



Vernet mot selvinkriminering for juridiske personer

av Hallvar Tjønndal

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2012*

INNHALDSFORTEGNELSE

1. Innledning	4
1.1 Litt om oppbygningen av de ulike deler i avhandlingen	
1.2 Problemstilling	
2. Konkurranseloven	11
2.1 Forbudsreglene	
2.1.1 Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler	
2.1.2 Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling	
2.2 Opplysningsplikt	
3. Om tilsynsmyndigheter og gangen i en konkurransesak	26
3.1 Tilsynsforvaltningen	
3.2 Partene i en konkurransesak	
3.3 Gangen i en konkurransesak	
4. Metode og forholdet til Norges folkerettslige forpliktelser	32
4.1 Metode	
4.2 Menneskerettighetene i norsk rett	
4.2.1 Overnasjonale organer	
4.3 EU-konkurranseretten	
5. Selvinkrimineringsvernet	37
5.1 Definisjon	
5.2 Reguleringen	

6. Selvinkrimineringsvernet for juridiske personer 41

6.1 Selvinkrimineringsvern for juridiske personer som risikerer foretaksstraff

6.1.1 Litt rettshistorikk om selvinkrimineringsvernet

6.1.2 Rettskildemessig grunnlag for foretaks selvinkrimineringsvern

6.2 Differensiering mellom to prinsipper

6.2.1 Retten til å forholde seg taus

7. Selvinkrimineringsvernet i saker om forvaltningsstraff 61

7.1 Oversikt

7.2 Utbredt bruk av forvaltningssanksjoner

7.2.1 Vinningsavståelse

7.2.2 Overtredelsesgebyr

7.3 "Criminal Charge"

7.3.1 Utmålingen av bøtesanksjoner i konkurransesaker

7.3.2 Utmålingen av strafferettslige bøter

7.3.3 Utmålingen av overtredelsesgebyrer

7.4 Selvinkrimineringsvernet innenfor forvaltningsstraffeprosessen

7.5 Grensedragnig mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium

7.5.1 Status som "siktet".

1. Innledning

Fysiske personer som risikerer å bli ilagt formell straff har i lang tid kunnet påberope seg et prinsipp vi kjenner som vernet mot selvinkriminering. De formelle straffalternativ er opplistet i lov 22.mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) - heretter også benevnt strl. - § 15. I denne avhandlingen skal det hovedsakelig fokuseres på bøtelegging, etter som fengselsstraff ikke har sin parallell blant de strafflignende sanksjonsalternativer, som jeg skal komme nærmere inn på underveis.

For at man skal kunne risikere å bli ilagt formell straff, forutsettes det at det straffbare forholdet er etterforsket. Dette faller inn under politiet og påtalemyndighetens ansvarsområde, heretter benevnt som "de straffefølgende myndigheter" eller "politiet". Strafferettslig etterforskning er underlagt de straffeprosessuelle prinsipper, som i all hovedsak er regulert av lov 22.mai 1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) - heretter også benevnt strpl. - §§ 223-248.

Vernet mot selvinkriminering gjelder hovedsakelig retten til å nekte bidrag av informasjon til egen domfellelse, altså gjelder eksempelvis retten til å forholde seg taus under de rettslige avhør, jfr. strpl. § 90. Dette er likevel også gitt tilsvarende anvendelse forut for hovedforhandling, jfr. strpl. § 230 (1) (1).

I denne avhandlingen skal det fokuseres på selvinkrimineringsvernet i situasjoner der en selv er mistenkt for lovovertrødelse, og det avgrenses i utgangspunktet mot øvrig eksisterende inkrimineringsvern, eksempelvis av ens "nærstående", jfr. strpl. § 123 (1) (1), jfr. § 122.

Blir en lovovertrødelse etterforsket, vil de fysiske personer politiet mistenker for å ha vært involvert i den ulovlige handlingen kunne nekte å bidra med informasjon til oppklaringen. Jeg skal komme nærmere inn på definisjonen av selvinkrimineringsvernet, men kan kort nevne at det omfatter både verbal og rent fysisk overlevering av opplysninger. Det er trolig tilstrekkelig at opplysningene kan "*antas å ha betydning som bevis*" i en eventuell senere straffesak mot vedkommende, se strpl. § 210 (1) (1). Høyesterett har også slått fast at det er tilstrekkelig at straffefølgning er et potensielt utfall, men at det likevel kreves noe mer enn bare en teoretisk mulighet, jfr. Rt-1997-1303.

For om lag 20 år tilbake ble alminnelig foretaksstraff innført i norsk strafferett gjennom lov 20.juli 1991 nr.66 om endringer i straffeloven m.m. Denne lovendringen tilføyde § 48a og § 48b til straffeloven, hvilket etablerte ulike selskapskonstruksjoner til egne ansvarssubjekter i norsk strafferett. Samtidig ble det opphevet en del spredt spesialregulering av foretaksansvar, deriblant forurensningsloven § 80.¹

I forarbeidene til loven som innførte alminnelig foretaksstraff var det ikke forutsatt at juridiske personer, som sådan, skulle kunne søke beskyttelse bak et slikt selvinkrimineringsvern som jeg kortfattet har redegjort for over. Dette har også vært gjeldende rett frem til 1.juni 2011, da Høyesterett slo fast i en kjennelse at juridiske personer som risikerer straff, kan nekte å bidra til sin egen domfellelse i samme utstrekning som fysiske personer.²

Vernet mot selvinkriminering for fysiske personer fremgår blant annet av to menneskerettighetskonvensjoner som Norge har tiltrådt, henholdsvis Europarådets konvensjon 4.november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene mv. - heretter benevnt EMK - og de Forente Nasjoners internasjonale konvensjon 16.desember 1966 om sivile og politiske rettigheter, heretter benevnt SP. De fleste moderne rettsstater hadde anerkjent et selvinkrimineringsvern i sin nasjonale straffeprosess, forut for konvensjonsreguleringen, slik at det ikke nødvendigvis har blitt inkorporert som følge av en folkerettslig forpliktelse.

Denne parallelle reguleringen gjør at man kan rubrisere vernet både som en menneskerettighet, og som en rettssikkerhetsgaranti, uten at det ene nødvendigvis utelukker det andre. Det er muligens først nå som Høyesterett gir vernet anvendelse for juridiske personer, at det kan sies å være et reelt behov for å trekke en klarere distinksjon mellom de to. Om ikke annet enn fordi det rent terminologisk kan virke kunstig om foretak skal tilstås en menneskerettighet.

¹ Lov 13.mars 1981 nr.6 om vern mot forurensninger mv. (forurensningsloven).

² Kjennelsen er gjengitt i Rt-2011-800. Jeg kommer nærmere inn på avgjørelsen i et senere punkt.

Det er utvilsomt at vernet eksisterer, og at det ville ha eksistert i norsk rett, uavhengig av reguleringen i de internasjonale konvensjoner som Norge har tiltrådt.³ Det er likevel ikke til å komme utenom at avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD) - vedrørende fortolkningen av de konvensjonsregulerte, grunnleggende minimumsrettigheter som følger av EMK, vil være av særlig betydning som rettskilder innenfor temaet for denne avhandlingen. Dette begrunner jeg med det overnasjonale preget EMD har, samt trinnhøyden EMK er gitt ved eventuell motstrid med øvrige norske regler, gjennom reguleringen i lov 21.mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3, jfr. § 2 nr.1. Etter praksis fra EMD skal selvinkrimineringsvernet innfortolkes i prinsippene om en rettferdig rettergang, som følger av EMK art. 6.

Reguleringen av, og praksis knyttet til fortolkningen av selvinkrimineringsvernet slik det fremgår av SP art.14 nr.3 bokstav g, er ikke like relevant når det blir snakk om en utvidelse som omfatter juridiske personer, men dette skal jeg gjøre rede for i en annen sammenheng. For den øvrige avklaring av forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, henvises til punkt 4.

³ Selvinkrimineringsvernet var et straffeprosessuelt prinsipp også i Norge, lenge før de internasjonale konvensjonene ble ratifisert.

1.1 Litt om oppbygningen av de ulike deler i avhandlingen

Det nylig fastlagte selvinkrimineringsvernet for foretak, må ta utgangspunkt i en analogi fra vernet som gjelder for fysiske personer. Jeg skal komme nærmere inn på både en alminnelig definisjon og reguleringen av selvinkrimineringsvernet under punkt 5. Innledningsvis kan jeg kort oppsummere at de to prinsippene som til sammen utgjør et vern mot selvinkriminering for fysiske personer, må tilpasses for å kunne påberopes av et foretak. Dette begrunnes blant annet med de naturlige ulikheter som eksisterer mellom de to typer av rettighetssubjekter. Den analogiske anvendelsen av selvinkrimineringsvernet kan ikke gjøres direkte for juridiske personer, som er avhengige av å utøve sine partsrettigheter gjennom fysiske personer.

Tilpasning av rettssikkerhetsgarantier for anvendelse på foretak, er ikke unik for selvinkrimineringsvernets vedkommende. En del av rettighetene som tilkommer fysiske personer etter EMK, eksempelvis forbudet mot tortur i art.3, er ikke praktisk anvendelig for et foretak, som sådan. EMD har også slått fast at foretakets eiere, hvilket i de fleste sakene utgjør en eller flere aksjonærer, ikke kan påberope seg status som "*victim*", jfr. EMK art.34. Foretaket må med andre ord gjøre sine rettigheter gjeldende som part.⁴ I samsvar med denne praksisen fra EMD, har Høyesterett gitt uttrykk for at det under slike omstendigheter kan bli et spørsmål om rettighetene som tilkommer den juridiske person, i stedet kan påberopes av foretakets representanter. Jeg har lagt til grunn at representantene omfatter foretakets ansatte og tillitsmenn.⁵

De fleste sakene som juridiske personer har ført for EMD, har omhandlet reglene om beskyttelse av privat eiendomsrett og prinsippene om en rettferdig rettergang, som er regulert i henholdsvis EMKs tilleggsprotokoll 1, art.1 og EMK art.6.⁶ Det fins likevel enkeltsaker der også andre minimumsgarantier i EMK er gitt tilsvarende anvendelse for foretak. EMD har for

⁴ [EMDs dom av 24.oktober 1995, Agrotexim m.fl. v. Hellas, avsnitt 59.](#)

⁵ Kjennelse av Høyesteretts ankeutvalg 1.april 2011, gjengitt i [Rt-2011-487](#), avsnitt 35.

⁶ Se Marius Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, (Oxford), 2006, s. 132 flg.

eksempel tilstått en juridisk person retten til ytringsfrihet, jfr. EMK art.10.⁷ I *Société Colas v. Frankrike* ble reglene om vern av privatliv, jfr. EMK art.8 (1), utvidet til å omfatte foretak. EMD slo der fast at uanmeldte inspeksjoner fra offentlige myndigheter, ikke ubetinget skal måtte aksepteres av en juridisk person i større utstrekning enn det som gjelder for fysiske personer.⁸ I *Comingersoll SA v. Portugal*, som er en omdiskutert avgjørelse, tilkjente sågar EMD et foretak erstatning etter artikkel 41, for såkalt ikke-økonomisk tap.⁹

I punkt 6 og utover redegjøres det for innholdet i det nyetablerte selvinkrimineringsvernet for foretak, og noen rent praktiske utfordringer og avgrensninger dette byr på. Jeg skal innledningsvis gjennomgå litt av rettshistorien til innføringen av dette prinsippet i utgangspunktet, der jeg blant annet skal drøfte hvor vidt den tradisjonelle rettshistoriske begrunnelsen lar seg forene med at vernet nå omfatter juridiske personer. Det rettskildemessige grunnlaget for utvidelsen av selvinkrimineringsvernet skal deretter gjennomgås, og jeg legger ikke skjul på at jeg søker å forsvare Høyesteretts konklusjon. Definisjonen på, og de to prinsippene som til sammen utgjør vernet mot selvinkriminering, skal deretter søkes anvendt på en juridisk person, der det blant annet vil foretas en grensedragnings mot personkretsen som kan påberope seg foretakets rett til å forholde seg taus, i den grad dette kan være en selvstendig begrunnelse for unntak fra egen vitneplikt.

⁷ [EMDs dom 22.mai 1990, *Autronic AG v. Sveits*.](#)

⁸ [EMDs dom 16.april 2002, *Société Colas Est m.fl. v. Frankrike*, avsnitt 41.](#)

⁹ [EMDs dom 6.april 2000, *Comingersoll SA v. Portugal*, avsnitt 36-37.](#)

Avgjørelsen er noe kontroversiell fordi EMD tidligere har fastslått at et foretaks eiere ikke kan påberope seg status som "victim", jfr. EMK art.34. Det er vanskelig å forstå at et foretak kan føle frustrasjon, usikkerhet, angst og lignende mentalt stress, grunnet den lange tiden som hadde forløpt før saken fikk sin avgjørelse. Dette er det menneskene med tilknytning til foretaket opplever, og det kan oppfattes som lite konsekvent at EMD setter likhetstegn mellom fysiske personer og foretaket i enkelte henseende, og ikke i andre. Dette ble påpekt av saksøktens representanter, men EMD tilkjente likevel såkalt "non-pecuniary damage". Forsvaret av dette kan begrunnes med foretakets tap av goodwill og tap av omdømme i perioden, som igjen kan være vanskelig å regne om i penger. Kompensasjonen kan dermed fastsettes enklere ved at man baserer seg på rimelighetshensyn.

I punkt 7 tar jeg for meg den økte adgangen til å ilegge forvaltningssanksjoner, også benevnt "forvaltningsstraff". Det skal redegjøres kort for den ulovfestede forvaltningsstraffeprosessen, før jeg konkretiserer mot selvinkrimineringsvernets anvendelse i saker som kan ende med strafflignende sanksjoner. Jeg knytter deretter sammen punkt 6 og 7 og drøfter kriteriene for når selvinkrimineringsvernet kan påberopes av et foretak som risikerer sivilrettslige bøtesanksjoner av strafflignende art.

De siste 10-15 årene er det blitt stadig mer vanlig at lovovertrедelser forfølges og sanksjoneres utenfor straffeprosessen. Jeg har i punkt 7 valgt å fokusere på såkalte "overtredelsesgebyrer" innenfor konkurranseretten. Valget falt på dette rettsområdet fordi formell straff og forvaltningsstraff eksisterer som parallelle sanksjonsalternativer for foretak, ved enkelte konkurranselovovertrедelser. Vilkårene for at en forvaltningssak tilsvare avgjørelsen av en straffesiktelse, jfr. EMK art.6 (1), er en forutsetning for påberopelse av et vern mot selvinkriminering. Jeg skal blant annet drøfte hvor vidt ileggelse av overtredelsesgebyr til foretak tilsvare avgjørelsen av en "criminal charge", slik vilkårene er formulert og anvendt av EMD.

Grensedragningen mellom saksbehandlingens kontrollstadium og saksbehandlingens sanksjonsstadium skal også drøftes, der hensikten er å klarlegge hva som tilsvare statusen "siktet" i forvaltningsstraffeprosessen. Årsaken er at denne statusen blir avgjørende for når selvinkrimineringsvernet kan påberopes der forvaltningssanksjon er et potensielt utfall.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen for denne avhandlingen kan oppsummeres slik:

Innholdet og utstrekningen av det nylig fastlagte
selvinkrimineringsvernet for juridiske personer.

Jeg har to underproblemstillinger.

Den første går ut på å klarlegge hvilken personkrets som kan påberope den juridiske persons selvinkrimineringsvern.

- Hvem har for eksempel rett til å forholde seg taus?

Den andre er å se på når selvinkrimineringsvernet kan påberopes av foretak som risikerer forvaltningsstraff.

Jeg har valgt å fokusere på konkurranserettens område.

En årsak er at dette er et rettsområde der formell straff og forvaltningsstraff eksisterer som parallelle sanksjonsalternativer for foretak. En annen årsak er at det eksisterer regler om straffsanksjonert opplysningsplikt overfor konkurransemyndighetene, som kan komme i konflikt med vernet mot selvinkriminering.

2. Konkurranseloven

Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse (konkurranseloven) - krrl. - inneholder et regelsett som i all hovedsak retter seg mot foretak. Det er i forarbeidene lagt til grunn, basert på "*kunnskap og erfaring*", at konkurranse på markedsmessige vilkår er et virkemiddel som blant annet bidrar til en mer "*effektiv bruk av samfunnets ressurser*", jfr. krrl. § 1. Dette skal igjen være med på å skape størst mulige verdier for folk flest.¹⁰

Tilbud og etterspørsel er velkjente begrep, som blant annet er med på å fastlegge en vares prisnivå. Jeg skal i de tre følgende punkter gjennomgå de generelle forbudsreglene og reglene om opplysningsplikt i konkurranseloven. Innledningsvis kan forbudene oppsummeres med at det er ulovlig for foretak å inngå avtaler med hverandre, dersom avtalens virkning er konkurransebegrensende. Det vil eksempelvis være ulovlig for foretak å påvirke tilbud og etterspørsel gjennom slike avtaler, og det samme gjelder ensidig misbruk av dominerende innflytelse i markedet dersom det fortrenger mindre konkurrenter. En sterk nedprising av varer, som ikke reflekterer de reelle produksjonskostnader kan for eksempel være ulovlig. Generelt kan man slå fast at det er de konkurranseskadende virkninger for den konkurranseutsatte delen av avtalen, som rammes av forbudene.¹¹

Konkurransereglene i Norge er et resultat av EØS-avtalen. Som en følge av dette er blant annet våre forbudsregler materielt likelydende med EU-konkurranseretten. Hensikten med like konkurranseregler er blant annet å opprettholde et fungerende marked, også på tvers av landegrenser. Dette skal blant annet oppnås ved å stimulere til økt konkurranse mellom foretak.

¹⁰ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mv., punkt 3.1, på side 21.

¹¹ Dreier det seg eksempelvis om en ulovlig nedprising av skiftenøkler, som del av en større leverandøravtale i industrien, vil det ikke være mottakeren av leveransen som anses for å ha opptrådt illojalt i avtaleforholdet. Det vil derimot leverandøren, og avtalen blir ansett for å være konkurranseskadende for de øvrige leverandører av et tilsvarende produkt. Det er likevel ikke konkurrentene som er vernet. Konkurransereglene verner bare konkurransen som sådan.

Konkurransen har også en side mot forbrukerne, som på mange måter påvirker både tilbud og etterspørsel. Forbrukerne signaliserer for eksempel både etterspørsel og verdsettelse av produkter gjennom sine innkjøp. Konkurransen skal da sørge for at ressursene blir "*kanalisert til produksjon som samsvarer med forbrukernes ønsker*".¹² Av formålsparagrafen i konkurranseloven fremgår det at det skal "*tas særlig hensyn til forbrukernes interesser*", se § 1 (2). Dersom to eller flere foretak, som normalt konkurrerer om salg av et produkt, inngår en avtale som oppjusterer prisenivået og dette ikke kan forsvares med eksempelvis økte produksjonskostnader eller lignende, er avtalens konkurranseskadende virkning tosidig. For det første blir det ingen reell konkurranse om utsalgsprisen, når prislighet preges over hele linjen på en slik måte. Den andre virkningen er at foretakene i realiteten profitterer på forbrukernes bekostning.

2.1 Forbudsreglene

Konkurranseloven er, litt forenklet fremstilt, bygget opp rundt to forbudsbestemmelser. Disse fremgår av henholdsvis § 10 og § 11.

Konkurranseloven § 10 oppstiller et forbud mot å inngå konkurransebegrensende avtaler, mens § 11 regulerer et forbud mot å misbruke en dominerende stilling i markedet. Begge forbudsbestemmelsene er i utgangspunktet rettet mot foretak, som kan sanksjoneres med såkalte "overtredelsesgebyr", som ilegges av Konkurransetilsynet, jfr. § 29.

Som jeg kommer tilbake til i redegjørelsen av partene i en konkurransesak, håndhever Økokrim de straffbare overtredelser av konkurranseloven. I praksis legges det likevel til grunn at Økokrim avventer en anmeldelse fra kontrollmyndigheten før de iverksetter etterforskning, slik at vi kan legge til grunn i det følgende at en konkurransesak starter hos Konkurransetilsynet.

¹² Ot.prp.nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mv., punkt 3.2, på side 22.

Blant oppgavene til Konkurransetilsynet er å avdekke overtredelser av det regelverket de håndhever. De mest alvorlige lovbrudd skal anmeldes til Økokrim, men det er utelukkende overtredelser av § 10 som kan sanksjoneres med formell straff, jfr. § 30. Til gjengjeld kan også fysiske personer idømmes formell straff for sin deltakelse i overtredelser av § 10.

Overtredelsesgebyr ilegges ved enkeltvedtak, og det kan bare ilegges juridiske personer. Når enkeltvedtaket er endelig, legger Konkurransetilsynet til grunn i sin praksis at muligheten for øvrig sanksjonering fra politiet, mot den juridiske person, er avskåret. Dette begrunnes med konflikten med dobbeltstraff.¹³ Fysiske personer kan derimot fortsatt anmeldes til politiet for sin delaktighet i overtredelser av § 10, uten at man kommer i konflikt med forbudet mot dobbeltstraff, etter som det dreier seg om selvstendige ansvarssubjekter. Som jeg skal komme nærmere inn på utgjør et ilagt overtredelsesgebyr det som tilsvarende avgjørelsen av en straffesiktelse, jfr. EMK art.6.

Håndhevelsen av forbudet mot prissamarbeid og forbudet mot misbruk av dominerende stilling kan spores tilbake i nær sagt alle vedtak, pålegg, forskrifter, mv. som gis med hjemmel i konkurranseloven. For å illustrere forbudsbestemmelsene og rettsområdet, skal jeg gjennomgå noen eksempler på overtredelser fra praksis.

2.1.1 Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler

Konkurranseloven § 10:

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt (...)".

13

Dette forbudet har sin parallell i EU-konkurranseretten og i EØS-avtalen art.53, hvilket innebærer at praksis fra ESA og EU-kommisjonen, samt ankeinstansene, vil være relevante rettskilder. Jeg gir en nærmere fremstilling av forholdet til slike internasjonale rettskilder i et eget punkt.

Rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen har slått fast at så lenge det har vært en påviselig felles vilje mellom foretak til å vri konkurransen mv., spiller det ingen rolle hvordan denne viljen er kommet til uttrykk. Forbudet mot prissamarbeid omfatter en rekke ulike typer av avtaler og konkludent atferd, herunder stilltiende forståelse eller såkalte "*gentlemen's agreement*".¹⁴

EFTA-domstolen har i en rådgivende uttalelse slått fast at man har å gjøre med en "*avtale*" i relasjon til EØS-avtalen artikkel 53 (1), når partene har koordinert sin atferd i markedet:

*"(...) amount to an "agreement" within the meaning of Article 53 (1) EEA only if there is an expression of the parties' having reached a joint intention to conduct themselves on the market in a specific way".*¹⁵

For at vi skal ha med prissamarbeid å gjøre, må dette ha manifestert seg i avtaler mellom finansielt og kommersielt selvstendige foretak. Dette innebærer at datterselskap, som eksempelvis fungerer som "underleverandør" til et annet selskap innad i samme konsern, ikke kan rammes av forbudet mot prissamarbeid. Vilkåret er da at de regnes for å utgjøre samme økonomiske enhet.¹⁶

¹⁴ [EF-domstolen, dom 15.juli 1970, ACF Chemiefarma NV v. Kommisjonen, avsnitt 111.](#)

¹⁵ EFTA-domstolen, rådgivende uttalelse 1.april 1998, *Jæger AS v. Opel Norge AS*, ([E-3/97](#)) s.17, punkt 4.

¹⁶ [EF-domstolen, dom 31.oktober 1974, Centrafarm BV v. Sterling Drug Inc, avsnitt 41.](#)

Bransjeorganisasjoner, eller andre forum som kan brukes for å koordinere atferden til to eller flere foretak, vil falle inn under begrepet "*sammenslutning*" i § 10. Den koordinerte atferden må ha gått ut på å erstatte konkurranse med samordnet opptreden. Selv om en avtale ikke har til formål å virke konkurransehemmende, kan dens virkning ha slik funksjon, jfr. ordet "*eller*". Avtalens formål *eller* virkning er gjenstand for separate vurderinger, der analyser av konkurranseutviklingen om avtalen ikke hadde eksistert, kan bli avgjørende.¹⁷

Selv om paraplybetegnelsen er "prissamarbeid", rammes også samarbeidsavtaler som mer eller mindre indirekte påvirker prisen, og det fins en rekke måter å vri konkurransen på denne måten. Dersom for eksempel ulike foretak nærmest samtidig begrenser produksjonen av et produkt de til vanlig konkurrerer om. Dette vil medføre at tilgangen til produktet blir redusert, hvilket igjen vil øke etterspørselen og man risikerer å sitte igjen med en kunstig høy pris. Også selektiv deling av forretningshemmeligheter med utvalgte samarbeidspartnere kan være ulovlig. Det samme gjelder avtaler om å dele et marked, for eksempel dersom Nord-, Sør-, Øst- og Vest-Europa blir delt mellom fire ulike foretak. Dette er helt grunnleggende eksempler på prissamarbeid, men i dagens marked er metodene ofte mer sofistikerte, og det fremgår av flere utredninger at overtredelsene er vanskelige å avdekke for myndighetene.

For å ta et eksempel fra virkeligheten, ble Veidekke og NCC den 14. oktober 2011 meddelt av Konkurransetilsynet at de ville bli ilagt overtredelsesgebyrer på til sammen 435 millioner kroner.¹⁸ Årsaken var ulovlig prissamarbeid i asfaltentreprenørbransjen i Trøndelagsfylkene og i Møre og Romsdal i perioden 2005-2008. Tilsynelatende hadde det vært en lovlig anbudskonkurranse mellom de to, men i kulissene var det blant annet gitt innsyn i hverandres anbudsdokumenter. Dette innebar blant annet at prisangivelsen var kjent, slik at denne kunne justeres forut for innlevering, avhengig av hvordan de to konsernene ønsket at kontraktene skulle fordeles. Det er tilnærmet umulig å slå fast med sikkerhet hvor mye de to konsern har hatt av ulovlig inntjening, etter som prisnivået var holdt kunstig høyt gjennom en årrekke i flere kontrakter inngått med det offentlige. Overtredelsesgebyrene er i skrivende stund ikke vedtatt, og svarfristen som var satt til 1. mars 2012, er igjen utsatt.¹⁹

¹⁷ [EF-domstolen, dom 21.januar 1999, Carlo Bagnasco v. BNP, avsnitt 33.](#)

¹⁸ http://www.konkurransetilsynet.no/imagevaultfiles/id_5227/cf_5/sammendrag_av_varselet.pdf

¹⁹ <http://www.konkurransetilsynet.no/no/aktuelt/nyheter/utsett-svarfrist-i-asfaltsaka2/?hl=ncc>

Det kan være mange årsaker til at et slikt såkalt kartellsamarbeid opphører, og blir avdekket. Er prissamarbeidet ikke lengre tilstrekkelig lønnsomt for en av partene, eller en av partene mener det foreligger indikasjoner på at myndighetene vil oppdage ulovlighetene, kan dette være tilstrekkelig til at en bryter ut. For Veidekke var situasjonen tilsynelatende den at en person i ledelsen røk uklar med den øvrige ledelsen, og truet med å avsløre prissamarbeidet for myndighetene. Den gjenværende ledelsen i Veidekke var da raskt ute med å legge kortene på bordet til Konkurransetilsynet, og konsernet vil, slik situasjonen er på nåværende tidspunkt, bli innvilget 100 % amnesti.

Årsaken er at de blir belønnet for å ha varslet om lovovertrødelsen, de har angitt sin medsamsvorne og de har bistått Konkurransetilsynets etterforskning. Summen på belønningen beløper seg til i alt 270 millioner kroner. Veidekke har fått utmålt et gebyr av denne størrelsen, men de slipper med all sannsynlighet å betale. Samarbeidspartneren i dette ulovlige pris- og anbudssamarbeidet, NCC, må derimot ut med 165 millioner kroner i overtredelsesgebyr, fordi de ikke var raskt nok ute med å varsle Konkurransetilsynet.

Dette er de største overtredelsesgebyrene som er utmålt av Konkurransetilsynet så langt, og jeg skal komme nærmere inn på utmålingen av overtredelsesgebyr i konkurransesaker.

2.1.2 Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 (1):

"Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt."

Jeg bruker også betegnelsen "misbruk" i relasjon til overtredelser av § 11.²⁰ Hva som ligger i begrepet blir nærmere konkretisert i § 11 (2), bokstavene a til d. Jeg har likevel valgt å illustrere forbudet med eksempler fra praksis, etter som det er helt konkrete vurderinger som har blitt utslagsgivende. Praksis fra overnasjonale konkurransemyndigheter i EU/EØS, samt praksis fra EU- og EFTA-domstolen, er veiledende på samme måte som ved overtredelser av § 10.

²⁰ Sml. TEUF artikkel 102, som bruker begrepet "abuse".

En av forutsetningene for anvendelsen av denne bestemmelsen, er at man har å gjøre med et foretak som har en dominerende stilling i forhold til øvrige aktører innenfor sitt marked. Tilsynelatende er det anledning til å "utnytte" seg av en dominerende stilling, men i den grad utnyttelsen blir "utilbørlig" slår forbudet inn. På mange måter dreier dette seg om en normering av "god forretningsskikk" for foretak med tilnærmet monopolstatus, eller dominans av annen art.²¹

Det er ikke konkurrenter som er vernet. Et dominerende foretak har bare et særlig ansvar for ikke å skade "konkurransen".²² Videre har EU-domstolen blant annet vektlagt om den dominerende aktøren har tatt i bruk midler som avviker fra det normale.²³ Fastsettelse av priser i produksjonskjeden eller et uforklarlig påslag i kalkuleringen av utsalgsprisen, kan således stemples som misbruk av dominans. En kunstig lav utsalgspris, i relasjon til sammenlignbare, gjennomsnittlige produksjonskostnader mv., kan føre til eliminering av konkurrenter som er like effektive.²⁴ Også i anbudprosesser kan selektivt lave priser for å underby konkurrenter være forbudt.²⁵

Som nevnt er det helt konkrete vurderinger som gjøres. Et eksempel var en sak der en dominerende iskremprodusent leaset ut frysebokser til utsalgsstedene. Underforstått i leasingavtalen kunne fryseboksene benyttes utelukkende til denne produsentens iskrem. En slik avtale kan fungere i et supermarked, der det sjelden er problemer for øvrige konkurrenter

²¹ Illustrerende for at det ofte er foretak med tilnærmet monopol som rammes av krrl § 11, er konkurransesakene mot SAS og Posten. Begge konsern er ilagt gebyrer på henholdsvis 30 og cirka 100 millioner kroner for overtredelser av forbudet mot utnyttelse av dominerende stilling. SAS inngikk forlik med Konkurransetilsynet: http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/428407/V2007-28_SAS.PDF, mens vedtaket fra ESA mot Posten: http://www.eftasurv.int/media/competition/322-10-COL_NO.pdf, i skrivende stund er til behandling i EFTA-domstolen.

²² Dom av EU-domstolen 9.november 1983, NV Nederlandsche Banden v. Kommisjonen, avsnitt 57.

²³ Dom av EU-domstolen 13.februar 1979, Hoffmann La Roche & Co. AG v. Kommisjonen, avsnitt 91.

²⁴ Dom av EU-domstolen 3.juli 1991, AKZO Chemie BV v. Kommisjonen, avsnitt 70 flg.

²⁵ Dom av EU-domstolen 16.mars 2000, Compagnie Maritime Belge Transport SA v. Kommisjonen.

å gjøre det samme, men der plassmangel på utsalgsstedene gjør seg gjeldende, for eksempel på en bensinstasjon, svekkes konkurransen.²⁶

Et eksempel fra norske domstoler vedrørende forbudet mot misbruk av dominerende stilling, er Konkurransetilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr til Tine i forbindelse med en leverandøravtale konsernet inngikk med Rema 1000 Norge AS, høsten 2004. Tine ble for øvrig frifunnet av Høyesterett i dom 22.juni 2011, under dissens 3-2. Saken er likevel egnet til å beskrive de vurderinger som ligger til grunn for forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i markedet, jfr. krrl. § 11.

Overtredelsesgebyret var blant annet begrunnet med konkurranseskadevirkningene overfor en av Tines konkurrenter, Synnøve Finden. Konfliktene mellom Synnøve Finden og Tine har vært mangeartede siden Synnøve Finden ble etablert i 1996. På den tiden ble det fra politisk hold åpnet for å bryte opp monoopolet Tine hadde på salg av meieriprodukter, som formelt bestod frem til 1997. Tine og Synnøve Finden konkurrerer i blant annet produktgruppen ost, og selv om avtalen mellom Rema og Tine førte til at samtlige av Synnøve Findens produkter ble tatt ut av sortimentet til Rema, var Konkurransetilsynets fokus på konkurranseskadevirkninger i produktgruppene hvit ost og brun ost.

Situasjonen i den norske dagligvarebransjen rundt 2004, var at fire større grupper dominerte en omsetning av dagligvarer, beløpet til om lag 100 milliarder kroner årlig. Disse gruppene er Coop, Ica, Norgesgruppen og Rema, som hver har sine kjeder og utsalgssteder. Hver høst foregår det individuelle forhandlinger mellom leverandørene av dagligvarer og hver av disse fire store gruppene, om betingelser for leveransene det kommende år. Det avtales ytelser, tjenester og rabatter som leverandørene gir til kjedene mot bestillinger av en viss størrelsesorden. Ved for eksempel et x antall bestilte enheter, tilbyr leverandørene en rabatt, som øker proporsjonalt med 2x, 3x osv. Et eksempel på tjenester, er at større leveranser kan belønnes ved at salgsrepresentanter fra leverandørsiden tar seg av vareutplasseringen på de ulike utsalgsstedene. På denne måten kan utsalgsstedene spare blant annet lønnskostnader, mens leverandørsiden oppnår å øke volumet på leveransen.

²⁶ Dom av EU-domstolen 23.oktober 2003, Van den Bergh Foods Ltd. v. Kommisjonen.

Den omstridte avtalen ble inngått høsten 2004. I sum økte Tines økonomiske ytelser til Rema med om lag 55 % i 2005, sammenlignet med ytelsene foregående år. Isolert sett utgjør dette en relativt stor økning på bare et år, hvilket også var blant begrunnelsene i Konkurransetilsynets vedtak. Bildet blir derimot noe nyansert dersom man sammenligner med ytelsene Tine ga til de andre gruppene, der det fremgår at Rema kom dårligst ut blant de fire gruppene. Markedsandelen til Tine i 2004 var på om lag 76 % for hvit ost, og rundt 90 % for brun ost. Synnøve Finden dominerte den overskytende markedsandel.

I forbindelse med at den tyske dagligvarekjeden Lidl meldte sin ankomst til Norge, begynte Rema å se på mulighetene med å rendyrke sitt konsept, for å være i stand til å møte denne ventede konkurransen. Det ble blant annet utarbeidet en del overslag på kostnadsbesparelser som kunne oppnås ved å kutte ned på antallet leverandører. På leverandørsiden for meieriprodukter var det ikke mulig å oppnå en konsentrert leveranse fra andre enn Tine, etter som blant annet Synnøve Finden ikke produserte melk, og at Q-meieriene ikke hadde et volum som kunne møte Remas etterspørsel. I løpet av høsten 2004 inngikk således Rema og Tine en omfattende leverandøravtale om meieriprodukter. Avtalen førte til en oppsigelse av hele Synnøve Findens sortiment, og samtlige varer ble fjernet fra hyllene i Remas utsalgssteder i løpet av januar 2005.

I første omgang ble oppsigelsen fra Rema akseptert. Men under de parallelle forhandlingene med Ica, ble Synnøve Finden kjent med at Tine forsøkte seg på en lignende leverandøravtale med Ica-ledelsen.

På denne bakgrunn ble Tine rapportert til Konkurransetilsynet, den 15. desember 2004. På bakgrunn av sine undersøkelser ila Konkurransetilsynet et overtredelsesgebyr til Tine den 19. februar 2007, for angivelig å ha inngått en ulovlig avtale med Rema høsten 2004.²⁷ Avtalen hadde ført til at Synnøve Findens produkter ble fjernet fra hyllene hos samtlige utsalgssteder i butikkjeden, og dette ble ansett for å være en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling i markedet, i strid med krrl. § 11.

²⁷ Vedtaket er publisert på Konkurransetilsynets hjemmesider:

http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/425896/V2007-2_TINE.PDF

Vedtaket ble anket til Oslo tingrett, som ved dom 25.mars 2009 opphevet gebyret, fordi Konkurransetilsynet hadde lagt feil faktum til grunn.²⁸ Tilsynet anket til Borgarting lagmannsrett, som opprettholdt gebyret, men reduserte det med 15 millioner kroner, etter som det andre grunnlaget for gebyret, påstanden om prissamarbeid, ble frafalt.²⁹ Denne dommen ble igjen anket til Høyesterett, som ga Tine medhold under dissens 3-2:

"Utgangspunktet er altså at dominerende foretak har anledning til å konkurrere, og også konkurrere hardt, så lenge det skjer på grunnlag av kvalitet, pris mv. (...) Derimot er det ikke adgang for et dominerende foretak å påvirke konkurransen ved hjelp av andre midler enn det som må anses normalt (...)".³⁰

Gebyret på 30 millioner kroner ble opphevet, og Tine ble tilkjent saksomkostninger på til sammen 25,7 millioner kroner, når man tar alle instanser i betraktning.

For å belyse de konkrete vurderinger som legges til grunn, tar jeg også med mindretallets begrunnelse, som særlig gikk ut på Remas markedsandel. Denne var på 17,5 % i 2004, hvilket innebar at avtalen mellom Tine og Rema i teorien stengte salget av Synnøve Findens produkter ute fra litt i overkant av 1/6 av det totale markedet. Dette ble av mindretallet karakterisert som utilbørlig. Tallet er for så vidt korrekt, dersom man vektlegger det potensielle tapet. Ser man derimot på det reelle tapet, slik lagmannsretten la til grunn, gikk Synnøve Findens markedsandel, til sammenligning, ned med 2,5 %, som en direkte konsekvens av avtalen.

²⁸ Lovdata referanse: (TOSLO-2007-63120).

²⁹ Lovdata referanse: (LB-2009-89085).

³⁰ Høyesteretts dom av 22.juni 2011 (Tine-saken), avsnitt 68.

2.2 Opplysningsplikt

Hovedregelen i norsk rett er at det ikke foreligger noen alminnelig opplysningsplikt overfor forvaltningen. Kompetanse for myndighetene til å pålegge kontrollerte aktører et slikt samarbeid, må med andre ord reguleres særskilt.³¹ På enkelte av livsområdene som forvaltes av tilsynsmyndighetene fins det derimot klare behov for en slik unntaksregulering, blant annet gjelder dette innenfor konkurranseretten.

I forarbeidene til konkurranseloven 2004 ble de erfaringer man tidligere hadde gjort seg ved slik informasjonsinnhenting trukket frem. Dette førte blant annet til at den opplysningsplikten som var regulert i § 6-1 i den gamle konkurranseloven fra 1993, ble videreført i uendret form i den nye konkurranseloven § 24. Etter departementets oppfatning var adgangen til å pålegge opplysningsplikt en av mange forutsetninger for i det hele tatt å være i stand til å håndheve konkurransereglene.

I den sammenheng ble det blant annet fremhevet at:

"Konkurransemyndighetenes informasjonsinnhenting skiller seg fra andre tilsynsmyndigheters ved at tilsynet ikke får tilgang til den informasjonen som trengs gjennom ulike former for rapporterings- og oppgaveplikt".³²

Tidligere erfaringer viste at informasjon om overtredelser sjelden befant seg i det kontrollerte foretakets ordinære arkiver. Dokumentasjonen om konkurranselovbrudd var som oftest å finne blant notater på personlige lagringssteder, typisk i private skuffer og på private datamaskiner. Det ble også trukket frem at: *"for de som ønsker å gi opplysninger, kan det være en fordel å kunne vise til at dette er en plikt etter loven".*

³¹ NOU 2012:7 (Mer effektiv konkurranselov) punkt 7.3.1.

³² Ot.prp.nr.6 (2003-2004) punkt 9.2.4, side 143.

Etter som reguleringen av opplysningsplikten er en videreføring, vil tidligere praksis vedrørende håndhevingen fortsatt kunne vise seg relevant. Utfordringen i dag ligger nok mer i at lagringsmediene er av en annen art enn det var for rundt 20 år tilbake. Mens man tidligere hadde å gjøre med utleverte permer, post-it-lapper og notisbøker, må man i dag gjennomgå USB-pinner, smarttelefoner, e-post og lignende. Det er også en kjensgjerning at de kontrollerte aktører blir flinkere til å skjule sine spor. I EU-forordningen, som konkurranseloven 2004 skal harmonere med, - Rådsforordning 1/2003 - blir det i fortalens premiss 25 uttalt at:

*"The detection of infringements of the competition rules is growing ever more difficult".*³³

Lignende erfaringer meldes i forarbeidene til konkurranseloven. Når foretak samarbeider systematisk over lengre tid for å begå lovovertridelser, er det nærliggende å anta at det også blir samarbeidet om å skjule den ulovlige virksomheten. Spredningen av desinformasjon gir også sitt bidrag til at ulovligheter er vanskelig å oppdage, og *"enda vanskeligere å avdekke fullt ut"*.³⁴

Behovet er med andre ord til stede for at de kontrollerte aktørene må kunne pålegges å bidra med informasjon, blant annet for å lette konkurransemyndighetenes arbeid og for å stimulere til åpenhet. Kompetansen til å pålegge samarbeid kan variere med behovet på de ulike tilsynsområdene. Mattilsynet kan for eksempel gi pålegg om meldeplikt av konkrete opplysninger,³⁵ mens Fiskeridirektoratet kan kreve et produksjonslokale stilt til disposisjon for kontroll.³⁶ På andre tilsynsområder går man videre til verks angående typen bistand som kan kreves, ved for eksempel oppstilling av en generell opplysningsplikt.³⁷

³³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:en:PDF>

³⁴ NOU 2003:12 (Ny konkurranselov), punkt 8.6.2, side 182 flg.

³⁵ Se lov 19. desember 2003 nr. 124 (matloven) § 14.

³⁶ Se lov 17. juni 2005 nr. 79 (akvakulturloven) § 25.

³⁷ Se lov 9. januar 2009 nr. 2 (markedsføringsloven) § 33.

Konkurranseretten er et slikt område, og det oppstilles en todelt opplysningsplikt i konkurranseloven § 24 (1):

"Enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven (...)"

Konkurranseloven § 24 (2):

"På samme vilkår som nevnt i første ledd kan konkurransemyndighetene kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon."

Der jeg skiller mellom avgivelse av opplysninger verbalt - "opplysningsplikten" - og den rent fysiske utlevering av opplysninger eller informasjonsbærere - "utleveringsplikten" - vil dette fremgå av sammenhengen. Ved samlet omtale benytter jeg også betegnelsen "samarbeidsplikt".

De organer som kan gjøre seg nytte av de innhentede opplysningene behandler jeg under punkt 3.

Som et ledd i konkurransemyndighetenes arbeid kan "enhver" - juridisk og fysisk person - pålegges opplysnings- og utleveringsplikt. Slike pålegg er underlagt de alminnelige prinsipper om misbruk av forvaltningsmyndighet.³⁸ I Ot.prp.nr.6 (2003-2004) påpekte departementet at behovet fra tid til annen var til stede for å avkreve opplysninger fra alle som var i besittelse av relevant informasjon, og ikke bare fra de direkte involverte i saken.³⁹ Regelen om at det ikke var noen begrensninger i forhold til hvem som er pliktsubjekter ble derfor videreført i § 24, hvilket gjør at "enhver" fremdeles vil omfatte utenforstående tredjemenn. Samarbeidsplikten er straffsanksjonert, jfr. krrl. § 30 (1) bokstav c, for "enhver" som nekter å etterkomme pålegg om å avgi opplysninger. Strafferammen er bøter eller fengsel inntil 3 år. Det er også anledning til å ilegge overtredelsesgebyr til foretak som nekter slikt samarbeid, jfr. § 29 (1) bokstav c.⁴⁰

³⁸ Jfr. [Ot.prp.nr.6 \(2003-2004\)](#) s.235.

³⁹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) om lov om konkurranse mv. punkt 9.2.3 s.141-142 flg.

⁴⁰ En mindre inngripende mulighet er å ilegge administrativ reaksjon, jfr. krrl. § 28. Både fysiske og juridiske personer kan ilegges løpende tvangsmulkt, inntil pålegget om å avgi opplysninger etter § 24 blir etterkommet.

Dersom årsaken til manglende etterkommelse av et slikt pålegg er at vedkommende har et vern mot selvinkriminering, skal sanksjonen som er ilagt ettergis. Man skal ikke straffes eller sanksjoneres på annen måte fordi man påberoper seg grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Jeg kommer nærmere inn på de ulike stadier i konkurransemyndighetenes arbeid, men vil trekke frem en formulering i forarbeidene til konkurranseloven 2004, der det fremgår at:

"Rekkevidden av vernet mot selvinkriminering på kontrollstadiet er ikke avgjort i rettspraksis på konkurranselovens område".⁴¹

Denne konflikten mellom samarbeidsplikten og selvinkrimineringsvernet kommer jeg nærmere inn på underveis. Av forarbeidene fremgår det at reglene om opplysnings- og utleveringsplikt ikke har *"samme rekkevidde overfor dem som er mistenkt for overtredelse av forbudsbestemmelsene, som overfor tredjepersoner (...)".*⁴² Det konkretiseres derimot ikke når en lovovertrjedelse anses "avdekket" eller når en kontrollert aktør anses som "mistenkt".

Tidspunktet for å etterkomme et slikt pålegg kan ikke kreves når som helst. Kontrollbesøkene som avholdes kan gjøres uanmeldt, men det forventes ikke at den daglige driften i et foretak skal settes på vent. Opplevs kontrollen som ubeleilig, skal det fastsettes en "frist" etter krrl. § 24 (1) (2). Muntlige forklaringer som avgis i medhold av krrl. § 24 (1) kan tas opp elektronisk eller nedtegnes på stedet.

Legger man en naturlig språklig forståelse til grunn, omfatter "opplysninger" de rent faktiske forhold. Dette vil innebære at et pålegg om for eksempel å foreta egne vurderinger, i prinsippet faller utenfor.⁴³ Opplysningsplikten gjelder ikke uoppfordret, og konkurransemyndighetene må "kreve" slikt samarbeid. En ytterligere begrensning ligger i at det som kan kreves må ha tilknytning til konkurransemyndighetenes "gjøremål etter loven",

⁴¹ [Ot.prp.nr.6 \(2003-2004\) - punkt 9.2.1 - "Opplysningspliktens grenser"](#).

⁴² NOU 2003:12 (Ny konkurranselov) i punkt 8.6.1, side 181-.

⁴³ Slik også Anders Ryssdal: "Konkurranseprosessen" i Jussens Venner 2003 s.169, på s.187. ([JV-2003-169](#)).

og at opplysningene kan begrenses til en konkret sak.⁴⁴ Det er lagt til grunn at forvaltningens skjønn blir avgjørende, og den kontrollerte kan for eksempel:

*”ikke nekte å gi opplysninger under henvisning til at vedkommende ikke anser dem nødvendige for konkurransemyndighetenes håndheving av loven”.*⁴⁵

I forskrift gitt med hjemmel i konkurranseloven § 24 fremgår det at:

*”Konkurransetilsynets taushetsplikt (...) er ikke til hinder for at tilsynet anmelder eller gir opplysninger om lovbrudd til påtalemyndigheten (...), når det finnes ønskelig av allmenne hensyn eller forfølging av lovbruddet har naturlig sammenheng med Konkurransetilsynets oppgaver.”*⁴⁶

Som et utgangspunkt vil informasjon som innhentes med hjemmel i § 24 være underlagt forvaltningens ordinære taushetsplikt, jfr. lov 10.februar 1967 (forvaltningsloven) - heretter benevnt fvl. - § 13. Dersom informasjonen som er innhentet avdekker lovovertridelser, kan derimot opplysningene videreformidles til politiet gjennom anmeldelse. Slik videreformidling har også en "naturlig sammenheng" med Konkurransetilsynets funksjon som kontrollorgan, jfr. påtaleinstruksen § 7-3 (2),⁴⁷ men kan også forankres i medhold av fvl. § 13b (1) nr.6 og nr.5.

Forklarings- og utleveringsplikten etter krrl. § 24, gjelder bare på det som kalles "kontrollstadiet" av konkurransemyndighetenes arbeid. Dette innebærer at når en lovovertrudelse blir avdekket, kan det ikke kreves at aktørene som risikerer å bli sanksjonert skal bidra med opplysninger som kan brukes mot dem i den sammenheng.

⁴⁴ [Ot.prp.nr.41 \(1992-1993\) s.73.](#)

⁴⁵ Planleggings- og samordningsdepartementets vedtak av 28.juli 1997 i sak 1997/0438.

⁴⁶ Forskrift 22.desember 2005 nr.1645 om opplysningsplikt, mv. § 13.

⁴⁷ Forskrift 28.juni 1985 nr.1679 (påtaleinstruksen) § 7-3 (2).

3. Om tilsynsmyndigheter og gangen i en konkurransesak

3.1 Tilsynsforvaltningen

Tilsynsvirksomhet i sin alminnelighet, dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse for å avklare om andre overholder et regelverk. "Tilsyn" skiller seg dermed fra lignende arbeid som også private aktører kan utføre innenfor egen virksomhet, såkalt internkontroll. Det regelverket som skal håndheves av tilsynsforvaltningen kan være generelt i sin art, det vil si at det bygger på lov eller forskrift, eller det kan være individuelt, for eksempel ved enkeltvedtak.

En ikke ubetydelig del av offentlig styring skjer gjennom det man kan kalle rettslig normering av atferd, slik forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 og de tilhørende sanksjonsbestemmelsene i § 29 og § 30 er eksempler på. De siste 20 årene har utviklingen medført betraktelige økninger i lovgivningsaktiviteten generelt, og spesiell økning i innføringen av slike spesialforbud på ulike livsområder.

Ansvar for å se til at de forbudsregler som er innført, faktisk blir etterlevd i praksis, påligger offentlige myndigheter. Tar vi utgangspunkt i at "tilsyn" i den sammenheng, har med håndheving å gjøre, er det ikke overraskende at størrelsen på tilsynsforvaltningen har økt nærmest proporsjonalt i takt med den økte lovgivningsaktiviteten. Ifølge en stortingsmelding fra 2002, var det opprettet til sammen 40 ulike tilsyns- og kontrollorganer i Norge, og hvert av disse har igjen ansvaret for oppfølgingen av en spesialregulering innenfor sitt livsområde.⁴⁸

Det er for mange i dag en selvfølge at maten vi kjøper i butikken er produsert etter en viss minimumsstandard, at eierstrukturen i store mediekonsern ikke blir for konsentrert slik at det er rom for ulike meninger, samt at oljeplattformer, fly og tog blir jevnlig sikkerhetskontrollert. Oppfølgingen av de nevnte eksemplene er overlatt til ulike tilsynsorganer, henholdsvis Mattilsynet, Medietilsynet, Petroleumstilsynet og Jernbane- og Luftfartstilsynet.⁴⁹

⁴⁸ [St.mld.nr.17 \(2002-2003\)](#).

⁴⁹ Det er ikke alltid at tilsynsforvaltningens organer går under slik betegnelse. For eksempel utfører både Statens Naturoppsyn, Fiskeridepartementet, Tollvesenet og Klima- og forurensningsdirektoratet en del arbeid som plasserer dem i kategorien "tilsynsmyndighet".

Det er ofte mer overordnede formål som skal ivaretas gjennom regelverket som tilsynsmyndighetene håndhever, der paraplybetegnelser som "integritetsvern", "ideelle verdier", "HMS", "bærekraftig utvikling" og "materielle verdier", kan nevnes som eksempler. Tilsynsfunksjonen med å følge opp regelverk som ivaretar formål under slike samlebetegnelser, er overlatt til blant annet Datatilsynet, Medietilsynet, Arbeidstilsynet, Fiskeridirektoratet og Bergvesenet.⁵⁰ I denne avhandlingen vil jeg kun fokusere på Konkurransetilsynet, som jeg redegjør for i neste punkt.

Hvor langt det offentlige kan gå i å gjøre inngrep i den personlige frihet for å tjene slike kollektive hensyn, er et gammelt dilemma. En problemstilling som grenser opp mot temaet for denne avhandlingen, er at de tvangsmidler som er tilgjengelige for en tilsynsmyndighet, er underlagt en lavere terskel enn tilsvarende tvangsmidler som er tilgjengelige for politiet. Setter man dette på spissen, kan én og samme person ikke få sitt hjem ransaket av politiet, med mindre mistanken om eksempelvis oppbevaring av narkotika er tilstrekkelig sterk. Men den samme personen kan derimot straffes dersom han ikke åpner døren for branningeniøren, som skal føre tilsyn med det elektriske anlegget.⁵¹

I mange tilfeller kan det være lite å utsette på en slik ordning, all den tid man kan være enige om at det bør legges til rette for å kunne undersøke om en bygård står i fare for brantilløp, uten at det må påvises en skjellig grunn til mistanke om dette. I andre sammenhenger er ikke forskjellene i regelverket for politi og tilsynsmyndighet like enkelt å rasjonalisere, og de bærende hensyns viktighet kan også variere med øyet som ser.

Innføringen av stadig flere forbud innenfor ulike livsområder vil, sett under ett, medføre en økning i det totale antallet lovovertridelser per år. Hvis håndheving og forfølgning ikke kan gjøres på en effektiv måte, risikerer man å sitte igjen med en illusorisk regulering. Et alternativ til å gi politi og påtalemyndighet ansvaret for å forfølge samtlige overtridelser, også innenfor slike spesialiserte livsområder, er å delegere sanksjonskompetanse til for eksempel tilsynsorganer.

⁵⁰ [St.mld.nr.17 \(2002-2003\) - Vedlegg 1 - "Tilsynsorganer i Norge", side 82-123.](#)

⁵¹ En lignende straffsanksjonert plikt til å åpne døren for, og å samarbeide med Konkurransetilsynet, finnes i konkurranseloven § 30 (1) bokstav c.

Utviklingen innenfor tilsynsforvaltningen har de senere årene vært preget av sterk vekst, økt spesialisering og en utvidelse av adgangen til å ilegge forvaltningssanksjoner - heretter også kalt forvaltningsstraff. Etterforskning og sanksjonering av lovovertrедelser forestås i større utstrekning i dag av andre organer enn de tradisjonelt straffefølgende myndigheter. Dette medfører at blant annet implementeringen av de kontrollerte aktørers rettssikkerhetsgarantier skjer etter andre regler eller på andre tidspunkt enn det som følger av norske straffeprosessuelle prinsipper.

Denne økte kompetansen til å ilegge forvaltningssanksjoner kommer jeg nærmere inn på i punkt 7.1.

3.2 Partene i en konkurransesak

Partene i en konkurransesak kan inndeles i en offentlig og en privat side. Grovt skissert står konkurransemyndighetene og Økokrim på den offentlige siden, mens ulike selskapskonstruksjoner som driver ervervsvirksomhet, samt fysiske personer med tilknytning til slike foretak, utgjør den private siden.

Konkurransemyndighetene er listet opp i krrl. § 8 (1), og utgjør Kongen, fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og Konkurransetilsynet. Politiet har også et mandat etter konkurranseloven, idet Økokrim skal forfølge straffbare overtredelser av konkurranseloven, jfr. § 30. Det er ingen formelle hindringer i veien for at Økokrim kan iverksette etterforskning av eget initiativ, eller på basis av annen ekstern anmeldelse, men i praksis avventes likevel anmeldelse fra Konkurransetilsynet.⁵² Avdekker Konkurransetilsynet alvorlige overtredelser av konkurranseloven, kan det anmelde saken til Økokrim. Det er opp til Konkurransetilsynet, som etablert kontrollmyndighet, å vurdere alvorlighetsgraden og hvor vidt saken skal anmeldes, og hvilke aktører som omfattes. Dette følger av blant annet påtaleinstruksen § 7-3 (2).⁵³ Overtar Økokrim saken etter slik anmeldelse, risikerer også fysiske personer straff, dersom de har overtrådt loven på vegne av et foretak, jfr. krrl. § 30.

⁵² Uttalelse fra Konkurransetilsynet, i samarbeid med Økokrim, 6.mars 2008:

http://www.konkurransetilsynet.no/iknowbase/content/429251/080306_uttalelse_anmeldelse_lempning.pdf

⁵³ Forskrift 28.juni 1985 nr.1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen).

Som følge av den nye konkurranseloven har Økokrims rolle blitt mer perifer i konkurransesaker, sammenlignet med ordningen etter konkurranseloven 1993. Det ble i 2004 innført blant annet forvaltningsrettslig sanksjonskompetanse, som har medført at Konkurransetilsynets autonomi er styrket på bekostning av Økokrim, og antallet anmeldelser per år er vesentlig redusert. Konkurransetilsynet kan på basis av eget skjønn vurdere hvilke saker som skal anmeldes.

Konkurransetilsynet kan blant annet "*ikke instrueres om avgjørelser i enkeltsaker*". Adgangen til å gi pålegg og instruks er også begrenset til henvisning av saker, gyldighetsprøving og saker om fusjonskontroll, jfr. § 8 (2). Hovedansvaret for håndhevelsen av konkurranseloven påligger i praksis Konkurransetilsynet, selv om det formelt utgjør bare en del av "*konkurransemyndighetene*".

Den videre fremstillingen skal hovedsakelig konsentreres om Tilsynets arbeid.

Blant sine hovedformål skal Konkurransetilsynet ivareta såkalte "fungerende markeder".⁵⁴ Regelverket på konkurranserettens område er i stor grad internasjonalt likelydende, og det kan forenklet sammenfattes med at bedrifter er pålagt å konkurrere med hverandre på markedsmessige vilkår. Tanken bak reguleringen er å sikre blant annet "*den allmenne tilliten til markedet*".⁵⁵

Når det gjelder den private siden av partene i en konkurransesak, retter enkelte av reglene i konkurranseloven seg mot både fysiske og juridiske personer. Dette oppnås gjennom formuleringer som "*enhver*" eller "*den som*", se for eksempel krrl. § 24 og § 30. Andre regler retter seg utelukkende mot foretak, blant annet § 11, som har formuleringen: "*Et eller flere foretaks (...)*".

"Foretak" er definert i § 2, som "*enhver enhet som utfører privat eller offentlig ervervsvirksomhet*". De fysiske personer som reglene i konkurranseloven retter seg mot, er i all hovedsak tilknyttet et foretak som er part i en kontrollsak. Tilknytningen er som oftest ansettelse eller styreverv. Reglene om forklarings- og utleveringsplikt i § 24 er en

⁵⁴ Et hovedformål det har til felles med blant andre Kredittilsynet, Post- og Teletilsynet og Justervesenet.

⁵⁵ Se formålsparagrafen i Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mv. - konkurranseloven - § 1.

videreføring av tilsvarende regler fra krrl. 1993, og etter langvarig praksis legges det til grunn at også utenforstående tredjemenn omfattes av eksempelvis en utleveringsplikt, men dette skal ikke problematiseres ytterligere.⁵⁶

3.3 Gangen i en konkurransesak

Konkurransetilsynets arbeid kan deles inn i ulike faser, også kalt stadium. For å holde terminologien noenlunde ensartet på området, skiller også jeg mellom kartleggingsstadiet, kontrollstadiet og sanksjonsstadiet.⁵⁷

Som navnet indikerer, er kartleggingsstadiet preget av et bredt utgangspunkt. Kort beskrevet dreier det seg om å følge med innenfor sitt område, hvilket er det man vanligvis vil forbinde med ordet "tilsyn". Skal man konkretisere, vil denne delen av arbeidet omfatte gjennomgang av frivillig og pliktmessig inngitte opplysninger, samt å holde seg orientert gjennom fagrelaterte tidsskrift, aviser, øvrig massemedia mv. Det avgrenses mot kartleggingsstadiet i det følgende.

Mens kartleggingsstadiet ikke er rettet mot noen bestemt, innledes det man karakteriserer som "forvaltningssak" på kontrollstadiet. Arbeidet rettes da mot individuelle kontroller, for eksempel undersøkelser av en utvalgt bransje. Det kan dreie seg om rene stikkprøver, i form av at de ulike aktører blir stilt likelydende spørsmål om hvordan nærmere deler av regelverket blir etterlevd i praksis. Det kan bli bedt om en redegjørelse vedrørende hva som ble diskutert

⁵⁶ Et tenkt eksempel på slike "tredjemenn", kan illustreres med avtalen mellom Rema og Tine, i den såkalte Tine-saken, som jeg kommer tilbake til. Rema hadde for eksempel ikke overtrådt konkurranse-loven rent formelt, etter som avtalen ikke gikk på bekostning av noen av de var i direkte konkurranse med. Dersom eksempelvis Tine hadde nektet Konkurransetilsynet innsyn i denne avtalen, ut fra eksempelvis selvinkrimineringshensyn, kunne Tilsynet i stedet rette et pålegg om utlevering til Rema, som formodentlig ville sitte med en egen kopi av avtalen og øvrig dokumentasjon fra forhandlingene.

⁵⁷ Den samme terminologien og inndelingen benytter Marius Stub i sin publiserte doktoravhandling: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Universitetsforlaget, Oslo (2011) på side 22.

på siste bransjemøte, osv. Foretar tilsynsmyndigheten nærmere undersøkelser om overtredelser av regelverket kan ha funnet sted, faller dette også inn under kontrollstadiet.

Det nøyaktige skjæringspunkt mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium er uklart, og blir tema for et eget punkt i denne avhandlingen. Den straffeprosessuelle parallellen er kriteriene for å iverksette etterforskning, men dette kommer jeg også tilbake til. Sanksjonsstadiet innebærer at sanksjonering er et potensielt utfall, og med begrepet "sanksjoner" sikter jeg både til forvaltningens avgjørelse av saken med strafflignende virkemidler og Økokrims ileggelse av formell straff.⁵⁸

Det man i alle fall kan slå fast her, er at sanksjonsstadiet forutsetter at man har avdekket lovovertridelser, og at man har en eller flere konkrete mistenkte. Blir det avdekket en lovovertridelse, eksisterer formell straff og forvaltningsstraff som parallelle sanksjonsalternativer. Det gjør seg også gjeldende andre hensyn på sanksjonsstadiet, sammenlignet med kontrollstadiet.

Som nevnt innledes det forvaltningssak på kontrollstadiet. Forvaltningssak kan opprettes uten noen mistanke om et straffbart forhold, eller noen konkrete mistenkte, hvilket skiller det fra en strafferettslig etterforskning. Dette innebærer blant annet at effektivitetshensyn har forrang, som igjen innebærer en suspensjon av en del rettssikkerhetsgarantier. Man kan for eksempel pålegges forklarings- og utleveringsplikt på kontrollstadiet, men når man kommer over i sanksjonsstadiet er det klart at vedkommende risikerer sanksjoner, og selvinkrimineringsvernet skal da implementeres.

⁵⁸ Også administrativ "reaksjon" er et virkemiddel som kan benyttes mot lovovertridelser. Jeg regner derimot ikke de administrative reaksjoner som en del av sanksjonsfasen, etter som det i det vesentlige tjener forvaltningsmessige formål. Dette står i motsetning til administrativ sanksjon, som i det vesentlige er strafflignende/av pønalt karakter, se [NOU 2003:15 \(fra bot til bedring\) punkt 3.22 \(s.41\) og punkt 9.4 \(s.141\)](#). For eksempel vil et pålegg om stans/ilagt tvangsmulkt være en "reaksjon", mens ilagt tilleggsskatt/overtredelsesgebyr regnes som en "sanksjon".

4. Metode og forholdet til Norges folkerettslige forpliktelser

4.1 Metode

Måten et juridisk spørsmål reises på, henger naturlig sammen med valget av metode. Klarleggingen av gjeldende rett for et uavklart rettsspørsmål, bærer på mange måter preg av et forsøk på å spå hvordan Høyesterett kommer til å konkludere, skulle de få seg forelagt samme problemstilling og samme rettskildemessige utgangspunkt.

I Norge er det som kjent Høyesterett som dømmer i siste instans, jfr. Grunnloven § 88. Dette innebærer at ved anvendelse av intern norsk rett, er det den rettskildelære som følges av Høyesterett, som avgjør hvilke argumenter som blir utslagsgivende for løsningen av et juridisk spørsmål.

Høyesterett har ved tidligere anledninger konkludert med at det er "*EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen (EMK)*".⁵⁹ Men til tross for at EMD ikke hadde tatt konkret stilling til om juridiske personer omfattes av selvinkrimineringsvernet etter EMK art.6, valgte Høyesterett å utvide prinsippet på en slik måte, og baserte dette på "*det samlede rettskildebilde*".⁶⁰ Det ble også konkludert med at de uttrykk for et tilsvarende vern, som gjelder etter norske straffeprosessuelle prinsipper, må fortolkes i samsvar med det som innfortolkes i EMK.⁶¹

Jeg har valgt å se litt nærmere på innholdet i, og i hovedsak den personelle kompetansen knyttet til hvilken gruppe av fysiske personer, med tilknytning til et foretak, som kan påberope foretakets selvinkrimineringsvern. Dette har Høyesterett foreløpig ikke tatt stilling til, ut over at spørsmålet rent faktisk er reist i en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg, 1.april 2011.⁶²

⁵⁹ Rt-2000-996 (Bøhlerdommen), nederst på side 1007.

⁶⁰ Rt-2011-800, avsnitt 53.

⁶¹ Rt-2011-800, avsnitt 80.

⁶² Kjennelse av Høyesteretts ankeutvalg 1.april 2011, gjengitt i Rt-2011-486, avsnitt 35.

Muligheten er selvfølgelig til stede for at EMD, eller en ny avgjørelse fra Høyesterett, konkluderer i motsatt retning vedrørende selvinkrimineringsvernet for foretak. Det legges likevel til grunn for denne avhandlingen, at Høyesteretts kjennelse av 1.juni 2011 er uttrykk for gjeldende rett, og at selvinkrimineringsvernet gjelder for juridiske personer som risikerer straff.

Med dette som forutsetning er det nærliggende å konkludere med at de analogiske utslag av selvinkrimineringsvernet, typisk i saker der forvaltningen avgjør det som tilsvarer en "straffesiktelse", også gjelder der foretak risikerer å bli ilagt slike strafflignende sanksjoner. Jeg foretar en del drøftelser i den sammenheng, blant annet når et foretak anses som "siktet" i slike saker, og når foretaket kan påberope seg selvinkrimineringsvernet.

Drøftelsene er basert på fortolkning og anvendelse av relevante rettskilder, og avhandlingen er i så måte rettsdogmatisk. Ut over det jeg allerede har nevnt, samt det som følger i neste punkt om forholdet til internasjonale rettskilder, har jeg ikke foretatt noen generell, preliminær avklaring av metode.

I den grad det har vært nødvendig, har jeg latt avklaringen av metodespørsmål fremgå i tilknytning til de enkelte drøftelser.

4.2 Menneskerettighetene i norsk rett

Det er ikke alltid like enkelt å skille menneskerettigheter og rettssikkerhetsgarantier fra hverandre, for å drøfte dem isolert. En rekke rettssikkerhetsgarantier kan være tuftet på mange av de samme hensyn og formål. For eksempel tangerer selvinkrimineringsvernet en del andre rettigheter, blant annet prinsippet om forbud mot dobbeltstraff, kontradiksjonsprinsippet og uskyldspresumsjonen.

De mest sentrale menneskerettslige prinsippene er nedfelt, eller innfortolkes, i internasjonale konvensjoner som Norge har tiltrådt. Denne avhandlingen tar for seg selvinkrimineringsvernet for juridiske personer. Siden dette vernet er utledet av det vernet som gjelder for fysiske personer, må man ta utgangspunkt i de konvensjoner der dette er nedfelt og den praksis som foreligger ved fortolkningen av disse.

I Norge råder det dualistiske prinsipp, hvilket innebærer at folkerettslige regler som Norge har tiltrådt, for eksempel må inkorporeres internrettslig for å kunne gjøres gjeldende. Man har med andre ord et dobbelt sett med regler, men gjennom det vel innarbeidede presumsjonsprinsippet, forutsettes de internrettslige regler å være i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser.

På enkelte områder, for eksempel innenfor straffeprosessen, har man innført noe som kalles sektormonisme. Dette innebærer at lovgivningen gjelder med begrensninger som eventuelt måtte følge av en traktat den norske stat har tiltrådt. Av strpl. § 4 fremgår det således at:

"Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat".

Sammen med presumsjonsprinsippet, gir Grunnloven § 110c menneskerettighetene en sterk stilling i Norge: *"Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne."*

Plasserer man de skrevne reglene i Norge inn i et hierarki - etter prinsippet om lex superior - havner den formelle lovgivning under Grunnloven. Ved lov 21.mai 1999 nr.30 (menneskerettsloven) ble blant annet EMK og SP plassert på et trinn mellom Grunnloven og de formelle lover. Dette fremgår av menneskerettsloven § 3, jfr. § 2, og er gjort for å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett gjennom å gi det som fremgår av de utvalgte konvensjoner forrang ved eventuell motstrid med øvrig formell lovgivning.

Selvinkrimineringsvernet fremgår av SP artikkel 14 nr.3 bokstav g, og et tilsvarende vern fremgår av EMK art.6, med den forskjellen at sistnevnte innfortolkes i prinsippet om en rettferdig rettergang. En nærmere gjennomgang av selvinkrimineringsvernet, slik det følger av disse konvensjonene, følger i et eget punkt.

4.2.1 Overnasjonale organer

FNs Menneskerettighetskomité er klageinstans etter SP,⁶³ mens Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD) behandler klager etter EMK. Skal man påberope seg brudd på prinsippet om vern mot selvinkriminering under straffeforfølgning, er det i utgangspunktet valgfritt hvilken konvensjon man påberoper seg, men valget blir naturligvis avgjørende for hvilken av de to overnevnte instanser man får bringe saken inn for. Det fins ingen formelle hindringer fra å bringe en norsk sak inn for FNs Menneskerettighetskomité, men det foreligger en internasjonal praksis med at EMD behandler klager vedrørende menneskerettighetsspørsmål i Europa, slik at dommer fra EMD har stor vekt.

EMD ble opprettet den 21.januar 1959, som følge av at de åtte nødvendige signaturstatene hadde anerkjent domstolens jurisdiksjon, i samsvar med EMK art.19. En av årsakene til at EMD behandler slike saker fra Europa kan være at domstolen allerede var i funksjon før SP var ferdig utformet.

En annen årsak kan være en hensiktsmessig arbeidsfordeling, etter som EMK er regional og SP er internasjonal. Denne naturlige fordelingen hindrer blant annet at Menneskerettighetskomiteen fra å bli oversvømmet med klager. En tredje forklaring kan ligge i at EMD er overnasjonal, og kan dømme med bindende virkning for signaturstatene, jfr. EMK art.46 nr.1, mens Menneskerettighetskomiteen, rent formelt, gir rådgivende uttalelser, jfr. SP art.41.

⁶³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm>

4.3 EU-konkurranseretten

Den norske konkurranseloven må ses i sammenheng med konkurransereglene i EU/EØS. Norge tiltrådte i 1992 avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), innført internrettslig ved lov 27.november 1992 nr.109 (EØS-loven) § 1. Tilgangen til EUs indre marked innførte som kjent fri flyt av de fire friheter, se EØS-avtalen art.1 nr.2 bokstavene a-d, men medførte også fri flyt av konkurranse, jfr. EØS-avtalen art.1 nr.2 bokstav e.

Konkurranseloven 2004 harmonerer de norske materielle konkurransereglene med regelverket i EU/EØS. Dette innebærer blant annet at det norske forbudet mot prissamarbeid i krrl. § 10, har sin parallell i artikkel 53 i EØS-avtalen. Artikkel 53 bygger igjen på den nå opphevede Traktaten om Opprettelse av det Europeiske Fellesskap - (EF-traktaten) - artikkel 81, som er videreført i gjeldende Traktat om den Europeiske Unions Funksjonsmåte - (TEUF) - artikkel 101.

Tilsvarende har forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i krrl. § 11, sine parallelle bestemmelser i EØS-avtalen artikkel 54, EF-traktaten artikkel 82 og i TEUF artikkel 102.

Praksis fra EU-Kommisjonen og EFTA Surveillance Authority (ESA), samt deres ankeinstanser, henholdsvis EU-domstolen og EFTA-domstolen vil være veiledende for fortolkningen og praktiseringen av eksempelvis forbudsreglene i den norske konkurranseloven.

Derimot er det ikke et vilkår etter EØS-avtalen å harmonere prosessuelle regler. Dette kommer jeg tilbake til i en konkret sammenheng.

5. Selvinkrimineringsvernet

5.1 Definisjon

Vernet mot selvinkriminering er egentlig en sammensetning av to andre prinsipper.

Det første prinsippet er retten til å forholde seg taus. Det andre prinsippet er retten til å nekte utlevering av ting som potensielt kan brukes som bevismateriale mot vedkommende.⁶⁴

Det er ikke slik at det er ulovlig å bidra med opplysninger som kan utsette vedkommende for straff, men dersom vedkommende frarøves muligheten til selv å avgjøre om han ønsker å bidra, vil det være i strid med denne rettssikkerhetsgarantien. En mer presis angivelse av dette prinsippet er at det er et vern mot *plikt* til selvinkriminering, men dette anses underforstått i det følgende.

På latin uttrykkes gjerne selvinkrimineringsvernet ved: ”*nemo tenetur seipsum accusare*”, hvilket feilaktig kan lede tankene tilbake til romerretten. Som juridisk begrep er selvinkrimineringsvernet av relativt ny dato, muligens bare 250 år gammelt, men her eksisterer det en del uenighet blant rettshistorikere, som jeg kommer nærmere inn på etter hvert.

Fysiske personer har lenge vært tilkjent retten til å forholde seg taus under straffeforfølgning i Norge, og man finner elementer av et selvinkrimineringsvern så langt tilbake som i Kong Christian den Femtis Norske Lov 15.april 1687.⁶⁵ Opprinnelig gjaldt reglene om avhør av mistenkte personer bare under de rettslige avhør, og politiets opptak av forklaringer var ikke nærmere regulert i den gamle straffeprosessloven.⁶⁶ I dag gjelder selvinkrimineringsvernet uavhengig av om man har status som mistenkt, siktet eller tiltalt i en straffesak. Det er

⁶⁴ Se for eksempel Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2.utg, Bergen (2007) s.359.

⁶⁵ Rettshistorien rundt selvinkrimineringsvernet i Norge er behandlet av blant andre Ørnulf Øyen, ”*Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*”, Fagbokforlaget, Bergen (2010), side 37 flg.

⁶⁶ Se lov 1.juli 1887 om Rettergangsmaaden i Straffesager § 266 (1).

tilstrekkelig at man risikerer å bli ilagt de formelle straffalternativene, jfr. strl. § 15, og at saken skal behandles i straffeprosessens former, jfr. strpl. § 1.

Selvinkrimineringsvernet følger av tre sett med regler, henholdsvis Grunnloven, menneskerettighetskonvensjoner og norske straffeprosessuelle prinsipper. I juridisk terminologi brukes uttrykkene om "the right to remain silent" og "the privilege against self-incrimination". Distinksjonen mellom disse to prinsippene ble trukket allerede i den første saken EMD behandlet om vernet mot selvinkriminering, *Funke v. Frankrike*:

"Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed.
*The special features of customs law (...) cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence" (...) to remain silent and not to contribute to incriminating himself".*⁶⁷

5.2 Reguleringen

For norsk retts vedkommende sikres etterlevelsen av selvinkrimineringsvernet, som jeg allerede har nevnt, gjennom tre ulike regelsett.⁶⁸ Retten til å forholde seg taus fremgår først og fremst av Grunnloven § 96, som har formuleringen om at "Pinligt Forhør" ikke må finne sted. Selvinkrimineringsvernet er også regulert i to internasjonale konvensjoner, henholdsvis EMK og SP, som er inkorporert i norsk lov.

⁶⁷ Dom av EMD 25.februar 1993, *Funke v. Frankrike*, avsnitt 44.

⁶⁸ Slik også Jon Petter Rui Johansen "Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse" i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2009 s.47. ([TFR-2009-47](#)).

Den internasjonale utbredelsen av selvinkrimineringsvernet kan sies å være relativt omfattende. Blant de 47 medlemsstatene i Europarådet, har samtlige ratifisert EMK.⁶⁹ I tillegg har 167 av FNs medlemsstater ratifisert SP.⁷⁰ Selvinkrimineringsvernet utgjør bare en liten brøkdel av det samlede innholdet av konvensjonene, men det er likevel holdepunkter for å slå fast en internasjonal anerkjennelse.

I SP art.14 nr.3 bokstav g, er selvinkrimineringsvernet formulert slik:

"In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled (...) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt".

Noen tilsvarende formulering finnes ikke i EMK, men det er ubestridt at selvinkrimineringsvernet er en del av EMK art. 6 (1). Prejudikatet for dette er EMDs dom, *Funke v. Frankrike*, der selvinkrimineringsvernet ble fremholdt som en forutsetning for en rettfærdig rettergang.⁷¹ Tre år etter Funke-dommen, fulgte EMD opp innfortolkningen, i *Murray v. Storbritannia*, formulert slik:

*“Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent (...) and the privilege against Self-incrimination are generally recognized international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure (...). By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriage of justice and to securing the aims of Article 6(...)”.*⁷²

⁶⁹ <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal>

⁷⁰ Nettsiden oppdateres fortløpende. Per 22.februar 2012 var det 167 signaturstater til SP:
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

⁷¹ [Dom av EMD 25.februar 1993, Funke v. Frankrike i avsnitt 44.](#)

⁷² [Dom av EMD 8.februar 1996, John Murray v. Storbritannia i avsnitt 45.](#)

Selvinkrimineringsvernet følger også av norske straffeprosessuelle prinsipper. Eksempelvis er det formulert i straffeprosessloven § 210 at:

*”Ting som antas å ha betydning som bevis, kan retten pålegge
besitteren å utlevere såfremt han plikter å vitne i saken”.*

Retten til å forholde seg taus knyttes her opp mot retten til ikke å måtte bidra med øvrig bevismateriale til egen domfellelse. Det er nok ikke uvanlig at siktede selv er "*besitteren*" av ting som kan antas å ha bevisverdi, men etter strpl. § 90 og § 230 har siktede ingen plikt til å forklare seg verken for retten eller overfor politiet. Han kan således også nekte utlevering, selv om det skulle foreligge et pålegg fra retten om dette. Skal politiet ha tak i bevismaterialet må de gå veien om ransaking og beslag. Dette innebærer vanligvis at annet bevismateriale som kan påvise en skjellig grunn til mistanke må foreligge, hvilket igjen kan begrunne en rettslig kjennelse.

6. Selvinkrimineringsvernet for juridiske personer

6.1 Selvinkrimineringsvern for juridiske personer som risikerer foretaksstraff

I prosessen forut for innføringen av alminnelig foretaksstraff, var det ikke nevnt noe om at vernet mot selvinkriminering skulle gjelde for juridiske personer. Det nærmeste jeg har funnet fremgår av Ot.prp.nr.27 (1990-1991), der det på generell basis uttales at:

*"Rettsikkerhetshensyn kan ikke ha like stor vekt overfor foretak som overfor fysiske personer".*⁷³

Ved lov 20.juli 1991 nr.66 ble juridiske personer gjort til egne ansvarssubjekter i strafferetten, gjennom tilføyelsen av § 48a til straffeloven. Ulike selskapskonstruksjoner risikerer dermed straff, i form av bøter, for ulovlige handlinger som fysiske personer har begått på dets vegne.⁷⁴ Det skulle gå nærmere 20 år fra foretaksstraff ble innført, til Høyesterett slo fast at også juridiske personer er omfattet av retten til å nekte slikt bidrag til egen domfellelse.

Så sent som 1.april 2011 uttalte Høyesteretts ankeutvalg at: *"Hvorvidt forbudet mot plikt til selvinkriminering kan påberopes av juridiske personer, er ikke avklart (...)".*⁷⁵ Dagen før denne kjennelsen avgjorde Høyesteretts ankeutvalg at selvinkrimineringsvernet for juridiske personer skulle avgjøres av fem dommere på et senere tidspunkt.⁷⁶ Vel to måneder senere, den 1.juni 2011 kom denne saken opp, og det ble avsagt en kjennelse der Høyesterett slo fast at juridiske personer kan påberope seg selvinkrimineringsvernet, slik dette fremgår av innfortolkningen i EMK art.6. I tillegg ble det slått fast at foretak kan fritas for vitneplikt etter de straffeprosessuelle prinsipper, jfr. strpl. § 123, når det risikerer foretaksstraff. Høyesterett trakk ingen distinksjon mellom de to regelsettene i den sammenheng, og fant heller ikke

⁷³ [Ot.prp.nr.27 \(1990-1991\) punkt 10.4.2 på side 40.](#)

⁷⁴ Foretak kan også fradømmes retten til å drive eksempelvis næringsvirksomhet, jfr. strl. § 29.

⁷⁵ Høyesteretts kjennelse av 1.april 2011, gjengitt i Rt-2011-487 i avsnitt 35.

⁷⁶ Høyesteretts ankeutvalg, kjennelse av 30.mars 2011. Lovdata ref. (HR-2011-660-U).

holdepunkter for å nyansere mellom juridiske og fysiske personer når det kom til selvinkrimineringsvernet.⁷⁷

Siden det er relativt nylig fastslått, er rammene og innholdet av vernet for juridiske personer ikke avklart. Utgangspunktet er nok at vernet gjelder i samme utstrekning for begge kategorier, men det man kan kalle den personelle kompetansen vedrørende foretakets partsrettigheter, herunder påberopelsen av foretakets selvinkrimineringsvern, har jeg søkt å utrede og kommer inn på underveis.

Et vern mot selvinkriminering for foretak krever muligens en egen definisjon, som til dels kan tenkes å avvike rent språklig fra det som gjelder for enkeltindivider.

Hvem er det for eksempel som kan "forholde seg taus" blant representantene for foretaket, under påberopelse av den juridiske persons selvinkrimineringsvern?

6.1.1 Litt rettshistorikk om selvinkrimineringsvernet

Innledningsvis vil jeg bare klargjøre at den rettshistoriske uenigheten som eksisterer mellom ledende forfattere i emnet,⁷⁸ omkring fremveksten og de hensyn som lå bak innføringen av selvinkrimineringsvernet for noen hundre år siden, ikke er noe jeg har forsøkt å ta stilling til. Hensikten med å belyse historikken i denne avhandlingen, er utelukkende for å se om noen av de eksisterende rettshistoriske begrunnelsene kan forklare at også juridiske personer omfattes, eller i alle fall lar seg forene med en slik utvidelse.

⁷⁷ Rt-2011-800 i avsnitt 33.

⁷⁸ Scott A. Trainor: *A Comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, utgitt i *Fordham International Law Journal* (1994) vol.18 s. 2139 flg.

John H. Langbein: *The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law*, utgitt i *Michigan Law Review* vol.92 (1994) s. 1047-1085.

Albert W. Alschuler: *A peculiar privilege in historical perspective: The right to remain silent*, utgitt i *Michigan Law Review* vol.94 (1996) s. 2625-2673.

I rettshistorien dreier det seg hovedsakelig om to teorier. Den ene teorien, som kanskje er mest kjent, går ut på at det ble innført et forbud mot å bruke tilståelser avgitt under tortur som grunnlag for domfellelse i straffesaker. Dette medførte igjen, eller samtidig, at tortur og annen form for tvang i avhør ble avskaffet. Denne synsvinkelen kan sies å etablere selvinkrimineringsvernet som en personlig rettighet for tiltalte, som et vern mot bruk av tvang for å få frem en tilståelse.

Den andre teorien går ut på at selvinkrimineringsvernet vokste frem som en følge av at det ble innført en adgang til å la andre tale på sine vegne i retten, altså som en del av overgangen til anklageprinsippet i straffeprosessen. Det de to teoriene enes om, er at utviklingen fant sted i, og stammer fra, det som i dag er Storbritannia.

Skal man anvende selvinkrimineringsvernet på et foretak, blir det åpenbare ankepunkt mot den første teorien at verken tortur eller tvang kan utøves mot en juridisk person, som sådan. Blant begrunnelsene for selvinkrimineringsvernet ligger nettopp det at siktedes "vilje" ikke skal tvinges. Man skal ikke utsettes for en situasjon der valget står mellom å måtte lyve, eller måtte bidra til sin egen domfellelse. Om vedkommende skal tilstå, må det skje på basis av hans egen frie vilje eller etter eget ønske. Tilståelsen skal for eksempel ikke fremkomme fordi de straffefølgende myndigheter gjør ham kjent med et overveldende bevismateriale, som taler for at han er skyldig. Ut over foretakets vedtekter eller tilsvarende, kan en juridisk person ikke sies å ha noen slik "vilje" som en straffefølgende myndighet kan tvinge, eller få foretaket til å handle mot. Jeg vil uansett anta at å tilskrive vedtekter slike abstrakte egenskaper, blir å gå for langt.

Når det gjelder den andre teorien, er det av enkelte forfattere innen rettshistorie hevdet at fremveksten av selvinkrimineringsvernet kan spores tilbake til overgangen fra det inkvisitoriske, til det akkusatoriske preg på straffeprosessen. Litt forenklet dreier inkvisisjonsprinsippet seg om at dommeren både er anklager, leder av undersøkelsen og i tillegg har det overordnede ansvaret for å fremskaffe bevis. Det akkusatoriske - som også kalles anklageprinsippet - lar derimot dommeren ha en mer tilbaketrukket rolle. Anklageprinsippet medfører således en strengere atskillelse av den dømmende og den utøvende makt, ved at domstolen pådømmer utelukkende i straffesaker som blir fremmet av påtalemyndigheten, og rettens virke opphører dersom saken trekkes tilbake.

Da inkvisisjonsprinsippet preget straffeprosessen, var det ikke uvanlig for en tilfeldig utvalgt person å risikere fremstilling for en dommer. Vedkommende måtte da finne seg i å avlegge en ed for retten, som gikk ut på å sverge å fortelle sannheten og å besvare alle kommende spørsmål, før man i det hele tatt visste om man var mistenkt, eller hva en eventuell tiltale gikk ut på. "The Oath Ex Officio", ⁷⁹ som denne eden ble kalt, hadde sine uheldige utslag. Dommeren hadde blant annet adgang til å spørre ut vedkommende om alt mellom himmel og jord, inntil en straffbar innrømmelse kom for dagen. Det var dermed ikke en gang nødvendig med en konkret sak, eller noen konkret tiltalt for å begrunne en utspørring. Slike ringvirkninger medførte gradvis en innføring av adgangen til å la andre snakke på sine vegne i retten:

"It was the capture of the criminal trial by lawyers for prosecution and defence that made it possible for the criminal defendant to decline to be a witness against himself." ⁸⁰

Den andre teorien går med andre ord ut på at selvinkrimineringsvernet ikke utelukkende er en personlig rettighet for den som er tiltalt. Det er også, i mangel av en bedre norsk oversettelse, en rettighet for forsvaret, hvilket kan illustreres med dette sitatet fra EU-domstolen, i saken *Orkem v. Commission*:

"The rights of the defence, as a fundamental principle, must be observed, not only in administrative procedures which may lead to the imposition of penalties, but also during preliminary inquiry procedures, such as requests for information (...) which may be decisive in providing evidence of the unlawful nature of conduct engaged in by undertakings and for which they may be liable." ⁸¹

⁷⁹ Mary Hume Maguire (Cambridge, 1936), *Attack of the Common Lawyers on the Oath Ex Officio as Administered by the Ecclesiastical Courts in England*, side 199.

⁸⁰ Michigan Law Review vol.92 (1994), John H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, side 1047 flg.

⁸¹ EU-domstolen, *Orkem v. Commission*, 18. Oktober 1989, Sammendraget avsnitt 3, jfr. dommens avsnitt 33:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0374:EN:HTML>

Om det fins bare én teori som kan forklare selvinkrimineringsvernets fremvekst, er som nevnt ikke noe det tas stilling til her. Jeg holder det åpent at flere strømninger kan ha gitt sitt bidrag i prosessen, og i akkurat denne sammenheng er det tilstrekkelig å konstatere at de lærde strides. Slik jeg ser det er likevel teorien om at selvinkrimineringsvernet er en rettighet for forsvaret, mer forenlig med at juridiske personer omfattes. Dette begrunner jeg med at opptreden og handling gjennom representant ligger som fellesnevner, både innenfor forsvarerordningen og i en juridisk persons natur.

I kjennelsen fra 1.juni 2011 var Høyesterett inne på noe lignende, men ikke i den retthistoriske kontekst. Høyesterett trakk frem begrunnelsene for selvinkrimineringsvernet, der det blant annet ligger en beskyttelse mot uakseptabel tvang. Dette skulle igjen sikre at metodene som påtalemyndigheten bruker i bevisfremskaffelsen, ikke undertrykker siktedes vilje:

"Siden et selskap som sådan ikke har noen vilje, kan disse formuleringene trekke i retning av at vernet tar sikte på fysiske, ikke juridiske personer".⁸²

6.1.2 Rettskildemessig grunnlag for foretaks selvinkrimineringsvern

De rettssikkerhetsgarantier som gjelder for fysiske personer i straffesaker, gjelder som et utgangspunkt også for juridiske personer som risikerer straff. Man må likevel ta høyde for en tilpasning av rettighetene, siden det er naturlige ulikheter mellom en fysisk og en juridisk person. Dette kommer jeg nærmere inn på underveis. Som en hovedregel består straffeprosessloven av regler som gir uttrykk for straffeprosessuelle prinsipper, og det er ikke holdepunkter på generelt grunnlag for at disse prinsippene etablerer ulikartede rettigheter til ulike ansvarssubjekter. Dette må i så fall være særskilt regulert eller klart forutsatt, slik situasjonen var forut for Høyesteretts kjennelse av 1.juni 2011, da man altså differensierte mellom juridiske og fysiske personer hva angikk selvinkrimineringsvernet.

⁸² Rt-2011-800, avsnitt 41.

Som jeg har vært inne på, fremgår selvinkrimineringsvernet av de to konvensjonene EMK og SP.

Disse er inkorporert, og gitt forrang ved motstrid med de øvrige norske reglene gjennom lov 21.mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3, jfr. § 2 nr.1 og nr.3.

SP har som nevnt en uttrykkelig formulering av vernet mot selvinkriminering, regulert i artikkel 14 nr.3, bokstav g. Det følger likevel av den såkalte "Valgfri protokoll", som er gitt tilsvarende forrang ved eventuell motstrid, se menneskerettsloven § 2 nr.3 bokstav a, at påberopelsen av rettighetene i SP er begrenset. Den valgfri protokoll det henvises til, er en tilleggsprotokoll til SP av 16.desember 1966, som blant annet regulerer klageretten. I artikkel 2 fremgår det at bare fysiske personer kan levere klager til FNs Menneskerettighetskomité:

*"Subject to the provisions of Article 1, individuals who claim that any of their rights enumerated in the Covenant have been violated and who have exhausted all available domestic remedies may submit a written communication to the Committee for consideration".*⁸³

Forskjellen på EMK og SP, er med andre ord at juridiske personer er prinsipielt avskåret fra å påberope seg rettighetene som følger av SP. Dette innebærer at selvinkrimineringsvernet for juridiske personer må forankres i norske straffeprosessuelle prinsipper og av det vernet som innfortolkes i EMK art.6. Et naturlig utgangspunkt er å begynne med EMDs øvrige praksis.

Det er avsagt en del dommer i EMD der juridiske personer har hatt status som part, og har fått påberopt rettigheter som følger av EMK. Grunnet ulikheter mellom enkeltindivider og juridiske personer kan ikke rettighetene i EMK gjelde fullt ut analogisk. For eksempel vil et foretak ikke kunne utsettes for tortur, jfr. EMK art.3, slik at enkelte av rettighetene i EMK blir differensierte, og må tilpasses etter rettighetssubjektets natur. I den grad den juridiske person ikke kan påberope seg rettighetene etter EMK for seg selv, blir det spørsmål om disse kan påberopes av foretakets representanter.

⁸³ <http://www.hrweb.org/legal/cpr-prot.html>

EMK er en internasjonal konvensjon som verner om "menneskerettigheter". Dersom selvinkrimineringsvernet - slik dette innfortolkes i EMK art.6 - skal kunne påberopes av andre rettssubjekter enn dem som faller naturlig inn under begrepet, kan man påstå å befinne seg i en noe paradoksal situasjon. Motargumentet til dette kan forankres i det faktum at ulike selskapskonstruksjoner både kan ilegges foretaksstraff og tilstås partsevne i sivile saker for domstolene. Vernet mot selvinkriminering skal som nevnt innfortolkes i EMK art.6. Man risikerer å havne i en selvmotsigelse dersom argumentet er at juridiske personer skal risikere straff, men at de ikke skal tilstås en "rettferdig rettergang" i prosessen frem til illeggelsen.

Det kan være å foretrekke at begrepet "menneskerettigheter" forbeholdes de rettssubjekter som naturlig omfattes, og at selvinkrimineringsvernet for juridiske personer karakteriseres som en rettssikkerhetsgaranti. Om dette egentlig er en nødvendig differensiering, lar jeg stå åpent, men fra en rent terminologisk synsvinkel virker det mer treffende.

I skrivende stund har EMD ikke avgjort spørsmålet om det eksisterer et vern mot selvinkriminering for juridiske personer. Jeg vil likevel trekke frem to saker fra 2002, som er av generell relevans for EMK art.6. I saken *Västberga Taxi AB m.fl. v. Sverige*, ser vi et eksempel på at EMD behandler en juridisk person som et rettssubjekt, under retten til en "rettferdig rettergang" etter EMK art.6.⁸⁴ Som nevnt skal selvinkrimineringsvernet innfortolkes i dette rettslige begrepet, men EMD tok ikke konkret stilling til aksjeselskapets selvinkrimineringsvern. En annen dom er *Société Colas Est. v. Frankrike*, der en juridisk person ble tilstått et vern om sitt privatliv etter EMK art.8, der det fremgår:

*"Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises".*⁸⁵

⁸⁴ EMDs dom av 23.juli 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sverige*.

⁸⁵ EMDs dom av 16.april 2002 *Société Colas Est og andre v. Frankrike* (avsnitt 41).

Sitatet jeg har gjengitt, illustrerer at også et selskap nyter et vern mot for eksempel uanmeldt besøk fra offentlige organer ved sin forretningsadresse. Siden EMD konkret tar opp spørsmålet om en juridisk person nyter vern etter en bestemmelse i EMK, ser man at det ikke er noen automatikk i at et foretak skal være omfattet av rettighetene, selv om det følger av EMK artikkel 1 at:

"The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention."

Spørsmålet om et vern mot selvinkriminering, jfr. EMK art.6, gjaldt for juridiske personer kunne kommet opp i saken *Société Stenuit v. Frankrike*. Grunnet en del utenforliggende omstendigheter ble klagen trukket tilbake før EMD fikk behandlet saken ferdig.⁸⁶ Selv om den er veldig generell, kan Kommissjonens begrunnelse om å henvise saken til EMD tas til inntekt for at juridiske personer har et selvinkrimineringsvern:

"the Commission considers that a corporate body can claim the protection of Article 6 of the Convention (...)".

Denne nyanseringen mellom juridiske og fysiske personer var en del av vurderingstemaet i Høyesteretts kjennelse av 1.juni 2011, gjengitt i Rt-2011-800. Saken hadde sin bakgrunn i et pålegg fra politiet om utlevering av bevis. Etter strpl. § 210 har "besitteren" av bevismateriale en plikt til utlevering etter pålegg, i samme utstrekning som han har vitneplikt. Politiet gav pålegg om utlevering til i alt 15 ulike foretak i likelydende brev. Utleveringskravet omfattet regnskapsmateriale og en del øvrige dokumenter fra et nærmere bestemt tidsrom. På generelt grunnlag informerte politiet om at når bevismaterialet ble utlevert, skulle det benyttes i etterforskningen av en privatperson, som altså hadde eierinteresser i samtlige 15 foretak. Mistanken gjaldt en mulig skatteunndragelse. På forespørsel informerte politiet om at eventuell overskuddsinformasjon ikke kunne utelukkes brukt til andre formål.

⁸⁶ EMDs dom av 27.februar 1992, *Société Stenuit v. Frankrike*, avsnitt 8.

Dette ble av selskapene tolket slik at dersom det materialet de utleverte viste at selskapene selv hadde begått lovovertridelser, kunne ikke politiet gi forhåndstilsagn om at eksempelvis foretaksstraff var utelukket. Petrolia Drilling ASA besvarte politiet på vegne av samtlige berørte. Det ble i svarbrevet opplyst at det ikke ville bli utlevert noe saksmateriale og at med ”den reservasjon politiet har tatt må det også minnes om selvinkrimineringsvernet etter EMK”. Utleveringspålegget ble opprettholdt i de lavere rettsinstanser, men Høyesterett slo fast at også juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering i straffesaker, slik dette fremgår av EMK art.6 og strpl. § 210, jfr. § 123.

6.2 Differensiering mellom to prinsipper

Som jeg har vært inne på, består vernet mot selvinkriminering av en sammensetning av to prinsipper. Det minst problematiske av disse to, når det kommer til den praktiske anvendelsen på et foretak, er retten til å nekte fysisk utlevering av opplysninger.

En begjæring om slik utlevering må hjemles i strpl. § 210, og det vil ofte ta form av et utleveringspålegg etter kjennelse fra tingretten. Reguleringen av slik utlevering står i straffeprosesslovens fjerde del, hvilket gjør det til formelt å regne som et tvangsmiddel. Fortrinnsvis vil et slikt pålegg komme i brevs form fra påtalemyndigheten. En begjæring som rettes mot foretaket på en slik måte er det enklere for styret eller daglig leder å ta stilling til på foretakets vegne, enn for eksempel en innkalling av de samme representanter til avhør, når foretaket er mistenkt for lovovertridelser.

Det er i realiteten bare utleveringsdelen av selvinkrimineringsvernet, som Høyesterett har slått fast i kjennelsen av 1.juni 2011. Men det ble uttalt helt generelt at:

"Min konklusjon er dermed at juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering".⁸⁷

⁸⁷ Rt-2011-800, avsnitt 54.

Det er ikke så merkelig at Høyesterett fastslår anvendelsen på et slikt generelt grunnlag. Utleveringsplikten som hjemles i strpl. § 210 gjelder bare i den utstrekning den juridiske person "*plikter å vitne i saken*", slik at det er en nær sammenheng mellom de to. En utleveringsnektelse utledes med andre ord fra retten til å forholde seg taus. Dette innebærer igjen at dersom foretaket i teorien kan nekte å forklare seg, eksempelvis fordi det risikerer straff på basis av opplysningene, kan foretaket også nekte fysisk utlevering av informasjonsbærere inneholdende opplysninger av samme art som begrunner et unntak fra vitneplikten.

Man har med andre ord ikke utleveringsplikt i større utstrekning enn man har vitneplikt, og dersom man kan nekte å avgi en forklaring, faller også utleveringsplikten bort vedrørende ting som inneholder opplysninger av samme art. Dette gjelder nå også for foretak.⁸⁸

6.2.1 Retten til å forholde seg taus

En juridisk person kan bli "siktet" for straffbare forhold, men har som sådan ingen mulighet til å utøve egne partsrettigheter, dette må gjøres gjennom en fysisk person som representerer foretaket. Foretaket er følgelig også avhengig av en fysisk person for å avgi forklaring. Rent formelt foreligger det ingen plikt for et foretak som er "siktet" til å forklare seg, jfr. strpl. § 230 (1) og § 90, og det skal heller ikke være straffbart å lyve vedrørende egne straffbare forhold, jfr. strl. § 167.⁸⁹

Høyesterett har allerede slått fast at en juridisk person ikke kan pålegges utleveringsplikt i større utstrekning enn det har vitneplikt. Dette krevde en avklaring av om et foretak kunne påberope seg unntaket fra vitneplikten etter strpl. § 123, og Høyesterett uttalte at:

⁸⁸ Rt-2011-800 i avsnitt 80.

⁸⁹ Jeg bruker i hovedsak begrepet "siktet", jfr. strpl. § 82. Jeg er likevel ikke konsekvent på begrepet, all den tid selvinkrimineringsvernet gjelder i norsk straffeprosess uavhengig av om status er "mistenkt", "siktet" eller "tiltalt".

*"Situasjonen er følgelig at det etter norsk straffeprosess er uklart hvordan § 123 skal forstås. Det er da naturlig å tolke bestemmelsen på samme måte som EMK artikkel 6 nr.1 om selvinkriminering, dvs. at selskaper omfattes av dette vernet."*⁹⁰

Men dette var ingen avklaring av foretakets unntak fra vitneplikten. Det Høyesterett tok stilling til, var hvor vidt foretaket i teorien kunne nekte å avgi et vitnesbyrd. Anvendelsen av selvinkrimineringsvernet på foretak utgjør etter Høyesteretts kjennelse i Rt-2011-800 bare utleveringsdelen av selvinkrimineringsvernet. Det neste som krever en avklaring, er i hvilken utstrekning foretaket, som sådan, kan påberope seg retten til å forholde seg taus.

Dette krever igjen en avgrensning av personkretsen som kan nekte å avgi en forklaring under påberopelse av foretakets selvinkrimineringsvern. Strpl. § 210 lyder:

"Ting som antas å ha betydning som bevis, kan retten pålegge besitteren å utlevere såfremt han plikter å vitne i saken".

Det er en rekke persongrupper som kan tenkes å "representere" et foretak i ulike sammenhenger. Herunder vil handlingene til både ansatte og tillitsmenn i foretaket, i den grad de er utført i tilknytning til jobben, være identifiserbare med foretakets egne handlinger. Dette er det foretaksstraff i bunn og grunn er tuftet på. Min problemstilling dreier seg om en mer konkret form for representasjon av foretaket. Spørsmålet er vel egentlig hvem som kan identifiseres med den juridiske person, og dermed kan utøve foretakets prosessuelle handleevne i relasjon til selvinkrimineringsvernet.

Der en juridisk person blir "siktet", reguleres dette av strpl. § 84a:

"Er den siktede et foretak, tilligger partsrettighetene den personen foretaket utpeker."

⁹⁰ Rt-2011-800, avsnitt 80.

Vernet mot selvinkriminering er en rettssikkerhetsgaranti og en del av partsrettighetene. Uavhengig av hvordan dette rubriseres, kan det utvilsomt påberopes under straffeforfølgning. Spørsmålet er hvem som kan påberope selvinkrimineringsvernet på vegne av foretaket og hvem som "*plikter å vitne i saken*", jfr. strpl. § 210. Dersom vi forutsetter at selvinkrimineringsvernet ligger under partsrettighetene, må et foretak som skal påberope seg vernet overfor straffeforfølgende myndigheter, følge prosedyren i § 84a.

Det ekstraordinære preget av en straffeforfølgning, fortøner seg ikke som noe mindre ekstraordinært om den siktede er en juridisk person. Dette innebærer at utøvelse av partsrettigheter overfor den straffeforfølgende myndighet og domstolene, så som påberopelse av vernet mot selvinkriminering, vil falle utenfor den generelle "*daglige ledelse*" av et foretak.⁹¹ Det som rent hierarkisk faller utenfor den daglige ledelse, omfattes derimot av styrets ansvarsområde, under "*forvaltningen av selskapet*".⁹²

Når foretaket skal utpeke en fysisk person etter strpl. § 84a, vil utnevnelsen med andre ord måtte gjøres ved styrevedtak, eller tilsvarende. Den personen som utpekes skal forvalte foretakets partsrettigheter. Vedkommende må følgelig identifiseres med foretaket, også hva angår selvinkrimineringsvernet, og kan følgelig ikke pålegges vitneplikt.

Foretaket står etter ordlyden fritt vedrørende hvem det vil utpeke. Det er således anledning til å utpeke en ekstern aktør, for eksempel en advokat. Tilsynelatende er den eneste begrensningen at vedkommende ikke selv kan siktes i saken, se strpl. § 84a (2). Blir en ekstern advokat utpekt, er det nærliggende å karakterisere dette som etablering av et klientforhold, der advokatens taushetsplikt kan tenkes å rekke lengre enn foretakets selvinkrimineringsvern, og dette byr på ytterligere drøfting. Jeg forutsetter derfor at en fysisk person uten eget straffansvar, fra innad i foretaket, blir utpekt.

⁹¹ Jfr. lov 13.juni 1997 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 6-14 (1) og § 6-32 og den tilsvarende reguleringen i lov 13.juni 1997 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) § 6-14 (1) og § 6-32.

⁹² Se aksjeloven § 6-14 (2): "*Den daglige ledelse omfatter ikke saker som etter selskapets forhold er av uvanlig art eller stor betydning*".

Avhengig av blant annet gjeldende foreldelsesregler, er det ikke uvanlig at strafferettslig etterforskning først blir iverksatt flere år etter at det straffbare forholdet er begått. Holder vi oss på konkurranserettens område, er den øvre strafferamme 6 år fengsel, jfr. krrl. § 30 (2) (1), og i slike tilfeller blir den alminnelige foreldelsesfristen 10 år, jfr. strl. § 67 (5).⁹³

Blir lovovertrædelsen oppdaget flere år etter at den er begått, kan ledende ansatte og styremedlemmer i være byttet ut i mellomperioden. Vi kan da legge til grunn at ingen fysisk person innad i foretaket står under risiko for personlig straffansvar, mens foretaksstraff likevel ikke er utelukket.⁹⁴ Årsaken til at jeg foretar denne avgrensningen, er for å få renskåret problemstillingen og for å unngå kryssende selvinkrimineringshensyn mellom fysisk/juridisk person. Er de fysiske personers selvinkrimineringsvern ikke aktuelt å påberope seg, unngår man at eksempelvis et styremedlem kan påberope seg sitt eget selvinkrimineringsvern. Vi kan da fokusere på hvor vidt vedkommende i stedet kan slippe vitneplikt under påberopelse av foretakets eget selvinkrimineringsvern.

Står samtlige styremedlemmer uten eget straffansvar, er det et betimelig spørsmål om foretaket kan utpeke flere personer til å forvalte partsrettighetene, jfr. strpl. § 84a. Selv om det nye styret er uten eget straffansvar, vil de ha tilgang til potensielt inkriminerende saksdokumenter. Også innsideinformasjon vedrørende det straffbare forhold som er begått forut for deres egen oppnevning, kan gjøre styremedlemmers forklaring meget verdifull for påtalemyndigheten. Dersom det nye styret pålegges vitneplikt i straffesaken mot foretaket, kan deres forklaring naturligvis inkriminere den juridiske person ytterligere.

Etter ordlyden i § 84a er det tilsynelatende én person som skal utpekes til å forvalte partsrettighetene, jfr. formuleringen "*den personen*". Formuleringen innebærer at det ikke er anledning for foretaket å unndra det samlede styret fra vitneplikt, gjennom utpeking i medhold av denne bestemmelsen.

⁹³ Foreldelsestiden for forvaltningssanksjoner opererer også med en tidsramme på 10 år, se krrl. § 29 (5) (1).

⁹⁴ Se for eksempel Rt-2007-1684 i avsnitt [37](#), Rt-2008-996 i avsnitt [38](#) og dom av Høyesterett 21. desember 2011 i avsnitt [27](#).

Men selv om straffeprosessloven § 84a regulerer hvem som kan forvalte foretakets partsrettigheter, er det viktig å ta i betraktning begrunnelsen bak innføringen av regelen, nemlig at en juridisk person er å regne som et selvstendig ansvarssubjekt. Dette innebærer blant annet at en siktelse eller en tiltalebeslutning må forkynnes for foretaket. Etter domstolloven § 191 skal dette skje gjøres ved styrets formann, eller til et styremedlem. Det samme gjelder innkalling til rettsmøter og vedtakelse av forelegg. Det strpl. § 84a egentlig er myntet på, dreier seg om innsynsretten i saksdokumenter, som selvfølgelig også er å regne blant partsrettighetene. Spørsmålet om vitneplikt måtte ses "*i sammenheng med hvem som kan utøve partsrettigheter - særlig dokumentinnsyn - på vegne av foretaket*".

"Svært ofte vil det være aktuelt å avhøre de samme personer som vitner." ⁹⁵

De samme personer som forvalter partsrettighetene i form av dokumentinnsyn, blir ikke like verdifulle å avhøre som vitner ved en senere anledning. Det var derfor ønskelig å begrense denne personkretsen så mye som mulig, uten at det dermed kan påstås at forvaltningen av foretakets partsrettigheter er uttømmende regulert av § 84a. Dette innebærer at den fysiske person som utpekes til å utøve partsrettighetene, ikke nødvendigvis har eksklusiv råderett i så måte. Man må derfor foreta en avgrensning av personkretsen som kan utøve partsrettighetene på vegne av en juridisk person, og for å konkretisere, fokuserer jeg på selvinkrimineringsvernet til foretaket.

Dette blir igjen et spørsmål om hvilken personkrets som kan identifiseres med den juridiske person, og her er særlig to grupper aktuelle. De ansatte - særlig ledende ansatte - og styret. ⁹⁶

Retten til å forholde seg taus beror på at den som avkreves forklaring kan nekte å bidra med informasjon om forhold som kan utsette vedkommende selv for straffansvar. Den som risikerer straff kan med andre ord bare nekte å avgi sin egen forklaring, men vedkommende kan ikke hindre at informasjonen blir gjort tilgjengelig på annen måte. Når det utelukkende er foretaket som risikerer straff, blir utgangspunktet at informasjon som er tilgjengelig fra annet hold, ikke kan nektes under påberopelse av foretakets selvinkrimineringsvern.

⁹⁵ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) - "Straffansvar for foretak" - punkt 10.4.2, s.40 flg.

⁹⁶ Daglig leder, eller tilsvarende, regnes blant de ansatte, og vedkommende vil normalt "tilsettes av styret", jfr. asl. § 6-2 (2) og asal. § 6-2 (2) (1). Styret, eller tilsvarende, avhenger av selskapskonstruksjon.

Ørnulf Øyen publiserte i 2010 sin doktoravhandling om selvinkrimineringsvernet i straffeprosessen. Han påpeker blant annet at det er viktig å skille mellom forklaringer som inkriminerer en selv, og forklaringer som inkriminerer andre. For øvrig anerkjenner ikke Øyen et selvinkrimineringsvern som omfatter foretak, men han bruker et eksempel med vitneplikt for ansatte i saker der foretaket er mistenkt, som er interessant.

En ansatt kan som kjent begå handlinger som utsetter foretaket for et mulig straffansvar. Men dersom man drøfter om den ansatte kan påberope foretakets selvinkrimineringsvern, som en begrunnelse for unntak fra egen vitneplikt, har man tatt et feil utgangspunkt. Det vil trolig også høre til sjeldenhetene at en slik problemstilling manifesterer seg i praksis, etter som den ansatte er et eget ansvarssubjekt i strafferetten. Ansatte med eget straffansvar kan i en slik situasjon påberope sitt eget vern mot selvinkriminering, der en av ringvirkningene blir at også foretaket kan oppnå et utilsiktet vern mot inkriminering. Beskjærer vi således problemstillingen, slik jeg har gjort ovenfor, og forutsetter at den ansatte er fri for eget straffansvar blir det heller ikke et spørsmål om foretakets selvinkrimineringsvern kan begrunne fritak fra vitneplikt. Spørsmålet blir om den ansatte kan fritas fra å inkriminere sin arbeidsgiver, og det er en problemstilling som faller utenfor denne avhandlingen.⁹⁷

Ansatte i et foretak vil med andre ord ikke kunne påberope seg fritak fra vitneplikten under påberopelse av foretakets selvinkrimineringsvern. Den alminnelige vitneplikt, som følger av strpl. § 108 vil gjelde, hvilket medfører at den ansatte risikerer å måtte vitne mot sin arbeidsgiver.

Dette vil innebære at forarbeidene til loven som innførte foretaksstraff fremdeles er gjeldende rett, hva angår de ansatte:

"Siden det er selve foretaket som anses som siktet, har ansatte og tillitsmenn i foretaket forklaringsplikt som vitne etter de vanlige regler i straffeprosessloven".⁹⁸

⁹⁷ Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget (2010), Bergen, på side 357.

⁹⁸ [NOU 1989:11 punkt 8.3 på side 30.](#)

Ansattes vitneplikt kan falle bort, dersom vedkommende kommer inn under noen av unntaksbestemmelsene i strpl. § 117 flg. Det er særlig to unntaksregler i straffeprosessloven som er mest aktuelle i en slik situasjon. For det første § 123, om risiko for eget straffansvar, som det er avgrenset mot. Den andre unntaksbestemmelsen følger av § 124, og regulerer blant annet en mulighet for at retten fritar den ansatte fra vitneplikt mot sin arbeidsgiver. Vilkåret er da at vitnesbyrdet kan avsløre forretnings- eller driftshemmeligheter. Jeg har derimot vanskelig for å se at en domstol som skal dømme i straffesaken mot foretaket, vil anerkjenne at de straffbare handlinger skal behandles som en forretnings- eller driftshemmelighet i relasjon til § 124.

For såkalte tillitsmenn, jfr. sitatet fra forarbeidene over, heretter benevnt "styret", kan spørsmålet om identifikasjon med foretaket stille seg annerledes. Styremedlemmer uten eget straffansvar vil i utgangspunktet også være omfattet av vitneplikten i strpl. § 108, som igjen modifieres av de samme unntaksreglene som gjelder for ansatte. For et styremedlem kan det oppstå en dobbeltrolle, når vedkommende først skal være med på å bestemme at foretaket skal påberope seg selvinkrimineringsvernet gjennom foretaksrepresentanten, i medhold av strpl. § 84a, for deretter å være forpliktet til selv å avgi forklaring.

Den 1.april 2011 avsa Høyesterett en kjennelse som illustrerer at rettssikkerhetsgarantier som er konstruert for fysiske personer, muligens må tilpasses dersom de skal gis anvendelse for juridiske personer. Kjennelsen kom på et tidspunkt da vernet mot selvinkriminering for juridiske personer fortsatt var uavklart, og Høyesterett uttalte at:

"Dersom forbudet kan påberopes av juridiske personer, blir det spørsmål om de bare kan påberope tvang som myndighetene har utøvd mot den juridiske person som sådan, eller om de også kan påberope tvang mot deres representanter".⁹⁹

⁹⁹ Kjennelse av Høyesteretts ankeutvalg 1.april 2011, gjengitt i Rt-2011-486, avsnitt 35.

Denne uttalelsen viser at spørsmålet om hvilke representanter for et foretak som kan identifiseres med den juridiske person, er en vanskelig grensedragnings. Vi forutsetter fremdeles situasjonen der et styremedlem står uten eget straffansvar, men likevel har kunnskap om et straffbart forhold som foretaket har begått. Vedkommende kan havne i en situasjon der lojalitetsforholdet til foretaket vedkommende representerer, virkelig blir satt på prøve. Høyesterett har kommet med helt generelle uttalelser om at det "*er sikker rett og ikke omtvistet at et selskap identifiseres med sitt styre*".¹⁰⁰

Men om dette gjelder i en strafferettslig sammenheng, og at medlemmer av styret kan nekte å avgi forklaring under påberopelse av foretakets selvinkrimineringsvern, stiller jeg meg likevel tvilende til.

I lov 13.mars 1981 nr.6 om vern mot forurensninger mv. (forurensningsloven) § 80 var det en adgang til å stille juridiske personer til straffansvar. Denne spesialbestemmelsen ble opphevet, som følge av at alminnelig foretaksstraff ble innført, men i forarbeidene ble spørsmål om blant annet vitneplikt behandlet. I Ot.prp.nr.11 (1979-1980) under punkt 11.4 om "Straffansvaret i sammenslutninger", som er kommentarer til § 80. Det ble ikke sondret mellom ansatte og styret, vedrørende en eventuell vitneplikt mot foretaket i en straffesak. Når foretaket var siktet, anså man styreformannen som foretakets rettslige representant, og man trakk paralleller til den rollen en verge har for en umyndig siktet. Allerede på dette tidspunkt så man trolig fordelen med å kunne forholde seg til én fysisk person, som kunne handle på vegne av den juridiske. Styrets formann ble antakelig ansett for å være den nærmeste til å ivareta denne oppgaven. Dette er naturlig også i dag, sett i sammenheng med domstolloven § 191 (2), som gir anvisning på at blant annet forkynnelser til et foretak kan gjøres til "*styrets formann*". I dag reguleres en slik situasjon av strpl. § 84a, og som jeg har vært inne på må utpekingen av foretakets representant gjøres ved formelt styrevedtak, grunnet det ekstraordinære preg en straffeforfølgning kan innebære. Jeg siterer fra side 74 i proposisjonen:

"I så fall må det antas at selskapets tillitsmenn og ansatte har forklaringsplikt som vitner etter de vanlige regler i straffeprosessen."

¹⁰⁰ Rt-2008-833, avsnitt 87.

Det ble deretter vist til de tilsvarende unntaksregler for disse persongruppene, som jeg har gjennomgått i drøftelsen av ansatte, slik disse fremgikk av den gamle straffeprosessloven 1887.¹⁰¹

I tilknytning til unntaksregelen for avsløringer av forretnings- eller driftshemmeligheter ble det bemerket at:

*"retten kan her beslutte at vitnesbyrd skal gis,
og departementet går ut fra at det vil være
det vanlige i saker som her."*

Av den rettspraksis jeg har gjennomgått, har jeg ikke klart å finne saker der vitneplikten for styremedlemmer, uten eget straffansvar, er problematisert i forhold til avgivelse av vitnesbyrd mot det foretak de representerer. Dette kan, som jeg delvis har vært inne på, by på interessekonflikter mellom deres rolle som styremedlem, og rollen som vitne, med plikt til å avgi forklaring i straffesak mot foretaket.

Det nærmeste jeg har kommet en lignende problemstilling, forelagt for Høyesterett, er en gammel kjennelse fra 21.januar 1930, gjengitt i Rt-1930-944. Årsaken til at jeg tar dette opp, begrunner jeg med at en påtaleunntatelse, eller annen tilsvarende avgjørelse som gis til et styremedlem, vil kunne tilsvare avgjørelsen av en straffesiktelse, vedrørende styremedlemmets egen involvering i lovovertrедelsen. Som jeg har vært inne på, avskjæres ikke adgangen til foretaksstraff, selv om ingen fysisk person kan straffes.

Dette reiser igjen to problemstillinger. For det første er det et spørsmål om rettskraftsvirkningene til en påtaleunntatelse fratår et vitne muligheten til å påberope seg unntak fra vitneplikten, jfr. strpl. § 123. Vedkommende risikerer i prinsippet ikke ytterligere "straff", når han er gitt påtaleunntatelse, jfr. strpl. § 69 (1) og prinsippet om forbud mot dobbeltstraff.

¹⁰¹ De nåværende aktuelle unntaksregler i straffeprosessloven 1981 § 123 og § 124, hadde sine forløpere i lov 1.juli 1887 nr.5 om Rettergangsmaaden i Straffesager § 177 (1) og (2).

Det andre spørsmålet, faller egentlig utenfor denne avhandlingen, og dreier seg om den straffeforfølgende myndighet har anledning til å tilby påtaleunntatelse til et styremedlem, for dermed å oppnå en forklaring til bruk i fremtidig bevisførsel i straffesaken mot foretaket.

I relasjon til vitneplikten vil en påtaleunntatelse plassere vedkommende styremedlem i samme situasjon som et styremedlem uten eget straffansvar. Vedkommende har med andre ord ikke noen gyldig grunn til å nekte å avgi vitnesbyrd, jfr. § 123, etter som han ikke lenger vil risikere ytterligere "straff" på basis av forklaringen.

Kjennelsen fra 1930 besvarer egentlig begge spørsmål med samme begrunnelse, og det mener jeg blir feil. Spørsmålet i saken var om en påtaleunntatelse kunne oppheve det unntaket fra vitneplikten, som vanligvis gjelder for en som kan risikere straff. Men en påtaleunntatelse vil tilsvare avgjørelsen av en straffesiktelse, etter som forutsetningene blant annet er at samtlige straffbarhetsvilkår "*anses bevist*". Vedkommende vil i teorien stå fritt til å avgi forklaring om forholdet, uten å risikere ytterligere "straff", og han vil dermed falle utenfor virkeområdet til unntaksregelen i strpl. § 123.

Kjæremålsutvalget kom derimot, under dissens 2-1, til at en påtaleunntatelse ikke opphever et vitnes rett til å nekte å avgi forklaring under slike omstendigheter. Avgjørelsen er begrunnet med at bruk av påtaleunntatelse ikke skal benyttes for å tvinge frem en forklaring, og det er en gyldig begrunnelse for spørsmål to ovenfor. Det er derimot ikke en god begrunnelse for spørsmål en.

Avklaringen blir bare av akademisk betydning, all den tid en påtaleunntatelse og en vitneplikt for samme vedkommende i samme straffesakskompleks, vil kunne komme i konflikt med "løfteforbudet" i strpl. § 92 (2) (1). Poenget mitt er at det ikke kan være tvilsomt at en av rettskraftsvirkningene til en påtaleunntatelse, er at ytterligere straffeforfølgning om samme forhold avskjæres. Da sier det seg selv at vedkommende ikke risikerer "straff" som kan begrunne et unntak fra vitneplikt, jfr. strpl. § 123.

Dette var et sidespor til den egentlige drøftelsen min, som er om tillitsmenn og ansatte kan nekte å avgi forklaring, under påberopelse av foretakets rett til å forholde seg taus.

Selvinkrimineringsvernet for juridiske personer er såpass nylig fastlagt i norsk rett, hvilket innebærer at det er sparsommelig med rettskilder på området. Jeg mener likevel å ha tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at ut over den vedkommende som blir oppnevnt til å ivareta foretakets partsrettigheter etter strpl. § 84a, har verken ansatte eller tillitsmenn i foretaket en tilstrekkelig nærhet til å kunne identifiseres med foretaket som sådan, og de kan således ikke nekte å avgi forklaring under påberopelse av foretakets rett til å forholde seg taus.

Skal disse to persongruppene unndras fra vitneplikt, må dette bero på et annet grunnlag. Jeg vil derimot ikke utelukke eksistensen av ulovfestede straffeprosessuelle prinsipper, som kan utfylle de aktuelle unntaksreglene i strpl. § 123 og § 124, der slikt fritak tilstås på basis av eksempelvis sterke rimelighets- eller lojalitetsbetraktninger overfor egen arbeidsgiver.

7. Selvinkrimineringsvernet i saker om forvaltningsstraff

7.1 Oversikt

Punkt 7 er relativt omfattende, og jeg vil derfor gi en kortfattet sammenfatning av det jeg skal gjennomgå.

Vernet mot selvinkriminering for fysiske personer har ikke et eksklusivt virkeområde i straffeprosessen. Også der fysiske personer risikerer "strafflignende" sanksjoner, følger det av EMDs praksis at det enkeltvedtak, eller tilsvarende avgjørelse som ilegger forvaltningsstraff, kan tilsvare en "criminal charge", jfr. EMK art.6. Jeg skal gjennomgå litt av utviklingen og utbredelsen av forvaltningssanksjoner generelt, før jeg tar for meg den spesifikke utviklingen i konkurransesakene, frem til innføringen av "overtredelsesgebyr" i konkurranseloven 2004. Det karakteristiske for disse overtredelsesgebyrene er at de utelukkende kan ilegges juridiske personer.

I lys av Høyesteretts fastleggelse av et selvinkrimineringsvern for foretak, som jeg har gjennomgått i punkt 6, legger jeg til grunn at også juridiske personer som risikerer overtredelsesgebyr må tilstås et slikt vern. Forutsetningen er at enkeltvedtaket som avgjør ileggelsen, tilsvarende avgjørelsen av en straffesiktelse. Dette skal klarlegges ved hjelp av EMDs kriterier vedrørende det autonome begrepet "criminal charge" som følger av EMK art.6. Deler av drøftelsen vil kunne være av verdi for overtredelsesgebyrer generelt, men jeg fokuserer i hovedsak på konkurransesakene.

Innenfor tilsynsforvaltningen, blant annet på konkurranserettens område, gjelder det regler om forklarings- og utleveringsplikt overfor kontrollmyndighetene. Kort beskrevet utgjør forklaringsplikten et unntak fra retten til å forholde seg taus, mens utleveringsplikten er et tilsvarende unntak fra retten til å nekte fysisk overlevering av informasjon til de forfølgende myndigheter.

Det er nærliggende å karakterisere reglene om slik samarbeidsplikt som en suspensjon av ellers gjeldende regler om at man ikke plikter å bistå med informasjon til offentlige myndigheter.

Jeg skal følgelig klarlegge når denne suspensjonen opphører.

Tidligere var tilsynsforvaltningen henvist til å anmelde lovovertrædelser til politiet.

På konkurranserettens område anmeldte således Konkurransetilsynet samtlige overtrædelser til Økokrim forut for konkurranseloven 2004. Etter ikrafttredelsen av den nye loven er antallet anmeldelser til Økokrim, for konkurranselovovertrædelser, tilnærmet ikke-eksisterende. En av årsakene til dette er innføringen av et fungerende system med illeggelse av forvaltningssanksjon, etter modell fra EU-konkurranseretten. Når jeg sier "fungerende", henspiller jeg på den forvaltningssanksjonering som var regulert i konkurranseloven 1993 - såkalt "vinningsavståelse" - som altså ikke fungerte. Årsaken til at vinningsavståelse aldri ble benyttet, var blant annet praktiske problemer rundt beregning, men dette kommer jeg tilbake til.

Innledningsvis nevnte jeg en suspensjon av rettigheter. Med dette sikter jeg til at det ikke gjelder noen alminnelige regler om at fysiske eller juridiske personer skal bistå forvaltningen i deres arbeid. Skal det gjelde en slik bistandsplikt, må det reguleres særskilt, hvilket det er innenfor konkurranseretten.

Da Konkurransetilsynet var henvist til å anmelde samtlige overtrædelser til Økokrim, markerte Økokrims overtakelse av saken at denne suspensjonen opphørte. Det gjelder som kjent ingen forklaringsplikt overfor politiet, og langt mindre dersom man er mistenkt i en sak. Denne ordningen blir karakterisert som et tosporet system, og disse reglene gjelder fremdeles på konkurranserettens område dersom saker anses alvorlige nok til å bli anmeldt. I slike tilfeller gjelder forklarings- og utleveringsplikten overfor konkurransemyndighetene langs det ene sporet, men når saken penses over i straffesakssporet, skal de suspenderte rettssikkerhetsgarantiene implementeres, herunder vernet mot selvinkriminering.

Ved konkurranseloven 2004 ble det innført en kompetanse for Konkurransetilsynet til å avgjøre sanksjonsspørsmålet selv, uten involvering fra Økokrim. Dette innebærer at de rettssikkerhetsgarantier som gjelder når en straffesiktelse skal avgjøres, må implementeres av Konkurransetilsynet.

Problemet er at når Konkurransetilsynet administrerer sanksjonsstadiet på egen hånd, har man ingen slik markert overgang fra kontrollsak til sanksjonssak, slik man tidligere hadde gjennom Økokrims overtakelse. Denne overgangen er blant annet avgjørende for når eksempelvis selvinkrimineringsvernet kan påberopes, og jeg skal blant annet gjennomgå kriteriene for når en "siktelse" blir reist av forvaltningen.

7.2 Utbredt bruk av forvaltningssanksjoner

Som jeg har vært inne på, er det blitt mer og mer vanlig å delegere sanksjonskompetanse til ulike tilsynsmyndigheter. Gjennom en slik delegering kan man blant annet oppnå arbeidsbesparelser og øvrig frigjøring av ressurser i politiet, som kan forbeholde det straffefølgende arbeidet til de mest alvorlige overtredelsene. De vurderinger som er nødvendige for å håndheve reglene kan i tillegg forutsette en særskilt innsikt og kompetanse om livsområdet, som beror på vurderinger det ikke er like enkelt for politiet å foreta. Det vil også kunne vise seg fordelaktig, og muligens vanskeligere for aktørene å skjule overtredelser, dersom sanksjonsmyndighetene er like spesialiserte som reglene de er satt til å håndheve.

Baserer man seg på alvorlighetsgrad, vil lov- og forskriftsovertredelser på tilsynsmyndighetenes område ofte kunne sies å ligge noen trinn lavere enn de lovbrudd som vanligvis forfølges av politiet.

Dette betyr ikke at slike overtredelser skal bagatelliseres, men det er en realitet at lovgiver har åpnet for håndheving på et lavere nivå. Forbeholdet i en slik delegering er at avdekkingen av de mest alvorlige overtredelsene skal følges opp med en anmeldelse til politiet fra tilsynsmyndigheten. Denne ordningen karakteriseres som et tosporet system, og er noe jeg skal komme nærmere inn på.

Selv om begrepet "forvaltningsstraff" etter sin ordlyd kan virke mer inngripende, bruker jeg det synonymt med "forvaltningssanksjon" i denne avhandlingen. Der jeg omtaler formell straff, vil dette fremgå av sammenhengen.

Bruken av forvaltningssanksjoner er ikke noe nytt fenomen, det er bare terminologien som har variert opp gjennom årene. Innenfor skatte- og avgiftslovgivningen, finner man for eksempel administrative bøter allerede i en forordning om arveavgift fra 1792.¹⁰² Også tilleggsskatt og tilleggstoll, som er velkjente begreper, er eksempler på forvaltningssanksjoner.

¹⁰² Bjørn O. Berg, *Forvaltningssanksjoner - Forvaltningens vedtak om bøter, tvangsmulkt og inndragning av vinning*, Universitetsforlaget, Oslo (2005) s.111-.

Karakteristisk for de midler har stått til rådighet for forvaltningen, er at de stort sett har vært av sivilrettslig art. Dette har sammenheng med at det tradisjonelle virke for tilsynsforvaltningen har ligget innenfor den forebyggende, stansende og gjenopprettende myndighetsutøvelse. Den relativt nye formen for forvaltningssanksjon, overtredelsesgebyret, - også kalt lovbrotsgebyr - er for det meste innført ved nyere lover, eller gjennom tilføyelser til eksisterende lover etter år 2000.¹⁰³

Også i dagens samfunn vil en ilagt forvaltningssanksjon, blant annet på konkurranserettens område, bli regnet som sivilrettslig i sin art. Dette har igjen sammenheng med at blant annet EU-forordningen, som konkurranseloven 2004 skal harmonere med, opererer utelukkende med sivilrettslige bøtesanksjoner:

"Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of a criminal law nature".¹⁰⁴

Vi har fått en omdefinering av midlene som er til rådighet mot lovovertridere, og er gått fra bøter og straff, til overtredelsesgebyr og forvaltningsstraff. Enkelte lovovertridelser blir etter forvaltningens skjønn avkriminalisert, og det sivilrettslige aspektet ved de nye sanksjonene gjør at man tilsynelatende kommer utenom de straffeprosessuelle regler. Resultatet er at det på en rekke områder er innført forvaltningsstraff, uten at det er innført en tilhørende, samlet lovfesting av det man kan kalle "forvaltningsstraffeprosess".

¹⁰³ Blant annet er forvaltningssanksjon i form av overtredelsesgebyr innført i lov 4. desember 1992 nr.132 (legemiddeloven) § 28 (6), lov 18. desember 1981 nr.90 (merking av forbruksvarer) § 10, lov 20. juni 1986 nr.35 (mesterbrevloven) § 1 (4), lov 29. juni 1990 nr.50 (energiloven) § 10-7, lov 4. desember 1992 nr.127 (kringkastingsloven) § 10-3 (1), lov 11. juni 1993 nr.101 (luftfartsloven) § 10-43 (1), lov 26. mars 1999 nr.15 (deltakerloven) § 28 (1) (1), lov 16. juli 1999 nr.69 (om offentlige anskaffelser) § 7b (1) (1), lov 14. april 2000 nr.31 (personopplysningsloven) § 46 (1) (1), lov 24. mai 1929 nr.4 (el-tilsynsloven) § 13a, lov 24. november 2000 nr.82 (vannressursloven) § 60a (1) (1), lov 28. juni 2002 nr.57 (valgloven) § 15-11 (1) (1), lov 5. mars 2004 nr.11 (EØS-konkurranseloven) § 4 (1), lov 12. desember 2004 nr.99 (klimakvoteloven) § 21, lov 17. juni 2005 nr.79 (akvakulturloven) § 30 (1) (1), lov 14. desember 1917 nr.17 (vassdragsreguleringsloven) § 25, lov 26. januar 2007 nr.4 (måleenheter mv.) § 30, lov 16. februar 2007 nr.9 (skipssikkerhetsloven) § 55 (1) og lov 9. januar 2009 nr.2 (markedsføringsloven) § 43.

¹⁰⁴ Council regulation No. [1/2003](#) of December 16th 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. Sitatet er fra artikkel 23 nr.5.

7.2.1 Vinningsavståelse

Konkurranseretten var blant de første rettsområdene der forvaltningen fikk kompetanse til å illegge forvaltningssanksjoner uten å være avhengige av å anmelde og å overføre saker om lovovertridelser til politiet. Ordningen med såkalt "vinningsavståelse" fremgikk av konkurranseloven 1993 § 6-5, som hadde formuleringen:

"Dersom det er oppnådd vinning ved en overtrjedelse av denne lov (...) kan den som vinningen har tilfalt, pålegges helt eller delvis å avstå denne".

EU-kommisjonen hadde i mange år hatt kompetanse til å bøtelegge foretak som hadde overtrådt de likelydende forbudsreglene i EU-konkurranseretten, uten at disse bøtene var regnet som illeggelse av formell straff. En lignende ordning var ønskelig for de norske konkurransemyndighetene.¹⁰⁵

Dette var en del av bakgrunnen for innføringen av det som ble kalt "vinningsavståelse", som altså utgjør forløperen til dagens "overtredelsesgebyr".

Vanligvis har inndragning av utbytte fra en lovovertrjedelse en eller annen form for straffesakstilknytning, men i konkurransesaker ble det åpnet for et unntak. I praksis skulle Konkurransetilsynet ha anledning til å utferdige forelegg med påstand om inndragning av ulovlig omsetning som stammet fra overtrjedelser av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven 1993.

Hadde et foretak således oppnådd vinning som følge av ulovlig prissamarbeid, skulle denne vinningen kunne gjøres til gjenstand for en inndragning som fulgte sivilprosessen. Dette ble karakterisert som et "sivilt forelegg", og innebar altså at inndragning kunne foretas uten tilknytning til en straffesak:

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.41 (1992-1993) Om lov om konkurranse mv. under punkt 6.7.2, s.75 flg.

*”Dersom forelegget ikke vedtas, kan tilsynet innen 3 måneder reise sivil sak mot den ervervsdrivende. En slik sak følger rettergangsmåten for tvistemål”.*¹⁰⁶

Vinningsavståelse var ment som en rent administrativ sanksjon, og skulle regnes krone for krone i overskuddet av det som var tjent på en overtredelse. I prinsippet dreide det seg om en sivilrettslig parallell til inndragning som kunne foretas etter straffeloven § 34 flg. Strafferettslig inndragning etter strl. § 34 er for øvrig bare benyttet en gang i konkurransesammenheng, i Rt-1995-1922 (Bølgpapp), der "vinningen" ble fastsatt til 8 millioner kroner.

Den sivilrettslige ordningen ble derimot aldri tatt i bruk. Det viste seg blant annet å være praktisk problematikk knyttet til beregningen av den overskytende, ulovlige delen av omsetningen. Det viste seg at å konstatere prissamarbeid mellom foretak var en ting, noe annet var det å kalkulere hva som utgjorde differansen mellom lovlig og ulovlig omsetning. Ulovlig omsetning fremgår naturlig nok ikke av en egen post i regnskapene. I forarbeidene til konkurranse-loven 2004 bemerkes det i den sammenheng at:

*”Konkurransetilsynet har frem til i dag ikke benyttet (...) § 6-5 til å utferdige forelegg på vinningsavståelse”.*¹⁰⁷

Hovedbegrunnelsen var blant annet denne vanskeligheten knyttet til beregning, samt at utarbeidelse av sivile forelegg med påstand om vinningsavståelse i de mindre sakene, medførte uforholdsmessig mye arbeid. Selv om Konkurransetilsynet hadde formell kompetanse til å ilegge forvaltningssanksjon, gikk samtlige overtredelser av krrl. 1993 som straffesaker, i regi av Økokrim. Inndragningsbestemmelsene i straffeloven åpner riktig nok for en skjønnsmessig fastsettelse av ulovlig utbytte, men det ble trolig ansett som tryggere å forfølge saken strafferettslig, siden en straffesak også åpner for øvrige sanksjoner.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Anders Ryssdal i Lov og Rett 1994 s.387, ”Ny norsk konkurranselov” (på side 406).

¹⁰⁷ NOU 2003:12 i avsnitt 6.1.4, siste setning.

¹⁰⁸ Blant annet åpner straffeloven for sanksjonering av forsøk på forbrytelse (§ 49), det kan ilegges rettighetstap (§ 29) og fysiske personer kan også straffes for handlinger, selv om de er begått på vegne av et foretak (§ 48a).

7.2.2 Overtredelsesgebyr

Konkurranseloven § 29 (1), bokstav a:

"Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt overtrer §§ 10, 11 (...)". Det er disse forbudsbestemmelsene det vil fokuseres på.

Forskjellen på vinningsavståelse og et overtredelsesgebyr, ligger blant annet i utmålingen. Mens vinningsavståelse skulle regnes krone for krone, utmåles overtredelsesgebyret i prosent av den årlige omsetningen i foretaket, med en konkret skjønnsmessig reduksjon. Jeg skal komme nærmere inn på utmålingen i et eget punkt.

For vinningsavståelse var det tidligere en klageadgang til departementet. Denne er fjernet for overtredelsesgebyrets vedkommende, jfr. krrl. § 29 (4) (1), og medfører at ilagte overtredelsesgebyr er retts- og tvangskraftige når vedtaket er endelig. Skal foretaket overprøve ileggelsen av overtredelsesgebyr, må saken bringes inn for tingretten.¹⁰⁹ Forut for ikrafttredelsen av den nye konkurranseloven 1.mai 2004, var det av enkelte forutsett at antallet anmeldelser til Økokrim ville avta, grunnet Konkurransetilsynets kompetanse til å sanksjonere overtredelser på egen hånd.¹¹⁰

¹⁰⁹ Det kan også bemerkes at søksmålsbyrden er snudd etter krrl. 2004. Har således et foretak blitt ilagt et overtredelsesgebyr, er dette rettskraftig og tvangskraftig 2 måneder fra det tidspunkt enkeltvedtaket er endelig. Foretaket må selv saksøke Konkurransetilsynet for å oppnå domstolsprøving av ileggelsen. Dette står i motsetning til ordningen etter krrl. 1993, der samtlige saker om overtredelser gikk som straffesaker.

Det er også verdt å merke seg at dersom et sivilt forelegg på vinningsavståelse ikke ble akseptert av parten, skulle søksmålsbyrden ligge hos den offentlige myndighet, ikke hos den private part. Selv om søksmålet for øvrig skulle følge sivilprosess, se krrl. 1993 § 6-5 (3) 5. og 6. punktum.

¹¹⁰ Se Harald Evensen: *Fra straff til overtredelsesgebyr* i artikkel til Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004.

Av årsmeldingene til Konkurransetilsynet fremgår det at antallet anmeldelser til Økokrim for konkurranselovovertridelser er redusert betraktelig etter ikrafttredelsen av den nye loven.¹¹¹

Konkurransereglene i Norge ble gjennom konkurranseloven 2004 gjort materielt likt det tilsvarende regelverket i EU/EØS. Dette betyr derimot ikke at det prosessuelle regelverket er ensartet på tvers av landegrenser. Blant annet er det opp til den enkelte stat å organisere egne nasjonale konkurransemyndigheter, og det er opp til den enkelte stat hvilke typer av sanksjoner som skal ilegges.

EU-kommisjonen kan innenfor sin jurisdiksjon bare ilegge sivilrettslige bøter til juridiske personer. Disse bøtene regnes ikke som straff, med denne formuleringen i Rådsforordning 1/2003 artikkel 23 nr.5:

"Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of a criminal law nature".

Denne EU-forordningen, som ligger til grunn for de likelydende konkurransereglene, utelukker derimot ikke at det på nasjonalt nivå ilegges formell straff for overtredelser av konkurransereglene. Formell straff kan ilegges i stedet for sivilrettslige gebyrer, slik at det var strengt tatt ikke nødvendig å innføre overtredelsesgebyr i Norge for å harmonere regelverket:

"The competition authorities of the Member States shall have the power to apply Articles 81 and 82 of the Treaty in individual cases.

For this purpose, acting on their own initiative or on a complaint, they may take the following decisions:

(...) imposing fines, periodic penalty payments or any other penalty provided for in their national law."¹¹²

¹¹¹ Etter ikrafttredelsen av konkurranseloven 2004, har det vært i alt fem anmeldelser til Økokrim i perioden 2004-2010. Ifølge en utredning fra NHO i 2009, har sakene for en stor del grunnlag i forhold "fra før 2004", se punkt 1.3.2 i utredningen: <http://www.nho.no/getfile.php/bilder/RootNY/Kompetanse/Teigum.pdf>.

Årsmeldingene finnes på Konkurransetilsynets hjemmesider:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Publikasjoner/Arsberetninger/>.

¹¹² Mens det fremgår klart at EU-kommisjonens avgjørelser ikke er straff, utelukkes det ikke at overtredelser av konkurransereglene kan straffesanksjoneres av nasjonale myndigheter. Se Council Regulation nr.1/2003 of

Årsaken til at EU-kommisjonen bare kan ilegge sivilrettslige bøter til foretak er ikke fordi overtredelser av konkurranselovgivningen anses tilstrekkelig alvorlig:

“I EU/EØS kan det ikke ilegges straff ved overtredelse av konkurransereglene. Dette skyldes blant annet at nasjonalstatene foreløpig ikke har vært villige til å opprette overnasjonale håndhevingsorganer som kan ilegge borgerne straff”.^{113 114}

Harmoneringen med EUs konkurranserett var blant de sentrale begrunnelser for innføringen av overtredelsesgebyr i norsk konkurranserett. Dette fremgår blant annet av NOU 2003:12 pkt.6.3.2:

“Andre lands konkurransemyndigheter har i vid utstrekning kompetanse til å ilegge sivilrettslige bøter av til dels meget betydelig størrelse, ofte etter et nokså standardisert takstsystem. Utvalget mener at et slikt sanksjonsmiddel må innføres også hos oss. Riktig utmålte bøter kan ha stor preventiv effekt. Bruk av sivilrettslige bøter har ikke samme stigmatiserende effekt som tradisjonell straff, og vil ikke kriminalisere enkeltpersoner”.

I en artikkel i Lov og Rett fra 2006 tas spørsmålet om hensiktsmessigheten med et slikt tosporet sanksjonssystem overfor foretak opp. I artikkelen fremholdes følgende:

16.december 2002 on the implementation of the rules laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, artikkel 5 og artikkel 23 nr.5.

¹¹³ NOU 2003:12 (Ny konkurranselov) punkt 6.3.4.

¹¹⁴ Unntaket er den internasjonale straffedomstolen i Haag, som er et overnasjonalt organ med mandat til å ilegge fysiske personer straff. Dette er derimot innenfor krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, mv.

*”Siden overtredelsesgebyret og foretaksstraffen har samme grunnlag (overtredelse av forbudsbestemmelser i konkurranseloven), samme formål (prevensjon) og samme karakter (bot), er det grunn til å reise spørsmål om det er hensiktsmessig å opprettholde begge sanksjonsformer”.*¹¹⁵

Ordningen som fulgte av krrl. 1993, med at samtlige lovovertridelser i konkurransesaker ble straffeforfulgt, kunne blitt opprettholdt og man ville likevel oppnådd å harmonere regelverket materielt på tvers av landegrensene. Det er heller ikke noe i veien for at Konkurransetilsynet kunne gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr til fysiske personer, etter som de overnasjonale argumenter, som gjør seg gjeldende for EU-kommisjonen og ESA, ikke gjør seg gjeldende ved håndhevelse på nasjonalt plan.

Når reglene i Norge måtte tilpasses for å passe sammen med EUs regelverk, måtte man også sørge for at sanksjonene ble harmonert. To gode argumenter for dette er likebehandling og forutberegnelighet.

Poenget mitt er ikke å kritisere innføringen av overtredelsesgebyr. Tvert imot kan overtredelsesgebyrer tjene en viktig funksjon, og i tillegg til de argumenter som er nevnt ovenfor, åpner en slik mellomløsning for å få avgjort mindre saker på et lavere plan. Min kritikk går ut på at det er innført forvaltningsstraff, uten en tilhørende regulering av en ensartet fremgangsmåte forvaltningen skal følge i prosessen frem til vedtak om ileggelse er endelig.

Gjennom den gamle ordningen var det klarere skiller mellom kontrollstadiet og sanksjonsstadiet. Når saken ble anmeldt, som følge av at en lovovertridelse ble avdekket, havnet den videre forfølgning på sanksjonsstadiet under straffeprosessloven. Dette forpliktet Økokrim til å sørge for implementering av de kontrollerte aktørers rettssikkerhetsgarantier i den videre etterforskningen. Etter det gamle tosporede systemet medførte Økokrims overtakelse en slags ekstern kontroll med at rettssikkerheten til de kontrollerte aktører ble ivaretatt.

¹¹⁵ Lov og Rett 2006 s.360 på side 361.

I dag er situasjonen en annen, og dersom Konkurransetilsynet avdekker en lovovertrødelse, står valget mellom å anmelde, eller å fortsette etterforskningen på egen hånd med sikte på ileggelse av overtredelsesgebyr til et foretak. Hvis Tilsynet velger å forfølge saken videre, foretas det i dag ingen slik ekstern, betryggende kontroll med at eksempelvis vernet mot selvinkriminering kan påberopes.

Det er heller ingen automatikk i at de fysiske personer som har inkriminert seg selv slipper å bli anmeldt til politiet, selv om saken mot foretaket er rettskraftig avgjort. Dette innebærer i praksis en risiko for at de har bidratt til sin egen senere domfellelse, med bevismateriale sikret gjennom oppfyllelse av forklarings- og utleveringsplikten i krrl. § 24.

Vernet mot selvinkriminering kan ikke påberopes før man er kommet over i sanksjonsstadiet. Det som er betenkelig, består i at Konkurransetilsynet sitter med kompetanse til å pålegge opplysningsplikt, samtidig som de i realiteten avgjør når opplysningsplikten opphører.

7.3 "Criminal Charge"

EMK artikkel 6 regulerer prinsippene om en rettferdig rettergang, og slår blant annet fast en del minimumsrettigheter som skal implementeres når en "criminal charge" avgjøres. En forutsetning for blant annet å kunne påberope seg et vern mot selvinkriminering, beror på om avgjørelsen av et sanksjonsspørsmål faller inn under begrepet "straffesiktelse", slik dette fremgår av EMK artikkel 6 nr.1:

*"In the determination of (...) any criminal charge (...),
everyone is entitled to a fair (...) hearing (...)."*

Ifølge praksis fra EMD er definisjonen av en "straffesiktelse" i Art.6 autonomt i forhold til øvrige lands tilsvarende begreper. Allerede i *Neumeister v. Østerrike* ble det slått fast at for å være i stand til å fastslå tidspunktet for når vedkommende kunne anses for å ha blitt siktet, måtte EMD avklare begrepet "charged", etter som "*this word is understood within the meaning of the Convention*".¹¹⁶ Dette ble også fulgt opp i senere avgjørelser. I *Engel m.fl. v.*

¹¹⁶ [EMDs dom 27.juni 1968, Neumeister v. Østerrike, "As to the law", avsnitt 18.](#)

Nederland, som riktig nok var begrenset til forholdet mellom militær disiplinærstraff og formell straff, ble det endelig presisert at konvensjonens definisjon var avgjørende.¹¹⁷ Det er med andre ord EMDs definisjon som til enhver tid legges til grunn. Om man har å gjøre med avgjørelsen av en straffesiktelse skal bero på en materiell vurdering, og det er realitetene i saken slik de fortøner seg for den som rammes, som skal vektlegges.

Det er ikke dermed sagt at den formelle klassifiseringen på nasjonalt nivå er uten betydning, men den danner bare et utgangspunkt, og er således ikke avgjørende for om man i realiteten har å gjøre med en straffesiktelse. I skrivende stund har ikke EMD tatt stilling til om sanksjonering av foretak i konkurransesaker utgjør en "criminal charge". *Société Stenuit v. Frankrike* var en konkurransesak der artikkel 6 var påberopt, men klagen ble trukket tilbake før EMD fikk truffet en avgjørelse. I denne saken var boten utmålt til om lag 5 % av foretakets årlige omsetning, men man fikk ingen avklaring fra EMD på om ileggelse av administrative bøtesanksjoner av denne størrelse utgjorde en "criminal charge". Fra den sparsommelige dommen er det også uklart hva konvensjonsbruddet angivelig bestod i:

*"The Commission declared the application admissible on 11 July 1989. In its report of 30 May 1991 (...), it expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 6 para. 1."*¹¹⁸

En annen konkurransesak er *Fortum Corporation v. Finland*, der EMD konkluderte med at kontradiksjonsprinsippet gjaldt for et foretak under retten til en "rettferdig rettergang", jfr. EMK art.6. De nasjonale konkurransemyndighetene hadde oversendt deler av saksdokumentene til forvaltningsdomstolen uten å underrette foretaket om innholdet. EMD konkluderte med at siden foretaket dermed ble avskåret fra å kommentere anklagene i forkant, innebar dette et konvensjonsstridig brudd på retten til kontradiksjon. Hvor vidt foretaket fikk avgjort en "straffesiktelse" mot seg gjennom konkurransesaken, lot EMD stå ubesvart. Det var ikke nødvendig å ta stilling til om saken falt inn under "civil" eller "criminal" etter EMK art.6, siden begge parter var enige om at bestemmelsen kom til anvendelse, og siden retten til kontradiksjon gjelder i begge tilfeller. EMD har med dette heller ikke utelukket at ileggelse av

¹¹⁷ [EMDs dom 8.juni 1976, Engel m.fl. v. Nederland, avsnitt 80-85.](#)

¹¹⁸ [EMDs dom 27.februar 1992, Société Stenuit v. Frankrike, avsnitt 6-9.](#)

konkurranseskadeavgift - tilsvarende overtredelsesgebyr i Norge - kan regnes som en avgjørelsen av en "straffesiktelse".¹¹⁹

I *Västberga Taxi AB og Vulic m.fl. v. Sverige* var en direktør og et aksjeselskap funnet skyldige i å ha oppgitt feilaktige tall til skattemyndighetene. En selvangivelse danner som kjent grunnlaget for blant annet beregning av skatt, men også merverdiavgift og arbeidsgiveravgift ble oppjustert på grunnlag av skattemyndighetenes undersøkelser. Siden det angivelig var rapportert feilaktige summer, ble både direktøren og foretaket ilagt tilleggsskatt på litt i underkant av 100.000 svenske kroner. Tilleggsbeskatning falt ifølge EMD innenfor begrepet "criminal charge", hvilket innebærer at også forvaltnings sanksjoner som er rettet mot foretak, kan tilsvare en straffesiktelse. Begrunnelsen for subsumsjonen under "criminal charge", var blant annet at EMDs tidligere praksis baserte seg på at skattetvister falt utenfor alternativet "*civil rights and obligations*" i artikkel 6 nr.1.¹²⁰ De øvrige vurderinger vektlagt av EMD i denne saken var den pønale karakteren og den allmennpreventive hensikten bak denne typen administrativ sanksjonering. Det samme gjaldt overtredelsens kriminelle karakter og den potensielle og faktiske summen på tilleggsbeskatningen.¹²¹

Dette er vurderingskriterier som går igjen i flere dommer fra EMD. Når vedkommende anses for å være "substantially affected" av myndighetenes arbeid, synes å være en slags samlebetegnelse for de vurderinger som gjøres. Av EMDs praksis kan det utledes at man ofte går konkret til verks for å fastsette en dato når straffesiktelsen var en realitet. Det kan dreie seg om når vedkommende fikk kunnskap om undersøkelsene,¹²² kunnskap om hvilke sanksjoner som risikeres,¹²³ offisiell underretning om en anklage for lovbrudd,¹²⁴ mv.

¹¹⁹ [EMDs dom 15.juli 2003, *Fortum Corporation v. Finland*, avsnitt 40-45.](#)

¹²⁰ [EMDs dom 12.juli 2001, *Ferrazzini v. Italia*, avsnitt 29.](#)

¹²¹ [EMDs dom 23.juli 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sverige*, avsnitt 76 flg.](#)

¹²² [EMDs dom 15.juli 1982, *Eckle v. Tyskland*, avsnitt 73.](#)

¹²³ [Dom av EMD 23.juli 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sverige*, avsnitt 104.](#)

¹²⁴ [Dom av EMD 27.februar 1980, *Deweere v. Belgia*, avsnitt 46.](#)

Jeg skal i det følgende drøfte om enkeltvedtak som ilegger overtredelsesgebyr til foretak, jfr. krrl. § 29, utgjør en straffesiktelse i EMKs forstand.

Den nasjonale klassifiseringen av overtredelsesgebyrer i norske konkurransesaker, er basert på harmonisering med EU-konkurranseretten. Følgelig er heller ikke overtredelsesgebyrer regnet for å være av en "*criminal law nature*".¹²⁵ Denne rent formelle klassifiseringen bør muligens tillegges større vekt enn normalt, grunnet ensartet praksis omkring dette av EU-kommisjonen, ESA og Konkurransetilsynet. Klassifiseringen er mer å regne som internasjonal, eller i alle fall utbredt på regional basis i Europa. Utgangspunktet er med andre ord at ileggelsen av denne typen sanksjoner ikke å regne som avgjørelsen av en straffesiktelse.

Overtredelser av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, henholdsvis § 10 og § 11, har likevel en del strafferettslige aspekter ved seg, også der forvaltningssanksjon er et mulig utfall. Ved utmålingen av overtredelsesgebyrer skal det blant annet gjøres vurderinger av skyldspørsmålet, jfr. formuleringen "*forsettlig eller uaktsomt*" i § 29 (1). Mer alvorlige overtredelser av § 10 står også under risiko for formell straffsanksjonering etter § 30 (1) bokstav a. Denne alvorlighetsgraden vurderes av Konkurransetilsynet.

I forarbeidene til konkurranseloven 2004 ble det fremhevet at riktig utmålte overtredelsesgebyrer kan ha en stor preventiv effekt.¹²⁶ Det pønale preget ved overtredelsesgebyr ilagt etter krrl. § 29 ble blant annet kommentert av lagmannsretten i den såkalte Tine-saken, der det ble uttalt vedrørende beviskravet at man måtte:

"(...) bygge på det beviskravet som i dag praktiseres i europeisk konkurranserett og som formodes å være i overensstemmelse med EMK. Det innebærer at det etter lagmannsrettens oppfatning må fremskaffes en samling « tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis » for at en overtredelse har funnet sted. (...)

¹²⁵ Se Council Regulation nr.1/2003 of 16.december 2002 on the implementation of the rules laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Artikkel 23 nr.5.

¹²⁶ NOU 2003:12 (Ny konkurranselov) punkt 6.3.2 på side 124.

Se også Ot.prp.nr.27 (1990-1991) (Om lov om endringer i straffeloven) side 7.

*Et slikt beviskrav vil være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt".*¹²⁷

Lagmannsretten la til grunn at overtredelsesgebyrer i konkurransesaker var å anse som straff etter EMK artikkel 6. Dommen ble riktig nok opphevet av Høyesterett, under dissens 3-2.¹²⁸ Men selv om bevisbedømmelsen trakk i en annen retning i øverste instans, ble lagmannsrettens oppstilling av beviskravet i slike saker akseptert av Høyesterett, jfr. avsnitt 48. Kravet om klar sannsynlighets-overvekt i saker som har karakter av straff, er også i samsvar med det beviskrav som ble oppstilt av Høyesterett i storkammer, i en sak som gjaldt illeggelse av ordinær tillegsskatt.¹²⁹

Det som likevel bør bli avgjørende for en konklusjon om at overtredelsesgebyrer ilagt etter krrl. § 29 utgjør en straffesiktelse etter EMK art. 6, er størrelsen sanksjonene kan komme opp i. I Västberga Taxi knyttet EMD vurderinger til den potensielle og reelle størrelsen på forvaltningssanksjonen. I mangel av et bedre ord, kan man utlede at der "strafferammen" på forvaltningssanksjonen ikke har noen øvre begrensninger i sum, og utmålingen for øvrig fastsettes etter standardiserte, prosentvise kriterier, blir det ikke avgjørende om bøtesanksjonen kan konverteres til for eksempel en subsidiær fengselsstraff:

"The criminal character of the offence is further evidenced by the severity of the potential and actual penalty. Swedish tax surcharges are imposed in proportion to the amount of the tax avoided by the provision of incorrect or inadequate information. The surcharges, normally fixed at 20% or 40% of the tax avoided, depending on the type of tax involved, have no upper limit and may come to very large amounts. Indeed, in the present case the surcharges imposed by the Tax Authority's

¹²⁷ Dom i Borgarting lagmannsrett 7.september 2010 s.23 flg. (Beviskravet) - [LB-2009-89085](#).

¹²⁸ Rt-2011-910.

¹²⁹ Rt-2008-1409.

decisions were substantial, (...)
It is true that surcharges cannot be converted into a
prison sentence in the event of non-payment;
however, this is not decisive for the classification of an
*offence as "criminal" under Article 6."*¹³⁰

Sammenfatningsvis kan jeg nevne at utmålingsreglene for forvaltningssanksjoner i norske konkurransesaker innebærer en potensiell størrelse på milliarder av norske kroner. Gebyrene utmåles med basis i prosenter av det ansvarlige foretakets årlige omsetning, med et øvre tak på 10 %. Det er således foretakets størrelse og omsetning, som danner utgangspunktet for hvor stor bøtesanksjon det kan risikere. Jeg skal i det følgende redegjøre for utmålingen, og foreta en sammenligning av foretaksstraff og forvaltningsstraff som risikeres i konkurransesaker. Grunnet ønsket om harmonisering med EU-konkurranseretten, også på størrelsen av norske overtredelsesgebyrer, har jeg også tatt med en del eksempler på bøtelegging i EU og EØS.¹³¹

7.3.1 Utmålingen av bøtesanksjoner i konkurransesaker

Etter som en juridisk person ikke kan plasseres i fengsel, består foretaksstraff hovedsakelig av bøtelegging, jfr. strl. § 48a (3) (1), selv om det også er adgang til fradømmelse av retten til å drive virksomhet. Overtredelsesgebyrer og foretaksstraff har det til felles at de begge karakteriseres som bøtesanksjoner. Jeg skal i det følgende ikke foreta en gjennomgang av alle utmålingsmomenter, men foretar en sammenligning av "strafferammen".

¹³⁰ Avsnitt 80.

¹³¹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) på side 117-118.

7.3.2 Utmålingen av strafferettslige bøter

Som jeg har vært inne på ble forvaltnings sanksjonen "vinningsavståelse" aldri benyttet etter krrl. 1993. Adgangen til å ilegge administrativ reaksjon - tvangsmulkt - ble tilsvarende "*bare benyttet i tre saker(...)*".¹³²

*”Tatt i betraktning den sjeldne bruk av de administrative sanksjoner, var straff rent faktisk den dominerende sanksjon overfor foretak etter konkurranseloven 1993”.*¹³³

Mens utmålingen av overtredelsesgebyr følger reglene fastsatt i forskrift, er utmålingen av strafferettslige bøter til foretak - foretaksstraff - underlagt reglene i strl. § 27, § 48b og utmålingsprinsipper fastlagt i praksis.

Strafferettslig bøtelegging i konkurransesaker skal ifølge forarbeidene til konkurranseloven forbeholdes spesielt alvorlige overtredelser.¹³⁴ Det er en rekke momenter som skal tas i betraktning ved utmålingen, blant annet foretakets økonomiske situasjon, jfr. Rt-1995-1907. I tillegg kommer straffens preventive virkning, overtredelsens grovhet mv. Jeg skal som nevnt ikke gjennomgå utmålingsprosessen, men foretar en sammenligning av størrelsen på henholdsvis strafferettslig og sivilrettslig bøtesanksjon i konkurransesaker.

Samtlige overtredelser av krrl. 1993 gikk som straffesaker. På midten av 90-tallet kom den såkalte bølgepappsaken opp for Høyesterett ved to anledninger. Den første gangen, i det som kalles bølgepappkjennelsen, gjengitt i Rt-1994-610, ble et bevisavskjæringsspørsmål avgjort. Høyesterett slo der fast at sammendrag av forklaringer avgitt under forklaringsplikt til en kontrollmyndighet, ikke kan føres direkte som dokumentbevis i en påfølgende straffesak.¹³⁵ Selv om dette bevisavskjæringsspørsmålet ikke var i påtalemyndighetens favør, ble det

¹³² NOU 2003:12 i avsnitt 6.1.5, siste setning.

¹³³ Lov og Rett 2006 s.360 på side 362.

¹³⁴ NOU 2003:12 (Ny konkurranselov) på side 127 og 133 flg.

¹³⁵ Rt-1994-610 (Bølgepappkjennelsen)

domfellelse i lagmannsretten, og straffutmålingen i denne saken kom opp til vurdering i Høyesterett, gjengitt i Rt-1995-1922. Denne avgjørelsen er fortsatt veiledende for utmåling av foretaksstraff og personstraff i konkurransesaker.

Bølgepappsaken ble ført av Økokrim mot fire bedrifter og deres administrerende direktører, som var tiltalt for blant annet ulovlig prissamarbeid. Omkring utmålingen av størrelsen på foreleggene uttalte Høyesterett at:

*“Det foreligger ikke rettspraksis som kan gi veiledning av betydning.
Jeg nevner at i foreleggspraksis er det i en del tilfeller utmålt
bøter som tilsvarer én prosent av den del av siste års omsetning som
har vært påvirket av konkurransebegrensningen”.*

Det aktuelle året i bølgepappsaken var 1990. Den totale omsetningen for de fire selskapene dette året, var på 856,9 millioner kroner.¹³⁶ De fire selskapene som ble ilagt foretaksstraff, hadde i tidsrommet for overtredelsen (1983-1990) en markedsandel på rundt 95 % og en omsetning i samme periode anslått til 5,3 milliarder kroner. Jeg siterer videre: *“I EU foretas det ikke særskilt inndragning av vinning (...) dette tas i betraktning ved fastsettelsen av bøtene”*.¹³⁷

Høyesterett bestemte at det skulle ilegges foretaksbøter på til sammen 14,9 millioner kroner og en samlet inndragning på kroner 8 millioner. Det vil si at foretaksbøter og inndragning utgjorde ca. 2 % av omsetningen siste år samarbeidet fant sted. I tillegg ble tre av de fire administrerende direktører i selskapene bøtelagt med 75.000 kroner.

Dersom denne saken hadde kommet opp i dag kunne Konkurransetilsynet, i stedet for å anmelde saken til Økokrim, gitt foretakene overtredelsesgebyrer på til sammen ca. 85 millioner kroner. Differansen mellom utfallet av bølgepappsaken og “strafferammen” med det hypotetiske overtredelsesgebyret etter dagens regler, tilsvarer ca. 63 millioner kroner. Dette

¹³⁶ NOU 2003:12 under punkt 6.3.2 (side 123-124).

¹³⁷ Rt-1995-1922 på side 1934.

betyr at den normerte foretaksstraff er om lag 8 % lavere enn det et overtredelsesgebyr kan utgjøre.

I forarbeidene til ny konkurranselov ble det påpekt at det i perioden 1986 til 2002 ble ilagt straff i form av foretaksbøter og personbøter i 22 saker på konkurranserettens område. I en bemerkning til dette ble det fremhevet at det norske bøtenivået var vesentlig lavere enn sanksjoneringen i tilsvarende saker av EU-kommisjonen.¹³⁸ Det ble videre lagt vekt på at:

*“[h]ensynet til harmonisering med reglene EU/EØS og mange andre lands sanksjoner ved brudd på konkurransereglene taler for en styrking av foretaksstraffen, herunder en strengere utmålingspraksis. Sammenlignet med andre land er foretaksstraffene ilagt etter den norske konkurranseloven lave”.*¹³⁹

7.3.3 Utmålingen av overtredelsesgebyrer

Begrepet "gebyr" har i daglig tale sjelden hatt noe alvorlig knyttet til seg, ut over irritasjonen utstedte parkeringsgebyrer eller lignende kan medføre.

I konkurransesaker kan derimot Konkurransetilsynet utmåle og ilegge gebyrer til foretak som har utvist det man kan kalle konkurranseskadende opptreden, jfr. krrl. § 29. Utmålingsreglene er fastsatt i forskrift, der det fremgår av § 2 (2) at dersom foretaket har deltatt i prissamarbeid eller misbrukt en dominerende stilling i markedet, kan et overtredelsesgebyr utgjøre inntil 10 % av foretakets årsomsetning.¹⁴⁰

Plasserer man sanksjonene i konkurranseloven inn i et hierarki, bør formell straff etter tradisjonell inndeling være mer stigmatiserende og mer inngripende enn øvrige alternativ. Det

¹³⁸ NOU 2003:12 under punkt 6.3.2 (side 123-124).

¹³⁹ NOU 2003:12 punkt 6.3.3 (side 125).

¹⁴⁰ Forskrift 22.august 2005 nr.909 om utmåling mv. av overtredelsesgebyr § 2 (2) bokstav a.

blir da noe paradoksalt at utmålingsreglene for overtredelsesgebyr gjør at det i sum kan overstige utfallet av en straffesak om samme overtredelse.

I forarbeidene til konkurranseloven ble det gitt uttrykk for at en innføring av overtredelsesgebyrer som skulle ilegges av forvaltningen, ville medføre at bøtesanksjoneringen i sum ville bli høyere enn etter den tidligere strafferettslige praksis.¹⁴¹ Harmoneringshensynet til EU-konkurranseretten gjør seg gjeldende også for utmålingen av overtredelsesgebyr, og det var uttrykt ønsker om å komme opp på samme nivå som i EU/EØS, og slike tyngende forvaltningssanksjoner av "strafflignende" karakter, har en side mot EMK artikkel 6. I en sak som omhandlet det som tilsvarer tilleggsskatt i Norge, har EMD uttalt:

*”As regards the general aspects of the French system of tax surcharges where the taxpayer has not acted in good faith, the Court considers that, having regard to the large number of offences (...), Contracting States must be free to empower the Revenue to prosecute and punish them, even if the surcharges imposed as a penalty are large ones. Such a system is not incompatible with Article 6 (art. 6) of the Convention so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a court that affords the safeguards of that provision”.*¹⁴²

Bare de siste 10-15 årene har ”strafferammen” for den typen sanksjonering EU-kommisjonen kan ilegge juridiske personer i konkurransesaker økt ganske betraktelig. Den største bøtesanksjonen jeg har funnet, var i den såkalte "Heiskartellsaken" fra 2007.¹⁴³ Hovedsakelig fire leverandører av blant annet heiser og rulletrapper hadde jukset med anbudskontrakter inngått i forbindelse med bygging av en rekke offentlige bygg, i blant annet Tyskland,

¹⁴¹ Se Ot.prp.nr.6 (2003-2004) og NOU 2003:12 (Ny konkurranselov).

¹⁴² EMDs dom av 24.februar 1994, *Bendenoun v. Frankrike* (avsnitt 46).

¹⁴³ COMP/E-1/38.823 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/209>).

Nederland og Belgia.¹⁴⁴ Det hadde også foregått en ulovlig markedsdeling av ulike regioner, samt at prisnivået var holdt kunstig høyt i en årrekke.

I vedtaket ble det bemerket at dette markedet ville være påvirket av ulovlighetene i inntil 80 år fremover, som følge av de langvarige reparasjons- og vedlikeholdskontraktene som fulgte med anbudet. Den samlede bøteleggingen beløp seg til 992 millioner €, hvilket utgjør om lag 7,6 milliarder NOK, etter dagens kurs.¹⁴⁵ Cirka halvparten av denne boten falt på en av aktørene, ThyssenKrupp, som omregnet i vår valuta ble ilagt en sivilrettslig bot på i overkant av 3,5 milliarder norske kroner.¹⁴⁶

Slike summer kan komme til å inntreffe også i Norge, selv om det ikke har skjedd hittil. Tar man for seg et hypotetisk scenario der et datterselskap i Yara-konsernet bryter konkurransereglene, gjennom eksempelvis ulovlig prissamarbeid med en underleverandør. Taket på et overtredelsesgebyr vil også i en slik sammenheng utgjøre 10 % av omsetningen til foretaket i foregående regnskapsår. Men etter som vi følger praksis fra EU-konkurranseretten, vil det ikke bare være datterselskapets omsetning som danner grunnlaget for den endelige utmålingen.

Som en følge av Norges tilslutning til EØS-avtalen, skal begrepet ”foretak” forstås på samme måte som i EU-retten, se EØS-loven § 2, jfr. EØS-avtalen art.53. Av praksis fra blant annet EU-kommisjonen og EU-domstolen, foreligger det en presumsjon for at moderselskapet har innflytelse på datterselskapets handlinger, dersom eierandelen overstiger 50 %.¹⁴⁷ Dette kan trolig også utledes av krrl. § 29 (1), med formuleringen ”*sammenslutning av foretak*”. Dette konkretiseres i utmålingsforskriften § 2 (3) (2):

"Hvis en sammenslutning av foretak er overtredelse og overtredelsen

¹⁴⁴ De fire leverandørene som ble bøtelagt av EU-kommisjonen var KONE, ThyssenKrupp, Schindler og Otis.

¹⁴⁵ Etter kurs 7,67 for euro anno 30.januar 2012.

¹⁴⁶ COMP/E-1/38.823 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/209>).

¹⁴⁷ Se for eksempel kommisjonens avgjørelse i ”Citric Acid-saken”, gjengitt i EU-tidende (2002) L 239/18, avsnitt 178 flg.

angår medlemsforetakenes aktiviteter, er omsetning den samlede salgsinntekten til de medlemmene som er aktive på de markeder som berøres av overtredelsen".

Et slikt solidaransvar kan med andre ord ha flere ben å stå på. Dette innebærer at for det eksempelet jeg illustrerte ovenfor, vil Yara-konsernets samlede årsomsetning kunne danne et grunnlag for beregningen av et overtredelsesgebyr, til tross for at det er datterselskapet som har brutt reglene. Basert på Yaras regnskapstall fra 2010, utgjør en potensiell "strafferamme" på et overtredelsesgebyr i en slik situasjon om lag 6,5 milliarder kroner.¹⁴⁸

Størrelsen på gebyrene i seg selv gjør at det er fristende å karakterisere Konkurransetilsynets overtredelsesgebyrer som straff. For å sette dette litt i perspektiv, har Sivilombudsmannen gitt uttalelse i en sak fra 2008, som kan tas til inntekt for at risikoen med å trå for nær ileggelse av straff, øker proporsjonalt med størrelsen på gebyret. I årsmeldingen for 2009 ga han denne uttalelsen, i forbindelse med et overtredelsesgebyr på cirka 9 millioner kroner, ilagt av fiskerimyndighetene:

*”På bakgrunn av overtredelsesgebyrets størrelse, dets formål om å virke pønalt og preventivt, samt uklarheten rundt domstolenes prøvelsesrett, har jeg kommet til at det knytter seg « begrunnet tvil », jf. ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 10, til om overtredelsesgebyret A ble ilagt var straff etter Grl. § 96. Jeg må derfor be Fiskeridirektoratet om å vurdere saken på nytt, i lys av det jeg har fremholdt (...)”.*¹⁴⁹

I skrivende stund er de største gebyrene utmålt av Konkurransetilsynet i en enkeltsak, til sammen 435 millioner kroner.¹⁵⁰ Ute i Europa er norske foretak/konsern ilagt sivilrettslige bøter av både ESA og av EU-Kommisjonen. Som et eksempel kan jeg nevne at det norske

¹⁴⁸ http://www.yara.com/doc/33882_Financial%20Report%202010.pdf

¹⁴⁹ Sivilombudsmannens årsmelding for 2009 i sak 2008/2349. Lovdata ref. (Somb-2009-92), side 369.

¹⁵⁰ http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5226/cf_5/Varsel_Veidekke-NCC_OFFENTLIG.PDF

returpantselskapet Tomra ble bøtelagt av EU-Kommisjonen den 29.mars 2006. Bøteleggingen ble anket, men EU-domstolen opprettholdt Kommisjonens vedtak. Dommen ble anket videre, og saken er i skrivende stund til behandling. Den 2.februar 2012 leverte generaladvokaten sin innstilling om at saken bør avvises av ankeinstansen.¹⁵¹ Boten beløper seg til i alt 24 millioner euro, hvilket etter dagens kurs (7,58) tilsvarer om lag 182 millioner kroner. Da den ble ilagt, utgjorde beløpet 7,14 % av Tomras globale omsetning.

Som jeg har nevnt tidligere, eksisterer det en rekke hjemler til å ilegge overtredelsesgebyrer. Disse hjemlene er spredt rundt i spesiallovgivningen, og de langt fleste er innført de siste 10-15 årene. Om overtredelsesgebyrer ilagt etter øvrig lovgivning tilsvarer avgjørelsen av en straffesiktelse, er ikke noe jeg har tatt stilling til på generelt grunnlag. EMD har gitt anvisning på at det er materielle vurderinger som blir avgjørende, hvilket innebærer at det må redegjøres for praksis knyttet til hver enkelt hjemmel. En generell avklaring ville blitt for omfattende for denne avhandlingen.

Min konklusjon er at overtredelsesgebyrer som ilegges etter krrl. § 29 er "straff" i relasjon til EMK art.6. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til konkurranseloven 2004: "(...) *sivilrettslige bøter er å anse som straff i EMKs forstand*".¹⁵²

Det er likevel slik at den argumentasjonen som ligger til grunn for konklusjonene i utredninger og forarbeider om at enkelte forvaltningssanksjoner skal tilsvare en avgjort straffesiktelse i EMKs forstand, hovedsakelig beror på at saken skal anses avgjort gjennom den sivilrettslige sanksjoneringen. Begrunnelsen er at man blant annet skal unngå konflikt med prinsippet om "*ne bis in idem*" - forbudet mot dobbeltstraff - som følger av norske straffeprosessuelle prinsipper og av EMKs tilleggsprotokoll 7, artikkel 4 nr.1.

Blir et foretak ilagt overtredelsesgebyr etter krrl. § 29, er det blant annet i praksis lagt til grunn at ytterligere straffeforfølgning mot foretaket, jfr. krrl. § 30, er avskåret. Dette ble formulert slik i en uttalelse fra Konkurransetilsynet i 2008, utarbeidet i samarbeid med Økokrim:

¹⁵¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0549:EN:NOT#OP>

¹⁵² NOU 2003:12 (Ny konkurranselov) punkt 6.6 på side 135.

*”(i) de tilfeller hvor Konkurransetilsynet har ilagt et foretak overtredelsesgebyr, vil forbudet mot dobbeltstraff i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) Protokoll nr.7 artikkel 4 medføre at det ikke også kan reageres med straff. Det betyr at det ikke kan ilegges straff etter konkurranseloven § 30 for samme forhold og overfor samme foretak i en sak hvor Konkurransetilsynet har valgt å ilegge overtredelsesgebyr.”*¹⁵³

Etter den gamle konkurranseloven fra 1993, var det i § 6-7 tatt en lignende reservasjon for å unngå dobbeltstraffkonflikt i saker der det ble ilagt sivilt forelegg på vinningsavståelse:

"Er det vedtatt forelegg eller avsagt dom som er rettskraftig etter § 6-5, kan sak ikke reises etter § 6-6 (straffesak) for samme forhold. Tilsvarende kan sak ikke reises etter § 6-5 dersom det foreligger en rettskraftig avgjørelse etter § 6-6 eller straffeloven § 34."

Også på andre rettsområder har det blitt lagt til grunn at overtredelsesgebyrer tilsvarer avgjørelsen av en straffesiktelse. Etter at Sivilombudsmannen hadde avgitt en uttalelse i sak 2008/2349, ble et overtredelsesgebyr på om lag 9 millioner kroner opphevet. Årsaken var at Sivilombudsmannen anså at det var "begrunnet tvil" vedrørende om dette i realiteten var ileggelse av straff, i strid med Grunnloven § 96. Departementet ble blant annet bedt om en utredning vedrørende om overtredelsesgebyr etter fiskerimyndighetenes sanksjonsregelverk utgjorde en "criminal charge" etter EMK art.6 nr.1. Fiskeridepartementet besvarte i brev av 10.juni 2009 blant annet at:

*”overtredelsesgebyr etter reaksjonsforskriften § 10 jf. § 9, etter vår oppfatning, vil bli ansett som straff etter EMK”.*¹⁵⁴

¹⁵³ Uttalelse av 6.mars 2008, publisert på Konkurransetilsynets hjemmesider (sitat fra punkt 2.):

http://www.konkurransetilsynet.no/iknowbase/content/429251/080306_uttalelse_anmeldelse_lempning.pdf

¹⁵⁴ Uttalelsen er gjengitt i Sivilombudsmannens årsmelding for 2009 s.362. Lovdata ref. (Somb-2009-92).

Det ble også bemerket i brevet at de ansvarlige skulle tilstå de rettssikkerhetsgarantier som følger med en straffesiktelse i EMK art.6.

Det er derimot ingen automatikk i at et ilagt overtredelsesgebyr avskjærer for ytterligere straffeforfølgelse, slik Konkurransetilsynet gir uttrykk for i uttalelsen fra 2008. Straffeloven § 48b gir bare anvisning på at det ved utmåling av foretaksstraff, skal tas ”*hensyn til*” et eventuelt overtredelsesgebyr.

Mitt utgangspunkt er likevel at man ikke kan konkludere snevert med at et overtredelsesgebyr tilsvarer avgjørelsen av en straffesiktelse, og tilsynelatende bare gi dette virkning fremover i tid, ut fra synsvinkelen dobbeltstraffkonflikt. Skal man konkludere med at et overtredelsesgebyr tilsvarer avgjørelsen av en straffesiktelse, må man også sikre seg at virkningen i prosessen frem til ileggelsen er at de minimumsgarantier som følger med en "criminal charge" blir implementert.

Man kan også gjøre et poeng ut av det faktum at det sivile sanksjonsmiddel vil bli mer økonomisk tyngende for foretaket enn det formelle straffalternativ. Ser man bort fra størrelsen på sanksjonene, kan man argumentere for at distinksjonen mellom gebyr og foretaksstraff er uten reell forskjell.

Om den betalingsplikten som oppstår rubriseres som forvaltningssanksjon eller som straff, forandrer ikke det faktum at begge er bøtesanksjoner. I tillegg kommer de øvrige likheter jeg har gjennomgått under punkt 7.2, samt tap av omdømme og goodwill som følge av medias omtale. Det skal være mer stigmatiserende å bli ilagt straff enn å få et forvaltningsvedtak mot seg, men i sum er trolig foretaksstraff å foretrekke.

7.4 Selvinkrimineringsvernet innenfor forvaltningsstraffeprosessen

Som jeg har vært inne på har det blitt mer utbredt med delegering av sanksjonskompetanse, og det har nærmest vokst frem en egen disiplin vi kan karakterisere som "forvaltningsstrafferett". Jeg skal ikke drøfte reguleringsspørsmålet noe inngående, da det faller utenfor en rettsdogmatisk avhandling, men det blir et lovgivningsspørsmål om den i dag ulovfestede "forvaltningsstraffeprosessen" også bør reguleres.¹⁵⁵

EMK art. 6 regulerer den overliggende rettssikkerhetsgarantien som skal sikre en rettferdig rettergang. Dersom rettergangen dreier seg om avgjørelsen av en straffesiktelse, skal vedkommende blant annet tilstå minimumsrettighetene i artikkel 6 nr.2 og nr.3, men også vernet mot selvinkriminering, som innfortolkes i prinsippet om en rettferdig rettergang, skal aktiveres. I forrige punkt har jeg gjennomgått kriteriene for avgjørelsen av en "criminal charge", og konkludert at ileggelse av overtredelsesgebyrer etter krrl. § 29 tilsvarer avgjørelsen av en straffesiktelse.

Reglene om fremgangsmåten forvaltningen skal følge ved ileggelse av forvaltningsstraff, er i dag spredt rundt i spesiallovgivningen. Mye er basert på analogier fra straffeprosessen, regulert gjennom interne instruksjer og fra ulovfestede og lovfestede uttrykk for forvaltningsprinsipper. Spørsmålet om et foretaks eget selvinkrimineringsvern vil trolig komme oftere på spissen innenfor konkurransesakene, sammenlignet med saker om foretaksstraff, siden Konkurransetilsynet bare kan ilegge overtredelsesgebyr til juridiske personer, jfr. krrl. § 29. Man får således en mer renskåret problemstilling i konkurransesakene, etter som fysiske personer utelukkende risikerer formell straff, jfr. § 30.

Jeg skal nå klarlegge innholdet i selvinkrimineringsvernet for juridiske personer innenfor den ulovfestede forvaltningsstraffeprosessen, før jeg gjennomgår kriteriene for at det kan påberopes.

¹⁵⁵ Begrepet "forvaltningsstraffeprosess" bruker jeg som en parallell til straffeprosessen, og det er ment å dekke fremgangsmåten forvaltningen må følge når det skal avgjøre et sanksjonsspørsmål. Jeg har lånt begrepet fra Marius Stub, som jeg antar har lansert terminologien i tilknytning til sin publiserte doktoravhandling: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Universitetsforlaget, Oslo (2011).

I sanksjonsutvalgets utredning fremgår det at saksbehandlingsreglene, som skal gjelde ved ileggelse av administrative sanksjoner, må avveie rettssikkerheten til den som rammes opp mot hensynet til effektiv håndhevelse.¹⁵⁶ Administrative sanksjoner ilegges som hovedregel ved forvaltningsrettslige enkeltvedtak, og behandles etter forvaltningsloven. Den rettslige prøvingen skjer etter sivilprosessens regler, selv om fellestrekkene er mange sammenlignet med de formelle straffalternativer som ilegges etter straffeprosess.

Sanksjonsutvalgets utredning i NOU 2003:15 inneholdt blant annet forslag til en lovregulering av det jeg har karakterisert som "forvaltningsstraffeprosess" overfor. Forslaget gikk ut på en tilføyelse av et nytt kapittel IX i forvaltningsloven, der i alt 14 nye paragrafer ble foreslått innført. Denne reguleringen skulle gjelde som utfyllende regler når ikke annet var fastsatt i spesiallovgivningen.

Blant forslagene var blant annet en regulering av domstolenes prøvelsesrett (§ 57), hvordan ilagte forvaltningssanksjoner skulle registreres (§ 56), dobbeltstraffkonflikt (§ 52), mv.

*"Utvalget anser dette som en god løsning,
fordi man derved oppnår et mer fullstendig og
enhetlig regelsett for administrative sanksjoner".¹⁵⁷*

Sanksjonsutvalgets utredning er i samsvar med EMDs praksis, og det forutsettes at selvinkrimineringsvernet gjelder også der straffelignende sanksjoner er et potensielt utfall:

*"Vernet mot selvinkriminering er en sentral rettssikkerhetsgaranti
som gjelder også for administrative sanksjoner.
Det innebærer at den som får en sanksjonssak mot seg,
ikke under trussel om tvang skal pålegges å gi opplysninger om
forhold av betydning for sanksjonsspørsmålet."¹⁵⁸*

¹⁵⁶ [NOU 2003:15 i punkt 1.5 \(s.24\) - Administrative sanksjoner - Fellesspørsmål.](#)

¹⁵⁷ NOU 2003:15 punkt 13.11.

¹⁵⁸ [NOU 2003:15 \(Bot og bedring\) punkt 1.5, side 25.](#)

Dette ble fulgt opp i Ot.prp.nr.6 (2003-2004) der det er forutsatt at det ikke bare er risikoen for formell straff som medfører at samarbeidsplikten må vike på denne måten. Også risikoen for de strafflignende sanksjoner gir rett til et selvinkrimineringsvern, idet:

*"[o]pplysningsplikten begrenses i den grad opplysningene kan utsette den som kravet rettes mot for sanksjon eller straff".*¹⁵⁹

I Sanksjonsutvalgets forslag, § 53, var det foreslått en formulering av vernet mot selvinkriminering i saker der forvaltningsstraff var et potensielt utfall:

*"I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten".*¹⁶⁰

Med formuleringen "enhver" var forslaget slik utformet "at også juridiske personer er omfattet".¹⁶¹

Som kjent består forvaltningsloven fremdeles av åtte kapitler, og dette forslaget ble følgelig ikke gjennomført.¹⁶² Prosessen rundt ileggelse av forvaltningssanksjoner er med andre ord fragmentarisk regulert i dag, og implementeringen av selvinkrimineringsvernet i slike saker ble overlatt til praksis.

Formuleringen i forslaget § 53 må likevel kunne sies å være et naturlig utgangspunkt for klarleggingen av innholdet i selvinkrimineringsvernet innenfor forvaltningsstraffeprosessen.

¹⁵⁹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s.236.

¹⁶⁰ <http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftinn?00000&krono&/lex/nou/hou-2003-15-hel.html#map39>

¹⁶¹ NOU 2003:15 under punkt 12.7.4, side 191.

¹⁶² [NOU 2003:15 "Fra bot til bedring", kapittel 13 \(side 214-\)](#).

I forarbeidene til konkurranseloven § 24, om opplysningsplikt overfor konkurransemyndighetene, kom departementet til at man ikke skulle innføre en egen regulering av selvinkrimineringsvernet, til tross for at Sanksjonsutvalget hadde formulert et generelt forslag om dette:

*"Konkurranseloven bør etter departementets oppfatning ikke ha spesielle regler om selvinkriminering. Vernet vil uansett komme til anvendelse med det innhold og i den utstrekning som fastlegges gjennom EMDs praksis, som er under stadig utvikling. Tidspunktet for inntreden av vernet vil da avhenge av en konkret vurdering i den enkelte sak, og må som i dag finne sin løsning gjennom praksis."*¹⁶³

Ser vi til rettssystemer det er naturlig å sammenligne med det norske, finner vi i Danmark en egen lov om rettssikkerhet når tvangsinngrep foretas av forvaltningen utenfor strafferettspleien. I denne såkalte "rettssikkerhetsloven" er det i § 10 formulert et selvinkrimineringsvern som omfatter juridiske personer:

*"Hvis der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse".*¹⁶⁴

Innenfor EU-konkurranseretten tilstås det en form for selvinkrimineringsvern for foretak. Praktiseringen av EUs konkurranseregler er også relevant for sammenligning med de norske konkurransereglene, spesielt siden regelverket er materielt likelydende. I tillegg kommer de uttalelser vedrørende ønsket om harmonisering på tvers av landegrensar, som fremgår av diverse lovforarbeider.

¹⁶³ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mv. under punkt 9.2.4, side 146.

¹⁶⁴ Dansk lov 9.juli 2004 nr.442 om rettssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgrep og oplysningsplikter ([rettssikkerhedsloven](#)).

Et eksempel følger av Ot.prp.nr.6 (2003-2004), der det fremheves ønske om harmonisering i forbindelse med innføring av regler om "sanksjonslempning",¹⁶⁵ og for utmålingen av sivilrettlige bøter, som jeg har gjennomgått.

Selv om de materielle regler er søkt harmonert skal man være forsiktige med å forsøke å nærme seg den samme likheten innenfor de prosessuelle regler:

*"Det kan hevdes at man av hensyn til harmonisering bør ha samme prosessuelle regler for de norske konkurransereglene som for EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er imidlertid ikke et krav etter EF-retten, så lenge de grunnleggende rettigheter etter denne er oppfylt."*¹⁶⁶

Praktiseringen innenfor EU-konkurranseretten vedrørende tilståelsen av et selvinkrimineringsvern for foretak skal man med andre ord utvise noe forsiktighet med å gi tilsvarende anvendelse innenfor norsk forvaltningsstraffeprosess. Det kan likevel være verdifullt for å danne seg et bilde av innholdet i et slikt vern.

I fortalen til Rådsforordning 1/2003 fremgår det av andre punktum av punkt 23 at:

"When complying with a decision of the Commission, undertakings cannot be forced to admit that they have committed an infringement, but they are in any event obliged to answer factual questions and to provide documents, even if this information may be used to establish against them or against another undertaking the existence of an infringement."

Det første eksemplet jeg har funnet vedrørende påberopelse av selvinkrimineringsvern for foretak fra en sak i EU-domstolen, er Orkem v. Commission. EU-domstolen konkluderte der at foretak ikke har et selvinkrimineringsvern etter EMK art.6. Den fant heller ikke at selvinkrimineringsvernet gjelder for foretak i konkurransesaker. Til tross for dette er uttalelser

¹⁶⁵ På side 126-129 i proposisjonen.

¹⁶⁶ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) under punkt 9.2.4, på side 146.

fra Orkem-saken ofte trukket frem for å vise at EU-domstolen tilstår foretak et eget selvinkrimineringsvern. Dette er derimot ikke helt presist. Det EU-domstolen derimot har konkludert, var at det eksisterer et grunnleggende prinsipp om kontradiksjon innenfor EU-retten. Et foretak som pålegges å besvare et spørsmål hvis svar vil innebære en innrømmelse av en overtredelse av konkurransereglene, kommer i konflikt med dette kontradiksjonsprinsippet, siden bevisbyrden for overtredelse påligger EU-Kommisjonen.¹⁶⁷

Etter praksis fra EU-konkurranseretten strekker ikke dette kontradiksjonsprinsippet like langt som et selvinkrimineringsvern, siden det ikke innebærer noen rett til å forholde seg taus eller til å nekte utlevering. Det kontradiktoriske vernet består litt forenklet i at foretaket skal gis mulighet til å komme med alternative tolkninger, eller til å bestride faktiske opplysninger. Foretaket skal heller ikke tvinges til å komme med en innrømmelse av overtredelser, hvilket egentlig bare legger begrensninger på Kommisjonen vedrørende hvilke spørsmål det kan stille.

Etter EU-konkurranseretten vil nærmest samtlige realbevis et foretak besitter bli regnet som faktiske opplysninger, og kan kreves utlevert. Avdekking av overtredelser av konkurransereglene dreier seg blant annet om avdekking av hvilke ulovlige avtaler som er inngått, samt klarleggingen av innholdet i slike avtaler. I EU kan den forfølgende myndighet eksempelvis stille spørsmål om tid og sted for et møte, men ikke spørsmål om formålet med møtet, og hva man kom frem til.¹⁶⁸

I den norske praktiseringen av reglene om forklaringsplikt, har Konkurransetilsynet avgitt en redegjørelse til konkurranselovutvalget, der det fremgår at et visst selvinkrimineringsvern har blitt tilstått foretak, blant annet ved at styreleder og daglig leder kan nekte å besvare spørsmål som utsetter foretaket for risiko for overtredelsesgebyr:

¹⁶⁷ [Dom av EU-domstolen 18.oktober 1989, Orkem v. Commission, avsnitt 35.](#) (C-374/87)

¹⁶⁸ [Dom av EU-domstolen 20.februar 2001, Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission, avsnitt 71.](#) (T-112/98)

"(...) ved gjennomføringen av forklaringsopptak med styreleder og daglig leder innledningsvis redegjøre for vernet og dets rammer. (...) For å sikre overholdelse, notoritet og ensartet praksis har Konkurransetilsynet utarbeidet en egen protokoll som gjennomgås, hvor rettigheter og plikter fremgår." ¹⁶⁹

En av forskjellene mellom den norske og EU-konkurranserettens regler om opplysningsplikt, ligger i at de norske reglene retter seg mot "enhver", jfr. krrl. § 24, mens de tilsvarende regler i EU bare gjelder for foretaket, jfr. rådsforordning 1/2003.

7.5 Grensedragning mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium

Spørsmålet blir deretter når foretaket kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. Som jeg har vært inne på, kan Konkurransetilsynets arbeid inndeles i tre ulike stadium. Vi ser nå bort fra kartleggingsstadiet, og fokuserer på overgangen mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium.

I en del sitater fra blant annet forarbeider, som det er henvist til i fotnoter, vil blant annet begrepet "*forvaltningsstadium*" dukke opp. Dette er en annen terminologi, og brukes enkelte steder som en fellesbetegnelse på de to stadium forut for sanksjonsstadiet eller synonymt med kontrollstadiet.

Etter dagens terminologi vil begrepet være synonymt sistnevnte, blant annet siden forvaltningssak ikke regnes for å ha blitt opprettet før man har forlatt kartleggingsstadiet.

Det fins ingen regulering av når kontrollstadiet opphører og man er over i det som må karakteriseres som ordinær etterforskning av et straffbart forhold med sikte på forvaltningsstraff. Tidligere kunne man rette kritikk mot regelverket, fordi adgangen var til stede for Konkurransetilsynet til å trenere anmeldelsen til Økokrim, og dermed trenere overgangen til sanksjonsstadiet. Forklarings- og utleveringsplikten kunne dermed potensielt benyttes til sikring av bevis lenge etter at lovovertrædelsen i realiteten var avdekket.

¹⁶⁹ Brev fra Konkurransetilsynet til konkurranselovutvalget 9.januar 2012. Sitatet er hentet fra NOU 2012:7 (Mer effektiv konkurranselov), punkt 7.3.3.3.1, side 83.

I dag er hyppigheten på anmeldelser til Økokrim gått ned, blant annet fordi Konkurransetilsynet er gitt kompetanse til å avgjøre sanksjonsspørsmålet overfor foretak på egen hånd.¹⁷⁰ Enten forholdet skal anmeldes eller Konkurransetilsynet tar sikte på ileggelse av overtredelsesgebyr, beror det på de samme vurderinger når sanksjonsstadiet anses innledet. Det som har endret seg etter innføringen av overtredelsesgebyr på konkurranserettens område, er at vi nå har et tosporet sanksjonsstadium, der formell straff og forvaltningssanksjon eksisterer som parallelle alternativer, jfr. krrl. § 30 og § 29. Forut for konkurranseloven 2004 var det et klarere skille mellom kontrollstadiet og sanksjonsstadiet, ved at sistnevnte utelukkende ble overlatt til Økokrim.

Etter dagens konkurranselov er ikke kontrollstadiet vesentlig endret, og det administreres fremdeles av Konkurransetilsynet. Kontrollstadiet faller utenfor avgjørelsen av en straffesiktelse, og er således i utgangspunktet ikke underlagt begrensningene som følge av minimumsrettighetene i EMK art.6 nr.2 og nr.3 eller av øvrige straffeprosessuelle prinsipper. Selvinkrimineringsvernet for foretak kan således ikke påberopes før man er på sanksjonsstadiet.¹⁷¹ Skal man fastslå når foretaket kan påberope seg selvinkrimineringsvernet, krever det en avklaring av hva som markerer skjæringspunktet mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium.

Ileggelsen av forvaltningssanksjoner følger det såkalte inkvisisjonsprinsippet, i motsetning til ileggelse av formell straff, som etter norsk straffeprosess følger det modifiserte anklageprinsipp.¹⁷² I konkurransesaker innebærer dette at det er samme organ som har ansvaret for forvaltningen av regelverket, og avdekkingen av overtredelser. Dersom Konkurransetilsynet velger å ikke anmelde en avdekket overtredelse, kan det i stedet velge å fortsette undersøkelsene på egen hånd, med sikte på ileggelse av et eventuelt

¹⁷⁰ Av årsmeldingene for årene 2004-2011 fra Konkurransetilsynet fremgår det at de fleste anmeldelser til Økokrim har dreid seg om overtredelser av konkurranseloven 1993. Årsmeldingene finnes her: <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Publikasjoner/Arsberetninger/>

¹⁷¹ Jfr. NOU 2003:15 punkt 12.7.4 (s.188).

¹⁷² Det modifiserte anklageprinsipp innebærer at vi fortsatt har enkelte innslag av inkvisisjonsprinsippet, for eksempel ved at den dømmende instans har et eget ansvar for sakens opplysning. Dommeren kan for eksempel beslutte supplerende bevisinnhenting, jfr. strpl. § 294.

overtredelsesgebyr til den juridiske person. Konkurransetilsynet innleder da sanksjonsstadiet, som omfatter denne videre etterforskningen av lovbruddet og ileggelse av en eventuell bøtesanksjon på basis av etterforskningen.

Kontrollstadiet består med andre ord frem til en lovovertrødelse blir avdekket.

Lovovertrødelsen må i tillegg kunne knyttes til en eller flere konkrete mistenkte.

Opprettholdelsen av skillet mellom kontrollsak og sanksjonssak var ikke et så stort problem så lenge det var overlatt til ulike organer. På konkurranserettens område ble for eksempel reglene om opplysningsplikt overfor konkurransemyndighetene innført på en tid da sanksjoneringen utelukkende ble overlatt til politiet. Økokrims overtakelse av saken medførte at opplysningsplikten måtte vike for implementeringen av vernet mot selvinkriminering, men dette var i tiden før foretak hadde et slikt vern. Årsaken til at opplysningsplikten måtte vike ved Økokrims overtakelse, beror for det første på at norsk straffeprosess opererer med regler som ikke oppstiller en plikt til å forklare seg overfor politi eller påtalemyndighet, jfr. strpl. § 230 (1) (1). For det andre gjaldt den opprinnelige opplysningsplikten utelukkende overfor "konkurransemyndighetene", ¹⁷³ som følgelig ikke omfatter Økokrim.

Denne opplysningsplikten er videreført i om lag samme form i krrl. § 24, der:

"Enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven".

Det fins derimot ingen formulering i denne bestemmelsen om at reglene om forklarings- og utleveringsplikt skal opphøre når saken endrer karakter, og sanksjonering er et reelt utfall. Den ansvarlige har med andre ord tilsynelatende fortsatt opplysningsplikt overfor det organet som skal avgjøre sanksjonsspørsmålet.

Den løsningen som Høyesterett gikk for i Reksten-kjennelsen, Rt-1976-1447, forutsetter egentlig eksistensen av det opprinnelige skillet mellom kontrollstadiet og sanksjonsstadiet. Det forutsetter også at de to stadium forvaltes av ulike organ. I Reksten-kjennelsen førte forvaltningen parallelle undersøkelser til politiets etterforskning, og det ble blant annet bedt

¹⁷³ Se konkurranseloven 1993 § 6-1 (1), jfr. § 2-1 (1).

om innsyn i beslaglagte dokumenter. Høyesterett konkluderte med at tilgangen forvaltningen hadde til opplysninger, gjennom pålegg om blant annet utleveringsplikt, ble begrenset av regler i straffeprosessloven som følge av at politiet hadde tatt ut siktelse.

Det man kan utlede av Reksten-kjennelsen, er at dersom den straffeforfølgende myndighet har reist siktelse må også tilsynsorganets parallelle undersøkelser foretas i samsvar med de straffeprosessuelle prinsipper. Med andre ord, når det er tatt ut siktelse vil blant annet reglene om forklarings- og utleveringsplikt måtte vike for det straffeprosessuelle prinsippet om vern mot selvinkriminering.

Man kan trekke den konklusjon at anvendelsen av straffeprosessuelle regler ikke er et eksklusivt anvendelsesområde for politiet, men som jeg har vært inne på eksisterer det egne, ulovfestede regler om forvaltningsstraffeprosess, til tross for at disse i stor grad består av analogier fra straffeprosessuelle prinsipper.

Høyesterett trakk en distinksjon mellom situasjoner der informasjonsinnhenting skjedde i forbindelse med etterforskning av en lovovertrødelse, eller som ledd i forvaltningens kontrollfunksjon. Tar man utgangspunkt i at "siktelsen" er avgjørende, blir det av underordnet betydning hvilken myndighet det er som reiser den. Av dette kan man utlede en forvaltningsstraffeprosessuell regel om at når forvaltningen reiser det som tilsvarer en straffesiktelse, skal "siktede" tilstå retten til vern mot selvinkriminering. Følgelig skal vedkommende ikke plasseres i en situasjon der han plikter å bidra med opplysninger som kan bli avgjørende for sanksjonsspørsmålet.

I NOU 2012:7, som er en nylig avgitt utredning om konkurranseloven 2004, blir det blant annet uttalt at: "*Omfanget av selvinkrimineringsvernet på kontrollstadiet er særlig omstridt*".¹⁷⁴ Denne formuleringen antar jeg beror på en feilaktig bruk av terminologi eller en inkurie, og at det siktes til overgangen til sanksjonsstadiet. Det gjelder som nevnt ikke noe selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet. Er det på det rene at et selvinkrimineringsvern kan tilstås, må sanksjonsstadiet innledes, etter som man har en konkret mistenkt i en overtrødelse. Jeg antar at konkurranselovutvalget alternativt sikter til de begrensninger det straffeprosessuelle selvinkrimineringsvern kan legge på informasjonsinnhenting på

¹⁷⁴ NOU 2012:7 (Mer effektiv konkurranselov) i punkt 7.3.2.

kontrollstadiet, men dette beror på at den påfølgende bruken kan bli begrenset i en senere straffesak, jfr. Rt-1994-610, og ikke på selve innhentingene.

Tidligere hadde man som nevnt et mer definert skille mellom kontrollfase og sanksjonsfase. På mange måter var det anmeldelsen fra Konkurransetilsynet som markerte dette skillet. Også i dagens lovverk eksisterer formell straff som et sanksjonsalternativ, men kriteriene for når en anmeldelse skal finne sted, er fortsatt uklare. Dette er uheldig etter som det er de samme kriterier som vil vektlegges ved klarleggingen av om sanksjonsstadiet skal innledes, uavhengig av sanksjonsalternativ.

Forut for konkurranseloven 2004 ble saker om overtredelser overlatt til Økokrim. I denne perioden ble det etterlyst en såkalt anmeldelsesinstruks, med andre ord retningslinjer for hvilke betingelser, kriterier, vilkår mv. som skulle foreligge for at en sak skulle anmeldes til politiet. I forarbeidene til konkurranseloven 2004 var det uttalt at:

"Departementet ser at det kan være hensiktsmessig å vurdere innført klarere retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes til politi og påtalemyndighet, for eksempel i form av en anmeldelsesinstruks".¹⁷⁵

En av årsakene til at en slik anmeldelsesinstruks ble etterlyst, var blant annet på grunn av regelverkets utforming. Det var opp til Konkurransetilsynet å avgjøre når en lovovertrødelse ble ansett avdekket, og således også opp til Tilsynet å avgjøre om saken skulle anmeldes. Dette åpnet for at det kunne stilles spørsmål ved om Konkurransetilsynet bevisst utsatte overgangen til sanksjonsstadiet, som altså ble innledet gjennom anmeldelsen til Økokrim. Den tiden man dermed kunne kjøpe seg, kunne Konkurransetilsynet bruke til å sikre ytterligere bevis ved hjelp av de langt videre fullmakter som innehas, blant annet ved pålegg om forklarings- og utleveringsplikt.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) punkt 8.4.3, s.124.

I denne sammenheng vil jeg trekke frem en dom fra EMD, som belyser en lignende problematikk, *Saunders v Storbritannia*.¹⁷⁶ Som direktør for bryggeriet Guinness PLC, heretter "Guinness", var domfelte Saunders i 1986 involvert i oppkjøpet av et annet bryggeri, Distillers Company PLC, heretter "Distillers". Tilbudet fra Guinness til eierne av Distillers, var at en stor del av oppgjøret skulle skje gjennom overtakelse av aksjer i Guinness. Et tredje bryggeri, Argyll Group PLC, heretter "Argyll", la inn et konkurrerende bud på Distillers. Også Argylls bud inneholdt delvis oppgjør i aksjer. Forskjellen mellom de to budene gikk på verdsettelsen av aksjene i det overtakende selskap. Guinness aksjekurs steg uforholdsmessig mye i løpet av budkrigen. Det er lagt til grunn i Saunders-dommen at aksjekursen i Guinness ble manipulert ved ulovlige metoder, at Guinness subsidierte en rekke transaksjoner for å blåse opp børsverdien og at dette pengeforbruket ble forsøkt skjult ved å forfalske en rekke fakturaer.

For å gjøre en lang historie kort, vant Guinness budkrigen om Distillers, men alle påstander og rykter i etterkant ledet til at det fra sentraladministrasjonen ble oppnevnt inspektører, som skulle etterforske blant annet kursmanipulasjon i forbindelse med oppkjøpet. De oppnevnte inspektørene hadde, lik de norske konkurransemyndighetene, kompetanse til å gi pålegg om forklaringsplikt og utleveringsplikt, under straffansvar. Lignende begrensninger som i Norge, lå i at saken skulle anmeldes til politiet dersom straffbare forhold ble avdekket.

I januar 1987 ble sentraladministrasjonen informert om avdekkingen av konkrete holdepunkter for at det var begått ulovlige handlinger i forbindelse med oppkjøpet av Distillers. Senere samme måned ble blant annet Saunders utpekt som en av de mistenkte. I februar s.å. ble påtalemyndigheten koblet inn i saken. Likevel fortsatte inspektørene sine undersøkelser frem til strafferettslig etterforskning ble formelt iverksatt. Dette skjedde i mai 1987. I løpet av denne perioden, på om lag tre måneder, forestod inspektørene blant annet flere avhør av Saunders og de øvrige mistenkte, under forklaringsplikt. Det ble også forestått slike avhør etter at de var formelt siktet. En av de tiltalte i saken fremholdt i straffesaken mot seg:

¹⁷⁶ [Dom av EMD 17.desember 1996, Saunders v. Storbritannia.](#)

"that there was a deliberate delay in charging the accused in order that the inspectors could use their powers to obtain confessions".¹⁷⁷

Innhenting av informasjon, som er det vi fokuserer på i denne sammenheng, var derimot ikke tema for EMD. I Saunders-saken dreide anken seg om "bruken" av opplysningene i den påfølgende straffesaken, sml. Rt-1994-610. Som et interessant sidespor kan det likevel nevnes at begrensningene i den senere bruken av opplysningene i straffesaken, også kan legge begrensninger på arbeidet med selve innhenting, det vil si på kontrollstadiet:

"It is noteworthy in this respect that under the relevant legislation statements obtained under compulsory powers by the Serious Fraud Office cannot, as a general rule, be adduced in evidence at the subsequent trial of the person concerned. Moreover the fact that statements were made by the applicant prior to his being charged does not prevent their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the right".¹⁷⁸

Så vidt jeg kjenner til har det aldri vært avdekket slike saker i Norge, der forvaltningen har utnyttet seg av regelverket på en slik måte, men det er uheldig at akkurat denne delen av regelverket er blitt videreført i dagens konkurranselov, uten at denne gråsonen i regelverket er fargelagt. Min påstand er altså ikke at anmeldelser faktisk utsettes på denne måten. Jeg påpeker bare at regelverket er utformet på en slik måte at anklager om dette ikke kan utelukkes.

¹⁷⁷ Saunders, avsnitt 35.

¹⁷⁸ Saunders, avsnitt 74.

I NOU 2012:7, blir en slik anmeldelsesinstruks fremdeles etterlyst: "*Det er ikke innført slike retningslinjer*".¹⁷⁹ Det kan synes noe merkelig å etterlyse en anmeldelsesinstruks når antallet overføringer av konkurransesaker til Økokrim har avtatt såpass betraktelig. Realiteten er likevel den at de samme kriteriene som tilsier at en sak kunne anmeldes til Økokrim, vil gjøre seg gjeldende for fastleggingen av grensdragningen mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium.

Siden samme organ i dag kan forestå samtlige stadium, helt frem til avgjørelse av sanksjonsspørsmålet, bør det sikres en større grad av notoritet vedrørende implementeringen av helt grunnleggende rettssikkerhetsgarantier for de aktører som risikerer forvaltningssanksjon. Ved mangel på klare og forutsigbare kriterier for hva som markerer overgangen til sanksjonsfasen, har vi en gråsoner i lovverket. Denne gråsonen åpner for kritikk mot Konkurransetilsynets saksbehandling, og man bør sikre seg mer notoritet om implementeringen av blant annet selvinkrimineringsvernet. Om ikke annet for å unngå fremtidige uberettigede beskyldninger om myndighetsmisbruk, som igjen kan trekke Konkurransetilsynets integritet og omdømme i tvil.

Om selvinkrimineringsvernet på kontrollstadiet har EMD blant annet uttalt at:

"However, the applicants are not correct in their assertion that a legal requirement for an individual to give information demanded by an administrative body necessarily infringes Article 6 of the Convention".¹⁸⁰

Denne uttalelsen tas til inntekt for at straffesanksjonert opplysningsplikt på kontrollstadiet ikke krenker vernet mot selvinkriminering etter EMK art.6. Men denne dommens utfall forutsetter, slik Høyesterett gjorde i Reksten-kjennelsen, at det er et klart skille mellom myndigheten som innhenter opplysningene, og myndigheten som gjør seg bruk av dem. Om inspektører med utvidede fullmakter til å pålegge blant annet forklaringsplikt uttales det videre at:

¹⁷⁹ NOU 2012:7, under punkt 6.2.3, side 41.

¹⁸⁰ [Dom av EMD 19.september 2000, I.J.L., G.M.R. og A.K.P v. Storbritannia, avsnitt 100](#)

"Their purpose was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities - prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative".

Situasjonen i konkurransesakene i Norge i dag, som jeg har vært inne på, er at konkurranseloverovertridelser svært sjelden blir anmeldt til Økokrim. Dette skillet mellom kontrollstadiet og sanksjonsstadiet ved at Konkurransetilsynet anmelder saken til Økokrim, er opprettholdt i dag, men ordningen er nesten ikke i bruk. De langt fleste sakene forfølges videre av Konkurransetilsynet, som har myndighet til å ilegge sanksjoner med rettskraftig virkning. I *Fayed v. Storbritannia* fremholdt EMD således, hvilket er i samsvar med I.J.L., G.M.R. og A.K.P. v Storbritannia, at:

" The inspectors did not adjudicate, either in form or in substance.

They themselves said in their report that their findings would not be dispositive of anything (...).

They did not make a legal determination as to criminal or civil liability (...)

The purpose of their inquiry was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities (...)".¹⁸¹

I norske konkurransesaker er derimot situasjonen en annen. Konkurransetilsynet både innhenter opplysninger og gjør seg bruk av dem. Ileggelse av overtredelsesgebyr etter krrl. § 29, forutsetter blant annet at Konkurransetilsynet vurderer om foretaket "*eller noen som handler på deres vegne*" har begått overtredelsen forsettlig eller uaktsomt. Det blir med andre ord tatt stilling til skyldspørsmålet. Ileggelsen av overtredelsesgebyr er for det andre bindende når vedtaket er endelig. Dette innebærer at det er ingen klagerett, jfr. § 29 (4) (1), gebyret er rettskraftig og tvangskraftig, jfr. § 29 (4) (3) og foretaket må saksøke "*staten for å overprøve vedtaket*", jfr. § 29 (4) (4). Det sist nevnte innebærer at søksmålsbyrden er snudd i en sak som regnes for å avgjøre en straffesiktelse.

¹⁸¹ [Dom av EMD 21.september 1990, Fayed v. Storbritannia, avsnitt 61.](#)

Det kan vise seg uheldig at det samme organ som sitter med kompetanse til å avgjøre et sanksjonsspørsmål med bindende virkning, også sitter med kompetansen til i realiteten å avgjøre når vedkommende skal kunne påberope seg sine rettssikkerhetsgarantier.

7.5.1 Status som "siktet".

Det er først når man beveger seg over i sanksjonsstadiet at det blir tale om at en "criminal charge" blir reist, jfr. EMK art.6. Dette reiser igjen spørsmålet om en fastlegging av tidspunktet for når vedkommende blir "siktet".

Det er ikke noe som tilsier at et foretak skulle anses "siktet" i en konkurransesak på et annet tidspunkt enn det som gjelder for en fysisk person. Dette kan utledes av sanksjonsutvalgets utredning, der det er straffesiktelsen som avgjør implementeringen av et vern mot selvinkriminering:

*”Et sentralt spørsmål er når vernet mot selvinkriminering inntreer. Etter EMK er dette et spørsmål om når det må anses å foreligge en straffesiktelse i konvensjonens forstand. Generelt kan det anføres at det må foreligge noe mer enn undersøkelser eller kontrolltiltak i ordinære forvaltningssaker, men grensen er ikke klar”.*¹⁸²

Det er ikke holdepunkter for å la andre vurderingskriterier ligge til grunn for en siktelse mot et foretak, slik at en implementering av selvinkrimineringsvernet skal skje når vi forlater kontrollstadiet.

Man løper risikoen for en relativisering av en sentral rettssikkerhetsgaranti, dersom det avgjørende for påberopelsen skulle bero på hvilken myndighet det er som innhenter opplysninger. Det avgjørende for om man kan påberope seg vernet må være om man risikerer sanksjoner basert på de opplysninger man bidrar med. I klartekst må det kunne fastslås når

¹⁸² NOU 2003:15 (Fra bot til bedring) punkt 12.7.4.

den ansvarlige oppnår status som "siktet" i en konkurransesak, tilsvarende den straffeprosessuelle reguleringen som følger av strpl. § 82:

"Den mistenkte får stilling som siktet når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet av retten eller når det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler mot ham."

I saker som går etter straffeprosess får den antatte lovovertrederen forandret sin status etter hvilket stadium man befinner seg på i etterforskningen. Når statusen endres til "siktet", har man på mange måter et vendepunkt, etter som det blant annet blir avgjørende for rettighetene til den angivelige lovovertrederen. Innsynsretten i politiets saksdokumenter er for eksempel videre for en som er "siktet", enn tilsvarende for en som er "mistenkt", jfr. § 82 (3) (3). Som hovedregel må man også ha oppnådd status som siktet for å ha rett til forsvarer på det offentlige bekostning, jfr. strpl. § 94.¹⁸³ Også i saker som kan ende med forvaltningssanksjon er status som "siktet" avgjørende for hvilke rettigheter vedkommende kan påberope seg, blant annet vernet mot selvinkriminering.

Gode grunner kunne tale for at dersom den antatte lovovertrederen etter straffeprosessen ville blitt "siktet", jfr. § 82, burde vedkommende også regnes som "siktet" når tilsvarende omstendigheter foreligger i en konkurransesak. Men slik er det ikke.

På kontrollstadiet i konkurransesaker ble det tatt uttrykkelig avstand fra selvinkrimineringsvernet. I Ot.prp.nr.41 (1992-1993) s.113 fremgår det at:

"Den som blir avkrevd opplysninger, vil ikke kunne nekte å besvare konkurransemyndighetene under henvisning til bestemmelsene om fritak fra vitneplikten overfor domstolene, med den begrunnelse at svaret vil kunne utsette ham for straffansvar (...)."

¹⁸³ Her er det en del sentrale unntak, blant annet skal det oppnevnes forsvarer for "mistenkte" i saker om for eksempel hemmelig avlytting, jfr. strpl. § 100a.

Selv om det var truffet en kjennelse om bevissikring, etter begjæring fra Konkurransetilsynet, hadde vedkommende forklaringsplikt. Dette er videreført i krrl. § 25. Bakgrunnen var at man ikke skulle kunne hevde status som "siktet" på kontrollstadiet, tilsvarende strpl. § 82. Først når saken ble anmeldt til Økokrim, ble suspensjonen av rettssikkerhetsgarantiene opphevet, og man kunne påberope seg selvinkrimineringsvernet. Dette var ikke fordi man automatisk ble "siktet" som følge av anmeldelsen, men fordi anmeldelse av saken penset den over i straffesakssporet og brakte forholdet under straffeprosessloven. Selvinkrimineringsvernet i straffesaker kan som kjent påberopes uavhengig av om man er "mistenkt", "siktet" eller "tiltalt", jfr. strpl. § 90 og § 230 (1) (1).

I konkurransesakene er det derimot ikke regulert når man oppnår status som "siktet". Dette er noe merkelig, etter som denne statusen blir avgjørende for når man har å gjøre med en "criminal charge", jfr. EMK art.6. I forlengelsen er det også avgjørende for blant annet innsynsretten i sakens dokumenter, jfr. krrl. § 27.

Som det følger av det parallelle regelverket kan man bli "*erklært*" for siktet, se strpl. § 82. Det nærmeste man kommer å bli erklært siktet i konkurransesaker, er de alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om varsling. Dette er regulert i fvl. § 16 og § 17, og skal blant annet sikre at den ansvarlige får anledning til å gjøre seg kjent med anklagene og hvilke bevis som foreligger. På generell basis er selve utformingen og innholdet i et slikt varsel overlatt til konkurransemyndighetene å avgjøre, på basis av de ulovfestede regler om forsvarlig og rasjonell saksbehandling.

I saker om administrative sanksjoner som tilsvarende en straffesiktelse, må varselet inneholde opplysninger som i alle fall tilsvarende minimumskravene til en ordinær straffesiktelse, jfr. strpl. § 252.

Dette innebærer blant annet at hjemmelsgrunnlaget må angis, faktum som legges til grunn må redegjøres for og det må opplyses om hvilke bevis som foreligger. I saker om overtredelsesgebyr må det trolig også opplyses om utmålingsreglene og vedkommende må gis en passende frist til å uttale seg. I praksis legger Konkurransetilsynet seg på rundt 8 uker, etter som det ofte dreier seg om en stor mengde saksdokumenter vedkommende må sette seg inn i.

Denne fristen blir også forlenget etter forespørsel, slik det er skjedd en rekke ganger i saken mot for eksempel Veidekke og NCC.¹⁸⁴

De forhåndsvarslinger som Konkurransetilsynet utarbeider, tilfredsstillende langt på vei kravene til en ordinær straffesiktelse.¹⁸⁵ Problemet er at implementeringen av rettssikkerhetsgarantier forut for "siktelsen" mangler notoritet, blant annet som følge av at det er samme organ som forestår ethvert ledd i saksbehandlingen frem til enkeltvedtaket er endelig. Man ilegger i konkurransesaker strafflignende sanksjoner og forsøker å nærme seg den straffeprosessuelle reguleringen på enkelte områder av saksbehandlingen, men man tar ikke i betraktning den innbyrdes sammenhengen mellom de straffeprosessuelle prinsipper.

Status som "siktet" forutsetter at man har utpekt en mistenkt, men strafferettslig etterforskning kan iverksettes uten at man har noen konkret å straffeforfølge. Iverksettelse av strafferettslig etterforskning kan grovt inndeles i tre typer situasjoner: Etterforskning uten mistanke, med rimelig grunn til mistanke og med skjellig grunn til mistanke.

Etterforskning uten mistanke kan i enkelte typetilfeller iverksettes automatisk. Dette er for eksempel vanlig ved ukjent brannårsak, eller ved uventet dødsfall hos en som er umyndig, jfr. strpl. § 224 (4). Hovedregelen følger likevel av strpl. § 224 (1), der det fremgår at etterforskning iverksettes når omstendighetene tilsier at det er "*rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold*". Den tredje situasjonen er ved såkalt kvalifisert mistanke, for eksempel "*skjellig grunn*", jfr. strpl. § 192. I det sistnevnte tilfellet er som kjent tvangsmidler tilgjengelige på nærmere bestemte vilkår, slik som ransaking og beslag. Sammenligningen mellom iverksettelse av etterforskning av lovovertrедelser for de to forvaltningsområdene blir svært vanskelig og lite nyansert, særlig når man tar i betraktning at Konkurransetilsynet blant annet har tvangsmidler tilgjengelige allerede "*når det er rimelig grunn til å anta*" at loven er overtrådt, jfr. krrl. § 25 (1).

¹⁸⁴ <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Utsett-svarfrist-i-asfaltsaka2/>

¹⁸⁵ Et eksempel på et slikt varsel fra oktober 2011 finnes her:

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5226/cf_5/Varsel_Veidekke-NCC_OFFENTLIG.PDF

Forholder vi oss likevel til hovedregelen, har også politiet i noen tilfeller et forstadium til selve iverksettelsen av etterforskningen. Det kan det dreie seg om mindre omfattende undersøkelser, nettopp for å avklare om det er "*rimelig grunn*" til å etterforske. Slike undersøkelser kan dreie seg om en enkel konstatering av om vedkommende som var på jobb den dagen et tyveri fant sted, har et rulleblad eller ikke.¹⁸⁶ I rundskriv fra Riksadvokaten av 22. desember 1999 gis det retningslinjer for når politiets arbeid er å anse som etterforskning. Særlig er arbeidets formål fremhevet. Der det foretas undersøkelser for å "*avdekke om straffbart forhold er begått eller begås*", vil man normalt regne at etterforskning er iverksatt.¹⁸⁷ Disse retningslinjene kan trolig ikke benyttes på Konkurransetilsynets tilsvarende arbeid, etter som det er lang praksis på at selve avdekkingen er en del av kontrollstadiet.

Terskelen for når Konkurransetilsynet har iverksatt etterforskning, i relasjon til at dette kunne indikere et skjæringspunkt mellom kontrollstadium og sanksjonsstadium, er med andre ord vanskelig å fastslå. Det man i alle fall kan slå fast er at når Konkurransetilsynet har konstatert at en lovovertrødelse har funnet sted og foretar ytterligere undersøkelser, er vi over i sanksjonsstadiet. Selve terskelen for å iverksette slik etterforskning ligger nok nært opp mot det som følger av strpl. § 224, når det er "*rimelig grunn til å undersøke*" om det er begått en lovovertrødelse.

¹⁸⁶ Se St.prp.105 L (2010-2011) om endringer i straffeprosessloven mv. (etterforskningsplikt mv.) punkt 3.1 flg.

¹⁸⁷ Riksadvokatens rundskriv av 22. desember 1999 om etterforskning, del II punkt 2. (Lovdata ref. [RA-1999-3](#)).