

## **Informasjonsdeling ved anbudskonkurranse – dom i Høyesterett (HR-2012-1942-A Staten v/ Konkurransetilsynet v Gran & Ekran AS)**

11. oktober avsa Høyesterett dom i Gran & Ekran-saken, også kalt "Broene i Steinkjer". Saken gjaldt utveksling av informasjon mellom tilbydere i sammenheng med en anbudskonkurranse om diverse reparasjonsarbeider. Saksforholdet var i korte trekk som følger:

Steinkjer kommune utlyste i juni 2007 en anbudskonkurranse om reparasjonsarbeid på fem kommunale broer. Syv firmaer mottok anbudsdokumenter som interessenter, men bare Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS leverte inn anbud. Disse lå drøyt tre ganger over den prisen som kommunens konsulent hadde estimert (hhv. 10 og 11 mill NOK versus 3 mill estimert). Det fremgår at anbudene også lå relativt likt. På bakgrunn av råd fra konsultentselskapet, som ikke anbefalte kommunen å vedta noen av budene, ga kommunen i oktober samme år melding til Konkurransetilsynet om mistanke om ulovlig prissamarbeid.

Tilsynets etterforskning avdekket at det hadde vært kontakt mellom de to foretakene i forkant av anbudsinngivelse. Den kontakt som ble funnet bevist, og som er gjengitt i dommen, utgjorde en telefonsamtale der en representant for Gran & Ekran opplyste om kalkulerte betongpriser for to av broene. Grunnarbeids representant kalkulerte de øvrige arbeidene og oversendte disse prisene til Gran & Ekran.

Gran & Ekran's anbud var basert på de kalkulerte betongprisene, og Grunnarbeids priser med et 10 % påslag på resten. Grunnarbeids anbud var basert på de priser som var oversendt til Gran & Ekran. Partene skulle helt eller delvis være hverandres underleverandører.

De aktuelle arbeidene ble til slutt utført av andre selskaper, da med en total pris på knapt 4 mill. NOK.

Konkurransetilsynet ila 13. juli 2009 Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS overtredelsesgebyr på hhv. 2 og 5 mill NOK. (Vedtak 2009/17, tilgjengelig på <http://www.kt.no> under Vedtak og uttalelser). Konkurransetilsynet la til grunn:

"Samarbeidet har ledet til en felles forståelse mellom partene om hvem som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen, herunder at Gran & Ekran innga sitt tilbud uten å ha til hensikt å vinne anbudskonkurransen. Det ble således skapt et inntrykk overfor oppdragsgiver av at Grunnarbeid og Gran & Ekran innga to uavhengige og konkurrerende tilbud. Konkurransetilsynet legger til grunn at partene gjorde dette for at Grunnarbeids tilbud, som var relativt høyt priset, skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig." (Vedtaket, avsnitt 3).

Ut fra denne beskrivelsen er det på det rene at det foreligger et klart og grovt tilfelle av anbudssamarbeid i strid med konkurranseloven § 10, som forbyr samarbeid med konkurransebegrensende formål eller virkning. Også utvekslingen av informasjon om priser vil imidlertid i seg selv kunne representere en overtredelse, jf. nedenfor.

Foretakene brakte vedtaket innfor domstolene, men tapte i tingretten. I Frostating lagmannsrett ble overtredelsesgebyrene redusert til 1/10. Lagmannsretten la til grunn at overtredelsen bare var uaktsom, og kom med ganske oppsiktsvekkende uttalelser om rettsvillfarelse som en formildende omstendighet. Grunnarbeid AS gikk konkurs etter lagmannsrettens dom, slik at det bare var Gran & Ekran som var part i saken for Høyesterett.

I saken for Høyesterett var det følgende tema som ble behandlet:

- 1) Beviskravet for å ilegge overtredelsesgebyr.
- 2) Skyldkravet.
- 3) Utmåling av overtredelsesgebyr.

I det følgende kommenteres først diskusjonen av beviskravet. Deretter vurderes det materielle spørsmålet om det forelå et konkurransestridig samarbeid, samt vurderingen av skyld. Endelig kommenteres utmålingen.

Siden vedtagelsen av konkurranseloven 2004 har spørsmålet om beviskrav vært omstridt. Graverutvalget (NOU 2003:12) hadde opprinnelig foreslått et krav om "klar" sannsynlighetsovervekt, bl.a. under henvisning til Rt. 1999 s. 14. Departementet ønsket dette imidlertid annerledes, og sammenfattet sine synspunkter som følger:

"I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtlagt for noe de ikke har gjort. Etter departementet vurdering bør ikke denne avveiningen vektet skjevt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne." (Ot.prp. nr. 6 (2003-04), s. 117).

Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen viste til at "i likhet med andre gebyrlignede saker er beviskravet at det er en sannsynlighetsovervekt for at det er foregått et lovbrudd. Utmåling er harmonisert med EUs regelverk, og vedtakene fattes av Konkurransetilsynet. I den grad at foretakene er uenige med tilsynet og ikke aksepterer gebyret, er det de som har bevisbyrden og dette vil da gå etter sivilrettslige prosessregler." Alle i komiteen bortsett fra Arbeiderpartiets medlemmer mente at det ikke var grunn til å avvike fra de alminnelige bevisregler i sivile saker, og viste til departementets begrunnelse for dette.

I litteraturen har den fremherskende oppfatningen vært at beviskravet må være høyere enn simpel sannsynlighetsovervekt, dvs. et krav om klar sannsynlighetsovervekt. (Se Graver/Hjelmeng: Norsk konkurranserett Bind 2, s. 149-157, Roscher i Evensen/Sæveraas (red.): Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, s. 755-757, og drøftelsen i NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, avsnitt 6.5).

Førstvoterende gjennomgår først forarbeidsuttalelsene, og kommer til at disse isolert sett tilsier et krav om simpel sannsynlighetsovervekt. Dette utgangspunktet må likevel justeres ut fra internasjonale kilder og nyere rettspraksis. Det uttales:

"Nyere høyesterettspraksis gir imidlertid – slik jeg ser det – ikke rom for å nøye seg med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved fastsettelse av administrative sanksjoner som har karakter av straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. Denne praksis er etter mitt syn avgjørende for at det ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven – som utvilsomt må regnes som straff etter denne artikkelen – må kreves klar sannsynlighetsovervekt, og jeg går over til å se nærmere på de sentrale dommene på området." (Prem. 38).

Deretter vises det til Rt. 2007 s. 1217 (Ospa) og storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 (tilleggsskatt). I likhet med flertallet i sistnevnte sak, anser førstvoterende at beviskravet ved

administrative sanksjoner som anses som straff i EMK art. 6' forstand generelt vil være minst "klar" sannsynlighetsovervekt. Førstvoterende oppsummerer:

"Etter mitt syn har Høyesterett i storkammer avgjort at det helt generelt følger av EMK artikkel 6 at det for administrative sanksjoner som etter artikkelen har karakter av straff, må oppstilles et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det følger riktignok av flertallets begrunnelse i storkammerdommen at hvor strengt beviskravet er, må vurderes konkret for hvert enkelt rettsområde og sanksjon. Men det fremgår av dommen at kravet til bevis ikke kan være lavere enn klar sannsynlighetsovervekt.

Med en slik forståelse av EMK, er det etter mitt syn klart at tidligere forarbeidsuttalelser i motsatt retning – eller særlige omstendigheter for øvrig – innenfor et enkelt rettsområde ikke kan få gjennomslagskraft. Jeg viser her til det jeg tidligere har referert fra storkammerdommen om menneskerettighetenes stilling i norsk rett." (Prem. 50 og 51).

Den tvil som har vært om beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 er dermed brakt til opphør.

Mindretallet forstod derimot Rt. 2008 s. 1409 om tilleggsatt slik at det ikke var mulig å utlede et *generelt* beviskrav, men at spørsmålet måtte avgjøres konkret for hvert enkelt område. Mindretallets syn ble formulert av dommer Endresen, som også dissenterte i Rt. 2008 s. 1409.

Vedrørende spørsmålet om overtredelse av § 10 var det i saken på det rene at det hadde vært kontakt mellom partene forut for anbudskonkurransen, og at denne kontakten hadde innebåret oversendelse av kalkulasjoner av pris.

Deling av fremtidig prisinformasjon representerer en konkurranserettslig kardinalsynd. Selve informasjonsdelingen vil i slike tilfeller være tilstrekkelig til å etablere en "avtale eller samordnet praksis" i § 10's betydning. Dette ble slått fast av EU-domstolen i Suiker Unie saken, der følgende sentrale uttalelse fremkommer:

"The criteria of coordination and cooperation laid down by the case-law of the Court, which in no way require the working out of an actual plan, must be understood in the light of the concept inherent in the provisions of the Treaty relating to competition that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market including the choice of the persons and undertakings to which he makes offers or sells.

Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market." (Forente saker 40 etc./73 Suiker Unie [1975] ECR 1663, prem. 173-74)

Førstvoterende beskriver delingen av informasjon i saken som følger:

"Det følger av ... lagmannsrettens dom at partene samarbeidet og drev utstrakt informasjonsutveksling forut for at tilbudene ble inngitt til kommunen. Tingretten konstaterte at selskapenes tilbud var resultat av en 'nærmest fullstendig pris-koordinering', at det var tale om en 'nærmest total gjensidig blottlegging av egne priser', og at selskapene 'etter å ha utvekslet helt sentrale konkurranseparametre, deretter [har] inngitt tilbud som nettopp baserer seg på priser mottatt fra den annen'. Lagmannsretten har sluttet seg til dette, som også er dekkende for min vurdering." (Prem. 83).

Det er på det rene at allerede utvekslingen av informasjon representerer en alvorlig overtredelse av § 10. I tråd med EU-domstolens uttalelse fra Suiker Unie, vil forbudet også være overtrådt i og med informasjonsdelingen.

For Konkurransetilsynet var det gjort gjeldende at partene måtte kunne stå fritt til å samarbeide, siden de ikke var i stand til å gjennomføre entreprisen hver for seg, og det således ikke hadde vært i strid med konkurranseloven å inngi ett felles anbud. Denne anførselen er imidlertid klart feilaktig. Poenget er at anbudsinnbyder villedes til å tros at det hersker konkurranse, mens det i realiteten bare er én budgivende konstellasjon i markedet. I denne saken blir dette tydelig fordi om det hadde vært levert ett felles bud på la oss si 11 mill., ville anbudsinnbyder lett kunnet innse at dette representerte en monopolpris, mens når det ble levert inn konkurrerende bud basert på underleveranser fra den andre på hhv. 10 og 11 mill. ga dette inntrykk av at det var konkurranse i markedet.

Høyesteretts avgjørelse gjør det klart at foretak ikke kan utveksle sensitiv prisinformasjon. Dette gjelder ikke bare i en anbudskontekst, men generelt mellom konkurrenter. (Se nærmere Erling Hjelmeng: Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen, TfR 2003 s. 648).

I saken ble det riktignok påstått at utvekslingen hadde funnet sted som ledd i sonderinger rundt underleveranser. Saken etterlater derfor en usikkerhet; vil foretak i samme marked være forhindret fra å innhente anbud fra andre foretak på underleveranser? Svaret på dette spørsmålet må være et klart nei. Derimot er det på det rene at den informasjon som deles i slike tilfeller må være begrenset til det som er strengt nødvendig for å realisere underleveransen. Det vil være foretakene som har risikoen for at det ikke vokser frem ulovlig informasjonsutveksling eller enighet om budgivning i ly av sonderinger om underleveranser. Avgjørende her er Grunnarbeids oversendelse av prisene for hele entreprisen, som går langt utover det som er nødvendig for å etablere en underleveranse på en del av prosjektet.

Dermed bør det utvises forsiktighet i kontakt med konkurrerende foretak – helt uavhengig av om man antar at foretaket selv vil by på samme prosjekt. Er partene ikke i stand til å løfte prosjektet på egen hånd vil det tryggeste være å legge inn et felles anbud. For anbudsinnbydere vil separate bud som bygger på underleveranser representere en "smoking gun", som kan gi grunnlag for nærmere undersøkelser eller en henvendelse til Konkurransetilsynet. Tilsynet har for øvrig publisert et utkast til veiledning om prosjektsamarbeid, som etter min oppfatning går vel langt i å kategorisere slik samarbeid som konkurransebegrensende etter sitt formål. Veilederen, som i skrivende stund ikke er endelig, er tilgjengelig på <http://www.konkurransetilsynet.no/no/aktuelt/nyheter/ny-veiledning-for-prosjektsamarbeid/?hl=prosjektsamarbeid>.

Skyldkravet er i loven fastsatt til forsett eller uaktsomhet. Det var gjort gjeldende at siden saken ble vurdert under alternativet konkurransebegrensende "formål" iht. krrl. § 10 første ledd, måtte det kreves at partene hadde hatt til hensikt å begrense konkurransen for å kunne felle for forsettlig overtredelse. (Siden det var på det rene at det minst forelå uaktsom overtredelse, ville graden av skyld bare ha betydning ved utmålingen, jf. nedenfor). Anførselen ble imidlertid avvist, under henvisning til at "hvorvidt det foreligger et konkurransebegrensende formål skal avgjøres ut fra hvilket formål samarbeidet rent objektivt fremmer. Partenes subjektive oppfatning er ikke avgjørende." (Prem. 64). Videre ble det uttalt at

"Når det i en lov som gir hjemmel for illeggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene, kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig." (Prem. 63).

Det ble lagt til grunn at ved overtredelser etter formålsalternativet, er det tilstrekkelig at adferden er "egnet til" å begrense konkurransen. Dette er i tråd med praksis i EU. Poenget er at "certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition." (Sak C-8/08 T-Mobile, [2009] ECR I-4529, prem. 29). Der et konkurransebegrensende formål er etablert etter en konkret vurdering av "the precise purpose of the agreement" (jf. sak 56/65 STM [1966] ECR 235, s. 249), må dette imidlertid holdes opp mot den økonomiske konteksten, dvs. at samarbeidet må være egnet til å begrense konkurransen. I T-Mobile sier Domstolen således om slike tilfeller at "in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market." (Prem. 31).

Siden avgjørelsen refererer seg til en formålsovertredelse, formulerer Høyesterett dermed skyldkravet som følger:

"Det er ingen holdepunkter for at ikke skylden – her som ellers – må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen. I vår sak kan således forsettskravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 for praktiske formål formuleres slik at Gran & Ekran må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med Grunnarbeid på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen." (Prem. 66).

Endelig vurderte Høyesterett utmålingen av overtredelsesgebyr. Som nevnt var dette for Gran & Ekran fastsatt til 2 mill. NOK. Utmålingen av overtredelsesgebyr for konkurranseovertrædelser er harmonisert med de tilsvarende EU- og EØS-regler fastsatt i forordning 1/2003. Det følger av krrl. § 29 andre ledd at de sentrale momentene er foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Utmålingsprinsippene er regulert i forskrift nr. 909 av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, som sist ble endret med virkning fra 1. januar 2012 for å gjenspeile endringer i EU-kommisjonens retningslinjer for bøteutmåling. Gran & Ekran saken ble avgjort etter de gamle reglene.

Høyesterett viste først til bestemmelsen om 10 % av foretakets omsetning, som utgjør den øvre grensen for gebyret. Det ble deretter vist til at gebyret i saken utgjorde 3,47 % av omsetningen, og at

det således lå i nedre sjikt av denne rammen. Deretter konstateres det at overtredelsen er grov, og at det foreligger forsett. Vurderingen avsluttes med en prinsipiell uttalelse om gebyrets preventive virkning:

"Skal overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven ha den ønskede preventive effekt, må reaksjonene være markerte og følbare. Jeg har ikke innvendinger mot Konkurransetilsynets fastsettelse av gebyret til to millioner kroner." (Prem. 88).

Saken bærer bud om en skjerpet kartellhåndhevelse i Norge, og et sanksjonsnivå som beveger seg i retning av EU-retten. Samtidig representerer den et varsko til alle foretak som fra tid til annen er involvert i ulike samarbeidsformer med konkurrenter om enkeltprosjekter. Utveksling av informasjon i forbindelse med underleveranser bør begrenses til et minimum. Samtidig vil man være på den trygge siden dersom det inngis felles bud på prosjekter partene ikke har kapasitet til å gjennomføre på egenhånd.

Erling Hjelmeng