

Er det hensiktsmessig med både overtredelsesgebyr og foretaksstraff som sanksjon ved samme brudd på konkurranseloven?

Av universitetsstipendiat Knut Høivik

1 INNLEDNING

Dersom et foretak overtrer konkurranselovens forbudsbestemmelser, risikerer det særlig to offentligrettslige sanksjoner: Overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 og foretaksstraff, jf. konkurranseloven § 30 og straffeloven § 48 a. Temaet for denne artikkelen er om dette tosporede sanksjonssystem er hensiktsmessig.¹

For å sikre at enkeltvedtak og pålegg om å gi opplysninger til konkurransemyndighetene etterleves, kan Konkurransetilsynet i tillegg ilegge et foretak tvangsmulkt til forholdet er rettet, jf. konkurranseloven § 28. Denne spesielle sanksjonsformen behandles ikke i denne artikkelen. Det samme gjelder muligheten for å gi dom for inndragning etter straffeloven §§34–38.

Bakgrunnen for å reise spørsmålet er at overtredelsesgebyret og foretaksstraffen i stor grad tjener samme funksjon. *Anvendelsesområdet* for de to sanksjonstypene er langt på vei sammenfallende. De fleste lovovertridelser, ikke minst det sentrale forbudet i § 10 mot konkurransebegrensende avtaler, kan gi grunnlag for både overtredelsesgebyr og straff. Et viktig unntak er likevel brudd på forbudet i § 11 om misbruk av dominerende stilling, som bare gir grunnlag for overtredelsesgebyr, ikke straff, jf. § 29 første ledd bokstav a, sml. § 30 første ledd bokstav a. Både overtredelsesgebyr og foretaksstraff er videre en *bøtesanksjon*. Dessuten har begge sanksjonene et *preventivt formål*. Overtredelsesgebyret skal styrke den preventive effekt av konkurranselovens forbudsbestemmelser.² I tråd med straffens generelle formål har også foretaksstraffen en preventiv begrunnelse. Formålet er å styrke straffebudets preventive effekt sammenlignet med hva som kan oppnås gjennom et personlig straffansvar.³

Siden overtredelsesgebyret og foretaksstraffen har samme grunnlag (overtredelse av forbudsbestemmelser konkurranseloven), samme formål (prevensjon) og samme karakter (bot), er det grunn til å reise spørsmål om det er behov for begge sanksjoner. Hvorfor valgte man et system med to alternative bøtesanksjoner for samme lovbrudd?

I konkurranselovens forarbeider er systemet begrunnet i særlig to hensyn: Hensynet til harmonisering med EU-konkurranseretten, jf. nedenfor pkt. 2, og effektivitetshensynet, jf. nedenfor pkt. 3. Vi skal se litt nærmere på hvor langt disse to hensyn kan begrunne et tosporet sanksjonssystem.

¹ Med «foretak» menes «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet», jf. konkurranseloven § 2. Dette omfatter i praksis alle næringsdrivende juridiske personer som for eksempel selskaper, stiftelser, foreninger og samvirkeforetak. Også enkeltpersonforetak omfattes.

² Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte.

³ Se Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 7 andre spalte.

2 HARMONISERINGSHENSYNET

Innføringen av et tosporet sanksjonssystem med overtredelsesgebyr og foretakstraff må ses i lys av ønsket om å harmonisere norsk konkurranserett med EU-konkurranserettens reguleringssystem. Den tidligere konkurranselov av 11. juni 1993 nr. 65 (konkurranseloven 1993) var utformet som en kombinert forbuds- og inngrepslov. Dersom foretak utviste konkurransebegrensende atferd, kunne Konkurransetilsynet treffe inngrepsvedtak etter § 3-10. Konkurranseloven 1993 hjemlet videre to administrative sanksjoner som kunne brukes mot foretak: Etter § 6-5 hadde Konkurransetilsynet for det første kompetanse til å pålegge foretak helt eller delvis å avstå den vinning foretaket oppnådde ved overtredelse av konkurranseloven, eller inngrepsvedtak med hjemmel i loven. Denne kompetansen ble aldri benyttet.⁴ Etter § 6-4 hadde Konkurransetilsynet for det andre kompetanse til å ilegge tvangsmulkt overfor foretak. Formålet med denne sanksjonen var å sikre at inngrep ved enkeltvedtak etter konkurranseloven ble overholdt. Tvangsmulkt gikk ut på at den som vedtaket rettet seg mot, skulle betale en løpende mulkt til staten til forholdet var rettet. Den ble svært sjelden benyttet.⁵ Ut over dette kunne et foretak som brøt konkurranselovens forbudsregler eller konkurransetilsynets inngrepsvedtak, ilegges foretaksstraff.

Under dette sanksjonssystemet tjente de administrative sanksjoner og foretaksstraffen ulike formål. Vinningsavståelse var først og fremst begrunnet i hensynet til at ingen skal tjene på lovovertridelser. Tvangsmulktens funksjon var først og fremst å være et tvangsmiddel for å sikre fullbyrdelse av et individuelt pålegg. Tatt i betraktning den sjeldne bruk av de administrative sanksjoner, var straff rent faktisk den dominerende sanksjon overfor foretak etter konkurranseloven 1993.

Konkurranseloven markerte overgang til et nytt reguleringssystem på konkurranserettens område. Inngrepshjemlene er langt på vei byttet ut med forbudsbestemmelser; ikke minst når det gjelder de sentrale forbudene mot konkurransebegrensende avtaler, jf. § 10, og misbruk av dominerende stilling, jf. § 11. Bakgrunnen for denne endringen i reguleringssystem var ønsket om å harmonisere reglene med EU-konkurranserettslige regler som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 svarer således til EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Overgangen fra inngrepshjemler til forbudsbestemmelser, aktualiserte også *harmonisering av sanksjonssystemet*. Ved brudd på EU-konkurranserettslige forbud kan foretaket ilegges bøter.⁶ Det er Kommisjonen som har kompetanse til å ilegge et foretak bot. Avgjørelsen kan bringes inn for EU-domstolen. De nærmere regler om vilkår for og utmåling av bøtesanksjonen er regulert i Rådets forordning nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i traktaten art. 81 og 82 (RfO nr. 1/2003). Med hjemmel i forordningen har Kommisjonen i tillegg utarbeidet nærmere retningslinjer for utmåling av bøtene. Etter forordningen artikkel 23 nr. 5 har boten ikke strafferettslig karakter. Etter alt å dømme vil foretaket like fullt være beskyttet av rettssikkerhetsgarantiene i EMK art. 6. Et ordinært straffansvar for fysiske personer eller foretak er ikke mulig innenfor EU-systemet.

⁴ Se NOU 2003: 12 s. 115 andre spalte.

⁵ På tidspunktet for Konkurranselovutvalgets innstilling, hadde den bare blitt benyttet i tre tilfeller som gjaldt manglende etterlevelse av vedtak etter § 3-10, jf. NOU 2003: 12 s. 116 første spalte.

⁶ Kommisjonen har også kompetanse til å ilegge et foretak tvangsmulkt for å tvinge frem opphør av en overtredelse eller etterlevelse av et pålegg, jf. RfO nr. 1/2003 artikkel 24.

Konkurranselovutvalget uttalte om dette:⁷

«EU/EØS-retten har et langvarig og etablert system med sivilrettslige bøter. Reelle hensyn taler for at konkurransemyndighetene ved en desentralisering får kompetanse til å ilegge sivilrettslige bøter ved brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54, slik som EFTA's overvåkningsorgan har i dag. Like prosessuelle regler og sanksjoner for saker med EØS-dimensjon og nasjonale saker bidrar til likebehandling og økt forutberegnelighet for aktørene. Dette kan igjen tale for at dersom sivilrettslige bøter blir innført gjennom desentralisert håndheving, bør sivilrettslige bøter også kunne ilegges i nasjonale saker.»

En spesiell side ved harmoniseringsargumentet var at straffutmålingspraksis etter konkurranseloven 1993 ikke var i overensstemmelse med utmålingspraksis i EU. Konkurranselovutvalget slo i den forbindelse fast:⁸

«Bøtenivået ved overtredelser av EU/EØS-konkurransereglene har som det fremgår ovenfor generelt vært høyere enn ved overtredelser av den norske konkurranseloven. Harmonisering av sanksjonsmidler kan sikre at bøtenivået som da gjelder ved overtredelser av EU/EØS-reglene opprettholdes ved desentralisert lovgivning.»

Innføring av et administrativt overtredelsesgebyr som utmåles i samsvar med bøtenivået i EU-konkurranseretten, skulle dermed bidra til å harmonisere bøtenivået.

Harmoniseringsargumentet er i forarbeidene først og fremst fremhevet som argument for innføring av en administrativ sanksjon som supplement til foretaksstraffen. Det er grunn til å påpeke at hensynet til harmonisering med EU-rettens konkurranseregler kunne vært ivaretatt gjennom videreføring av foretaksstraffen uten en supplerende administrativ sanksjon. EU-konkurranseretten krever nemlig ikke at sanksjonen skal være administrativ. Bakgrunnen for EU-konkurranserettens ensporede administrative system er blant annet at medlemslandene ikke har villet vedta overnasjonale håndhevingsorganer som kan ilegge borgerne straff.⁹ Den administrative bøtesanksjonen mot foretak er dermed den eneste (vesentlige) sanksjonsform ved brudd på EU-konkurranserettens forbud.

Problemet med at straffutmålingsnivået har vært lavere enn praksis i EU, kunne vært løst ved en lovfestet skjerpning av straffenivået. Slik er systemet i Danmark, hvor et foretaks brudd på konkurranselovgivningen sanksjoneres med foretaksstraff.

På den andre siden kunne harmoniseringshensynet vært ivaretatt gjennom å erstatte foretaksstraffen med overtredelsesgebyr. I Sverige kan det reageres med en administrativ bøtesanksjon overfor foretak som bryter konkurranseloven. Overtredelser er imidlertid ikke straffbare.

Følgelig er det ingen nødvendig sammenheng mellom et tosporet sanksjonssystem og behovet for harmonisering med EU-rettens konkurranseregler.

⁷ Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte. Se også (2003–2004) s. 116–117.

⁸ Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte, jf. s. 125 andre spalte. Departementet tiltrådte denne vurderingen, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 andre spalte.

⁹ NOU 2003: 12 s. 125 andre spalte.

3 HENSYNET TIL ET EFFEKTIVT SANKSJONSSYSTEM

3.1 Innledning

Det andre sentrale hensyn som bærer et tosporet sanksjonssystem, er ønsket om et effektivt sanksjonssystem. Dette effektivitetshensynet knytter seg dels til håndhevelsen av sanksjonene og dels til behovet for et fleksibelt sanksjonssystem.

3.2 Overtredelsesgebyret kan håndheves mer effektivt enn straff.

Et sentralt ledd i begrunnelsen for innføring av overtredelsesgebyr er at denne sanksjonen kan håndheves mer effektivt enn straffesanksjonen. Overtredelsesgebyret er en administrativ sanksjon som håndheves av Konkurransetilsynet. Dersom et foretak blir ilagt overtredelsesgebyr, kan det bringe spørsmålet inn for domstolen gjennom sivilt søksmål. Foretaksstraff ilegges ved dom, jf. grunnloven § 96, og behandles etter straffeprosessens regler. Konkurranselovutvalget viste til at gebyret kan håndheves mer effektivt blant annet fordi det ikke vil gjelde samme krav til bevisets styrke for å idømme overtredelsesgebyr som for straff. Utvalget la til grunn at beviskravet bør være «klar sannsynlighetsovervekt».¹⁰ Departementet mente terskelen var enda lavere og la til grunn at det er tilstrekkelig med «sannsynlighetsovervekt».¹¹ Selv om departementets uttalelse legges til grunn som lovgivers intensjon, bidrar forholdet til EMK artikkel 6 og beviskravsreglene i EUs konkurranseret til at løsningen likevel er nokså usikker.¹²

En annen faktor som kan bidra til å overtredelsesgebyret kan håndheves mer effektivt enn straff, er at Konkurransetilsynet har en faglig kompetanse som kanskje gjør det bedre rustet enn påtalemyndigheten til å etterforske lovbrudd innen for denne sektoren.¹³

Hensynet til effektiv håndhevelse er imidlertid neppe i seg selv en overbevisende grunn til et tosporet system. Konsekvensen av argumentet er snarere at det vil være lite behov for foretaksstraff ved siden av overtredelsesgebyret. Dette bringer oss over til den andre siden av effektivitetsargumentet.

3.3 Hensynet til et mer fleksibelt sanksjonssystem.

Den nye konkurranseloven innebærer flere forbudsregler sammenlignet med konkurranse-loven 1993. Dette skaper behov for et mer finmasket reaksjonssystem som fanger opp både alvorlige og mindre alvorlige lovbrudd. Et tosporet sanksjonssystem kan sikre større fleksibilitet med hensyn til valg av sanksjonsform sammenlignet med et system som bare åpner for overtredelsesgebyr *eller* foretaksstraff.¹⁴

Et fleksibelt sanksjonssystem forutsetter imidlertid at de ulike sanksjoner tjener ulike funksjoner. Konkurranselovutvalget fremhevet i den forbindelse at straff burde forbeholdes de mest

¹⁰ Se NOU 2003: 12 s. 131 første spalte.

¹¹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 241 første spalte, jf. s. 117 andre spalte. Tilsvarende syn er lagt til grunn av Konkurransetilsynet i vedtak om overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 11, jf. V2005-9: SAS AB.

¹² Se Hans Petter Graver: Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten (TfR 2004 s. 465–498), særlig s. 488 flg.

¹³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117 første spalte.

¹⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 andre spalte.

alvorlige lovovertrødelserne, mens den administrative sanksjon skulle anvendes ved mindre graverende forhold:¹⁵

«Innføring av sivilrettslige bøter vil kunne bidra til å fange opp lovovertrødelser som ikke er så graverende at det er nødvendig med en straffereaksjon. Det kan trekkes en parallell til skatterettens område. Dersom ordinær straffesak skulle være eneste reaksjonsmulighet i bekjempelsen av skattesvik, ville de effektivitetskrav som gjør seg gjeldende på dette området, med et stort antall lovovertrødelser, bli tilsidesatt. Dette hensynet tilsier med styrke at det også må kunne opereres med sivilrettslige sanksjonsmidler. Hensynet til forholdsmessighet mellom overtrødelse og sanksjon er viktig. Det er derfor nødvendig med ett sett av reaksjoner som gjør det mulig å velge en reaksjon som er tilpasset den aktuelle overtrødelse. Ved overgangen til et rent forbudsprinsipp der flere type handlinger blir forbudt vil det, i enda større grad enn i dag, være behov for et mindre ekstremt reaksjonsmiddel enn straff.»

Dette synet på forholdet mellom administrativ sanksjon og straff er i tråd med innstillingen til Sanksjonsutvalget.¹⁶ Innstillingen inneholder anbefalinger knyttet til bruk av administrative sanksjoner og straff på generelt grunnlag. Utvalgets anbefaling er at administrative sanksjoner i form av blant annet bøter bør benyttes der det er nødvendig med en sanksjon, men hvor overtrødelsen ikke er så alvorlig at det bør reageres med straff.¹⁷

Uttalelsene i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) vedrørende forholdet mellom overtrødelsesgebyr og foretaksstraff er ikke like klare, men siden departementet gjengir både Konkurranselovutvalgets og Sanksjonsutvalgets anbefaling uten nærmere kommentarer, er det grunn til å trekke den konklusjon at departementet var av samme oppfatning som disse utvalgene på dette punkt.¹⁸ I tillegg presiserte departementet at:¹⁹

«... innføringen av et nytt sivilrettslig sanksjonsspor vil kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og ... dette kan innebære at foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrøkket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig.»

Forarbeidene bygger etter dette på den forutsetning at et tosporet sanksjonssystem best sikrer at sanksjonen står i forhold til overtrødelsens grovhet. Straffesanksjonen skal begrenses til de mest graverende tilfeller, mens overtrødelsesgebyret skal brukes ved øvrige lovbrudd.

At straff skal brukes i de mest graverende tilfeller, forutsetter at foretaksstraff kan anses som en strengere sanksjon mot brudd på konkurranseloven enn et overtrødelsesgebyr. Det er grunn til å reise tvil om dette er treffende. Det som gjør straff til en typisk strengere reaksjonsform enn et administrativt gebyr, er for det første at dens innhold kan være mer inngripende. Overfor en fysisk person trer dette klart frem: En fengselsstraff vil for eksempel være mer inngripende enn et administrativt gebyr. I forholdet mellom overtrødelsesgebyr og foretaksstraff ved brudd på konkurranseloven er dette ikke like innlysende fordi begge sanksjonsformer går ut på betaling av en pengesum. Av forarbeidene fremgår at det er meningen at utmålingen av overtrødelsesgebyr skal tilpasses bøteniåvet i EU-konkurranseretten.²⁰ Dette nivået er i noen saker meget høyt. Konkurranselovutvalget refererer for eksempel til en sak fra 2001 om ulov-

¹⁵ Se NOU: 2003: 12 s. 126 andre spalte.

¹⁶ Se NOU 2003: 15.

¹⁷ Se NOU 2003: 15 s. 150 første spalte.

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 109 første spalte og s. 116 andre spalte.

¹⁹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124 første spalte.

²⁰ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118 første spalte.

lig prissamarbeid og markedsdelingsavtaler hvor Kommisjonen ila bøter på totalt 218 000 000 euro.²¹ Straffutmålingspraksis i norske konkurransesaker har tradisjonelt ligget langt under dette nivået. Det er ingen bestemmelser i konkurranseloven som tar sikte på å skjerpe denne straffutmålingspraksisen, og harmoniseringshensynet tilsier uansett at nivået ikke bør være høyere enn i EU-systemet. Forbudet mot dobbeltstraff i EMK 7. tilleggsprotokoll artikkel 4 nr. 1 vil videre være til hinder for at man anvender både foretaksstraff og overtredelsesgebyr mot et foretak for samme overtredelse av konkurranseloven. Det er derfor grunn til å tro at gebyrpraksis vil ligge på et høyere nivå en bøtestraff.²²

For det andre anses straff som en strengere sanksjon fordi den ofte vil ha en mer stigmatiserende effekt enn en administrativ sanksjon.²³ Overfor foretak vil en eventuell stigmatiserende effekt kanskje først og fremst kunne måles i dets omdømme eller goodwill. Under forutsetning av at utmålingsnivået er like høyt, er det imidlertid høyst usikkert om det spiller noen rolle for omdømmet om det reageres med overtredelsesgebyr eller foretaksstraff ved brudd på konkurranseloven.

I tillegg kommer at ønsket om å forbeholde straff for de mest graverende tilfeller kan være problematisk i forhold til skyldkravet for henholdsvis overtredelsesgebyr og foretaksstraff. Etter konkurranseloven § 29 er et vilkår for overtredelsesgebyr at den som har overtrådt loven på vegne av foretaket, har utvist forsett eller grov uaktsomhet. I forarbeidene er vilkåret begrunnet med at det er nødvendig av hensyn til skyldprinsippet som anses beskyttet av EMK artikkel 6 nr. 2 jf. nr. 1.²⁴ Tilsvarende krav gjelder også i EU-konkurranseretten, jf. RfO nr. 1/2003 artikkel 23 nr. 1. Ved anvendelse av foretaksstraff etter straffeloven § 48 a gjelder et tilsvarende vilkår om skyld for den som har overtrådt straffebudet på vegne av foretaket, jf. Rt. 2002 s. 1312. Skyldkravet modifiseres ved at straffansvaret også omfatter anonyme og kumulative feil.²⁵ Etter den nye straffeloven § 27 første ledd andre punktum kreves imidlertid ikke noen form for skyld ved illeggelse av foretaksstraff. Foretaksstraffen er dermed gjort til et rent objektivt ansvar. Forholdet til skyldprinsippet er overhodet ikke kommentert i forarbeidene, men det presiseres at foretaket ikke blir ansvarlig ved rene uhell og force majeure.²⁶ Særlig i lys av Rt. 2005 s. 833 er det riktig nok tvilsomt om den nye straffeloven § 27 står seg i forhold til skyldprinsippet i EMK artikkel 6 nr. 2, jf. nr. 1. Men inntil videre har lovgiver på den ene siden vedtatt en *streng* administrativ gebyrsanksjon som bygger på skyldansvar, og på den andre siden en *mildere* foretaksstraff som kan ilegges på rent objektivt grunnlag. Det er ikke lett å forene dette med ønsket om å forbeholde straffesanksjonen for de mest graverende overtredelser av konkurranseloven.

Et spesielt problem med et tosporet sanksjonssystem er endelig at forbudet mot dobbeltstraff i EMK 7. tilleggsprotokoll artikkel 4 utfordrer samordningen mellom en parallell straffeforfølgning og administrativ forfølgning av samme forhold. Det synes klart at overtredelsesgebyret

²¹ Se NOU 2003: 12 s. 118.

²² Se NOU 2003: 12 s. 131 første spalte.

²³ Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte, NOU 2003: 15 s. 145 andre spalte, 151 første spalte og 153 første spalte. Se også NOU 2002: 4 s. 86 første spalte.

²⁴ Se NOU 2003: 12 s. 130 andre spalte og Rt. 2005 s. 833.

²⁵ Se Magnus Matningsdal og Anders Bratholm (red.): *Straffeloven. Kommentartutgave. Første Del. Almindelige Bestemmelser* (2. utg. Oslo 2003) s. 395.

²⁶ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242 andre spalte.

er å anse som straff etter EMK.²⁷ Forbudet mot dobbeltstraff innebærer da at en endelig avgjørelse om overtredelsesgebyr er til hinder for at det senere innledes strafferettslig etterforskning mot foretaket om samme forhold eller motsatt. Dersom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten driver parallell forfølgning av samme forhold, blir spørsmålet om dobbeltstraffforbudet er til hinder for fortsatt forfølgning når det faller endelig avgjørelse i straffesaken eller den sivile saken. Konkurranselovutvalget uttalte følgende om dette:²⁸

«Det kan være vanskelig på et tidlig tidspunkt i saken å vite hvorvidt saken vil kunne ut i et forvaltningsvedtak, en sivilrettslig bot eller en anmeldelse til påtalemyndigheten. Dersom det er aktuelt med strafferettslige sanksjoner, vil påtalemyndigheten normalt først begynne å etterforske saken etter anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Det er imidlertid ingenting i veien for at en og samme sak forfølges både hos påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet på samme tid. Påtalemyndigheten kan i prinsippet innlede strafferettslig forfølgning selv om saken behandles hos konkurransemyndighetene. Det er heller ingen rettslige hinder for at konkurransemyndighetene fortsetter å behandle en sak etter at den er sendt påtalemyndigheten. Skjæringspunktet for vernet mot dobbeltstraff inntreffer ved vedtatt forelegg eller, dersom forelegget ikke blir vedtatt, når det foreligger dom i saken. Dersom Konkurransetilsynet har anmeldt en overtredelse som påtalemyndigheten velger å henlegge, har Konkurransetilsynet fremdeles adgang til forfølge saken etter det sivile sporet og utstede forelegg og eventuelt ta ut stevning. Som nevnt utelukker vedtatt forelegg ny sak om samme forhold på samme måte som en dom. Forelegg på sivilrettslig eller strafferettslig bot som ikke vedtas, utelukker imidlertid ikke forfølgning i det motsatte sporet.»

Uttalelsen er noe uklar. Det er nærliggende å tolke utvalget slik at vedtatt forelegg eller endelig dom i den ene saken er til hinder for fortsatt forfølgning i den andre saken. Dette er i hovedsak i samsvar med oppfatningen i juridisk teori.²⁹ Derimot er utvalgets standpunkt om at *henleggelse* av en straffesak ikke er til hinder for at Konkurransetilsynets fortsatte forfølgning av saken, tvilsom. Hensynene bak dobbeltstraffforbudet gjør seg tilsvarende gjeldende i slike situasjoner som når det foreligger en fellende dom. I juridisk teori legger *Skoghøy* til grunn at påtalemyndighetens henleggelse stenger for ny forfølgning.³⁰ Av dette følger at henleggelse i straffesaken bør sperre for fortsatt forfølgning på samme måte som ved en endelig fellende eller frifinnende dom. Dette viser at et tosporet sanksjonssystem skaper et samordningsproblem.

4 OVERTREDELSESGEBYR ELLER FORETAKSSTRAFF?

Slik reglene i dag er utformet, er det ikke lett å se at det eksisterer gode grunner for et tosporet sanksjonssystem med både overtredelsesgebyr og foretaksstraff.

Det kan tenkes minst to alternativer til dagens system. Dersom begge sanksjoner skal opprettholdes, er et alternativ å gi overtredelsesgebyret og foretaksstraffen ulikt anvendelsesområde, for eksempel slik at foretaksstraff bare anvendes ved brudd på forbudet mot konkurransebegrensede avtaler, jf. konkurranseloven § 10, mens overtredelsesgebyret bare anvendes ved brudd på forbudet i § 11 mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

²⁷ Se NOU 2003: 12 s. 131 andre spalte og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117 første spalte.

²⁸ Se NOU: 2003: 12 s. 136 første spalte.

²⁹ Se Jørgen Aall: Rettsstat og menneskerettigheter (Bergen 2004) s. 399–400. Noe annerledes Jens Edvin Skoghøy: Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 («ne bis in idem»), TFR 2003 s. 1–40, på s. 26–27

³⁰ Se *Skoghøy* op.cit. s. 19. I motsatt retning, se NOU 2003: 15 s. 166 andre spalte, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 første spalte.

Men en slik løsning forutsetter som dagens system at straffesanksjonen er den strengeste, en forutsetning som vi har sett ikke umiddelbart er treffende.

Et annet alternativ er å innføre tilsvarende ensporet system som i Danmark, hvor foretaket kan ilegges foretaksstraff, og Sverige, hvor foretaket kan ilegges en administrativ sanksjon ved overtredelse av konkurranselovgevingen. Hvis valget står mellom foretaksstraff og det administrative overtredelsesgebyret, blir spørsmålet hvilken sanksjon som er å foretrekke.

Tar vi utgangspunkt i sanksjonenes preventive formål, er det grunn til å tro at bøtenivå og effektivitet i håndhevelse er av nokså stor betydning for prevensjonseffekten. Når det gjelder bøtenivå er det prinsipielt sett ingen forskjell mellom sanksjonsformene. Selv om overtredelsesgebyret er tiltenkt utmålt i samsvar med EU-konkurranserettens bøtenivå, og straffutmålingspraksis tradisjonelt har ligget lavere en dette nivået, er det ingenting i veien for å lovfeste en heving av bøtestraffen i samsvar med dette nivået.

At en administrativ håndhevelse som antydnet ovenfor er en mer effektiv håndhevelsesform enn straffeforfølgning, tilsier at overtredelsesgebyret gir størst preventiv effekt. På den andre siden er det nokså underlig å begrunne en streng administrativ sanksjon med at den kan håndheves mer effektivt fordi man ikke trenger å følge vanlige rettssikkerhetsregler. Særlig prosessuelle rettssikkerhetshensyn kan derfor tilsi at straffesanksjonen er å foretrekke.

Det er videre mulig at straffesporet er mer hensiktsmessig enn det administrative sporet i de tilfeller brudd på konkurranseloven også aktualiserer brudd på andre lover. I slike tilfeller vil bare straffesporet kunne fange opp alle lovbruddene.³¹

Etter min oppfatning er det springende punkt om overtredelsesgebyrets påståtte effektivitetsfortrinn kan ivaretas uten å gjøre for sterkt inngrep i grunnleggende prosessuelle rettssikkerhetskrav. Dette reiser vanskelige og til dels uavklarte spørsmål som det vil føre for langt å drøfte her. Ikke minst gjelder dette forholdet mellom håndhevelse av overtredelsesgebyret og EMK. Disse spørsmålene vil formentlig bli noe nærmere avklart når de første sakene om overtredelsesgebyr blir brakt inn for domstolen.

Innenfor dagens tosporede system har Konkurransetilsynet foreløpig lite incitament til å overføre saker til politiet for en straffeforfølgning mot foretak som bryter konkurranseloven. Med mindre de prosessuelle rettssikkerhetsreglene for overtredelsesgebyret må skjerpes i forhold til lovgivers forutsetninger, er det grunn til å tro at Konkurransetilsynet vil følge departementets anbefaling om at foretaksstraff bør spille en tilbaketrukket rolle.³² I så fall vil overtredelsesgebyret bli den dominerende sanksjon på konkurranserettens område.

³¹ Dette påpekte Økokrim i sin høringsuttalelse til konkurranselovutvalgets lovutkast, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 115 andre spalte.

³² Se pkt. 3 ovenfor.