

Sak

**E-3/16**

**Ski Taxi SA m.fl.**

**≡ mot ≡**

**Den norske stat v/Konkurransetilsynet**

*(EØS-avtalen artikkel 53 – Formålsrestriksjon – Offentlig anskaffelse –  
Inngivelse av felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap)*

— *Innholdsfortegnelse* —

**1004**

EFTA-domstolens dom, 22. desember 2016

**1041**

Rettsmøterapport

## Sammendrag av dommen

- 1 Nasjonal lovgivning som regulerer rent interne situasjoner, kan vurderes av EFTA-domstolen når den aktuelle lovgivningen svarer til bestemmelser eller begreper hentet fra EØS-retten. EFTA-domstolens domsmyndighet er imidlertid begrenset til å vurdere EØS-rettslige regler.
- 2 For å vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den kan anses som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må det tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art og de faktiske vilkår for det aktuelle markedets virkemåte eller struktur.
- 3 Det må skilles klart mellom vurderingen av en avtales økonomiske og rettslige sammenheng for å identifisere et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, og å fastslå konkurransebegrensende virkninger etter samme bestemmelse.
- 4 En avtale som har konkurransebegrensning som formål, må være egnet til å ha i det minste en viss innvirkning på markedet. Vurderingen av slik innvirkning kan ikke strekke seg så langt som til en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den innebærer heller ikke at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt "rule of reason".

- 5 Bare atferd hvis skadelige natur lett lar seg påpeke, i lys av erfaringer og økonomiske forhold, bør betraktes som en formålsrestriksjon.
- 6 Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. Det er imidlertid fremdeles nødvendig å vurdere, om enn mindre inngående, om avtalepartene er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om inngivelsen av felles tilbud kan anses å være en tilknyttet begrensning.
- 7 Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles, kan være et tegn på at partene ikke hadde som hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Selv om det kan tas hensyn til partenes hensikt, er den imidlertid ikke en nødvendig faktor i vurderingen av om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon. Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om det faktisk at partene opplyste anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles, kan underbygge en konklusjon om at deres atferd ikke kan regnes som en formålsrestriksjon.

# Domstolens Dom

22. desember 2016<sup>1</sup>

*(EØS-avtalen artikkel 53 – Formålsrestriksjon – Offentlig anskaffelse – Inngivelse av felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap)*

I sak E-3/16,

ANMODNING til Domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak for denne domstol mellom

**Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS**

≡ og ≡

**Den norske stat v/Konkurransetilsynet,**

om tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, særlig artikkel 53, avsier

---

1 Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk.

## Domstolen,

*sammensatt av:* Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Per Christiansen og Páll Hreinsson, dommere,

*justissekretær:* Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Ski Taxi SA (“Ski Taxi”), Follo Taxi SA (“Follo Taxi”) og Ski Follo Taxidrift AS (“SFD”) (omtalt samlet som “de ankende parter”), representert ved advokat Stephan L. Jervell,
- Den norske stat v/Konkurransetilsynet, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Clémence Perrin og Øyvind Bø, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Henning Leupold, Hubert van Vliet og Teresa Vecchi, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD, representert ved Stephan L. Jervell; den norske stat, representert ved Pål Wennerås; ESA, representert ved Clémence Perrin og Øyvind Bø; Kommisjonen, representert ved Henning Leupold, Hubert van Vliet og Teresa Vecchi, i rettsmøte 22. september 2016,

slik

# Dom

## I RETTSLIG BAKGRUNN

---

### EØS-RETT

- 1 Artikkel 53 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) lyder:
  1. *Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i*
    - (a) *å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
    - (b) *å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
    - (c) *å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
    - (d) *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
    - (e) *å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter deres art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjensstanden.*

2. *Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.*
3. *Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på*
  - *avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,*
  - *beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og*
  - *samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,*

*som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten*

- (a) *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- (b) *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

## NASJONAL RETT

### KONKURRANSELOVEN

- 2 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (“konkurranseloven”) § 10 svarer til EØS-avtalen artikkel 53. Den forbyr 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.



- 3 Etter konkurranseloven § 12 kan foretak som overtrer § 10, pålegges å bringe overtredelsen til opphør.
- 4 Etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a kan foretakene også bli ilagt overtredelsesgebyr for overtredelse av § 10.

## II FAKTUM OG SAKSGANG

---

- 5 Ski Taxi og Follo Taxi yter drosjetjenester med små personbiler. De driver virksomhet i Follo-regionen utenfor Oslo, nærmere bestemt i de syv kommuner Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Høsten 2010 var omtrent 24 løyvehavere tilknyttet Ski Taxi. Ski Taxi driver primært virksomhet i kommunene Ski, Ås og Oppegård. Høsten 2010 var 46 løyvehavere tilknyttet Follo Taxi. Follo Taxi driver primært virksomhet i kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås og Enebakk.
- 6 Ski Taxi og Follo Taxi opprettet i 2001 SFD som et felleseid driftsselskap for å ivareta administrative fellesfunksjoner for de to aksjeeieres sentraler. Dette ble gjort fordi verken Ski Taxi eller Follo Taxi hadde ansatte på sine sentraler. SFD har spesielt ansvar for bestillingssystem, drift av sentralbord, kommunikasjon og IT-infrastruktur, fakturering, regnskapsføring og kursing av nye sjåførere. Ski Taxi og Follo Taxi eier hver 50 prosent av aksjene i SFD.

- 7 SFD har også inngitt tilbud i flere anbudskonkurranser. SFD står som avtalepart i disse anbudskontrakter, mens løyvehaverne tilknyttet Ski Taxi og Follo Taxi og står som underleverandører til SFD.
  
- 8 I et SFD-dokument med tittelen “strategidokument – 2009-2010” (“SFDs strategidokument”) beskrives SFDs virksomhet som følger: “å sikre og vinne tilbake større anbud” og “møte konkurransen med tiltak i form av fellesprosjekter eller markedstiltak”. I aksjonæravtalen Ski Taxi og Follo Taxi inngikk 3. mai 2007 (“SFDs aksjonæravtale”) heter det: “Partenes posisjon relatert til de funksjoner som tillegges selskapet, tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere. Dette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet. I fall denne endrede situasjonen trenger offentlige tillatelser, blir disse å innhente.”
  
- 9 SFDs aksjonæravtale fastsetter at SFDs styre skal ha fem medlemmer. Av disse velges to av Ski Taxi, to av Follo Taxi og ett er uavhengig av aksjeeierne.
  
- 10 I 2010 utlyste Oslo universitetssykehus to anbudskonkurranser om rammeavtale for pasientreiser for Helse Sør-Øst RHF.
  
- 11 Den første anbudskonkurranse Oslo universitetssykehus utlyste, gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av pasientreiser til og fra ni ulike anbudsområder i Oslo og Akershus (“anbudskonkurranse 1”). Ett av disse ni områder, Søndre Follo, omfattet kommunene Nesodden, Ås, Frogn og Vestby. Et annet av disse ni områder, Nordre Follo, omfattet kommunene Ski, Enebakk og Oppegård. Konkurranses grunnlaget opplyste ifølge den anmodende domstol at

transportoppdragene i Søndre og Nordre Follo i 2009 omfattet omtrent 40 100 turer, fordelt over hele døgnet. Etter tildelingskriteriene ble pris og kvalitet vektet med 50 prosent hver. Kvalitet knyttet seg til fire parameter som hver var vektet med 12,5 prosent: opplæring og kompetanse, kapasitet (antall tilordnede biler), vognmaterialets tilstand og utstyr, og mottaksapparat. Tilbudsfristen var 30. august 2010.

- 12 SFD innga på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi ett felles tilbud for Søndre Follo og Nordre Follo. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 19,60, og antallet tilordnede biler var 42 (21 biler for området Søndre Follo og 21 biler for Nordre Follo). Det fremkom av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi.
- 13 Siden SFD var eneste tilbyder for Søndre Follo og Nordre Follo, avlyste Oslo universitetssykehus anbudskonkurransen for disse to områder. For de øvrige områder ble anbudskonkurransen gjennomført.
- 14 Den 31. august 2010 sendte Oslo universitetssykehus et brev til den fylkeskommunale løyvemyndighet og Konkurransetilsynet, der det ble gitt uttrykk for frustrasjon over mangelen på konkurranse i Follo-regionen. Oslo universitetssykehus uttalte spesielt at “som en av de største kjøperne av drosjetjenester opplever vi med dette at manglende konkurranse i drosjemarkedet i Follo utnyttet til å ta uforholdsmessig høy kilometerpris”.
- 15 Oslo universitetssykehus utlyste 21. september 2010 en ny anbudskonkurranse (“anbudskonkurranse 2”). Denne anbudskonkurranse gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av de

samme tjenester som i anbudskonkurranse 1, i Søndre Follo og Nordre Follo, bortsett fra at Søndre og Nordre Follo denne gang var delt inn i fem, i stedet for to, områder: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Den anmodende domstol opplyser at transportoppdragene i de fem områder ifølge konkurransegrunnlaget omfattet omtrent 33 900 turer i 2009, fordelt over hele døgnet. Tilbudsfristen var 5. november 2010.

- 16 SFD innga ett felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi for alle fem områder. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 18 for Oppegård-området og kr 19,60 for områdene Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Tilbudet omfattet 30 tilordnede biler (10 biler for Oppegård-området og fem for hvert av de andre områder). Det fremkom av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi. To andre aktører, Oslo Taxi og Konsentra, innga også tilbud for alle de fem områder. Den laveste pris var tilbudt av Konsentra, men kvaliteten på tilbudene varierte. Oslo universitetssykehus inngikk derfor rammeavtaler for alle fem anbudsområder med alle de tre aktører, SFD, Oslo Taxi og Konsentra. SFD ble tildelt 2. prioritet i alle områdene, mens Oslo Taxi og Konsentra alternativt ble tildelt 1. og 3. prioritet i ulike områder.
- 17 På grunnlag av brevet av 31. august 2010 fra Oslo universitetssykehus, innledet Konkurransetilsynet en granskning av de felles tilbud og anmodet om informasjon fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD. I et brev sendt 17. november 2010 til Konkurransetilsynet beskriver SFD de felles tilbud som følger:
  - “b) Anbud som kan være av interesse for SFD blir forberedt og presentert i styret til SFD av daglig leder. Her vurderes alle sider ved anbudet, slik som kapasitet, fortjeneste og risiko m.m. Deretter blir det bestemt om det skal inngis tilbud eller ikke.

Dette anbudet [tilbudene inngitt i anbudskonkurranse 1 og 2] er et av de viktigste anbudene og inntektskildene til SFD, og det har hele tiden vært enighet om at SFD skal legge inn tilbud på vegne av sentralene.

- c) Fra oppstarten i midten av juni 2001 har det vært enighet om at SFD i anbudskonkurranser skal inngi tilbud på vegne av begge sentralene.
- d) Innholdet i anbudet er vurdert og gjennomgått av daglig leder i SFD. Nødvendig informasjon og statistikk er gjennomgått og vurdert. Beregninger for å sikre SFD en akseptabel økonomi og risiko i anbudet er presentert styret, som har gitt aksept for prissettingen.
- e) Daglig leder for SFD beregnet prisene basert på økonomien og risikoen i anbudet”.

18 Ved vedtak 4. juli 2011 fant Konkurransetilsynet at de ankende parter hadde overtrådt konkurranseloven § 10 og ila dem overtredelsesgebyr (“Konkurransetilsynets vedtak”).

19 Konkurransetilsynets vedtak bygget på at Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i begge anbudskonkurranser. De måtte dermed betraktes som konkurrenter. Følgelig utgjorde inngivelse av felles tilbud gjennom SFD et samarbeid mellom Ski Taxi og Follo Taxi. Samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.

20 Konkurransetilsynets vedtak lyder som følger: “SFDs inngivelse av felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi var [...] et anbudssamarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter. De to taxisentralene samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeidet medførte at Ski Taxi og Follo Taxi ikke konkurrerte om

å inngi separate tilbud i Anbudskonkurranse 1 og Anbudskonkurranse 2. Konkurransetilsynet har derfor kommet til at det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning.”

- 21 Follo tingrett avsa 8. februar 2013 dom der Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldig. Tingretten kom til at Ski Taxi og Follo Taxi ikke var potensielle konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og kun delvis i anbudskonkurranse 2. Tingretten fant at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD ikke utgjorde en formålsrestriksjon. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ble ansett å kunne ha konkurransebegrensende virkning, men tingretten kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket.
- 22 Borgarting lagmannsrett kom i dom 17. mars 2015 til at Konkurransetilsynets vedtak var gyldig. Lagmannsretten fant at taxisentralene Ski Taxi og Follo Taxi var konkurrenter i begge anbudskonkurranser. Inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD var egnet til å begrense konkurransen, og samarbeidet utgjorde dermed en formålsrestriksjon. Overtredelsesgebyrene Ski Taxi, Follo Taxi og SFD var ilagt, ble satt til henholdsvis 100 000 kroner, 200 000 kroner og 1 million kroner.
- 23 De ankende parter anket dommen til Norges Høyesterett. Ved beslutning 24. juli 2015 tillot Høyesterett anken fremmet hva gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse. Forhandlingene i Høyesterett gjelder foreløpig bare spørsmålet om inngivelse av felles tilbud gjennom SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon.

24 Den 24. februar 2016 fremsatte Høyesterett en anmodning til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol ("ODA") med følgende spørsmål:

1. *Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?*
  - a) *Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?*
2. *Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?*
3. *Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?*

25 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

### III SPØRSMÅLET OM ANMODNINGEN KAN BEHANDLES

---

#### INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

26 ESA gjør gjeldende at selv om saken for den anmodende domstol gjelder en rent intern situasjon, har EFTA-domstolen domsmyndighet. Selv om sakens faktum ikke omfattes direkte av EØS-retten, har bestemmelser i EØS-retten blitt gjort gjeldende etter nasjonal lovgivning. Nasjonal lovgivning anvender i interne situasjoner samme prinsipp som det som er fastsatt i EØS-retten. Konkurranseloven § 10 speiler EØS-avtalen artikkel 53. Derfor har EFTA-domstolen domsmyndighet.

#### RETTENS BEMERKNINGER

- 27 Når nasjonal lovgivning som regulerer rent interne situasjoner anvender samme eller lignende løsninger som i EØS-retten for å unngå konkurransevridning, er det i EØS-statenes interesse å forebygge fremtidige tolkningsforskjeller. Bestemmelser eller begreper hentet fra EØS-retten bør følgelig tolkes på en ensartet måte, uavhengig av de omstendigheter de får anvendelse under. Siden EFTA-domstolens domsmyndighet er begrenset til utelukkende å vurdere og tolke bestemmelser i EØS-retten, er det imidlertid den nasjonale domstol som må vurdere det eksakte virkeområde for den aktuelle henvisning til EØS-retten i nasjonal lovgivning (se sak E-29/15 *Sorpa*, dom 22. september 2016, ennå ikke i Sml., avsnitt 35).
- 28 I den foreliggende sak svarer konkurranseloven § 10 til EØS-avtalen artikkel 53, som angitt i den nasjonale domstols anmodning. EFTA-domstolen har dermed domsmyndighet til å treffe avgjørelse om de forelagte spørsmål.



## IV EFTA-DOMSTOLENS SVAR

- 29 Det første og det tredje spørsmål er forbundet, siden de gjelder det rettslige vurderingstema og kriteriene som skal vektlegges ved vurdering av om et samarbeid mellom foretak utgjør en formålsrestriksjon. EFTA-domstolen finner det derfor hensiktsmessig å begynne med å undersøke det første spørsmål og deretter det tredje spørsmål. Til slutt vil EFTA-domstolen vurdere det andre spørsmål om hvilken rettslig betydning det har at samarbeidet fant sted åpent.

### DET FØRSTE SPØRSMÅL

#### INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 30 De ankende parter anfører at for at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon, må den vise seg tilstrekkelig skadelig for konkurransen (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, avsnitt 58).
- 31 De ankende parter hevder derfor at vurderingstemaet Borgarting lagmannsrett anvendte, nemlig at en atferd bør anses som en formålsrestriksjon dersom den er egnet til å begrense konkurransen, ikke kan følges. For at en avtale skal kunne anses som en formålsrestriksjon, er det ikke tilstrekkelig at den er egnet til å begrense konkurransen.
- 32 De ankende parter anfører at konklusjonene til Den europeiske unions domstol ("EU-domstolen") i *T-Mobile Netherlands m.fl.* om at en samordnet opptreden kan anses å ha et konkurransebegrensende formål om den er "egnet [...] til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen" (det vises til dommen i *T-Mobile Netherlands m.fl.*, C-8/08, EU:C:2009:343, avsnitt 31), ble avvist i *CB mot Kommisjonen*. Sistnevnte dom satte en høyere standard for å klassifisere en atferd

som en formålsrestriksjon, nemlig at den er “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”. Dette argument understøttes av senere rettspraksis (det vises til dommen i *SIA ‘Maxima Latvija’*, C-345/14, EU:C:2015:784, avsnitt 22 og 23).

- 33 Den norske stat anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. For å kunne vurdere om dette er tilfelle, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng. Partenes hensikt er ikke en avgjørende faktor, selv om intet er til hinder for at de kompetente konkurransemyndigheter eller domstoler kan ta dette i betraktning (det vises til dommene i *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, avsnitt 30 og 31, *Toshiba mot Kommisjonen*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, avsnitt 27, *TMobile Netherlands m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 31, og *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 54).
- 34 Kriteriet for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er det samme i *CB mot Kommisjonen* som i *TMobile Netherlands m.fl.* og gjenspeiler EU-domstolens tidligere praksis (det vises til uttalelse fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, C-373/14 P, EU:C:2015:427, avsnitt 51). Som bekreftet i senere saker, utgjør en avtale en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen (det vises til dommene i *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, C286/13 P, EU:C:2015:184, avsnitt 112, og *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 31).
- 35 I denne sammenheng gjør den norske stat gjeldende at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, er det tilstrekkelig at den har *potensielle* (i motsetning til *faktiske*) konkurransebegrensende virkninger, det vil si at den er egnet til å begrense konkurransen.

- 36 ESA anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. For å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen inngår i (det vises til dommene i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 57, og *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 26 og 27).
- 37 I denne sammenheng gjør ESA gjeldende at for avtaler som tidligere er funnet å være tilstrekkelig skadelige for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng begrenses til det som er strengt nødvendig for å bringe på det rene at det foreligger en formålsrestriksjon (det vises til dommen i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 29).
- 38 Videre gjør ESA gjeldende at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, er det tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.
- 39 Kommisjonen anfører at EU-domstolen i avsnitt 57 i *CB mot Kommisjonen* la til grunn at en avtale har et konkurransebegrensende formål dersom den i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen (det vises også til dommen i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 26).
- 40 Kommisjonen bestrider de ankende parters påstand om at EU-domstolen i *CB mot Kommisjonen* benyttet en høyere standard enn i sin tidligere dom i *T-Mobile Netherlands m.fl.* Ved å legge til grunn i avsnitt 31 i *T-Mobile Netherlands m.fl.* at en avtale utgjør en formålsrestriksjon bare fordi den er egnet til å begrense konkurransen, søkte ikke EU-domstolen å definere standarden for klassifisering av en avtale som en formålsrestriksjon. Hensikten var snarere å avvise den anmodende domstols påstand om at det for å

klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er nødvendig å vurdere dens virkninger. EU-domstolen fastsatte ikke på noen måte i *T-Mobile Netherlands m.fl.* en lavere standard som innebar at enhver avtale som er egnet til å begrense konkurransen, utgjør en formålsrestriksjon. Dette er blitt bekreftet av EU-domstolen i senere rettspraksis.

- 41 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må dens innhold og formål, samt dens økonomiske og rettslige sammenheng, analyseres. Selv om partenes hensikt ikke er en avgjørende faktor, kan den tas i betraktning (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 53 og 54).
- 42 For det første, når det gjelder avtalens innhold og formål, gjør Kommisjonen gjeldende at det bør tas hensyn ikke bare til ordlyden, men også til det materielle innhold i det som var avtalt mellom partene. En avtale som ikke har konkurransebegrensning som eneste formål, men som også har andre, legitime mål, kan like fullt utgjøre en formålsrestriksjon (det vises til dommen i *Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, C209/07, EU:C:2008:643, avsnitt 21).
- 43 For det annet, når det gjelder avtalens økonomiske og rettslige sammenheng, er det nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art i tillegg til de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 78). Det kan bli nødvendig å undersøke om partene er konkurrenter, om markedet er tosidig eller regulert, og om den aktuelle restriksjon er tilknyttet, det vil si objektivt sett nødvendig for en annen, bredere virksomhet som ikke er konkurransebegrensende (det vises til dommene i *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C439/09, EU:C:2011:649, avsnitt 39 til 47, og *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, C382/12 P, EU:C:2014:2201,

avsnitt 90 til 95 og 107). Imidlertid kan det ikke tas hensyn til virkningene av avtalen eller av partenes markedsrett. Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolens begrunnelse i avsnitt 29 i *Toshiba mot Kommisjonen*, nemlig at analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng for en markedsdelingsavtale kan begrenses til det som er strengt nødvendig for å avgjøre om den utgjør en formålsrestriksjon, bør anvendes på andre opplagte, etablerte formålsrestriksjoner, som prisfastsettelse.

## RETTENS BEMERKNINGER

- 44 Ved sitt første spørsmål spør den nasjonale domstol hvilket rettslig vurderingstema som skal anvendes for å bestemme om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon. Den søker særlig å fastslå om det er tilstrekkelig for at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon, at den er egnet til å begrense konkurransen.
- 45 EFTA-domstolen har konsekvent lagt til grunn at spørsmålet om en avtale begrenser konkurransen, er et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger (se sak E-8/00 *Landsorganisasjonen m.fl.*, Sml. 2002 s. 114, avsnitt 77).
- (i) Rettslig vurderingstema for å avgjøre om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon
- 46 For at en avtale skal være omfattet av forbudet etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den ha til "formål eller virkning" å begrense konkurransen. Disse krav er ikke kumulative, men snarere alternative (jf. dommen i *LTM*, 56/65, EU:C:1966:38). Med andre ord kan atferd være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 både dersom den har som mål å begrense konkurransen og dersom den har konkurransebegrensende virkninger.

- 47 Konsekvensen av at en avtale klassifiseres som en formålsrestriksjon, er hovedsakelig at ESAs bevisbyrde blir lettere, siden ESA ikke trenger å bevise at avtalen har konkurransebegrensende virkninger (jf. dommen i *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 342). De innblandede foretak kan likevel fortsatt omfattes av et individuelt unntak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, men ansvaret for å bevise at vilkårene i denne bestemmelse er oppfylt ligger hos foretakene (se artikkel 2 i kapittel II i protokoll 4 til ODA). Videre antas formålsrestriksjoner å være merkbare, slik at *de minimis*-regelen ikke får anvendelse (jf. dommen i *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, avsnitt 37), at reglene om gruppeunntak ikke får anvendelse, og at foretakene sannsynligvis vil ilegges høyere bøter (se punkt 15 i ESAs retningslinjer for metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a (EØS-tillegg 2009 nr. 64, s. 1).
- 48 Det fremgår av rettspraksis at visse typer samarbeid mellom foretak er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke anses å være nødvendig å undersøke virkningene av dem. Denne rettspraksis har sitt utspring i det faktum at visse typer samarbeid mellom foretak etter sin art kan anses å være skadelig for normale konkurransevilkår (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 49 og 50).
- 49 I den foreliggende sak la Borgarting lagmannsrett til grunn at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD måtte anses som en formålsrestriksjon fordi den “etter sitt innhold var egnet til å begrense, og dermed skade, konkurransen”. De ankende parter anfører at standarden anvendt av lagmannsretten for å klassifisere en atferd som en formålsrestriksjon, er lavere enn den standard som er anvendt av EU-domstolen i *CB mot Kommisjonen*.

- 50 I *CB mot Kommisjonen* la EU-domstolen til grunn at for at en avtale skal kunne anses som en formålsrestriksjon, må den være tilstrekkelig skadelig for konkurransen (avsnitt 49). EU-domstolen la også til grunn at Underretten hadde tatt feil når det gjaldt definisjonen av de relevante rettslige kriterier for vurderingen av om det foreligger en formålsrestriksjon, da den konkluderte med at en avtale ganske enkelt må være egnet i den aktuelle sak, i betraktning av den særlige økonomiske og rettslige sammenheng, til å begrense konkurransen. Nærmere bestemt understreket EU-domstolen at det sentrale rettslige kriterium for å vurdere om et samarbeid mellom foretak omfatter en slik formålsrestriksjon, er om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det anses ikke å være nødvendig å undersøke virkningene (se dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 49 og 55 til 58).
- 51 EU-domstolen har flere ganger gjentatt at en avtale må være tilstrekkelig skadelig for konkurransen for å kunne anses som en formålsrestriksjon (jf. dommene i *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 184; *Allianz Hungária Biztosító Zrt. m.fl.*, C-32/11, EU:C:2013:160, avsnitt 34; *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 113; *ING Pensii*, som omtalt over, avsnitt 31; *SIA 'Maxima Latvija'*, som omtalt over, avsnitt 18; og *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 26). Denne standard ble også anvendt av Underretten i dens dom i *Lundbeck mot Kommisjonen* (T-472/13, EU:T:2016:449, avsnitt 339), som ble tatt opp i rettsmøtet.
- 52 EFTA-domstolen finner, i motsetning til argumentasjonen fra de ankende parter, at EU-domstolen ikke satte en høyere standard for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon i *CB mot Kommisjonen* enn i *T-Mobile Netherlands m.fl.* I avsnitt 31 i sistnevnte dom la EU-domstolen til grunn at for at en samordnet opptreden skal kunne anses som en formålsrestriksjon, må den ganske enkelt være

egnet i en gitt sak, i betraktning av den spesifikke økonomiske og rettslige sammenheng, til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (se dommen i *T-Mobile Netherlands m.fl.*, som omtalt over).

- 53 Denne konklusjon må imidlertid leses i lys av avsnitt 30 og siste punktum i avsnitt 31 i samme dom. EU-domstolen la til grunn, i motsetning til hva den anmodende domstol hevdet, at det ikke var nødvendig å bevise at en samordnet opptreden har konkurransebegrensende virkninger så lenge det er fastslått at den har et konkurransebegrensende formål. Ved å fastslå at en samordnet opptreden ganske enkelt må være egnet til å begrense konkurransen, la EU-domstolen dermed til grunn at det ikke er nødvendig å bevise at en samordnet opptreden har konkurransebegrensende virkninger for å kunne bestemme at den utgjør en formålsrestriksjon.
- 54 Videre støttet EU-domstolen seg i *T-Mobile* (som omtalt over, avsnitt 28) på tidligere rettspraksis, særlig sine konklusjoner i *Beef Industry Development Society* og *Barry Brothers* (som omtalt over, avsnitt 15) og *LTM* (som omtalt over) om at konsekvensene av en avtale bør tas i betraktning når en analyse av dens vilkår ikke viser at innvirkningen på konkurransen er tilstrekkelig skadelig. Det er altså klart at EU-domstolen, etter dommen i *LTM*, konsekvent har lagt til grunn at analysen av formålet må vise at atferden er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.
- 55 Dommene i *T-Mobile Netherlands m.fl.* og *CB mot Kommisjonen* er følgelig ikke uforenlige (se i denne retning uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 51).
- (ii) Kriterier for å fastslå om en avtale utgjør en formålsrestriksjon



- 56 For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den kan anses som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må det tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen inngår i. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 53).
- 57 Og selv om partenes hensikt ikke er en avgjørende faktor i vurderingen av om en avtale mellom foretak har en begrensende virkning, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, domstolene eller EFTA-domstolen kan ta dette i betraktning (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 54).
- 58 EFTA-domstolen peker på at det må skilles klart mellom vurderingen av en avtales økonomiske og rettslige sammenheng for å identifisere et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, og å fastslå konkurransebegrensende virkninger etter samme bestemmelse. Ellers ville skillet mellom formålsrestriksjoner og konkurransebegrensende virkninger bli utvisket (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wahl i *CB mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, avsnitt 44, og dommene i *M6 m.fl. mot Kommisjonen*, T-112/99, EU:T:2001:215, avsnitt 74 flg., og *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 181).
- 59 En avtale som har konkurransebegrensning som formål, må imidlertid være egnet til å ha i det minste en viss innvirkning på markedet (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 65).

- 60 I denne sammenheng bemerker EFTA-domstolen for det første at det er nødvendig å vurdere avtalens økonomiske og rettslige sammenheng for kunne å identifisere en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Plikten til å ta hensyn til den økonomiske og rettslige sammenheng er følgelig pålagt for å bringe klarhet både i avtalens formål og i dens virkning (jf. dommene i *GlaxoSmithKline Services mot Kommisjonen*, T-168/01, EU:T:2006:265, avsnitt 110 og den rettspraksis som det vises til der, og *Asnef-Equifax*, C-238/05, EU:C:2006:734, avsnitt 49).
- 61 EFTA-domstolen finner for det andre at gitt de konsekvenser klassifiseringen av en avtale som en formålsrestriksjon medfører, bør dette begrep tolkes restriktivt, i den forstand at det bare kan anvendes på visse typer samarbeid mellom foretak som er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke anses å være nødvendig å undersøke virkningene (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 58). Bare atferd hvis skadelige natur lett lar seg påpeke, i lys av erfaringer og økonomiske forhold, bør betraktes som en formålsrestriksjon (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wahl i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 56).
- 62 For det tredje minner EFTA-domstolen om at det påhviler ESA eller den nasjonale konkurransemyndighet å legge frem dokumentasjon som er egnet til å bevise eksistensen av de omstendigheter som utgjør en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Sett hen til garantiene gitt i artikkel 6 nr. 2 i Den europeiske menneskerettskonvensjon, følger det av prinsippet om uskyldspresumsjon at tvilen må komme til gode foretak som er omfattet av et vedtak som fastslår en overtredelse (se sak E-15/10 *Posten Norge mot ESA*, Sml. 2012 s. 246, avsnitt 93).

- 63 Endelig bør det minnes om at en vurdering av om en avtale er egnet til å ha en viss innvirkning på markedet, bare skal ta hensyn til avtalens sannsynlige innvirkning på konkurransen. Den kan ikke strekke seg så langt som til en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den innebærer heller ikke at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt “rule of reason” (jf. dommen i *O2 (Germany)* mot *Kommisjonen*, T-328/03, EU:T:2006:116, avsnitt 69).
- 64 Svaret på det første spørsmål blir derfor at for at en avtale skal kunne anses som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.
- 65 For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det videre tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen inngår i. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.

- 66 En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt “rule of reason”.

## DET TREDJE SPØRSMÅL

### INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 67 De ankende parter gjør gjeldende at å inngi felles tilbud ikke utgjør en formålsrestriksjon.
- 68 Etter deres syn må man, for å vurdere om å inngi felles tilbud er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, dvs. er en formålsrestriksjon, ta hensyn til innholdet i avtalen mellom partene som inngir de felles tilbud, avtalens formål, dens økonomiske og rettslige sammenheng og partenes hensikt (det vises til dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 53 og 54).
- 69 De ankende parter vedgår at å inngi felles tilbud innebærer en avtale mellom partene som ga de felles tilbud, om prisen som skulle tilbys den anskaffende myndighet. Imidlertid gir felles tilbud tilbydere anledning til å slå sammen sine begrensede ressurser og gi mer konkurransedyktige tilbud. Derfor kan ikke et felles tilbud sidestilles med en ren avtale om fastsettelse av priser. Det fremgår ikke av den rettspraksis som klassifiserer prisfastsettelse som en formålsrestriksjon, at felles tilbud også utgjør en formålsrestriksjon.

- 70 Når det gjelder den aktuelle avtales økonomiske og rettslige sammenheng, gjør de ankende parter gjeldende at selv om dette bør tas i betraktning, kan klassifiseringen som formålsrestriksjon ikke alene baseres på sammenheng (det vises til uttalelsen fra generaladvokat Wahl i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 44 og 45). Når det gjelder rettslig sammenheng, finnes det uansett ingen rettspraksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen og heller ingen beslutningspraksis hos ESA eller Kommisjonen som tilsier at inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon. Den økonomiske sammenheng, ble ikke gitt nok oppmerksomhet av Borgarting lagmannsrett.
- 71 De ankende parter anfører derfor at inngivelsen av felles tilbud må vurderes ut fra dens virkning på konkurransen. Dette følger etter deres oppfatning av avsnitt 30 i ESAs retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler (“ESAs horisontale retningslinjer”) (EØS-tillegg 2013 nr. 69 s. 1). Avsnitt 30 hører under et avsnitt med tittelen “konkurransbegrensende virkninger”. Her heter det at “horisontale samarbeidsavtaler mellom konkurrenter som, på grunnlag av objektive faktorer, ikke uavhengig ville kunne utføre prosjektet eller aktiviteten som omfattes av samarbeidet, [... vil] vanligvis ikke begrense konkurransen”.
- 72 Når det gjelder situasjonen der én av partene som inngir et felles tilbud er i stand til å inngi et tilbud alene, anfører de ankende parter at Konkurransetilsynet selv har erkjent i sin Veiledning om prosjektsamarbeid at det må foretas en vurdering av virkningene. Når det gjelder felles tilbud fra parter der begge er i stand til å inngi tilbud hver for seg, anser juridisk og økonomisk litteratur at dette ikke utgjør en formålsrestriksjon.
- 73 Den norske stat fastholder at Ski Taxi og Follo Taxis inngivelse av felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2 kan anses å utgjøre en formålsrestriksjon.

- 74 Avtalene angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, herunder fastsettelse av priser, utgjør den harde kjerne av formålsrestriksjoner. Selv om også andre avtaler enn dem som er angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 kan anses som formålsrestriksjoner, vil en slik klassifisering kreve en grundigere analyse av deres økonomiske og rettslige sammenheng, riktignok slik at analysen ikke vil omfatte en undersøkelse av virkningene av dem (det vises til uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 72 til 74).
- 75 Den norske stat gjør videre gjeldende at avtaler der bare deler faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner, likevel kan utgjøre formålsrestriksjoner. For eksempel er markedsføringsavtaler mellom konkurrenter, det vil si avtaler mellom konkurrenter om å selge, distribuere eller markedsføre den annens erstatningsprodukter, ikke ført opp under TEUV artikkel 101 nr. 1. Dersom partene i en markedsføringsavtale koordinerer priser, er det likevel sannsynlig at markedsføringsavtalen utgjør en formålsrestriksjon (det vises til ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 234).
- 76 Den norske stat bemerker imidlertid at avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer fastsetter at en markedsføringsavtale ikke utgjør en formålsrestriksjon dersom den er “objektivt nødvendig for at den ene parten skal kunne gå inn på et marked det ikke ville være mulig å gå inn på alene, eller med et mer begrenset antall parter enn det som deltar i samarbeidet”. Den norske stat mener at inngivelse av felles tilbud kan anses som en markedsføringsavtale. Det fremgår av avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer at en samarbeidsavtale er “objektivt nødvendig” bare dersom *ingen* av partene kunne ha kommet inn på markedet uten denne avtale. På samme måte er inngivelse av felles tilbud “objektivt nødvendig” bare dersom *ingen* av partene som har inngitt det felles tilbud, kunne ha inngitt et tilbud alene.

- 77 Når det gjelder det første kriterium det skal tas hensyn til ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens innhold og formål, gjør den norske stat gjeldende at både Ski Taxi og Follo Taxi hadde tilstrekkelig kapasitet til å inngi tilbud hver for seg i begge anbudskonkurranser. Inngivelse av felles tilbud av foretak som hver for seg har kapasitet til å inngi tilbud, er særlig skadelig. Det medfører en reduksjon i antall tilbydere og en eliminering av potensiell konkurranse mellom de parter som inngir det felles tilbud. Inngivelse av felles tilbud kan sammenlignes med en markedsføringsavtale der partene avtaler priser, som faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner.
- 78 Når det gjelder det annet kriterium som må tas i betraktning i vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens økonomiske og rettslige sammenheng, minner den norske stat om at partene i det felles tilbud bare trenger å være potensielle konkurrenter. Siden Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg, må de betraktes som potensielle konkurrenter.
- 79 Derfor er avtalen den foreliggende sak gjelder, etter den norske stats oppfatning, tilstrekkelig skadelig for konkurransen og må anses som en formålsrestriksjon.
- 80 De ankende parters argument om at deres felles tilbud inngår i et bredere, legitimt samarbeid, svekker ikke denne konklusjon. Selv om de felles tilbud skulle anses å ha legitime, konkurransefremmende virkninger, ville slike virkninger bare kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.
- 81 ESA anfører at det er den anmodende domstol selv som må vurdere om inngivelse av felles tilbud fra Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon. ESA mener imidlertid at det bør gis noe veiledning i dette spørsmål.

- 82 Inngivelse av et felles tilbud innebærer uvegerlig samarbeid mellom partene om prisen som tilbys anskaffende myndighet. Videre kan dette sammenlignes med en markedsdelingsavtale siden partene i fellesskap yter den aktuelle tjeneste og deler kontraktene som blir tildelt.
- 83 Siden det er fast rettspraksis at fastsettelse av priser og markedsdelingsavtaler er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng for de felles tilbud som ble inngitt av Ski Taxi og Follo Taxi, etter ESAs syn begrenses til en vurdering av om disse foretak er faktiske eller potensielle konkurrenter. Derfor kan eventuelle konkurransefremmende elementer bare vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.
- 84 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om inngivelse av felles tilbud, eller noen form for avtale, utgjør en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til dens innhold og formål, den økonomiske rettslige sammenheng den inngår i, og – selv om det ikke er en nødvendig faktor – partenes hensikt.
- 85 Når det gjelder avtalens innhold og formål, anfører Kommisjonen at det følger av SFDs strategidokument og SFDs aksjonæravtale at SFD ble etablert for å redusere konkurransen mellom Ski Taxi og Follo Taxi og styrke deres markedsposisjon i forhold til tredjeparter.
- 86 Når det gjelder avtalens økonomiske og rettslige sammenheng, er det etter Kommisjonens oppfatning av særlig betydning at både Ski Taxi og Follo Taxi ifølge anmodningen om rådgivende uttalelse kunne ha inngitt tilbud hver for seg (det vises til Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2011 C 11, s. 1).



87 Videre var inngivelsen av felles tilbud del av en bredere ordning, der SFD ble etablert som leverandør av administrative oppgaver for Ski Taxi og Follo Taxi. Derfor kan inngivelsen av felles tilbud utgjøre en begrensning tilknyttet driften av SFD. Dersom dét er tilfelle og driften av SFD ikke er konkurransebegrensende, faller ikke inngivelsen av felles tilbud inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 53. Det bør dermed vurderes om inngivelsen av felles tilbud var “strengt nødvendig” for driften av SFD (det vises til dommen i *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 91). Kommisjonen stiller spørsmål ved om sammenslåingen av administrative ressurser gjennom etableringen av SFD forutsatte samarbeid om pris, kvalitet og kapasitet, som ble oppnådd gjennom felles tilbud.

## RETTENS BEMERKNINGER

- 88 Ved sitt tredje spørsmål spør den nasjonale domstol hvilke rettslige kriterier som skal anvendes for å bringe på det rene om inngivelse av felles tilbud fra to foretak kan anses å utgjøre en formålsrestriksjon.
- 89 I denne sammenheng må det tas hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Selv om partenes hensikt ikke er en nødvendig faktor, kan den tas i betraktning.
- 90 Følgende kategorier avtaler synes å ha blitt ansett å utgjøre formålsrestriksjoner: horisontale avtaler om fastsettelse av priser (*CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 51), markedsdelingsavtaler (*Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 28), avtaler om kapasitetsbegrensning (*Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, som omtalt over, avsnitt 40), avtaler om eksklusiv kjøpsplikt (*Stremsel- en Kleurselfabriek mot Kommisjonen*, 61/80, EU:C:1981:75, avsnitt 12) og avtaler om

utveksling av prisinformasjon (*T-Mobile Netherlands m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 35). Selv om de ofte er mindre skadelige enn horisontale avtaler, er visse vertikale avtaler også blitt ansett å utgjøre formålsrestriksjoner: bindende videresalgspris (*Binon*, 243/83, EU:C:1985:284, avsnitt 47), forbud mot parallellhandel (*Consten og Grundig*, som omtalt over, side 343) og en bestemmelse i en distribusjonsavtale som forbyr distributører å selge visse produkter på Internett (*Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, som omtalt over, avsnitt 54).

- 91 I den foreliggende sak la Konkurransetilsynet til grunn at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi måtte anses som en formålsrestriksjon etter konkurranseloven § 10. Dette skyldtes at Ski Taxi og Follo Taxi hadde “samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet” ved å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2. De ankende parter bestrider ikke dette. Ved å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2, avtalte de den pris som skulle tilbys den anskaffende myndighet.
- 92 Direkte eller indirekte fastsettelse av priser er forbudt atferd etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav a. Det er etablert at sannsynligheten for at horisontal prisfastsettelse av karteller har negative virkninger, særlig på pris, kvantitet eller kvalitet på varene og tjenestene, kan betraktes som så høy at det kan anses som en formålsrestriksjon (jf. dommen i *CB mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 51).
- 93 Når det gjelder avtaler som er uttrykkelig nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng den aktuelle avtale inngår i, begrenses til det som er strengt nødvendig for å bringe på det rene at det foreligger en formålsrestriksjon (jf. dommen i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 119). Analysen trenger med andre ord ikke å være like grundig som den må være for avtaler som ikke er nevnt i

denne bestemmelse (jf. uttalelsen fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 74).

- 94 For å bringe på det rene om en avtale som er uttrykkelig nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, kan anses som en formålsrestriksjon, er det derfor fremdeles nødvendig å vurdere, om enn mindre inngående, om partene i avtalen er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om det dreier seg om en tilknyttet begrensning.
- 95 Vurderingen av om Ski Taxis og Follo Taxis felles tilbud gjennom SFD må betraktes som en formålsrestriksjon, avhenger av de faktiske forholdene i saken og må derfor foretas av den anmodende domstol. EFTA-domstolen vil imidlertid gi den anmodende domstol alle vurderingskriterier etter EØS-retten som den trenger for å avsi dom i saken.
- 96 For det første, med hensyn til innholdet i avtalens bestemmelser og dens formål, peker EFTA-domstolen på at selv om det ikke synes å foreligge noen skriftlig avtale som spesifikt vedrører inngivelsen av felles tilbud i de to anbudskonkurranser, heter det i SFDs aksjonæravtale at “det [mellom Ski Taxi og Follo Taxi] blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere” og at “dette gjelder [...] prispolitikk på anbud”.
- 97 For det andre, med hensyn til den økonomiske og rettslige sammenheng inngivelsen av de felles tilbud inngår i, og særlig spørsmålet om partene er faktiske eller potensielle konkurrenter, nevner EFTA-domstolen at en markedsføringsavtale ifølge avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer normalt ikke vil gi opphav til konkurranseproblemer dersom avtalen objektivt sett er nødvendig for at en part skal kunne tre inn på et marked den ikke kunne ha kommet inn på alene. Dette er særlig tilfelle for konsortieavtaler som gjør det mulig for de involverte selskaper å delta i prosjekter som de ikke kunne ha deltatt i hver for seg. Avtalen kan betraktes som en

formålsrestriksjon bare dersom partene er faktiske eller potensielle konkurrenter (jf. dommene i *E.ON Ruhrgas mot Kommisjonen*, T-360/09, EU:T:2012:332, avsnitt 104, *Toshiba mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 30 til 36) og *Lundbeck mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 437). Dette skyldes at avtalen ikke kan ha noen innvirkning på konkurransen dersom partene ikke er konkurrenter.

- 98 Ifølge den anmodende domstol konkluderte imidlertid Borgarting lagmannsrett med at Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i begge anbudskonkurranser, og at de følgelig var konkurrenter i begge anbudskonkurranser. Denne konklusjon er ikke tema i anken for Høyesterett.
- 99 For det tredje, med hensyn til spørsmålet om felles tilbud kan betraktes som en tilknyttet begrensning, peker EFTA-domstolen på at en konkurransebegrensende restriksjon kan falle utenfor forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 dersom den er tilknyttet en hovedvirksomhet som etter sin art ikke er konkurransebegrensende. Det er nødvendig å undersøke om denne virksomhet ville ha vært umulig å utøve uten den aktuelle restriksjon, og om restriksjonen står i forhold til virksomhetens underliggende mål. Det at virksomheten blir vanskeligere å utøve eller mindre lønnsom uten restriksjonen, kan ikke gi restriksjonen den “objektive nødvendighet” som kreves for at den skal kunne regnes som tilknyttet. Dette ville undergrave effekten av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 (jf. dommen i *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 91 og 107).
- 100 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om disse vilkår er oppfylt. I rettsmøtet hevdet de ankende parter at spørsmålet om inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD måtte regnes som tilknyttet driften av det felleseide driftsselskap SFD, var hypotetisk, og at de

valgte ikke å kommentere dette. Den norske stat og Kommisjonen stilte spørsmål ved om sammenslåingen av Ski Taxis og Follo Taxis administrative ressurser ved etablering og drift av SFD forutsatte samarbeid om pris, kvalitet og kapasitet, som inngivelse av felles tilbud førte til.

- 101 Svaret på det tredje spørsmål blir derfor at for å vurdere om det å gi et felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i. Partenes hensikt kan også tas i betraktning, selv om dette ikke er en nødvendig faktor ved vurderingen.
- 102 Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om avtalepartene er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.

## DET ANDRE SPØRSMÅL

### INNLEGG TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 103 Selv om de ankende parter erkjenner at åpenhet om samarbeidet overfor den anskaffende myndighet ikke utelukker at inngivelsen av felles tilbud kan anses å ha et konkurransebegrensende formål, anfører de at tilbudsrigging av typen proformatilbud, avståelse fra

anbud, anbudsrotasjon og markedsfordeling, som er formålsrestriksjoner, vanligvis holdes hemmelig.

- 104 Den norske stat, ESA og Kommisjonen gjør gjeldende at det for vurderingen av om et felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om samarbeidet mellom partene fremgikk av tilbudet. Kommisjonen anfører at samarbeid som har foregått offentlig, har blitt ansett å utgjøre en formålsrestriksjon.

## RETTENS BEMERKNINGER

- 105 Ved sitt andre spørsmål tar den anmodende domstol opp om det ved vurderingen av om inngivelsen av felles tilbud kan regnes som en formålsrestriksjon, er relevant at anskaffelsesmyndigheten fikk opplyst at tilbudet var felles. Det er ikke omtvistet at det gikk klart frem av tilbudene at de var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi.
- 106 Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten kan være et tegn på at partene ikke hadde som hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Som nevnt over, er imidlertid partenes hensikt ikke en nødvendig faktor i vurderingen av om en avtale kan anses som en formålsrestriksjon, selv om det kan tas hensyn til den. Som anført av Kommisjonen, har samarbeid blitt funnet å ha et konkurransebegrensende formål selv om det har skjedd offentlig (jf. dommen i *Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, som omtalt over, avsnitt 10).
- 107 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om det faktisk at Ski Taxi og Follo Taxi opplyste anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles, kan underbygge en konklusjon om at deres atferd ikke kan regnes som en formålsrestriksjon.

108 Svaret på det andre spørsmål blir derfor at åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles kan være et tegn på at partene ikke hadde til hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Dette er likevel ikke i seg selv en forutsetning for å kunne avgjøre om en avtale kan regnes som en formålsrestriksjon.

## V SAKSOMKOSTNINGER

109 Omkostninger som er påløpt for ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

### EFTA-Domstolen

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

1. **For at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.**
2. **For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i dens**

bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Ved vurderingen av sammenheng er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.

3. En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt "rule of reason".
4. For å vurdere om det å gi et felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i. Partenes hensikt kan også tas i betraktning, selv om dette ikke er en nødvendig faktor ved vurderingen.
5. Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om partene i en avtale er faktiske eller potensielle



konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.

6. Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles kan være et tegn på at partene ikke hadde til hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Dette er likevel ikke i seg selv en forutsetning for å kunne avgjøre om en avtale kan regnes som en formålsrestriksjon.

**Carl Baudenbacher**

**Per Christiansen**

**Páll Hreinsson**

*Avsagt i åpen rett i Luxembourg,  
22. desember 2016.*

**Gunnar Selvik**  
*Justissekretær*

**Carl Baudenbacher**  
*President*

# Rettsmøterapport

i sak E-3/16

ANMODNING til Domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i en sak for denne domstol mellom

**Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS**

≡ og ≡

**Den norske stat v/Konkurransetilsynet**

om fortolkningen av EØS-avtalen, særlig artikkel 53.

## I INNLEDNING

- 1 Ved brev 19. februar 2016, registrert ved EFTA-domstolen 24. februar 2016 som sak E-3/16, innga Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom Ski Taxi SA (“Ski Taxi”), Follo Taxi SA (“Follo Taxi”) og Ski Follo Taxidrift AS (“SFD”) på den ene side, og den norske stat v/Konkurransetilsynet (“den norske stat”) på den annen. Ved sin anmodning forela Høyesterett tre spørsmål angående fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

- 2 I saken for den anmodende domstol har Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anket Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, som stadfestet Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr for Ski Taxi, Follo Taxi og SFD for overtredelse av det nasjonale forbud mot konkurransebegrensende avtaler ved å ha sendt inn felles tilbud i to anbudskonkurranser utlyst av Oslo universitetssykehus.

## II RETTSLIG BAKGRUNN

---

### EØS-RETT

3. EØS-avtalen artikkel 53 lyder:
  1. *Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i*
    - (a) *å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
    - (b) *å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
    - (c) *å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
    - (d) *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*

- (e) *å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter deres art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*
2. *Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.*
3. *Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på*
- avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,*
  - beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og*
  - samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,*
- som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten*
- (a) *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- (b) *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

## NASJONAL RETT

### KONKURRANSELOVEN

- 4 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (“konkurranseloven”) § 10 svarer til EØS-avtalen artikkel 53. Den forbyr 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.

- 5 Etter konkurranseloven § 12 kan foretak som overtrer § 10, pålegges å bringe overtredelsen til opphør.
- 6 Etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a kan foretakene også bli ilagt overtredelsesgebyr for overtredelse av § 10.

### III FAKTUM OG SAKSGANG

---

#### BAKGRUNN

- 7 Ski Taxi og Follo Taxi yter passasjertransporttjenester med små personbiler. De driver virksomhet i Follo-regionen utenfor Oslo, nærmere bestemt i de syv kommuner Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Høsten 2010 var ca. 24 løyvehavere tilknyttet Ski Taxi. Ski Taxi driver primært virksomhet i kommunene Ski, Ås og Oppegård, men har også en viss aktivitet i de andre kommuner i Follo-regionen. Høsten 2010 var 46 løyvehavere tilknyttet Follo Taxi. Follo Taxi driver primært virksomhet i kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås og Enebakk. Follo Taxi har også noe virksomhet i Ski og Oppegård.
- 8 Ski Taxi og Follo Taxi opprettet i 2001 SFD som et felleseid driftsselskap for å ivareta administrative fellesfunksjoner for de to aksjeeiernes sentraler. Dette var fordi verken Ski Taxi eller Follo Taxi hadde ansatte på sine sentraler. SFD har spesielt ansvar for bestillingssystem, drift av sentralbord, kommunikasjon og

IT-infrastruktur, fakturering, regnskapsføring og kursing av nye sjåførere. Ski Taxi og Follo Taxi eier hver 50 prosent av aksjene i SFD.

- 9 SFD har også inngitt tilbud i flere anbudskonkurranser. SFD står som avtalepart i disse anbudskontrakter, mens løyvehaverne tilknyttet Ski Taxi og Follo Taxi står som underleverandører til SFD.
- 10 I et SFD-dokument med tittelen “strategidokument – 2009-2010” (“SFDs strategidokument”) beskrives SFDs virksomhet som følger: “å sikre og vinne tilbake større anbud” og “møte konkurransen med tiltak i form av fellesprosjekter eller markedstiltak”. I aksjonæravtalen Ski Taxi og Follo Taxi inngikk 3. mai 2007 (“SFDs aksjonæravtale”), heter det: “Partenes posisjon relatert til de funksjoner som tillegges selskapet, tilsier at det dem imellom blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere. Dette gjelder både prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet. I fall denne endrede situasjonen trenger offentlige tillatelser, blir disse å innhente.”
- 11 SFDs aksjonæravtale fastsetter at SFDs styre skal ha fem medlemmer. Av disse skal to velges av Ski Taxi, to skal velges av Follo Taxi og én skal være uavhengig av aksjeeierne.
- 12 I 2010 utlyste Oslo universitetssykehus to anbudskonkurranser om rammeavtale for pasientreiser for Helse Sør-Øst RHF.

- 13 Den første anbudskonkurranse Oslo universitetssykehus utlyste, gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av pasientreiser til og fra ni ulike anbudsområder i Oslo og Akershus (“anbudskonkurranse 1”). Ett av disse ni områder, Søndre Follo, omfattet kommunene Nesodden, Ås, Frogn og Vestby. For Søndre Follo gjaldt rammeavtalen derfor pasienttransport fra Nesodden, Ås, Frogn og Vestby til Oslo universitetssykehus og fra sykehuset tilbake til kommunene. Et annet av disse ni områder, Nordre Follo, omfattet kommunene Ski, Enebakk og Oppegård. For Nordre Follo gjaldt rammeavtalene pasienttransport fra Ski, Enebakk og Oppegård til Oslo universitetssykehus og tilbake. Konkurransesgrunnlaget opplyste at transportoppdragene i Søndre og Nordre Follo i 2009 omfattet ca. 40 100 turer, fordelt over hele døgnet. Etter tildelingskriteriene ble pris og kvalitet vektet med 50 prosent hver. Kvalitet knyttet seg til fire parametere som hver var vektet med 12,5 prosent: opplæring og kompetanse, kapasitet (antall dedikerte biler), vognmaterialets tilstand og utstyr, og mottaksapparat.
- 14 I anbudskonkurranse 1 innga SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi ett felles tilbud for begge anbudsområder, Søndre Follo og Nordre Follo. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 19,60, og antallet dedikerte biler var 42 (21 biler for området Søndre Follo og 21 biler for Nordre Follo). Det fremkom klart av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi.
- 15 Siden SFD var eneste tilbyder for disse to anbudsområder, avlyste Oslo universitetssykehus anbudskonkurransen for disse to områder. For de øvrige områder ble anbudskonkurransen gjennomført.

- 16 Oslo universitetssykehus utlyste derfor 21. september 2010 en ny anbudskonkurranse (“anbudskonkurranse 2”). Denne anbudskonkurranse gjaldt tildeling av rammeavtaler om kjøp av de samme tjenester som i den avlyste del av anbudskonkurranse 1, det vil si de to områder Søndre Follo og Nordre Follo, bortsett fra at Søndre og Nordre Follo denne gang var delt inn i fem, ikke to, områder: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Ifølge konkurransegrunnlaget omfattet transportoppdragene i de fem områder ca. 33 900 turer i 2009, fordelt over hele døgnet.
- 17 I anbudskonkurranse 2 innga SFD ett felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi for alle fem områder. Kilometerprisen i SFDs tilbud var kr 18 for Oppegård-området og kr 19,60 for områdene Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. Tilbudet omfattet 30 dedikerte biler (10 biler for Oppegård-området og fem for hvert av de andre områder). Det fremkom klart av tilbudet at det var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi. To andre aktører, Oslo Taxi og Konsentra, innga også tilbud for alle de fem områder. Den laveste pris var tilbudt av Konsentra, men kvaliteten på tilbudene varierte. Oslo universitetssykehus inngikk derfor rammeavtaler for alle fem anbudsområder med alle de tre aktører, SFD, Oslo Taxi og Konsentra. SFD ble tildelt 2. prioritet i alle områdene, mens Oslo Taxi og Konsentra vekselvis fikk 1. og 3. prioritet i ulike områder.
- 18 Den 31. august 2010 sendte Oslo universitetssykehus et brev til Konkurransetilsynet og den kommunale løyvemyndighet, der det ble gitt uttrykk for frustrasjon over mangelen på konkurranse i Follo-regionen. I brevet uttalte Oslo universitetssykehus spesielt at “som en av de største kjøperne av drosjetjenester opplever vi med dette at manglende konkurranse i drosjemarkedet i Follo utnyttet til å ta uforholdsmessig høy kilometerpris”.



- 19 I et brev sendt 17. november 2010 til Konkurransetilsynet beskriver SFD de felles tilbud som følger:
- “b) Anbud som kan være av interesse for SFD blir forberedt og presentert i styret til SFD av daglig leder. Her vurderes alle sider ved anbudet, slik som kapasitet, fortjeneste og risiko m.m. Deretter blir det bestemt om det skal inngis tilbud eller ikke. Dette anbudet [tilbudene inngitt i anbudskonkurranse 1 og 2] er et av de viktigste anbudene og inntektskildene til SFD, og det har hele tiden vært enighet om at SFD skal legge inn tilbud på vegne av sentralene.
  - c) Fra oppstarten i midten av juni 2001 har det vært enighet om at SFD i anbudskonkurranser skal inngi tilbud på vegne av begge sentralene.
  - d) Innholdet i anbudet er vurdert og gjennomgått av daglig leder i SFD. Nødvendig informasjon og statistikk er gjennomgått og vurdert. Beregninger for å sikre SFD en akseptabel økonomi og risiko i anbudet er presentert styret, som har gitt aksept for prissettingen.
  - e) Daglig leder for SFD beregnet prisene basert på økonomien og risikoen i anbudet”.
- 20 Ved vedtak 4. juli 2011 fant Konkurransetilsynet at Ski Taxi, Follo Taxi og SFD hadde overtrådt konkurranseloven § 10 og ila dem overtredelsesgebyr (“Konkurransetilsynets vedtak”).
- 21 Konkurransetilsynets vedtak bygget på at Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i anbudskonkurranse 1 og anbudskonkurranse 2. De måtte dermed betraktes som konkurrenter. Følgelig utgjorde inngivelse av felles tilbud gjennom SFD et samarbeid mellom Ski Taxi og Follo Taxi. Samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10.

- 22 Konkurransetilsynets vedtak lyder som følger: “SFDs inngivelse av felles tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi var ... et anbudssamarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter. De to taxisentralene samarbeidet om pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeidet medførte at Ski Taxi og Follo Taxi ikke konkurrerte om å inngi separate tilbud i Anbudskonkurranse 1 og Anbudskonkurranse 2. Konkurransetilsynet har derfor kommet til at det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning.”
- 23 Follo tingrett avsa 8. februar 2013 dom der Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldig. Tingretten kom til at partene ikke var potensielle konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og kun delvis i anbudskonkurranse 2. Tingretten fant at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD ikke utgjorde en formålsrestriksjon. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ble ansett å kunne ha konkurransebegrensende virkning, men tingretten kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket.
- 24 Borgarting lagmannsrett kom i dom 17. mars 2015 til at Konkurransetilsynets vedtak var gyldig. Lagmannsretten bygget på at taxisentralene var konkurrenter i anbudskonkurranse 1 og anbudskonkurranse 2. Den kom til at inngivelsen av felles tilbud gjennom SFD var egnet til å begrense konkurransen og at samarbeidet utgjorde en formålsrestriksjon. Lagmannsretten ila følgelig Ski Taxi, Follo Taxi og SFD overtredelsesgebyr på henholdsvis 100 000 kroner, 200 000 kroner og 1 million kroner.

- 25 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anket dommen til Høyesterett. Anken angår ikke Borgarting lagmannsretts vurdering av faktum som bygget på at Follo Taxi og Ski Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i anbudskonkurranse 1 og anbudskonkurranse 2 og dermed var konkurrenter. Dette faktagrunnlag kan derfor legges til grunn i den rådgivende uttalelse.
- 26 Ved beslutning 24. juli 2015 tillot Høyesterett anken fremmet hva gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse. Forhandlingene i den anmodende domstol gjelder foreløpig bare spørsmålet om inngivelse av felles tilbud gjennom SFD på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon.
- 27 Den 24. februar 2016 mottok EFTA-domstolen en anmodning fra Høyesterett om en rådgivende uttalelse.

#### IV SPØRSMÅL

---

- 28 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:
- Hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53?**
    - Er det i denne forbindelse tilstrekkelig for å kategorisere en adferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende?**
  - Hvilken rettslig betydning har det for vurderingen av om en adferd er en formålsovertredelse at samarbeidet ble gjort åpent for den anskaffende myndighet?**

3. **Hvilke rettslige kriterier skal særlig tillegges vekt ved vurderingen av om et samarbeid, som skjer ved at to konkurrerende selskaper innleverer et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, og hvor de to foretakene skal være underleverandører til det felleseide foretaket, skal anses som en formålsovertredelse?**

## **V SKRIFTLIGE INNLEGG**

---

29 I medhold av artikkel 20 i Domstolens vedtekter og artikkel 97 i Domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- Ski Taxi, Follo Taxi og SFD, representert ved advokat Stephan L. Jervell,
- Den norske stat, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Clémence Perrin, og Øyvind Bø, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Henning Leupold, Hubert van Vliet og Teresa Vecchi, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

## VI SAMMENDRAG AV FREMSATTE ARGUMENTER OG FORSLAG TIL SVAR

---

### SKI TAXI, FOLLO TAXI OG SFD

30 Innledningsvis anfører Ski Taxi, Follo Taxi og SFD at i motsetning til hva den norske stat har påstått for den anmodende domstol, kom verken Konkurransetilsynet eller Borgarting lagmannsrett til at Ski Taxi og Follo Taxi hadde avtalt å avstå fra å inngi tilbud hver for seg. Å legge til grunn at det foreligger en slik avtale mellom Ski Taxi og Follo Taxi, utgjør således et nytt element som EFTA-domstolen etter Veiledning for prosessfullmektiger i forbindelse med den skriftlige og muntlige forhandlingen ved EFTA-domstolen<sup>1</sup> skal se bort fra.<sup>2</sup>

### DET FØRSTE SPØRSMÅL

- 31 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anfører at for at en gitt atferd skal kunne klassifiseres som en formålsrestriksjon, er det ikke tilstrekkelig at atferden er egnet til å begrense konkurransen. Den må vise seg å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen.
- 32 I denne sammenheng gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 forbyr avtaler som “har til formål eller virkning” å begrense konkurransen. Bare de alvorligste og mest skadelige begrensninger bør klassifiseres som formålsrestriksjoner.<sup>3</sup> De anfører at det i så måte bør utvises varsomhet siden

---

1 Det vises til veiledningens avsnitt B1 tredje ledd.

2 Det vises til dommen i *AC-ATEL Electronics Vertriebs GmbH mot Hauptzollamt München-Mitte*, C-30/93, EU:C:1994:224 (avsnitt 18).

3 Det vises særlig til uttalelse fra generaladvokat Wahl i *Groupement des cartes bancaires mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958 (avsnitt 54–61).

formålsrestriksjoner (i) er forbudt uten at det kreves bevist at de har konkurransebegrensende virkning, (ii) ikke omfattes av *de minimis*-regelen eller enkeltunntaket etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, (iii) antas å begrense konkurransen i merkbar grad, og (iv) generelt medfører bøter på 10 prosent av årsomsetningen for foretak som har utvist slik atferd.

- 33 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD kan vurderingstemaet Borgarting lagmannsrett har anvendt, og som er i tråd med Høyesteretts rettspraksis, ikke følges. Lagmannsretten la til grunn at atferd bør klassifiseres som en formålsrestriksjon dersom den er egnet til å begrense konkurransen. Den la videre til grunn at siden Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg i stedet for felles tilbud, og siden de ved å inngi felles tilbud hadde avtalt den pris som skulle tilbys den anskaffende myndighet, var deres atferd egnet til å begrense konkurransen og utgjorde dermed en formålsrestriksjon.
- 34 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD følger det av rettspraksis fra Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”), særlig dens dom i *Cartes bancaires*,<sup>4</sup> av Kommisjonens retningslinjer med hensyn til

---

4 Det vises til dommene i *Groupement des cartes bancaires mot Kommisjonen*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204 (avsnitt 58); *Dole Food Company, Inc. og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, C-286/13 P, EU:C:2015:184 (avsnitt 115–117); *SIA ‘Maxima Latvija’ mot Konkurences padome*, C-345/14, EU:C:2015:784 (avsnitt 20); *Toshiba Corporation mot Kommisjonen*, C-373/14 P, EU:C:2016:26 (avsnitt 26); og *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484 (avsnitt 30 og 31).

formålsrestriksjoner,<sup>5</sup> ESAs generelle retningslinjer<sup>6</sup> og ESAs horisontale retningslinjer,<sup>7</sup> at atferd kan klassifiseres som en formålsrestriksjon dersom den er “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”, det vil si dersom erfaringen viser at slik atferd sannsynligvis får slike skadelige virkninger.

- 35 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjør derfor gjeldende at det for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, ikke er tilstrekkelig at den er egnet til å begrense konkurransen. EU-domstolens konklusjoner i *T-Mobile* om at en samordnet opptreden kan anses å ha et konkurransebegrensende formål om den er “egnet ... til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”<sup>8</sup> ble avvist i *Cartes bancaires*, som satte en høyere standard for å klassifisere en atferd som en formålsrestriksjon, nemlig at den er “tilstrekkelig skadelig for konkurransen”. Dette argument understøttes av den senere dom i *Maxima Latvija*. I denne sak la EU-domstolen til grunn at en bestemmelse som innebar at leietakeren av forretningslokaler i et hypermarked, en detaljist, kunne hindre utleieren i å leie ut lokaler

- 
- 5 “Commission Staff Working Document of 25 June 2014 – Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, accompanying the Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) TFEU (De Minimis Notice)”, EUT 2014 L 291, s. 1 (“Kommisjonens retningslinjer med hensyn til formålsrestriksjoner”). Det vises til side 3, der det står at “the distinction between ‘restrictions by object’ and ‘restrictions by effect’ arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings reveal such a sufficient degree of harm to competition that there is no need to examine their actual or potential effects”.
- 6 Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, OJ 2007 C 208, s. 1, og EØS-tillegg til EUT 2007 nr. 42, s. 1 (“ESAs generelle retningslinjer”). Det vises til ESAs generelle retningslinjer punkt 21.
- 7 Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2013 C 362, s. 3, og EØS-tillegg til EUT 2016 nr. 47, s. 1 (“ESAs horisontale retningslinjer”). Det vises til ESAs horisontale retningslinjer (avsnitt 24).
- 8 Det vises til dommen i *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, EU:C:2009:343 (avsnitt 31).

til tredjemann, herunder konkurrerende detaljister, potensielt kunne ha den virkning at den begrenset nevnte detaljisters adgang til markedet. Imidlertid konkluderte EU-domstolen med at de aktuelle avtaler “ikke ... innebar en slik skade for konkurransen at de nevnte avtaler måtte anses å utgjøre en formålsrestriksjon”.<sup>9</sup>

- 36 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD finner det hensiktsmessig deretter å besvare det tredje spørsmål og til slutt det annet spørsmål.

## DET TREDJE SPØRSMÅL

- 37 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjør gjeldende at inngivelse av felles tilbud ikke utgjør en formålsrestriksjon. Bare alvorlige restriksjoner, som fastsettelse av priser, begrensnings av produksjon eller fordeling av markeder, er formålsrestriksjoner. Det er tilfelle ved rigging av tilbud, som lagt til grunn i Kommisjonens retningslinjer med hensyn til formålsrestriksjoner.<sup>10</sup> Ifølge ESAs horisontale retningslinjer utgjør ikke felles innkjøpsavtaler alvorlige restriksjoner med mindre de benyttes som redskap for å drive skjult kartellvirksomhet.<sup>11</sup> Det samme gjelder for inngivelse av felles tilbud.
- 38 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD må man, for å vurdere om inngivelse av felles tilbud er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, med andre ord om felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, ta hensyn til innholdet i avtalen mellom partene som inngir de felles

---

9 Det vises til dommen i *SIA ‘Maxima Latvija’*, som omtalt over (avsnitt 22 og 23).

10 Det vises til Kommisjonens retningslinjer med hensyn til formålsrestriksjoner, som omtalt over (punkt 2.4).

11 Det vises til ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over (avsnitt 205).



tilbud, avtalens formål, dens økonomiske og rettslige kontekst og partenes intensjon. Dette er kriteriene definert i *Cartes bancaires*.<sup>12</sup>

- 39 For det første fastholder Ski Taxi, Follo Taxi og SFD at det verken av innholdet i avtalen om å inngi felles tilbud eller av vilkårene i de felles tilbud kan utledes at inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon. De vedgår at inngivelse av felles tilbud innebærer en avtale mellom partene som innga de felles tilbud, om prisen som skulle tilbys den anskaffende myndighet. Tjenesten anbudet gjaldt, utføres imidlertid i fellesskap av partene som innga de felles tilbud. Inngivelse av felles tilbud gir tilbydere anledning til å slå sammen sine begrensede ressurser og inngi mer konkurransedyktige tilbud. Derfor kan ikke inngivelse av felles tilbud sidestilles med en ren avtale om fastsettelse av priser. Det fremgår ikke av den rettspraksis som klassifiserer prisfastsettelse som en formålsrestriksjon, at inngivelse av felles tilbud også utgjør en formålsrestriksjon. Videre var partene som innga de felles tilbud i den foreliggende sak, nemlig Ski Taxi og Follo Taxi, ikke forpliktet til å avstå fra å inngi tilbud hver for seg. Hadde de vært underlagt en slik forpliktelse, ville inngivelsen av felles tilbud ha måttet bli vurdert etter læren om tilknyttede begrensninger.
- 40 For det andre gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at for å kunne avgjøre om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til hvilke målsetninger partene som innga de felles tilbud hadde. I den foreliggende sak var deres mål å tilby økt kapasitet i markedet. En slik målsetning er legitim og kan ikke anses prinsipielt å begrense konkurransen. Videre sies det verken i SFDs aksjonæravtale eller i SFDs

---

12 Det vises til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 53 og 54).

strategidokument *uttrykkelig* at SFD har i oppgave å inngi felles tilbud på vegne av aksjonærene. Uansett ville SFD eventuelt bare tillegges oppgaven med å inngi felles tilbud i *store* anbudskonkurranser.

- 41 For det tredje gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at selv om det er viktig å vurdere den økonomiske og rettslige kontekst for en gitt atferd for å kunne fastslå om den utgjør en formålsrestriksjon, kan klassifiseringen som formålsrestriksjon ikke alene baseres på kontekst.<sup>13</sup> Når det gjelder rettslig kontekst, finnes det uansett ingen rettspraksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen og heller ingen beslutningspraksis hos Kommisjonen eller ESA som tilsier at inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon. Når det gjelder den økonomiske kontekst, ble ikke dette viet tilstrekkelig oppmerksomhet av Borgarting lagmannsrett.
- 42 For det fjerde gjør Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjeldende at for å kunne avgjøre om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, kan det tas hensyn til partenes subjektive intensjoner, selv om dette langt fra er en nødvendig faktor.<sup>14</sup> I den foreliggende sak la lagmannsretten til grunn at partene ikke hadde til hensikt å begrense konkurransen.
- 43 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD gjør følgelig gjeldende at inngivelse av felles tilbud ikke utgjør en formålsrestriksjon. De anfører tvert imot at juridisk litteratur og den franske konkurransemyndighet har lagt til grunn at inngivelse av felles tilbud må vurderes på grunnlag av dets eventuelle konkurransebegrensende virkning.<sup>15</sup>

---

13 Det vises til uttalelse fra generaladvokat Wahl i *Cartes bancaires* mot Kommisjonen, som omtalt over (avsnitt 44 og 45).

14 Det vises til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 54).

15 Det vises til Bellamy & Child, *European Union Law of Competition* (2013), s. 330-333, og til den franske konkurransemyndighets beslutning nr. 05-D-24 av 31. mai 2005 og nr. 03-D-01 av 14. januar 2003.

- 44 Hva dette angår, påberoper Ski Taxi, Follo Taxi og SFD seg avsnitt 30 i ESAs horisontale retningslinjer. Avsnitt 30 hører under et avsnitt med tittelen “konkurransbegrensende virkninger”. Her heter det at “horisontale samarbeidsavtaler mellom konkurrenter som, basert på objektive faktorer, ikke ville være i stand alene til å gjennomføre prosjektet eller aktiviteten samarbeidet omfatter ... vil normalt ikke utløse konkurransbegrensende virkninger”. Etter deres oppfatning kan det utledes av nevnte avsnitt at en avtale mellom konkurrenter som ikke er i stand til alene å gjennomføre prosjektet som omfattes av avtalen, må vurderes med hensyn til dens virkning på konkurransen, med andre ord at den ikke utgjør en formålsrestriksjon. Videre har Konkurransetilsynet selv erkjent i sin Veiledning om prosjektsamarbeid at dersom bare én av partene som inngir et felles tilbud er i stand til å inngi et tilbud alene, må det foretas en vurdering av virkningene av det felles tilbud.<sup>16</sup> Når det gjelder inngivelse av felles tilbud av parter der begge er i stand til å inngi tilbud hver for seg, anser juridisk og økonomisk litteratur at dette ikke utgjør en formålsrestriksjon.<sup>17</sup>
- 45 Endelig anfører Ski Taxi, Follo Taxi og SFD at å klassifisere inngivelse av felles tilbud som en formålsrestriksjon har den ulempe at små og mellomstore bedrifter skremmes fra å inngi felles tilbud, selv om slike tilbud kan øke konkurransepresset på ledende markedsaktører. En annen ulempe er at det er vanskelig å skille mellom tilbydere som er i stand til å inngi tilbud alene, og tilbydere som ikke er det.

---

16 Det vises til avsnitt 42 i Konkurransetilsynets Veiledning om prosjektsamarbeid av 24. februar 2014.

17 Det vises til side 15 i betenkningen “Prosjektsamarbeid”, utarbeidet på oppdrag fra Konkurransetilsynet av Erling Hjelmeng og Tommy Stahl Gabrielsen i november 2011, og til artiklene av Simen Klevstrand: “Joint bid labelled ‘by object’ infringement”, publisert på Nordic Competition Blog 30. mars 2015, og “EFTA Court to consider joint bidding”, publisert på Nordic Competition Blog 22. mars 2016.

## DET ANNET SPØRSMÅL

- 46 Ifølge Ski Taxi, Follo Taxi og SFD fremkom det klart av tilbudene inngitt av SFD i anbudskonkurranse 1 og 2 at de var gitt på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi, og at Ski Taxi og Follo Taxi ville være underleverandører til SFD. Selv om Ski Taxi, Follo Taxi og SFD erkjenner at slik åpenhet ikke er til hinder for at den aktuelle praksis kan ha begrensning som formål, understreker de at tilbudsrigging av typen proformatilbud, avståelse fra anbud, anbudsrotasjon og markedsfordeling, som er formålsrestriksjoner, vanligvis holdes hemmelig.

## FORSLAG TIL SVAR

- 47 Ski Taxi, Follo Taxi og SFD anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Det fremgår av EU-rettspraksis at begrepet formålsrestriksjon bare kan anvendes på visse typer samarbeid mellom foretak som er tilstrekkelig skadelig for konkurransen i et slikt omfang at det kan legges til grunn at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene.*

*Denne rettspraksis har sitt utspring i det faktum at visse typer samarbeid mellom foretak etter deres art kan anses å være skadelig for normal konkurranse. Det er følgelig etablert at sannsynligheten for at visse former for samordnet atferd, som horisontal prisfastsettelse av karteller, har negative virkninger, særlig på pris, kvantitet eller kvalitet på varene og tjenestene, kan betraktes som så høy at det kan anses som overflødig, ved anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, å bevise at de faktisk påvirker markedet. Erfaring viser at slik atferd fører til lavere produksjon og høyere pris, og dermed til en dårlig fordeling av ressurser, noe som særlig går ut over forbrukerne.*

*For å kategorisere en atferd som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53, er det følgelig ikke tilstrekkelig at samarbeidet bare er egnet til å begrense konkurransen. Klassifiseringen som formålsrestriksjon kan anvendes bare på en avtale som etter sin art, det vil si at det altså ikke er nødvendig å vurdere dens faktiske eller mulige virkninger, har en slik alvorsgrad eller skadegrad at dens negative innvirkning på konkurransen synes svært sannsynlig.*

- 2. Selv om det ikke er et avgjørende kriterium for begrepet formålsrestriksjon, kan det faktisk at samarbeidet foregår åpenlyst, underbygge at det aktuelle samarbeid ikke utgjør en formålsrestriksjon. Dette er en relevant faktor ved vurderingen av avtalens innhold og formål og den kontekst avtalen inngår i, i tillegg til partenes subjektive intensjon. I tilfelle av felles tilbud fra konkurrenter tilsier derfor åpenhet overfor den anskaffende myndighet at det felles tilbud faktisk innebærer et felles tilbud om felles utførelse av de aktuelle tjenester, og at det ikke benyttes som redskap for å drive skjult kartellvirksomhet, det vil si ulovlig fastsettelse av priser, begrensning av produksjon eller fordeling av markeder.*
- 3. For å vurdere om en avtale mellom foretak er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i. Dessuten, selv om partenes intensjon ikke er en nødvendig faktor i denne sammenheng, kan denne faktor tas i betraktning.*

*Dette er også de relevante kriterier ved vurderingen av om et felles tilbud fra to foretak, som hver for seg er i stand til å inngi tilbud, utgjør en formålsrestriksjon. Særlig når det gjelder innholdet i bestemmelsene og formålet med samarbeidet, må det blant annet vurderes*

- (i) om det felles tilbud innebærer et samarbeid om felles utførelse av kontraktstjenestene,
- (ii) om avtalen gjennomføres åpent i forhold til den anskaffende myndighet, og
- (iii) om avtalen om å inngi det felles tilbud er eksklusiv, altså om den hindrer partene i å inngi tilbud hver for seg i samme anbudskonkurranse.

*I den utstrekning det felles tilbud innebærer et samarbeid om felles utførelse av tjenester, fremsettes åpent i forhold til den anskaffende myndighet og ikke pålegger partene eksklusivitet, kan samarbeidet etter sin art, og i fravær av alvorlige restriksjoner, ikke være tilstrekkelig skadelig for konkurransen i et slikt omfang at det er sannsynlig at det vil få negativ innvirkning på konkurransen. I denne sammenheng er ikke et felles pristilbud om felles ytelse av tjenester det samme som "prisfastsettelse" etter artikkel 53 nr. 1 bokstav a). Under disse omstendigheter er faktorene i tilknytning til den økonomiske og rettslige kontekst for det felles tilbud som sådan ikke egnet til å etablere eksistensen av et konkurransebegrensende formål. Det er heller ikke partenes subjektive intensjon.*

## DEN NORSKE STAT

### DET FØRSTE SPØRSMÅL

48 Den norske stat anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Dette følger av EU-domstolens dommer i *ING Pensii* og *Toshiba*.<sup>18</sup> Når en avtale er klassifisert som en formålsrestriksjon, kan dens virkninger bare tas i

---

<sup>18</sup> Det vises til dommene i *ING Pensii*, som omtalt over (avsnitt 31), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 26).

betraktning ved fastsettelsen av botens størrelse og vurderingen av erstatningskrav.<sup>19</sup>

- 49 For å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst.<sup>20</sup>
- 50 Når det gjelder partenes intensjon, fastholder den norske stat at dette ikke er en avgjørende faktor, selv om ingenting er til hinder for at de kompetente konkurransemyndigheter eller domstoler kan ta dette i betraktning.<sup>21</sup> Ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, er det derfor irrelevant at partene ikke hadde noen intensjon om å begrense konkurransen på markedet men tok sikte på å styrke den.<sup>22</sup> Forfølgelsen av legitime mål kan bare vektlegges etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.<sup>23</sup>
- 51 Den norske stat er uenig i argumentet fremsatt av Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at terskelen for å klassifisere en avtale som formålsrestriksjon er høyere i *Cartes bancaires* enn i *T-Mobile*. I *Cartes bancaires* la EU-domstolen til grunn at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. I *T-Mobile* la den til grunn at en samordnet opptreden kan anses som en formålsrestriksjon dersom den i en gitt sak er

---

19 Det vises særlig til dommene i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 31), og *Allianz Hungária Biztosító Zrt. m.fl.*, C-32/11, EU:C:2013:160 (avsnitt 38).

20 Det vises til dommene i *ING Pensii*, som omtalt over (avsnitt 33), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 27).

21 Det vises til dommene i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 27), og *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 54).

22 Det vises til dommene i *General Motors BV mot Kommisjonen*, C-551/03 P, EU:C:2006:229 (avsnitt 64), og *Competition Authority mot BIDS*, C-209/07, EU:C:2008:643 (avsnitt 21).

23 Det vises til dommene i *VSPOB m.fl. mot Kommisjonen*, T-29/92, EU:T:1995:34 (avsnitt 96, 140 og 178), og *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 21).

egnet til å begrense konkurransen.<sup>24</sup> Slik den norske stat ser det, er kriteriet for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon det samme i *Cartes bancaires* som i *T-Mobile* og gjenspeiler EU-domstolens tidligere praksis.<sup>25</sup> Som senere bekreftet i *Dole Food* og *Toshiba*, utgjør en avtale en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.<sup>26</sup>

- 52 I denne sammenheng anfører den norske stat at når en avtale først er klassifisert som en formålsrestriksjon, er det ikke nødvendig å bevise konkurransebegrensende virkninger for å kunne konkludere med at det foreligger overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. For å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er det følgelig tilstrekkelig at den har *potensielle* konkurransebegrensende virkninger, med andre ord at den er egnet til å begrense konkurransen. *Faktiske* konkurransebegrensende virkninger av en slik avtale kan bare tas i betraktning ved fastsettelse av botens størrelse. Den norske stat konkluderer med at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er det tilstrekkelig å bevise at den har potensielle konkurransebegrensende virkninger, det vil si at den er egnet til å begrense konkurransen.
- 53 Den norske stat finner det hensiktsmessig deretter å besvare det tredje spørsmål og til slutt det annet spørsmål.

---

24 Det vises til dommene i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 49), og *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 31).

25 Det vises særlig til uttalelse fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba*, C-373/14 P, EU:C:2015:427 (avsnitt 51).

26 Det vises til dommene i *Dole Food*, som omtalt over (avsnitt 122), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 31).



## DET TREDJE SPØRSMÅL

- 54 Sett hen til kravet om uavhengighet og hensynet til normalkonkurransen, understreker den norske stat innledningsvis at EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er ment å forby enhver form for samordning mellom foretak som bevisst erstatter konkurranserisiko med et innbyrdes praktisk samarbeid.<sup>27</sup>
- 55 Den norske stat gjør gjeldende at avtaler som angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, nemlig fastsettelse av priser, begrensning av produksjon, fordeling av markeder, anvendelse av ulike vilkår for likeverdige ytelser, samt tilleggsytelser, utgjør den harde kjerne av formålsrestriksjoner. Selv om også andre avtaler enn dem som er angitt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 kan anses som formålsrestriksjoner, vil en slik klassifisering kreve en grundigere analyse av deres økonomiske og rettslige kontekst, selv om en slik analyse ikke vil omfatte en undersøkelse av virkningene av dem.<sup>28</sup> For eksempel ble en markedsdelingsavtale i *Toshiba* ansett som en formålsrestriksjon. Ettersom markedsdeling er nevnt i TEUV artikkel 101 nr. 1 bokstav c), var analysen av den økonomiske og rettslige kontekst begrenset til det som var strengt nødvendig for å bringe på det rene at det forelå en formålsrestriksjon. Analysen av den økonomiske og rettslige kontekst hadde bare til formål å vurdere om partene i avtalen var konkurrenter.<sup>29</sup> For prisfastsettelse gjelder samme begrunnelse. Prisfastsettelse er nevnt i TEUV artikkel 101 nr. 1 bokstav a) og anses som en formålsrestriksjon selv om

---

27 Det vises til dommene i *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 123), og *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 34).

28 Det vises til uttalelse fra generaladvokat Wathelet i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 72, 73 og 74).

29 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 29–34).

avtalepartene bare fastsetter én priskomponent<sup>30</sup> eller de fastsetter prisen indirekte gjennom utveksling av informasjon.<sup>31</sup>

- 56 Den norske stat gjør gjeldende at avtaler der bare deler faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner, likevel kan utgjøre formålsrestriksjoner. For eksempel er markedsføringsavtaler, det vil si avtaler mellom konkurrenter om å selge, distribuere eller markedsføre den annens erstatningsprodukter, ikke ført opp under TEUV artikkel 101 nr. 1. Derfor faller de ikke innenfor den harde kjerne av restriksjoner. Likevel kan partene i en markedsføringsavtale koordinere priser. I så tilfelle er det sannsynlig, ifølge ESAs horisontale retningslinjer, at markedsføringsavtalene utgjør formålsrestriksjoner.<sup>32</sup> Markedsføringsavtalen vil imidlertid ikke utgjøre en formålsrestriksjon dersom den ifølge ESAs horisontale retningslinjer “objektivt sett er nødvendig for at en part skal kunne tre inn på et marked den ikke kunne ha kommet inn på alene eller med et mer begrenset antall parter enn det antall som faktisk deltar i samarbeidet”. I en slik situasjon må det foretas en vurdering av virkningene av avtalen, selv om den normalt ikke begrenser konkurransen.<sup>33</sup> Den norske stat mener at inngivelse av felles tilbud kan anses som en samarbeidsavtale. Det fremgår av avsnitt 237 i ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over, at en samarbeidsavtale “objektivt sett er nødvendig” bare dersom *ingen* av partene i samarbeidsavtalen kunne ha kommet inn på markedet uten denne avtale. På samme måte er inngivelse av felles tilbud “objektivt sett nødvendig” bare dersom *ingen* av partene som har inngitt det felles tilbud, kunne ha inngitt et tilbud alene.

---

30 Det vises til dommen i *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 145 og 146).

31 Det vises særlig til dommen i *Dole Food*, som omtalt over (avsnitt 122).

32 Det vises til ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over (avsnitt 225 og 234).

33 Det vises til ESAs horisontale retningslinjer, som omtalt over (avsnitt 237).

57 Den norske stat understreker at uavhengigheten til markedsaktører, som må bestemme sin politikk på markedet på selvstendig grunnlag,<sup>34</sup> er spesielt viktig når disse aktører utarbeider tilbud. Derfor er ethvert samarbeid mellom tilbydere skadelig. Som Kommisjonen uttalte i *European Sugar Industry*: “I et anbudssystem er konkurranse avgjørende. Dersom tilbudene som inngis av dem som deltar, ikke er resultatet av individuelle økonomiske kalkyler, men av kunnskap om tilbudene fra de andre deltakerne eller av samråd med dem, blir konkurransen hindret, eller i det minste vridt eller begrenset”.<sup>35</sup> I *VSPOB m.fl.* la Underretten til grunn at samråd mellom potensielle konkurrenter etter en anbudsinnbydelse hadde som *formål* og virkning å begrense konkurransen ettersom det kunne føre til fastsettelse av visse vilkår i tilbudene.<sup>36</sup> Videre har Stockholms tingsrätt nylig lagt til grunn at felles tilbud av potensielle konkurrenter er formålsrestriksjoner.<sup>37</sup> Det samme gjorde det danske Konkurrenceankenævnet.<sup>38</sup> OECD har også advart mot situasjoner der “to eller flere foretak sender inn et “felles tilbud” selv om minst ett av foretakene kunne ha inngitt tilbud alene”.<sup>39</sup>

---

34 Det vises særlig til dommen i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 32).

35 Det vises til kommisjonsbeslutning av 2. januar 1973 om anvendelse av bestemmelsene i EØF-traktaten artikkel 85 og 86 (IV-26 918 – *European Sugar Industry*), EFT 1973 L 140, s. 7 (avsnitt II, F).

36 Det vises til dommen i *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 123).

37 Det vises til dommen i Stockholms tingsrätt 21. januar 2014, *Konkurrensverket mot Däckia m.fl.*, s. 136.

38 Det vises til Konkurrenceankenævnets kjennelse 11. april 2016, *Eurostar m.fl. mot Konkurrencerådet*, s. 17-18.

39 Det vises til OECDs rundebordskonferanse om “Public Procurement – The Role of Competition Authorities in Promoting Competition”, DAF/COMP (2007), 8. januar 2008, s. 9 og 146.

- 58 I den foreliggende sak fastholder den norske stat at Ski Taxi og Follo Taxis inngivelse av felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2 utgjør en formålsrestriksjon.
- 59 Når det gjelder det første kriterium det skal tas hensyn til ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens innhold og formål, gjør den norske stat gjeldende at både Ski Taxi og Follo Taxi hadde tilstrekkelig kapasitet til å inngi tilbud hver for seg i anbudskonkurranse 1 og 2. Inngivelse av felles tilbud av foretak som hver for seg har kapasitet til å inngi tilbud, er særlig skadelig fordi det innebærer en form for samordning som bevisst erstatter konkurranserisiko med et innbyrdes praktisk samarbeid. For det første medfører inngivelse av felles tilbud en reduksjon i antall tilbydere og en eliminasjon av potensiell konkurranse mellom de parter som inngir det felles tilbud. For det andre setter de parter som sender inn det felles tilbud, seg i den anskaffende myndighets sted. For det tredje kan inngivelse av felles tilbud sammenlignes med en markedsføringsavtale der partene avtaler priser, som faller innenfor den harde kjerne av restriksjoner. For det fjerde avtalte Ski Taxi og Follo Taxi også antall dedikerte biler, noe som innebærer å fastsette “andre forretningsvilkår” etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav a og/eller å “begrense eller kontrollere produksjon” etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 bokstav b. Endelig utgjør inngivelsen av felles tilbud en avtale om markedsdeling, fordi Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg.
- 60 Når det gjelder det annet kriterium som må tas i betraktning i vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, nemlig dens økonomiske og rettslige kontekst, minner den norske stat om at partene i det felles tilbud bare trenger å være potensielle konkurrenter. Siden Ski Taxi og Follo Taxi kunne ha inngitt tilbud hver for seg, må de betraktes som potensielle konkurrenter.

- 61 Derfor er avtalen den foreliggende sak gjelder, etter den norske stats oppfatning tilstrekkelig skadelig for konkurransen og må anses som en formålsrestriksjon.
- 62 Den norske stat anfører at argumentene fremsatt av Ski Taxi, Follo Taxi og SFD, ikke svekker denne konklusjon.
- 63 For det første, når det gjelder argumentet fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at deres felles tilbud inngår i et bredere, legitimt samarbeid, gjør den norske stat gjeldende at de felles tilbud saken gjelder, omfatter prisfastsettelse, som er en formålsrestriksjon. Videre ville det bare være dersom Ski Taxi og Follo Taxi hadde manglet tilstrekkelige ressurser til å inngi separate tilbud, at deres felles tilbud kunne blitt ansett som konkurransefremmende. I den foreliggende sak hadde Ski Taxi og Follo Taxi ressurser til å inngi tilbud hver for seg. Selv om de felles tilbud skulle anses å ha legitime, konkurransefremmende virkninger, ville slike virkninger bare kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. De er irrelevante for å vurdere om de felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.
- 64 For det andre, når det gjelder argumentet fremsatt av Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at deres felles tilbud ikke er tilstrekkelig skadelig for den normale konkurranse, fastholder den norske stat at de felles tilbud eliminerte potensiell konkurranse mellom Ski Taxi og Follo Taxi med hensyn til pris. Videre ville eksistensen av eller fraværet av en avtale om konkurransebegrensning der Ski Taxi og Follo Taxi avstår fra å inngi egne tilbud, bare være relevant for å påvise én enkelt, vedvarende overtredelse siden opprettelsen av SFD i 2001. Om det foreligger en avtale om konkurransebegrensning eller ikke, er imidlertid irrelevant for å kunne vurdere om Ski Taxi og Follo Taxi, ved å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse 1 og 2, har overtrådt EØS-avtalen artikkel 53.

65 For det tredje, med hensyn til argumentet fra Ski Taxi, Follo Taxi og SFD om at inngivelse av felles tilbud bare kan ha konkurransebegrensende virkninger dersom partene som inngir det felles tilbud, har vesentlige markedsandeler, minner den norske stat om at klassifiseringen av en avtale som en formålsrestriksjon ikke innebærer noen vurdering av avtalens virkninger. Uansett kan ikke markedsrett i en anbudskonkurranse vurderes med henvisning til markedsandeler i markedet generelt, ettersom markedet defineres av den anskaffende myndighet (som det fremgår av det faktum at Oslo universitetssykehus i anbudskonkurranse 2 hadde definert mindre anbudsområder enn i anbudskonkurranse 1 for å styrke konkurransen).

## DET ANNET SPØRSMÅL

66 Den norske stat gjør gjeldende at det for å vurdere om et felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om samarbeidet mellom partene fremgikk av tilbudet.

67 I denne sammenheng anfører den norske stat at det er irrelevant om åpenhet om at et tilbud er felles, viser at partene ikke hadde til hensikt å begrense konkurransen. Som nevnt over, er partenes subjektive intensjon ikke en nødvendig faktor ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon. Videre kan en avtale anses som en formålsrestriksjon selv om den ikke bare har som mål å begrense konkurransen, men også forfølger legitime mål.<sup>40</sup> Uansett var Ski Taxi og Follo Taxi i denne sak åpne om at de var underleverandører til SFD bare fordi konkurransegrunnlaget krevde det. Av denne opplysning kan det derfor ikke trekkes noen konklusjon med hensyn til deres intensjoner.

---

40 Det vises til dommen i *General Motors*, som omtalt over (avsnitt 64).

68 Den norske stat gjør videre gjeldende at det for å vurdere om et felles tilbud er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er irrelevant om partene opplyste om at tilbudet var felles. I den foreliggende sak reduserte de felles tilbud antallet potensielle tilbydere og eliminerte konkurransen mellom partene. De medførte også at partene samordnet alle vilkår i tilbudene, det vil si pris, kvantitet og kvalitet. Dette er konkurransebegrensninger som foreligger enten den anskaffende myndighet opplyses eller ikke om at tilbudet er felles. Derfor kan en avtale utgjøre en formålsrestriksjon uten hensyn til om partene har opplyst om samarbeidet. Dette er i tråd med EU-domstolens dommer i *BIDS* og *VSPOB*.<sup>41</sup> Dette er også i tråd med Stockholms tingsrätts dom 21. januar 2014, som fastsetter at “Frågan om ett avtal har funnits öppet eller i det fördolda saknar dock betydelse för att kunna avgöra om det har konkurrensbegränsande syfte eller effekt”, og med det danske Konkurrenceankenævnets kjennelse 11. april 2016.<sup>42</sup>

## FORSLAG TIL SVAR

69 Den norske stat anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Klassifiseringen av en avtale som en formålsrestriksjon gjelder visse former for samordning mellom foretak som er så skadelig for konkurransen at det ikke er noen grunn til å undersøke virkningene. Denne rettspraksis har sitt utspring i det faktum at visse typer*

---

41 Det vises til dommene i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 4–10 og 40), og *VSPOB m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 359 og 360).

42 Det vises til dommen i Stockholms tingsrätt av 21. januar 2014, som omtalt over (s. 134), og det danske Konkurrenceankenævnets kjennelse av 11. april 2016, som omtalt over (s. 18).

*samarbeid mellom foretak etter deres art kan anses å være skadelig for normalkonkurransen. En avtale har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 dersom den, ut fra dens innhold og formål og dens rettslige og økonomiske kontekst, i en gitt sak er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.*

- 2. Inngivelse av felles tilbud av potensielle konkurrenter etter en anbudsinnbydelse, uten hensyn til om kontraktstildeleren opplyses om dette, vil etter sin art være skadelig for normal konkurranse i et anbudssystem. For klassifiseringen av et felles tilbud som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er det derfor uvesentlig om samarbeidet mellom foretakene fremkommer av tilbudet. Gunstige virkninger og legitime formål som brukes som begrunnelse for slikt samarbeid, kan bare vurderes etter kriteriene fastsatt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.*
- 3. Ved vurderingen av om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, må det særlig vurderes om en eller flere av deltakerne kunne ha inngitt tilbud på egen hånd, og dermed om inngivelse av felles tilbud objektivt sett var nødvendig. Inngivelse av felles tilbud av potensielle konkurrenter utgjør en formålsrestriksjon ettersom det fører til fastsettelse av konkurranseparametere, herunder salgspriser, og innebærer at konkurranserisikoen erstattes med et innbyrdes praktisk samarbeid. Et felles tilbud har følgelig et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 i situasjoner der de deltakende foretak kunne ha inngitt tilbud hver for seg.*



ESA

## SPØRSMÅLET OM ANMODNINGEN KAN BEHANDLES

70 ESA gjør gjeldende at selv om saken for den anmodende domstol gjelder en rent intern situasjon, har EFTA-domstolen domsmyndighet. Det er fast rettspraksis at den har domsmyndighet i situasjoner der de faktiske forhold i saker som er oppe til behandling i nasjonale domstoler, ikke omfattes direkte av EØS-retten, men der disse bestemmelser har blitt gjort gjeldende etter nasjonal lovgivning, som i interne situasjoner anvender samme prinsipp som det som er fastsatt i EØS-retten.<sup>43</sup> I den foreliggende sak spiller konkurranseloven § 10 EØS-avtalen artikkel 53. Derfor har EFTA-domstolen domsmyndighet.

## DET FØRSTE SPØRSMÅL

71 ESA anfører at en avtale utgjør en formålsrestriksjon dersom den er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.<sup>44</sup> For å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i.<sup>45</sup>

72 I denne sammenheng gjør ESA gjeldende at for avtaler som tidligere er funnet å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige kontekst begrenses til det som er strengt nødvendig for å kunne vurdere om avtalen utgjør en

---

43 Det vises særlig til dommen i *Allianz Hungária*, som omtalt over (avsnitt 20).

44 Det vises til dommene i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 57), og *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 26).

45 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 27).

formålsrestriksjon. Formålet med en slik analyse er å vurdere om den aktuelle avtale under de gitte omstendigheter kan anses å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen. En avtale kan for eksempel utgjøre en formålsrestriksjon dersom avtalepartene er konkurrenter, mens en tilsvarende avtale der avtalepartene ikke er konkurrenter, ikke nødvendigvis vil utgjøre en slik restriksjon. Derfor kreves en analyse av den økonomiske og rettslige kontekst.<sup>46</sup>

- 73 Videre gjør ESA gjeldende at for å kunne klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon, er det tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.

## DET ANNET SPØRSMÅL

- 74 ESA gjør gjeldende at det for å vurdere om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om den anskaffende myndighet ble opplyst om samarbeidet mellom partene. Videre er det for dette formål irrelevant om avtalepartene hadde en subjektiv intensjon om å begrense konkurransen eller om de hadde andre legitime mål.<sup>47</sup>

## DET TREDJE SPØRSMÅL

- 75 ESA anfører at det er den anmodende domstol selv som må vurdere om inngivelse av et felles tilbud fra Ski Taxi og Follo Taxi utgjør en formålsrestriksjon. ESA foreslår imidlertid at det gis noe veiledning i dette spørsmål.

---

46 Samme sted (avsnitt 29).

47 Det vises til dommen i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 21).

- 76 ESA gjør gjeldende at inngivelse av et felles tilbud uvegerlig innebærer samarbeid mellom partene om prisen som tilbys anskaffende myndighet. Videre kan dette sammenlignes med en markedsdelingsavtale ettersom partene i fellesskap yter den aktuelle tjeneste og deler kontraktene som blir tildelt.
- 77 Siden det er fast rettspraksis at fastsettelse av priser og markedsdelingsavtaler er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, kan analysen av den økonomiske og rettslige kontekst for det felles tilbud inngitt av Ski Taxi og Follo Taxi etter ESAs syn begrenses til en vurdering av om disse foretak er faktiske eller potensielle konkurrenter. Derfor kan eventuelle konkurransefremmende elementer, om slike finnes, bare kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.
- 78 Endelig gjør ESA gjeldende at underleverandøravtaler må analyseres i hvert enkelt tilfelle.<sup>48</sup> Det er intet som hindrer konkurrenter i å opptre som underleverandører for hverandre. Dette må imidlertid ikke medføre at samarbeid erstatter konkurranse.

## FORSLAG TIL SVAR

- 79 ESA anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:
1. *Det rettslige vurderingstema ved vurderingen av om en avtale mellom foretak har et konkurransebegrensende formål etter EØS-avtalen artikkel 53, er om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, i betraktning av innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i. For å kunne kategorisere en avtale som en formålsovertredelse, er det*

---

48 Det vises til ESAs generelle retningslinjer og ESAs horisontale retningslinjer.

*tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.*

2. *Det faktum at et samarbeid foregår åpenlyst, er ikke en avgjørende faktor ved vurderingen av om en atferd utgjør en formålsovertredelse.*
3. *De rettslige kriterier som må vektlegges ved vurderingen av et samarbeid som skjer ved at to konkurrerende foretak inngir et felles tilbud gjennom et felleseiet foretak, er om det er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, i betraktning av innholdet i dets bestemmelser, dets formål og den økonomiske og rettslige kontekst det inngår i. For å kunne kategorisere en avtale som en formålsovertredelse, er det tilstrekkelig at avtalen, som i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, er egnet til å begrense konkurransen.*

## KOMMISSJONEN

### DET FØRSTE SPØRSMÅL

- 80 Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolen i *Cartes bancaires* klart har angitt at en avtale har et konkurransebegrensende formål dersom den i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.<sup>49</sup>
- 81 Kommisjonen bestrider Ski Taxi, Follo Taxi og SFDs påstand om at EU-domstolen i *Cartes bancaires* satte en høyere standard enn i sin tidligere dom i *T-Mobile*. Riktignok la EU-domstolen til grunn i *T-Mobile* at for at en avtale skulle kunne kategoriseres som en formålsrestriksjon, måtte den ganske enkelt være “egnet i en gitt

---

49 Det vises til dommene i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 57), *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 15), og *Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH*, 56/65, EU:C:1966:38, s. 249.

sak, i betraktning av den økonomiske og rettslige kontekst, til å begrense konkurransen”.<sup>50</sup> Men ved å legge til grunn i *T-Mobile* at en avtale utgjør en formålsrestriksjon bare fordi den er egnet til å begrense konkurransen, søkte ikke EU-domstolen å definere standarden for klassifisering av en avtale som en formålsrestriksjon; den søkte å avvise den anmodende domstols påstand om at det for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er nødvendig å vurdere dens virkninger. EU-domstolen fastsatte ikke på noen måte i *T-Mobile* en lavere standard som innebar at enhver avtale som er egnet til å begrense konkurransen, utgjør en formålsrestriksjon. I motsetning til hva *Ski Taxi*, *Follo Taxi* og *SFD* påstår, innebar altså ikke dommen i *Cartes bancaires* at EU-domstolen tilsidesatte standarden fastsatt i *T-Mobile*. Standarden for å klassifisere en avtale som en formålsrestriksjon er, og har alltid vært, at den må være tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Dette ble bekreftet i den påfølgende dom i *Toshiba*.<sup>51</sup>

- 82 Kommisjonen konstaterer imidlertid at en avtale ikke kan utgjøre en formålsrestriksjon om den ikke er egnet til å begrense konkurransen. Dette skyldes at TEUV artikkel 101 ikke kommer til anvendelse annet enn i situasjoner der det foreligger konkurranse som kan begrenses. Selv om en avtale må være egnet til å begrense konkurransen for å kunne klassifiseres som en formålsrestriksjon, kan den følgelig ikke klassifiseres som sådan bare fordi den er egnet til å begrense konkurransen; den må også være tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

---

50 Det vises til dommen i *T-Mobile*, som omtalt over (avsnitt 31).

51 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 26).

- 83 Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolen har lagt til grunn at horisontal prisfastsettelse,<sup>52</sup> markedsdeling,<sup>53</sup> kundedeling<sup>54</sup> og felles kapasitetsbegrensning<sup>55</sup> er formålsrestriksjoner. Kategorien formålsrestriksjoner omfatter imidlertid også andre, mindre innlysende restriksjoner som kan kreve en nærmere vurdering av avtalen.
- 84 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, må dens innhold og formål, samt dens økonomiske og rettslige kontekst, analyseres.<sup>56</sup> Selv om partenes intensjon ikke er en nødvendig faktor, kan den tas i betraktning.<sup>57</sup>
- 85 For det første, når det gjelder avtalens innhold og formål, gjør Kommisjonen gjeldende at det bør tas hensyn ikke bare til avtalens ordlyd,<sup>58</sup> men også til det materielle innhold i det som var avtalt mellom partene. En avtale som ikke har konkurransebegrensning som eneste formål, men som også har andre, legitime mål, kan utgjøre en formålsrestriksjon.<sup>59</sup>
- 86 For det annet, når det gjelder avtalens økonomiske og rettslige kontekst, anfører Kommisjonen at det er nødvendig å ta hensyn til de berørte varer eller tjenesters art i tillegg til de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur.<sup>60</sup> Det kan bli nødvendig å

---

52 Det vises særlig til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 51).

53 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 28).

54 Det vises til dommen i *ING Pensii*, som omtalt over (avsnitt 32).

55 Det vises til dommen i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 33–40).

56 Det vises særlig til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 53).

57 Samme sted (avsnitt 54).

58 Det vises særlig til dommen i *BIDS*, som omtalt over (avsnitt 21).

59 Det vises særlig til dommen i *General Motors*, som omtalt over (avsnitt 64).

60 Det vises særlig til dommen i *Cartes bancaires*, som omtalt over (avsnitt 78).

undersøke om partene er konkurrenter, om markedet er tosidig eller regulert, og om den aktuelle restriksjon er tilknyttet, det vil si “objektivt sett nødvendig” for en annen, bredere virksomhet som ikke er konkurransebegrensende.<sup>61</sup> Imidlertid kan det ikke tas hensyn til virkningene av avtalen eller av partenes markedsrett. Kommisjonen gjør gjeldende at EU-domstolens begrunnelse i *Toshiba*, nemlig at analysen av den økonomiske og rettslige kontekst for en markedsdelingsavtale kan begrenses til det som er strengt nødvendig for å kunne vurdere om den utgjør en formålsrestriksjon, bør anvendes på andre innlysende, etablerte formålsrestriksjoner, som prisfastsettelse.<sup>62</sup>

## DET ANNET SPØRSMÅL

87 Kommisjonen gjør gjeldende at det for å vurdere om inngivelse av felles tilbud utgjør en formålsrestriksjon, er irrelevant om den anskaffende myndighet ble opplyst om samarbeidet mellom partene. Det som er relevant, er om inngivelse av felles tilbud i seg selv er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Om samarbeidet foregikk i det skjulte eller var åpent for den anskaffende myndighet, har ingen betydning for dette. Samarbeid som har foregått offentlig, har for øvrig blitt funnet å utgjøre en formålsrestriksjon.<sup>63</sup>

## DET TREDJE SPØRSMÅL

88 Kommisjonen gjør gjeldende at for å kunne vurdere om inngivelse av felles tilbud, eller noen form for avtale, utgjør en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til dens innhold og formål, den økonomiske

---

61 Det vises til dommene i *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, C-439/09, EU:C:2011:649 (avsnitt 39–47), og *MasterCard Inc. m.fl. mot Europakommisjonen*, C382/12 P, EU:C:2014:2201 (avsnitt 90–95 og 107).

62 Det vises til dommen i *Toshiba*, som omtalt over (avsnitt 29).

63 Det vises til dommen i *BIDS*, som omtalt over.

rettslige kontekst den inngår i, og – selv om det ikke er en nødvendig faktor – partenes intensjoner.

- 89 Når det gjelder avtalens innhold og formål, anfører Kommissjonen at det følger av SFDs strategidokument og SFDs aksjonæravtale at SFD ble etablert for det første for å redusere konkurransen mellom Ski Taxi og Follo Taxi, og dernest for å styrke deres markedsposisjon i forhold til tredjeparter.
- 90 Med hensyn til avtalens økonomiske og rettslige kontekst gjør Kommissjonen gjeldende at Ski Taxi og Follo Taxi var konkurrenter innenfor hver av de syv kommunene i Follo-regionen. Videre er det av særlig betydning at både Ski Taxi og Follo Taxi ifølge anmodningen om rådgivende uttalelse kunne ha inngitt tilbud hver for seg; inngivelsen av felles tilbud er dermed ikke nødvendig for at de skal kunne tre inn på markedet.<sup>64</sup>
- 91 Videre anfører Kommissjonen at inngivelsen av felles tilbud inngikk i en bredere ordning, der SFD ble etablert som leverandør av administrative oppgaver for Ski Taxi og Follo Taxi. Derfor kan inngivelsen av felles tilbud utgjøre en begrensning tilknyttet driften av SFD. Dersom dét er tilfelle og driften av SFD ikke er konkurransebegrensende, ville ikke inngivelse av felles tilbud omfattes av EØS-avtalen artikkel 53. Det bør dermed vurderes om inngivelsen av felles tilbud var “strengt nødvendig” for driften av SFD.<sup>65</sup> Det bør nærmere bestemt vurderes om å samle de administrative ressursene gjennom etableringen av SFD forutsatte samarbeid om pris, kvalitet og kapasitet, som ble oppnådd gjennom inngivelse av felles tilbud.

---

64 Det vises til Kommissjonens retningslinjer for anvendelse av artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2011 L 11, s. 1 (avsnitt 237).

65 Det vises til dommen i *Master Card*, som omtalt over (avsnitt 91).



- 92 Endelig gjør Kommisjonen gjeldende at det at en avtale ikke bare søker å begrense konkurransen, men har andre, legitime mål, er irrelevant for vurderingen av om den utgjør en formålsrestriksjon. Slike tilleggsmål kan bare vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.

## FORSLAG TIL SVAR

- 93 Kommisjonen anmoder derfor EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

1. *Det rettslige vurderingstema ved vurderingen av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53, er om den i seg selv er så skadelig for konkurransen at den etter sin art må anses skadelig for normal konkurranse.*

*De kriterier som må anvendes for å gjøre denne vurdering, krever en analyse av avtalens innhold og formål og av den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i.*

*Videre er EFTA-domstolen ikke forhindret i sin vurdering av om en avtale utgjør en formålsrestriksjon, fra å ta hensyn til avtalepartenes intensjoner.*

*Det er ikke tilstrekkelig for å kategorisere en atferd som en formålsovertredelse etter EØS-avtalen artikkel 53, at samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen. Selv om avtaler må være egnet til å begrense konkurransen for å kunne utgjøre formålsrestriksjoner, er denne egnethet alene ikke tilstrekkelig til å konkludere med at de har et konkurransebegrensende formål, med mindre det bevises at avtalen er så skadelig for konkurransen at den etter sin art begrenser konkurransen.*

2. *Det faktum at samarbeidet foregår åpenlyst, har ingen rettslig betydning for vurderingen av om det utgjør en formålsrestriksjon.*
  
3. *Anvendelsen av de rettslige kriterier som er brukt for å vurdere om en avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen og dermed utgjør en formålsrestriksjon, varierer ikke avhengig av omstendighetene i saken.*

*Derfor bør en avtale om å inngi et felles tilbud vurderes med hensyn til dens innhold og formål og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen inngår i.*

*I denne sammenheng er Kommisjonen av den oppfatning at det bør legges særlig vekt på (i) den ordlyd partene selv har brukt for å beskrive samarbeidet, (ii) at den nasjonale domstol fant det bevist at begge parter kunne ha inngitt tilbud hver for seg, og (iii) at formålet med å inngi felles tilbud vanligvis er å samordne priser.*

**Carl Baudenbacher**  
*Saksforberedende dommer*