



DOMSTOLENS DOM

22. desember 2016*

(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

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,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk.

- 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 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

- 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 utnyttes 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, *T-Mobile 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 *T-Mobile 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*, C-286/13 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*, C-209/07, 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*, C-439/09, EU:C:2011:649, avsnitt 39 til 47, og *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, C-382/12 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; *SLA '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 sammenheng 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, [...] 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 det 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 videresalgpris (*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

konkurranseregulerende 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 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.**
- 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