

Selvinkrimineringsvernet forut for Arbeidstilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr

—
Vegard R. Lauvdahl

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

Høsten 2014

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Avgrensinger	4
1.3	Metode. EMK og EMDs praksis i norsk rett	4
2	Selvinkrimineringsvernets rettslige forankring	7
2.1	Rettslig grunnlag	7
2.1.1	Interne norske lover	7
2.1.2	Menneskerettskonvensjonene	9
2.2	Hensyn bak selvinkrimineringsvernet	10
2.3	Oppsummering	11
3	Arbeidstilsynets virksomhet og hjemler	12
3.1	Arbeidstilsynets virksomhet	12
3.2	Opplysningsplikten i aml. § 18-5 og andre pålegg om utlevering av informasjon	16
3.3	Overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10	18
4	Selvinkrimineringsvernets anvendelse og utstrekning forut for Arbeidstilsynets illeggelse av overtredelsesgebyr	20
4.1	Anvendelse av EMK art. 6. Vilkåret ”criminal”	20
4.1.1	Nasjonal klassifikasjon	21
4.1.2	Karakteren av den overtrådte handlingsnorm	22
4.1.3	Innholdet og alvoret av den sanksjon som lovbryteren risikerer	25
4.1.4	Konklusjon	28
4.2	Anvendelse av EMK art. 6. Vilkåret ”charge”	28
4.3	Selvinkrimineringsvern for juridiske personer	34
4.4	Selvinkrimineringsvernets utstrekning etter at virksomheten er ”charged”	37

4.4.1	Begrensninger i hvordan Arbeidstilsynet kan innhente informasjon fra virksomheter	38
4.4.2	Begrensninger i hvilken informasjon Arbeidstilsynet kan innhente fra virksomheter	44
4.5	Samlet konklusjon.....	46
5	Forholdet mellom norsk forvaltningsrett og EMKs selvinkrimineringsvern.....	48
5.1	Menneskerettslig selvinkrimineringsvern og forvaltningsrettslig opplysningsplikt...	48
5.2	Forslag om lovfestning av selvinkrimineringsvernet i forvaltningsloven	50
Litteratur og kilder		

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Dette arbeidet skal behandle om og i hvilken grad vernet mot selvinkriminering aktualiseres ved Arbeidstilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr.

Fra og med 1. januar 2014 fikk Arbeidstilsynet hjemmel i arbeidsmiljøloven¹ § 18-10 til å ilegge overtredelsesgebyr.² Overtredelsesgebyr er en sanksjon ilagt av forvaltningen som pålegger en person eller et foretak å betale et pengebeløp til det offentlige som følge av at de har overtrådt et forbud eller påbud fastsatt i lov, forskrift eller enkeltvedtak.³ Arbeidstilsynet har dermed fått hjemmel til selv å sanksjonere overtredelser av arbeidsmiljøregelverket. Tidligere hadde tilsynet bare mulighet til å reagere med forvaltningsrettslige reaksjoner som pålegg, tvangsmulkt og stengning, eller anmeldelse til politiet.

Skillet mellom *reaksjon* og *sanksjon* på arbeidsmiljøområdet har lenge vært sammenfallende med skillet mellom forvaltningsretten og strafferetten ved at bare politiet ved påtalemyndigheten kunne ilegge sanksjoner.⁴ Nå er ikke dette skillet like konsekvent lengre ettersom Arbeidstilsynet etter nærmere kriterier selv kan velge å ilegge en sanksjon i form av et overtredelsesgebyr, i stedet for å anmelde lovbruddet til politiet.

Med dette pønale innslaget har Arbeidstilsynets virksomhet tatt et steg i retning strafferetten. Som følge av dette oppstår en rekke prosessuelle spørsmål i grenselandet mellom straff og forvaltning. Ett av disse er rekkevidden av rettsstatsprinsippet om at ingen skal tvinges til å bidra til sin egen domfellelse, selvinkrimineringsvernet.

Problemstillingen i denne oppgaven er om og i hvilken grad selvinkrimineringsvernet gjelder som en saksbehandlingsregel for Arbeidstilsynet i saker om overtredelsesgebyr.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml.).

² Lov 14. juni 2013 nr. 32 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid)

³ NOU 2003: 15 avsnitt 5.2.2.2.

⁴ Med sanksjon forstås her en negativ reaksjon fra myndighetene som er ment som et onde rettet mot den som begår uønsket adferd eller avvik. En sanksjon anses som en kvalifisert reaksjon med pønalt formål.

For å besvare denne problemstillingen vil det i kapittel 2 gjøres rede for vernets rettslige forankring. I kapittel 3 gjøres det rede for Arbeidstilsynets virksomhet og hjemler. I kapittel 4 vil det analyseres om og hvordan selvinkrimineringsvernet i EMK får anvendelse i Arbeidstilsynets saker om overtredelsesgebyr. I kapittel 5 vil forholdet mellom intern norsk rett og Norges folkerettslige forpliktelser etter EMK på dette området vurderes nærmere.

1.2 Avgrensinger

Ut fra oppgavens omfang og av hensyn til spissing av problematikken er det nødvendig å gjøre enkelte avgrensninger. For det første avgrenses det mot andre rettssikkerhetsgarantier, slik at det bare er selvinkrimineringsvernet som behandles. For det andre behandles bare Arbeidstilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr, slik at andre etaters sanksjonering og ileggelse av overtredelsesgebyr etter andre hjemler faller utenfor. For det tredje vil bare tiden forut for ileggelse av overtredelsesgebyr behandles, slik at det avgrenses mot bevisvurderinger og avskjæring av bevis senere i sanksjonssaken. For det fjerde avgrenses det til bare å behandle forvaltningsrettslig sanksjonering. Vernets betydning under en eventuell etterfølgende domstolsbehandling eller politietterforskning etter anmeldelse fra Arbeidstilsynet, behandles derfor ikke. Problematikken knyttet til bruk av selvinkriminerende opplysninger innhentet i tilsynsprosessen som bevis i senere straffesaker faller også utenfor. For det femte avgrenses det mot andre forvaltningsmessige reaksjoner og sanksjoner, slik at bare overtredelsesgebyr vil behandles.

1.3 Metode. EMK og EMDs praksis i norsk rett

Oppgavens tema aktualiserer og foranlediger en drøftelse av menneskerettighetene. Derfor vil det innledningsvis avklares noen metodiske spørsmål knyttet til bruk av menneskerettighetene i norsk rett.

Gjennom menneskerettsloven⁵ er sentrale menneskerettskonvensjoner inkorporert i norsk rett, jfr. § 2. Konvensjonene ble gjort til norsk lov for å øke oppmerksomheten og kunnskapen om rettighetene. Dette skulle sørge for at eventuelle uoverensstemmelser mellom norsk rett og menneskerettskonvensjonene lettere ble oppdaget.⁶

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

⁶ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) avsnitt 5.7.

I § 3 stilles det et grunnkrav til anvendelse av loven. Konvensjonene i § 2 skal ha forrang foran annen norsk lovgivning dersom denne er i strid med konvensjonene. På denne måten har konvensjonene fått en ”semi-konstitusjonell” rolle i norsk rett ved at de står over andre lover i kollisjonstilfeller, men likevel under Grunnloven.

Konvensjonstekstene er kort formulert og uten forarbeider av betydning. Dette gjør at praksis knyttet til konvensjonene får stor betydning ved anvendelsen av dem. Flere av konvensjonene har internasjonale organer som skal håndheve etterlevelsen av dem. Særlig har praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg, EMD, stor betydning for forståelsen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK. Menneskerettslovens bestemmelser sier imidlertid ingenting om hvilken betydning praksis fra EMD skal ha i norsk rett.

I forarbeidene til loven uttalte Menneskerettslovutvalget følgende om EMDs praksis

”det [lar] seg ikke gjøre å slå fast noen allmenngyldig setning om den folkerettslige plikt til å følge konvensjonsorganenes tolkninger av en konvensjon. Det står imidlertid fast at organenes avgjørelser eller uttalelser normalt vil være rettskildefaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene, også når tolkningen foretas av nasjonale myndigheter.”⁷

Under behandlingen av utvalgets rapport i Stortinget uttalte Justiskomiteen videre at

”Det må difor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourg-domstolen (...) Komiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.”⁸

Lovforarbeidene viser at det var et klart formål med menneskerettsloven at denne også skulle innta praksis fra EMD som en rettskilde i norsk rett, selv om dette ikke fremgår av ordlyden.

Senere har Høyesterett i Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 slått fast at

”norske domstoler [skal] foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen.”

⁷ NOU 1993: 18 avsnitt 6.4 (s. 89).

⁸ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) avsnitt 8 under komiteens merknader.

Praksis fra EMD er derfor å regne som en tungtveiende rettskilde for nasjonale rettsanvendere når det gjelder forståelsen av EMK.

2 Selvinkrimineringsvernets rettslige forankring

2.1 Rettslig grunnlag

Selvinkrimineringsvernet anses som et sentralt rettsstatsprinsipp som innebærer at den som selv risikerer straff ikke har plikt til å bidra til sakens opplysning ved å forklare seg eller medvirke til sakens oppklaring på annen måte.⁹ Selvinkrimineringsvernet er en samlebetegnelse av retten til å forholde seg taus, og retten til å nekte å utlevere andre opplysninger eller bevis, om forhold som kan virke inkriminerende for en selv.¹⁰

For å kunne anvende og gjøre en vurdering av selvinkrimineringsvernets innhold senere i oppgaven må vernets rettslige grunnlag fastlegges innledningsvis. I dette kapittelet skal relevante rettskilder analyseres for å utlede det rettslige grunnlaget for vernet, først interne norske lover og deretter menneskerettskonvensjonene. Til sist redegjøres det kort for hensynene bak vernet.

2.1.1 Interne norske lover

Med interne norske lover menes her andre lover enn menneskerettsloven. Menneskerettsloven inkorporerer flere menneskerettskonvensjoner som inneholder vern mot selvinkriminering. Selv om disse konvensjonene således er norsk lov og derfor ikke har en annen stilling enn andre norske lover, vil de for fremstillingens skyld behandles under et eget punkt 2.1.2.

Grunnloven¹¹ har aldri hatt noe eksplisitt vern mot selvinkriminering. Frem til endringene i 2014 var det nærmeste torturforbudet i § 96 som forbød ”Pinlig Forhør”. I 2014 ble en rekke menneskerettigheter og rettssikkerhetsgarantier inntatt i Grunnloven, men ikke et eksplisitt vern mot selvinkriminering. Om det nye torturforbudet i § 93 uttalte Menneskerettighetsutvalget 2011 at

”Utvalget legger også til grunn at selve kjernen i forbudet mot selvinkriminering videreføres gjennom den nye formuleringen av torturforbudet, dvs. at den forbyr bruk av tortur for å tvinge frem en tilståelse. For øvrig vil det være mer nærliggende at de nærmere grensene for hva som omfattes av selvinkrimineringsforbudet, reguleres

⁹ Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271) og NOU 2003: 15 avsnitt 5.5.3.3.

¹⁰ David Harris mfl., *Law of the European Convention on Human Rights*, third edition, Oxford 2014 s. 422.

¹¹ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

gjennom ordinær lovgivning.”¹²

Selvinkrimineringsvernet i § 93 er derfor begrenset til de mest ekstreme, og minst aktuelle, formene for selvinkriminering gjennom tortur og umenneskelig behandling.

I § 95 ble det grunnlovsfestet et krav til at rettergangen skal være rettferdig. Det kunne tenkes at et vern mot selvinkriminering kan innfortolkes her på samme måte som i EMK art. 6, men utvalget presiserte at

”Her utformes retten til rettferdig rettergang som et generelt prinsipp, ikke som en individuell rettighet eller som en plikt for staten.”¹³

Et eventuelt vern mot selvinkriminering i § 95 vil derfor ikke kunne utgjøre en plikt for forvaltningen i saker om overtredelsesgebyr.

Grunnlovens bestemmelser synes derfor ikke å gi et tilstrekkelig vern mot selvinkriminering i saker om overtredelsesgebyr.

Selvinkrimineringsvernet er et grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp i norsk rett.¹⁴ I straffeprosessloven¹⁵ §§ 90-92 om siktedes forklaring for retten kommer vernet tydelig til uttrykk. Strpl. § 232 tilsier at vernet også gjelder på etterforskningsstadiet. Hvorvidt disse reglene kan anvendes under Arbeidstilsynets saker om overtredelsesgebyr, avhenger av lovens anvendelsesområde. Straffeprosessloven bygger på et formelt straffebegrep i § 1, slik at saker om annet enn straff faller utenfor lovens anvendelsesområde. I Rt. 1994 s. 610 har Høyesterett slått fast at straffeprosesslovens regler ikke får anvendelse utenfor ordinære straffesaker, når retten på side 614 uttalte at

”Utgangspunktet må være, mener jeg, at rettergangsreglene på strafferettens område gjelder under straffesaken, herunder politietterforskningen, og bare da. Det er riktig som de tiltalte fremholder, at straffeprosessloven gir regler som skal beskytte tiltalte og vitner mot å måtte "inkriminere" seg selv, § 90 og § 123. Men disse bestemmelser gjelder ikke utenfor eller forut for selve straffesaken (...).”

¹² Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven avsnitt 20.6 (s. 110).

¹³ *Op.cit.* avsnitt 23.5.2 (s. 122).

¹⁴ Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271).

¹⁵ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.).

Straffeloven¹⁶ § 167 er et tydelig uttrykk for selvinkrimineringsvernet når siktede unntas fra straff for falsk forklaring. Umiddelbart kunne det tenkes at dette gir uttrykk for et alminnelig prinsipp, men dette har Høyesterett besvart benektende i Rt. 1984 s. 1113 på side 1116 når retten holder fast på at § 167 bare er straffriende for falsk forklaring etter § 166.

Straffeprosesslovens og straffelovens regler om selvinkrimineringsvernet får derfor ikke anvendelse for Arbeidstilsynets saker om overtredelsesgebyr.

Verken arbeidsmiljøloven eller forvaltningsloven¹⁷, som begge får anvendelse ved Arbeidstilsynets virksomhet, inneholder nærmere bestemmelser om et vern mot selvinkriminering.

2.1.2 Menneskerettskonvensjonene

Menneskerettsloven § 2 gjør som nevnt sentrale menneskerettskonvensjoner til norsk lov. Dette gjør at de rettsikkerhetsgarantier som følger av konvensjonene må respekteres i norsk rett på like linje med andre lovregler. Det vil her undersøkes om konvensjonene gir grunnlag for et vern mot selvinkriminering.

Både FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er inkorporert og gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2.

SP art. 14 nr. 3 bokstav g har et eksplisitt vern mot selvinkriminering når en siktet har rett til ”not to be compelled to testify against himself or to confess guilt”. Bestemmelsen gir et utgangspunkt, men uttrykker ikke mer enn det som må anses å være kjernen av det som er innfortolket i EMK art. 6, og vil derfor ikke bli behandlet i det videre.

EMK art. 6 setter grunnleggende krav til rettergangen i konvensjonsstatene. Bestemmelsen har ikke et eksplisitt vern mot selvinkriminering, men det er gjennom omfattende praksis fra EMD lagt til grunn at det må leses inn et slikt vern i kravet til rettferdig rettergang. Kjernen i vernet er at en siktet person har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til sin egen domfellelse. Dette følger av *Funke mot Frankrike*¹⁸, prejudikatet fra EMD om selvinkriminering. Saken gjaldt myndighetenes bruk av dagmulkt for å tvinge Funke til å

¹⁶ Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov.

¹⁷ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fvl).

¹⁸ 10828/84, 25. februar 1993.

utlevere opplysninger om hvorvidt han hadde overtrådt toll- og finansieringslovgivningen. EMD slo fast at dagmulkten var i strid med art. 6 ettersom dette var en krenkelse av retten til å forholde seg taus. EMD uttalte at tvang til aktiv deltagelse til sin egen domfellelse var brudd på det selvinkrimineringsvernet som lå i kravet til rettferdig rettergang.

Rett til ytringsfrihet etter EMK art. 10 omfatter også en rett til å forholde seg taus - såkalt negativ ytringsfrihet - i følge EMDs praksis.¹⁹ Det kunne tenkes at et vern mot selvinkriminering kunne utledes av art. 10, særlig for tilfeller som ligger utenfor art. 6. Men EMDs avgjørelse *Serves mot Frankrike*²⁰ peker i motsatt retning. Her la EMD til grunn at selvinkrimineringsvernet etter art. 6 ikke var krenket. Art. 10 var også påberopt, men EMD viste til at art. 10 ikke reiste ytterligere spørsmål i saken. Dette tyder på at art. 10 neppe kan fungere som et ytterligere vern utover art. 6.

2.2 Hensyn bak selvinkrimineringsvernet

Begrunnelsen for et vern mot selvinkriminering ligger i hensynet til den som risikerer å bli ilagt en sanksjon av myndighetene. Det er moralsk belastende å måtte velge mellom å lyve eller å bidra til at man blir ilagt en tyngende sanksjon. Det vil åpenbart være i strid med vedkommendes interesser å gjøre det ene eller det andre. En rett til å forholde seg taus i slike situasjoner uttrykker derfor en respekt for menneskers verdighet. Samtidig er vernet bare en mulighet for siktede, slik at vedkommende kan velge å snakke eller forholde seg taus. Dette viser en respekt for menneskers selvbestemmelsesrett. Dette må anses som generelle verdier som kan begrunnes i enhver sanksjonsprosess fra myndighetene mot borgerne.

Vernet har sammenheng med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6.2. Denne tilsier at siktede skal anses uskyldig til det motsatte er bevist. I dette ligger et krav til at myndighetene skal ha bevisbyrden, slik at myndighetene uten siktedes hjelp skal kunne bevise lovovertrедelser og straffskyld. Selvinkrimineringsvernet er en viktig forutsetning for at det skal være realitet i dette, ved at myndighetene forbyr å gjøre seg avhengig av siktedes forklaringer og bidrag.

¹⁹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2013 s. 240.

²⁰ Sak 20225/92, 20. oktober 1997.

EMD har i *Allan mot Storbritannia*²¹ avsnitt 44 uttalt at vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus er

”generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure. Their aim is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6”

Her uttrykker EMD at vernet er et generelt anerkjent prinsipp som ligger i kjernen av enhver rettferdig rettergang. Dette viser at selvinkrimineringsvernet har en grunnleggende forankring og at en rettergang hvor vernet ikke er respektert ikke kan anses som rettferdig.

2.3 Oppsummering

Dette kapitlet viser at selvinkrimineringsvernet står sterkt i norsk straffeprosess, men ikke fremgår av verken forvaltningsloven eller arbeidsmiljøloven. Likevel oppstilles det et generelt vern i norsk rett gjennom menneskerettsloven som gjør selvinkrimineringsvernet i SP og EMK, fortrinnsvis i EMK art. 6, til norsk lov. Dets begrunnelse tilsier at vernet må gis en generell anvendelse. Vernet kan ikke begrenses til straffeprosessen, men bør gjelde uansett hva sanksjonsprosessen kalles.

I kapittel 4 vil det undersøkes om det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet slik det fremgår av EMK art. 6 er anvendelig i Arbeidstilsynets saker om overtredelsesgebyr.

²¹ Sak 48539/99, 5. november 2002.

3 Arbeidstilsynets virksomhet og hjemler

Etter å ha fastlagt vernets grunnlag må det ses nærmere på objektet som skal holdes opp mot de nærmere reglene om selvinkriminering. Objektet i denne oppgaven er Arbeidstilsynets virksomhet med hjemler til opplysningsplikt og overtredelsesgebyr. I dette kapitlet vil først tilsynets virksomhet presenteres gjennom fire ulike faser, før det sees nærmere på hjemlene for opplysningsplikt og overtredelsesgebyr.

3.1 Arbeidstilsynets virksomhet

Det moderne samfunnets kompleksitet krever at det offentlige må regulere potensiell farlig og skadelig aktivitet gjennom rettslig normering av adferd. Det offentlige gir rettslige bestemmelser i form av lover, forskrifter og vedtak som må følges av aktørene i samfunnet. De rettslige bestemmelsene består av forbuds- og pliktregler på gitte områder. Når det offentlige har gitt slike normeringer, ofte ut fra hensynet til sikkerhet og andre kollektive hensyn i samfunnet, påhviler det også et ansvar for å påse at disse normeringene faktisk etterleves.

Myndighetene har tatt innover seg at det moderne arbeidslivet krever stor grad av regulering. Allerede fra sent 1800-tall kom det reguleringer fra myndighetene som la føringer for hvordan arbeidstid, arbeidsforhold, sikkerhetsbestemmelser osv. skulle være i arbeidslivet. I dag er det en rekke offentlige krav til både arbeidsgiver og arbeidstaker som skal sikre at kollektive samfunnsinteresser ivaretas ved utføringen av lønnet arbeid. For å sørge for at disse bestemmelsene faktisk etterleves, har staten opprettet Arbeidstilsynet som fører tilsyn med at virksomhet med sysselsatte arbeidstakere utføres under forhold som er i tråd med de offentlige kravene i arbeidsmiljøloven og tilhørende forskriftverk.

Arbeidstilsynets hovedoppgave er å føre tilsyn med at bestemmelsene i og i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt.²² På generelt grunnlag har forvaltningens tilsynsvirksomhet et forebyggende, stansende og/eller gjenopprettende formål.²³ Tilsynet skal med et fremadrettet perspektiv hindre at fare, skade eller ulovlig tilstand oppstår eller fortsetter. Dette kan kalles det tradisjonelle kontrollformål for Arbeidstilsynets kontrollvirksomhet.

²² Aml. § 18-1.

²³ Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Oslo 2011 s. 38 flg.

Det tradisjonelle kontrollformålet utfordres nå som Arbeidstilsynet også har fått hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr. Når tilsynet fatter vedtak om overtredelsesgebyr er dette ut fra et tilbakeskuende perspektiv ettersom gebyret skal være en sanksjon på en allerede foretatt handling eller unnlattelse, se punkt 3.3 nedenfor. Gebyret kan ilegges selv om den ulovlige tilstanden er rettet opp. Overtredelsesgebyr kan derfor ikke begrunnes i tilsynsvirksomhetens tradisjonelle kontrollformål, når det verken skal forebygge eller stanse en konkret ulovlig tilstand, eller gjenopprette en lovlig tilstand. I forarbeidene fremheves det derimot at overtredelsesgebyret i arbeidsmiljøloven § 18-10 har et pønalt formål og skal være en sanksjon fra samfunnet på den begåtte overtredelsen.²⁴

Dette gjør at Arbeidstilsynets virksomhet blir mer sammensatt. Tilsynet skal både ivareta sitt tradisjonelle kontrollformål, samtidig som det i saker om overtredelsesgebyr jobber ut fra et pønalt formål. Arbeidstilsynet har med andre ord fått en toformålsvirksomhet. Dette kan illustres med følgende figur.

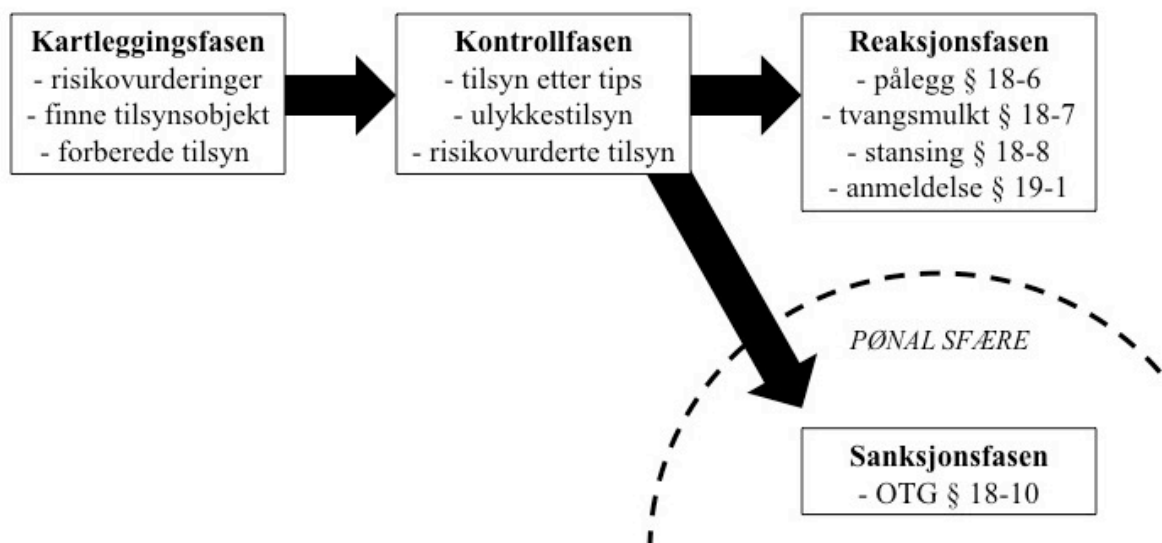


Fig. 1.

Figuren viser gangen i en tilsynssak hos Arbeidstilsynet.²⁵ Tilsynets arbeid inndeles her i fire faser. Modellen tar utgangspunkt i de tre fasene Marius Stub oppstiller for

²⁴ Prop 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.5.1.

²⁵ Informasjonen om Arbeidstilsynets virksomhet baseres på et intervju med Vivian Mikalsen, jurist hos Arbeidstilsynet i Tromsø, 04.11.14.

tilsynsvirksomhet.²⁶ Det synes likevel hensiktsmessig å dele den siste fasen til Stub i to til én reaksjonsfase og én sanksjonsfase. Med et slikt tydelig skille mellom reaksjoner og pønale sanksjoner kan det etableres en egen pønalt sfære som motstykke til det tradisjonelle kontrollformåls sfære. Det tradisjonelle kontrollformåls sfære består av de tre fasene som ligger på linje øverst i modellen hvor tilsynet jobber ut fra sitt tradisjonelle kontrollformål. Denne tradisjonelle arbeidslinjen må modifiseres som følge av innføringen av adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr i arbeidsmiljøloven. Tilsynets arbeid med overtredelsesgebyr er derfor i modellen plassert i en egen sanksjonsfase som utgjør den pønale sfære, hvor tilsynet jobber ut fra et pønalt formål. Skillet mellom disse to sfærene er sentralt og illustrerer grensedragningen i Arbeidstilsynets toformålsvirksomhet.

Kartleggingsfasen

Første del av tilsynsvirksomheten består i å forberede arbeidet i kontrollfasen. Risikovurderingene til Arbeidstilsynet av hvilke bransjer og hvilke sakstema det skal rettes særlig oppmerksomhet mot gjøres sentralt. Basert på disse vurderingene velger Arbeidstilsynet lokalt ut bedrifter innenfor disse bransjene og sakstemaene som det senere foretas tilsyn hos. I kartleggingsfasen forberedes også det enkelte tilsyn.

Kontrollfasen

Under kontrollfasen utfører Arbeidstilsynet individuelle tilsyn hos virksomheter. Her opprettes det egne forvaltningssaker for hvert tilsyn. Et slikt tilsyn kan være initiert på tre ulike måter. For det første kan Arbeidstilsynet foreta tilsyn på arbeidsplassen etter tips fra publikum eller ansatte. For det andre kan et tilsyn foretas etter melding om arbeidsulykke etter meldeplikten i aml. § 5-2. For det tredje initieres en rekke tilsyn av Arbeidstilsynets kontinuerlige risikovurderinger av ulike bransjer og sakstema fra kartleggingsfasen.

Når Arbeidstilsynet utfører tilsyn skal dette skje ut fra det tradisjonelle kontrollformål. Tilsynene foretas for å kontrollere om virksomheten forholder seg til de rettslige krav som gjelder. Etter at kontrollørene har avsluttet tilsynet, skrives det en tilsynsrapport. Dersom det under kontrollfasen ikke avdekkes noen uregelmessigheter eller lovbrudd, avsluttes tilsynssaken her. Dersom det avdekkes avvik og mangler vil disse fremgå av tilsynsrapporten. Rapporten gir da også en vurdering av hvilke reaksjoner det bør iverksettes under

²⁶ *Stub* s. 22.

reaksjonsfasen. Arbeidstilsynet kan i tiden etter tilsynet behøve mer informasjon fra virksomheten for å vurdere forholdene under kontrollfasen, og kan kreve utlevert informasjon etter aml. § 18-5, se punkt 3.2 nedenfor.

Reaksjonsfasen

Dersom det avdekkes mangler eller avvik må Arbeidstilsynet vurdere om det er grunnlag og behov for å reagere mot virksomheten. Vurderingen bygger på informasjonen i tilsynsrapporten og innhentet informasjon fra virksomheten. Dette vil i første omgang være pålegg etter § 18-6. Dersom et slikt pålegg ikke etterkommes kan virksomheten ilegges tvangsmulkt etter § 18-7, og i ytterste konsekvens kan Arbeidstilsynet pålegge stansing av virksomheten etter § 18-8. Alle disse reaksjonene har et tydelig fremtidsrettet perspektiv gjennom å skulle gjenopprette lovlig tilstand, og forebygge eller stanse ulovlig tilstand.

Arbeidstilsynet kan også velge å anmelde brudd på arbeidsmiljøregelverket som kan straffes etter § 19-1. Det kan diskuteres om slik anmeldelse tilhører sanksjonsfasen eller reaksjonsfasen. Ettersom Arbeidstilsynet bare har kompetanse til å anmelde, og det ligger til påtalemyndighet og domstol å ilegge straffen, er ikke selve anmeldelsen pønalt virkingsmiddel. Idømmelse av straff etter § 19-1 ligger utenfor Arbeidstilsynets virksomhet. Arbeidet med anmeldelsen må derfor bare anses som en reaksjon på et lovbrudd, snarere enn en sanksjon. Anmeldelse ligger derfor til reaksjonsfasen, og ikke sanksjonsfasen. I tråd med avgrensingene i punkt 1.2 vil ikke Arbeidstilsynets arbeid med anmeldelse behandles videre, men tas med i modellen for sammenhengens skyld.

Sanksjonsfasen

Overtredelsesgebyr (OTG) etter § 18-10 står i kontrast til reaksjonene i reaksjonsfasen som har et fremtidsrettet perspektiv. Overtredelsesgebyr har en klar pønalt funksjon når det skal brukes til å sanksjonere et forhold som ligger tilbake i tid og som ilegges uavhengig av om den ulovlige tilstanden er rettet opp og brakt i orden. Overtredelsesgebyr hører derfor til sanksjonsfasen, som ligger i den pønale sfære av Arbeidstilsynets virksomhet. I sanksjonsfasen består arbeidet i å vurdere om det er faktisk og rettslig grunnlag for å sanksjonere virksomheten med overtredelsesgebyr.

Selv om det ut fra modellen ovenfor kan se ut som om reaksjonsfasen og sanksjonsfasen er alternative, kan de fungere om hverandre. Arbeidstilsynet kan arbeide parallelt i reaksjonsfasen og sanksjonsfasen. Ileggelse av pålegg, tvangsmulkt eller stansing er ikke til

hinder for at det senere, eller samtidig, også kan ilegges overtredelsesgebyr for samme forhold.

3.2 Opplysningsplikten i aml. § 18-5 og andre pålegg om utlevering av informasjon

For å kunne føre et effektivt tilsyn med etterlevelsen av arbeidsmiljøregelverket er Arbeidstilsynet ofte avhengig av opplysninger fra virksomhetene om hvordan arbeidet utøves og om forhold ved arbeidsplassen, for å kunne avgjøre om de krav som stilles er overholdt eller ikke.

Som utgangspunkt har ingen plikt til å utlevere opplysninger eller på annen måte bidra til forvaltningens oppgaver. Legalitetsprinsippet tilsier at forvaltningen må ha lovhjemmel for å kunne pålegge noen en slik plikt. På Arbeidstilsynets område er det gitt en slik hjemmel i aml. § 18-5 første ledd som lyder

”Enhver som er underlagt tilsyn etter denne lov skal når Arbeidstilsynet krever det og uten hinder av taushetsplikt fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Arbeidstilsynet kan bestemme i hvilken form opplysningene skal gis.”

Bestemmelsen pålegger altså enhver som er underlagt tilsyn av Arbeidstilsynet å fremlegge de opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Unnlattelse av et slikt pålegg om utlevering av opplysninger kan straffes etter § 19-1.

Ordlyden i § 18-5 viser at opplysningsplikten ikke er begrenset, men gjelder like fullt under all tilsynsvirksomhet ved Arbeidstilsynet. Toformålsvirksomheten til Arbeidstilsynet synes ikke å ha påvirket utformingen av § 18-5.

I Prop. 83 L (2012-2013) om innføringen av overtredelsesgebyr i § 18-10 uttalte departementet dette om opplysningsplikten i § 18-5

”Opplysningsplikten gjelder derfor i utgangspunktet fullt ut selv om opplysningene som blir gitt skulle føre til at det treffes et tyngende vedtak mot parten eller at de avdekker forhold som gir grunnlag for straffeforfølgning.”²⁷

²⁷ Avsnitt 3.4.9.3 (s. 53).

Lovgiver vurderte altså opplysningsplikten ved innføringen av overtredelsesgebyr i arbeidsmiljøloven, og kom til at denne måtte gjelde like fullt uansett. Opplysningsplikten i § 18-5 ble videreført uendret ved innføringen av adgang til å ilegge overtredelsesgebyr i § 18-10.

Begrunnelsen for en slik opplysningsplikt må søkes i hensynet til effektivitet i tilsynsarbeidet og at det i det hele skal være praktisk mulig å føre tilsyn med virksomhetene. Uten en slik adgang vil det være svært utfordrende for Arbeidstilsynet å avdekke brudd på arbeidsmiljøregelverket, dersom virksomhetene ikke selv ønsker å gi opplysningene av fri vilje. Denne begrunnelsen er legitim så lenge Arbeidstilsynet arbeider ut fra det tradisjonelle kontrollformål. Opplysningsplikten bidrar til at Arbeidstilsynet får rede på forhold som det er nødvendig å forebygge, stanse eller gjenopprette ut fra et fremadrettet perspektiv.

Derimot synes ikke denne begrunnelsen å stå seg like godt under den delen av Arbeidstilsynets virksomhet som har et pønalt formål. I den pønale sfære skal det som nevnt undersøkes om virksomheten kan sanksjoneres for de avdekkede forholdene, ikke om forholdene kan forebygges, stanses eller gjenoprettes. I den grad selvinkrimineringsvernet får anvendelse under slik virksomhet svekkes opplysningspliktens begrunnelse i enda større grad. Dette spenningsforholdet mellom opplysningsplikten og selvinkrimineringsvernet er kjernen i problematikken i denne oppgaven og vil behandles nærmere i punkt 4.4.

I tillegg til opplysningsplikten i § 18-5, nevnes det også at Arbeidstilsynet kan gi pålegg om utlevering av informasjon om virksomhetens vurderinger av forhold på arbeidsplassen. Til eksempel kan det etter § 18-6, jfr. § 3-1 (2) c gis pålegg om at virksomheten skal ”kartlegge farer og problemer og på denne bakgrunn vurdere risikoforholdene i virksomheten, utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen”. For å dokumentere at pålegget er fulgt krever Arbeidstilsynet at virksomheten fremlegger dokumentasjon på det er foretatt en slik kartlegging og laget slike planer. På denne måten vil Arbeidstilsynet kunne få mye informasjon om forholdene ved en virksomhet, uten å bruke § 18-5. Unnlattelse av å følge et slikt pålegg kan også straffes etter § 19-1, slik at dette i likhet med § 18-5 vil være tvangsmessig innhenting av informasjon.

3.3 Overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10

Dersom Arbeidstilsynet har avdekket et lovbrudd som det kan reageres mot med pålegg etter aml. § 18-6 første ledd, kan Arbeidstilsynet i sanksjonsfasen vurdere om det er grunnlag for å ilegge virksomheten et overtredelsesgebyr etter § 18-10 første ledd som lyder

”Arbeidstilsynet kan ilegge en virksomhet overtredelsesgebyr dersom noen som har handlet på vegne av virksomheten har overtrådt bestemmelser som nevnt i § 18-6 første ledd. Overtredelsesgebyr kan ilegges selv om ingen enkeltperson har utvist skyld. Overtredelsesgebyret tilfaller statskassen, og kan maksimalt utgjøre 15 ganger grunnbeløpet i folketrygden.”

Overtredelsesgebyr ilegges i form av et enkeltvedtak og hovedvilkåret som må være oppfylt er om handlingsnormen er overtrådt. Gebyret innebærer en plikt for virksomheten til å betale penger til det offentlige for å ha brutt arbeidsmiljøregelverket. Det kreves forhåndsvarsel før ileggelse og det er normal klageadgang på vedtaket. Vedtaket kan også prøves av domstolene.

Som nevnt er det i forarbeidene tydelig fremhevet at overtredelsesgebyr etter § 18-10 har et pønalt formål når det skal være en sanksjon fra samfunnet på den begåtte overtredelsen.²⁸ Handlingsnormen i § 18-10 inneholder en henvisning til § 18-6 som tilsier at det kan ilegges overtredelsesgebyr for de samme lovbrudd som det kan gis pålegg om. Dette omfatter et meget vidt spekter av handlinger. Loven inneholder generelle overordnede krav, mens et omfattende forskriftsverk setter konkrete krav til en rekke virksomheter. Det kan være alt fra brudd på sikkerhetskravene som gjelder ved arbeid i høyden til brudd på bestemmelser om godkjenningssystemer og ID-kort som gjelder for enkelte bransjer.

I tillegg er det inntatt henvisninger til arbeidsmiljøloven § 18-10 i allmenngjøringsloven²⁹ § 11 andre ledd, utlendingsloven³⁰ § 27 andre ledd, lov om offentlige anskaffelser³¹ § 7 tredje ledd og tobakkskadeloven³² § 13 andre ledd. Overtredelser av disse bestemmelsene, som Arbeidstilsynet er satt til å føre tilsyn med, kan derfor også sanksjoneres med overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10.

²⁸ Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.5.1.

²⁹ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

³⁰ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

³¹ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

³² Lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakkskader.

Overtredelsesgebyr ilegges etter at Arbeidstilsynet har avdekket et lovbrudd som tilsynet etter egen vurdering finner det hensiktsmessig å reagere pønalt mot.³³ Det er ikke nødvendig for Arbeidstilsynet å vurdere om virksomheten eller noen enkeltperson på vegne av virksomheten har utvist skyld.³⁴ Så lenge Arbeidstilsynet kan konstatere at bestemmelsene vist til i § 18-6 er overtrådt rent objektivt, kan gebyr ilegges. Ansvar for virksomheten blir derfor objektivt og det er bare hendelige uhell og force majeure-tilfeller som faller utenfor.³⁵ I forarbeidene vises det til at ansvarskonstruksjonen er hentet fra reglene om foretaksstraff i den nye straffeloven 2005 § 27, og at ansvaret etter § 18-10 skal forstås på samme måte så langt det passer.³⁶

Utmålingen av overtredelsesgebyrets størrelse legges også til Arbeidstilsynet å vurdere, bare styrt av en ikke-uttømmende liste særlige vurderingsmoment i andre ledd. Gebyret kan likevel ikke overstige 15 ganger grunnbeløpet i folketrygden.

³³ Prop. 83 L (2012-2013) særmerknaden til § 18-10.

³⁴ Samme sted.

³⁵ Samme sted.

³⁶ Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.10.3.

4 Selvinkrimineringsvernets anvendelse og utstrekning forut for Arbeidstilsynets illeggelse av overtredelsesgebyr

I kapittel 2 ble det lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet i norsk rett må utledes av EMK art. 6, for saker som ligger utenfor straffeprosessen. I dette kapitlet skal det vurderes om og hvordan selvinkrimineringsvernet slik det fremgår av EMK art. 6 må inngå som saksbehandlingsregel for Arbeidstilsynet forut for illeggelse av overtredelsesgebyr. Først skal det avgjøres om art. 6 får anvendelse i saker om overtredelsesgebyr (punkt 4.1). Deretter må det avgjøres fra hvilket tidspunkt rettighetene i art. 6 inntreffer under tilsynssaken (punkt 4.2). Det må også avgjøres om selvinkrimineringsvernet kan påberopes av juridiske personer (punkt 4.3). Deretter vil selvinkrimineringsvernets utstrekning analyseres for å avgjøre hvilke begrensninger vernet legger på Arbeidstilsynets informasjonsinnhenting under tilsynssaken (punkt 4.4). Til slutt gis en samlet konklusjon (punkt 4.5).

4.1 Anvendelse av EMK art. 6. Vilkåret ”criminal”

For at rettighetene i art. 6, herunder selvinkrimineringsvernet, skal få anvendelse i saker om overtredelsesgebyr etter arbeidsmiljøloven § 18-10, må overtredelsesgebyret være å anse som en avgjørelse av en ”criminal charge”, altså en straffesiktelse etter konvensjonens forståelse. Problemstillingen her i punkt 4.1 er om overtredelsesgebyr etter § 18-10 er ”criminal”. I punkt 4.2 behandles problemstillingen om når det foreligger en ”charge”.

Konvensjonens straffebegrep, ”criminal”, er autonomt og uavhengig konvensjonsstatenes straffebegrep.³⁷ Ved at straffebegrepet etter norsk rett ikke er sammenfallende med straffebegrepet etter EMK, sikrer dette at norske myndigheter ikke kan avgjøre om konvensjonsrettighetene i art. 6 gjelder eller ikke.

Utgangspunktet for vurderingen av hva som er straff etter art. 6 må tas i de såkalte Engel-kriteriene, som første gang ble gitt i avgjørelsen *Engel og andre mot Nederland*³⁸. Disse kriteriene er: (1) nasjonal klassifikasjon, ”the characterisation under national law”, (2) karakteren av den overtrådte handlingsnorm, ”the nature of the offence” og (3) innholdet og

³⁷ *Harris* s. 373.

³⁸ Sakene 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. juni 1976.

alvoret av den sanksjon som lovbryteren risikerer, ”the nature and degree of severity of the penalty”.³⁹

I en rekke avgjørelser fra EMD følger det at Engel-kriteriene er alternative, slik at det er tilstrekkelig at bare ett av dem er oppfylt.⁴⁰ Samtidig kan den samlede kumulative effekten av kriteriene tilsi at forholdet er straff.⁴¹

I det følgende vil det under hvert av de tre kriteriene trekkes frem elementer som av EMD er ansett relevante, for å avgjøre om overtredelsesgebyr er å anse som straff etter konvensjonen.

4.1.1 Nasjonal klassifisering

Dersom konvensjonsstaten har klassifisert forholdet som straff, er forholdet også straff etter konvensjonen.⁴² Hvis ikke, må de to siste kriteriene vurderes. Overtredelsesgebyr etter arbeidsmiljøloven § 18-10 er ikke klassifisert som straff i norsk rett, men som en administrativ sanksjon. Likevel uttaler departementet i forarbeidene at

”Etter departementets vurdering vil overtredelsesgebyr for brudd på arbeidsmiljøregelverket kunne være å regne som straff etter EMK artikkel 6”⁴³

Dette gir holdepunkter for å hevde at overtredelsesgebyr etter § 18-10 er å anse som straff etter art. 6. Men det kan ikke være avgjørende. Det er bare tilfeller hvor loven selv slår fast at forholdet er straff, at det automatisk også er straff etter EMK. Uttalelsen i forarbeidene er bare departementets vurdering av EMK, og har ikke samme funksjon som om forholdet var klassifisert som straff etter norsk lov.

Det er derfor drøftelsen av de to siste kriteriene som blir avgjørende.

³⁹ Oversettelsene av kriteriene til norsk er hentet fra Jens Edvin A. Skoghøy, ”Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven”, *Jussens Venner*, 2014 s. 297-339 (s. 302).

⁴⁰ Se *Garyfallou AEBE mot Hellas*, sak 18996/91, 24. september 1997.

⁴¹ Se *Bendenoun mot Frankrike*, sak 12547/86, 24. februar 1994, avsnitt 47.

⁴² *Harris* s. 374.

⁴³ Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.9.3 (s. 52).

4.1.2 Karakteren av den overtrådte handlingsnorm

Som utgangspunkt må handlingsnormens karakter ha pønalt og strafferettslig karakter, og ikke bare være av kompenserende eller gjenopprettende karakter, for å anse forholdet som straff etter konvensjonen.⁴⁴ Handlingsnormen i § 18-10 lyder

”Arbeidstilsynet kan ilegge en virksomhet overtredelsesgebyr dersom noen som har handlet på vegne av virksomheten har overtrådt bestemmelser som nevnt i § 18-6 første ledd.”

I *Janosevic mot Sverige*⁴⁵ understreket EMD at handlingsnormen må ha et pønalt formål dersom den skal være av strafferettslig karakter. Departementet har tydelig fastlagt overtredelsesgebyrets formål i forarbeidene

”Til forskjell fra pålegg, tvangsmulkt og stansing er formålet med overtredelsesgebyr pønalt. Det betyr at gebyret skal påføre gjerningspersonen eller foretaket et onde som en reaksjon fra samfunnet mot overtredelsen.”⁴⁶

Utover formålet er det flere elementer ved handlingsnormen i § 18-10 som er av interesse å vurdere nærmere for å avgjøre dens strafferettslige karakter.

Ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 18-10 kreves det som nevnt i punkt 3.3 ikke subjektiv skyld hos virksomheten.⁴⁷ Dette distanserer handlingsnormen fra de klassiske straffebudene som vanligvis krever en viss psykisk innstilling hos lovovertrederen. Dette var lenge et element EMD vektla i retning av ikke å anse slike handlingsnormer som straff. Men i *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige*⁴⁸ utalte derimot EMD i avsnitt 79 at

”the lack of subjective elements does not necessarily deprive an offence of its criminal character; indeed, criminal offences based solely on objective elements may be found in the laws of the Contracting States”.

Dette viser at manglende skyldkrav ikke er et moment som nødvendigvis svekker handlingsnormens strafferettslige karakter. Overtredelsesgebyr kan derfor like fullt være straff etter konvensjonen, selv om det ikke har et skyldkrav.

⁴⁴ *Harris* s. 374.

⁴⁵ Sak 34619/97, 23. juli 2002, avsnitt 68.

⁴⁶ Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.5.1.

⁴⁷ Prop. 83 L (2012-2013) særmerknaden til § 18-10.

⁴⁸ Sak 36985/97, 23. juli 2002.

I EMDs praksis vedrørende administrative sanksjoner gjøres det et skille mellom handlingsnormer som bare rettes mot bestemte grupper med spesiell status kontra handlingsnormer som retter seg mot befolkningen generelt, hvor bare de sistnevnte faller inn under straffebegrepet art. 6.⁴⁹

I *Öztürk mot Tyskland*⁵⁰ uttalte EMD i avsnitt 53 at dersom handlingsnormen hadde et generelt nedslagsfelt og ikke bare rettet seg mot ”a given group possessing a special status”, pekte dette i retning av straff. Hva som er å anse som ”a given group possessing a special status” ble nærmere utledet i *Steininger mot Østerrike*⁵¹. EMD kom her til at en skatteforpliktelse som bare gjaldt næringsdrivende innenfor landbrukssektoren ikke rettet seg mot en slik gruppe, og uttalte i avsnitt 36 at dersom normen skulle vært ansett for å bare rette seg mot en slik gruppe måtte den være

”aimed at singling out a specific group of the population and subjecting them to a particular regime”.

Overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10 kan etter sin ordlyd ilegges en ”virksomhet” som er underlagt arbeidsmiljøloven, som etter § 1-2 er en ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”. I forarbeidene presiseres ordlyden

”Begrepet «virksomhet» skal forstås slik at alle former for næringsvirksomhet og offentlig forvaltning vil omfattes. Det samme vil også ideelle virksomheter.”⁵²

Enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstakere er ikke en ”specific group of the population”, når dette vil omfatte alle virksomheter i samfunnet. På samme måte kan ikke arbeidsmiljøregelverket anses som et ”particular regime” med sitt generelle og vidtrekkende omfang i samfunnet. Handlingsnormen i § 18-10 kan derfor ikke sies å være ”aimed at singling out a specific group of the population and subjecting them to a particular regime”. Overtredelsesgebyr etter § 18-10 retter seg derfor ikke mot ”a given group possessing a special status”, men mot en allmenn og generell gruppe rettssubjekter i samfunnet.

⁴⁹ *Harris* s. 374.

⁵⁰ Sak 8544/79, 21. februar 1984.

⁵¹ Sak 21539/07, 17. april 2012.

⁵² Prop. 83 L (2012-2013) særmerknaden til § 18-10.

Begrunnelsen for å dra et skille mellom sanksjoner som bare retter mot bestemte grupper med spesiell status kontra sanksjoner som retter seg mot mer allmenne og generelle grupper i samfunnet kan søkes i den alminnelige handlefrihet. En sanksjon som retter mot en allmenn og generell gruppe som ikke er underlagt et særskilt reguleringsregime vil regulere deres alminnelige handlefrihet. De mer avgrensede gruppene har ofte godtatt å bli underlagt et særskilt reguleringsregime når de har valgt å operere på et område med særskilt regulering. Dette kan til eksempel være gjennom konsesjoner eller tillatelser. Sanksjoner rettet mot slike grupper vil bare regulere deres handlefrihet innenfor det særskilte området, og ikke deres alminnelige handlefrihet i samfunnet. Slike sanksjoner får derfor et langt mer disiplinerende formål når de av myndighetene brukes til å holde orden på et særskilt område som aktørene selv har valgt å operere innenfor.

Et tredje element som kan tale for at handlingsnormen i § 18-10 er strafferettslig, er forholdet til straffebestemmelsen i § 19-1. EMD vektla forholdet mellom en administrativ sanksjon og en ordinær straffebestemmelse i *Campbell og Fell mot Storbritannia*⁵³. Her hadde en innsatt utøvd vold mot en fengselsansatt. Volden ble sanksjonert etter interne administrative sanksjoner i fengselet, og et av spørsmålene for EMD var om denne sanksjonen var straff etter konvensjonen. EMD vektla at den administrative sanksjonen hadde en sammenfallende handlingsbeskrivelse som den ordinære straffebestemmelsen om legemsbeskadigelse. Ettersom en overtredelse av den administrative sanksjonen også innebar en overtredelse av den ordinære straffebestemmelsen, måtte den administrative sanksjonen ha samme status som straffebestemmelsen i relasjon til konvensjonen, i følge EMD.

Dette kan begrunnes i formålet med art. 6 og effektivitetsprinsippet. Det vil ikke sikre et effektivt konvensjonsvern eller fremme formålet med rettferdig rettergang dersom myndighetene skulle kunne velge mellom en administrativ eller strafferettslig forfølgelse av ett og samme forhold. Det vil stride mot effektivitetsprinsippet dersom myndighetene kunne konstruere formelle løsninger som åpner for å kunne velge vekk alle rettighetene som følger av art. 6. Dersom ett og samme forhold kan forfølges både administrativt og strafferettslig, og bare den strafferettslige sanksjon skulle aktualisere rettighetene i art. 6, vil det ligge til myndighetene å avgjøre om rettighetene skal gis anvendelse eller ikke i valget av sanksjon på forholdet.

⁵³ Sakene 7819/77; 7878/77, 28. juli 1984.

EMD synes ikke å stille krav til at forholdet skal omfattes av begge sanksjonsnormene fullt ut. Det er tilstrekkelig med likhetstrekk og en teoretisk mulighet for at myndighetene kan velge mellom sanksjonsmåtene, når EMD i *Campbell og Fell* avsnitt 71 bruker formuleringer som ”may correspond” og

”It also has to be remembered that, theoretically at least, there is nothing to prevent conduct of this kind being the subject of both criminal and disciplinary proceedings”.

Bestemmelsene aml. §§ 18-10 og 19-1 er ikke klart avskilt fra hverandre. Overtredelsesgebyr etter § 18-10 kan ilegges for brudd på de bestemmelsene som listet opp i § 18-6 første ledd, mens straff etter § 19-1 kan ilegges enhver overtredelse av arbeidsmiljøloven. Ved en uaktsom overtredelse av bestemmelsene nevnt i § 18-6 første ledd, kan det derfor like godt sanksjoneres med overtredelsesgebyr som med straff. Denne ordningen legger det til Arbeidstilsynet å foreta en skjønnsmessig vurdering av om det skal reageres med overtredelsesgebyr eller straff. Dermed oppstår den situasjon at Arbeidstilsynet kan velge mellom forvaltningsrettslig sanksjonering eller straffeprosessuell sanksjonering, som igjen vil ha stor betydning for anvendelsen av rettsikkerhetsgarantier dersom bare den straffeprosessuelle sanksjoneringen skulle aktualisere art. 6. En slik situasjon vil ikke kunne aksepteres under hensyn til et effektivt konvensjonsvern for rettsikkerhetsgarantiene i art. 6. Dette er derfor et sterkt argument for at overtredelsesgebyr i slike tilfeller må likestilles med den ordinære straffebestemmelsen i relasjon til EMK, slik at uansett hva Arbeidstilsynet velger, gjelder rettighetene i art. 6 like fullt i slike tilfeller.

4.1.3 Innholdet og alvoret av den sanksjon som lovbryteren risikerer

Innholdet i sanksjonen som ilegges etter § 18-10 er et inngrep i virksomhetens økonomiske stilling ved at den pålegges en plikt å foreta en betaling til myndighetene den ellers ikke ville ha foretatt.

Ved administrative betalingsforpliktelser har EMD vektlagt intensjonen med innbetalingen i vurderingen av om den er å anse som strafferettslig. I *Pierre-Bloch mot Frankrike*⁵⁴ hadde en kandidat i en valgkamp mottatt økonomisk valgkampstøtte utover det som var tillatt. Etter fransk rett ble han for denne overtredelsen ilagt en plikt til å betale det overskytende beløp til staten. Innbetalingen skulle sørge for at den tilstand lovverket ga anvisning på ble

⁵⁴ Sak 24194/94, 21. oktober 1997.

gjenopprettet ved at han innbetalte det overskytende, og dermed stilte likt med de andre kandidatene. Betalingsforpliktelsen var derfor gjenopprettende og ikke pønalt, og ble ikke ansett som straff etter konvensjonen.

I *Janosevic mot Sverige*⁵⁵ uttalte EMD i avsnitt 68 at

”the present tax surcharges are not intended as pecuniary compensation for any costs that may have been incurred as a result of the taxpayer's conduct. Rather, the main purpose of the relevant provisions on surcharges is to exert pressure on taxpayers to comply with their legal obligations and to punish breaches of those obligations.”

I motsetning til i *Pierre-Bloch* fant EMD her at betalingsforpliktelsens intensjon gikk utover å gjenopprette den tilstand som loven ga anvisningen på. Betalingen skulle fungere som pressmiddel mot skattebetalerne til å etterleve skattelovgivningen og hadde derfor en klar pønalt intensjon, slik at dette var straff etter konvensjonen.

Intensjonen med betalingsforpliktelsen som kan ilegges etter § 18-10 er i utgangspunktet den samme som i *Janosevic*. Overtredelsesgebyret skal være et avskrekkende pressmiddel mot virksomheter til å etterleve arbeidsmiljøregelverket. Men i oppregningen av momenter som skal vurderes av Arbeidstilsynet ved ileggelse og utmåling i § 18-10 andre ledd, heter det i bokstav e at det skal vektlegges ”om virksomheten har hatt eller kunne ha oppnådd noen fordel ved overtredelsen”. I forarbeidene er dette nærmere beskrevet slik

”Etter departementets syn er det viktig at overtredelser av regelverket ikke skal lønne seg. Utmålingen av overtredelsesgebyr bør derfor søke minst å utligne den fordelen som er oppnådd ved regelbruddet.”⁵⁶

Dette gir indikasjoner på et underliggende formål av gjenopprettende karakter. Her kan det synes som om departementet legger opp til at overtredelsesgebyr kan anvendes til å utligne den fordel virksomheten har hatt av overtredelsen. Et slikt formål ligger nært opp mot det som var tilfellet i *Pierre-Bloch*. Dersom det er klart at overtredelsesgebyret brukes under et slikt formål, og dette formålet fremstår som mer avgjørende enn det pønalt og avskrekkende, kan dette tale for at gebyret heller er en gjenopprettende betalingsforpliktelse.

⁵⁵ Sak 34619/97, 23. juli 2002.

⁵⁶ Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.10.6 (s. 59)

Et annet element ved sanksjonens innhold er graden av skjønn ved utmåling av overtredelsesgebyret. Det er et klassisk kjennetegn på en strafferettslig sanksjon at utmålingen av straff er skjønnsmessig og tar hensyn til forhold ved lovbruddet og gjerningsmannen. I *Welch mot Storbritannia*⁵⁷ avsnitt 33 vektla EMD blant andre momenter

”the discretion of the trial judge, in fixing the amount of the order, to take into consideration the degree of culpability of the accused (...) - are all elements which, when considered together, provide a strong indication of, inter alia, a regime of punishment.”

Dersom sanksjonen utmåles skjønnsmessig basert på blant annet grad av skyld trekker dette i retning av straff, i følge EMD. Arbeidstilsynets utmåling av overtredelsesgebyr etter § 18-10 baseres på tilsynets skjønn, styrt av vurderingsmomentene som gis i andre ledd. Blant annet skal det etter bokstav b særlig legges vekt på graden av skyld, noe EMD trekker frem som et viktig moment. Arbeidstilsynets skjønnsmessige kompetanse for fastsettingen av sanksjonen taler for at sanksjonen er av strafferettslig karakter.

Når det gjelder sanksjonens alvor knytter dette seg til størrelsen på den betalingsforpliktelse som kan ilegges. Jo større beløp, jo mer alvorlig må sanksjonen anses og jo mer er sanksjonen å anse som strafferettslig. Ved vurderingen av sanksjonens alvor er det den mest alvorlige av de mulige sanksjoner lovovertrederen risikerer som skal vurderes, ikke den aktuelle ilagte sanksjon.⁵⁸ Det må derfor tas utgangspunkt i de rammene som gis for hvor stort gebyret kan være etter § 18-10.

Overtredelsesgebyr etter § 18-10 kan maksimalt utgjøre 15 ganger grunnbeløpet.⁵⁹ Dette utgjør for tiden et maksimumstak på kr 1 325 550,-. Det at betalingsforpliktelsen er oppad begrenset svekker dens strafferettslige karakter i noe grad. I *Janosevic* la EMD imidlertid til grunn at en administrativ bot på 161 261 svenske kroner utgjorde en sanksjon som tilsa at forholdet var straff etter art. 6. Et maksimumstak på 1,3 millioner norske kroner kan derfor ikke medføre at sanksjonens alvor svekkes i en slik grad at overtredelsesgebyret i § 18-10 mister sin strafferettslige karakter.

⁵⁷ Sak 17440/90, 9. februar 1995.

⁵⁸ *Harris* s. 376.

⁵⁹ Per 1. mai 2014 er 1 G kr 88 370,-.

4.1.4 Konklusjon

Etter å ha gjennomgått de tre Engel-kriteriene er det en rekke elementer ved overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10 som tilsier at dette er ”criminal” etter EMK art. 6, både på grunnlag av enkeltelementer og på grunnlag av den samlede kumulative effekten av alle elementene.

I norsk rett har Høyesterett ved flere anledninger behandlet spørsmålet om hvorvidt andre overtredelsesgebyr er straff etter konvensjonen. I Rt. 2011 s. 910 og 2012 s. 1556 synes Høyesterett å legge til grunn at overtredelsesgebyret i konkurranseloven⁶⁰ § 29 er straff etter konvensjonen. Det samme er tilfellet i en dom fra inneværende år, Rt. 2014 s. 620, hvor Høyesterett utalte dette om overtredelsesgebyret i akvakulturloven⁶¹ § 30

”Straffebegrepet i EMK er vesentlig videre enn Grunnlovens begrep, og jeg er enig i at gebyret er straff i konvensjonens forstand.”⁶²

Selv om ordlyden i akvakulturloven § 30 i dag er en annen enn den Høyesterett her behandlet, ligner både denne og konkurranseloven § 29 på aml. § 18-10, og vurderingen etter Engel-kriteriene må for det alt vesentlige gå ut på det samme. Høyesterettsdommer Skoghøy har nylig oppsummert gjeldende norsk rett på området slik

”Som ovenfor nevnt, foreligger det sikker rettspraksis for at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 og akvakulturloven § 30 må anses som straff etter EMK. De fleste bestemmelser om overtredelsesgebyr som vi i løpet av de siste decennier har fått i forvaltningslovgivningen, er av samme karakter. Dette gjelder blant annet bestemmelsene i (...) arbeidsmiljøloven § 18-10 (...)”⁶³

Det synes derfor å være grunnlag både i Engel-kriteriene og i norsk retts forståelse av EMK, til å konkludere med at overtredelsesgebyr etter § 18-10 er ”criminal”, straff etter EMK art. 6.

4.2 Anvendelse av EMK art. 6. Vilkåret ”charge”

Etter å ha lagt til grunn at overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10 er ”criminal” og derfor er straff etter konvensjonen, må det avgjøres på hvilket tidspunkt selvinkrimineringsvernet i art.

⁶⁰ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

⁶¹ Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur.

⁶² Avsnitt 47.

⁶³ Skoghøy s. 306.

6 inntreer i en sak om overtredelsesgebyr. Rettighetene i art. 6, herunder selvinkrimineringsvernet, kan først påberopes når noen er ”charged” etter konvensjonen.

Selvinkrimineringsvernet kan som utgangspunkt ikke gjelde under all tilsynsvirksomhet. I *Saunders mot Storbritannia*⁶⁴ begrunnet EMD dette i avsnitt 67 med at

”a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 para. 1 (art. 6- 1) would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities”.

EMD legger til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke kan gjelde på ethvert tidspunkt under tilsynsvirksomheten. Dette ville ”unduly hamper” tilsynsvirksomheten i følge EMD.

Det må derfor utledes hva som ligger i begrepet ”charge” i art. 6 og på hvilket tidspunkt en virksomhet er ”charged”. Begrepet skal i likhet med ”criminal” forstås autonomt og er uavhengig nasjonal status som siktet.⁶⁵ Det nærmere innholdet i ”charge”-begrepet ble utledet av EMD i *Deweere mot Belgia*⁶⁶. I følge denne, og senere avgjørelser, kan en mistenkt bli ”charged” på to måter. Enten dersom vedkommende har mottatt en ”official notification” eller dersom vedkommende på annen måte er ”substantially affected”.⁶⁷

For at en mistenkt skal anses ”charged” på grunnlag av en ”official notification”, må dette være en underrettelse av kompetent myndighet med påstand om at vedkommende har begått et lovbrudd.⁶⁸ Som nevnt i punkt 3.3 må Arbeidstilsynet gi forhåndsvarsel før ileggelse av overtredelsesgebyr. Et slikt forhåndsvarsel skal gi virksomheten grunnlag for å ”ivareta sitt tarv”.⁶⁹ For at virksomheten skal kunne ivareta sitt tarv forut for et vedtak om overtredelsesgebyr må det antas at forhåndsvarslet ivaretar noenlunde samme hensyn som en erklæring om siktelse etter straffeprosessens regler, jfr. strpl. § 252. Dette betyr i hovedsak at både det faktiske og rettslige grunnlaget for Arbeidstilsynets vurdering av overtredelsesgebyr må fremgå av varselet. I Rt. 2000 s. 996 uttalte Høyesterett at et varslingsbrev om at det kunne bli aktuelt å ilegge tilleggsatt ikke isolert sett utgjorde en ”charge”. Til det var varselet

⁶⁴ Sak 19187/91, 17. desember 1996.

⁶⁵ *Harris* s. 376.

⁶⁶ Sak 6903/75, 27. februar 1980.

⁶⁷ *Harris* s. 376-377.

⁶⁸ *Deweere* avsnitt 46.

⁶⁹ Fvl. § 16.

for lite konkret. Høyesterett kom likevel til at brevet, sammen med andre omstendigheter, utgjorde en "charge".⁷⁰ Det legges følgelig til grunn at virksomheten er "charged" når Arbeidstilsynet har gitt et tilstrekkelig konkret og formriktig forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr.

Selv om det ikke er gitt et slikt varsel kan en mistenkt anses "charged" dersom situasjonen til vedkommende er "substantially affected". Dette begrunnes i at EMD "prefer a "substantive", rather than a "formal", conception of the "charge"", med andre ord legger EMD til grunn et materielt siktet-begrep.⁷¹

Selvkrimineringsvernet kan derfor inntre også før det er gitt en "official notification". Dette vil gi virksomheten et mer effektivt konvensjonsvern uavhengig nasjonale myndigheters formalhandlinger. For at den mistenkte skal anses "charged" på dette grunnlaget krever imidlertid EMD at "the situation of the [suspect] has been substantially affected" av myndighetenes arbeid i saken.⁷²

Det må derfor undersøkes på hvilket tidspunkt virksomhetens situasjon er blitt "substantially affected" av Arbeidstilsynet under en tilsynssak.

For fremstillingens skyld kan det sees hen til modellen presentert i punkt 3.1 for å fastsette "charge"-tidspunktet i denne. Under den tradisjonelle kontrollvirksomhet kan Arbeidstilsynet iverksette en rekke kontrolltiltak mot en virksomhet. Hvorvidt slike tiltak gjør at virksomheten blir "charged" behandlet Høyesterett i Rt. 2000 s. 996. Retten uttalte på side 1018 at

"Ordinære kontrolltiltak kan etter dette ikke anses for å utgjøre en straffesiktelse [etter EMK]. Det kreves noe mer (...)"

Dette viser at bruk av ordinære forvaltningsmessige kontrolltiltak ikke gjør at virksomhetens situasjon er blitt "substantially affected". Selv om slike tiltak påvirker virksomhetens situasjon, påvirker de ikke situasjonen i en slik grad at rettighetene i art. 6 kommer til anvendelse. Dette har sin årsak i at slike tiltak er begrunnet i det tradisjonelle kontrollformål og skal sikre at reguleringer blir etterlevd for å forbygge/stanse ulovlig tilstand eller

⁷⁰ Side 1018.

⁷¹ *Deweer* avsnitt 44.

⁷² *Op.cit.* avsnitt 46.

gjenopprette lovlig tilstand. Som nevnt innledningsvis vil det vanskeliggjøre tilsynsforvaltningens samfunnsoppgave dersom selvinkrimineringsvernet skulle gjelde under hele tilsynssaken.

På andre siden må det kunne slås fast at virksomheten er ”substantially affected” når saken er kommet over i den pønale sfære. Fra dette tidspunktet handler Arbeidstilsynet ut fra et pønalt formål direkte rettet mot vedkommende virksomhet og overtredelsesgebyr er ikke lengre bare en mulighet, men fremstår som et reelt utfall.

Som den klare hovedregel vil grensen for den pønale sfære ligge der hvor Arbeidstilsynet har avsluttet kontrollfasen og er over i sanksjonsfasen, slik det er fremstilt i modellen i punkt 3.1. Utgangspunktet må derfor være at virksomheten ikke er ”charged” før Arbeidstilsynet har startet arbeidet med overtredelsesgebyret og er over i den pønale sfære av sin virksomhet. Men grensene til den pønale sfære er ikke alltid så konstant som modellen i punkt 3.1 gir uttrykk for. I det følgende vil det pekes på situasjoner hvor virksomheten er ”substantially affected” også før arbeidet med overtredelsesgebyr har startet.

For det første kan formålet med kontrollvirksomheten forut for ileggelse av gebyret være med å påvirke grensen til den pønale sfære. I saken *J. B. mot Sveits*⁷³ hadde myndighetene igangsatt undersøkelser for å avdekke om klageren hadde inntekter han ikke skattet for. Under dette arbeidet hadde skattemyndighetene ilagt klageren flere administrative bøter for ikke å ha etterkommet krav om utlevering av informasjon om inntektene. Bøtene ble ansett som straff etter konvensjonen og EMD pekte derfor på at kontrollarbeidet hadde flere formål

”The Court observes that, in the present case, the proceedings served the various purposes of establishing the taxes due by the applicant and, if the conditions therefor were met, of imposing on him a supplementary tax and a fine for tax evasion. Nevertheless, the proceedings were not expressly classified as constituting either supplementary-tax proceedings or tax-evasion proceedings.”⁷⁴

Når myndighetene ikke tydelig hadde klargjort hvilket formål de jobbet under, et pønalt eller tradisjonelt kontrollformål, fant EMD at undersøkelsene måtte anses å være av pønalt karakter slik at rettighetene i art. 6 fikk anvendelse

⁷³ Sak 31827/96, 3. mars 2001.

⁷⁴ *Op.cit.* avsnitt 47.

”In the Court’s opinion, whatever other purposes served by the proceedings, by allowing the imposition of such a fine on the applicant, the proceedings amounted in the light of the Court’s case-law to the determination of a criminal charge.”⁷⁵

På bakgrunn av denne avgjørelsen må det stilles krav til at Arbeidstilsynet er sitt formål bevisst i sin kontrollvirksomhet. Hva som avgjør om Arbeidstilsynets virksomhet er i den pønale sfære avgjøres først og fremst av om virksomheten har et pønalt formål, og ikke om virksomheten ligger til kontrollfasen eller sanksjonsfasen rent teoretisk.

Så lenge virksomheten i kontrollfasen er motivert av et forebyggende, stansende og/eller gjenopprettende formål, med et tydelig fremadrettet perspektiv om å hindre at fare, skade eller at ulovlig tilstand oppstår eller fortsetter, vil kontrollvirksomheten ligge utenfor den pønale sfære. Men dersom Arbeidstilsynet foretar et tilsyn som er klart motivert av et pønalt formål bare for å undersøke om det er grunnlag for å ilegge virksomheten et overtredelsesgebyr, kan ikke et slikt tilsyn begrunnes i det tradisjonelle kontrollformålet. Slik virksomhet vil få et pønalt formål og må derfor ligge under den pønale sfære, slik at vedkommende tilsynet gjelder anses ”charged” og selvinkrimineringsvernet må respekteres.

En annen situasjon som kan modifisere grensedragningen til den pønale sfære er dersom det foreligger forutgående mistanke. Avgjørelsen *Aleksandr Zaichenko mot Russland*⁷⁶ gjaldt en yrkessjåfør i et transportfirma. Sjefen i firmaet hadde kontaktet politiet og bedt om hjelp til å avdekke en rekke drivstofftyveri fra firmaets biler. Politiet stoppet en av de ansatte i en firmabil på vei hjem fra jobb og fant to kanner med drivstoff i bilen. Politiet spurte uten videre om sjåføren kunne forklare hvor drivstoffet kom fra. EMD måtte her vurdere om selvinkrimineringsvernet hadde inntrådt på dette tidspunktet. I avsnitt 42 utalte EMD at

”Given the context of the road check and the applicant’s inability to produce any proof of the diesel purchase at the moment of his questioning by the police, the Court considers that there should have been a suspicion of theft against the applicant at that moment.”

Situasjonen var med andre ord den at politiet visste at drivstoff pleide å forsvinne fra firmabilene i dette firmaet, og de stoppet denne bilen på denne bakgrunn. De visste videre at personen jobbet i det aktuelle firma, og at vedkommende var på vei hjem fra jobb i en

⁷⁵ *Op.cit.* avsnitt 49.

⁷⁶ Sak 39660/02, 18. februar 2010.

firmabil når politiet fant to drivstoffkanner i bilen. EMD uttaler om denne situasjonen i avsnitt 43 at

”Thus, although the applicant was not accused of any criminal offence on 21 February 2001 [da han ble stoppet av politiet], the proceedings on that date “substantially affected” his situation”

EMD mente at når politiets mistanker ble bekreftet etter funnet av drivstoffkannene, burde politiet allerede på dette tidspunktet ha siktet ham og informert ham om sitt vern mot selvinkriminering. Lovbruddet var avdekket idet politiet fant drivstoffkannene og på bakgrunn av den forutgående mistanken politiet hadde, var altså situasjonen hans “substantially affected” allerede under kontrollen. Derfor var han å anse som ”charged” og spørsmålet fra politiet var et brudd på selvinkrimineringsvernet.

Saken viser at dersom myndighetene har forutgående mistanke om at det er begått et lovbrudd som kan og vil sanksjoneres med straff etter konvensjonen, og på det grunnlaget gjennomfører en kontroll som raskt bekrefter mistanken, er vedkommende å anse som ”charged”.

Dette er ikke en utenkelig situasjon for Arbeidstilsynet. Som nevnt under punkt 3.1 kan Arbeidstilsynets tilsyn initieres blant annet på grunnlag av tips, slik tilfellet var i *Aleksandr Zaichenko*. Situasjonen vil være den samme når Arbeidstilsynet får et tips som gir grunnlag for mistanke mot virksomheten, og som bekreftes ved tilsynet hos virksomheten. Selv om tipset ikke alene gir grunnlag for mistanke, kan tipset sammen med annen informasjon Arbeidstilsynet besitter fra tidligere tilsyn eller tips, gi grunnlag for mistanke. Det avgjørende vil være om Arbeidstilsynet forut for tilsynet har en mistanke om et lovbrudd som kan og vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Dersom Arbeidstilsynet så avdekker forhold som bekrefter deres mistanke, må virksomhetens situasjon allerede her anses “substantially affected”, slik at virksomheten er ”charged” og kan påberope seg et vern mot selvinkriminering.

Selv om Arbeidstilsynet verken har et pønalt formål med kontrollen eller har forutgående mistanke, kan et tilsyn hos virksomheten raskt avdekke synlige og utvilsomme brudd på krav det er helt klart at virksomheten er pålagt å følge. Dersom et slikt klart lovbrudd oppfyller kravene til overtredelsesgebyr etter § 18-10 er det ikke mer å kontrollere og alt videre arbeid knyttet til dette forholdet vil ligge i sanksjonsfasen. Dermed vil Arbeidstilsynet allerede på

dette tidspunktet være over i den pønale sfære og virksomhetens situasjon er på dette grunnlaget “substantially affected”, slik at virksomheten er ”charged” og kan påberope seg selvinkrimineringsvernet.

Oppsummeringsvis inntreer selvinkrimineringsvernet når virksomheten anses ”charged”. Det er enten når Arbeidstilsynet har forhåndsvarslet virksomheten om overtredelsesgebyr eller dersom Arbeidstilsynet beveger seg over i den pønale sfære slik at virksomheten blir “substantially affected”. Det vil som utgangspunkt være i det tilsynet igangsetter sanksjonsfasen, men det kan også tenkes tilfeller hvor tilsynets arbeid under kontrollfasen får pønalt karakter og derfor ligger i den pønale sfære.

4.3 Selvinkrimineringsvern for juridiske personer

Arbeidstilsynet kan bare ilegge virksomheter overtredelsesgebyr etter § 18-10, ikke fysiske personer. I denne sammenheng må to sentrale spørsmål besvares for å avgjøre selvinkrimineringsvernets anvendelse i Arbeidstilsynets saker om overtredelsesgebyr. Først om juridiske personer kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. I så tilfelle, hvem som kan påberope seg vernet på vegne av en juridisk person.

Det vil først avgjøres om juridiske personer kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. Som vist til under punkt 2.2 er selvinkrimineringsvernet begrunnet i hensynet til fysiske personers verdighet og selvbestemmelsesrett. Det er derfor ikke åpenbart at vernet også gjelder for juridiske personer.

EMK art. 1 fastslår at rettighetene i konvensjonen gjelder for ”everyone”, og dette blir som regel tolket dit hen at konvensjonen gjelder for både fysiske og juridiske personer.⁷⁷ Av EMK art. 34 fremgår det også at ”any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation” kan innklage en konvensjonsstat til EMD. Emberland konkluderer med at også selskaper under visse omstendigheter nyter vern etter konvensjonen.⁷⁸

Dette utgangspunktet kan likevel ikke gjelde generelt for hele konvensjonen. Til eksempel kan ikke vernet mot tortur gjelde for en juridisk person. Problemet er derfor om juridiske

⁷⁷ Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighedskonvention - for praktikere*, 3. utgave, København 2010 s. 45.

⁷⁸ Marius Emberland, *The Human Rights of Companies*, Oxford 2006 s. 54.

personer nyter vern mot selvkriminering spesielt. Dette spørsmålet synes ikke å være avklart av EMD.⁷⁹ Høyesterett behandlet imidlertid spørsmålet i Rt. 2011 s. 800 som gjaldt pålegg til selskaper om å utlevere bevis, og slo i denne kjennelsen fast at

”Min konklusjon er dermed at juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvkriminering etter EMK”.⁸⁰

Spørsmålet om juridiske personer har et vern mot selvkriminering etter EMK i norsk rett må derfor besvares bekreftende etter Høyesteretts avgjørelse.

Selvkrimineringsvernet gir derfor en virksomhet rett til å nekte å utlevere informasjon til myndighetene. Dette må anses som en partsrettighet og slike kan ikke utøves av virksomheten i seg selv, men må utøves gjennom en fysisk person på vegne av virksomheten. Det andre spørsmålet er derfor hvilke fysiske personer som kan påberope seg vernet på vegne av virksomheten.

I forarbeidene til § 18-10 legger departementet Høyesteretts avgjørelse til grunn, men fremhever at det ikke med sikkerhet kan fastlegge vernets utstrekning når det gjelder juridiske personer

”Høyesterett har i en kjennelse inntatt i Rt-2011-800 fastslått at det i norsk rett skal legges til grunn at vernet mot selvkriminering etter EMK artikkel 6 kan omfatte juridiske personer. Utgangspunktet er således at det i noen grad følger et vern mot selvkriminering for juridiske personer for administrative sanksjoner som anses som «straff» etter EMK artikkel 6 nr. 1. Selvkrimineringsvernets utstrekning er imidlertid usikkert (...) med hensyn til hvilken personkrets som eventuelt kan påberope seg vernet på vegne av virksomheten (...)”.⁸¹

Departementet trekker særlig frem spørsmålet om hvilken personkrets som kan påberope seg selvkrimineringsvernet på vegne av virksomheten, men det gis ingen videre løsning på dette i forarbeidene.

EMD synes heller ikke å ha behandlet dette spørsmålet. Høyesterett behandler heller ikke spørsmålet i Rt. 2011 s. 800, og synes ikke å ha berørt spørsmålet siden. Rettskildesituasjonen er derfor noe krevende for å kunne besvare dette spørsmålet. Spørsmålet er av prosessuell

⁷⁹ Rt. 2011 s. 800, avsnitt 28.

⁸⁰ Avsnitt 54.

⁸¹ Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.9.3 (s. 53).

karakter og skulle ha hatt sin avklaring i prosessreglene for illeggelse av overtredelsesgebyr. Regler om selvinkrimineringsvernet fremgår, som nevnt i de foregående kapitler, ikke av forvaltningsretten. Det nærmeste man kommer relevante rettskilder for dette spørsmålet er derfor analogier fra straffeprosessens regler om foretaksstraff.⁸²

Da foretaksstraffen ble innført så lovgiver behovet for å tilpasse enkelte prosessregler til å skulle kunne brukes på juridiske personer. Blant annet ble det i strpl. § 84a gitt en generell regel for hvem som skulle kunne påberope seg partsrettighetene til en siktet juridisk person

”Er den siktede et foretak, tilligger partsrettighetene den personen som foretaket utpeker. Det bør såvidt mulig ikke utpekes noen som selv er siktet for den overtredelsen saken gjelder.”

Selvinkrimineringsvernet må anses som en partsrettighet og etter denne ordningen må foretaket utpeke én fysisk person som skal representere foretaket overfor myndighetene i straffesaken. Dette vil ofte være daglig leder eller styreleder, eller annen særskilt representant.

I mangel av annet grunnlag, må denne ordningen kunne legges til grunn som en retningslinje for anvendelsen av selvinkrimineringsvernet i saker om overtredelsesgebyr. Dersom en utpekt person på vegne av virksomheten påberoper seg vernet, må Arbeidstilsynet forholde seg til dette i sin kontakt med virksomheten slik at det bare er denne utpekte personen som kan uttale seg på virksomhetens vegne.

Denne ordningen etterlater seg imidlertid spørsmålet om dette vil utelukke Arbeidstilsynet fra å tvangsmessig innhente opplysninger fra andre ansatte eller medlemmer av styret til bruk under sanksjoneringen av virksomheten. Disse kan ofte sitte på verdifull informasjon om forholdene i virksomheten. Kan disse også påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av bedriften eller er de underlagt opplysningsplikten i § 18-5 fullt ut?

Ved å fortsatt trekke analogier fra straffeprosessen har de ansatte og styret status som vitner, så langt de selv ikke risikerer straff. Spørsmålet er derfor, ut fra en analogi fra straffeprosessen, om de ansatte og styret kan fritas vitneplikten under påberopelse av

⁸² Det er ikke en fremmed tanke å dra analogier fra foretaksstraff til overtredelsesgebyr. Som vist til under punkt 3.4 gjør departementet dette i forarbeidene til § 18-10, se Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.10.3.

virksomhetens selvinkrimineringsvern. Spørsmålet ble behandlet i forarbeidene til innføringen av foretaksstraff

”Siden det er selve foretaket som anses som siktet, har ansatte og tillitsmenn i foretaket forklaringsplikt som vitne etter de vanlige regler i straffeprosessloven. Men vitnet kan nekte å svare på spørsmål når svaret kan medføre fare for straff eller tap av borgerlig aktelse for vitnet, jf strpl § 123 første ledd. Forklaringsplikten gjelder heller ikke når svaret ville røpe forretnings- eller driftshemmeligheter, jf strpl § 124 første ledd.”⁸³

Dersom denne analogien legges til grunn også i saker om overtredelsesgebyr, er det ingenting i veien for at Arbeidstilsynet kan pålegge både ansatte og tillitsmenn (styret) å utlevere opplysninger om virksomheten. Så lenge ikke disse personlig risikerer straff for samme forhold som virksomheten risikerer overtredelsesgebyr, må de anses som vitner med vitneplikt.

Denne ordningen synes å ha gode grunner for seg også under forvaltningens sanksjonering, hvor samme hensyn må sies å gjøre seg gjeldende. Det vil uansett fremstå dårlig begrunnet dersom ansatte og tillitsmenn skal kunne fritas sin plikt til å gi myndighetene opplysninger i saker om overtredelsesgebyr, men ikke i ordinære straffesaker. Reglene må anses så ha lik begrunnelse under begge sanksjonsformene og derfor gjelde på samme måte under begge.

4.4 Selvinkrimineringsvernets utstrekning etter at virksomheten er ”charged”

Til nå er det lagt til grunn at overtredelsesgebyr etter aml. § 18-10 er straff etter konvensjonen. Dette betyr at Arbeidstilsynet må respektere rettsikkerhetsgarantiene i EMK art. 6 i saker om overtredelsesgebyr, herunder selvinkrimineringsvernet, fra det tidspunkt virksomheten er ”charged”.

Dette får betydning for Arbeidstilsynets praktisering av opplysningsplikten i § 18-5. Som vist i punkt 3.2 er denne opplysningsplikten ubegrenset etter sin ordlyd og gjelder således under alle deler av Arbeidstilsynets virksomhet. En slik altomfattende opplysningsplikt står dermed i et spenningsforhold til selvinkrimineringsvernet.

Problemstillingen her er derfor hvilke begrensninger opplysningsplikten i § 18-5 må tåle som følge av at selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 gjelder i saker om overtredelsesgebyr.

⁸³ NOU 1989: 11 avsnitt 8.3

Som utgangspunkt verner selvinkrimineringsvernet mot *tvang* til å utlevere *inkriminerende informasjon* om seg selv.⁸⁴ Vernet kan derfor begrense opplysningsplikten på to måter. For det første *hvordan* Arbeidstilsynets innhenter informasjon fra virksomheten, og for det andre *hvilken* informasjon Arbeidstilsynet innhenter fra virksomheten. Vurderingen av vernets utstrekning beror derfor på en totrinns vurdering. Først må innhentingemetoden vurderes opp mot vernets forbud mot tvang. Deretter må den informasjon som innhentes vurderes opp mot vernets forståelse av selvinkriminerende informasjon. Disse to trinnene er henholdsvis tema i de to følgende underpunktene 4.4.1 og 4.4.2.

4.4.1 Begrensninger i hvordan Arbeidstilsynet kan innhente informasjon fra virksomheter

Dersom Arbeidstilsynet behøver informasjon fra en virksomhet, og virksomheten ikke av egen vilje vil utlevere denne informasjonen, har Arbeidstilsynet hjemmel i § 18-5 til å pålegge virksomheten å utlevere den informasjon som er nødvendig for tilsynet. Unnlatelse kan straffeforfølges etter § 19-1, og dette utgjør tvangselementet i opplysningsplikten.

Gjennom § 18-5 kan Arbeidstilsynet innhente informasjon på tre ulike måter. For det første kan Arbeidstilsynet gi virksomheten pålegg om å utlevere opplysninger i form av forklaringer i anledning saken. For det andre kan virksomheten gis pålegg om å utlevere dokumenter eller andre realbevis. For det tredje kan Arbeidstilsynet foreta undersøkelser og beslag av dokumenter/realbevis.

Sistnevnte er uproblematisk i relasjon til selvinkrimineringsvernet, ettersom slik informasjonsinnhenting tilkommer Arbeidstilsynet helt uavhengig virksomhetens vilje.⁸⁵ Selvinkrimineringsvernet er ikke aktuelt før Arbeidstilsynet under tvang pålegger virksomheten å selv bidra til å inkriminere seg selv.⁸⁶ Dette er derimot tilfellet ved de to førstnevnte innhentingemetodene. Både det å avgi forklaring og fremskaffe andre bevis krever aktivt bidrag fra virksomheten. Det er derfor disse to innhentingemetodene som er problematisk i relasjon til selvinkrimineringsvernet.

⁸⁴ Harris s. 422

⁸⁵ Se *Saunders mot Storbritannia*, 1918/91, 17. desember 1996, avsnitt 69.

⁸⁶ Harris s. 422.

Problemstillingen her i punkt 4.4.1 er derfor om den tvang Arbeidstilsynet kan pålegge virksomheten etter § 18-5 til å utlevere opplysninger i form av forklaringer eller realbevis vil krenke selvinkrimineringsvernet. Vurderingen er ulik for de to innhentingemetodene, og den videre drøftelse er derfor delt i to underpunkter, 4.4.1.1 og 4.4.1.2.

4.4.1.1 Pålegg om utlevering av opplysninger i form av forklaringer

I *Saunders mot Storbritannia*⁸⁷ satte EMD utgangspunktet for hvilken tvang som rammes av selvinkrimineringsvernet

”The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting *the will* of an accused person to remain silent.”⁸⁸ (min kursivering)

Det er altså viljen til taushet som i første rekke er vernet. Tvang i form av straff dersom siktede forholder seg taus, vil ikke respektere siktedes vilje til taushet. Dersom siktede under en slik trussel forklarer seg, er ikke dette av egen fri vilje mener EMD. EMD godtok her bare tvangsmessig innhenting av opplysninger ”which has an existence independent of the will of the suspect”.⁸⁹ Et avgjørende moment i vurderingen av selvinkrimineringsvernets utstrekning er derfor om de inkriminerende opplysningene eksisterer uavhengig av siktedes vilje i saken eller ikke.⁹⁰ Som utgangspunkt vil alle pålegg om tvangsmessig forklaring være i strid med viljen til en den som ønsker å forholde seg taus. Et slikt pålegg tvinger vedkommende til å produsere bevis mot sin vilje.

Dette utgangspunktet ble imidlertid modifisert i *O’Halloran og Francis mot Storbritannia*⁹¹. Her uttalte EMD at selvinkrimineringsvernet ikke var så kategorisk som det ble gitt uttrykk for i *Saunders* når domstolen uttaler at

”While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case.”⁹²

⁸⁷ Sak 19187/91, 17. desember 1996.

⁸⁸ Avsnitt 69.

⁸⁹ Samme sted.

⁹⁰ *Harris* s. 422.

⁹¹ Sakene 15809/02; 25624/02, 29. juni 2007.

⁹² Avsnitt 53.

EMD uttaler her at utgangspunktet må ligge i det overordnede kravet i art. 6 til en rettfærdig rettergang når selvinkrimineringsvernets utstrekning skal fastlegges. Samtidig fastslår domstolen at vurderingen må gjøres konkret i den enkelte sak. Videre i avgjørelsen oppstiller EMD relevante vurderingskriterier for å avgjøre selvinkrimineringsvernets utstrekning:

”in order to determine whether the essence of the applicants’ right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which any material so obtained was put.”⁹³

O’Halloran og Francis gjaldt straffesanksjonerte opplysningsplikter. Bilene til *O’Halloran og Francis* hadde blitt fotografert av en fotoboks i for høy fart. Britisk vegtrafikklov påla under straffetrussel enhver bileier å opplyse hvem som hadde kjørt bilen på et gitt tidspunkt. Politiet krevde utlevert denne informasjonen fra klagerne for å få rede på hvem som hadde kjørt bilene da de ble fotografert i for høy fart. Dette var et pålegg som tvang de siktede til mot sin vilje å utlevere informasjon som kunne inkriminere dem, sett at det var de selv som kjørte bilene. Denne tvangen ville derfor være i strid med selvinkrimineringsvernet etter utgangspunktet i *Saunders*. EMD kom likevel til at arten og graden av tvang tilsa at dette likevel ikke kunne være et brudd på selvinkrimineringsvernet. I avsnitt 57 uttaler EMD at

”The Court notes that, although both the compulsion and the underlying offences were “criminal” in nature, the compulsion flowed from the fact, as Lord Bingham expressed it in the Privy Council in the case of *Brown v. Stott* (...) that “[a]ll who own or drive motor cars know that *by doing so they subject themselves to a regulatory regime*. This regime is imposed not because owning or driving cars is a privilege or indulgence granted by the State but because the possession and use of cars (like, for example, shotguns ...) *are recognised to have the potential to cause grave injury*”. Those who *choose* to keep and drive motor cars can be taken to *have accepted* certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities include *the obligation*, in the event of suspected commission of road-traffic offences, *to inform the authorities* of the identity of the driver on that occasion.” (min kursivering)

Domstolen legger her til grunn at når noen har valgt å eie og bruke noe så potensielt farlig som en bil, så må de godta å bli pålagt visse plikter og ansvar. Bileierne ble ansett for å ha godtatt en begrenset opplysningsplikt ved å måtte opplyse hvem som kjørte bilen på et gitt

⁹³ Avsnitt 55.

tidspunkt. Domstolen mener at en slik plikt må gå foran selvinkrimineringsvernet, slik at tvang til en slik opplysningsplikt ikke er omfattet av vernet. Domstolen vektlegger her myndighetenes behov for å føre kontroll med farlige aktiviteter i samfunnet, slik som veitrafikken, fremfor vernet mot selvinkriminering. Et viktig element i denne begrunnelsen er frivillighetselementet ved denne plikten. Det fremheves at klagerne selv hadde valgt å eie biler, og derfor måtte anses for å selv ha godtatt å bli underlagt denne plikten.

Denne slutningen bygger på en viktig forutsetning, som ble presisert i avsnitt 58 hvor domstolen uttaler at

”The information is thus markedly more restricted than in previous cases, in which applicants have been subjected to statutory powers requiring production of “papers and documents of any kind relating to operations of interest to [the] department” (see *Funke*, cited above, § 30), or of “documents, etc., which might be relevant for the assessment of taxes” (see *J.B. v. Switzerland*, cited above, § 39). In *Heaney and McGuinness* the applicants were required to give a “full account of [their] movements and actions during any specified period” (...).”

Opplysningsplikten som klagerne hadde godtatt ved å eie en bil, var altså svært begrenset i forhold til i tidligere saker. Det var ikke tale om en altomfattende opplysningsplikt, men en plikt til bare å opplyse om hvem som hadde kjørt bilen på et gitt tidspunkt. Myndighetene kunne ikke pålegge utlevert noe annen informasjon. Dette synes å være en viktig forutsetning for at EMD kom til at denne opplysningsplikten måtte veie tyngre enn hensynet til selvinkrimineringsvernet. Ut fra det gjengitte avsnittet over, synes EMD å gå langt i å antyde at resultatet ikke hadde blitt det samme dersom opplysningsplikten hadde vært like omfattende som i de tidligere sakene.

Uttalelsene i *O’Halloran og Francis* viser at vernet av siktedes vilje ikke er absolutt. Fra utgangspunktet i *Saunders*, kan det gjøres unntak for opplysningsplikter på områder hvor vedkommende har valgt påta seg ansvaret for noe som potensielt kan medføre stor fare og skade. Vedkommende må i slike tilfeller godta en viss grad av tvang til utlevering av potensielt inkriminerende informasjon i saken. Dette kan begrunnes i myndighetenes behov for opplysninger til kontroll av farlige aktiviteter i samfunnet som enkelte har valgt å utøve.

Unntaket i *O’Halloran og Francis* kan tenkes anvendt på saker hvor Arbeidstilsynet krever opplysninger fra virksomheter som driver med arbeid som kan utgjøre særlig fare og risiko i samfunnet. Til eksempel arbeid med potensielt forurensende kjemikalier, arbeid med

smittefarlig biomasse eller transportarbeid på veiene med tyngre kjøretøy. I slike tilfeller har virksomheten selv valgt å drive slikt arbeid og kan derfor anses å ha godtatt en viss opplysningsplikt til Arbeidstilsynet, selv om informasjonen kan føre til overtredelsesgebyr. Det avgjørende blir imidlertid omfanget av opplysningsplikten.

I *O'Halloran og Francis* var informasjonsplikten begrenset til bare å gjelde opplysninger om hvem som kjørte bilen på et gitt tidspunkt. Etter § 18-5 kan Arbeidstilsynet kreve utlevert ”opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet”. Denne opplysningsplikten er altomfattende og ligger nærmere de opplysningsplikter som EMD i avsnitt 58 setter som motstykke til opplysningsplikten i britisk vegtrafikklov. Unntaket fra *O'Halloran og Francis* kan derfor ikke gjelde for opplysningsplikten i § 18-5, selv på farlige områder.

Derimot er de pålegg som Arbeidstilsynet kan gi etter § 18-6 om utlevering av spesifikk informasjon etter for eksempel § 3-1 en klart begrenset opplysningsplikt, se punkt 3.2. Så lenge adgangen til å kreve informasjon gjennom slike pålegg er tydelig begrenset slik som i *O'Halloran og Francis*, må slik tvangsmessig informasjonsinnhenting gå klar av selvinkrimineringsvernet dersom slike brukes på virksomheter som driver med farlig og risikofylt aktivitet etter eget valg.

For utenom slike pålegg må det falles tilbake på hovedregelen i *Saunders*, slik at forklaringer i strid med virksomhetens vilje er omfattet av selvinkrimineringsvernet. Dette betyr at Arbeidstilsynet ikke kan kreve utlevert selvinkriminerende informasjon i form av forklaringer under sitt arbeid med overtredelsesgebyr med hjemmel i opplysningsplikten i § 18-5.

4.4.1.2 Pålegg om utlevering av opplysninger i form av dokumenter/realbevis

Tvang til utlevering av opplysninger som eksisterer uavhengig saken, altså realbevis, står i en annen stilling sammenlignet med forklaringer i anledning saken. Der hvor tvang til forklaring består i å produsere opplysninger, eksisterer opplysninger i dokumenter og andre realbevis forut og uavhengig saken. Likevel er det fortsatt tale om tvang til aktivt bidrag, når virksomheten selv må fremlegge disse realbevisene. Dette i motsetning til beslag, hvor Arbeidstilsynet innhenter realbevisene uten virksomhetens aktive bidrag.

EMD var lenge tilbakeholdne med å statuere krenkelse av vernet i slike tilfeller, men uttrykte i *Jalloh mot Tyskland*⁹⁴ at innhenting av realbevis ikke var utelukket fra å kunne krenke selvinkrimineringsvernet når det i avsnitt 111 heter at

”the Court has on occasion given the principle of self-incrimination as protected under Article 6 § 1 a broader meaning so as to encompass cases in which coercion to hand over real evidence to the authorities was in issue”

I denne avgjørelsen fant EMD at tvangsmessig innhenting av realbevis krenket selvinkrimineringsvernet. Saken er imidlertid spesiell. Jalloh hadde svelget en pose som myndighetene mente inneholdte narkotika. Myndighetene pågrep Jalloh og deretter holdt fire politimenn ham fast mens en lege førte en slange gjennom nesen hans ned i magen med brekningsmiddel. Dette ga en sterk fysiologisk reaksjon slik at Jalloh spydde opp innholdet i magen, der i blant en pose med kokain. Denne posen ble et avgjørende bevis da han senere ble domfelt. Denne behandlingen fant EMD at var av en så høy grad av tvang, at den var i strid med vernet mot umenneskelig behandling i EMK art. 3. For å vurdere om slik tvang også krenket selvinkrimineringsvernet i art. 6, oppstilte EMD følgende vurderingstema i avsnitt 101

”In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will have regard, in particular, to the following elements: the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put”

I tillegg introduserte EMD et fjerde kriterium, den offentlige interesse i saken.⁹⁵ På grunnlag av disse kriteriene konkluderte EMD med at tvangen som ble brukt mot Jalloh for å på tak i realbeviset, krenket selvinkrimineringsvernet i art. 6.

Avgjørelsen viser at tvang til utlevering av realbevis kan være omfattet av vernet, men at terskelen for hva som anses som konvensjonsstridig tvang er høy.

Høyesteretts ankeutvalg behandlet i Rt. 2011 s. 487 hvorvidt realbevis var omfattet av selvinkrimineringsvernet i EMK. Saken gjaldt skattemyndighetenes tvang til utlevering av arkivmateriale. Tvangen bestod i en straffesanksjonert opplysningsplikt, på samme måte som aml. § 18-5, jfr. § 19-1. I avsnitt 35 i avgjørelsen uttaler utvalget at

⁹⁴ Sak 54810/00, 11. juli 2006.

⁹⁵ Se avsnitt 97 og 107.

”Forbudet mot plikt til selvinkriminering - som er nedfelt i Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g og innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1 - retter seg først og fremst mot å fremtvinge selvinkriminerende forklaringer fra siktede og mot å bruke slike forklaringer som bevis i straffesak mot ham. Avhengig av tvangens karakter og grad kan forbudet etter omstendighetene også ramme fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende dokumentbevis eller andre former for realbevis, men terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis skal rammes, er relativt høy (...) For at fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende realbevis skal rammes, må tvangen være umenneskelig eller på annen måte ha karakter av overgrep mot siktede”

Avgjørelsen er bygd på *Jalloh* og ankeutvalget legger til grunn at det kreves samme grad av tvang som var tilfellet i *Jalloh* for at tvang til utlevering av realbevis skal være omfattet av selvinkrimineringsvernet.

Slik § 18-5 er utformet, særlig med tillegget i siste punktum om formen på informasjonen, kan det ikke utelukkes at opplysningsplikten også kan brukes til pålegg om utlevering av realbevis. I følge Høyesteretts ankeutvalg vil tvang til utlevering av realbevis etter § 18-5, gå klar av selvinkrimineringsvernet så lenge tvangen ikke anses å være ”umenneskelig eller på annen måte ha karakter av overgrep mot siktede”. Så høy grad av tvang er det ikke hjemmel for i § 18-5, jfr. § 19-1.

Det kan derfor konkluderes med at Arbeidstilsynet med hjemmel i § 18-5 under tvang kan kreve utlevert realbevis fra virksomheten til sitt arbeid med overtredelsesgebyr uten hensyn til selvinkrimineringsvernet.

4.4.2 Begrensninger i hvilken informasjon Arbeidstilsynet kan innhente fra virksomheter

Det er til nå avklart at det i hovedsak er Arbeidstilsynets tvang til forklaringer som rammes av selvinkrimineringsvernet. Det er likevel ikke enhver opplysning som er omfattet av vernet og som virksomhetene kan nekte å forklare seg om. Problemstillingen her er hva slags opplysninger som er omfattet av selvinkrimineringsvernet.

Med utgangspunkt i ordlyden i EMK art. 6 er det bare opplysninger som inngår som en del av grunnlaget for ”the determination of (...) any criminal charge against” virksomheten som er omfattet. Dette betyr at opplysninger som ikke kan brukes som bevis i saken om overtredelsesgebyr, men innhentes til andre kontrollformål, ikke omfattes av

selvinkrimineringsvernet. Dette gjør at Arbeidstilsynet, under tvang, kan innhente mange typer opplysninger også etter at virksomheten er ”charged”, så lenge dette ikke kan brukes i sanksjonering av virksomheten.

Videre er det bare opplysninger som kan inkriminere virksomheten *selv*, som vernes av selvinkrimineringsvernet.⁹⁶ Opplysninger om andre er ikke vernet.

Innenfor disse utgangspunktene har EMD i *Saunders mot Storbritannia*⁹⁷ slått fast at det ikke er nødvendig at opplysningene faktisk *er* inkriminerende. Domstolen legger til grunn at det er tilstrekkelig at opplysningene *kan* være inkriminerende når det i avsnitt 71 heter at

”Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case (...) It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial.”

Det avgjørende synes altså ikke å være om opplysningene *er* inkriminerende, men om de *kan* brukes på en inkriminerende måte. Videre utalte EMD i *J. B. mot Sveits*⁹⁸ at

”While it is not for the Court to speculate as to what the nature of such information would have been, the applicant *could not exclude* that, if it transpired from these documents that he had received additional income which had not been taxed, he might be charged with the offence of tax evasion.”⁹⁹ (min kursivering)

Uttalelsen underbygger det som ble sagt i *Saunders*. Klageren kunne her ikke utelukke at den informasjon han oppga kunne føre til straff. Antitetisk viser uttalelsen imidlertid at dersom det kan utelukkes at opplysningene kan være inkriminerende, vil dette utelukke et vern mot selvinkriminering.¹⁰⁰

Opplysninger som *kan* være inkriminerende kan deles i to kategorier. Det kan enten være opplysninger om faktiske forhold som gir grunnlag til å vurdere om sanksjonshjemmelens handlingsnorm er oppfylt eller ikke. Til eksempel innrømmelser eller tilståelser. Eller så kan det være opplysninger som kan bidra til å bevise det sanksjonerte forholdet, men som ikke i

⁹⁶ *Harris* s. 422.

⁹⁷ Sak 19187/91, 17. desember 1996.

⁹⁸ Sak 31827/96, 3. mai 2001.

⁹⁹ Avsnitt 66.

¹⁰⁰ Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010 s. 151.

seg selv er direkte inkriminerende. Til eksempel opplysninger som kan svekke mistenkes troverdighet dersom han oppgir dem, slik som en forklaring som viser at vedkommende tidligere har løyet. Begge typene kan brukes til å inkriminere siktede og må være omfattet av vernet.

Når det avgjørende er om opplysningene *kan* være inkriminerende, må det ligge et sannsynlighetskrav til grunn for hvilken informasjon som er vernet. Med andre ord, hva kreves det for at informasjon skal *kunne være* inkriminerende. I *Weh mot Østerrike*¹⁰¹ utalte EMD i avsnitt 56 at

”It considers that, in the present case, the link between the applicant's obligation under section 130 § 2 of the Motor Vehicles Act to disclose the driver of his car and possible criminal proceedings for speeding against him remains *remote and hypothetical*. However, without a *sufficiently concrete link* with these criminal proceedings the use of compulsory powers (i.e. the imposition of a fine) to obtain information does not raise an issue with regard to the applicant's right to remain silent and the privilege against self-incrimination.” (min kursivering)

Dersom det bare er ”remote and hypothetical” og ingen ”sufficiently concrete link” mellom utleveringen av opplysningene og straffeforfølgelse, aktualiseres ikke selvinkrimineringsvernet. Det er da en for fjerntliggende mulighet for at opplysningene kan inkriminere vedkommende mener EMD.

I følge EMD omfatter inkriminerende informasjon derfor opplysninger som ikke kan utelukkes at kan inkriminere vedkommende. Det er likevel ikke tilstrekkelig med bare en fjerntliggende og hypotetisk mulighet for at opplysningene vil medføre overtredelsesgebyr. Det må være en tilstrekkelig konkret sammenheng mellom utleveringen av opplysningene og ileggelse av overtredelsesgebyr for at selvinkrimineringsvernet aktualiseres.

4.5 Samlet konklusjon

På bakgrunn av drøftelsene i kapitel 4 må det konkluderes med at selvinkrimineringsvernet i EMK får anvendelse som saksbehandlingsregel for Arbeidstilsynet i saker om overtredelsesgebyr. Gebyret er straff etter konvensjonen, og etter at virksomheten er ”charged” inntreer vernet, også for juridiske personer. Punkt 4.4 viser imidlertid at

¹⁰¹ Sak 38544/97, 8. april 2004

selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 ikke er absolutt. Vurderingen av vernets utstrekning må skje i to trinn.

For det første er ikke enhver tvangsmessig innhentingsmetode omfattet av vernet. Som fremstillingen viser, går det et skille mellom opplysninger i form av forklaringer og realbevis. Det er i hovedsak bare Arbeidstilsynets tvang til forklaring som er problematisk i relasjon til selvinkrimineringsvernet, mens andre tvangsmessige metoder går klar av vernet. I tillegg åpner konvensjonspraksis for å gjøre unntak fra vernet der hvor særlige samfunnsinteresser på områder med farlig og risikofylt aktivitet tilsier det.

For det andre gjelder ikke selvinkrimineringsvernet all informasjon. Bare informasjon som kan tjene som bevis i sanksjonssaken og som kan være inkriminerende for vedkommende selv er omfattet. Dette betyr at mye informasjon vil falle utenfor vernet, og gjøre at virksomheten ikke kan nekte å svare på ethvert spørsmål.

5 Forholdet mellom norsk forvaltningsrett og EMKs selvinkrimineringsvern

Kapittel 2 viser at Norges folkerettslige forpliktelse etter EMK oppstiller et vern mot selvinkriminering som gjennom menneskerettsloven gjelder som norsk lov. Kapittel 4 viser at dette vernet får anvendelse i Arbeidstilsynets saker om overtredelsesgebyr. Likevel inneholder verken forvaltningsloven eller spesiallovgivningen for Arbeidstilsynet et vern mot selvinkriminering.

I dette kapittelet skal forholdet mellom rettstilstanden i intern norsk rett og vernet i EMK undersøkes nærmere. Det vil først analyseres hvordan den forvaltningsrettslige opplysningsplikten må forstås og anvendes i relasjon til det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet (punkt 5.1). Deretter vil det knyttes noen vurderinger til Sanksjonsutvalgets forslag om lovfestning av selvinkrimineringsvernet i forvaltningsloven (punkt 5.2).

5.1 Menneskerettslig selvinkrimineringsvern og forvaltningsrettslig opplysningsplikt

Som konklusjonen i punkt 4.5 viser vil selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 inngå som en saksbehandlingsregel og begrense opplysningsplikten i § 18-5, uten at dette fremgår av ordlyden i § 18-5. Dette fører til en tilsynelatende motstrid mellom rett og plikt for en virksomhet under tilsyn. En plikt til å gi informasjon og en rett til å forholde seg taus overfor samme myndighet. Problemstillingen her er hvordan denne motstriden kan løses ut fra gjeldende rett.

Av fremstillingen i punkt 1.3 fremgår det at EMK er inntatt som norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. Selvinkrimineringsvernet slik det er utledet av konvensjonspraksis med grunnlag i art. 6 gjelder derfor som norsk lov, på samme måte som opplysningsplikten i § 18-5. Problemet kunne derfor tenkes løst med lex-prinsippene ettersom dette er to norske lover som står mot hverandre. Men i menneskerettsloven § 3 er det gitt en særregel

”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.

EMK har derfor forrang foran arbeidsmiljøloven. Men å bare legge til grunn denne forrangen

kategorisk vil nok være en for unyansert løsning på problemet. Denne bestemmelsen er en kollisjonsregel og gjelder bare ved ”motstrid”. Motstrid foreligger først når to rettsregler ikke kan harmoniseres. Det må derfor undersøkes om opplysningsplikten og selvinkrimineringsvernet kan tolkes på en måte som harmoniserer dem og dermed unngår ”motstrid”.

Som behandlingen under punkt 4.2 viser, gjelder selvinkrimineringsvernet først når virksomheten er ”charged”, hvilket som regel er i overgangen fra det tradisjonelle kontrollformåls sfære til den pønale sfære. Før dette tidspunktet gjelder det ikke noe selvinkrimineringsvern og det vil ikke foreligge motstrid før saken er kommet over i den pønale sfære.

Opplysningsplikten i § 18-5 begrenses likevel ikke bare til den tradisjonelle kontrollvirksomhet i tiden før virksomheten er ”charged”. Etter sin ordlyd omfatter den ”opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet”. Opplysningsplikten gjelder tilsynelatende like fullt når tilsynssaken er kommet over i den pønale sfære og virksomheten er ”charged”.

Ordlyden i § 18-5 kan imidlertid tolkes på ulike måter. Dersom det legges til grunn en innskrenkende tolkning hvor ”tilsynet” forstås som den enkelte kontroll som utføres ved virksomheten, vil opplysningsplikten bare omfatte kontrollvirksomheten som ligger utenfor den pønale sfære. En slik tolkning vil gjøre at opplysningsplikten ikke kommer i konflikt med selvinkrimineringsvernet som først inntreer i den pønale sfære. Dersom det derimot legges til grunn en utvidende tolkning slik at ”tilsynet” forstås som Arbeidstilsynet, og derfor omfatter all dets virksomhet, vil det ikke ligge noen begrensning i bruken av opplysningsplikten. Ut fra en slik tolkning kan opplysningsplikten komme i konflikt med selvinkrimineringsvernet.

I forarbeidene til innføringen av overtredelsesgebyr i § 18-10, utalte departementet dette om forståelsen av § 18-5 etter innføringen av overtredelsesgebyr

”Opplysningsplikten gjelder derfor i utgangspunktet fullt ut selv om opplysningene som blir gitt skulle føre til at det treffes et tyngende vedtak mot parten eller at de avdekker forhold som gir grunnlag for straffeforfølgning.”¹⁰²

¹⁰² Prop. 83 L (2012-2013) avsnitt 3.4.9.3 (s. 53).

I lovforarbeidene ligger det altså ingen begrensning i § 18-5 som hensyntar selvinkrimineringsvernet i art. 6. Denne uttalelsen taler for å legge til grunn den utvidende tolkningen av § 18-5.

I forarbeidene til menneskerettsloven heter det imidlertid at

”Konvensjonene vil være viktige momenter ved lovtolkningen, og det vil - også etter inkorporasjonen - være en presumsjon for at lover skal forstås på en slik måte at konvensjonenes krav blir oppfylt”¹⁰³

Dette viser at lovgiver har lagt til grunn, på generelt grunnlag, at EMK vil utgjøre et viktig tolkningsmoment ved tolkning og anvendelse av norske lover. Dette kan tas til inntekt for at selvinkrimineringsvernet etter EMK må anses som et viktig moment ved tolkningen av § 18-5. Selvinkrimineringsvernet i EMK taler for å begrense opplysningsplikten, slik at vernet som tolkningsmoment taler for at den innskrenkende tolkningen må legges til grunn. Ved å legge til grunn den innskrenkende tolkningen vil § 18-5 forstås på en måte som samsvarer med vernet i EMK.

En slik innskrenkende tolkning vil også begrense opplysningsplikten til bare den delen av tilsynets virksomhet som er begrunnet i det tradisjonelle formålet med tilsynsvirksomhet uten sanksjonsadgang, hvilket var den opprinnelige intensjon med opplysningsplikten, se punkt 3.2.

Følgelig legges den innskrenkende tolkningen av opplysningsplikten i § 18-5 til grunn, slik at opplysningsplikten bare gjelder utenfor den pønale sfære. Denne tolkningen vil gjøre at opplysningsplikten opphører samtidig som selvinkrimineringsvernet inntre, slik at det ikke oppstår noen motstrid mellom norsk rett og EMK. Dette fremstår som en formålstjenelig løsning på problematikken og vil samtidig bidra til harmoni i rettssystemet mellom norsk rett og EMK.

5.2 Forslag om lovfestning av selvinkrimineringsvernet i forvaltningsloven

Denne oppgaven har vist at selvinkrimineringsvernet må innrømmes i forvaltningsretten. Dette fremgår ikke av reglene i intern norsk forvaltningsrett. Forvaltningen må derfor forholde seg til en saksbehandlingsregel som ikke fremgår av forvaltningsrettens lovregler

¹⁰³ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) avsnitt 8.4 (s. 40).

eller forvaltningspraksis, men må utledes av folkerettslige kilder. Selvinkrimineringsvernet fremgår for så vidt ikke av EMK heller, men må utledes av konvensjonspraksis. Denne rettstilstanden er ikke heldig, ettersom vernet skal begrense opplysningsplikten på en innskrenkende måte, se punkt 5.1. Det utgjør et rettsikkerhetsproblem at en viktig rettsikkerhetsgaranti som skal redusere en klar norsk lovregel, er såpass vanskelig tilgjengelig. Det blir vanskelig for borgerne å vite at de har rett til et vern mot selvinkriminering, men enda mer alvorlig er det at det blir vanskelig for forvaltningen å vite om borgerne har en slik rettighet.

Denne uheldige situasjonen pekte også Sanksjonsutvalget på.¹⁰⁴ Utvalget fremmet på den bakgrunn følgende forslag om lovfesting av selvinkrimineringsvernet i forvaltningsloven:

”§ 53. (*vern mot selvinkriminering*)

I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.”¹⁰⁵

Utvalget foreslår her en generell og absolutt regel om taushetsrett. Retten skal gjelde for ”enhver” og omfatte enhver opplysning som ”vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff”. Utvalget fremhever at retten skal inntre når forvaltningssaken ”går over til (også) å være en sak om administrativ sanksjon”.¹⁰⁶ Dette antar utvalget at normalt vil være når det sendes forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr, men utelukker ikke at dette tidspunktet kan inntre på et tidligere tidspunkt.

Forslaget er velbegrunnet ut fra rettsikkerhetshensyn og ivaretagelsen av Norges forpliktelser etter EMK. Intensjonen er god, men det kan reises spørsmål om resultatet blir like godt.

Ut fra fremstillingen i kapittel 4 synes selvinkrimineringsvernet i EMK å være mer nyansert og ikke like altomfattende som dette forslaget kan se ut til å være. Som konklusjonen i punkt 4.5 viser, er ikke selvinkrimineringsvernet i EMK absolutt. Dette er for så vidt ikke et problem. EMK gir bare minimumsrettigheter, slik at det ikke er noe i veien for at norske myndigheter gir et større vern enn det som følger av konvensjonen. En slik utvidet

¹⁰⁴ NOU 2003: 15 avsnitt 12.7.4.

¹⁰⁵ *Op.cit.* avsnitt 26.2.4.

¹⁰⁶ *Op.cit.* avsnitt 26.2.4 note 176.

rettighetsfesting kan både begrunnes i hensynet til økt rettsikkerhet, redusert fare for krenkelse av EMK og av retstekniske hensyn ettersom anvendelsen av en slik absolutt regel er enklere enn de mer nyanserte vurderingene som følger av konvensjonspraksis.

En slik regel vil også bidra til mer likhet mellom prosessformene bak straff og overtredelsesgebyr, ettersom et absolutt vern i forvaltningsretten vil være likt det vern som følger av straffeprosessloven. Taushetsretten for siktede etter strpl. § 90 er absolutt og altomfattende. Det er ikke avgjørende om informasjonen er inkriminerende eller ikke, eller hvilken tilknytning den har til saken. Når vedkommende er siktet, kan de nekte å forklare seg om ethvert forhold som angår seg selv. Et sammenfallende vern i begge prosessformene kan fremstå hensiktsmessig ettersom sanksjonene som ilegges i to prosessformene kan være påfallende like. Overtredelsesgebyr har klare likhetstrekk med bøtestraff, begge innebærer en plikt til å betale penger til det offentlige etter et normbrudd. I dagliglivet synes likheten å være påfallende når overtredelsesgebyr gjentatte ganger omtales som bøter i media.¹⁰⁷ For den som ilegges en av disse sanksjonene vil det nok også fremstå som underordnet om det kalles bot eller gebyr, når virkningen vil være den samme. Begge innebærer en plikt til å foreta en betaling til staten en ellers ikke ville ha foretatt, og skal være en reaksjon fra samfunnet på en handling eller unnlattelse som ikke aksepteres.

Denne påfallende likheten tilsier at vernets utstrekning i de to prosessformene burde være like. Hensynet til rettsikkerhet og likhet for loven, tilsier at de samme rettsikkerhetsgarantiene bør gjelde i samme utstrekning under myndighetenes illeggelse av sanksjoner, uansett hva de kalles.

På andre siden taler det at Arbeidstilsynet, og tilsynsforvaltningen for øvrig, har en toformålsvirksomhet mot et slikt sammenfallende altomfattende vern i begge prosessformene. Der hvor straffeprosessen er en rendyrket pønalt prosess som bare skal ivareta politiets og påtalemyndighetens rene pønale formål, må forvaltningsrettens prosessform derimot dekke flere formål. Tilsynsforvaltningen skal både ivareta sitt tradisjonelle kontrollformål i de ordinære tilsynssakene og et pønalt formål i sakene om overtredelsesgebyr.

¹⁰⁷ Krogstad, Idar, NRK: <<http://www.nrk.no/buskerud/helsekostfirma-far-millionbot-1.11885769>> [Lesedato: 07.09.14] og NTB i Dagbladet: <<http://www.dagbladet.no/2014/02/11/nyheter/varehandel/underbekledning/31761268/>> [Lesedato: 07.09.14].

Den foreslåtte bestemmelsen vil begrense opplysningspliktene i større utstrekning enn hva vernet i EMK gjør i dag. Dette kan få utilsiktede konsekvenser under forvaltningens tradisjonelle kontrollvirksomhet, ved at bestemmelsen kan komme til å begrense bruken av opplysningsplikten i kontrollfasen også. Det kan tenkes at Arbeidstilsynet avdekker et forhold det vil sanksjonere med overtredelsesgebyr, samtidig som det kan være andre forhold ved virksomheten som Arbeidstilsynet trenger informasjon om i sitt tradisjonelle kontrollarbeid. Til eksempel dersom Arbeidstilsynet har avdekket ulovlig arbeid i et usikret stillas. Selv om Arbeidstilsynet vil ilegge et overtredelsesgebyr for dette forholdet, kan Arbeidstilsynet fremdeles ha behov for utlevering av informasjon om hvordan dette stillaset er festet for å unngå at stillaset faller ned og skader noen. En absolutt taushetsrett slik som utvalget foreslår vil redusere tilsynsforvaltningens mulighet til å utføre et slikt videre kontrollarbeid. Dette vil igjen begrense tilsynets mulighet til å ivareta sitt samfunnsoppdrag gjennom alminnelig kontrollvirksomhet. Vernet må nødvendigvis være mer fleksibelt og differensiert i forvaltningsretten for ikke å berøre den tradisjonelle kontrollvirksomheten i unødvendig grad.

Det kan uansett ikke være et mål i seg selv å gjøre prosessen ved ileggelse av overtredelsesgebyr så lik straffeprosessen som mulig. Mye av årsaken til at ileggelse av overtredelsesgebyr ikke følger straffeprosessen er nettopp for å gjøre ileggelsen mer effektiv og rask. Dersom det skal være et mål å gjøre denne prosessen så lik straffeprosessen som mulig, kan det spørres om det er noe poeng i å ha to ulike prosessformer.

Generelt om lovfesting av selvinkrimineringsvernet kan det innvendes at det etter kort tid kan oppstå situasjoner hvor EMD utvikler vernet i en annen retning eller utvider dets anvendelse, slik at det oppstår motstrid mellom den norske lovbestemmelsen og EMDs praksis.

Selvinkrimineringsvernet er ikke en statisk og fastlagt rettighet i EMK. Det er relativt kort tid siden vernet ble lest inn i konvensjonen første gang, sammenlignet med andre etablerte rettigheter i konvensjonen fra 1950.¹⁰⁸ En lovfesting vil være å fryse EMDs rettsutvikling på ett tidspunkt, samtidig som EMD må antas å fortsette utviklingen av vernet.

Samtidig kan det innvendes at en felles regel om selvinkrimineringsvernet for alle overtredelsesgebyr kan by på problemer. EMDs praksis viser at anvendelsen av selvinkrimineringsvernet beror på konkrete vurderinger. Disse vurderingene vil nødvendigvis

¹⁰⁸ Første gang lest inn i *Funke mot Frankrike*, 10828/84, 25. februar 1993.

være ulike fra ett forvaltningsområde til et annet. Det kan enkelt tenkes nyanser og ulikheter mellom de ulike forvaltningsområdene som kan begrunne et sterkere eller svakere vern enn det som følger av en lovfestet fellesbestemmelse.

Utvalget foreslår også i siste setning en særskilt veiledningsplikt for forvaltningen om selvinkrimineringsvernet. Dette vil pålegge det enkelte forvaltningsorgan å ha oversikt over og innsikt om selvinkrimineringsvernets anvendelse og utstrekning på sitt område. En slik veiledningsplikt vil bidra til økt oppmerksomhet om vernet og bidra til at det i større grad blir behandlet og respektert enn slik situasjonen er i dag i forvaltningen.

Dersom det *bare* gis en slik veiledningsplikt, uten noen bestemmelser om vernets materielle innhold og anvendelse, vil lovgiver legge hele vurderingen av vernets innhold og anvendelse over på forvaltningen. En slik løsning vil legge stort press på den menneskerettslige kompetansen til forvaltningen. Det vil kreve inngående kunnskap om konvensjonen og konvensjonspraksis. Det vil også kunne føre til ulike forståelser av vernets innhold og anvendelse mellom de ulike etater og sektorer, som igjen kan forårsake en ubegrunnet ulikhet for loven.

Dette problemet kan nok likevel løses gjennom sentrale føringer og rundskriv. Samtidig vil nok ulike sektorer kunne samkjøres bedre i saker om administrative sanksjoner, ettersom det med de mange hjemler for administrative sanksjoner vil måtte utvikle seg en praksis på dette feltet med tiden. Når det gjelder forvaltningens menneskerettslige kompetanse kan ikke dette være et avgjørende moment ved vurderingen. EMK er gjort til norsk lov, og er en rettskilde som blir mer og mer aktuell i norsk rett. Det har til nå i hovedsak bare vært strafferettspleien og domstolene som har måtte forholde seg til konvensjonen, men utviklingen tilsier nå at flere rettsdisipliner må rette seg etter de forpliktelser Norge har påtatt seg i EMK, deriblant forvaltningen.

Etter dette synes det problematisk å skulle lovfeste selvinkrimineringsvernets innhold i en generell regel i forvaltningsloven slik som foreslått. Dette til kunne føre til et for statisk og ”frost” forhold til selvinkrimineringsvernet i EMK, samtidig som forslaget går lengre enn det som følger av EMK og kan gripe inn i den tradisjonelle kontrollvirksomheten til forvaltningen. En felles regel for alle overtredelsesgebyr synes også å kunne favne for bredt ut fra ulikhetene mellom forvaltningsområdene. Derimot synes en veiledningsplikt å kunne ivareta mye av behovet for opplysning og økt oppmerksomhet om selvinkrimineringsvernet

på forvaltningens område, samtidig som dynamikken i vernet etter EMK ikke berøres slik som ved en lovfesting. En veiledningsplikt alene vil også avhjelpe problemene som kan oppstå med en felles regel, ved at forvaltningsorganene kan forholde seg til selvinkrimineringsvernet på en måte som ivaretar interessene og behovene på det enkelte forvaltningsområde.

En annen løsning kan være å innføre en regel om selvinkrimineringsvernet i den enkelte spesiallov. I arbeidsmiljøloven kan det innføres en egen regel som er tilpasset § 18-10 spesielt. En slik mer spesifikk regulering av vernet synes å kunne ivareta hensynet til tilgjengelighet og opplysning i større grad. Risikoen for utilsiktede konsekvenser vil bli mer begrenset når vernet bare vil gjelde på et spesifikt område og ikke hele forvaltningen under ett. Det må unngås at det lages generelle sjablongløsninger for alle overtredelsesgebyrer. Til det er de mange overtredelsesgebyrene i norsk rett for mangeartede og ulike. Egne regler om selvinkriminering på enkelte områder synes derfor å fremstå som en løsning som bedre kan tilpasses gjeldende rett etter EMK.

Det er lovgiver som har bestemt at det skal være en ordning med administrative sanksjoner i norsk rett, ved siden av straffesystemet. EMK hensyntar nødvendigvis ikke en slik todeling og stiller krav til tilfredsstillende prosessregler ved illeggelse av sanksjoner som er straff etter konvensjonen, uansett hva sanksjonen kalles. Rettighetene i EMK gjelder like fullt. Dagens ordning er at rettighetene i EMK for det alt vesentlige er inntatt i straffeprosessens regler, mens i forvaltningsretten må menneskerettslovens inkorporasjonsbestemmelse anvendes for å sikre de samme rettighetene. Det kan spørres om denne ordningen er hensiktsmessig og godt begrunnet, eller om rettighetene burde sikres på samme måte i forvaltningsretten som i straffeprosessen gjennom internrettslige lovregler. Slik kodifisering vil bidra til økt opplysning og bedre tilgjengelighet om rettighetene borgerne har i saker om administrative sanksjoner som overtredelsesgebyr.

Sanksjonsutvalgets rapport NOU 2003: 15 har enda ikke resultert i en lovproposisjon fra Justisdepartementet, slik at forslaget er ikke fulgt opp i norsk lovgivning.

I Stortinget ble det i representantforslag 30 L (2012–2013) foreslått å innføre en rettsikkerhetslov etter dansk modell som blant annet skulle gi et vern mot selvinkriminering i

forvaltningsretten og ta opp i seg mye av det Sanksjonsutvalget hadde kommet frem til.¹⁰⁹
Forslaget ble imidlertid satt på vent inntil regjeringen fremmer lovproposisjonen som skal følge opp Sanksjonsutvalgets rapport.¹¹⁰

¹⁰⁹ Dokument 8:30 L (2012–2013).

¹¹⁰ Innst. 271 L (2012–2013).

Litteratur og kilder

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader

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

Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

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

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

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

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Lov 14. juni 2013 nr. 32 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid)

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen fra 1950 (EMK)

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP)

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 1989: 11 "Straffansvar for foretak - *Straffelovkommisjonens delutredning III*"

NOU 1993: 18 "Lovgivning om menneskerettigheter"

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)

Innst. O. nr. 51 (1998-1999)

NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring"

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Prop. 83 L (2012-2013)

Dokument 8:30 L (2012-2013)

Innst. 271 L (2012–2013)

Avgjørelser fra Norges Høyesterett inntatt i Norsk Retstidende

Rt. 1984 s. 1113

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2011 s. 487

Rt. 2011 s. 800

Rt. 2011 s. 910

Rt. 2012 s. 1556

Rt. 2014 s. 620

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg

Engel og andre mot Nederland, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. juni 1976.

Deweert mot Belgia, 6903/75, 27. februar 1980.

Öztürk mot Tyskland, 8544/79, 21. februar 1984.

Campbell og Fell mot Storbritannia, 7819/77; 7878/77, 28. juli 1984.

Funke mot Frankrike, 10828/84, 25. februar 1993.

Bendenoun mot Frankrike, 12547/86, 24. februar 1994.

Welch mot Storbritannia, 17440/90, 9. februar 1995.

Saunders mot Storbritannia, 19187/91, 17. desember 1996.

Garyfallou AEBE mot Hellas, 18996/91, 24. september 1997.

Serves mot Frankrike, 20225/92, 20. oktober 1997.

Pierre-Bloch mot Frankrike, 24194/94, 21. oktober 1997.

J. B. Mot Sveits, 31827/96, 3. mars 2001.

Janosevic mot Sverige, 34619/97, 23. juli 2002.

Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige, 36985/97, 23. juli 2002.
Allan mot Storbritannia, 48539/99, 5. november 2002.
Weh mot Østerrike, 38544/97, 8. april 2004.
Jalloh mot Tyskland, 54810/00, 11. juli 2006.
O'Halloran og Francis mot Storbritannia, 15809/02; 25624/02, 29. juni 2007.
Aleksandr Zaichenko mot Russland, 39660/02, 18. februar 2010.
Steininger mot Østerrike, 21539/07, 17. april 2012.

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2013).
Emberland, Marius, *The Human Rights of Companies* (Oxford 2006).
Harris, David mfl., *Law of the European Convention on Human Rights*, third edition, (Oxford 2014).
Kjølbros, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon - for praktikere*, 3. utgave (København 2010).
Skoghøy, Jens Edvin A., "Forvaltnings sanksjoner, EMK og Grunnloven", *Jussens Venner*, 2014 s. 297-339.
Stub, Marius, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* (Oslo 2011).
Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (Bergen 2010).

Annet

Intervju med jurist Vivian Mikalsen ved Arbeidstilsynet i Tromsø. Gjennomført 4. november 2014 i Tromsø.
Krogstad, Idar, NRK: <<http://www.nrk.no/buskerud/helsekostfirma-far-millionbot-1.11885769>> [Lesedato: 07.09.14].
NTB i Dagbladet:
<<http://www.dagbladet.no/2014/02/11/nyheter/varehandel/underbekledning/31761268/>> [Lesedato: 07.09.14].

Antall ord

Oppgave med fotnoter uten forside, innholdsfortegnelse og litteratur og kilder: 17 080 ord.