

UiO : **Det juridiske fakultet**

Forholdet mellom selskapers opplysningsplikt etter konkurranseloven § 24 og selvinkrimineringsvernet

Begrenser selvinkrimineringsvernet selskapers opplysningsplikt til Konkurransetilsynet?

Kandidatnummer: 585

Leveringsfrist: 18. mai 2021

Antall ord: 17 938



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Metodiske spørsmål	3
1.3.1	EMK-rettslig metode	3
1.3.2	EØS-rettslig metode	4
1.4	Begrepsavklaring	5
1.5	Avgrensning	6
1.6	Den videre behandlingen av temaet	7
2	PRESENTASJON AV OPPLYSNINGSPLIKTEN I KONKURRANSELOVEN § 24.....	8
2.1	Opplysningspliktens begrunnelse	8
2.2	Innholdet i opplysningsplikten.....	8
2.2.1	Hva kan Konkurransetilsynet kreve opplyst og utlevert?.....	8
2.2.2	Hvem kan pålegges en opplysningsplikt?	10
2.2.3	Når kan opplysningsplikten pålegges?	10
2.3	Virkninger av brudd på opplysningsplikten.....	11
3	SELVINKRIMINERINGSVERNET – RETTSLIG GRUNNLAG OG HENSYN	13
3.1	Det rettslige grunnlaget for selvinkrimineringsvernet overfor Konkurransetilsynet.....	13
3.1.1	Menneskerettskonvensjoner	13
3.1.2	Grunnloven	14
3.1.3	Forskrift om opplysningsplikt og bevissikring.....	15
3.1.4	Den generelle forvaltningsretten	16
3.1.5	EU-rett	17
3.2	Hensyn bak reglene om selvinkrimineringsvern overfor forvaltningen	17
4	VILKÅRENE FOR SELVINKRIMINERINGSVERNETS INNTREDEN I FORHOLD TIL OPPLYSNINGSPLIKTEN	20
4.1	Innledning	20
4.2	Er overtredelsesgebyr straff i EMK-rettslig forstand?.....	21
4.3	Når foreligger det en «charge» mot selskapet?.....	22
4.3.1	«Official notification»	23
4.3.2	«Substantially affected»	25
4.4	Juridiske personers selvinkrimineringsvern.....	27

4.4.1	Generelt om juridiske personers selvinkrimineringsvern.....	27
4.4.2	Hvem hos selskapet kan påberope seg selvinkrimineringsvernet?.....	28
4.5	Hvilken informasjon er vernet av selvinkrimineringsvernet?.....	30
4.6	Er selvinkrimineringsvernets rekkevidde betinget av bevisets form?	32
4.6.1	Forklaringer	32
4.6.2	Utlevering av informasjon og informasjonsbærere	32
5	INNHALDET I DET EMK-RETTLIGE SELVINKRIMINERINGSVERNET. 35	
5.1	Innledning	35
5.2	Størrelsen på og arten av tvangen	36
5.3	Eksistensen av andre prosessuelle garantier	39
5.4	Allmennhetens interesse i etterforskningen og sanksjoneringen av lovbruddet	40
5.5	Betydningen av at det er et ikke-personlig rettssubjekt	42
6	SÆRLIG OM DET EU-RETTLIGE SELVINKRIMINERINGSVERNET 44	
6.1	Innledning	44
6.2	Innholdet i det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet.....	45
6.2.1	Innledning	45
6.2.2	Når inntreer det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet?	46
6.2.3	Hvem kan påberope seg vernet?.....	46
6.2.4	Den materielle beskyttelsen.....	47
6.3	Kan det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet påberopes overfor Konkurransetilsynet?	49
6.4	Lik praktisering av selvinkrimineringsvernet?	51
6.5	Konsekvensene av at det gjelder et eget selvinkrimineringsvern ved håndhevelsen av EØS-avtalen art. 53 og 54.....	52
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER..... 55	
	KILDELISTE	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er forholdet mellom selskapers opplysningsplikt i konkurranseloven¹ § 24 og selvinkrimineringsvernet. Problemstillingen er om selvinkrimineringsvernet begrenser selskapers opplysningsplikt til Konkurransetilsynet.

Konkurranseloven har til formål å fremme konkurranse i markedet for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 1. På bakgrunn av dette formålet forbyr konkurranseloven visse typer atferd i markedet. Eksempler på dette er forbudet mot at foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling, jf. konkurranseloven § 11, og forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, jf. konkurranseloven § 10.

For å ivareta konkurranse i markedet er Konkurransetilsynet, som er en del av konkurransemyndighetene, gitt en rekke forskjellige oppgaver, jf. konkurranseloven § 9. Konkurransetilsynet skal både føre tilsyn med de generelle markedsforholdene, kontrollere at lovens bestemmelser blir etterlevd og i visse tilfeller etterforske og sanksjonere brudd på loven. For at konkurransemyndighetene skal kunne utføre sine lovpålagte oppgaver er de avhengig av informasjon. Tilsynets behov for informasjon gjelder både for det generelle tilsynet av loven, men også særlig ved etterforskning av mulige overtredelser og sanksjonering av disse. For at Konkurransetilsynet skal få den informasjonen det trenger, pålegger konkurranseloven § 24 enhver opplysningsplikt overfor konkurransemyndighetene som kan sanksjoneres med tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven §§ 28 første ledd og 29 første ledd bokstav c.

Dersom Konkurransetilsynet avdekker overtredelser av konkurranseloven kan tilsynet ilegge foretak overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29. Overtredelsesgebyret kan utgjøre opptil 10 prosent av foretakets samlede salgsinntekter det siste året, jf. utmålingsforskriften² § 2 andre ledd. Overtredelsesgebyr er ikke betegnet som straff i internrettslige regler, jf. straffeloven³ §§ 29 og 30. Straffebegrepet i EMK⁴ art. 6 nr. 1 (heretter EMK art. 6) er imidlertid ikke alltid sammenfallende med det internrettslige straffebegrepet. Dette medfører at de straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantiene EMK art. 6 gir, slik som selvinkrimineringsvernet, vil kunne påberopes ved saksbehandlingen av reaksjoner som anses som straff i EMK-rettslig for-

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

² Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

⁴ Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

stand selv om reaksjonen ikke anses som straff etter internrettslige regler. På bakgrunn av EMKs forrang for annen lovgivning, jf. menneskerettsloven⁵ § 3, vil dette vernet kunne begrense opplysningsplikten til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet er også gitt kompetanse til å håndheve EØS-avtalen art. 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven⁶ (EØS-krrl) § 6, og kan også i denne sammenhengen pålegge en opplysningsplikt, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Ved håndhevelsen av EØS-avtalens regler må Konkurransetilsynet respektere EØS-rettens grunnleggende prinsipper for saksbehandling.⁷ EU-retten gir et visst selvinkrimineringsvern til foretak i møte med EU-kommisjonen (Kommisjonen).⁸ Et spørsmål som skal undersøkes i denne oppgaven er hvorvidt dette selvinkrimineringsvernet også kan påberopes av foretak i møtet med Konkurransetilsynets informasjonspålegg, hvilken rekkevidde dette vernet eventuelt har og mulige konsekvenser av at det gjelder et slikt vern.

1.2 Aktualitet

Konkurransetilsynet er et av de forvaltningsorganene i Norge som kan ilegge de største økonomiske sanksjonene i form av overtredelsesgebyr. Konsekvensene for det aktuelle foretaket er store. Ikke bare må foretaket betale det høye overtredelsesgebyret, men et slikt vedtak kan også lede til private erstatningssøksmål mot foretaket fra aktører som har blitt påført et økonomisk tap som følge av den konkurransestridige atferden.⁹ Et eksempel på sistnevnte er det nylig varslede gruppesøksmålet fra norske alarmkunder mot Sector Alarm og Verisure for deres brudd på konkurranseloven.¹⁰ Vedtak om overtredelsesgebyr mot et selskap vil også kunne føre til høye rådgiverutgifter og omdømmetap.

Konkurransetilsynets inngripende vedtak om overtredelsesgebyr bygger i de fleste tilfeller på informasjon som tilsynet har fått gjennom å pålegge opplysningsplikt og gjennom bevissikring i medhold av konkurranseloven § 25. For eksempel varslet tilsynet i september 2020 overtredelsesgebyrer på til sammen 502 millioner kroner til fem aktører i bokmarkedet for brudd på konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen art. 53.¹¹ Det høyeste gebyret ble varslet å

⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

⁶ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 246–247.

⁸ Se punkt 6.2.

⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 189.

¹⁰ Skjevestad (2021).

¹¹ Konkurransetilsynet (2020).

være på 202,4 millioner kroner til Gyldendal. Varselet kom i etterkant av at det hadde blitt foretatt bevissikring og forklaringsopptak hos aktørene.

Den alvorlige og inngripende karakteren av et vedtak om overtredelsesgebyr aktualiserer viktigheten av å avklare hvilket vern mot selvinkriminering foretak kan påberope seg ved Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting etter konkurranseloven § 24. Denne avklaringen er også av stor betydning ettersom tilsynets vedtak ofte vil bygge på informasjon som kommer fra de etterforskede foretakene.

1.3 Metodiske spørsmål

Forholdet mellom opplysningsplikten i konkurranseloven og selvinkrimineringsvernet beror for det første på en tolkning og fastleggelse av rettstilstanden under EMK og dets betydning for Konkurransetilsynets saksbehandling. Spørsmålet beror også på en vurdering av innholdet og rekkevidden av det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet. Dette reiser noen særlige metodiske spørsmål som skal behandles i det følgende. Jeg vil først behandle de metodiske særtrekkene ved fastleggelsen og betydningen av EMK-retten, og deretter av EU/EØS-retten.

1.3.1 EMK-rettslig metode

EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og gitt forrang, jf. menneskerettsloven § 3. Forrangsbestemmelsen medfører at dersom en fastleggelse av innholdet i EMK og konkurranseloven fører til at det foreligger motstrid, vil rettighetene etter EMK gå foran og sette begrensninger på konkurranseloven. Det følger av praksis fra Høyesterett at ved fastleggelsen av innholdet i EMK skal norske rettsanvendere foreta en selvstendig tolkning, men benytte samme metode som Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).¹² Høyesterett beskriver denne metoden som å «forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser».¹³

Utgangspunktet for tolkningen av EMK er den naturlige forståelsen av konvensjonsteksten, jf. VCLT¹⁴ art. 31 nr. 1. VCLT anses å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett for konvensjonstolkning.¹⁵ EMK skiller seg imidlertid noe fra andre internasjonale konvensjoner ved at den gir rettigheter til borgerne i medlemsstatene, i motsetning til andre internasjonale konvensjoner som vanligvis regulerer forholdet mellom to eller flere stater. For å sikre at EMK etterle-

¹² Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

¹³ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969.

¹⁵ Ruud/Ulfstein (2018) s. 94.

ves enhetlig og at borgerne i medlemsstatene gis de samme rettighetene, må tolkningen av rettighetene ta utgangspunkt i en autonom forståelse av ordlyden i konvensjonen.¹⁶ Med autonom menes at ordene og uttrykkene har en selvstendig betydning som er uavhengig av hvordan de forstås i nasjonal rett.

Selvinkrimineringsvernet følger ikke uttrykkelig av EMK art. 6, men er utviklet gjennom praksis fra EMD om forståelsen av retten til en rettferdig rettergang ved en «criminal charge». Ved forståelsen og fastleggelsen av selvinkrimineringsvernet vil avgjørelser fra EMD derfor være en relevant og viktig rettskilde. Dette er i tråd med det Høyesterett beskriver som EMDs metode, som også skal være norske rettsanvenderes metode.¹⁷ Vektleggingen av EMDs avgjørelser ved tolkningen og anvendelsen av konvensjonsrettighetene bidrar også til at rettighetene forstås og anvendes likt i alle medlemsstatene og at borgerne dermed gis de samme rettighetene. Hensynet til konsekvens og forutberegnelighet tilsier dermed at tidligere avgjørelser vektlegges.¹⁸

EMD legger stor vekt på formålsbetraktninger i egen praksis.¹⁹ Med formålsbetraktninger menes både formålet bak den enkelte bestemmelsen og konvensjonens sentrale formål om å beskytte individuelle menneskerettigheter og fremme idealer og verdier som ligger til grunn for et demokratisk samfunn.²⁰ Vektleggingen av formålsbetraktninger fører også til at det generelle prinsippet i EMK om at konvensjonsrettighetene skal være praktiske og effektive fremfor teoretiske og illusoriske realiseres.²¹

1.3.2 EØS-rettslig metode

EØS-avtalen²² er inkorporert i norsk rett gjennom EØS-loven²³ § 1, og lovbestemmelser og forskrifter som skal oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er gitt forrang ved motstrid, jf. EØS-loven § 2. Når nasjonale myndigheter håndhever EØS-reglene har myndighetene i utgangspunktet såkalt prosessuell autonomi.²⁴ Med dette menes at medlemsstatene anvender nasjonale saksbehandlingsregler når de skal kontrollere og håndheve EØS-retten innad

¹⁶ Aall (2011) s. 37.

¹⁷ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

¹⁸ Elgesem (2003) s. 210.

¹⁹ Elgesem (2003) s. 214.

²⁰ Elgesem (2003) s. 214.

²¹ *Artico v. Italy* avsnitt 30.

²² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

²³ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

²⁴ Stub (2011) s. 184.

i staten. Statenes prosessuelle autonomi begrenses imidlertid av de grunnleggende prinsippene i EØS-retten som må overholdes ved den nasjonale håndhevelsen.²⁵ EØS-retten setter materielle rammer for tilsynsvirksomheten og oppstiller også enkelte grunnkrav til saksbehandlingen.²⁶ At disse prinsippene må respekteres, følger også av den alminnelige lojalitetsplikten som kommer til uttrykk i EØS-avtalen art. 3.²⁷

Det er til dels omstridt hvilke grunnleggende prinsipper EØS-retten oppstiller for forvaltningens saksbehandling i medlemsstatene.²⁸ De ulovfestede prosessuelle forvaltningsprinsippene ved forvaltningen av EU-retten, må imidlertid som hovedregel antas å gjelde også ved forvaltningen av EØS-retten.²⁹ Disse prinsippene er utviklet av EU-domstolen ved EU-institusjonenes håndhevelse av EU-retten.³⁰ Prinsippene anses som minimumsstandarder også den ved nasjonale håndhevelsen av EU-rettens regler.³¹

1.4 Begrepsavklaring

EMD har fra sin første dom om selvinkrimineringsvernet benyttet begrepene «the right to silence» og «the privilege against self-incrimination», og skilt mellom disse.³² Premissene i avgjørelsene tyder imidlertid på at skillet ikke har rettslig betydning, og EMD har ikke presisert hva som er distinksjonen mellom begrepene.³³ For denne oppgavens del vil retten til taushet anses som en del av det videre begrepet «selvinkrimineringsvern».³⁴ Med dette menes et vern mot å bli tvunget til å avgi inkriminerende opplysninger. Frivillig selvinkriminering faller dermed utenfor begrepet.

Opgavens problemstilling er forholdet mellom «selskapers» opplysningsplikt etter konkurranseloven § 24 og selvinkrimineringsvernet. Selskapsbegrepet er ikke legaldefinert. Begrepet brukes normalt slik at det ikke omfatter selveiende foretak slik som stiftelser og foreninger.³⁵ Konkurranselovens forbudsbestemmelser retter seg mot «foretak». Begrepet «foretak» blir i konkurranseloven § 2 definert som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervs-

²⁵ Stub (2011) s. 184, Sejersted (2004) s. 102.

²⁶ Stub (2011) s. 184.

²⁷ Magnussen/Andersen (2009) s. 854.

²⁸ Stub (2011) s. 185.

²⁹ Sejersted (2004) s. 102.

³⁰ Sejersted (2004) s. 68.

³¹ Sejersted (2004) s. 70.

³² Funke mot Frankrike avsnitt 44.

³³ Øyen (2010) s. 25.

³⁴ Se lignende terminologisk skille i Øyen (2010) s. 25 og i NOU 2003: 15 s. 103.

³⁵ Store norske leksikon (2019).

virksomhet», og begrepet skal være sammenfallende med foretaksbegrepet etter EU/EØS-konkurranseretten.³⁶ Foretaksbegrepet favner videre enn selskapsbegrepet ettersom det omfatter «every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed.»³⁷ Problemstillingen i oppgaven krever ikke en inngående vurdering av hva som ligger i konkurranselovens foretaksbegrep eller en differensiering mellom foretaksbegrepet og selskapsbegrepet. Jeg vil i denne oppgaven benytte både begrepet «selskap» og begrepet «foretak». Jeg vil også benytte begrepet «juridisk person». Med «juridisk person» menes et rettssubjekt som ikke er en fysisk person, slik som selskap og foretak.³⁸

1.5 Avgrensning

Selvinkrimineringsvernet kan påberopes både som et grunnlag for ikke å avgi informasjon og som et grunnlag for bevisavskjæring. Med sistnevnte menes at bevis blir påberopt avskåret med den begrunnelsen at myndighetene har ervervet beviset i strid med selvinkrimineringsvernet. Utgangspunktet i norsk rett er et prinsipp om fri bevisføring.³⁹ Fra dette kan det gjøres unntak for den ulovfestede læren om ulovlig ervervede bevis som innebærer at bevis kan bli nektet ført dersom de er ervervet ulovlig, herunder eksempelvis i strid med selvinkrimineringsvernet.⁴⁰ Spørsmålet om adgangen til å føre og vektlegge bevis ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet vil ikke bli behandlet ytterligere i det følgende på grunn av denne oppgavens rammer. Det som er kjernen i denne oppgaven er vurderingen av graden av adgang til å påberope seg selvinkrimineringsvernet som grunnlag for å nekte å etterkomme et informasjonspålegg fra Konkurransetilsynet.

Opplysningsplikten i konkurranseloven kan pålegges både juridiske personer og fysiske personer, se ordet «enhver» i konkurranseloven § 24. For fysiske personers vern mot selvinkriminering overfor Konkurransetilsynet reiser det seg noen særlige spørsmål ettersom Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven.⁴¹ Dette medfører at EMK art. 6 ikke nødvendigvis vil komme til anvendelse på informasjonsinnhentingsstadiet ettersom konkurransemyndighetene ikke har kompetanse til å avgjøre en «criminal charge» overfor fysiske personer slik som EMK art. 6 krever. Spørsmålet om fysiske personers selvinkrimineringsvern i møte med Konkurransetil-

³⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 221.

³⁷ Case C-41/90 Höfner and Elser v Macrotron GmbH avsnitt 21.

³⁸ Store norske leksikon (2020).

³⁹ Se lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 21-3 første ledd på sivilprosessens område og Rt. 1990 s. 1008 på s. 1110 på straffeprosessens område.

⁴⁰ Rt. 2003 s. 1266 avsnitt 20.

⁴¹ Konkurranseloven § 29 gjelder bare for foretak eller sammenslutninger av foretak.

synet faller utenfor oppgavens problemstilling og vil ikke behandles ytterligere. Jeg vil imidlertid behandle spørsmålet om hvilke fysiske personer hos den juridiske personen som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet, men da på vegne av den juridiske personen.

1.6 Den videre behandlingen av temaet

Jeg vil i det følgende først foreta en kort presentasjon av hensynene bak og innholdet av opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 (kapittel 2) ettersom spørsmålet i oppgaven er selvinkrimineringsvernets begrensning på denne plikten. Deretter vil jeg i kapittel 3 redegjøre for det rettslige grunnlaget for og hensynene bak å oppstille et selvinkrimineringsvern i møtet med Konkurransetilsynets saksbehandling.

Ettersom det rettslige grunnlaget for selvinkrimineringsvernet i møte med Konkurransetilsynet i utgangspunktet beror på en vurdering av beskyttelsen etter EMK art. 6, vil jeg i kapittel 4 foreta en vurdering av vilkårene for det EMK-rettslige selvinkrimineringsvernets inntreden i forhold til opplysningsplikten til Konkurransetilsynet. Under forutsetning av at EMK art. 6 kommer til anvendelse vil jeg i kap. 5 vurdere hvilken materiell beskyttelse det EMK-rettslige selvinkrimineringsvernet gir selskaper i møte med Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting etter konkurranseloven § 24.

Konkurransetilsynet har også kompetanse til å håndheve EØS-avtalens konkurranseregler og opplysningsplikten gjelder også her. Ettersom det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet har et annet rettslig grunnlag enn EMK art. 6 skal det i kapittel 6 vurderes om og eventuelt hvordan det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet begrenser opplysningsplikten ved tilsynets håndhevelse av EØS-avtalen.

2 Presentasjon av opplysningsplikten i konkurranseloven § 24

2.1 Opplysningspliktens begrunnelse

Konkurransetilsynets informasjonstilgang skiller seg til en viss grad fra enkelte andre tilsynsorganer i forvaltningen da det ikke har tilgang til løpende informasjon om foretak i form av lovpålagte rapporteringsplikter. Kompetansen til å kunne pålegge personer å avgi informasjon i form av en lovpålagt og sanksjonert opplysningsplikt er dermed, i større grad enn for enkelte andre tilsynsorganer, viktig for konkurransemyndighetene og deres mulighet til å føre tilsyn med konkurransen. Dette er også et forhold som fremholdes i forarbeidene som en begrunnelse for den vidtrekkende opplysningsplikten i konkurranseloven § 24.⁴²

Et annet hensyn som begrunner opplysningsplikten er at overtredelser av konkurranseloven ofte vil være vanskelig å avdekke og godt skjult.⁴³ For eksempel vil samarbeid mellom foretak i strid med konkurranseloven § 10 være vanskelig å oppdage ettersom det sjeldent etterlater synlige spor utad. Det meste av informasjon om samarbeidet vil befinne seg hos dem som samarbeider. Konkurransetilsynet er dermed avhengig av å kunne pålegge en opplysningsplikt hos dem de mener kan besitte denne informasjonen for å kunne føre tilsyn med at konkurranseloven overholdes og eventuelt sanksjonere overtredelser.⁴⁴

2.2 Innholdet i opplysningsplikten

2.2.1 Hva kan Konkurransetilsynet kreve opplyst og utlevert?

Konkurranseloven § 24 gir Konkurransetilsynet kompetanse til å pålegge enhver opplysningsplikt. Plikten i § 24 er todelt ved at den både pålegger en opplysningsplikt (første ledd) og en utleveringsplikt (andre ledd).

2.2.1.1 Opplysningsplikten

Opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 første ledd gjelder bare «opplysninger». Bestemmelsen definerer ikke nærmere hva som ligger i begrepet «opplysninger». En naturlig forståelse tilsier at det må være informasjon om faktiske forhold. Konkurransetilsynet kan

⁴² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 136.

⁴³ Wallevik/Teigum (2009) s. 681.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 137.

antagelig ikke kreve vurderinger eller kommentarer om hypotetiske forhold.⁴⁵ Opplysningene kan kreves avlevert både skriftlig og muntlig, og tilsynet kan også fastsette en frist for gjennomføring av pålegget, jf. konkurranseloven § 24 første ledd.

2.2.1.2 Utleveringsplikten

Utleveringsplikten i konkurranseloven § 24 andre ledd omfatter «alle typer informasjon og bærere av slik informasjon». Forskjellen mellom opplysningsplikten og utleveringsplikten er at utleveringsplikten innebærer en fysisk overlevering av allerede eksisterende lagrede opplysninger, mens opplysningsplikten innebærer en forklaringsplikt.⁴⁶ Utleveringsplikten medfører at tilsynet ikke trenger å konkretisere sine behov slik at de evner å be om bestemte opplysninger, men kan selv granske informasjonsbærerne på jakt etter informasjon.⁴⁷ Vilkårene for å kreve utlevering er de samme som for å kreve opplysninger, jf. «[p]å samme vilkår som nevnt i første ledd».

Ordlyden setter ingen begrensninger på hvilken informasjon eller hvilke informasjonsbærere som kan kreves utlevert annet enn at det må være i samsvar med vilkårene i første ledd, herunder «for å kunne utføre sine gjøremål etter loven». Det følger av forarbeidene at det ikke gjelder noen begrensninger hva gjelder lagringsmedium.⁴⁸ Konkurransetilsynet kan kreve både fysiske dokumenter, elektronisk lagrede dokumenter, harddisker og andre gjenstander som lagrer og «bærer» informasjon. Konkurranselovutvalget foreslo at Konkurransetilsynet kun skulle kunne kreve utlevert kopier, men departementet tok uttrykkelig avstand fra dette. Tilsynet kan dermed også kreve utlevert originaldokumenter.⁴⁹ Dette er en forskjell fra EU-retten, hvor Kommisjonen kun kan ta beslag i koper.⁵⁰

Konkurranseloven § 24 andre ledd inneholder ingen angivelse av hvor spesifikke Konkurransetilsynet må være når de utsteder et utleveringspålegg. I forarbeidene til konkurranseloven fremhever departementet at det må kreves at tilsynet «til en viss grad spesifiserer hva slags informasjon som ønskes utlevert».⁵¹ Graver/Hjelmeng tar til orde for at det ikke kan kreves at tilsynet må angi konkrete dokumenter eller gjenstander.⁵² Teigum/Vesterkjær hevder imidler-

⁴⁵ Wallevik/Teigum (2009) s. 682, Teigum/Vesterkjær (2004) s. 254, Ryssdal (2003) s. 187.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 144.

⁴⁷ Graver/Hjelmeng (2006) s. 119.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 236.

⁴⁹ NOU 2003: 12 s. 237 og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 145.

⁵⁰ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty art. 20 nr. 2 (c).

⁵¹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 144.

⁵² Graver/Hjelmeng (2006) s. 120.

tid at tilsynet må angi presist hvilke dokumenter eller gjenstander som kreves utlevert.⁵³ Oppgavens problemstilling krever ikke en konklusjon på dette spørsmålet, men hvor spesifikt Konkurransetilsynet faktisk utformer pålegget kan påvirke den konkrete vurderingen av selvinkrimineringsvernets rekkevidde.⁵⁴

2.2.2 Hvem kan pålegges en opplysningsplikt?

Opplysnings- og utleveringsplikt kan pålegges «enhver». Ordlyden «enhver» tilsier at Konkurransetilsynet ikke har noen begrensninger på hvem det kan rette et pålegg mot. Dette er et bevisst valg fra lovgivers side som i forarbeidene fremhever at konkurransemyndighetene er avhengig av å kunne kreve opplysninger av alle som innehar relevant informasjon for å kunne avdekke brudd på konkurranselovgivningen og for å kunne føre øvrig tilsyn med konkurransen.⁵⁵ Et pålegg etter konkurranseloven § 24 kan dermed rettes mot både fysiske og juridiske personer, de som er parter i saken og de som ikke er parter samt offentlige myndigheter.

2.2.3 Når kan opplysningsplikten pålegges?

Det følger av konkurranseloven § 24 første ledd, jf. andre ledd at Konkurransetilsynet kan pålegge opplysnings- og utleveringsplikt dersom det er nødvendig for at tilsynet skal kunne «utføre sine gjøremål etter loven» eller «oppfylle Norges folkerettslige avtaler med en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon». Det sistnevnte alternativet knytter seg til tilsynets håndhevelse av EØS-avtalen art. 53 og 54, hvor § 24 er gitt tilsvarende anvendelse, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd.

Hva som er konkurransemyndighetenes gjøremål etter loven følger blant annet av den ikke-uttømmende listen i konkurranseloven § 9. Konkurransemyndighetene er her gitt kompetanse til å føre kontroll med overholdelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og håndheve disse, men har også videre reguleringsoppgaver til å føre tilsyn med de generelle markedsforholdene. Dette medfører at konkurransetilsynet kan kreve opplysninger på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen og i alle typer saker, til tross for at § 24 er plassert i kapittelet om saksbehandling ved undersøkelser og kontroll.⁵⁶

Et pålegg etter konkurranseloven § 24 kan dermed gjelde svært ulike typer opplysninger og informasjon som igjen skal benyttes til en rekke ulike formål, herunder både for kontroll med

⁵³ Teigum/Vesterkjær (2004) s. 254–255.

⁵⁴ Se punkt 4.5.2 og 5.5.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 143–144.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 235.

forbudsbestemmelsene og til de videre reguleringsoppgavene.⁵⁷ Eksempelvis kan et pålegg rettes både når tilsynet etterforsker et mulig brudd på konkurranseloven med sikte på å ilegge overtredelsesgebyr, og for å innhente informasjon ved generelle markedsundersøkelser.

Ordlyden i konkurranseloven § 24 gir konkurransemyndighetene en vidtrekkende myndighet til å selv vurdere hvilke opplysninger og informasjon de skal kreve. Skjønnnet er imidlertid begrenset av de ulovfestede, alminnelige forvaltningsrettslige kravene til forholdsmessighet og forbudet mot myndighetsmisbruk.⁵⁸

2.3 Virkninger av brudd på opplysningsplikten

Manglende etterlevelse av opplysnings- og utleveringsplikten kan, for foretak, bare møtes med forvaltningsrettslige reaksjoner.⁵⁹ Inntil 2014 kunne foretak også straffes for brudd på konkurranseloven, herunder også manglende etterlevelse av § 24. Nå følger det imidlertid av konkurranseloven § 32 tredje ledd at foretak er unndratt straffeforfølgning for overtredelse av konkurranseloven både etter konkurranseloven § 32 og straffeloven § 27 om foretaksstraff.

For å sikre at pålegg etter konkurranseloven § 24 etterleveres kan Konkurransetilsynet for det første bestemme at den pålegget retter seg mot skal betale tvangsmulkt inntil pålegget overholdes, jf. konkurranseloven § 28 (1). Ileggelse av tvangsmulkt for manglende etterlevelse av informasjonspålegget er ikke betinget av skyld hos noen i foretaket, i motsetning til ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29. Formålet med tvangsmulkt er å være et oppfyllellespress for foretakene.⁶⁰ Adgangen til å ilegge tvangsmulkt vil dermed bortfalle når pålegget blir etterlevd.⁶¹

Konkurransetilsynet kan også ilegge foretak overtredelsesgebyr for manglende etterlevelse av opplysningsplikten i konkurranseloven § 24, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c. Overtredelsesgebyr ble innført som sanksjonsmiddel ved konkurranseloven av 2004. Forskjellen mellom tvangsmulkt og overtredelsesgebyr er at tvangsmulkt skal fungere som et oppfyllellespress, mens overtredelsesgebyr sanksjonerer brudd på en norm, herunder konkurranselovens bestemmelser. Ileggelse av overtredelsesgebyr er betinget av at foretaket eller noen som handlet på foretakets vegne forsettlig eller uaktsomt har misligholdt pålegget etter kon-

⁵⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 235.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 144 og s. 235.

⁵⁹ Fysiske personer kan også straffes for manglende etterlevelse av konkurranseloven § 24, jf. konkurranseloven § 32 første ledd bokstav c.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 131.

⁶¹ Roscher (2009) s. 745.

kurranseloven § 24. Konkurransetilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr for manglende etterlevelse av konkurranseloven § 24 ved håndhevelsen av EØS-avtalen art. 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd.

Ved utmålingen av overtredelsesgebyret skal det legges særlig vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, og lemping, jf. konkurranseloven § 29 andre ledd. De nærmere reglene for utmålingen av overtredelsesgebyret følger av utmålingsforskriften. Det følger av forskriftens § 2 første ledd, jf. tredje ledd at Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 1 prosent av foretakets samlede salgsinntekt det siste regnskapsåret ved manglende etterlevelse av konkurranseloven § 24. Utmålingsforskriften bygger på EU-kommisjonens og EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for bøteutmåling.⁶²

⁶² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 118.

3 Selvinkrimineringsvernet – rettslig grunnlag og hensyn

3.1 Det rettslige grunnlaget for selvinkrimineringsvernet overfor Konkurransetilsynet

Straffeprosessloven⁶³ har regler som gir siktede et vern mot selvinkriminering.⁶⁴ Ettersom overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ikke anses som straff etter straffeloven vil ikke disse reglene kunne påberopes ved Konkurransetilsynets saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 1. Opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 gjør ikke unntak for selvinkriminerende opplysninger eller informasjon. Det følger imidlertid av forarbeidene at det må oppstilles et visst vern mot selvinkriminering.⁶⁵ Jeg vil i det følgende redegjøre for det rettslige grunnlaget for og hensynene bak å kunne oppstille et selvinkrimineringsvernet ved Konkurransetilsynets saksbehandling.

3.1.1 Menneskerettskonvensjoner

Selvinkrimineringsvernet fremkommer ikke eksplisitt av EMK, men er innfortolket i kravet til en rettferdig rettergang («fair (...) hearing») i EMK art. 6. Dette kom for første gang til uttrykk i Funke-saken.⁶⁶ EMD uttaler her at «(t)he special features of custom law (...) cannot justify such an infringement of the right of anyone “charged with a criminal offence”, within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (...), to remain silent and not to contribute to incriminating himself.»⁶⁷ Siden Funke-saken har det kommet flere avgjørelser fra EMD som tydeliggjør innholdet og rekkevidden av selvinkrimineringsvernet.

Selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 kommer bare til anvendelse dersom det foreligger en «criminal charge».⁶⁸ Det må dermed foretas to vurderinger for å avgjøre om selvinkrimineringsvernet kommer til anvendelse ved Konkurransetilsynets saksbehandling: hvorvidt reaksjonen som Konkurransetilsynet kan ilegge er straff i EMK-rettslig forstand, og hvorvidt det på det aktuelle tidspunktet for informasjonsinnhenting foreligger en «charge». EMD har fremholdt av både straffebegrepet og begrepet «charge» er autonome, det vil si uavhengig av hvordan disse begrepene forstås internrettslig.⁶⁹ Ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkur-

⁶³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

⁶⁴ Straffeprosessloven §§ 90, 123 og 232.

⁶⁵ Prop. 75 L (2012–2013) s. 79.

⁶⁶ Funke v. France.

⁶⁷ Avsnitt 44.

⁶⁸ Weh v. Austria avsnitt 42.

⁶⁹ Engel and others v. the Netherlands avsnitt 82, Neumeister v. Austria avsnitt 18.

ranseloven § 29 vil dermed kunne være en avgjørelse av en «criminal charge» som medfører at vernet mot selvinkriminering må respekteres fra det tidspunktet det foreligger en «charge». På denne bakgrunnen er det i stor grad EMK art. 6 som skal vurderes i denne oppgaven.

Selvinkrimineringsvernet fremgår også av Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g. Konvensjonen er inkorporert i norsk rett og gitt forrang, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Bestemmelsen gir alle som er under «criminal charge» retten til «not to be compelled to testify against himself or to confess guilt». Det foreligger lite praksis som presiserer innholdet av selvinkrimineringsvernet etter SP, men det er antatt at det ikke går lengre enn EMK.⁷⁰ På denne bakgrunn legges det til grunn at SP ikke setter selvstendige begrensninger på opplysningsplikten i konkurranseloven § 24. Bestemmelsen vil derfor ikke bli behandlet ytterligere i det følgende.

3.1.2 Grunnloven

Grunnloven⁷¹ § 95 første ledd ble inntatt i 2014 og sikrer enhver retten til en rettferdig rettergang. Bestemmelsen gir ikke et uttrykkelig selvinkrimineringsvern, men Høyesterett har lagt til grunn at retten til en rettferdig rettergang inneholder et visst vern mot selvinkriminering.⁷² Det er usikkert hvor sterkt selvinkrimineringsvern Grunnloven § 95 første ledd gir.⁷³ I forarbeidene til grunnlovsreformen uttaler utvalget at Grunnloven § 95 må tolkes «i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området».⁷⁴ Dette må kunne forstås dithen at selvinkrimineringsvernets innhold er det samme som følger av EMK art. 6.⁷⁵

Grunnloven § 95 første ledd er ikke begrenset til straffesaker. Grunnlovens straffebegrep i § 96, som er et annet enn EMKs straffebegrep, utgjør dermed ikke en begrensning på selvinkrimineringsvernet overfor forvaltningen.⁷⁶ Dette medfører at det selvinkrimineringsvernet som følger av Grunnloven § 95 første ledd også må kunne påberopes i møte med Konkurransetilsynet. På bakgrunn av at selvinkrimineringsvernet etter Grunnloven § 95 første ledd må antas å være det samme som det som følger av EMK, setter ikke § 95 noen selvstendige skranker.

⁷⁰ Prop. 62 L (2015–2016) s. 135.

⁷¹ Kongeriket Norges Grunnlov av 17.mai 1814.

⁷² Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 14–15, HR-2016-1459-A avsnitt 42.

⁷³ Prop. 62 L (2015–2016) s. 135.

⁷⁴ Dok.nr.16 (2011–2012) s. 122.

⁷⁵ Skoghøy (2014) s. 336.

⁷⁶ Skoghøy (2014) s. 336.

Selvinkrimineringsvernet kan også til en viss grad sies å følge av uskyldpresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd. Her heter det at «[e]nhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Uskyldpresumsjonen inneholder også et visst vern mot selvinkriminering ved at det er myndighetenes ansvar å fremskaffe inkriminerende bevis, ikke siktede selv. Til tross for at ordlyden i Grunnloven § 96 andre ledd ikke er begrenset til straffesaker, følger det av forarbeidene at straffebegrepet skal være det samme innenfor de enkelte leddene i Grunnloven § 96.⁷⁷ Grunnlovens uskyldpresumsjon er dermed begrenset til reaksjoner som regnes som straff etter Grunnloven.

Til tross for at overtredelsesgebyr ikke er klassifisert som straff av lovgiver, vil det kunne anses som straff etter Grunnloven.⁷⁸ Etter praksis fra Høyesterett vil en forvaltningssanksjon imidlertid ikke anses som straff etter Grunnloven dersom lovgiver har en saklig grunn til å overlate den straffelignende reaksjonen til forvaltningen og det er snakk om en sanksjon av økonomisk karakter.⁷⁹ Dette er tilfellet for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 som er en økonomisk sanksjon, som lovgiver selv ikke anser som straff i Grunnlovens forstand og som er overlatt til forvaltningen for en mer effektiv håndheving av konkurranseloven.⁸⁰ Dette medfører at uskyldpresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd ikke kan danne grunnlag for selvinkrimineringsvern overfor Konkurransetilsynet.

3.1.3 Forskrift om opplysningsplikt og bevissikring

Forskrift om opplysningsplikt og bevissikring⁸¹ er vedtatt med hjemmel i konkurranseloven §§ 24 og § 25. Det følger av forskriftens § 4 at før det opptas muntlig forklaring så skal vedkommende foretak eller person «informeres om vernet mot selvinkriminering». Denne veiledningsplikten pålegges bare ved «Konkurransetilsynets undersøkelse av mulige brudd på konkurranseloven».

Forskriften gir uttrykk for at det ved Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting i form av muntlige forklaringer vil være et vern mot selvinkriminering som tilsynet må veilede om. Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe om grunnlaget for og rekkevidden av det vernet. Det følger av departementets høringsbrev at innholdet må utledes av rettspraksis og at «praksis fra norske domstoler, EMD og EU/EØS fremdeles står sentralt.»⁸² Det selvinkrimineringsvernet

⁷⁷ Innst. 186 S (2013–2014) s. 24–25.

⁷⁸ Rt. 2014 s. 620 avsnitt 51.

⁷⁹ Rt. 2014 s. 620, Skoghøy (2014) s. 327.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116–117.

⁸¹ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring.

⁸² Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (2013).

som rettspraksis har oppstilt for foretak og overfor forvaltningen er hjemlet i EMK art. 6.⁸³ Det må dermed kunne antas at det vernet departementet her sikter til er det som kan utledes av EMK.

3.1.4 Den generelle forvaltningsretten

Konkurransetilsynet er et forvaltningsorgan, og deres virksomhet er dermed underlagt de generelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven.⁸⁴ Forvaltningsloven har ikke et uttrykkelig vern mot selvinkriminering. Selvinkrimineringsvernet kommer imidlertid indirekte til uttrykk i forvaltningsloven § 48 som pålegger forvaltningsorganer å gjøre parter oppmerksomme på at det «kan» finnes et vern mot utlevering eller å avgi forklaring dersom det «vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff.» Denne veiledningsplikten rekker lengre enn det som følger av forskriften ettersom den gjelder både ved forklaringer og ved utleveringer. Bestemmelsen gir ikke direkte uttrykk for når det kan foreligge et slikt vern. Det følger av forarbeidene at vernets inntreden og utstrekning skal være det samme som følger av EMK art. 6.⁸⁵

Forvaltningsloven § 48 gjelder bare ved saksbehandlingen av administrative sanksjoner, jf. forvaltningsloven § 43 første ledd. En administrativ sanksjon defineres som «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 menneskerettskonvensjonen», jf. forvaltningsloven § 43 andre ledd. Ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er en administrativ sanksjon og Konkurransetilsynet må dermed følge saksbehandlingsreglene for administrative sanksjoner i forvaltningsloven.⁸⁶

Forvaltningsloven § 48 trådte i kraft i 2017. Utvalget hadde også foreslått å innta en bestemmelse i forvaltningsloven som gav et uttrykkelig vern mot selvinkriminering. Den foreslåtte bestemmelsen skulle gi «enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff» i en sak om administrativ sanksjon.⁸⁷

Departementet fulgte ikke opp utvalgets forslag. Departementets begrunnelse var for det første at bestemmelsen gikk lenger enn Norges folkerettslige forpliktelse etter EMK art. 6 da den

⁸³ Rt. 2011 s. 800, Rt. 2000 s. 996.

⁸⁴ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 133.

⁸⁵ Prop. 62 L (2015–2016) s. 202.

⁸⁶ Prop. 62 L (2015–2016) s. 104.

⁸⁷ NOU 2003: 15 s. 353–354.

gav en absolutt rett uten unntak til å nekte å svare på spørsmål og utlevere dokumenter eller gjenstander.⁸⁸ Departementet mente dessuten at det ikke burde være et selvinkrimineringsvern i forvaltningsloven som gikk lengre enn EMK art. 6 ettersom det ville hemme forvaltningens effektive utførelse av tilsynsoppgaver og ileggelse av administrative sanksjoner.⁸⁹ De lovtekniske vanskelighetene ved å lovfeste en bestemmelse som gir uttrykk for det selvinkrimineringsvernet som faktisk følger av EMK art. 6 førte til at det ikke ble inntatt noe uttrykkelig vern mot selvinkriminering i forvaltningsloven.⁹⁰ Begrunnelsen for ikke å vedta bestemmelsen var dermed ikke at det ikke gjelder et selvinkrimineringsvern i møte med forvaltningen i visse saker, men at den foreslåtte lovbestemmelsen gikk for langt.

3.1.5 EU-rett

I EU-rettslig konkurranserett finnes det et vern mot selvinkriminering som ikke bygger på EMK, men som har sitt grunnlag i fellesskapsrettens grunnleggende kontradiktoriske rettigheter som gis til forsvaret i sanksjonsprosesser.⁹¹ Vernet er ulovfestet og har sitt grunnlag i praksis fra EU-domstolen. I all korthet kan vernet sies å være en rett til å nekte å svare på spørsmål dersom svaret vil innebære en innrømmelse av den konkurransestridige atferden. Vernet kommer nå til uttrykk i fortalene til Reg. 1/2003⁹² og Direktiv 2019/1.⁹³ Dette selvinkrimineringsvernet kan bli aktuelt i de tilfeller hvor Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen art. 53 og 54 slik de har kompetanse til etter EØS-konkurranseloven § 6.

3.2 Hensyn bak reglene om selvinkrimineringsvern overfor forvaltningen

Selvinkrimineringsvernet søker å beskytte siktede mot tvang fra myndighetene. EMD har fremhevet beskyttelsen mot «improper compulsion» som en av begrunnelsene for vernet.⁹⁴ Selvinkrimineringsvernet medfører begrensninger i myndighetenes adgang til å tvinge personer til å fremskaffe inkriminerende bevis ettersom fremskaffelse av bevis for fellelse i ut-

⁸⁸ Prop. 62 L (2015–2016) s. 139.

⁸⁹ Prop. 62 L (2015–2016) s. 139.

⁹⁰ Prop. 62 L (2015–2016) s. 140.

⁹¹ Case 374/87 Orkem v Commission avsnitt 33–34. I den danske oversettelsen av dommen er vernet forankret i «kontradiksjonsprincippet», mens den engelske oversettelsen bruker begrepet «the rights of the defence».

⁹² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty punkt 23.

⁹³ Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market punkt 35.

⁹⁴ Saunders v. United Kingdom avsnitt 68.

gangspunktet skal være myndighetenes oppgave. Dette hensynet har også en historisk begrunnelse fra tiden hvor tortur ble benyttet for å fremtvinge tilståelse fra siktede.⁹⁵

Selvinkrimineringsvernet er også begrunnet i et ønske om å beskytte siktedes vilje og personlige integritet.⁹⁶ Dersom det ikke fantes et selvinkrimineringsvern ville siktede måtte velge mellom enten å bidra til egen fellelse eller bli straffet for å ha forholdt seg taus eller forklart seg uriktig. Det er blant annet denne belastningen selvinkrimineringsvernet søker å forhindre. Selvinkrimineringsvernet søker å ivareta siktedes bestemmelsesrett vedrørende hvilke opplysninger som skal avgis til myndighetene.

EMD har fremhevet at et ytterligere hensyn bak selvinkrimineringsvernet er målsetningen om å oppnå et materielt riktig resultat. I Saunders-saken fremholder EMD at vernet bidrar til «the avoidance of miscarriages of justice».⁹⁷ Erfaringsmessig vil forklaringer som fremkommer som et resultat av tvang og press ofte ikke være riktige, noe som igjen taler for at siktede ikke bør tvinges til å bidra med bevis i egen sak.⁹⁸ Selvinkrimineringsvernet skal dermed sikre et riktig resultat uten bruk av bevis som er ervervet med tvang i strid med tiltaltes vilje.⁹⁹

Et viktig mothensyn til et absolutt eller for vidtgående selvinkrimineringsvern i møtet med forvaltningen er hensynet til effektivitet. Et for vidtgående selvinkrimineringsvern vil føre til at forvaltningen enten ikke får tak i informasjon eller må bruke store mengder ressurser på å få tak i den. Dette vil igjen kunne føre til en langt mindre effektiv forvaltning. Hensynet til effektivitet i forvaltningen som et mothensyn til et for vidtgående selvinkrimineringsvern, vektlegges også i Saunders-saken.¹⁰⁰

Hensynet til effektivitet gjør seg også gjeldende på konkurranserettens område. Konkurransetilsynet får ikke tilgang til informasjon gjennom løpende rapporterings- og oppgaveplikter slik enkelte andre tilsynsorganer i forvaltningen får, og opplysningsplikten er derfor nødvendig for å sikre at Konkurransetilsynet får et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag.¹⁰¹ Behovet for en lovpålagt og sanksjonert opplysningsplikt er dermed stor på konkurranserettens område for at Konkurransetilsynet kan føre effektivt tilsyn med loven. Opplysninger om konkurransestridig atferd som foretak eller privatpersoner besitter vil i de fleste tilfeller ikke gis til tilsynet på

⁹⁵ Rui (2009) s. 50.

⁹⁶ Allan v. the United Kingdom avsnitt 44 og 50.

⁹⁷ Saunders v. United Kingdom avsnitt 68.

⁹⁸ Rui (2009) s. 51.

⁹⁹ Kjølbro (2010) s. 493.

¹⁰⁰ Saunders v. United Kingdom avsnitt 67.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 143.

bakgrunn av frivillighet. Dette taler med tyngde mot et for vidtgående selvinkrimineringsvern ettersom det kan føre til et handlingslammet Konkurransetilsyn.

4 **Vilkårene for selvinkrimineringsvernets inntreden i forhold til opplysningsplikten**¹⁰²

4.1 **Innledning**

Grunnloven og den generelle forvaltningsretten må tolkes dithen at det rettslige grunnlaget for å oppstille en begrensning på opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 på bakgrunn av selvinkrimineringsvernet må utledes av EMK art. 6. Det samme følger av konkurranselovens forarbeider.¹⁰³ I de tilfellene hvor Konkurransetilsynet også håndhever EØS-avtalen art. 53 og 54 vil det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet også kunne sette begrensninger på opplysningsplikten. Sistnevnte skal behandles i kapittel 6. Det som skal behandles i dette kapittelet er vilkårene for inntredenen av selvinkrimineringsvernet etter EMK art 6 i forhold til selskapers opplysningsplikt etter konkurranseloven § 24. Deretter, i kap. 5, gjøres det rede for hvilken beskyttelse selvinkrimineringsvernet gir.

Selvinkrimineringsvernet er som allerede nevnt innfortolket som en rettighet i det generelle kravet til en rettferdig rettergang i straffeprosesser i EMK art. 6. For at selvinkrimineringsvernet skal kunne påberopes av selskaper i møte med et pålegg om opplysnings- eller utleveringsplikt fra Konkurransetilsynet må Konkurransetilsynets saksbehandling derfor gjelde en «determination» av en «criminal charge» mot selskapet, jf. EMK art. 6.

Ordlyden «determination» innebærer at rettighetene etter EMK art. 6 bare kan kreves i møtet med organer som har kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser.¹⁰⁴ Rettighetene kan påberopes både i saksbehandlingen for de ordinære domstolene og i forvaltningsprosessen dersom forvaltningsorganet kan treffe en bindende avgjørelse.¹⁰⁵ Konkurransetilsynets ilegelse av overtredelsesgebyr er en rettslig bindende avgjørelse og vil dermed kunne falle inn under anvendelsesområdet til EMK art. 6.

Selvinkrimineringsvernets inntreden avhenger imidlertid av at Konkurransetilsynets saksbehandling gjelder en reaksjon som er straff i konvensjonens forstand. Dette kan sies å være det saklige anvendelsesområde til EMK art. 6 og skal vurderes i punkt 4.2. For det andre, må selskapet anses å være under en «charge» for denne reaksjonen på det tidspunktet det blir bedt

¹⁰² Se lignende overskrift i Michalsen (2008) s. 126.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 145.

¹⁰⁴ NOU 2003: 15 s. 95.

¹⁰⁵ Prop. 62 L (2015–2016) s. 29.

om å avgi informasjon. Dette kan ses på som vernets tidsmessige utstrekning og skal vurderes i punkt 4.3.

For at EMK art. 6 skal komme til anvendelse må i tillegg den som påberoper seg vernet være et berettiget rettighetssubjekt. I punkt 4.4 skal det vurderes hvem selvinkrimineringsvernet gjelder for da dette reiser noen særlige spørsmål når det er et selskap som er under en «criminal charge». I punkt 4.5 skal det vurderes hvilken informasjon som faller under selvinkrimineringsvernets rekkevidde. Avslutningsvis, i punkt 4.6, skal det vurderes om selvinkrimineringsvernets rekkevidde er betinget av hvilken form informasjonen kreves.

4.2 Er overtredelsesgebyr straff i EMK-rettslig forstand?

Selvinkrimineringsvernet kan bare påberopes ved saksbehandlingen av en «criminal charge». Dersom Konkurransetilsynet avdekker brudd på konkurranseloven kan tilsynet ilegge foretak overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29. Til tross for at overtredelsesgebyr ikke anses som ileggelse av straff etter interne norske regler, vil det kunne anses som en «criminal charge» i EMK-rettslig forstand. Det EMK-rettslige straffebegrepet er et selvstendig straffebegrep, noe som medfører at det ikke er avgjørende at nasjonale myndigheter ikke har klassifisert reaksjonen som straff for at de straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantiene etter EMK art. 6 inntreffer.¹⁰⁶ Det avgjørende er om reaksjonen som kan ilegges anses som straff slik det er forstått i konvensjonens forstand.

Dersom den nasjonale klassifiseringen av en reaksjon hadde vært avgjørende for vernets inntreden ville medlemsstatene kunne klassifisere seg bort fra plikten til å sikre rettighetene etter EMK art. 6. Ved at den nasjonale klassifiseringen ikke er avgjørende for anvendelsesområdet, gis alle borgere i medlemsstatene i større grad det samme vernet.¹⁰⁷

Hvorvidt en reaksjon fra myndighetene er straff beror på vurderingstemaer som er utviklet av EMD. Den grunnleggende avgjørelsen er Engel m.fl. mot Nederland.¹⁰⁸ Her oppstiller domstolen tre kriterier for å avgjøre hvorvidt en reaksjon er straff i konvensjonens forstand: den nasjonale klassifiseringen, den overtrådte handlingsnormens karakter, og innholdet og alvoret i sanksjonen som lovbrøyteren risikerer å bli ilagt.¹⁰⁹ Vurderingskriteriene har blitt gjentatt i senere praksis fra EMD.¹¹⁰

¹⁰⁶ Engel and others v. the Netherlands avsnitt 82.

¹⁰⁷ Harris (2018) s. 377.

¹⁰⁸ Engel and others v. the Netherlands.

¹⁰⁹ Avsnitt 82.

¹¹⁰ Eksempelvis Ezech and Connors v. the United Kingdom avsnitt 82.

Ved innføringen av overtredelsesgebyr som en sanksjonsmulighet for Konkurransetilsynet uttaler utvalget med tilslutning fra departementet at overtredelsesgebyr må anses som straff i EMK-rettslig forstand.¹¹¹ Dette har også Høyesterett lagt til grunn.¹¹² Det er dermed ikke tvilsomt at ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er straff i EMK-rettslig forstand.

Konklusjonen på spørsmålet under dette punktet er at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff i EMK-rettslig forstand. Konsekvensen av at overtredelsesgebyr anses som straff i henhold til EMK er at Konkurransetilsynets saksbehandling i saker om overtredelsesgebyr må oppfylle de minimumskravene som følger av art. 6 slik bestemmelsen er forstått av EMD i saker om administrativt ilagte straffesanksjoner.¹¹³ Dette medfører at selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 inntre ved saksbehandlingen av overtredelsesgebyr fra det tidspunktet det foreligger en «charge».

4.3 Når foreligger det en «charge» mot selskapet?

Ved Konkurransetilsynets saksbehandling i saker om overtredelsesgebyr vil rettighetene etter EMK art. 6, herunder selvinkrimineringsvernet, ikke kunne påberopes under hele tilsynets saksbehandling. Dersom selvinkrimineringsvernet hadde inntrådt på et for tidlig stadium i saksbehandlingen ville dette ifølge EMD «unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities».¹¹⁴

De fleste av rettighetene etter EMK art. 6, slik som selvinkrimineringsvernet, inntre bare fra det tidspunktet det foreligger en «charge». Dersom foretaket ikke er under en «charge» på det tidspunktet pålegget etter konkurranseloven § 24 gis vil ikke selvinkrimineringsvernet etter EMK kunne påberopes. På den andre siden, dersom selskapet er under en «charge» vil selvinkrimineringsvernet inntre umiddelbart.¹¹⁵ Problemstillingen under dette punktet er fra hvilket tidspunkt et opplysningspliktig selskap er under en «charge».

Det fremkommer ikke direkte av EMK art. 6 når noen får status som siktet i konvensjonens forstand, men dette er presisert gjennom praksis fra EMD. På samme måte som straffebegrepet i EMK tillegges også siktelsesbegrepet en selvstendig betydning som er uavhengig av det

¹¹¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

¹¹² HR-2020-1790-U avsnitt 35, Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 38, Rt. 2011 s. 910 avsnitt 48.

¹¹³ Rt. 2014 s. 620 avsnitt 47.

¹¹⁴ Saunders v. United Kingdom avsnitt 67.

¹¹⁵ Kjølbro (2010) s. 494.

nasjonale siktelsesbegrepet.¹¹⁶ Det er dermed ikke avgjørende at et foretak ikke er straffesiktet etter straffeprosessloven § 82 i en sak om overtredelsesgebyr for at selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 skal kunne påberopes. Dette slo EMD fast i Neumeister-saken hvor domstolen fremholder at «charge» må forstås «as this word is understood within the meaning of the Convention.»¹¹⁷

I Deweer-saken uttaler domstolen at vurderingen av siktelsesbegrepet ikke beror på formalitetene i saken, men realitetene.¹¹⁸ En slik tilnærming til siktelsesbegrepet må antas å være begrunnet i å gi rettighetene i EMK et effektivt vern ved at de ikke gjøres betinget av myndighetenes formelle handlinger. Vurderingstemaet for å avgjøre hvorvidt det foreligger en «charge» er presisert av EMD i Eckle-saken hvor domstolen uttaler at:

«“Charge” for the purpose of Article 6 par. 1 (...) may be defined as “the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence”, a definition that also corresponds to the test whether “the situation of the [suspect] has been substantially affected”».¹¹⁹

Et selskap kan på bakgrunn av dette anses å være under en «charge», og dermed kunne påberope seg selvinkrimineringsvernet, på bakgrunn av to vurderinger: dersom det har mottatt en «official notification» fra myndighetene som inneholder en anklage om en straffbar handling, eller dersom selskapet på andre måter er «substantially affected». Ettersom begge disse tidspunktene kan være aktuelle for selvinkrimineringsvernets inntreden i en sak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven vil de vurderes hver for seg i det følgende.

4.3.1 «Official notification»

For at et selskap skal ha krav på et selvinkrimineringsvern på bakgrunn av en «official notification» følger det av EMD at den må være avgitt av en «competent authority» og at meddelelsen må inneholde «an allegation that he has committed a criminal offence».¹²⁰ For konkurransesakers del vil dette være når Konkurransetilsynet, som er det kompetente forvaltningsorganet, jf. konkurranseloven § 29 andre ledd, varsler foretaket om at de har avdekket brudd på konkurranseloven eller EØS-avtalen som vil sanksjoneres med et overtredelsesgebyr.

¹¹⁶ Rt. 2000 s. 996 på s. 1017.

¹¹⁷ Neumeister v. Austria avsnitt 18.

¹¹⁸ Deweer v. Belgium avsnitt 44.

¹¹⁹ Eckle v. Germany avsnitt 73.

¹²⁰ Eckle v. Germany avsnitt 73.

Konkurranseloven har ikke egne regler om forhåndsvarsling forut for ileggelse av overtredelsesgebyr.¹²¹ Konkurransetilsynet må imidlertid følge de alminnelige forvaltningsrettslige reglene vedrørende kravene til forhåndsvarsling.¹²²

Forvaltningsloven § 16 første ledd pålegger forvaltningsorganer å varsle parter, som ikke allerede har fått mulighet til å uttale seg i saken, «før vedtak treffes». Det følger av forarbeidene til forvaltningsloven at hensynet til parten tilsier at det skal varsels på «et meget tidlig stadium» i saken.¹²³ Bestemmelsens angivelse av når forvaltningen har plikt til å forhåndsvarsle er vag, noe som igjen begrunner at forhåndsvarsel om vedtak ikke kan være den eneste måten å bli ansett som siktet i konvensjonens forstand. Dersom det var tilfellet, ville Konkurransetilsynet kunne etterforske saken i lang tid uten selvinkrimineringsvernets begrensninger ved å utsette å forhåndsvarsle parten. I praksis vil også Konkurransetilsynet foreta informasjonsinnhenting i form av informasjonsspålegg etter konkurranseloven § 24 og bevissikring etter konkurranseloven § 25 i god tid før forhåndsvarselet sendes.

For at forhåndsvarselet skal utløse en «charge» må varselet inneholde «an allegation that he has committed a criminal offence». Høyesterett har i en sak om ileggelse av tilleggsattolket dette som et krav om at «det framgår av varslet at det etter likningsmyndighetenes foreløpige vurdering gjelder forsettlig eller grovt uaktsomt forhold og at ligningsmyndighetene overveier å ilegge forhøyd tilleggsattolket.»¹²⁴

Det følger av forvaltningsloven § 16 andre ledd at tilsynets varsel skal «gjøre greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv». Bestemmelsen må tolkes dithen at forvaltningen plikter å gjøre greie for hjemmelen for vedtaket, en angivelse av hva saken gjelder og hva slags vedtak forvaltningen vurderer å treffe.¹²⁵ Dersom forhåndsvarselet inneholder disse opplysningene må det anses som «an allegation that he has committed a criminal offence».

I de tilfeller hvor Konkurransetilsynet har sendt forhåndsvarsel om at selskapet vil bli ilagt et overtredelsesgebyr på grunn av en overtredelse av konkurranseloven, vil dette medføre at selskapet er under en «charge». Dette fører også til at selskapet fra dette tidspunktet kan påberope seg det selvinkrimineringsvernet som følger av EMK art. 6.

¹²¹ Konkurranseloven har kun regler om forhåndsvarsel forut for vedtak etter §§ 16 og 16 a vedrørende kontroll med foretakssammenslutninger, jf. § 20, og ved inngåelse av kartellforlik, jf. § 29 a.

¹²² Graver/Hjelmeng (2006) s. 91.

¹²³ Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 70.

¹²⁴ Rt. 2000 s. 996 på s. 1018–1019.

¹²⁵ Graver/Hjelmeng (2006) s. 91.

4.3.2 «Substantially affected»

Som nevnt innledningsvis under punkt 4.3 er ikke forhåndsvarsel nødvendigvis det avgjørende tidspunktet for når det foreligger en «charge» i konvensjonens forstand. Spørsmålet under dette punktet er når selskapet kan anses å være under en «charge» før det forhåndsvarsles om overtreddelsesgebyret.

Vilkåret for å anse noen som siktet utenfor tilfellene av formell siktelse er om personens situasjon har blitt vesentlig påvirket («substantially affected») av myndighetenes tiltak. Hvilke momenter som inngår i vurderingen av «substantially affected» er presisert i senere avgjørelser fra EMD. I Janosevic-saken fremholder EMD at starttidspunktet for rettighetene etter EMK art. 6 er «when that person has (...) been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him».¹²⁶ Siktelsesbegrepets materielle side består dermed av en vurdering av hvor inngripende tiltaket fra myndighetene er og hva som er formålet med tiltaket.¹²⁷

I Weh mot Østerrike¹²⁸ hadde klageren fått pålegg om å oppgi identiteten til den som hadde kjørt bilen hans da den ble tatt under kontroll for brudd på loven. Unnlattelse av å etterkomme pålegget eller gi uriktig informasjon ville etter østerisk rett føre til bøteleggelse. EMD måtte i denne saken ta stilling til om klageren hadde fått status som siktet da han mottok informasjonspålegget og dermed hadde et vern mot selvinkriminering. Om denne vurderingen uttaler EMD at:

«[T]he link between the applicant's obligation (...) to disclose the driver of his car and possible criminal proceedings for speeding against him remains remote and hypothetical. However, without a sufficiently concrete link with these criminal proceedings the use of compulsory powers (i.e. the imposition of a fine) to obtain information does not raise an issue with regard to the applicant's right to remain silent and the privilege against self-incrimination.»¹²⁹

Hva gjelder informasjonspålegg fra Konkurransetilsynet vil det således kunne være et inngripende nok tiltak dersom det foreligger en «sufficiently concrete link» mellom informasjonen som kreves og en eventuell senere ileggelse av overtreddelsesgebyr. I et slikt tilfelle vil selska-

¹²⁶ Janosevic v. Sweden avsnitt 91.

¹²⁷ Michalsen (2008) s. 131.

¹²⁸ Weh v. Austria.

¹²⁹ Avsnitt 56.

pet være «substantially affected» og dermed kunne påberope seg selvinkrimineringsvernet. Selskapet kan på den andre siden ikke påberope seg vernet dersom sammenhengen mellom Konkurransetilsynets informasjonspålegg og den eventuelle senere straffeforfølgningen er «remote and hypothetical».

I Rt. 2000 s. 996 fremholder Høyesterett at forvaltningens ordinære kontrolltiltak ikke anses som en straffesiktelse i konvensjonens forstand. Høyesterett uttaler videre at «[d]et kreves noe mer, nemlig at vedkommende myndighet underretter om at en administrativ reaksjon av strafferettslig karakter etter artikkel 6 kan være aktuell for nærmere angitte overtredelser som skattyteren anses for å ha begått».¹³⁰ I forarbeidene til forvaltningsloven fremheves også denne uttalelsen, men utvalget uttaler at skjæringstidspunktet trolig kan inntre tidligere i «rene» sanksjonssaker, herunder saker som ikke har noe annet formål enn å avdekke mulige lovbrudd.¹³¹ Dette samsvarer godt med praksis fra EMD som tydeliggjør at det er formålet bak tiltaket som vil være avgjørende for å avgjøre når det foreligger en «charge», ikke hvorvidt tiltaket er «ordinært» eller ikke.

Konkurranseloven § 24 gir Konkurransetilsynet vid adgang til å kreve informasjon av selskaper i en rekke situasjoner og på bakgrunn av en rekke formål. Dette medfører at spørsmålet om når et informasjonspålegg utløser et selvinkrimineringsvern ikke kan besvares generelt, men beror på en helhetsvurdering av den konkrete situasjonen. Dersom et selskap får pålegg om å utlevere opplysninger hvor begrunnelsen for pålegget er et alminnelig og generelt tilsyn med markedet eller at opplysningene skal brukes til forskning eller statistikk, vil det være klart at foretaket ikke kan få status som siktet og dermed ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. I slike tilfeller vil Konkurransetilsynet ikke ha mistanke om at det foreligger brudd på konkurranselovgivningen, og det vil kun være en «remote and hypothetical» forbindelse mellom informasjonen som kreves og en eventuell senere sak om overtredelsesgebyr. Dette vil også være tilfellet hvor Konkurransetilsynet foretar stikkprøver eller av andre grunner retter et pålegg som ikke er begrunnet i en mistanke om at foretaket har overtrådt konkurranseloven.

I en situasjon hvor Konkurransetilsynet mistenker at et foretak har opptrådt konkurransestriddig og på denne bakgrunn retter et pålegg etter konkurranseloven § 24 til foretaket vil situasjonen være en annen. Dette kan være tilfellet hvor Konkurransetilsynet har fått tips fra andre markedsaktører eller av andre grunner har en mistanke om at det foreligger konkurransestriddig atferd. Dette vil også kunne være tilfellet når tilsynet allerede har foretatt bevissikring hos

¹³⁰ På s. 1018.

¹³¹ NOU 2003: 15 s. 190.

selskapet ettersom det krever at det foreligger «rimelig grunn til å anta» at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven, jf. konkurranseloven § 25 første ledd bokstav a. I et slikt tilfelle vil det være en «sufficiently concrete link» mellom tilsynets etterspørsel etter informasjon fra foretaket og en senere straffeforfølgning i form av vedtak om overtredelsesgebyr. Kravet om utlevering av informasjon vil være et ledd i Konkurransetilsynets etterforskning av en sak om straff i konvensjonens forstand, noe som igjen begrunner at foretaket bør ha et vern mot selvinkriminering allerede på dette tidspunktet.

Det avgjørende for vurderingen vil følgelig være Konkurransetilsynets grunnlag og formål for pålegget, noe som nødvendiggjør at Konkurransetilsynets begrunnelse for informasjonspålegget kommer klart frem når informasjonen kreves. Konkurranseloven § 24 inneholder ikke et krav om at Konkurransetilsynet må oppgi formålet med informasjonspålegget. Dette følger av forvaltningsloven § 14 som sier at dersom noen blir pålagt opplysningsplikt så skal hjemmelen for pålegget angis. Dette kan forstås dithen at tilsynet må angi formålet med informasjonspålegget, herunder hvilken av sine oppgaver etter loven som er bakgrunnen for pålegget.¹³² Et lignende krav finnes for Kommissjonens informasjonspålegg etter Reg. 1/2003 art. 18 (3) hvor det må gjøres rede for «the legal basis and the purpose of the request». Selskapet vil da være i stand til å vite hvorvidt opplysningene kreves som ledd i tilsynets generelle tilsynsoppgaver eller om det er som ledd i en sanksjonssak mot dem. Ettersom det bare et sistnevnte tilfelle utløser selvinkrimineringsvernet vil dette også føre til at det etterspurte selskapet i større grad vet når det er grunnlag for å påberope seg vernet.

4.4 Juridiske personers selvinkrimineringsvern

4.4.1 Generelt om juridiske personers selvinkrimineringsvern

For at selvinkrimineringsvernet skal sette begrensninger på selskapers opplysnings- og utleveringsplikt til Konkurransetilsynet, i de tilfeller hvor det foreligger en «criminal charge», så må juridiske personer kunne påberope seg selvinkrimineringsvernet.

EMD har ikke uttrykkelig tatt stilling til spørsmålet om hvorvidt det EMK-rettslige selvinkrimineringsvernet kan gjelde for juridiske personer. EMK art. 6 gir «everyone» retten til en rettferdig rettergang, noe som taler for at de rettighetene som utledes av art. 6 også tilligger juridiske personer. Det finnes også flere saker hvor EMD har behandlet klager fra selskaper

¹³² Graver/Hjelmeng (2006) s. 117.

vedrørende krenkelse av andre rettigheter etter EMK art. 6 enn selvinkrimineringsvernet, uten at det har blitt problematisert av domstolen at klageren var et selskap.¹³³

Spørsmålet om juridiske personer har et selvinkrimineringsvern kom opp for Høyesterett i Rt. 2011 s. 800. Saken gjaldt et utleveringspålegg i medhold av straffeprosessloven § 210 som en rekke selskaper nektet å etterkomme blant annet på grunn av deres selvinkrimineringsvern. På bakgrunn av en tolkning av EMK art. 6, dens formål og praksis fra EMD konkluderte Høyesterett med at juridiske personer kan påberope seg det selvinkrimineringsvernet som følger av EMK art. 6.¹³⁴ Avgjørelsen må sies å gi uttrykk for hva som er gjeldende rett i Norge også på konkurranserettens område, nemlig at juridiske personer kan påberope seg selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6.¹³⁵

I forarbeidene til ny straffeprosesslov foreslår imidlertid straffeprosesslovutvalget å innta en bestemmelse om vern mot tvungen selvinkriminering i straffeprosessen som uttrykkelig unntar juridiske personer.¹³⁶ Utvalget hevder at EMK art. 6 ikke gir juridiske personer et selvinkrimineringsvern og er således uenig med Høyesteretts forståelse av bestemmelsen.¹³⁷ Ettersom den foreslåtte bestemmelsen i straffeprosessloven ikke er vedtatt enda, er det Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2011 s. 800 som fremdeles gir uttrykk for gjeldende rett.

4.4.2 Hvem hos selskapet kan påberope seg selvinkrimineringsvernet?

Ved at juridiske personer tilkjennes et selvinkrimineringsvern så må det vurderes hvilke fysiske personer hos den juridiske personen som kan påberope seg vernet ettersom juridiske personer må representeres av fysiske personer som opptre på deres vegne. I dette punktet vil imidlertid ikke de selskapsrettslige aspektene ved spørsmålet behandles, herunder ansatte og andres plikt til å opptre lojalt overfor de beslutninger som foretaket som sådan har tatt om hvilken informasjon som skal avgis og utleveres.

Det er en rekke personer med tilknytning til selskapet som kan sitte på inkriminerende bevis om selskapet, eksempelvis styremedlemmer og ansatte, herunder personer i ledende stillinger. Det faktum at dette spørsmålet oppstår tydeliggjør argumentene mot å gi juridiske personer et selvinkrimineringsvern, nemlig at vernet er av personlig karakter. Ettersom EMD ikke har behandlet spørsmålet om juridiske persons selvinkrimineringsvern har heller ikke denne

¹³³ Se eksempelvis *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*.

¹³⁴ Avsnitt 54.

¹³⁵ Prop. 75 L (2012–2013) s. 81.

¹³⁶ NOU 2016: 24 s. 29 § 3-2.

¹³⁷ NOU 2016: 24 s. 210–211.

problemstillingen blitt behandlet. Spørsmålet ble heller ikke behandlet i Rt. 2011 s. 800. Det ble derimot reist i Rt. 2011 s. 487, men uten å bli behandlet.¹³⁸

I forbindelse med forslaget om å innta et uttrykkelig vern mot selvinkriminering i forvaltningsloven, uttaler utvalget at det må være de selskapsorganer eller personer som i kraft av lov, stilling eller fullmakt lovlig kan representere foretaket i en slik sak som også kan nekte å utlevere dokumenter.¹³⁹ Det må antas at utvalget mente det samme for retten til å nekte å svare på spørsmål.¹⁴⁰ Den samme konklusjonen kom også Konkurranselovutvalget til i deres utredning. Utvalget begrunner sitt standpunkt med at det er «foretaket som er gitt et selvinkrimineringsvern, og det er følgelig innrømmelser som skjer på vegne av foretaket vernet skal beskytte mot».¹⁴¹ Konkurransetilsynet har lagt til grunn, gjennom sin praksis, at det er styreleder og daglig leder som kan påberope seg et selvinkrimineringsvern på vegne av foretaket.¹⁴²

I den juridiske teorien er det delte meninger om spørsmålet. Elgesem/Wahlen tar til orde for at alle fysiske personer som har en tilknytning til foretaket har anledning til å påberope seg selvinkrimineringsvernet.¹⁴³ Begrunnelse for standpunktet er at gruppen som kan overtre konkurranselovens regler er langt større enn foretakets lovlige representanter og at vernet i praksis vil bli uten betydning dersom det bare er selskapets lovlige representanter som kan påberope seg vernet. Ørnulf Øyen tar, på den andre siden, til orde for at dette må begrenses til personer i foretakets ledelse.¹⁴⁴ Hans begrunnelse er blant annet at verken straffeprosessloven eller EMK hjemler unntak fra vitneplikten for ansatte som risikerer å inkriminere arbeidsgiver.

Dersom et selskap er straffesiktet i straffeprosesslovens forstand gis ikke ansatte et vern mot å inkriminere selskapet. Ansatte kan bare nekte å svare på spørsmål dersom svaret vil inkriminere dem selv eller deres nærstående, eller dersom det vil røpe forretningshemmeligheter, jf. straffeprosessloven §§ 123 og 124. Den som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av foretaket i straffeprosessen er «den personen som foretaket utpeker», jf. straffeprosessloven § 84 a. Dette vil ofte være foretakets lovlige representanter.¹⁴⁵ Systembetragtninger tilsier dermed at alle ansatte ikke har et vern mot selvinkriminering.

¹³⁸ Avsnitt 35.

¹³⁹ NOU 2003: 15 s. 191.

¹⁴⁰ NOU 2012: 7 s. 85.

¹⁴¹ NOU 2012: 7 s. 87.

¹⁴² Elgesem/Wahlen (2010) s. 74.

¹⁴³ Elgesem/Wahlen (2010) s. 74.

¹⁴⁴ Øyen (2010) s. 357–358.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 27 (1990–1991) s. 40–41.

Selvinkrimineringsvernet som gis i møte med Konkurransetilsynets informasjonspålegg gis til foretaket. Dette taler også for at det er innrømmelser som skjer på vegne av foretaket, herunder fra dem som lovlig kan representere dem, som er omfattet av selvinkrimineringsvernet. Konklusjonen på dette spørsmålet må følgelig være at det er selskapets lovlige representanter som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet.

4.5 Hvilken informasjon er vernet av selvinkrimineringsvernet?

Selvinkrimineringsvernet begrenser bare opplysnings- og utleveringsplikten til Konkurransetilsynet i den grad opplysningene som kreves vil kunne avsløre at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Ordlyden i EMK art. 6 tilsier at det må være snakk om opplysninger som kan knyttes til den aktuelle overtredelsen som personen er beskyldt for og dermed kan være inkriminerende, jf. «[i]n the determination (...) of any criminal charge against him». Informasjonen som er vernet av selvinkrimineringsvernet er dermed bare den som har sammenheng med saken om illeggelse av overtredelsesgebyr.

Kravet om sammenheng medfører at opplysninger som ikke avslører overtredelser kan kreves utlevert uten hinder av selvinkrimineringsvernet. Dette fremholder også EMD i Weh-saken hvor domstolen uttaler at selvinkrimineringsvernet ikke begrenser bruk av tvang for å erverve «information outside the context of criminal proceedings against the person concerned.»¹⁴⁶

EMD har imidlertid ikke ført en streng linje hva gjelder kravet til sammenheng mellom opplysningene og overtredelsen. I Saunders-saken fremholder EMD følgende:

«[T]he right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature – such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact – may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility.»¹⁴⁷

¹⁴⁶ Weh v. Austria avsnitt 44.

¹⁴⁷ Saunders v. United Kingdom avsnitt 71.

Domstolen gir her uttrykk for at selvinkrimineringsvernet gjelder både direkte inkriminerende og indirekte inkriminerende informasjon. Med indirekte inkriminerende informasjon menes informasjon som tilsynelatende ikke er inkriminerende, men som kan brukes på en inkriminerende måte.

Saunders-saken gjaldt bruken av den pliktmessig avgitte informasjonen i en senere straffesak, altså ikke en situasjon hvor det brukes tvang for å frembringe informasjon. Språkbruken i EMDs saker om ileggelse av rettslige sanksjoner for passivitet tyder imidlertid ikke på at vernet er mer begrenset i disse sakene.¹⁴⁸ I J.B.-saken uttaler domstolen at klageren «could not exclude» at informasjonen ville bli brukt på en inkriminerende måte.¹⁴⁹ I Weh-saken bruker EMD kriteriet «information which might incriminate»¹⁵⁰ og «potentially incriminating»¹⁵¹ informasjon.

Det kan dermed legges til grunn at både direkte inkriminerende informasjon og informasjon som sammenholdt med annen informasjon vil være inkriminerende eller som kan brukes på en inkriminerende måte er dekket av selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6. Den foreslåtte bestemmelsen om selvinkrimineringsvern i forvaltningsloven gir uttrykk for den samme forståelsen ved at den informasjon som var vernet var den som «vil kunne utsette» en person for administrative sanksjoner eller straff.¹⁵²

Et eksempel på direkte inkriminerende informasjon vil være et tilfelle hvor Konkurransetilsynet krever utlevert e-poster mellom to foretak som inneholder informasjon om at foretakene har inngått en konkurransebegrensende avtale i strid med konkurranseloven § 10. Annen informasjon kan også være omfattet av selvinkrimineringsvernet dersom det sammenholdes med det øvrige materialet som Konkurransetilsynet besitter eller av andre grunner kan brukes på en inkriminerende måte. Et eksempel på dette vil være informasjon om at sentrale medlemmer av foretaket har vært til stede i et møte, dersom Konkurransetilsynet allerede besitter informasjon om at det ble inngått konkurransebegrensende avtaler mellom de som var til stede i møtet. I slike tilfeller vil det imidlertid være vanskelig for foretaket selv å vite om informasjonen de avgir er inkriminerende eller ikke ettersom de ikke har kunnskap om den øvrige informasjonen tilsynet besitter.

¹⁴⁸ Øyen (2010) s. 152.

¹⁴⁹ J.B. v. Switzerland avsnitt 66.

¹⁵⁰ Weh v. Austria avsnitt 42.

¹⁵¹ Weh v. Austria avsnitt 52.

¹⁵² NOU 2003: 15 s. 353–354.

4.6 Er selvinkrimineringsvernets rekkevidde betinget av bevisets form?

Spørsmålet under dette punktet er hvorvidt selvinkrimineringsvernets rekkevidde er betinget av bevisets form, herunder om det er avgjørende at det kreves forklaringer eller utlevering av dokumenter eller andre informasjonsbærere. Som nevnt i kap. 2, er opplysningsplikten til Konkurransetilsynet todelt ved at det både innebærer en opplysningsplikt og en utleveringsplikt. Dette betyr at Konkurransetilsynet kan, med trussel om illeggelse av tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, tvinge foretak til å både forklare seg og å utlevere informasjon eller bærere av informasjon.

4.6.1 Forklaringer

EMD la i Saunders-saken til grunn at «[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned (...) with respecting the will of an accused person to remain silent.»¹⁵³ Uttalelsen synliggjør at muntlige forklaringer er vernet av selvinkrimineringsvernet og at det er dette som utgjør vernets kjerneområde. Dette er også lagt til grunn i den juridiske teorien.¹⁵⁴ At selvinkrimineringsvernet omfatter muntlige forklaringer, tydeliggjøres også ved at Konkurransetilsynet er pliktige til å veilede om selvinkrimineringsvernet før det opptas muntlige forklaringer, jf. forskrift om opplysningsplikt og bevissikring § 4.

Etter konkurranseloven § 24 kan Konkurransetilsynet også pålegge enhver å forklare seg skriftlig. Det samme selvinkrimineringsvernet vil måtte gjelde uavhengig av om forklaringer fremsettes skriftlig eller muntlig. Begrunnelsen for det er at det er Konkurransetilsynet som avgjør hvilken form forklaringer skal avgis i. Dersom det var ulikt selvinkrimineringsvern for henholdsvis muntlige og skriftlige forklaringer, ville Konkurransetilsynet kunne uthule selvinkrimineringsvernet ved å bare kreve skriftlige forklaringer.

4.6.2 Utlevering av informasjon og informasjonsbærere

Hvorvidt et pålegg om utlevering av realbevis, slik som etter konkurranseloven § 24 andre ledd, kan være i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering etter EMK art. 6 har vært under utvikling. I Funke-saken la EMD til grunn at utleveringspålegget i den saken, som gjaldt kontoutskrifter og dokumenter vedrørende leilighetskjøp i utlandet, krenket selvinkrimineringsvernet.¹⁵⁵ Det forhold at selvinkrimineringsvernet ble utviklet på bakgrunn av en

¹⁵³ Saunders v. United Kingdom avsnitt 69.

¹⁵⁴ Harris (2018) s. 424.

¹⁵⁵ Funke v. France.

sak som omhandlet et utleveringspålegg taler for at det bør gjelde et selvinkrimineringsvern også her.

I Saunders-saken, som kom tre år senere, fremholder domstolen følgende om selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde:

« [I]t 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.»¹⁵⁶

Domstolen unntar her bevis som «has an existence independent of the will of the suspect» fra selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde. Uttalelsen skapte tvil om rekkevidden av Funke-saken ettersom det i Funke-saken var snakk om et utleveringspålegg vedrørende dokumenter som helt klart hadde en eksistens uavhengig av viljen til klageren, slik de fleste dokumenter og gjenstander kan sies å ha.

En viss oppklaring kom i J.B.-saken.¹⁵⁷ Klageren hadde i den saken blitt bøtelagt for å nekte å etterkomme et utleveringspålegg som gjaldt dokumenter vedrørende investeringer i diverse selskaper. Om hvorvidt dette krenket klagerens rett til vern mot selvinkriminering, uttaler EMD følgende:

«[T]he present case does not involve material of this nature which, like that considered in *Saunders*, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person.»¹⁵⁸

Uttalelsen må kunne forstås dithen at selvinkrimineringsvernet ikke gjelder dokumenter og gjenstander med mindre tilgangen til dette materialet er avhengig av siktedes vilje til aktiv medvirkning i saken.¹⁵⁹ Det avgjørende vil følgelig ikke være hvorvidt beviset etter sin art eksisterer uavhengig av siktedes vilje, slik som eksempelvis dokumenter gjør, men om utleveringen avhenger av siktedes medvirkning. Ettersom begrunnelsen for selvinkrimineringsvernet i Saunders-saken er en respekt for siktedes vilje, vil et utleveringspålegg kunne krenke siktedes vilje dersom siktede selv må bidra til egen fellelse ved å medvirke til utleveringen av

¹⁵⁶ Saunders v. United Kingdom avsnitt 69.

¹⁵⁷ J.B. v. Switzerland.

¹⁵⁸ Avsnitt 68.

¹⁵⁹ Øyen (2010) s. 145, Ashworth (2008) s. 759.

dokumentene. Praksis fra EMD medfører dermed at et utleveringspålegg fra Konkurransetilsynet i medhold av konkurranseloven § 24 kan rammes av selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6. Dette er en forskjell fra det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet.¹⁶⁰

Faktum og EMDs begrunnelse i Funke- og J.B.-saken gir imidlertid ikke grunnlag for å si at utleveringspålegg alltid vil være i strid med selvinkrimineringsvernet selv om pålegget medfører at det vil bli avgitt inkriminerende informasjon. I begge disse sakene var det usikkerhet om både eksistensen og innholdet av dokumentene, og utleveringspåleggene var dermed utformet lite spesifikt og anga ikke konkrete dokumenter. Ved vurderingen av om et utleveringspålegg rammes av selvinkrimineringsvernet må det dermed også ses hen til omfanget av aktivitetsplikten som utleveringen medfører.¹⁶¹ Dette påpeker også Høyesterett i Rt. 2011 s. 800.¹⁶² Selvinkrimineringsvernets rekkevidde vil dermed kunne avhenge av hvor spesifikt et utleveringspålegg er utformet.¹⁶³

¹⁶⁰ Se punkt 6.2.4.

¹⁶¹ Øyen (2010) s. 146.

¹⁶² Avsnitt 61.

¹⁶³ Se punkt 5.5.

5 Innholdet i det EMK-rettslige selvinkrimineringsvernet

5.1 Innledning

Som behandlet i kap. 4, vil Konkurransetilsynets saksbehandling i en sak om ileggelse av overtredelsesgebyr være en «determination» av en «criminal charge» i henhold til EMK art. 6. Fra det tidspunktet selskapet anses å være under en «charge» vil selvinkrimineringsvernet som følger av EMK art. 6 dermed kunne påberopes. Det som skal behandles i dette kapittelet er hvilken beskyttelse selvinkrimineringsvernet gir selskap i slike situasjoner, herunder vernet innhold.

De tidligste sakene fra EMD vedrørende selvinkrimineringsvernet kunne tyde på at selvinkrimineringsvernet var en absolutt rettighet i den forstand at andre interesser ikke kunne rettferdiggjøre en krenkelse av vernet.¹⁶⁴ Nyere EMD-praksis ser imidlertid ut til å gå bort fra denne strenge linjen. I O'Halloran og Francis-saken¹⁶⁵ hevdet klageren at selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 var en absolutt rettighet slik at enhver form for tvang til å avgi informasjon eller utlevere bevis ville innebære en krenkelse. Dette synspunktet ble ikke akseptert av EMD. Domstolen uttalte at:

«It does not (...) follow that any direct compulsion will automatically result in a violation. While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case.»¹⁶⁶

EMD gir her uttrykk for at det ikke kan gjøres unntak fra EMK art. 6, slik som andre EMK-rettigheter åpner for, men at hva som utgjør en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 beror på en konkret helhetsvurdering. Dette støtter også Høyesterett i Rt. 2011 s. 800 hvor førstvotende sier at det er «sikker rett at omfanget av beskyttelsen etter artikkel 6 avhenger av de konkrete omstendigheter».¹⁶⁷

Det følger av praksis fra EMD at vurderingstemaet for å avgjøre hvorvidt det foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet er om myndighetenes saksbehandling har «extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination».¹⁶⁸ I Jalloh-saken fremholder

¹⁶⁴ Saunders v. United Kingdom avsnitt 74, Heaney and McGuinness v. Ireland avsnitt 58–59.

¹⁶⁵ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom.

¹⁶⁶ Avsnitt 53.

¹⁶⁷ Avsnitt 57.

¹⁶⁸ Allan v. the United Kingdom avsnitt 44.

EMD at momentene det skal ses hen til ved vurderingen av dette er «the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.»¹⁶⁹

Hvorvidt det foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet når Konkurransetilsynet retter et pålegg etter konkurranseloven § 24 beror dermed blant annet på arten og størrelsen på tvangen som benyttes, vekten av det offentlige interesse i etterforskningen og sanksjoneringen av saken, eksistensen av andre relevante rettssikkerhetsgarantier i prosessen og bruken av det ervervede materialet.

I det følgende vil disse momentene vurderes i relasjon til Konkurransetilsynets saksbehandling av et overtredelsesgebyr. Jeg vil imidlertid ikke behandle momentet «the use to which any material so obtained is put» på bakgrunn av oppgavens avgrensning mot bevisavskjæringsspørsmålet.¹⁷⁰ På bakgrunn av praksis fra Høyesterett skal det også vurderes hvorvidt selvinkrimineringsvernets rekkevidde avhenger av hvem som påberoper seg det (punkt 5.5).

5.2 Størrelsen på og arten av tvangen

Vurderingen av «the nature and degree of compulsion» knytter seg til hva foretaket faktisk risikerer ved ikke å etterkomme et informasjonspålegg fra Konkurransetilsynet. Det er naturlig at hvor stor tvang det er snakk om og hva denne tvangen innebærer er et relevant moment i helhetsvurderingen ettersom selvinkrimineringsvernet anses som en relativ og ikke absolutt rettighet.¹⁷¹

Brudd på opplysningsplikten etter konkurranseloven § 24 kan sanksjoneres med tvangsmulkt etter konkurranseloven § 28 eller overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, og tvangen er således av økonomisk karakter. Økonomisk tvang har av EMD vært ansett som tilstrekkelig tvang for å konstatere brudd på selvinkrimineringsvernet. I J.B-saken¹⁷² kunne klageren ilegges overtredelsesgebyr for manglende etterlevelse av informasjonspålegget fra sveitsiske myndigheter. Informasjonspålegget fra myndighetene var imidlertid kun basert på en antagelse om at det fantes inkriminerende dokumenter hos klageren og myndighetene var derfor ikke i stand til å spesifisere hvilke dokumenter de ønsket utlevert. EMD fant at tvangen sammenholdt med myndighetenes generelle og lite konkretiserte informasjonspålegg var i strid med

¹⁶⁹ Jalloh v. Germany avsnitt 117.

¹⁷⁰ Se punkt 1.5.

¹⁷¹ Øyen (2010) s. 153.

¹⁷² J.B. v. Switzerland.

selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6. Det samme kom EMD til i Funke-saken¹⁷³ hvor den aktuelle tvangen var trussel om løpende tvangsmulkt og det var snakk om et lite spesifisert informasjonspålegg. Motsetningsvis ser EMD ut til i O'Halloran og Francis-saken¹⁷⁴ og Lückhof og Spanner-saken,¹⁷⁵ hvor det også var snakk om økonomisk tvang, å vektlegge at de etterspurte opplysningene var tydelig begrenset og at det i slike tilfeller skal mer til for å anse selvinkrimineringsvernet krenket.¹⁷⁶

Disse sakene fra EMD tydeliggjør at Konkurransetilsynets ileggelse økonomiske sanksjoner for manglende etterlevelse av informasjonspålegg kan være tilstrekkelig tvang og dermed utgjøre en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Sakene illustrerer imidlertid at det også må ses hen til andre momenter, herunder hvor mye aktiv deltakelse som kreves av selskapet på bakgrunn av manglende spesifisering i pålegget fra tilsynet. Dette har sin naturlige forklaring i at det er nettopp siktedes vilje som skal søkes vernet ved selvinkrimineringsvernet og dersom opplysningsplikten krever mye aktiv deltakelse fra den etterspurte så vil det kunne peke i retning av en krenkelse.

Konkurranseloven § 24 gir Konkurransetilsynet en vid og skjønnsmessig adgang til å kreve de opplysningene som tilsynet mener de trenger for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Dersom Konkurransetilsynet etterspør svært begrenset informasjon fra et foretak vil det, i lys av praksis fra EMD, trekke i retning av at tvangen ikke er i strid med selvinkrimineringsvernet og at selskapet således er forpliktet til å imøtekomme informasjonspålegget. På den andre siden, dersom Konkurransetilsynet ikke kan konkretisere hvilke opplysninger de ønsker og dermed etterspør svært generell og lite avgrenset informasjon, vil det trekke i retning av en krenkelse.

Når det gjelder utleveringspålegg etter konkurranseloven § 24 andre ledd vil det kunne være av betydning hvor spesifikt tilsynet er ved dets angivelse av hva som kreves utlevert. Som nevnt under punkt 2.3.1, er det ikke helt avklart hvor spesifikt Konkurransetilsynet må være ved dets utforming av utleveringspålegg. Uavhengig av hvilke krav gjeldende rett stiller til spesifisering vil den faktiske utformingen av pålegget kunne påvirke helhetsvurderingen etter EMK art. 6. Dersom Konkurransetilsynet eksempelvis krever utlevert alle dokumenter fra et gitt tidsrom eller en sammenfatning av en rekke dokumenter krever det mer deltakelse fra den siktede. På den andre siden, dersom Konkurransetilsynet utelukkende krever ett dokument utlevert skal det mer til for å anse tvangen som en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

¹⁷³ Funke v. France.

¹⁷⁴ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom.

¹⁷⁵ Lückhof and Spanner v. Austria.

¹⁷⁶ Øyen (2010) s. 154.

I de innledende fasene av etterforskningen vil det være vanskelig for tilsynet å vite hvilke dokumenter og øvrige informasjonsbærere selskaper besitter, og det vil følgelig være vanskelig å spisse utleveringspålegget slik at det angir konkrete dokumenter eller gjenstander. I de tilfeller hvor Konkurransetilsynets etterforskning har pågått lenge og Konkurransetilsynet besitter mye kunnskap om hvilke dokumenter som eksisterer og innholdet av dem, vil det kunne være lettere og hensiktsmessig for tilsynet å spesifisere og konkretisere opplysnings- og utleveringspålegget.

Vedrørende utleveringspålegg, slik som utleveringsplikten i konkurranseloven § 24 andre ledd, har Høyesterett imidlertid oppstilt høy terskel for å anse tvangen i strid med selvinkrimineringsvernet. Høyesterett fremholder at «[d]et er på det rene at terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis [realbevis] skal rammes av selvinkrimineringsvernet, er relativt høy.»¹⁷⁷ Terskelen for at et utleveringspålegg skal være i strid med selvinkrimineringsvernet er også omtalt i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2011 s. 487, hvor førstvoterende sier at «tvangen [må] være umenneskelig eller på annen måte ha karakter av overgrep mot siktede» for at den skal være konvensjonsstridig.¹⁷⁸

At det kreves umenneskelig tvang for å anse et utleveringspålegg i strid med selvinkrimineringsvernet, har imidlertid lite støtte i praksis fra EMD. I Funke-saken, EMDs første avgjørelse om selvinkrimineringsvernet, krevde myndighetene utlevering av realbevis. I den dommen var tvangen av økonomisk karakter og ble ansett tilstrekkelig for å være i strid med selvinkrimineringsvernet. Det samme var tilfellet i J.B-saken. Disse sakene nevnes ikke i avgjørelsene fra Høyesterett.

Det er uklart hvorvidt uttalelsene fra Høyesterett om at det kreves umenneskelig tvang for å anse et utleveringspålegg i strid med selvinkrimineringsvernet bare gjelder fysiske personer eller juridiske personer. Uttalelsen i Rt. 2011 s. 487 knytter seg til hvilket vern «siktede» har og det må derfor kunne legges til grunn at Høyesterett anser terskelen som så høy både for fysiske og juridiske personer. Dette har dårlig støtte i den nevnte praksisen fra EMD hvor økonomisk tvang mot fysiske personer i visse tilfeller kan være tilstrekkelig.

Størrelsen på og arten av tvangen vil dermed kunne trekke i retning av at det foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet dersom Konkurransetilsynets informasjonspålegg er

¹⁷⁷ Rt. 2011 s. 800 avsnitt 60.

¹⁷⁸ Avsnitt 35.

vidtfavnende og lite spesifikt. Vedrørende utleveringspålegg vil det i lys av praksis fra Høyesterett vanskeligere kunne sies at tvangen utgjør en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

5.3 Eksistensen av andre prosessuelle garantier

Et ytterligere relevant moment ved vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket er hvorvidt det eksisterer andre prosessuelle garantier ved saksbehandlingen som kan ivareta siktedes rettssikkerhet.

Ileggelse av overtredelsesgebyr er et enkeltvedtak, og Konkurransetilsynet må følge forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak.¹⁷⁹ Som nevnt følger det av forvaltningsloven § 48 at ved illeggelsen av administrative sanksjoner, slik som overtredelsesgebyr, plikter forvaltningsorganet å gjøre parter oppmerksom på at det kan foreligge et vern mot tvungen selvinkriminering. Dette er en spesifisering av forvaltningens generelle veiledningsplikt i forvaltningsloven § 11. Hvorvidt et foretak, på det tidspunktet det ble klart at det var aktuelt å ilegge en reaksjon, har blitt orientert om sin rett til taushet er et moment ved vurderingen av om rettergangen som helhet er rettferdig.¹⁸⁰

Videre inneholder forvaltningsloven en rekke andre saksbehandlingsregler, for eksempel krav om forhåndsvarsel (§ 16) og at forvaltningen skal påse at saken er så godt opplyst som mulig (§ 17). Foretaket har også adgang til å klage på Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr til Konkurransklagenemnda, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd. Vedtaket om overtredelsesgebyr kan også bringes inn for behandling av domstolene hvor retten har kompetanse til å prøve alle sider av saken, jf. forvaltningsloven § 50.

For å kunne ilegge overtredelsesgebyr er en ytterligere rettssikkerhetsgaranti at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Høyesterett uttaler i Rt. 2011 s. 910 at det må kreves klar sannsynlighetsovervekt.¹⁸¹ Disse aspektene trekker i retning av at prosedyren tilfredsstillende garantier som sikrer foretakets rettssikkerhet og at det dermed må oppstilles en noe høyere terskel for å konstatere en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

¹⁷⁹ Prop. 75 L (2012–2013) s. 33.

¹⁸⁰ Aleksandr Zaichenko v. Russia avsnitt 50 flg.

¹⁸¹ Avsnitt 48.

5.4 Allmennhetens interesse i etterforskningen og sanksjoneringen av lovbruddet

Dette momentet dreier seg dels om hvor alvorlig saken er og dels om hvor vanskelig slike saker er å etterforske og oppklare på en effektiv måte ved hjelp av andre metoder.¹⁸² Tidligere praksis fra EMD gav uttrykk for en streng linje hva gjelder vektleggingen av det strafferettslige behovet for informasjon ved vurderingen av selvinkrimineringsvernets rekkevidde. I Saunders-saken anførte britiske myndigheter at vanskene med å etterforske økonomisk kriminalitet i næringslivet måtte vektlegges ved vurderingen av om det forelå en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Dette besvarer EMD benektende og uttaler følgende:

«[T]he general requirements of fairness contained in Article 6 (...), including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings»¹⁸³

Dette standpunktet har ikke blitt videreført. I Jalloh-saken fremholder EMD nettopp «the weight of the public interest in the investigation» som et relevant moment som skal tillegges vekt ved helhetsvurderingen.¹⁸⁴ I O'Halloran og Francis-saken,¹⁸⁵ som kom etter Jalloh-saken, ble momentet utelatt av flertallet, men drøftet av mindretallet. Dette kan tyde på at vektleggingen av det strafferettslige behovet for informasjon er kontroversielt. Ut fra det samlede rettskildebildet av praksis fra EMD kan det imidlertid slutes at momentet er relevant, men at det nok ikke kan tillegges særlig stor vekt.¹⁸⁶

Vurderingen som EMD foretar i Jalloh-saken kan gi inntrykk av at hensynet til det offentlige behov for informasjon beror på alvorlighetsgraden av det straffbare forholdet. Domstolen uttaler at den offentlige interessen ikke kan begrunne et inngrep i selvinkrimineringsvernet i tilfeller av mindre alvorlige straffesaker.¹⁸⁷ At vernets rekkevidde avhenger av overtredelsens grovhet, bryter imidlertid tilsynelatende med EMDs oppfatning i Saunders-saken hvor domstolen uttaler at selvinkrimineringsvernet skal «apply to criminal proceedings in respect of all

¹⁸² Øyen (2010) s. 155.

¹⁸³ Saunders v. United Kingdom avsnitt 74.

¹⁸⁴ Jalloh v. Germany avsnitt 117.

¹⁸⁵ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom.

¹⁸⁶ Øyen (2010) s. 157.

¹⁸⁷ Jalloh v. Germany avsnitt 119.

types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex.»¹⁸⁸ Dersom oppfatningen i Jalloh-saken legges til grunn vil inngrep i foretaks selvinkrimineringsvern på konkurranserettens område neppe rettferdiggjøres på bakgrunn av dette hensynet. Overtredelser av konkurranselovgivningen kan vanskelig anses som en alvorlig nok straffesak til at et slikt synspunkt er treffende.

O'Halloran og Francis-saken kan tyde på at momentet også må forstås dithen at gjennomslagskraften til selvinkrimineringsvernet vil avhenge av hvilket saksområde man befinner seg på.¹⁸⁹ I saken fremhevet EMD at klagerne frivillig hadde skaffet seg biler og at de med dette frivillig hadde underlagt seg vegtrafikklovgivningen. Den opplysningsplikten som fulgte av vegtrafikklovgivningen kunne dermed ikke anses like tyngende.¹⁹⁰ EMD har ikke presisert argumentet i senere avgjørelser og har heller ikke gitt anvisning på hvilke andre saksområder en slik tilnærming vil være legitim. Ørnulf Øyen tar til ord for at det må oppstilles et minstekrav om at det må dreie seg om en klart avgrenset form for virksomhet eller aktivitet som er undergitt et særskilt reguleringsregime.¹⁹¹ Dette argumentet har gode grunner for seg. Dersom selvinkrimineringsvernet skulle få svekket gjennomslagskraft på vidtfavnende saksområder på bakgrunn av et aksept-synspunkt ville det kunne føre til et lite effektivt vern og en fare for uthuling av vernet.

Konkurranselovens forbudsregler retter seg mot foretak og kan således til en viss grad sies å være avgrenset. Parallellen til O'Halloran og Francis-saken kan også trekkes ved at foretak frivillig deltar i økonomisk aktivitet på markedet og at de dermed må kunne sies å frivillig ha underlagt seg den norske konkurranselovgivningen med dens tilhørende opplysningsplikt.¹⁹² På den andre siden favner definisjonen av «foretak» svært vidt, jf. konkurranseloven § 2, og de aller fleste juridiske personer vil falle inn under denne definisjonen. Dette taler for at saksområdet ikke bør lede til et svakere selvinkrimineringsvern. Det kan også settes spørsmålsteget ved frivilligheten av å drive økonomisk aktivitet i markedet ettersom dette gjelder både private og offentlige virksomheter og er en nødvendighet i det moderne samfunnet.

O'Halloran og Francis-saken kan også tolkes dithen at unntaket fra selvinkrimineringsvernet var begrunnet i samfunnets behov i at myndighetene skal ha effektive virkemidler til å kunne regulere de som kjører på veiene.¹⁹³ En slik forståelse av hensynet kan tale for et svakere selv-

¹⁸⁸ Saunders v. United Kingdom avsnitt 74.

¹⁸⁹ Øyen (2010) s. 157–159, Ashworth (2008) s. 722.

¹⁹⁰ O'Halloran and Francis v. the United Kingdom avsnitt 57.

¹⁹¹ Øyen (2010) s. 158.

¹⁹² Ink (2015) s. 140.

¹⁹³ Ashworth (2008) s. 771.

inkrimineringsvern på konkurranserettens område. Det vil være vanskelig for Konkurransetilsynet å føre effektivt tilsyn og opprettholde effektiv konkurranse i markedet dersom tilsynet ikke kan pålegge foretak å avgi informasjon som kan være inkriminerende. På bakgrunn av praksis fra EMD kan slike offentlige interesser nok bare begrunne et unntak fra selvinkrimineringsvernet dersom det gjelder «relatively minor offences connected to taxation and other regulatory systems which are necessary if modern government is to function efficiently and fairly.»¹⁹⁴ Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge foretak overtredelsesgebyr i eksempelvis omfattende kartell-saker kan vanskelig anses som en «minor offence», noe som trekker i retning av at selvinkrimineringsvernet ikke står svakere på konkurranserettens område.

5.5 Betydningen av at det er et ikke-personlig rettssubjekt

Ettersom EMD ikke har behandlet spørsmålet om juridiske personers selvinkrimineringsvern har domstolen heller ikke sagt noe om hvorvidt selvinkrimineringsvernets rekkevidde vil påvirkes av at vernet påberopes av en juridisk person. I Rt. 2011 s. 800 fremholder imidlertid Høyesterett at selvinkrimineringsvernets rekkevidde vil påvirkes av at den krenkede er en juridisk person og ikke en fysisk person.¹⁹⁵ Høyesteretts uttalelse må kunne tolkes dithen at det skal mer til for å kunne konstatere krenkelse av selvinkrimineringsvernet overfor en juridisk person enn en fysisk person.

Det er vanskelig å vurdere holdbarheten av dette standpunktet for rekkevidden av selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 på grunn av manglende praksis fra EMD. Høyesterett bygger konklusjonen blant annet på en avgjørelse fra EMD vedrørende EMK art. 8 hvor EMD «antydte» at det ikke kunne utelukkes at myndighetene har større handlefrihet når det gjelder forretningslokalene til juridiske personer.¹⁹⁶ Det er imidlertid verdt å nevne at EMD ikke har gitt juridiske personer et svakere vern vedrørende andre rettigheter enn selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6.¹⁹⁷

Uttalelsen fra Høyesterett gir ingen anvisning på hvordan dette momentet skal vektles og hvilken betydning det vil få for vurderingen av om et foretaks selvinkrimineringsvern er krenket ved å bli tvunget til å etterkomme pålegg etter konkurranseloven § 24. Det vil imidlertid kunne tenkes at dette momentet vil bero på hva slags juridisk person det er snakk om. Det vil kan argumenteres for at det skal mer til for å anse selvinkrimineringsvernet krenket i selskap med

¹⁹⁴ Ashworth (2008) s. 772.

¹⁹⁵ Avsnitt 56.

¹⁹⁶ Rt. 2011 s. 800 avsnitt 59.

¹⁹⁷ I avgjørelsen om å behandle saken mellom Forum Oil and Gaz Oy v Finland uttaler EMD at «[t]he Court has already assumed that Article 6 applies to legal persons in the same way as it does to individuals».

ansvarsbegrensninger, slik som aksjeselskap, enn i eksempelvis enkeltmannsforetak. I et enkeltmannsforetak vil nærheten mellom personen som eier selskapet og selskapet være mer fremtredende, og det vil muligens ikke være like unaturlig å snakke om et selvinkrimineringsvern for beskyttelse av foretakets vilje.

6 Særlig om det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet

6.1 Innledning

Konkurransetilsynet er gitt kompetanse til å håndheve EØS-avtalen art. 53 og 54 og kan også ilegge overtredelsesgebyr for brudd på disse reglene, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 er gitt tilsvarende anvendelse ved håndhevelsen av EØS-avtalen, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. EU-domstolen har oppstilt et visst selvinkrimineringsvern ved Kommisjonens håndhevelse av de tilsvarende EU-reglene. Dette vernet er forankret i fellesskapsrettens grunnleggende kontradiktoriske rettigheter til forsvaret.

I EU-retten finnes det også et selvinkrimineringsvern som bygger på Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter¹⁹⁸ («Charteret») art. 47 andre ledd som tilsvarende EMK art. 6 nr. 1. Det fremgår av Charterets art. 52 tredje ledd at denne rettigheten skal gis det samme innholdet som EMK art. 6, noe som medfører at selvinkrimineringsvernet etter EMK også gjelder i EU.¹⁹⁹ Det er imidlertid ikke dette selvinkrimineringsvernet som skal behandles i dette kapitlet. Det som skal behandles her er det selvinkrimineringsvernet som er forankret i fellesskapsrettens grunnleggende rettigheter til forsvaret i EUs konkurranserett.

I det følgende vil det først redegjøres for hva som er innholdet i det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet (punkt 6.2). Deretter, i punkt 6.3, vurderes det om dette selvinkrimineringsvernet kan påberopes i møte med Konkurransetilsynet. I forarbeidene til endringer i konkurranseloven uttales det at selvinkrimineringsvernet bør praktiseres med det innholdet som følger av EU-rettens selvinkrimineringsvern uavhengig av om det er EØS-regler som håndheves eller ikke.²⁰⁰ På bakgrunn av denne uttalelsen vil det i punkt 6.4 vurderes om Konkurransetilsynet kan ha en slik lik praktisering av selvinkrimineringsvernet. Ettersom det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet har et annet rettslig grunnlag enn EMK art. 6, vil det avslutningsvis i punkt 6.5 vurderes hva som er konsekvensene av at det gjelder et eget selvinkrimineringsvern ved Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalen.

¹⁹⁸ Charter of fundamental rights of the European Union av 26. oktober 2012.

¹⁹⁹ C-481/19 DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa avsnitt 37.

²⁰⁰ Prop. 75 L (2012–2013) s. 81.

6.2 Innholdet i det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet

6.2.1 Innledning

Det særegne EU-rettslige selvinkrimineringsvernet er utviklet gjennom praksis fra EU-domstolen vedrørende Kommisjonens håndhevelse av art. 101 og 102 TFEU.²⁰¹ Art. 101 og 102 TFEU korresponderer med art. 53 og 54 i EØS-avtalen. De prosessuelle reglene for Kommisjonens håndhevelse følger av Reg. 1/2003. Forordningen gir Kommisjonen adgang til å pålegge foretak å avgi informasjon som kan tvinges gjennom ved å ilegge dem bøter for manglende etterlevelse, jf. art. 18 (3) og art. 23. Det er blant annet i denne relasjonen at det oppstår et spørsmål om vern mot tvungen selvinkriminering.

Selvinkrimineringsvernet ble for første gang oppstilt av EU-domstolen i Orkem-saken,²⁰² som kom fire år før EMDs første avgjørelse om selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6. Orkem-saken gjaldt en annullering av en avgjørelse om pålegg om å gi informasjon på det grunnlag at spørsmålene som ble stilt krenket forsvarets kontradiktoriske rettigheter og særlig «the general principle that no one may be compelled to give evidence against himself».²⁰³ Til dette svarte EU-domstolen følgende:

«Accordingly, whilst the Commission is entitled (...) to compel an undertaking to provide all necessary information concerning such facts as may be known to it and to disclose to it, if necessary, such documents relating thereto as are in its possession, even if the latter may be used to establish (...) the existence of anti-competitive conduct, it may not, by means of a decision calling for information, undermine the rights of defence of the undertaking concerned. Thus, the Commission may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove»²⁰⁴

I etterkant av Orkem-saken har det kommet flere avgjørelser fra EU-domstolen som bekrefter dette standpunktet. Kjernen fra Orkem-saken kommer nå også til uttrykk i punkt 23 i fortalen til Reg. 1/2003.

²⁰¹ The Treaty on the Functioning of the European Union.

²⁰² Case 374/87 Orkem v Commission.

²⁰³ Case 374/87 Orkem v Commission avsnitt 18.

²⁰⁴ Case 374/87 Orkem v Commission avsnitt 34–35.

6.2.2 Når inntre det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet?

Det følger av Reg. 1/2003 art. 18 at Kommisjonen kan «require undertakings and associations of undertakings to provide all necessary information». Dette kan Kommisjonen gjøre «[i]n order to carry out the duties assigned to it by this Regulation», jf. art. 18. Kommisjonens oppgaver i henhold til forordningen er å etterforske brudd på art. 101 og art. 102 TFEU, jf. art. 4, og informasjonspålegg kan dermed rettes til alle foretak og sammenslutninger av foretak som besitter informasjon som Kommisjonen anser nødvendig for å etterforske mulige brudd på konkurransereglene. Kommisjonen kan gjøre dette på to måter: ved en «simple request for information» («simple RFI») etter art. 18 (2) eller ved en «decision requesting information» («RFI») etter art. 18 (3).

Kommisjonen kan ikke bøtelegge foretak for manglende etterlevelse av en «simple RFI». Ved en «simple RFI» etter art. 18 (2) utløses ikke det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet ettersom foretak i slike tilfeller ikke tvinges til å avgi informasjon.²⁰⁵ Ved en «RFI» er foretak pliktige til å imøtekomme Kommisjonens informasjonspålegg. Dersom foretaket ikke imøtekommer pålegget eller besvarer det med feilaktig eller misvisende informasjon, følger det av art. 23 (1) (b) i forordningen at Kommisjonen kan bøtelegge foretaket med inntil 1 prosent av foretakets årlige omsetning. Det er med hensyn til en «RFI» etter art. 18 (3) at det blir et spørsmål om selvinkrimineringsvern ettersom det bare er ved slike informasjonspålegg at foretak blir tvunget til å avgi informasjon.

I relasjon til Konkurransetilsynet vil selvinkrimineringsvernet etter EU-retten inntre når selskapet blir tvunget til å avgi informasjon. Konkurranseloven § 24 oppstiller ikke et lignende skille mellom frivillige og tvungne informasjonspålegg lik det som finnes i Reg. 1/2003 art. 18. Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet vil dermed utløses for ethvert informasjonspålegg etter konkurranseloven § 24.

6.2.3 Hvem kan påberope seg vernet?

Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet er blitt gitt til foretak ettersom Kommisjonen kun kan rette en «RFI» til foretak og ikke fysiske personer, jf. Reg. 1/2003 art. 18 (3). Dette er til forskjell fra Konkurransetilsynets adgang til å pålegge «enhver» opplysningsplikt etter konkurranseloven § 24. Spørsmålet om hvem hos foretaket som kan påberope seg det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet, altså vernets personelle utstrekning, er derfor ikke et rele-

²⁰⁵ Case C-407/04 P *Dalmine SpA v Commission* avsnitt 33–36, Joined cases T-305/94 etc. *Limburgse Vinyl Maatschappij NV etc. v Commission* avsnitt 455–457.

vant spørsmål i relasjon til informasjonsplikten i art. 18 (3) ettersom pålegget bare kan rettes til foretaket som sådan og ikke fysiske personer.

Spørsmålet om hvem som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet kan imidlertid komme på spissen ved Kommisjonens bevissikring i form av «dawn raids» etter art. 20 (2) (b) og art. 20 (2) (e) i forordningen. I slike tilfeller vil ansatte og foretakets representanter kunne bli avhørt av Kommisjonen på stedet, hvilket igjen reiser et spørsmål om hvem av dem som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. Det har i teorien blitt tatt til orde for at det i slike tilfeller bare vil være foretakets lovlige representanter som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet.²⁰⁶ Begrunnelsen for dette er at uttalelser fra ansatte i forbindelse med en «dawn raid» kan korrigeres av foretaket i etterkant, mens uttalelser fra foretakets lovlige representanter ikke kan korrigeres.²⁰⁷ Det vil dermed bare være foretakets lovlige representanter som bør gis et selvinkrimineringsvern for å sikre foretakets rettigheter.

Hvem hos selskapet som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av selskapet i møtet med Konkurransetilsynet etter det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet må dermed kunne sies å være det samme som følger av EMK, nemlig at det bare kan påberopes av selskapets lovlige representanter.²⁰⁸

6.2.4 Den materielle beskyttelsen

Praksis fra EU-domstolen etter Orkem-saken synliggjør at det selvinkrimineringsvernet som springer ut av forsvarets rettigheter ikke er en absolutt rett til taushet. EU-domstolen har fremholdt at:

«[A]n undertaking in receipt of a request for information (...) can be recognised as having a right to silence only to the extent that it would be compelled to provide answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove.»²⁰⁹

²⁰⁶ Ink (2015) s. 135.

²⁰⁷ Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty Art. 4 nr. 3.

²⁰⁸ Se punkt 4.4.2.

²⁰⁹ Case T-112/98 Mannesmannröhren-Werke AG v Commission avsnitt 67.

Foretaks rett til taushet gjelder således bare i de tilfeller hvor svaret på et spørsmål vil innebære en innrømmelse av overtredelsen. Selvinkrimineringsvernet i EU-retten kan dermed ses på som en begrensning på hvilke spørsmål Kommisjonen kan stille foretak.²¹⁰

Senere praksis fra EU-domstolen synliggjør at de spørsmål fra Kommisjonen som er vernet av selvinkrimineringsvernet er de hvis svar i realiteten vil utgjøre en tilståelse av brudd på konkurransereglene. EU-domstolen har lagt til grunn at:

«The protection of that right [selvinkrimineringsvernet] means that, in the event of a dispute as to the scope of a question, it must be determined whether an answer from the undertaking to which the question is addressed is in fact equivalent to the admission of an infringement, such as to undermine the rights of the defence.»²¹¹

Domstolen har gitt uttrykk for at ved avgjørelsen om et spørsmål kan medføre en slik tilståelse må man se hen til spørsmålets karakter og innhold, og ikke hvilke andre bevis Kommisjonen eventuelt besitter.²¹² Denne objektive vurderingen har imidlertid ikke blitt gjentatt i senere praksis fra EU-domstolen, og domstolen ser ut til også å vektlegge hvilken annen informasjon Kommisjonen besitter og Kommisjonens forutgående mistanke om overtredelse.²¹³

Ifølge fortalen til Reg. 1/2003 er Kommisjonen berettiget til å stille spørsmål av faktisk karakter og slike spørsmål faller utenfor selvinkrimineringsvernet ettersom svar på slike spørsmål ikke kan anses som en tilståelse av en overtredelse.²¹⁴ Hvilke spørsmål som er av faktisk karakter er ikke alltid opplagt. Rettspraksis synes å antyde at spørsmål som innebærer en verdifulg vurdering, en subjektiv forståelse eller kvalifisering, ikke skal betraktes som rent faktiske spørsmål.²¹⁵ Generaladvokat Wahl hevder imidlertid at også svaret på faktiske spørsmål vil kunne innebære en innrømmelse av overtredelsen og dermed være vernet av selvinkrimineringsvernet.²¹⁶ Det gjenstår å se hvorvidt dette vinner fotfeste hos EU-domstolen.²¹⁷

Kommisjonen er berettiget til å kreve «all necessary information» etter Art. 18 (3), noe som også innebærer en utleveringsplikt for foretakene lik den som finnes i konkurranseloven § 24

²¹⁰ Graver/Hjelmeng (2006) s. 127.

²¹¹ Joined cases C-238/99 P etc. Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) etc. v Commission avsnitt 273.

²¹² Joined cases T-305/94 etc. Limburgse Vinyl Maatschappij NV etc. v Commission avsnitt 458.

²¹³ Case T-48/02 Brouwerij Haacht NV v Commission avsnitt 107, Scordamaglia-Tousis (2020) s. 375.

²¹⁴ Fortalens punkt 23.

²¹⁵ Case T-302/11 HeidelbergCement v Commission avsnitt 126.

²¹⁶ Opinion of Advocate General Wahl on Case C-247/14 P HeidelbergCement AG v European Commission avsnitt 149–168.

²¹⁷ Scordamaglia-Tousis (2020) s. 375.

andre ledd.²¹⁸ I SGL Carbon AG-saken fremholder EU-domstolen at selvinkrimineringsvernet ikke fritar foretak fra å utlevere dokumenter som de er i besittelse av, selv om disse dokumentene kan brukes for å konstatere brudd på konkurransereglene.²¹⁹ EU-domstolen tydeliggjør i denne avgjørelsen at selvinkrimineringsvernet bare kommer til anvendelse når Kommisjonen krever svar på spørsmål fra foretak under etterforskningen. Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet legger dermed ingen begrensning på utleveringsplikten. Dette er til forskjell fra det EMK-rettslige selvinkrimineringsvernet som i visse tilfeller også begrenser en utleveringsplikt.²²⁰

I relasjon til Konkurransetilsynet vil det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet bare gi selskap en rett til å nekte å svare på spørsmål dersom svaret vil innebære en tilståelse av overtredelsen. Hvorvidt et spørsmål er av en slik art beror på en konkret vurdering. Selskapet er under enhver omstendighet pliktig til å utlevere dokumenter og andre informasjonsbærere og må også svare på det som må anses som faktiske spørsmål.

6.3 Kan det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet påberopes overfor Konkurransetilsynet?

Som nevnt i kapittel 1, må myndighetene i EUs medlemsstater ved håndhevelsen av EU-rettens regler respektere de grunnleggende EU-rettslige prinsippene. For den nasjonale håndhevelse av art. 101 og 102 TFEU i EUs medlemsstater kommer dette eksplisitt til uttrykk i Direktiv 2019/1 (ECN+-direktivet). Direktivet har til formål å styrke de nasjonale konkurransemyndighetene, effektivisere håndhevelsen og sikre funksjonen til det indre markedet.²²¹

Det følger av art. 3 at «[p]roceedings concerning infringements of Article 101 or 102 TFEU (...) shall comply with general principles of Union law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union.» Videre følger det av direktivets art. 8 at medlemsstatene må gi nasjonale konkurransemyndigheter adgang til å pålegge informasjonsplikt til myndighetene. Det fremgår av punkt 35 i fortalet til direktivet at:

«Such requests should not compel an undertaking or association of undertakings to admit that it has committed an infringement, which is incumbent upon the NCAs to prove. This should be without prejudice to the obligations of undertakings or associations of undertakings to answer factual questions and to provide documents.»

²¹⁸ Scordamaglia-Tousis (2020) s. 373.

²¹⁹ Case C-301/04 P Commission of the European Communities v SGL Carbon AG avsnitt 44.

²²⁰ Se punkt 4.5.2.

²²¹ Arsendiou (2020) s. 710. Direktivets EØS-relevans er ikke avklart, jf. Europalov (2020).

Fortalen gir uttrykk for at det selvinkrimineringsvernet som er redegjort for under punkt 6.2 må respekteres ved EU-medlemsstatenes nasjonale håndhevelse av art. 101 og 102 TFEU. Dette var imidlertid antatt forut for vedtakelsen av ECN+-direktivet. For eksempel uttalte Generaladvokaten i 2013 at «the privilege against self-incrimination is long established in EU law, and it is directly opposable to national competition authorities that are implementing EU rules.»²²²

Ved nasjonal håndhevelse av EØS-avtalens art. 53 og 54 må myndighetene, herunder Konkurransetilsynet, respektere de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene.²²³ Dette følger av EØS-konkurranseloven § 6 som sier at håndhevelsen må skje «med de begrensninger som følger av EØS-avtalen». Departementet presiserer i forarbeidene at Konkurransetilsynets kompetanse til å håndheve EØS-avtalen må skje «med de begrensninger som følger av foretakenes kontradiktoriske rettigheter, slik de er utviklet i fellesskapsretten».²²⁴ Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet er som nevnt en utvikling av forsvarets kontradiktoriske rettigheter, noe som taler for at det kan påberopes i møtet med Konkurransetilsynet.

Det diskuteres også i forarbeidene til konkurranseloven hvorvidt selvinkrimineringsvernet, uavhengig av hvilke regler som håndheves, skal praktiseres etter mønster fra EU-domstolens praksis om selvinkrimineringsvernet.²²⁵ Diskusjonen knytter seg ikke til hvorvidt dette vernet overhodet må respekteres, men om vernet etter EMK art. 6 skal praktiseres på samme måte for å unngå ulikheter ved håndhevelsen. Uttalelsene må kunne forstås dithen at EU-rettens selvinkrimineringsvern gjelder i de tilfeller hvor Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen art. 53 og 54.

I samme retning trekker det at selvinkrimineringsvernet i EU-retten er et ulovfestet forvaltningsprinsipp som er utviklet av EU-domstolen. Det må antas at de samme ulovfestede forvaltningsprinsippene også gjelder ved den nasjonale håndhevelsen av EØS-avtalens regler.²²⁶ At det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet må respekteres ved Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalen art. 53 og 5, er også lagt til grunn i juridisk teori.²²⁷

²²² Opinion of Advocate General Jääskinen on Case C-536/11 Bundeswettbewerbbehörde v Donau Chemie AG and Others avsnitt 55.

²²³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 146–147.

²²⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 146.

²²⁵ Prop. 75 L (2012–2013) s. 81, NOU 2012: 7 s. 86–88.

²²⁶ Sejersted (2004) s. 102.

²²⁷ Wallevik/Teigum (2009) s. 697.

Dette medfører at det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet som har sitt grunnlag i de grunnleggende fellesskapsrettslige rettighetene til forsvaret også kan påberopes overfor Konkurransetilsynet ved deres håndhevelse av EØS-avtalens art. 53 og 54.

6.4 Lik praktisering av selvinkrimineringsvernet?

I forarbeidene til endringer i konkurranseloven hevder utvalget med tilslutning fra departementet at praktiseringen av selvinkrimineringsvernet i møtet med Konkurransetilsynet bør tilsvare det som følger av EU-retten, uavhengig av om det er EØS-reglene som håndheves eller ikke.²²⁸ Begrunnelsen for dette er at selvinkrimineringsvernet i EU-retten fremstår som en praktikabel avveining mellom hensynet til foretakene og hensynet til etterforskningens effektivitet.²²⁹ Standpunktet begrunnes også med at det vil være hensiktsmessig at de samme reglene gjelder ved håndhevelsen av konkurranseloven som ved håndhevelsen av EØS-avtalen.²³⁰ Den tredje begrunnelsen er at parallelle regler vil forenkle vurderingene som må foretas i forbindelse med samarbeid og informasjonsutveksling.²³¹

For at et slik praktisering skal være holdbart må selvinkrimineringsvernet som følger av EU-retten tilfredsstille det selvinkrimineringsvernet som følger av EMK art. 6. Spørsmålet under dette punktet er dermed om det selvinkrimineringsvernet som følger av EU-retten er i samsvar med det som følger av EMK.

Konkurranselovutvalget tar til orde for at EU-rettens selvinkrimineringsvern er i samsvar med EMK. Utvalget begrunner dette med at selvinkrimineringsvernet i EU-retten bygger på en avveining av tilsvarende verdier som de som finnes i EMK og at EU-domstolen selv har vurdert Orkem-prinsippene som innenfor EMK.²³² Utvalget viser også til en avgjørelse fra lagmannsretten hvor domstolen uttaler at det har formodningen mot seg at det foreligger motstrid mellom den europeiske konkurranseretten og EMK.²³³

Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet vil aldri gi selskap rett til å nekte å utlevere dokumenter. En slik rett vil i visse tilfeller kunne påberopes etter EMK dersom det krever aktiv medvirkning fra foretaket og er utformet lite spesifikt.²³⁴ En praktisering av selvinkrimine-

²²⁸ NOU 2012: 7 s. 88, Prop. 75 L (2012–2013) s. 81.

²²⁹ NOU 2012: 7 s. 86.

²³⁰ NOU 2012: 7 s. 86.

²³¹ NOU 2012: 7 s. 86.

²³² NOU 2012: 7 s. 86.

²³³ NOU 2012: 7 s. 86.

²³⁴ Se punkt 4.5.2 og 5.2.

ringsvernet etter EMK lik den som følger av det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet vil dermed gi foretak et dårligere vern enn det EMD har tilkjent siktede i saker om utleveringspålegg. Dette taler for at en praktisering av selvinkrimineringsvernet etter EMK lik den som følger av EU-retten vil kunne være problematisk.

Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet kan bare påberopes ved spørsmål hvis svar vil være en innrømmelse av overtredelsen og ikke ved faktiske spørsmål fra Konkurransetilsynet. At selskaper er pliktige å svare på faktiske spørsmål, vil ikke alltid være i overensstemmelse med det selvinkrimineringsvernet som følger av EMK art. 6. EMD har som nevnt lagt til grunn at både direkte og indirekte inkriminerende informasjon er vernet av selvinkrimineringsvernet.²³⁵ Dette vil kunne være tilfellet for de faktiske spørsmålene dersom svaret kan brukes på inkriminerende måte. En lik praktisering av selvinkrimineringsvernet etter henholdsvis EMK og EU-retten vil derfor kunne være vanskelig.

Det kan imidlertid argumenteres for at allmennhetens interesse i etterforskningen og sanksjoneringen av lovbruddet, slik disse momentene er forstått av EMD, vil kunne føre til at selvinkrimineringsvernet ikke står like sterkt på konkurranserettens område.²³⁶ Dette igjen kan tilsi at selvinkrimineringsvernet etter EMK ikke begrenser foretaks plikt til å svare på faktiske spørsmål og bare kan påberopes i møtet med spørsmål dersom svaret vil innebære en innrømmelse av overtredelsen. Som nevnt i punkt 5.4 er vektleggingen av dette momentet kontroversielt og EMD har vært tilbakeholdne med å trekke dette momentet for langt.

6.5 Konsekvensene av at det gjelder et eget selvinkrimineringsvern ved håndhevelsen av EØS-avtalen art. 53 og 54

Ved Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalens art. 53 og 54 vil selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 slik det er redegjort for i kap. 4 og 5 kunne påberopes. Bakgrunnen for dette er at håndhevelsen av art. 53 og 54 også kan være en «determination» av en «criminal charge» i EMK-rettslig forstand. Dette punktet skal imidlertid dreie seg om konsekvensene av at det gjelder et eget selvinkrimineringsvern med et eget rettslige grunnlag ved håndhevelsen av EØS-avtalen art. 53 og 54.

Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet har som vist et snevrere virkeområde enn EMK art. 6. For at dette selvinkrimineringsvernet skal få konsekvenser og sette selvstendige skranker

²³⁵ Se punkt 4.5.1.

²³⁶ Se punkt 5.4, Ink (2015) s. 139–140.

for Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting må derfor enkelte forutsetninger være oppfylt.

EU-rettens selvinkrimineringsvern kan for det første få selvstendig betydning dersom EMD kommer til at selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 ikke gjelder for juridiske personer. Dette vil medføre at avgjørelsen i Rt. 2011 s. 800 vanskelig kan opprettholdes, og foretak vil ikke kunne påberope EMK art. 6 som rettslig grunnlag for vern mot selvinkriminering i møte med Konkurransetilsynet. Det er ikke en utenkelig forutsetning ettersom EMD ikke uttrykkelig har tatt stilling til spørsmålet. Straffeprosesslovutvalget tar også til orde for at det er slik selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 må forstås, nemlig at det ikke kan påberopes av foretak.²³⁷

Det EU-rettslige selvinkrimineringsvernet kan for det andre også få selvstendig betydning dersom straffeprosesslovutvalgets forslag til ny bestemmelse om selvinkriminering i straffeprosessloven trer i kraft.²³⁸ Som nevnt er forslaget å innta en bestemmelse i straffeprosessloven som uttrykkelig unntar juridiske personer fra det straffeprosessuelle selvinkrimineringsvernet.²³⁹ Dersom juridiske personer ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 i straffeprosessen, vil de vanskelig kunne påberope seg dette overfor Konkurransetilsynet. Vedtaket av en ny bestemmelse i straffeprosessloven medfører imidlertid ikke at Konkurransetilsynet ikke må overholde de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene ved deres håndhevelse av EØS-avtalens regler.

Dersom en av forutsetningene slår til, vil situasjonen være at foretak har et visst vern mot selvinkriminering i situasjoner hvor Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen art. 53 og 54, men ikke hvor tilsynet utelukkende håndhever konkurranselovens regler. Ulikheter ved håndhevingen av henholdsvis norske konkurranseregler og EØS-konkurranseregler er imidlertid ikke særegent for selvinkrimineringsvernet. Et eksempel på en lignende ulikhet finnes ved det såkalte advokatprivilegiet. Ved etterforskning og håndhevelse av EØS-avtalen art. 53 kan korrespondanse mellom internadvokater og klient tas beslag i og brukes som bevis.²⁴⁰ Etter norske konkurranseregler er korrespondansen mellom internadvokater og dens klient unndratt bevissikring og bevisføring.²⁴¹

²³⁷ NOU 2016: 24 s. 211.

²³⁸ Se punkt 4.3.

²³⁹ NOU 2016: 24 s. 29 § 3-2.

²⁴⁰ Rt. 2000 s. 2167.

²⁴¹ Case 155/79 AM & S Europe Limited v Commission avsnitt 21–22.

Det kan imidlertid spørres hvordan denne ulikheten ved håndhevelsen av henholdsvis EØS-regler og konkurranselovens regler skal kunne overholdes av Konkurransetilsynet. Brudd på EØS-avtalens art. 53 og 54 er betinget av at den konkurransestridige atferden «kan påvirke handelen mellom avtalepartene» i EØS. Konkurransetilsynet vil ikke nødvendigvis ha kunnskap om hvorvidt det foreligger en effekt på samhandelen ved de innledende fasene av etterforskningen. Det vil dermed være vanskelig å vite hvilke foretak som skal tilkjennes et vern mot selvinkriminering og ikke.

7 Avsluttende bemerkninger

Denne oppgaven har vist at selskap i visse tilfeller kan påberope seg et vern mot selvinkriminering både etter EMK art. 6 og etter EU/EØS-retten, sistnevnte bare i tilfeller hvor Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen. Hvorvidt selvinkrimineringsvernet gir dem en rett til å nekte å avgi informasjon, enten i form av forklaring eller utlevering av informasjon, beror i stor grad på de konkrete omstendighetene i saken.

Avslutningsvis kan det være verdt å nevne hva som er konsekvensene av å velge å påberope seg selvinkrimineringsvernet når Konkurransetilsynet etterspør informasjon som selskapet vet vil synliggjøre konkurransestridig atferd. Dersom selskapet til tross for selvinkrimineringsvernet velger å avgi informasjonen vil dette kunne være en formildende omstendighet ved utmålingen av overtredelsesgebyrets størrelse, jf. utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd bokstav d. Foretaket kan også på visse vilkår få lempet hele eller deler av overtredelsesgebyret dersom foretaket velger å avgi den inkriminerende informasjonen til Konkurransetilsynet, jf. konkurranseloven §§ 30 og 31.

På den andre siden, dersom selskapet velger å påberope seg selvinkrimineringsvernet vil det være en risiko for at andre aktører i markedet, for eksempel eventuelle samarbeidspartnere, besitter den samme inkriminerende informasjonen og velger å avgi denne til Konkurransetilsynet. Det selskapet som avgir informasjonen vil da kunne søke om lemping for sitt samarbeid med Konkurransetilsynet. Tilsynet kan også få tak i informasjonen, dersom den eksisterer fysisk, ved å foreta bevissikring i medhold av konkurranseloven § 25. I disse tilfellene vil selskapet heller ikke kunne påberope seg den formildende omstendigheten i utmålingsforskriften og vil kunne miste muligheten til å søke om lemping etter konkurranseloven §§ 30 og 31. Spørsmålet som selskap må overveie i møtet med et informasjonspålegg som krever inkriminerende informasjon er dermed hvilken økonomisk risiko selskapet er villig til å ta.

Kildeliste

Norske lover og forskrifter

- | | |
|------|--|
| 1814 | Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven). |
| 1967 | Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). |
| 1981 | Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven). |
| 1992 | Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). |
| 1999 | Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). |
| 2004 | Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranse-regler mv. (EØS-konkurranseloven). |
| 2004 | Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks-sammenslutninger (konkurranseloven). |
| 2005 | Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven). |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). |
| 2013 | Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesge- |

byr (utmålingsforskriften).

2013

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

Norske forarbeider og andre offentlige dokumenter

Dok. nr. 16 (2011–2012)

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

NOU 2003: 12

Ny konkurranselov.

NOU 2003: 15

Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

NOU 2012: 7

Mer effektiv konkurranselov.

NOU 2016: 24

Ny straffeprosesslov.

Ot.prp. nr. 3 (1976–1977)

Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.).

Ot.prp. nr. 27 (1990–1991)

Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak).

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004)

A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll med EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Prop. 75 L (2012–2013)

Endringer i konkurranseloven.

Prop. 62 L (2015–2016)

Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

Innst. 186 S (2013–2014)

Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christiansen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unnatak av romertall X og romertall XXIV.

Traktater

Charteret

Charter of Fundamental Rights of the European Union, Nice 7. desember 2000.

EMK

Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 4. november 1950.

EØS

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992.

SP

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller, New York 16. desember 1966.

TFEU

Treaty on the Functioning of the European Union, Roma 25. mars 1957. Konsolidert utgave av 7. juni 2016.

VCLT

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23 May 1969.

EU-regelverk

Forordning 1/2003

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

Forordning 772/2004

Commission Regulation (EU) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

Direktiv 2019/1 (EU)

Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market.

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1990 s. 1008.

Rt. 2000 s. 996.

Rt. 2000 s. 2167.

Rt. 2003 s. 1266.

Rt. 2005 s. 833.

Rt. 2011 s. 487.

Rt. 2011 s. 800.

Rt. 2011 s. 910.

Rt. 2012 s. 1556.

Rt. 2014 s. 620.

Rt. 2014 s. 1292.

HR-2016-1459-A.

HR-2020-1790-U.

Avgjørelser fra EMD

Aleksandr Zaichenko v. Russia

Case of Aleksandr Zaichenko v. Russia, no. 39660/02, 18. februar 2010.

Allan v. the United Kingdom

Case of Allan v. the United Kingdom, no. 48539/99, 5. november 2002.

Artico v. Italy

Case of Artico v. Italy, no. 6694/74, 13. mai 1980.

Deweere v. Belgium

Case of Deweer v. Belgium, no. 6903/75, 27. februar 1980.

Eckle v. Germany

Case of Eckle v. Germany, no. 8130/78, 15. juli 1982.

Engel and others v. the Netherlands

Case of Engel and others v. the Netherlands, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72, 5370/72, 8. juni 1976.

Ezeh and Connors v. the United Kingdom

Case of Ezeh and Connors v. the United Kingdom, no. 39665/98 and 40086/98, 9. oktober 2003.

Fortum Oil and Gaz Oy v. Finland	<i>Fourth section decision as to the admissibility of application no. 32559/96, 12. november 2002</i>
Funke v. France	<i>Case of Funke v. France, no. 10828/84, 25. februar 1993.</i>
Heaney and McGuinness v. Ireland	<i>Case of Heaney and McGuinness v. Ireland, no. 34720/97, 21. desember 2000.</i>
J.B. v. Switzerland	<i>Case of J.B. v. Switzerland, no. 31827/96, 3. mai 2001.</i>
Jalloh v. Germany	<i>Case of Jalloh v. Germany, no. 54810/00, 11. juli 2006.</i>
Janosevic v. Sweden	<i>Case of Janosevic v. Sweden, no. 34619/97, 23. juli 2002.</i>
Lückhof and Spanner v. Austria	<i>Case of Lückhof and Spanner v. Austria, no. 58452/00 and 61920/00. 10. januar 2008.</i>
Neumeister v. Austria	<i>Case of Neumeister v. Austria, no. 1936/63, 27. juni 1968.</i>
O'Halloran and Francis v. the United Kingdom	<i>Case of O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, no. 15809/02 and 25624/02, 29. juni 2007.</i>
Saunders v. United Kingdom	<i>Case of Saunders v. United Kingdom, no. 19187/91, 17. desember 1996.</i>
Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden	<i>Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden, no. 36985/97, 23. juli 2002.</i>

Weh v. Austria

Case of Weh v. Austria, no. 38544/97, 8. april 2004.

Avgjørelser fra EU-domstolen og forslag til avgjørelser fra Generaladvokaten

Case 155/79 AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities ECLI:EU:C:1982:157.

Case 374/87 Orkem v Commission of the European Communities ECLI:EU:C:1989:387.

Case C-41/90 Höfner and Elser v Macrotron GmbH ECLI:EU:C:1991:161.

Joined cases T-305/94 etc. Limburgse Vinyl Maatschappij NV etc. v Commission of the European Communities ECLI:EU:T:1999:80.

Case T-112/98 Mannesmannröhren-Werke AG v Commission of the European Communities ECLI:EU:T:2001:61.

Joined cases C-238/99 P etc. Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) etc. v. Commission of the European Communities ECLI:EU:C:2002:582.

Case T-48/02 Brouwerij Haacht NV v Commission of the European Communities ECLI:EU:T:2005:436.

Case C-301/04 P Commission of the European Communities v SGL Carbon AG ECLI:EU:C:2006:432.

Case C-407/04 P Dalmine SpA v Commission of the European Communities ECLI:EU:C:2007:53.

Opinion of Advocate General Jääskinen on Case C-536/11 Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG and Others ECLI:EU:C:2013:67.

Case T-302/11 HeidelbergCement v
Commission ECLI:EU:T:2014:128.

Opinion of Advocate General Wahl on
Case C-247/14 P HeidelbergCement AG v
European Commission ECLI:EU:C:2015:694.

Case C-481/19 DB v Commissione Nazionale
per le Società e la Borsa ECLI:EU:C:2021:84.

Litteratur

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3.utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2011.

Arsendiou, Elisavet mfl. «Cooperation Within the ECN and Strengthening of National Competition Authorities.» I *EU Antitrust Procedure*. Ekaterina Rousseva red., New York: Oxford University Press, 2020, s. 689–741.

Ashworth, Andrew. «Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?» *Cardozo Law Review* vol. 30, nr. 3 (2008–2009) s. 751–774. [Lest i Heinonline.org].

Elgesem, Frode og Henning Rosenlund Wahlen. «Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen» *Tidsskrift for forretningsjus* årg. 16, nr. 2–3 (2010) s. 59–75. [Lest i Idunn.no].

Elgesem, Frode. «Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode» *Lov og Rett* årg. 42, nr. 4–5 (2003) s. 203–230. [Lest i Idunn.no].

Europalov. «Styrking av nasjonale myndigheters rolle i håndheving av konkurranseregelverket for det indre marked.» (2020) <https://www.europalov.no/rettsakt/styrking-av-nasjonale-myndigheters-rolle-i-handheving-av-konkurranseregelverket-for-det-indre-marked/id-9954> hentet 12.05.2021.

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet. «Høring – utkast til forskrift om opplysningsplikt og bevissikring.» (2013) <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-utkast-forskrift-opplysningsplikt/id732433/?expand=horingsbrev> hentet 12.05.2021.

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

Harris, David mfl. *Law of the European Convention on Human Rights*, 4.utg., Oxford: Oxford University Press, 2018.

Ink, Marc Veenbrink. «The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?» *Legal Issues of Economic Integration* vol. 42, nr. 2 (2015) s. 119–142. [Lest i Heinonline.org].

Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3.utg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

Konkurransetilsynet. «Varsler 502 millioner i gebyrer til fem aktører i bokmarkedet.» (2020) <https://konkurransetilsynet.no/varsler-502-millioner-i-gebyrer-til-fem-aktorer-i-bokmarkedet/> hentet 12.05.2021.

Magnussen, Mads og Øyvind Andersen. «Del B. EØS-konkurranseloven 2004 med kommentarer.» I *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Harald Evensen og Eivind Sæveraas red., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2009, s. 785–910.

Michalsen, Ole-Kristian. «Rapporteringsplikten og selvinkrimineringsvernet.» I *Hvitvasking*. Alf Petter Høgberg og Ulf Stridbeck red., Oslo: Universitetsforlaget, 2008, s. 123–151.

Roscher, Elisabeth. «Sanksjoner.» I *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Harald Evensen og Eivind Sæveraas red., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2009, s. 745–778.

Rui, Jon Petter. «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* årg. 122, nr. 1 (2009) s. 47–68. [Lest i Idunn.no].

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 5.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Ryssdal, Anders. «Konkurransesprosessen» *Jussens Venner* årg. 38, nr. 3 (2003) s. 169–200. [Lest i Idunn.no].

Scordamaglia-Tousis, Andreas. «An Overview of the Rights of Defence in EU Antitrust Proceedings.» I *EU Antitrust Procedure*. Ekaterina Rouseva red., New York: Oxford University Press, 2020, s. 337–410.

Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*, 2.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Skjevestad, Henrik. «Kan bli norgeshistoriens største gruppesøksmål.» *Advokatbladet*, 29.april 2021. <https://www.advokatbladet.no/therium/kan-bli-norgeshistoriens-storste-gruppesoksmal/162563> hentet 12.05.2021.

Skoghøy, Jens Edvin A. «Forvaltnings sanksjoner, EMK og Grunnloven» *Jussens Venner* årg. 49, nr. 5 (2014) s. 297–339. [Lest i Idunn.no]

Store norske leksikon. «Juridisk person.» (15. april 2020) https://snl.no/juridisk_person hentet 14.05.2021.

Store norske leksikon. «Selskap – jus.» (15. mars 2019) https://snl.no/selskap_-_jus hentet 12.05.2021.

Stub, Maris. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Teigum, Siri og Eivind Vesterkjær. «Effektivitet eller rettssikkerhet? Håndheving av konkurranse-loven 2004» *Tidsskrift for forretningsjus* årg. 10, nr. 2 (2004) s. 249–277. [Lest i Idunn.no].

Wallevik, Karl O. og Siri Teigum. «Saksbehandling ved undersøkelser og kontroll.» I *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Harald Evensen og Eivind Sæveraas red., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2009, s. 680–744.

Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2010.