

TILTAK MOT KONKUR- RANSEKRIMINALITET

Av Eivind Sæveraas,
advokat,
Thommessen Krefting
Greve Lund AS

Konkurransedirektør Knut Eggum Johansen argumenterer i Horisont nr. 2/2007 for skjerpet kontroll med konkurransekriminalitet. Et av tiltakene som foreslås er å utelukke foretak som har vært involvert i lovbrudd fra offentlige anbud. Konkurransedirektøren skriver:

«Virksomheter som har vært involvert i lovbrudd, bør etter min mening utelukkes fra offentlige anbud. Innføres en strengere praksis, vil terskelen for å begå lovbrudd økes betydelig. Forslaget reiser rettsikkerhetsmessige spørsmål, men jeg mener at det fortjener en nærmere utredning.»

Jeg er enig i at forslaget reiser rettsikkerhetsmessige spørsmål. Dette inkluderer blant annet spørsmål om dobbeltstraff og spørsmål knyttet til om en oppgjort straff skal ha betydning for fremtidig atferd. Forslaget bør imidlertid kunne gravlegges uten nærmere utredning allerede av andre, mer pragmatiske årsaker.



Foto: ct-wesenberg/kolonihaven.no

Konkurransedirektør Knut Eggum Johansen argumenterer i Horisont nr. 2/2007 for skjerpet kontroll med konkurransekriminalitet.



Foto: Konkurransetilsynet

Det kan først være grunn til å peke på at det i dag ikke foreligger noen anskaffelsesrettslig *plikt* til å avvise tilbud i slike tilfeller. Etter forskriften om offentlige anskaffelser skal oppdragsgiver avvise leverandører som er rettskraftig dømt for blant annet korrupsjon eller bedrageri, men altså ikke konkurransekriminalitet. Det følger videre av forskriften at oppdragsgiver har en rett til å avvise leverandører som ved «rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel». Det må antas at denne bestemmelsen gir en viss adgang til å

avvise tilbud fra leverandører som er dømt for brudd på konkurranseloven, selv om retten nok må utøves skjønnstomt og med forsiktighet på bakgrunn av blant annet prinsipper om likebehandling og krav til forholdsmessighet mellom mål og middel.

På bakgrunn av dette tolker jeg konkurransedirektørens forslag dit hen at han ønsker å utvide avvisningsplikten til også å omfatte konkurransekriminalitet. Det skal bemerkes at anskaffelsesreglene nylig ble revidert i både EU og Norge, uten at dette var et tema.

Generelt vil det være en betydelig risiko for at en slik plikt vil innebære en svært streng og unyansert sanksjon. Brudd på konkurranseloven forekommer i ulike former og med ulik grad av alvorlighet. Mens konkurranselovens sanksjonsregler åpner for et register av ulike sanksjoner tilpasset den enkelte overtredelse, åpner dette forslaget for en tidvis drakonisk sanksjon uten mulighet for å nyansere, som vil kunne ramme hardere enn konkurranselovens maksimale bøtestraff.

Jeg antar at forslaget tar sikte på de mest alvorlige formene for konkurransekriminalitet, det vil si såkalt kartellvirksomhet. Allerede her vil man imidlertid fort støte på problemer. Noen klar definisjon av kartellvirksomhet finnes ikke, og en rekke former for samarbeid mellom konkurrenter vil nok kunne være ulovlig, selv om det ikke synes naturlig å definere det som kartellvirksomhet. Et eksempel kan være Konkurransetilsynets vedtak V2007-9, hvor tilsynet påla Tide Reiser AS og Veolia Transport Sør AS å avvikle samarbeidet om ekspressbussruten Kystbussen. Bakgrunnen for vedtaket var at samarbeidet, etter Konkurransetilsynets oppfatning, var i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10. Noe overtredelsesgebyr ble (fornuftig nok) ikke ilagt, idet tilsynet fant at dette ville være uforholdsmessig.

Tilsvarende ville det etter min oppfatning også vært uforholdsmessig om de to selskapene i etterkant av den saken skulle vært utelukket fra å delta i konkurransen om offentlige anbud.

Lignende eksempler kan tenkes innenfor en rekke områder, for eksempel i tilknytning til arbeidsfelleskap (felles anbud) innenfor bygg- og anleggsbransjen, som noe unyansert er lovlig dersom det er praktisk eller økonomisk umulig for partene til å legge inn separate anbud. Dette er en skjønnsmessig vurdering og kriteriene for vurdering av slik umulighet er nokså uklare. Selv om det foreløpig ikke finnes relevant praksis, virker det ikke usannsynlig at Konkurransetilsynet i en konkret sak vil kunne komme til at forbudet er overtrådt, men likevel velge ikke å ilegge gebyr på grunn av denne usikkerheten. Skal selskapene da være utelukket fra offentlige anbud? Skal det for det spørsmålet ha betydning hvilken reaksjon Konkurransetilsynet har valgt? Hvor lenge skal man eventuelt være utelukket fra å konkurrere? Skal vedkommende foretak være utelukket fra all typer offentlige oppdrag eller bare oppdrag av samme type som lovbruddet omfatter? Hvis det aktuelle foretaket er del av et større konsern, skal hele konsernet være utelukket fra å konkurrere om offentlige oppdrag eller bare den aktuelle enheten? Hva

Felles anbud innenfor bygg- og anleggsbransjen, som noe unyansert er lovlig dersom det er praktisk eller økonomisk umulig for partene til å legge inn separate anbud.



Foto: Olav Heggø

hvis selskapet har gjort endringer i organisering og ledelse? Hva hvis den berørte virksomheten har fått ny eier?

Ovenstående er noen av de praktiske spørsmålene som konkurransedirektørens forslag reiser. Ingen av disse problemene synes imidlertid *uoverstigelige*. Det vil nok for eksempel være mulig å definere nærmere hva slags atferd som eventuelt skal kvalifisere for utelukkelse og under hvilke forutsetninger, selv om enhver slik definisjon nødvendigvis vil reise mange uklare spørsmål og medføre vanskelige grensetilfeller. Derimot vil jeg fremheve tre andre sider ved forslaget, som etter min vurdering representerer uoverstigelige hindringer.

For det første legger jeg til grunn at et minimumsvilkår måtte være at det forelå en *rettskraftig* avgjørelse om lovbrudd, det vil si et vedtatt forelegg, et rettskraftig overtredelsesgebyr eller en rettskraftig dom. Noe annet ville være totalt uakseptabelt sett fra et rettssikkerhetssynspunkt. Dermed synes det åpenbart at forslaget vil kunne ha sterkt negative prosessøkonomiske konsekvenser. Bare et svært lite fåtall av de rettskraftige avgjørelsene som foreligger i slike saker er dommer – de aller fleste sakene avgjøres ved at foretakene vedtar forelegg. Hovedgrunnen til dette er at foretakene vurderer prosessrisiko og ulempene ved fortsatt

fokus på saken, med det dette medfører mediemessig og i forhold til bruk av eksterne og interne ressurser, opp mot foreleggets størrelse og fordelene ved å få lagt saken bak seg. Dersom en konsekvens også vil være utelukkelse av å delta i konkurranse om fremtidige offentlige oppdrag, er jeg redd for at ikke mange forelegg vil bli vedtatt i bransjer hvor offentlige oppdrag er viktige for aktørene. Det samme gjelder i forhold til overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet, og generelt vil et slikt forslag i disse tilfellene gi foretakene insentiver til å trekke prosessen i rettsapparatet ut lengst mulig. Som det fremgår ovenfor er dagens avvisningsrett knyttet til rettskraftig *dom*. Dette bør derimot ikke være et vilkår for en eventuell avvisningsplikt ved brudd på konkurranseloven, fordi risikoen ved å utfordre et forelegg eller vedtak om overtredelsesgebyr i så fall vil kunne bli svært stor, noe som i så fall vil utgjøre et betydelig rettssikkerhetsmessig problem.

Den andre vesentlige innvendingen mot forslaget er at det vil føre til redusert konkurranse. Det er jo faktisk det forslaget går ut på: Foretak som er dømt for lovbrudd skal utelukkes fra å konkurrere om offentlige oppdrag. Problemet med dette er først og fremst at kartellvirksomhet, som Eggum Johansen også fremhever, særlig forekommer i bransjer med få konkurre-

rende aktører. Dette er ikke overraskende – for at et kartell skal være lønnsomt må det omfatte aktører som samlet har betydelig markedsrett, og det er enklest å få til når antallet aktører er lite. Et kartell vil derfor oftest omfatte alle de mest betydelige aktørene innenfor en bransje, og dermed risikerer man ved forslaget at konkurransen om offentlige oppdrag etter avdekningen av et kartell blir sterkt redusert, kanskje til og med helt eliminert. I noen bransjer er det bare de store aktørene som har kapasitet og/eller kompetanse til å ta oppdrag for det offentlige. Slike oppdrag er ofte store, og forslaget vil antagelig medføre at det offentlige i en del tilfeller i verste fall vil sitte igjen helt uten alternative tilbydere, i beste fall med tilbud som er kvalitativt dårligere og/eller dyrere. De to sakene som konkurransedirektøren nevner i sin artikkel, relatert til asfaltbransjen og bygg- og anleggsbransjen, er for så vidt illustrerende for dette problemet. Sakene omfattet de største aktørene i disse bransjene, som i dag er preget av høyt trykk og stor oppdragsmengde. Det offentlige sliter allerede med å få utført sine prosjekter, og situasjonen ville sannsynligvis vært helt uholdbar dersom alle de store aktørene skulle vært utelukket fra å konkurrere om dem. Skal oppdragsgiver ha plikt til å tåle (fortsatt) redusert konkurranse?

Den tredje innvendingen, som etter min mening er noe mindre tungtveiende enn de to øvrige, er relatert til at aktørene i enkelte bransjer er helt avhengige av oppdrag for det offentlige. En utelukkelse som foreslått kan i disse tilfellene bety at virksomheten må avvikles, det vil si konkurs. Til dette kan det innvendes at de aktuelle foretakene i så fall bare har seg selv å takke, og det vil for så vidt kunne være riktig. Slike virkninger fremstår imidlertid som uforholdsmessige, i tillegg til at konkurs kan ha samfunnsmessige og konkurransemessige uheldige konsekvenser, herunder uheldige (og vilkårlige) virkninger for ansatte og kontraktsparter.

Kartellvirksomhet har potensielt betydelig negative samfunnsmessige virkninger, og et sterkt og effektivt Konkurransetilsyn er nødvendig for å bekjempe det. For å få til dette må tilsynet ha tilgang til nødvendige ressurser og virkemidler, i tillegg til at det legges til rette for eventuelle andre tiltak som kan virke i samme retning, for eksempel sivile erstatningssøksmål. Konkurransedirektørens forslag om å utelukke foretak fra offentlige anbud, er imidlertid *ikke* et velegnet tiltak.