

## Utredning:

# Bør konkurranseloven ha hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven?

*Professor Jon Petter Rui, Universitetet i Bergen*

## Innholdsfortegnelse

### 1. Innledning

- 1.1. Oppdrag og mandat
- 1.2. Arbeidet med utredningen
- 1.3. Opplegget for utredningen

### 2. Bakgrunn og kontekst

- 2.1. Innledning
- 2.2. Hvilke samfunnsinteresser (rettsgoder) skal beskyttes med konkurranseloven?
- 2.3. Hvordan er beskyttelsen i dag? Gjeldende rett og håndheving

### 3. EØS-rettslige rammer og begrensinger

### 4. Konstitusjonelle og folkerettslige begrensinger og rammer

- 4.1. Innledning
- 4.2. Nærmere om overtredelsesgebyr og ledelseskantene
  - 4.2.1. Innledning
  - 4.2.2. Overtredelsesgebyr
  - 4.2.3. Forbud mot å ha ledelsesfunksjon (ledelseskantene)

### 4.3. Retten til å forholde seg taus og ikke å måtte bidra til egen domfellelse (retten til frihet fra selvinkriminering), jf. EMK artikkel 6 nr. 1

- 4.3.1. Innledning
- 4.3.2. Norsk rett
- 4.3.3. EMK-retten

*a) Innledning*

*b) Anvendelsesområde*

*c) Innholdet og rekkevidden av vernet mot sanksjonert plikt til å gi opplysninger eller å fremskaffe opplysninger eller dokumenter*

- 4.4. Uskyldspresumsjonen, jf. EMK artikkel 6 nr. 2, beviskrav
- 4.5. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, jf. EMK protokoll 7 artikkel 4
- 4.6. Forholdet til vernet av «possessions», jf. EMK protokoll 1 artikkel 1
- 5. Bør konkurranseloven ha hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven?
  - 5.1. Innledning
  - 5.2. Prevensjonshensyn
  - 5.3. Forholdsmessighet
    - 5.3.1. Innledning
    - 5.3.2. Det *legitime formålet* med å reagere overfor overtredelser av konkurranseloven
    - 5.3.3. I hvilken grad er overtredelsesgebyr og ledelseskarantene rettet mot fysiske personer et *egnet* formål for å sanksjonere overtredelser av konkurranseloven?
    - 5.3.4. Er bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven *nødvendige* reaksjoner?
    - 5.3.5. Er bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven *proporsjonale* reaksjoner?
      - a) *Innledning*
      - b) *Statens legitime behov for innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for fysiske personer*
      - c) *Betenkelighet for individet ved innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for fysiske personer*
      - d) *Avveining og konklusjon*
  - 5.4. Utenlandsk rett
    - 5.4.1. Innledning
    - 5.4.2. Danmark
    - 5.4.3. Finland
    - 5.4.4. Sverige
    - 5.4.5. Storbritannia
    - 5.4.6. Tyskland
  - 5.5. Internasjonale rekommandasjoner
  - 5.6. Bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene mot fysiske personer i annen forvaltningsrettslig reguleringslovgivning

5.7. Hvilken betydning kan ileggelse av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene overfor fysiske personer ha for dynamikken i forhandlinger om lemping?

5.8. Hvilken betydning kan ileggelse av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene ha for tilfeller hvor det avdekkes underliggende kriminalitet?

5.9. Konklusjon

6. Bør straffansvar for fysiske personer for overtredelse av visse av konkurranselovens handleplikter opprettholdes?

7. Nærmere om utforming av bestemmelser om overtredelsesgebyr og ledelseskarantene

7.1. Innledning

7.2. Overtredelsesgebyr

7.2.1. Innledning

7.2.2. For hvilke overtredelser bør overtredelsesgebyr være en tilgjengelig sanksjon?

7.2.3. Hvilke personer skal kunne ilegges overtredelsesgebyr?

7.2.4. Hvilket skyldkrav bør gjelde ved ileggelse av overtredelsesgebyr?

7.2.5. Regulering av overtredelsesgebyrets størrelse

*a) Innledning*

*b) Maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr*

*c) Hvor bør reguleringen av maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr reguleres?*

*d) Regler om utmåling av overtredelsesgebyret*

7.2.6. Forslag til bestemmelse om overtredelsesgebyr

7.4. Ledelseskarantene

7.4.1. Innledning

7.4.2. Ledelseskarantene som forvaltningstiltak, ikke administrativ sanksjon

7.4.3. For hvilke overtredelser bør ledelseskarantene være en tilgjengelig reaksjon?

7.4.4. Hvilke personer skal kunne ilegges ledelseskarantene?

7.4.5. Hvilke posisjoner bør den som er ilagt ledelseskarantene være forhindret fra å inneha?

7.4.6. Karantenens varighet

7.4.7. Forslag til bestemmelse om ledelseskarantene

## **1. Innledning**

### **1.1. Oppdrag og mandat**

Etter anbudsrunde mottok jeg den 22. desember 2022 meddelelsesbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet om at jeg var blitt tildelt oppdrag om å utarbeide en utredning om konkurranseloven bør ha hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelse av visse handleplikter og forbud i konkurranseloven.

Nærings- og fiskeridepartementet har beskrevet oppdraget slik:

#### **«1. Bakgrunn**

For at Konkurransetilsynet skal ivareta sitt samfunnsoppdrag er det viktig at tilsynet har mest mulig effektive virkemidler, samtidig som hensynet til næringslivet ivaretas, ved å legge vekt på rettsikkerhet og forutberegnelighet.

Sanksjonene ved overtredelse av konkurranseloven er i dag delt mellom forvaltningsrettslige overtredelsesgebyr for foretak og strafferettslige sanksjoner mot fysiske personer. Det vil si at foretak ikke kan ilegges straff og fysiske personer ikke kan ilegges overtredelsesgebyr. Det er opp til Konkurransetilsynet å ilegge overtredelsesgebyr mot foretak, som så kan påklages til Konkurranseskjennemnda og eventuelt tas inn for de alminnelige domstoler av foretaket. Dersom Konkurransetilsynet mener at fysiske personer bør sanksjoneres for deres rolle i overtredelsen må tilsynet anmelde forholdet og er avhengig av at politi- og påtalemyndigheten prioriterer saken.

Straffeforfølgning krever omfattende ressurser. Samtidig er straff samfunnets strengeste reaksjon mot rettsbrudd. Bruk av straff overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven forekommer svært sjelden. Straffeforfølgning på konkurranserettsområdet ivaretar dermed i liten grad allmennpreventive hensyn overfor fysiske personer.

Nærings- og fiskeridepartementet ønsker å utrede om Konkurransetilsynet bør gis mulighet til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr, og viser i denne sammenhengen til at overtredelsesgebyr mot fysiske personer er innført innenfor flere forvaltningsområder.

#### **2. Krav til utredningen**

Det skal utredes om det bør innføres adgang for Konkurransetilsynet til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr ved overtredelse av konkurranseloven. Utredningen skal drøfte hvilke fordeler og ulemper dette vil medføre. I utredningen av om det bør innføres en slik adgang, skal det særlig drøftes om en slik regulering kan medføre utfordringer for:

- Problemstillinger/utfordringer knyttet til EMK, blant annet:
  - vernet mot tvungen selvinkriminering i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 (særlig i sammenheng med lempning),
  - Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4,
- Lempningsinstituttet, herunder hvordan overtredelsesgebyr overfor fysiske personer kan påvirke dynamikken i forhandlinger om lemping,
- At det avdekkes underliggende kriminalitet.

Det skal videre drøftes om det eventuelt bør innføres adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for alle overtredelser hvor det i dag kan reageres med overtredelsesgebyr for foretak, eller om det bør avgrenses mot nærmere angitte overtredelser og ev. en nærmere angitt personkrets. I tillegg til overtredelsesgebyr skal det utredes om det er aktuelt og ilegge andre reaksjoner mot fysiske personer, for eksempel ledelseskantene.

Det skal utredes hvilket beviskrav som vil gjelde ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer, samt hvilket skyldkrav som bør gjelde. Det skal også drøftes om det skal være et tosporet system slik at muligheten for straffsanksjonering for fysiske personer opprettholdes.

Det skal også kartlegges hvordan overtredelsesgebyr overfor fysiske personer er regulert på andre sammenlignbare forvaltningsområder, samt hvordan dette er regulert i andre rettssystemer det er naturlig å sammenlikne med. Til sist skal det foretas en avveining mellom behovet for mest mulig effektiv håndhevelse av konkurranseloven og hensynet til borgernes rettssikkerhet og forutsigbarhet. Utreder står i tillegg fritt til å ta opp andre relevante problemstillinger.

Utredningen skal inneholde utkast til lovbestemmelser som reflekterer utreders vurderinger. Utrederes forslag til lovbestemmelser skal utarbeides i tråd med retningslinjene i heftet Lovteknikk og lovforberedelse. Det skal utformes slik at de som skal bruke loven lett kan lese og forstå den.

Utredningen skal leveres i en skriftlig rapport, hvor det brukes enkelt og klart språk, samt oppfylle kravene i Utredningsinstruksen.»

## **1.2. Arbeidet med utredningen**

Den 13. januar 2023 hadde jeg et møte med konkurransedirektør Tina Søreide og to andre ansatte i Konkurransetilsynet. Jeg fikk svar på spørsmål, og deltakerne delte en del av sine erfaringer med håndheving av konkurranseloven.

## **1.3. Opplegget for utredningen**

For å sette mandatets hovedtema i en riktig kontekst, og å kunne gjøre en forsvarlig vurdering av temaet, må noen overordnede spørsmål besvares (punkt 2). Deretter skal det klarlegges om og eventuelt i hvilken grad Norges EØS-rettslige forpliktelser og folkerettslige forpliktelser begrenser og setter rammer for den rettspolitiske handlefriheten til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av konkurranseloven (punkt 3 og 4). Mandatets hovedspørsmål drøftes i punkt 5. I punkt 6 drøftes det om straffansvar for fysiske personer for overtredelse av visse av konkurranselovens handleplikter bør opprettholdes. I punkt 7 gis det forslag til utforming av bestemmelser om overtredelsesgebyr og ledelseskantene. I punkt 8 presenteres utredningens hovedkonklusjoner.

I utredningen vises det en del til forvaltningslovens<sup>1</sup> kapittel om administrative sanksjoner, samt lovproposisjonen fra Justis- og beredskapsdepartementet.<sup>2</sup> Det gjelder særlig ved drøftelsene i punkt 5 og 7, samt ved drøftelsen av rekkevidden av retten til å forholde seg taus og til ikke å måtte bidra til egen domfellelse (selvinkrimineringsvernet) i punkt 4.3 Grunnen er at departementet i proposisjonen gir retningslinjer og anbefalinger om forhold som bør iakttas ved utarbeidelse av forvaltningsreaksjoner og -sanksjoner. Man kan si at hovedformålet med departementets proposisjon er å legge til rette for mer enhetlig behandling av saker om administrative sanksjoner innenfor rettslige rammer.<sup>3</sup> Det følger av kongelig resolusjon 9. juni 2017 nr. 44 at reglene i forvaltningslovens sanksjonskapittel ikke får anvendelse for saker etter konkurranseloven. Grunnen er at Nærings- og fiskeridepartementet hadde gjort Justis- og beredskapsdepartementet oppmerksom på at det på noen punkter kunne oppstå tvil om forholdet mellom anvendelsen av konkurranseloven med forskrifter og de nye reglene i forvaltningsloven. Konkurranseloven med forskrifter regulerer selv en del av de spørsmålene som endringsloven regulerer. Nærings- og fiskeridepartementet så behov for å vurdere nærmere forholdet mellom de to regelsettene.<sup>5</sup> De reglene det konkret var tale om, er reglene om utmåling av sanksjoner i forvaltningsloven § 46. At forvaltningslovens kapittel om forvaltningslovens sanksjonskapittel ikke kommer til anvendelse for saker etter konkurranseloven har således ikke betydning for de vurderingene som gjøres i denne utredningen og hvor forarbeidene til forvaltningsloven benyttes.

---

<sup>1</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

<sup>2</sup> Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

<sup>3</sup> Prop. 96 LS (2018-2019) s. 82 Endringer i verdipapirhandelloven mv. (prospekt, markedsmissbruk, tilsyn og sanksjoner) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 596/2014 og (EU) 2017/1129.

<sup>4</sup> Forskrift 9. juni 2017 nr. 713 om ikraftsetting av lov 27. mai 2016 nr. 15 om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) med overgangsbestemmelser.

<sup>5</sup> PRE-2017-06-09-713 Ikraftsetting av lov 27. mai 2016 nr. 15 om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) med overgangsbestemmelser. Kongelig resolusjon. Statsråd Per-Willy Amundsen.

## 2. Bakgrunn og kontekst

### 2.1. Innledning

Utgangspunktet for en vurdering av utforming og endring av offentligrettslig regulering, er å bringe klarhet i hvilke samfunnsinteresser (rettsgoder) som skal beskyttes ved lovgivningen (punkt 2.2). Videre må det klarlegges hvordan samfunnsinteressene er beskyttet i dag, herunder gjeldende rett og hvordan regelverket blir håndhevet i praksis (punkt 2.3).

### 2.2. Hvilke samfunnsinteresser (rettsgoder) skal beskyttes med konkurranseloven?

Når det skal gjøres vurderinger av straffe- og sanksjonsregimer, er det vanlig først å identifisere hvilke samfunnsinteresser regimet er satt til å beskytte. I strafferettslig kontekst benyttes «rettsgode» som (tilnærmet) synonym, sammen med «beskyttelsesinteresse».<sup>6</sup> Det er gode grunner til å bruke samme terminologi innenfor forvaltningsstraffsretten.

At en vurdering av hvilke reaksjoner og sanksjoner som er hensiktsmessige på et samfunnsområde må ta utgangspunkt i de samfunnsmessige interesser regelverket er satt til å verne, er intuitivt og logisk. I tillegg kommer at ileggelse av økonomiske sanksjoner utgjør et inngrep etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) protokoll 1 artikkel 1 (P1-1).<sup>7</sup> Artikkelen krever at et inngrep er forholdsmessig. Det vil høre til sjeldenhetene at ileggelse av overtredelsesgebyr og andre økonomiske sanksjoner vil bli ansett som uforholdsmessig etter EMK P1-1. Det samme gjelder ledelseskarantene. Imidlertid fungerer forholdsmessighetsprinsippet som en sentral kriminal- og sanksjonspolitisk retningslinje når lovgiver vurderer og utformer handlingsnormer og sanksjonsregler.<sup>8</sup> Vurderingen av forholdsmessighet gjøres gjennomgående ved hjelp av fire kriterier; inngrepet må ha et legitimt formål, inngrepet må være egnet til å beskytte det legitime formålet, det må ikke gå lengre enn nødvendig, og det må være proporsjonalt.<sup>9</sup> Ved identifiseringen og presiseringen av det legitime formålet, er det nettopp de samfunnsmessige interesser som står i søkelyset. De samfunnsmessige interessene er også helt sentrale for vurderingen av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet. Dette viser at en identifisering og presisering av hvilke samfunnsmessige interesser et reaksjons- og sanksjonsregelverk skal beskytte, er utgangspunktet og

---

<sup>6</sup> Bl.a. NOU 2002: 4 Ny straffelov s. 138-143.

<sup>7</sup> Punkt 4.6.

<sup>8</sup> Punkt 5.3.1.

<sup>9</sup> Punkt 5.3.1.

det sentrale omdreiningspunktet ved vurderingen av hvilke reaksjoner og sanksjoner som er hensiktsmessige på et samfunnsområde.

Hvilket rettsgode skal så handlingsnormene og reaksjons- og sanksjonsreglene i konkurranseloven beskytte? Konkurranseloven § 1 presiserer lovens formål slik: «Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser.»

Konkurranse er ikke et mål i seg selv, men et middel for å oppnå goder. Hvorfor er det en sentral samfunnsinteresse å sikre konkurranse? *For det første* har det en side til forbrukerne. I markeder med virksom konkurranse har forbrukerne valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester. Forbrukernes etterspørsel gir signaler om hvordan de verdsetter ulike produkter, og konkurransen sørger for at ressursene blir kanalisert til produksjon som samsvarer med forbrukernes ønsker. Samtidig bidrar dette til effektiv ressursbruk ved at prisene reflekterer kostnadene ved å fremskaffe disse produktene.<sup>10</sup>

*For det annet* har konkurranse betydning for fordeling. Konkurranse kommer forbrukerne til gode gjennom lavere priser, bedre kvalitet og større produktutvalg.<sup>11</sup> Et aspekt av hensynet til fordeling, er likhet. En OECD-rapport uttaler følgende: «The effect of competition on inequality has been little studied, and is often assumed to be malign as competition creates winners and losers. However, restricting competition causes harm to the many, while the profits generally go to the few. The poorest in society are often the worst affected by higher prices or lower quality and choice resulting from restrictions on competition.»<sup>12</sup>

*For det tredje* vil konkurranse fremme effektivitet. Fremme av effektivitet kan ha to dimensjoner. Den første er at konkurranse kan fremme innovasjon. Når det er et fungerende marked med aktører

---

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) s. 21-22.

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 3 (2003-2004) s. 22.

<sup>12</sup> OECD: Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, October 2014 s. 3.



som konkurrerer om markedsandeler, vil det være en styrke å videreutvikle og forbedre produktene man tilbyr.<sup>13</sup>

Den andre dimensjonen av effektivitet, er kostnadseffektivitet. I et marked med effektiv konkurranse må bedriftene opptre kostnadseffektivt for å overleve. De kan ikke pådra seg unødvendige kostnader fordi konkurransen hindrer dem i å velte disse over på kundene. Ineffektiv drift må således gå ut over lønnsomheten og dermed foretakets mulighet til å overleve. Det er klart at fremme av innovasjon og kostnadseffektivitet bidrar til bærekraft.

Dette forutsetter at bedriftene handler rasjonelt og alltid vil gjøre sitt ytterste for å maksimere det bedriftsøkonomiske overskuddet. I markeder med lite konkurranse vil dette ikke alltid være tilfelle. Eksempelvis vil en monopolbedrift – eller generelt en bedrift med betydelig markedsrett – kunne prioritere en fredelig tilværelse fremfor høyere overskudd, og således unnlate å iverksette tiltak som gir lavere kostnader. Tilsvarende kan bedriftsledelsen være mer opptatt av størrelse enn lønnsomhet, og dermed tilpasse seg på en måte som reduserer overskuddet. Det reelle problemet er således at bedrifter med markedsrett kan velge å ikke opptre effektivt. I et marked med konkurranse vil bedriften tvinges til å opptre så effektivt som mulig; alternativet er at bedriften ikke overlever. Dette viser at manglende konkurranse er skadelig både fordi det gir bedrifter anledning til å utøve markedsrett og fordi det skaper ineffektive bedrifter. Det vil oppstå betydelige effektivitetstap dersom bedrifter utøver markedsrett, men disse kan likevel være små i forhold til det samfunnsøkonomiske tapet som oppstår om bedriftene ikke drives tilstrekkelig kostnadseffektivt. En viktig oppgave for konkurransepolitikken er derfor å bidra til at konkurranstrykket øker i markeder der konkurransen er begrenset.<sup>14</sup>

Ved overtredelse av konkurranselovens forbud og handleplikter skades de godene som konkurranse fremmer. Konkurranseloven § 10 forbyr inngåelse av konkurransebegrensende avtaler,

---

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 22-23. Se også OECD: Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, October 2014 s. 3: «There is also evidence that intervening to promote competition will increase innovation. Firms facing competitive rivals innovate more than monopolies (although after such competition a firm may of course end up with a monopoly through a patent). The relationship is not simple: it is possible that moderately competitive markets innovate the most, with both monopoly and highly competitive markets showing weaker innovation. However, as competition policy does not focus on making moderately competitive markets hyper-competitive, but rather on introducing or strengthening competition in markets where it does not work well, this would still imply that most competition policies serve to promote innovation.»

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 6(2003-2004) s. 23.

forretningspraksis eller annen dialog mellom bedrifter. Erfaringer fra 30-tallet er fortsatt relevant for å forstå den samlede effekten av eksistensen av denne type konkurranseregler. Den betydelige økonomiske nedgangen (depresjonen) i USA på 30-tallet førte til at forbudet mot priskarteller ble opphevet for en periode. Studier finner at det førte til høyere priser, og at dette sannsynligvis bidro til å forlenge den økonomiske krisen. En viktig forklaring er at høyere priser fører til lavere etterspørsel og dermed mindre produksjon, hvilket i neste omgang reduserer sysselsettingen.<sup>15</sup>

Det finnes en rekke studier av priskarteller som har blitt oppdaget av konkurransemyndigheter i ulike land. Studiene viser stor variasjon når det gjelder direkte virkninger. I noen tilfeller finner man ingen virkning, mens i andre tilfeller finner man store prisøkninger på 60-70% og over det. Det er ikke overraskende, da en forventer at muligheten for et priskartell til å foreta en lønnsom prisøkning vil variere mye. I snitt vil imidlertid den direkte effekten av å avsløre et priskartell være betydelig.<sup>16</sup>

Priskarteller kan i visse situasjoner føre til andre direkte virkninger enn kun prisøkninger, for eksempel økte kostnader for bedriftene som deltar i kartellet. Dette kan illustreres ved det såkalte sementkartellet hvor de fire sementselskapene i Norge (som senere ble til tre) inngikk en kartellavtale i 1923 som varte helt til 1967. De opprettet et felles salgskontor som satte kartellpris i Norge og fordelte salg mellom selskapene. Fordelingen av salget ble bestemt av hvert selskaps andel av samlet produksjonskapasitet i Norge. Denne delingsregelen ga hver av dem incentiver til å investere i økt kapasitet. Dette førte til en betydelig overkapasitet i det norske markedet, som ble benyttet til å produsere for eksport. Eksportprisen var imidlertid så lav at den ikke dekket kostnadene ved å investere i kapasitet. En studie av Röller og Steen (2006) estimerte et tap for forbrukerne på hele 237 MNOK kun det siste året sementkartellet var aktivt. I tillegg fant de at kartellet kostet sementprodusentene omlag 48 MNOK (i 2006-kroner) i tapt fortjeneste det samme året i form av overkapasitet. Selv om dette var et legalt kartell i perioden før man fikk en konkurranselov med et forbud mot slik virksomhet, illustrerer dette at direkte effekter av å forby kartellavtaler kan være betydelige både for forbrukere og samfunnet generelt.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Kurt R. Brekke/Lars Sjørgard/Andreas J. Tveito: «Effekter av konkurransereglene for norske forbrukere», Samfunnsøkonomen, 2019 s. 35. Likedan OECD: Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, October 2014 s. 3.

<sup>16</sup> Op.cit.

<sup>17</sup> Op.cit. s. 35-36.

OECD har anslått følgende: «Between 1990 and 2016, nominal affected sales by international hard core cartels exceeded USD 50 trillion. Gross cartel overcharges exceeded USD 1.5 trillion. More than 100 000 companies were liable for international price fixing. Cartel activity is not showing signs of declining: in the six-year period between 2010 and 2016 only, a record 75 new international cartels were uncovered each year.»<sup>18</sup>

Konkurranseloven § 11 forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Etter konkurranseloven § 12 første ledd kan konkurransetilsynet pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer § 11 å bringe overtredelsen til opphør. Overtredelse av § 12 første ledd foreslås å kunne danne grunnlag for ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer og ledelseskarantene.<sup>19</sup> Det er relativt begrenset kunnskap om effekter av misbruksforbudet. Misbrukssaker er også svært forskjellige, og det er sannsynlig at skadevirkningene knyttet til ulike typer misbruk kan variere mye. I USA har det vært en debatt om hvorvidt inngrep mot misbruk av dominans i det hele tatt har hatt noen positive direkte effekter, eller kanskje endog kan ha medført negative direkte effekter. En fersk studie av Duso et al. (2017) finner imidlertid at strukturelle avhjelpende tiltak i en misbrukssak i det tyske kraftmarkedet ga lavere elektrisitetspriser. Spørreundersøkelser fra England indikerer noe avskrekking knyttet til misbrukssaker, men effektene er betydelig mindre enn for fusjoner og karteller. Den tidligere nevnte spørreundersøkelsen blant norske konkurransejurister fra 2008, gir en viss indikasjon på indirekte effekter av forbudet mot misbruk av dominans i Norge.<sup>20</sup>

I norsk luftfart er det flere eksempler på at nye selskaper som har prøvd å etablere seg har mislyktes. I november 1999 trakk Color Air seg ut etter å ha vært aktiv et drøyt år på fire innenriksruter. I mai 2001 erklærte Braathens at de var fallittbedrift, og ble kjøpt opp av SAS. I mars 2002 forbød Konkurransetilsynet SAS sitt fordelsprogram Eurobonus, og SAS sin klage ble ikke tatt til følge av departementet. Forbudet trådte i kraft 1. august 2002. Norwegian etablerte seg rett etter sommeren 2002, og etter eget utsagn var forbudet mot SAS' bonusprogram avgjørende for beslutningen om å etablere seg. Grunnen var at forbudet ventelig gjorde kunder mindre lojale til SAS, og økte dermed potensialet for Norwegian til å tiltrekke seg kunder. Utover i 2003 og frem

---

<sup>18</sup> OECD: Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, Adopted on 2.7.2019 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>, sist besøkt 14.1.2023).

<sup>19</sup> Punkt 7.2.2 og 7.3.3.

<sup>20</sup> Brekke/Sørgard/Tveito 2019 s. 33.

mot sommeren 2004 var det reduksjoner i flyprisene i norsk luftfart, illustrert med utviklingen i inntekt per passasjer (såkalt «yield»). Samtidig var det et stort fokus på at det var vedtatt et forbud mot misbruk av dominans med virkning fra mai 2004. Konkurransetilsynet vedtok i juni 2005 et gebyr på 20 MNOK til SAS for predasjon mot Coast Air på strekningen Oslo-Haugesund i perioden juni 2003 til juni 2004. Vedtaket ble opphevet av Oslo tingrett, og senere forlikt ved at vedtaket består samtidig som gebyret ble frafalt. Tilsynet sendte et varsel om misbruk av dominans av SAS på strekningen Oslo-Ålesund der Norwegian trakk seg ut seint på høsten 2004. Etter tilsvaret fra SAS ble saken lagt bort. En viktig grunn var at SAS på sensommeren og høsten 2004 økte prisene betydelig, ikke minst på ruten Oslo-Ålesund.<sup>21</sup>

Selve håndhevingen av misbruksforbudet overfor SAS i det norske flymarkedet fremstår som lite vellykket, da det første vedtaket ble opphevet og senere forlikt og det andre varselet senere ble lagt bort. Men selve innføringen av et forbud mot misbruk av dominerende stilling med den nye konkurranseloven i 2004 synes å ha hatt en effekt ved at SAS delvis reverserte sin aggressive prising utover høsten 2004. Norwegian var på høsten 2004 i en svært vanskelig finansiell situasjon, og det var en reell frykt for at de ville bli tvunget til å trekke seg fra markedet. Som kjent trakk Norwegian seg ikke ut, men sikret i stedet vedvarende konkurranse i dette markedet fra etableringen i 2002 frem til i dag. For å illustrere betydningen av dette, la oss anta at Norwegian sin etablering har hatt en svært moderat effekt på flyprisene. Hvis det er slik at Norwegians tilstedeværelse førte til 1 % lavere pris i snitt i flymarkedet, vil det innebære en årlig besparelse for forbrukerne på 150 MNOK.<sup>22</sup>

### **2.3. Hvordan er beskyttelsen i dag? Gjeldende rett og håndheving**

For at rettsgodene skal ha en effektiv beskyttelse, må det være rettsvirkninger ved overtredelser av bestemmelsene som verner interessene. Konkurranseloven § 29 hjemler i dag illeggelse av overtredelsesgebyr overfor foretak for visse handleplikter. Foretak kan også ilegges tvangsmulkt for å sikre at enkeltvedtak i medhold av konkurranseloven, samt pålegg om opplysningsplikt etter § 24 overholdes, jf. lovens §28.

---

<sup>21</sup> Op.cit. s. 33-34.

<sup>22</sup> Op.cit. s. 34.

Hva gjelder straffesanksjoner, er det ikke adgang til å ilegge foretaksstraff. Det fremgår av § 32 tredje ledd. Straffesanksjoner kan ilegges fysiske personer, jf. § 32. Bestemmelsens første og annet ledd har slik ordlyd:

«Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt

- a) overtrer §§ 10, 18 første ledd eller 19 første ledd,
- b) overtrer vedtak etter §§ 12 første eller femte ledd, 16 eller 16 a,
- c) unnlater å etterkomme pålegg etter § 24 og § 25,
- d) gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,
- e) bryter forsegling foretatt i medhold av § 25, eller
- f) overtrer forskrift i medhold av § 14.

Er en overtredelse av § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 6 år anvendes. Ved avgjørelse av om særdeles skjerpene omstendigheter foreligger, skal det legges vekt på om overtredelsen har vært søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om den har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen for øvrig.»

Konkurranseloven hjemler altså ikke ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven. Loven har heller ikke bestemmelser som hjemler ledelseskarantene.

Straffebestemmelsen i § 32 annet og tredje ledd er altså den eneste muligheten til å reagere mot fysiske personer som overtrer (eller medvirker eller forsøker på overtredelse av) konkurranseloven. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er ansvar for fysiske personer et avgjørende element for at lovens forpliktelser blir etterlevd.<sup>23</sup>

Hva gjelder håndhevingen av den nåværende konkurranseloven, har Konkurransetilsynet opplyst at kun *to saker* er blitt anmeldt til påtalemyndigheten. I disse to sakene er det ikke blitt ilagt straff. Det medfører at det siden 2004 er ingen fysiske personer blitt holdt strafferettslig ansvarlig for overtredelser av konkurranseloven. Det er en tidsperiode på 19 år.

Det kan være en sammensatt forklaring på at straff som sanksjon ikke er benyttet siden loven trådte i kraft. Beviskravet i straffesaker er høyere enn ved ileggelse av forvaltningssanksjon. En sentral forklaring synes likevel å være at en trussel om straff virker klart negativt inn på lempingsinstituttet. Det gjelder for det første i konkrete saker hvor det er aktuelt med hel eller delvis lemping av

---

<sup>23</sup> Punkt 5.2.

overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10, jf. §§ 30 og 31.<sup>24</sup> Det er ganske klart at personer som har kjennskap til overtredelser av § 10, og som selv har vært involvert vil være tilbakeholdne med å «stå frem» hvis en konsekvens kan bli at vedkommende blir straffet personlig, og i ytterste konsekvens må sone en ubetinget fengselsstraff.<sup>25</sup> For det annet vil bruk av straff overfor personer som har kontaktet Konkurransetilsynet i forbindelse med lemping gi et uheldig signal til andre som kan vurdere å kontakte tilsynet om lemping.

Det kan nevnes at fra tiden før konkurranseloven av 2004, ble det i perioden 1986 til 2002 anmeldt 39 saker til påtalemyndigheten som gjelder overtredelser av prisloven eller konkurranseloven.

Utvalget som forberedte ny konkurranselov uttalte:

«I perioden 1986 til 2002 ble det anmeldt 39 saker til påtalemyndigheten som gjelder overtredelser av prisloven eller konkurranseloven ... Fem av sakene ble henlagt av påtalemyndigheten. Åtte av sakene er helt eller delvis behandlet av domstolene. Det ble avsagt dom om bøter i fem av tilfellene, mens tre av sakene endte med hel eller delvis frifinnelse. Ni anmeldelser er fremdeles under etterforskning. Resten av sakene er avsluttet med bøter vedtatt ved forelegg. Dette vil si at det er anvendt straff for overtredelse av prisloven/konkurranseloven i 22 saker i angjeldende periode. Fengselsstraff har hittil ikke blitt benyttet i saker etter prisloven/konkurranseloven. Ved utmåling av bøtestraff kommer de alminnelige strafferettslige reglene til anvendelse. I de sakene der det er ilagt personlige bøter, utgjorde bøkene fra kr. 5.000 til kr. 120.000 med en subsidiær fengselsstraff normalt på en dag per kr. 1.000.»<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Nærmere punkt 5.7.

<sup>25</sup> I NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 51 påpekes det at usikkerhet for fysiske personer om de vil kunne bli straffeforfulgt i forbindelse med henvendelse om lemping vil svekke lempingsordningens effektivitet. Det fremheves også at den som kontakter Konkurransetilsynet i forbindelse med lempning bør ha forutberegnelighet omkring spørsmålet om mulig personlig straffansvar. For å øke effektiviteten av lempingsordningen foreslo utvalget at personlig straffansvar skulle bortfalle for nåværende og tidligere ansatte samt styremedlemmer i foretak som oppfylte vilkårene for hel lemping. Departementet gikk imidlertid ikke videre med dette forslaget, se Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven s. 51. Det ville etter departementets syn være galt å innføre en ordning som innebærer at personer som har begått alvorlig økonomisk kriminalitet, går fri. Det ville stride mot kriminalpolitiske hensyn og avvike fra norsk strafferett ellers. Departementet foreslo i stedet en ny bestemmelse i konkurranseloven om at det personlige straffeansvaret ved brudd på konkurranseloven ble gjort betinget av en formell påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet med mindre påtale kreves av sterke allmenne hensyn.

<sup>26</sup> NOU 2003:12 s. 113-114.

I denne perioden var handlingspliktene i konkurranseloven utelukkende straffesanksjonert. Konkurransetilsynet hadde ikke hjemmel til å ilegge foretak overtredelsesgebyr. Loven åpnet for to typer reaksjoner; tvangsmulkt og vinningsavståelse.<sup>27</sup>

For denne utredningens formål må det konkluderes med at etter konkurranseloven av 2004 er kun to fysiske personer blitt anmeldt til påtalemyndigheten for overtredelser av konkurranseloven. Ingen fysiske personer er blitt ilagt straff.

---

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 106.

### 3. EØS-rettslige rammer og begrensinger

Et spørsmål som må avklares, er om og eventuelt hvilke rammer og begrensinger EØS-retten setter for innføring av overtredelsesgebyr mot fysiske personer og ledelseskarantene for overtredelse av konkurranselovens handleplikter.

ODA-protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2 regulerer hvilke skranker EØS-konkurranseretten oppstiller for nasjonal regulering av konkurranseretten:

«Anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning kan ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen, men som ikke begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av en rettsakt om anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3. Denne rettsakt skal ikke hindre EFTA-statene i å vedta og anvende strengere nasjonal lovgivning på sitt territorium som forbyr eller ilegger sanksjoner for foretakets ensidige adferd.»<sup>28</sup>

Som det fremgår her, knytter det seg begrensinger kun til de materielle reglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Artikkel 53 regulerer konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, mens artikkel 54 gjelder utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. EØS-retten setter således ikke begrensinger for hvordan reaksjoner og sanksjoner ved overtredelse av konkurransereglene utformes.

Det kan for øvrig nevnes at det samme er situasjonen i EU. Det følger av rådsforordning 1/2003 artikkel 3, jf. fortalen avsnitt 8 og 9.<sup>29</sup> Overtredelser av konkurranselovens handleplikter sanksjoneres på forskjellig vis i EU-landene. I punkt 5.4 nedenfor gjøres det undersøkelser av utenlandsk rett på dette punktet.

---

<sup>28</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtala) fra 2. mai 1992, protokoll 4 kapittel II. Bestemmelsen gjør Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gjennomførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82, EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1–25 artikkel 3 til en del av EØS-avtalen, og er i norsk rett gjennomført ved EØS-konkurranseloven § 7. Se nærmere Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund: «Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?», Tidsskrift for forretningsjus, 2015 s. 54-76.

<sup>29</sup> Nærmere Richard Whish/David Bailey: Competition Law, Tenth Edition, Oxford 2021 s. 78.



## **4. Konstitusjonelle og folkerettslige begrensinger og rammer**

### **4.1. Innledning**

Ved vurdering av om det bør innføres en adgang for Konkurransetilstnet til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven må de begrensinger og rammer som følger av Grunnloven respekteres. Det samme gjelder begrensinger og rammer som måtte følge av de folkerettslige konvensjoner som er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven § 2. Av de inkorporerte konvensjonene, er det Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) som har praktisk betydning for temaet i denne utredningen, jf. også mandatet. Det fremgår av menneskerettsloven<sup>30</sup> § 3 at bestemmelser i de inkorporerte konvensjoner ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Det er derfor nødvendig på lovgivningsnivå å sikre så godt som mulig at det ikke utformes lover som er i strid med EMK. En plikt til å iaktta EMK ved utforming av lovgivning følger også av EMK artikkel 1.

Det kan også nevnes at de begrensinger og rammer for lovgivning og rettsanvendelse som følger av EMK, også gjelder for EU-retten. EUs charter om fundamentale rettigheter artikkel 52 nr. 3 slår fast: «In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.»

Det fremgår av mandatet at utredningen særlig skal drøfte om en innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven kan medføre utfordringer for vernet mot tvungen selvinkriminering i EMK artikkel 6 nr. 1 og forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4. Videre fremgår det av mandatet at det skal utredes hvilket beviskrav som vil gjelde ved ileggelse av overtredelsesgebyr, samt hvilket skyldkrav som vil gjelde.

I punkt 4.2 klarlegges det i hvilken grad rettighetene i Grunnloven og EMK kommer til anvendelse ved ileggelse av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene. I punkt 4.3 drøftes retten til frihet fra selvinkriminering etter EMK artikkel 6 nr. 1. I punkt 4.4. er temaet hvilket beviskrav som vil gjelde ved ileggelse av overtredelsesgebyr mot fysiske personer. I punkt 4.5 drøftes hvilken betydning forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 har for temaet. I punkt 4.6

---

<sup>30</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

drøftes om og eventuelt hvilke begrensinger og rammer som følger av vernet av «possessions» i EMK protokoll 1 artikkel 1.

## **4.2. Nærmere om overtredelsesgebyr og ledelseskarantene**

### **4.2.1. Innledning**

Ved vurderingen av konstitusjonelle og folkerettslige begrensinger og rammer, har det stor betydning om forvaltningstiltaket som en overtredelse møtes med, er straff etter Grunnlovens straffebegrep og EMKs straffebegrep. Hvis så skulle være tilfellet, må flere rettssikkerhetsgarantier tilfredsstilles. Spørsmålet i det videre er først om ileggelse av overtredelsesgebyr utgjør straff etter Grunnlovens og EMKs straffebegrep (4.2.2). Deretter drøftes det om ledelseskarantene er straff etter de samme regler (4.2.3).

### **4.2.2. Overtredelsesgebyr**

Det karakteristiske ved overtredelsesgebyr er at forvaltningen pålegger en lovovertræder eller noen som hefter for lovovertræderen (en person eller et foretak), å betale et pengebeløp til det offentlige på grunn av lovovertrædelsen.<sup>31</sup> Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon, jf. forvaltningsloven § 43. Bestemmelsens annet ledd slår fast: «Med administrativ sanksjon menes en negativ reaksjon som kan ilegges av et forvaltningsorgan, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon.» Det er ikke tvilsomt at ileggelse av overtredelsesgebyr, herunder overfor fysiske personer for overtredelser av handlingsplikter i konkurranseloven, er å anse som straff etter EMKs straffebegrep.<sup>32</sup> Det medfører at de rettssikkerhetsgarantiene som drøftes nedenfor (punkt 4.3 til 4.5) må iakttas ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranselovens bestemmelser.

Er ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer straff etter straffebegrepet i Grunnloven § 96? De sentrale rettskildene er Rt. 2014 s. 620, forarbeidene til kapitlet om administrative sanksjoner i forvaltningsloven,<sup>33</sup> og forarbeidene til endringer i konkurranseloven.<sup>34</sup> Ut fra det som

---

<sup>31</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 81

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117; Prop. 75 L (2012-2013) s. 63-64. Prop. 62 L (2015-2016) s. 81.

<sup>33</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 27. Se også NOU 2003:15 Fra bot til bedring s. 57-58.

<sup>34</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 63.

her fremkommer, må spørsmålet besvares benektende. Kravet om ileggelse av sanksjon kun ved dom, jf. Grunnloven § 96 kommer dermed ikke til anvendelse. I og med at overtredelsesgebyr klart er et inngrep etter legalitetsprinsippet, gjelder kravet om tilstrekkelig klar hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Kravet iakttas nedenfor hvor det fremsettes forslag om utforming av lovbestemmelser for ileggelse av overtredelsesgebyr.<sup>35</sup>

#### **4.2.3. Forbud mot å ha ledelsesfunksjon (ledelseskarantene)**

Det fremgår av mandatet at det skal utredes om det er aktuelt å ilegge andre reaksjoner mot fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven, for eksempel ledelseskarantene.

Forbud mot å ha ledelsesfunksjon er en reaksjon eller sanksjon som går ut på at myndigheten forbyr en fysisk person å ha en ledelsesfunksjon i en juridisk person. Tiltaket kalles også ledelseskarantene. Tiltaket benyttes i en rekke lover på ulike reguleringsområder.<sup>36</sup>

Ledelseskarantene kan utformes både som en reaksjon (forvaltningstiltak) og en sanksjon. Dersom et vilkår for ileggelse av ledelseskarantene er at den fysiske personen som innehar ledelsesfunksjonen er «uengnet» eller «usikkert» til å inneha slik funksjon, vil ledelseskarantene ikke anses som en sanksjon. Tiltaket vil da heller ikke anses som straff etter EMKs og Grunnlovens straffebegreper.<sup>37</sup> Det er da tale om en fremadrettet reaksjon, som har som formål å forhindre for fremtiden at den som innehar en ledelsesfunksjon ikke er egnet/skikket til det. At begåtte straffbare handlinger eller på annen måte sanksjonerte handleplikter kan være sentrale for vurderingen av egnetheten eller skikketheten, fører normalt ikke til at reaksjonen anses som straff etter EMK.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Punkt 7.3.

<sup>36</sup> Nærmere punkt 7.4.2.

<sup>37</sup> Bl.a. Rt. 2004 s. 1343; NOU 2016: 27 Ny lovgivning mot hvitvasking og terrorfinansiering II s. 172; Prop. 40 L (2017-2018) Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) s. 155-156.

<sup>38</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 93: Departementet er ikke kjent med praksis fra Høyesterett eller EMD som har konkludert med at det er straff etter EMK så lenge det må skje en selvstendig vurdering av om innehaveren av tillatelsen er egnet eller skikket til å drive den aktiviteten eller virksomheten som tillatelsesordningen gjelder.»

Hvis et vilkår for ileggelse av ledelseskarantene ikke er manglende egnethet/skikkethet, men at vedkommende har overtrådt lovens handleplikter, vil ledelseskarantene bli ansett som en sanksjon, som også gjennomgående vil være straff etter EMKs straffebegrep.<sup>39</sup>

Nedenfor anbefales det at en bestemmelse om ledelseskarantene utformes slik at et vilkår er at vedkommende er uegnet til å ha ledelsesfunksjon.<sup>40</sup> Når en bestemmelse om ledelseskarantene utformes slik, vil ledelseskarantene ikke være straff, verken etter EMKs eller Grunnlovens straffebegrep. Rettssikkerhetsgarantiene i punkt 4.3 til 4.5 kommer dermed ikke til anvendelse.

### **4.3. Retten til å forholde seg taus og ikke å måtte bidra til egen domfellelse (retten til frihet fra selvinkriminering), jf. EMK artikkel 6 nr. 1**

#### **4.3.1. Innledning**

Spørsmålet i det følgende er hvilke begrensinger og rammer som følger av retten til å forholde seg taus og ikke å måtte bidra til egen domfellelse ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven.

Konkurranseloven § 24 har slik ordlyd:

«Enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne oppfylle Norges folkerettslige avtaler med en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist både fra enkelte og fra grupper av foretak og kan nedtegnes og lagres som lydopptak.

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

Opplysninger som kreves etter første og annet ledd, kan gis uten hinder av den lovbestemte taushetsplikt som ellers påhviler skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet.

---

<sup>39</sup> NOU 2016: 27 s. 172-173; Prop. 62 L (2015-2016) s. 92-94.

<sup>40</sup> Punkt 7.4.2.

Første og annet ledd gjelder selv om det er besluttet bevissikring etter § 25.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler for opplysningsplikt og gransking.»

Bestemmelsens første ledd oppstiller en vid (tilnærmet ubegrenset) plikt for «enhver» til å gi opplysninger, både muntlig og skriftlig. Annet ledd gir en like omfattende plikt til å utlever alle typer informasjon og bærere av slik informasjon. Overtredelser av disse pliktene kan møtes både med overtredelsesgebyr (§ 29 første ledd bokstav c) og straff (§ 32 første ledd bokstav c).

Forskriftshjemmelen i femte ledd er benyttet i forskrift om opplysningsplikt og bevissikring.

Forskriftens § 4 har overskriften (i)informasjon om selvinkrimineringsvernet», og har slik ordlyd:

«Før det opptas muntlig forklaring som ledd i Konkurransetilsynets undersøkelse av mulig brudd på konkurranseloven, skal vedkommende foretak eller person informeres om vernet mot selvinkriminering.»

Forskriftens § 4 viser at det gjelder et vern mot selvinkriminering ved gjennomføring av opptak av «muntlig forklaring» i tilfeller hvor Konkurransetilsynet gjennomfører «undersøkelse av mulig brudd på konkurranseloven». Det må legges til grunn at informasjonsplikten også gjelder når det opptas muntlig forklaring som ikke tas opp. Bestemmelsen viser at det gjelder et selvinkrimineringsvern når det innhentes muntlige forklaringer. Ut over dette, presiseres ikke rekkevidden og innholdet av selvinkrimineringsvernet nærmere.

Det er ikke grunn til å anta at vernet etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g eller etter Grunnloven § 95 går lenger enn vernet etter EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>41</sup> Undersøkelsen i det videre begrenser seg derfor til hvilken betydning retten til å forholde seg taus og til ikke å bidra til egen domfellelse etter EMK artikkel 6 nr. 1 har for adgang til ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer som overtrer handleplikter i konkurranseloven.

I det følgende undersøkes selvinkrimineringsvernets rekkevidde og innhold overfor fysiske personer. Først rettes fokus mot norsk rett (4.3.2), før innholdet i EMK-retten klarlegges (4.3.3).

---

<sup>41</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 123.

### 4.3.2. Norsk rett

Ved en lovendring i 2016<sup>42</sup> fikk forvaltningsloven et nytt kapittel IX om administrative sanksjoner. I kapitlet finner vi forvaltningsloven § 48, som har overskriften «orientering om taushetsrett mv.), som slik ordlyd: «I sak om administrativ sanksjon skal forvaltningsorganet gjøre parter som det er aktuelt for, oppmerksom på at det kan foreligge en rett til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Orienteringsplikten gjelder ikke der parten må antas å være kjent med at det kan foreligge en slik rett.»

Bestemmelsen gjelder «parter som det er aktuelt for», altså både fysiske personer og juridiske personer. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment å gi uttrykk for en mer generell veiledningsplikt om at en part etter omstendighetene kan ha en rett til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter til et forvaltningsorgan.<sup>43</sup> Videre uttales det: «Loven forutsetter med dette at det finnes visse regler om rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander, men er ikke ment å uttrykke noe mer presist om rekkevidden av den bakenforliggende retten. Rekkevidden av retten beror på andre rettsregler. I saker om administrative sanksjoner vil det i de fleste tilfellene være EMK artikkel 6 nr. 1 som er grunnlaget for rettighetene.»<sup>44</sup> Det er etter dette klart at den nærmere rekkevidden og innholdet i retten til å forholde seg taus ved illeggelse av overtredelsesgebyr må fastlegges med grunnlag i EMK-retten.

---

<sup>42</sup> Lov 27. mai 2016 nr. 15 om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner).

<sup>43</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 210.

<sup>44</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 202. Se også s. 140: «Departementet ønsker, ut fra den begrunnelsen som er gitt foran, heller ikke å lovfeste noen annen generell bestemmelse om et slikt vern som strekker seg lenger enn det som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. Dersom det i forvaltningsloven skal lovfestes en regel om vern mot å bidra til selvininkriminering i informasjonsinnhentingsfasen, bør det lovfestes en bestemmelse som gir uttrykk for et tilsvarende vern som det som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. En slik lovfesting kan ha informasjonsverdi og bidra til at forpliktelsene etter EMK artikkel 6 nr. 1 følges opp i praksis. På den annen side må bestemmelsen utformes slik at den tar høyde for den til enhver tid gjeldende praksis fra EMD.»

### 4.3.3. EMK-retten

#### a) Innledning

Vernet mot selvinkriminering i konteksten illeggelse av overtredelsesgebyr aktualiseres i to tilfeller. For det første om det er i samsvar med EMK å ilegge straff eller overtredelsesgebyr i de tilfeller en fysisk person ikke etterkommer en lovbestemt plikt til å fremskaffe opplysninger.<sup>45</sup> For det annet oppstår spørsmål om bevis innhentet i strid med retten til å forholde seg taus kan benyttes som bevis i en etterfølgende sak om illeggelse av overtredelsesgebyr (bevisavskjæring).<sup>46</sup>

Rekkevidden og innholdet i retten til frihet fra selvinkriminering etter EMK-retten bygger på avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Ved klarleggingen av hvilke begrensninger og rammer selvinkrimineringsvernet etter EMK-retten legger på adgangen til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven, skal først selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde klarlegges (b). Deretter undersøkes vernet mot å bli ilagt sanksjoner for ikke å gi muntlige opplysninger ©.

Det kan være krevende å angi de presise grensene for rekkevidden av selvinkrimineringsvernet i forvaltningssaker, herunder dets rekkevidde ved tolkingen av konkurranseloven § 24.<sup>47</sup> I tillegg kommer at praksis fra EMD ikke har fulgt en fast linje over lang tid. Et fellestrekk er at EMD har gått fra å oppstille nokså firskårne regler for rettighetene etter EMK artikkel 6, til i større grad å operere med et relativisert vern.<sup>48</sup>

Den 4. oktober 2022 avsa EMD dom i saken *Legé mot Nederland*.<sup>49</sup> Dommen har stor prejudikatsverdi.<sup>50</sup> Den klargjør og presiserer anvendelsesområdet for selvinkrimineringsvernet ved

---

<sup>45</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 136.

<sup>46</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 141.

<sup>47</sup> Likedan Prop. 62 L (2015-2016) s. 141: «Hvor langt taushetsretten og vernet mot utlevering strekker seg etter EMK artikkel 6 nr. 1, beror på en skjønnsmessig vurdering der en rekke forhold spiller inn. Skjønnnet må utøves fra sak til sak ... Samlet er rekkevidden av taushetsretten, som en begrensning i opplysningsplikten, vanskelig å beskrive».

<sup>48</sup> Jon Petter Rui: «Retten til en rettferdig rettergang anno 2017», *Jussens Venner*, 2017 s. 123-184 på s. 129-131.

<sup>49</sup> Sak nr. 58342/15.

<sup>50</sup> Dommen er merket med «importance level» 1. Nivå 1 betyr av dommen har «high importance». EMD gir dommer denne beskrivelsen når de «make a significant contribution to the development, clarification or modification of the case law, either generally or to a particular State». et fåtall dommer plasseres på nivå 1.

ileggelse av forvaltningssanksjoner (bokstav b nedenfor). Dommen gjør det samme hva gjelder vernet mot sanksjonert plikt til å gi muntlige opplysninger (bokstav c nedenfor).

### ***b) Anvendelsesområde***

Faktum i Legé var korthet som følger: Nederlandske skattemyndigheter hadde mottatt opplysninger fra sine belgiske kolleger om at en rekke nederlandske statsborgere hadde eller hadde hatt kontoer i en bank i Luxembourg. I tillegg var det opplysninger om balansen på kontoene den 21. desember 1994, den 5. september 1996 og den 28. november 1996. Luxembourg hadde på denne tiden streng banksekretteselovgivning. Den var til hinder for at utenlandske skattemyndigheter fikk informasjon om kunder og kontoforhold, med mindre kontoholder samtykket. Opplysningene var fremkommet ved at opplysningene var blitt stjålet fra banken i Luxembourg, Belgiske myndigheter var kommet i besittelse av opplysningene i forbindelse med en etterforskning av straffbare forhold.

Nederlandske skattemyndigheter skrev til klager og opplyste at de hadde igangsatt en undersøkelse av nederlandske skattyteres kontoforhold i utlandet, samt at det hadde vist seg at klager hadde eller hadde hatt en eller flere bankkontoer i utlandet, som han ikke hadde opplyst om i skattemeldingen. Klager ble anmodet om å opplyse om enhver tidligere og/eller eksisterende bankkonto som han hadde og/eller hadde hatt etter 31. desember 1994. I tillegg ble han anmodet om å oversende kopier av alle kontoutskrifter («bank statements») for disse kontoene i perioden 1. januar 1995 til 31. desember 2000. Det ble vist til at klager etter nederlandsk skattelovgivning var forpliktet til å gi disse opplysningene.

Klager svarte skattemyndighetene at det var «sufficiently known» at henvendelsen fra skattemyndighetene ville resultere i endringsligning og bot («tax fines»). Ileggelse av tilleggsskatt ville medføre at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 kom til anvendelse. Klager opplyste at opplysningene ikke kunne fremskaffes uten hans samarbeid, og at det på ingen måte var klart at den informasjonen skattemyndighetene bad om, eksisterte.

Skattemyndighetene svarte at de hadde opplysninger om at klager hadde hatt kontoforhold. De hadde også opplysninger om innestående på kontoene på ulike datoer i perioden 1994 til 1996. Med grunnlag i denne informasjonen samt statistiske opplysninger ville skattemyndighetene gjennomføre en endringsligning. Det ville også bli ilagt bot på 100% av det oppjusterte beløpet fordi klager forsettlig hadde brutt sin opplysningsplikt overfor skattemyndighetene. Hvis klager



derimot gav de etterspurte opplysningene, ville boten bli redusert til 50%. Hvis han klaget på skattemyndighetenes beregning (men gav opplysningene), kunne boten settes til 75 %.

Klager svarte ikke. Skattemyndighetene stevnet da klager for en sivil domstol for å få rettens kjennelse på at klager hadde opplysningsplikt. Etter å ha hørt partene, besluttet retten at klager hadde plikt til å etterkomme skattemyndighetens anmodning om å gi opplysninger innen 14 dager. Hvis ikke, måtte klager betale dagsbøter på 5000 euro, oppad begrenset til 50.000 euro. Klager anket ikke. Like etter fremla han opplysninger om at han og hans ektefelle hadde hatt en bankkonto i banken i Luxembourg etter 31. desember 1994. Han la også frem bankutskrifter og andre opplysninger som skatteetaten hadde anmodet om.

Videre i den nasjonale prosessen ble boten noe redusert, men klager fikk ikke medhold i at ileggelsen av boten for brudd på opplysningsplikten var i strid med selvinkrimineringsvernet. Klager tok saken til EMD, og påstod krenkelse av selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1 var krenket. Han anførte at han på grunn av ileggelse og trussel om bøter var blitt tvunget til å fremlegge dokumenter som viste at han hadde en utenlandsk bankkonto.

EMD innledet med å presisere anvendelsesområdet for selvinkrimineringsvernet. *Først* ble det uttalt at ileggelse av tilleggsrett og bot innenfor skatteforvaltningssystemet «differ from the hard core of criminal law for the purposes of the Convention, and that, consequently, the guarantees of Article 6 under its criminal head will not necessarily apply with their full stringency».<sup>51</sup> Konkret betyr det at rettssikkerhetsgarantiene som EMD har oppstilt for straffesaker, ikke håndheves like strengt i saker om forvaltningssanksjoner. Domstolen har tidligere kommet med lignende uttalelser ved presisering av andre EMK-garantier enn selvinkrimineringsvernet.<sup>52</sup> Det er også grunn til å merke seg at domstolen understreket det samme i storkammerdommen *Vegotex International S.A. mot Belgia*.<sup>53</sup> Som vi skal se, er det ikke tvil om at det selvinkrimineringsvernet som EMD har oppstilt for forvaltningssanksjoner går klart kortere, enn det som er tilfellet for rene straffesaker.

---

<sup>51</sup> Avsnitt 62.

<sup>52</sup> *Jussila mot Finland*, saksnummer 73053/01, storkammerdom 23. november 2006 avsnitt 43; *A og B mot Norge*, saksnummer 24130/11 og 29758/11, storkammerdom 15. november 2016 avsnitt 133.

<sup>53</sup> Saksnummer 49812/09, storkammerdom 3. november 2022 avsnitt 76.

For det *annet* er det et vilkår for at selvinkrimineringsvernet skal komme til anvendelse at klager «have been subject to some form of coercion or compulsion by the authorities».<sup>54</sup> Vilåret var oppfylt i foreliggende sak.<sup>55</sup>

For det *tredje* er et vilkår «either that compulsion must have been applied for the purpose of obtaining information which might incriminate the person concerned in pending or anticipated criminal proceedings against him or her, or the case must concern the use of incriminating information compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution».<sup>56</sup> Også dette vilåret var oppfylt i foreliggende sak.<sup>57</sup> I relasjon til illeggelse av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven skal følgende bemerkes:

Selvinkrimineringsvernet kommer ikke til anvendelse før tidligst når det er «anticipated» at det vil kunne bli sak om illeggelse av overtredelsesgebyr. Ved vurdering av om vilåret er oppfylt vil formålsbestraktninger være avgjørende. Hvis Konkurransetilsynet har mistanke om at det foreligger overtredelse av konkurranseloven, og tilsynet krever fremlagt opplysninger i medhold av konkurranseloven § 24, er dette vilåret oppfylt.<sup>58</sup>

For det *fjerde* uttaler EMD at selvinkrimineringsvernet «does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing».<sup>59</sup> Dette betyr for Konkurransetilsynets vedkommende at selvinkrimineringsvernet ikke har noen innvirkning på adgangen til bevissikring etter konkurranseloven § 25.

EMD presiserer så anvendelsesområdet for selvinkrimineringsvernet «and coercion to supply documents in the content of financial law matters».<sup>60</sup> Etter å ha gjennomgått tidligere praksis, gjøres

---

<sup>54</sup> Avsnitt 65.

<sup>55</sup> Avsnitt 83.

<sup>56</sup> Avsnitt 65.

<sup>57</sup> Avsnitt 83.

<sup>58</sup> Simeonovi mot Bulgaria, saksnummer 21980/04, storkammerdom 12. mai 2017 avsnitt 110-111.

<sup>59</sup> Avsnitt 67.

<sup>60</sup> Avsnitt 69.

følgende *femte* presisering av anvendelsesområdet for selvinkrimineringsvernet: Fremtvingelse av dokumenter ved bruk av straffesanksjonert opplysningsplikt «in financial law matters» «does not fall within the scope of protection of the privilege against self-incrimination where the authorities are able to show that the compulsion is *aimed at obtaining specific pre-existing documents* – thus, documents that have not been created as a result of the very compulsion for the purpose of the criminal proceedings – *which documents are relevant for the investigation in question and of whose existence those authorities are aware*. That situation is to be distinguished from the situation where the authorities attempt to compel an individual to provide the evidence of offences he or she has allegedly committed by forcing him or her to supply documents which *they believe must exist, although they are not certain of it* ... The latter situation the Court has described as ‘fishing expeditions’» (mine kursiveringer).<sup>61</sup>

Opp mot det konkrete faktum i saken la EMD til grunn at det var tale om «pre existing documents». Videre hadde skattemyndigheten tilstrekkelig kunnskap til at dokumentene eksisterte. Det var ikke slik at myndighetene var på noen «fiskeekspedisjon» da de krevde dokumentene fremlagt. Siden bruken av sanksjonert opplysningsplikt derfor falt utenfor selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde, konkluderte EMD med at det ikke forelå krenkelse.

I de tilfeller Konkurransetilsynet benytter konkurranseloven § 24 til å få en fysisk person til å fremskaffe dokumenter, vil disse fem presiseringene måtte legges til grunn. Når presiseringene legges til grunn, vil det ikke skje krenkelser av selvinkrimineringsvernet ved bruk av § 24. Hvis plikten til å fremskaffe dokumenter ikke etterkommes, kan vedkommende ilegges overtredelsesgebyr eller straff, uten at det reiser noen problemer opp mot selvinkrimineringsvernet.

***c) Innholdet og rekkevidden av vernet mot sanksjonert plikt til å gi opplysninger eller å fremskaffe opplysninger eller dokumenter***

Hvis vilkårene ovenfor er oppfylt, kommer selvinkrimineringsvernet til anvendelse. Rettigheten er ikke absolutt, men relativ. Det overordnede vurderingstemaet er om bruken av tvang (sanksjonert opplysningsplikt) «extinguish her ‘very essence’ of the privilege, that is to say, to determine the manner in which the overall fairness of the proceedings was affected. For this purpose, it will be necessary to have regard, in turn, to the factors ... the nature and degree of compulsion used to

---

<sup>61</sup> Avsnitt 76.

obtain the evidence; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.»<sup>62</sup>

Vurderingtemaet her er knyttet til selve bruken av bevis innhentet ved bruk av straffesanksjonert opplysningsplikt. For Konkurransetilsynet vil det være bruken av opplysninger som faller inn under anvendelsesområdet for selvinkrimineringsvernet i sak om overtredelsesgebyr. Hva gjelder det første momentet, «the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence», vil det ha betydning hvor stor sanksjon den fysiske personen er forespeilet eller ilagt for å gi opplysninger. Bruk av straff vil gjennomgående være et større pressmiddel enn overtredelsesgebyr. Størrelsen på beløpet vil også ha betydning. Ved vurdering av det andre momentet, «the existence of any relevant safeguards in the procedure», vil det ha betydning om den fysiske personen som ilegges overtredelsesgebyr gis adgang til kontradiksjon om de opplysningene som er fremtvunget. Det vil også ha betydning om personen er tvunget til å forklare seg generelt om alle mulige forhold, eller om tvangen har vært begrenset til bestemte bevisemaer. Det tredje momentet «the use to which any material so obtained is put» refererer seg til hvor sentralt det fremtvungne beviset er for å ilegge overtredelsesgebyr. Hvis det fremtvungne beviset er det eneste eller det avgjørende (at overtredelsesgebyr ikke kunne ha blitt ilagt uten beviset), vil det trekke klart i retning av at selvinkrimineringsvernet er krenket. Er det derimot et mindre viktig bevis, taler det for at «the very essence» av selvinkrimineringsforbudet ikke er krenket.

Hva gjelder fremtvingelse av *mundlige opplysninger* etter konkurranseloven § 24 første ledd, vil en vurdering opp mot denne normen sannsynligvis sjelden komme på spissen. Grunnen er at det følger av forskriften § 4 at «(f)ør det opptas muntlig forklaring som ledd i Konkurransetilsynets undersøkelse av mulig brudd på konkurranseloven, skal vedkommende foretak eller person informeres om vernet mot selvinkriminering.» Når Konkurransetilsynet informerer fysisk person før vedkommende avgir forklaring, og vedkommende samtykker i å forklare seg, reiser det ikke noen problemer opp mot selvinkrimineringsvernet. Kun i de tilfeller en fysisk person skulle nekte å forklare seg, og vedkommende ilegges en sanksjon, vil det bli et spørsmål om selvinkrimineringsvernet kan være krenket, jf. normen ovenfor. At en fysisk person ikke forklarer seg i sak om overtredelsesgebyr har imidlertid ingen innvirkning på gyldigheten av et vedtak om overtredelsesgebyr.

---

<sup>62</sup> Avsnitt 78.

Hva gjelder bruk av § 24 til å fremtvinge fremleggelse av *dokumenter* overfor fysisk person, må momentene ovenfor iakttas. Som nevnt ovenfor, kommer ikke rettssikkerhetsgarantiene etter EMK artikkel 6 (herunder selvinkrimineringsvernet) «with their full stringency» i saker om forvaltningssanksjon. det skal sannsynligvis en god del til i de tilfellene selvinkrimineringsvernet kommer til anvendelse for at Konkurransetilsynet krenker «the very essence» av vernet ved å kreve fremleggelse av dokumenter overfor fysisk person i medhold av konkurranseloven § 24.

Når disse begrensingene og rammene respekteres, er ikke vernet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6 nr. 1 til hinder for å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

#### **4.4. Uskyldspresumsjonen, jf. EMK artikkel 6 nr. 2, beviskrav**

Det fremgår av mandatet at det skal utredes hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer.

Et hovedspørsmål er om og eventuelt hvilket beviskrav som gjelder etter uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer etter konkurranseloven. Som nevnt ovenfor er ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven straff etter straffebegrepet i EMK artikkel 6 nr. 2. Høyesterett har lagt til grunn i flere avgjørelser at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av forvaltningssanksjoner som er straff etter straffebegrepet i EMK artikkel 6. Den første avgjørelsen er Rt. 2007 s. 1217. Spørsmålet var her om vedtak om tidsbegrenset tilbakekall av ervervstillatelse etter deltakerloven § 11 annet ledd bokstav e), jf. tredje ledd var straff etter EMK artikkel 6, og hvilket beviskrav som i så tilfelle gjaldt ved ileggelse av sanksjonen. Høyesterett kom til at sanksjonen var straff etter artikkelen.<sup>63</sup> På bakgrunn av en analyse av praksis fra EMD kom Høyesterett til at det måtte gjelde et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av en forvaltningssanksjon som er straff etter EMK artikkel 6s straffebegrep.<sup>64</sup> Det er grunn til å merke seg at det ikke forelå noen avgjørelser fra EMD som uttrykkelig krevde klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av forvaltningssanksjoner som er straff etter EMK artikkel 6. Grunnlaget for Høyesteretts konklusjon var at det for ordinære straffesaker gjelder et krav etter EMK artikkel 6 nr. 2 om at faktum må være bevist ut over enhver rimelig tvil. Men siden EMD i enkelte avgjørelser ikke hadde oppstilt like strenge rettssikkerhetsgarantier som i

---

<sup>63</sup> Avsnitt 47.

<sup>64</sup> Avsnitt 63-66.

rene straffesaker, kom Høyesterett til at et krav om klar sannsynlighetsovervekt ville være i samsvar med EMK artikkel 6 nr. 2.<sup>65</sup> Denne rettsoppfatningen ble også lagt til grunn i Rt. 2008 s. 1409.<sup>66</sup> Saken gjaldt ileggelse av ordinær tilleggsskatt.

I Rt. 2011 s. 910 var spørsmålet om gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, jf. konkurranseloven § 11. Her viste Høyesterett til Rt. 2008 s. 1409, og uttalte at beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven var klar sannsynlighetsovervekt. Også Rt. 2012 s. 1556 var spørsmålet om et vedtak truffet av Konkurransetilsynet om ileggelse av overtredelsesgebyr var ugyldig. Her var det truffet vedtak om overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10. Høyesterett uttalte om beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr: «Etter mitt syn har Høyesterett i storkammer avgjort at det helt generelt følger av EMK artikkel 6 at det for administrative sanksjoner som etter artikkelen har karakter av straff, må oppstilles et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det følger riktignok av flertallets begrunnelse i storkammerdommen at hvor strengt beviskravet er, må vurderes konkret for hvert enkelt rettsområde og sanksjon. Men det fremgår av dommen at kravet til bevis ikke kan være lavere enn klar sannsynlighetsovervekt.»

Forarbeidene til endringen av konkurranseloven uttales med grunnlag i rettspraksis at med Rt. 2012 s. 1556 er beviskravet for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven avklart.<sup>67</sup> Departementet valgte imidlertid ikke å lovfeste beviskravet. Én grunn var at det ikke er tradisjon i norsk rett for å lovfeste beviskrav. I tillegg uttalte departementet at «beviskravet i norsk konkurranserett bør følge rettstilstanden i EU/EØS og praksis fra EMD om EMK artikkel 6 nr. 2. Siden dette er dynamiske rettsområder mener departementet at det er lite hensiktsmessig å utforme et statisk beviskrav i norsk konkurranserett gjennom lovfesting».<sup>68</sup>

Etter min vurdering er det ikke gitt at det er verken nødvendig og riktig å operere med et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av forvaltningssanksjoner som er straff etter EMKs

---

<sup>65</sup> Avsnitt 66.

<sup>66</sup> Avsnitt 105.

<sup>67</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 67.

<sup>68</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 68.

straffebegrep, herunder overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Kravet om klar sannsynlighetsovervekt for forvaltningssanksjoner som er straff etter straffebegrepet i EMK artikkel 6 ble som nevnt innført i Rt. 2007 s. 1217. Det rettskildemessige fundament og grunnlag for kravet om klar sannsynlighetsovervekt var en analyse av EMDs praksis. På tidspunktet for analysen var det ingen avgjørelser fra EMD som uttrykkelig hadde uttalt at det gjaldt et slikt krav om klar sannsynlighetsovervekt. I 2014 kom imidlertid en dom fra EMD hvor ett av spørsmålene var hvilket beviskrav som gjaldt ved ileggelse av tilleggs�katt.<sup>69</sup> Klager anførte at et vedtak om ileggelse av tilleggs�katt krenket uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 fordi beviskravet etter svensk lovgivning var sannsynlighetsovervekt,<sup>70</sup> men fikk ikke medhold. EMD uttalte:

«The Court has examined similar complaints in previous Swedish cases on tax-related matters (see, for instance, Janosevic, cited above, §§ 99–104, and Carlberg, cited above, §§ 56–57). It has concluded that the Swedish system operates with a presumption – which is acceptable in principle, if applied reasonably proportionate to the aim – that inaccuracies found during a tax assessment are due to an inexcusable act attributed to the taxpayer and that it is not manifestly unreasonable to impose tax surcharges as a penalty for that act. The individual is not left without means of defence. He or she may lodge a challenge against the Tax Agency’s tax assessment in court which, if successful, will have an automatic effect on the surcharges. He or she may also put forward grounds for a reduction or exemption of the surcharges themselves. Furthermore, regard must be had to the financial interests of the State in tax matters. A system of taxation principally based on information supplied by the taxpayer would not function properly without some form of sanction against the provision of incorrect or incomplete information, imposed according to standardised rules. In the Court’s view, *provided that the courts make a nuanced assessment in the individual case as to the grounds for imposing as well as exempting the surcharges, the fact that the level of proof required for the imposition of surcharges is the same as the level required for the fixing of the tax itself does not involve a breach of Article 6*» (min kursivering).<sup>71</sup>

EMD er her etter min mening klar på at det ikke gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av tilleggs�katt. Siden tilleggs�katt er en forvaltningssanksjon som er straff etter EMK

---

<sup>69</sup> Lucky Dev mot Sverige, saksnummer 7356/10, dom 27. november 2014.

<sup>70</sup> Avsnitt 66.

<sup>71</sup> Avsnitt 67.

artikkel 6, må det samme gjelde også for andre typer forvaltningssanksjoner som er straff etter EMK artikkel 6, herunder ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Det er grunn til å merke seg at i foreliggende sak var det en fysisk person som var ilagt forvaltningssanksjonen. Rettsoppfatningen i Lucky Dev er også lagt til grunn i andre avgjørelser fra EMD.<sup>72</sup>

Om man legger til grunn rettsoppfatningen i Lucky Dev, faller altså det rettskildemessige grunnlaget for å operere med et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av forvaltningssanksjoner som er straff etter EMK artikkel 6 bort.<sup>73</sup> Det kan derfor vurderes om man bør fastholde et krav om klar sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Det som taler mot, er at et krav om klar sannsynlighetsovervekt ikke følger av EMK artikkel 6 nr. 2. Når det rettskildemessige grunnlaget for at Høyesterett har oppstilt et slikt beviskrav er falt bort, har Høyesteretts avgjørelser begrenset prejudikatsverdi. I tillegg kommer at lovgiverviljen klart har vært at det ikke skal gjelde et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Konkurranselovutvalget foreslo at beviskravet skulle være klar sannsynlighetsovervekt.<sup>74</sup> Departementet var ikke enig i dette. I forarbeidene ble det blant annet uttalt at «(d)et foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke».<sup>75</sup> Flertallet i stortingskomiteen sluttet seg til dette synet.<sup>76</sup> Ytterligere et forhold som taler for ikke å operere med et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr, er at det sannsynligvis ikke gjelder et

---

<sup>72</sup> Shibendra Dev mot Sverige, saksnummer 7362/10, avvisningsavgjørelse 21. oktober 2014 avsnitt 55;

<sup>73</sup> Lignende NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov s. 263: «Det kan også nevnes at EMD i saken Lucky Dev mot Sverige aksepterte en ordning der tilleggsskatt ble ilagt på grunnlag av et krav om sannsynlighetsovervekt. Den aktuelle ordningen hadde visse likhetstrekk med reguleringen Høyesterett i storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s.1409 fastslo ikke var forenlig med konvensjonen. Det kan derfor stilles spørsmål ved om Høyesterett har innfortolket strengere krav til uskyldspresumsjonen etter EMK artikkel 6 enn det som praktiseres av EMD.»

<sup>74</sup> NOU 2003:2 Ny konkurranselov s. 131.

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

<sup>76</sup> Innst. O. nr. 50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og b) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv. s. 41. Se også Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 37.



slikt skjerpet beviskrav innenfor EU-retten.<sup>77</sup> En videre drøftelse av denne problemstillingen ligger utenfor denne utredningens mandat.

På den annen side har nå kravet om klar sannsynlighetsovervekt «festnet seg» i rettspraksis og rettsanvendelsen.

For denne utredningens formål kan det konkluderes med at det ikke vil reise noen problemer opp mot det beviskrav som følger av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven. Et krav om klar sannsynlighetsovervekt ligger i alle tilfeller med god margin innenfor det som kreves av EMK artikkel 6 nr. 2.

#### **4.5. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, jf. EMK protokoll 7 artikkel 4**

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 forbyr ny straffeforfølgning av et forhold som allerede er endelig avgjort. Straffebegrepet i artikkelen er sammenfallende med straffebegrepet i EMK artikkel 6.<sup>78</sup> Det medfører at ileggelse av overtredelsesgebyr har sperrende effekt mot en senere straffeforfølgning av samme faktiske handling.

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning krever imidlertid at den første og den andre forfølgningen er rettet mot samme subjekt (subjektiv rettskraft, subjektiv identitet).<sup>79</sup> Det medfører at en endelig frifinnelse eller domfellelse, eller vedtak om sanksjon som er straff etter straffebegrepet i EMK artikkel 6 (herunder overtredelsesgebyr etter konkurranseloven) mot en fysisk person, ikke er til hinder for en ny forfølgning rettet mot en juridisk person (herunder aksjeselskap, enkeltpersonsforetak og ansvarlig selskap/selskap med delt ansvar).<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Nærmere Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 100-110 med videre henvisninger til dommer fra EU-domstolen og litteratur. Forordning 1/2003 artikkel 5 har regler om bevisbyrde, men sier ikke noe om beviskravet. At forordningen ikke regulerer beviskravet fremgår av fortalen avsnitt 5: «This Regulation affects neither national rules on the standard of proof nor obligations of competition authorities and courts of the Member States to ascertain the relevant facts of a case, provided that such rules and obligations are compatible with general principles of Community law.» Se nærmere Whish/Bailey 2021 s. 263.

<sup>78</sup> A og B mot Norge, saksnummer 24130/11; 29758/11, storkammerdom 15. november 2016 avsnitt 105-107.

<sup>79</sup> Nærmere Jon Petter Rui: Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, Oslo 2009 s. 489-493 med videre henvisning til praksis fra EMD.

<sup>80</sup> Op. cit.

Dette medfører at ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysisk person, ikke vil være til hinder for ileggelse av overtredelsesgebyr mot juridisk person etter at vedtak om overtredelsesgebyr mot fysisk person er blitt endelig (og *vice versa*). Den eneste potensielle utfordringen forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, er at det til en viss grad vil begrense adgangen til straffeforfølgning av samme fysiske person som allerede er ilagt vedtak om overtredelsesgebyr, og vedtaket er endelig. Ut fra det som er identifisert ovenfor om i praksis ikke eksisterende straffeforfølgning av fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven over ganske mange år, vil dette ikke være et problem i praksis. Om straffeforfølgning av fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven skulle øke i omfang, vil samarbeid mellom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten forebygge at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning skaper problemer. Til forskjell fra eksempelvis skatteforvaltningsområdet, er det her ikke tale om et masseforvaltningssystem.

Konklusjonen er at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 ikke begrenser eller setter rammer av praktisk betydning for innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven.

#### **4.6. Forholdet til vernet av «possessions», jf. EMK protokoll 1 artikkel 1**

EMK protokoll 1 artikkel 1 (P1-1) slår fast: «Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions.» Den franske, likestilte språkversjonen av artikkelen bruker termen «biens». Den engelske og franske ordlyden viser at det ikke bare er tradisjonell eiendomsrett til fast eiendom som er den vernede interesse. Det avgjørende er om det er tale om en beskyttelsesverdig rettslig posisjon, eller et rettslig gode. EMD har slått fast at begrepet «possessions» er autonomt, og at det omfatter mer enn eiendomsrett over fysiske gjenstander.<sup>81</sup> P1-1s materielle anvendelsesområde er altså ikke begrenset til formelt eierskap eller til rettigheter over fast eiendom og løsøre.

Det følger av EMDs praksis at ileggelse av bøter i prinsippet vil utgjøre et inngrep i «possessions», fordi boten fratrar borgeren en del av hans eiendom, nærmere bestemt det beløp som betales.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Gaus Dosier und Fördertechnik GmbH mot Nederland, søkenummer 15375/89), dom 23. februar 1995 avsnitt 53.

<sup>82</sup> Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 4. udgave, København 2017 s. 1253 med videre henvisninger.

Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden i EMK P1-1, følger det av lang og sikker praksis fra EMD at følgende vilkår må være oppfylt for at en inngrep i «possessions» skal stå seg: Inngrepet må ha et klart rettsgrunnlag, det må forfølge et legitimt formål, og det må være forholdsmessig.<sup>83</sup>

EMK binder statens myndigheter, herunder lovgiver, jf. EMK artikkel 1. Det medfører at lovgiver ved innføring av bøtesanksjoner må iaktta at lovbestemmelser om bøters størrelse ikke er i strid med EMK P1-1. Lovgiver er den primære vurderer av forholdsmessighet, domstolene har en subsidiær og tilbaketrukket kontrollfunksjon.

Når det er sagt, er det på det rene at lovgiver har en vid skjønnsmargin på området for vern av «possessions generelt, og ved illeggelse av bøter spesielt. Det er bare i helt ekstreme tilfeller at EMD har konkludert med krenkelse fordi en bot er ansett som et uforholdsmessig inngrep i retten til «possessions».<sup>84</sup>

Ileggelse av overtredelsesgebyr er en bot, og da et inngrep i «possessions», jf. EMK P1-1- Kravet om forholdsmessighet og overtredelsesgebyrets størrelse drøftes nedenfor i punkt 7.2. Det er en viss tvil om illeggelse av ledelseskarantene anses som et inngrep i «possessions».<sup>85</sup> I alle tilfeller bør en hjemmel om illeggelse av ledelseskarantene ikke utformes slik at den vil kunne gi uforholdsmessige reaksjoner. Kravet om forholdsmessighet ved utforming av en bestemmelse om ledelseskarantene behandles i punkt 7.3.

---

<sup>83</sup> Bl.a. *Beyeler mot Italia*, søkenummer 33202/96, storkammerdom 5. januar 2000 avsnitt 108-114. Se også Henrik Jorem: «Eiendomsvernet i EMK», *Jussens Venner*, 2021 s. 79-112 på s. 91-95 og Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter 1. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*, Bergen 2022 s. 358 med videre henvisninger.

<sup>84</sup> Nærmere *Kjølbrot* 2017 s. 1253-1254 med videre henvisninger.

<sup>85</sup> Nærmere *op.cit.* s. 1196 og s. 1242 med videre henvisninger.

## **5. Bør konkurranseloven ha hjemmel til å illegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven?**

### **5.1. Innledning**

Det fremgår av mandatet at det skal foretas en avveining mellom behovet for mest mulig effektiv håndhevelse av konkurranseloven og hensynet til borgernes rettssikkerhet og forutsigbarhet.

Utredning står i tillegg fritt til å ta opp andre relevante problemstillinger.

Det skal altså gjennomføres en bred rettspolitisk vurdering av om Konkurransetilsynet bør ha hjemmel til å anvende to nye rettslige tiltak overfor fysiske personer som overtrer konkurranseloven, nærmere bestemt overtredelsesgebyr og ledelseskantene.

I punkt 5.2 er temaet i hvilken grad prevensjonshensyn taler for innføring av slike regler. I punkt 5.3 drøftes forholdmessigheten av å innføre overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer som overtrer konkurranseloven. Ved rettspolitiske vurderinger er det relevant å se hen til hvordan tilsvarende spørsmål er løst i andre rettssystemer. I punkt 5.4 gjøres det undersøkelser av utenlandsk rett, og i punkt 5.5 internasjonale rekommendasjoner. I punkt 5.6. klarlegges bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskantene mot fysiske personer i annen forvaltningsrettslig reguleringslovgivning. I punkt 5.7 drøftes det hvilken betydning illeggelse av overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer kan ha for dynamikken i forhandlinger om lemping. I punkt 5.8 trekkes noen konklusjoner.

### **5.2. Prevensjonshensyn**

Det fremgår av mandatet at straffeforfølgning på konkurranseområdet i liten grad varetar allmennpreventive hensyn overfor fysiske personer.

Etter min vurdering er utsagnet korrekt. I det følgende gjøres noen presiseringer og konkretiseringer av betydningen av prevensjonshensyn opp mot muligheter for å reagere overfor og sanksjonere fysiske personer for overtredelser av konkurranseloven. Bruk av reaksjoner og sanksjoner er ikke et mål i seg selv, men et middel for å nå et mål. Prevensjon går ut på at personer på grunn av reaksjoner og sanksjoner avstår fra å begå lovbrudd. Hvis det begås lovbrudd, skades de rettsgodene som er beskyttet i loven. Målet med å fokusere på å få personer til ikke å begå lovbrudd, er dermed å beskytte samfunnsinteresser, som vedkommende lovgivning beskytter.

Forarbeidene til forvaltningslovens kapittel om administrative sanksjoner fremhever at «administrative sanksjoner, liksom straff, i første rekke kan begrunnes med individual- og allmennpreventive hensyn».<sup>86</sup>

Siden det bare er fysiske personer som kan handle eller unnlate å handle, er det avgjørende for at regler skal ha preventiv effekt at fysiske personer kan holdes ansvarlig for overtredelse av lovbestemmelser. Riktignok gir lovverket adgang til å sanksjonere juridiske personer. I strafferetten er foretaksstraff hjemlet i straffeloven<sup>87</sup> § 27. I forvaltningsrettslig reguleringslovgivning finnes det tallrike bestemmelser som hjemler illeggelse av forvaltningssanksjoner overfor foretak, herunder konkurranseloven § 29. Både konstruksjonen av foretaksstraff og forvaltningmessig sanksjonering av foretak går ut på at foretaket holdes ansvarlig for handlinger eller unnlater *som er begått av fysiske personer på vegne av foretaket*. Foretaksstraffen og forvaltningssanksjoner rettet mot foretak skal altså påvirke atferden til fysiske personer som handler på vegne av foretaket.

Ved foretaksstraff og forvaltningssanksjoner rettet mot foretak, er det imidlertid slik at overtredelsen formelt tilordnes foretaket, og ikke de fysiske personene som har handlet på vegne av foretaket. I tillegg er det foretaket som ilegges den økonomiske sanksjonen. Det er etter dette på det rene at bruk av sanksjoner mot foretak er en *indirekte* måte å gå frem på for å få fysiske personer til å avstå fra lovbrudd. Siden den fysiske personen ikke holdes direkte ansvarlig, og det er foretaket som må betale den økonomiske sanksjonen, vil sanksjonering av foretak ha en klart begrenset preventiv effekt, sammenlignet med om den fysiske personen ble holdt direkte ansvarlig. Et annet forhold som kan svekke foretakssanksjoneringens preventive effekt, er at fysiske personer ikke avstår fra lovbrudd, fordi de vet at om lovbruddet bli avdekket, er det foretaket som holdes ansvarlig og må betale (ikke de personlig). I et system med foretakssanksjon, og hvor det *de facto* ikke skjer sanksjonering av fysiske personer, vil foretaket holdes ansvarlig og måtte betale for overtredelser som klart er begått av fysiske personer. Dette kan benevnes som uriktig tilordning av ansvar.

I tillegg kommer følgende: Foretaket vil på sin side kunne dekke inn bøtene gjennom prising av sine varer. På konkurranserettens område er det klart at en slik praksis medfører at sanksjonering av

---

<sup>86</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 76.

<sup>87</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

foretak faktisk kan ramme de samfunnsinteresser som regelverket skal beskytte,<sup>88</sup> noe som selvfølgelig er uakseptabelt.

Dette viser at hvis et sanksjonsregelverk skal ha preventiv virkning, er det ikke tilstrekkelig å operere med sanksjonering av foretak. Det er nødvendig også å holde fysiske personer ansvarlige for lovovertridelser for å få dem til å avstå fra å skade samfunnsinteressene som beskyttes i loven.

Det er derfor ikke overraskende at departementet i forarbeidene til lovendringer som ble gjort for å effektivisere konkurranseloven drøfter prioritering av personstraff ved overtridelser av konkurranseloven. Departementet konkluderer slik: «Departementet mener at en økt bruk av straff vil virke avskrekkende på personer som vurderer å bryte konkurranseloven. Departementet vil derfor effektivisere sanksjons- og lempningsreglene ved å sikre at personstraff blir en reell trussel for individer som har vært aktive i ulovlig atferd, samtidig som foretaket og andre ansatte kan være trygge på at en lempnings søknad ikke skaper fare for straffeforfølgning.»<sup>89</sup>

Fokus på ansvar for fysiske personer for overtridelse av konkurranseloven er en tendens i andre rettssystemer. I Danmark ble bøte- og fengselsstraffen for overtridelse av forbudt mot kartellvirksomhet vesentlig skjerpet i 2012. Begrunnelsen var å oppnå større preventiv virkning, og dermed bedre beskyttelse mot de skadevirkningene kartellvirksomhet har.<sup>90</sup>

I Storbritannia ble det i 2002 vedtatt to bestemmelser som skjerpet det personlige ansvaret for overtridelser av konkurranselovgivningen. Den ene foreskrev straff på inntil fem år og/eller ubegrenset bøtestraff for kartellvirksomhet. Den andre bestemmelsen hjemlet ledelseskantene («company directors bein disbarred from office») på inntil 15 år hvis de visste eller burde ha visst at foretaket var skyldig i overtridelser av konkurranselovgivningen.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Whish/Bailey 2021 s. 446.

<sup>89</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 56.

<sup>90</sup> LFF 2012-10-26 nr. 41 Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og straffeloven (Indførelse af fængselsstraff i kartelsager, forhøjelse af bødeniveauet, straflempe, ændrede sagsprocesser mv.) punkt 2.11.2 og 2.12.

<sup>91</sup> Whish/Bailey 2021 s. 446.

I amerikansk rett, og i en rekke andre rettssystemer brukes straff mot fysiske personer (først og fremst mot kartellvirksomhet) for å øke forbudets preventive virkning.<sup>92</sup>

Som nevnt ovenfor, har straffebestemmelsen i konkurranseloven § 32 ikke vært håndhevet siden nåværende konkurranselov ble vedtatt i 2004. Det er ikke holdepunkter for at det vil endre seg. Det er dermed klart at det viktigste middelet, å avskrekke fysiske personer fra å overtre konkurranselovens bestemmelser, ikke er til disposisjon. Innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven vil etter all sannsynlighet bli benyttet. Dermed er det på det rene at hensynet til prevensjon med styrke taler for å innføre bestemmelser om sanksjoner og reaksjoner mot fysiske personer for overtredelse av konkurranselovens bestemmelser.

### 5.3. Forholdsmessighet

#### 5.3.1. Innledning

Krav om forholdsmessighet er grunnleggende ved ethvert statlig inngrep. Som nevnt ovenfor er statens ileggelse av overtredelsesgebyr et inngrep i retten til «possessions etter EMK P1-1. Det er da et vilkår for at inngrepet skal være legitimt at det er forholdsmessig. Ved vurderingen av forholdsmessighet vurderer det om inngrepet varetar et *legitimt formål*, om det er *egnet* til å vareta det legitime formålet, om det er *nødvendig og proporsjonalt*.<sup>93</sup> Som også påpekt ovenfor, har staten en vis skjønnsmargin ved utforming av bestemmelser om overtredelsesgebyr (og bruk av bestemmelsene). Det er bare i helt ekstreme tilfeller at en bot vil kunne bli ansett som uforholdsmessig av EMD, og dermed en krenkelse av artikkelen.<sup>94</sup>

Imidlertid fungerer forholdsmessighetsprinsippet også som en sentral kriminal- og sanksjonspolitisk retningslinje når lovgiver vurderer og utformer handlingsnormer og sanksjonsregler. Innenfor strafferetten benyttes kriminaliseringsprinsippene.<sup>95</sup> Det er stor grad av sammenfall mellom kriminaliseringsprinsippene og forholdsmessighetsprinsippet.

---

<sup>92</sup> Op.cit. s. 446-447 med videre henvisninger.

<sup>93</sup> Punkt 4.7.

<sup>94</sup> Punkt 4.7.

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 88-93.

Det første kriminaliseringsprinsippet er skadefølgeprinsippet. Ifølge forarbeidene er kjernen i prinsippet at «bruken av straff må være rasjonell og human. Individene bør i størst mulig grad kunne handle fritt, og straff bør bare brukes når tungtveiende hensyn taler for det».<sup>96</sup>

Frihetsinteressen og beskyttelsen av frihetssfæren etableres her som den høyeste verdi, og et klart utgangspunkt ved vurdering av kriminalisering. Det fremholdes videre at «den mest grunnleggende konsekvensen av skadefølgeprinsippet er at man bør avkriminalisere - og i hvert fall ikke nykriminalisere - handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade».<sup>97</sup>

Dersom man ser dette i lys av kravene til forholdsmessighet, nærmere bestemt den første komponenten i forholdsmessighetsprinsippet, angis det her at det overordnede *legitime formål* ved bruk av straff, er å forhindre skade eller fare for skade.

I tillegg til presiseringer om hva som er og ikke er legitime formål ved en kriminalisering, etableres «to tilleggsvilkår» for bruk av straff; at andre, tilstrekkelige virkemidler ikke finnes, og at straff er hensiktsmessig.<sup>98</sup> Hva gjelder det første tilleggsvilkåret, omtales det som at straff bare bør benyttes som en siste utvei. Kriminalisering bør være av subsidiær karakter, og bare brukes hvor andre sanksjoner mot lovbrudd ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.<sup>99</sup> Dette tilsvarer forholdsmessighetsprinsippet tredje komponent, som er at et inngrep *ikke må gå lengre enn nødvendig*.<sup>100</sup>

Ved omtalen av hensiktsmessighetsvilkåret, angis ressurshensyn som et hensyn som taler mot kriminalisering, nærmere bestemt at straff ikke bør brukes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis.<sup>101</sup> Dette tilsvarer et aspekt av forholdsmessighetsprinsippet annen komponent, nemlig at et inngrep må være *egnet* til å vareta det legitime formålet.

---

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 89.

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 89.

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92.

<sup>99</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 92.

<sup>100</sup> Likedan NOU 2019:26 Rusreform - fra straff til hjelp s. 248.

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 93.



Som nevnt ovenfor, oppstilles varetakelse av individets frihetssfære som den overordnede verdi. Ut fra de begrensinger som her er påvist, følger forholdsmessighetsvurderingens fjerde komponent; at bruk av straff må fremstå som proporsjonalt *strictu sensu*.<sup>102</sup> Noe liknende fremhves ved omtalen av kravet om hensiktsmessighet, nærmere bestemt at «en handling bare bør kriminaliseres dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene».<sup>103</sup> Det som fremkommer i forarbeidene om prinsipper for kriminalisering, fikk i all hovedsak tilslutning ved Stortingets behandling av lovsaken.<sup>104</sup>

Det kan etter dette legges til grunn at lovgiver har gitt uttrykk for at frihetsinteressen er den overordnede interessen ved kriminalisering. Inngrep i frihetsinteressen ved kriminalisering må bygge på en vurdering av om kriminaliseringen har et legitimt formål, og den er egnet til å vareta det legitime formålet, at den ikke må gå lengre enn nødvendig og være proporsjonal *strictu sensu*.<sup>105</sup>

Det er etter dette ikke overraskende at kravet om forholdsmessighet er et sentralt utgangs- og omdreiningspunkt i Justis- og beredskapsdepartementets drøftelser og anbefalinger om bruk av administrative reaksjoner og sanksjoner.<sup>106</sup> Komponentene i forholdsmessighetsvurderingen (legitimt formål, egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet) brukes også i anbefalingene.<sup>107</sup> Det er dermed stor grad av sammenfall mellom kravet til forholdsmessighet og departementets drøftelser og anbefalinger om bruk av administrative reaksjoner og sanksjoner.

---

<sup>102</sup> Likedan NOU 2019:26 s. 248.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 93.

<sup>104</sup> Innst. O. nr. 72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff s. 16-17.

<sup>105</sup> Likedan NOU 2019:26 s. 247-248: Strafflegging, som innebærer at staten er beredt til å påføre sine innbyggere en tilsiktet lidelse, må derfor ha en 'solid begrunnelse'. Det enkelte straffebud må følgelig ha et identifisert formål, og det må vises hvordan strafflegging er egnet til å oppnå dette formålet på en slik måte at straffens menneskelige og økonomiske kostnader rettferdiggjøres. I dette ligger at byrdene ved bruk av straff må stå i et rimelig forhold til straffens tilsiktede virkninger.» Nærmere om kriminaliseringsprinsippene Thomas Frøberg: «Prinsippstyring av strafferettspolitikken», Kritisk Juss, 2010 s. 38-63.

<sup>106</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 43: «Med bakgrunn i de absolutte straffeteoriene er det vanlig å oppstille et krav om forholdsmessighet som begrensende prinsipp for kriminalisering og bruk av straff, se NOU 2003: 15 punkt 4.2.4 og punkt 4.4. Et slikt krav er relevant også ved innføring og bruk av administrative sanksjoner.» Se også s. 44, s. 45, s. 53, s. 54.

<sup>107</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 83 (legitimt formål), s. 53 (egnet), s. 52 (nødvendighet), s. 54 (proporsjonalitet).

For å gjennomføre en fyllestgjørende og mest mulig oversiktlig og strukturert rettspolitisk vurdering av mandatets hovedsprsmål, vil utredningen i det følgende ta utgangspunkt i de fire komponentene i forholdsmessighetsvurderingen. Justis- og beredskapsdepartementets retningslinjer og anbefalinger hensyntas underveis i drøftelsen.

### **5.3.2. Det legitime formålet med å reagere overfor overtredelser av konkurranseloven**

Det er på det rene at sanksjonering av overtredelser av konkurranseloven bygger på et legitimt formål. Bestemmelsene i konkurranseloven har som formål å beskytte helt sentrale samfunnsinteresser.<sup>108</sup> For å oppnå beskyttelse av disse samfunnsinteressene, er det nødvendig å ha reaksjoner og sanksjoner som i tilstrekkelig virker preventivt, og avskrekker fysiske personer mot å overtre bestemmelsene.<sup>109</sup>

### **5.3.3. I hvilken grad er overtredelsesgebyr og ledelseskarantene rettet mot fysiske personer et egnet formål for å sanksjonere overtredelser av konkurranseloven?**

Et vurderingstema ved vurderingen av om et inngrep er forholdsmessig er om og eventuelt i hvilken grad det er egnet til å vareta det legitime formålet. Justis- og beredskapsdepartementet peker flere steder i sine anbefalinger på at egnetheten er et sentralt kriterium.<sup>110</sup>

Departementet påpeker i anbefalingene at «(r)espekten for straff kan svekkes dersom det finnes hjemmel for straff og denne ikke benyttes, samtidig som heller ikke andre sanksjoner eller egnede reaksjoner mot lovbrudd anvendes. Denne negative effekten er neppe den samme hvis grunnen til at en straffehjemmel ikke nyttes er at en annen egnet hjemmel for sanksjoner eller andre reaksjoner nyttes i stedet, for eksempel ved at det ilegges overtredelsesgebyr eller at tillatelsen til å drive en virksomhet trekkes tilbake, selv om tilbaketrekkingen ikke kan sies å være pønalt begrunnet».<sup>111</sup>

Videre uttales det: «Utvalget legger til grunn at en forutsetning for å gjøre en overtredelse straffbar bør være at straffbare handlinger i praksis blir søkt avdekket og straffetrusselen håndhevet. Poenget kan generaliseres, slik at det også omfatter administrative sanksjoner. Det vesentlige for å oppnå

---

<sup>108</sup> Punkt 2.2.

<sup>109</sup> Punkt 5.2.

<sup>110</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 53: «Det blir naturlig nok spørsmål om hvilket virkemiddel som er best egnet til å nå formålet» (uttalt i relasjon til om straff eller administrativ sanksjon er best egnet). Se også s. 59.

<sup>111</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 50.

tilstrekkelig regeletterlevelse og for å forhindre at sanksjonssystemet kommer i miskreditt må være at enten straffetrusselen eller trusselen om administrativ sanksjon håndheves i det enkelte tilfellet.»<sup>112</sup>

Som nevnt ovenfor, er straffebestemmelsen i konkurranseloven § 32 ikke benyttet siden loven trådte i kraft i 2004. Det er 19 år. Konkurransetilsynet har anmeldt to saker, som ikke har endt med straffesanksjon. Det er ikke mulig å måle om og eventuelt i hvilken grad straffebestemmelsen har avskrekket fysiske personer fra å overtre konkurranseloven. Når straffebudet *de facto* ikke er håndhevet, kan det imidlertid legges til grunn at straffebestemmelsen i svært liten grad er egnet til å vareta det legitime formålet.

Derimot er en sannsynlig prognose at en bestemmelse som hjemler illeggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer og som håndheves av Konkurransetilsynet, i klart større grad vil bli benyttet i praksis. Samme prognose må kunne legges til grunn hva gjelder bruk av en bestemmelse som hjemler ledelseskarantene.

Det er etter dette klart at en vurdering av egnetheten av å innføre overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven klart taler for innføring av slike regler. Samtidig gir egnethetsvurderingen klare holdepunkter for i hvert fall som et utgangspunkt ikke å opprettholde kriminaliseringen av overtredelser av konkurranseloven i § 32.

#### **5.3.4. Er bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven *nødvendige* reaksjoner?**

Et vurderingstema ved vurderingen av om et inngrep er forholdsmessig er om det er nødvendig, nærmere bestemt om man kan oppnå det samme med et mindre inngripende virkemiddel. Hvis svaret på spørsmålet er ja, er inngrepet ikke nødvendig. Justis- og beredkapsdepartementet understreker nødvendighetskriteriet i sine anbefalinger: «Etter departementets syn bør en sentral retningslinje være at et mer inngripende virkemiddel ikke bør brukes hvis det samme målet kan nås med mindre inngripende tilgjengelige virkemidler. Dette gjelder både ved valget mellom bruk av sanksjoner og andre tiltak, og ved valget mellom straff og administrative sanksjoner.»<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 53. Se også s. 59.

<sup>113</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 52. Se også s. 59.

Straff er samfunnets strengeste reaksjon på en lovovertrødelse. Det er på det rene at bruk av administrativ sanksjon i form av overtrødelsesgebyr er mindre inngripende enn straff.<sup>114</sup> Det er også klart at bruk av ledelseskarantene, som ikke er en sanksjon, men en reaksjon etter dette forslaget, er mindre inngripende enn en forvaltningssanksjon. Ut fra den manglende håndhevelsen av straffehjemmelen i § 32 og prognosen om at bestemmelser om overtrødelsesgebyr og ledelseskarantene vil bli benyttet mer enn straff er blitt benyttet, er det klart at man faktisk vil oppnå mer med mindre inngripende tiltak enn straff. Dette taler med styrke for at en som utgangspunkt avkriminaliserer overtrødelsel av konkurranseloven,<sup>115</sup> og i stedet innfører bestemmelser overfor fysiske personer som hjemler overtrødelsesgebyr og ledelseskarantene.

### **5.3.5. Er bruk av overtrødelsesgebyr og ledelseskarantene overfor fysiske personer for overtrødelse av konkurranseloven *proporsjonale* reaksjoner?**

#### ***a) Innledning***

Det siste kriteriet ved vurderingen av om et inngrep er forholdsmessig, er om det er proporsjonalt. Vurderingen av proporsjonalitet skiller seg fra de tre øvrige komponentene. Ved vurderingen av legitimt formål, egnethet og nødvendighet, er fokuset rettet mot en vurdering av *inngrepet*. Man kan si at disse tre komponentene er minstekrav som stilles til det inngrep som vurderes iverksatt. Ved vurderingen av proporsjonalitet, veies statens legitime behov for inngrepet mot individets rettigheter. For at et inngrep skal være proporsjonalt, må statens legitime behov for inngrepet veie tyngre enn individets rettigheter. Justis- og beredkapsdepartementet viser til samme vurderingstema i sine anbefalinger. Det uttales at: «Et grunnleggende prinsipp ved utformingen av et system for administrative sanksjoner er at bruk av administrative sanksjoner både generelt og i det konkrete tilfellet må være rettssikkerhetsmessig forsvarlig.»<sup>116</sup> Det presiseres: «Det må i tillegg skje en konkret vurdering av hvordan rettssikkerheten kan ivaretas ut fra blant annet hvilket område en er på og dermed lovbruddets karakter, hvorvidt sakstypen reiser vanskelige rettslige spørsmål eller bevissspørsmål, den aktuelle sanksjonens karakter og omfang, andre virkninger som illeggelse av sanksjonen kan ha for den berørte, hvilket rom for utøvelse av skjønn som foreligger innenfor

---

<sup>114</sup> Nærmere punkt 7.4.2.

<sup>115</sup> Nærmere punkt 6.

<sup>116</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 54. Se også s. 59.

lovens rammer, hvem som typisk er pliktsubjekt og hvilke forutsetninger forvaltningsorganet har for å sikre en betryggende behandling av sakene.»<sup>117</sup>

***b) Statens legitime behov for innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer***

Det er ovenfor påvist at det ligger et sterkt legitimt formål bak behovet for å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelser av konkurranseloven. Videre er dagens sanksjonering i strafferettssystemet i svært liten grad egnet til å vareta det legitime formålet. Bruk av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven vil være klart mer egnet til å beskytte de samfunnsinteressene som konkurranseloven skal beskytte. Innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer er også mindre inngripende enn bruk av straff. Samtidig vil man med det mindre inngripende tiltaket (overtredelsesgebyr) faktisk oppnå mer, enn ved å benytte det mer inngripende virkemiddelet (straff).

Det må etter dette legges til grunn for proporsjonalitetsavveiningen at det foreligger svært tungtveiende interesser på statens hånd for innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskantene overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven.

***c) Betenkelighet for individet ved innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer***

Selv om bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskantene er mindre inngripende enn straff, er det på det rene at begge tiltakene representerer et klart inngrep overfor individet. Ileggelse av høye overtredelsesgebyrer vil være et markant inngrep i personens økonomi. Som nevnt ovenfor, er ileggelse av økonomiske sanksjoner å anse som et inngrep i personens «possessions», jf. EMK P1-1. Ileggelse av ledelseskantene er også et inngripende tiltak. Personen vil bli forhindret fra å ha ledelsesfunksjoner i et foretak over en lengre tidsperiode. Reaksjonen vil virke negativt på personens omdømme, og vedkommende kan få reduserte inntekter.

Et moment som generelt taler mot bruk av forvaltningstiltak og -sanksjoner, er at forvaltningsprosessen ikke tilbyr like sterke prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som straffeprosessen. Ved ileggelse av straff krever Grunnloven § 96 første ledd at straffen i

---

<sup>117</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 55.

utgangspunktet ilegges av en domstol. Et viktig unntak er adgangen til ileggelse av forelegg, jf. straffeprosessloven<sup>118</sup> § 255. Men hvis et forelegg ikke vedtas, er det påtalemyndigheten som må bringe saken inn for en domstol. Ved forvaltningsvedtak om overtredelsesgebyr, er det den som er ilagt overtredelsesgebyret som må bringe saken inn for domstolene i sivil rettergang, med påstand om at vedtaket er ugyldig. I tillegg kommer rettssikkerhetsgarantiene i straffeprosessloven til anvendelse. De gir gjennomgående bedre prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, enn det som gjelder i forvaltningsprosessen. Videre kommer de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 til anvendelse med full styrke. Blant annet gjelder det strange strafferettslige beviskravet: Det faktum som skal legges til grunn for domfellelse må bevises ut over enhver rimelig og fornuftig tvil. Forskjellene i de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene er kanskje det klareste argumentet mot innføring av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven. Justis- og beredskapsdepartementet gjør noen presiseringer av dette utgangspunktet. Det uttales at det ved vurderingen av rettssikkerhet for individet må skje «en konkret vurdering av hvordan rettssikkerheten kan ivaretas ut fra blant annet hvilket område en er på og dermed lovbruddets karakter, hvorvidt sakstypen reiser vanskelige rettslige spørsmål eller bevissspørsmål, den aktuelle sanksjonens karakter og omfang, andre virkninger som ileggelse av sanksjonen kan ha for den berørte, hvilket rom for utøvelse av skjønn som foreligger innenfor lovens rammer, hvem som typisk er pliktsubjekt og hvilke forutsetninger forvaltningsorganet har for å sikre en betryggende behandling av sakene».<sup>119</sup> Videre må det legges vekt på om forvaltningsorganet har tilstrekkelige ressurser til å kunne behandle sakene på en betryggende måte.<sup>120</sup>

Vurderinger av om konkurranselovens sentrale bestemmelser er overtrådt beror på komplekse faktiske, økonomiske og juridiske vurderinger. Det kreves stor grad av spesialisert og tverrfaglig kompetanse for å gjøre forsvarlige vurderinger. Dette er en situasjonsbeskrivelse man kjenner igjen fra andre forvaltningsområder, som eksempelvis håndhevelse av finansregulatorisk lovgivning og skattelovgivning. Norsk påtalemyndighet er i liten grad spesialisert. Riktignok har Økokrim spesialisering på etterforskning og irettføring av økonomisk kriminalitet. Ut fra Økokrims internettsider, er imidlertid konkurransekriminalitet ikke nevnt som et eget kriminalitetsområde. Erfaring fra andre rettsområder viser at Økokrim ved etterforskning og irettføring i ganske stor

---

<sup>118</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

<sup>119</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 55.

<sup>120</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 55.

utstrekning støtter seg på ekspertkompetansen som vedkommende forvaltningsorgan som har anmeldt saken har. Det må også tas i betraktning at Økokrim velger hvilke saker de vil ta inn. Det medfører at dersom Økokrim ikke tar inn en anmeldelse fra Konkurransetilsynet, må saken anmeldes til regional påtalemyndighet. Her vil det ikke være tilsvarende spisskompetanse på konkurranselovbrudd, som hos Konkurransetilsynet. Disse forholdene taler for at det på tross av bedre prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i straffespetret faktisk kan være flere rettssikkerhetsmessige ulemper med at påtalemyndigheten skal håndtere en sanksjonssak, sammenlignet med om Konkurransetilsynet gjør det.

Ut fra hensynet til rettssikkerhet er det også i utgangspunktet mer betenkelig å ilegge en fysisk person, enn en juridisk person overtredelsesgebyr i forvaltningsprosessen. I Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger for bruk av administrative sanksjoner nyanseres og presiseres også dette utgangspunktet:

«Rettsikkerhetshensyn veier tyngre jo mer alvorlige overtredelser og sanksjoner det er tale om. Mer alvorlige overtredelser begått av fysiske personer utenfor næringsvirksomhet, bør som utgangspunkt sanksjoneres strafferettslig, i alle fall hvis det skal kunne ilegges inngripende sanksjoner. Fysiske personer som opptrer utenfor næringsvirksomhet, bør i slike tilfeller som utgangspunkt ha tilgang til straffeprosessens rettssikkerhetsgarantier. Andre hensyn kan imidlertid veie tyngre. Også ved noe mer alvorlige overtredelser som forekommer i relativt stort omfang, finnes ordninger med overtredelsesgebyrer rettet mot fysiske personer. På noen områder kan administrativ forfølgning være avgjørende for å få til en tilstrekkelig effektiv håndheving og dermed en ordning som sikrer tilstrekkelig grad av lik oppfølging av ulike personer som er i myndighetenes søkelys som følge av lovbrudd. Ved overtredelser som skjer som ledd næringsvirksomhet, bør også fysiske personer, i likhet med foretak, kunne møtes med mer inngripende administrative sanksjoner ved alvorlige overtredelser.»<sup>121</sup>

Når man overfører disse anbefalingene til ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven, taler det for at overtredelsesgebyr overfor fysiske personer bør være et alternativ. Det er ingen tvil om at det er overtredelser som er begått i næringsvirksomhet.

---

<sup>121</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 55. Se også s. 83.

Hva gjelder ileggelse av ledelseskantene gjør de samme hensynene seg i noen grad tilsvarende anvendelse. Imidlertid foreslås det i utredningen at ledelseskantene utformes som en reaksjon, og ikke en sanksjon. Fratakelse av etablerte posisjoner på grunn av at vedkommende er uskikket til å inneha posisjonen er i større grad saker som er tillagt forvaltningen, enn sanksjonering av fysiske personer.

Et moment som i ganske stor grad understøtter at det er rettssikkerhetsmessig forsvarlig og proporsjonalt å innføre bestemmelser om overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer for overtredelser av konkurranselover, er at slik adgang er innført i en rekke andre lover.<sup>122</sup> Om man skulle legge til grunn at det er uproporsjonalt og rettssikkerhetsmessig uforsvarlig å innføre overtredelsesgebyr og ledelseskantene i konkurranselover, vil det medføre det samme for de tilsvarende reglene som er innført i annen lovgivning.

#### ***d) Avveining og konklusjon***

Det konkluderes med at innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer for overtredelse av konkurranselover er proporsjonalt.

Det er på det rene at kravene til proporsjonalitet også må iakttas ved den nærmere utformingen av bestemmelsene. Dette behandles nedenfor.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Punkt 5.6.

<sup>123</sup> Punkt 7.



## 5.4. Utenlandsk rett

### 5.4.1. Innledning

Ifølge mandatet skal det å kartlegges hvordan overtredelsesgebyr overfor fysiske personer er regulert i andre rettssystemer det er naturlig å sammenlikne med. I det følgende undersøkes også om disse rettssystemene åpner for illeggelse av ledelseskantene.

### 5.4.2. Danmark

I Danmark var det inntil nylig kun mulighet til å sanksjonere overtredelse av EU-konkurranseretten med straff. Ved en lovendring i 2021<sup>124</sup> ble ordningen med å brukes straff overfor virksomheter avløst av et system med «civile bøder». Det tilsvarer overtredelsesgebyr.

Straffansvar for fysiske personer som overtrer nærmere bestemte handleplikter ble beholdt. Det fremgår nå av konkurrenceloven § 23 Stk. 4:

«En fysisk person kan straffes med bøde for med forsæt eller ved grov uagtsomhed at have medvirket til, at en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning har overtrådt § 6 eller § 11 eller EUF-traktatens artikel 101 eller 102, jf. § 2, stk. 6. Straffen kan stige til fængsel indtil 1 år og 6 måneder, hvis personen har medvirket til, at en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning i strid med § 6, stk. 1, eller EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, har indgået en kartelaftale som nævnt i 3. pkt., og overtrædelsen er forsætlig og af grov beskaffenhed navnlig på grund af overtrædelsens omfang eller de skadevirkninger, den er egnet til at medføre. Ved en kartelaftale efter 2. pkt. forstås en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse mellem virksomheder i samme omsætningsled om

- 1) priser, avancer el.lign. for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser,
- 2) begrænsninger af produktion eller salg,
- 3) opdeling af markeder eller kunder eller
- 4) koordinering af bud.»

Samme bestemmelse Stk. 6 har følgende ordlyd:

«En fysisk person kan straffes med bøde for med forsæt eller ved grov uagtsomhed

---

<sup>124</sup> Lov 2021-02-15 nr. 207 om ændring af konkurrenceloven og straffeloven.

- 1) i efterfølgende beskæftigelse, lønnet eller ulønnet, at have behandlet verserende sager, hvor der er udsendt en meddelelse om betænkeligheder, jf. § 15 a, stk. 3, sager vedrørende fusioner, jf. kapitel 4, sager om bødelempelse eller om sanktionslempelse, jf. §§ 23 d-23 i, anke- og retssager vedrørende afgørelser efter loven og sager om indsigt i alle sådanne sager, som den pågældende har behandlet under sit virke i Konkurrencerådet eller ansættelse i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. § 14 a, stk. 2,
- 2) at have afgivet ukorrekte, ufuldstændige eller vildledende oplysninger som svar på et krav om oplysninger efter § 17, stk. 1, eller at have undladt at give oplysningerne inden for den fastsatte frist,
- 3) at have undladt at deltage i eller besvare spørgsmål under et interview, jf. § 17 a, eller
- 4) at have afgivet ukorrekte, ufuldstændige eller vildledende oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrenceankenævnet eller fortiet forhold af betydning for den sag eller sektorundersøgelse, jf. § 15 d, hvortil oplysningerne indhentes, uden at forholdet er omfattet af nr. 2.»

Den danske straffeloven § 299c har slik ordlyd:

«Med fængsel indtil 6 år straffes den, der under særlig skærpende omstændigheder indgår en kartelaftale omfattet af konkurrencelovens § 23, stk. 3. Som særlig skærpende omstændighed anses navnlig tilfælde, hvor overtrædelsen har haft et betydeligt omfang eller har været egnet til at medføre betydelig skade.»

Bestemmelsen kriminaliserer kartellvirksomhet. Skyldkravet er forsett. Ifølge forarbeidene forutsettes bestemmelsen ikke utelukkende brukt hvor strafferammen i konkurranseloven § 23 Stk. 4 ikke finnes tilstrekkelig. Det forutsettes at § 299c brukes i tilfeller hvor forholdet er så grovt at samfunnets reaksjon bør komme til uttrykk ved bruk av straffeloven i stedet for konkurranseloven. Det gjelder selv om den konkrete straffen ventes fastsatt til vesentlig mindre enn fengsel i 1 år og 6 måneder.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Thomas Elholm/Lasse Lund Madsen/Hanne Rahbek/Jens Røn: Kommenteret straffelov. Spesiell del, 12. udgave, København 2022 s. 784.

### 5.4.3. Finland

I finsk rett kan juridiske personer ilegges overtredelsesgebyr. Fysiske personer kan ikke ilegges overtredelsesgebyr.

Hva gjelder bruk av straff for overtredelse av konkurranseloven, gir finske konkurransemyndigheter følgende beskrivelse: «In addition, the Finnish Criminal Code (769/1990) includes a fraudulent offence that could be in theory applicable to certain bid-rigging cases. According to Section 1(1) of Chapter 36 in the Criminal Code “[a] person who, in order to obtain unlawful financial benefit for himself or herself or another or in order to harm another, deceives another or takes advantage of an error of another so as to have this person do something or refrain from doing something and in this way causes economic loss to the deceived person or to the person over whose benefits this person is able to dispose, shall be sentenced for fraud to a fine or to imprisonment for at most two years.” However, the possibility has never been utilized by the FCCA and the relevant Police authorities or tested in courts.»

Finsk rett åpner også for ileggelse av ledelseskantene: «Furthermore, according to the Finnish Act on Business Prohibitions (1059/1985), in order to prevent inappropriate and harmful business practices and to maintain trust towards business operations, it is possible to disqualify company directors from doing business. It has also been debated whether this prohibition could also be theoretically imposed on individuals that have participated for instance in cartel activities but the possibility has never been utilized by the authorities or tested in courts either. The process before ordering the prohibition is largely the same as in other criminal proceedings.»

### 5.4.4. Sverige

I svensk rett er overtredelse av konkurranseloven ikke kriminalisert. Overtredelsesgebyr kan bare ilegges juridiske personer.

Lag om näringsförbud<sup>126</sup> 7 § har overskriften «(n)äringsförbud på grund av överträdelse av konkurrensbestämmelser, og har slik ordlyd: «Den som har grovt åsidosatt sina skyldigheter i en näringsverksamhet där förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) eller artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt har överträtts på ett sätt som inneburit att företag i samma

---

<sup>126</sup> Utfärdad den 19 juni 2014, SFS 2014:836.

produktions- eller handelsled faststiller försäljningspriser, begränsar eller kontrollerar produktion eller delar upp marknader, ska meddelas näringsförbud, om ett sådant förbud är påkallat från allmän synpunkt.» Det fremgår av 3§ at bestemmelsen kommer til anvendelse overfor ledelsen i juridiske personer. Herunder omfattes ikke kun øverste ledelse, altså daglig leder, men også «verkställande direktör och vice verkställande direktör». Reaksjonen er en form for ledelseskarantene.

Når en juridisk person søker lemping, kan det også omfatte ledelseskarantene.

#### **5.4.5. Storbritannia**

I Storbritannia kan juridiske personer ilegges overtredelsesgebyr. Fysiske personer kan ikke ilegges overtredelsesgebyr.<sup>127</sup>

I 2002 ble det vedtatt to bestemmelser som skjerpet det personlige ansvaret for overtredelser av konkurranselovgivningen. Den ene foreskrev straff på inntil fem år og/eller ubegrenset bøtestraff for kartellvirksomhet. Den andre bestemmelsen hjemlet ledelseskarantene («company directors bein disbarred from office») på inntil 15 år hvis de visste eller burde ha visst at foretaket var skyldig i overtredelser av konkurranselovgivningen.<sup>128</sup> Frem til 18. januar 2021 var det blitt ilagt slik ledelseskarantene overfor 18 personer. Den lengste karanteneperioden var på 12 år.<sup>129</sup>

#### **5.4.6. Tyskland**

Etter den tyske konkurranseloven<sup>130</sup> § 81a kan juridiske personer ilegges overtredelsesgebyr for overtredelser av konkurranseloven. Det fremgår av konkurranseloven og den tyske forvaltnings sanksjonsloven (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)<sup>131</sup> §§ 9, 14 og 130 at også fysiske personer kan ilegges overtredelsesgebyr for overtredelser av bestemmelser i konkurranseloven. Fysiske personer som overtrer forbudet mot kartellvirksomhet kan ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 1 million euro.

---

<sup>127</sup> Which/Bailey 2021 s. 430-431.

<sup>128</sup> Op.cit. s. 446.

<sup>129</sup> Op. cit. s. 460.

<sup>130</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 26.08.1998.

<sup>131</sup> Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 24.05.1968.

Tysk straffelov<sup>132</sup> § 298 kriminaliserer inngåelse av konkurransebegrensende avtaler i forbindelse med anbud. I tillegg har straffeloven bestemmelser i §§ 299 til 301 som setter straff for atferd som skader konkurranse.

I tysk rett er det ikke spesifikke regler i konkurranseloven om ileggelse av ledelseskantene.

### **5.5. Internasjonale rekommandasjoner**

OECD har utarbeidet en rekommandasjon «concerning effective Action against Hard Core Cartels»

Definisjonen av «hard core cartels» er i overensstemmelse med det som er forbudt etter konkurranseloven § 10, altså konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Rekommandasjon nr. 5 anbefaler :

«Provide for effective sanctions of a kind and at a level adequate to deter firms *and individuals* from participating in hard core cartels and incentivise cartel members to defect from the cartel and co-operate with the competition agency. To this effect, Adherents should introduce a combination of sanctions (civil, administrative and/ or criminal, monetary and non-monetary) for an adequate deterrent effect in their jurisdiction. *Adherents should consider introducing sanctions against individuals having participated in cartels.*» (mine kursiveringer).<sup>133</sup>

Anbefalingen viser at det er nødvendig med sanksjoner mot individer som har gjort seg skyld i overtredelser av overtredelser av atferd som er forbudt etter konkurranseloven § 10. Det fremheves at sanksjonene mot fysiske personer må være effektive.

### **5.6. Bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskantene mot fysiske personer i annen forvaltningsrettslig reguleringslovgivning**

Det fremgår av mandatet at utredningen skal kartlegge hvordan overtredelsesgebyr overfor fysiske personer er regulert på andre sammenlignbare forvaltningsområder.

Etter en gjennomgang, viser det seg at det er ganske vanlig på ulike forvaltningsområder at fysiske personer kan ileggelse overtredelsesgebyr for overtredelser av forvaltningslovgivning. Det mest kjente forvaltningsområdet hvor loven hjemler ileggelse av økonomiske sanksjoner, er

---

<sup>132</sup> Strafgesetzbuch, 15.05.1871.

<sup>133</sup> OECD: Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, Adopted on 2.7.2019 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>, sist besøkt 14.1.2023).

skatteforvaltningsretten. Skatteforvaltningsloven<sup>134</sup> § 14-3 hjemler ileggelse av tilleggsskatt overfor fysiske personer. Maksimal tilleggsskatt beregnes med opptil 40 prosent av den skatten som er eller kunne vært unndratt, jf. § 14-6 tredje ledd. Tilleggsskatt og overtredelsesgebyr er ulike navn på samme fenomen; ileggelse av en pønalt motivert økonomisk sanksjon på grunn av en lovovertrødelse. I tillegg til tilleggsskatt, åpner skatteforvaltningsloven § 14-7 for å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr. Gebyret utgjør ti rettsgebyr. Ved gjentatt overtrødelse innen tolv måneder fra ileggelse av overtredelsesgebyr, skal gebyret utgjøre 20 rettsgebyr, jf. § 14-7 tredje ledd. Etter fjerde ledd kan den som ikke medvirker til kontroll etter § 10-4 ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 50 rettsgebyr.

Etter revisorloven<sup>135</sup> § 14-5 annet ledd, jf. første ledd kan fysisk person ilegges overtredelsesgebyr for en rekke overtrødelsler av bestemmelser i loven. Etter fjerde ledd er maksimumsgrensen for overtredelsesgebyr for fysiske personer 5 millioner kroner.

Apotekloven<sup>136</sup> § 9-6 hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtrødelse av regler om overtakelse av driftskonsesjon mv. Det er ikke angitt en øvre grense i loven. Forskriftskompetansen til å fastsette nærmere regler for utmåling av overtredelsesgebyr er ikke benyttet.

Hvitvaskingsloven<sup>137</sup> § 49 hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer. For visse overtrødelsler er det maksimale overtredelsesgebyret 44 millioner kroner. Dersom det kan beregnes hvilken vinning som er oppnådd ved overtrødelsen, kan det i stedet ilegges overtredelsesgebyr som tilsvarer inntil det dobbelte av vinningen, jf. femte ledd. For andre overtrødelsler er maksimumsgebyret på ni millioner kroner, jf. fjerde ledd.

Personopplysningsloven<sup>138</sup> § 26, jf. personvernforordningen artikkel 83 nr. 4 hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer. Etter personvernforordningen artikkel 83 nr. 4 kan

---

<sup>134</sup> Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning.

<sup>135</sup> Lov 20. november 2020 nr. 128 om revisjon og revisorer.

<sup>136</sup> Lov 2. juni 2000 nr. 39 om apotek.

<sup>137</sup> Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering.

<sup>138</sup> Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.

fysiske personer ilegges overtredelsesgebyr på inntil 10 000 000 euro. Nr. 5 hjemler illeggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer på inntil 20 000 000 euro.

Verdipapirhandelloven<sup>139</sup> § 21-1 regulerer adgangen til illeggelse av overtredelsesgebyr for overtredelse av markedsmisbruksforordningen, herunder artikkel 14 bokstav c om forbud mot ulovlig spredning av innsideinformasjon, artikkel 15 om forbud mot markedsmanipulasjon, artikkel 16 om forebygging og avdekking av markedsmisbruk, artikkel 17 om offentliggjøring av innsideinformasjon, artikkel 18 om innsidelister, artikkel 19 om transaksjoner utført av personer med ledelsesansvar, artikkel 20 om investeringsanbefalinger og statistikk, § 3-7 og forskrifter gitt til utfylling av disse bestemmelsene. Etter annet ledd kan det for fysiske personer fastsettes et overtredelsesgebyr på inntil 43 millioner kroner ved overtredelse av markedsmisbruksforordningen artikkel 14 bokstav c, artikkel 15 og § 3-7, 9 millioner kroner ved overtredelse av artikkel 16 og artikkel 17, og inntil 5 millioner kroner ved overtredelse av artikkel 18, artikkel 19 og artikkel 20. Fjerde ledd sier at overtredelsesgebyret kan fastsettes til inntil tre ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen dersom dette gir høyere gebyr enn utmålingen etter annet ledd.

Lovens § 21-3 slår fast at fysiske personer kan ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 17 millioner for overtredelse av reglene om flagging og periodisk rapportering, jf. femte ledd.

Etter § 21-4 tredje ledd kan fysiske personer ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 7 millioner kroner for overtredelse av prospektreglene. Etter fjerde ledd kan overtredelsesgebyret fastsettes til inntil to ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen, dersom dette gir høyere gebyr enn utmålingen etter tredje ledd.

Paragraf 21-5 fjerde ledd fastsetter at det kan ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 43 millioner kroner for overtredelse av regler om verdipapirmarkedet mv. Overtredelsesgebyret kan fastsettes til inntil to ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen, dersom dette gir høyere gebyr enn utmålingen etter fjerde ledd.

Lovens §§ 21-6 til 21-8 hjemler også illeggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer.

---

<sup>139</sup> Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel.

Verdipapirfondloven<sup>140</sup> § 11-6 hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse en rekke av lovens handleplikter, jf. første, jf. fjerde ledd. For fysiske personer kan det fastsettes et overtredelsesgebyr på inntil 42 millioner kroner, jf. sjuende ledd. Etter åttende ledd kan overtredelsesgebyret fastsettes til inntil to ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen, dersom dette gir høyere gebyr enn utmålingen etter syvende ledd.

AIF-loven<sup>141</sup> § 9-6 hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av en rekke av lovens handleplikter, jf. første og annet, jf. sjuende ledd. Sjuende ledd hjemler et overtredelsesgebyr overfor fysiske personer på inntil 42 millioner kroner. Etter åttende ledd kan overtredelsesgebyret fastsettes til inntil to ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen, dersom dette gir høyere gebyr enn utmålingen etter syvende ledd.

Verdipapirsentralloven<sup>142</sup> hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av en rekke av lovens handleplikter, jf. § 11-9 første og annet ledd. Etter fjerde ledd kan overtredelsesgebyret overfor fysiske personer fastsettes på inntil 42 millioner kroner eller inntil to ganger oppnådd fortjeneste som følge av overtredelsen dersom overtredelsesgebyret ved denne beregningen blir høyere.

Blant annet følgende bestemmelser hjemler ileggelse av ledelseskantene: verdipapirhandelloven § 19-8, verdipapirfondloven § 11-9, AIF-loven § 9-5, hvitvaskingsloven § 48, verdipapirsentralloven § 11-8, og revisorloven § 14-3.

---

<sup>140</sup> Lov 25. november 2011 nr. 44 om verdipapirfond.

<sup>141</sup> Lov 20. juni 2014 nr. 28 om forvaltning av alternative investeringsfond.

<sup>142</sup> Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv.



### **5.7. Hvilken betydning kan ileggelse av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene overfor fysiske personer ha for dynamikken i forhandlinger om lemping?**

Det fremgår av mandatet at det skal drøftes om innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene kan medføre utfordringer for lempingsinstituttet, herunder hvordan overtredelsesgebyr overfor fysiske personer kan påvirke dynamikken i forhandlinger om lemping.

Som det fremgår ovenfor har Konkurransetilsynet anmeldt kun to saker til påtalemyndigheten hvor det var mistanke om at fysiske personer hadde overtrådt konkurranseloven § 32 (straffebestemmelsen). Det ble ikke reagert med straff i disse sakene.

Det kan være en sammensatt forklaring på at straff som sanksjon ikke er benyttet siden loven trådte i kraft. Beviskravet i straffesaker er høyere enn ved ileggelse av forvaltningssanksjon. En sentral forklaring synes likevel å være at en trussel om straff virker klart negativt inn på lempingsinstituttet. Det gjelder for det første i konkrete saker hvor det er aktuelt med hel eller delvis lemping av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10, jf. §§ 30 og 31. Det er ganske klart at personer som har kjennskap til overtredelser av § 10, og som selv har vært involvert vil være tilbakeholdne med å «stå frem» hvis en konsekvens kan bli at vedkommende blir straffet personlig, og i ytterste konsekvens må sone en ubetinget fengselsstraff.<sup>143</sup> For det annet vil bruk av straff overfor personer som har kontaktet Konkurransetilsynet i forbindelse med lemping gi et klart uheldig signal til andre som kan vurdere å kontakte tilsynet om lemping.

For i større grad å gi forutberegnelighet (reduere muligheten for personlig straffansvar) for den som kontakter Konkurransetilsynet med sikte på lemping, ble det inntatt følgende bestemmelse i konkurranseloven § 33: «Overtredelser som kan medføre straff etter § 32, er bare undergitt offentlig påtale når det foreligger påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet eller det kreves av sterke allmenne

---

<sup>143</sup> I NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 51 påpekes det at usikkerhet for fysiske personer om de vil kunne bli straffeforfulgt i forbindelse med henvendelse om lemping vil svekke lempingsordningens effektivitet. Det fremheves også at den som kontakter Konkurransetilsynet i forbindelse med lempning bør ha forutberegnelighet omkring spørsmålet om mulig personlig straffansvar. For å øke effektiviteten av lempingsordningen foreslo utvalget at personlig straffansvar skulle bortfalle for nåværende og tidligere ansatte samt styremedlemmer i foretak som oppfylte vilkårene for hel lemping. Departementet gikk imidlertid ikke videre med dette forslaget, se Prop. 75 L (2012-2013) s. 51. Det ville etter departementets syn være galt å innføre en ordning som innebærer at personer som har begått alvorlig økonomisk kriminalitet, går fri. Det ville stride mot kriminalpolitiske hensyn og avvike fra norsk strafferett ellers. Departementet foreslo i stedet en ny bestemmelse i konkurranseloven om at det personlige straffeansvaret ved brudd på konkurranseloven ble gjort betinget av en formell påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet med mindre påtale kreves av sterke allmenne hensyn.

hensyn. Kongen kan gi forskrift om påtale etter første punktum.» Bestemmelsen ble imidlertid opphevet som følge av lovendringer som ble gjennomført i straffeprosessloven.<sup>144</sup> Situasjonen er nå at de vanlige regler gjelder for anmeldelse av overtredelse av konkurranselovens straffesanksjonerte handleplikter. Det mest praktiske vil likevel være at det er Konkurransetilsynet som anmelder overtredelser til påtalemyndigheten. Konkurransetilsynet har utarbeidet en Veileder om anmeldelse av personer ved overtredelser av konkurranseloven § 10.<sup>145</sup>

Det kan etter dette konstateres at behovet for et effektivt lempingsinstitutt, herunder at personer på grunn av risiko for personlig straffeforfølgning unnlater å kontakte Konkurransetilsynet med sikte på lemping, har stor betydning for at straff overfor fysiske personer ikke har vært benyttet siden konkurranseloven ble vedtatt i 2004.

Samtidig er det på det rene at et håndhevingssystem hvor reaksjoner mot fysiske personer ikke forekommer, er svært uheldig. Den første svakheten med et slikt system er prevensjonshensyn. Det er på det rene at en straffebestemmelse som ikke håndheves, mister mye av sin allmennpreventive virkning.<sup>146</sup>

For det andre er det uforholdsmessig å holde seg med straffebestemmelser som *de facto* ikke håndheves. Nærmere bestemt er bestemmelsene da ikke (eller i svært liten grad) egnet til å vareta det legitime formålet med regelverket.<sup>147</sup>

Det tredje problemet med et håndhevingssystem hvor personlig ansvar i praksis ikke forekommer, er at det fremstår som uproporsjonalt ut fra statens positive forpliktelse til å reagere mot overtredelser av lov som påfører skade på sentrale samfunnsinteresser («impunity»). Dette er særlig fremtredende i forbindelse med overtredelser av § 10. Atferden som her forbys, er regelmessig forsettlig, ofte planmessig gjennomførte handlinger (ikke ubevisst uaktsomme handlinger). Handlingene påfører stor samfunnsskade. Virksom konkurranse blir skadelidende, og i siste ledd

---

<sup>144</sup> Lov 18. juni 2021 nr. 122 om endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.).

<sup>145</sup> Konkurransetilsynet: Veileder om anmeldelse av personer ved overtredelser av konkurranseloven § 10. Utarbeidet 14. juni 2016, sist oppdatert 30. juni 2016 (<https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/09/veileder-personstraff.pdf>, sist besøkt 23.1.2023).

<sup>146</sup> Nærmere punkt 5.2.

<sup>147</sup> Nærmere punkt 5.3.3.

forbrukerne.<sup>148</sup> Dette er også påpekt i forarbeidene til konkurranseloven. Utvalget som fremsatte forslag til endringer av konkurranseloven foreslo at straff skulle falle bort for fysiske personer i foretak som oppfylte kravene til lemping.<sup>149</sup> Departementet uttalte at «det som utvalget nå foreslår om bortfall av personstraff, er å gå for langt. Det vil etter departementets mening være galt å gi et generelt straffbortfall for enkeltpersoner som er ansvarlige for kartellvirksomheten, bare fordi arbeidsgiveren fyller vilkårene for lempning. Som påpekt av Økokrim i høringen, vil en slik ordning på konkurranserettens område stride mot kriminalpolitiske hensyn og avvike radikalt fra norsk strafferett ellers. Etter departementets mening gir forslaget klart gale signaler om kollektivt fritak for et personlig straffansvar i foretak for det formål å oppnå en mest mulig effektiv lempningsordning. En så effektiv lempningsordning, der helt sentrale allmennpreventive og individualpreventive hensyn settes til side, er etter departementets mening ingen ønsket løsning på konkurranserettens område».<sup>150</sup>

Det fjerde problemet med et håndhevingssystem uten personlig ansvar, er at det kan gi en skjev ansvarsallokering i saker om lemping: Når det i en lempingssak ikke er et tema hva fysiske personer skal holdes ansvarlig for, blir ansvaret etter omstendighetene forsettlig og alvorlige overtredelser av konkurranseloven plassert på foretaket.

Det er etter dette ikke tilrådelig fortsatt å ha et system hvor fysiske personer *de facto* ikke holdes ansvarlig for overtredelser av konkurranseloven. Man må søke å forene et effektivt og forutberegnelig lempingssystem, og at det skjer en effektiv og proporsjonal sanksjonering av fysiske personer for overtredelser av konkurranseloven.

Hovedårsaken til at det ikke har vært noen straffeforfølgning av fysiske personer, er at Konkurransetilsynet ikke har hatt full kontroll på om et forhold som en person varsler om ved lemping, kan ende opp i straffesystemet. Både i den enkelte sak, og ikke minst signaleffekten av at det kan skje, ville svekket lempingsinstituttet. Etter at konkurranseloven § 33 ble opphevet, står en i dag i en situasjon hvor Konkurransetilsynet i realiteten ikke har noen kontroll over om forhold som fremkommer i forbindelse med lemping, ender opp som straffesak.

---

<sup>148</sup> Nærmere punkt 2.3.

<sup>149</sup> NOU 2012:7 s. 52.

<sup>150</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 52.

Ved innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven endres denne situasjonen. Konkurransetilsynet vil da ha full kontroll på vurderinger av om sanksjoner mot fysiske personer skal benyttes, og eventuelt hvordan slike sanksjoner skal benyttes i hver enkelt sak. Dermed oppnås det bedre forutberegnelighet og effektivitet ved bruk av lempingsinstituttet, samtidig som man etter all sannsynlighet vil se en økning i bruk av sanksjoner mot fysiske personer for overtredelser av konkurranseloven. Det eneste unntaket er at påtalemyndigheten kan iverksette straffeforfølgning hvis det er mistanke om en overtredelse av § 10 som er utført under særdeles skjerpene omstendigheter, jf. konkurranseloven § 32 annet ledd. Denne kriminaliseringen bør ikke fjernes.<sup>151</sup>

### **5.8. Hvilken betydning kan ileggelse av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene ha for tilfeller hvor det avdekkes underliggende kriminalitet?**

Det fremgår av mandatet at utredningen skal drøfte om en innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer kan medføre utfordringer i tilfeller hvor det avdekkes underliggende kriminalitet.

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 er drøftet ovenfor. Som det fremgår der, er artikkelen ikke til hinder for at en fysisk person forfølges først, og at det deretter gjennomføres straffeforfølgning av en juridisk person, og *vice versa*.<sup>152</sup> I de tilfeller fysiske personer ilegges overtredelsesgebyr, vil et endelig vedtak sperre mot ny forfølgning av samme faktiske handling som er avgjort ved Konkurransetilsynets vedtak. Med grunnlag i EMDs og norsk Høyesteretts avgrensning av hva som utgjør «samme faktiske handling», vil et vedtak om overtredelsesgebyr overfor en fysisk person gjennomgående ikke sperre mot straffeforfølgning av annen kriminalitet, slik som eksempelvis korrupsjon (straffeloven § 387), utroskap (straffeloven § 390), og annen økonomisk kriminalitet.<sup>153</sup>

Etter dette kan det legges til grunn at innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven ikke vil ha noen betydning i tilfeller hvor det avdekkes underliggende kriminalitet.

---

<sup>151</sup> Nærmere punkt 6.

<sup>152</sup> Punkt 4.5.

<sup>153</sup> Nærmere Jon Petter Rui: «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 - på ny», Lov og Rett, 2009 s. 283-298 på s. 287-297.

I forarbeidene til endringer av konkurranseloven viser departementet til at det er åpent at den uformelle ordningen mellom Konkurransetilsynet og Økokrim kan ha uønskede virkninger. I en rapport fra Transparency International Norge av 14. juni 2012 er det vist til at: «(E)t foretak vil kunne unngå å komme i Økokrims søkelys i forhold til andre former for kriminalitet fordi Konkurransetilsynet i praksis saksbehandler hele sakskomplekset knyttet til mulig ulovlig kartellvirksomhet (men ser bare etter konkurranselovbrudd). [...] Implisitt kan aktørene ende opp med å oppnå de facto amnesti for lovbrudd som avdekkes under etterforskningen av kartellsamarbeidet. Denne uformelle praksisen bidrar til en gjeldende rett som fremstår som fragmentert og inkonsekvent.» Selv om dette ikke har noen direkte betydning for vurderingen av om det bør innføres overtredelsesgebyr for fysiske personer ved overtredelse av konkurranseloven, er det som påpekes relevant. Det kan være hensiktsmessig å innta i veileder eller rundskriv hvilke rutiner Konkurransetilsynet vil følge dersom det avdekkes mistanke om underliggende eller øvrig kriminalitet både ved tilsynets etterforskning av fysiske og juridiske personer.

## **5.9. Konklusjon**

Med grunnlag i drøftelsene i punkt 5.2 til 5.8 konkluderes det med at det bør innføres overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelser av konkurranseloven. Det bør også innføres bestemmelser om ledelseskantene. I punkt 7 drøftes det nærmere hvordan bestemmelsene bør utformes.

## **6. Bør straffansvar for fysiske personer for overtredelse av visse av konkurranselovens handleplikter opprettholdes?**

Det fremgår av mandatet at det skal også drøftes om det skal være et tosporet system slik at muligheten for straffsanksjonering for fysiske personer opprettholdes.

Justis- og beredskapsdepartementets proposisjon om administrative sanksjoner uttales det at flere høringsinstanser har pekt på at en avkriminalisering av av kriminaliserte lovbrudd kan gi et uheldig signal i retning av at samfunnet vurderer disse lovbruddene som mindre alvorlige. Tilsvarende synspunkt er også lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven.<sup>154</sup> Departementet uttaler at «(i) hvert tilfelle hvor det er aktuelt å erstatte straffebed med administrative sanksjoner, bør det derfor vurderes om avkriminaliseringen kan ha en slik uønsket virkning».<sup>155</sup>

Det er flere problemer med en slik bruk av signalargumentet. For det første er det, som Frøberg påpeker, et tynt empirisk grunnlag for at en avkriminalisering får som konsekvens at befolkningen oppfatter at handlingen ikke lengre oppfattes som skadelig eller farlig.<sup>156</sup> Uten ganske klare holdepunkter, kan man ikke med rimelighet legge til grunn at befolkningen er så lite selvstendig tenkende. For det annet bygger argumentet på at befolkningen vil legge til grunn noe som er feil, altså at samfunnet ikke lengre ser handlingen som skadelig eller farlig. At befolkningen vil være i villfarelse om faktiske omstendigheter, kan i seg selv ikke fungere som et legitimt formål med en kriminalisering. For at et formål skal være legitimt, må det bygge på reelle forhold. Å fortsette å kriminalisere atferd på grunn av en misforståelse i befolkningen, er også uforenlig med at bruk av straff ikke må gjøres i større utstrekning enn nødvendig.

For det tredje har EMD i dommen *Dudgeon mot Irland*<sup>157</sup> stilt seg avvisende til en slik bruk av signalargumentet. Spørsmålet i saken var om kriminalisering av frivillig homoseksuell omgang mellom voksne var i samsvar med EMK artikkel 8. EMD kom til at kriminaliseringen ikke var forholdsmessig, og fremhevet blant annet følgende: «In particular, the moral attitudes towards male homosexuality in Northern Ireland and the concern that any relaxation in the law would tend to

---

<sup>154</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff s. 89.

<sup>155</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 55.

<sup>156</sup> Frøberg 2010 s. 60.

<sup>157</sup> Saksnummer 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981.

erode existing moral standards cannot, without more, warrant interfering with the applicant's private life to such an extent. *'Decriminalisation' does not imply approval, and a fear that some sectors of the population might draw misguided conclusions in this respect from reform of the legislation does not afford a good ground for maintaining it in force with all its unjustifiable features* (min kursivering).»<sup>158</sup>

På samme måte som ved vurderingen ovenfor av om overtredelsesgebyr bør innføres for fysiske personer, må vurderinger av forholdsmessighet, samt de retningslinjer som er etablert av lovgiver<sup>159</sup> stå sentralt i den rettspolitiske vurderingen. Det er klart at en fortsatt kriminalisering vil bygge på et solid *legitimt formål*, nærmere bestemt de forhold som er redegjort for ovenfor,<sup>160</sup> om de samfunnsinteresser (rettsgodter) som skal beskyttes med konkurranseloven. Hva gjelder om og i hvilken grad en fortsatt straffebestemmelse er *egnet* til å vareta det legitime formålet med kriminaliseringen, er det betydelig mer tvil. Som det fremgår ovenfor, er straffebudet ikke benyttet en eneste gang siden konkurranseloven ble vedtatt i 2004.<sup>161</sup> Hvis det nå innføres adgang til ileggelse av overtredelsesgebyr for de forhold som er kriminalisert i konkurranseloven § 32, er det svært liten sannsynlighet for at straff i fremtiden vil bli brukt for å beskytte de rettsgodene som skal beskyttes med konkurranseloven. Og om man følger opp forslaget om å åpne for ileggelse av overtredelsesgebyr for overtredelse av de bestemmelser som i dag er kriminalisert i § 32, er det vanskelig å se det annerledes enn at bruken av straff går lengre enn nødvendig. Når statens interesse for kriminalisering gjør seg så lite gjeldende, taler det for at en fortsatt kriminalisering av overtredelse av bestemmelsene nevnt i § 32 ikke vil være proporsjonalt.

Fra dette utgangspunktet bør det gjøres et unntak. Nærmere bestemt bør kriminaliseringen av overtredelse av konkurranseloven § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter beholdes, jf. konkurranseloven § 32 annet ledd. Grunnen er at hvis det avdekkes svært grove overtredelser av § 10, vil samfunnsinteressene som bestemmelsen skal vareta, ikke bli beskyttet i tilstrekkelig grad kun med mulighet til ileggelse av overtredelsesgebyr. I slike tilfeller bør loven åpne for ileggelse av en lengre ubetinget fengselsstraff, inntil 6 år. Siden overtredelse av konkurranseloven § 10 skader

---

<sup>158</sup> Avsnitt 61.

<sup>159</sup> Prop. 62 L. (2015-2016) s. 44-45.

<sup>160</sup> Punkt 2.2.

<sup>161</sup> Punkt 2.3.

sentrale samfunnsinteresser (rettsgoder), varetar kriminaliseringen et legitimt formål. En kriminalisering av slike svært grove overtredelser av § 10 er også i samsvar med skadefølgeprinsippet.<sup>162</sup> Det er videre i samsvar med Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger, om at straff normalt bare bør brukes ved alvorlige overtredelser (kvalifikasjonskravet).<sup>163</sup> Selv om graden av allmennprevensjon er vanskelig å si noe sikkert om, må det legges til grunn at en trussel om en lengre ubetinget fengselsstraff vil ha en allmennpreventiv virkning mot svært grove overtredelser av konkurranseloven § 10. Kriminaliseringen er dermed egnet til å vareta det legitime formålet.<sup>164</sup> Det legitime behovet for å reagere strengt mot svært alvorlige overtredelser av § 10 kan ikke fullt ut varetas med illeggelse av overtredelsesgebyr, og er dermed nødvendig.

Det foreslås etter dette at konkurranseloven § 32 første ledd ikke videreføres. Derimot foreslås det at annet ledd beholdes, som blir ny første ledd i § 32. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 vil ikke representere noe problem her. Grunnen er at forfølgning av en juridisk person, ikke er relevant for forfølgningen av fysiske personer, siden det er tale om to ulike rettssubjekter (subjektiv rettskraft).<sup>165</sup>

Hvis det er ønskelig ytterligere å markere alvorligheten av en overtredelse av § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter, er en alternativ mulighet å innta straffebudet i straffeloven. Det vil være i samsvar med den løsning man har valgt på skatteforvaltningsområdet. Her ble

---

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 89.

<sup>163</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 54: "Straff bør normalt bare brukes ved alvorlige overtredelser (kvalifikasjonskravet). Departementet ga sin tilslutning til kvalifikasjonskravet i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) punkt 7.5.3.2 side 93, uten å drøfte den nærmere gjennomføringen av et slikt krav. Under høringen av Sanksjonsutvalgets utredning fikk kvalifikasjonskravet bred støtte.»

<sup>164</sup> Se Prop. 75 L (2012-2013) s. 55, hvor departementet viser til Konkurransetilsynets omdømmeundersøkelse fra 2008. Her mente hovedvekten av advokatene som ble intervjuet at det viktigste virkemidlet for ikke å bryte konkurranseloven var trusselen om personstraff. departementet viser også til at straff for personer ved alvorlige overtredelser av forbud mot kartellvirksomhet er ansett som viktig i Danmark. Et dansk utvalg som vurderte endringer i den danske konkurranseloven mente at en innføring av fengselstraff vil kunne styrke straffelemplingsreglene, og dermed både minske kartellaktiviteter og øke oppdagelsesrisikoen. Risikoen for fengselstraff ville styrke det personlige insitamet til å søke om lempning – ikke minst for personer som ikke lenger er ansatt i den aktuelle virksomheten og personer i ledelsen eller styret som er nytilsatte. Det danske utvalget mente således at motivasjonen til selv å unngå fengselstraff måtte antas å være sterkere enn motivasjonen til å unngå å påføre andre straff gjennom å søke om lempning. Utvalget mente videre at årsaken til at de danske straffelemplingsreglene hittil ikke hadde vist seg som effektive virkemidler i avsløringen av karteller, i høy grad skyldtes at den forventede straff ikke hadde vært avskrekkende.

<sup>165</sup> Punkt 4.5.



straffansvar for å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger flyttet fra særlovgivningen og til straffeloven.<sup>166</sup> I dansk rett har man valgt denne løsningen, ved å innta en straffebestemmelse for de alvorligste overtredelsene av konkurranselovgivningen i dansk straffelov § 299 c).<sup>167</sup> En hensiktsmessig plassering er en ny § 397 i straffelovens kapittel 30, som har overskriften «bedrageri, skattesvik og liknende økonomisk kriminalitet».

---

<sup>166</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) s. 334-335, og s. 467.

<sup>167</sup> Nærmere Elholm/Lund Madsen/Rahbek/Røn 2022 s. 783-785.

## **7. Nærmere om utforming av bestemmelser om overtredelsesgebyr og ledelseskantene**

### **7.1. Innledning**

Det fremgår av mandatet at utredningen skal inneholde utkast til lovbestemmelser som reflekterer utreders vurderinger. Utreders forslag til lovbestemmelser skal utarbeides i tråd med retningslinjene i heftet Lovteknikk og lovforberedelse. Det skal utformes slik at de som skal bruke loven lett kan lese og forstå den.

I punkt 7.2 drøftes og fremsettes forslag om lovbestemmelse om overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranse-loven. I punkt 7.3 drøftes og fremsettes forslag om utforming av lovbestemmelse om ledelseskantene for overtredelse av konkurranse-loven.

### **7.2. Overtredelsesgebyr**

#### **7.2.1. Innledning**

Ifølge mandatet skal utredningen drøfte om det eventuelt bør innføres adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for alle overtredelser hvor det i dag kan reageres med overtredelsesgebyr for foretak, eller om det bør avgrenses mot nærmere angitte overtredelser og eventuelt en nærmere angitt personkrets. Mandatet krever også at det skal stedes hvilket skyldkrav som bør gjelde.

I punkt 7.2.2 drøftes hvilke overtredelser av konkurranse-loven som bør kunne møtes med overtredelsesgebyr. I punkt 7.2.3 er temaet hvilke personer som skal kunne ilegges overtredelsesgebyr. I punkt 7.2.4 drøftes hvilket skyldkrav som bør gjelde ved ileggelse av overtredelsesgebyr, og i 7.2.5 gjøres det vurderinger av hvordan nærmere regler for gebyrets størrelse bør utformes. I punkt 7.2.6 fremsettes forslag til lovbestemmelse.

#### **7.2.2. For hvilke overtredelser bør overtredelsesgebyr være en tilgjengelig sanksjon?**

Det fremgår av Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger om administrative sanksjoner at spørsmålet om en overtredelse skal sanksjoneres, som utgangspunkt bør vurderes ut fra hver enkelt handlingsnorm. Ved å følge denne retningslinjen vil man unngå overdreven innføring av hjemler for administrative sanksjoner. En slik tilnærming vil også bidra til å redusere forekomsten av «tomme sanksjonstrusler».<sup>168</sup> Å vurdere konkret hvilke overtredelser som skal kunne møtes med overtredelsesgebyr er i samsvar med kravene til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet.

---

<sup>168</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 53.

Ved vurderingen av hvilke overtredelser som skal gi grunnlag for overtredelsesgebyr, er det naturlig å ta utgangspunkt i hvilke overtredelser som i dag kan møtes med straff i konkurranseloven § 32. For disse overtredelsene har lovgiver allerede vurdert at overtredelsene er så samfunnsskadelige at straff er nødvendig.<sup>169</sup> Straff er statens sterkeste inngrep.<sup>170</sup> Ut fra en slik betraktning (fra det mer til det mindre), må utgangspunktet være at når bruk av straff for overtredelsene er forholdsmessig, er også det mindre, bruk av forvaltningssanksjon forholdsmessig.

Mot dette kan det umiddelbart anføres at straffebestemmelsen ikke er benyttet siden konkurranselovens ikrafttredelse i 2004. Og fra 2004 og frem til i dag har Konkurransetilsynet kun anmeldt to saker til påtalemyndigheten. Det er da på det rene at straffebestemmelsen i hvert fall på i et håndhevingsperspektiv ikke har vært egnet til å vareta det legitime formålet (samfunnsinteressene som vernes av konkurranseloven).

Imidlertid er hovedårsaken til at straffebestemmelsen ikke er brukt, at bruk av straff mot fysiske personer er svært vanskelig å forene med lempingsinstituttet. Det gjelder både i de konkrete saker, og generelt: Det bør ikke bre seg en oppfatning om at den som kontakter Konkurransetilsynet med viktig informasjon om overtredelser av konkurranseloven kan ende opp som straffedømt.

Til forskjell fra straff, vil en mulig ileggelse av personlig overtredelsesgebyr i langt mindre grad være et forhold som avskrekker personer fra å kontakte Konkurransetilsynet med forespørsel om lemping. Og siden Konkurransetilsynet vil ha den personelle kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr mot fysiske personer, kan tilsynet i konkrete saker gi lovnad om at adgangen til bruk av overtredelsesgebyr mot personer ikke vil bli brukt.

På denne bakgrunn foreslås det som utgangspunkt at de overtredelsene som i dag er belagt med straff i konkurranseloven § 32 første ledd, skal kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

Forslaget må sees i sammenheng med at det foreslås å avkriminalisere overtredelser av § 32 første

---

<sup>169</sup> NOU 2003:12 s. 134-135; Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 123-125.

<sup>170</sup> Se Innst. O. nr. 72 (2004-2005) s. 16: «Komiteen vil understreke at straff er samfunnets sterkeste middel for å styre atferd» Se også NOU 2002:4 s. 78: «Som den strengeste reaksjon på normbrudd anvender samfunnet straff.»; NOU 2003:15 s. 145; Prop. 62 L (2015-2016) s. 52: «Straff regnes prinsipielt som samfunnets strengeste reaksjon mot lovbrudd og jevnt over som strengere (mer inngripende) enn administrative sanksjoner»; NOU 2019:26 s. 247: «Utvalget tar utgangspunkt i at straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å motvirke og fordømme innbyggernes uønskede handlinger.»

ledd.<sup>171</sup> En gjennomgang av disse bestemmelsene viser at bruk av overtredelsesgebyr for fysiske personer som overtrer bestemmelsene og handleplsktene er egnet, nødvendig og proporsjonalt.

Fra dette utgangspunktet bør det gjøres noen unntak. For det første: Etter straffebestemmelsen i § 32 første ledd bokstav b) straffes den som overtrer vedtak etter §§ 16 og 16a. Disse bestemmelsene er i klart mindre grad enn § 10 innrettet konkret mot atferd begått av identifiserbare fysiske personer. Videre angir bestemmelsene gjennomgående vage og skjønnspregede vurderingstema. Selv om §§ 16 og 16a til nå har vært straffesanksjonert, foreslås det ikke å åpne for ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av bestemmelsene. Siden det foreslås å fjerne straffebestemmelsen når det innføres overtredelsesgebyr for fysiske personer, vil det ikke være adgang til å sanksjonere fysiske personer for overtredelser av disse bestemmelsene.

For det annet følger det av § 32 første ledd bokstav f at den som overtrer forskrift i medhold av § 14 kan ilegges straff. Den har slik ordlyd: "Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.» Bestemmelsen gir regjeringen adgang til å gripe inn mot konkurransebegrensninger gjennom forskrift. Den åpner for at det kan gripes inn i markeder gjennom generelle reguleringer uten at det foreligger et brudd på §§ 10 eller 11. Forskriftene kan forby spesifikke former for atferd eller handlinger som anses for å begrense konkurransen.<sup>172</sup>

I dag eksisterer det én forskrift som er vedtatt med hjemmel i § 14: forskrift 9. september 2009 nr. 1169 om boligannonsering på internett. Denne forskriften pålegger aktører som tilbyr annonsering av boliger, å tilby dette på ikke-diskriminerende vilkår. Tidligere fantes det en forskrift som inneholdt et forbud mot opptjening av bonuspoeng på innenriks flyreiser, men denne ble opphevet i 2013.<sup>173</sup>

Den ene forskriften som er gitt i medhold av § 14 har én materiell bestemmelse. Første og annet ledd lyder slik: «Foretak som tilbyr annonsering av salg av boligeiendom på Internett, plikter å gi

---

<sup>171</sup> Punkt 6.

<sup>172</sup> Ronny Gjendemsjø: Kommentar til § 14. Karnov lovkommentar til konkurranseloven.

<sup>173</sup> Op.cit.

enhver tilgang til annonseringstjenesten på ikke-diskriminerende vilkår. Foretak etter første ledd kan ikke stille vilkår for tilgang til annonseringstjenesten som medfører at etterspørerne av annonsering må bruke tjenester som bare kan leveres av foretak, advokat eller rettshjelper som har tillatelse til å drive eiendomsmegling etter lov om eiendomsmegling § 2-1 med forskrifter.»

Handlepliktene ligger på foretaket. Det vil være lite praktisk å sanksjonere en fysisk peron for overtredelse av § 14. Ved overtredelse av forskriften vil det praktiske og effektive være å innrette sanksjonsansvaret mot foretaket.

Som det fremgår ovenfor, er det i forskrifter etter § 14 tale om å ramme atferd som ikke rammes av konkurranseloven § 10 og 11. Lovgiver har vært klar på at atferd som rammes av § 11 ikke skal være kriminalisert, jf. neste avsnitt. Det fremstår da som noe inkonsekvent å bruke straff på atferd som ikke engang rammes av § 11. Hva gjelder overtredelser av § 10, foreslås det at slik atferd skal kunne møtes med overtredelsesgebyr for fysiske personer. Er det tale om svært grov overtredelse, foreslås straffebestemmelsen opprettholdt, som hjemler ubetinget fengselsstraff inntil 6 år. Ut fra disse forholdene fremstår det som uforholdsmessig både å straffesanksjonere overtredelser av § 14, samt å møte overtredelser av § 14 med overtredelsesgebyr overfor fysiske personer.

Et spørsmål er om overtredelse av konkurranseloven § 11 skal kunne møtes med overtredelsesgebyr. Bestemmelsen forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Overtredelse av § 11 er ikke straffesanksjonert i § 32. Utvalget som forberedte konkurranseloven begrunnet det på følgende måte: «Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslaget § 3-2 er meget vidt. I tilfeller hvor et foretak med (tilnærmet) monopol foretar handlinger for å hindre konkurrenter fra å etablere seg på markedet, vil handlingen være like straffverdige som de horisontale begrensningene nevnt ovenfor. På den annen side forbyr forslaget § 3-2 til dels ordninger og avtaler som er vanlige i forretningslivet av en aktør som har markedsmakt. Det kan også være en flytende grense mellom atferd som er konkurranseskadelig og atferd som er konkurransefremmende. Å konstatere markedsmakt fordrer ofte en komplisert økonomisk analyse. Det kan derfor være vanskelig for det enkelte foretak å forutse om en handling er i strid med forbudet. Dette kan påvirke straffverdigheten av eventuelle overtredelser. Bestemmelsen kan også reise kompliserte strafferettslige problemer angående grensene mellom rettslig og faktisk villfarelse.

Utvalget mener på denne bakgrunn at overtredelser av forslaget § 3-2 ikke skal sanksjoneres med straff i strafferettslig forstand.»<sup>174</sup> Departementet sluttet seg til utvalgets begrunnelse.<sup>175</sup>

Det er en klar forskjell på bruk av straff og ileggelse av overtredelsesgebyr. Likevel gjør flere av de argumenter som taler mot straffansvar seg gjeldende for situasjonen hvor fysiske personer ilegges overtredelsesgebyr. Det foreslås etter dette ikke at fysiske personer skal kunne ilegges overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 11.

Avslutningsvis en presisering: Det foreslås at fysiske personer kan ilegges overtredelsesgebyr for ikke å etterkomme pålegg etter § 24 eller § 25, samt å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene. Ved bruk av overtredelsesgebyr for den som ikke etterkommer pålegg etter § 24, og overfor den som gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene, må det som er utledet om retten til å forholde seg taus og ikke å bidra til egen domfellelse ovenfor, iakttas.<sup>176</sup>

### **7.2.3. Hvilke personer skal kunne ilegges overtredelsesgebyr?**

De overtredelsene som er foreslått sanksjonert med overtredelsesgebyr kan begås av et bredt spekter av personer; styret i en virksomhet, daglig leder, ledelsen for øvrig, mellomledere og ansatte. Bestemmelsene kan også overtres av andre fysiske personer enn ansatte som har tilknytning til virksomheten. På denne bakgrunn foreslås det at overtredelsesgebyr kan ilegges overfor enhver «fysisk person». Dette er også en løsning som er valgt i de fleste bestemmelser i annen lovgivning som hjemler overtredelsesgebyr for fysiske personer.<sup>177</sup>

Siden overtredelse av § 32 første ledd i dag er straffesanksjonert, er også medvirkning til overtredelse og forsøk på overtredelse kriminalisert, jf. straffeloven § 1, jf. § 15 (medvirkning) og 16 (forsøk). Medvirkning til overtredelse av bestemmelsene nevnt i konkurranseloven § 32 første ledd bør kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr for fysiske personer. Systemorienterte vurderinger tilsier at de grenser som i praksis og teori er trukket opp for rekkevidden av det

---

<sup>174</sup> NOU 2003:12 s. 134.

<sup>175</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118.

<sup>176</sup> Punkt 4.3.

<sup>177</sup> Verdipapirhandelloven § 21-1 annet ledd § 21-8;

strafferettslige medvirkningsansvaret legges til grunn ved vurdering av medvirkning i den foreslåtte bestemmelsen om overtredelsesgebyr for fysiske personer. Derimot fremstår det ikke som nødvendig og proporsjonalt å åpne for ileggelse av overtredelsesgebyr for forsøk på overtredelse av bestemmelsene. Ileggelse av overtredelsesgebyr for medvirkning (men ikke forsøk) er også den valgte løsning i andre lovbestemmelser som gir adgang til å ilegge overtredelsesgebyr overfor fysiske personer.<sup>178</sup>

#### **7.2.4. Hvilket skyldkrav bør gjelde ved ileggelse av overtredelsesgebyr?**

Justis- og beredskapsdepartementet drøfter i forarbeidene til forvaltningslovens kapittel om administrative sanksjoner hvilket skyldkrav som bør gjelde ved ileggelse av administrative sanksjoner. Det konkluderes med at det i saker om administrative sanksjoner overfor fysiske personer bør gjelde et krav om forsett eller uaktsomhet. Deretter uttales: «Departementet antar ut fra dette at alminnelig uaktsomhet ofte vil være tilstrekkelig som skyldkrav. Dersom det unntaksvis skal kunne ilegges inngripende administrative sanksjoner mot fysiske personer, bør det vurderes å skjerpe kravene til skyld. Der en fysisk person opptrer innenfor næringsvirksomhet, kan det være grunn å stille noe lavere krav til skyld som vilkår for å ilegge administrativ sanksjon...»<sup>179</sup>

Det er på det rene at forsettlig overtredelse er tilstrekkelig for ileggelse av overtredelsesgebyr. Et spørsmål er om et uaktsomhetsansvar bør knytte an til vanlig eller grov uaktsomhet. Ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven vil kunne være en inngripende sanksjon. Imidlertid vil bruk av overtredelsesgebyr for fysiske personer ved overtredelse av konkurranseloven skje overfor personer som opptrer innenfor næringsvirksomhet. I samsvar med anbefalingen ovenfor, tilsier det at det er tilstrekkelig med alminnelig uaktsomhet som skyldkrav. I andre bestemmelser som hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer, er gjennomgående vanlig uaktsomhet valgt som skyldform.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Verdipapirhandelloven § 21-13; verdipapirfondloven § 11-6 fjerde ledd, se de andre ovenfor.

<sup>179</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 76.

<sup>180</sup> Verdipapirhandelloven § 21-9 første ledd; verdipapirfondloven § 11-6 sjuende ledd; AIF-loven § 9-6 sjuende ledd; ligningsforvaltningsloven § 14-3 annet ledd (tilleggsskatt); revisorloven § 14-5 annet ledd. Følgende bestemmelser oppstiller krav om grov uaktsomhet: verdipapirsentralloven § 11-9 annet ledd; hvitvaskingsloven § 49 annet ledd, og skatteforvaltningsloven § 14-6 (skjerpet tilleggsskatt).

Det foreslås etter dette at skyldkravet for illeggelse av overtredelsesgebyr mot fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven er forsett og uaktsomhet. Det samme vil gjelde for den som medvirker til overtredelser som kan møtes med overtredelsesgebyr.

### **7.2.5. Regulering av overtredelsesgebyrets størrelse**

#### ***a) Innledning***

Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger uttaler om størrelsen på overtredelsesgebyr: «Et overtredelsesgebyr bør som utgangspunkt kunne settes så høyt at formålet med overtredelsesgebyret oppfylles. Mange ordninger med overtredelsesgebyr har fremtredende individual- og allmennpreventive formål. Da bør utgangspunktet være at overtredelsesgebyret settes så høyt at den ønskede individual- og allmennpreventive effekten oppnås. Dermed må det evneprinsippet som ligger til grunn for reglene i straffeloven § 53 annet ledd om utmåling av bot, også ha betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyrer.»<sup>181</sup> det er på det rene at overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven har fremtredende preventive formål.<sup>182</sup>

#### ***b) Maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr***

Videre fremholdes det at det ved utmåling av overtredelsesgebyr bør fastsettes et maksimum i lov eller forskrift. En slik begrensning er i samsvar med departementets ønske om at rommet for skjønnsutøvelse ikke blir videre enn nødvendig. Både det at søksmålsbyrden normalt ligger på den private parten og at domstolene i liten grad har normert nivået for utmåling av overtredelsesgebyrer, taler for en slik begrensning. Disse hensynene gjelder både overfor fysiske personer og foretak. Departementet foreslo derfor å lovfeste at forvaltningsorganer plikter å fastsette hvor stort overtredelsesgebyr en overtredelse maksimalt kan medføre.<sup>183</sup> Hjemmelen fremgår av forvaltningsloven § 44 annet ledd, hvor det uttales at overtredelsesgebyr kan fastsettes «innenfor en øvre ramme som må fastsettes i lov eller i medhold av lov».

Selv om forvaltningsloven § 44 annet ledd formelt sett ikke gjelder for Konkurransetilsynet,<sup>184</sup> er det ut fra anbefaling om maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr i forarbeidene og

---

<sup>181</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 84.

<sup>182</sup> Punkt 5.2.

<sup>183</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 86-87.

<sup>184</sup> Punkt 1.3.



forutberegnelighetshensyn klart at det bør fastsettes et slikt ved ileggelse av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven.

Et første spørsmål er hva som bør være maksimumsbeløpet. Ved vurderingen kan det være hensiktsmessig å se hen til andre lovbestemmelser som hjemler overtredelsesgebyr for fysiske personer. Som det fremgår ovenfor, er det flere lover som hjemler overtredelsesgebyr mot fysiske personer.<sup>185</sup> Når man ser disse bestemmelsene under ett, er det visse hovedtendenser som trer frem. En er at lovbestemmelsene foreskriver de høyeste overtredelsene, sanksjonerer sentrale materielle forbud eller handleplikter, som direkte skader de rettsgodene som er beskyttet i vedkommende lov. Et illustrerende eksempel er verdipapirhandelloven § 21-1. Her sanksjoneres blant annet overtredelse av forbud mot ulovlig spredning av innsideinformasjon, forbud mot markedsmanipulasjon, regler om forebygging og avdekking av markedsmissbruk mv. Overtredelse av bestemmelsene sanksjoneres med et maksimalt overtredelsesgebyr på 43 millioner kroner overfor fysiske personer. Er det derimot tale om overtredelse av mer prosessuelt innrettede bestemmelser og/eller bestemmelser som mer indirekte er satt til å verne de beskyttede rettsgodene, er en trend at maksimalt overtredelsesgebyr som kan ilegges, er lavere.

Når dette overføres til overtredelser av konkurranseloven, og overtredelser som begås og som kan tilordnes fysiske personer, er det klart at overtredelse av konkurranseloven § 10 bør kunne møtes med det høyeste overtredelsesgebyret. Konkret hvor maksimumsgrensen skal settes, er et skjønnsspørsmål. Hva gjelder slike overtredelser av finansregulatorisk lovgivning, er maksimalt overtredelsesgebyr angitt til mellom 42 og 44 millioner kroner. Det foreslås at det maksimale overtredelsesgebyret settes til 43 millioner kroner. Dette er det maksimale gebyret for overtredelse av verdipapirhandelloven § 21-1, som sanksjonerer blant annet spredning av innsideinformasjon, markedsmanipulasjon og markedsmissbruk. Markedsmisbruksforordningen<sup>186</sup> artikkel 1 angir formålet med forordningen og forbudene: Forbudene har som formål å sikre økonomisk vekst, økonomisk velstand, jobbskaping og investorbeskyttelse, gjennom et integrert, effektivt, transparent og velfungerende kapitalmarked. Forutsetningene for dette siktemålet angis å være markedsintegritet og offentlig tillit til markedet. De samfunnsinteressene som beskyttes ved

---

<sup>185</sup> Punkt 5.6.

<sup>186</sup> REGULATION (EU) No 596/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC.

forbudene mot innsidehandel, markedsmanipulasjon og markedsmissbruk er altså ganske like som de interessene som beskyttes ved forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak i konkurranseloven § 10. Det foreslås etter dette at overtredelse av § 10 skal kunne møtes med et overtredelsesgebyr på inntil 43 millioner kroner.

Etter verdipapirhandeloven § 21-1 fjerde ledd kan overtredelsesgebyret fastsettes til inntil tre ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen dersom dette gir høyere gebyr enn utmåling etter vanlig utmålingspraksis. Flere av de øvrige finansregulatoriske lovene har samme bestemmelse.<sup>187</sup> Det foreslås at bestemmelsen om overtredelsesgebyr for fysiske personer også tar opp i seg dette aspektet.

De øvrige overtredelsene som foreslås sanksjonert med overtredelsesgebyr for fysiske personer er for det konkurranseloven § 12 første og femte ledd. Sammenlignet med § 10, er dette bestemmelser av mer prosessuell karakter. Det taler for at overtredelsesgebyret settes lavere enn ved overtredelse av konkurranseloven § 10. Det er et noe åpent spørsmål hvor konkret maksimalt overtredelsesgebyr bør settes. Lovene som er undersøkt ovenfor opererer med ulike satser.<sup>188</sup> Det foreslås at maksimalt overtredelsesgebyr for overtredelse av § 18 første ledd settes til ni millioner kroner.

For det annet foreslås det at konkurranseloven § 18 første ledd sanksjoneres med overtredelsesgebyr for fysiske personer. For det tredje foreslås det at overtredelse av § 19 første ledd sanksjoneres med overtredelsesgebyr for fysiske personer. Ut fra de samme betraktninger som for overtredelse av § 18 første ledd, foreslås det at maksimalt overtredelsesgebyr for overtredelse av § 19 første ledd settes til ni millioner kroner.

For det fjerde foreslås det at den som ikke etterkommer pålegg etter § 24 eller § 25 skal kunne ilegges overtredelsesgebyr. Dette er bestemmelser av prosessuell karakter. Det maksimale overtredelsesgebyret bør være 9 millioner kroner. Ut fra samme betraktninger bør det maksimale overtredelsesgebyret for overtredelse av bestemmelsene også være ni millioner kroner.

---

<sup>187</sup> Punkt 5.6.

<sup>188</sup> Punkt 5.6.

### ***c) Hvor bør reguleringen av maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr reguleres?***

Et spørsmål er hvor reguleringen av maksbeløpet bør reguleres; i lov eller forskrift? I utmålingsforskriften gitt i medhold av konkurranseloven er det gitt detaljerte regler for utmåling av overtredelsesgebyr for juridiske personer. Det kan tale for at maksbeløp og regler for utmåling av overtredelsesgebyr for fysiske personer også bør plasseres i utmålingsforskriften.

På den annen side taler forutberegnelighetshensyn for at maksbeløp (og retningslinjer for utmåling) plasseres i loven. I tillegg kommer at det ikke vil være behov for tilsvarende omfattende og detaljerte regler for utmåling av overtredelsesgebyr for fysiske personer, som for juridiske personer. Ytterligere et argument for å innta regler om maksbeløp for overtredelsesgebyr (og retningslinjer for utmåling) i lovbestemmelsen, er at dette er vanlig praksis i andre bestemmelser som hjemler overtredelsesgebyr for fysiske personer.<sup>189</sup> Det foreslås at reguleringen av maksimumsbeløp for overtredelsesgebyr reguleres i loven.

### ***d) Regler om utmåling av overtredelsesgebyret***

Justis- og beredskapsdepartementet drøfter i forarbeidene til forvaltningslovens kapittel om administrative sanksjoner hvilke momenter det bør legges vekt på ved utmåling av overtredelsesgebyr. Departementet fant at generelle momenter for utmåling burde lovfestes i forvaltningsloven § 44.<sup>190</sup> Bestemmelsens tredje ledd sier: «Ved individuell utmåling av overtredelsesgebyr mot fysiske personer kan det blant annet legges vekt på overtredelsens omfang og virkninger, fordeler som er eller kunne vært oppnådd ved lovbruddet, samt overtrederens skyld og økonomiske evne.»

Som nevnt ovenfor gjelder ikke forvaltningsloven for Konkurransetilsynets virksomhet.<sup>191</sup> Det er likevel klart at det som fremgår av § 44 tredje ledd bør gis anvendelse ved utmåling av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer. Det foreslås derfor at momentene i § 44 tredje ledd tas inn i bestemmelsen som hjemler overtredelsesgebyr overfor fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven.

---

<sup>189</sup> Verdipapirhandelloven §§21-1 til 21-21-5; verdipapirfondloven § 11-6; AIF-loven § 9.6; verdipapirsentralloven § 11-9; hvitvaskingsloven § 49, revisorloven § 14-5.

<sup>190</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 84-85.

<sup>191</sup> Punkt 1.3.

Etter konkurranseloven har lemping stor betydning for om sanksjon skal ilegges overfor foretak, og sanksjonens størrelse, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd. Det vil også være tilfellet ved illeggelse av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer. Det foreslås at momentet tas inn i regelen om utmåling av overtredelsesgebyr overfor fysiske personer.

#### **7.2.6. Forslag til bestemmelse om overtredelsesgebyr**

*«Fysisk person som forsettlig eller uaktsomt overtrer eller medvirker til overtredelse av*

- a) §§ 10, 12 første og femte ledd, 18 første ledd eller § 19 første ledd,*
  - b) plikt til å etterkomme pålegg etter § 24 eller § 25,*
  - c) plikt til å gi riktige og fullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene, eller*
  - d) forbud mot å bryte forsegling foretatt i medhold av § 25,*
- kan ilegges overtredelsesgebyr.*

*For overtredelse av § 10 kan det fastsettes et overtredelsesgebyr på inntil 43 millioner kroner. For øvrige overtredelser kan det fastsettes et overtredelsesgebyr på inntil 9 millioner kroner.*

*Overtredelsesgebyret kan fastsettes til inntil tre ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen dersom dette gir høyere gebyr enn utmålingen etter annet ledd.*

*Ved utmåling av overtredelsesgebyr skal det legges vekt på lemping etter § 30 og § 31. Det kan videre legges vekt på overtredelsens omfang og virkninger, fordeler som er eller kunne vært oppnådd ved lovbruddet, samt overtrederens skyld og økonomiske evne.*

*Lovens § 29 tredje til sjette ledd får tilsvarende anvendelse.»*

Bestemmelsen kan inntas som ny § 29a. Nåværende § 29a bør bli ny § 29b. Grunnen er at en bestemmelse om overtredelsesgebyr for fysiske personer bør komme i umiddelbar sammenheng med bestemmelsen som regulerer overtredelsesgebyr for juridiske personer.

Det er også i prinsippet mulig å ta inn reguleringen av overtredelsesgebyr for fysiske personer i § 29. Etter min vurdering blir imidlertid bestemmelsen da nokså lang og noe krevende å sette seg inn i.

## 7.4. Ledelseskarantene

### 7.4.1. Innledning

Det fremgår av mandatet at det skal utredes om det er aktuelt å ilegge andre reaksjoner mot fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven, for eksempel ledelseskarantene.

Ovenfor er det konkludert med at det bør innføres ledelseskarantene for overtredelser av konkurranseloven.<sup>192</sup>

I det følgende undersøkes om en bestemmelse om ledelseskarantene bør utformes som et forvaltningstiltak eller en sanksjon (7.4.2.). I punkt 7.4.3 er temaet for hvilke overtredelser bør ledelseskarantene være en tilgjengelig reaksjon. Deretter er spørsmålet hvilke personer som skal kunne ilegges ledelseskarantene (7.4.4). I punkt 7.4.5 er spørsmålet hvilke posisjoner bør den som er ilagt ledelseskarantene være forhindret fra å inneha. Det må så tas stilling til karantenens varighet (7.4.6). Til slutt fremsettes forslag til lovregulering av ledelseskarantene (7.4.7).

### 7.4.2. Ledelseskarantene som forvaltningstiltak, ikke administrativ sanksjon

Forbud mot å ha ledelsesfunksjon er en reaksjon eller sanksjon som går ut på at myndigheten forbyr en fysisk person å ha en ledelsesfunksjon i en juridisk person. Tiltaket kalles også ledelseskarantene. Tiltaket benyttes i en rekke lover på ulike reguleringsområder.<sup>193</sup>

Ledelseskarantene kan utformes både som en reaksjon (forvaltningstiltak) og en sanksjon. Dersom et vilkår for ileggelse av ledelseskarantene er at den fysiske personen som innehar ledelsesfunksjonen er «uengnet» eller «usikket» til å inneha slik funksjon, vil ledelseskarantene ikke anses som en sanksjon. Tiltaket vil da heller ikke anses som straff etter EMKs og Grunnlovens straffebegreper.<sup>194</sup> Det er da tale om en fremadrettet reaksjon, som har som formål å forhindre for fremtiden at den som innehar en ledelsesfunksjon ikke er egnet/skikket til det. At begåtte straffbare

---

<sup>192</sup> Punkt 5.

<sup>193</sup> Nærmere punkt 5.6.

<sup>194</sup> Bl.a. Rt. 2004 s. 1343; NOU 2016: 27 Ny lovgivning mot hvitvasking og terrorfinansiering II s. 172; Prop. 40 L (2017-2018) Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) s. 155-156.

handlinger eller på annen måte sanksjonerte handleplikter kan være sentrale for vurderingen av egnetheten eller skikketheten, fører normalt ikke til at reaksjonen anses som straff etter EMK.<sup>195</sup>

Hvis et vilkår for ileggelse av ledelseskantene ikke er manglende egnethet/skikkethet, men at vedkommende har overtrådt lovens handleplikter, vil ledelseskantene bli ansett som en sanksjon, som også gjennomgående vil være straff etter EMKs straffebelegp.<sup>196</sup>

Hvilken type ledelseskantene bør benyttes i konkurranseloven? Utgangspunktet for vurderingen er om formålet med ileggelse av ledelseskantene skal være en pønalt motivert sanksjon, eller et fremadrettet tiltak, som har som formål å forhindre at uegnede/uskikkede personer innehar ledelsesfunksjoner. Hvis det innføres hjemmel for å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr, vil behovet for ytterligere en pønalt sanksjon mot fysiske personer være redusert. Et moment som kan tale mot å operere med et egnethetskrav i en bestemmelse om ledelseskantene, er at egnethet generelt er et vagt og skjønnsmessig vurderingstema, som det kan være krevende å anvende i praksis. Dette momentet slår imidlertid ikke til med særlig styrke når det er tale om overtredelse av sentrale handleplikter og forbud i konkurranseloven. Bestemmelsene i konkurranseloven som det vil være aktuelt å vurdere opp mot ledelseskantene, er sentral forvaltningsrettslig reguleringslovgivning. Konkurranseloven varetar helt sentrale samfunnsinteresser. Overtredelse av konkurranseloven vil ofte påføre forbrukere, konkurrenter og næringslivet for øvrig økonomiske tap. De overtredelser som det er aktuelt å møte med ledelseskantene, vil sjelden være begått ubevisst uaktsomt av ledelsen. Det har formodningen mot seg at eksempelvis kartellvirksomhet er ukjent for personer med ledelsesfunksjon. Og i de tilfeller det skulle være forholdet, vitner det om stor grad av manglende kontroll i virksomheten på ledelsesnivå. I tillegg kommer at en hjemmel for ledelseskantene skal håndheves av Konkurransetilsynet, som har spisskompetanse på tolking og håndheving av konkurranseloven. Ut fra disse forholdene fremstår det ikke betenkelig å operere med et vilkår om egnethet for ileggelse av ledelseskantene.

I forarbeidene til forvaltningslovens kapittel om administrative sanksjoner gis det anbefalinger om bruk av administrative sanksjoner. en anbefaling er at det minst inngripende tilgjengelige

---

<sup>195</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 93: Departementet er ikke kjent med praksis fra Høyesterett eller EMD som har konkludert med at det er straff etter EMK så lenge det må skje en selvstendig vurdering av om innehaveren av tillatelsen er egnet eller skikket til å drive den aktiviteten eller virksomheten som tillatelsesordningen gjelder.»

<sup>196</sup> NOU 2016: 27 s. 172-173; Prop. 62 L (2015-2016) s. 92-94.

virkemiddelet bør velges: «Ofte vil flere ulike virkemidler, herunder flere sanksjoner, fremstå som egnet for å nå formålet. Etter departementets syn bør en sentral retningslinje være at et mer inngripende virkemiddel ikke bør brukes hvis det samme målet kan nås med mindre inngripende tilgjengelige virkemidler. Dette gjelder både ved valget mellom bruk av sanksjoner og andre tiltak, og ved valget mellom straff og administrative sanksjoner.»<sup>197</sup> Som nevnt ovenfor er ledelseskantene basert på en vurdering av egnethet ikke en sanksjon som er straff etter EMK, men en fremadrettet reaksjon (forvaltningstiltak). Anbefalingen taler således for at en hjemmel om ledelseskantene ikke bør utformes som en sanksjon.

Ytterligere et moment som taler for bruk av egnethet som et vilkår for ledelseskantene i konkurranseloven, er at det er det mest utbredte i offentlig reguleringslovgivning.<sup>198</sup> Jeg har ikke funnet eksempler på bestemmelser om ledelseskantene, som ikke har som et vilkår at vedkommende er uegnet/uskikket til å inneha en ledelsesfunksjon.

Det anbefales etter dette at en bestemmelse om ledelseskantene utformes slik at et vilkår er at vedkommende er uegnet til å ha ledelsesfunksjon.

#### **7.4.3. For hvilke overtredelser bør ledelseskantene være en tilgjengelig reaksjon?**

Det fremgår av Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger om administrative sanksjoner at spørsmålet om en overtredelse skal sanksjoneres, som utgangspunkt bør vurderes ut fra hver enkelt handlingsnorm. Ved å følge denne retningslinjen vil man unngå overdreven innføring av hjemler for administrative sanksjoner. En slik tilnærming vil også bidra til å redusere forekomsten av «tomme sanksjonstrusler».<sup>199</sup> Selv om en bestemmelse om ledelseskantene foreslås utformet som en reaksjon, og ikke en sanksjon, bør anbefalingen følges. Å vurdere konkret hvilke overtredelser som skal kunne møtes med overtredelsesgebyr er i samsvar med kravene til egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet.

---

<sup>197</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 52.

<sup>198</sup> Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) § 19-8; lov 25. november 2011 nr. 44 om verdipapirfond (verdipapirfondloven) § 11-9; lov 20. juni 2014 nr. 28 om forvaltning av alternative investeringsfond (AIF-loven) § 9-5; lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) § 48; lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv. (verdipapirsentralloven) § 11-8; lov 20. november 2020 nr. 128 om revisjon og revisorer (revisorloven) § 14-3.

<sup>199</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 53.

En gjennomgang av bestemmelser som hjemler ileggelse av ledelseskantene viser gjennomgående at overtredelse av samtlige bestemmelser gitt i eller i medhold av loven kan danne grunnlag for ledelseskantene.<sup>200</sup> Et unntak er verdipapirsentralloven § 11-8. Her er det kun overtredelse av verdipapirsentralforordningen artikkel 63 nr. 1 som kan danne grunnlag for ileggelse av ledelseskantene.

Krav om forholdsmessighet må være avgjørende for hvilken løsning som bør gjelde for en ny bestemmelse om ledelseskantene i konkurranseloven. Bestemmelsen må ikke gå lengre enn nødvendig, og utformingen av bestemmelsen må bygge på proporsjonalitet mellom statens behov for effektiv beskyttelse av rettsgodene som beskyttes i konkurranseloven, og rettssikkerhetshensyn. Ledelseskantene er en inngripende reaksjon. I tillegg skal overtredelsene som er aktuelle alene eller samlet vise at vedkommende er «uegnet» til å inneha en ledelsesfunksjon. Dette er en ikke ubetydelig terskel. Det foreslås at det angis i bestemmelsen hvilke overtredelser som skal kunne danne grunnlag for egnethetsvurderingen, samt være vilkår for ileggelse av ledelseskantene.

Hvilke bestemmelser som bør angis, er et skjønsspørsmål, som det kan være delte oppfatninger om. Med grunnlag i kravet om forholdsmessighet foreslås det at de samme overtredelser som kan møtes med overtredelsesgebyr for fysiske personer, bør danne grunnlag for ileggelse av ledelseskantene. Det vises til de vurderinger som er gjort av hvilke bestemmelser som bør danne grunnlag for å illegge fysiske personer overtredelsesgebyr.<sup>201</sup>

#### **7.4.4. Hvilke personer skal kunne ilegges ledelseskantene?**

Det er på det rene at personer som innehar en ledelsesfunksjon på det tidspunkt de begår lovbrudd som danner grunnlag for ledelseskantene, må kunne ilegges ledelseskantene. Dermed er det klart at styremedlemmer, andre tillitsvalgte i styre, daglig leder eller person i tilsvarende stilling som daglig leder må kunne ilegges ledelseskantene. Det er for denne gruppen en ledelseskantene ha størst preventiv effekt. Selv om allmennprevensjon er umulig å måle konkret, er det nærliggende at det å kunne bli fratatt en ledende stilling fordi man er vurdert som uegnet til å ha stillingen vil ha en klar avskrekkende effekt mot overtredelser av konkurranseloven. Det er også kurant å gjennomføre egnethetsvurderinger av om en person er egnet til å inneha en ledende stilling når

---

<sup>200</sup> Verdipapirhandelloven § 19-8 første ledd; verdipapirfondloven § 11-9 første ledd; AIF-loven § 9-5 første ledd; hvitvaskingsloven § 48 og revisorloven § 14-3 første ledd.

<sup>201</sup> Punkt 7.2.2.



vedkommende faktisk har en slik stilling på tidspunktet vedkommende begår lovbrudd, og egnetheten skal vurderes.

Et spørsmål er om også andre personer enn de angitt ovenfor skal kunne ilegges ledelseskantene. Flere lover begrenser ikke ledelseskantene til personer som innehar ledelsesfunksjon. Etter verdipapirhandelloven § 19-8 første ledd kan «styremedlemmer, andre tillitsvalgte, oppdragstakere eller ansatte i foretak med tillatelse til å drive virksomhet som omfattes av denne loven eller i tilknyttet agent» ilegges ledelseskantene. Verdipapirfondloven § 11-9 første ledd hjemler ledelseskantene overfor «styremedlemmer, oppdragstakere eller ansatte i foretak». AIF-loven § 9-5 har samme formulering. Hvitvaskingsloven § 48 første ledd hjemler ledelseskantene for «en rapporteringspliktig fysisk person». Forarbeidene presiserer at vedtak om ledelseskantene kan rettes mot enhver person som kan holdes ansvarlig for overtredelse av hvitvaskingsloven. Dette omfatter også andre enn foretakets ledelse, herunder personer som utfører oppdrag på vegne av foretaket.<sup>202</sup> Revisorloven § 14-3 hjemler ledelseskantene for «en statsautorisert revisor».

Den eneste bestemmelsen jeg har funnet om ledelseskantene som krever at den som ilegges karantenen må ha en ledende stilling, er verdipapirsentralloven § 11-8. Bestemmelsen hjemler ledelseskantene for «et styremedlem, en daglig leder eller en faktisk leder i en verdipapirsentral eller i en kredittinstitusjon som er utpekt etter verdipapirsentralforordningen artikkel 54».

Vurderingen av hvem som skal kunne ilegges ledelseskantene må bero på forholdsmessighetsvurderinger. Det er klart at illeggelse av ledelseskantene overfor andre enn personer i ledelsen forfølger et legitimt formål. En slik adgang til bruk av ledelseskantene vil også være egnet til å vareta formålet, i hvert fall overfor personer som har ambisjoner om å få en ledende funksjon. For personer som ikke har vilje (eller evne) til å få en ledelsesfunksjon, vil illeggelse av ledelseskantene for alle praktiske formål ikke være egnet til å vareta det legitime formålet.

Et spørsmål er om illeggelse av ledelseskantene overfor personer som ikke innehar ledelsesfunksjon er å gå lengre enn nødvendig. Det kan det være delte meninger om. Det er grunn til å merke seg at forarbeidene til de fleste lover som har slik adgang, ikke drøfter forholdsmessigheten av et så vidt nedslagsfelt for ledelseskantene. Et unntak er forarbeidene til

---

<sup>202</sup> Prop. 40 L (2017-2018) s. 156.

hvitvaskingsloven. Lovutvalget som forberedte ny hvitvaskingslov la til grunn at ledelseskantene burde begrenses til personer i ledelsen.<sup>203</sup> Departementet var uenig: Departementet foreslår at vedtaket kan rette seg mot enhver person som kan holdes ansvarlig for overtredelsen. Dette omfatter også andre ansatte enn foretakets ledelse, herunder andre personer som utfører oppdrag på vegne av foretaket. Departementet kan vanskelig se at det er grunn til at ansatte som kan holdes ansvarlige for en overtredelse, senere skal kunne få ledelsesposisjoner i rapporteringspliktige foretak.<sup>204</sup> Dette er egentlig ikke en vurdering av om inngrepet går lengre enn nødvendig. Etter min oppfatning kan det stilles spørsmål ved om det er å gå lengre enn nødvendig å åpne for at samtlige ansatte i en virksomhet kan ilegges ledelseskantene.

Hva så med proporsjonaliteten? I tillegg til at det er tvilsomt om det er nødvendig å kunne ilegge andre enn personer med ledelsesfunksjon ledelseskantene, skal følgende bemerkes:

Egnethetsvurderingen er en fremtidsvurdering. Grunnlaget for vurderingen er at en person har overtrådt bestemmelser gitt i eller i medhold av konkurranseloven. Det er klart at en slik egnethetsvurdering av en person som ikke innehar en ledelsesfunksjon vil være vesentlig mer skjønnsbasert enn å gjøre en slik vurdering av en person som faktisk innehar en ledelsesfunksjon når vedkommende begår lovbruddene. Inngrep i form av ledelseskantene er en streng reaksjon. Å bli «stemplet» som uegnet til å inneha en ledelsesfunksjon, vil virke klart negativt for vedkommendes omdømme. Det vil også innebære at vedkommende ikke vil kunne ha det gode, som en lederstilling innebærer.

På den annen side kan forholdet være at en person ikke innehar en stilling som styremedlem eller daglig leder, men at vedkommende likevel har en ledende posisjon, som ligger nært opp mot daglig leder. Særlig i større virksomheter er det flere ledelsesnivåer. Hvis personer som innehar slike ledende posisjoner begår overtredelser som de i kraft av sin ledende posisjon har begått, tilsier det at ledelseskantene bør kunne anvendes. Konkret opp mot konkurranselovens regler, er det vel heller sjelden at styremedlemmer og daglig leder er direkte involvert i prosessen omkring inngåelse av avtaler i strid med konkurranseloven § 10. Det samme gjelder sannsynligvis for overtredelser av lovens øvrige handleplikter, som foreslås at kan utløse ledelseskantene. Dette taler for at

---

<sup>203</sup> NOU 2016:27 s. 173.

<sup>204</sup> Prop. 40 L (2017-2018) s. 156.

ledelseskantene også bør kunne ilegges personer som har en ledende stilling i virksomheten. Det foreslås at denne gruppen kan ilegges ledelseskantene.

I en normal virksomhet vil det være et klart større antall ansatte, enn personer med ledende stilling. For å forhindre at personer i ledende stillinger skyver ansvar for etterlevelse av konkurranselovens bestemmelser over på ansatte som ikke er en del av styret, er daglig leder eller har ledende stilling, foreslås det at ledelseskantene kan ilegges ikke bare den som overtrer nærmere bestemte bestemmelser, men også den som forsettlig eller uaktsomt medvirker til å overtre bestemmelsene. Rekkevidden av medvirkningsansvaret må ut fra systemorienterte vurderinger fastlegges på samme måte som innenfor strafferetten, jf. straffeloven § 15 med tilhørende kilder. Det medfører for eksempel at dersom person i styret, daglig leder eller andre på ledelsesnivå ikke har sørget for tilstrekkelige rutiner i virksomheten for å forebygge og avdekke overtredelser av konkurranselovens bestemmelser, vil det etter omstendighetene kunne foreligge medvirkningsansvar, og dermed grunnlag for illeggelse av ledelseskantene.

#### **7.4.5. Hvilke posisjoner bør den som er ilagt ledelseskantene være forhindre fra å inneha?**

En gjennomgang av bestemmelser som hjemler illeggelse av ledelseskantene viser gjennomgående at bestemmelsene oppstiller et forbud mot å inneha «ledelsesfunksjon».<sup>205</sup> Revisorloven § 14-3 presiserer i annet ledd: «Et vedtak etter første ledd innebærer at personen ikke kan være medlem av styret eller daglig leder i et foretak av allmenn interesse eller i et revisjonsselskap.»

Som nevnt ovenfor foreslås det at ledelseskantene skal kunne ilegges ikke bare styremedlem, tillitsvalgt i styre eller daglig leder eller tilsvarende. I tillegg kan «person med ledende stilling i virksomheten» ilegges ledelseskantene. Ledelseskantene bør imidlertid ikke være til hinder for at vedkommende skal kunne ha en lederstilling på nivå under daglig leder. Det foreslås derfor at det presiseres i bestemmelsen at ledelseskantene innebærer at vedkommende ikke kan ha funksjon som styremedlem, tillitsvalgt i styre eller daglig leder eller tilsvarende stilling.

---

<sup>205</sup> Verdipapirhandelloven § 19-8 første ledd; verdipapirfondloven § 11-9 første ledd; AIF-loven § 95 første ledd; hvitvaskingsloven § 48; verdipapirsentralloven § 11-8.

#### 7.4.6 Karantenens varighet

En gjennomgang av bestemmelser som hjemler ileggelse av ledelseskantene viser følgende: Ileggelse av ledelseskantene etter verdipapirhandelloven § 19-8 første ledd kan gjøres tidsubestemt. Forarbeidene begrunner dette med at MiFID II og markedsmisbruksforordningen legger opp til at ledelseskantene i alvorlige tilfeller skal være permanent. Samtidig presiserer departementet at Finanstilsynet som forvaltningsorgan har kompetanse til å omgjøre eget vedtak på et senere tidspunkt etter en fornyet vurdering.<sup>206</sup> I verdipapirfondloven § 11-9 annet ledd er varigheten på ledelseskantenen begrepet til fem år. Det fremgår av forarbeidene at Finanstilsynet hadde foreslått at vedtak om forbud mot ledelseskantene skulle gjelde uten tidsbegrensning. Advokatforeningen og Finans Norge hadde vært kritisk til det. Departementet foreslo derfor ut fra forutberegnelighetshensyn å fastsette en tidsramme for varigheten av ledelseskantene.<sup>207</sup> AIF-loven § 9-5 annet ledd har samme tidsbegrensning av ledelseskantenes varighet, og ut fra samme begrunnelse. Hvitvaskingsloven § 48 har derimot ikke noen begrensning av ledelseskantenes varighet. Det fremgår av forarbeidene at siden vedtaket innebærer en vurdering av en persons skikkethet, foreslo departementet ikke en plikt til å fatte vedtak som er tidsbegrenset. Departementet viste til at en tidsbegrensning syntes unaturlig når vurderingstemaet er om en person er skikket. En tidsbegrensning kunne gi inntrykk av at en person uten videre var skikket ved utløpet tidsbegrensningen. Departementet presiserte at forvaltningsorganet beholder kompetanse til å omgjøre eget vedtak på et senere tidspunkt etter en fornyet vurdering.<sup>208</sup> Heller ikke verdipaprsentralloven § 11-8 oppstiller en tidsbegrensning av ledelseskantenes varighet. Revisorloven § 14-3 tredje ledd begrenser varigheten av ledelseskantene til tre år.

Ut fra kravet om forholdsmessighet er det ikke tilrådelig at ledelseskantene kan ilegges uten noen øvre tidsbegrensning. Det er i og for seg riktig som det fremheves i forarbeidene til hvitvaskingsloven at det kan være unaturlig å fikse et absolutt tidspunkt, når grunnlaget for reaksjonen er at vedkommende er uegnet til å ha en ledelsesfunksjon. Imidlertid må det ikke tapes av syne at ledelseskantene er en inngripende reaksjon. Krav til proporsjonalitet og forutberegnelighet tilsier med styrke at det bør gjelde en tidsbegrensning for lengden av en

---

<sup>206</sup> Prop. 96 LS (2018-2019) s. 131.

<sup>207</sup> Prop. 155 LS (2020-2021) Endringer i verdipapirfondloven mv. (gjennomføring av EØS-rett, administrative sanksjoner og andre forvaltningstiltak) og samtykke til godkjenning av fire beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av forordninger om verdipapirfond og alternative investeringsfond s. 62.

<sup>208</sup> Prop. 40 L (2017-2018) s. 156.

ledelseskantene. Det foreslås at ledelseskantene etter konkurranseloven skal kunne ilegges for et tidsrom på inntil fem år.

Ved beregning av lengden av ledelseskantene vil art, grad og alvor av overtredelsen(e) stå sentralt. Graden av skyld vil også kunne si noe om hvor uegnet vedkommende er, samt være til hjelp i den fremoverrettede vurderingen av egnethet som skal gjøres. Det er klart at en slik vurdering alltid vil være skjønnsmessig. Ved vurderingen kan praksis fra andre forvaltningsområder hvor slike egnethetsvurderinger gjøres, ha relevans.

#### **7.4.7. Forslag til bestemmelse om ledelseskantene**

Med bakgrunn i ovenstående, foreslås følgende bestemmelse om ledelseskantene:

*«Dersom styremedlemmer, andre tillitsvalgte i styre, daglig leder eller tilsvarende stilling, eller person med ledende stilling i virksomheten forsettlig eller uaktsomt har overtrådt eller medvirket til overtredelse av*

- a) §§ 12 første og femte ledd, 10, 18 første ledd eller § 19 første ledd,*
- b) plikt til å etterkomme pålegg etter § 24 eller § 25,*
- c) plikt til å gi riktige og fullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene, eller*
- d) forbud mot å bryte forsegling foretatt i medhold av § 25,*

*kan Konkurransetilsynet fatte vedtak om at vedkommende ikke kan ha funksjon som styremedlem, tillitsvalgt i styre eller daglig leder eller tilsvarende stilling dersom overtredelsen eller medvirkningen til denne, medfører at vedkommende må anses uskikket til å ha slik ledelsesfunksjon i et foretak.*

*Ledelseskantene kan ilegges for et tidsrom på inntil fem år.»*

Siden ledelseskantene foreslås som en reaksjon, og ikke en sanksjon, bør den plasseres i tilknytning til andre reaksjoner. Konkurranseloven opererer med en reaksjon, tvangsmulkt. Det foreslås at en bestemmelse om ledelseskantene plasseres som ny § 28a.

Ovenfor er «ledelseskantene» gjennomgående benyttet som term. Terminologien i de lover som hjemler ledelseskantene, er «forbud mot å ha ledelsesfunksjon». Det foreslås at samme terminologi benyttes i bestemmelsens overskrift.

## 8. Konklusjoner

Kapittel 2 viser at konkurranselovgivningen skal beskytte helt sentrale samfunnsinteresser (rettsgoder). For det første skal forbrukernes valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester. Konkurransen fører til riktig prisdannelse på varer og tjenester som forbrukerne er avhengige av. For det annet bidrar virksom konkurranse til riktigere fordeling og større likhet i samfunnet. For det tredje fremmer konkurranse effektivitet, nærmere bestemt ved at konkurranse fremmer innovasjon og kostandseffektivitet. Dette bidrar til bærekraft.

Disse rettsgodene beskyttes i dag kun ved at juridiske personer kan ilegges forvaltningreaksjoner og -sanksjoner. Konkurranseloven hjemler illeggelse av straff overfor fysiske personer, men straffebestemmelsen er ikke benyttet siden loven trådte i kraft i 2004.

Kapittel 3 og 4 viser at det ikke er noen begrensinger etter EØS-retten, Grunnloven og EMK mot å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr eller ledelseskantene for overtredelse av konkurranseloven. EMK artikkel 6 nr. 1 (selvinkrimineringsvernet) oppstiller ikke særlig strenge begrensinger av adgangen til å pålegge fysiske personer en sanksjonert opplysningsplikt og plikt til å legge frem dokumenter. EMK artikkel 6 nr. 2 (uskyldspresumsjonen) krever ikke at det opereres med et krav om klar sannsynlighetsovervekt for faktum ved illeggelse av overtredelsesgebyr. Alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig.

Kapittel 5 drøfter om konkurranseloven bør ha hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven. Det er avgjørende at rettsgodene som vernes i konkurranseloven beskyttes med reaksjoner og sanksjoner som virker preventivt. Straff av juridiske personer gir kun en indirekte preventiv effekt. Det viktigste preventive virkemiddelet, reaksjoner mot fysiske personer for overtredelser av loven, fungerer ikke (ingen straffesanksjoner siden loven trådte i kraft i 2004). Det drøftes og konkluderes med at innføring av overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer er et forholdsmessig inngrep. Nærmere bestemt varetar inngrepene et legitimt formål, de er egnet til å vareta det legitime formålet, de går ikke lengre enn nødvendig, og er proporsjonale. Innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer og ledelseskantene er i samsvar med Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger for bruk av administrative reaksjoner og sanksjoner. Undersøkelsen av utenlandsk rett viser at man i tysk rett har hjemmel for å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelser av konkurranselovgivningen. I Danmark og Storbritannia har

man påpekt viktigheten av å holde fysiske personer ansvarlig for overtredelser av konkurranseloven. I Finland, Sverige og Storbritannia hjemler konkurranselovgivningen ileggelse av ledelseskantene. Internasjonale rekommandasjoner taler for innføring av sanksjoner mot fysiske personer som har deltatt i kartellvirksomhet. Bruk av overtredelsesgebyr og ledelseskantene mot fysiske personer brukes på flere forvaltningsområder. En sentral grunn til at straff overfor fysiske personer ikke er benyttet siden konkurranseloven trådte i kraft, er at det kan virke begrensende for at lempingsinstituttet fungerer best mulig. Personer som vurderer å søke lemping kan bli avskrekket om de ikke har sikkerhet for at de ikke blir straffeforfulgt. Ved innføring av overtredelsesgebyr for fysiske personer for overtredelse av konkurranseloven vil risikoen for straffeforfølgning fjernes. Samtidig vil Konkurransetilsynet ha mulighet til å ilegge fysiske personer reaksjoner og sanksjoner når det er hensiktsmessig.

I kapittel 6 foreslås det at dagens kriminalisering i konkurranseloven § 32 første ledd fjernes. I stedet foreslås det at Konkurransetilsynet gis hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelse av nærmere bestemte bestemmelser i konkurranseloven. Det foreslås at kriminaliseringen av grov overtredelse av forbudet mot kartellvirksomhet i konkurranseloven § 10 i konkurranseloven § 32 annet ledd beholdes.

I kapittel 7 drøftes det nærmere innholdet i bestemmelser om overtredelsesgebyr for fysiske personer, samt ledelseskantene. Drøftelsene gjøres med grunnlag i krav om forholdsmessighet og Justis- og beredskapsdepartementets anbefalinger. Det fremsettes forslag om bestemmelser om overtredelsesgebyr for fysiske personer og ledelseskantene.