

Kravet til skyld ved ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven §§ 10 og 11

KONKURRANSELOVEN § 29

- *Et foretak eller en sammenslutning av et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, **forsettlig eller uaktsomt***
 - a) *overtrer §§ 10, 11, 18 første ledd eller 19 første ledd*
- *Samme skyldkrav ved ileggelse av straff etter § 30, men grov uaktsomhet*
 - *Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt*
 - a) *overtrer §§ 10, 11, 18 første ledd eller 19 første ledd*
- *Rfo 1/2003 artikkel 23 "intentionally or negligently"*

SKYLDKRAVET - GENERELT

- Høyesterett i *Gran & Ekran*, avsnitt 66:
 - *Etter § 29 er skyldkravet, som allerede nevnt, ”forsett eller uaktsomhet”. Når det i en lov som gir hjemmel for ileggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene, kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig.*
- Skyld må foreligge i handlingsøyeblikket

- Rfo. 1/2003 artikkel 23

- «forsætlig eller uagtsomt»
- Kommisjonen trenger ikke å avgjøre om overtredelsen er forsettlig eller uaktsom, jf. T-286/09 *Intel*
 - *It is settled case-law that the condition that the infringement was committed intentionally or negligently is satisfied where the undertaking concerned cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it was aware that it was infringing the competition rules of the Treaty. An undertaking is aware of the anti-competitive nature of its conduct where it is aware of the essential facts justifying both the finding of a dominant position on the relevant market and the finding by the Commission of an abuse of that position.*

ANSVARSSUBJEKTET

- «foretaket ... eller noen som handler på vegne av foretaket»
- Representasjonsansvar: På vegne av
 - Ikke et ledelsesansvar, omfatter alle ansatte
 - *Innebærer at det ikke er nødvendig at en overtredelse er foretatt av et foretaks eiere eller øverste ledelse, men at foretaket også kan bli ansvarlig for atferden til andre personer som handler på vegne av foretaket*
 - Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 241
 - Tilrettelegging et selvstendig brudd på § 10/§ 11

- Kumulasjonsansvar

- *Ved kumulative feil har ikke én bestemt person overtrådt straffebudet alene, men sammen har flere personer oppfylt vilkårene i gjerningsbeskrivelsen.*
 - Forarbeidene strl. § 27-28: *Ot. Prp. Nr 90 (2003-2004) s. 239*
- Kumulasjonsansvaret «*kan [bare] anvendes på overtredelser av straffebud med uaktsomhet som skyldform. Ansvar er uanvendelig dersom straffebudet krever forsett.*»
 - Knut Høivik: *Foretaksstraff* s. 220

- Typetilfelle 1: Ingen enkeltperson oppfyller objektive eller subjektive vilkår for straff, men summen av enkeltpersoner gjør det
 - Etablering av samordnet opptreden gjennom flere ansattes enkelthandlinger
 - Tilslutning til et kartell gjennom deltagelse i ett møte
 - Får ansvar ut over den ansattes handlinger?

- Typetilfelle 2: En ansatt oppfyller objektive vilkår for straff, men ikke skyldkravet (uaktsomhet)
 - Kan skyldkravet oppfylles ved at foretaket har unnlatt å forhindre As overtredelse gjennom organisatoriske tiltak?
 - Organisasjonsansvar som supplement: Uaktsom unnlattelse
 - Har ikke tilstrekkelige systemer for å forebygge og hindre
 - Såkalte anonyme feil en del av kumulasjonsansvaret
 - Compliance programs – damned if you do and damned if you do'nt?
 - For dårlige rutiner/systemer
 - Gode nok systemer, men manglende oppfølging

SKYLDEN MÅ DEKKE HELE DET OBJEKTIVE GJERNINGSINNHOOLD

- Skylden må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen
 - «skylden – her som ellers – må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen» (Gran & Ekran avsnitt 63)
- Samarbeidskriteriet
 - Normalt klar over at man samarbeider
 - Informasjonsutveksling – gjensidig og ensidig

- «*på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen*»
 - Formålsbegrensninger
 - Karteller
 - Formålsbegrensninger som ikke utelukkende er skadelige
 - Anbudssamarbeid vs. Prosjektsamarbeid
 - Samarbeid som er konkurransebegrensende etter sin virkning
 - Avveiningen etter § 10(3) ledd
 - Merkbarehetskriteriet
 - Bagatellmeddelelsens terskelverdier

NÆRMERE OM FORSETT

- Både hensikt og sannsynlighetsforsett omfattes
 - Foretaket «må **ha vært klar over**, eller i det minste **holdt det for mest sannsynlig**, at de samarbeidet ... på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen», Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran*

- Formålsbegrensninger og hensiktsforsett

- Hensiktsforsett (dolus directus) foreligger der hvor følgen av handlingen var tilsiktet. «Formål» en objektiv størrelse, forsett (og hensikt) subjektivt
- Kreves ikke positiv kunnskap om at handlingen er ulovlig
- Hensikt ikke tilstrekkelig for å etablere formål, men kan være et av flere bevis
 - I så fall: Også bevis for forsett?
 - *El-proffen*: Intensjon relevant for vurdering av forsett (avsnitt 303)

- Formålsbegrensninger og sannsynlighetsforsett
 - Sannsynlighetsforsett (dolus indirectus) foreligger der gjerningsmannen har regnet det som sikkert eller overveiende sannsynlig at en uønsket følge vil oppstå
 - Avtaler som er ”tilstrekkelig skadelige”/”etter sin art/natur” begrenser konkurransen.
 - Vil ”klassiske” formålsbegrensninger alltid ha konkurransebegrensning som sannsynlig virkning?
 - Utvidelse av formålskategorien – nye typer formålsbegrensninger

- Virkning og forsett

- Må vises at den konkurransebegrensende virkningen var «sikker/overveiende sannsynlig»
- Ikke nok at konkurransebegrensning anses som en mulighet
- Positive og negative virkninger – forsettet må etableres for nettovirkningen

- Misbruk og forsett

NÆRMERE OM UAKTSOMHET

- Skyldkravets nedre grense
- Det er tilstrekkelig at
 - «foretaket ikke kunne være uvitende om at den aktuelle adferden kunne være konkurransebegrensende», jf. NOU 2003:12 kap. 6.4.3.
- *El-proffen* tok utgangspunkt i definisjonen av uaktsomhet i straffeloven § 21
 - *Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom*
- Hvordan vurdere et foretaks «personlige forutsetninger»?
 - Identifisering også hva gjelder personlige forutsetninger

- Kjernen i aktsomhetskravet er at foretaket «**burde ha forstått**» at samarbeidet var egnet til å merkbart begrense konkurransen, jf. LB-2013-75034 *Taxisaken*
 - Forsettet krever altså at man *har* forstått, eller *holdt det for sannsynlig*, mens uaktsomhet foreligger når man *burde* ha forstått
- Formålsbegrensninger og uaktsomhet
- Virkningsbegrensninger og uaktsomhet

BEVISKRAVET

- Kreves «[k]lar sannsynlighetsovervekt», jf. Rt. 2012 s. 1556
 - Administrativ sanksjon som har karakter av straff, jf. EMK art. 6
- «Ofte kan det være vanskelig å bevise hva den som har handlet på et foretaks vegne, har tenkt eller forstått. Men, her som ellers ved forsettsvurderingen, må en kunne **trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med «anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger»**, jf. Rt-1974-382 (Lillehammersaken) på side 385 og senere rettspraksis.»
 - Utstrakt informasjonsutveksling mellom selskapene i den saken ble ansett som slike «ytre omstendigheter»

UNNSKYLDELIG RETTSVILLFARELSE

- Det skal mye til for at næringsdrivende frifinnes grunnet mangelfull kjennskap til reglene som gjelder for virksomheten
- «Det rettslige utgangspunktet er at det kreves særlige omstendigheter for at en rettsvillfarelse kan regnes som unnskyldelig, og dermed frigjørende»
 - «Det kan riktignok ikke helt utelukkes at rettsvillfarelse om også slike overtredelser kan finnes unnskyldelig i **helt spesielle tilfeller**, f.eks. hvor det ikke er tale om overtredelser av bestemmelsenes kjerneinnhold, særlig hvis lovtolkningen byr på tvil, eller det er første gang et tilfelle som det foreliggende sanksjoneres», jf. Sak 2018/112 og 2018/113 *El-Proffen*
- «Det har ingen betydning, om virksomheten var sig bevidst, at den tilsidesatte artikkel 81», sak T-49/02 avsnitt 155 *Brasserie Nationale v Kommisjonen*

SKYLDFORMENS BETYDNING FOR OVERTREDELSESGBYRETS UTMÅLING

- Konkurranseloven § 29 annet ledd
 - «Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens **grovhet** og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31.»
- FOR-2013-12-11-1465 Forskrift om overtredelsesgebyr
 - Ved vurdering av overtredelsens grovhet skal det særlig tas hensyn til «utvist skyld», jf. § 3 annet ledd bokstav d
 - Kommisjonens retningslinjer for bøtefastsetting avsnitt 23
 - Formildende omstendighet *”hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at overtrædelserne skyldes uagtsomhed”*

- Diskusjon om momentets vekt i utmålingen
 - «I den samlede vurdering vil skyldgraden alltid måtte tas i betraktning. Men **momentets vekt vil kunne variere og – som i vår sak – overskygges av lovbruddets objektive grovhet**», Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran*