

Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt?

Erling Hjelmeng og Jørn Jacobsen

Prosjektet har mottatt midler fra det alminnelige prisreguleringsfondet.



SKYLDKRAVET I KONKURRANSERETTEN – MOT ET OBJEKTIVT ANSVAR FOR SYSTEMSVIKT?¹

Erling Hjelmeng, UiO/NHH og Jørn Jacobsen, UiB²

Innhold

1. Innledning og formål	2
2. Skyldkravet i norsk strafferett og forvaltningsrett allment	4
2.1 <i>Utgangspunkt</i>	4
2.2 <i>Strafferetten og skyldkrav i foretakssaker</i>	4
2.2.1 <i>Utgangspunkt: Strafferetten og fremveksten av foretaksstraffen</i>	4
2.2.2 <i>Gjelder det et skyldkrav knyttet til foretaket som straffesubjekt?</i>	6
2.2.3 <i>Krav om utvist forsett eller uaktsomhet av den som handler på vegne av foretaket?</i>	7
2.3 <i>Skyldkravet ved administrative sanksjoner</i>	9
3. Det konkurranserettslige skyldkravet ved bøter og overtredelsesgebyr	13
3.1 <i>Skylden knyttes til foretaket</i>	13
3.2 <i>Formulering av skyldformene</i>	16
3.3 <i>Skyld og utmåling av bot og overtredelsesgebyr</i>	24
4. Skyldkravet og de materielle konkurransenormene	25
4.1 <i>Innledning</i>	25
4.2 <i>Misbruksforbudet</i>	26
4.3 <i>Samarbeidsforbudet</i>	29
5. Skyldkravet og erstatningsansvar for konkurranseovertrødelser	32
6. Mot et objektivt ansvar for systemsvikt?	34

Artikkelen analyserer skyldkravet i konkurranseretten med bakgrunn i strafferetten og forvaltningsretten. Fremstillingen viser at skyldkravet etter konkurranseloven står i en spenning mellom formuleringen av skyld i EU- og EØS-konkurranseretten på den ene siden og norsk strafferettslig og forvaltningsrettslig tradisjon på den andre. En hovedforskjell består i at EU-domstolen har knyttet skyldvurderingen direkte opp til juridiske personer, mens den på nasjonalt nivå har vært knyttet til fysiske personer som handler på vegne av en juridisk person. Foretaksansvaret etter norsk rett har likevel blitt objektivisert, og artikkelen setter både nasjonal rett og EU-konkurranseretten inn i en kontekst preget av utvikling mot en egen form for foretaksskyld eller et systemansvar. Artikkelen påviser videre at det i konkurranseretten er en nær sammenheng mellom skyld og subjektive elementer i de konkurranserettslige normene. Videre påvises det at EU-

¹ Siden én av forfatterne er redaktør i tidsskriftet, har denne artikkelen blitt vurdert av en ekstern setterredaktør, advokat dr. juris Are Stenvik.

² Vi vil takke prof. Tina Søreide, NHH, for diskusjoner og innspill, samt tidsskriftets anonyme fagfeller. Artikkelen er del av forskningsprosjektet "Skyldkravet i konkurranseretten og alternative håndhevelsesformer", som er finansiert av Det alminnelige prisreguleringsfond.

domstolen ikke har vært konsekvent i sin formulering av skyldkrav og skyldgrader, og det fremlegges noen mulige forklaringer på dette.

*This article analyses the requirement of fault in EU and Norwegian Competition Law, on the background of criminal law and the *la won* administrative sanctions. We demonstrate that there is a tension between the criminal law tradition (adopted by administrative law) and the approach taken by the Court of Justice of the European Union. It is argued that the EU-law approach forms part of a development towards a genuine concept of fault attributable to undertakings, in the sense of a strict liability for system failure. As well, we demonstrate that the concept of fault is heavily integrated in the substantive norms of EU Competition law, but also a lack of consistency in the formulation of the concept of fault in the case-law of the CJEU.*

Nøkkelord: skyldkrav, foretaksstraff, administrative sanksjoner, konkurranserett, konkurransebegrensning

1. Innledning og formål

Formålet med denne artikkelen er å undersøke utviklingslinjer i konkurranserettens skyldkrav for foretak holdt opp mot andre relaterte regelverk, i første rekke strafferetten og forvaltningsretten mer allment.³ Vi vil vise at konkurranseretten i dag, til tross for forestillinger om det motsatte, representerer en egen løsning på skyldkravet som står i et problematisk spenn mellom disse regelverkene. Disse utfordringene forsterkes i sin tur blant annet av skyldkravets nærmere sammenheng med både handlenormen og reguleringen av rettsvillfarelse. Utfordringene avspeiler mer grunnleggende utfordringer knyttet til hva et skyldkrav i foretakssammenheng egentlig skal være, som må løses før regelverket nærmere kan utpensles. Artikkelen viser slik sett at norsk rett står overfor et mer grunnleggende veivalg knyttet til skyldkravet både i konkurranseretten og norske regler for foretaksansvar mer allment.

For sanksjonering av overtredelser av konkurransereglene med bot eller overtredelsesgebyr, kreves det skyld i form av forsett eller uaktsomhet. Dette gjelder både EU-/EØS-reglene og den norske konkurranseloven.⁴ Måten skyldkravet er formulert på er likevel noe ulik mellom de to regelsettene. Allerede her oppstår det spørsmål om hvordan de respektive skyldkravene skal forstås og anvendes, og videre og hvordan den

³ Vi benytter her «skyldkravet» i snever mening, og altså ikke for den videre og ofte mer dekkende meningen av skyld, som at noen kan ilegges ansvar for en handling, se videre nedenfor.

⁴ Jf. Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5. mars 2004 nr. 12 (krrl.) § 29.

EU- og EØS-rettslige formuleringen av skyld påvirker tolkningen av skyldkravet etter konkurranseloven. Samtidig avviker skyldkravet der klart fra løsningene vi finner i strafferetten, som konkurranseretten i alle fall tilsynelatende var ment å skulle bygge på. Det gjelder nå ikke bare vilkårene for å ilegge foretaksstraff etter straffeloven, men også regelen om administrative sanksjoner i forvaltningsloven, som for øvrig i sin tur også avviker fra de mer allmenne skyldforestillingene i strafferetten.⁵ Et viktig punkt i denne sammenhengen er at både EU-/EØS-reglene og delvis konkurranseloven knytter skyldkravet direkte til foretaket, i motsetning til enkeltpersoner som handler på vegne av foretaket. En slik tilnærming står som utgangspunkt i en motsetning til alminnelig strafferettslig lære, som er utviklet med tanke på fysiske personer og som også de senere reglene om foretaksstraff og overtredelsesgebyr i utgangspunktet baserer seg på.

Når konkurranserettens skyldkrav skal tenkes igjennom, er det imidlertid avgjørende å betone vilkårets nære sammenheng med de materielle konkurransenormene, det vil si forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av dominerende stilling.⁶ Begge normene retter seg mot atferd med konkurranseskadelige virkninger, og det benyttes både presumsjoner og kognitive elementer (hensikt og formål med handlingen) i denne vurderingen. Dermed blir det også på konkurranserettens område behov for å tone ned et skarpt skille mellom objektive og subjektive vilkår, og samtidig også nærmere drøfte hva foretakets skyld vil måtte dekke. Skyldkravet bør også ses i sammenheng med betydningen skyld har i utmålingen av bot/overtredelsesgebyr. Også her er det tilsynelatende en motsetning mellom EU- og EØS-retten på den ene siden og konkurranseloven på den andre. Forutsetningen etter konkurranseloven er likevel at utmålingsprinsippene skal være harmonisert med EU- og EØS-retten, noe som i sin tur kan påvirke skyldvurderingen og da særlig betydningen av å skille mellom ulike skyldformer. Også erstatningsansvaret for brudd på konkurransereglene er i utgangspunktet knyttet opp til ansattes skyld.⁷ Denne bestemmelsen dekker imidlertid også anonyme og kumulative feil, og spørsmålet er hvordan den forholder seg til skyldkravet for foretak innenfor bøte- og overtredelsesgebyrsanksjonen.

I det følgende redegjør vi først for betydningen av skyld for henholdsvis foretaksstraff og administrative sanksjoner på generelt grunnlag i norsk rett (2), som bakgrunn for å gå

⁵ Jf. Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28 (strl.) § 27 og Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967 (fv1.) § 48.

⁶ Vi konsentrerer oss om disse "hovednormene" og går ikke nærmere inn på f.eks. forbudet mot å gjennomføre foretakssammenslutninger før Konkurransetilsynet har gitt klarsignal, jf. konkurranseloven § 19.

⁷ Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) § 2-1.

se nærmere på konkurranserettens skyldkrav (3). Deretter ser vi det konkurranserettslige skyldkravet i sammenheng med de materielle konkurransenormene (4), før vi ser nærmere på forholdet til det tilsvarende skyldkravet i erstatningsretten (5). Avslutningsvis samler vi noen inntrykk fra gjennomgangen, inntrykk som danner utgangspunkt for refleksjoner over og anbefalinger for videre utvikling av foretakssanksjonene generelt og i konkurranseretten spesielt (6).

2. Skyldkravet i norsk strafferett og forvaltningsrett allment

2.1 Utgangspunkt

Historisk henger fremveksten av det konkurranserettslige foretaksansvaret i norsk rett særlig nært sammen med det strafferettslige. Strafferettslig ansvar kan i dag også rettes mot foretak, men da med særegne løsninger på skyldspørsmålet (2.2).⁸ Konkurranseretten hører for sin del hjemme i forvaltningsretten, som nå nylig har fått et eget allment sanksjonsspor gjennom vedtagelsen av kapittel IX i forvaltningsloven om «Administrative sanksjoner» (2.3). Denne reguleringen, som også har bestemmelser om sanksjoner mot foretak, har nære paralleller til det strafferettslige sanksjonssporet, men skal «avlaste» strafferetten gjennom mer effektiv sanksjonering av brudd på forvaltningsrettslig lovgivning. Til tross for koblingene til både strafferetten og forvaltningsretten mer allment, har konkurranseretten som vi etter hvert skal se, likevel særegne løsninger på skyldkravet for foretak.

2.2 Strafferetten og skyldkrav i foretakssaker

2.2.1 *Utgangspunkt: Strafferetten og fremveksten av foretaksstraffen*

Strafferetten er rettsordenens grunnleggende sanksjonsform, og arena for en lang historisk utvikling av forestillinger og sentrale begrep om skyld og ansvar.⁹ Straff har tradisjonelt vært rettet mot individet, som en særlig form for ansvarliggjøring og sanksjonering av den som bryter rettsordenens grunnleggende regler. Reaksjonen har i så måte vært tenkt som en form for bebreidelse, noe som knytter den nært opp mot mer allmenne forestillinger om når det er grunnlag for å rette klander mot noen.¹⁰ Sentralt her står gjerningspersonens *forståelse* av hva vedkommende gjør: Det er først og fremst den

⁸ Se bl.a. Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen: Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett, 2. utgave, Bergen 2019, s. 744-769.

⁹ Se videre f.eks. Jørn Jacobsen, «“Sløret forsett?” Høgsterett mellom teori og praksis i strafferetten», i Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde (red.): Lovens Speil, Høgsterett 200 år, Bergen 2015, s. 143-167.

¹⁰ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 7-9.

som handler «med viten og vilje» som kan klandres. Det gir forsettet en særlig sentral stilling i strafferetten.¹¹ Men også den som har handlet uforsvarlig kan fortjene klander, noe som gjør uaktsomhetsansvaret til et viktig alternativ i strafferetten.¹² Den sentrale stillingen til forsett og uaktsomhet som ansvarslementer avspeiler seg i at de - nå definert i strl. §§ 22 og 23 - ofte omtales som «skyldkravet», samtidig som «skyld» og «skyldig» også brukes i vid forstand om den som oppfyller vilkårene for straff.¹³ Tilsvarende forstås det i strafferetten helt sentrale *skyldprinsippet* i snever og vid mening: I snever mening som krav om utvist forsett eller uaktsomhet, i vid – og mer adekvat – mening som at straffansvar og straff skal bygge på et grunnlag for klander.¹⁴

Foretaksstraffen har historisk vokst frem som et annekst til dette individansvaret – men ikke uten motstand.¹⁵ Foretak, er det hevdet, kan ikke selv handle og pådra seg det særlige ansvaret som individer, som tenkende og fornuftige subjekter, kan.¹⁶ Straff forutsetter skyld, og da i en mening som bare individer kan pådra seg og som vilkårene om forsett og uaktsomhet er utslag av. Synspunktet, som vi også kommer tilbake til, har gitt opphav til noe ulike løsninger i de nordiske landene.¹⁷ I norsk rett fikk foretaksansvaret gradvis innpass, noe som resulterte i en generell hjemmel for foretaksstraff i strl. 1902 § 48 a og

¹¹ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 221-223.

¹² Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 260-263.

¹³ Kritisk til å bruke «skyld» i snever forstand er særlig Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 117, et utgangspunkt også for denne teksten.

¹⁴ I snever mening bl.a. Gemetchu Hika, «Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)», Tidsskrift for Rettsvitenskap 123 (2010) s. 505–547, i vid mening Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 48: «Skyldprinsippet tilsier at kun den som kunne og burde handlet annerledes, skal holdes ansvarlig og straffes, og da kun i tråd med den skyld vedkommende har utvist.»

¹⁵ Se om den historiske fremveksten av foretaksstraffen, se Knut Høivik: Foretaksstraff – En analyse av ansvarskonstruksjonen og dens historiske, rettspolitiske og moralske forutsetninger, Oslo 2012, s. 41 flg.

¹⁶ Et uttrykk for denne kritikken finnes hos Francis Hagerup, som hevdet at «[n]aar enhver forbrydelse forudsætter en menneskelig viljesytring (eller unkladelse af en saadan), er det udelukket, at andre end mennesker kan være subjekter for forbrydelsen («gjerningsmænd»). Det har kostet en lang historisk udvikling, før man er naaet til erkjendelse heraf [...] en sådan overførelse af en handlings virkninger fra den handlendes til en fremmed retssfære er udelukket i strafferetten», se Francis Hagerup: Strafferettens almindelige del, Kristiania 1911, s. 146-147. For en nyere kritikk i samme retning, se Jørn RT Jacobsen, «Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi? Om det ideologiske grunnlaget for straffansvar for juridiske personar», Tidsskrift for Strafferett 9 (1) (2009) s. 43–75.

¹⁷ Den danske straffeloven, lov nr. 126 15. april 1930, 5. kapittel åpner for «straffansvar for juridiske personer» og den finske Straffelag (lov 19.12.1889/39) gir rom for straff i form av «samfundsbot», jf. 9. kap. 1 § flg. Derimot er reaksjoner mot foretak i svensk rett ikke straff, men en «särskild rättsverkan», jf. Brottsbalken (1962:700) 36 kap. 7 § flg. Brottsbalkens bestemmelser stiller i tillegg nærmere krav både om at foretaket på noe vis kan lastes for forbrytelsen, og at den er gjort av noen i ledelsen eller med et særlig ansvar i foretaket, se 36 kap. 7 § 2. stk. Se videre om denne reguleringen i Martin Borgeke/Mari Heidenborg: Att bestämma påföljd för brott, tredje upplagan (Stockholm 2016), s. 612-625.

b.¹⁸ Utfordringen knyttet til foretakets manglende evne til skyld, ble søkt løst ved å koble foretaksansvaret nært opp til individets handling. Det er også i dag en slik individuell handling av noen som *handler på vegne av* individet, som foretaket holdes ansvarlig og straffes for.¹⁹ Ut fra den konstruksjonen kan spørsmålet om skyldkravet i det strafferettslige foretaksansvaret i utgangspunktet deles i to.²⁰ For det første er det et spørsmål om hvorvidt det gjelder et skyldkrav knyttet til det subjektet som skal straffes – foretaket. For det andre må det undersøkes hvorvidt det gjelder et skyldkrav knyttet til den handling som foretakets ansvar knyttes til, altså handlingen til den som handler på vegne av foretaket.

2.2.2 Gjelder det et skyldkrav knyttet til foretaket som straffesubjekt?

Utgangspunktet etter strl. 2005 § 27 er at foretaksansvar er aktuelt «[n]år et straffebed er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak». Vilkårene knyttes dermed først og fremst til hva den som har handlet på vegne av foretaket, har gjort. Av ordlyden kan det klart ikke utledes noe krav til skyld fra foretaket - for eksempel fra ledelsens side.²¹ I etterkant av innføringen av den generelle hjemmelen for foretaksstraff i strl. 1902 § 48 a hevdet riktig nok særlig Ståle Eskeland at regelen måtte forstås slik at det likevel gjaldt et skyldkrav knyttet til ledelsen.²² Synspunktet møtte imidlertid motbør og regnes som avvist i Rt. 2007.1684.²³ I dag er det allment antatt at det ikke stilles et slikt krav.²⁴

En viktig premiss for denne diskusjonen, og for avvisningen av at det gjelder et slikt krav knyttet til foretaket som sådan, er selve begrepet forsett. Det er i strafferetten forstått som en kognitiv størrelse som i seg selv forutsetter bevissthet og tankeevner som bare mennesket har. Det er blant annet hevdet at:

«Skyldkravet er normalt forsett hvis ikke annet er bestemt i straffebedet. Et foretak kan naturligvis ikke utvise individuell skyld, da en juridisk konstruksjon ikke har vilje eller evne til slikt som sådan. Evnen til

¹⁸ Drøftet av bl.a. Rasmus Asbjørnsen: *Straffansvar for foretak – str. Paragraf 48a*, Norges Forskningsråd – Rapport nr. 21, Oslo 1995, og Høivik (2012).

¹⁹ Se også i f.eks. den danske straffeloven, § 27 1. stk. For en nærmere drøftelse av ansvarskonstruksjonen, se Høivik (2012) s. 127 flg.

²⁰ Inndelingen gjenfinnes også i andre omtaler av foretaksstraffen, se f.eks. Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 752-755 og s. 760-761.

²¹ Vi ser her bort fra tilfeller der det er noen i ledelsen som har handlet på vegne av foretaket, et tilfelle som snarere sorterer under neste punkt om utvist forsett eller uaktsomhet av den som handler for foretaket.

²² Se bl.a. Ståle Eskeland: *Strafferett*, 2. utgave (Oslo, 2006) s. 355. Synspunktet er nærmere (kritisk) drøftet i bl.a. Høivik (2012) s. 210-214.

²³ Se imidlertid Niels Kristian Axelsen, «Skyldkrav til ledelsen i foretak som vilkår for foretaksstraff?», *Lov og Rett* 48 (4) (2009) s. 195–213, s. 203 flg. som stiller spørsmål ved Høyesteretts begrunnelse.

²⁴ Se bl.a. Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 760-761. En annen sak er at et slikt krav i seg selv kan ha gode grunner for seg, se bl.a. Axelsen (2009) s. 209-211. Se også f.eks. den finske Straffelag 9. kap. 2 § første ledd og den svenske Brottsbalken 36 kap. 7 § 1. og 2. stk.

å utvise skyld er en egenskap vi bare tillegger tilregnelige mennesker. Foretaket handler bare gjennom de personer som opptrer på foretakets vegne, enten det er ansatte eller ledelsen.»²⁵

Dermed har det allerede på et begrepsmessig plan ikke vært mulig å stille opp et slikt vilkår for foretaket. Skulle det stilles et slikt krav til ledelsen, ville det i så fall vært til *noen* i ledelsen. Konkurranseloven bygger, som vi skal se, på et annet utgangspunkt her.

Uaktsomhet er for sin del i større utstrekning en normativ dom over typisk sett en handling eller resultatet av flere slike, noe som også går klart frem av definisjonen av uaktsomhet i strl. § 23 første ledd.²⁶ Et vilkår om at foretaket og dets innretning har representert noe uforsvarlig – det sentrale ved uaktsomhetsvurderinger – er slik sett ikke like begrepsmessig utfordrende.²⁷ Det gjelder imidlertid heller ikke et krav om at foretaket som sådan har vært eller har opptrådt uaktsomt.

Skyldvurderinger knyttet til foretaket møter vi imidlertid når vi vender oss mot et annet særtrekk ved straffansvaret for foretak, det såkalte «kan-skjønn». Foretaksansvaret er (i motsetning til hva som er tilfelle i strafferetten ellers) betinget av et kan-skjønn som påtalemyndighet og domstol må foreta. De sentrale kriteriene for dette skjønn har vært listet opp i en egen bestemmelse, i strl. 1902 i § 48 b, nå strl. § 28.²⁸ Heller ikke her er forsett og uaktsomhet eksplisitt trukket frem, men enkelte av momentene kan sies å peke mot slike vurderinger. Det gjelder særlig § 28 bokstav c) om «foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet». Formuleringen peker i retning av en slags form for systemsvikt i foretaket som sådan, noe som ligger nært særlig en konstatering av utvist uaktsomhet på noe plan. Elementer av en slik vurdering kan samtidig ha innflytelse allerede i vurderingen av om en handling er gjort «på vegne av» foretaket.²⁹

2.2.3 Krav om utvist forsett eller uaktsomhet av den som handler på vegne av foretaket?

Det strafferettslige foretaksansvaret er som nevnt særlig orientert mot et brudd på et straffebud gjort av noen som har handlet på vegne av foretaket. Det utgangspunktet kan tilsi at vedkommende må oppfylle alle vilkårene for straffansvar, forsett eller uaktsomhet

²⁵ Axelsen (2009) s. 199. Den begrepsmessige betraktningen om at et foretak ikke kan utvise skyld er bredt akseptert og uttrykkes også f.eks. i Magnus Matningsdal: Straffeloven: lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff: alminnelige bestemmelser – kommentarutgave, Oslo 2015, s. 232. Se også bl.a. Høivik (2012) s. 220. I Prop. 62 L (2015-2016) som vi kommer tilbake til, sies det på s. s. 75: «Juridiske personer som sådanne kan ikke utvise skyld.»

²⁶ Se også Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 258-259.

²⁷ Jf. også om erstatningsansvar i pkt. 5 nedenfor.

²⁸ Om kan-skjønn, se bl.a. Matningsdal (2015) s. 257-270 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 761-768.

²⁹ Se bl.a. Axelsen (2009) særlig s. 205.

inkludert.³⁰ Reaksjonsformens formål har imidlertid gitt opphav til unntak for eksempel når det gjelder utilregnelighet.³¹ Når det gjelder vilkåret om utvist forsett eller uaktsomhet, var det ut fra forarbeidene noe uklart hvorvidt strl. 1902 § 48 a stilte opp et slikt krav. I Rt. 2002 s. 1312 var likevel Høyesterett tydelig på at det gjaldt et slikt krav.³² Kravet var riktig nok ikke konsekvent gjennomført, da også tilfeller av såkalt «anonyme feil» ble akseptert, altså der noen i foretaket – uten at man visste hvem – hadde begått lovbruddet.³³ I tillegg ble det akseptert at uaktsomhet (men ikke forsett) konstrueres basert på flere mindre feil av ulike personer, som samlet sett ville utgjøre en uaktsom handling om den var utført av en enkeltperson.³⁴ I Rt. 2002 s. 1312 omtalte Høyesterett dette som «et kollektivt skyldkrav».³⁵

I straffeloven 2005 tok lovgiver imidlertid bort kravet om utvist forsett eller uaktsomhet. Paragraf 27 slår nå fast at foretaksstraff er aktuelt «selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet». Endringen var blant annet ment å ta høyde for utviklingen i retning av å begrense straffansvaret i større grad til tilfeller av grov uaktsomhet, i tillegg til å forenkle prosessen mot foretak.³⁶ Betydningen av utvist forsett eller uaktsomhet av individet har i dag etter ordlyden først og fremst betydning i det nevnte kan-skjønnet. Etter § 28 bokstav b skal det tas hensyn til «om noen som handler på vegne av foretaket, har utvist skyld».

Det har vært reist flere kritiske spørsmål til endringen. Det er ikke uten videre klart hvordan rettstilstanden nå egentlig er å forstå, sett i lys av formuleringer i forarbeidene som indikerer at det likevel gjelder et (lett) uaktsomhetskrav.³⁷ Det har også vært stilt spørsmål om løsningen står seg i forhold til den uskyldspresumsjonen som en finner blant annet i EMK art. 6 og nå også i Grl. § 96 andre ledd.³⁸ Andre har stilt spørsmål ved om reguleringen i det hele er meningsfull. Magnus Matningsdal, for eksempel, har påpekt at endringen synes være gjort bare med spesiallovgivningen for øye og omtaler den i ordelag som «temmelig søkt», «meningsløst» og «kunstig» når det kommer til sentrale

³⁰ Det er også et vilkår f.eks. for den svenske «företagsboten», se Borgeke/Heidenborg 2016 s. 612.

³¹ Se bl.a. Høivik (2012) s. 191-195 og nå særlig strl. § 27 første ledd andre punktum.

³² Se særlig s. 1318 i dommen.

³³ Se videre for eksempel Høivik (2012) s. 195-196.

³⁴ Se for eksempel Magnus Matningsdal og Anders Bratholm: Straffeloven med kommentarer. Første del. Almindelige bestemmelser. 2. utg., Oslo 2003, s. 395.

³⁵ Rt. 2002 s. 1312 s. 1318.

³⁶ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242, se her også Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther: Alminnelig strafferett. 6. utg., Oslo 2016, s. 277-278.

³⁷ Se for eksempel Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 752-754.

³⁸ Se bl.a. Axelsen (2009) s. 212-213.

straffebud.³⁹ I en del tilfeller er det ikke særlig adekvat å tenke seg et ansvar, for eksempel for noens død, uten å se hen til om det er utvist forsett eller uaktsomhet. I forholdet for eksempel mellom § 275 om drap, som krever forsett, jf. § 21, og § 281 om uaktsom forvoldelse av død, er skyldelementet avgjørende.

De sistnevnte påpekningene avspeiler en viktig bakgrunn for den videre drøftelsen. Tradisjonelt har skyldkravet vært betraktet som et «subjektivt» krav, skarpt adskilt fra den «objektive» lovstridige handlingen, et utgangspunkt som også det nåværende strafferettslige foretaksansvaret har sitt utspring i.⁴⁰ Gitt et utgangspunkt om at «den lovstridige handlingen» og «skyldkravet» står på egne og klart skilte ben, kan det virke tilforlatelig å knytte ansvaret alene til førstnevnte kategori, slik § 27 gjør. Men en slik oppdeling er problematisk av flere grunner:⁴¹ Til tider trengs forsettsvurderingen for i det hele å avgjøre om den «objektive» delen av straffebudet er oppfylt. Gjerningselementer som det å inngå et «forbund» om for eksempel miljøkriminalitet (§ 241) eller hvitvasking (§ 341) - altså en avtale - krever i seg selv at man på det punktet har handlet forsettlig. Tilsvarende problemstilling aktualiseres under kartellforbudet i konkurranseretten gjennom kravet om "avtale eller samordnet opptreden", jf. krrl. § 10 og EØS art. 53.⁴² For uaktsomhet er bindingen til den øvrige gjerningsbeskrivelsen kanskje enda sterkere: Uaktsomhetsvurderinger er først og fremst en normativ dom over en handlemåte, og knytter dermed nært an til den rettsstridsvurderingen som den «objektive» delen av ansvaret inneholder. Motsatt er ikke bare forsetts- og uaktsomhetskravet sentralt for om gjerningsbeskrivelsen i seg selv er oppfylt: Andre elementer i gjerningsbeskrivelsen er i sin tur avgjørende med tanke på hva det aktuelle forsettet eller uaktsomheten må omfatte, og dermed hvor terskelen for straffansvar i den enkelte gjerningsbeskrivelse vil ligge. Det gjelder ikke minst der gjerningsbeskrivelsen inneholder varianter av farekrav («kan», «nærliggende fare» og så videre). Disse utgangspunktene blir som vi skal se, sentrale senere i vår analyse.

2.3 Skyldkravet ved administrative sanksjoner

Som nevnt har imidlertid ikke bare straff, men også administrative overtredelsesgebyr vært en aktuell reaksjonsform for noen typer av lovovertridelser. Konkurranseretten er

³⁹ Matningsdal (2015) s. 239-240. Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 278 synes i stor grad å slutte seg til kritikken, men toner likevel ned de praktiske konsekvensene av endringen.

⁴⁰ Uttrykk for denne tradisjonen finnes i bl.a. Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016), se f.eks. s. 101.

⁴¹ For kritikk og alternativ til den tradisjonelle tilnærmingen til plasseringen av forsett og uaktsomhet i ansvars læren, se Jørn Jacobsen, «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvars lære», Tidsskrift for strafferett (2012), s. 5-25, videreutviklet i Grønning, Husabø og Jacobsen (2019), særlig kap. 5 flg.

⁴² Jf. nedenfor pkt. 4.3.

ett eksempel. Her var tidligere både foretaksstraff og overtredelsesgebyr aktuelle reaksjoner.⁴³ På dette området ble senere foretaksstraffen helt satt til side til fordel for bruk av administrative sanksjoner.⁴⁴ For lovgivningen mer generelt har likevel straff vært hovedregelen, noe som har sin bakgrunn i utformingen av straffeloven 1902.⁴⁵ Da gikk man bort fra oppdelingen under kriminallovens epoke mellom kriminalrett og politirett (i tradisjonell mening), til fordel for et strafferettsinternt skille mellom «forbrytelser» og «forseelser». Det la grunnlaget for at straff ble brukt som sanksjon ved brudd på den etter hvert sterkt voksende strafferettslige spesiallovgivningen. Det ble en vane at man i den forvaltningsrettslige lovgivningen «hengte på» en straffetrussel og dermed sikret en sanksjon ved brudd på lovgivningen – uten ytterligere vurdering av de strafferettslige implikasjonene. Som oftest var det innholdet i den forvaltningsrettslige lovgivningen som stod i sentrum for lovarbeidet, og ikke de tilknyttede sanksjonene. Ettersom forvaltningslovgivningen vokste, vokste dermed også straffelovgivningen.

Utviklingen hadde både normative betenkeligheter og effektivitetsutfordringer knyttet til seg. Særlig med tanke på det siste, ble det såkalte «sanksjonsutvalget» satt ned under arbeidet med straffeloven 2005, med oppgave å se på andre måter å reagere mot brudd på (deler av) den forvaltningsrettslige lovgivningen.⁴⁶ Resultatet ble et nytt generelt sanksjonsspør i forvaltningslovgivningen, regulert i kapittel IX av forvaltningsloven, som skal legge til rette særlig for økt bruk av overtredelsesgebyr ilagt av forvaltningen selv.⁴⁷ Kapitlet gir ikke selv hjemmel for bruk av disse reaksjonene, men gir «systemet» som annen lovgivning kan bygge på og som dermed over tid kan redusere bruk av straff til fordel for administrative sanksjoner – en prosess som konkurranseloven i så måte kan synes som en forgjenger for.

Forvaltningslovens kap. IX § 46 omhandler «administrativ foretakssanksjon». Bestemmelsen har en noe annen funksjon enn bestemmelsene om foretaksstraff i straffeloven. Lovgivningen har ikke tidligere hatt en generell hjemmel for å ilegge foretak administrative sanksjoner.⁴⁸ Det var ulike bestemmelser rundt om i lovgivningen, som var ulikt utformet blant annet med tanke på hvilke sanksjoner som det var rom for å ilegge

⁴³ Se bl.a. Knut Høivik, «Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?», Lov og Rett 45 (6) (2006): 360–370.

⁴⁴ Se Prop. 75 L (2012-2013), pkt. 4.4.4.

⁴⁵ Se om det følgende i Jørn Jacobsen, «Gjensyn med kriminalretten?», i Geir Heivoll og Sverre Flaatten: Rettslige overgangsformer: Politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling, Oslo, 2017, s. 284-325.

⁴⁶ Se videre NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

⁴⁷ Jf. lov 27. mai 2016 nr. 15.

⁴⁸ Jf. Prop. 62 L (2015-2016) s. 71.

foretak.⁴⁹ Sanksjonsutvalget foreslo en generell hjemmel for ilegging av administrative sanksjoner.⁵⁰ I proposisjonen ble det imidlertid påpekt noen forskjeller mellom foretaksstraffen og aktuelle tilfeller for en administrativ sanksjon, blant annet at:

«Til forskjell fra det som gjelder ved straffansvar, fremstår foretakene ofte som det primære ansvarssubjekt når det er spørsmål om ilegging av administrative sanksjoner. Handlingsnormene er ofte rettet mot foretaket (selv om det i praksis må være en eller flere fysiske personer som overtrer handlingsnormen på vegne av foretaket), og det er foretaket som har den primære økonomiske interessen i at reglene overholdes eller brytes.»⁵¹

Departementet mente at hjemlene ellers i lovgivningen var tilstrekkelige, slik at en generell hjemmel ikke var nødvendig. Dermed fikk fvl. § 46 bare rollen av å presisere enkelte sider ved et slikt ansvar, blant disse spørsmålet om utvist forsett eller uaktsomhet av individet:

«Når det er fastsatt i lov at det kan ilegges administrativ sanksjon overfor et foretak, kan sanksjon ilegges selv om ingen enkeltperson har utvist skyld. Med foretak menes selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.

Ved avgjørelsen av om et foretak skal ilegges administrativ sanksjon og ved individuell utmåling av sanksjonen kan det blant annet tas hensyn til

- a) sanksjonens preventive virkning
- b) overtredelsens grovhet, og om noen som handler på vegne av foretaket, har utvist skyld
- c) om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen
- d) om overtredelsen er begått for å fremme foretakets interesser
- e) om foretaket har hatt eller kunne oppnådd noen fordel ved overtredelsen
- f) om det foreligger gjentakelse
- g) foretakets økonomiske evne
- h) om andre reaksjoner som følge av lovbruddet blir ilagt foretaket eller noen som har handlet på vegne av det, blant annet om noen enkeltperson blir ilagt administrativ sanksjon eller straff
- i) om overenskomst med fremmed stat eller internasjonal organisasjon forutsetter bruk av administrativ foretakssanksjon eller foretaksstraff.»

Parallellene til det strafferettslige ansvaret er her tydelige. Bakgrunnen for at betydningen av «utvist skyld» er regulert i lovteksten, finner man i forarbeidene. Departementet pekte på at det i eksisterende regler varierte «en del hvordan skyldkravet er formulert, uten at det alltid er godt å si om forskjellene er tilsiktet».⁵² Målsetningen nå var med andre ord en harmonisering på dette punkt. Utgangspunktet ble det strafferettslige foretaksansvaret. Med henvisning til den sentrale proposisjonen til straffelovens alminnelige del, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), ble rettstilstanden i strl. § 27 oppsummert slik:

⁴⁹ Jf. Prop. 62 L (2015-2016) s. 71.

⁵⁰ Jf. NOU 2003: 15 s. 235-236.

⁵¹ Prop. 62 L (2015-2016) s. 72.

⁵² Prop. 62 L (2015-2016) s. 73.

«Etter straffeloven § 27 er meningen at foretaksstraff kan ilegges selv om ingen enkeltperson som har handlet på vegne av foretaket, har utvist subjektiv skyld. I forarbeidene klargjøres at et krav om subjektiv skyld verken skal gjelde når bestemte enkeltpersoner som har handlet på vegne av foretaket, er identifisert, eller ved anonyme eller kumulative feil. Ansvar er for så vidt objektivt. Foretaksstraff kan ikke ilegges dersom overtredelsen må anses som et hendelig uhell eller utslag av force majeure». ⁵³

Spenningen mellom et «objektivt» ansvar og en avgrensning mot blant annet «hendelig uhell» videreføres her inn i forvaltningsloven. Det understrekes til og med eksplisitt at

«Det bør gjøres unntak fra det objektive ansvaret dersom handlingen(e) for gjerningspersonen(e) er utslag av hendelig(e) uhell eller force majeure. I disse tilfellene vil sanksjoner ha en så liten preventiv effekt at ansvar ikke lenger lar seg forsvare. I straffeloven fremgår ikke denne avgrensningen av ansvaret av loven selv, men i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) punkt 17.5 side 242. Departementet legger til grunn en tilsvarende løsning for administrativ foretakssanksjon.» ⁵⁴

Uten blick for den spenning som det innebærer, var departementet klar på at denne løsningen også var ønskelig for den forvaltningsrettslige bestemmelsen:

«Etter departementets syn bør en i forvaltningsloven lovfeste det som i dag må regnes som hovedregelen, nemlig at foretaket hefter uten noe krav om subjektiv skyld. Det gjelder både tilfeller der lovovertræderen kan identifiseres og ved anonyme feil. Tilsvarende bør gjelde ved kumulative feil. En slik fellesregulering vil bidra til mer presise og enhetlige kriterier for ileggelse av administrative sanksjoner.» ⁵⁵

Utvist forsett eller uaktsomhet ved foretaksstraffen ser, tilsvarende som i strafferetten, først og fremst ut til å skulle ha betydning i kan-skjønnnet - riktig nok med den nyanse at der strl. 2005 § 27 slår fast at det «skal» tas hensyn til de nevnte momentene, så åpner fvl. § 46 andre ledd bare for å vektlegge de, gjennom bruk av uttrykket «kan». At momentet om utvist forsett eller uaktsomhet likevel forblir sentral følger av proposisjonen:

«I reglene om foretaksstraff i straffeloven er det fastsatt at det skal tas hensyn til «om noen som har handlet på vegne av foretaket, har utvist skyld», jf. § 28 bokstav b. Det fremgår av straffelovens forarbeider at poenget med å ta med dette momentet, i tillegg til å markere nettopp at det skal tas hensyn til skylden, er å bidra til å ivareta hensynene bak uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 16.1 side 397. Departementet foreslår av samme grunner å ta med dette momentet i forslaget til § 46 annet ledd bokstav b i forvaltningsloven, som det vises til.» ⁵⁶

Situasjonen er med andre ord i dag at vi har to generelle reaksjoner – straff og administrativ sanksjon – både for individer og foretak. Disse to skiller seg for foretak først og fremst i betegnelsen, i hvor hjemlene finnes og i det institusjonelle systemet for ilegging av reaksjonen. I betydningen av utvist forsett eller uaktsomhet, ligger de svært nær hverandre. Ingen av de krever forsett eller uaktsomhet, verken fra foretaket selv eller fra den som handler for foretaket, med visse reservasjoner som skaper en viss usikkerhet

⁵³ Prop. 62 L (2015-2016) s. 73.

⁵⁴ Prop. 62 L (2015-2016) s. 73.

⁵⁵ Prop. 62 L (2015-2016) s. 73.

⁵⁶ Prop. 62 L (2015-2016) s. 74

om hvor gjennomført utgangspunktet er. Spørsmålet blir så hvordan konkurranseretten forholder seg til det «hovedsporet» som disse to bredt anlagte sanksjonsformene utgjør.

3. Det konkurranserettslige skyldkravet ved bøter og overtredelsesgebyr

3.1 Skylden knyttes til foretaket

Skyldkravet i bøtesaker etter *EU-* og *EØS-reglene* er formulert i forordning 1/2003 art. 23: "The Commission may by decision impose fines on undertakings and associations of undertakings where, either intentionally or negligently: (a) they infringe Article 81 or Article 82 of the Treaty...".⁵⁷ EU-domstolen har fastholdt at skyldkravet er oppfylt dersom foretaket "cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it is aware that it is infringing the competition rules of the Treaty...".⁵⁸ Formuleringen knytter skylden direkte til foretaket,⁵⁹ det vil si at skyldkravet nærmest refererer til foretakets "bevissthet", uten at det knyttes opp mot skyld utvist av enkeltpersoner. At det ikke er nødvendig å etablere skyld hos individer, ble gjort klart i Volkswagen, der Domstolen uttalte at

"the Court of First Instance did not err in law in taking the view that the intentional nature of the infringement was established without demanding the identification of the persons who had acted improperly within the undertaking or who ought to have been held responsible for any defective organisation of the undertaking."⁶⁰

Det er således ikke *nødvendig* at det kan identifiseres enkeltpersoner i foretaket som står ansvarlig for overtredelsen. Et foretak representerer likevel bare en fiksjon; et foretak kan bare handle gjennom sine eiere eller sine ansatte.⁶¹ I flere saker har Domstolen likevel

⁵⁷ Bestemmelsen i EU-retten har stått uendret siden den ble innført ved forordning 17/62. Tilsvarende hjemmel i EFTA-pilaren i EØS følger av ODA prot. 4, gjennomført i norsk rett som forskrift til EØS-konkurranseloven.

⁵⁸ Sak C-681/11 Schenker m.fl. (ECLI:EU:C:2013:404), prem. 37.

⁵⁹ Det er "foretak" som er pliktsubjekter etter konkurransereglene. Foretaksbegrepet er funksjonelt, i den forstand at det er uavhengig av juridisk form; det avgjørende er om det er en enhet som driver økonomisk aktivitet. Et "foretak" i konkurransereglenes forstand kan bestå av flere juridiske enheter. Bøteansvaret må imidlertid knyttes til en juridisk person, og det er derfor utviklet særlige prinsipper om morselskapsansvar og ansvar ved suksesjon. Se nærmere Eirik Østerud: Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten, Oslo 2016, kap. 6.

⁶⁰ Sak C-338/00 P Volkswagen (ECLI:EU:C:2003:473), prem. 98.

⁶¹ I sammenheng med konkurranserettslig ansvar, se Melícias: The use and abuse of intent evidence in antitrust analysis, 2010 World Competition 569, på s. 576: "a legal entity is obviously a mere fiction, which only exists, desires, or intends through the acts of its owners or employees. If proving a natural person's mental state can cause its own set of intricacies, these are multiplied exponentially when trying to devise the true reason for a company's behaviour within a complex organizational setting." Jf. også ovenfor pkt. 2.2.1.

avvist argumenter om at foretaket ikke kunne holdes ansvarlig fordi overtredelsen ikke har blitt utført av personer som var bemyndiget til å forplikte foretaket rettslig.⁶² I stedet synes skylden å etableres på grunnlag av det foretaket måtte ha forstått, basert på de tilgjengelige fakta i saken. At det ikke er nødvendig å identifisere enkeltansatte, innebærer også at et foretak kan bli ansvarlig for anonyme eller kumulative feil, selv om dette ut fra overtredelsenes natur ikke fremstår som særlig praktisk. Både ved konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling vil det normalt kunne identifiseres beslutningstakere i bedriften.

Når man i EU-retten etablerer skyld hos foretaket selv, innebærer dette at det skjer en identifikasjon med foretakets ansatte eller ledelse. En slik identifikasjon er tydelig i Domstolens formuleringer, slik det i SIA 'VM Remonts' vises til at

"An employee performs his duties for and under the direction of the undertaking for which he works and, thus, is considered to be incorporated into the economic unit comprised by that undertaking.

For the purposes of a finding of infringement of EU competition law any anti-competitive conduct on the part of an employee is thus attributable to the undertaking to which he belongs and that undertaking is, as a matter of principle, held liable for that conduct."⁶³

Dette betyr at foretaket hefter på objektivt grunnlag for de handlinger som er utført på vegne av foretaket. Det fremgår av sitatet fra Volkswagen at det heller ikke ved *forsettlig* overtredelser vil måtte identifisere enkeltansatte som kan sies å ha utvist en slik skyldgrad.⁶⁴ EØS-retten går her langt i å konstruere en egen form for «foretaksskyld», som bygger på tradisjonelle strafferettslige termer, men som ellers bygger på andre betraktninger enn de rent kognitive som er avgjørende for forsett hos individet. Nettopp dette har ført til at visse sider ved formuleringen av skyldkravet ikke harmonerer godt med strafferettslige prinsipper utviklet med tanke på enkeltpersoner. Dette behandles nedenfor i 3.2. Foreløpig konstaterer vi bare at EU- og EØS-retten tillegger et foretak en form for skylddevne, og at dette baseres på en identifikasjon mellom foretaket og dets ansatte.

Krrl. § 29 formulerer skyldkravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr som følger:

⁶² Se f.eks. forente saker 100-103/80 *Musique Diffusion française v Kommissjonen*, (ECLI:EU:C:1983:158, prem. 97 og sak C-68/12 *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa a.s.*, (ECLI:EU:C:2013:71), prem. 26.

⁶³ Sak C-542/14 SIA 'VM Remonts' (ECLI:EU:C:2016:578), prem. 23-24, med henvisning til sak C-22/98 *Becu m.fl.* (ECLI:EU:C:1999:419), prem. 26. I saken kom Domstolen for øvrig til at et foretak på visse vilkår kunne være ansvarlig for overtredelser begått av underleverandører.

⁶⁴ Det skiller ikke i dommen mellom anonyme og kumulative feil. Som nevnt i pkt. 2.2.3 ovenfor, lar det seg ikke konstruere forsett på grunnlag av kumulative feil etter norsk strafferett.

"Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt...".

Deretter listes ulike overtredelser av loven. Dette innebærer en todeling; for det første slik at foretaket *selv* kan utvise skyld, for det andre slik at foretaket hefter for personer som handler *på dets vegne*.⁶⁵ Konkurranseloven gjentar altså EU-/EØS-rettens formulering av skyldkravet, men supplerer med alternativet "noen som handler på deres vegne".

Alternativet hvor foretaket selv utviser skyld fremstår som inspirert av EU-rettens tilnærming, der skyldkravet hektes direkte på foretaket uten en separat diskusjon av enkeltpersoner som foretaket hefter for. Skyldkravet ble formulert ved innføringen av overtredelsesgebyr som sanksjon i 2004.⁶⁶ Forarbeidene problematiserer ikke særskilt den daværende formuleringen "foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket".⁶⁷ Den ble heller ikke vurdert opp mot det daværende skyldkravet for foretaksstraff, noe som ville gitt foranledning for å avklare løsningen nærmere. I utvalgsinnstillingen heter det bare (med henvisning til EU-/EØS-reglene): "Det er heller ikke nødvendig at den forsettlige eller uaktsomme atferden er utvist av foretakets eiere eller den øverste ledelse. Det avgjørende er derimot at atferden er utvist av en person som handler på vegne av foretaket."⁶⁸ Spørsmålet om hvordan "foretaket" kan utvise skyld er imidlertid ikke drøftet, selv om formuleringene kan tyde på at man anser eiere og øverste ledelse slik at de identifiseres med foretaket, og at det er behov for å understreke i lovteksten at ansvaret også gjelder andre ansatte som handler på vegne av foretaket. Sistnevnte setning i det siterte synes inspirert av foretaksstraffens ansvarskonstruksjon.

Vurdert opp mot praksis fra EU, blant annet SIA 'VM Remonts', vil tillegget om personer som handler på vegne av foretaket neppe utgjøre noen forskjell i form av en utvidelse av ansvaret i den forstand at foretaket hefter for en bredere personkrets etter intern rett. Det er i henhold til den praksis som er sitert slik at foretak også etter EU- og

⁶⁵ En tilsvarende todeling finnes i den svenske konkurranselagen (2008/579) 3 kap. 5 § om konkurranseskadeavgift: "...om företaget eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligt eller av oaktsamhet...". Den danske konkurrenceloven (lovbekendtgørelse nr. 31 af 16. januar 2018) benytter uttrykksmåten "den, der forsætligt eller groft uagtsomt", jf. § 23, mens stk. 4 hjemler sanksjoner for foretak: "Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel."

⁶⁶ Konkurranseloven av 1993 hjemlet ikke overtredelsesgebyr. For straffansvaret var skyldkravet formulert på tradisjonelt vis ("den som forsettlig eller uaktsomt"), supplert av daværende straffelovs bestemmelser om foretaksstraff.

⁶⁷ Adgang til å ilegge sammenslutninger av foretak overtredelsesgebyr ble først tatt inn i loven året etter at den ble vedtatt, jf. Ot. prp. nr. 94 (2003-04).

⁶⁸ NOU 2003:12, s. 130.

EØS-retten hefter for handlinger utført av de ansatte. Selv om formuleringene varierer, synes det dermed å være en viss konvergens mellom skyldkravet i EU- og EØS-retten, konkurranseloven og det tidligere skyldkravet i straffansvaret for foretak. Konstruksjonen avviker imidlertid fra det nåværende «hovedsporet» for ansvar for foretak slik vi finner det i straffeloven og i forvaltningsloven, uten vilkår om utvist forsett eller uaktsomhet.⁶⁹

3.2 Formulering av skyldformene

I EU-praksis skilles det ikke tydelig mellom skyldformene forsett og uaktsomhet.⁷⁰ Dette manglende (i alle fall formelt sett) skillet mellom forsett og uaktsomhet kan føres tilbake til tidlig praksis fra Domstolen, der den benytter uttrykket "intentionally or at least negligently".⁷¹ At det ikke skilles konsekvent mellom skyldformene kan ha sammenheng med at skyldgraden i begrenset utstrekning har betydning ved utmåling av bot.⁷² I senere praksis er skyldkravet formulert som følger:

"In relation to the question whether an infringement has been committed *intentionally or negligently* and is, therefore, liable to be punished by a fine in accordance with the first subparagraph of Article 23(2) of Regulation No 1/2003, it follows from the case-law of the Court that that condition is satisfied where the undertaking concerned *cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct*, whether or not it is aware that it is infringing the competition rules of the Treaty".⁷³

I henhold til ordlyden knytter dette seg til den *nedre terskelen* for skyld, altså uaktsomhet, der kravet er at foretaket "cannot be unaware" (dansk: "ikke kan være uvidende ") om den

⁶⁹ Se punkt 2 ovenfor.

⁷⁰ Kommisjonen benytter f.eks. formuleringer som at foretaket begikk overtredelsen "intentionally or at least negligently" (beslutning av 9. juni 1976 i sak 29.020 Vitamins, pkt. 28 og beslutning av 4. juli 2007 i sak 38.784 Telefónica, pkt. 764), "intentionally or, at the very least, negligently" (beslutning av 5. februar 1992 i sak 31.572 og 32.571 Building and construction industry in the Netherlands, pkt. 140 og beslutning av 21. juni 2017 i sak 40.013 Lightning Systems, pkt. 73), eller "at least negligently" (beslutning av 30. januar 2008 i sak 39.326 E.ON Energie, art. 1 og beslutning av 2. oktober 2017 i sak 39.813 Baltic Rail, pkt. 371). Jf. Jan Blockx: *Mens rea* in EU Antitrust Law: When Intentions Matter, Wolters Kluwer 2020, s. 153, pkt. 502.

⁷¹ Se f.eks. forente saker 40 etc./73 Suiker Unie, (ECLI:EU:C:1975:174), prem. 611. Formuleringen avspeiler uttrykksmåten i angloamerikansk strafferett, der det opereres med et tredelt skyldkrav; *intent*, *recklessness* og *negligence*, se bl.a. Jo Stigen, "Forsettets nedre grense - dolus eventualis eller hva? ", *TjR* 123 (2010) s. 573-636, s. 609 flg. Samtidig balanseres kravet mot kontinental og nordisk rett, der to skyldformer (forsett og uaktsomhet) benyttes, ved at bare ytterkantene *intent* og *negligence* tas med. Domstolens håndtering av skyldkravet må i så måte ses i sammenheng med at EU-retten dekker over ulike nasjonale tradisjoner med tanke på terminologi og delvis også utforming av skyldkrav både når det gjelder hvilke forsettsformer som finnes og hvordan forsett avgrenses mot uaktsomhet.

⁷² Jf. nærmere i pkt. 2 ovenfor.

⁷³ Sak C-681/11 Schenker, (ECLI:EU:C:2013:404), prem. 37, vår uthevelse. Tilsvarende formulering er brukt i f.eks. sak C-280/08 P Deutsche Telekom v Kommisjonen (ECLI:EU:C:2010:603), prem. 124 og i sak C-295/12 P Telefónica (ECLI:EU:C:2014:2062), prem. 156.

konkurransbegrensende "nature". Tilsvarende avviste EFTA-domstolen i Posten argumentet om at "any breach of Article 54 EEA was neither intentional nor negligent" ut fra en vurdering av at Posten (som organisasjon) måtte hatt kunnskap om de faktiske forholdene. Domstolen veksler her mellom terminologien "could not have been unaware of" og "must have been aware".⁷⁴ Sitatet kan imidlertid neppe tolkes slik at dette med bindende virkning angir den nedre grensen for skyld, ettersom Domstolen gir uttrykk for at skyldkravet er "satisfied" der foretaket ikke kan ha vært uvitende. Dette utelukker således ikke at den nedre grensen for uaktsomhet er overskredet der foretaket "burde" forstått at adferden var av en slik art.

I tidligere praksis har også uttrykket "could not have been unaware" vært knyttet opp mot forsettskravet. I Belasco heter det således:

"it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing Article 85 for an infringement to be regarded as having been committed *intentionally*; it is sufficient that it *could not have been unaware* that the contested conduct had as its object the restriction of competition.

In view of the nature of the clauses of the main agreement and other agreements in question and of the measures adopted for their implementation, that was the situation in this case."⁷⁵

Skylden knyttes som utgangspunkt opp mot de faktiske forhold. I IAZ sies det f.eks. at

"By signing the Agreement in full knowledge of those circumstances [at avtalen hadde til formål å begrense parallellimport og påvirket samhandelen], they therefore acted deliberately, whether or not they were aware that, in so doing, they were infringing the prohibition laid down by Article 85 (1) of the Treaty."⁷⁶

Tilsvarende formulerte Domstolen seg i Hoffmann-La Roche:

"The suggestions and instructions contained in Management Information and the other internal documents relating to the importance and the anticipated effects of entering into contracts, which provide for the purchaser obtaining his requirements exclusively from Roche and for a system of fidelity rebates, in relation to the retention by Roche of its market shares prove that the applicant intentionally pursued a commercial policy designed to bar the access to the market of new competitors."⁷⁷

⁷⁴ Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA, prem. 271-274.

⁷⁵ Sak 246/86 Belasco v Kommissjonen (ECLI:EU:C:1989:301), prem. 41 (vår uthevelse).

⁷⁶ Forente saker 96 etc./82 IAZ v Kommissjonen (ECLI:EU:C:1983:310), prem. 45.

⁷⁷ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche v Kommissjonen (ECLI:EU:C:1979:36), prem. 139. I forlengelsen av sitatet anvender Domstolen tilsynelatende et aktsomhetskrav knyttet til den dominerende stillingen idet det uttales at overbevisningen om at det ikke forelå en dominerende stilling skyldtes "an inadequate study of the structures of the markets".

Ut fra disse sakene synes det å kunne utledes et krav om at det må foreligge kunnskap om de faktiske forholdene som begrunner at det anses å foreligge en overtredelse, og at det vil etablere en forsettlig overtredelse. Det er imidlertid ikke gitt at forsett forutsetter positiv kunnskap, jf. sitatet fra Belasco, der forsettskravet knyttes opp mot hva foretaket måtte forstå. Samtidig kan formuleringen, som det er gjort i norsk rett, tas til inntekt for at Domstolen ikke ser noen annen rimelig mulighet enn at foretaket faktisk opererte med et konkurransebegrensende formål.⁷⁸ Underliggende er like fullt spørsmålet om hvordan en organisasjon kan forstå noe. Det kan ikke være på samme viset som et enkeltindivid kan det. Vi har snarere å gjøre med en forestilling om at kunnskapen må finnes *innenfor* organisasjonen. Formuleringen «måtte forstå» kan i så måte sies nettopp å gi rom for en slik betraktning, sammenlignet med en påstand om at foretaket faktisk forstod noe. Blockx fremhever for sin del at formuleringen "could not have been unaware" innebærer "an objective conception of intention akin to negligence".⁷⁹ Skyldkravet i EU-retten fremstår på dette grunnlag som uskarpt, men det er likevel klart nok at Domstolen som utgangspunkt har skilt mellom skyldformene forsett og uaktsomhet, i alle fall i sin tidlige praksis. At dette ikke gjøres klarere i senere praksis, skyldes sannsynligvis den begrensede betydningen skyldformen har i bøteutmålingen.⁸⁰ Samtidig er EU-domstolen satt sammen av dommere som representerer ulike rettslige tradisjoner, som også innebærer ulike konstruksjoner av skyldkravet. Når EU-domstolen ikke publiserer dissenser, kan dette føre til at domspremissene representerer kompromisser mellom ulike tilnærminger, og da på en slik måte at Domstolens tilnærming kan være vanskelig å innpasse i bestemte nasjonale tradisjoner.⁸¹

I Belasco er det på det rene at Domstolen knytter forsettskravet opp mot samarbeidets konkurransebegrensende "formål". Dette er tvetydig, idet "formål" på den ene siden kan synes å ha sammenheng med et krav om hensikt, men på den andre siden må konkurransebegrensende "formål" anses som et rettslig konsept som ikke er betinget av foretakets egne målsetninger.⁸² På denne måten kan Domstolen anses å blande spørsmålet om rettslige med faktiske forhold. Blockx kritiserer for sin del Domstolen for å ha sluttet fra det faktum at foretak har en plikt til å være klar over rettstilstanden, til at foretak også

⁷⁸ For eksempler fra rettspraksis se Rt. 1990 s. 1302, 1991 s. 538 og 539. I norsk strafferettslitteratur er det uttrykt skepsis mot bruk av formuleringen «måtte forstå», i forsettsammenheng, jf. Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 236 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 229. Den sentrale innvendingen er at uttrykksmåten «måtte» tilslører skillet mellom forsett og uaktsomhet.

⁷⁹ Blockx (2020), s. 165, pkt. 548.

⁸⁰ Jf. 3.3 nedenfor.

⁸¹ Jf. også note 71 ovenfor.

⁸² Jf. 4.3 nedenfor.

måtte være kjent med faktum.⁸³ Her er det imidlertid viktig å understreke at Domstolen i Belasco anser at det er *tilstrekkelig* til å etablere forsett dersom foretaket måtte være klar over at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål. Dette *kan* ses slik at man slutter fra det faktum at foretaket måtte være kjent med den rettslige vurderingen (det vil si det rettslige konseptet konkurransebegrensende "formål") til at det også var/måtte være kjent med de faktiske omstendigheter. En annen mulig forklaring kan være at det konkurransebegrensende formålet er det som følger av en vurdering av samarbeidets art, og kanskje også av partenes intensjoner, jf. nedenfor. Dette kan gi mening dersom man aksepterer at forsett kan etableres utelukkende på grunnlag av observerbare omstendigheter.⁸⁴ Samtidig vil viten om at atferden faktisk er ulovlig – i kombinasjon med kunnskap om faktiske forhold – også måtte innebære at foretaket handler forsettlig dersom atferden likevel gjennomføres.

Det er videre på det rene at praksis fremstår som konsekvent når det gjelder et skille mellom faktiske forhold og subsumsjonen under konkurransereglene. I Michelin I heter det:

"[I]t must be emphasized that Michelin NV was aware of the factual elements justifying both the finding of the existence of a dominant position on the market and the assessment of the contested discount system as an abuse of that position. The discount system was set up deliberately^[85]. The fact that hitherto neither the Commission nor the Court has had to adjudicate on a discount system having the

⁸³ Blockx (2020), s. 156 ff. Konklusjonen er at "the European Courts too hastily conclude from the fact that the undertakings should have been aware of the law, that they also should be aware of certain facts and could be viewed as acting intentionally even if they are not aware of these facts." (s. 159, pkt. 526). Blockx viser i sin analyse bl.a. til sak C-19/77 Miller International Schallplatten v Kommisjonen (ECLI:EU:C:1978:19), prem. 18, forente saker 100-103/80 Musique Diffusion française v Kommisjonen, (ECLI:EU:C:1983:158), prem. 111-12, sak 246/86 Belasco v Kommisjonen (ECLI:EU:C:1989:301), prem. 41 og fra Underretten sak T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening v Kommisjonen (ECLI:EU:T:1992:79, prem. 157, forente saker T-259 etc./02 Raiffeisen Zentralbank m.fl. v Kommisjonen (ECLI:EU:T:2006:396), prem. 206 og sak T-62/98 Volkswagen v Kommisjonen (ECLI:EU:T:2000:180), prem. 334. Jf. også Erling Hjelmeng: Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, Fagbokforlaget 2003, s. 356.

⁸⁴ Sak T-62/98 Volkswagen v Kommisjonen (ECLI:EU:T:2000:180), prem. 334, innebærer likevel tilsynelatende en sammenblanding (dvs. en slutning fra at rettsstilstanden må forutsettes kjent til at det måtte foreligge kunnskap om konkurranseskade), idet det heter at "In view of the existence of settled case-law holding that actions partitioning markets are incompatible with the Community competition rules, the applicant could not have been unaware that its conduct hindered competition." Vurderingen i saken er begrenset til forsett, og det fremgår av starten på avsnittet at retten skiller mellom overtredelse og faktiske forhold. Den siterte setningen kan derfor også forstås slik at skadevirkninger av parallellimport må forutsettes å være kjent, nettopp fordi det i EU-systemet har vært en rekke saker om dette – uavhengig av den rettslige betydningen av kunnskap om rettsstilstanden.

⁸⁵ "Deliberately" er sannsynligvis en bokstavelig oversettelse av "de propos délibéré" i ordlyden i forordning 17/62 art. 15, som i offisiell engelsk oversettelse er "intentional".

same features as the system in question does not exonerate Michelin NV. At all events, in view of the previous decisions of the Commission and judgments of the Court Michelin NV ought to have expected that such a system would fall within the sphere of application of Article 86 of the Treaty."⁸⁶

Her er det åpenbart at forsett baseres på kunnskap om de faktiske forhold, og at siste del om tidligere praksis dreier seg om rettstilstanden. Formuleringen "ought to have expected" kan imidlertid neppe betraktes som terskelen for rettsvillfarelse, men som en begrunnelse for at kravet ikke er tilfredsstilt i den konkrete saken. At EU-konkurranseretten også må anses å bygge på at rettsvillfarelse som en klar hovedregel ikke fritar ble gjort klart i Schenker, der spørsmålet var om råd fra eksterne advokater om at atferden (kartellet) ikke påvirket samhandelen kunne fritas. Her sies det at:

"the fact that the undertaking concerned has characterised wrongly in law its conduct upon which the finding of the infringement is based cannot have the effect of exempting it from imposition of a fine in so far as it could not be unaware of the anti-competitive nature of that conduct."⁸⁷

Selv om formuleringen av skyldkravet i EU-domstolens praksis ikke kan sies å være helt klar, synes den å kunne forklares slik at forsett hos foretaket kan etableres på grunnlag av positiv kunnskap i organisasjonen om de faktiske omstendigheter som gjør at atferden klassifiseres som en overtredelse, og at dette også kan etableres på grunnlag av observerbare omstendigheter, jf. formuleringen "could not have been unaware". I enkelte saker synes forsett også ha blitt etablert på grunnlag av at foretaket måtte ha forstått at atferden hadde et konkurransebegrensende formål.⁸⁸ Selv om dette ikke er i tråd med tradisjonell strafferettslig lære, vil en slik tilnærming etter vår oppfatning samtidig være i samsvar med en tilnærming hvor en form for forsett etableres på grunnlag av faktiske omstendigheter (i betydningen observerbare fakta). Når det gjelder villfarelse om at atferden faktisk ble rammet av konkurransereglene, har EU-domstolen avvist dette, og dette synes også å ha vært gjort konsekvent.

Spørsmålet er om disse prinsippene også vil måtte legges til grunn etter krrl. § 29. Som påpekt er skyldkravet her formulert på tilsvarende måte som i EU- og EØS-retten, med tillegget om personer som handler på vegne av foretaket. Som nevnt ovenfor spiller dette neppe noen rolle for hvem foretaket hefter for. Spørsmålet er imidlertid om den

⁸⁶ Sak 322/81 Michelin v Kommissjonen, [1983] ECR 3461 (ECLI:EU:C:1983:313), prem. 107.

⁸⁷ Sak C-681/11 Schenker, (ECLI:EU:C:2013:404), prem. 38.

⁸⁸ Blockx (2020), oppsummerer sin gjennomgang som følger: "negligence has been found merely on the basis that an undertaking should have been aware of the relevant legal rules (suggesting that the fines could be imposed under strict liability) and intention has been found on the basis that the undertaking 'could not have been unaware' of the objective facts pertaining to the infringement (which uses an objective conception of intention akin to negligence)." (Pkt. 548, s. 165).

konstruksjonen EU-domstolen har bygget på, der skyld etableres ut fra de faktiske omstendigheter, også må legges til grunn etter konkurranseloven.

Forarbeidene tar ikke stilling til en eksplisitt harmonisering av skyldkravet. Formuleringen av skyldkravet forankres imidlertid ikke i norsk strafferettslig tradisjon. Isteden vises det utelukkende til skyldkravet i EU-/EØS-regelverket.⁸⁹ Etter dette må det legges til grunn at lovgiver så for seg et skyldkrav på linje med EU-/EØS-reglene.⁹⁰ Det er imidlertid et åpent spørsmål om lovgiver var seg bevisst hvordan dette avviker fra forståelsen av forsett i norsk rett.

Under konkurranseloven har Høyesterett for sin del tatt utgangspunkt i den tradisjonelle strafferettslige tilnærmingen, men ellers formulert seg tett på EU-domstolen. I Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran), der Høyesterett går nærmere inn på skyldkravet, er det ikke vist til praksis fra EU-domstolen, og det er heller ikke problematisert hvorvidt skyldkravet må anses som harmonisert. Her tas det isteden utgangspunkt i tradisjonell strafferettslig lære:

"Etter § 29 er skyldkravet, som allerede nevnt, 'forsett eller uaktsomhet'. Når det i en lov som gir hjemmel for ileggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene, kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig."⁹¹

Henvisningen til alminnelig strafferett vil som utgangspunkt gjelde individers skylddevne,⁹² og i det følgende sitatet knytter Høyesterett i utgangspunktet vurderingen til "den som har handlet på et foretaks vegne". I sin videre vurdering legger Høyesterett seg likevel tett på EU-domstolens formuleringer, og vektlegger også observerbare faktiske omstendigheter i forsettsvurderingen, med fokus på informasjonsutvekslingen "mellom selskapene":

"I vår sak kan således forsettskravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 for praktiske formål formuleres slik at Gran & Ekran må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med Grunnarbeid på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen.

⁸⁹ NOU 2003:12, s. 130, Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 117.

⁹⁰ Der Konkurransetilsynet håndhever EØS-reglene, vil de alminnelige prinsippene om effektivitet og ekvivalens komme inn. I sak C-681/11 Schenker, (ECLI:EU:C:2013:404), prem. 36, har EU-domstolen lagt til grunn at nasjonale skyldkrav bør være "at least as stringent as" vilkårene i forordning 1/2003 art. 23, av hensyn til "the effectiveness of European Union law."

⁹¹ Rt. 2012 s. 1556, avsn. 63.

⁹² Jf. pkt. 2.2 ovenfor

Ofte kan det være vanskelig å bevise hva den som har handlet på et foretaks vegne, har tenkt eller forstått. Men, her som ellers ved forsettsvurderingen, må en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med 'anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger', jf. Rt-1974-382 (Lillehammersaken) på side 385 og senere rettspraksis. Som jeg kommer tilbake til, er den utstrakte informasjonsutvekslingen mellom selskapene en slik ytre omstendighet som i vår sak kaster lys over forsettsspørsmålet."⁹³

Der lovgiver slik sett mer direkte knyttet seg til EU/EØS-regelverket, synes Høyesterett for sin del i større grad å bygge bro mellom ulike regelverk.

Konkret knyttes skyldkravet i saken til hvorvidt samarbeidet var "egnet til merkbart å begrense konkurransen". Dette må, selv om samarbeidet i saken var en type formålsovertredelse, knytte seg til de mulige effektene av samarbeidet for konkurransen, det vil si faktiske virkninger.⁹⁴ Denne formuleringen kommer ikke med de samme tvetydigheter som å knytte skylden til samarbeidets "formål".

Når det gjelder etableringen av forsettet, bygger Høyesterett i likhet med EU-domstolen på faktiske omstendigheter. Disse benyttes likevel ikke som et normativt element i den forstand at foretaket "måtte" forstå at atferden var egnet til å begrense konkurransen, men snarere som en indikasjon på hva foretaket faktisk visste.

Som påpekt skiller det i EU-praksis ikke tydelige mellom skyldformene forsett og uaktsomhet. Praksis slår fast at vilkåret er oppfylt der foretaket "cannot be unaware of" den konkurransebegrensende "nature" eller arten av atferden. Dersom dette knyttes til rent faktiske forhold, fremstår imidlertid terskelen som høyere enn simpel uaktsomhet, jf. forskjellen mellom "måtte" være klar over og "burde" være klar over. Generaladvokat Mayras fremhevet i forslag til avgjørelse i General Motors at forskjellen mellom skyldformene lå i at forsett

"can only be applied where the consequences of the action which gives rise to a claim for damages are intended, or are at least accepted as necessary by the undertaking against which the action is brought. On the other hand the concept of negligence must be applied where the author of the infringement, although acting without any intention to perform an unlawful act, has not foreseen the consequences of

⁹³ Rt. 2012 s. 1556, avsn. 66-67.

⁹⁴ I praksis har EU-domstolen i formålsvurderingen innfortolket et krav om at atferden må være egnet til å begrense konkurransen, jf. sak C-8/08 C-8/08 T-Mobile [2009] ECR I-4529 (ECLI:EU:C:2009:343), prem. 31: "the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market."

his action in circumstances where a person who is normally informed and sufficiently attentive could not have failed to foresee them."⁹⁵

Dersom praksis isteden leses slik at det sluttes fra at foretaket måtte være klar over forståelsen av konkurransereglene til at det burde vært klar over de faktiske omstendigheter, er det på det rene at grensene viskes ut og at ansvaret fremstår som tilnærmet objektivt. *Blockx* konkluderer i den retning: "a mix-up between the notion of negligence and mistake of law has caused an erosion of the notion of negligence to practically result in strict liability."⁹⁶ Etter vår oppfatning er det imidlertid alternative måter å lese praksis på, og det er på det rene at også EU-domstolen har koblet skyld eksplisitt opp mot de faktiske forhold. Slik det vil fremgå nedenfor, er grensedragningen mellom rettslige karakteristikk og faktiske virkninger etter de materielle konkurransenormene heller ikke rett frem.

I denne sammenheng aktualiseres en ytterligere mulig spenning mellom det konkurranserettslige og det strafferettslige regelverket. I Konkurranseskjoldenemndas avgjørelse i Telenor lever «rettsvillfarelse» videre, med referanse til Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran).⁹⁷ Mellom avgjørelsen fra 2012 og Konkurranseskjoldenemndas avgjørelse i Telenor fra 2019, har imidlertid straffeloven 2005 trådt i kraft, og med det en ny tilnærming til rettsvillfarelse, som nå heter «rettsuvidenhet» (jf. strl. § 26). Med det er det også tilsiktet en ny grensedragning mellom faktisk og rettslig uvidenhet, som skal innebære en forskyvning fra førstnevnte til sistnevnte. Løsningen er imidlertid omdiskutert, og det er i alle fall ikke gitt at konkurranseretten skal påvirkes av denne endringen.⁹⁸

Uklarhetene i praksis kan blant annet forklares med at forsett defineres på foretaksnivå, og at det derfor vil være nødvendig med en objektivisering av denne skyldformen, selv om det er ansattes handlinger det er tale om. At en slik tilnærming kan kritiseres med utgangspunkt i tradisjonell strafferettslig lære på individnivå er som vi allerede har vært inne på, åpenbart. For et foretak gir det fint mening å drøfte uaktsomhet i betydningen at noe stemples som uforsvarlig etter en objektiv vurdering, siden det her ligger en normering i hvordan foretaket *burde* innrettet seg. Dette gir imidlertid ikke mening ved en tradisjonell forsettsvurdering. Nettopp *det* kan imidlertid gi en forklaring på EU-domstolens tilnærming med at "foretaket" (i betydningen noen som handlet på dets vegne), på grunnlag av objektive forhold ikke *kunne* vært uvidende om at atferden hadde konkurransestridd formål. Det er mer "forpliktende" å si at foretaket *var klar over de*

⁹⁵ Forslag til avgjørelse i sak 26/75 General Motors [1975] ECR 1367 (ECLI:EU:C:1975:141), på s. 1388-89.

⁹⁶ *Blockx* (2020), s. 150, pkt. 494.

⁹⁷ Sak 2019/34, avgjørelse av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34).

⁹⁸ Nærmere om endringen og diskusjonen rundt den, se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 250-256 og Jørn Jacobsen, Erling Johannes Husabø, Linda Gröning og Asbjørn Strandbakken, *Forbrytelser i utvalg – Straffelovens regler om voldsforbrytelser, seksualforbrytelser, formuesforbrytelser og narkotikaforbrytelser*, Fagbokforlaget 2020, s. 20-21.

aktuelle forholdene. Tilsvarende kan legges til grunn for konkurransebegrensende virkninger samt for kravet om konkurranseskade i misbruksforbudet, jf. nedenfor om skyldkravet og de materielle normene i konkurranseretten.

3.3 Skyld og utmåling av bot og overtredelsesgebyr

Som påpekt ovenfor kan en forklaring på det uskarpe skillet mellom forsett og uaktsomhet i EU-praksis være den begrensede betydningen graden av skyld har spilt for utmålingen av bøter. Motsetningsvis er det i norsk praksis brukt betydelig plass på å skille mellom forsett og uaktsomhet – nettopp av hensyn til utmålingsspørsmålet.⁹⁹ Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 er forutsatt harmonisert med EU- og EØS-reglene.¹⁰⁰

I Kommisjonens retningslinjer for bøteutmåling er det nevnt som en formildende omstendighet dersom overtredelsen bare er begått uaktsomt.¹⁰¹ Utover dette er skyld ikke nevnt spesifikt. Motsetningsvis følger det av utmålingsforskriften etter konkurranseloven at det ved "vurdering av hvor grov overtredelsen er skal det særlig tas hensyn til ... utvist skyld."¹⁰² Dette er på linje med både strl. § 28 bokstav b og fvl. § 46 andre ledd bokstav b om administrative sanksjoner. Begge steder nevnes momentet "om noen som handler på vegne av foretaket, har utvist skyld", riktig nok slik at strl. § 28 ikke har kvalifiseringen "særlig", mens fvl. § 46 bare nevner det som et moment som det "kan" tas hensyn til. Skyldgraden synes uansett å være mer fremtredende i det norske utmålingssystemet enn i EU-/EØS-retten.

Det er begrenset med praksis fra EU knyttet til skyld som formildende omstendighet. I Telefónica ble imidlertid grunnbeløpet i utmålingen satt ned med 10 %, ifølge Kommisjonen "taking the view most favourable to the company" i en situasjon hvor det ble påpekt at "Telefónica's negligence must have been extremely serious."¹⁰³ Et annet eksempel er Deutsche Telekom, som også fikk 10 % reduksjon fordi nasjonale telemyndigheter hadde akseptert prisingen som senere ble funnet å utgjøre et misbruk.¹⁰⁴

⁹⁹ Se Konkurranseskjemenndas avgjørelser i El-Proffen, sak 2018/112 og 113, vedtak 31. august 2018 (KTKN-2018-1) og Telenor, sak 2019/34, avgjørelse av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34).

¹⁰⁰ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 118 (...utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.).

¹⁰¹ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, [2006] OJ C 210/2, pkt. 29: "where the undertaking provides evidence that the infringement has been committed as a result of negligence".

¹⁰² Forskrift nr. 1465 av 11.12.2013 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 3.

¹⁰³ Vedtak av 4. juli 2007 i sak COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, pkt. 765. (Opprettholdt i sak T-336/07 Telefónica (ECLI:EU:T:2012:172), se spesielt prem. 456-60.

¹⁰⁴ Sak T-271/03 Deutsche Telekom (ECLI:EU:T:2008:101), prem. 313, opprettholdt i sak C-280/08 P Deutsche Telekom v Kommisjonen (ECLI:EU:C:2010:603).

Det er på det rene at EØS-avtalen ikke *krever* en harmonisering av bøteutmålingen. Vektleggingen av skyldgrad i norsk praksis fremstår som i tråd med norsk rettstradisjon.¹⁰⁵ Det er like fullt en spenning mellom lovgivers ønske om å harmonisere utmålingen og en slik vektlegging av skyld. Samtidig er det på det rene at forarbeidene la det EU-/EØS-rettslige skyldkravet til grunn, riktignok uten nærmere diskusjon, og det kan utfordre utviklingen av skyldkravet dersom sondringene mellom forsett og uaktsomhet får en mer betydningsfull plass innenfor det norske systemet.

4. Skyldkravet og de materielle konkurransenormene

4.1 Innledning

Vurderingen av skyld etter konkurranseloven kompliseres ytterligere gjennom den nære sammenhengen der er mellom karakteren av de aktuelle handlenormene og skyldkravet. Kartellforbudet og misbruksforbudet benytter litt ulike lovgivningsteknikker. Etter § 10 kreves det enten konkurransebegrensende "formål" eller "virkning", mens det under misbruksforbudet i § 11 har blitt penslet ut litt ulike tester for hva som skal anses som et misbruk. Et fellestrekk for de to bestemmelsene er at det ikke kreves en faktisk påvist konkurranseskade. I stedet benyttes standarder som "potensiell begrensning", "egnet til å påvirke konkurransen" samt ulike presumsjoner. Utover vurderingen av konkurransebegrensende "formål" i samarbeidsforbudet og ulike tester basert på for eksempel pris-/kostnadssammenligninger under misbruksforbudet, vil vurderingene ofte inneholde elementer av økonomisk analyse og vurderinger. Spørsmålet er hvordan slike vurderinger kommer inn i skyldvurderingen, gitt utgangspunktet om at skylden må dekke elementene i gjerningsinnholdet.

På dette punktet kan det være nyttig å gruppere de konkurranserettslige normene etter en strafferettslig inndeling. Både samarbeidsforbud og misbruksforbud kan ses på som en kombinasjon av fare- og skadedelikter.¹⁰⁶ For eksempel vil inngåelsen av samarbeid med konkurransebegrensende formål, for eksempel utveksling av informasjon om fremtidige priser, ikke kreve noen virkningsvurdering overhodet.¹⁰⁷ Heller ikke ved virkningsovertredelser må en nødvendigvis gå særlig langt, idet det er tilstrekkelig med

¹⁰⁵ Foruten bl.a. fvl. § 46, se generelt om straffutmåling i Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 699.

¹⁰⁶ Se om terminologien bl.a. Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 109. I forente saker T-1 etc./89 Polypropylene [1991] ECR II-867 (ECLI:EU:T:1991:38), på s. 923, omtaler utpekt generaladvokat Vesterdorf en formålsovertredelse av samarbeidsforbudet som et "abstrakt faredelikt" ("abstraktes Gefährdungsdelikt"), med henvisning til tysk litteratur.

¹⁰⁷ Se for eksempel sak C-228/18 Budapest Bank, ECLI:EU:C:2020:265, prem. 34.

en potensiell konkurransebegrensende virkning.¹⁰⁸ Også misbruksforbudet krever i begrenset utstrekning en faktisk skadefølge; ved de fleste misbruksformer kreves det bare at atferden er "egnet til" å ha slik virkning, jf. nedenfor. Videre vil foretaks intensjoner kunne være relevante i vurderingene av hvorvidt det foreligger en overtredelse. Dette gjelder for eksempel under formålsalternativet i samarbeidsforbudet og for visse typer misbruk av dominerende stilling. I noen tilfeller kan konkurransestridig intensjon være ett av flere momenter som kan vektlegges (for eksempel i formålsvurderingen under kartellforbudet og egnethetsvurderingen under misbruksforbudet), eller være et vilkår for at normene skal være overtrådt (for eksempel i vurderingen av rovprising).

Beviskravet i konkurransesaker er "klar sannsynlighetsovervekt", jf. Rt. 2012 s. 1556. I Telenor legger Konkurransklagenemnda for bevisvurderingen til grunn at økonomiske vurderinger er en del av rettsanvendelsen, og at de konklusjoner som da trekkes ikke trenger å være bevist med "klar sannsynlighetsovervekt".¹⁰⁹ Nemnda anser likevel "bevisfakta som ligger til grunn for og inngår som faktiske premisser for konkurranseøkonomiske analyser og vurderinger" som underlagt det skjerpede beviskravet. På dette punktet må det imidlertid tas høyde for at økonomiske vurderinger kommer inn på ulike måter i en konkurranserettslig vurdering. Klart nok vil en økonomisk vurdering kunne være integrert i de rettslige normene, for eksempel ved at forutsetningene for når utveksling av informasjon faller innenfor § 10 er definert økonomisk. Her stilles det – materielt – også bare krav om en *potensiell begrensning* eller om atferden er *egnet til* å begrense konkurransen. Derimot vil for eksempel en økonomisk vurdering av hvorvidt parallell atferd kan forklares på andre måter enn ulovlig samordning høre med til bevisbedømmelsen.¹¹⁰

4.2 Misbruksforbudet

I praksis fra EU-domstolen har skyld under misbruksforbudet vært knyttet til de faktiske forhold som begrunner dominans og misbruk. I Michelin I heter det:

"it must be emphasized that Michelin NV was aware of the factual elements justifying both the finding of the existence of a dominant position on the market and the assessment of the contested discount system as an abuse of that position".¹¹¹

Dette er fulgt opp av Underretten i Intel (dette spørsmålet ble ikke vurdert av EUD i ankesaken), der det heter:

"It is settled case-law that the condition that the infringement was committed intentionally or negligently is satisfied where the undertaking concerned cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it was aware that it was infringing the competition rules of the Treaty. An undertaking is aware of the anti-competitive nature of its conduct where it is aware of the essential facts

¹⁰⁸ Sak C-7/95 P John Deere (UK Tractors), [1998] ECR I-3111 (ECLI:EU:C:1998:256), prem. 77.

¹⁰⁹ Sak 2019/34, avgjørelse av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), pkt. 120.

¹¹⁰ Bevisvurderingen der EU- og EØS-reglene anvendes nasjonalt er ikke gjenstand for harmonisering, utover de generelle kravene til effektivitet og ekvivalens, jf. sak Sak C-542/14 SIA 'VM Remonts' (ECLI:EU:C:2016:578), prem. 21.

¹¹¹ Sak 322/81 Michelin v Kommisjonen, [1983] ECR 3461 (ECLI:EU:C:1983:313), prem. 107.

justifying both the finding of a dominant position on the relevant market and the finding by the Commission of an abuse of that position."¹¹²

I tråd med det som er anført ovenfor, vil "the essential facts" måtte være de bevisfakta som legges til grunn og som gjør det mulig å etablere en dominerende stilling og et misbruk. Dette må inkludere konkurranseskade, iallfall dersom testen som anvendes krever en vurdering av hvorvidt atferden er egnet til å begrense konkurransen. Ofte vil en slik vurdering av egnetheten være avhengig av utpregede økonomiske vurderinger der en rekke faktorer spiller inn. For eksempel i Intel uttaler EU-domstolen at for å vurdere om en lojalitetsrabatt er "capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects", og dermed om den representerer en overtredelse,

"the Commission is not only required to analyse, first, the extent of the undertaking's dominant position on the relevant market and, secondly, the share of the market covered by the challenged practice, as well as the conditions and arrangements for granting the rebates in question, their duration and their amount; it is also required to assess the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market."¹¹³

For slike vurderinger må det kreves at skylden omfatter de faktiske elementer som inngår i vurderingen. Likevel benyttes rettslige konsepter som det ikke er nødvendig å knytte skylden til, for eksempel avgrensingen av det relevante markedet. Den samlede vurderingen av om atferden er egnet til å begrense konkurransen vil sannsynligvis måtte karakteriseres som en vurdering av faktiske forhold, mens den rettslige subsumsjonen som "misbruk" ikke vil være det. Riktignok kan det argumenteres med at Underretten forklarer kunnskap om "the anti-competitive nature" som at dette dreier seg om kunnskap om "the essential facts", men "the essential facts" kan sies også å inkludere i alle fall faren for at konkurransen begrenses, typisk gjennom utestengelse. Gitt måten skyldkravet er formulert på, jf. ovenfor, der foretaket tillegges et forsett basert på observerbare faktiske omstendigheter, må terskelen generelt anses som lav.

Ved enkelte atferdsformer vil konkurransebegrensende intensjon representere et vilkår for å etablere overtredelse. Dette gjelder for eksempel ved priser under totale kostnader, villedning av myndigheter, samt såkalt "vexatious litigation".¹¹⁴ Intensjon kan imidlertid også ha betydning på andre måter under misbruksforbudet. Østerud fremhever følgende:

"Under Article 102 TFEU, the EU Courts have thus used the intention of a dominant firm in three different ways. *Firstly*, an exclusionary intention has been used as a criterion for establishing an abuse,

¹¹² Sak T-286/09, prem. 1601, henvisninger utelatt.

¹¹³ Sak C-413/14 P Intel v Kommissjonen (ECLI:EU:C:2017:632), prem. 139.

¹¹⁴ Se hhv. sak 62/86 AKZO (ECLI:EU:C:1991:286), sak C-457/10 P AstraZeneca (ECLI:EU:C:2012:770) og sak T-111/96 ITT Promedia (ECLI:EU:T:1998:183).

as in the tests for predatory pricing between ATC and AVC and for vexatious litigation. *Secondly*, when applying form-based tests an exclusionary intention has been inferred from the engagement in specific forms of conduct by dominant undertakings [f.eks. pris under AVC]. *Thirdly*, an exclusionary intention has been used as a means of proof as part of more comprehensive analyses of effects."¹¹⁵

Siden misbruk representerer en objektiv standard, vil konkurransestridig intensjon verken utgjøre en nødvendig eller tilstrekkelig betingelse for misbruk (utover de tilfellene hvor hensikten er tatt inn som del av den materielle testen, for eksempel for rovprising).¹¹⁶ Derimot vil en eventuell hensikt inngå som ett av flere momenter i den helhetsvurderingen som må foretas av atferdens virkninger, typisk spørsmålet om atferden er egnet til å begrense konkurransen.¹¹⁷ Konkurransestridig hensikt kan etableres på grunnlag av for eksempel interne dokumenter fra et foretak,¹¹⁸ men også ytre omstendigheter, typisk slik at atferden bare anses som rasjonell dersom den medfører en begrensning i konkurransen.¹¹⁹ Sistnevnte gjelder typisk ved priser under variable kostnader etter AKZO-testen, slike priser "make no economic sense" med mindre de stenger ute konkurrenter.

Der det foretas en vurdering av hvorvidt en atferd er egnet til å begrense konkurransen har ikke EU-domstolen anvendt en konsekvent terminologi. Typisk benyttes "such as to", "likely to", "capable to" og "tends to", og at disse benyttes som synonymer eller om hverandre. En slik egnethetsvurdering foretas typisk som en avsjekk mht. at en gitt atferd faktisk omfattes av forbudet, der den allerede møter objektive krav til misbruk, f.eks. at den ligger innenfor en forhåndsdefinert kategori av tilfeller som anses som misbruk, for eksempel eksklusivavtaler, retroaktive rabatter osv.¹²⁰ Det er ikke helt klart hva som ligger i en slik vurdering. Enkelte forfattere anser det som et krav om at skadevirkninger må sannsynliggjøres,¹²¹ men det er nok mer treffende å karakterisere det som et krav om at atferden i det konkrete tilfelle må ha årsaksevne, det vil si være i stand til å fremkalle skadevirkninger.¹²²

¹¹⁵ Eirik Østerud: Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, Wolters Kluwer 2010, s. 155.

¹¹⁶ Sak C-307/18 Generics (UK), ECLI:EU:C:2020:52, prem. 162, O'Donoghue/Padilla: The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2nd ed. 2013, s. 280.

¹¹⁷ I Telenor-saken er overtredelsen basert utelukkende på konkurransestridig intensjon i kombinasjon med at atferden ble ansett som "egnet til" å begrense konkurransen. En slik bruk av hensikt som hovedkriterium kan tas som uttrykk for fremveksten av en ny test for misbruk. (Saken er ikke rettskraftig avgjort).

¹¹⁸ Se f.eks. sak C-549/10 P Tomra, ECLI:EU:C:2012:221, prem. 16-28, og sak T-321/05 AstraZeneca v Kommisjonen, prem. 848. (Opprettholdt i sak C-457/10 P).

¹¹⁹ Se nærmere Blockx (2020), s. 93, pkt.317.

¹²⁰ Se f.eks. sak C-549/10 P Tomra, ECLI:EU:C:2012:221, prem. 68 og sak C-23/14 Post Danmark II, ECLI:EU:C:2015:651, prem. 64-67. Jf. dessuten EFTA-domstolen i sak E-15/10 Posten, prem. 131 og Høyesterett i Rt. 2011 s. 910 avsnitt 64.

¹²¹ O'Donoghue/Padilla (2013), s. 269-70.

¹²² I Telenor-saken, der misbruk utelukkende etableres ut fra hensikt og egnethet, legger Konkurranseskilagenemnda til grunn at man i virkningsvurderingen må legge til grunn det alternativet

Gjennomgangen viser at konseptet misbruk absolutt inneholder kognitive elementer, jf. den utstrakte bruken av konkurransestridig hensikt. Slik hensikt kan etableres ut fra observerbare faktiske omstendigheter, i likhet med under skyldkravet. Samlet sett fører dette til en konvergens mellom "rene objektive" og "rene subjektive" elementer av den karakter som vi allerede har påpekt i strafferettslig sammenheng.¹²³

4.3 Samarbeidsforbudet

Samarbeidsforbudet omfatter avtaler og samordnet praksis som enten har et konkurransebegrensende "formål" eller "virkning". Samarbeidskriteriet innebærer at det enten må etableres en avtale eller samordnet praksis mellom foretak. Samordnet praksis representerer en mer uformell koordinering, ved at det skapes en felles forståelse basert på kontakt mellom foretakene.¹²⁴ Avtalekriteriet innebærer at det må etableres uttrykk for en felles vilje.¹²⁵ Begge alternativene forutsetter bevisste handlinger fra foretak, ved at det overfor andre gis uttrykk for en vilje til å binde seg eller til å – under forutsetning av at andre gjør det samme – opptre på en bestemt måte i markedet.¹²⁶ I Anic uttaler EU-domstolen for eksempel:

"When, as in the present case, the infringement involves anti-competitive agreements and concerted practices, the Commission must, in particular, show that the undertaking intended to contribute by its own conduct to the common objectives pursued by all the participants and that it was aware of the actual conduct planned or put into effect by other undertakings in pursuit of the same objectives or that it could reasonably have foreseen it and that it was prepared to take the risk."¹²⁷

Uttalelsen gjelder spørsmålet om et foretaks deltakelse i den samlede overtredelsen over tid, ikke kravet om skyld. Dette understrekes av prinsippet om at et foretak som klart tilkjennegir overfor de øvrige at det ikke deler deres (konkurransestridige) formål, ikke vil anses å overtre forbudet.¹²⁸ Det avgjørende for overtredelse er imidlertid ikke det enkelte foretakets hensikt i så måte, men snarere hvordan denne oppfattes av de øvrige foretakene. Grunnet de subjektive faktorene knyttet til etableringen av en avtale eller

"som har de beste grunner for seg", men avgrenser mot rent hypotetiske muligheter (Sak 2019/34, avgjørelse av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), pkt. 212).

¹²³ Jf. punkt 2.2.3 ovenfor.

¹²⁴ Se forente saker 48 etc./69 ICI m.fl. v. Kommisjonen (ECLI:EU:C:1972:70), prem. 64 og forente saker 40 etc./73 Suiker Unie v Kommisjonen [1975] ECR 1663, prem. 174.

¹²⁵ Se nærmere forente saker C-2 og 3/01 P Bayer, (ECLI:EU:C:2004:2), prem. 101, og sak E-3/97 Opel/Jæger, prem. 35 og 36. Se også 2.2.3 ovenfor med eksempler fra strafferetten.

¹²⁶ Blockx (2020), s. 65, pkt. 218, uttaler f.eks. at "The concepts of 'agreement' and 'concertation' are infused with the terminology of the human mind."

¹²⁷ Sak C-49/92 P Anic Partecipazioni, [1999] ECR I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, prem. 87.

¹²⁸ Se sak C-199/92 P Hüls AG v Kommisjonen, [1999] ECR I-4287, ECLI:EU:C:1999:358, prem. 155.

felles forståelse, vil etableringen av et slikt samarbeid uansett normalt måtte anses forsettlig.

Konkurransbegrensende formål defineres gjerne som avtaler eller samordnet praksis som "by their very nature" er konkurranseskadelige. Sondringen er i utgangspunktet grei; formålskategorien er reservert for de mest alvorlige konkurransbegrensninger. Formålskategorien skal ikke fortolkes vidt. I *Cartes Bancaire* kom Domstolen til at Underretten hadde tatt feil når den hadde lagt til grunn at "the concept of restriction of competition by 'object' must not be interpreted 'restrictively'".¹²⁹ EU-domstolen har sagt om distinksjonen at

"The distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition."¹³⁰

Formålsalternativet dekker typisk overtredelser i form av kartellvirksomhet, for eksempel prissamarbeid og markedsdeling, mens virkningsalternativet dekker andre former for samarbeid der konkurransbegrensningen ikke er like entydig. I *GlaxoSmithKline* formulerer Domstolen vurderingskriteriene slik at

"in order to assess the anti-competitive nature of an agreement, regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part."¹³¹

Sitatet angir hvilke faktorer som må vurderes for å klassifisere en praksis som konkurransbegrensende etter sitt formål. Utgangspunktet er dermed at formålsvurderingen ikke er utelukkende formell, jf. i motsetning per se regler i amerikansk antitrustrett. I henhold til Domstolen må man se på avtalens *ordlyd* ("precise purpose") og den *rettslige og økonomiske konteksten* avtalen inngår i. Videre er det sikker rett at det kan tas hensyn til partenes *hensikt*, men at dette verken utgjør en nødvendig eller tilstrekkelig betingelse for at konkurransbegrensende formål skal kunne

¹²⁹ Sak C-67/13 P *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, prem. 58.

¹³⁰ Sak C-8/08 *T-Mobile* [2009] ECR I-4529 (ECLI:EU:C:2009:343), prem. 29. Se også sak C-290/07 *Beef Industry* [2008] ECR I-8637 (ECLI:EU:C:2010:480), prem. 17.

¹³¹ Forente saker C-501 etc./06 *GSK* [2009] ECR I-9291 (ECLI:EU:C:2009:610), prem. 58. Spørsmålet om hva som ligger i konkurransbegrensende formål for øvrig vært opp for Domstolen i en rekke saker, jf. senest sak C-228/18 *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, og sak C-307/18 *Generics (UK)*, ECLI:EU:C:2020:52, begge med fyldige henvisninger. Jf. videre EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-3/16 *Ski Taxi* m.fl.

etableres.¹³² Formålet etableres således ut fra observerbare faktiske omstendigheter, som i likhet med etter misbruksforbudet kan indikere en konkurransetridig hensikt.¹³³

Skyldkravet har i praksis vært knyttet direkte til formålsalternativet, som for eksempel i *Belasco*, der det heter at "it is sufficient that it *could not have been unaware* that the contested conduct had as its object the restriction of competition."¹³⁴ I *Schenker* benyttes imidlertid formuleringen "cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct."¹³⁵ I Rt. 2012 s. 1556, som også gjaldt en formålsrestriksjon, la Høyesterett til grunn at "Gran & Ekran må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med Grunnarbeid på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen."¹³⁶ Det må være klart at skylden ikke kan knyttes til det rettslige konseptet konkurransebegrensende "formål", men til de faktiske omstendighetene som begrunner denne karakteristikken. At foretaket legger noe annet i hva som anses som et konkurransebegrensende formål vil måtte vurderes som en form for rettsuvidenhet. Leses praksis slik, synes situasjonen dermed parallell som under misbruksforbudet, det er "the essential facts" som etablerer et misbruk som skylden må knyttes opp mot.

I *El-proffen*-saken tar Konkurranseskjennemnda, eksplisitt i forbindelse med en forsettsvurdering, det utgangspunkt at "skylden må dekke alle de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen, herunder også eventuelle skadevirkninger på konkurransen i markedet."¹³⁷ Etter vår oppfatning er det ikke nødvendig å gå så langt, all den tid en ved formålsalternativet nettopp ikke trenger å påvise skadevirkninger på markedet.

Samtidig vil partenes hensikt som påpekt kunne være relevant i vurderingen av om det foreligger et konkurransetridig formål. I HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) skiller Høyesterett ikke klart mellom en vurdering av samarbeidets "skadelige natur" på den ene siden og skyldvurderingen på den andre. Her heter det nemlig (i vurderingen av om samarbeidet var skadelig) at "de måtte være klar over at det neppe fantes mange andre konkurrenter i

¹³² Se forente saker 96 etc./82 IAZ [1983] ECR 3369, prem. 25 (ingen nødvendig betingelse), sak C-551/03 *P General Motors* [2006] ECR I-3173, prem. 77-78 (hensikt kan tas i betraktning som bevis for konkurransebegrensende formål), sak C-290/07 *Beef Industry* [2008] ECR I-8637, prem. 27 (andre påviste hensikter – omstrukturering av kjøttindustrien – fratrar ikke avtalen et konkurransebegrensende formål).

¹³³ Se f.eks. sak C-307/18 *Generics (UK)*, ECLI:EU:C:2020:52, prem. 87, der det benyttes en slags "no economic sense" tilnærming: "a characterisation as a 'restriction by object' must be adopted when it is plain from the analysis of the settlement agreement concerned that the transfers of value provided for by it cannot have any explanation other than the commercial interest of both the holder of the patent and the party allegedly infringing the patent not to engage in competition on the merits."

¹³⁴ Sak 246/86 *Belasco v Kommissjonen* (ECLI:EU:C:1989:301), prem. 41.

¹³⁵ Sak C-681/11 *Schenker*, (ECLI:EU:C:2013:404), prem. 37.

¹³⁶ Avsnitt 66.

¹³⁷ KTKN-2018-1, pkt. 284.

Follo."¹³⁸ Ut fra sammenhengen er dette en vurdering av om samarbeidet hadde konkurransebegrensende formål, og ikke en vurdering av skyld. Muligens kan argumentet tas til inntekt for at det forelå en hensikt om å begrense konkurransen, men dette viser uansett at det er en konvergens mellom skyldkravet (kognitive elementer) og de materielle normene.¹³⁹

Ved *virkningsalternativet* vil skylden også måtte knytte seg til de faktiske omstendigheter som begrunner en konklusjon om konkurransebegrensende virkning. Etter virkningsalternativet kreves det ikke at det kan påvises faktiske skadevirkninger på konkurransen. Tvert imot er det tilstrekkelig at konkurransen potensielt begrenses. Like fullt vil skylden her måtte omfatte de faktiske omstendighetene som gjør det mulig å konkludere med en slik potensiell virkning. Der det er sammenhenger som økonomisk teori har oppstilt som danner grunnlaget for å etablere en potensiell konkurranseskade, kan det ikke kreves at foretakene kjente eller burde kjent til disse. Det innebærer for eksempel at dersom det foreligger utveksling av historisk prisinformasjon, vil vurderingen av hvorvidt denne i henhold til markedets struktur kan fjerne incentiver til å kutte priser måtte anses som en rettslig vurdering.¹⁴⁰ Skylden må da dekke forhold som markedets struktur (typisk antall aktører) og informasjonens art. Villfarelse om sammenhenger og modeller oppstilt i økonomisk teori må vurderes på linje med rettsuvidenhet.

5. Skyldkravet og erstatningsansvar for konkurranseovertridelser

Erstatningsansvar ved brudd på konkurransereglene vil etter norsk rett følge den alminnelige uaktsomhetsnormen. De konkurranserettslige normene vil innenfor denne legges til grunn som skrevne handlingsnormer. Slik vi har sett ovenfor har EU-domstolen etter bøteansvaret lagt til grunn at foretaket identifiseres direkte med sine ansatte, og at skyld rutinemessige etableres ut fra de faktiske omstendigheter. Etter norsk rett vil det innenfor erstatningsansvaret være to grunnlag for å holde foretaket ansvarlig; enten ved identifikasjon etter organansvaret eller etter skl. § 2-1 om arbeidsgiveransvar.

I praksis er det sistnevnte grunnlag som er mest aktuelt. Etter skl. § 2-1 kan det enten etableres et erstatningsbetingende forhold på enkeltansattes hånd, eller ansvaret kan etableres på grunnlag av anonyme eller kumulative feil, jf. tilsidesettelse av de krav

¹³⁸ HR-2017-1229-A, avsn. 46.

¹³⁹ Det er da også typisk at nettopp dette avsnittet siteres av Konkurransklagenemnda i forsettsvurderingen i El-Proffen-saken (sak 2018/112 og 113, vedtak 31. august 2018 (KTKN-2018-1), pkt. 298-299.

¹⁴⁰ Jf. her sak C-7/95 UK Tractors [1998] I-3111 (ECLI:EU:C:1998:256), prem. 88-90.

skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten. Todelingen her kan ses på som en parallell til formuleringen av skyldkravet i krrl. § 29, ved at skyld enten kan etableres for enkeltansatte eller for foretaket som sådant – forutsatt at driften har vært organisert på en måte som må betraktes som uforsvarlig. I så måte oppstiller skl. § 2-1 to ansvarsformer; et objektivt ansvar avledet av ansattes skyld, og et selvstendig ansvar for feil som måtte oppstå.¹⁴¹

Overtredelse av samarbeidsforbudet kan typisk skje ved beslutninger truffet av et foretak uten at disse kan føres tilbake til enkeltpersoner som også har deltatt i ulovlige kontakter med konkurrenter, eventuelt ved at ulike ansatte på ulike tidspunkter har mottatt informasjon fra konkurrenter. Slike overtredelser kan imidlertid også skje mer utelukkende basert på enkeltpersoners opptreden, noe for eksempel asfaltsaken viser.¹⁴² Tilsvarende vil misbruk av dominerende stilling også kunne baseres på en rekke beslutninger i organisasjonen som gir seg utslag i atferd som anses som en overtredelse. I slike tilfeller vil alternativet anonyme feil være mer nærliggende enn å etablere uaktsomhet ned på enkeltpersonnivå. I tilfeller hvor overtredelse etableres på grunnlag av en rekke identifiserbare beslutninger, vil alternativet kumulative feil også komme inn. Siden erstatningsansvar bare forutsetter at terskelen for uaktsomhet er overskredet, vil man ikke komme inn på konseptuelle problemer knyttet til å etablere forsett på grunnlag av slike feil.

Det vil sprengte rammene for denne fremstillingen å gå nærmere inn på de mange formene for overtredelse som kan oppstå og hvordan disse forankres i foretakets organisasjon. I kraft av brudd på skrevne handlingsnormer som tar sikte på å beskytte skadelidte mot konkurranseskader, vil konkurranseovertredelser måtte anses å ligge utenfor det skadelidte med rimelighet har grunn til å regne med. Selv om skyld på enkeltpersonnivå vil kunne være aktuelt som grunnlag for avledet ansvar etter skl. § 2-1 i en rekke saker, er det grunn til å tro at det selvstendige ansvaret for anonyme og kumulative feil ofte vil komme inn i konkurransesaker. Ansvarskonstruksjonen synes dermed helt på linje med skyldkonstruksjonen under bøteansvaret, som et objektivt ansvar for systemsvikt.

Et krav om skyld vil som sådant neppe være i strid med EU- og EØS-rettens krav om effektiv rettighetsbeskyttelse.¹⁴³ Her kan det for eksempel pekes på den såkalte

¹⁴¹ Se Viggo Hagstrøm og Are Stenvik: Erstatningsrett, 2. utg. 2019, s. 242.

¹⁴² NCC Roads AS, dom fra Borgarting lagmannsrett 29. juni 2015 (LB-2014-76039).

¹⁴³ Se Katri Havu: Fault in EU Law Based Competition Restriction Damages Cases (July 14, 2014). Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2014/16, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2465912>, pkt. 2.

Schöppenstedt-formelen om "tilstrekkelig kvalifisert brudd" som også er akseptert innenfor det offentlige EØS-rettslige ansvar.¹⁴⁴ At et skyldansvar likevel vil kunne sensureres i medhold av effektivitetsprinsippet dersom det i praksis ikke gir en tilstrekkelig beskyttelse av EØS-rettslige rettigheter, er likevel åpenbart.¹⁴⁵ Gitt at ansvaret etter skl. § 2-1 i alle fall tilsynelatende fanger opp de tilfeller hvor det kan konstateres forsett eller uaktsomhet i henhold til forordning 1/2003 art. 23 nr. 2, er det neppe grunn til å tro at ansvarsgrunnlaget etter norsk rett ikke tilfredsstiller effektivitetskravet.¹⁴⁶

6. Mot et objektivt ansvar for systemsvikt?

Denne artikkelen har vist at sanksjonsreglene for foretak er preget av ulike og på mange punkter uklare skyldbegrep. Konkurranseloven står for sin del i et særlig spenningsforhold mellom på den ene siden, strafferetten og forvaltningsretten allmenne system for foretakssanksjoner, og EØS-retten på den andre siden. Lovens løsning sammenfaller ikke med noen av disse. Dermed gir disse andre områdene, som konkurranseretten tidligere har hatt pretensjoner om å lene seg på, ikke uten videre veiledning for å forstå konkurranseretten skyldkrav. Som artikkelen har vist, ser vi samtidig at skyldkravet ikke er et helt avgrenset vilkår for ansvar, men et vilkår som snarere henger nært sammen med dem som inngår i handlenormen og videre også reguleringen av rettsvillfarelse. Disse sammenhengene gjør skyldkravet i konkurranseretten ytterligere utfordrende å forstå og å anvende. Samlet sett viser gjennomgangen at det er behov for en større gjennomtenkning av skyldkravet i konkurranseretten, der ikke minst behovet for bedre sammenheng i reglene bør tas i betraktning.

¹⁴⁴ Etter sak 5/71 Schöppenstedt v Rådet, [1971] ECR 975 (ECLI:EU:C:1971:116). Se inngående Halvard Haukeland Fredriksen: Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, Bergen 2013, kap. 6.

¹⁴⁵ Se forente saker C-46/og 48/93 Brasserie du Pêcheur, [1996] ECR I-1029 (ECLI:EU:C:1996:79), prem. 79 (om statens erstatningsansvar). Jf. også EU-domstolens sensur av nasjonale adekvansbegrensninger ved erstatning for brudd på konkurransereglene i sak C-435/18 Otis, ECLI:EU:C:2019:1069, og sak C-557/12 Kone, ECLI:EU:C:2014:1317.

¹⁴⁶ EU-domstolen har i senere praksis trukket veksler på bøteansvaret ved vurderingen av om nasjonal erstatningsrett er i samsvar med effektivitetsprinsippet. I C-724/17 Skanska, ECLI:EU:C:2019:204, ble f.eks. finske regler som avskar ansvar for et morselskap (som hadde overtatt og likvidert selskapet som hadde begått overtredelsen), ansett i strid med prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse, under henvisning til bl.a. prinsippene om morselskapsansvar under bøteregele. Iht. Domstolen er det *foretaket* (som et funksjonelt konsept) som er ansvarssubjekt, og et slikt ansvar vil derfor ikke være i strid med prinsippet om at ansvaret er personlig (prem. 31-32).

Utfordringene synes samtidig å henge nært sammen med den mer generelle utfordringen med skyldkrav for foretak. Som vi har vist, har allerede strafferetten søkt å finne løsninger ved å bygge videre på skyldkravet for individer, samtidig som dette er søkt tilpasset foretakets særlige karakter som rettssubjekt. Denne løsningen har gradvis ført til at skyldkravet på en problematisk måte er tatt ut av vilkårene for foretaksstraff i strl. § 27, og nå også i fvl. § 46. Utviklingen kan ses som et uttrykk for at vilkårene for et individuelt ansvar, tilpasset individets karakter og forutsetninger, ikke så lett lar seg anvende på en slik sosial konstruksjon som et foretak tross alt er. Etter hvert som ulike sanksjonsspor for foretak får en mer selvstendig karakter, og blir mer uavhengig av individansvaret, synes da også behovet for tilpassede løsninger å vokse.

Løsningen ligger etter vårt syn i EØS-retten og det som kan synes som trekk av en egen form for foretaksskyld, som i større utstrekning anerkjenner foretak som et rettssubjekt av en annen karakter enn individene. For foretaket blir vurderingene gjerne mer treffende om man tenker i retning av en form for organisasjonsskyld eller et systemansvar, der kunnskap som finnes i organisasjonen inngår i en bredere vurdering av om det som har skjedd i foretakets regi har vært forsvarlig.

Uavhengig av om dette er den foretrukne vei å gå, synes det imidlertid klart at den sprikende, stegvise og uklare utviklingen av skyldkravet knyttet til foretak ikke er heldig. En samlet gjennomtenkning fra lovgiverhold ville ikke minst komme konkurranseretten til gode.