



Det juridiske fakultet

Selvinkrimineringsvernet til foretak i konkurransesaker

Rekkevidden og det nærmere innholdet av vernet forut for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 for brudd på forbudsbestemmelsene i krrl. §§ 10 og 11

Silje Helena Toftegaard

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 desember 2020

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Innledning..... | 1 |
| 1.1 | Tema og problemstillinger | 1 |
| 1.2 | Begrepsavklaring: hva og hvem er et «foretak» og en «juridisk person»? | 2 |
| 1.3 | Avgrensninger | 4 |
| 1.4 | Metodiske problemstillinger | 5 |
| 1.4.1 | Innledning..... | 5 |
| 1.4.2 | Forholdet mellom EMK og norsk rett | 5 |
| 1.4.3 | Forholdet mellom EU-retten og norsk rett | 7 |
| 1.5 | Forholdet mellom saksbehandlingsreglene i straffeprosessloven og konkurranseloven | 8 |
| 2 | Konkurranseretten de lege lata..... | 9 |
| 2.1 | Konkurranserett og reglenes formål..... | 9 |
| 2.2 | Konkurransetilsynets myndighet og oppgaver som tilsynsorgan og håndhevingsorgan..... | 11 |
| 2.3 | Gangen i en konkurransesak som kan føre til illeggelse av overtredelsesgebyr | 12 |
| 2.4 | Nærmere om forhåndsvarsel etter fvl. § 16..... | 15 |
| 2.5 | Nærmere om overtredelsesgebyr etter krrl. § 29..... | 17 |
| 2.6 | Opplysningsplikt i lys av selvinkrimineringsvernet..... | 20 |
| 3 | Selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1..... | 24 |
| 4 | Område for vernet | 26 |
| 4.1 | Innledning..... | 26 |
| 4.2 | Om «criminal»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1 | 26 |
| 4.2.1 | Nærmere om nasjonal klassifisering..... | 28 |
| 4.2.2 | «The nature of the offence» | 30 |
| 4.2.3 | «The nature and degree of severity of the penalty» | 34 |
| 4.3 | Sammenfatning..... | 37 |

| | | |
|-------|---|----|
| 5 | Når aktiviseres selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1? | 38 |
| 5.1 | Innledning..... | 38 |
| 5.2 | Om «charge»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1 | 39 |
| 5.2.1 | Nærmere om “«the official notification (...)” | 40 |
| 5.2.2 | Nærmere om «the situation of the [suspect] had been substantially affected” | 41 |
| 6 | Det nærmere innholdet av vernet | 47 |
| 6.1 | Hvem kan påberope vernet på vegne av foretaket?..... | 47 |
| 6.2 | Hvilke former for opplysninger er omfattet? | 49 |
| 6.2.1 | Innledning..... | 49 |
| 6.2.2 | Forklaringsopptak og pålegg om utlevering av realbevis etter § 24 | 49 |
| 6.2.3 | Gjelder selvinkrimineringsvernet for alle opplysninger?..... | 53 |
| 7 | Avslutning | 54 |
| | Referanseliste | 56 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Tema for denne oppgaven er selvinkrimineringsvernet for foretak i forvaltningsprosessen. Et vern mot selvinkriminering innebærer en rett til å forholde seg taus, og heller ikke på annen måte bli forpliktet til å belyse saken mot seg¹. Mer presist skal jeg undersøke og vurdere det nærmere innholdet av foretakets vern mot selvinkriminering når Konkurransetilsynet undersøker og reagerer med overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser i §§ 10 og 11.

Selvinkrimineringsvernet for den mistenkte, siktede og tiltalte i straffesaker har spilt en fremtredende rolle og regnes i dag som et grunnleggende rettsstatsprinsipp idet det skal ivareta hensynet til menneskers verdighet og selvbestemmelsesrett. Samtidig skal vernet bidra til materielt riktige resultater idet myndighetene skal oppfylle sin bevisbyrde uten bevis som er blitt fremtvunget og eventuelt fremprovosert under press. Vernet kommer til uttrykk i Grunnloven², straffeprosessloven³ og EMK⁴ artikkel 6 nr. 1 I tillegg følger vernet av SP⁵ artikkel 14 nr. 3 bokstav g, og EU-domstolen har innfortolket selvinkrimineringsvernet i kontradiksjonsprinsippet⁶.

I norsk forvaltningsrett og forvaltningsprosess har imidlertid vernet spilt en beskjeden rolle⁷. En av hovedgrunnene til dette er at forvaltningsreaksjoner ikke har blitt ansett å være så alvorlige at selvinkrimineringsvernet burde tillegges større vekt enn hensynet til effektivitet i forvaltningen. Samtidig har selvinkrimineringsvernet som nevnt, først og fremst vært knyttet til respekten for den personlige vilje, og derfor vært forbeholdt fysiske personer som potensielt kan idømmes personlig straffansvar. Det har det derfor ikke vært aktuelt å snakke om

¹ Elgesem, Frode og Henning Rosenlund Wahlen, "Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen" *Tidsskrift for forretningsjus* 2010, s. 59

² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnloven (Grunnloven – GrL.) Innfortolket i kravet til en rettfærdig rettergang i GrL. § 95, jf. Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 14 og 15)

³ Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.) §§ 90, 92, 93, 123, 210, 221 andre ledd og 232

⁴ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

⁵ FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter

⁶ Se for eksempel: *Orkem mot kommisjonen*, 18. oktober 1989, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207

⁷ Prop 62. L (2015-2016) *Endringer i forvaltningsloven (administrative sanksjoner m.v.)* punkt 22.1 s. 134

foretakets selvinkrimineringsvern når Konkurransetilsynet undersøker og reagerer mot brudd på konkurranselovgivningen.

Med konkurranseloven 2004 ble imidlertid Konkurransetilsynet gitt kompetanse til å ilegge foretak overtredelsesgebyr. Dette er en straffelignende reaksjon som kan falle innunder straffebegrepet i EMK selv om forvaltningsreaksjoner tradisjonelt ikke har vært ansett som straff etter norsk rett. Dette har ført til omfattende diskusjoner om selvinkrimineringsvernets rekkevidde på forvaltningsstadiet⁸. Tvilen knytter seg både til vernets personelle- og materielle rekkevidde. Med personell rekkevidde siktes det til spørsmålet om både juridiske personer og fysiske personer er vernet. Med materiell rekkevidde siktes det til spørsmålet om vernet inntreer under forvaltningsstadiet, og i så fall på hvilket stadium i prosessen, og under hvilke omstendigheter.

I lys av disse nevnte diskusjonene aktualiserer oppgavens tema flere problemstillinger som skal behandles i det følgende. For det første om foretak overhode har et selvinkrimineringsvern i konkurransesaker, og i så fall hvem som skal påberope vernet på vegne av foretaket. For det andre om illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven aktualiserer vernet i EMK artikkel 6 nr. 1. For det tredje om selvinkrimineringsvern inntreer under Konkurransetilsynets kontrollvirksomhet på grunnlag av «charge»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1, og i så fall på hvilket stadium i prosessen. For det fjerde må det avklares om vernet gjelder for både muntlige forklaringer og realbevis, altså for eksempel dokumenter og elektronisk materiale, og for det femte hvilke opplysninger som er omfattet av vernet.

1.2 Begrepsavklaring: hva og hvem er et «foretak» og en «juridisk person»?

Begrepene «foretak» og «juridisk person» benyttes ofte om hverandre i juridisk litteratur i relasjon til selvinkrimineringsvern⁹. En «juridisk person» er i leksikonet definert som et selvstendig rettssubjekt som ikke er en fysisk person, men som likevel har kompetanse til å foreta rettsstiftende handlinger¹⁰. Dette kan være et selskap, staten, kommunen, et aksjeselskap, eller en forening mv.

⁸ Se for eksempel Prop. 75 L (2012-2013) *Endringer i konkurranseloven* s. 79

⁹ Se for eksempel «juridisk person» i Rt. 2011 s. 800 og «foretak» i forarbeidene til konkurranseloven

¹⁰ *Juridisk person* i Store norske leksikon på snl.no. Hentet 21. november 2020 fra https://snl.no/juridisk_person

Et «foretak» er i konkurranseloven § 2 definert som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet». En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at det avgjørende er om enheten utøver en form for økonomisk aktivitet. I forarbeidene er det presisert at begrepet omfatter enhver praksis «som utøver virksomhet av økonomisk art, uten hensyn til enhetens rettslige status og hvordan den er finansiert¹¹». Uavhengig av rettslig status innebærer dette at enheten i teorien kan være en fysisk person i motsetning til definisjonen av juridisk person. I praksis vil imidlertid andre regelsett, for eksempel skatteregler, avskjære fysiske personers mulighet til å drive økonomisk virksomhet uten en form for organisering¹². Det er derfor nærliggende å legge til grunn at ordlyden er valgt for å understreke at alle enheter som har kompetanse til å ta del i konkurransebegrensende avtaler, er omfattet av konkurranseloven¹³. Foretaksdefinisjonen faller derfor innunder definisjonen av en juridisk person, og omfatter alt fra bransjeorganisasjoner, snekkerens enkeltpersonforetak og advokatens praksis til allmennaksjeselskap¹⁴.

I denne oppgaven benyttes juridisk person der dette begrepet er brukt i den enkelte kilden. Ellers i oppgaven benyttes foretak slik begrepet er definert i konkurranseloven.

Redegjørelsen ovenfor om *hva* et foretak er og *gjør*, forklarer imidlertid ikke hvorfor det er aktuelt å snakke om ikke-fysiske personer og en rett til å forholde seg taus i en og samme kontekst. Det er først og fremst spørsmålet om *hvem* et foretak er, som aktualiserer diskusjonene om også et foretak har selvinkrimineringsvern. Foretaket må ses i sammenheng med de personene som representerer det utad. Det vil si styret, daglig leder eller andre som har kompetanse til å stifte rettigheter og plikter for foretaket¹⁵, og som senere også har plikt til å avgi forklaring eller utlevere dokumenter etter at Konkurransetilsynet har truffet vedtak om opplysningsplikt med hjemmel i konkurranseloven § 24¹⁶. Det er denne nære sammenhengen mellom foretak og fysiske personer som aktualiserer temaet, og som ble trukket frem som et moment da spørsmålet om juridiske personers vern etter EMK artikkel 6 nr. 1 ble forelagt Høyesterett i Rt. 2011 s. 800. Temaet behandles nærmere i kapittel 2.6 om foretakets

¹¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) om konkurranseloven B) om EØS-konkurranseloven kapittel 17 s. 221

¹² Olav Kolstad og Anders Ryssdal (2007) *Norsk konkurranserett: Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, s. 173

¹³ Olav Kolstad og Anders Ryssdal (2007) s. 173

¹⁴ Olav Kolstad og Anders Ryssdal (2007) s. 173-174

¹⁵ Se for eksempel aksjeloven § 6-30 om styrets representasjon og § 6-32 om daglig leders representasjon

¹⁶ NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* s. 171

selvinkrimineringsvern og i kapittel 6.1 om hvem som kan påberope selvinkrimineringsvernet på vegne av foretaket.

For den videre drøftelsen må begrepet «foretak» og «juridisk person» ses i sammenheng med de personene som i kraft av lov eller fullmakt representerer foretaket.

1.3 Avgrensninger

På grunn av oppgavens omfang har jeg foretatt flere avgrensninger. Når inngangsvilkårene i EMK artikkel 6 nr. 1 er oppfylt, kan et foretak ha krav på flere prosessuelle rettighetsgarantier. I denne oppgaven er det kun selvinkrimineringsvernet som behandles. Videre er oppgavens tema avgrenset til Konkurransetilsynets undersøkelser som kan lede til illeggelse av overtredelsesgebyr. Det innebærer for det første at andre tilsynsorganers myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr faller utenfor. For det andre innebærer dette at undersøkelser som leder til at Konkurransetilsynet anmelder¹⁷ forholdet faller utenfor oppgavens tema. For det tredje innebærer dette at oppgaven ikke behandler spørsmål knyttet til bruk av bevis i senere straffesaker som Konkurransetilsynet har innhentet som ledd i sine undersøkelser.

Det avgrenses mot en nærmere behandling av de materielle vilkårene for overtredelse av forbudsbestemmelsene i § 10 og § 11. For mitt formål er det tilstrekkelig å konstatere at bestemmelsene må være overtrådt for at Konkurransetilsynet skal ilegge overtredelsesgebyr, jf. krrl. §29. Endelig avgrenses oppgaven mot en nærmere behandling av konkurranselovgivningens kontrollhemler særskilt rettet mot «sammenslutninger av foretak¹⁸» i forbindelse med oppkjøp og fusjoner. I relasjon til selvinkrimineringsvernet forut for illeggelse av selvinkrimineringsvernet er det ikke hensiktsmessig å differensiere mellom foretak og foretakssammenslutninger. Skillet er i hovedsak kun av betydning ved undersøkelser av konkurranselovens materielle bestemmelser. For eksempel om det er morselskapet, eller et datterselskap som skal ilegges overtredelsesgebyr, eller diskusjonene om forbud mot konkurransebegrensende avtaler også omfatter avtaler mellom datterselskap

¹⁷ Konkurranseloven § 32

¹⁸ Konkurranseloven kapittel 4 §§ 16 til 21

og morselskap.

1.4 Metodiske problemstillinger

1.4.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er det flere regelsett som gir uttrykk for selvinkrimineringsvernet. I forarbeidene til revisjonen av konkurranseloven uttalte konkurranselovutvalget at fire regelsett er relevant for vurderingen av selvinkrimineringsvernet i konkurransesaker¹⁹. Saksbehandlingsreglene i konkurranseloven, saksbehandlingsreglene i straffeprosessloven, EMK artikkel 6 nr. 1 og selvinkrimineringsvernets utvikling i EU/EØS-retten. I dette innledende kapittelet skal derfor metodiske problemstillinger avklares. Dette gjelder forholdet mellom EMK og norsk rett, forholdet mellom EU-retten og norsk rett og forholdet mellom saksbehandlingsreglene i konkurranseloven og straffeprosessloven.

1.4.2 Forholdet mellom EMK og norsk rett

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven med forrang foran annen norsk lovgivning § 2 nr. 1, jf. § 3²⁰. Det vil si at konvensjonen gjelder «som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge», og «ved motstrid» tillegges konvensjonsbestemmelsene avgjørende vekt. Samtidig innebærer inkorporasjonen at myndighetene «skal respektere og trygge menneskerettene slik dei er fastsette (...) i traktater om menneskerettar som er bindande for Noreg», jf. Grl. § 92. Formålet med inkorporasjonen var å styrke menneskerettighetene i norsk rett²¹.

Med ordlyden «i den utstrekning de er bindende for Norge» menes at Norge er folkerettslig forpliktet til konvensjonsbestemmelsens innhold, ikke bare dens ordlyd²². Det vil si at andre rettskilder enn ordlyden må tas i betraktning og tolkes for å få et helhetlig bilde av Norges folkerettslige forpliktelse. En slik forståelse av inkorporasjonen er også forutsatt i

¹⁹ NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov* s. 76

²⁰ Lov 21 mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

²¹ Lovens formål i menneskerettsloven § 1

²² Jens Edvin A. Skoghøy (2018) *Rett og rettsanvendelse* s. 120, med videre henvisning til Arnfinn Bårdsen, «Betydning i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individklagesaker, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 160-187 på s. 170.

menneskerettslovens forarbeider²³. I sin utredning til Justis- og politidepartementet uttalte Menneskerettslovutvalget at det ikke kan oppstilles en folkerettslig plikt for nasjonale domstoler å følge konvensjonsorganenes tolkning av konvensjonen, men likevel slik:

«at organenes avgjørelser eller uttalelser normalt vil være rettskildefaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene, også når tolkningen foretas av nasjonale myndigheter²⁴».

Dette ble fulgt opp i Justiskomiteens innstilling til Stortinget datert 3. mars 1999, der komiteen uttalte at det overordnede formålet med inkorporasjonen er å styrke menneskerettighetene i norsk rett og:

«Det må difor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen... (...). Komiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkningspraksis²⁵».

Uttalelsene i forarbeidene styrker forståelsen av at det er konvensjonsbestemmelsens innhold som er avgjørende. Praksis fra EMD vil derfor være en tungtveiende kilde ved tolkning av EMK.

I plenumsavgjørelsen fra Høyesterett inntatt i Rt. 2005 s. 833 presiserte retten hvilke grunnleggende tolkningsprinsipper som gjelder for tolkning av EMK. Utgangspunktet er at EMD har kompetanse til å utvikle EMK²⁶. Norske domstoler skal imidlertid foreta en selvstendig tolkning av konvensjonsbestemmelsene ved å benytte tolkningsprinsipper oppstilt av EMD²⁷. Med dette menes at «konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og

²³ NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter*, se for eksempel punkt 6.2.4

²⁴ NOU 1993:18 punkt 6.4, s. 89

²⁵ Innst. O. Nr. 51 (1998-99) side 6 punkt 8 under «Komiteen sine merknader»

²⁶ Rt-2005-833-P avsnitt 45.

²⁷ Rt-2005-833-P avsnitt 45

EMDs avgjørelser²⁸» er relevante rettskilder.

EMD har selv uttalt at den tolker EMK etter tolkningsreglene i Wienkonvensjonen artikkel 31 til 33²⁹. Det vil si at det som et utgangspunkt skal legges avgjørende vekt på ordlyden i lys av konvensjonens formål slik Høyesterett også la til grunn i plenumsavgjørelsen. EMD har imidlertid selv bidratt til å utvikle metoden for tolkning av EMK utover Wienkonvensjonen, ved å legge større vekt på formålsbetraktninger³⁰ og rettspraksis enn det som følger av Wienkonvensjonen³¹. Dette kan det være flere grunner til. Konvensjonstekstene er vage og åpne, og det gir rom for å legge vekt på andre rettskilder, særlig fordi konvensjonen ikke har tilhørende forarbeider av betydning. Den uttalte årsaken er imidlertid at EMD har presisert at konvensjonsbestemmelsene må tolkes i lys av samfunnsutviklingen³² og slik at konvensjonen gir rettigheter som «not (...) are theoretical or illusory but rights that are practical and effective³³».

1.4.3 Forholdet mellom EU-retten og norsk rett

Den norske konkurranselovgivningen er i stor grad harmonisert med konkurranselovgivningen i EU og EØS. Et uttalt ønske om harmonisering var også en av hovedgrunnene til at Konkurransetilsynet fikk hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr med konkurranseloven 2004³⁴. Praksis fra EU-domstolen har derfor vært en tungtveiende rettskilde ved tolkning av materielle konkurranseregler³⁵. Dette gjelder også ved tolkning av prosessuelle konkurranseregler idet EU-rettens saksbehandlingsregler for forvaltningen er gjennomført i EØS-avtalen protokoll 21 og ODA-avtalen protokoll 4³⁶. I forarbeidene til revisjoner av konkurranseloven har det flere ganger vært diskutert om selvinkrimineringsvernet for foretak i norsk konkurranserett skal praktiseres og reguleres i

²⁸ Rt-2005-833-P avsnitt 45

²⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

³⁰ Jens Edvin A. Skoghøy (2018) s. 115.

³¹ Frode Elgesem, «Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode» *Lov og Rett* 2003 (Volum 42) punkt 3.6, med videre henvisninger til EMDs metode i blant annet *Tyrer mot Storbritannia*, dom 25. april 1978 og *Dudgeon mot Storbritannia*, dom 22. oktober 1981.

³² Jens Edvin A. Skoghøy (2018) s. 115

³³ Se for eksempel *Airey mot Irland* [J] 1979, no. 6289/73 avsnitt 24

³⁴ Prop 75 L (2012-2013) *Endringer i konkurranseloven* s. 64

³⁵ Se for eksempel HR-2017-1229-A («Follo»)

³⁶ Forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv. kapittel 2

tråd med utviklingen av foretakets selvinkrimineringsvern i EU-retten³⁷. I proposisjon til Stortinget i 2013, landet imidlertid Departementet på at en regulering etter modell fra EU-retten vil medføre uoversiktlige metodiske konsekvenser for praktiseringen av vernet, sett i lys av EMK og EMDs utvikling av selvinkrimineringsvernet. Om EU-rettens bidrag til tolkning av vernet i norsk rett oppsummerte Departementet at: «Ved den nærmere praktiseringen av selvinkrimineringsvernet vil EU/EØS-retten gi veiledning, særlig i de tilfeller hvor det foreligger lite eller ingen relevant praksis i forhold til EMK³⁸».

På dette grunnlaget kan det legges til grunn at vurderingen av rekkevidden og det nærmere innholdet av selvinkrimineringsvernet følger av EMK med tilhørende praksis fra EMD. En eventuell motstrid løses ved at praksis fra EMDs uttalelser tillegges avgjørende vekt. Praksis fra EU-domstolens anvendes som bidrag i tilfeller som nevnt i konkurranselovens forarbeider.

1.5 Forholdet mellom saksbehandlingsreglene i straffeprosessloven og konkurranseloven

Straffeprosessloven kommer ikke til anvendelse i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. straffeprosessloven §§ 1 og 2. Dette er også lagt til grunn i konkurranselovens forarbeider³⁹. Når Konkurranselovutvalget i 2012 uttalte at straffeprosessloven er relevant for å vurdere selvinkrimineringsvernet til foretak, er dette fordi systemhensyn kan tilsi at enkelte prosessuelle spørsmål som ikke er løst i konkurranseloven, bør løses etter modell fra straffeprosessloven. Dette kommer til uttrykk ved at selvinkrimineringsvernet for foretak i straffesporet er blitt lagt til grunn som regel for foretak i forvaltningssporet på bakgrunn av Rt. 2011 s. 800, som gjaldt foretakets vern mot selvinkrimineringsvern i en straffesak⁴⁰.

³⁷ Se for eksempel forslaget til utvalgets flertall i NOU 2003:12 s. 187

³⁸ Prop. 75 L (2012-2013) punkt 5.2.4.4, s. 81

³⁹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 240

⁴⁰ Se NOU 2012:7 s. 84 og Prop. 75 L (2012-2013) s. 75

2 Konkurranseretten de lege lata

2.1 Konkurranserett og reglenes formål

Konkurranserett består av de rettsregler som skal fremme og beskytte konkurransen i næringslivet⁴¹. Målet er effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser og virkemiddelet er konkurranse i markedet. De norske konkurransereglene har sin bakgrunn i konkurranserettenstilblivelse i USA og Europa. I USA ble konkurranseregler nedfelt sent på 1800-tallet der særlig Sherman Act fra 1890 fikk en sentral rolle i å bekjempe kartell- og boikottsamarbeid. I Europa har konkurransereglene vært et virkemiddel for målet om et felles effektivt indre marked i EU og EØS-landene. I Norge består konkurransereglene av konkurranseloven⁴² og konkurransereglene i EØS-avtalen som er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven⁴³ og EØS-konkurranseloven⁴⁴.

Konkurranselovens hovedbestemmelser er konkurranseloven § 10 som forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, § 11 som forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling og § 16 som er Konkurransetilsynets hjemmel til å gripe inn mot konkurransebegrensende fusjoner og oppkjøp. Disse bestemmelsene er et direkte resultat av EU/EØS-samarbeidet. Forbudsbestemmelsene i §§ 10 og 11 er harmonisert med EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som igjen tilsvarer artikkel 101 og 102 i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV).

Formålet med konkurranseloven er angitt i lovens § 1:

«Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser».

Det fremgår uttrykkelig av ordlyden at denne lovs formål er å fremme konkurranse fordi

⁴¹ Olav Kolstad og Anders Ryssdal (2007) s. 25

⁴² Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

⁴³ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det Europeiske samarbeidsområde (EØS) mv.

⁴⁴ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

konkurransen bidrar til effektiv ressursbruk. I forarbeidene la Arbeids- og administrasjonsdepartementet til grunn at bestemmelsen er ment å tydeliggjøre at konkurranse er en del av et mål-middel hierarki⁴⁵. Det vil si at konkurransen ikke er et mål i seg selv, men et virkemiddel for å nå lovens overordnede mål – effektiv ressursbruk. Ordlyden «derigjennom» er valgt for å presisere at loven kun kommer til anvendelse når det er manglende konkurranse som er årsaken til at samfunnets ressurser ikke utnyttes effektivt⁴⁶.

Effektiv ressursbruk er altså det overordnede formålet med loven og samtidig reglens legislative begrunnelse. Med effektiv ressursbruk menes samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av ressurser⁴⁷. Konkurranseretten kan derfor ikke ses adskilt fra de økonomiske fag fordi reglene er et produkt av bakenforliggende økonomiske faktorer. Dette tydeliggjøres ved at lovgiver har begrunnet lovens formål i effektivitetsteorien (public interest)⁴⁸.

Effektivitetsteorien har en statisk og en dynamisk dimensjon. Statisk effektivitet er et studium av hvordan konkurransereglene bidrar til optimal utnyttelse av samfunnets ressurser ved et gitt tidspunkt. Dynamisk effektivitet er et studium av hvordan konkurransereglene bidrar til innovasjon, nye produkter og produksjonsprosesser som er samfunnsøkonomisk effektivt i et lengre tidsperspektiv. Lovgiver har lagt til grunn at konkurransereglens tilblivelse er begrunnet i både statisk og dynamisk effektivitet⁴⁹.

Konkurransereglene skal altså komme alle i samfunnet til gode: forbruker, konsument, produsent, leverandør og samfunnet generelt. I formålsbestemmelsens andre ledd har imidlertid lovgiver presisert at det skal legges særlig vekt på forbrukerhensynet.

Bestemmelsen kan virke overflødig sett i lys av at effektivitetsteorien tilsier at konkurransereglene kommer alle ledd i verdikjeden til gode, herunder også forbruker. Samtidig kan ordlyden gi en indikasjon på at lovgiver har ment at forbrukernes interesser skal tillegges avgjørende vekt i en interesseavveining mellom forbruker og andre aktører i verdikjeden. Til dette har Konkurranselovutvalget uttalt at forbrukerhensynet inntatt i

⁴⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 221.

⁴⁶ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 221.

⁴⁷ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 31

⁴⁸ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 31 med videre henvisning til NOU 1991:27 *Konkurransen for effektiv ressursbruk*. Teorien skiller seg fra interessegruppeteorien (economic interest) som begrunner konkurransereglens tilblivelse fra et politisk økonomisk perspektiv. I henhold til teorien anses konkurransereglene som et instrument for å sikre best mulig interesseavveining mellom alle velgere i den hensikt å maksimere velgeroppslutning. Se Peder Østbye (2007) *Konkurranseretten En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming* s. 17-20

⁴⁹ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 31 med videre henvisning til NOU 1991:27

formålsbestemmelsen er ment å tydeliggjøre at konkurransereglene også kommer forbruker til gode⁵⁰. Det vil si at det er totalvelferden, ikke forbrukervelferden isolert, i tråd med effektivitetsteorien som må tas i betraktning ved anvendelse av loven.

For å sikre konkurransereglenes etterlevelse og dermed bidraget til samfunnsøkonomisk effektivitet, er det opprettet uavhengige konkurransemyndigheter, herunder Konkurransetilsynet, jf. konkurranseloven § 8. Konkurransetilsynets myndighet og hjemler for å føre tilsyn og å sanksjonere foretak blir tema i det følgende.

2.2 Konkurransetilsynets myndighet og oppgaver som tilsynsorgan og håndhevingsorgan

Konkurransetilsynet utgjør konkurransemyndighetene sammen med Stortinget, Regjeringen ved departementet og Konkurransklagenemnda, jf. konkurranseloven § 8 første ledd. Konkurransetilsynets myndighet er gitt med hjemmel i lover og vedtak fra Stortinget, Regjeringen og departementet. I dag er Konkurransetilsynet organisert under Nærings- og fiskeridepartementet. Konkurransklagenemnda er klageorgan for Konkurransetilsynets vedtak. Konkurransetilsynet er et uavhengig forvaltningsorgan, jf. § 8 andre ledd. Dette innebærer at øvrige organisasjonsledd er avskåret fra å instruere Konkurransetilsynet i enkeltsaker, jf. tredje ledd.

Konkurransetilsynets oppgaver er opplistet i § 9. Konkurransetilsynet skal føre «tilsyn med konkurranse i de forskjeller markeder» ved å «kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes», «foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger», «iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet», «håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54» og påpeke gjeldende rett og fremme forslag om tiltak for å styrke konkurransen i markedet.

Av konkurranseetilsynets oppgaver følger det indirekte at Konkurransetilsynet både er et tilsynsorgan og et håndhevingsorgan. I forvaltningens prosessuelle regler illustrerer dette skillet mellom tilsynsprosess og sanksjonsprosess⁵¹. Som tilsynsorgan kontrollerer

⁵⁰ NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov* s. 20

⁵¹ Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (2006) *Norsk konkurranserett: Bind II Prosess og sanksjoner*, s. 16

Konkurransetilsynet foretakene for å sikre at konkurranselovens regler etterleves. Som sanksjonsorgan håndhever Konkurransetilsynet lovens regler ved å etterforske og å reagere mot og sanksjonere lovbrudd. Denne tosporede prosessen er imidlertid ikke uproblematisk i relasjon til selvinkrimineringsvernet.

2.3 Gangen i en konkurransesak som kan føre til illeggelse av overtredelsesgebyr

For å kunne drøfte når selvinkrimineringsvernet inntreer i en konkurransesak, må det redegjøres for de ulike fasene i prosessen fra Konkurransetilsynet innleder en sak mot et foretak og frem til Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Tradisjonelt har tilsynsprosessen vært delt inn i en kartleggingsfase, kontrollfase og reaksjons- og sanksjonsfase⁵².

Begrepene reaksjon og sanksjon brukes ofte om hverandre nettopp fordi en sanksjon er en reaksjonsform. I forvaltningsrettslig sammenheng bør imidlertid begrepene holdes adskilt fordi reaksjoner og begrepet «administrative sanksjoner» er to ulike reaksjonsformer, da de har ulike formål og følger ulike prosessuelle regler. For eksempel gjelder innskrenkninger i opplysningsplikten etter § 24 kun ved saker om illeggelse av sanksjoner, ikke reaksjoner⁵³. Skillet mellom reaksjoner og administrative sanksjoner ble tydeliggjort da en legaldefinisjon av «administrative sanksjoner» ble tilføyd forvaltningsloven § 43. Det følger av denne bestemmelsen at det med en administrativ sanksjon menes en negativ reaksjon som ilegges i tilbakeskuende øyemed. Det vil si at den ilegges for en begått lovovertrødelse. I tillegg må den regnes som straff etter EMK artikkel 6. Hvilke sanksjoner som regnes som straff etter EMK artikkel 6 behandles i kapittel 4.

Prosesen i en konkurransesak som kan lede til illeggelse av overtredelsesgebyr vil variere avhengig av flere faktiske og rettslige omstendigheter. Et viktig skille går mellom «sanksjonssak» og «tilsynssak», og Konkurransetilsynet må derfor tidlig i prosessen ta stilling til om en sak skal behandles som sanksjonssak eller som tilsynssak⁵⁴. Grunnen til det er at kravene til saksbehandling er strengere i sak om sanksjoner, enn i saker der

⁵² Marius Stub (2011) *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, s. 22

⁵³ Olav Kolstad og Anders Ryssdal (2007) s. 88

⁵⁴ Olav Kolstad og Anders Ryssdal (2007) s. 88

Konkurransetilsynet foretar ordinære kontroller⁵⁵. I forarbeidene til ny forvaltningslov uttalte Justis- og beredskapsdepartementet at «rene sanksjonssaker [er] saker som ikke har noe annet formål enn å avdekke mulige lovbrudd⁵⁶», mens tilsynssaker er «saker som initieres av tilsynsvirksomhet med et videre formål⁵⁷» uten at det foreligger en antakelse om at det er begått et konkret lovbrudd.

I både tilsynssaker og sanksjonssaker som kan lede til ileggelse av overtredelsesgebyr med hjemmel i § 29, innledes prosessen med en *kartleggingsfase*. Fasen kjennetegnes ved at Konkurransetilsynet utfører oppgaver i kraft av egen handlefrihet, og at det ikke treffes bindende vedtak for noen⁵⁸. I denne fasen holder Konkurransetilsynet oppsyn med de ulike markedene ved å motta, innhente og vurdere innkommende opplysninger om markedet, en bransje eller et konkret foretak. Opplysningene kommer ofte fra tips, klager og henvendelser, fra søknad om lempning av overtredelsesgebyr, fra møter initiert av Konkurransetilsynet selv eller aktører i markedet. I tillegg foretar Konkurransetilsynet analyser og undersøkelser av markedet, og risikovurderinger av en konkret bransje fordi bransjen er spesielt utsatt for manglende konkurranse. For eksempel vurderinger av prisene i norsk luftfart som var opptakten til at Konkurransetilsynet fattet vedtak om å ilegge SAS overtredelsesgebyr for underprising på ruten Oslo-Haugesund i 2005, jf. § 29, jf. § 11⁵⁹.

Kontrollfasen innledes ved at konkurransetilsynet gir foretaket pålegg om utlevering av opplysninger med hjemmel i konkurranseloven § 24, og/eller foretar bevissikring med hjemmel i § 25. Hvilket av de to kontrolltiltakene som benyttes, eller benyttes først dersom begge tas i bruk, avhenger først og fremst av graden av mistanke om at foretaket har begått et konkret lovbrudd, og hvilket kontrolltiltak som er formålstjenlig i den konkrete saken.

Når Konkurransetilsynet vurderer at det er «rimelig grunn til å anta» at det foreligger brudd på bestemmelser i konkurranseloven, vedtak i medhold av loven, eller Norges folkerettslige avtaler, fremsetter tilsynet begjæring om adgang til bevissikring for tingretten, jf. krrl. § 25 fjerde ledd, jf. § 25 første ledd bokstav a og/eller b. Etter rettens beslutning om bevissikring,

⁵⁵ Se punkt 2.4 og punkt 5.2.2.1 nedenfor

⁵⁶ Prop. 62 L (2015-2016) punkt 4.3.2 s.30 med videre henvisning til NOU 2003:15 *fra bot til bedring* kap. 5.7.6

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Marius Stub (2011) s. 67

⁵⁹ Vedtak V2005-9, datert 6. juni 2005

kan Konkurransetilsynet kreve adgang til en rekke oppbevaringssteder som kontorlokaler, eiendommer og transportmidler, samt ta beslag i dokumenter, elektronisk materiale og andre ting som kan ha betydning som bevis, jf. § 25 bokstavene a til d.

Det andre kontrolltiltaket som benyttes av Kontrolltilsynet, pålegg om opplysningsplikt med hjemmel i § 24, kan benyttes uavhengig av bevissikring, men det kan også benyttes både samtidig med og etter at det er foretatt bevissikring, jf. § 24 fjerde ledd. Pålegg om å utlevere opplysninger krever ikke at det er rimelig grunn til å anta at det foreligger et konkret brudd på konkurranselovgivningen, til forskjell fra bevissikring etter § 25. Vilkåret for å fatte vedtak om opplysningsplikt, er at Konkurransetilsynet «krever» opplysningene for å kunne utføre sine oppgaver etter konkurranseloven § 9. Opplysninger kan kreves avgitt både skriftlig og muntlig, jf. § 24 første ledd andre punktum. Det betyr at både plikt til utlevering av dokumenter og elektronisk materiale, og plikt til å avgi forklaring, er omfattet.

Når Konkurransetilsynet, på grunn av antakelser om et lovbrudd som kan lede til ileggelse av overtredelsesgebyr, fatter vedtak om bevissikring med hjemmel i § 25, er det per definisjon opprettet en *sanksjonssak*. Under disse omstendighetene kan det legges til grunn at det videre formålet med undersøkelsene er å avdekke konkrete brudd på konkurranseloven, idet hjemmelen for bevissikring oppstiller krav til at Konkurransetilsynet har en viss mistanke om at det foreligger et eller flere slike brudd. Hjemmelen for pålegg om opplysningsplikt oppstiller imidlertid ikke et slikt mistankekrav, jf. § 24. Dette utelukker likevel ikke at pålegget vedtas på grunnlag av mistanke. Det vil si at formålet kan være å avdekke konkrete lovbrudd på grunn av mistanke, for eksempel ved at kontrolltiltaket foretas som et supplement til bevissikringer. Samtidig kan et pålegg om opplysningsplikt inngå som et ledd i et tilsyn med et videre kontrollformål. For eksempel ved at det tas en slag stikkprøve i en utsatt bransje. Om det foreligger en *sanksjonssak* eller *tilsynssak* ved pålegg om utlevering etter § 24, vil derfor bero på omstendighetene i saken. Det er imidlertid mindre tvilsomt at det foreligger en *sanksjonssak* dersom det forut for pålegget er foretatt bevissikring etter § 25.

Samtlige offentlige vedtak publisert av Konkurransetilsynet om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 og/eller § 11, viser at kontrolltiltakene benyttes flere ganger og om hverandre i samme sak. Prosessen er altså dynamisk, løpende og formålsstyrt. Den kontinuerlige informasjonsinnhenting forut for at det fattes vedtak, må ses i sammenheng med Konkurransetilsynets utredningsplikt før det treffes vedtak om

overtredelsesgebyr, jf. forvaltningsloven § 17.

Etter at det er foretatt kontrolltiltak, vurderer Konkurransetilsynet, på bakgrunn av faktum og utredninger av juridiske og økonomiske spørsmål, om saken skal utredes videre eller om saken skal legges bort. Dersom konklusjonen er at saken ikke skal legges bort, vil Konkurransetilsynet utarbeide et forhåndsvarsel som sendes til foretaket, eller foretakene. Dette varselet må gis «før vedtak treffes», jf. forvaltningsloven § 16 første ledd⁶⁰. Varselet skal «gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv», jf. forvaltningsloven § 16 andre ledd. Videre vil dette varselet suppleres med vedlegg som dokumenterer grunnlaget for Konkurransetilsynets foreløpige vurdering i saken⁶¹.

Konkurransetilsynet setter en frist for tilbakemelding på varselet, jf. fvl. § 16 første ledd. Etter at partene inngir tilsvaret følger det ytterligere en utredningsfase, hvor innspill som gjelder faktum, juridiske og økonomiske vurderinger, undersøkes og utredes ytterligere dersom det er behov for dette⁶². Når saken er «så godt opplyst som mulig», jf. forvaltningsloven § 17, besluttes det om et vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr skal treffes.

Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr følger av konkurranseloven § 29 tredje ledd. Vedtaket skal inneholde en utfyllende begrunnelse, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25.

2.4 Nærmere om forhåndsvarsel etter fvl. § 16

I kapittelet ovenfor om gangen i en sak som kan føre til ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29, ble det nevnt at foretaket har rett på et forhåndsvarsel «før vedtak treffes», jf. fvl. § 16. Grunnen til at det oppstilles et underkapittel om dette varselet allerede her i oppgaven, er at vurderingen av «charge»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1 fordrer en redegjørelse av kravet til innhold i varsel, og kravet til når varselet skal gis. «Charge»-vilkåret behandles nærmere i kapittel 3 og 5.

Konkurranseloven gir ikke regler om forhåndsvarsel før vedtak om ileggelse av

⁶⁰ Se nærmere om dette i kapittel 2.4 nedenfor

⁶¹ Basert på en gjennomgang av Konkurransetilsynets offentlige vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Se for eksempel Vedtak V2007-2, 19.02.2007 punkt 1.2.

⁶² Se forutsetningsvis feks. Vedtak V2017-18, datert 22.03.2017 punkt 1.4 (avsnitt 41)

overtredelsesgebyr⁶³, og loven gir derfor ikke veiledning til å si noe mer konkret om når varselet skal gis, og hva et varsel skal inneholde. Reglene om forhåndsvarsel før vedtak om overtredelsesgebyr følger av forvaltningsloven, og det grunnleggende forvaltningsrettsprinsippet om at det skal gis forhåndsvarsel ved ileggelse av sanksjoner⁶⁴. Reglene om forhåndsvarsel er et utslag av det grunnleggende kontradiktoriske prinsipp i forvaltningsprosessen⁶⁵, og må ses i sammenheng med forvaltningens ansvar for sakens opplysning i fvl. § 17 og veiledningsplikten i § 11, herunder Konkurransetilsynets plikt til å veilede foretak om deres vern mot selvinkriminering⁶⁶.

Når det gjelder tidspunktet for når varselet skal gis, er utgangspunktet som nevnt at et forhåndsvarsel gis «før vedtak treffes», jf. fvl. § 16. Ordlyden gir imidlertid ikke ytterligere veiledning for å angi det nærmere tidspunktet. I forarbeidene er det lagt til grunn at varselet «skal gis så tidlig som mulig⁶⁷». Forvaltningslovutvalget la til grunn at det med «så tidlig som mulig» menes at det må foretas en konkret vurdering i hver sak, basert på en avveining av partenes interesser i å bli varslet i god tid før vedtak treffes, og på den andre siden partenes interesser i å få presis informasjon⁶⁸. Den nærmere avveiningen i en konkret sak, må tas av det enkelte forvaltningsorganet, og det må derfor ses hen til Konkurransetilsynets praksis for å si noe mer konkret om når varselet gis i sak om ileggelse av overtredelsesgebyr.

Det følger av Konkurransetilsynets offentlige tilgjengelige vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på krrl. §§ 10 og 11, at forhåndsvarsel blir gitt etter at saken er grundig utredet ved at det ofte er foretatt bevissikringer med hjemmel i krrl. § 25, pålegg om utlevering av dokumenter og elektronisk materiale med hjemmel i krrl. § 24, og forklaringsopptak med hjemmel i krrl. § 24. På tidspunktet for varselet vurderer Konkurransetilsynet at det skal fattes vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. I flertallet av sakene har det ikke vært behov for ytterligere kontrolltiltak etter at forhåndsvarselet er gitt og parten har fått inngi tilsvar.

⁶³ Konkurranseloven inneholder kun regler om forhåndsvarsel for vedtak etter §§ 16 og 16 a, og ved inngåelse av kartellforlik etter § 29 a. Se også NOU 2012:7 punkt 6.4.1.2 s. 54

⁶⁴ Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (2006) s. 91, med videre henvisninger til Rt. 1977 s. 405, Rt. 1997 s. 1019 og Hans Petter Graver, *Forvaltningens plikt til å gi varsel før vedtak treffes*, Lov og Rett 2005 s. 579 flg.

⁶⁵ Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (2006) s. 91

⁶⁶ Forskrift 11. desember 2013 om opplysningsplikt og bevissikring § 4. Se punkt 2.6 nedenfor.

⁶⁷ NOU 2019:5 *Ny forvaltningslov* s. 335. Dette er en videreføring av gjeldende rett forut for utvalgets utredning til ny forvaltningslov, se: Hans Petter Graver (2015) *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, s. 398.

⁶⁸ NOU 2019:5 s. 335

Når det gjelder varselets innhold, er utgangspunktet at varselet «skal gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv», jf. forvaltningsloven § 16 andre ledd. Ordlyden sammenholdt med bestemmelsens formål tilsier at varselet må inneholde hjemmel for overtredelsen og de faktiske opplysninger som vedtaket bygger på. En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene⁶⁹, rettspraksis⁷⁰ og juridisk teori⁷¹.

Det følger av Konkurransetilsynets offentlige tilgjengelige vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr at forhåndsvarselet inneholder en grundig gjennomgang av sakens faktiske omstendigheter, hjemmel for vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr, og at varselet inneholder opplysninger om at Konkurransetilsynet vurderer å ilegge overtredelsesgebyr. Se for eksempel vedtak om å ilegge TINE BA overtredelsesgebyr etter krrl. § 29, jf. §§ 10 og 11:

«Den 19. september 2005 ble TINE varslet om at Konkurransetilsynet vurderte å ilegge selskapet et overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 på inntil kroner 45 millioner for brudd på konkurranseloven §§ 10 og 11⁷²».

At varsel også må angi hvilken sanksjon forvaltningen vurderer å ilegge er også lagt til grunn i rettspraksis⁷³. Varslene som gis i forkant av et sanksjonsvedtak er altså innholdsmessig presise og gir parten mye informasjon. Presis og mye informasjon er i tråd med at kravet til innhold, nyanseres og konkretiseres ut fra hvilken sak det er snakk om⁷⁴. Saker om ileggelse av sanksjoner blir ansett som særlig inngripende, og det settes derfor strenge krav til varselets innhold⁷⁵.

2.5 Nærmere om overtredelsesgebyr etter krrl. § 29

Overtredelsesgebyr som sanksjonsform ved overtredelser av konkurranseloven, ble innført med konkurranseloven 2004. Samtidig ble «straff» for grovt uaktsomme eller forsettlige

⁶⁹ NOU 2019:5 s. 336

⁷⁰ Se Hans Petter Graver (2015) s. 402 med videre henvisning til for eksempel Rt. 1997 s. 343 og Rt. 2004 s. 76

⁷¹ Hans Petter Graver (2015) s. 402

⁷² Vedtak V2007-2, 19.02.2007 punkt 1.2

⁷³ Hans Petter Graver (2015) s. 408 med videre henvisning til blant annet Rt. 1977 s. 405

⁷⁴ Hans Petter Graver (2015) s. 406

⁷⁵ Hans Petter Graver (2015) s. 406

overtredelser av loven videreført, i dag hjemlet i § 32. Innføringen av dette tosporede sanksjonssystemet innebærer at Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten har parallell kompetanse⁷⁶. Påtalemyndigheten innleder normalt sak om brudd på konkurranselovgivningen etter en anmeldelse fra Konkurransetilsynet. At saken har blitt videreført til straffesporet, avskjærer imidlertid ikke Konkurransetilsynets kompetanse til å fortsatt behandle saken⁷⁷. Formålet med innføringen av overtredelsesgebyr som en sivilrettslig sanksjonsform var å effektivisere forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, sammenholdt med et ønske om å harmonisere konkurranseloven med håndhevingsreglene i EU/EØS⁷⁸.

Konkurransetilsynet har hjemmel til å vedta overtredelsesgebyr, jf. § 29 tredje ledd. Det følger av ordlyden i bestemmelsens første ledd at et overtredelsesgebyr kan ilegges «et foretak eller en sammenslutning av foretak». Ordlyden tilsier at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges fysiske personer som begår overtredelsen på vegne av foretaket. En slik forståelse harmonerer med uttalelser i lovens forarbeider⁷⁹.

Det objektive vilkåret for å ilegge foretaket et overtredelsesgebyr er at «foretaket (...) eller noen som handler på vegne av foretaket» har overtrådt prosessuelle og materielle bestemmelser i konkurranseloven eller vedtak som er gitt i medhold av loven, jf. andre ledd bokstavene a til f, jf. første ledd. Ordlyden «på vegne av» foretaket, er gitt for å tydeliggjøre at foretaket kan bli ansvarlig for overtredelser begått av flere enn foretakets eiere og ledelsen i foretaket⁸⁰. Det er tilstrekkelig at den som handler på vegne av foretaket har kompetanse til å handle på vegne av foretaket. Det vil si at både ansatte og tillitsvalgtes overtredelser omfattes⁸¹. Det er ikke krav til at den eller de som har overtrådt konkurranselovgivningen identifiseres, og også kumulative feil kan sanksjoneres⁸². Kumulative feil vil si at flere har begått handlinger som i sum dekker den objektive gjerningsbeskrivelsen.

⁷⁶ Prop 75. L (2012-2013) *Endringer i konkurranseloven* s. 43.

⁷⁷ Prop 75. L (2012-2013) s. 43

⁷⁸ Prop 75. L (2012-2013) s. 33. Se også ovenfor i kapittel 1.4.3

⁷⁹ Prop. 75 L (2012-2013) punkt 4.1.3, side 34. Det samme ble lagt til grunn av departementet i Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) kapittel 7 s. 241.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) kapittel 7, s. 241

⁸¹ Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (2006) s. 55. Se også forutsetningsvis avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett i sak: LB-2014-76039 («Asfaltsaken») der foretaket ble holdt ansvarlig for en ansatt overtredelse begått utenfor instruks.

⁸² NOU 2012: 7 s. 40 og Prop. 75 L (2012-2013) s. 58

Medvirkning til overtredelser som angitt i bokstav a til f, sanksjoneres på samme måte, jf. bokstav g. Fordi overtredelsesgebyr ikke kan ilegges fysiske personer på grunnlag av personlig ansvar, er også medvirkningsansvaret begrenset til foretak.

I tillegg til at konkurranselovgivningen objektivt sett må være overtrådt, må det foreligge tilstrekkelig grad av subjektiv skyld, jf. først ledd. Skyldkravet er «forsett eller uaktsomhet».

Reglene om utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven følger av krrl. § 29 andre ledd. Det følger av ordlyden at Konkurransetilsynet skal legge vekt på «gebyret størrelse, (...) foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31». Ordlyden gir her anvisning på at det må foretas en skjønnsmessig avveining i den konkrete saken. Nærmere regler om utmåling av gebyret følger av forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr⁸³. I forarbeidene til konkurranseloven er det lagt til grunn at utmålingen av gebyret i så stor grad som mulig bør harmoniseres med prinsippene for utmåling i EU/EØS-reglene⁸⁴. Dette innebærer at Konkurransetilsynet har et betydelig skjønnsmessig handlingsrom når det gjelder utmåling av gebyrets størrelse⁸⁵. Dette for at gebyrnivået skal sikre effektiv håndheving av konkurransereglene ut fra preventive hensyn.

For forsettlige eller uaktsomme overtredelser av konkurranseloven § 10 og 11 kan Konkurransetilsynet maksimalt ilegge et gebyr på «inntil 10 % av foretakets omsetning», jf. forskriften § 2. Dersom foretaket inngår i et konsern, tas det utgangspunktet i konsernets samlede omsetning det siste regnskapsåret⁸⁶. I vedtak om å ilegge Telenor Norge AS og Telenor ASA overtredelsesgebyr for brudd på krrl. § 11 ble for eksempel gebyrets størrelse fastsatt til 788 millioner⁸⁷.

⁸³ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118. Se også Rt. 2012 s. 1556 («Brosaken») avsnitt 74, 77 og 80-81

⁸⁵ Vedtak V2018-20 (avsnitt 1124), med videre henvisning til forskriften om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr og «Kommissjonens retningslinjer for metoden for fastsettelse av bøter, inntatt i EF-tidende C 210/02 1. september 2006»

⁸⁶ Se for eksempel *Akzo Nobel m.fl mot Kommisjonen* (avsnitt 90), T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381

⁸⁷ Vedtak V2018-20 (avsnitt 4)

2.6 Opplysningsplikt i lys av selvinkrimineringsvernet

Med hjemmel i konkurranseloven § 24 første ledd har Konkurransetilsynet kompetanse til å pålegge «enhver» å utlevere de opplysninger «som [Konkurransetilsynet] krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne oppfylle Norges folkerettslige avtaler med en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon». En alminnelig forståelse av ordlyden «enhver» tilsier at plikten til å utlevere opplysninger påhviler både fysiske personer og foretak. Ordlyden tilsier også at både parter i en sak og tredjepersoner er omfattet av opplysningsplikten. En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene⁸⁸ og Konkurransetilsynets veileder⁸⁹. Vilkåret for å pålegge et foretak opplysningsplikt er at Konkurransetilsynet har behov for opplysningene for å utføre sine oppgaver etter § 9. Hvilke opplysninger Konkurransetilsynet har behov for, avgjøres etter dets eget skjønn⁹⁰ begrenset av forvaltningsrettslige prinsipper om myndighetsmisbruk⁹¹.

Bestemmelsen tilsier at opplysningsplikten gjelder fullt ut, uten begrensninger i form av saksbehandlingsregler om foretakets selvinkrimineringsvern. Dette underbygges av at det heller ikke andre steder i konkurranseloven fremgår at selvinkrimineringsvernet er til hinder for Konkurransetilsynets adgang til å pålegge opplysningsplikt verken for fysiske personer, foretak eller noen som handler på vegne av et foretak. Utgangspunktet etter konkurranseloven er derfor at opplysningsplikten gjelder fullt ut kun begrenset av vilkåret om at Konkurransetilsynet må ha behov for opplysningene for å utføre sine oppgaver etter § 9.

1. januar 2014 trådte imidlertid forskrift om opplysningsplikt og bevissikring i kraft⁹². Forskriftens § 4 med overskrift; «Informasjon om selvinkrimineringsvernet», har denne ordlyden:

«Før det opptas muntlig forklaring som ledd i Konkurransetilsynets undersøkelse av

⁸⁸ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 235

⁸⁹ Veileder for innlevering av interne (elektroniske) dokumenter til Konkurransetilsynet. Utarbeidet 1. april 2020, punkt 1.2.

⁹⁰ NOU 2012:7 s. 54.

⁹¹ Ibid.

⁹² Forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring

mulige brudd på konkurranseloven, skal vedkommende foretak eller person informeres om vernet mot selvinkriminering».

En slik bestemmelse forutsetter at opplysningsplikten er begrenset av selvinkrimineringsvernet. I tillegg følger det uttrykkelig av ordlyden at både foretak og fysiske personer er omfattet. Bestemmelsen må ses på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene og rettspraksis.

Som nevnt i innledningen til denne oppgaven, gjaldt det i tidligere forvaltningspraksis ingen begrensninger i et foretaks plikt til å forklare seg og å utlevere opplysninger til Konkurransetilsynet⁹³. Spørsmålet om foretaks selvinkrimineringsvern ble imidlertid forelagt Høyesterett i Rt. 2011 s. 800.

Lovtolkningsspørsmålet for Høyesterett var om selvinkrimineringsvernet i EMK også gjelder for juridiske personer. Spørsmålet var ikke forelagt for EMD, og Høyesterett tok stilling til spørsmålet på bakgrunn av praksis fra EMD og en tolkning av konvensjonens formål med utgangspunkt i ordlyden «everyone» i EMK artikkel 6 nr. 1.

Person A var siktet for grov økonomisk utroskap mot eget selskap og overtredelser av ligningsloven. I forbindelse med etterforskningen av straffesaken mot A, hadde politiet begjært utleveringspålegg om overlevering av regnskapsmateriale i alle selskaper som A helt eller delvis var eier av eller kontrollerte. Politiet ga selskapene vitnestatus idet det ikke forelå mistanke mot selskapene, og de var dermed underlagt forklaringsplikt. Selskapene mente på sin side at opplysningene som ble begjært utlevert senere ville kunne gi grunnlag for siktelse mot dem, og på dette grunnlaget påropte selskapene seg sin rett til å forholde seg taus i medhold av EMK artikkel 6 nr. 1.

Høyesterett gjennomgikk flere rettskilder fra ulike regelsett, men la avgjørende vekt på to hovedargumenter⁹⁴. For det første at en tolkning av praksis fra EMD tilhørende artikkel 6 pekte i retning av at juridiske personer kan påberope selvinkrimineringsvernet. For det andre

⁹³ NOU 2003:12 punkt 8.1.2.1 og 8.6.2.5, se for eksempel s. 186

⁹⁴ Rt. 2011 s. 800 (Avsnitt 52)

at de hensyn selvinkrimineringsvernet skal ivareta tilsier at juridiske personer er omfattet av vernet, herunder «*generelle rettssikkerhetshensyn*⁹⁵».

Når det gjelder praksis fra EMD i tilknytning EMK artikkel 6, la Høyesterett vekt på at EMD har lagt til grunn at juridiske personer har vært omfattet av andre rettigheter som enten direkte følger av artikkel 6, eller som er innfortolket i det overordnede kravet til en rettfærdig rettergang i EMK artikkel 6. Høyesterett viser her til *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige* som gjaldt rettergang innen rimelig tid, og *Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland* hvor saken gjaldt spørsmålet om et aksjeselskap kunne påberope artikkel 6 hva gjelder utstrekning av kontradiksjonsprinsippet⁹⁶. Sakene gjaldt altså ikke selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6, men Høyesterett tolket praksisen fra EMD slik at utgangspunktet må være at juridiske personer kan påberope rettigheter som følger av artikkel 6, med mindre EMD har sagt noe annet.

Til forskjell fra lagmannsretten fant ikke Høyesterett grunnlag for å sondre mellom hjemmebaserte selskaper og andre selskaper etter en parallelltolkning av praksis fra EMD tilhørende EMK artikkel 8⁹⁷.

Hva gjelder hensyn som selvinkrimineringsvernet er begrunnet i, tok Høyesterett utgangspunkt i EMDs avgjørelse i *Saunders mot Storbritannia* og la til grunn at rettssikkerhetshensyn som vernet bygger på tilsier at også juridiske personer er vernet «*når de risikerer foretaksstraff*»⁹⁸. Førstvoterende la til grunn at vernet bygger på formålet om å beskytte siktede mot uakseptabel tvang, og at påtalemyndigheten skal oppfylle sin bevisbyrde uten å fremtvinge bevis mot den siktedenes vilje⁹⁹. Til dette uttalte Høyesterett at EMDs formuleringer av hensynene kan trekke i retning av at vernet kun er aktualisert for fysiske personer, men at dette ikke kan tillegges avgjørende vekt¹⁰⁰.

Begrunnelsen for å ikke tillegge dette momentet avgjørende vekt må ses i sammenheng med

⁹⁵ Avsnitt 40

⁹⁶ Avsnitt 29 til 32

⁹⁷ Avsnitt 33 til 37

⁹⁸ Avsnitt 40

⁹⁹ Avsnitt 41

¹⁰⁰ Avsnitt 41

førstvoterende sin uttalelse i avsnitt 42. I saken ble det argumentert for at det må differensieres mellom situasjoner der en fysisk person kan utsettes for personlig straffansvar, og der det kun er foretaket som straffes. Til dette uttalte førstvoterende at:

«... selv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om en gradforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridisk personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering. Selskapsrepresentantene vil i mange tilfelle[r] kunne være i en tvangssituasjon som gjør det naturlig å identifisere dem med selskapet¹⁰¹».

Det vil si at det ved avgjørelsen av om selskapsrepresentanten er omfattet av selvinkrimineringsvernet, ikke skal differensieres mellom situasjonene der vedkommende kan risikere personlig straffansvar, og der det kun er foretaket som ilegges straff. Dette momentet er særlig interessant i lys av diskusjoner om foretakets selvinkrimineringsvern¹⁰², og i lys av den videre drøftelsen av denne oppgaven. Grunnen til det er at brudd på konkurranseloven § 10 kan lede til personlig straffansvar for selskapsrepresentanter, og overtredelsesgebyr for foretaket, jf. § 29. Ved brudd på konkurranseloven § 11 er det imidlertid kun foretaket som kan sanksjoneres, jf. §29. Høyesteretts kjennelse i Rt. 2011 s. 800 innebærer at foretaket har et selvinkrimineringsvern uavhengig av om Konkurransetilsynet utfører kontrolltiltak med sikte på å avdekke brudd på konkurranseloven § 10 og/eller § 11.

Høyesterett sitt tolkningsresultat er blitt fulgt opp av lovgiver i forarbeidene til revisjonen av konkurranseloven¹⁰³. Departementet oppsummerte drøftelsen av juridiske personers selvinkrimineringsvern i konkurransesaker slik:

«Som det fremgår ovenfor ser departementet det slik at Høyesterett gjennom kjennelsen i Rt. 2011 s. 800 har avgjort også for konkurranserettens vedkommende at det gjelder et visst vern mot selvinkriminering også for foretak. Vernet er gjennomført i norsk lov og har forrang fremfor konkurranseloven¹⁰⁴».

¹⁰¹ Rt. 2011 s. 800 avsnitt 42

¹⁰² Se for eksempel Elgesem og Wahlen (2010) kapittel 3, s. 69

¹⁰³ NOU 2012:7 punkt 7.3.4.2 s. 86 og Prop. 75 L (2012-2013) punkt 5.2.1.3 s. 75

¹⁰⁴ Prop. 75 L (2012-2013) s. 81

Utgangspunktet etter dette er at foretak er omfattet av selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1.

I denne sammenhengen må det imidlertid nevnes at utvalget til ny straffeprosesslov har konkludert med at foretak ikke bør ha et selvinkrimineringsvern i straffesporet¹⁰⁵. Utvalget har lagt til grunn at hensynet bak selvinkrimineringsvernet vedrørende å respektere den siktedes vilje som er lagt til grunn av EMD, ikke treffer foretak. Samtidig er utvalgets vurdering basert på en sammenligning av den generelle vitneplikten i straffesporet. Utvalgets forslag om å føre rettstilstanden tilbake til tiden forut Rt. 2011 s. 800, er metodisk interessant, da dette er i strid med Høyesteretts tolkning av selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1. I tråd med alminnelig rettskildelære må Høyesteretts tolkningsresultat i 2011 legges til grunn for den videre drøftelsen. Dersom Departementet og Stortinget går inn for løsningen til straffeprosessutvalget, er det imidlertid nærliggende å legge til grunn at dette også får konsekvenser for foretakets vern i tilsynsprosessen i fremtiden, med mindre det kommer en avklaring fra EMD. Dette følger av at foretakets selvinkrimineringsvern i konkurransesaker er et direkte utslag av Høyesterett sin avgjørelse om foretaks vern i straffesporet¹⁰⁶.

Oppsummert, på bakgrunn av Høyesterett sin tolkning av EMK artikkel 6 nr. 1, må det legges til grunn at foretak har et selvinkrimineringsvern etter norsk rett. Utgangspunktet er dermed at selvinkrimineringsvernet kan legge begrensninger på Konkurransetilsynets adgang til å pålegge foretaket opplysningsplikt. Om dette gjelder i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr må imidlertid bero på en nærmere tolkning av EMK artikkel 6 nr. 1.

3 Selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1

Selvinkrimineringsvernet i artikkel 6 følger ikke direkte av konvensjonsbestemmelsens ordlyd. I *Funke mot Frankrike*¹⁰⁷ fra 1993 innfortolket EMD for første gang selvinkrimineringsvernet i det overordnede kravet til en rettferdig rettergang, «fair trial», under bestanddelen i artikkel 6 nr. 1: «In the determination (...) of any criminal charge against

¹⁰⁵ NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, s. 211

¹⁰⁶ Se NOU 2012:7 s. 84

¹⁰⁷ *Funke mot Frankrike* [J] 1993, no. 10828/84

him, everyone is entitled to a fair (...) hearing». I senere saker for EMD har vernet blitt slått fast og ytterligere presisert¹⁰⁸.

I *Saunders mot Storbritannia* uttalte EMD at: «... although not specifically mentioned in Article 6, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6...»¹⁰⁹.

Det er altså ikke tvilsomt at selvinkrimineringsvernet anses som et grunnleggende element i kravet til en rettfærdig rettergang selv om vernet ikke uttrykkelig fremgår av konvensjonsbestemmelsens ordlyd.

Som nevnt i innledningen til denne oppgaven er formålet med selvinkrimineringsvernet å beskytte den siktede mot utilbørlig tvang fra myndighetene («improper compulsion»), og å bidra til at myndighetene treffer materielt riktige avgjørelser¹¹⁰. EMD har uttalt at vernet er tett forbundet med uskyldspresumpsjonen i artikkel 6 nr. 2, idet selvinkrimineringsvernet bygger på at påtalemyndigheten skal oppfylle sin bevisbyrde uten bevis som er innhentet fra den siktede under press og tvang («coercion or oppression»), mot den siktedes vilje¹¹¹. I dette ligger et overordnet formål om at selvinkrimineringsvernet skal bidra til at myndighetene respekterer den siktedes vilje om å ikke ville uttale seg i saken mot seg¹¹².

Inngangsvilkåret for at selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 skal kunne påberopes er at det foreligger en «criminal charge». Vernet er absolutt i den forstand at det kan påberopes av «everyone» så lenge det foreligger en «criminal charge» «against him»¹¹³. Rekkevidden og det nærmere innholdet av vernet beror imidlertid på en konkret vurdering av omstendighetene i saken¹¹⁴. EMD har uttalt at det for den nærmere vurderingen av om vernet er krenket av myndighetene, må legges vekt på:

¹⁰⁸ Se for eksempel *Saunders mot Storbritannia* [GC] 1996, no. 19187/91

¹⁰⁹ *Saunders mot Storbritannia* [GC] 1996, no. 19187/91 (avsnitt 68)

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.* Se også uttalelsen i *Martinen mot Finland* [J] 2009, no. 19235/03 (avsnitt 60)

¹¹² Jon Fridrik Kjølbro (2010) *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, s. 494

¹¹³ Kjølbro (2010) s. 493

¹¹⁴ *O'Halloran and Francis mot Storbritannia* [GC] 2007, nos. 15809/02 og 25624/02 (avsnitt 53)

«the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put¹¹⁵».

Premissene lagt til grunn, vil det nærmere innholdet av vernet til foretak i konkurransesaker bero på en avveining av to overordnede verdihensyn. Hensynene som selvinkrimineringsvernet skal ivareta på den ene siden, og hensynet til effektiv håndheving av konkurranselovgivningen, som skal bidra til å ivareta totalvelferden i samfunnet, på den andre siden.

4 Område for vernet

4.1 Innledning

I kapittel 2.6 ble det lagt til grunn at foretak er omfattet av ordlyden «everyone» i EMK artikkel 6 nr. 1. Utgangspunktet for den videre drøftelsen er dermed at vi er på område for vernet. Det neste som må undersøkes er om vernet kommer til anvendelse i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.

4.2 Om «criminal»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1

EMK artikkel 6 kommer til anvendelse i saker som gjelder «[A] determination (...) of any criminal charge». Saken må altså gjelde ileggelse av en sanksjon som er «criminal» etter konvensjonen for at foretaket som et utgangspunkt kan påberope selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1. Det neste spørsmålet som skal drøftes er derfor om overtredelsesgebyr etter § 29 er å anse som «criminal» etter EMK artikkel 6 nr. 1.

En naturlig forståelse av ordlyden «criminal» tilsier at alle alminnelige straffebud er omfattet. Ordlyden i konvensjonsteksten gir ikke veiledning på om forvaltningssanksjoner er omfattet, og det vil derfor være mest nærliggende å legge til grunn at overtredelsesgebyr faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde idet den norske rubriseringen tilsier at forvaltningssanksjoner ikke er straff.

¹¹⁵ *Jalloh mot Tyskland* [GC] 2006, no. 73053/01 (avsnitt 117)

EMD tolker imidlertid «criminal»-begrepet autonomt og dynamisk. Autonomt vil si at begrepet tolkes uavhengig av konvensjonsstatenes rubrisering¹¹⁶. Dynamisk vil si at EMD anvender EMK som «a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present day conditions¹¹⁷». I *Engel and others mot Nederland*¹¹⁸ uttalte EMD at criminal-begrepet må bero på flere kriterier enn den nasjonale rubriseringen, og oppstilte to øvrige kriterier for når en reaksjon er criminal i konvensjonens forstand.

Kriteriene er fulgt opp i en rekke dommer og er et prejudikat for vurderingen av om en sanksjon er å anse som straff etter EMK¹¹⁹. Det følger av denne avgjørelsen at de tre kriterier som må drøftes er nasjonal klassifisering, («national classification»), karakteren av den overtrådte handlingsnorm («the nature of the offence») og innholdet og alvorret av den sanksjonen lovbrøtteren risikerer, («the nature and degree of severity of the penalty»).

De tre såkalte Engel-kriteriene er i utgangspunktet alternative¹²⁰. Det vil si at sanksjonen er «criminal» etter konvensjonsbestemmelsen dersom et av kriteriene er oppfylt. EMD har imidlertid lagt til grunn at selv om en sanksjon ikke er straffemessig under noen av kriteriene, skal det likevel undersøkes om den samlede kumulative effekten av kriteriene tilsier at sanksjonen er «criminal» etter EMK¹²¹. Praksis fra EMD viser at de to sistnevnte kriteriene ofte glir over i hverandre¹²².

I det følgende skal de tre kriteriene undersøkes, samt foretas fortløpende vurderinger av om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 oppfyller kriteriene.

¹¹⁶ Harris mfl. (2014) *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 379.

¹¹⁷ Se for eksempel *Tyrer mot Storbritannia* [J] 1978 no. 5856/72.

¹¹⁸ *Engel and others mot Nederland* [P] 1976, nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

¹¹⁹ Jørgen Aal (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5 utgave, s. 431

¹²⁰ Dette følger eksempelvis av *Garyfallou AEBE mot Hellas* [J] 1997, no. 18996/91

¹²¹ *Ezeh and Connors mot Storbritannia* [GC] 2003, nos. 39665/98 og 40086/98 avsnitt 86. Se også *Janosevic mot Sverige* [J] 2002, no. 34619/97 avsnitt 67.

¹²² Se for eksempel *A. Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italia* [J] 2011, no. 43509/08.

4.2.1 Nærmere om nasjonal klassifikasjon

Etter *Engel mot Nederland* må det først undersøkes om overtredelsesgebyr er klassifisert som straff etter norsk intern rett. Dersom nasjonale myndigheter har klassifisert overtredelsesgebyret som strafferettslig, anses den uten nærmere vurdering som «criminal» etter EMK¹²³. Det vil si at dersom ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29 er klassifisert som strafferettslig i Norge (criminal law), vil også EMD komme til at ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29 anses å være «criminal» etter EMK. Dette vil være EMDs tolkningsresultat selv om de to andre kriteriene ikke er oppfylt. Dersom nasjonale myndigheter ikke har klassifisert handlingsnormen som strafferettslig, må spørsmålet bero på de to øvrige kriteriene.

Utgangspunktet etter *Engel and others mot Nederland* er at det må foretas en undersøkelse av om lovbestemmelsen er plassert inn i den nasjonale straffelovgivningen. I denne saken var normen plassert inn i disiplinærlovgivningen i Nederland «disciplinary law», og ikke «criminal law». EMD kom derfor til at normen ikke var klassifisert som «criminal» etter EMK, og spørsmålet måtte bero på de to øvrige kriteriene. Avgjørelsen gir ingen ytterligere veiledning på om klassifiseringen må komme til uttrykk i lov, eller om det er tilstrekkelig at dette fremkommer av lovens forarbeider, rettspraksis eller juridisk teori. EMD har imidlertid i senere avgjørelser lagt til grunn at det må foretas en bred undersøkelse av landets øvrige rettskilder selv om det ikke fremgår av loven at sanksjonen er klassifisert som strafferettslig¹²⁴. I juridisk teori er vurderingsnormen formulert som et spørsmål om nasjonale myndigheter i realiteten anser forholdet som straff¹²⁵.

Overtredelsesgebyr etter § 29 er ikke klassifisert som straff etter konkurranseloven. Det følger direkte av lovens overskriftsinndeling som skiller mellom «overtredelsesgebyr» etter § 29 og «straff» etter § 32. Hjemmelen for overtredelsesgebyr er plassert i konkurranseloven og ikke straffeloven, og overtredelsesgebyr er heller ikke klassifisert som straff etter straffebegrepet i

¹²³ Harris, David *Law of the European Convention on Human Rights*, side 374.

¹²⁴ Se for eksempel *Öztürk mot Tyskland* [P] 1984, no. 8544/79. Se også Jon Petter Rui Johansen, «Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2005, punkt 5 med videre henvisning til en rekke EMD-avgjørelser i fotnote 71.

¹²⁵ Jon Petter Rui Johansen (2005) punkt 5.

Grunnloven § 96¹²⁶. I så fall ville det hatt den rettsvirkning at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges administrativt. Overtredelsesgebyr måtte i så fall være idømt av ordinære domstoler¹²⁷. Det kan derfor legges til grunn at det ikke kan utledes av verken konkurranseloven, straffeloven eller Grunnloven at overtredelsesgebyr er rubrisert som straff etter norsk rett.

I forvaltningsloven § 44 og i forarbeidene til norske lovrevisjoner er overtredelsesgebyr klassifisert som en administrativ sanksjon¹²⁸. Dette er en sivilrettslig reaksjon, og skillet mellom straff og sivilrettslige reaksjoner ilagt av forvaltningen har lange tradisjoner i norsk rett, selv om overtredelsesgebyr er «siste skudd på stammen av sanksjoner for brudd på forvaltningslovgivning som ikke er klassifisert som straff¹²⁹». I forarbeidene til konkurranseloven 2004 uttalte Arbeids- og administrasjonsdepartementet om ileggelse av overtredelsesgebyr med hjemmel i konkurranseloven § 29:

«Det er store forskjeller mellom denne sivilrettslige reaksjon og strafferettslige bøter. Reglene i straffeloven og straffeprosessloven kommer eksempelvis ikke til anvendelse ved vedtak om overtredelsesgebyr. Denne sivilrettslige reaksjonen faller inn under gruppen av forvaltningssanksjoner¹³⁰».

I juridisk teori er det lagt til grunn at kjennetegnet ved slike forvaltningssanksjoner som nevnt i konkurranselovens forarbeider, er nettopp at det er reaksjoner som ilegges av forvaltningen, uten at disse etter tradisjonell intern rett er klassifisert som straff¹³¹.

I senere lovrevisjoner til konkurranseloven har dette tradisjonelle skillet blitt opprettholdt selv om lovgiver og Høyesterett har forsøkt å integrere ny praksis fra EMD vedrørende overtredelsesgebyr i relasjon til «criminal»-vilkåret. Dette underbygges av at Departementet i

¹²⁶ Se for eksempel Rt. 2014 s. 620 A og Jens Edvin Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven» *Jussens venner* 2014, kapittel 1.

¹²⁷ Jussila mot Finland, no. 73053/01 (avsnitt 43), Rt. 2014 s. 620 (avsnitt 48) og Prop. 62 L (2015-2016) punkt 4.3.3.

¹²⁸ Se NOU 2003:15 side 22 og forvaltningsloven kap IX. «Administrative sanksjoner» § 44.

¹²⁹ Jens Edvin Skoghøy (2014) kapittel 1.

¹³⁰ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 240

¹³¹ Jens Edvin Skoghøy (2014) kapittel 1.

2013 uttalte at «lovgiver har klassifisert konkurranselovens sanksjon som et administrativt gebyr¹³²», og at «overtredelsesgebyr [også] skiller seg fra straff etter Grunnloven § 96¹³³».

Etter redegjørelsen ovenfor kan det legges til grunn at overtredelsesgebyr etter § 29 ikke er klassifisert som straff etter norsk intern rett. Overtredelsesgebyr ilagt på grunn av brudd på konkurranselovgivningen må derfor prøves mot de to øvrige kriteriene. I tråd med innledningen til kapittelet, er det i den forbindelse tilstrekkelig at det aktuelle lovbruddet etter sin art er «criminal», eller at lovbrøtteren er blitt holdt ansvarlig for en sanksjon som på grunn av dens art (innhold) og alvorlighetsgrad hører hjemme i den kriminelle sfæren («criminal sphere»)¹³⁴.

4.2.2 «The nature of the offence»

Under dette kriteriet må det undersøkes om det aktuelle lovbruddet etter sin art er “criminal”. EMD har ved drøftelsen av dette kriteriet foretatt en helhetsvurdering av en rekke momenter for å undersøke om lovbruddet har karakter av å være «criminal»¹³⁵.

I storkammerdommen *Jussila mot Finland* ble to momenter avgjørende for domstolens resultat. For det første la EMD avgjørende vekt på at tilleggsskatt ble ilagt for overtredelser av en bestemmelse som rettet seg mot alle skattebetalere. For det andre var det avgjørende at tilleggsskatt hadde et avskrekkende og straffende formål «deterrent and punitive». EMD har i flere saker også vurdert sanksjonens formål i tilknytning det tredje kriteriet «innholdet og alvoret av sanksjonen». Fordi drøftelsen av formålet med sanksjonen henger tett sammen med alvoret av sanksjonen, vil formålet med illeggelse av overtredelsesgebyr drøftes under det tredje engel-kriteriet etter modell fra EMD i *A. Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italia* (heretter *A. Menarini-saken*). Under kriteriet «the nature of the offence» har EMD videre lagt vekt på om illeggelse av sanksjonen krever en skyldvurdering¹³⁶. I *A-Menarini-saken* ble det også lagt vekt på konkurranselovgivningens formål og kompetansen til konkurransemyndighetene i Italia (ACGM).

¹³² Prop 75 L (2012-2013) s. 63

¹³³ Prop 75. L (2012-2013) s. 62

¹³⁴ *Grande Stevens and others mot Italia* [J] 2014, no. 18640/10 (avsnitt 94)

¹³⁵ Se Kjølbros (2010) s. 364 til 366 og Jon Petter Rui Johansen (2005) kapittel 6 for en nærmere redegjørelse av en rekke aktuelle momenter.

¹³⁶ Kjølbros (2010) s. 365

Det følger av redegjørelsen ovenfor at det som må undersøkes i relasjon til vedtak om overtredelsesgebyr med hjemmel i krrl. § 29, er konkurranselovgivningens nedslagsfelt, formålet med konkurranselovgivningen, herunder kompetansen til Konkurransetilsynet, og om ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29 gir anvisning på en skyldvurdering.

Det første som må undersøkes er konkurranselovgivningens nedslagsfelt. Med det menes en undersøkelse av om konkurranselovgivningen har et bredt nedslagsfelt, eller om det er reguleringer rettet mot «a given group possessing a special status¹³⁷». Grunnen til at dette momentet tillegges vekt i relasjon til lovbruddets karakter av å være «criminal», er at et kjennetegn ved strafferettslige normer er at det er regler som retter seg mot «alle og enhver¹³⁸», uten formål om å få en spesifikk gruppe i befolkningen til å handle på en bestemt måte¹³⁹. Med “enhver” menes ikke at alle i befolkningen må være underlagt reguleringen. I *Jussila mot Finland* utelukket for eksempel ikke skattelovgivningens nedslagsfelt dens karakter av å være «criminal». I *Steiningen mot Østerrike*¹⁴⁰ tydeliggjøres dette ved at EMD kom til at næringsdrivende i landbruksindustrien i Østerrike ikke var underlagt reguleringer som var «aimed at singling out a specific group of the population and subjecting them to a particular regime¹⁴¹», selv når lovgivningen ikke var rettet mot alle næringsdrivende. Dette innebærer at det er en høy terskel for at lovgivningens nedslagsfelt utelukker anvendelse av EMK artikkel 6.

Konkurransetilsynet kan ilegge «et foretak» overtredelsesgebyr med hjemmel i § 29. Dette er «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet», jf. krrl. § 2.

Konkurranselovgivningen er rettet mot alle foretak. Premissene i *Steiningen mot Østerrike* lagt til grunn, kan alle foretak ikke anses å være «a specific group of the population», og konkurranselovgivningen er heller ikke «a particular regime». Dette underbygges også av at konkurranselovgivnings nedslagsfelt etter italiensk lovgivning ikke ble nevnt da EMD drøftet Engel-kriteriene i A.Menarini-saken. Utgangspunktet etter dette er at konkurranselovgivningens nedslagsfelt ikke utelukker anvendelse av EMK artikkel 6.

¹³⁷ Özturk mot Tyskland [J] 1984, no 8544/79 (avsnitt 53)

¹³⁸ Kjølbro (2010) s. 364

¹³⁹ Kjølbro (2010) s. 364

¹⁴⁰ Steiningen mot Østerrike [J] 2012, no. 21539/07

¹⁴¹ Steiningen mot Østerrike [J] 2012, no. 21539/07 (avsnitt 36)

Det neste som må undersøkes er konkurranselovgivningens formål og Konkurransetilsynets kompetanse. I A.Menarini-saken undersøkte EMD om konkurranselovgivningens overordnede formål, i likhet med straffeloven, var å ivareta og beskytte generelle samfunnsinteresser. Dette besvarte domstolen bekreftende idet formålet med de overtrådte bestemmelsene var å beskytte konkurransen i markedet, og de italienske konkurransemyndighetenes oppgave var å føre tilsyn med at selskaper ikke inngikk konkurransebegrensende avtaler og ikke misbrukte sin dominerende stilling i den hensikt å fremme lovgivningens formål. Sammenfattet la EMD til grunn at den italienske konkurranselovgivningen «affects the general interests of society, usually protected by criminal law¹⁴²». Dette vil være et moment som peker i retning av at ileggelse av administrative sanksjoner på grunnlag av brudd på konkurranselovgivningen har karakter av å være «criminal».

I kapittel 2.1 ble det lagt til grunn at det overordnede formålet med konkurranseretten er å sikre totalvelferden i samfunnet, fordi konkurranse fremmer effektiv ressursbruk. Formålet med konkurranseretten er dermed, i likhet med konkurranselovgivningen i Italia og straffeloven, å ivareta generelle samfunnsinteresser. Samtidig er også oppnevning av Konkurransetilsynet, i likhet med italienske konkurransemyndigheter, opprettet for å fremme dette overordnede formålet. Dette tilsier at overtredelsesgebyr ilagt på grunn av overtredelser av konkurranseloven, har karakter av å være «criminal».

Det neste som skal undersøkes i relasjon til dette kriteriet er om ileggelse av overtredelsesgebyr med hjemmel i § 29, forutsetter at foretaket har utvist tilstrekkelig grad av subjektiv skyld. En bestemmelse som ikke inneholder et subjektivt krav om skyld, utelukker ikke at bestemmelsen er av «criminal» karakter¹⁴³, men der ileggelse av sanksjonen motsatt inneholder et slikt krav, tillegges det vekt i retning av at lovbruddet er av «criminal» karakter. Begrunnelsen for å legge vekt på dette momentet er at et skyldkrav er et kjennetegn ved ileggelse av straff, idet staten ikke skal kunne ilegge/idømme lovbrøyteren samfunnets

¹⁴² Opprinnelige ordlyd: «Elle affecte donc les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal», A Menarini Diagnostics S.R.L mot Italia [J] 2011, no. 43509/08 (avsnitt 40) med videre henvisning til Steinut mot Frankrike (avsnitt 62).

¹⁴³ Se for eksempel *Vastberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige* [J] 2002, no. 36985/97 (avsnitt 79)

strengeste reaksjon uten at det kreves en viss form for utvist skyld med hensyn til overtredelsen¹⁴⁴.

Som nevnt i kapittel 2.5 kreves det «forsett eller uaktsomhet» for å ilegge overtredelsesgebyr med hjemmel i § 29. Bestemmelsen gir anvisning på en skyldkonstatering, og dette trekker i retning av at bestemmelsen er av «criminal» karakter. Etter min vurdering svekkes momentets vekt av at foretaket kan ilegges overtredelsesgebyr for uaktsom overtredelse, der kjerneområde for illeggelse av straff er at det kreves forsett med hensyn til overtredelsen. Videre svekkes momentets vekt av at foretaket kan ilegges overtredelsesgebyr både for anonyme og kumulative feil begått på vegne av foretaket. Samtidig har lovgiver tatt inn en skyldkonstatering i ordlyden i § 29, mens foretak etter straffeloven¹⁴⁵ § 27 kan idømmes foretaksstraff uten at det påvises skyld.

Lovgivers valg om å innta en skyldkonstatering i hjemmelen for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, sammenholdt med at det samtidig ikke kreves skyld for å idømme foretaket foretaksstraff etter straffelovens alminnelige regler, tilsier at skyldkravet for illeggelse av overtredelsesgebyr etter § 29, bør tillegges vekt i retning av at bestemmelsen er av «criminal» karakter.

Sammenfattet kan det legges til grunn at konkurranselovgivningens nedslagsfelt ikke utelukker at illeggelse av overtredelsesgebyr med hjemmel i krrl. § 29 er av «criminal» karakter. Konkurranselovgivningens overordnede formål om å ivareta totalvelferden i samfunnet, ivaretar generelle samfunnsinteresser, i likhet med alminnelige straffebud, og det er opprettet et uavhengig forvaltningsorgan for å fremme dette formålet. Dette gir illeggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovgivningen et strafferettslig preg. En skyldkonstatering trekker i samme retning.

Selv om momentene peker i retning av at overtredelsesgebyr er «criminal» etter EMK artikkel 6 nr. 1, må det tredje kriteriet undersøkes. Etter *Jussila mot Finland* og *A. Menarini-saken* er sanksjonens formål og alvor av avgjørende betydning.

¹⁴⁴ Jon Petter Rui Johansen (2005) kapittel 6.3.2 med videre henvisning til Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004 s. 209-210.

¹⁴⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

4.2.3 «The nature and degree of severity of the penalty»

Under dette kriteriet må det undersøkes om sanksjonen på grunn av dens art (innhold) og alvorlighetsgrad hører hjemme i den kriminelle sfæren («criminal sphere»)¹⁴⁶. De momentene som skal undersøkes er formålet med overtredelsesgebyr som sanksjonsform og alvorret i sanksjonen i form av hvor høy sum som kan utmåles, og i den forbindelse om Konkurransetilsynet utmåler gebyrets størrelse skjønnsmessig.

Det første som må undersøkes er formålet med overtredelsesgebyr som sanksjonsform. Premissene i *Jussila mot Finland* lagt til grunn, må det undersøkes om sanksjonen har til formål å virke avskrekkende og straffende «deterrent and punitive». EMD har lagt til grunn at sanksjonen er både avskrekkende og straffende dersom hovedformålet er «to exert pressure on (...) to comply with their legal obligations and to punish breaches of those obligations¹⁴⁷». Motsatt trekker formålet i retning av at sanksjonen ikke har karakter av å være «criminal» dersom den økonomiske sanksjonen blir ilagt som «pecuniary compensation for any costs that may have been incurred as a result of the (...) conduct¹⁴⁸». Det vil si at i tillegg til å ha en særlig preventiv effektivt, må sanksjonen også ha et straffende formål. At en sanksjon som er av gjenopprettende karakter faller utenfor EMKs «criminal»-begrep, underbygger at en objektiv tolkning av formålet med sanksjonen henger tett sammen med hvor høy sum som potensielt kan ilegges. Hvis gebyrets størrelse er lavt, kan det tilsi at sanksjonens formål er av gjenopprettende og erstatningsmessig karakter, og ikke straffende.

EMD foretar en objektiv undersøkelse av sanksjonens formål¹⁴⁹. Det vil si at det ikke er avgjørende hva lovgiver subjektivt har ment om formålet med sanksjonen. Grunnen til det er at konvensjonsstaten ikke skal kunne høres med at hensikten med sanksjonen ikke har vært å straffe, når det reelt sett er det. Når Høyesterett har undersøkt en sanksjons formål i relasjon til dette engel-kriteriet, har imidlertid retten sett hen til uttalelser i nasjonale kilder¹⁵⁰. I juridisk teori er det lagt til grunn at en slik fremgangsmåte kan føre til materielt uriktige resultater¹⁵¹. For den videre drøftelsen legger jeg til grunn at uttalelser om formålet fra

¹⁴⁶ *Grande Stevens and others mot Italia* (avsnitt 94)

¹⁴⁷ *Janosevic mot Sverige* [J] 2002, no. 34619/97 (Avsnitt 68)

¹⁴⁸ *Janosevic mot Sverige* (Avsnitt 68)

¹⁴⁹ Jon Petter Rui Johansen (2005) punkt 8.2.2.5 med henvisning til blant annet *Janosevic mot Sverige* [J] 2002, no. 34619/97

¹⁵⁰ Se for eksempel Rt. 2000 s. 996 (nederst på side 1014, og øverst på side 1015).

¹⁵¹ Jon Petter Rui Johansen (2005) punkt 8.2.2.5

nasjonale myndigheter kan være med å underbygge en objektiv tolkning av formålet uten at dette kommer i konflikt med hensynet til materielt riktige resultater, så lenge det først er foretatt en objektiv formålstolkning.

I A. Menarini-saken var hovedspørsmålet for EMD om det var i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 at administrative sanksjoner for overtredelser av konkurranselovgivningen i Italia «pecuniary administrative sanction», ble ilagt administrativt av et uavhengig forvaltningsorgan, og ikke idømt av ordinære domstoler. I den forbindelse måtte EMD ta stilling til om sanksjonen var «criminal» etter EMK artikkel 6 nr. 1. Om formålet uttalte flertallet at hovedformålet med illeggelse av sanksjonen var å forhindre gjentakelser av brudd på konkurranselovgivningen i Italia, og samtidig virke undertrykkende («repressive»). Samtidig mente flertallet at sanksjonen objektivt sett var av særlig «repressive nature¹⁵²» på grunn av gebyrets størrelse pålydende 6 millioner euro¹⁵³, og at Conseil d'Etat i sin praksis hadde lagt til grunn at slike administrative sanksjoner var av særlig «punitive nature»¹⁵⁴. Endelig ble det lagt vekt på at domstolen i tidligere saker som gjaldt franske myndigheters kompetanse til å ilegge økonomiske sanksjoner, hadde kommet til at EMK artikkel 6 kom til anvendelse¹⁵⁵.

Dissenterende dommer delte flertallets oppfatning om at artikkel 6 kom til anvendelse. I relasjon til om sanksjonen oppfylte «criminal»-vilkåret tilføyde mindretallet at den økonomiske sanksjonen var:

«... punitive in nature since its aim was to penalise unlawful conduct. However it was also preventive, as the aim pursued was to deter the legal entity concerned from committing similar breaches in the future. Furthermore, the very wide range of the possible penalty provided for by the legislature, and even the severity of the fine

¹⁵² Opprinnelig ordlyd: «sanction qui présentait un caractère répressif puisqu'elle visait à sanctionner une irrégularité» (Avsnitt 41)

¹⁵³ Avsnitt 42

¹⁵⁴ Avsnitt 41

¹⁵⁵ Avsnitt 43 med videre henvisning til *Lilly mot Frankrike*, 2002 no. 53892/00, *Didier mot Frankrike*, 2002 no. 58188 og *Dubus S.A. mot Frankrike* no. 5242/04.

actually determined by the domestic courts, are further factors pointing to the above conclusion that Article 6 is applicable¹⁵⁶».

Dissensen gjaldt ikke tolkningen av «criminal»-vilkåret. Det er derfor lite som skiller mindretallet og flertallets begrunnelse. Mindretallet uttaler at sanksjonen var «punitive in nature» og «preventive» basert på en objektiv tolkning av sanksjonens formål, der flertallet i hovedsak baserte sitt tolkningsresultat på tidligere praksis og at beløpet i den konkrete saken var høyt. Videre tilføyde dissenterende dommer at også myndighetenes skjønnsmessige handlingsrom for å utmåle beløpets størrelse, pekte i retning av at sanksjonens størrelse.

Som redegjort for i kapittel 2.5 ble overtredelsesgebyr innført som mulig reaksjon ved brudd på konkurranselovgivningen, med det formål å effektivisere håndhevingen av konkurranseloven, samt å sikre preventiv effektivitet i den hensikt å sikre etterlevelse av lovgivningen. Dette har klare likhetstrekk med den italienske konkurranselovgivningen. Samtidig underbygges overføringsverdien av A. Menarini-saken av at lovgiver har uttalt at formålet med administrative sanksjoner «er å påføre gjerningspersonen eller foretaket et onde som en reaksjon mot overtredelsen¹⁵⁷». Selv om det ikke er avgjørende hva lovgiver selv har uttalt om sanksjonen, må dette etter praksis fra Høyesterett være et moment som styrker overføringsverdien.

Redegjørelsen ovenfor viser at det som et utgangspunkt kan legges til grunn at overtredelsesgebyr etter § 29 er av straffende karakter. Det som svekker overføringsverdien til A. Menarini-saken er at flertallet i EMD i stor grad baserte sanksjonens straffende karakter på beløpets størrelse. Dette tilsier at overtredelsesgebyrets størrelse og utmåling etter norsk rett må undersøkes konkret i relasjon til dette kriteriet. Samtidig har EMD i tidligere saker lagt til grunn at det ikke er avgjørende hvor høyt beløpet er i den konkrete saken. Det avgjørende er det potensielle beløpet som lovbrøyteren risikerer.

I kapittel 2. ble det lagt til grunn at overtredelsesgebyret etter § 29 fastsettes skjønnsmessig basert på en rekke momenter, og at gebyrets størrelse kan bli svært høyt. Beløpet størrelse

¹⁵⁶ A. Menarini Diagnostics S.R.L mot Italia [J] 2011, no 43509/08, under «Dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque (Translation)» Avsnitt 2

¹⁵⁷ Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. s. 21

utmålt etter norsk konkurranselovgivning er også høyt sett i lys av EMDs konklusjon i A-Menarini-saken der det ble uttalt at et beløp pålydende seks millioner euro var av straffende karakter. Dette taler for at A. Menarini-saken har særlig stor overføringsverdi til vurderingen av det norske konkurranserettsystemet. Samtidig kan det nevnes at EMD i flere avgjørelser har kommet til at sanksjonen er «criminal» selv om gebyrets størrelse har vært betydelig lavere enn det et foretak risikerer ved brudd på konkurranselovgivningen. Til sammenligning kom EMD i *Janosevic mot Sverige* til at et administrativt tilleggsgebyr pålydende 161 261 svenske kroner var tilstrekkelig for å oppfylle alvorlighetskravet¹⁵⁸. Dette underbygger at overtredelsesgebyr etter § 29 er av særlig straffende karakter, og ikke ilegges for å gjenopprette en økonomisk balanse.

Det kan basert på redegjørelsen ovenfor legges til grunn at overtredelsesgebyr etter § 29 er av straffende karakter. Dette underbygges av at beløpet utmåles skjønnsmessig og at gebyret foretaket risikerer ved brudd på konkurranselovgivningen er av stor alvorlighetsgrad tatt EMDs premisser i betraktning.

4.3 Sammenfatning

Etter undersøkelser av Engel-kriteriene kan det legges til grunn at overtredelsesgebyr etter § 29 oppfyller «criminal»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1. Sanksjonen er ikke klassifisert som straff etter intern norsk rett. Overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovgivningen er imidlertid etter sin art «criminal», og sanksjonen er både «deterrent» og «punitive».

Sanksjonen er etter sin art «criminal» idet den har et bredt nedslagsfelt, den gir anvisning på en skyldkonstatering og konkurranselovgivningen skal ivareta generelle samfunnsinteresser i likhet med straffelovgivningen. Overtredelsesgebyr er både «deterrent» og «punitive» etter EMDs tolkningsresultat i *Jussila mot Finland* og A. Menarini-saken. Tolkningsresultatet til EMD i A.Menarini-saken har særlig stor overføringsverdi idet også denne saken gjaldt administrativ økonomisk sanksjon ilagt av konkurransemyndighetene. Samtidig er det betydelige likhetstrekk mellom prinsippene for utmåling av gebyrets størrelse etter italiensk og norsk konkurranserett.

¹⁵⁸ *Janosevic mot Sverige* (avsnitt 9)

Videre styrkes redegjørelsen og vurderingen ovenfor av norske rettskilder. Det følger ikke direkte av ordlyden i § 29, men i forarbeidene tilhørende bestemmelsen har Konkurranselovutvalget lagt til grunn at «Det er ikke omstridt at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 omfattes av det materielle straffebegrepet som EMD har lagt til grunn ved tolkningen av EMK artikkel 6 nr. 1¹⁵⁹». I proposisjonen uttalte departementet at: «Stortinget har lagt til grunn at et overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6¹⁶⁰». Kjennelsene inntatt i Rt. 2012 s. 1556 og Rt. 2011 s. 910 gjaldt beviskravet for ileggelse av overtredelsesgebyr. I Rt. 2011 s. 910 forutsatte Høyesterett at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er straff etter EMK artikkel 6¹⁶¹. I Rt. 2012 s. 1556 uttalte retten at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven «utvilsomt må regnes som straff etter denne artikkel¹⁶²». Dette er også fulgt opp i juridisk teori¹⁶³.

For den videre drøftelsen kan det legges til grunn at inngangsvilkåret «criminal» utvilsomt er oppfylt for overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet.

5 Når aktiviseres selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1?

5.1 Innledning

I forrige kapittel ble det lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 kommer til anvendelse for foretak i sak om ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Det neste spørsmålet er på hvilket tidspunkt et foretak er «charged» i sak om ileggelse av overtredelsesgebyr.

Som redegjort for i kapittel 2.3, er det flere faser i en konkurransesak. Dette aktualiserer underproblemstillingen: inntreer selvinkrimineringsvernet under kartleggingsfasen, kontrollfasen, eller først i sanksjonsfasen.

¹⁵⁹ NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov* s. 77

¹⁶⁰ Prop. 75 L (2012-2013) *Endringer i konkurranseloven*, punkt 4.1.3. side. 34

¹⁶¹ Rt. 2011 s. 910 avsnitt 48

¹⁶² Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 38

¹⁶³ Se for eksempel Skoghøy (2014) *Forvaltnings sanksjoner, EMK og Grunnloven*, punkt 2.2. under «EMKs straffebegrep».

5.2 Om «charge»-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1

Selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1 inntreer når foretaket er «charged» for et lovbrudd som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må foreligge en formell straffesiktelse. Etter norsk rett vil en slik forståelse av charge-vilkåret innebære at vilkårene i straffeprosessloven § 82 må være oppfylt¹⁶⁴. Konsekvensen av det er at charge-vilkåret ikke inntreer under forvaltningsprosessen.

EMD har imidlertid i likhet med criminal-begrepet tolket charge-begrepet autonomt og dynamisk¹⁶⁵. Den norske klassifiseringen etter straffeprosessloven er derfor ikke avgjørende. I *Deweere mot Belgia*¹⁶⁶ gjaldt saken spørsmålet om en slakter var «charged» på tidspunktet da han ble varslet om at slakterbutikken hans ville bli stengt dersom han ikke inngikk forlik om å betale en gitt sum til myndighetene. I den forbindelse uttalte EMD at charge-begrepet må tolkes materielt, ikke formelt. Det vil si at det avgjørende er «the realities of the procedure in question¹⁶⁷». Domstolen oppstilte så to alternative vurderingsnormer for når det må anses å foreligge en criminal «charge» på grunn av realitetene i saken:

1. «The official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence¹⁶⁸».
2. «The situation of the [suspect] has been substantially affected¹⁶⁹».

Vurderingsnormene er fulgt opp i senere avgjørelser fra EMD¹⁷⁰ og juridisk teori¹⁷¹, og er

¹⁶⁴ Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

¹⁶⁵ Harris m.fl. (2014) s. 379

¹⁶⁶ *Deweere mot Belgia* [J] 1980, no. 6903/75

¹⁶⁷ *Deweere mot Belgia* avsnitt 44

¹⁶⁸ *Deweere mot Belgia* avsnitt 46. Se også samme formulering av vurderingsnormen i *Corigliano mot Italia* [J] 1982, no. 8304/78 avsnitt 34 og *Öztiirk mot Tyskland* [P] 1984, no. 8544/79 avsnitt 55.

¹⁶⁹ *Deweere mot Belgia* avsnitt 46

¹⁷⁰ Se for eksempel *Corigliano mot Italia* [J] 1982, no. 8304/78, *Saunders mot Storbritannia* [J] 1996, no. 19187/91 og *Weh mot Østerrike* [J] 2004, no. 38544/97

¹⁷¹ Harris mfl. (2014) s. 376

avgjørende for når et foretak skal anses charged under Konkurransetilsynets undersøkelser. Det er derfor nødvendig å foreta en nærmere redegjørelse av disse.

5.2.1 Nærmere om “«the official notification (...)”

Selvinkrimineringsvernet inntreffer når den mistenkte har mottatt en offisiell erklæring («official notification») fra kompetent myndighet («the competent authority») med påstand om at vedkommende har begått et lovbrudd som sanksjoneres med straff etter EMK («allegation that he has committed a criminal offence»). En slik tolkning av charge-vilkåret kan ved første øyekast ligne det formelle siktelsesbegrepet etter norsk straffeprosess¹⁷². Vedrørende tidspunktet for vernet ligger forskjellen i ordlyden «a competent authority». Etter straffeprosessloven må erklæringen komme fra påtalemyndigheten. Etter EMDs praksis er det tilstrekkelig at erklæringen kommer fra det myndighetsorganet som har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Dette forskyver charge-tidspunktet fra straffesporet til tilsynsporet. Som vist til i kapittel 2 har Konkurransetilsynet myndighet til å sanksjonere foretaket for brudd på konkurranseloven. Konkurransetilsynet er derfor «a competent authority». Utgangspunktet er derfor at et foretak er charged når Konkurransetilsynet sender ut en offisiell erklæring som inneholder «an allegation that he has committed a criminal offence».

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er om et forhåndsvarsel er en slik offisiell erklæring som inneholder «an allegation that he has committed a criminal offence».

5.2.1.1 Aktiveres selvinkrimineringsvernet når det gis forhåndsvarsel med hjemmel i fvl. § 16?

I Rt. 2000 s. 996 gjaldt saken spørsmålet om EMK artikkel 6 nr. 1 kom til anvendelse i sak om illeggelse av forhøyd tilleggsskatt. I den forbindelse tok retten stilling til om et forhåndsvarsel etter ligningsloven § 10-2 nr. 5 oppfylte charge-vilkåret i EMK artikkel 6 nr. 1¹⁷³. Om dette uttalte førstvoterende:

¹⁷² Strpl. § 82 første ledd

¹⁷³ Rt-2000-996 («Bøhler») s. 1018

«Det avhenger etter min mening av om det fremgår av varslet at det etter likningsmyndighetenes foreløpige vurdering gjelder forsettlig eller grovt uaktsomt forhold og at ligningsmyndighetene overveier å ilegge forhøyd tilleggsskatt¹⁷⁴».

Retten viser her til at varselet må inneholde hjemmel for overtredelsen og hvilken sanksjon myndighetene vurderer å ilegge. I kapittel 2¹⁷⁵ ble det lagt til grunn at foretaket mottar et forhåndsvarsel «før vedtak treffes»¹⁷⁶, og at dette varselet inneholder en grundig redegjørelse av sakens faktum og en erklæring fra Konkurransetilsynet om at det vurderer å ilegge foretaket et overtredelsesgebyr etter § 29 på grunnlag av brudd på konkurranseloven. Dette oppfyller kravet til en «official notification» slik Høyesterett har tolket «an allegation that he has committed a criminal offence».

Det kan etter redegjørelsen ovenfor legges til grunn at selvinkrimineringsvernet aktiveres når foretaket mottar et forhåndsvarsel om ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29.

Det neste som må undersøkes er om foretaket er «charged» på et tidligere tidspunkt i prosessen.

5.2.2 Nærmere om «the situation of the [suspect] had been substantially affected»

Dersom foretaket ikke har mottatt en offisiell erklæring fra Konkurransetilsynet kan chargevilkåret likevel være oppfylt på et tidligere tidspunkt dersom foretaket er vesentlig påvirket av den administrative etterforskningen («substantially affected»). En slik tolkning av chargevilkåret har gode grunner for seg, idet spørsmålet om rettighetene etter konvensjonen aktiveres, vil bero på om foretaket er påvirket i en slik grad at det er behov for et selvinkrimineringsvern. På den måten er det formålet bak selvinkrimineringsvernet som er styrende for å fastlegge tidspunktet for aktivering. Sammenlignet med et formelt avgrenset tidspunkt, vil imidlertid et formålsstyrt tidspunkt for når mistenkte er charged, være vanskeligere å praktisere idet det er mer skjønnsmessig. EMD har likevel utpenslet enkelte vurderingsmomenter for når den mistenkte må anees å være berørt i den grad at chargevilkåret er oppfylt.

¹⁷⁴ Rt-2000-996 («Bøhler») Nederst på side 1018 og øverst på side 1019.

¹⁷⁵ Se oppgavens kapittel 2.4 og 2.5 ovenfor.

¹⁷⁶ Forvaltningsloven § 16 første ledd

I *Saunders mot Storbritannia* la EMD til grunn at forberedende etterforskning som i det vesentlige har som formål å klarlegge faktum i saken, som et utgangspunkt ikke gir rett til et vern mot selvinkriminering¹⁷⁷. Domstolens begrunnelse var at et selvinkrimineringsvern under denne fasen i prosessen «would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities¹⁷⁸». Utgangspunktet etter *Saunders mot Storbritannia* tilsier at det skal en del til før den som er under etterforskning i en kontrollfase er «substantially affected».

I *J.B. mot Sveits*¹⁷⁹ kom EMD til at det forelå krenkelse av selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6. Saken gjaldt innhenting av opplysninger av et forvaltningsorgan i kontrollfasen, og har derfor stor overføringsverdi til konkurransesakene i denne avhandlingen. Skattemyndighetene i Sveits mistenkte J.B. for skatteunndragelse for manglende rapportering av inntekt. Bakgrunnen for myndighetenes mistanke var at det fremgikk av dokumentasjon fra en annen skatteyter (P) at J.B. hadde foretatt investeringer med P og hans firmaer uten at dette hadde blitt rapportert til skattemyndighetene¹⁸⁰. J.B. ble derfor pålagt å utlevere «all the documents which he had concerning this companies¹⁸¹». Da J.B. unnlot å utlevere dokumentasjonen, ble han sendt tre ytterligere forespørsler om utlevering av dokumentasjon før han ble ilagt fire tvangsbøter for manglende etterlevelse av pålegget¹⁸². EMD kom til at det forelå krenkelse av selvinkrimineringsvernet, og tre uttalte premisser fremstår avgjørende for rettens tolkningsresultat. To av begrunnelsene for resultatet gjaldt innholdet av dokumentasjonen¹⁸³. Dette blir behandlet nærmere i avhandlingens kapittel [] om det nærmere innholdet av vernet. Den siste uttalte begrunnelsen gjaldt tidspunktet for vernet.

Staten hadde anført at det ville være upraktisk å legge opp til et regelverk med ulike nasjonale saksbehandlingsregler for «criminal tax proceedings» og «regular tax proceedings». Det vil si at staten mente at det ville være upraktisk å ha to separate regelsett avhengig av om

¹⁷⁷ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 67 med videre henvisning til *Fayed mot Storbritannia* [J] 1990, no. 17101/90

¹⁷⁸ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 67

¹⁷⁹ *J.B. mot Sveits* [J] 2001, no. 31827/96

¹⁸⁰ *J.B. mot Sveits* [J] 2001, no. 31827/96 Avsnitt 9

¹⁸¹ *J.B. mot Sveits* [J] 2001, no. 31827/96 Avsnitt 10

¹⁸² *J.B. mot Sveits* Avsnitt 65

¹⁸³ Avsnitt 68 og 69

myndighetene opptrer som tilsynsorgan eller om myndighetene opptrer som håndhevingsorgan. Til dette uttalte EMD:

«The Court recalls that its task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention, not to indicate which means a State should utilize in order to perform its obligations under the Convention¹⁸⁴».

Det var altså ikke tvilsomt at selvinkrimineringsvernet kunne inntre allerede under skattemyndighetenes kontrollfase uansett hvor lite praktisk det vil være for staten å innføre ulike saksbehandlingsregler avhengig av om myndighetene operer ut fra et alminnelig kontrollformål som tilsynsorgan, eller når myndighetene operer ut fra et sanksjonsformål som håndhevingsorgan. Effektivitetshensynet måtte altså vike for selvinkrimineringsvernet, selv om prosessen befant seg i en kontrollfase. Etter *J.B. mot Sveits* kan det legges til grunn at det avgjørende for om den mistenkte er «substantially affected» ikke er hvilken fase prosessen befinner seg. Det avgjørende er i hvilket omfang vedkommende utsettes for tvang i form av opplysningsplikt på grunnlag av mistanke om et konkret lovbrudd.

I *Weh mot Østerrike*¹⁸⁵ ble premissene fra *J.B. mot Sveits* ytterligere presisert. Saken gjaldt spørsmålet om klager (Weh) var charged etter EMK artikkel 6 nr. 1. Weh var registrert eier av en bil som var notert for en fartsovertredelse. Weh ble tilsendt en bot for overtredelsen, men betalte den ikke. Senere hadde myndighetene innledet straffesak mot en annen person, og i den forbindelse ble Weh pålagt å opplyse om hvem som var fører av bilen hans dagen da fartsovertredelsen hadde funnet sted. Weh oppga utilstrekkelig informasjon, og ble derfor ilagt en bot for manglende etterlevelse av opplysningsplikten. Weh mente på sin side at han hadde rett til å ikke inkriminere seg selv ved å bidra med opplysninger til saken.

Under dissens 4-3 kom EMD til at Weh ikke var charged under kontrollfasen. Det var imidlertid, som i *J.B.*, ikke tvilsomt at selvinkrimineringsvernet i utgangspunktet kan være aktivert under kontrollfasen. Det tvilsomme var om den mistenkte var «substantially affected»

¹⁸⁴ Avsnitt 70

¹⁸⁵ *Weh mot Østerrike* [J] 2004, no. 38544/97

i den konkrete saken. EMD presiserte deretter hva som ligger i kriteriet «substantially affected». Domstolen uttalte at det avgjørende for når en mistenkt er substantially affected er om det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom opplysningsplikten og en eventuell forfølgning («a sufficiently concrete link»¹⁸⁶). Denne nærheten kan imidlertid ikke være for fjern og hypotetisk («remote and hypothetical»¹⁸⁷). Det vil si at det ikke er nok at opplysningsplikten potensielt er egnet til å tilføre informasjon som kan gi grunnlag for etterfølgende sanksjon. Pålegget om å utlevere opplysninger må være ilagt fordi den kompetente myndighet mistenker at den som pålegges opplysningsplikt har begått et konkret lovbrudd som kan medføre straff etter EMK¹⁸⁸. I den konkrete saken for EMD la retten vekt på at det verken på tidspunktet for pålegg om opplysninger, eller i ettertid var innledet noen form for forfølgning mot Weh for fartsovertredelsen. Opplysningsplikten var også begrunnet i mistanke mot en annen person, ikke mistanke mot Weh. Sammenhengen mellom opplysningsplikten og en eventuell forfølgelse var derfor «remote and hypothetical».

Premissene i J.B. mot Sveits og Weh mot Østerrike lagt til grunn, kan det utledes en rettsregel. Den mistenkte er «charged» når vedkommende er «substantially affected». Den mistenkte er «substantially affected» når det er «a sufficiently concrete link» mellom den pålagte opplysningsplikten og en eventuell forfølgelse. Dette kriterier er oppfylt når myndighetene mistenker at det er begått et konkret lovbrudd som kan medføre straff etter EMK, og på grunn av denne mistanken blir vedkommende pålagt opplysningsplikt.

Kriteriet er ikke oppfylt dersom sammenhengen mellom opplysningsplikten og en eventuell etterfølgende forfølgelse er «remote and hypothetical». Premissene i Weh mot Østerrike lagt til grunn, kan det være tilfelle dersom mistanken gjelder en annen. Dersom charge-tidspunktet skal vurderes i retrospekt, kan det tillegges vekt at myndighetene ikke har innledet forfølgning etter at vedkommende ble pålagt opplysningsplikt. Det kan tilsi at sammenhengen er for fjern og hypotetisk.

¹⁸⁶ Avsnitt 56

¹⁸⁷ Avsnitt 56

¹⁸⁸ Avsnitt 56

5.2.2.1 Aktiveres selvinkrimineringsvernet ved pålegg om utlevering av opplysninger med hjemmel i krrl. § 24 og bevissikring med hjemmel i § 25?

Det er lagt til grunn at foretaket er «charged» når det mottar et forhåndsvarsel. Det neste som må undersøkes og drøftes er om foretaket er «substantially affected» og derav «charged» etter EMK artikkel 6 nr. 1 allerede ved pålegg om utlevering av opplysninger. Spørsmålet er av særlig praktisk betydning. Som nevnt i kapittel 2.4 om forhåndsvarsel, ilegges forhåndsvarselet forholdsvis sent i prosessen sett i lys av at det på dette tidspunktet allerede er foretatt bevissikringer, forklaringsopptak og innhentinger av dokumenter og elektronisk materiale med hjemmel i krrl. §§ 24 og 25. Det vil si at representanter fra foretaket allerede har vært forpliktet til å utlevere opplysninger når varselet gis. Selvinkrimineringsvernet er derfor av liten praktisk betydning for foretaket dersom det først er «charged» fra dette tidspunktet, i strid med tolkningsprinsippet lagt til grunn av EMD om at konvensjonen skal gi rettigheter som *«not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective»¹⁸⁹*. Det er nærliggende å se dette tolkningsprinsippet i sammenheng med den andre vurderingsnormen oppstilt av EMD, om at foretaket er «charged» når det er «substantially affected» av forfølgningen.

Spørsmålet er om foretaket er «substantially affected» når Konkurransetilsynets gir pålegg om utlevering av opplysninger med hjemmel i krrl. § 24.

I punkt 2.3 ble det lagt til grunn at kontrolltiltakene i § 24 og § 25 ofte benyttes om hverandre. Konkurransetilsynet kan ikke foreta en bevissikring med hjemmel i § 25 uten at både tilsynet og retten har vurdert at det foreligger en viss mistanke om at det foreligger et konkret brudd på konkurranseloven. Det er kun i et slikt tilfelle at det må anses nødvendig å foreta en bevissikring. Dette tilsier at selvinkrimineringsvernet er aktivert for kontrolltiltak som benyttes etter at det er foretatt bevissikring.

Det som gjør dette momentet noe mer tvilsomt er at en bevissikring ikke formelt krever at Konkurransetilsynet har en viss mistanke om at det foreligger et brudd som kan lede til ileggelse av overtredelsesgebyr, og at praksis viser at bevissikring ofte blir foretatt tidlig i

¹⁸⁹ Se oppgavens punkt 1.4.2 ovenfor

prosessen. Dette kan tilsi at prosessen fra tidspunktet for bevissikring er i et stadium der mistanken i mange situasjoner vil være «remote and hypothetical». Dersom det på den andre siden i ettertid av vedtak om overtredelsesgebyr, skal foretas en vurdering av om vernet er krenket, er det nærliggende å legge til grunn at Konkurransetilsynet har hatt en konkret mistanke om et lovbrudd som kan føre til ileggelse av overtredelsesgebyr fra tidspunkt for bevissikring. Dette innebærer at Konkurransetilsynet tidlig i prosessen må være bevisst på om saken potensielt kan lede til ileggelse av overtredelsesgebyr.

I situasjoner der bevissikring blir foretatt etter at Konkurransetilsynet har foretatt forklaringsopptak og truffet vedtak om pålegg om utlevering av dokumenter og elektronisk materiale med hjemmel i krrl. § 24, er det vanskeligere å oppstille en regel. Også i disse tilfellene vil det nok i mange tilfeller foreligge tilstrekkelig mistanke. Dersom det vurderes i retrospekt etter at foretaket er ilagt overtredelsesgebyr, er det nærliggende å legge til grunn at selvinkrimineringsvernet i mange tilfeller vil være krenket fra et tidlig tidspunkt i prosessen når det er benyttet kontrolltiltak. Den konkrete vurderingen må imidlertid bero på det informasjonsmaterialet Konkurransetilsynet har hatt tilgjengelig når det benyttet kontrolltiltak.

Det som imidlertid kan legges til grunn basert på redegjørelsen ovenfor er at selvinkrimineringsvernet inntreffer på kontrollstadiet i tilsynsprosessen, og at dette inntreffer før det gis forhåndsvarsel. Fordi forhåndsvarselet gis sent i prosessen, etter at både bevissikringer, forklaringsopptak og pålegg om utlevering av dokumenter og elektronisk materiale er benyttet og utredet, må det legges til grunn at Konkurransetilsynet har tilstrekkelig mistanke slik at foretaket må anses å være «substantially affected» av forfølgningen i tiden mellom første kontrolltiltak og siste kontrolltiltak. Et slikt tolkningsresultat underbygges av at forhåndsvarsel som skjæringstidspunkt for når selvinkrimineringsvernet er aktivert, ikke er av praktisk betydning for foretaket. Dersom skjæringstidspunktet legges til varselet, er diskusjonene om foretakets selvinkrimineringsvern ved ileggelse av overtredelsesgebyr uten verdi for foretaket.

Sammenfattet kan det legges til grunn at foretaket er «charged» i prosessen i tiden mellom første kontrolltiltak og det siste. Det eksakte tidspunktet må vurderes konkret basert på informasjonsmaterialet Konkurransetilsynet har tilgjengelig i saken. En bevissikring krever at det foreligger en viss mistanke. Dette tilsier at alle kontrolltiltak som benyttes etter at det er

foretatt bevissikring, er begrenset av foretakets selvinkrimineringsvern. Regelen som oppstilles her underbygges av tolkningsprinsippet benyttet av EMD om at konvensjonen skal gi rettsikkerhetsgarantier som «*not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective*».

6 Det nærmere innholdet av vernet

6.1 Hvem kan påberope vernet på vegne av foretaket?

Fordi EMD ikke er forelagt spørsmålet om et foretaks selvinkrimineringsvern, gir ikke praksis fra domstolen veiledning til spørsmålet om hvem som kan påberope vernet på vegne av foretaket. Også Konkurranseloven med forskrifter er taus vedrørende spørsmålet. Under Konkurranselovutvalgets utredning til en mer effektiv konkurranselov¹⁹⁰, ble imidlertid Konkurransetilsynet bedt om å redegjøre for dets praktisering av selvinkrimineringsvernet til foretak:

«Vernet har vært praktisert slik at foretakets daglige leder og styreformann (som selskapets representanter) kan nekte å svare på spørsmål der svaret kan medføre at foretaket risikerer å bli ilagt et overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser¹⁹¹.

At det er styreleder og daglig leder som innrømmes et selvinkrimineringsvern på vegne av foretaket, er også lagt til grunn i juridisk teori¹⁹².

Elgem og Wahlen (2010)¹⁹³ tar til ordet for at den personelle rekkevidden må utvides sammenlignet med Konkurransetilsynets praksis for å sikre at norsk rett er i tråd med EMK.

¹⁹⁰ NOU 2012:7

¹⁹¹ NOU 2012:7 s. 83 med videre henvisning til «Brev fra Konkurransetilsynet til konkurranselovutvalget 9. januar 2012» i fotnote 40.

¹⁹² Elgesem & Wahlen (2010) punkt 4.2.

¹⁹³ Elgesem & Wahlen (2010) *Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen*

De fremhever særlig to argumenter som grunnlag for at den personelle kretsen bør bestå av flere enn styreleder og daglig leder¹⁹⁴. For det første er det flere enn nettopp daglig leder og styreleder som kan overtre konkurranselovgivningen på vegne av foretaket. Forfatterne viser her til tilsynets praksis som tilsier at lovbrudd ofte skjer på et lavere organisasjonsmessig nivå. For det andre vil et foretaks selvinkrimineringsvern være uten praktisk betydning og uten verdi for selskapet dersom ansatte og tillitsvalgte blir pålagt opplysningsplikt mot foretakets vilje. Til støtte for sine argumenter ser Elgen og Wahlen til EMDs tolkningsprinsipper og legger til grunn at Konkurransetilsynets praksis ikke gir tilstrekkelig vern tatt i betraktning at konvensjonen skal gi rettigheter som «*not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective.*»¹⁹⁵. Videre foreslår forfatterne at lovgivningen bør innrømme foretak et vern på lik linje med den danske lovgivningen. Det vil si at alle med tilknytning til foretaket bør kunne påberope vernet i sak mot foretaket¹⁹⁶.

Tanken bak argumentasjonen må være at når foretak først innrømmes et vern, må en tilstrebe at reglene gjør vernet praktisk mulig slik at myndighetene reelt sikrer foretakets vilje. Foretaket kan straffes for brudd på § 10 og § 11 uavhengig av hvilken person som har «*handlet på deres vegne*», jf. konkurranseloven § 29. Denne noen kan være en ansatt, en tillitsvalgt, et styremedlem, en daglig leder eller styreleder. Dersom en ansatt eller en tillitsvalgt har begått et lovbrudd på vegne av selskapet og vedkommende er pålagt forklaringsplikt, er det av ingen eller i alle tilfeller av liten betydning for foretaket at daglig leder og styreleder kan forholde seg tause. En slik tilnærming tilsier at Konkurransetilsynets praksis gjør det mer gunstig for foretaket hva gjelder rettssikkerhetsgarantier at det enten er styreleder eller daglig leder som har begått lovbruddet fordi det kun er i denne situasjonen at vernet har en praktisk betydning for foretaket.

Samtidig må vernets utstrekning ses i sammenheng med hvem som reelt er pålagt opplysningsplikt på vegne av foretaket. Dersom selvinkrimineringsvernet skal ha den praktiske betydning i tråd med Elgem og Wahlens oppfatning må vernets personelle utstrekning bero fullt ut på hvem som er pålagt opplysningsplikt. Dersom flere er pålagt å utlevere opplysninger enn den personelle kretsen som innrømmes et selvinkrimineringsvern,

¹⁹⁴ Ibid. Punkt 4.2.

¹⁹⁵ Elgesem & Wahlen (2010) punkt 4.2, s. 74

¹⁹⁶ Elgem og Wahlen (2010) med videre henvisning til den danske rettssikkerhetsloven § 10 og Ole Hassegaard, m.fl. (2005) *Rettsikkerhetsloven* s. 175 flg.

vil selvinkrimineringsvernet til foretak enkelt kunne omgås.

Opplysningsplikten omfatter «foretakets eiere eller deres representanter, samt personer som i henhold til lov eller vedtekter har fullmakt til å representere foretaket¹⁹⁷».

Selvinkrimineringsvernet omfatter i henhold til Konkurranselovutvalget personer som «i kraft av lov, stilling eller fullmakt har rett til å representere foretaket¹⁹⁸». Ordlydene i opplysningsplikten og Konkurranselovutvalgets utredning harmonerer slik at vernet fullt ut dekker omfanget av plikten. I så fall innehar foretaket et vern av praktisk betydning, i tråd med tolkningsprinsippene som følger av EMD.

Dersom en derimot legger til grunn konkurransetilsynets praksis og Elgem og Wahlen sin forståelse, er omfanget av plikten større enn utstrekningen av vernet, med det til følge at vernet i mange tilfeller vil være uten praktisk betydning for foretaket, i strid med tolkningsprinsippene som følger av EMD.

6.2 Hvilke former for opplysninger er omfattet?

6.2.1 Innledning

Som redegjort for i kapittel 2, omfatter opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 både forklaringsopptak og utlevering av dokumenter og elektronisk materiale (realbevis). Det neste spørsmålet er om selvinkrimineringsvernet gjelder som saksbehandlingsregel for Konkurransetilsynet både ved muntlige forklaringer og ved pålegg om utlevering av realbevis.

6.2.2 Forklaringsopptak og pålegg om utlevering av realbevis etter § 24

I kapittel 2 ble det lagt til grunn at både forklaringsopptak og realbevis (dokumenter og elektronisk materiale) er omfattet av opplysningsplikten i konkurranseloven § 24. Det neste spørsmålet som må undersøkes er om selvinkrimineringsvernet både omfatter forklaringer og realbevis.

¹⁹⁷ NOU 2003: 12 side 171

¹⁹⁸ NOU 2012: 7 s. 87

Som nevnt i punkt 2.4 er det i forskrift om opplysningsplikt og bevissikring § 4 lagt til grunn at foretaket skal veiledes om sitt selvinkrimineringsvern «før det opptas muntlig forklaring». Bestemmelsen må ses på bakgrunn av praksis fra EMD.

I *Saunders mot Storbritannia* la EMD til grunn at alle forklaringer som er inngitt muntlig inngår i den siktedes rett til et vern mot selvinkriminering på grunn av hensynet til «respecting the will of an accused person to remain silent¹⁹⁹». Muntlige forklaringer må derfor anses å være i selvinkrimineringsvernets kjerneområde. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori²⁰⁰. Spørsmålet er om også realbevis er omfattet.

I *Saunders mot Storbritannia* uttalte EMD at:

«... does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing²⁰¹».

Uttalelsen innebærer at myndighetene har rett til å kreve utlevert materiale som eksisterer uavhengig av den mistenktes vilje. Dette inkluderer for eksempel materiale som innhentes av myndighetene etter rettens tillatelse. Det vil si at realbevis innhentet ved ransakelse og beslag i straffesporet og bevissikring etter konkurranseloven § 25 ikke begrenses av selvinkrimineringsvernet. Det samme gjelder prøveresultater i form av puste-, blod- og urinprøver og prøver av kroppsvev i den hensikt å foreta DNA-tester. Slike former må prøves mot andre konvensjonsbestemmelser enn selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1. Retten til privatliv etter artikkel 8 og forbudet mot tortur etter artikkel 3 vil være relevante i den forbindelse.

EMDs begrunnelse for å ikke oppstille en begrensning i opplysningsplikten for realbevisene som nevnt ovenfor og ved bevissikring, er at slike innhentinger ikke treffer hensynene som selvinkrimineringsvernet skal ivareta. Selvinkrimineringsvernet skal først og fremst sørge for

¹⁹⁹ Avsnitt 69

²⁰⁰ Kjøbro (2010) s. 494

²⁰¹ *Saunders mot Storbritannia* (Avsnitt 69)

at myndighetene respekterer den mistenktes vilje til å forholde seg taus. Realbevis som eksisterer uavhengig av den mistenktes vilje er derfor ikke vernet.

Begrunnelsen til EMD i Saunders-saken kan tilsi at heller ikke dokumenter og elektronisk materiale som innhentes etter pålegg fra Konkurransetilsynet med hjemmel i krrl. § 24, begrenses av selvinkrimineringsvernet. Dokumenter og elektronisk materiale er allerede produsert materiale, og kan derfor anses å eksistere uavhengig av den mistenktes vilje.

I *J.B. mot Sveits*²⁰² kom imidlertid EMD til at dokumentasjonen som ble forsøkt innhentet av skattemyndighetene i Sveits var omfattet av selvinkrimineringsvernet. I den forbindelse anvendte EMD dokumentasjonsmaterialet i saken på rettsetningen fra Saunders-saken, og uttalte at:

«In the Court`s opinion, however, the present case does not involve material of this nature which, like that considered in Saunders, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person²⁰³».

Standpunktet gir uttrykk for at dokumenter som er innhentet utenfor situasjonene ved ransakelse, beslag og bevissikring, er omfattet av selvinkrimineringsvernet fordi slike dokumenter ikke kan anses å være uavhengig av den mistenktes vilje. EMD begrunner ikke standpunktet. Det er imidlertid nærliggende å legge til grunn at selv om dokumenter er produsert materiale forut for myndighetenes pålegg om utlevering, og sånn sett skiller seg fra forklaringssituasjonene, må det tillegges vekt at den mistenkte må foreta en aktiv handling for at myndighetene skal få bevismaterialet i hende. I en slik situasjon kan det presumeres at myndighetene er avhengig av den mistenktes vilje for å oppfylle sin bevisbyrde. En slik forståelse av standpunktet i J.B.-saken tilsier at dokumenter innhentet med hjemmel i § 24 er avhengig av den mistenktes vilje, og hensynene som selvinkrimineringsvernet skal ivareta, gjør seg gjeldende.

²⁰² Se punkt 5.2.2 ovenfor for en redegjørelse av sakens faktum.

²⁰³ *J.B. mot Sveits* (avsnitt 68)

Standpunktet fra J.B.-saken må imidlertid nyanseres. Standpunktet i J.B. lagt til grunn, tilsier at utgangspunktet er at plikten til å utlevere dokumenter er fullt ut begrenset av selvinkrimineringsvernet under myndighetens kontrollvirksomhet. Denne saken handlet imidlertid om et utleveringspålegg som omfattet «all the documents which he had concerning this companies». Premissene i J.B. sammenholdt med både tidligere og senere avgjorte saker for EMD, tilsier at omfanget som ble pålagt utlevert og graden av tvang i form av gjentakende forespørsler og tvangsmulkt for manglende etterlevelse var den reelle årsaken til at det ikke ble tillagt vekt at saken gjaldt realbevis, og ikke forklaringer. I Saunders mot Storbritannia uttalte EMD at:

«It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial²⁰⁴».

Uttalelser underbygger at det i relasjon til realbevis, må foretas en konkret vurdering av graden av tvang som benyttes ved innhenting sammenholdt med omfanget av det pålagte utleveringsmateriale. Dette underbygges av at EMD ett år etter J.B.-saken, i *O'Halloran og Francis mot Storbritannia*, under henvisning til tidligere praksis fra domstolen, la vekt på at saken ikke gjaldt en vidtgående begjæring om å fremlegge uspesifiserte dokumenter slik som i J.B.-saken²⁰⁵. En slik forståelse harmonerer også med det klare utgangspunktet om at selvinkrimineringsvernet først og fremst kommer til anvendelse på plikten til å avgi forklaringer mot den mistenktes vilje. Dette underbygges av at det i juridisk teori, på grunnlag av Saunders-saken, er lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke begrenser opplysningsplikten rekkevidde til å pålegge utleveringsplikt i form av dokumenter²⁰⁶.

Etter redegjørelsen ovenfor kan det legges til grunn at utgangspunktet er at selvinkrimineringsvernet begrenser opplysningsplikten for forklaringer, og realbevis faller som utgangspunkt utenfor vernet. Dokumenter kan være omfattet dersom begjæringen om fremleggelse gjelder uspesifiserte dokumenter. Oppsummert kan det legges til grunn at utgangspunktet er at selvinkrimineringsvernet ikke kan påberopes dersom myndighetene

²⁰⁴ *J.B. mot Sveits* avsnitt 71

²⁰⁵ *O'Halloran and Francis mot Storbritannia* [GC] 2006, no. 73053/01 (avsnitt 58)

²⁰⁶ Kjølbro (2010) s. 494

pålegger spesifikke dokumenter.

6.2.3 Gjelder selvinkrimineringsvernet for alle opplysninger?

Det neste som må undersøkes er om selvinkrimineringsvernet er begrenset til opplysninger som reelt er egnet til å inkriminere foretaket. Spørsmålet er særlig aktuelt fordi det i EU-retten har foregått diskusjoner om selvinkrimineringsvernet er begrenset til opplysninger av selvinkriminerende karakter. Eksempelvis la ECJ til grunn i Orkem-saken²⁰⁷ at det må foretas en objektiv vurdering av om opplysningene er egnet til å inkriminere den siktede²⁰⁸. Som lagt til grunn innledningsvis²⁰⁹ er EMK og praksis fra EMD avgjørende dersom det foreligger motstrid. I det følgende må derfor praksis fra EMD undersøkes.

EMD tok stilling til spørsmålet i *Saunders mot Storbritannia*. Til dette uttalte EMD:

«... the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating²¹⁰».

Domstolen uttalte seg her generelt om at selvinkrimineringsvernet ikke kan begrenses til opplysninger som potensielt er egnet til å inkriminere vedkommende.

EMDs standpunkt er lagt til grunn i senere saker. I J.B.-saken hadde staten anført at dokumentasjonen som var pålagt utlevert ikke var egnet til å inkriminere J.B. idet myndighetene uansett var kjent med at det forelå overtredelser av skattelovgivningen, og at J.B. selv hadde innrømmet inntektsbeløpet som var unnlatt rapportert. EMD la til grunn at denne anførselen ikke kunne føre frem. Begrunnelsen var at et pålegg, ytterligere forespørsler og tvangsbøter i sin natur indikerte at myndighetene hadde behov for ytterligere opplysninger i saken²¹¹. Uttalelsen kan tilsi at spørsmålet må avgjøres konkret i hvert tilfelle. Samtidig tilsier uttalelsen at det ikke kan differensieres mellom opplysninger så lenge myndighetene pålegger opplysningsplikt. I et slikt tilfelle kan det presumeres at myndighetene har behov for

²⁰⁷ *Orkem mot kommisjonen*, 18. oktober 1989, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207

²⁰⁸ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 34

²⁰⁹ Se kapittel 1.4.2 ovenfor

²¹⁰ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 71

²¹¹ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 69

ytterligere opplysninger i saken. Dette harmonerer også med uttalelsen i *Saunders mot Storbritannia*.

Sammenfattet kan det legges til grunn at selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1 ikke differensierer mellom opplysninger som er egnet til å inkriminere den mistenkte, og opplysninger som ikke er egnet. Om et pålegg om utleveringsplikt med hjemmel § 24 er begrenset av foretakets selvinkrimineringsvern må, i tråd med redegjørelsen i punkt 6.2.2, bero på en tolkning av graden av tvang i form av opplysningsplikt fra myndighetene og om pålegget om utlevering er tilstrekkelig spesifisert.

7 Avslutning

I avhandlingen er det reist en rekke problemstillinger om foretakets selvinkrimineringsvern når Konkurransetilsynet undersøker og etterforsker for mulige brudd på konkurranselovgivningen. Etter Høyesterett sin tolkning av om foretaket er rettighetssubjekt etter EMK artikkel 6 nr. 1 i Rt. 2011 s. 800, kan det legges til grunn at gjeldende rett er at foretak har et selvinkrimineringsvern etter norsk konkurranserett. Dette underbygges av uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven 2004, og av forskrift om opplysningsplikt og bevissikring, der Konkurransetilsynet har en plikt til å veilede også foretak om deres vern mot selvinkriminering. Videre i avhandlingen ble det reist spørsmål ved om overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 oppfyller inngangsvilkåret «criminal» i EMK artikkel 6 nr. 1. Etter en tolkning av praksis fra EMD, særlig *Jussila mot Finland* og *A. Menarini Diagnostics S.R.L mot Italia*, sammenholdt med norske rettskilder, konkluderte oppgaven med at overtredelsesgebyr etter § 29 er «criminal» etter EMK artikkel 6 nr.1. Utgangspunktet for en drøftelse av rekkevidden og det nærmere innholdet av vernet var etter dette at foretaket er utsatt for en «criminal charge» ved illeggelse av overtredelsegebyret (sanksjonsfasen).

Oppgaven reiste så spørsmålet ved om «charge»-tidspunktet må anses oppfylt på et tidligere stadium i prosessen. På spørsmålet om tidspunktet for vernet i tilsynsprosessen, er det konkludert med at foretaket er «charged» fra tidspunktet når foretaket mottar et forhåndsvarsel om illeggelse av overtredelsesgebyr på grunnlag av vurderingsnormen «official notification». I tillegg ble det redegjort for den andre vurderingsnormen oppstilt av EMD, tidspunktet når foretaket er «substantially affected» av forfølgningen. Etter en redegjørelse og

nærmere vurdering har oppgaven konkludert med at tidspunktet for «charge» er i stadiet mellom første kontrolltiltak og siste kontrolltiltak, altså i stadiet forut for at det gis forhåndsvarsel. Grunnen til det er at forhåndsvarselet kommer sent i prosessen. På dette stadiet har Konkurransetilsynet allerede foretatt bevissikringer, forklaringsopptak og ytterligere innhenting av dokumenter og elektronisk materiale. Oppgaven har konkludert med at mistankekravet må anses oppfylt for kontrolltiltak som benyttes etter at det er foretatt bevissikring. Dersom skjæringstidspunktet fastsettes til tidspunkt for forhåndsvarselet er selvinkrimineringsvernet av liten praktisk betydning for foretaket i strid med tolkningsprinsippet oppstilt av EMD om at konvensjonen skal gi rettigheter som «*not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective*».

Endelig er det nærmere innholdet av selvinkrimineringsvernet undersøkt. Konkurransetilsynet har lagt til grunn at styreleder og daglig leder kan påberope vernet på vegne av foretaket. Dersom vernet skal være praktisk effektivt for foretaket, må den personelle rekkevidden av opplysningsplikten harmonere med den personelle rekkevidden av selvinkrimineringsvernet. Oppgaven har videre konkludert med at selvinkrimineringsvernet gjelder for alle muntlige forklaringer. Når det gjelder realbevis i form av for eksempel dokumenter og elektronisk materiale, må selvinkrimineringsvernets anvendelse bero på en konkret vurdering av omfanget av det materiale som er pålagt utlevert, sammenholdt med omfanget av tvangen som benyttes for å innhente materiale, i form av opplysningsplikt og eventuelt tvangsmulkt for manglende etterlevelse. Endelig har oppgaven konkludert med at det ikke kan differensieres mellom opplysninger som er egnet til å inkriminere foretaket, og opplysninger som ikke er potensielt egnet til det, for eksempel i form av at myndighetene allerede er i besittelse av fellende bevis.

Referanseliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov.

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS konkurranseloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 5. mars 2014 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Forskrift

Forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

Forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring

Forarbeid

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov.

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring – Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov.

Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven.

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).

Internasjonale kilder

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen fra 1950

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966

Vienna Convention on the Law of Treaties fra 1969

ODA-avtalen protokoll 4

EØS-avtalen protokoll 21

Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 2000 s. 996 P («Bøhler»)

Rt. 2005 s. 833 P

Rt. 2011 s. 800 A

Rt. 2011 s. 910 A

Rt. 2012 s. 1556 A («Brosaken»)

Rt. 2014 s. 620 A

HR-2017-1229-A («Follo»)

Avgjørelser fra lagmannsretten:

LB-2014-76039 («Asfaltsaken»)

Avgjørelser fra EMD (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen):

Engel and others mot Nederland [P] 1976, nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479> (des. 2020)
Airey mot Irland [J] 1979, no. 6289/73

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420> (des. 2020)
Tyrer mot Storbritannia [J] 1978, no. 5856/72.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587> (des. 2020)
Deweert mot Belgia [J] 1980, no. 6903/75.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57469> (des. 2020)
Corigliano mot Italia [J] 1982, no. 8304/78.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57463> (des. 2020)
Öztürk mot Tyskland [P] 1984, no. 8544/79.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553> (des. 2020)
Funke mot Frankrike [J] 1993, no. 10828/84.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57809> (des. 2020)
Saunders mot Storbritannia [GC] 1996, no. 19187/91.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009> (des. 2020)
Garyfallou AEBE mot Hellas [J] 1997, no. 18996/91.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58096> (des. 2020)
J.B. mot Sveits [J] 2001, no. 31827/96.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59449> (des. 2020)
Janosevic mot Sverige [J] 2002, no. 34619/97.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60628> (des. 2020)
Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic mot Sverige [J] 2002, no. 36985/97

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60627> (des. 2020)
Ezeh and Connors mot Storbritannia [GC] 2003, nos. 39665/98 and 40086/98

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61333> (des. 2020)
Weh mot Østerrike [J] 2004, no. 38544/97.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61701> (des. 2020)

Jalloh mot Tyskland [GC] 2006, no. 54810/00.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307> (des. 2020)

Jussila mot Finland [GC] 2006, no. 73053/01.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135> (des. 2020)

O'Halloran and Francis mot Storbritannia [GC] 2007, nos. 15809/02 and 25624/02.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81359> (des. 2020)

Marttinen mot Finland [J] 2009, no. 19235/03.

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92233> (des. 2020)

A.Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italia [J] 2011, no. 43509/08, kun tilgjengelig på fransk. Mindretallets votum er oversatt til engelsk, under «Dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque (Translation)»

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106438> (des. 2020)

Steininger mot Østerrike [J] 2012, no. 21539/07

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110483> (des. 2020)

Grande Stevens and others mot Italia [J] 2014, no. 18640/10

Document URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794> (des. 2020)

Avgjørelser fra EU-domstolen

Dom av 18. oktober 1989, *Orkem mot kommisjonen*, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207

Dom av 12. desember 2007, *Akzo Nobel NV m.fl mot Kommisjonen*, T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381

Litteratur

Bøker

Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett: Bind II Prosess og sanksjoner*, Universitetsforlaget 2006.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015.

Harris, David John, Michael O'Boyle, Ed Bates og Carla Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Third edition, Oxford University press 2014

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010.

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett: Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget 2007.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Stub, Marius, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Universitetsforlaget 2011.

Østbye, Peder, *Konkurranserett: En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming*, Fagbokforlaget 2008.

Aal, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.

Artikler i tidsskrift

Elgesem, Frode, «Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode» *Lov og Rett* 04-05 2003 (Volum 42).

Elgesem, Frode og Henning Rosenlund Wahlen, «Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen» *Tidsskrift for forretningsjus* 2010, s. 59-75.

Johansen, Jon Petter Rui, «Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 03 2005 (Volum 118), s. 296-369.

Skoghøy, Jens Edvin A., «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven» *Jussens venner* 05 2014 (Volum 49).

Offentlig tilgjengelige vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr:

Tilgjengelig på: <https://konkurransetilsynet.no/vedtak-og-uttalelser/> (des. 2020)

Vedtak - V2005-9, datert 6. juni 2005 «Overtredelsesgebyr for konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund»

Vedtak - V2007-2, datert 19. februar 2007 «Tine BA – vedtak om overtredelsesgebyr – konkurransebegrensende eksklusiv leveringsavtale»

Vedtak - V2018-20, datert 21. juni 2018 «Telenor Norge AS og Telenor ASA – konkurranseloven § 29, jf. § 11 og EØS-avtalen artikkel 54».

Veileder utarbeidet av Konkurransetilsynet

«Veileder for innlevering av interne (elektroniske) dokumenter til Konkurransetilsynet», datert 1. april 2020. URL: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2020/04/Veileder-for-innlevering-av-interne-elektroniske-dokumenter-til-Konkurransetilsynet.pdf> (des. 2020)

Leksikon:

Knudsen, Gudmund, «Juridisk person» Store norske leksikon, sist oppdatert 15. april 2020. Hentet 21. november 2020 fra https://snl.no/juridisk_person

