fisk. En kan således si at tilknytningen til fisk er sterkere enn hensynet til etableringens «selvstendighet».

Gitt at foredlingsindustrien normalt faller utenfor EØS-avtalens etableringsfrihet, er det interessant å undersøke hvor langt Pediceldoktrinen strekker seg når det kommer til slike tilhørende virksomheter. Si at en bedrift har spesialisert seg på å vakuumpakke fisk og fiskefileter, og gjør dette på vegne av et selskap som selger fiskeprodukter til dagligvareforretninger. Er en slik bedrift tilstrekkelig nært knyttet til fisk til at virksomheten faller utenfor EØS-avtalen etter Pediceldoktrinen?

Hovedvirksomheten til en slik bedrift er å vakuumpakke, og jeg er tilbøyelig til å anse tilknytningen til fisk som en subsidiær del av denne virksomheten. I alle fall dersom bedriften like gjerne kunne vakuumpakke et hvilket som helst produkt, og den mottar alminnelig provisjon for pakkingen. Virksomheten er da «først og fremst» knyttet til vakuumpakkingen, og ikke til fisk.

Men dette stiller seg gjerne annerledes dersom en forutsetter at det var fiskeprodusenten selv som stod for innpakkingen og videreformidlingen til dagligvareforretninger. Da vil jo hovedformålet med hele virksomheten under ett være å selge fisk, hvilket faller inn under Pediceldoktrinen. I praksis betyr dette at bedrifter som pakker inn fisk uten å eie fisken, og uten å ha noen direkte interesse i salget av fisken, forskjellsbehandles, ved at de faller inn under etableringsfriheten. Dette vil i så fall innebære at det oppstår to «klasser» av virksomheter (som godt kan holde på med lignende aktiviteter) tilknyttet fiskerinæringen: de som er innenfor og de som er utenfor EØS-avtalen.

Dette viser at spørsmålet om Pediceldoktrinen anvendelse på fiskeforedlingsvirksomhet og andre virksomheter som tilhører fiskeindustrien ikke kan besvares under ett. Det finnes en rekke ulike virksomheter som må vurderes hver for seg. En generell bemerkning er likevel at ved vurderingen av etableringer som driver virksomheter som ligger i «periferien» av fiskeindustrien, så synes graden av spesialisering i en etablerings virksomhet ofte vil være avgjørende for hvorvidt Pediceldoktrinen kommer til anvendelse. Dette er illustrert f.eks. med eksemplet om vakuumpakking av fisk.

3.3 Tjenester

3.3.1 Fri bevegelighet av tjenester – utgangspunkt og sikre tilfeller

Dette kapitlet handler om hvordan Pediceldoktrinen kan anvendes på tjenester. Fremstillingen tar først for seg hva tjenester er, og hvordan EFTA-domstolen og ESA har anvendt Pediceldoktrinen på tjenester. Deretter ser jeg nærmere på hvilke utslag en kan tenke seg at Pediceldoktrinen vil ha for tjenester i fiskeri- og oppdrettssektoren ut over de tilfellene som har vært vurdert i praksis. Formålet med kapitlet er å belyse den praktiske utstrekningen av Pediceldoktrinen på tjenester, men jeg pretenderer ikke å gi en uttømmende opplisting av hvilke tjenester som er og ikke er innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

EØS-avtalen inneholder ingen definisjon av begrepet «tjeneste». I EU-retten har traktatens regler tilsvarende EØS artikkel 36 og 37 blitt tolket som «all økonomisk aktivitet» som ikke faller inn under andre friheter.⁵³ Sejersted forklarer at tjenestereglerne regulerer «næringsvirksomhet, som midlertidig er av grenseoverskridende karakter»⁵⁴. Til sammenligning med etableringer karakteriseres tjenester av sin midlertidige karakter.⁵⁵

⁵³ Forente saker 286/82 og 26/83 *Luisi og Carbone* premiss 10.

⁵⁴ Sejersted m.fl. (2011) 2011 s. 424.

⁵⁵ Sak C-55/94 Gebhard avsnitt 26.

3.3.2 Praksis fra ESA: vinimport og alkoholreklame

Pedicelavgjørelsen er foreløpig den eneste saken som har vært oppe for EFTA-domstolen knyttet til Pediceldoktrinen. Denne er behandlet inngående i kapittel 2. Praksis fra ESA gir imidlertid to ytterligere eksempler fra skjæringspunktet mellom tjenestereglene og varereglene som belyser Pediceldoktrinen i praksis. Den første ESA-saken er fra 2014, og gjelder den norske alkohollovens begrensninger vedrørende import av alkohol til Norge. Vinmonopolet har monopol på import av alkohol med sikte på salg til forbruker, jf. alkoholloven §§ 2-1 og 3-1⁵⁶. Private kan imidlertid importere alkohol til eget bruk, enten ved å frakte varen over grensen selv, eller ved å bruke et transportselskap som leverer varen fra utlandet til Norge. Dersom man bruker transportselskap, krever alkoholloven § 2-1 tredje ledd jf. alkoholforskriften § 15-5(2) at transportselskapet er «uavhengig av selger», og ikke har noen «direkte eller indirekte fordeler av selve salget» utover normal betaling for transporttjenesten.

ESA mente at kravet om uavhengighet mellom transportselskapet og selger av den alkoholholdige varen var i strid med reglene om fri bevegelighet av tjenester etter EØS artikkel 36⁵⁷, ettersom det er en reell begrensning på adgangen til å drive transportvirksomhet med alkohol til Norge. Av åpningsbrevet datert 18. juni 2014⁵⁸ fremgår det imidlertid at ESA med henvisning til Pedicelsaken valgte å avgrense sin vurdering mot import av vin, som er et landbruksprodukt som faller utenfor EØS-avtalens produktdekning. Etter ESAs syn var restriksjonen på fri bevegelighet av tjenester kun til stede der det var tale om levering av «alcoholic beverages coming within the product scope of the EEA Agreement»⁵⁹. Videre, «The assessment below on the compatibility of the Norwegian legislation with the EEA rules on free movement of goods is therefore applicable to those alcoholic beverages only.»

Synspunktet er ikke videre begrunnet, men kan for så vidt tas til inntekt for at ESA på generelt grunnlag har «akseptert» Pediceldoktrinen

⁵⁶ Lov 1989 2. juni nr. 27 (alkoholloven) § 3-1.

⁵⁷ Case No: 71877, Dec. No: 221/13/COL, 18. juni 2014, side 1, andre avsnitt.

⁵⁸ Case No: 71877, Dec. No: 221/13/COL, 18. juni 2014.

⁵⁹ Case No: 71877, Dec. No: 221/13/COL, 18. juni 2014, s. 11.

med hensyn til tjenester. Og valget om å avgrense mot levering av vin synes vel begrunnet. Kjernen i en levering av vin er nettopp varen vin. Hovedformålet med tjenesten er således knyttet til vin. Dette innebærer at tjenesten er «uatskillelig knyttet» til vin, og derfor ikke er omfattet av EØS artikkel 36.

Pediceldoktrinen er objektiv, og der en kan si at en konkret tjeneste faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, så vil slike tjenester i sin alminnelighet være utenfor EØS-avtalen. Jeg mener derfor at man fra dette kan trekke den generelle slutningen at levering av en vare som faller utenfor produktdekningen til EØS-avtalen, ikke er omfattet av EØS-avtalens regler, jf. Pediceldoktrinen. Videre er det nærliggende å strekke dette videre til også å omfatte transporttjenester, der det i hovedsak transporteres produkter som ikke er dekket av EØS artikkel 8(3). Her kan det imidlertid være rom for noen nyanser. Et interessant spørsmål er hvorvidt Pediceldoktrinen omfatter tilfeller der f.eks. en lastebil transporterer flere varer, herunder en vare som ikke er dekket av EØS-avtalen. Løsningen kan kanskje være at Pediceldoktrinen slår inn overfor transporten av denne ene varen, og ikke de andre.

Den andre saken fra ESA som *kan* komme inn på Pediceldoktrinen er fra 12. september 2016, og er ikke kommet lengre enn at ESA har anmodet Norge om informasjon⁶⁰. Anmodningen kom i forbindelse med at Norge med hjemmel i alkoholloven (alkoholreklameforbudet) har lagt ned forbud mot å ha «Quick response»-koder (QR-koder) på etikettene til flasker med alkoholholdige drikkevarer. Forbudet gjelder der disse kodene fører brukeren hen til en nettside som inneholder markedsføring for alkohol, eller som henviser til andre alkoholholdige produkter, og derved direkte eller indirekte markedsfører disse. Slik informasjon kan ikke trykkes på flaskeetiketter, og Norge har lagt ned forbud mot å bruke QR-koder til å «omgå» dette forbudet.

Norge har foreløpig bare opplyst ESA om hvordan QR-kode-forbudet er begrunnet, og ikke kommet med noen juridisk argumentasjon⁶¹. Det

⁶⁰ Case No: 79513, Doc. No: 816996, 12. September 2016.

⁶¹ Case No: 79513, brev fra Royal Norwegian Ministry of Health and Care Services dato 12.10.2016.

er derfor ikke klart hvordan saken eventuelt vil utspille seg videre. Men vin ligger utenfor produktdekningen etter artikkel 8(3), og det allerede bekreftet i *Pedicel* at reklame for vin er uatskillelig knyttet til vin, og dermed også faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Det kan derfor synes som at ESA vil måtte avgrense sin etterforskning mot QR-koder med reklame for vin.

Det kunne jo likevel tenkes at saken står noe annerledes enn alkoholreklamen i *Pedicel*, ettersom den umiddelbart øyensynlige «reklamen» i QR-saken strengt tatt bare er en tilfeldig generert todimensjonal strekkode. For å få tilgang til reklamen «bak» strekkoden må man aktivt bruke en mobiltelefon, scanne koden, og følge den inn på et nettsted som *kan* inneholde reklame. Det kan således hevdes at reklametjenesten er av noe mer avledet tilknytning til vin enn i *Pedicel*. Men i den utstrekning at det er tale om vinreklame, vil ikke reklamens form endre det faktum at reklamen er uatskillelig knyttet til varen det reklameres for. Så – i den utstrekning at QR-koden faktisk sender brukeren videre til materiale om vin – vil *Pedicel*-doktrinen kunne slå inn. Dette betyr at QR-saken etter min oppfatning må begrenses til å gjelde reklame for andre produkter enn vin.

3.3.3 Andre unntak – fiskeri og oppdrett

Dette delkapitlet ser nærmere på hvilke tilfeller av tjenester som typisk kan tenkes ytt innenfor fiskeri- og oppdrettssektoren, og hvordan *Pedicel*-doktrinen kan tenkes å slå inn, men som ikke har vært diskutert i praksis. Fra de to sakene som er diskutert ovenfor kan det sluttet at både transport av og reklame for fisk normalt ikke er regulert av EØS-avtalen. Norge kan dermed selv fastsette sine reguleringer for hvordan disse tjenestene kan og ikke kan foregå.

Fra reklametjenester kan det muligens dras en parallell til ulike formidlingstjenester, f.eks. en dansk vinkjenner som «konsulterer» norske restauranter om direktekjøp av vin fra ulike vingårder i EØS-området.⁶²

⁶² Utdypning: vinkjenneren er dansk fordi tjenesten må ha et grenseoverskridende element for å i det hele tatt falle inn under EØS-avtalen.

Tjenesten vil ganske klart være uatskillelig knyttet til handelen med vin, og således falle utenfor EØS-avtalens virkeområde. En slik tjeneste er i og for seg ikke så ulik tjenestene til de norske fiskesalgslagene. Førstehåndsomsetning av «viltlevande marine ressursar skal skje gjennom eller med godkjenning av eit fiskesalagslag», jf. fiskesalagslova § 8⁶³. I Norge finnes det flere godkjente fiskesalgslag. Det største av disse, Norges Råfisklag, tilbyr en hel rekke tjenester til fiskere som velger å bruke Råfisklaget som salgslag⁶⁴. Blant disse inngår auksjoner og leveringstjenester på fiskerens vegne, tilrettelegging for turistfiske på fiskerens kvote, levendelagring av fisk, og salg til restauranter gjennom salgslagens avtaler. Flere av disse tjenestene faller direkte inn under ordlyden «handel med fisk», selv om det er tale om tjenester. F.eks. der fiskesalgslaget gjennomfører auksjoner av fiskerens fangst, er det tale om en direkte involvering i salget av fisken. Hovedformålet med tjenesten er salget av fisken, hvilket innebærer at tjenesten er «uatskillelig knyttet» til fisken, jf. Pediceldoktrinen. Tjenesten faller derfor utenfor EØS-avtalens virkeområde. Det samme kan antas å gjelde salg til restauranter og levendelagring.

Et interessant eksempel – som ikke er helt åpenbart – er hvordan tilrettelegging for turistfiske på fiskerens kvote skal vurderes. Fiskeren må søke fiskesalgslaget om dispensasjon til å drive med turistfiske på sin kvote. Dersom fiskeren får slik dispensasjon, kan hun ta med turister ut på sitt merkeregistrerte fiskefartøy og la turistene fiske fra fiskerens kvote. Her blir fiskeren en tjenesteleverandør for turistene. Fiskeren tar betaling for at turister skal kunne fiske med henne, på hennes kvote, og deretter ta med seg fisken hjem. Det er således tale om et slags «indirekte» salg av fisk, der hovedforskjellen forskjellen fra vanlig salg er at turistene må dra varen opp av havet selv. Vil en slik tjeneste være «uatskillelig knyttet» til fisk?

Man kan argumentere for at virkningen av tjenesten strengt tatt er at turistene mot en sum penger, får varen fisk. Dersom dette er tjenestens hovedformål, så er den uatskillelig knyttet til handelen med fisk, hvilket innebærer at Pediceldoktrinen slår inn. Samtidig vil jeg innvende at

⁶³ Lov 21. juni 2013 nr. 75 (fiskesalagslova).

⁶⁴ Norges Råfisklag, nettside (2016). Lenke i litteraturliste.

det er mer treffende å kalle selve fiskeopplevelsen for hovedformålet med tjenesten. En kan aldri garantere noen å få fisk, men opplevelsen av å fiske fra et ordentlig fiskefartøy kan man uansett gi. Således blir tilknytningen til fisk mer subsidiær i relasjon til opplevelsen. Etter min oppfatning faller derfor denne tjenesten utenfor Pediceldoktrinen, og vil derfor være omfattet av EØS-avtalen.

Det finnes også en rekke ulike tjenester knyttet til produksjonen i oppdrettsnæringen. Blant disse kan nevnes leveringstjenester for fôr og produksjonsutstyr, vaksinerings av fisk og levendetransport f.eks. fra settefiskanlegg til merder. Det er tidligere slått fast at levering av fisk faller utenfor EØS-avtalen, men hva med levering av utstyret som trengs for å drive fiskeoppdrett?

Både fôr og produksjonsutstyr er direkte knyttet til produksjon, som er oppdrettsvirksomhetens «kjernevirksomhet». Det ble allerede i etableringskapitlet konstatert at produksjonsvirksomhet faller utenfor EØS-avtalen, dersom hovedformålet med produksjonsvirksomheten er knyttet til fisk. Tjenester som er tilknyttet til produksjonen, men som ikke knytter seg direkte til varene som produseres, kan umiddelbart synes å ha en avledet tilknytning til fisk. Det kan således virke naturlig å si at tjenestene ikke kan falle inn under Pediceldoktrinen. Men jeg mener at det kan argumenteres for at så lenge hovedformålet med tjenesten er å – på et eller annet nødvendig vis – bidra til produksjonen av varer som ligger utenfor produktdekningen, så kan Pediceldoktrinen slå inn. Oppdrettsproduksjon av laks ligger jo f.eks. utenfor avtalens virkeområde (jf. drøftelsene i kapittel 3.2) ettersom formålet med produksjonen er å selge fisk. På samme måte kan en si at f.eks. transport av fôr er nødvendig for produksjonsvirksomheten, og tjenestens hovedformål dermed er å sørge for at fisken på sikt kan selges.

En slik anvendelse av Pediceldoktrinen vil unektelig ligge i ytterkanten av hvilke tilfeller som kan tenkes omfattet av doktrinen. Ordlyden «uat-skilleglig» tilsier at vurderingen skal være streng, og kan tas til inntekt for at denne typen avledet tilknytning til handel ikke bør være tilstrekkelig. Samtidig vil jeg anføre det må sees hen til begrunnelsen for Pediceldoktrinen, nemlig at statene selv skal kunne regulere sine ordninger for varer

som ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde. Dette formålet oppnås i realiteten ikke dersom en legger opp til en regel der en virksomhet er unntatt fra EØS-avtalen, men der de nødvendige innsatsfaktorene for denne virksomheten *ikke* kan reguleres.

En lignende type betraktning er gjort av EU-domstolen i sak 197/84 *Steinhauser*, hvor EU-domstolen uttalte at etableringsreglene også omfatter alt som er «nødvendig med henblikk på udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed»⁶⁵. Uttalelsen er ikke direkte overførbar til Pedicel. Grunnen til at jeg likevel nevner det her er at jeg mener uttalelsen gir uttrykk for et prinsipp som kan gjelde også med hensyn til tjenester som er knyttet til produksjon av vare som faller utenfor produktdekningen i artikkel 8(3). Man må, etter min oppfatning under henvisning til Pediceldoktrinen, kunne anta at de tjenester som er nødvendige for ervervsmessig virksomhet som ligger utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, også må falle utenfor EØS-avtalen. Dette vil helt konkret tilsi at tjenester som er nødvendige for å drive med ervervsmessig oppdrettsproduksjon, bør anses å falle utenfor EØS-avtalens virkeområde. Men hvilke tjenester som kan anses å være nødvendige for oppdrettsproduksjon er et definisjons-spørsmål, og må vurderes konkret for hvert enkelt tilfelle.

3.3.4 Avsluttende bemerkninger

Ut fra mine vurderinger ovenfor er det nokså sikkert at f.eks. reklame, levering og ulike salgstjenester knyttet til fisk vil falle utenfor EØS-avtalen med henvisning til Pediceldoktrinen. På den annen side er det mer usikkert hvor grensene for Pediceldoktrinen's anvendelsesområde går, f.eks. med hensyn til tjenester som er knyttet til innsatsfaktorene i oppdrettsproduksjonen, men ikke til oppdrettsfisken som sådan.

⁶⁵ C-197/84 *Steinhauser*, avsnitt 16.

3.4 Arbeidskraft

3.4.1 Fri flyt av arbeidskraft

Dette kapitlet tar for seg forholdet mellom arbeidskraftreglene og Pediceldoktrinen. Etter min oppfatning er Pediceldoktrinen like anvendelig på arbeidskraft som på annen virksomhet som er uatskillelig knyttet til varer utenfor EØS-avtalens produktdekning i artikkel 8(3).

EØS-avtalens regler om fri bevegelse av arbeidskraft gjelder for arbeidstagerer fra en EØS-stat som skal ta arbeid eller arbeider fast i en annen EØS-stat, jf. EØS artikkel 28(1). Artikkel 28 pålegger statene blant annet å legge til rette for at arbeidstakere kan flytte fritt mellom EU/EFTA-statene for å ta faktisk tilbudt arbeid, å oppholde seg i den staten de arbeider, og retten til å bli boende etter å ha arbeidet der.

EFTA-domstolen har ikke behandlet noen saker som har kommet inn på skjæringspunktet mellom arbeidskraftreglene og varereglene. Spørsmålet om hvorvidt det gjelder fri bevegelse av arbeidskraft er imidlertid særlig interessant innenfor fiskeri- og oppdrettssektoren, etter som arbeidskraft er en av innsatsfaktorene som Norge har forsøkt å holde mest mulig nasjonal og regional. Dette har gitt seg uttrykk i lovgivning som i alle fall dels har vært i strid med målsetningen om fri bevegelse av arbeidskraft. Samtidig har det fra politisk side vært jobbet mye med å øke konkurransedyktigheten i norsk fiskerinæring de siste 20 årene. Denne mer fortjeneste- og konkurranserettede tankegangen kan tenkes å ha bidratt til å dra lovgivningen i en mer arbeidsinnvandringsåpen retning, jf. f.eks. Meld. St. nr. 10 (2015–2016) – *En konkurransekraftig sjømatindustri*.

Problemstillingen for de følgende underkapitlene er hvorvidt arbeidskraften om bord på fiskefartøy og på oppdrettsanlegg er dekket av EØS-avtalens fri flyt av arbeidskraft. Fremstillingen dekker først arbeidskraft i oppdrettsnæringen, deretter fiskere og fiskeri. I forbindelse med fiskeri drøftes også en sak fra ESA som kunne kommet inn på betydningen av Pediceldoktrinen for arbeidskraftreglene, kalt «Kvitsjøen»⁶⁶.

⁶⁶ Case No: 2229, Dec. No: 66/04/COL, 2. april 2004.

3.4.2 Arbeidskraft i oppdrettsnæringen: røktere

Arbeidskraften i oppdrettsnæringen dekker et variert spekter av oppgaver. Røktere tar seg blant annet av fôring, kontroll med vannkvalitet og oksygennivåer, og øvrig kontroll med produksjonsvirksomheten. Er røkterne unntatt EØS-avtalen på samme måte som fiskerne?

Reservasjonene om fiskerivirksomhet i EØS Vedlegg VIII pkt. 10 gjelder i utgangspunktet ikke oppdrettsnæringen. Utgangspunktet er dermed at de sentrale rettskildene for vurderingen er arbeidskraftreglene i artikkel 28 flg. og produktbegrensningen i artikkel 8(3), samt E-4/04 *Pedicel*.

Arbeidskraften til røkterne går inn i produksjonen av oppdrettsfisken. Arbeidskraften er derfor først og fremst knyttet til selve produksjonen. Denne produksjonen tar sikte på salg av oppdrettsfisken. Arbeidskraften til røkterne er en av de grunnleggende nødvendige innsatsfaktorene for oppdrettsproduksjon, og dermed også for det fremtidige salget av oppdrettsfisken. Deres virksomhet kan derfor anses å være «uatskillelig knyttet» til handelen med fisk, og dermed utenfor det saklige virkeområdet til EØS-avtalens hoveddel, jf. artikkel 8(3) og *Pedicel*.

Dette er mest tydelig der det er tale om arbeidstakere med en spesiell kompetanse, f.eks. utdannede båtførere. Noe mindre tydelig kan det være der arbeidskraften på sett og vis er «generisk», altså der arbeidstakerne ikke har noen spesiell kompetanse knyttet til oppdrettsvirksomheten. Arbeidet får i slike tilfeller en litt mindre tydelig tilknytning til fisk, og kanskje en sterkere tilknytning arbeidstakerens individuelle formål med jobben, nemlig å tjene til livets opphold. Det er dermed ikke uten videre klart hvordan *Pedicel*doktrinen til syvende og sist vil stille seg i forhold til arbeidskraftreglene f.eks. dersom EFTA-domstolen skulle behandle en sak som berørte problemstillingen.

Det er naturlig å anta at ESA ikke vil være enig i at arbeidskraft innenfor oppdrettssektoren ikke omfattes av reglene om fri flyt av arbeidskraft. Deres motargumenter ville nok i stor grad vært de samme som ble gjort gjeldende mot etableringsfrihet, jf. kapittel 3.2 ovenfor.

3.4.3 Arbeidskraft på fiskefartøy

Spørsmålet er om fiskere er «uatskillelig knyttet» til fisk. Det lyder unektelig i overkant banalt og åpenbart. Formålet med arbeidskraften som fiskere i ervervsmessig fiske yter er å skaffe fisk, for å kunne selge fisken videre. Det foreligger dermed en påvirkning på flere nivåer. Arbeidskraften er på den ene siden nødvendig for å skaffe fisk, og er dermed også nødvendig for handelen med fisk. Dette tilsier at arbeidskraft på fiskefartøy er uatskillelig knyttet til fisk. Lønnen til fiskerne er dessuten avhengig av at de fisker og får solgt fisken. Dette forsterker tilknytningen til fisk. Videre er det tale om arbeid som knytter seg til en *virksomhet* som er unntatt fra EØS-avtalens virkeområde etter Pediceldoktrinen, jf. etableringskapitlet ovenfor. Også dette kan tale for at fiskernes arbeidskraft faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

Konklusjonen må etter mitt syn være at fiskere er «uatskillelig knyttet» til fisk, og er derfor ikke er omfattet av arbeidskraftreglene i EØS artikkel 28 flg. ESA har imidlertid vært motvillige til å akseptere at arbeidskraften ikke beskyttes av EØS-avtalens fri flyt-regler. Dette illustreres i neste delkapittel.

3.4.4 Omstridt regulering – «Kvitsjøen»

Et eksempel fra lovgivningen på reguleringer som hindrer EØS-borgere i å ta arbeid som fisker i Norge, er den nå endrede fiskeriforbudsloven fra 1966 § 3(2)⁶⁷. Frem til en lovendring i 2007 var det kun tillatt å bruke utenlandsk arbeidskraft på fiskefartøy som skulle fiske innenfor den norske økonomiske sone når minst halvparten av mannskapet var norske statsborgere eller bosatt i Norge. I april 2004, før EFTA-domstolen ga sin rådgivende uttalelse i *PediceI*, sendte ESA en grunnlagt uttalelse til Norge knyttet til en klage fra et norsk selskap som eide et norskregistrert fiskefartøy («Kvitsjøen») som fisket i den norske økonomiske sonen med kaptein og mannskap fra Holland. Agder lagmannsrett hadde holdt selskapet ansvarlig for brudd på fiskeriforbudsloven som følge av at fartøyet

⁶⁷ Lov 17. juni 1966 nr. 19 (fiskeriforbudsloven).

var bemannet med utlendinger⁶⁸. Både selskapet og ESA mente imidlertid at forbudet i fiskeriforbudsloven § 3(2) var i strid med EØS-avtalens krav om fri bevegelighet av arbeidskraft, jf. EØS artikkel 28.

Norge forsvarte reguleringen med blant annet å vise til at «fishing vessels operating in the Norwegian EEZ fall outside the scope of application of the EEA agreement», og at «the main part of the EEA agreement does not apply to fish»⁶⁹. Hovedgrunnlaget for denne påstanden var at EØS Protokoll 9 måtte anses å være «lex specialis» i EØS-avtalen, og var en uttømmende regulering av «the trade in fish»⁷⁰. Dette tilsa at EØS-avtalens hoveddel ikke var anvendelig på fiskeriforbudslovens § 3(2). Saken kom aldri inn på betydningen av artikkel 8(3), og hvilke implikasjoner denne kunne ha for spørsmålet om arbeidskraftreglens saklige virkeområde. Dette har muligens sammenheng med at *Pedicel* ikke var avsagt enda. ESA og Norge fokuserte dermed heller på Protokoll 9 og avtalens *geografiske* virkeområde. I dag ville det imidlertid vært naturlig å løse spørsmålet med henblikk på artikkel 8(3) og *Pedicel*avgjørelsen.

Et moment som kan tale for at *Pedicel*doktrinen ikke er ment å trekke arbeidskraft i fiskeri ut av EØS-avtalens saklige virkeområde er at Norge i 2006 vedtok å endre fiskeriforbudsloven for å «[bidra] til å fjerne usikkerheten i forhold til om Norge oppfyller sine forpliktelser som følger av EØS-avtalen i forhold til regelverket om fri bevegelighet for arbeidstakere», jf. Ot.prp. nr. 99 (2005–2006) s. 1. Betydningen av denne typen uttalelser i forarbeider drøftes mer inngående i kapittel 4. Men dersom denne uttalelsen skulle tas til inntekt for at fiskeres arbeidskraft er vernet av arbeidskraftreglene, så måtte uttalelsen som et minimumskrav bygge på en avveining av *alle* relevante rettskilder. Hvis en ser hen til proposisjonens side 7 om «EØS-retten», så er ikke rettskildegrunnlaget – etter min mening – tilstrekkelig. Både artikkel 8(3) og *Pedicel* er for eksempel utelatt. Jeg er derfor av den oppfatning at uttalelsen ikke kan tolkes hverken i den ene eller den annen retning.

⁶⁸ LA-2001-1152 (Kvitsjøen).

⁶⁹ Case No: 2229, Dec. No: 66/04/COL, 2. april 2004, s. 3.

⁷⁰ Case No: 2229, Dec. No: 66/04/COL, 2. april 2004, s. 5.

En lignende sak kom i 2006 opp for en norsk lagmannsrett, hvor lagmannsretten mente at loven var i strid med EØS-avtalen⁷¹. Saken kom imidlertid aldri inn for ESA eller EFTA-domstolen. Betydningen av avgjørelsen drøftes i kapittel 4.

Jeg mener etter dette at det er vanskelig å komme bort fra at arbeidskraften om bord på et fiskefartøy – i henhold til det rettskildematerialet jeg har presentert – er «uatskillelig knyttet» til fisken som fiskes. I tråd med Pediceldoktrinen faller dermed reguleringen av forholdene rundt arbeidskraft på fiskebåter bort fra EØS-avtalens saklige virkeområde. Nasjonalitetskravet som gjaldt i fiskeriforbudsloven § 3(2) var dermed etter min vurdering ikke i strid med Norges forpliktelser etter EØS artikkel 28. Til dette kommer det likevel et potent spørsmål om hvorvidt det er ønskelig å holde på slike «proteksjonistiske» tiltak (både for fiskeri- og i oppdrettsnæringen). Det er ingen selvfølge at det er i Norges beste interesse – eller politiske interesse – å tviholde på et utlendingsforbud fra 1966. Dette kan også forklare uttalelsene og endringene i Ot.prp. nr. 99 (2005–2006). Så i den grad Norge har åpnet for utenlandsk arbeidskraft i fiskerisektoren, er det mer tale om politiske ønsker enn rettslige standpunkter til det saklige virkeområdet til EØS-avtalen.

3.5 Kapital og investeringer i fiskeri og oppdrett

Dette kapitlet diskuterer i korte trekk betalinger for kjøp av fisk, og investeringer og kjøp av i eierandeler i selskaper som på ulike vis driver med fiskeri eller fiskeoppdrett. Det underliggende spørsmålet er om slike kapitaltransaksjoner er omfattet av EØS-avtalens regler om fri flyt av kapital.

EØS-avtalen kommer ikke til anvendelse på virksomhet hvis primærfunksjon er en form for påvirkning på f.eks. handelen med en vare som ligger utenfor EØS-avtalens produktdekning etter artikkel 8(3).

Kapitalreglene i EØS-avtalens artikkel 40 flg. skal sørge for at det ikke er noen restriksjoner på «overføring av kapital tilhørende personer bosatt i

⁷¹ LF-2006-24118 (Leinebris).

EFs medlemsstater»⁷². Reglene kommer etter sin ordlyd til anvendelse der det skjer eller skal skje en «overføring» av «kapital». Frasen «overføring av kapital» er i EU-retten tolket til å gjelde ensidige verdioverføringer mellom to stater⁷³. «Verdioverføringer» er en nokså vid ordlyd, og kan etter EU-domstolens praksis antas å omfatte overføring av penger, eierskap til fast eiendom, eierandeler og verdipapirer.⁷⁴ Slik som for de andre frihetene i EØS-avtalen, er det en forutsetning at den «frie bevegelse» har et grenseoverskridende element.

Artikkel 41 gjelder «løpende betalinger» i forbindelse med varebytte og bevegelse for personer, tjenester eller kapital, og supplerer således artikkel 40, som kun gjelder *ensidige* verdioverføringer. Her er det særlig et spørsmål som gjør seg gjeldende: er betaling ved kjøp av fisk unntatt fra EØS-avtalens kapitalregler?

Betalingen er en integrert del av handelen med fisk, og har til formål nettopp å få til en handel. Ingen betaling, ingen handel. Betalingen påvirker dermed handelen med fisk på en sentral og direkte måte, og må således anses som «uatskillelig knyttet» til handelen med fisk. Dette tilsier at kapitalreglene i EØS-avtalen ikke er anvendelige på restriksjoner på betaling for kjøp av fisk.

Det er imidlertid ikke nærliggende å se for seg at Norge skulle ønske å legge restriksjoner på kapitaltilstrømning *til* norsk fiskeri og oppdrettsnæring. I alle fall ikke i form av å strupe adgangen til å betale for kjøpt fisk. Spørsmålet om hvorvidt disse betalingene ligger innenfor eller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde er følgelig ikke særlig praktisk.

Et annet spørsmål i tilknytning til fri flyt av kapital er hvorvidt investeringer eller kjøp av eierandeler i selskap som driver med fiske eller oppdrett er «uatskillelig knyttet» til fisk.

I Eierskapsbegrensningssaken⁷⁵ (som ble diskutert i kapittel 3.2) var det i utgangspunktet tale om en kapitalrestriksjon, ettersom eierskapsbegrensingsreguleringen gjaldt kapitalinvesteringer i oppdrettsselskaper.

⁷² EØS artikkel 40.

⁷³ Sejersted m.fl. (2011) s. 459.

⁷⁴ Sejersted m.fl. (2011) s. 459.

⁷⁵ Case No: 68781.

Saken tydeliggjør imidlertid at forholdet mellom kapitalreglene og etableringsreglene setter en grense for hvor praktisk Pediceldoktrinen faktisk er i kapitalsammenheng, ettersom regulering av erverv av nok eierandeler til å få «bestemmende innflytelse» vil dekket av etableringsreglene, ikke kapitalreglene. Det betyr at Pediceldoktrinen i praksis bare kan tenkes å begrense anvendelsesområdet til artikkel 40 der det er tale om investeringer som *ikke* gir bestemmende innflytelse over oppdretts- eller fiskerivirksomhet. Slike investeringer vil nok typisk først og fremst være porteføljeinvesteringer med sikte på avkastning i form av utbytte og kursgevinster. Det betyr at de har en veldig avledet og subsidiær tilknytning til varen som porteføljeselskapet produserer. Til dette kommer det også at det vil være svært vanskelig å innføre restriksjoner på kapitalinvesteringer i f.eks. oppdrettsselskaper som er børsnoterte, da formålet med allmenaksjeselskaper langt på vei er å åpne for nokså «fri» investering. Da måtte i praksis selskapene fjernes fra børsen, hvilket f.eks. kunne oppnås ved å bestemme at oppdrettsselskaper ikke kunne være allmenaksjeselskap. Men en slik regulering vil igjen sannsynligvis omfattes av etableringsreglene.

Det er dermed samlet sett vanskelig å finne eksempler på kapitalinvesteringer som er «uatskillelig knyttet» til varer utenfor EØS-avtalen, og som samtidig faktisk dekket av kapitalreglene. Utgangspunktet er likevel at Pediceldoktrinen rent juridisk *kan* innskrenke anvendelsesområdet til kapitalreglene. Hvorvidt det er politisk eller økonomisk vilje til å innsnevre den frie flyt av kapital er en annen sak. Dette drøftes noe mer inngående i kapittel 5 nedenfor.

3.6 Varer som er tilknyttet varer

Denne avhandlingen handler i hovedsak om Pediceldoktrinenes anvendelse på etableringer, tjenester, kapital og arbeidskraft, og er derfor i utgangspunktet avgrenset mot varereglene som sådan. Men for å belyse dette tema finner jeg grunn til å knytte noen bemerkninger til Pediceldoktrinenes anvendelse på varereglene også.

Den mest åpenbare virkningen av EØS artikkel 8(3) er at varereglene ikke er anvendelige der et produkt ligger utenfor produktdekningen. Men som drøftelsen hittil har vist strekker regelen seg i noen tilfeller lengre. Foruten å få anvendelse på tjenester, arbeidskraft, etableringer og kapital som er uatskillelig knyttet til varer som faller utenfor produktdekningen, kan artikkel 8(3) sammenholdt med Pediceldoktrinen også tenkes å hindre anvendelsen av EØS-reglene på *varer* som i utgangspunktet er omfattet av produktdekningen, men som likevel er «uatskillelig knyttet» til varer som ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Det vil si at Pediceldoktrinen også kan tenkes å omfatte varer som først og fremst skal inngå i produksjon av varer som faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Man kan f.eks. tenke seg at laksefôr til oppdrettsbruk faller utenfor EØS-avtalen, selv om fôret i utgangspunkt er omfattet av produktdekningen. Fôret har ikke noe annet formål enn å sørge for lakseproduksjon, samtidig som tilgangen til og bruken av fôr er helt nødvendig for å drive med matfiskoppdrett. Fôret påvirker dessuten pris og kvalitet på fisken, hvilket er en sentral del av handelen med de fleste varer. Mye kan dermed tale for at fiskefôr faller utenfor EØS-avtalens nedslagsfelt selv om det ligger innenfor produktdekningen. Et annet eksempel kan være en vaksineringsmaskin for laks – som er et stort og spesialtilpasset maskineri – som ikke kan tenkes brukt til noe annet enn vaksinasjon av fisk. Graden av spesialisering kan innebære at det er naturlig at maskinen faller utenfor EØS-avtalen, selv om den i utgangspunktet er omfattet av produktdekningen.

Anvendelsen av Pediceldoktrinen på varer stiller seg imidlertid kanskje annerledes enn for de øvrige frihetene nettopp på grunn av artikkel 8(3). Hvis en vare i henhold til ordlyden i artikkel 8(3) er uttrykkelig opplistet i kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system, så er det noe vanskeligere å akseptere at samme bestemmelse skal innebære at varen likevel *ikke* er omfattet av varereglene på grunn av Pediceldoktrinen. Artikkel 8(3) er i så fall selvmotsigende. Det kan kanskje anføres at det harmoniserte system i så fall blir en slags *lex specialis* med forrang foran Pediceldoktrinen. Det er med andre ord ikke sikkert at Pediceldoktrinen

kan tenkes anvendt på varer som er uatskillelig knyttet til varer som faller utenfor EØS-avtalens produktdekning.

3.7 Statsstøtte

Pediceldoktrinen omfatter alle «bestemmelsene i denne avtale», jf. artikkel 8(3). Dette inkluderer statsstøttereglene. Slik som tidligere diskutert er det en etablert oppfatning at produktdekningen i artikkel 8(3) innskrenker anvendelsesområdet til statsstøttereglene i artikkel 61 og følgende.⁷⁶ I lys av Pediceldoktrinen, slik denne er presentert i denne fremstillingen, kan det dessuten hevdes at statsstøttereglene samlet sett bare gjelder for varer innenfor produktdekningen, og for etableringer, tjenester og arbeidskraft som ikke er uatskillelig knyttet til slike varer.

EFTA-domstolen skal formodentlig ta stilling til hvorvidt statsstøttereglene kan anvendes på etableringer i forbindelse med oppdrettsvirksomhet i en kommende sak, E-12/16 *Marine Harvest*. Gitt at domstolen ikke avviser saken,⁷⁷ kan den komme inn på spørsmålet om Pediceldoktrinen anvendelighet på statsstøtte- og etableringsreglene⁷⁸. Inntil videre fremstår det som et paradoks at ESA i praksis har anerkjent at produktdekningsregelen kan komme til anvendelse på tjenester⁷⁹ og på statsstøttereglene, men ikke på etableringsreglene eller de øvrige friheter, all den tid artikkel 8(3) er og forbli like generell i sin ordlyd.

En grundig fremstilling av statsstøttereglenes forhold til Pediceldoktrinen faller imidlertid utenfor tema for denne avhandlingen, som er Pediceldoktrinen og de fire friheter. Det avgrenses derfor mot en videre behandling av statsstøttereglene.

⁷⁶ Jf. ESA Dec. No: 195/96/COL s. 5. Jamfør også ESA Dec. No: 176/05/COL og 729/08/COL.

⁷⁷ Saken kan bli avvist med henvisning til at spørsmålet strengt tatt allerede er avgjort tidligere, jf. f.eks. lignende sak E-02-94 *Scottish Salmon Growers*.

⁷⁸ Nå, etter E-01/2016 *Synnøve Finden* ble avsagt, er spørsmålet mer avklart. Se for øvrig kapittel 2.6.

⁷⁹ E-4/04 og ESA Case No: 71877.

4 Diskusjonen her hjemme

Dette kapitlet tar for seg norske rettskilder som har kommet inn på tema som gjelder Norges handlingsrom i fiskeri- og oppdrettsnæringen innenfor EØS-avtalen.

I Norge er Pediceldoktrinen lite diskutert, både i juridisk teori og i andre rettskilder. I det følgende tas det utgangspunkt i det som finnes av rettspraksis, samt ulike norske forarbeider til lover om fiskeri eller oppdrett.

Frostatting Lagmannsrett behandlet i 2006 en sak om forholdet mellom Økonomiske soneloven, fiskeriforbudsloven og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen artikkel 28 (arbeidstakere), jf. LF-2006-24118 (Leinebris). Saken var foranlediget av at et norsk rederi var blitt ilagt foretaksbot for brudd på kravet om at halvparten av mannskapet og fartøyføreren måtte være norsk. Saksforholdet ligner på Kvitsjøen-saken fra ESA som er omtalt foran. Lagmannsretten fant at fiskeriforbudsloven § 3 annet ledd var «i strid med EØS-avtalens artikkel 28, for så vidt gjelder nasjonalitetskravet»⁸⁰. Dette kan som utgangspunkt tale mot at «den norske oppfatningen» av EØS-avtalen er at fiskerinæringen er unntatt fra arbeidskraftreglene, slik fremstillingen ovenfor konkluderer med. Hva mer er, kan det tas til inntekt for at den norske rettsoppfatningen av EØS-avtalen er at det gjelder fri bevegelighet uten begrensninger av typen som Pediceldoktrinen oppstiller. I det følgende går fremstillingen inn på hvordan Pediceldoktrinen og rammene for den frie bevegeligheten har blitt oppfattet i Norge.

Leinebris-saken synes å antyde at det ikke finnes noen Pediceldoktrine. Samtidig bygger lagmannsretten sin konklusjon *uttrykkelig* på Ot.prp.nr. 99 (2005–2006) (Om endringer i fiskeriforbudsloven), i tro om at «det alt vesentlige av relevant rettskildemateriale og relevante synspunkter hva angår forholdet mellom den omstridte lovbestemmelsen

⁸⁰ LF-2006-24118 avsnitt 81 av lagmannsrettens bemerkninger (domsgrunnene er ikke nummererte i Lovdata).

og EØS-avtalen er omhandlet» i forarbeidet, jf. Leinebris avsnitt 81⁸¹. Premisset er imidlertid feil. Ot.prp.nr. 99 (2005–2006), som ble utgitt etter at Pedicelavgjørelsen ble publisert, nevner ikke hverken EØS artikkel 8(3) eller EFTA-domstolens tolkning i *Pedicel* (E-4/04). Slik fremstillingen i denne avhandlingen har vist, er disse to rettskildene helt sentrale for hvorvidt EØS artikkel 28 er anvendelig på nasjonalitetskrav i fiskerier næringen⁸². Når lagmannsrettens dom *uttrykkelig* bygger på uriktige rettskildemessige premisser, kan den vanskelig tillegges noen betydning i den ene eller den andre retning i fastleggelsen av rettstilstanden i Norge.

Lagmannsrettens behandling i Leinebris-saken er nokså betegnende for den generelle diskusjonen av EØS-avtalens saklige virkeområde i norsk rett. Betydningen og rekkevidden av artikkel 8(3), og hvilket potensiale denne bestemmelsen har for statens handlingsrom i f.eks. fiskerisektoren, er utvilsomt underkommunisert i norsk rett.

Dette kommer til syne blant annet i den tidligere nevnte Ot.prp. nr. 99 (2005–2006), hvor Norge diskuterte forholdet mellom EØS-avtalen og arbeidskraft i fiskerier næringen. Utvalget diskuterer ikke EØS-avtalens ordlyd, eller praksis fra EFTA-domstolen. Det legges heller avgjørende vekt på at «ESA har avvist denne argumentasjonen». Slik fremstillingen i denne avhandlingen har vist, er Norges forpliktelser – slik de følger av EØS-avtalens ordlyd og EFTA-domstolens tolkning av denne – langt mer kompleks enn utvalget ser ut til å forutsette. Det er dessuten påfallende hvor stor vekt utvalget legger på ESAs praksis, med tanke på ESAs forutsatte funksjon i EØS/EFTA-systemet. En av konklusjonene i den påfølgende innstillingen i Inst. O. nr. 25 (2006–2007) avsluttes med at forslaget «burde være tilfredsstillende ut fra ESAs prinsipielle syn»⁸³. Det kan se ut til at ESAs vurderinger fra blant annet Kvitsjøen-saken har blitt vektlagt så mye av utvalget EØS-avtalens ordlyd har blitt glemt. En lignende tendens er til stede i Ot.prp.nr. 61 (2004–2005) (forslag til akvakulturlov), hvor utvalget blant annet går inn på at ESAs syn i oppdrettskonsesjonssaken som er behandlet ovenfor. ESA mente som kjent at

⁸¹ LF-2006-24118 avsnitt 81.

⁸² I alle fall etter min mening, jf. kapittel 2 og 3.

⁸³ Inst. O. nr. 25 (2006–2007), s. 2.

vektleggingen av lokal tilknytning ved tildeling av oppdrettskonsesjoner var i strid med EØS artikkel 31. I lys av ESAs syn uttaler utvalget at «vilkåret om lokalt eierskap videreføres *derfor* ikke i akvakulturloven»⁸⁴ (min *utheving*). Utvalget foretar ingen reell drøftelse av hvorvidt ESAs standpunkt var tilstrekkelig forankret i EØS-avtalen.

Uttalelser fra ESA bør som regel tas på alvor, og blant annet homogenitetsprinsippet kan tenkes å tale for at ESAs oppfatning burde tillegges en del vekt ved vurderingen av innholdet i EØS-avtalen. Men en slik vektlegging må i så fall bygge på at ESA har foretatt en grundig, etterprøvable og tilsynelatende riktig tolkning av EØS-avtalen. Slik denne avhandlingen har forsøkt å vise, er det en gjennomgående tone at ESA forholder seg til rekkevidden av EØS-avtalens ordlyd og EFTA-domstolens uttalelse i *Pedical* med et snevert syn, som ikke uten videre begrunnelse stemmer overens med min tolkning av de samme rettskildene. Med det i mente, kan det synes noe feilslått når norske forarbeider i så stor grad vektlegger ESAs praksis.

Samtidig er det tøffere toner å spore i enkelte forarbeider. I Ot.prp. nr. 65 (2000–2001) (om endringer i oppdrettsloven) vises det til at Norge fortsatt *bestriker* ESAs påstand om av «vektlegging av lokal tilknytning ved tildeling av konsesjoner ikke er i samsvar med artikkel 31 i EØS-avtalen», jf. s. 19. Det er bemerkelsesverdig at Nærings- og Fiskeridepartementet her i år 2001 tar et klart standpunkt til EØS-avtalens innvirkning på etableringer i oppdrettsnæringen (om enn på feil rettslig grunnlag), mens de senere i 2006–2007 tilsynelatende legger betydelig vekt på ESAs oppfatning i motsatt retning. Det er strengt tatt en motstrid mellom forarbeidene, selv om begge forarbeidene skulle bygget på samme rettslige grunnlag. Denne motstriden synes i stor grad å skyldes forskjellene i hvordan ESAs praksis vektlegges av utvalgene.

Også den betenkningen som ble diskutert i kapittel 3.2 om endringer i deltakerlovens aktivitetskrav forholder seg i langt større grad til EØS-avtalens ordlyd og formål, enn til vekten av ESAs uttalelser⁸⁵.

⁸⁴ Ot.prp.nr. 61 (2004–2005) s. 20.

⁸⁵ Arnesen (2015), betenkning i forbindelse med Meld. St. 10 (2015–2016) – *En konkurransekraftig sjømatindustri*.

Betenkningen ble imidlertid kritisert i den påfølgende høringsrunden før stortingsmeldingen. I henhold til en av høringsuttalelsene er det «uten videre klart at Norge har *anerkjent* at etablerings-, investering-, etc. regler i EØS kommer til anvendelse selv om produktet, laks, er en vare som henhører under HS-reglene i kapittel 1–24»⁸⁶. Forfatteren av høringsuttalelsen viser til at «Dette standpunkt deles også av ESA».

ESAs praksis er ikke en tungtveiende rettskilde, og kan vanskelig ene og alene innebære at ordlyden i EØS artikkel 8(3) fravikes. Videre er det vanskelig å spore en slik anerkjennelse fra norske myndigheters side. Forarbeidene som er presentert ovenfor viser riktig nok et sprikende syn på hvor tungt ESAs praksis vektlegges, men det er ikke på noen måte tale om å anerkjenne at etableringsfriheten eller fri flyt av arbeidskraft gjelder uavhengig av EØS artikkel 8(3) i fiskeri- eller oppdrettssektoren. Snarere tvert imot.

I Prop.L nr. 103 (2012–2013) (om endringer i akvakulturloven) vises det til ESAs syn i eierskapsbegrensningssaken, med følgende bemerkning: «Staten har opprettholdt sitt prinsipielle syn i forhold til EØS-avtalen»⁸⁷. Jeg mener at Nærings- og fiskeridepartementets standpunkt bør forstås som at de ikke anser etableringsfriheten i oppdrettssektoren som «ubegrenset». At regjeringen likevel ønsket å endre forskriften som var påklaget i eierskapsbegrensningssaken, begrunnes her med at «det er ønskelig å endre regelverket, og i den forbindelse styrke verdiskapningen i distriktene ved å stille klarere krav til selskapene»⁸⁸. Endringen av eierskapsforskriften kan derfor ikke tas til inntekt for at Norge har anerkjent at det gjelder etableringsfrihet i oppdrettssektoren uavhengig av Pediceldoktrinen. Dette taler også etter min mening mot at departementet på noe vis har akseptert at Pediceldoktrinen ikke omfatter etableringsreglene.

⁸⁶ Ørebech (2015), høringsuttalelse til Meld. St. 10 (2015–2016), *Noen kommentarer til Professor Finn Arnesens betenkning for Nærings- og Fiskeridepartementet om EØS, fiskeri og aktivitets- og nasjonalitetskrav* (2015) (Mine uthevninger).

⁸⁷ Prop. nr. 103 L (2012–2013) s. 12.

⁸⁸ Prop. nr. 103 L (2012–2013) s. 12.

Havressurslovutvalget foretok riktig nok i 2007–2008⁸⁹ noen drøftelser av hvorvidt de opprinnelige etableringsrestriksjonene kunne opprettholdes dersom man endret fiskerikvotesystemet. Denne drøftelsen kan tolkes slik at utvalget implisitt mente at det var full etableringsfrihet i fiskerinæringen hvis en så bort fra de opprinnelige reservasjonene. Det opprinnelige systemet for utdeling av fiskekvoter var nemlig vernet av Norges opprinnelige reservasjoner mot etableringsfriheten i EØS-avtalens vedlegg VIII punkt 10. Utvalget var usikre på om reservasjonene kunne overføres til et nytt kvotesystem, men den videre drøftelsen av dette ble ansett å ligge utenfor utvalgets mandat, jf. Ot.prp.nr. 20 (2007–2008) s. 81. Det kommer frem av drøftelsen at utvalget ikke vurderte spørsmålet på grunnlag av artikkel 8(3) og Pediceldoktrinen, men heller som et spørsmål om hvorvidt de opprinnelige reservasjonene kunne strekkes til også å omfatte det foreslåtte kvotetildelingssystemet. Heller ikke dette kan tas til inntekt for at departementet mente å anerkjenne etableringsfriheten i oppdrettssektoren. Det var heller tale om en overfladisk drøftelse som ikke traff riktig rettslig problemstilling.

Det nærmeste noen norske forarbeider kommer en slik anerkjennelse er i NOU 2005:10 om *Lov om forvaltning av viltlevende marine ressurser*. Utvalget vurderte utstrekningen av bestemmelsene i EØS protokoll 9 (om fisk), og bemerker at protokoll 9 kun gjelder det frie varebyttet. Om etableringsfrihet bemerker utvalget at «I forhold til etableringsretten etter EØS-avtalens Artikkel 31 skal det ikke være begrensninger i etableringsadgangen (...)»⁹⁰. Denne uttalelsen *kan* leses som en slags anerkjennelse av at etableringsfriheten skal gjelde grenseløst i fiskerinæringen, og på den måten antyde at Pediceldoktrinen rett og slett ikke finnes. Det utvalget sier, stemmer nemlig: Etter *artikkel 31* gjelder det

⁸⁹ Ot.prp.nr. 20 (2007–2008).

⁹⁰ NOU 2005:10, s. 95. I samme retning går utredningen «Norges avtaler og samarbeid med EU på fiskeriområdet», en av rapportene som inngikk i Europautredningen fra 2011. Det legges her til grunn at reservasjonene i EØS Vedlegg VIII pkt. 10 gjelder, men at «Utover det mener jeg at det var traktatpartenes klare mening at de fire frihetene skulle finne anvendelse også i fiskeri- og oppdrettssektoren», jf. Foss, Torben (2012), *Analyse av Norges avtaler og samarbeid med EU på fiskeriområdet*, rapport #4 i Europautredningen.

en rett til fri etablering. Det følger utvetydig klart av ordlyden i artikkel 31, og er ikke bestridt i denne avhandlingen. Men denne ordlyden må suppleres av artikkel 8 og *Pedicel*, med det resultat at artikkel 31 – etter min oppfatning – ikke kan anvendes på varer som faller utenfor EØS-avtalens produktdekning. Jeg mener at de to bestemmelsene ikke står i noe motstridsforhold til hverandre, ettersom de fint kan forenes ved å praktisere det som i denne avhandlingen kalles *Pediceldoktrinen*. Men selv dersom en skulle mene at det er en intern konflikt mellom reglene, er artikkel 8(3) strengt tatt *lex specialis*, ettersom artikkel 31 er en generell hovedregel. Den går dermed foran artikkel 31 i tilfelle motstrid i henhold til tradisjonell norsk rettskildelære. Når det i NOU 2005:10 konstaterer at det gjelder fri etableringsrett, må det derfor leses inn en presisering: Den frie etableringsretten gjelder i den grad etableringen ikke er «uatskillelig knyttet» til handelen med fisk. Det er således lite nærliggende å ta NOUen til inntekt for Norges «offisielle» syn på etableringsfrihetens utstrekning i fiskeri- og oppdrettssektoren.

Som nevnt i rettskildedelen av kapittel 2.2 er uansett grunn til å stille spørsmål ved om en eventuell offisiell «anerkjennelse» av etableringsfriheten fra Norges side ville hatt noen betydning for tolkningen av EØS-avtalen. *Pediceldoktrinen* bygger på EØS-avtalens ordlyd og EFTA-domstolens tolkning av denne. Norges eventuelle rettsoppfatning, uttrykt i forarbeider til norske lover, er i utgangspunktet ikke en tungtveiende kilde etter EØS-rettens rettskildelære. Dette gjelder særlig når forarbeidene (hvor den eventuelle rettsoppfatningen kommer til uttrykk) skal veies opp mot en klar ordlyd i EØS avtalen og en rådgivende uttalelse som er så sterkt fundamentert i ordlyden til EØS-avtalen. Rent rettskildemessig er det derfor vanskelig å se at en eventuell erklæring fra Norge om hvordan vi oppfatter EØS-avtalen skulle ha noe betydning i denne sammenheng. Rettskildene tilsier – i henhold til både den EØS-rettslige og den norske rettskildelæren – at EØS-avtalen ikke er anvendelig på varer og annen virksomhet som er «uatskillelig knyttet» til produkter som ikke omfattes av opplistingen i EØS artikkel 8(3).

Samlet sett finnes det hverken anerkjennelse eller avvisning av Pediceldoktrinen i norsk rett. Sett bort fra betenkningen⁹¹ som er nevnt flere ganger, finnes det rett og slett ingen reell behandling av ordlyden i artikkel 8(3) sammenholdt med E-4/04 *Pedidel*. Min konklusjon etter denne gjennomgangen er som forskuttert i innledningen: Betydningen av produktdekningsregelen og *Pedidel* er underkommunisert i norsk rett.

⁹¹ Arnesen (2015).

5 Jus, politikk eller strategi

Denne avhandlingen har gjennomgående fokusert på «jussen» knyttet til Pediceldoktrinen. Det som finnes av relevante rettskilder er tatt med, og på bakgrunn av alminnelig rettskildemessige prinsipper er det trukket slutninger fra disse, og foretatt en avveining. Min samlede konklusjonen er klar: EØS-avtalen er ikke anvendelig på virksomhet som er uatskillelig knyttet til varer som ligger utenfor avtalens produktdekning etter artikkel 8(3).

Denne jussen setter rammer for Norges handlingsrom innenfor EØS-samarbeidet. Disse rammene avgjør i hvilken utstrekning Norge kan «lukke» fiskeri- og oppdrettsnæringen for EØS-landene. Men i en slik redegjørelse for jussen er det lett å miste av synet at spørsmålet om i hvilken grad Norge vil åpne eller lukke fiskeri- og oppdrettsnæringen, er et rent politisk spørsmål. Det er ingenting i veien for at Norge går mye lengre enn hva som er krevet av EØS-avtalen for å sikre «de fire friheter». Til dette er det et viktig poeng: jeg mener at jussen i dette tilfellet er tilstrekkelig klar til at Norge kunne handlet på bakgrunn av den. Men hva som er den politisk beste løsningen for Norge, er ikke like klart.

Et stykke på vei går dette over i en strategidiskusjon. Det er ikke slik at EFTA-domstolen er «bundet» av Pedicelavgjørelsen. Det kan f.eks. tenkes at de fraviker denne, eller i alle fall tolker den innskrenkende i den kommende E-1/16 *Synnøve Finden*. Det er derfor ingen garantier for å vinne frem dersom Norge skulle velge å «sette hardt mot hardt» og la EFTA-domstolens prøve en regulering av f.eks. arbeidskraften i oppdrettsnæringen. Det må derfor gjøres en strategisk og politisk vurdering av om vi egentlig er tjent med å få avklart de uklarhetene som denne avhandlingen har fremstilt knyttet til EØS-avtalens saklige virkeområde. Det kan jo tenkes at uklarheten i våre forpliktelser etter EØS-avtalen er mer til vår fordel enn ulempe. Og dette vil bero på både en rettslig og en politisk vurdering.

Pediceldoktrinen illustrerer således godt at også rett og politikk kan være «uatskillelig knyttet».

Litteraturliste

Bøker

- Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utg., 2015
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen, 2001
- Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, 1. utg., 2. opplag, 2011
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utg. 2011
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad. Sten Foyen og Helge Stemshaug, *EØS-rett*, 1. utg., 1995
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg., 2011
- Sundby, Nils Kristian, *Om normer*, 1. utg., 2. opplag. 1978

Lover

- 1966 Lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendinger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann (fiskeriforbudsloven)
- 1985 Lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.
- 1989 Lov 2. juni 1989 nr 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv. (alkoholloven)
- 1992 Lov 27. november nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 15 lov om retten til å delta i fiske og fangst (Deltakerloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven)

- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 75 om førstehandsomsetning av viltlevande marine ressursar (fiskesalslagslova)
- 2004 Forskrift 22. desember 2004 nr. 1800 om kontroll med eiermessige endringer i selskap mv. som innehar tillatelse til oppdrett av matfisk av laks og ørret i sjø
- 2007 Forskrift 29. juni 2007 nr. 832 om prisutjevningsordningen for melk
- 2013 Forskrift 1. juli 2013 nr. 809 om fordeling og avgrensning av produksjonskapasiteten i tillatelser til matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann
- 2015 Forskrift 23. oktober 2015 nr. 1215 om opphevelse av forskrift om fordeling og avgrensning av produksjonskapasiteten i tillatelser til matfisk av laks, ørret og regnbueørret i sjøvann

Norske dommer

Rt. 2009 s. 839 (Pedicel)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger)

HR-2004-707-F (Leinebris)

LF-2006-24118 (Leinebris)

LA-2001-1152 (Kvitsjøen)

MR-2004-7 (Pedicel)

TSOSU-2005-121865 (Leinebris)

EFTA-domstolen

Sak E-02-94 Scottish Salmon Growers Ltd. v. EFTA Surveillance Authority

Sak E-09/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v. Iceland

Sak E-04/04 Pedicel v. Sosial- og Helsedirektoratet

Joined cases

- E-03/13 & E-20/13 Fred.Olsen m.fl. v. Staten
- Sak E-14/15 Holship Norge AS v. Norsk
Transportarbeiderforbund
- Sak E-01/16 Synnøve Finden v. Staten v/Landbruks- og
matdepartementet
- Sak E-12/16 Marine Harvest ASA v. EFTA Surveillance
Authority

ESA:

- SEA063.400.Q01 Doc. No: 00-6999-D, 23. oktober 2000
- SEA063.400.Q01 Dec. No: 337/01/COL, Doc. No: 01-8198-D, 15.
November 2001
- Case No: 23983 Dec. No: 195/96/COL, 30. oktober 1999
- Case No: 55123 Dec. No: 176/05/COL, 15. juli 2005
- Case No: 63948 Dec. No: 729/08/COL, 26. november 2008
- Case No: 68781 Dec. No: 186/12/COL, 11 juli 2012
- Case No: 68781 Brev av 16. mars 2012, Det Kongelige Fiskeri- og
Kystdepartement
- Case No: 68781 Brev av 11. oktober 2012, Det Kongelige Fiskeri- og
Kystdepartement
- Case No: 71877 Dec. No: 221/13/COL, 18. juni 2014
- Case No: 79116 Doc. No: 820346, 18. oktober 2016 (Saken er oppført
med saksnummer 79122 i noen av sakens dokumen-
ter – uvisst hvorfor)
- Case No: 79513 Doc. No: 816996, 12. September 2016

EU-domstolen

Forente saker

C-286/82 og C-26/83 Luisi og Carbone v. Ministeriet for Statskassen

Sak C-197/84 Steinhauser v. City of Biarritz

Sak C-55/94 Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

Sak C-452/01 Ospelt v. Schlössle Weissenberg Familienstiftung

Traktater

Wien-konvensjonen The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. Mai 1969

ODA-avtalen Overvåknings- og domstolsavtalen, 31.01.1994

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 3.1.1994

Forarbeider

Ot.prp. nr. 53 (1984–1985) *Om lov om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.*

Ot.prp. nr. 65 (2000–2001) *Om lov om endring i lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.(vederlag ved tildeling av konsesjoner for matfiskoppdrett av laks og ørret)*

Ot.prp. nr. 61 (2004–2005) *Om lov om akvakultur (akvakulturloven)*

Ot.prp. nr. 99 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 19 om forbud mot at utlendiger driver fiske m.v. i Norges territorialfarvann*

Ot.prp. nr. 20 (2007–2008) *Om lov om forvaltning av viltlevande marine ressurser (havressurslova)*

Meld. St. 10 (2015–2016) *En konkurransekraftig sjømatindustri*

- Prop. 103 L (2012–2013) *Endringer i akvakulturloven*
- NOU 2008:5 *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark*
- NOU 2005:10 *Lov om forvaltning av villlevende marine ressurser. Havressursloven*
- NOU 2014:16 *Sjømatindustrien. Utredning av sjømatindustriens rammevilkår*
- St.prp. nr. 100 (1991–1992) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)*
- Ørebech, Peter (2015) *Høringsuttalelse til Meld. St. (2015–2016) Noen kommentarer til Professor Finn Arnesens betenkning for Nærings- og Fiskeridepartementet om EØS, fiskeri og aktivitets- og nasjonalitetskrav, 27. april 2015*
- Arnesen, Finn, (2015) *Endringer i deltakerlovens aktivitetskrav – EØS-rettslige spørsmål, betenkning i forbindelse med Meld. St. (2015–2016), 22. mars 2015*

Artikler

- Foss, Torben, *Analyse av Norges avtaler og samarbeid med EU på fiskeriområdet*, Europautredningen (2012) rapport # 4
- Arnesen, Finn, *Homogeneity and Disparity*, i Stefan Lorenzmeier & Hans-Peter Folz (ed.), *Recht und Realität. Festschrift für Christoph Vedder*, s 257–266

Nettsider

- Norges Råfisklag, *Tjenester*, (2016), per 25.11.2016
<http://www.rafisklaget.no/portal/page/portal/NR/Salgavfangst/Salgstjenester>

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

