



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2012 avsa Høyesterett dom i

HR-2012-01942-A, (sak nr. 2012/449), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten v/advokat Pål
Wennerås)

mot

Gran & Ekran AS

(advokat Erling Høyte – til prøve)
Rettslig medhjelper:
(advokat Thomas Nordby)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder utmåling av gebyr for ulovlig anbudssamarbeid, jf. konkurranseloven § 29 sammenholdt med § 10.
- (2) Lagmannsrettens beskrivelse av det faktiske hendelsesforløp er i det vesentlige ikke omstridt, og jeg gjengir følgende fra lagmannsrettens dom:

”Grunnarbeid driver i det vesentlige med vei, vann og avløp i Sør-Trøndelag og hadde i 2007 ca 80 ansatte og en omsetning på ca 235 mill kroner. Gran & Ekran driver i det vesentlige med betongarbeider innen bygg og anlegg på Innherred og hadde i 2007 ca 45 ansatte og en omsetning på ca 47 mill kroner.

...

Steinkjer kommune, med konsulentbistand fra Safe Control AS, utlyste i juni 2007 anbudskonkurranse med sikte på å få utført rehabilitering av fem broer - Solnes, Borgan, Støstad, Fløra og Augla. Tilbudsfrist og anbudsåpning ble satt til mandag 13. august 2007. Safe Control AS kontaktet en del entreprenører for å gjøre dem oppmerksom på prosjektet - blant disse Gran & Ekran. Syv interesserte, blant disse Gran & Ekran og Grunnarbeid, etterspurte og fikk tilsendt anbudsgrunnlaget.

Under tilbudsbefering 28. juni 2007 deltok Gran & Ekran og et annet firma. Grunnarbeid hadde tatt feil av datoen og foretok befering alene en annen dag.

De syv firmaene som ble ansett aktuelle fikk tilsendt referat fra tilbudsbeferingen, der det om vekting ved tildeling av oppdrag het: 'pris 55-85 %, kvalitet 5-15 %, drifts- og vedlikeholdskostnader 5-15 %, leveringstid 5-15 %.' Safe Control AS hadde kalkulert kostnadene til i overkant av 3 mill kroner. De to budene som innkom var fra Grunnarbeid og Gran & Ekran og lød på henholdsvis ca 10 mill og ca 11 mill kroner.

Basert på prisene i de to tilbudene utgjorde betongarbeider ca 8 % av de samlede arbeider. Det var for begge selskaper aktuelt å benytte underentreprenør. For Gran & Ekran var dette aktuelt for det alt vesentlige av arbeidene, mens det for Grunnarbeid bare var aktuelt for betongarbeidene. På Augla og Fløra bro skulle det ikke utføres betongarbeider.

De to selskapene kommuniserte med hverandre i dagene forut for inngivelse av tilbud - etter det som er forklart fordi det for hvert av selskapene kunne være aktuelt å benytte det annet selskap som underentreprenør. Grande i Gran & Ekran ga i telefonsamtale med Holten i Grunnarbeid fredag 10. august 2007 opplysning om kalkulerte betongpriser for Borgan og Solnes bro. Holten i Grunnarbeid kalkulerte de øvrige arbeider og sendte disse prisene samme dag til Gran & Ekran som såkalte gab-filer i vedlegg til e-post. Det var kalkulert med 25 % påslag. Vedleggene inneholdt også de tidligere mottatte betongpriser med et påslag på ca 7 %. E-posten lød slik:

'Hei
Oversender filer med priser for bruene i Steinkjer.
NB! Konfidensielt før anbudsåpning er avholdt.

Vi snakkes på tlf på mandag før innlevering. Vi kommer til å skrive noe i følgeskrivet. Kanskje vi skal se litt på vektleggingen som Steinkjer kommune kommer til å utføre på anbyderne før innlevering.'

Gran & Ekrans tilbud til kommunen var basert på de betongpriser som var opplyst til Grunnarbeid, og for øvrig de priser som var mottatt fra Grunnarbeid med et påslag på omkring 10 %. Støstad bro var ikke priset fordi det ble tatt forbehold for denne broen, hvilket var opplyst til Grunnarbeid.

Grunnarbeids tilbud til kommunen var basert på de priser som var oversendt til Gran & Ekran med tillegg av prising av Støstad bro.

Fremdriftsplanene knyttet til de to tilbudene var slik at Gran & Ekran regnet med å bli ferdig én til to uker senere enn Grunnarbeid.

I brev til kommunen 20. august 2007 anbefalte Safe Control AS at det ikke ble inngått avtale med noen av anbyderne. Dette ble begrunnet med 'vesentlig avvik fra normale markedspriser', noe det ble gitt enkelte eksempler på. Kommunen meddelte i brev 12. september 2007 at ingen av anbudene ble antatt.

Det ble i oktober 2007 på vegne av kommunen gitt melding over telefon til Konkurransetilsynet om mistanke om ulovlig anbudssamarbeid.

...

De aktuelle arbeider med broene i Steinkjer ble utført av andre selskaper i 2008/2009. Det er opplyst at samlet anbudssum for de fem broene i neste omgang ble på knapt 4 mill kroner. Det var i mellomtiden foretatt endringer i anbudsbeskrivelsen for tre av broene.”

- (3) Konkurransetilsynet ila 13. juli 2009 selskapene Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS henholdsvis 2 og 5 millioner kroner i gebyr for overtredelse av konkurranse-loven § 29, jf. § 10. Etter Konkurransetilsynets oppfatning hadde selskapene lovstridig samarbeidet ved inngivelse av anbudene til Steinkjer kommune. Tilsynet la også til grunn at partene hadde en felles forståelse av hvem som skulle fremstå med det beste tilbudet til kommunen.
- (4) Konkurransetilsynets vedtak kan ikke påklages, jf. konkurranse-loven § 29 fjerde ledd første punktum, og selskapene reiste søksmål for Sør-Trøndelag tingrett om vedtakets lovlighet og gebyrenes størrelse. Tingretten avsa 2. juni 2010 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Staten ved Konkurransetilsynet frifinnes.**
2. **Grunnarbeid AS og Gran & Ekran AS tilpliktes in solidum å erstatte Staten ved Konkurransetilsynet sakens omkostninger, kr 245 000 – kronertohundreogførtifemtusen – innen 14 – fjorten – dager etter dommens forkynning.”**
- (5) Tingretten kom til at selskapene hadde opptrådt forsettlig, og at Gran & Ekrans tilbud var fremsatt for å bidra til at Grunnarbeids tilbud skulle bli antatt. Retten fant ikke grunnlag for å foreta endringer i overtredelsesgebyrenes størrelse.
- (6) Selskapene anket til Frostating lagmannsrett, som 8. desember 2011 avsa dom med slik domsslutning:
- ”1. **Grunnarbeid AS ilegges overtredelsesgebyr på 500 000 – femhundretusen – kroner.**
2. **Gran & Ekran AS ilegges overtredelsesgebyr på 200 000 – tohundretusen – kroner.**
3. **Saksomkostninger ilegges ikke for tingrett eller lagmannsrett.”**
- (7) Lagmannsretten kom, som tingretten, til at selskapene hadde overtrådt konkurranse-loven § 10, men fant bare bevis for at overtredelsen hadde skjedd uaktsomt. Når overtredelsen ikke hadde skjedd med forsett, mente lagmannsretten at overtredelsesgebyrene måtte reduseres vesentlig.
- (8) Staten ved Konkurransetilsynet har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen for så vidt gjelder utmålingen av gebyrene. Selskapene har ikke anket. Det er derfor ved lagmannsrettens dom endelig avgjort at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt.
- (9) Etter at lagmannsretten hadde avsagt dom, ble det åpnet konkurs i Grunnarbeid AS. Statens anke var derfor rettet både mot selskapet og dets konkursbo. Denne del av saken er senere hevet, og Gran & Ekran er nå eneste ankemotpart.
- (10) Det er for Høyesterett fremlagt noen skriftlige vitneerklæringer. Utover dette står saken – så langt den er påanket – i samme stilling som for lagmannsretten.
- (11) Den ankende part – *staten ved Konkurransetilsynet* – har i det vesentlige gjort gjeldende:

- (12) Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at beviskravet i saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er ”klar sannsynlighetsovervekt”. I samsvar med forarbeidenes klare anvisning er det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Storkammersaken i Rt. 2008 side 1409 gjaldt en mer inngripende sanksjon – tilleggsskatt for enkeltpersoner – og tilsier ikke at beviskravet skjerpes også i vår sakstype. I dommen inntatt i Rt. 2011 side 910 (Tine) ble det bare avgjort at det for ileggelse av overtredelsesgebyr ikke kreves samme høye sannsynlighetsgrad som i straffesaker. Om det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt, står fortsatt åpent etter denne dommen. EU-retten gir ikke grunnlag for å fravike lovgiverens klare forutsetning om at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, snarere tvert imot.
- (13) Lagmannsretten har vurdert skyldgraden feil når den har kommet til at selskapene ikke opptrådte forsettlig. Lagmannsretten har tolket inn et krav om ”konspirasjon” – hensikt – i konkurranseloven § 10 som det ikke er grunnlag for, og har også feilaktig trukket rettsvillfarelse inn i vurderingen. Det foreligger imidlertid bevis for at selskapene ikke bare opptrådte forsettlig, men også med hensikt.
- (14) Lagmannsretten har uansett tillagt skyldgraden for stor vekt ved utmålingen av sanksjonen og har unnlatt å vektlegge andre og viktigere momenter, særlig overtredelsens art.
- (15) Staten har lagt ned slik påstand:
- ”1. Staten v/Konkurransetilsynet frifinnes.”**
- (16) Ankemotparten – *Gran & Ekran AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (17) Det følger av rettspraksis, særlig Rt. 2007 side 1217 (Ospa), Rt. 2008 side 1409 (storkammer) og Rt. 2011 side 910 (Tine) at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt. Dette er også bekreftet i NOU 2012: 7 om mer effektiv konkurranselov.
- (18) Det hefter ingen feil ved lagmannsrettens bevisvurdering, som bygger på umiddelbar bevisførsel.
- (19) Lagmannsretten har riktig konkludert med at det bare forelå uaktsomhet. Konkurranseloven § 10 oppstiller et hensiktskrav, som lagmannsretten korrekt kom til at ikke var oppfylt.
- (20) Skyldgraden har – slik lagmannsretten har lagt til grunn – stor betydning ved fastsettelse av overtredelsesgebyr. Dette er i tråd med alminnelig norsk praksis ved fastsettelse av straff og andre sanksjoner. EU-retten gir intet grunnlag for å fravike dette.
- (21) Selv om det skulle bli lagt til grunn at overtredelsen er skjedd forsettlig, eventuelt med hensikt, taler andre momenter mot et så høyt gebyr som Konkurransetilsynet har fastsatt.
- (22) *Gran & Ekran AS* har lagt ned slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.**
- 2. *Gran og Ekran AS* tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”**

- (23) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (24) Anken gjelder, som nevnt, utmålingen av overtredelsesgebyret. Før jeg tar stilling til dette, finner jeg det hensiktsmessig å omtale sanksjonens lovgrunnlag, vurdere beviskravet og ta stilling til hvilken skyldgrad som kreves.
- (25) *Rettslige utgangspunkter – konkurranseloven §§ 29 og 10*
- (26) I konkurranseloven § 29 første ledd er det blant annet fastsatt at et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket, eller noen som handler på dets vegne, forsettlig eller uaktsomt har overtrådt blant annet § 10. Jeg nevner for fullstendighets skyld at det også kan reageres med straff, jf. § 30. Denne bestemmelsen er ikke anvendt i vår sak.
- (27) Konkurranseloven § 10 om ”konkurransbegrensende avtaler mellom foretak” er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 53, som igjen bygger på EU-bestemmelser. Det fremgår av forarbeidene at harmonisering av norsk rett med EØS- og EU-retten var et sentralt hensyn, og at rettspraksis derfra skal veie tungt ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen, se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 68 og 224.
- (28) Konkurranseloven § 10 har innledningsvis i første ledd denne ordlyd:
- ”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt ...”**
- (29) For at § 10 skal være overtrådt, og dermed gi grunnlag for overtredelsesgebyr, må det altså for det første foreligge et samarbeid mellom uavhengige foretak i form av en avtale, beslutning eller samordnet opptreden.
- (30) Samarbeidet må dernest ha slikt formål eller virkning som angitt; opptreden må – forenklet uttrykt – være konkurransbegrensende. Jeg kommer tilbake til forståelsen av uttrykket ”formål”.
- (31) Det er videre på det rene at det gjelder et tredje, ulovfestet, vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 225 og Evensen og Sæveraas (red.), Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) side 98.
- (32) Domstolene kan prøve alle sider av saken, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd femte punktum og Rt. 2011 side 910 (Tine) avsnitt 51.
- (33) *Gjelder det et skjerpet beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven?*
- (34) Hvilket beviskrav som gjelder drøftes gjerne i tilknytning til om vilkårene for å anvende en sanksjonsbestemmelse er oppfylt, men spørsmålet kan også oppstå når retten ved reaksjonsfastsettelsen må ta stilling til særlig tungtveiende utmålingsmomenter. Jeg nevner til illustrasjon avgjørelsene inntatt i Rt. 1998 side 1945 (kvantum narkotika) og Rt. 2011 side 654 (rolle i narkotikaforbrytelse).

- (35) Etter konkurranseloven § 29 er det som nevnt et vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr at forgåelsen har skjedd ”forsettlig eller uaktsomt”. Det må gjelde det samme beviskrav når retten som grunnlag for sanksjonsfastsettelsen tar stilling til om det foreligger forsett eller bare uaktsomhet, som ved avgjørelsen av om skyldvilkåret er oppfylt. Jeg går derfor ikke inn på om, og i tilfelle når, det for øvrig kan være aktuelt å skjerpe beviskravet for utmålingsmomenter som inngår ved fastsettelsen av administrative sanksjoner.
- (36) Ordlyden i konkurranseloven §§ 29 og 10 gir ingen veiledning om hvilket beviskrav som gjelder, men spørsmålet er behandlet i forarbeidene.
- (37) Konkurranselovutvalget foreslo at beviskravet skulle være ”klar sannsynlighetsovervekt”, jf. NOU 2003: 12, Ny konkurranselov, side 131. Departementet var ikke enig i dette, se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 117 hvor det blant annet anføres at ”[d]et foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke”. Flertallet i stortingskomiteen sluttet seg til dette syn, jf. Innst. O. nr. 50 (2003–2004) side 41.
- (38) Dersom de rettskilder jeg så langt har gjennomgått hadde vært enerådende, ville beviskravet ved overtredelsesgebyr etter konkurranseloven vært alminnelig sannsynlighetsovervekt. 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.
- (39) Hvorvidt uskyldspresumpsjonen i EMK artikkel 6 generelt stiller krav til bevisets styrke for å kunne ilegge en sanksjon som etter denne artikkelen har karakter av straff, kom første gang til prøvelse i Rt. 2007 side 1217 (Ospa). Etter en omfattende drøftelse av det foreliggende rettskildematerialet, med avgjørende vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), ga førstvoterende reservasjonsløst og helt generelt uttrykk for at konklusjonen måtte bli at ”EMK artikkel 6 nr. 2 ikke bare angir at påtalemyndigheten skal ha bevisbyrden, men også stiller krav til bevisets styrke” (avsnitt 63).
- (40) For så vidt gjelder hvilket konkret beviskrav som må stilles, heter det i avsnitt 65:
- ”Avhengig av hvor inngripende en forvaltningssanksjon er, vil kvalifisert sannsynlighetsovervekt etter omstendighetene kunne tilfredsstillende kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Avgjørende må være hva det overordnede krav til rettfærdig rettergang tilsier. Ved denne vurdering må det blant annet tas hensyn til hva en effektiv rettshåndhevelse krever, og hvilke muligheter den anklagede har til å føre motbevis.”**
- (41) Den aktuelle saken gjaldt blant annet tilbakekall av ervervstillatelse på grunn av brudd på fiskerilovgivningen. Av hensyn til effektiv rettshåndhevelse måtte det være tilstrekkelig med ”klar sannsynlighetsovervekt”, men siden slike tilbakekall måtte anses som straff, var det på den annen side ikke akseptabelt å stille lavere krav til bevisene enn dette (avsnitt 66).

- (42) Avgjørelsen er avsagt under dissens idet to dommere kom til at EMK artikkel 6 nr. 2 ikke oppstiller et "operasjonelt beviskrav". Mindretallet fremholdt blant annet at etter ordlyden forutsettes de konkrete beviskrav fastsatt i nasjonal rett, og at det ikke forelå noen avgjørelser fra EMD som setter til side et særskilt beviskrav oppstilt i nasjonal rett.
- (43) I storkammersaken inntatt i Rt. 2008 side 1409 kom spørsmålet om beviskrav ved administrative sanksjoner opp på ny, denne gang i tilknytning til ileggelse av ordinær tilleggsatt etter ligningsloven § 10-2 første ledd. Etter først å ha konkludert med at interne norske rettskilder her måtte lede til krav om klar sannsynlighetsovervekt, drøftet førstvoterende generelt hvilket beviskrav som følger av uskyldspresumpsjonen i EMK artikkel 6. På dette punkt målbar førstvoterende oppfatningene til et flertall på seks dommere.
- (44) Flertallet tok utgangspunkt i forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 og slo fast at det bak bestemmelsen ligger "en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetene i norsk rett". Det vises videre til de grunnleggende tolkingsprinsippene for anvendelse av forrangsbestemmelsen som er trukket opp i plenumsavgjørelsene i Rt. 2000 side 996, Rt. 2002 side 557, Rt. 2003 side 359 og Rt. 2005 side 833.
- (45) Flertallet i storkammeret sluttet seg i vid utstrekning til flertallets drøftelse i Rt. 2007 side 1217, og til den konklusjon som der ble trukket "på grunnlag av en generell drøftelse av EMK artikkel 6 nr. 2", se avsnitt 77. Storkammerets flertall la – som flertallet i avgjørelsen fra 2007 – avgjørende vekt på at EMD i en lang rekke avgjørelser hadde forstått artikkel 6 nr. 2 slik at bestemmelsen oppstiller et beviskrav. Flertallet sluttet seg også til uttalelsen jeg tidligere har gjengitt fra avsnitt 65 i Ospa-saken om hva som er styrende for hvor kvalifiserte krav det må stilles til bevisets styrke. I en sak om ileggelse av tilleggsatt måtte det etter flertallets syn være tilstrekkelig med det krav til klar sannsynlighetsovervekt som fulgte av de interne norske rettskildene.
- (46) Også mindretallet – som for så vidt gjaldt spørsmålet om et skjerpet beviskrav fulgte av EMK artikkel 6 nr. 2, besto av fem dommere – foretok en omfattende gjennomgang av rettskildematerialet. Argumentasjonen følger de samme linjer som hos mindretallet i Rt. 2007 side 1217, men er utdypet og forsterket. Mindretallet fremhever at selv om det skulle legges til grunn at det som utgangspunkt følger et kvalifisert beviskrav av artikkel 6 nr. 2, må dette vurderes konkret for hver enkelt sakstype slik at det kan "være grunnlag for å godta alminnelig sannsynlighetsovervekt innenfor et rettsområde der statene som utgangspunkt har stort handlingsrom, og der effektivitetshensynene veier tungt" (avsnitt 218).
- (47) Jeg nevner også avgjørelsen inntatt i Rt. 2011 side 910 (Tine). Dommen er avsagt under dissens (3-2), men uenigheten gjelder andre forhold enn beviskravet. I avsnitt 48 heter det om dette:

"På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling 'tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis'. Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Dette er i samsvar med det krav til bevis som Høyesteretts flertall i storkammerdommen i Rt. 2008 side 1409 stilte for å ilegge ordinær tilleggsatt, som også er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Jeg kan ikke se at det for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kan derfor, ved avgjørelsen av saken,

bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist.”

- (48) Staten har anført at det i Tine-dommen ikke tas stilling til om det i alminnelighet gjelder et høyere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Jeg er enig i det. Men det var heller ingen foranledning til å ta opp denne generelle problemstillingen på ny siden spørsmålet allerede var avgjort i storkammerdommen fra 2008.
- (49) Staten har videre anført at en konkret vurdering av det aktuelle rettsområde, til tross for de dommene jeg har gjennomgått, kan lede til at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Til støtte for dette syn er det – i tillegg til forarbeidsuttalelsene – fremhevet at det i de tidligere sakene var tale om mer inngripende sanksjoner, og at Tine-dommen ikke avklarer beviskravet i saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.
- (50) Dette er jeg ikke enig i. 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.
- (51) 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.
- (52) Etter mitt syn er Tine-dommen godt i samsvar med, og bekrefter, den tidligere rettspraksis. Sentralt for min forståelse av dommen er at det – etter min oppfatning – allerede var klarlagt at alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke er tilstrekkelig, og at det gjestående spørsmål derfor bare var om beviskravet måtte kvalifiseres *utover* klar sannsynlighetsovervekt. Dette avvises, og jeg leser Tine-dommen slik at det legges til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, verken mer eller mindre. Slik er dommen også forstått i NOU 2012: 7, Mer effektiv konkurranselov, side 69.
- (53) Staten har videre gjort gjeldende at EU-rettens beviskrav må antas å være i samsvar med EMK, og at EUs konkurranseretts viser at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig for ileggelse av sanksjon på dette rettsområdet. Det er imidlertid ikke pekt på noen avgjørelse hvor EU-domstolen eksplisitt har drøftet beviskravet i sin alminnelighet. På bakgrunn av prosedyren finner jeg likevel grunn til å gå noe nærmere inn på de sentrale avgjørelsene som er påberopt fra statens side.
- (54) I EU-domstolens dom 31. mars 1993 i forenede saker C-89/85 flg. A. Ahlström Osakeyhtiö mfl. heter det i avsnitt 70 at siden det i saken ikke forelå dokumenter som ”directly establish the existence of concertation”, måtte det vurderes om en nærmere angitt parallell atferd ”constitute a firm, precise and consistent body of evidence of prior concertation”. Lignende formuleringer er brukt i senere dommer, se blant annet EU-domstolens dom 1. juli 2010 i saken C-407/08 P Knauf Gips KG, avsnitt 47.
- (55) I EU-domstolens dom 7. januar 2004 i forenede saker C-204/00 P flg. Aalborg Portland A/S mfl. utviklet domstolen det som senere har blitt omtalt som ”Aalborgdoktrinen”, se

særlig avsnitt 55 – 57. Det fremheves her blant annet at konkurransebegrensende samarbeid gjerne skjer skjult, at møter holdes i hemmelighet og at dokumentasjonen er redusert til et minimum og normalt er fragmentarisk. Det heter videre i avsnitt 57:

”In most cases, the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules.”

- (56) Det EU-domstolen gir uttrykk for, stemmer godt med tradisjonell norsk bevisbedømmelse. Men jeg kan ikke se at det her, eller i EU-domstolens praksis for øvrig, sies noe avgjørende om hvilke krav som skal stilles til bevisenes styrke.
- (57) Etter det jeg kan se, er det i de fremlagte dommene fra EU-domstolen særlig spørsmål om beviskvalitet, og hvilke typer bevis som kan være aktuelle og akseptable i nærmere angitte faktiske situasjoner hvor bevissituasjonen kan være vanskelig. Det er i enkelte avgjørelser fremhevet at bevisene da skal være ”firm”, ”precise” og ”consistent”, og det er – i fravær av en plausibel forklaring – anledning til å trekke slutninger fra ”coincidences and indicia”.
- (58) Jeg er enig med staten i at det av EU-domstolens praksis neppe kan utledes et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Men jeg har på den annen side vanskelig for å se at denne praksis kan gi særlig støtte til at alminnelig sannsynlighetsovervekt skulle være tilstrekkelig.
- (59) Jeg er ikke kjent med at det har skjedd noen utvikling etter storkammerdommen – gjennom nyere avgjørelser fra EMD – som kan føre til at det likevel ikke er riktig å tolke et skjerpet beviskrav inn i EMK artikkel 6 nr. 2. Dette er heller ikke anført av noen av partene. Praksis fra EU-domstolen kaster som nevnt, etter mitt syn, ikke lys over spørsmålet. Jeg legger altså til grunn at for så vidt gjelder forståelsen av EMK, er rettskildebildet i dag i hovedsak det samme som det som dannet grunnlag for dommen i storkammersaken. For meg blir dette avgjørende også for vår sak.
- (60) Jeg konkluderer etter dette med at det for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 kreves klar sannsynlighetsovervekt. Det samme beviskravet gjelder ved vurdering av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjonen.
- (61) *Nærmere om skyldkravet*
- (62) I lagmannsrettens dom heter det at retten ikke fant ”tilstrekkelig bevismessig grunnlag for en slik forsettlig konspirasjon mellom de to selskaper som er omtalt i Konkurransetilsynets vedtak”. Lagmannsretten vurderer også om de to selskapene hadde ”til hensikt å føre kommunen bak lyset”. Gran & Ekran har i tråd med dette gjort gjeldende at for å konstatere forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 10, kreves at foretaket har opptrådt med hensikt. I vår sak får dette i tilfelle bare betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret siden det er rettskraftig avgjort at selskapet i alle fall uaktsomt har overtrådt bestemmelsen. Jeg finner det likevel hensiktsmessig å behandle det generelle spørsmålet om skyldkrav særskilt før jeg går inn på sanksjonsfastsettelsen. Hvilken skyldgrad som foreligger i vår sak, og hvilken vekt det skal ha, kommer jeg tilbake til ved den konkrete utmåling av overtredelsesgebyret.

- (63) Etter § 29 er skyldkravet, som allerede nevnt, ”forsett eller uaktsomhet”. Når det i en lov som gir hjemmel for ileggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene, kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig.
- (64) Det eneste som kunne lede tanken i retning av den kvalifiserte skyldformen hensikt, er at det i § 10 er brukt uttrykket ”formål”. Etter EU-retten er det imidlertid på det rene at hvorvidt det foreligger et konkurransebegrensende formål skal avgjøres ut fra hvilket formål samarbeidet rent objektivt fremmer. Partenes subjektive oppfatning er ikke avgjørende. Jeg nøyer meg med å vise til EU-domstolens avgjørelse 4. juni 2009 i saken C-8/08 T-Mobile Netherlands BV mfl, avsnitt 27 flg., se særlig avsnitt 31 hvor domstolen fremhever at det er tilstrekkelig at samarbeidet har ”the potential to have a negative impact on competition”. EU-retten er her styrende for tolkingen, jf. det jeg tidligere har sagt om bakgrunnen for bestemmelsen og betydningen av rettspraksis fra EU- og EØS-retten. Bestemmelsen er da også blitt oppfattet på denne måten i norsk teori, se Kolstad mfl., Norsk konkurransereett Bind I (2007) side 271 og Evensen og Sæveraas (red.), Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) side 132.
- (65) Oppsummeringsvis er kravet at samarbeidet *er egnet til* å være konkurransebegrensende. Hva som var partenes mål, ønsker eller hensikt med samarbeidet er ikke avgjørende.
- (66) 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.
- (67) Ofte kan det være vanskelig å bevise hva den som har handlet på et foretaks vegne, har tenkt eller forstått. Men, her som ellers ved forsettsvurderingen, må en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med ”anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger”, jf. Rt. 1974 side 382 (Lillehammersaken) på side 385 og senere rettspraksis. Som jeg kommer tilbake til, er den utstrakte informasjonsutvekslingen mellom selskapene en slik ytre omstendighet som i vår sak kaster lys over forsetts spørsmålet.
- (68) Lagmannsretten uttaler at de personene som handlet på vegne av selskapene, ”trodde at det var legitimt å utveksle omfattende opplysninger om priser”. Skulle dette ha noen betydning, måtte det foreligge unnskyldelig rettsvillfarelse. Dette er imidlertid ikke påberopt for Høyesterett. Jeg finner det for øvrig klart at det ikke foreligger straffriende rettsvillfarelse.
- (69) *Utmåling av overtredelsesgebyret*
- (70) Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelse av gebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet og eventuell lempning. Bestemmelsen suppleres av forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 nr. 909. I forskriftens § 3 annet ledd er det angitt en rekke forhold som det særlig *skal* tas hensyn til ved vurdering av overtredelsens grovhet. I tredje ledd angis momenter som *kan* påvirke utmålingen.

- (71) Før jeg ser på de relevante utmålingsmomentene i vår sak, nevner jeg at hensynet til *harmonisering med EU-retten* fremheves også i forarbeidene til utmålingsregelen i konkurranseloven § 29. Det heter om dette i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 241:
- ”Departementet er av den oppfatning at utmålingen av overtredelsesgebyrer så langt som mulig bør harmoniseres med det som følger av EU/EØS-reglene. Dette er også ment sikret gjennom bestemmelsen i sjette ledd om at Kongen kan gi nærmere regler om beregningen av overtredelsesgebyr. Dette skal imidlertid ikke være til hinder for at det i retningslinjene kan gjøres særtilpasninger for utmålingen etter den norske loven.”**
- (72) Dette ble fulgt opp ved behandlingen i Stortinget, jf. Innst. O. nr. 50 (2003–2004) side 41, hvor komiteen ga uttrykk for at den støtter forslaget om ”en harmonisering med bøtenivået for brudd på EU/EØS-reglene”.
- (73) Departementet har også utformet merknader til de enkelte bestemmelsene i forskriften hvor det fremgår at ved utarbeidelse av forskriftens § 3 har en blant annet sett hen til Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter fra 1998. Jeg nevner for ordens skyld at Kommisjonens endrede retningslinjer fra 2006 ble innarbeidet i forskriften ved en endring av § 3 i 2011. Endringene har ikke betydning for vår sak.
- (74) Saken gjelder ulovlig samarbeid mellom norske foretak, uten elementer av samhandel mellom EØS-stater, og jeg tar som utgangspunkt at den tilsiktede harmonisering med EU- og EØS-retten er ivaretatt gjennom utformingen av det norske regelverket.
- (75) Jeg går så over til de utmålingsmomentene som har betydning i vårt tilfelle.
- (76) Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd skal det, som nevnt, legges særlig vekt på *foretakets omsetning*. Etter forskriftens § 2 kan Konkurransetilsynet ved overtredelse av konkurranseloven § 10 ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning. Det utmålte gebyret på 2 millioner kroner utgjør 3,47 prosent av omsetningen og er således i nedre del av rammen. Det er ikke reist innvendinger mot tallgrunlaget eller beregningsmåten.
- (77) Ved vurderingen av *overtredelsens grovhet* fremhever jeg innledningsvis at etter forskriftens § 3 annet ledd bokstav a skal det for det første tas hensyn til dens *art*. I merknadene til forskriften heter det at ”overtredelsens art vil ha stor betydning for størrelsen på gebyret”. Dette samsvarer godt med praksis etter EU-retten.
- (78) Etter mitt syn blir det dominerende moment ved utmålingen at de to selskaperes samordning fullstendig undergravde det sentrale formål ved tradisjonell anbudsutlysning; mest mulig effektiv konkurranse. Ulovlig anbudssamarbeid er generelt meget uheldig og kan ha betydelige og vidtrekkende skadevirkninger. Konkret medførte samarbeidet fare for at Steinkjer kommune ble forledet til å betale en vesentlig for høy pris for arbeidet.
- (79) Forskriftens § 3 annet ledd bokstav b – d fastsetter videre at det skal tas hensyn til *faktisk innvirkning på markedet, markedets størrelse og foretakets gevinst*. I vår sak kan jeg vanskelig legge noen vekt på at konkurransen rent faktisk ikke ble begrenset, og at foretakene ikke fikk noen gevinst av sitt ulovlige samarbeid. Årsaken var jo at det ulovlige samarbeidet ble avslørt. Markedet var ikke særlig stort, men dette momentet må etter mitt skjønn tre noe i bakgrunnen når overtredelsen er så alvorlig som i dette tilfellet.

- (80) Endelig skal det etter § 3 annet ledd bokstav e tas hensyn til *utvist skyld*, og det fremheves i merknadene til forskriften at dette generelt har stor betydning ved sanksjonsfastsettelsen. Det kan imidlertid se ut til at skylden tillegges begrenset vekt i EU-retten, mens det i norsk teori er noe ulike oppfatninger om betydningen av skyldgraden, se Kolstad mfl., Norsk konkurranserett, Bind II (2006), side 52 og Evensen og Sæveraas (red.), Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer (2009) side 753.
- (81) Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på det generelle spørsmålet om vekten av utvist skyld utover å konstatere at forskriftens bestemmelse om at det *skal tas hensyn* til skyldgraden ikke kan settes til side. I den samlede vurdering vil skyldgraden således alltid måtte tas i betraktning. Men momentets vekt vil kunne variere etter omstendighetene og – som i vår sak – overskygges av lovbruddets objektive grovhet. Jeg føyer til at dersom det foreligger bevis for at konkurranseloven § 10 er overtrådt, vil det formentlig ikke sjelden være nokså enkelt å konstatere at overtredelsen har skjedd forsettlig, jf. det jeg tidligere har sagt om hva forsettskravet innebærer. Det er også opplyst at det er få eksempler både fra EU-retten og i Konkurransetilsynets praksis på at det er lagt til grunn rent uaktsom overtredelse. Spørsmålet har derfor kanskje begrenset praktisk betydning.
- (82) Med en riktig forståelse av forsettskravet og hva skylden må dekke, er det etter mitt skjønn ikke vanskelig å konstatere at *Gran & Ekran opptrådte forsettlig*.
- (83) Det følger av det jeg har sitert fra 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.
- (84) Allerede disse ytre konstaterbare faktiske forhold gir trygt grunnlag for å slutte at forsettskravet er oppfylt. Partene var seg selv sagt bevisst at de samarbeidet, og det er ingen tvil om at Gran & Ekran var klar over at samordningen var egnet til å begrense konkurransen merkbart. Dette må få betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyret.
- (85) Staten har fremholdt at Gran & Ekran ikke bare har opptrådt forsettlig, men også med hensikt. Det er jeg enig i, og jeg kan også her slutte meg til tingretten som fremhever at Gran & Ekran var klar over at deres tilbud på alle vesentlige punkter var dårligere enn Grunnarbeids tilbud, og at beveggrunnen for at Gran & Ekran likevel deltok i anbudskonkurransen var at Grunnarbeid skulle få kontrakten. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Det må uansett få begrenset vekt ved reaksjonsfastsettelsen at partene ikke bare var klar over at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen, men at dette også var deres hensikt.
- (86) *Overtredelsens varighet* skal også trekkes inn i vurderingen, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd. I vår sak dreier det seg om et enkeltstående tilfelle av ulovlig anbudssamarbeid, noe som gjør forholdet mindre graverende enn om selskapene hadde samarbeidet over tid og ved flere anbudskonkurranser.

- (87) De øvrige momentene som er nevnt i § 3 i utmålingsforskriften, finner jeg ikke grunn til å gå inn på.
- (88) 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.
- (89) Anken må etter dette tas til følge.
- (90) Staten har ikke krevd sakskostnader for noen instans
- (91) Jeg stemmer for denne

D O M :

Staten ved Konkurransetilsynet frifinnes.

- (92) Dommer **Endresen**: Jeg er for så vidt angår avgjørelsen av ankesaken i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (93) For så vidt angår hvilket beviskrav som gjelder for ileggelse av gebyr i medhold av konkurranseloven § 10 jfr. § 29, har jeg et noe annet syn enn ham.
- (94) Førstvoterende har redegjort for avgjørelsene i Rt. 2007 side 1217 og storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 side 1409. Jeg er enig i at avgjørelsen fra 2007 bygger på at det av EMK artikkel 6 nr. 2 følger et kvalifisert beviskrav for alle forvaltningsreaksjoner som etter EMK anses som straff. Det er ikke like klart at også storkammeravgjørelsen må forstås slik. I avsnitt 103 understrekes det at de administrative reaksjoner som må anses som straff etter EMK, er av svært ulik karakter. Førstvoterende viser til at det dels dreier seg om "bagatell- og/eller masseovertredelser", og legger til grunn at EMD har akseptert "nasjonale lovregler som stiller opp presumsjoner og/eller snur bevisbyrden, såfremt den nasjonale reguleringen samlet sett ikke krenker kravet om rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen". I avsnitt 104 i dommen konkluderer førstvoterende så slik:
- "Jeg er derfor enig med førstvoterende i Rt. 2007 side 1217 når han i avsnitt 65 peker på at kravet til bevisets styrke etter EMK vil avhenge blant annet av hvor inngripende forvaltningssanksjonen er, behovet for effektiv rettshåndhevelse og den siktedes muligheter til å føre motbevis."**
- (95) Det vil fremgå at flertallet i storkammeravgjørelsen, i hvert fall ikke eksplisitt, gir sin tilslutning til den underliggende forutsetning i 2007-avgjørelsen om at det alltid vil kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Det er likevel ikke en urimelig tolkning når førstvoterende finner at også storkammeravgjørelsen bygger på et helt generelt krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt i disse tilfellene.
- (96) Jeg kan under ingen omstendighet legge til grunn at flertallet ved denne avgjørelsen har ment en bloc å sette til side alle norske lover som forutsetter bruk av det sivilrettslige beviskrav ved forvaltningsrettslige sanksjoner som må anses som straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Høyesterett må prinsipielt sett foreta en selvstendig vurdering når spørsmålet aktualiseres for et nytt rettsområde. Det er vel slik at

de to høyesterettsdommene normalt vil måtte anses avgjørende ved en slik prøving, men det må vurderes om særlige omstendigheter innenfor det aktuelle rettsfelt kan føre til et annet resultat.

- (97) Det er etter mitt syn helt utvilsomt at den norske konkurranseloven ikke stiller noe krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Dette er entydig avklart ved forarbeidenes eksplisitte uttalelser, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), side 117:

"Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at det må kreves sterk sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. Etter departementet vurdering bør ikke denne avveiningen vektet skjevt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne. Overtredelse av konkurranseloven innebærer at en eller flere næringsdrivende beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning. Behovet for å fravike alminnelige sivilprosessrettslige bevisregler avhenger av om en, slik som i straffeprosessretten, vurderer en feilaktig dom i den påståtte overtredersens disfavør som verre enn en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør. I forhold til en slik fleksibel sanksjon som overtredelsesgebyr er ment å være, ser departementet ingen grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak."

- (98) Spørsmålet i saken er om loven må settes til side for så vidt den bygger på at det skal anvendes et sivilrettslig beviskrav.
- (99) Jeg kan ikke se at Høyesterett foretok den nødvendige avklaring i Rt. 2011 side 910 (Tine) avsnitt 48, selv om uttalelsen der umiddelbart kan synes å ha avgjort at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet var ikke prosedert for Høyesterett, og det var klart tilstrekkelig for Høyesterett å konstatere at lagmannsretten ikke hadde stillet for svake krav til bevisene. Noen drøftelse av spørsmålet er det derfor ikke i Høyesteretts dom. Hertil kommer at det ikke er klart at Høyesterett bygger på en riktig forståelse av hvilket beviskrav lagmannsretten hadde anvendt. Førstvoterende uttaler om dette (avsnitt 48):

"På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling 'tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis'. Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt."

- (100) Det lagmannsretten (Borgarting lagmannsrett, dom 7. september 2010 i sak LB-2009-89085) skriver om dette er:

"Lagmannsretten finner etter en samlet vurdering at det riktige må være å bygge på det beviskravet som i dag praktiseres i europeisk konkurranserett og som formodes å være i overensstemmelse med EMK. Det innebærer at det etter lagmannsrettens oppfatning må fremskaffes en samling 'tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis' for at en overtredelse har funnet sted. Bevisene undergis deretter en vurdering i tråd med de prinsippene som er skissert i Kolstad mfl. Norsk konkurranserett, bind II (2006) side 156. Et slikt beviskrav vil være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt."

- (101) Det kan være rom for ulike nyanser i synet på hvilket beviskrav som følger av EU-retten, men det er etter mitt syn på det rene at det er tale om et sivilrettslig krav, med den fleksibilitet som da følger av at beviskravet i noen grad må tilpasses hva som er bevisetema og i hvilken sammenheng dette skal gjøres. Førstvoterende gir i sitt votum uttrykk for at "dommene fra EU-domstolen særlig [gjelder] spørsmål om beviskvalitet, og hvilke typer bevis som kan være aktuelle og akseptable i nærmere angitte faktiske situasjoner hvor bevissituasjonen kan være vanskelig". Jeg er enig i dette, og etter mitt syn er det i denne sammenheng domstolen viser til "firm, precise and consistent evidence". I motsetning til førstvoterende, finner jeg imidlertid at avgjørelser fra EU-domstolen også gir grunnlag for å slutte at det ikke på dette området gjelder et krav om klar bevisovervekt. I EU-domstolens avgjørelse 1. juli 2010, i sak C-407/08 P Knauf, vises det til beviskravet og bevissituasjonen sammenfattes så, i tråd med tidligere avgjørelser, slik i avsnitt 49:

"As the Court has already held, since the prohibition on participating in anti-competitive practices and agreements and the penalties which infringers may incur are well known, it is normal that the activities which those practices and agreements involve take place in a clandestine fashion, for meetings to be held in secret, frequently in a non-member country, and for the associated documentation to be reduced to a minimum. Even if the Commission discovers evidence explicitly showing unlawful contact between traders, such as the minutes of a meeting, it will normally be only fragmentary and sparse, so that it is often necessary to reconstitute certain details by deduction. In most cases, the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules (see, to that effect, *Aalborg Portland and Others v Commission*, paragraphs 55 to 57)."

- (102) I praksis er dette forstått slik at det gjelder et alminnelig sivilrettslig krav om overvekt av bevis. I sak C-105/04 P FEG, er dette i generaladvokatens redegjørelse sammenfattet slik:

"74. Therefore, if in its decision the Commission draws conclusions as to the conditions prevailing in a particular market on the basis of objectively verifiable evidence from stated sources, the undertakings concerned cannot refute the Commission's findings simply by unsubstantiatedly disputing them. Rather, it falls to them to show in detail why the information used by the Commission is inaccurate, why it has no probative value, if that is the case, or why the conclusions drawn by the Commission are unsound. This requirement does not represent the reversal of the burden of proof assumed by the FEG but the normal operation of the respective burdens of adducing evidence."

- (103) Den ankende part gjorde i ankesaken ikke gjeldende at dette var uttrykk for et uriktig beviskrav.

- (104) I sak C-510/06 P uttrykte generaladvokaten det samme på en noe annen måte:

"144. In my view, the use of the term 'burden of proof' here is inadequate and misleading. That is because this is actually, first of all, a question of the procedural requirements of the burden of pleading facts and substantiating them. What is meant is the respective responsibility of each of the parties to proceedings to substantiate any facts which it may adduce in support of its particular view of the situation. Each party must first plead or give a convincing account of the facts favourable to it, the one party's account of the facts setting the standard for the other party's counter-submissions. 145. More precisely, that means that a substantiated submission by the Commission can be overturned only by an at least equally substantiated submission by the other party or parties. The rules governing the burden of proof are only applicable at all where both parties provide sound, conclusive arguments and reach different conclusions. (97)"

- (105) Heller ikke i denne saken ble det gjort gjeldende at generaladvokatens utlegning av beviskravet var uriktig.
- (106) Det følger videre av praksis ved det engelske Competition Appeal Tribunal at det å anvende et sivilrettslig beviskrav i konkurransesaker anses å være forenlig med EMK og praksis fra EU-domstolen, jf. sak 1021 og 1022/1/1/03, JJB Sports PLC og sak 1061/1/1/06 Makers UK LIMITED. I begge avgjørelser vises det til Aalborg Portland avgjørelsen. I den førstnevnte avgjørelsen heter det i avsnitt 196 :
- "In our judgement the applicable standard of proof in a case such as the present is the civil standard of proof- i.e. the infringement must be established on a preponderance of probabilities. The Tribunal must be satisfied that it is more probable than not."**
- (107) Det fremgår forøvrig at bevisene må være tilstrekkelige til å overkomme uskyldspresumsjonen, og om den konkrete bevisvurdering heter det i avsnitt 206:
- "As regards price fixing cases under the Chapter I prohibition, the Tribunal pointed out in *Claymore Dairies* that cartels are by their nature hidden and secret; little or nothing may be committed to writing. In our view even a single item of evidence, or wholly circumstantial evidence, depending on the particular context and the particular circumstances, may be sufficient to meet the required standard: see *Claymore Dairies* at [3] to [10]. See also, for example, the opinion of Judge Vesterdorf, acting as Advocate General, in *Rhône-Poulenc v Commission* [1991] ECR-II at p. 867; and *Cimenteries*, cited above, at paragraphs 1838 to 1839. As the Court of Justice said in Cases 204/00P etc. *Aalborg Portland v Commission*, judgment of 17 January 2004, not yet reported, at paragraphs 55 to 57.."**
- (108) I avsnitt 191 i avgjørelsen vises det til at reaksjonen må anses som straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 6, og at det følgelig gjelder en uskyldspresumsjon, men det legges ikke til grunn at dette leder til et skjerpet beviskrav.
- (109) Ikke noe av det jeg har gjengitt fra avgjørelser ved EU-domstolen eller fra engelsk rett utelukker at Den europeiske menneskerettsdomstolen kan komme til et annet resultat med hensyn til hvilket beviskrav, om noe, som på det aktuelle rettsfeltet følger av EMK artikkel 6. Basert på en presumsjon om at EU-retten tilfredsstiller de krav som følger av EMK, kan jeg likevel ikke se at det fremstår som nærliggende at EMD vil oppstille et kvalifisert beviskrav. Ved denne vurderingen legger jeg også vekt på at det gjelder et spørsmål som etter omstendighetene kan ha dramatiske konsekvenser for berørte selskaper, uten at noen har funnet grunn til å prøve det beviskrav som praktiseres i EU-området for EMD. Det er da etter mitt syn ikke grunnlag for å sette til side den løsning lovgiver har valgt for norsk rett.
- (110) Dommer **Noer**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, men for så vidt gjelder spørsmålet om beviskravet er jeg i hovedsak enig i de synspunkter som annenvoterende, dommer Endresen, gir uttrykk for. Heller ikke jeg forstår storkammeravgjørelsen slik at den legger til grunn at EMK – helt generelt – krever klar sannsynlighetsovervekt for å kunne ilegge forvaltnings sanksjoner som regnes som straff etter artikkel 6. På bakgrunn av Høyesteretts uttalelse i Tine-dommen, og ut fra at det ikke har skjedd noen endringer i rettskildebildet etter at denne dommen ble avsagt, har jeg imidlertid kommet til at det for ileggelse av gebyr etter konkurranseloven må kreves klar sannsynlighetsovervekt.

- (111) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Kallerud.
- (112) Dommer **Øie:** Likeså.
- (113) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Staten ved Konkurransetilsynet frifinnes.

Riktig utskrift bekreftes: