

Notat

Høyring - handheving av brot på EØS-regelverket ved tildeling av tenestekonsesjonskontraktar som gjeld transporttenester innanfor yrkestransportlova

1. Innleiing

Samferdselsdepartementet har utarbeidd eit framlegg til endring i lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova). Lovframlegget opnar for at Samferdselsdepartementet skal påleggje offentlege oppdragsgjevarar eit lovbrotsgebyr dersom dei bryt EØS-retten i samband med tildeling av konsesjonskontraktar som gjeld transporttenestar etter yrkestransportlova. Lovbrotsgebyret vil berre verte pålagt dersom brotet på EØS-retten er konstatert anten ved dom i ein norsk domstol, ved dom i EFTA-domstolen eller ved innrømming frå norske styresmakter.

2. Bakgrunn og behov for framlegget

Bakgrunnen for departementet sitt framlegg er eit behov for større etterleving av reglane for tildeling av tenestekonsesjonskontraktar om transporttenester innanfor ramma av yrkestransportlova (ytl.). Departementet viser her til at slike kontraktar fell utanfor verkeområdet av handhevingsregelverket innanfor offentlege innkjøp. Det er dermed ingen særlege handhevingsreglar for slike kontraktar i gjeldande rett. Det er vidare lite sannsynleg at ein konsesjonskontrakt vil vere gjenstand for andre former for sanksjonar, til dømes krav om skadebot frå andre leverandørar, ettersom det vil vere vanskeleg å påvise at desse har hatt noko økonomisk tap på grunn av det ulovlege innkjøpet.

Etterleving av EØS-regelverket vert i praksis vanskeleggjort av at kontrakt om tenester etter yrkestransportlova i all hovudsak vert tildelt av autonome forvaltningsorgan, til dømes fylkeskommunane. Samstundes er det staten som er folkerettsleg forplikta til å sjå til at EØS-retten vert etterlevd ved tildeling av kontraktane. Når tildelinga vert gjort av forvaltningsorgan som staten ikkje kan instruere, kan staten ikkje direkte rette opp i eventuelle brot på EØS-retten. Dette problemet vart satt på spissen i saka om tildeling av konsesjonskontraktar for buss i Aust-Agder fylkeskommune. Fylkeskommunen inngjekk i denne saka kontraktar om kollektivtransport i fylket utan tilstrekkeleg kunngjering i forkant. Etter omfattande kontakt med EFTA sitt overvåkingsorgan (ESA) innrømde Noreg brot på EØS-avtalens krav om openheit og ikkje-diskriminering. Departementet meiner ein sanksjonsregel vil opne for betre kontroll med slike brot på EØS-retten.

Departementet peiker på at det er viktig at reglane for tildeling av konsesjonskontraktar for transport etter yrkestransportlova vert etterlevd slik at ein kan oppnå tilstrekkeleg konkurranse om offentlege kjøp. Dette vil på sikt kunne føre til innsparingar for det offentlege.

Det er på bakgrunn av det som er nemnt ovanfor at departementet har utarbeidd eit framlegg til heimel i yrkestransportlova som opnar for at departementet skal påleggje oppdragsgjevarar eit lovbrotsgebyr ved brot på regelverket ved tildeling av konsesjonskontraktar som gjeld transporttenester innanfor yrkestransportlova.

3. Gjeldande rett

3.1 Oversikt

Nedanfor vil departementet gjere greie for kva som er gjeldande rett når det gjeld tildeling av konsesjonskontrakt om offentleg teneste på kollektivtransportområdet.

Framstillinga gjeld regelverket knytt til transportformer som er omfatta av yrkestransportlova, nemleg transport med motorvogn og fartøy i Noreg, jf. ytl. § 1 første ledd.

Departementet vil først sjå på prosessen for å tildele kontraktar om transporttenester. Dei kontraktane ein kan tildele vert delt inn i to; (i) *tenestekontraktar* og (ii) *tenestekonsesjonskontraktar*. Kva prosessreglar som gjeld vil vere avhengig av kva kontrakt det er tale om. Det er ulike reglar for tenestekonsesjonskontraktar for transport på veg, tenestekonsesjonskontraktar for transport til sjøs og for tenestekontraktar. I tillegg kjem reglar som vert utleidd av dei generelle prinsippa i EØS-retten, og som gjeld uavhengig av kva kontrakt det er tale om.

Departementet vil etter dette gje ei framstilling av reglane for handheving av brot på regelverket, først for tenestekonsesjonskontraktar og deretter for tenestekontraktar.

Deretter vil departementet sjå på kven som er oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova.

Sanksjonsheimelen departementet gjer framlegg om vil berre gjelde for tenestekonsesjonskontraktar. For heilskapen og samanlikninga si skuld, vil departementet i det følgjande òg vise til regelverket rundt tenestekontraktar.

3.2 Prosess for å tildele kontraktar om offentleg teneste

3.2.1 Oversikt

Kontraktar om offentleg teneste kan verte tildelt enten som *tenestekontraktar* eller som *tenestekonsesjonskontraktar*. Ein tenestekontrakt er ein kontrakt som gjeld tenester, både prioriterte tenester og uprioriterte tenester, jf. forskrift om offentlige anskaffelser¹ § 4-1 bokstav d). Ein tenestekonsesjonskontrakt er definert som det same som ein tenestekontrakt, men der vederlaget for tenesta enten berre består av retten til å utnytte tenesta, eller ein slik rett saman med betaling, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e). I dette høyringsnotatet vil tenestekonsesjonskontraktar òg verte omtalt som konsesjonskontraktar.

For tenestekontraktar gjeld regelverket om offentlege innkjøp, dvs. lov om offentlige anskaffelser² med tilhøyrande forskrifter. Tenestekonsesjonskontraktar fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav j).

¹ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

² Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

I kontraktar om offentleg teneste vil godtgjersle og einerettar vere viktige verktøy. For godtgjersle og/eller einerett skal det etter yrkestransportlova § 8 nyttast konkurranse så langt det følgjer av (i) yrkestransportlova, (ii) lov om sjøtransporttjenester³ eller (iii) lov om offentlege anskaffelser, eventuelt av forskrifter med heimel i ein av desse lovane.

Dei nemnde lovane heimlar forskrifter som gjev reglar for prosessen for å tildele kontraktar om transporttenester omfatta av yrkestransportlova på ulike område. Kort oppsummert, og noko forenkla, kan ein framstille det slik:

(i) under yrkestransportlova gjev kollektivtransportforordninga⁴ mellom anna reglar for å tildele konsesjonskontraktar om transport på veg.

(ii) under lov om sjøtransporttenester gjev den maritime kabotasjeforordninga⁵ reglar for å tildele konsesjonskontraktar om transport til sjøs.

(iii) lov om offentlege anskaffelser, med tilhøyrande forskrifter, gjev reglar for å tildele tenestekontraktar, som òg gjeld transport på veg og til sjøs.

I tillegg gjev:

(iv) generelle EØS-rettslege prinsipp reglar for å tildele kontraktar om transport som fell utanfor, eller er unnateke frå reglane i kollektivtransportforordninga, den maritime kabotasjeforordninga eller regelverket om offentlege innkjøp.

Nedanfor vert dei ulike prosedyrereglane for å tildele kontraktar om offentleg teneste innanfor yrkestransportlova gjennomgått kvar for seg.

Departementet gjer oppmerksam på at det berre vil vere kollektivtransportforordninga, den maritime kabotasjeforordninga og dei generelle EØS-rettslege prinsipp som regulerer korleis konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova kan verte tildelt. Konsesjonskontraktar fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp.

3.2.2 Kollektivtransportforordninga

Kollektivtransportforordninga vart teken inn i norsk rett med verknad frå 1. januar 2011⁶. Forordninga fastset reglar for korleis offentlege styresmakter kan tildele godtgjersle og/eller einerettar til ein operatør som tek på seg plikt til å utføre kollektivtransporttenester på veg eller med bane. Forordninga er i norsk rett ikkje gjort gjeldande for sjøtransport. Forordninga gjeld i utgangspunktet både for *tenestekontraktar* etter regelverket om offentlege innkjøp og for *tenestekonsesjonskontraktar* som fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp. Artikkel

³ Lov 4. desember 1992 nr. 121 om fri utveksling av tjenester innen sjøtransport.

⁴ Forordning (EF) nr. 1370/2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og 1107/70.

⁵ Forordning (EØF) nr. 3577/92 om anvendelse av prinsippet om adgangen til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje).

⁶ Forskrift 17. desember 2010 nr. 1673 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg XIII nr. 4a (forordning (EF) nr. 1370/2007) og offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og nr. 1107/70

5 og 8 i forordninga gjeld likevel ikkje for tenestekontraktar. For tenestekonsesjonskontraktar gjeld reglane i forordninga fullt ut.

Hovudregelen etter kollektivtransportforordninga er at plikt til offentlig teneste skal verte fastsett i kontrakt mellom oppdragsgjevar og operatør, jf. artikkel 3.

Vidare er utgangspunktet at kontraktar om offentlig teneste skal konkurranseutsetjast, jf. artikkel 5 nr. 3. Det er somme unnatak frå kravet om konkurranseutsetjing. Desse vert lista opp i artikkel 5. Vidare har forordninga somme overgangsreglar i artikkel 8 som mellom anna knytt seg til regelen om konkurranseutsetjing. I artikkel 8 vert det slått fast at kontraktar om transporttenester, mellom anna på veg i utgangspunktet skal vere i samsvar med artikkel 5 frå og med 3. desember 2019. Overgangsføresegnene får ikkje verknad for kontraktar som vert tildelt i samsvar med regelverket om offentlege innkjøp. Det er viktig å merke seg at resten av reglane i forordninga skal følgjast òg dersom kjøpet er unnateke frå krav om konkurranseutsetjing eller er omfatta av overgangsføresegna. Til dømes må styresmaktene alltid offentleggjere intensjon om å tildele kontrakt etter artikkel 7, sjå nærare om intensjonskunngjering nedanfor.

Proseduren for konkurranse etter artikkel 5 skal vere open for alle, rettferdig og basert på openheit og ikkje-diskriminering, jf. artikkel 5 nr. 3.

Offentlege styresmakter skal offentleggjere intensjonen om tildeling av kontrakt seinast eitt år før konkurranseutsetjinga eller direktetildelinga vert gjennomført, jf. artikkel 7 nr. 2. Denne intensjonskunngjeringa skal innehalde opplysningar om namn og adresse til vedkommande styresmakt, planlagt tidelingsform og dei tenesta og områda som skal omfattast av kontrakten. Dette skal offentleggjerast i *Den europeiske unions tidende* og i EØS-tillegget til *Den europeiske unions tidende*.

3.2.3 Den maritime kabotasjeforordninga

Den maritime kabotasjeforordninga vart teken inn i norsk rett ved lov om sjøtransporttenester § 1 tredje ledd.

Den maritime kabotasjeforordninga slår fast at høve til å yte sjøtransporttenester innanlands (maritim kabotasje) skal vere fri for alle EØS-skipsreiarar. Dette inneber at marknaden skal vere fri for restriksjonar. Forordninga gjev likevel høve til å påleggje plikt til offentlig teneste på nærare bestemte vilkår. I prosessen med å tildele kontraktar som gjev operatør godtgjersle og/eller einerett er det krav om openheit og likehandsaming. Forordninga, og tolkingsfråsegn til denne, går langt i å antyde at styresmaktene må nytte anbod for å oppfylle kravet til openheit.⁷

3.2.4 Regelverket om offentlege innkjøp

Lov om offentlege anskaffelser gjeld for tenestekontraktar. Som sagt ovanfor har òg kollektivtransportforordninga fleire reglar som gjeld for tenestekontraktar innanfor yrkestransportlova.

⁷ Sjå Meddelelse frå Kommisjonen til Europa-Parlamentet, Rådet, det Europeiske økonomiske og sosiale utvalg og Regionsutvalget om fortolkning av Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92, KOM (2003) 595 og KOM (2006) 196.

Regelverket om offentlege innkjøp har fleire detaljerte reglar for prosessen for å tildele tenestekontraktar. I lov om offentlege anskaffelser er det oppstilt fleire grunnleggjande prinsipp som gjeld for alle innkjøp. Desse er mellom anna omsyn til ikkje-diskriminering, openheit og etterprøvbarheit, samt konkurranse. Forskrift om offentlege anskaffelser gjev både grunnleggjande krav, samt detaljerte prosedyrekrav.

EU har vedteke eit nytt direktiv om konsesjonskontraktar (direktiv 2014/23/EU⁸, heretter omtalt som konsesjonsdirektivet), som nå skal verte gjennomført i Noreg. Tidlegare har konsesjonsgjevarane utelukkande vore bundne av EØS-avtalens generelle prinsipp om openheit og ikkje-diskriminering når dei skal inngå tenestekonsesjonskontraktar. Det nye direktivet for konsesjonskontraktar inneheld eit krav om kunngjering av ein konkurranse for kontraktar over ein terskelverdi på 5 000 000 euro/ca 40 000 000 kr, og somme andre prosedyrereglar. Direktivet inneheld likevel ingen detaljerte prosedyrekrav. Konsesjonskontraktar etter kollektivtransportforordninga er unnatekne frå reglane i det nye direktivet, jf. artikkel 10 nr. 3.

3.2.5 Generelle EØS-rettslege prinsipp

EØS-avtalen er teke inn i norsk rett ved EØS-lova⁹. Dei generelle prinsippa i EØS-avtalen gjeld for dei fleste typar kontraktar det offentlege tildeler. Sjølv om ein kontrakt om offentlig transport fell utanfor reglane i den maritime kabotasjeforordninga, regelverket om offentlege innkjøp, eller artikkel 5 i kollektivtransportforordninga må altså oppdragsgjevar overhalde grunnleggjande EØS-rettslege prinsipp. Dette følgjer av praksis frå EU-domstolen, sjå særleg *Teleaustria- og Telefonadress-saka* og *ANAV-saka*¹⁰.

EØS-avtalen oppstiller eit krav om ikkje-diskriminering i artikkel 4 og 48. Artikkel 4 gjeld generelt for alle sektorar, mens artikkel 48 gjeld for transport på jernbane, veg og indre vassvegar.

Kravet til ikkje-diskriminering inneber eit krav om openheit og gjennomsiktighet, jf. *Teleaustria* og *Telefonadress-saka* avsnitt 61 og *ANAV-saka* avsnitt 21.

I både *Teleaustria* og *Telefonadress-saka* og *ANAV-saka* uttaler domstolen at kravet til gjennomsiktighet inneber at oppdragsgjevar må sikre ein passende grad av offentlegheit som gjer det mogleg å opne marknaden for konkurranse. Oppdragsgjevar må òg kontrollere at prosedyrane er upartiske.

3.3 Handheving av brot på regelverket

3.3.1 Oversikt

⁸ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontraktar.

⁹ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven).

¹⁰ C-324/98 *Teleaustria og telefonadress*, avsnitt 60 og C-410/04 *Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV)*, avsnitt 18.

Når det gjeld reglar for handheving av brot på regelverket må ein skilje mellom tenestekontraktar på den eine sida og tenestekonsesjonskontraktar på den andre sida. Regelverket er her forskjellig for dei to ulike kontraktsformene.

For tenestekontraktar har regelverket om offentlege innkjøp fleire ulike sanksjonsføresegner. Fleire av sanksjonsføresegna er kome inn i norsk rett som ein følgje av det nye handhevingsdirektivet, direktiv 2007/66/EF (heretter omtalt som handhevingsdirektivet)¹¹.

For tenestekonsesjonskontraktar innanfor ramma av kollektivtransportforordninga har ein ingen slike eksplisitte reglar for handheving av brot på regelverket.

Begge kontraktsformene er underlagt vanlege reglar om skadebotrett og sivilprosessrett. Dette inneber at det for begge kontraktsformene kan verte aktuelt med eit krav om skadebot frå forbigåtte aktørar eller eit krav om mellombels åtgjerd for å hindre kontraktssigining.

Nedanfor vil departementet gjennomgå handhevingsreglane for dei to ulike kontraktsformene, først for tenestekonsesjonskontraktar og deretter for tenestekontraktar. Departementet framhevar at det berre er handhevingsreglane for tenestekonsesjonskontraktar som har direkte tyding for lovendringa departementet her gjer framlegg om. Handhevingsreglane for tenestekontraktar vert likevel gjennomgått av heilskaps- og samanlikningsgrunnar.

3.3.2 Tenestekonsesjonskontraktar

3.3.2.1 Oversikt

Konsesjonsdirektivet gjev reglar for tildeling av konsesjonskontraktar, og endrar verkeområdet til handhevingsdirektivet slik at det i tillegg til tenestekontraktar òg skal omfatte konsesjonar etter konsesjonsdirektivet. Dette inneber at sanksjonsføresegna i handhevingsdirektivet òg skal gjelde for konsesjonskontraktar. I artikkel 10 nr. 3 er tenestekonsesjonar etter kollektivtransportforordninga unnatekne frå direktivet. Dette inneber at sanksjonsføresegna i handhevingsdirektivet ikkje skal gjelde for konsesjonskontraktar som er omfatta av kollektivtransportforordninga. Dette inkluderar transporttenester innanfor yrkestransportlova, både på veg og til sjøs. For konsesjonskontraktar om transporttenestar på veg og til sjøs må difor handhevingsreglane framleis verte utleda frå allmenne nasjonale rettsreglar og eventuelt anna relevant EØS-rett.

Kollektivtransportforordninga har ingen reglar om handheving, men føreset i fortala (21) at effektiv rettsleg vern bør sikrast for kontraktar som vert tildelt etter forordninga. Det vert her òg vist til artikkel 5 nr. 7 i forordninga som seier at statane skal treffe nødvendige tiltak for å sikre at det raskt og effektivt kan klagast på vedtak gjort i samsvar med artikkel 5.

Det kan stillast spørsmål ved om det av effektivitetsprinsippet i EØS-retten kan utledast ei plikt til å ha eit sanksjons- og handhevingssystem. Effektivitetsprinsippet stiller krav til effektiv vern i nasjonal rett av dei retter EU-lovgjevinga har utvikla.

¹¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten ved klagebehandling av offentlige kontrakter.

Sjølv om det ikkje er eksplisitte handhevingsreglar for konsesjonskontraktar som er omfatta av kollektivtransportforordninga, er det somme høve til å angripe oppdragsgjevar si avgjerd. Dersom konsesjonskontrakt vert tildelt i same prosess som tildeling av eit løyve, kan løyvetildelinga verte angripe ved klage og eventuelt søksmål. Dessutan kan ein aktør som meiner at kontrakten er tildelt på ulovleg måte krevje skadebot for tapet sitt. Før kontraktssigneringa kan det krevjast mellombels åtgjerd for å hindre kontraktssignering.

Dei ulike rettsreglane som kan opne for handheving av brot på regelverket for tildeling av tenestekonsesjonskontrakt vert gjennomgått i det følgjande.

3.3.2.2 Klage/søksmålstilgong

Departementet viser til at tildeling av løyve er eit enkeltvedtak som kan påklagast etter reglane i forvaltningslova¹². Det kan reisast søksmål om gyldigheita av vedtak om tildeling av løyve. På bakgrunn av at tildeling av løyve og kontrakt er nært knytt til kvarandre, vil ein domstolshandsaming av løyvetildelinga nødvendigvis òg røre ved spørsmål knytt til sjølve kontraktstildelinga. Det er likevel uklart kva rettsverknad det vil få for kontrakten at løyvetildelinga vert kjent ugyldig.

3.3.2.3 Skadebot

Etter allmenn ulovfesta skadebotrett kan ein aktør som meiner at ein kontrakt er tildelt på ulovleg måte, krevje skadebot for det tap han har lidd. Vilkåra for skadebot vert delt inn i tre hovudgrupper; (i) skade/tap, (ii) ansvarsgrunnlag og (iii) årsakssamanheng. Ein aktør i transportmarknaden må altså bevisе at han har lidd eit økonomisk tap, at oppdragsgjevaren har utvist skuld ved tildeling av kontrakten og at det er samanheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden. Departementet antar at det kan vere vanskeleg for ein aktør i marknaden å påvise at han har lidd eit tap som følgje av kontraktstildelinga. Det vil til dømes kunne vere vanskeleg å bevisе at han hadde fått tildelt kontrakten om den ulovlege kontrakten ikkje hadde vore inngått.

3.3.2.4 Mellombels åtgjerd

Mellombels åtgjerd er eit rettsleg verkemiddel for å sikre eit krav på noko anna enn pengar, jf. tvistelova¹³ § 32-1 andre ledd. Dersom det vert kravd mellombels åtgjerd i ei sak inneber dette at den juridiske eller fysiske personen avgjerda retter seg mot er forplikta til å unnlate, gjere eller tåle noko i påvente av ein meir omfattande rettssak i den aktuelle saka. Reglane for mellombels åtgjerd står i tvistelova kapittel 34.

Etter tvistelova § 34-1 er det eit vilkår for å ta kravet om mellombels åtgjerd til følgje at det ligg føre ein sikringsgrunn. I tillegg må saksøker sannsynleggjere både sikringsgrunnen og at han har rett på det hovudkrav han ønskjer å sikre, jf. § 34-2 første ledd.

Etter at tenestekonsesjonskontrakt er tildelt, er det i utgangspunktet ikkje rettsleg grunnlag for å angripe kontrakten. Det er dermed ikkje grunnlag for å påberope eit hovudkrav som går ut på å setje til side konsesjonskontrakten. Dette inneber at det ikkje vil vere mogleg å krevje mellombels åtgjerd etter kontraktssigneringa.

¹² Lov 10. februar 1967 nr. 2 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova).

¹³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvistelova).

Før kontrakten er signert vil det likevel eksistere eit hovudkrav som saksøker kan påberope. Dersom saksøker kan sannsynleggjere ein av dei to nemnde sikringsgrunnane, og samstundes sannsynleggjere at den avgjerda som oppdragsgjevar har treft i samband med tildelinga av konsesjonskontrakten er ugyldige, kan vedkommande krevje mellombels åtgjerd. Ei mellombels åtgjerd vil her kunne gå ut på å forhindre signering av kontrakten.

Sjølv om saksøker kan sannsynleggjere eit krav mot saksøkte, er høve til mellombels åtgjerd etter tvistelova likevel ganske snever. Mellombels åtgjerd er etter lova reservert for dei tilfella der saksøkte utviser eller har utvist ein *åtfærd* som gjev saksøker rimeleg grunn til å be om hjelp frå domstolane eller der det er nødvendig å etablere ei mellombels ordning for å hindre ein *vesentleg* skade eller ulempe i eit omtvista høve.

3.3.3 Tenestekontraktar

For tenestekontraktar har ein både allmenne reglar, samt særøigne reglar innanfor lov om offentlege anskaffelser, som opnar for handheving av brot på regelverket ved tildeling av kontrakt.

På same måte som for tenestekonsesjonskontraktar kan òg tenestekontraktar verte gjenstand for skadebot og mellombels åtgjerd. Her vert det vist til gjennomgangen ovanfor.

I tillegg har regelverket om offentlege innkjøp fleire handhevingsreglar. Tredjepartar kan gå til sak om tildeling av ein kontrakt for å få den kjent utan verknad eller få den avkorta, samt pålagt oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr, jf. lov om offentlege anskaffelser §§ 13-14. Dei nemnde sanksjonsføresegna har bakgrunn i implementeringa av handhevingsdirektivet i norsk rett.

Etter § 13 første ledd skal domstolane kjenne ein kontrakt utan verknad i tre bestemte tilfelle. Kontrakten kan verte kjent utan verknad anten for framtida eller med tilbakeverkande kraft frå det tidspunktet kontrakten vart inngått, jf. § 13 fjerde ledd. Føresegna i § 13 har særleg til formål å motverke grove brot på regelverket¹⁴.

Etter § 14 både kan og skal domstolane i særskilte tilfelle påleggje alternative sanksjonar, nærare bestemt å avkorte kontrakten si løpetid eller å idømme oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr. Avkorting av kontrakten inneber at kontrakten vert kjent utan verknad frå eit nærare fastsett tidspunkt satt av retten. Avkorting vil, på same måte som å kjenne kontrakten utan verknad, råke både oppdragsgjevar og medkontrahenten. Å påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr inneber at oppdragsgjevar vert pålagt eit gebyr på inntil 15 % av verdien av innkjøpet. Eit lovbrotsgebyr vil berre råke oppdragsgjevaren.

3.4 Oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova

Det er den som er oppdragsgjevar for den einskilde kontrakten som må følgje prosessreglane for tildeling av kontrakt om offentlig teneste.

Tildeling av konsesjonskontraktar for transporttenester etter yrkestransportlova kan for det første verte gjort direkte av statlege eller i hovudsak fylkeskommunale organ. For det andre

¹⁴ Prop. 12 L (2011-2012) om endringar i lov om offentlege anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs handhevingsdirektiv i norsk rett) s. 9

kan tildelinga verte gjort av eit administrasjonsselskap som handlar på vegne av det offentlege organet, jf. ytl. § 23.

Ansvar for å tildele konsesjonskontraktar for lokale rutesamband er lagt til fylkeskommunane. Dette følgjer av yrkestransportlova § 22 første ledd. Etter opplæringslova¹⁵ § 13-4 har fylkeskommunane hovudansvaret for skuleskyss for elevane i grunnskulen og vidaregåande skule. Skuleskyssen vert som hovudregel dekt gjennom opne rutetilbod, men kan òg verte organisert som særskilte tilbod. Det følgjer vidare at fylkeskommunane som ansvarleg for fylkesvegar har ansvar for å tildele konsesjonskontraktar for bilførande ferjeruter i fylkesvegnettet. På tilsvarande måte har staten ansvaret for bilførande ferjeruter i riksvegnettet. Ansvaret for ferjerutene i riksvegsamband er lagt til Statens vegvesen. Staten har innafor yrkestransportlova sitt verkeområde òg ansvaret for kjøp av tenester når det gjeld kystruta Bergen-Kirkenes. Dette ansvaret vert forvalta av Samferdselsdepartementet.

Etter yrkestransportlova må den som driv transport med motorvogn eller fartøy mot vederlag ha løyve. Dette gjeld generelt anten transporten vert utført med offentleg godtgjersle på grunnlag av tildelt tenestekonsesjonskontrakt (eller tenestekontrakt), eller vert drive på kommersielt grunnlag av operatøren. For fartøy gjeld løyveplikta berre for transport i rute, jf. ytl. § 7. For å kunne utføre transporten må den som vert tildelt ein konsesjonskontrakt følgeleg òg ha, eller verte tildelt, løyve som dekkjer den transporten kontrakten gjeld for. Krav om løyve vil vere eit sentralt virkemiddel for å gje operatøren skjerming i marknaden i dei tilfella der ein i kontrakten har tildelt ein einerett. Ein slik einerett kan likevel berre gjelde for dei løyveordningane som er behovsprøvde, det vil seie der løyvestyresmaktene fastsett talet på løyvehavarane. For rutetransport med både motorvogn og fartøy er løyva behovsprøvde, jf. ytl. §§ 6 og 7. For slike løyve er strekninga eller områda løyvet gjeld for fastsett. Det er rutetransporten som i hovudsak er relevant når det gjeld bruk av konsesjonskontraktar (eller tenestekontraktar) innanfor verkeområdet til yrkestransportlova.

Kompetanse til å tildele løyve etter yrkestransportlova er regulert i kapittel 3 i yrkestransportlova. For rutetransport med motorvogn eller fartøy er fylkeskommunen løyvestyresmakt dersom ruta går innanfor vedkommande fylke. For ruter som kryssar fylkesgrenser er departementet løyvestyresmakt, jf. ytl. § 13. Med unntak for riksvegferjer og kystruta Bergen-Kirkenes har departementet med heimel i yrkestransportlova § 15 delegert løyvestyresmakt for fylkeskryssande ruter til vedkommande fylkeskommune, jf. yrkestransportforskrifta § 3.

Når det gjeld riksvegferjer og kystruta Bergen-Kirkenes er staten sjølv løyvestyresmakt. For riksvegferjene er Vegdirektoratet løyvestyresmakt, jf. yrkestransportforskrifta § 3 tredje ledd, og for kystruta Bergen-Kirkenes er departementet sjølv løyvestyresmakt, jf. ytl. § 13 første ledd.

Departementet legg til grunn at det i hovudsak vil vere for rutetransport at det offentlege vil gripe inn i marknaden ved å tildele konsesjonskontrakt. På dette området ligg det difor til rette for at både tildeling av løyve og tildeling av konsesjonskontraktar kan vurderast i samanheng

¹⁵ Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova).

på ein slik måte at løyvet dekkjer den same transporttenesten, og gjeld for same tidsrom, som konsesjonskontrakten. Kontrakt om offentleg transportteneste kan likevel òg vere aktuelt for andre former for transporttenester som er meir individuelt retta, og som ikkje krev ruteløyve. Dette gjeld til dømes såkalla tilrettelagt transport (TT-transport) og særskilte skuleskyssløysingar. Sjølv om løyve for til dømes drosjetransport òg er behovsprøvd, jf. yrkestransportlova § 9, vil transporten som er knytt til ein konsesjonskontrakt berre vere ein del av den transporten som drosjeløyve skal dekkje. Det same gjeld for turvogner med løyve etter yrkestransportlova § 4. Sjølv om fylkeskommunen er styresmakt òg for desse løyva etter yrkestransportlova § 12, vil ein på desse områda difor ikkje kunne få tilsvarende kopling mellom løyve og konsesjonskontrakt.

4. Presentasjon og vurdering av framlegget

4.1 Innleiing

Departementet gjer framlegg om å ta inn ein regel i yrkestransportlova som seier at departementet skal påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr dersom oppdragsgjevaren bryt EØS-retten i samband med tildeling av konsesjonskontrakt som gjeld transporttenester innanfor yrkestransportlova. Lovbrotsgebyr skal berre verte pålagt dersom brotet på EØS-retten er konstatert anten ved dom i ein norsk domstol, dom i EFTA-domstolen eller ved innrømming frå norske styresmakter etter ei handsaming av saka i ESA.

Sanksjonen er meint å vareta både individual- og allmennpreventive omsyn. Lovbrotsgebyret er hovudsakleg meint å ha ein preventiv effekt og har til føremål å hindre framtidige overtredingar. Gebyret har òg eit pønalt preg. Lovbrotsgebyret er likevel ikkje straff og skal heller ikkje påleggjast av politi eller domstol.

Nedanfor vil departementet gje ein presentasjon og ei vurdering av dei ulike aspekta ved lovframlegget. Departementet vil først sjå på bruksområdet for regelen, medrekna kva kontraktar som vert omfatta av sanksjonen og kven sanksjonen vert retta mot. Departementet vil etter dette sjå på sjølve sanksjonsmekanismen og deretter val av handhevsorgan for sanksjonen. Deretter følgjer ei vurdering av vilkåra for å påleggje sanksjon og kva type brot som skal føre til sanksjon. Etter dette vil departementet mellom anna kort sjå på unnatak frå plikten til å påleggje lovbrotsgebyr, utmåling av lovbrotsgebyret og omgrepsbruken. Vidare vil departementet sjå på prosessuelle vurderingar når det gjeld sanksjonen, samt meir detaljerte aspekt ved framlegget, til dømes betalingsfrist for gebyret. Til slutt kjem ei vurdering av overordna problemstillingar, mellom anna forholdet til Grunnlova og den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).

4.2 Kva kontraktar vert omfatta av sanksjonen

Departementet sitt framlegg inneber at oppdragsgjevar vil verte pålagt eit lovbrotsgebyr for brot på regelverket ved tildeling av tenestekonsesjonskontraktar. Når det gjeld kva kontraktar som vil verte omfatta av sanksjonsheimelen vert det vist til to særlege avgrensingar.

For det første vil sanksjonsheimelen berre gjelde for *tenestekonsesjonskontraktar*. Det vert avgrensa mot tenestekontraktar som fell innanfor regelverket om offentlege innkjøp. For slike kontraktar har lov om offentlege anskaffelser med tilhøyrande forskrifter eigne

handhevingsreglar som totalt sett går mykje lengre enn den heimelen departementet her gjer framlegg om, jf. punkt 3.3.3.

For det andre vert sanksjonsheimelen avgrensa til å gjelde relevante kontraktar som gjeld transporttenester innanfor verkeområdet til *yrkestransportlova*. Lovbrotsgebyret kan altså verte pålagt både for kontraktar om transport med motorvogn på veg og med fartøy til sjøs, jf. ytl. § 1 første ledd.

Heimelen vil i utgangspunktet gjelde for alle typar konsesjonskontraktar ein kan tildele innanfor yrkestransportlova. Dette omfattar både kontraktar om persontransport og godstransport, samt transport både i og utanfor rute. I praksis vil det likevel først og fremst vere for rutetransport med buss og fartøy at det offentlege har behov for å gripe inn i marknaden for å sikre publikum eit tilbod. Føresegna omfattar likevel òg andre former for transporttenester, mellom anna meir individuelt retta transporttenester, til dømes såkalla tilrettelagt transport (TT-transport).

Oppsummert er sanksjonsheimelen meint å gjelde for dei konsesjonskontraktane ein kan tildele for offentleg transportteneste som er omfatta av yrkestransportlova, og som ikkje allereie er dekkja av regelverket om offentlege innkjøp.

4.3 Kretsen sanksjonen vert retta mot

Departementet sitt framlegg inneber ein heimel til å påleggje eit lovbrotsgebyr til dei som er oppdragsgjevarar innanfor yrkestransportlova.

Departementet viser til at både (fylkes-) kommunale og statlege aktørar kan tildele konsesjonskontraktar om transporttenester innanfor ramma av yrkestransportlova. Der ein fylkeskommune, ein kommune eller eit statleg organ bryt relevant regelverk ved tildeling av slik kontrakt er det klart at lovbrotsgebyret vert retta direkte mot det aktuelle organet.

Yrkestransportlova opnar for at kontraktar om transporttenester kan verte tildelt av eit administrasjonsselskap, jf. ytl. § 23. Der eit slikt administrasjonsselskap har brote regelverket ved tildeling av kontrakt vil organisasjonsforma av administrasjonsselskapet avgjere om det er administrasjonsselskapet eller det aktuelle kommunale organ som skal påleggjast lovbrotsgebyr. Dersom administrasjonsselskapet er eit sjølvstendig juridisk selskap vil det vere dette selskapet som er å rekne som oppdragsgjevar for kontraktstildelinga. Døme på slike sjølvstendige einingar er aksjeselskap (AS)¹⁶. Dersom administrasjonsselskapet formelt er ein del av fylkeskommunen, vil det vere det kommunale organet som er å rekne som oppdragsgjevar for kontraktstildelinga. Døme på slike organisasjonsformer er fylkeskommunale føretak (FKF)¹⁷.

Kven som har ansvar for tildeling av konsesjonskontraktar og er løyvestyresmakt for dei ulike transportformene følgjer av punkt 3.4 ovanfor. Kort oppsummert er fylkeskommunane løyvestyresmakt for rutetransport på veg og til sjøs (unnateke riksvegferjene), mens Vegdirektoratet er løyvestyresmakt for riksvegferjene, og departementet sjølv er løyvestyresmakt for kystruta Bergen-Kirkenes.

¹⁶ Sjå lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

¹⁷ Sjå lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner, kapittel 11.

Det vil i hovudsak vere for rutegåande transport at det offentlege har behov for å gripe inn i marknaden for å sikre publikum eit tilbod. Departementet legg difor til grunn at det vil vere fylkeskommunane som i dei fleste tilfella tildeler konsesjonskontraktar etter yrkestransportlova.

Det er særleg der kontrakt er tildelt av eit autonomt forvaltningsorgan at det er behov for ein sanksjonsheimel. For statlege oppdragsgjevarar har departementet andre virkemiddel for å handtere eventuelle brot. Når staten er oppdragsgjevar har staten sjølv direkte kontroll over kontrakten, og kan eventuelt terminere eller avkorte den dersom dette er føremålstenleg etter forholda.

Departementet opnar likevel for at både kommunale og statlege organ kan verte pålagt lovbrotsgebyr etter føresegna.

Dersom kontrakten vert terminert eller avkorta vil det vere mindre aktuelt å påleggje lovbrotsgebyr. Departementet opnar difor for å unnlate å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfelle der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten, jf. lovforslaget sjuande ledd. Departementet gjer likevel oppmerksam på at særlege problemstillingar kan oppstå dersom det likevel er aktuelt med lovbrotsgebyr mot statlege oppdragsgjevarar. Til dømes dersom den aktuelle konsesjonskontrakten ikkje har vore gjenstand for terminering eller avkorting. I slike tilfelle vil departementet kome i ein situasjon der det kan vere aktuelt å påleggje gebyr anten til sin eigen underliggjande etat eller til seg sjølve. Omsynet til truverde talar for at ein bør opne for å gje kompetansen til å påleggje gebyr til eit anna organ i slike einskildsaker, sjå nærare under punkt 4.5 nedanfor.

Sanksjonen vil berre rettast mot sjølve organet, ikkje tilsette i organet.

4.4 Sanksjonsmekanismen – lovbrotsgebyr

Framlegget frå departementet inneber at det vert gjeve høve til å påleggje eit lovbrotsgebyr.

Departementet har vurdert fleire moglege alternative sanksjonar til lovbrotsgebyr, mellom anna terminering og/eller avkorting av kontrakten, slik det er opna for innanfor regelverket om offentlege innkjøp.

Det er fleire positive sider ved terminering og avkorting som sanksjonsmekanismar. Slike sanksjonar vil gje moglegheit til å rette opp ulovlege høve som oppstår ved at feil leverandør får tildelt ein kontrakt. Sanksjonane vert vidare retta både mot oppdragsgjevar og leverandør og får på denne måten ein større preventiv effekt. Leverandøren kan då heller ikkje dra fordelar av at oppdragsgjevar gjennomfører ulovlege innkjøp.

Departementet ønskjer likevel ikkje ein sanksjonsmekanisme som opnar for terminering og/eller avkorting av konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova. Bakgrunnen for dette er at desse sanksjonane inneber at store delar av risikoen for brot på regelverket vert lagt til oppdragsgjevar sin medkontrahent. Det er ikkje uproblematisk å gjere slike inngrep i eit kontraktstilhøve mellom to sjølvstendige paratar. Slike sanksjonar kan vidare føre til uvisse hos leverandørane og føre til ein prisauking for levering av tenesta etter konsesjonskontrakten.

Det vil òg vere problematisk om forvaltninga skal kunne terminere eller avkorte kontraktar. Dette vil mellom anna krevje fleire ressursar og større kompetanse på dette i det aktuelle forvaltningsorganet.

Departementet føreslår difor å innføre ein sanksjon som gjev rett til å påleggje oppdragsgjevarar eit lovbrotsgebyr ved brot på EØS-retten. Dette inneber at sanksjonen berre får direkte verknad for oppdragsgjevar.

Eit lovbrotsgebyr som einaste sanksjonsmoglegheit inneber at det ulovlege høve kan fortsette uavhengig av om oppdragsgjevar vert pålagt eit gebyr for brotet. Dette inneber eit svakare vern av andre leverandørar i marknaden. Departementet meiner likevel at ein økonomisk sanksjon i form av eit lovbrotsgebyr som berre rammar oppdragsgjevar vil vere den minst inngripande, og samtidig den mest føremålstenlege, løysinga. Samstundes legg departementet til grunn at ein heimel til å påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr vil kunne føre til færre ulovlege kjøp i framtida. Høve til å verte pålagt økonomiske sanksjonar vil kunne auke oppdragsgjevar si medvit om reglane for kjøp av slike tenester, og dermed virke preventivt mot brot på reglane.

Departementet gjer på denne bakgrunn framlegg om å innføre ein lovheimel for å påleggje lovbrotsgebyr.

4.5 Handhevingsorgan

Departementet sitt framlegg inneber at det vil vere opp til forvaltninga, ved Samferdselsdepartementet, å påleggje lovbrotsgebyret etter føresegna.

Departementet har vurdert andre alternative handhevingsorgan, til dømes eit domstolssystem slik ein finn innanfor regelverket om offentlege innkjøp. Det vert i denne samanheng vist til omtala under punkt 3.3.3. Handhevingsutvalet drøfta i NOU 2010: 2 om ein ved gjennomføring av sanksjonssystemet frå handhevingsdirektivet i regelverket om offentlege innkjøp skulle vidareføre den etablerte domstolsmodell eller om ein burde gå over til ein administrativ tvisteløysing i første instans. Fleirtalet i utvalet konkluderte med at domstolssystemet burde vidareførast. Utvalet framheva likevel at domstolssystemet reiser somme prosessuelle utfordringar, medrekna spørsmål om kven som skal ha søksmålskompetanse og om desse har tilstrekkeleg insitament til å bringe saka inn for retten. Sjølv om utvalet ser manglar i domstolssystemet, ønskte dei likevel eit slikt system for handheving av tenestekontraktar.

Val av kompetent organ til å handheve regelen om lovbrotsgebyr for konsesjonskontraktar innanfor ramma av yrkestransportlova reiser fleire av dei same problemstillingane som vart reist av handhevingsutvalet i NOU 2010: 2.

Eit domstolssystem krev at ein privat part bringar saka inn for domstolane. I saker der det vert påstått at ein tenestekonsesjonskontrakt er tildelt på ulovleg måte vil slike private partar normalt vere andre potensielle leverandørar som meiner dei er fráteke høve til å konkurrere om innkjøpet. Private aktørar vil ofte ha liten økonomisk interesse i å setje i gong ein lang, dyr og krevjande domstolsprosess i saker der ein ikkje er garantert ein økonomisk gevinst ved ein eventuell seier. I slike sakar vil fordelane ved ein eventuell seier vere for små til å veie

opp for prosessrisikoen og belastninga av å føre saka for domstolane. Når sanksjonsmoglegheita er avgrensa til eit gebyr, vil det vere enda mindre grunn for private parter til å bringe saka inn for domstolane enn det som er tilfelle innanfor lov om offentlege anskaffelser, der kontrakten kan verte kjent utan verknad eller avkorta.

Når partar ikkje har tilstrekkeleg insitament til å krevje sanksjonert ein ulovlig tildelt konsesjonskontrakt, vil dette kunne hindre effektiv kontroll med tildeling av kontraktane. Til samanlikning vil ein forvaltningsmodell innebære at styresmaktene kan handheve brot på eige initiativ. Handheving vil dermed ikkje vere avhengig av private partars økonomiske insitament. Departementet ønskjer av denne grunn å gje sanksjonskompetansen til forvaltninga. Ettersom det strukturelle tiltaket vert avgrensa til å gjelde konsesjonskontraktar som gjeld transporttenester innanfor rekkevidda av yrkestransportlova vil det vere praktisk at handhevingskompetansen vert lagt til Samferdselsdepartementet. Her finst det allereie kompetanse på kjøp av offentlege transporttenester. Det vil ikkje vere føremålstenleg å opprette ei uavhengig nemnd for dette avgrensa saksfeltet.

Departementet ønskjer ikkje å leggje opp til at departementet skal fungere som eit klageorgan. Departementet skal bruke heimelen til å gripe inn når brot på regelverket allereie er konstatert, sjå meir om dette nedanfor under punkt 4.6.1.

Departementet framhevar at dersom oppdragsgjevar er ein statleg aktør, vil det reise seg særlege spørsmål knytt til at handhevingskompetansen vert lagt til departementet. Omsynet til truverde talar for å gje kompetansen til eit anna organ enn Samferdselsdepartementet i slike saker. Departementet opnar difor i åttande ledd i lovframlegget for at Kongen i slike tilfelle kan gje kompetansen til eit anna organ. Eit aktuelt organ å gje denne kompetansen til vil kunne vere KOFA, som har stor kompetanse innanfor regelverket om offentlege innkjøp, eventuelt eit anna organ som har kompetanse på dette området. KOFA er eit uavhengig organ, jf. forskrift om klagenemnd for offentlege anskaffelser § 5. I utgangspunktet er det problematisk å delegere kompetanse til uavhengige organ. Departementet meiner likevel at det skal vere høve til å delegere kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyr til KOFA. For å ivareta uavhengigheita til KOFA peikar departementet på at Kongen ikkje skal kunne instruere KOFA eller sekretariatet i KOFA om lovtolking, skjønnsutøving, avgjerd av saka eller om sakshandsaminga, jf. forskrift om klagenemnd for offentlege anskaffelser § 5. Departementet vil vurdere på eit seinare tidspunkt om det er behov for å slå fast denne kompetansen generelt eller frå sak til sak. Det vil uansett, etter departementet si vurdering, vere tale om eit fåtal av sakar.

4.6 Vilkår for å påleggje lovbrotsgebyr

4.6.1 Konstatering av brot

Departementet legg i framlegget opp til at det skal vere eit vilkår at brotet allereie er konstatert før det vert aktuelt med lovbrotsgebyr i tråd med heimelen.

Departementet føreslår å innføre ein heimel til å gripe inn i det ulovlege høve dersom eit av følgjande vilkår er oppfylt:

- (i) brotet er konstatert ved dom i ein norsk domstol

- (ii) brotet er konstatert ved dom i EFTA-domstolen
- (iii) norske styresmakter har innrømt brotet etter ei føregående ESA-handsaming av saka.

Det første alternativet inneber at saka er bringa inn for ein norsk domstol og at det går fram av dommen at det ligg føre eit brot på dei aktuelle EØS-reglane. Dommen må vere rettskraftig. At brotet må vere konstatert inneber at det vert stilt krav til at det kjem *klart* fram av dommen at det har skjedd eit brot.

Departementet viser til at dersom forhold rundt prosessen for tildeling av ein konsesjonskontrakt kjem opp for ein norsk domstol, vil spørsmålet om konsesjonskontrakten er tildelt på ulovleg måte, ofte ikkje utgjere ein sjølvstendig påstand, men vere ein del av påstandsgrunnlaget. Bakgrunnen for dette er at ein privat part ofte vil sjå det som tilstrekkeleg å leggje ned påstand om skadebot, utan ein eigen påstand som slår fast brotet. Dette inneber at spørsmålet om tildelinga er ulovleg ikkje vert gjort til tvistegjenstand, og dermed ikkje vert rettskraftig avgjort. Ofte kan det by på problem i praksis å vurdere om domspremissane gjev grunnlag for å konstatere at det ligg føre brot på regelverket. Til dømes kan ein tenkje seg at dommaren tenderer til å konkludere med at det ligg føre eit brot, men at han eller ho ikkje ser grunn til å ta stilling til dette spørsmålet då vilkåra for skadebot uansett ikkje er oppfylt. Departementet meiner ein bør opne for å leggje vekt på konklusjonar frå premissane i dommen ved vurderinga av om det er skjedd eit brot på regelverket. Departementet framhever likevel at det må gå *klart* fram av dommen at det har skjedd eit brot ved tildelinga.

Det andre alternativet inneber at saka er bringa inn for EFTA-domstolen og at det går fram av dommen at det ligg føre eit brot på EØS-reglane. At brotet må vere konstatert inneber, òg her, at det vert stilt krav til at det kjem *klart* fram av dommen at det har skjedd eit brot.

Departementet vurderer det som sannsynleg at dersom ein sak som går på tildeling av ein konsesjonskontrakt kjem inn for EFTA-domstolen, vil domskonklusjonen gå ut på om det har skjedd eit brot på regelverket. I slike tilfelle vil det vere klart om det ligg føre eit brot.

Det tredje alternativet inneber at norske styresmakter har kome med ei *klar* innrømming av brotet. Innrømminga skal skje på ein formell måte ovanfor ESA etter gjeldande interne prosedyrar for dette. Dette vil i praksis involvere fleire departement. Innrømminga må vidare ha skjedd i etterkant av at saka er handsama i ESA. Saka kan anten vere bringa inn for ESA av ein privat part, eller vere teke opp av ESA på eige initiativ. Innrømminga kan skje på eit kvart trinn i sakshandsaminga hos ESA. Det er ikkje nødvendig at ESA har teke formelle steg i saka før slik innrømming finn stad.

Grunngjevinga for at departementet ønskjer å avgrense sanksjonsmoglegheita til der det ligg føre eit konstatert brot på regelverket, er at det ikkje er ønskeleg at departementet skal verte eit klageorgan for einkvar konsesjonskontrakt innanfor yrkestransportlova. Det vil kunne vere svært ressurskrevjande om departementet skal gå inn i ei vurdering av om det ligg føre brot på reglane. Dette vil òg venteleg auke saksmengda. Departementet ønskjer av denne grunn ei klar avgrensing i kva saker som kan bringast inn for departementet.

Departementet understrekar at det er nødvendig at dom og innrømming av brotet er knytt til ei handsaming av den konkrete saka. Dette inneber at saka som er bringa inn for domstolane, eventuelt teke opp av ESA, må ha konkret tilknytning til den aktuelle konsesjonskontrakten for at vilkåra i lovframlegget bokstav a) - c) skal vere oppfylt.

Det at brotet skal vere konstatert før saka om lovbrotsgebyr kjem opp reiser somme særlege utfordringar knytt til omsynet til vernet av oppdragsgjevar si rettstryggleik. Omsynet til oppdragsgjevar sin rett til kontradiksjon i prosessen med å påleggje lovbrotsgebyr talar for å sikre at oppdragsgjevar òg har høve til å uttale seg i forkant av dommen eller innrømminga som slår fast brotet. For dom i norske domstolar inneber dette at oppdragsgjevaren skal vere part i saka og dermed har hatt høve til å uttale seg om dei spørsmål som vert reist. Både ved innrømming frå norske styresmakter og ved ein dom i EFTA-domstolen vil det i praksis ha vore ein omfattande prosess i forkant av at saka vert bringa inn for EFTA-domstolen eller brot vert innrømt av norske styresmakter. Det er fast praksis at dei saka vedkjem får høve til å uttale seg i slike prosessar.

4.6.2 Kva type brot skal føre til sanksjon

Departementet gjer framlegg om at departementet skal kunne påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr ved brot på EØS-rettslege reglar, som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen med å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester etter yrkestransportlova.

Departementet ønskjer ikkje at sanksjonsheimelen departementet her gjer framlegg om skal innehalde ei detaljert liste av kva type brot som vil opne for å påleggje lovbrotsgebyr. Departementet meiner det er føremålstenleg at lovbrotsgebyret i utgangspunktet omfattar eitkvart brot på regelverket som fell innanfor dei vilkåra som går fram av heimelen. Alvoret i brotet og kva type brot det er tale om vil vere moment som kjem inn i den konkrete vurderinga av kor stort gebyret skal vere, sjå nedanfor punkt 4.8.

Sjølv om departementet ikkje ønskjer å detaljregulere kva brot som skal kunne sanksjonerast etter føresegna, er det likevel gjort nokre avgrensingar i lovteksten:

For det første er omfanget av føresegna avgrensa til å gjelde brot på *EØS-rettslege reglar*. Dette gjeld både primær- og sekundærrett, altså både EØS-avtalen og dei avleda regelverk som er teke inn i EØS-avtalen og norsk rett, typisk forordningar og direktiv. Når det gjeld kva EØS-rettslege reglar føresegna viser til, vil dette i dag hovudsakleg vere dei som går fram av; (i) kollektivtransportforordninga, (ii) den maritime kabotasjeforordninga og (iii) EØS-avtalen artikkel 4 og 48.

For det andre er omfanget avgrensa til å gjelde dei reglane som skal sikre *omsyn til openheit og ikkje-diskriminering*. Det er desse omsyna som er operasjonalisert ved kollektivtransportforordninga og den maritime kabotasjeforordninga, samt dei som går fram av EØS-avtalen artikkel 4 og 48.

For det tredje vil føresegna berre omfatte reglar som har tyding for sjølve *prosessen* med å tildele aktuelle tenestekonsesjonskontraktar. Dette inneber at departementet berre kan påleggje lovbrotsgebyr for brot på reglar som regulerer prosessen for korleis

oppdragsgjevaren kan tildele kontrakten. Framlegget vert avgrensa mot reglar som går på innhaldet i kontrakten. Det er ikkje nødvendig at reglane oppstiller prosessreglar direkte. Til dømes gjev føresegna i EØS-avtalen artikkel 4 og 48 berre generelle prinsipp for openheit og ikkje-diskriminering. Ein kan likevel avlede frå desse prinsippa somme prosesskrav.

4.7 Unntak frå kravet om å påleggje lovbrotsgebyr

Departementet sitt framlegg inneber at departementet *skal* påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra for dette er oppfylt. Det er likevel i lovframlegget lagt opp til at departementet kan unnlate å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfella der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten.

Med terminering meiner departementet at kontrakten vert heva anten frå tidspunktet kontrakten vart inngått eller med verknad framover i tid. Avkorting av kontrakten vil seie ein reduksjon av kontrakten si løpetid frå eit nærare fastsett tidspunkt, eller ein reduksjon av ytinga, eventuelt ein kombinasjon av desse.

4.8 Utmåling av lovbrotsgebyret

Departementet legg i framlegget opp til at lovbrotsgebyret ikkje skal kunne utgjere meir enn 15 % av verdien på kontrakten.

Ved fastsetjing av gebyrets storleik skal utgangspunktet vere verdien på kontrakten. Dette inneber at lovbrotsgebyret kan stå i samband med storleiken på kontrakten, og dermed òg alvoret av brotet. Kontraktsverdien vert fastsett ut frå den totale godtgjersla for plikten til offentleg teneste, eksklusiv meirverdiavgift. Alle former for godtgjersle som vert betalt av offentlege styresmakter, òg inntekter frå sal av billetter, skal reknast med, jf. Kollektivtransportforordninga artikkel 2 bokstav k).

Grensa på 15 % tilsvarar grensa for lovbrotsgebyr innanfor regelverket om offentlege innkjøp.

Departementet meiner nivået på lovbrotsgebyret må vere av ein viss storleik for å oppnå den ønska preventive effekten. Samtidig er det behov for å oppstille ei ytre ramme for kor stort gebyret kan vere for å skape føreseielegheit for oppdragsgjevaren. Departementet meiner ei øvre grense på 15 % vil gje ein god balanse mellom omsynet til den preventive effekten av gebyret og behovet for føreseielegheit.

Når det for utmålinga av gebyret er vist til ei øvre grense på 15 %, vil ein leggje opp til at lovbrotsgebyret skal fastsetjast konkret ut frå omstenda i den einskilde saka. Grensa inneber at dei svært alvorlege tilfella kan verte pålagt eit høgt gebyr, mens dei mindre alvorlege tilfella vert pålagt eit lågare gebyr.

Gebyret vil tilfalle statskassa.

4.9 Ikkje krav til skuld hos oppdragsgjevaren

Departementet legg opp til at det ikkje skal følgje av føresegna departementet gjer framlegg om, at det er særskilde krav til skuld hos oppdragsgjevaren. Dette heng saman med at lovbrotsgebyret skal rettast mot oppdragsgjevaren. Departementet ønskjer ikkje å fokusere på einskildpersonar hos oppdragsgjevaren i samband med pålegging av lovbrotsgebyret.

4.10 Prosessuelle reglar

4.10.1 Sakshandsamingsreglar i forvaltningslova

Departementet har vurdert om forvaltningslova sine sakshandsamingsreglar skal gjelde for sanksjonsregelen departementet gjer framlegg om.

Forvaltningslova (fvl.) har både generelle føresegnar som oppstiller allmenne reglar om sakshandsaminga, og spesielle reglar med eit meir avgrensa verkeområde. Dei føresegnene i forvaltningslova som oppstiller generelle reglar vil automatisk gjelde for handsaming av saker etter den føresegna departementet her gjer framlegg om.

Forutan dei generelle reglane, gjeld føresegnene i forvaltningslova kapittel IV – VI berre for enkeltvedtak, jf. fvl. § 3 første ledd. Enkeltvedtak er nærare definert i forvaltningslova § 2 som eit vedtak som gjeld "rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer". Eit vedtak er vidare definert som "en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer [...]". I siste avsnitt av § 2 er det slått fast at eit forvaltningsorgan skal vere likestilt med eit privat rettssubjekt dersom organet har same interesse eller stilling i saka som private parter kan ha.

Karakteren av avgjerda etter føresegna departementet her gjer framlegg om, er at staten kan påleggje oppdragsgjevaren eit lovbrotsgebyr av ein viss storleik. Den offentlege aktøren, oppdragsgjevaren, får dermed ei eiga økonomisk interesse i å kunne klage på dette vedtaket. Denne interessa er tilsvarende det ein privat aktør ville hatt om denne parten vart pålagt eit lovbrotsgebyr. Private kan i utgangspunktet ikkje verte pålagt lovbrotsgebyr etter føresegna. Det er dermed departementets vurdering at den offentlege oppdragsgjevaren ikkje vil ha same interesse eller stilling i saka som private har.

Departementet legg difor til grunn at ei avgjerd om å påleggje lovbrotsgebyr etter den føreslåtte føresegna i utgangspunktet fell utanfor reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova. Departementet er likevel noko i tvil om dette ettersom føresegna i somme tilfelle opnar for å påleggje lovbrotsgebyr til administrasjonsselskap.

Det er likevel departementet si vurdering at reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova burde gjelde for avgjerd om lovbrotsgebyr etter den føreslåtte føresegna. Departementet meiner difor at reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova skal gjelde så langt dei passar.

Dette inneber at dei rettstryggleiksgarantiane som finst i forvaltningslova kapittel IV – VI skal leggjast til grunn for sakshandsaminga ved pålegging av lovbrotsgebyr. Dette gjeld til dømes reglar om førehandsvarsling, dokumentasjonsoffentlegheit for partane, grunngjeving, klage og sakskostnader.

Departementet meiner dei prosessuelle reglane som gjeld for enkeltvedtak vil gje tilstrekkelege rettstryggleiksgarantiar for oppdragsgjevaren.

4.10.2 Forelding

Departementet viser i lovframlegget til ei grense i tid for når lovbrotsgebyr kan verte pålagt. Denne er satt til 3 år frå konsesjonskontrakten vart inngått, dvs. underteikna.

Foreldingsfristen vert avbroten ved at det vert teke ut søksmål ved norsk domstol eller for EFTA-domstolen for å få dom i saka, eller ved at ESA tek opp saka skriftleg med norske styresmakter.

Dei første avbrytingsmåtene er knytt til der brotet er konstatert anten ved dom i ein norsk domstol eller i EFTA-domstolen, jf. alternativ a) – b) i første ledd av føresegna. Foreldingsfristen vert for slike sakar avbroten ved at det vert teke ut søksmål i saka.

Departementet viser til at søksmålet som er teke ut for domstolane må relatere seg konkret til den aktuelle konsesjonskontrakten for å avbryte foreldingsfristen, jf. omtalen under punkt 4.6.1.

Den tredje avbrytingsmåten er knytt til alternativ c) i første ledd av den føreslåtte føresegna, nemleg der norske styresmakter har innrømt brotet etter at saka har vore handsama i ESA. Foreldingsfristen vert her avbroten ved at ESA tek opp saka skriftleg med norske styresmakter. Denne avbrytingsmekanismen er meint å omfatte einkvar skriftleg kontakt og er ikkje avgrensa til formelle steg i saka. For at ein kontakt skal avbryte foreldingsfristen, må det gå klart fram at ESA har starta å handsame den aktuelle saka. Vidare må kontakten klart kunne knytast til saka. I praksis vil det første steget ESA tek ovanfor norske styresmakter vere ein såkalla "*request for information*", der dei ber norske styresmakter om informasjon om ei sak dei har bestemt seg for å undersøkje. Departementet ønskjer at ein slik førespurnad skal avbryte foreldingsfristen.

Bakgrunnen for at departementet ønskjer å gjere avbrytingsmekanismen så vid at den omfattar uformelle steg i saka, er at det ikkje er ønskjeleg at ESA skal måtte presse saka framover på eit formelt stadium for å avbryte ein foreldingsfrist. Dette vil kunne gjere det vanskeleg å oppnå ein god dialog mellom ESA og norske styresmakter i einskildsakene.

Departementet viser til at saka ESA har teke opp skriftleg, må relatere seg konkret til den aktuelle konsesjonskontrakten for å avbryte foreldingsfristen, jf. omtalen under punkt 4.6.1.

I praksis kan ein kome opp i situasjonar der ein sak først er handsama av ESA i ein første fase og etter kvart vert bringa inn for domstolane. I slike tilfelle er foreldingsfristen allereie avbroten ved ESA sin første kontakt med norske styresmakter, og dei særligne avbrytingsfristane knytt til søksmål vil ikkje få sjølvstendig verknad.

Departementet legg opp til at det må etablerast ei fast rutine for at departementet må varsle fylkeskommunen straks dei vert merksame på at foreldingsfristen er avbroten.

4.11 Klage- og søksmålsrett

4.11.1 Klagerett

Departementet legg opp til at vedtak om lovbrotsgebyr kan verte påklaga til Kongen i statsråd. Det vert her vist til drøftinga under punkt 4.10.1, der departementet legg til grunn at reglane

for enkeltvedtak i forvaltningslova skal gjelde for avgjerd om å påleggje lovbrotsgebyr. Dette inkluderer høve til å klage etter forvaltningslova § 28.

Enkeltvedtak kan, etter forvaltningslova § 28, påklagast til det forvaltningsorgan som er nærmast overordna. Der departementet treff vedtak er Kongen i statsråd rett klageorgan. Ved klagehandsaming kan klageorganet prøve alle sider av saka og treffe ny realitetsavgjerd, jf. fvl. § 34 andre ledd.

4.11.2 Søksmålsrett

Departementet legg opp til at oppdragsgjevarar kan bringe ei avgjerd om lovbrotsgebyr inn for domstolane.

Som hovudregel kan oppdragsgjevaren velje om han vil reise sak for domstolane, eller først klage til overordna forvaltningsorgan. Etter forvaltningslova § 27b kan likevel det forvaltningsorgan som har treft vedtaket bestemme at søksmål om gyldigheita av vedtaket ikkje skal kunne reisast utan at vedkommande part har nytta si klagerett og at klagen er avgjort av den høgaste klageinstans. Departementet vil i kvar einskild sak avgjerde om dei ønskjer å sette eit slikt vilkår for søksmålsretten.

Utgangspunktet er at domstolane har kompetanse til å vurdere om eit forvaltningsvedtak er ugyldig. Sak for domstolane føreset at parten sjølv bringar saka inn for domstolane ved eit sivilt søksmål. Prosessuelt vert slike sakar handsama etter dei allmenne reglane i tvistelova.

Eit ugyldighetssøksmål for domstolane inneber ein rett til prøve det faktiske grunnlaget for avgjerda, om lovbruken er korrekt og om det ligg føre ein sakshandsamingsfeil, medrekna myndighetsmisbruk. Etter rettspraksis kan domstolane i utgangspunktet ikkje prøve forvaltninga sitt frie skjøn ved avgjerda.

Departementet ønskjer at domstolane, dersom eit vedtak om lovbrotsgebyr vert bringa inn for retten, skal kunne prøve alle sider ved saka. Dette inkluderer prøving av om vilkåra for å påleggje lovbrotsgebyr er oppfylt og utmåling av gebyret. Domstolane skal følgeleg kunne gje dom for realitet i saka, til dømes sette ned eller opp lovbrotsgebyret.

Full prøvingsrett av forvaltningsvedtaket ved domstolane vil etter departementet si meining gje gode rettstryggleiksgarantiar for oppdragsgjevaren. Departementet viser i denne samanheng til vurderinga under punkt 4.15 og 4.16 om forholdet til Grunnlova § 96 og EMK.

4.12 Betalingsfrist

Departementet gjer framlegg om at fristen for å betale lovbrotsgebyret skal vere åtte veker frå den dag vedtak vart fatta. Departementet meiner ein betalingsfrist på åtte veker vil gje oppdragsgjevaren høve til å vurdere om det er ønskjeleg å klage eller ta ut søksmål over gebyret.

4.13 Utsetjande verknad

I utgangspunktet vil klage og søksmål ikkje føre til at eit vedtak får utsett iverksetjing. Det er to sentrale unnatak frå denne hovudregelen. For det første gjev forvaltningslova § 42 forvaltninga høve til å, på eige initiativ, fastslå utsett iverksetjing av eit vedtak både ved

søksmål og ved klagehandsaming av vedtaket. For det andre kan den vedtaket retter seg mot krevje mellombels åtgjerd for å få utsett iverksetjing etter reglane i tvistelova kapittel 34.

Departementet meiner det ikkje er særlege omsyn som talar for å fråvike dette utgangspunktet, då sikkerheitsventilane i forvaltningslova og tvistelova er tilstrekkelege til å avbøte eventuelle uheldige verknader ved iverksetjing av eit lovbrotsgebyr. Det vert dermed ikkje føreslått særskilte reglar om utsetjande verknad ved klage eller saksanlegg over vedtak om lovbrotsgebyr.

4.14 Tvangsfullbyrding

Departementet ønskjer ikkje å oppstille eigne reglar for tvangsfullbyrding av lovbrotsgebyr etter føresejna. Det vert her vist til dei allmenne reglane om tvangsfullbyrding i tvangsfullbyrdingslova. Departementet viser til at i tvangsfullbyrdingslova § 1-2 er det oppstilt somme avgrensingar i høve til å tvangsfullbyrde krav mot offentlege styresmakter. Departementet ønskjer ikkje å innføre særreglar om tvangsfullbyrding av lovbrotsgebyr mot offentlege styresmakter.

4.15 Forholdet til Grunnlova

Departementet har vurdert om sanksjonsheimelen departementet gjer framlegg om vil stå seg i høve til forbodet mot straff utan dom i Grunnlova § 96. Dersom det føreslåtte lovbrotsgebyret er straff etter Grunnlova § 96, må sanksjonen verte pålagt av domstolen, ikkje forvaltninga.

Etter departementet si vurdering går lovbrotsgebyret klar av forbodet i Grunnlova § 96. Departementet viser her til Sanksjonsutvalet si drøfting av forholdet mellom sivile sanksjonar og Grunnlova § 96 i NOU 2003: 15, s. 54 – 58. Sanksjonsutvalet konkluderer med at det ikkje er grunnlag for å gå bort ifrå den tradisjonelle tanken om at lovgjevar si klassifisering av reaksjonen i dei fleste tilfelle vil vere avgjerande for om reaksjonen er å rekne som straff etter Grunnlova § 96. Sanksjonsutvalet understrekar òg at det ikkje er tilstrekkelege haldepunkt for å anta at det berre er bagatellmessige sanksjonar eller sanksjonar på heilt spesielle område som vil vere i samsvar med Grunnlova § 96. Utvalet legg til grunn at, til dømes, større lovbrotsgebyr vil vere i samsvar med Grunnlova dersom ordningane er sakleg grunngeve, bygd opp med gode rettstryggleiksgarantiar, medrekna klagerett og rett på domstolsprøving, og at lovgjevar har sagt at sanksjonen ikkje skal reknast som straff etter Grunnlova § 96.

Det er departementet si vurdering at det føreslåtte lovbrotsgebyret ikkje er av ei slik karakter at det vil stride mot Grunnlova § 96.

Departementet har under punkt 4.1 gjort klart at lovbrotsgebyret ikkje skal reknast som straff. Lovbrotsgebyret er vidare sakleg grunngeve. Gebyret skal medverke til større grad av etterleving av reglane som skal sikre konkurransedyktige konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova. Vidare har lovbrotsgebyret, etter departementet si vurdering, gode rettstryggleiksgarantiar. Departementet viser til at lovbrotsgebyret kan vere gjenstand for både klage og søksmål, og at klageorganet og domstolane vil ha full prøvingsrett. Reglane i forvaltningslova og tvistelova vil sikre ei forsvarleg handsaming av slike sakar.

Departementet legg etter dette til grunn at lovbrotsgebyret ikkje vil vere i strid med forbodet mot straff utan dom i Grunnlova § 96.

Departementet gjer oppmerksom på at sanksjonsheimelen vil ikkje nyttast mot brot som har skjedd før heimelen trer i kraft, jf. Grunnlova § 97.

4.16 Forholdet til EMK

Sjølv om ein sanksjon ikkje er rekna som straff etter nasjonal rett, kan det vere at den uansett må reknast som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Departementet har difor vurdert om det føreslåtte lovbrotsgebyret er å rekne som straff etter EMK artikkel 6 og EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1. Dersom lovbrotsgebyret er å anse som straff etter EMK vil dette utløyse krav om ei rettferdig rettargang etter EMK artikkel 6 og forbod mot dobbelstraff etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1. Departementet har vurdert lovbrotsgebyret opp mot EMK artikkel 6 og legg utan vidare til grunn at vurderinga vil vere den same etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1.

Etter praksis frå den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er det oppstilt tre kriterium for om ein sanksjon må verte rekna som straff etter EMK; (i) den nasjonale klassifiseringa av sanksjonen, (ii) karakteren av lovbrotet og (iii) karakteren av sanksjonen. Kriteria vart introdusert i Engel-saka¹⁸.

Kriteria er alternative og kan anten kvar og seg eller etter ei totalvurdering innebære at det ligg føre straff etter EMK. Dei kriteria EMD legg mest vekt på er dei to sistnemnde.

I tilknytning til momentet *karakteren av lovbrotet* har EMD lagt vekt på om sanksjonen gjeld lovbrot som tradisjonelt har vore rekna for å høyre til strafferetten, eller har ein utprega strafferettsleg karakter. Det vil òg ha tyding i denne vurderinga om sanksjonen føreset ei konstatering av skuld. Det vert her vist til omtalen av dette i NOU 2003: 15 s. 96.

EMD har vidare lagt vekt på om den aktuelle sanksjonen vert retta mot borgarar generelt eller mot ei avgrensa gruppe, jf. avvisningsavgjerda *Inocêncio v. Portugal*¹⁹. Domstolen uttalte her at:

*“With regard to the nature of the offence, it would appear that the requirement to obtain a permit before carrying out construction work should be regarded as a means of controlling the use of property for the purposes of a balanced town-planning policy. A penalty for failing to comply with such a requirement **cannot constitute a punitive criminal measure of general application to all citizens**. This aspect is therefore not sufficient in itself for the penalty in issue to be regarded as inherently criminal.”.*

Dette omsynet er òg vektlagt i Rt. 2002 s. 509, på side 520. Førstvoterande viser her til at dei aktuelle føresegnene var allmenne og omfatta alle borgarar i deira eigenskap av skatteytarar.

Momentet *karakteren av sanksjonen* tar sikte på ei vurdering av kva slags type reaksjon det er tale om. Jo meir inngripande sanksjonen er, jo meir truleg er det at reaksjonen må reknast som straff etter EMK.

¹⁸ Dom frå EMD 8. juni 1976 *Engel m.fl. mot Nederland*, avsnitt 82.

¹⁹ Avvisningsavgjerd frå EMD av 11. januar 2001, *Inocêncio mot Portugal*.

Etter departementets vurdering er det fleire moment som talar for at det føreslåtte lovbrotsgebyret ikkje er straff etter EMK artikkel 6. Lovbrotsgebyret vert ikkje retta mot einkvar borgar, snarare mot ei avgrensa krets, nemleg oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova. Det er vidare ikkje tale om regulering av allmenn handlefridom, men regulering av høve for offentlege oppdragsgjevarar til å tildele kontraktar innanfor ein bestemt sektor. Gebyret har dermed ikkje ei utprega strafferettsleg karakter. Gebyret føreset dessutan ikkje ei konstatering av skuld hos den som bryt regelverket. Gebyrets storleik er vidare avgrensa i storleik og har dermed ei grense for kor inngripande det kan vere.

Gebyret kan likevel i somme tilfelle, der brotet er grovt og kontrakten som er inngått er stor, vere av ein slik storleik at det kan virke tyngande for oppdragsgjevaren. Dette kan tale for at sanksjonsheimelen er å rekne som straff etter EMK. Dette er likevel ikkje opplagt. Departementet vel ikkje å ta endeleg stilling til dette spørsmålet då det meiner rettstryggleiksgarantiane i EMK artikkel 6 og protokoll 7 uansett er oppfylt. Departementet legg til grunn at forvaltningslova og tvistelova oppstiller tilfredsstillande rettstryggleiksgarantiar som varetar krava i artikkel 6²⁰. Departementet legg vidare til grunn at det ikkje kan påleggast straff over det same høve som departementet har pålagt lovbrotsgebyr for, jf. EMK protokoll 7, artikkel 4, nummer 1.

5. Økonomiske og administrative konsekvensar

Departementet forventar at innføring av eit lovbrotsgebyr retta mot tildeling av tenestekonsesjonskontraktar på transportområdet vil redusere talet ulovlege tildelingar av slike kontraktar. Dette vil på sikt styrke konkurransen og føre til innsparingar for det offentlege.

For departementet, som vil vere handhevingsorgan etter føresegna, vert det ikkje forventa at framlegget vil innebere særlege økonomiske og administrative konsekvensar. Saka må allereie vere handsama av eit eksternt organ, og brotet på regelverket må vere konstatert, for at departementet skal måtte påleggje lovbrotsgebyr etter føresegna. Dette betyr at departementet ikkje vil fungere som klageorgan for konsesjonskontraktar på transportområdet. Dette vil venteleg for det første føre til at det vert færre saker for departementet å handsame enn om private partar hadde hatt høve til å klage sakene direkte inn for departementet. For det andre vil konstateringsvilkåret redusere arbeidsmengda ved sakshandsaminga i dei einskilte sakene ettersom departementet ikkje må gjere ei sjølvstendig vurdering av om det ligg føre eit brot på regelverket. Det vert lagt til grunn at framlegget ikkje inneber ein auke i administrasjonskostnadane hos departementet. Det vert dermed heller ikkje behov for ei auke i ressursane til departementet.

For oppdragsgjevaren vil lovheimelen innebere ein risiko for å verte pålagt eit lovbrotsgebyr. Belastninga for den aktuelle oppdragsgjevaren i dei einskilte sakene vil avhenge av brotet og storleiken på kontrakten. Som sagt ovanfor antar departementet at føresegna i praksis vil gje eit fåtal av saker.

Departementet framhever vidare at det er ein klar tendens til at oppdragsgjevarar tildeler tenestekontraktar i staden for tenestekonsesjonskontraktar på transportområdet. Ettersom

²⁰ Jf. vurderinga i Prop. 83 L (2012-2013) om endringar i arbeidsmiljøloven m.v p. 3.4.9.3

lovheimelen ikkje vil gjelde for alminnelege tenestekontraktar, vil denne tendensen gjere at lovheimelen vil få ein noko meir avgrensa verknad.

6. Utkast til lovtekst

§ 40 b Lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontrakt

(1) Departementet skal pålegge oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr dersom oppdragsgjevaren bryt EØS-rettslege reglar som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen med å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester etter lova her. Lovbrotsgebyret vert pålagt dersom eitt av følgjande vilkår er oppfylt:

- a) brotet er konstatert ved dom i ein norsk domstol
- b) brotet er konstatert ved dom i EFTA-domstolen
- c) norske styresmakter har innrømt brotet etter at saka er handsama i EFTA sitt overvakingorgan.

(2) Lovbrotsgebyret skal ikkje overstige 15 % av kontraktsverdien.

(3) Ved utmåling av gebyret skal det særleg leggjast vekt på kontraktsverdien, kor grovt brotet er, om oppdragsgjevaren har gjort gjentekne brot, den preventive verknaden av lovbrotsgebyret og kor langt tilbake i tid brotet har skjedd.

(4) Fristen for å betale lovbrotsgebyret er 8 veker frå vedtaket vart fatta.

(5) Avgjerd om å pålegge lovbrotsgebyr etter denne føresegna skal følgje reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova så langt dei passar. Dersom ei avgjerd om lovbrotsgebyr vert bringa inn for ein domstol, kan domstolen prøve alle sider ved saka.

(6) Lovbrotsgebyr kan ikkje påleggjast når det har gått 3 år frå kontrakten vart inngått. Fristen vert avbroten ved at det vert teke ut søksmål ved norsk domstol eller ved EFTA-domstolen for å få dom i saka, eller ved at EFTA sitt overvakingorgan tek opp saka skriftleg med norske styresmakter.

(7) Departementet kan unnlate å pålegge lovbrotsgebyr i dei tilfelle der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten.

(8) I tilfelle der det er aktuelt å pålegge departementet sjølv eller eit anna statleg organ som er underlagt departementet eit lovbrotsgebyr kan Kongen gje kompetansen til å pålegge gebyret til eit anna organ enn departementet.

(9) Departementet kan gje nærare forskrift om fastsetjing av lovbrotsgebyr, og om renter og tilleggsgebyr dersom lovbrotsgebyret ikkje vert betalt ved forfall.