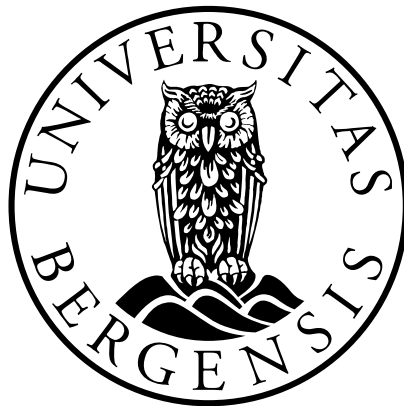


Prosjektsamarbeid som formålsovertredelse

Kandidatnummer: 79

Antall ord: 14959



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema og problemstillinger	3
1.2 Avgrensninger	4
1.3 Rettskilder og metode	5
1.4 Videre fremstilling.....	7
2 Formålsvilkåret.....	8
2.1 Innledning	8
2.2 Vurderingstema og terskel.....	9
2.3 Avtalens innhold.....	13
2.4 Avtalens formål	14
2.5 Avtalens kontekst	15
2.5.1 Konkurransefremmende virkninger og forholdet til konkurranseloven § 10 (3)20	
2.6 Oppsummering	22
3 Prosjektsamarbeid som formålsrestriksjoner	23
3.1 Innledning.....	23
3.2 Ski Follo Taxi	24
3.2.1 Presentasjon av faktum.....	24
3.2.2 Vurderingen av formålsvilkåret	25
3.3 Faktiske eller potensielle konkurrenter.....	26
3.4 Mulighet til å levere separate tilbud	31
3.4.1 Innledende betraktninger	31
3.4.2 Faktisk mulighet til å levere inn separate tilbud	32
3.4.3 Mulighet til å levere inn separat tilbud etter tilpasninger.....	33
3.4.4 Andre momenter i vurderingen	37
3.5 Betydningen av at samarbeidet skjedde åpent.....	39
3.6 Kritikk av Ski Follo Taxi.....	40
3.7 Oppsummering	42
4 Konkurranseloven § 10 (3).....	43
4.1 Innledning	43
4.2 Første vilkår	44

4.3	Tredje vilkår	46
4.4	Oppsummering	49
5	Oppsummering	50
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

Oppgavens problemstilling er når prosjektsamarbeid utgjør en formålsovertredelse etter konkurranseloven § 10.¹ Grensen mellom formålsvilkåret og virkningsvilkåret i § 10 er et sentralt og mye omtalt tema innenfor konkurranseretten, og den nøyaktige grensedragningen er fortsatt noe uklar. Uklarheter omkring hvor grensen for formålsovertredelse går kan føre til usikkerhet om hvilke typer samarbeid som er lovlige, noe som kan føre til at foretak vegrer seg for å inngå samarbeid som er lovlige, i frykt for å motta store bøter. Det er dermed viktig å få en avklaring på hvor grensen for slikt samarbeid går.

Et sentralt spørsmål er hva som menes med prosjektsamarbeid. Konkurransetilsynet definerer prosjektsamarbeid som samarbeid mellom to eller flere foretak om enkeltstående prosjekter, som typisk vil kunne gå ut på «inngivelse av et felles tilbud, samarbeid om anskaffelse og bruk av ressurser samt bruk av underleverandøravtaler og utveksling av informasjon».²

Oppgaven vil fokusere på formålsvilkåret i konkurranseloven § 10. Bestemmelsen er en forbudsbestemmelse, i den forstand at den forbyr visse former for virksomhet. Bestemmelsens første ledd inneholder vilkårene for at en avtale er forbudt etter denne bestemmelsen.

Vilkårene er at det må foreligge en «avtale», «beslutning», eller «samordnet opptreden», som er truffet av et «foretak eller sammenslutning av foretak», som «har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». I denne oppgaven vil som nevnt formålsvilkåret være fokuset. Om disse vilkårene er oppfylt, følger det av bestemmelsens annet ledd at avtalen ikke har noen rettsvirkning. Videre gjør bestemmelsens tredje ledd unntak fra første ledd; om visse vilkår er oppfylt, vil en avtale som oppfyller vilkårene i første ledd anses som lovlig.

¹ Lov 05. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

² Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 1.

Problemstillingen har gjort seg gjeldende de siste årene gjennom to saker fra Konkurransetilsynet, nemlig Ski Follo Taxi («Taxi-saken») og El-Proffen.³ I begge sakene konkluderte Konkurransetilsynet med at det forelå en formålsovertredelse. Det ble vektlagt at foretakene var faktiske eller potensielle konkurrenter, og at de objektivt sett kunne ha levert separate tilbud. Jeg skal analysere hvordan disse vurderingene skal foretas. Et annet moment er at partene var helt åpne om samarbeidet. Det kan stilles spørsmål om åpenheten skal få betydning i vurderingen av formålsvilkåret, og i så fall i hvilken grad.

Videre følger det av § 10 (3) at avtaler som krenker første ledd i noen tilfeller kan anses som lovlige, om visse vilkår er oppfylt. Bestemmelsen skiller ikke mellom formålsovertredelser eller virkningsovertredelser, men det er klart fra praksis at denne vilkårene sjeldnere er oppfylt ved formålsovertredelser, noe Konkurransetilsynet viser til i de nevnte sakene. Her vil jeg se på hvordan bestemmelsen kan anvendes i prosjektsamarbeidssaker. Fokuset vil ligge på tredje ledds første vilkår, nemlig «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling».

1.2 Avgrensninger

Oppgavens hovedtema vil være rekkevidden av formålsvilkåret knyttet til prosjektsamarbeid. Vurderingen av virkningsvilkåret i krrl. § 10 vil falle utenfor oppgavens område, da formålsvilkåret er mest interessant i denne sammenhengen. En slik drøftelse ville heller ikke vært mulig innenfor oppgaves omfang. Jeg vil heller se på grensen for når en slik virkningsvurdering er nødvendig. Heller ikke læren om tilknyttede begrensninger blir behandlet i oppgaven.

I oppgaven vil jeg fokusere på situasjoner der to eller flere foretak samarbeider om felles innlevering av et tilbud, og er åpne om dette samarbeidet. Utenfor dette temaet havner

³ KT-2011-12V Ski Follo Taxi og KT-2017-21V El-Proffen.

samarbeid der det ene foretaket blir lovet en underleverandørkontrakt, og tilfeller der foretakene fordeler kontrakter mellom seg over lengre tid, såkalt «bid-rigging».

I prosjektsamarbeid vil foretakene være i en situasjon der det kan være fristende å utveksle konkurransesensitiv informasjon med konkurrenten. En slik utveksling kan i seg selv være en overtredelse av krrl. § 10.⁴ Vurderingen av hvordan slik utveksling bryter med krrl. § 10 vil ikke bli diskutert i oppgaven.

1.3 Rettskilder og metode

Konkurranseloven § 10 utgjør en frivillig harmonisering av norsk rett med EØS-retten.⁵ Etter EØS-avtalen artikkel 53 følger det at en lik regel gjelder avtaler «som kan påvirke handelen mellom avtalepartene [EØS- og EU-landene]», men EØS-avtalen forplikter oss ikke til å ha lignende regler for nasjonal rett, så lenge man ikke forbyr avtaler som er lovlige etter EØS-retten.⁶ Vi har likevel frivillig valgt å gjenspeile den nasjonale rettstilstanden med den som gjelder innenfor EU/EØS-retten. EØS-avtalen artikkel 53 gjenspeiler igjen artikkel 101 TFEU innenfor EU-retten. Harmoniseringen innebærer at krrl. § 10 skal tolkes i lys av disse artiklene. EU/EØS-rettslige kilder vil derfor ha stor innflytelse på tolkningen av bestemmelsen.⁷

EU-domstolens utgjør en prejudikatdomstol innenfor EU-retten.⁸ Avgjørelser fra domstolen vil derfor være sentrale for forståelsen av krrl. § 10. Tolkningen av dommene ligner metoden for tolkning av norsk høyesterettspraksis, men mange av dommene vil være knappe i premissene, noe som kan gjøre det vanskelig å tolke. Her kan det dermed bli nødvendig å se til andre begrunnelser for domsresultatet, som konstruert ratio decidendi.⁹ Prejudikatsverdien av dommene vil bero på kvaliteten av avgjørelsen. Prejudikatsvirkningen til en dom kan

⁴ Se for eksempel sak C-286/13 P, *Dolefood Inc Company v Commission*, ECLI:EU:C:2015:184.

⁵ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.3.

⁶ NOU 2001:28 punkt 10.2.

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

⁸ Fredriksen og Mathisen (2018), s. 315.

⁹ *Ibid*, s. 316-317.

begrenses ved svak argumentasjon, men her må terskelen være høy, grunnet EUs mål om ensartet fortolkning av regelverket.¹⁰

Innenfor EU-retten blir konkurranseregelverket håndhevet av EU-Kommisjonen, som etterforsker mulige brudd på konkurranseregelverket. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og Konkurransetilsynet har lignende roller innenfor EØS-området og Norges håndheving av konkurranseregelverket.¹¹ Et spørsmål blir da hvilken betydning praksis fra disse organene har for tolkningen av formålsvilkåret. Praksisen har ikke den samme tolkningsverdien som praksis fra EU-domstolen, men den vil kunne gi veiledning på hvordan konkurranseregelverket har blitt tolket tidligere.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen utgjør sentrale rettskilder for oppgaven. Avgjørelsene er i utgangspunktet rådgivende, jf. ODA-avtalen artikkel 34.¹² Spørsmålet om avgjørelsene sin vekt har vært oppe for Høyesterett ved flere anledninger; i Holship-saken ble det uttalt at rettspraksis herfra skal tillegges «stor vekt».¹³ Avgjørelser skal altså ikke legges uprøvd til grunn, noe som også fremkommer i Finanger I, der Høyesterett uttaler at de har en myndighet og plikt til å selvstendig ta stilling til om den aktuelle rettsavgjørelsen skal legges til grunn.¹⁴ Likevel skal slike avgjørelser bare fravikes der det foreligger «særlige grunner».¹⁵ Så selv om Høyesterett ikke anser avgjørelsene fra EFTA-domstolen som rettslig bindende, skal det mye til før de kommer til et annet resultat. Disse dommene gjaldt spørsmål om EØS-rett gjennomført i norsk rett, men også innenfor konkurranseretten har Høyesterett lagt stor vekt på EFTA-domstolens uttalelser, se for eksempel HR-2017-1229-A Ski Taxi. Avgjørelsens betydning vil derfor være noenlunde den samme ved tilfeller av frivillig harmonisering som ved konkurranseretten.

¹⁰ Ibid, s. 321.

¹¹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) art. 55 og konkurranseloven § 9.

¹² Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.

¹³ HR-2016-2554-P Holship, avsnitt 77.

¹⁴ Rt. 2000 s. 1811 Finanger I, s. 1820.

¹⁵ HR-2016-2554-P Holship, avsnitt 77.

1.4 Videre fremstilling

Videre skal jeg i kapittel 2 se hen til hvordan formålsvilkåret skal tolkes på generelt grunnlag. Deretter skal jeg i kapittel 3 overføre denne tolkningen til prosjektsamarbeid, for å drøfte hvor grensen for formålsovertredelser går for denne typen avtaler. I kapittel 4 skal jeg vurdere når et prosjektsamarbeid oppfyller vilkårene i krrl. § 10 tredje ledd, før jeg avslutningsvis i kapittel 5 oppsummerer hva jeg har kommet frem til i oppgaven.

2 Formålsvilkåret

2.1 Innledning

En konkurransebegrensende avtale er en avtale som på en eller annen måte begrenser konkurransen mellom to eller flere foretak.¹⁶ Dette kan skje på utallige måter, og alt fra alvorlig kartellvirksomhet til bindende videresalgspriser kan rammes av forbudet.

Samarbeidet kan foregå mellom mange bedrifter over lang tid og med et stort omfang, eller det kan være snakk om et mindre samarbeid mellom to aktører. Alvorlighetsgraden for avtalene som rammes er svært varierende.

I dette kapitlet skal jeg se på grensedragningen for formålsvilkåret; for å oppfylle vilkårene for krrl. § 10 må det foreligge en avtale med «formål eller virkning» å begrense konkurransen. EU-domstolen har i *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* avklart at vilkårene er alternative, slik at det er tilstrekkelig at et av de er oppfylt.¹⁷ Dette innebærer at om en avtale har et konkurransebegrensende «formål», er det ikke nødvendig å påvise at avtalen har en konkurransebegrensende «virkning».

Formålsvilkåret rammer avtaler som «is so likely to have negative effects [...], that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 81(1) EC, to prove that they have actual effects on the market», altså avtaler som sjelden har andre virkninger enn å begrense konkurransen.¹⁸ Det er snakk om avtale typer der erfaring viser at de fører til «falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers».¹⁹ Formålskategorien kan på den måten sees på som en forenklet versjon av virkningsvurderingen; siden denne typen avtalen så å si alltid har en konkurransebegrensende virkning, vil ikke en grundig og tidkrevende vurdering av avtalens virkning være nødvendig. Dette må sees i sammenheng med effektivitetshensyn; i de

¹⁶ Whish og Bailey (2018) s. 82.

¹⁷ Sak 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECLI:EU:C:1966:38.

¹⁸ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 51.

¹⁹ Sak C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52, avsnitt 64.

åpenbare tilfellene av overtredelser vil det være sløsing med ressurser å måtte foreta en full evaluering av de økonomiske virkningene.

Skillet mellom konkurransebegrensende formål og virkning er et viktig skille innenfor konkurranseretten, og det av flere grunner. For det første må konkurransemyndighetene som nevnt ikke påvise noen konkurransebegrensende virkning for å finne en avtale ulovlig der avtalen har et konkurransebegrensende formål, noe som sparer de mye tid og ressurser. Samtidig betyr dette at foretakene ikke kan vise til en manglene virkning som motbevis, da dette ikke er en nødvendig vurdering.²⁰ De aktuelle avtalene kan bli lovlige gjennom å oppfylle vilkårene i tredje ledd, men i motsetning til første ledd, der konkurransemyndighetene har bevisbyrden, vil foretakene selv ha bevisbyrden ved denne vurderingen.²¹ For de involverte kan dermed skillet mellom formåls- og virkningskategorien ha stor betydning. Videre vil vilkårene i tredje ledd sjeldnere være oppfylt ved formålsovertredelser; det kreves som regel sterkere fordeler for å oppveie for skadevirkningene en formålsovertredelse har enn ved en virkningsovertredelse.²²

En annen virkning av klassifiseringen er at de minimis-læren ikke kommer til anvendelse. EU Kommisjonens «Notice on Agreements of Minor Importance» viser hvilke avtaler som kan nyttiggjøres av læren, og setter opp visse terskler der hvis avtalen er under terskelen, er den ikke ansett som merkbar. Læren ble først utformet av EU-domstolen i *Völk v Vervaecke*.²³ I *Expedia* ble det derimot klart at læren ikke gjelder for formålsovertredelser.²⁴ For avtaler som havner under terskelen som er oppstilt av EU-Kommisjonen, har dermed klassifiseringen som formålsovertredelse stor betydning.

2.2 Vurderingstema og terskel

²⁰ Bailey og John (red.) (2018) s. 172.

²¹ Rådsforordning nr. 1/2003 av 16. desember 2002, artikkel 2.

²² Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, avsnitt 46.

²³ Sak 5-69, Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:35.

²⁴ Sak C-226/11, Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others, ECLI:EU:C:2012:795, avsnitt 37.

Det må vurderes hvor grensen mellom formålsovertredelse og virkningsovertredelse går. Grensen må trekkes opp på bakgrunn av rettspraksis, men praksis gir ikke et klart svar på nøyaktig hvor grensen mellom kategoriene går. Grensedragningen er fortsatt den dag i dag et omstridt tema.²⁵ Flere dommer omhandler spørsmålet, og vurderingstemaet blir gjerne formulert som et spørsmål om det foreligger «such coordination reveals in itself a sufficient degree of harm to competition».²⁶ At avtalen må være tilstrekkelig skadelig på konkurransen viser at kategorien er ment for de mest skadelige formene for avtaler. Dette må sees i lys av formålet med kategorien, nemlig å begrense vurderingene av avtalens virkning til de tilfeller en slik vurdering er nødvendig. EU-domstolen i *Cartes Bancaires* uttrykker dette på en god måte: avtalen må vise en «sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects».²⁷ Også EFTA-domstolen og Høyesterett har fulgt opp dette vurderingstemaet i Taxi-saken.²⁸ Vurderingen av om avtalen har en “sufficient harm to competition” må ta hensyn til «the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part».²⁹ Man kan dermed ikke bare se hen til avtalens vilkår og virkninger, men må inkludere en kontekstuell tolkning i vurderingen av om formålsvilkåret er oppfylt. Dommen viser til en snever forståelse av formålskategorien. Avtalens innhold, formål og kontekst vil bli grundigere gjennomgått i punkt 2.3-2-5.

Nyere dommer fra EU-domstolen om formålsovertredelse er *Budapest Bank* og *Generics*.³⁰ Dommene gjentar vurderingstemaet som kommer frem i *Cartes Bancaires*, nemlig at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt.³¹ Budapest Bank gjald fastsettelse av «interchange fee» mellom banker.³² Spørsmålet var om dette kunne anses som en formålsovertredelse. Det ble vist til formålskategorien ikke kunne brukes i «the absence of proven harmfulness of the provisions of that agreement to competition».³³ Denne vurderingen må baseres på om det finnes «reliable and robust experience» for at avtalen er skadelig for konkurransen, altså

²⁵ Whish og Bailey (2018) s. 122.

²⁶ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 57.

²⁷ *Ibid* avsnitt 49.

²⁸ Sak E-3/16 *Ski Follo Taxi* avsnitt 48 og HR-2017-1229-A avsnitt 39.

²⁹ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 53.

³⁰ Sak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, ECLI:EU:C:2020:265 og sak C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52.

³¹ Sak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, ECLI:EU:C:2020:265 avsnitt 54.

³² *Ibid*, avsnitt 4.

³³ *Ibid*, avsnitt 65.

tilstrekkelig robust erfaring for at avtaletypen er konkurransebegrensende.³⁴ Kravet må sees i sammenheng med det overordnede vurderingstemaet om tilstrekkelig skade på konkurransen; om man ikke har robuste erfaringer for at avtalen er konkurransebegrensende, er den bedre egnet for en virkningsanalyse.

Et spørsmål i denne sammenheng er hva som menes med robuste erfaringer. For en mer detaljert forklaring på begrepet kan man se hen til generaladvokat Bobeks forklaring fra *Budapest Bank*: «Is there a relatively widespread and consistent practice of the European competition authorities and/or of the courts of the Member States supporting the view that agreements such as that at issue are generally harmful to competition?».³⁵ Uttalelsen viser at det kreves den vid og konsistent praksis for at å oppfylle kravet om robuste erfaringer. Generaladvokaten vurderer om det finnes en bred praksis innenfor EU, men kommer frem til at i denne saken fantes det bare praksis fra et enkelt tilsyn, nemlig Kommisjonen. Denne praksisen var i tillegg inkonsistent, da Kommisjonen tidligere hadde antydnet at en virkningsvurdering var nødvendig. Det blir også lagt stor vekt på mangelen av økonomisk teori til å underbygge standpunktet, da konkurranse hovedsakelig er et økonomisk konsept.

Generics omhandlet avtaler inngått mellom GlaxoSmithKline og produsenter av generiske legemidler. Avtalene omhandlet et forlik mellom GSK og produsentene om en tvist mellom partene om en patent holdt av GSK.³⁶ Avtalen ble av konkurransemyndighetene sett på som en markedsdelingsavtale, og spørsmålet var om avtalen utgjorde en formålsovertredelse. Domstolen viderefører den restriktive tolkningen fra *Cartes Bancaires*. Siden slike forliksavtaler kan rettfærdiggjøres, er det ikke tilstrekkelig at avtalen innebærer en formuesforskyvning mot at den ene parten ikke trer inn på markedet. Domstolen finner likevel at det foreligger en formålsovertredelse der forlikssummer er så store at de «cannot have any explanation other than the commercial interest of both the holder of the patent and the party allegedly infringing the patent not to engage in competition on the merits».³⁷ Dommen viser

³⁴ Ibid, avsnitt 76.

³⁵ Uttalelse fra generaladvokat Bobek, Sak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, ECLI:EU:C:2019:678, avsnitt 63. Resten av avsnittet bygger på avsnitt 63-73.

³⁶ Sak C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52, avsnitt 11-14.

³⁷ Ibid, avsnitt 87.

på samme måte som *Budapest Bank* en snever forståelse av når formålsvilkåret kommer til anvendelse.

En nyere dom om formålsvilkåret er LB-2018-161470 (forlagssaken). Som lagmannsrettsdom er rettskildevekten av dommen begrenset, men dommen inneholder en god gjennomgang av senere praksis fra EU-retten omkring temaet. Det vises her til uttalelsen fra generaladvokat Bobek i *Budapest Bank*, som beskriver vurderingen av formålsvilkåret som en vurdering i to trinn; først en vurdering av avtalens innhold og formål, og deretter en vurdering av avtalens kontekst.³⁸

Formålsvilkåret må dermed tolkes restriktivt, og terskelen for formålsvilkåret må settes høyt, slik at bare de tilfeller der en virkningsvurdering er unødvendig omfattes. Det kan spørres om det kan sies noe mer om hvor terskelen går. I Taxi-saken ble det uttalt av EFTA-domstolen at «bare atferd hvis skadelige natur lett lar seg påpeke, i lys av erfaringer og økonomiske forhold, bør betraktes som en formålsrestriksjon».³⁹ Uttalelsen er basert på en uttalelse fra generaladvokat Wahl i *Cartes Bancaires*, uten at den ble tatt med i dommen.⁴⁰ Den har dermed ikke en forankring i rettspraksis fra EU-domstolen, og det har i teorien blitt uttrykt skepsis til uttalelsen.⁴¹ Her har likevel EU-domstolen i *Budapest Bank* satt opp et krav om «reliable and robust experience» for at avtalen er konkurransebegrensende.⁴² Uttalelsen viser at selv om det kanskje ikke kan oppstilles et krav om en skadelig natur som lett kan påpekes, så må det foreligge robuste erfaringer med at avtalen er skadelig for konkurransen. Uttalelsen må også sees i sammenheng med at det skal være et klart skille mellom formålskategorien og virkningskategorien. Om det må gjøres utførlige analyser for å plassere en avtale i formålskategorien, vil dette kunne føre til en utvanning av skillet mellom kategoriene, ved at man skaper en slags mellomkategori. Dette er lite ønskelig. Formålskategorien må begrenses

³⁸ LB-2018-161470 punkt 2.3.1, som viser til uttalelse fra generaladvokat Bobek, Sak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, ECLI:EU:C:2019:678, avsnitt 42-43.

³⁹ Sak E-3/16 *Ski Follo Taxi*, avsnitt 61.

⁴⁰ Uttalelse fra generaladvokat Wahl, sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:1958, avsnitt 56.

⁴¹ For eksempel Ritter (2017) s. 10.

⁴² Se fotnote 34.

til de avtaletyper der en enklere analyse av avtalens innhold, virkninger og kontekst viser en tilstrekkelig skade for konkurransen.

Nedenfor vil jeg se nærmere på den konkrete vurderingen av formålsvilkåret, ved å analysere hvordan man skal vurdere avtalens «content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part».

2.3 Avtalens innhold

For å vurdere om det foreligger «sufficient harm to competition» må man først vurdere «content of its provisions», altså avtalens innhold. Ved vurderingen av avtalens innhold kan man ikke bare se på de formelle begrepene i avtalen, men også dens faktiske innhold i praksis: «The way in which an agreement is actually implemented may reveal a restriction by object even where the formal agreement does not contain an express provision to that effect».⁴³ En slik vurdering kan i praksis ligne på avtaletolkning.⁴⁴

Flere typer overtredelser er å anse som klassiske formålsovertredelser. Krrl. § 10 (1) inneholder en liste over avtaletyper som ofte er å anse som konkurransebegrensende. Listen er ikke å anse som uttømmende, men avtaletypene som er nevnt har som oftest et konkurransebegrensende formål.⁴⁵ Den viser blant annet til prisfiksing og markedsdeling. Avtaletypene er likevel ikke «per se» formålsrestriksjoner.⁴⁶ Selv om formålsvilkåret vanligvis er oppfylt, må det tas en konkret vurdering av avtalens formål og kontekst i tråd med retningslinjene i rettspraksis. Vurderingen trenger derimot ikke å være omfattende, som vist her i en uttalelse fra EFTA-domstolen:

⁴³ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, avsnitt 22.

⁴⁴ Hjelmeng og Sørgard (2014) s. 458-459.

⁴⁵ Whish og Bailey (2018) s. 128.

⁴⁶ Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, under punkt 2: "By object" restrictions in agreements between competitors.

«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»⁴⁷

Det gis mindre veiledning om vurderingen av formålsvilkåret utenfor de typiske kategoriene. EU-domstolen har gitt klart uttrykk for at det ikke finnes en uttømmende liste over formålsovertredelser, slik at formålsbegrepet ikke kan begrenses til de klassiske formålsovertredelsene. Det kan heller ikke stilles opp et krav om at avtaletypen tidligere har blitt klassifisert som formålsovertredelse av Kommisjonen.⁴⁸ Det er dermed fullt mulig å konkludere med at nye avtaletyper er formålsovertredelser. Vurderingen må skje i lys av de nevnte retningslinjer fra rettspraksis, særlig den restriktive tolkningen som blir vist til i *Cartes Bancaires* og *Budapest Bank*; det kreves robuste og pålitelige erfaringer med at slike avtaletyper er konkurransebegrensende. Her kan man se hen til generaladvokat Bobeks utdypning av betydningen av «robuste erfaringer», nemlig at det kreves «a relatively widespread and consistent practice of the European competition authorities and/or of the courts of the Member States supporting the view that agreements such as that at issue are generally harmful to competition».⁴⁹ Som tidligere nevnt var eneste praksis i denne saken fra EU-Kommisjonen, noe som EU-domstolen ikke mente oppfylte kravet. Når det kreves slik bred praksis, kan terskelen for å finne «nye» formålskategorier bli svært høy.

2.4 Avtalens formål

Videre må man vurdere avtalens «objectives», altså dens formål. Formålsvilkåret er objektivt, slik at en subjektiv intensjon om overtredelse ikke er nødvendig for å påvise en formålsovertredelse. En intensjon kan likevel være et relevant moment i vurderingen.⁵⁰

Videre er det klart at for en avtale som har flere formål, vil ikke et legitimt formål utelukke formålskategorien om den samtidig har et konkurransebegrensende formål.⁵¹ Det må vurderes

⁴⁷ Sak E-3/16 *Ski Follo Taxi*, avsnitt 93.

⁴⁸ Sak T-472/13, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission*, ECLI:EU:T:2016:449, avsnitt 438.

⁴⁹ Se fotnote 35.

⁵⁰ Sak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others v Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160, avsnitt 37.

⁵¹ *Bailey og John* (red.) (2018) s. 169.

når avtalens formål objektivt kan være tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Hva som er formålet med avtalen henger i stor grad sammen med avtalens innhold.

I *Beef Industry* var formålet med avtalen å endre markedsstrukturen gjennom å redusere antall aktører på markedet: “In that regard, it is apparent from the documents before the Court and from the information provided by the national court that the object of the BIDS arrangements is to change, appreciably, the structure of the market through a mechanism intended to encourage the withdrawal of competitors”.⁵² Det at aktørene mente formålet var aktverdig, nemlig å hindre overproduksjon, hindret ikke bruk av formålskategorien.⁵³ Dommen viser at avtalens formål har betydning for vurderingen av formålskategorien.

Et annet eksempel er Taxi-saken, der et formål med avtalen var at «det [mellom Ski Taxi og Follo Taxi] blir mindre konkurranse i markedet enn tidligere» og at «dette gjelder [...] prispolitikk på anbud og andre strategiske tiltak overfor markedet».⁵⁴ En del av formålet ved avtalen var da å redusere konkurransen mellom taxiselskapene involvert i samarbeidet, noe som klart er et formål om å begrense konkurransen.

2.5 Avtalens kontekst

Selv om avtalens innhold og formål viser en tilstrekkelig skade for konkurransen, må det også foretas en vurdering av avtalens «economic and legal context». Nødvendigheten av en slik vurdering vises i uttalelsen til generaladvokat Bobek i *Budapest Bank*, der dette begrunnes med at «The reason is that a purely formal assessment of an agreement, completely detached from reality, could lead to condemning innocuous or procompetitive agreements».⁵⁵ Man må

⁵² Sak C-209/07, Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., ECLI:EU:C:2008:643, avsnitt 31.

⁵³ Ibid, avsnitt 21.

⁵⁴ Sak E-3/16 Ski Follo Taxi, avsnitt 8.

⁵⁵ Uttalelse fra generaladvokat Bobek, Sak C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others, ECLI:EU:C:2019:678, avsnitt 45.

foreta en kontekstuell fortolkning for å unngå at vurderingen blir for stiv, og dermed rammer avtaletyper som ikke er egnet til å begrense konkurransen.

Et sentralt spørsmål i denne sammenheng er hvor grundig undersøkelsen av avtalens kontekst skal utføres. I Toshiba kommenter EU-domstolen på hvordan vurderingen skal foretas:

“In respect of such agreements, the analysis of the economic and legal context of which the practice forms part may thus be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object”⁵⁶

«Such agreements» viser til avtaler om markedsdeling. Uttalelsen viser at selv om det må foretas en vurdering av avtalens kontekst i vurderingen av formålsvilkåret, må ikke denne skli ut og bli en omfattende vurdering av avtalens virkning. Uttalelsen kan sees i sammenheng med systemhensyn og formålet bak regelen. Loven skiller mellom formålsovertredelser og virkningsovertredelser, altså de mer åpenbare og skadelige tilfellene av konkurransebegrensende avtaler, og der man må foreta en nærmere vurdering av avtalens virkninger. En omstendelig vurdering kan ligne på vurderingen av virkningsvilkåret, og derfor føre til en utvisking av skillet mellom formåls- og virkningskategoriene, noe man ikke har et rettslig grunnlag for å gjøre. Generaladvokaten i *Budapest Bank* uttaler at undersøkelsen skal utgjøre en «basic reality check».⁵⁷ Dette viser at vurderingen av konteksten ikke skal utgjøre en grundig vurdering av avtalens virkninger, men en mer overfladisk vurdering av avtalens evne til å begrense konkurransen. I forlagssaken tolker lagmannsretten uttalelsen som at man må foreta en generell vurdering av om det foreligger «særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende evne».⁵⁸ Finner man at avtalen ikke har potensiale til å begrense konkurransen, kan ikke formålskategorien brukes; avtalen må være «capable of having at least some impact on the market».⁵⁹

⁵⁶ Sak C-373/14 P, *Toshiba Corporation v European Commission*, ECLI:EU:C:2016:26, avsnitt 29.

⁵⁷ Uttalelse fra generaladvokat Bobek, Sak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 49.

⁵⁸ LB-2018-161470 punkt 2.3.2.

⁵⁹ Uttalelse fra generaladvokat Wathelet, Sak C-373/14 P, *Toshiba Corporation v European Commission*, ECLI:EU:C:2015:427, avsnitt 65.

I vurderingen av hvor omfattende vurdering som kreves, vil det ha betydning om avtalen en «ny» eller «gammel» formålskategori, altså om avtalen tidligere har blitt funnet å være en formålsovertredelse. Har man omfattende praksis på at en avtaletype er en formålsovertredelse, vil vurderingen av kontekst kunne være mindre intens enn ved prøving av nye kategorier. I forlagssaken viser også lagmannsretten til et slikt skille mellom «etablert eller «ny» formålskategori». ⁶⁰ Dette kan sees i sammenheng med at det ikke er nødvendig med en like omfattende vurdering av kontekst for avtaletyper der man har omfattende erfaring og rettspraksis på at er konkurransebegrensende.

Videre kan det spørres hvilke momenter som er relevante i vurderingen av avtalens kontekst. *Cartes Bancaires* omtaler dette: «When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question». ⁶¹ Det legges opp til en bred vurdering av avtalens kontekst, der både markedsforholdene og de rettslige forholdene er av betydning for vurderingen av formålsvilkåret.

Et eksempel på en slik vurdering finnes i *Generics*, der domstolen vurderer avtalens kontekst, og viser til at det i markedet for legemidler er høye «barriers of entry» og streng lovregulering av pris. ⁶² Dette ble tatt til inntekt for at det forelå en formålsovertredelse, da forholdene på markedet gjorde til at en inntreden av en ny aktør på markedet kunne føre til fall i prisene på de aktuelle legemidlene, og at en forsinket inntreden ville føre til en opprettholdelse av en monopolpris. ⁶³

Også i *Toshiba* ser EU-domstolen til en vurdering av avtalens kontekst: “The General Court also held, in paragraph 231 of the judgment under appeal, that the Gentlemen’s Agreement

⁶⁰ LB-2018-16-1470, punkt 2.3.2.

⁶¹ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 53.

⁶² Sak C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52, avsnitt 69.

⁶³ *Ibid*, avsnitt 70.

represented a 'strong indication that a competitive relationship existed' between the two categories of producers, which, as the Advocate General observes in point 100 of his Opinion, constitutes an element of the relevant economic and legal context".⁶⁴ I saken ble det spurt om en avtale mellom Toshiba og europeiske produsenter om markedsdeling av EØS-området og Japan utgjorde en formålsovertredelse. Vurderingen av konteksten fokuserte på om foretakene kunne sies å være potensielle konkurrenter, og her utgjorde da avtalen mellom foretakene en indikasjon på at det fantes konkurranse mellom foretakene, slik at foretakene kunne anses som konkurrenter.

Som dommene viser, har EU-domstolen lagt opp til en bred vurdering av avtalens kontekst, der en rekke faktorer som omhandler markedsforhold og rettslige forhold er relevante. Det er likevel viktig å huske på utgangspunktet om at vurderingen ikke skal være en virkningsvurdering. Selv om mange ulike faktorer er relevante vurderingsmoment, må ikke drøftelsen skli ut.

Et annet spørsmål er om avtalen kan utgjøre en formålsovertredelse der avtalens innhold og formål ikke finnes å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Spørsmålet går ut på om vilkåret om avtalens innhold kan sees på som et «inngangsvilkår», slik at avtalens kontekst kun er aktuelt å diskutere der denne viser en tilstrekkelig skade på konkurransen, eller om man også kan vurdere avtalens kontekst der avtalens innhold i seg selv ikke er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

I *Allianz Hungaria* måtte EU-domstolen se til avtalens kontekst for å finne en formålsovertredelse.⁶⁵ Dommen omhandlet en avtale mellom forsikringsselskap og bilreparatører, der bilreparatørene solgte forsikringer på vegne av forsikringsselskapene. Avtalens innhold gikk ut på at betalingen for reparasjoner økte basert på hvor mange forsikringer som ble solgt. Innholdet viste ikke tydelig at formålsvilkåret var oppfylt, men vilkåret ble oppfylt etter en kontekstuell tolkning. En slik avtale ville kunne eliminere

⁶⁴ Sak C-373/14 P, *Toshiba Corporation v European Commission*, ECLI:EU:C:2016:26, avsnitt 33.

⁶⁵ Sak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others v Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

konkurransen mellom ulike forsikringsselskap ved at bilreparatøren fikk et sterkt insentiv til å selge flere forsikringer fra avtaleparten, noe som ville føre til en sterk svekkelse av konkurransen mellom forsikringsselskapene.⁶⁶ Dommen har blitt kritisert, da noen mener den utvider formålskategorien for mye, ved at bruken av formålskategorien ikke har en tydeligere forankring i avtalens innhold.⁶⁷ Hjelmeng og Sjørgard mener dette kan forklares med at nasjonal rett krevde uavhengighet mellom forsikringsselskap og forhandlere, og at avtalen kunne tenkes å være en omgåelse av dette kravet.

Hjelmeng og Sjørgard mener at det er en forutsetning at avtalen i seg selv medfører en konkurransebegrensning, og viser til EU-domstolens avgjørelse i *STM* som bruker formuleringen «the agreement itself».⁶⁸ Sitatet fra EU-domstolen tilsier at det kreves at avtalens innhold i seg selv er konkurransebegrensende. Konkurransetilsynets mener i sin utredning av prosjektsamarbeid det samme som Hjelmeng og Sjørgard, og ser på vilkåret om avtalens innhold som et «inngangsvilkår» for å diskutere avtalens kontekst.⁶⁹ Her skal det likevel merkes at utredningen ble til før *Allianz Hungaria*, og kommenterer derfor ikke på domfellelsen. Avgjørelsen *STM* er likevel over femti år gammel, og det kan spørres om den samme terskelen for formålsovertredelser gjelder den dag i dag. I *Allianz Hungaria* har EU-domstolen tilsynelatende valgt å la en kontekstuell tolkning gå foran at avtalens innhold i seg selv ikke er klart konkurransebegrensende. Samtidig er ikke dette noe EU-domstolen tar eksplisitt stilling til. Dommen er likevel nyere enn *STM*, noe som kan tilsi en bredere og mer fleksibel formålskategori en den som ble gitt uttrykk for i *STM*. Formuleringen “such an agreement reveals in itself” tilstrekkelig skade er mye brukt i senere dommer. I denne vurderingen blir også avtalens kontekst regnet som en del av vurderingen, noe som kan tilsi at man ikke kan stille opp et absolutt krav om at avtalens innhold må vise en konkurransebegrensning i seg selv. Samtidig kan man se hen til overordnede hensyn, om at formålskategorien er ment å ramme de mest skadelige avtaletypene. Selv om det ikke kan stilles et absolutt krav til at avtalens innhold i seg selv må vise en konkurransebegrensning, vil nok de fleste avtaler som er formålsovertredelser være det.

⁶⁶ Ibid, avsnitt 48.

⁶⁷ Hjelmeng og Sjørgard (2014) s. 462-463.

⁶⁸ Ibid, s. 459, som viser til sak 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), ECLI:EU:C:1966:38, s. 249.

⁶⁹ Prosjektsamarbeid – utredning, s. 8-9.

2.5.1 Konkurranserefremmende virkninger og forholdet til konkurranseloven § 10 (3)

Det må vurderes om det bare er de negative virkningene av avtalen som kan tas i betraktning i vurderingen av avtalens kontekst. Konkurranseloven § 10 (3) innebærer en vurdering av avtalens fordeler opp mot dens ulemper, men det kan spørres om avtalens fordeler også kan vurderes etter første ledd. Spørsmålet vil ha betydning for forholdet mellom første og tredje ledd. Det tradisjonelle synspunktet innenfor juridisk teori er at negative virkninger vurderes etter første ledd, mens positive virkninger vurderes opp mot de negative etter tredje ledd. Dette kommer frem i blant annet Bellamy and Child:

“The General Court has held that it is only within the specific framework of Article 101(3) that the pro- and anti-competitive aspects of a restriction of competition may be weighed. Article 101(3) would lose much of its effectiveness if such an examination had already to be carried out under Article 101(1)”⁷⁰

EU-domstolen ser ut til å gå delvis bort fra dette tradisjonelle standpunktet i *Generics*, der de uttaler det følgende:

“Last, and in response to Question 5, it must be observed that, where the parties to that agreement rely on its pro-competitive effects, those effects must, as elements of the context of that agreement, be duly taken into account for the purpose of its characterisation as a ‘restriction by object’, as recalled in paragraph 67 of the present judgment and in point 158 of the Opinion of the Advocate General, in so far as they are capable of calling into question the overall assessment of whether the concerted practice concerned revealed a sufficient degree of harm to competition and, consequently, of whether it should be characterised as a ‘restriction by object’”⁷¹

⁷⁰ Bailey and John (red.) s. 212.

⁷¹ Sak C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52, avsnitt 103.

Det vises dermed til at også konkurransefremmende virkninger kan vurderes i vurderingen av avtalens kontekst, ikke bare konkurransebegrensende virkninger. Om avtalen har sterke konkurransefremmende virkninger kan dette føre til at avtalen ikke kan karakteriseres som «sufficient degree of harm to competition». Dette må igjen sees i sammenheng med at formålskategorien er ment for de avtaletypene der det anses som unødvendig å vurdere avtalens virkninger. Har en avtale sterke konkurransefremmende virkninger vil en slik vurdering i noen tilfeller være nødvendig. EU-domstolen går så inn på hva som kreves av disse virkningene for at de skal få betydning i vurderingen:

“Further, as again observed by the Advocate General in point 166 of her Opinion, the mere existence of such pro-competitive effects cannot as such preclude characterisation as a ‘restriction by object’

If such effects are demonstrated, relevant and specifically related to the agreement concerned, those pro-competitive effects must be sufficiently significant, so that they justify a reasonable doubt as to whether the settlement agreement concerned caused a sufficient degree of harm to competition, and, therefore, as to its anticompetitive object”⁷²

Uttalelsen viser dermed at det ikke er tilstrekkelig at det foreligger konkurransefremmende virkninger i seg selv; disse må være tilstrekkelig tyngende til å så tvil om avtalen har en «sufficient degree of harm to competition». I *Generics* fant EU-domstolen at den anførte fordelene med avtalen var minimale og usikre, og at de dermed ikke var sterke nok til å skape tilstrekkelig tvil omkring karakteristikken som «sufficient degree of harm to competition».⁷³ En dom der slike virkninger fikk betydning, er *Cartes Bancaires*. Her anerkjenner EU-domstolen at arbeid mot «gratispassasjerer» er relevant i formålsvurderingen.⁷⁴

At fordelene må være tilstrekkelig tyngende til å så tvil om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, viser at det må være snakk om forhold som trekker i tvil avtalens evne til å

⁷² Ibid, avsnitt 106 og 107.

⁷³ Ibid, avsnitt 110.

⁷⁴ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 75.

begrense konkurransen. Lagmannsretten i forlagssaken forstår *Generics* på denne måten, og viser til en vurdering av «om det foreligger særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende evne».⁷⁵ Det er altså ikke snakk om en avveining av avtalens fordeler og ulemper, som utføres etter krrl. § 10 (3). Uttalelsene viser at vurderingen av konkurransefremmende virkninger i all hovedsak må tas etter § 10 (3). Bare der forholdene er i stand til å skape rimelig tvil om avtalens evne til å være konkurransebegrensende kan forholdene komme inn i vurderingen av avtalens kontekst. Det er dermed en snever regel som det vises til i *Generics*, og det tradisjonelle skillet mellom første og tredje ledd gjelder i all hovedsak som tidligere.

2.6 Oppsummering

Rettspraksis viser at man må foreta en restriktiv tolkning av formålsbegrepet, der kategorien begrenses til de mer åpenbare tilfeller av konkurransebegrensende avtaler. Vurderingen må foretas ut fra avtalens innhold, formål og kontekst, og det kreves robuste og solide erfaringer med at avtaletypen er konkurransebegrensende for at avtaletypen kommer til anvendelse, likevel ikke slik at en virkningsvurdering er nødvendig. *Generics* viser at positive virkninger kan komme inn i vurderingen av formålsvilkåret der de evner å skape rimelig tvil omkring avtalens evne til å begrense konkurransen, men likevel slik at disse i all hovedsak skal vurderes etter tredje ledd. Videre blir spørsmålet hvordan formålsvilkåret forholder seg til prosjektsamarbeid.

⁷⁵ LB-2018-161470, punkt 2.3.2.

3 Prosjektsamarbeid som formålsrestriksjoner

3.1 Innledning

I kapittel 2 så jeg på grensedragningen for formålsvilkåret på generelt grunnlag. Under dette kapittelet skal jeg drøfte når prosjektsamarbeid kan anses som formålsovertredelser.

Problemstillingen har blitt aktualisert de siste årene gjennom flere saker for Konkurransetilsynet.⁷⁶

Det er et grunnleggende utgangspunkt innenfor konkurranseretten at ethvert foretak skal bestemme sin opptreden på et marked på et selvstendig grunnlag, uten innblanding fra andre foretak.⁷⁷ Samarbeid om prosjekter går mot dette utgangspunktet, ved at foretakene leverer inn et samlet tilbud i stedet for konkurrerende tilbud. Grunnene til dette kan være mange; partene kan anse det som mer fordelaktig å levere et felles tilbud, de kan være avhengige av samarbeidet for å kunne gjennomføre det aktuelle prosjektet, de kan ha en plan om å unngå konkurranse imellom seg, osv. Prosjektsamarbeid er ikke alltid konkurransebegrensende, og i noen tilfeller kan de til og med være konkurransefremmende, gjennom for eksempel synergieffekter, utvikling av nye produkt, osv. Man kan ikke si at konkurranseretten har som utgangspunkt at prosjektsamarbeid bryter med krrl. § 10. Tvert imot er EU-retten, og dermed også krrl. § 10, prinsipielt nøytrale overfor slikt samarbeid.⁷⁸ En eventuell ulovlighet må vurderes konkret.

Den generelle drøftelsen av formålsvilkåret utgjør utgangspunktet for drøftelsen. Man må vurdere om det aktuelle prosjektsamarbeidet kan sies å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen, gjennom å vurdere avtalens innhold, formål og kontekst. Innenfor EU-retten er kildene for vurderingen i samband med prosjektsamarbeid få. Man har for eksempel ingen

⁷⁶ KT-2011-12V Ski Follo Taxi og KT-2017-21V El-Proffen.

⁷⁷ Sak C-307/18, Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority, ECLI:EU:2020:52, avsnitt 78.

⁷⁸ Sanchez Graells (2015) s. 336.

dommer fra EU-domstolen som tar stilling til spørsmålet.⁷⁹ Dette kan sees i sammenheng med at slike spørsmål ofte løses i nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter.

Selv om grensedragningen for formålsvilkåret ikke har blitt omtalt av EU-domstolen, har den blitt omtalt av Konkurransetilsynet i sakene KT-2011-12V Ski Follo Taxi og KT-2017-21V El-Proffen. I begge sakene konkluderte tilsynet med at det forelå en formålsrestriksjon. Bakgrunnen for konklusjonen var at tilsynet mente de ulike foretakene var faktiske eller potensielle konkurrenter som kunne ha levert inn separate tilbud. Videre vil jeg først se nærmere på vurderingen av formålsvilkåret som ble foretatt i Taxi-saken, før jeg drøfter når prosjektsamarbeid er å anse som formålsovertredelser.

3.2 Ski Follo Taxi

3.2.1 Presentasjon av faktum⁸⁰

KT-2011-12V gjaldt taxiselskapene Ski Taxi og Follo Taxi, som gjennom sitt heleide selskap Ski Follo Taxidrift AS, hadde inngitt to felles anbud til en anbudskonkurranse om levering av pasientreiser til Oslo Universitetssykehus. I den første anbudskonkurransen gjaldt anbudet en periode på to år, og området ble delt inn i ni geografiske områder, der bud kunne inngis i et eller flere områder. De innga felles anbud i to av områdene, og var åpne om at dette var et felles anbud. Siden de var de eneste tilbyderne i de to områdene, ble konkurransen avlyst for disse, og det ble opprettet en ny anbudskonkurranse. Denne gangen var området, som hadde vært delt inn i to geografiske områder i den første anbudskonkurransen, blitt delt inn i fem geografiske områder. Ski Follo Taxi valgte å inngi felles tilbud for alle områdene, og endte opp med å bli tildelt avtale på andre prioritet i alle områdene. Konkurransetilsynet valgte å bøtelegge taxiselskapene for brudd på konkurranseloven § 10. Saken ble påklagd, og gikk hele veien til Høyesterett,⁸¹ der den var innom EFTA-domstolen for tolkningsuttalelse.⁸²

⁷⁹ Tveit (2020) s. 335.

⁸⁰ Gjengivelse av faktum slik det er presentert i HR-2017-1229-A avsnitt 3-12.

⁸¹ HR-2017-1229-A.

⁸² Sak E-3/16, Ski Follo Taxi.

3.2.2 Vurderingen av formålsvilkåret

Konkurransetilsynet konkluderte med at avtalen mellom taxiselskapene utgjorde en formålsovertredelse av krrl. § 10, da de var faktiske konkurrenter som kunne levert inn separate tilbud i anbudskonkurransen. I vurderingen viste Konkurransetilsynet til at taxiselskapene hadde tilstrekkelig med ressurser til å oppfylle kravene i anbudskonkurransen. Et sentralt spørsmål er hvordan en slik vurdering skal foretas.

I forbindelse med Høyesteretts behandling av Taxi-saken, ble saken fremlagt for EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse. Domstolen uttaler seg om grensedragningen for formålsvilkåret. Retten begynner med å vise til utgangspunktene som ble behandlet i kapittel 2, nemlig at avtalen må være tilstrekkelig skadelig for konkurransen, gjennom å vurdere avtalens innhold, formål og kontekst, og at vilkåret må tolkes restriktivt.⁸³ Om prosjektsamarbeid uttales det videre at siden samarbeidet betydde en fastsettelse av pris, ville slike avtaler vanligvis utgjøre en formålsovertredelse.⁸⁴ Her vises det til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som omhandler prisfiksing, og tilsvarende krrl. § 10 (1) bokstav a). Det uttales at vurderingen av avtalens kontekst derfor kan begrenses til «det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon».⁸⁵ Vurderingen må fokusere på om partene er «faktiske eller potensielle konkurrenter [...]».⁸⁶ Det legges dermed opp til en vurdering av om foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter for å vurdere om formålsvilkåret er oppfylt.

De sentrale vurderingene ved spørsmålet om det foreligger en formålsovertredelse blir dermed om konkurrentene er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om de kunne levere separate tilbud. Det må sees nærmere på hvordan disse vurderingene skal foretas.

⁸³ Ibid, avsnitt 56.

⁸⁴ Ibid, avsnitt 92.

⁸⁵ Ibid, avsnitt 102.

⁸⁶ Ibid, avsnitt 94.

3.3 Faktiske eller potensielle konkurrenter

Det må vurderes når ulike foretak er faktiske eller potensielle konkurrenter. Her kan det bemerkes at om de samarbeidene foretakene verken er faktiske eller potensielle konkurrenter, er ikke samarbeidet egnet til å begrense konkurransen.⁸⁷ Dette må sees i sammenheng med at bedrifter som hverken konkurrerer mot hverandre eller har et potensiale til å bli konkurrenter, ikke utsetter hverandre for et konkurransemessig press. Samarbeidet vil derfor ikke være egnet til å «hindre, innskrenke eller vri konkurransen», jf. krrl. § 10. Vurderingen av om foretak er konkurrenter vurderes etter det aktuelle prosjektet det samarbeides om.⁸⁸ Det fokuseres dermed på hvorvidt foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter for det faktiske prosjektet. Dette innebærer at to bedrifter som i andre situasjoner er å regne som konkurrenter, ikke nødvendigvis er det for det aktuelle prosjektet det samarbeides om.

Første spørsmål blir da når to eller flere foretak er faktiske konkurrenter. Høyesterett uttaler i Ski Taxi-saken at to foretak er konkurrenter om de «har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud til en oppdragsgiver i en anbudskonkurranse».⁸⁹ For vurderingen om foretakene er faktiske konkurrenter vil den faktiske muligheten til å inngi et tilbud være avgjørende. Dette innebærer at foretak som har kapasitet til å levere inn et separat tilbud vil være faktiske konkurrenter.

Videre må det vurderes når ulike foretak er potensielle konkurrenter. Som vist til i Høyesteretts sitat ovenfor vil det avgjørende her være om foretakene «lett kan skaffe seg mulighet» til å inngi et separat tilbud. Innenfor EU-retten har formuleringen «economically viable» blitt brukt.⁹⁰ Begge formuleringene tilsier en begrensning hvor store tilpasninger som er nærliggende, men hva som konkret ligger formuleringene er noe uklart. Her kan man se hen til Konkurransetilsynets definisjon; «et foretak som ikke er aktiv på det samme markedet som samarbeidsparten, men som i fravær av prosjektsamarbeidet, innen kort tid ville kunne

⁸⁷ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, avsnitt 237.

⁸⁸ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 36.

⁸⁹ HR-2017-1229-A, avsnitt 44.

⁹⁰ Sak T-472/13, H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission, ECLI:EU:T:2016:449, avsnitt 100.

foreta de nødvendige investeringene for å etablere seg i det relevante markedet».⁹¹ En teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig; det må bevises med klar sannsynlighetsovervekt at foretaket hadde en realistisk mulighet til å levere et separat tilbud.⁹² Dette må sees i sammenheng med at eksistensen av et slikt foretak kan legge et konkurransemessig press på andre foretak, da foretakene som er aktive på markedet vet at disse enkelt kan gjøre omstillinger og dermed konkurrere mot tilbudet. Som nevnt tidligere må vurderingen av hvem som er konkurrenter ved prosjektsamarbeid konsentreres om det faktiske tilbudet, ikke markedet generelt. I vurderingen av om foretakene er potensielle konkurrenter vil dermed fokuseres på om de innen kort tid kunne foretatt de nødvendige investeringene for å konkurrere om tilbudet. Vurderingen av om foretakene kunne ha levert et separat tilbud omtales nærmere under punkt 3.4.

Et spørsmål er om alle de involverte foretakene må kunne inngi separate tilbud for at de skal anses som konkurrenter, eller om det er tilstrekkelig at et av foretakene har en slik mulighet. I en situasjon der to foretak samarbeider og kun det ene foretaket kan levere inn et separat tilbud, vil foretakene være potensielle konkurrenter? Her oppstår ikke noen konkurranse mellom foretakene; foretak A kunne kanskje levert inn tilbud på egenhånd, men det kunne ikke foretak B, og vil dermed som utgangspunkt ikke gi et konkurransemessig press på foretak A. Et slikt press kan likevel oppstå der B kunne ha samarbeidet med C, og samarbeidet dermed hindrer et potensielt ekstra tilbud. Cyril Ritter uttaler at i vurderingen av om et foretak potensielt sett kunne inngi et tilbud, skal muligheten for å samarbeide med andre foretak vurderes.⁹³ Slik sett mener han at foretak B vil være potensiell konkurrent med A i eksempelet overfor, om B kunne samarbeidet med foretak C, og dermed gitt et annet tilbud. I en slik situasjon kunne det ekstra tilbudet utgjort et konkurransemessig press mot et tilbud fra A.

Konkurransetilsynet skriver i sin veileder at «et samarbeid om et felles anbud mellom to foretak der kun ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene må vurderes nærmere. Et slikt samarbeid kan være konkurransebegrensende ved at andre mulige

⁹¹ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 34.

⁹² Sak 2018/112 og 2018/113 El-Proffen, avsnitt 140.

⁹³ Ritter (2017) s. 8.

samarbeidskonstellasjoner i markedet utelukkes».⁹⁴ De viser dermed til en nærmere vurdering for de tilfellene der kun et av foretakene kan levere inn et separat tilbud alene. At en samarbeidskonstellasjon utelukkes kan for eksempel være at foretak B kunne samarbeidet med foretak C for å inngi et tilbud. Om et slikt samarbeid er mulig, kan prosjektsamarbeidet mellom A og B potensielt være konkurransebegrensende. Hva som menes med en nærmere vurdering er derimot uklart, men kan tyde på at Konkurransetilsynet mener det er nødvendig med en virkningsvurdering, og at formålsvilkåret dermed ikke kan brukes. Sanchez Graells kritisk til en slik vurdering som Ritter tar til orde for, da han mener at dette viser at foretaket ikke kunne gjennomføre tiltaket på egenhånd, men måtte ha hjelp fra en tredjepart:

«I see no good reason for the assessment to rely on whether there were alternative potential partners that joint bidders could have (independently?) teamed up with, not least because this would require an excessive amount of second-guessing by procurement and competition authorities, who may not be the best placed to query business decisions ex post facto.»⁹⁵

Som det skrives, vil en vurdering av potensielle samarbeid lett kunne føre til etterpåklokskap og uklarhet. Det er ikke nødvendigvis enkelt å vurdere hvilke alternative samarbeid som hadde vært mulige å gjennomføre i ettertid, og ikke minst å vurdere hvor konkurransebegrensende mulige samarbeid hadde vært i forhold til det aktuelle samarbeidet. En slik vurdering i ettertid kan dermed føre til mye usikkerhet. Dette må igjen sees i sammenheng med det overordnede vurderingstemaet for formålsovertredelser, nemlig at avtalen må vise «sufficient harm to competition», og at denne konkurransebegrensningen har støtte i robuste og solide erfaringer, som vist i Budapest Bank. Ved vurderingen av om det foreligger et potensielt samarbeid mellom andre foretak som kunne vært mindre konkurransebegrensende er det et behov for en grundigere vurdering for å påvise konkurransebegrensninger etter en slik avtale enn der begge foretakene kan levere separate tilbud, da den eventuelle konkurransebegrensningen ikke er like klar. Da foreligger det gjerne ikke de robuste og solide erfaringene som kreves for en formålsovertredelse, men heller en

⁹⁴ Veiledning om prosjektsamarbeid avsnitt 42.

⁹⁵ Sanchez Graells (2017).

avtale som er egnet for en mer inngående vurdering av avtalens virkninger. Vurderingen passer dermed bedre under virkningsvilkåret.

En annen nærliggende problemstilling er om det foreligger en formålsovertredelse der flere enn to foretak samarbeider, og samarbeidet kunne blitt gjennomført med færre foretak. Det kan spørres om det «overflødige» foretaket kan sees på som en potensiell konkurrent i denne sammenheng, selv om det ikke kunne ha bydd på egenhånd. Her har Konkurransetilsynet uttalt det følgende i sin veiledning:

«Det understrekes at selv om de enkelte foretakene ikke kan gjennomføre prosjektet alene, vil det normalt foreligge et konkurransebegrensende samarbeid dersom flere enn to foretak samarbeider i en situasjon hvor det er tilstrekkelig at bare to av foretakene samarbeider, og liknende situasjoner hvor flere foretak samarbeider»⁹⁶

At et slikt samarbeid normalt vil være konkurransebegrensende kan tilsi at formålskategorien kan brukes her, men Konkurransetilsynet kommenterer ikke denne problemstillingen. Særlig i en situasjon der det overflødige foretaket ikke kunne samarbeidet med andre foretak er det vanskelig å se hvordan samarbeidet kan være konkurransebegrensende, da det uansett ikke reduserer antall mulige tilbud. En slik reduksjon av mulige tilbud er fokus hos Ritter når han omtaler når ulike foretak kan anses som potensielle konkurrenter:

“Each additional firm taking part in a joint tender would be considered a potential competitor if it realistically could have bid separately otherwise. By contrast, an additional firm that could not realistically bid separately may take part in the joint tender without being considered a potential competitor. It is not a matter ensuring that a joint tender includes as few parties as possible. It is a matter of ensuring that the joint tender does not reduce the number of separate tenders that could realistically have taken place otherwise”⁹⁷

Sett i sammenheng med at han mener at vurderingen av potensiell konkurranse skal ta i betraktning muligheten til å samarbeide med andre foretak, ser det ut til at Ritter mener at et

⁹⁶ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 41.

⁹⁷ Ritter (2017) s. 7.

samarbeid der den overflødige bedriften i samarbeidet kunne samarbeidet med andre, er denne å anse som en potensiell konkurrent, da det potensielt sett kunne blitt inngitt enda et tilbud. Synspunktet gir mening sett i lys av hans standpunkt om potensiell konkurranse nevnt ovenfor. Det gir lite mening å behandle potensiell konkurranse annerledes i situasjoner der samarbeidet omfatter flere enn to parter.

Det kan dermed spørres om reduksjon av antall tilbud skal være avgjørende for vurderingen av om slike avtaler utgjør formålsovertredelser. De danske retningslinjene gir uttrykk for lignende synspunkt som Ritter der samarbeidet reduserer mulige tilbud.⁹⁸ Her vises det til situasjoner der det ene foretaket kunne samarbeidet med et annet, og samarbeidet dermed reduserer antall tilbud. Det anerkjennes likevel at dette kan være vanskelig å vurdere. Det kan dermed spørres om en slik vurdering er passende under spørsmålet om foretakene har begått en formålsovertredelse. Her kan man se hen til samme betraktninger som ovenfor, nemlig at eventuelle konkurransebegrensende virkninger er mer uklare enn der det overflødige foretaket kunne bydd på egenhånd. Det kan også spørres om en reduksjon i antall tilbud alltid er skadelig for konkurransen, særlig i en situasjon der de ulike foretakene ikke kunne levert inn separate tilbud, men måtte samarbeidet med en tredjepart. Det er ikke nødvendigvis tilfellet, og eventuelle virkninger er mer indirekte og vanskeligere å vurdere. Det å behandle samarbeidet som en formålsovertredelse kan bli en for streng vurdering, sett i lys av den restriktive tolkningen av formålsvilkåret. Det vil som nevnt ikke være naturlig å behandle vurderingen av formålsovertredelse og potensiell konkurranse annerledes her enn i en situasjon med to foretak, og de samme hensynene som er nevnt ovenfor gjør seg derfor gjeldende. Her vil vurderingen passe bedre under enn virkningsvurdering.

Det kan dermed konkluderes med at foretakene er konkurrenter der de kan inngi separate tilbud. Kan ingen levere separate tilbud, er ikke samarbeidet ikke i stand til å begrense konkurransen. Om A er i stand til å inngi separat tilbud, og B kan inngi et tilbud gjennom et potensielt samarbeid med C, må avtalen vurderes grundigere etter virkningsvilkåret. Om A

⁹⁸ When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, s. 30-31.

levere et separat tilbud, og B ikke kunne levert et separat tilbud, hverken med eller uten samarbeid et annet foretak, er ikke samarbeidet konkurransebegrensende.

3.4 Mulighet til å levere separate tilbud

3.4.1 Innledende betraktninger

Som nevnt vil vurderingen av om foretak er faktiske eller potensielle konkurrenter fokusere på om de kunne levert inn separate tilbud. Konkurransetilsynet sier dette om vurderingen:

«Motsatt vil Konkurransetilsynet legge til grunn at et samarbeid om felles anbud mellom foretak som hver for seg kan gjennomføre prosjektet alene, normalt vil ha et konkurransebegrensende formål i konkurranselovens forstand, og derfor være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd. Det vil i slike tilfeller ikke være nødvendig å sannsynliggjøre at begge foretak faktisk også ville ha inngitt et eget anbud. Vurderingen av hvorvidt foretakene har en reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt vil bero på en konkret og objektiv vurdering, hvor foretakenes faktiske og potensielle ressurser på ytelsestidspunktet vil være avgjørende»⁹⁹

Sitatet viser at det er foretakenes mulighet til å gjennomføre prosjektet på egenhånd som er avgjørende for vurderingen av om de kunne levere et separat tilbud, og at vurderingen må foretas objektivt, slik at partenes intensjoner om å levere et separat tilbud avgjørende.¹⁰⁰ Dette må sees i lys av at det ellers ville vært enkelt for partene å vri seg unna formålsvilkåret, ved å fabrikkere dokumenter som sier at de ikke ville gitt et selvstendig tilbud utenom samarbeidet. Ritter kommer også med et godt argument mot en slik vurdering:

«Furthermore, a firm should be able to assess the legality of its behaviour based on information available to it at the relevant time. A firm cannot be required to assess the legality of a contemplated joint tender based on

⁹⁹ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 38.

¹⁰⁰ Se også Sak T-472/13, H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission, ECLI:EU:T:2016:449, avsnitt 102, som sier at vurderingen av potensiell konkurranse ikke kan begrenses til en vurdering av om foretaket hadde en intensjon om å entre markedet.

whether the other party would otherwise intend to bid on its own – that is subjective information known only to that other party»¹⁰¹

Vurderingen av partenes evne til å levere separate tilbud må dermed skje på objektivt grunnlag. Jeg skal se nærmere på hvordan vurderingen skal foretas nedenfor.

3.4.2 Faktisk mulighet til å levere inn separate tilbud

En vurdering av om partene kan levere separate tilbud går både ut på om de faktisk kunne levere separate tilbud, og om de kunne gjort det etter tilpasninger. Jeg vil først vurdere når det kan sies at foretakene faktisk kunne levere separate tilbud. Faktisk mulighet til å levere et separat tilbud går ut at foretaket har tilgang til de ressurser og mannskap som er nødvendig for å gjennomføre prosjektet. Vurderingen må foretas konkret, og dermed tilpasses det aktuelle prosjektet som det er snakk om. Det naturlige utgangspunktet for vurderingen blir dermed de krav som stilles av oppdragsgiver. En slik vurdering ble foretatt i Taxi-saken, der Konkurransetilsynet foretok en objektiv vurdering av partenes ressurser på ytelsestidspunktet, og om disse er tilstrekkelige til å kunne levere inn et separat tilbud.¹⁰² I vurderingen i så Konkurransetilsynet hen til krav til utstyr, geografisk område, reaksjonstid, og administrative krav i anbudskonkurransen. De vurderte kravene opp mot taxiselskapene sin kapasitet, og konkluderte med at de kunne tilfredsstillte kravene, og derfor kunne levert separate tilbud. De ble derfor ansett som konkurrenter. De danske retningslinjene gir uttrykk for samme vurdering som i Taxi-saken; det vises til en vurdering av om foretakene kunne konkurrert om kontrakten på individuelt grunnlag basert på en objektiv vurdering av kravene til kontrakten.¹⁰³

I El-Proffen var også Konkurransetilsynets utgangspunkt at det måtte vurderes om foretakene hadde en «reell mulighet til å gjennomføre prosjektet individuelt på de vilkår og betingelser som er angitt i tilbudsinvitasjonen, herunder om det kan bys på hele eller deler av

¹⁰¹ Ritter (2017) s. 9.

¹⁰² KT-2011-12V, avsnitt 85.

¹⁰³ When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, s. 17.

prosjektet».¹⁰⁴ Tilsynet finner først at to av selskapene hadde kapasitet til å levere inn separate tilbud, da det leverte inn egne separate tilbud i anbudskonkurransen, som oppfylte kravene som ble satt.¹⁰⁵ De øvrige foretakene hadde ikke levert inn separate tilbud. Her foretar Konkurransetilsynet en vurdering av om bedriftene kunne oppfylle kravene anbudskonkurransen satte til omfang, geografisk virkeområde, responstid, osv. Det ble konkludert med at de øvrige selskapene enten oppfylte kravene til å delta i anbudskonkurransen, eller kunne delta ved å foreta små tilpasninger.¹⁰⁶ Hvordan vurderingen av tilpasninger skal foretas blir drøftet nedenfor.

3.4.3 Mulighet til å levere inn separat tilbud etter tilpasninger

Selv om partene ikke hadde de faktiske ressursene til å inngi et separat tilbud, må det også vurderes om dette er noe de «lett kan skaffe seg mulighet til»,¹⁰⁷ gjennom å leie inn ekstra arbeidskraft osv. Konkurransetilsynet uttaler i sin veiledning at de vil «vurdere foretakenes muligheter til å tilegne seg manglende kapasitet og kompetanse».¹⁰⁸ Det sies derimot lite om hvordan denne vurderingen skal foretas. I denne drøftelsen vil særlig to spørsmål være sentrale; hvor nærliggende må de aktuelle omstillingene være, og hvilken tidsramme skal legges til grunn for vurderingen?

Først vil jeg drøfte spørsmålet om tidsrammen. Vurderingen for omstillingen må begrenses til en viss tidsramme; at et foretak for eksempel kunne omstilt seg om den fikk flere år på seg, tilsier ikke at foretaket er en potensiell konkurrent for enhver anbudskonkurranse. Den potensielle muligheten for omstilling som ligger langt inne i fremtiden legger ikke noe konkurransemessig press på andre foretak i den aktuelle anbudskonkurransen. Som tidligere nevnt har Konkurransetilsynet brukt formuleringen «kort tid» om tidsrammen, men hva som konkret menes med dette, er uklart.¹⁰⁹ Regelen må tolkes i lys av det overordnede vurderingstemaet, nemlig om foretakene klarer å foreta tilpasninger for å kunne inngi et

¹⁰⁴ KT-2017-21V, avsnitt 336.

¹⁰⁵ Ibid, avsnitt 350-351.

¹⁰⁶ Ibid, avsnitt 356, 358, 376, 383.

¹⁰⁷ Se fotnote 89.

¹⁰⁸ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 39.

¹⁰⁹ Ibid, avsnitt 34.

separat tilbud. Det er dermed naturlig at vilkåret tolkes som at tilpasningene må kunne utføres i tide til å kunne inngi et tilbud. Konkurransetilsynet kommer med en lignende tolkning i El-Proffen:

«I den foreliggende sak vil konkurransegrunnlaget og tilhørende vedståelsesfrist danne den naturlige rammen for denne tidsvurderingen. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil de over nevnte tiltakene partene kan gjøre for eventuelt å bedre sin kapasitet, kunne gjennomføres innenfor konkurransegrunnlagets tidsfrister»¹¹⁰

Videre blir spørsmålet hvor nærliggende det er at foretaket hadde klart gjennomført de nødvendige tilpasningene innenfor denne tidsrammen. Dette er et spørsmål om hvilke ressurser og kompetanse som foretakene trenger å skaffe seg for å oppfylle de krav oppdragsgiver stiller til tilbyderne for den aktuelle kontrakten.

Vurderingen må ta høyde for hvilken økonomisk risiko det kan kreves at foretakene tar gjennom tilpasningene. Her gir ikke rettspraksis et klart svar.¹¹¹ Økonomisk risiko en del av det å drive et foretak, og foretakene kan ikke beskytte seg fullstendig mot dette. At det innebærer en økonomisk risiko å inngi et separat tilbud er dermed ikke tilstrekkelig i seg selv til å si at foretakene ikke hadde muligheten til å inngi et separat tilbud. Samtidig er det grenser for hva som kan kreves av foretakene. En sak der høy økonomisk risiko førte til at samarbeid mellom foretak ble godtatt, var EU-Kommisjonens avgjørelse i Konsortium ECR 900.¹¹² Saken gjaldt utviklingen av et nytt kommunikasjonssystem, der Kommisjonen konkluderte med at kostnadene og ressursene som krevdes for å gjennomføre prosjektet var for store for et foretak å dekke alene. Det var også visse tidsfrister som måtte overholdes. Det kunne ikke forventes at et selskap skulle bære den finansielle risikoen det ville medføre å utvikle det nye systemet. Her var likevel den finansielle risikoen med prosjektet eksepsjonell høy; saken gir dermed lite veiledning for hvor terskelen går for mer alminnelige saker.

¹¹⁰ KT-2017-21V avsnitt 396.

¹¹¹ Tveit (2020) s. 343.

¹¹² OJ L 228, Konsortium ECR 900, punkt II legal assessment.

Muligheten for omstilling blir omtalt i *Lundbeck*, der Underretten uttaler at omstillingene må være «economically viable», altså økonomisk bærekraftig.¹¹³ Formuleringen tilsier at det må settes begrensninger på hvor store tilpasninger som kan anses som nærliggende. Slike begrensninger finner man også omtalt av Høyesterett i Taxi-saken:

«Når to aktører hver for seg har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud til en oppdragsgiver i en anbudskonkurranse, vil de utsette hverandre for et konkurransepress»¹¹⁴

Uttalelsene om fra *Lundbeck* og Taxi-saken tilsier en begrensning i hvor store omstillinger som det kan anses som nærliggende at foretakene ville kunne gjennomført, og dermed setter begrensninger for vurderingen av muligheten til å inngi separate tilbud. Det sies derimot ikke noe om hvordan vurderingen skal foretas i praksis. En vurdering av mulige tilpasninger ble gjort i Konkurransetilsynets vedtak i El-Proffen. Det ble vist til at «det kunne blitt gjort enkelte mindre tilpasninger som ville satt dem i stand» til å inngi separate tilbud.¹¹⁵ Her kunne firmaene innleie og omrokere på ansatte, og på den måte klare å gjennomføre kontraktene.¹¹⁶ Muligheten til å si nei til enkeltstående oppdrag ved kapasitetsmangel ble særlig fremhevet som et argument for at foretakene hadde tilstrekkelig kapasitet til å levere separat tilbud med mindre tilpasninger, da dette gjorde det enklere for foretakene å oppfylle kravene til å inngi anbud.¹¹⁷ De hadde klart å gjennomføre tilpasningene tidsnok til å kunne by på anbudskonkurransen.

Det kan spørres hvor langt vurderingen av tilpasninger kan trekkes. Trekker man vurderingen langt nok kan man si at de fleste foretak er potensielle konkurrenter, da man alltid kan skaffe seg den nødvendige kompetanse og ressurser til å inngi et bud. Vurderingen må likevel baseres på hva som foretakene har mulighet til å skaffe seg av kompetanse og ressurser; hadde det for eksempel ikke vært mulig å få tak i tilstrekkelig kompetanse til å delta, eller foretaket rett og slett ikke hadde midlene som var nødvendig for å få tak i de nødvendige

¹¹³ Se fotnote 90.

¹¹⁴ Se fotnote 89.

¹¹⁵ KT-2017-21V avsnitt 397.

¹¹⁶ Ibid, avsnitt 380.

¹¹⁷ Ibid, avsnitt 397.

ressursene, kunne de ikke levere separate tilbud. Vurderingen kan ikke foretas abstrakt; det må bevises at de nødvendige tilpasningene faktisk kunne gjennomføres.¹¹⁸ At tilpasningene er forhold man «lett kan skaffe seg» tilsier også at det er begrenset hva som kan anses som nærliggende tilpasninger. Det kan spørres hvordan denne begrensningen eventuelt fungerer i praksis. Det kommenteres ikke hvordan slike terskler faktisk setter begrensninger. Slik sett kan det virke som om det ikke settes noen begrensning på hvilke tilpasninger som anses som nærliggende.

Det kan virke som at El-Proffen tar utgangspunkt i at foretakene som regel vil kunne få tak i det de trenger av ekstra mannskap, gjennom innleie av arbeidskraft eller midlertidige ansettelser, og at de materialer og råvarer som det er behov for vil også som regel kunne skaffes. Hvor enkelt slike tilpasninger er vil variere fra bransje til bransje. For eksempel ble det følgende kommentert av Konkurransklagenemda i El Proffen-saken: «det er vanlig med innleie for prosjektarbeid i markedet for levering av elektrotjenester».¹¹⁹ En slik praksis tilsier at foretaket kan enkelt kan levere et separat tilbud etter innleie av mannskap, da slik innleie er vanlig praksis og dermed ikke problematisk for foretakene. Innleie måtte likevel ha skjedd gjennom leie av mannskap fra konkurrerende foretak, altså de man potensielt mener det er ulovlig for foretaket å samarbeide med i prosjektsamarbeid.¹²⁰ Det kan spørres om denne vurderingen er for streng sett opp mot praksisen om en restriktiv tolkning av formålsvilkåret som er vist i *Cartes Bancaires* og senere praksis fra EU-domstolen, da foretaket uansett måtte ha samarbeidet med konkurrenten for å levere et separat tilbud. Et slikt samarbeid er likevel annerledes enn et prosjektsamarbeid, der foretakene samarbeider om å levere et felles tilbud, og dermed reduserer antall mulige tilbud. Det er heller ikke samme mulighet for spillover-effekt gjennom at foretakene får innsikt i sensitive opplysninger hos konkurrenten. Innleie av arbeidskraft er dermed ikke det samme som prosjektsamarbeid, men det kan likevel bli noe strengt å plassere slike tilfeller i formålskategorien. Det at man uansett måtte ha inngått en avtale med konkurrenten for å kunne gjennomføre kontrakten, tilsier at kanskje samarbeidet ikke er en åpenbar overtredelse av krrl. § 10, og dermed heller burde underkastes en virkningsvurdering.

¹¹⁸ Sak T-472/13, H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission, ECLI:EU:T:2016:449, avsnitt 104.

¹¹⁹ Sak 2018/112 og 2018/113 El-Proffen, avsnitt 223.

¹²⁰ Tveit (2020) s. 341.

3.4.4 Andre momenter i vurderingen

Et annet spørsmål er om det mulige separate tilbudet må utgjøre et gunstig tilbud. Her kan det bemerkes at selv om det separate tilbudet ikke kunne ha vunnet anbudskonkurransen, vil det utgjøre et press for konkurrentene, da de øvrige foretakene ikke kjenner til detaljene i tilbudet. Dette konkurransemessige presset vil bidra til å senke prisene, og dermed kunne gi bedre tilbud til tilbyder. Videre er det uansett ikke et vilkår at avtalen virker til skade for forbrukerne for at en avtale skal være konkurransebegrensende.¹²¹ Som EU-domstolen sier i *GlaxoSmithKline*, er også et formål med konkurransereglene å beskytte konkurransen i seg selv:

« Article 81 EC aims to protect not only the interests of competitors or of consumers, but also the structure of the market and, in so doing, competition as such. Consequently, for a finding that an agreement has an anti-competitive object, it is not necessary that final consumers be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply or price »¹²²

En situasjon som kan oppstå er at foretakene har muligheten til å by på deler av et anbud, men ikke hele anbudet. Spørsmålet blir da om vurderingen av om foretakene kunne levere et separat tilbud skal vurderes etter delene av anbudet, eller om det kan rettes om anbudet samlet. Konkurransetilsynet uttrykker i sin veiledning at der foretakene kunne bydd på samme delprosjekt, er de å anse som konkurrenter, selv om de ikke kunne by på hele prosjektet.¹²³

Her kan man se hen til vurderingen i *El-Proffen*. Saken gjaldt en anbudskonkurranse for vedlikehold og reparasjon ved skoler i Osloområdet. Det skulle inngås 4-6 rammeavtaler, der hver av anbudsvinnerne måtte ha kapasitet til å tildeles 3-6 skolegrupper. Selv om foretakene ikke kunne by på hele anbudskonkurransen hver for seg, kunne de levert inn et separat bud på

¹²¹ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 24.

¹²² Sak C-501/06 etc, *GlaxoSmithKline v Commission*, ECLI:EU:C:2009:610, avsnitt 63.

¹²³ Veiledning om prosjektsamarbeid, avsnitt 46.

individuell rammeavtale.¹²⁴ De var dermed å anse som konkurrenter i anbudskonkurransen. Også de danske retningslinjene for prosjektsamarbeid gir uttrykk for samme synspunkt.¹²⁵

Videre blir spørsmålet hvilken betydning det har at foretakene hadde måttet gi opp alternative prosjekter for å kunne gi tilbud i den aktuelle konkurransen. Thomas mener at vurderingen av partenes evne til å levere separate tilbud ikke kan ta hensyn til dette:

*"the test is whether an independent bid is objectively possible, and demonstrating this does not require proof that it is easy, or even achievable without substantial sacrifices (such as giving up other projects to which relevant capacity is currently dedicated)"*¹²⁶

Sett i lys av at formålsvilkåret skal være objektivt, kan en slik vurdering ha gode grunner for seg. Som tidligere nevnt er det ikke partenes subjektive vilje som er avgjørende for vurderingen om de kunne inngi et separat tilbud, og Thomas` synspunkt virker som en naturlig forlenging av dette synspunktet. Om partene måtte gi opp alternative prosjekter, kan det fortsatt sies at de objektivt sett hadde muligheten til å inngi et tilbud. Sanchez Graells mener derimot at dette blir en for streng vurdering: "It would be clearly excessive to consider undertakings 'objectively' able to submit an independent bid if, for instance, they need to give up alternative projects".¹²⁷

Den danske veilederen for prosjektsamarbeid gir uttrykk for samme synspunkt som Thomas, nemlig at fremtidige kontrakter som ikke er blitt signert ikke kan tas i betraktning.¹²⁸ Bare i eksepsjonelle tilfeller kan fremtidige kontrakter fra kjerne kunder tas i betraktning. Dette tilsier at den klare hovedregelen må være at foretakene ikke kan holde ressurser til alternative fremtidige prosjekter utenfor vurderingen.

¹²⁴ KT-2017-21V avsnitt 397.

¹²⁵ When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, s. 21.

¹²⁶ Thomas (2017) punkt IV.

¹²⁷ Sanchez Graells (desember 2015) punkt 1.

¹²⁸ When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, s. 27.

Samlet sett viser gjennomgangen her at selv om det kan sies å være en streng vurdering å si at foretakene kan inngi separate bud selv om de må gi opp alternative prosjekter, er de strengt tatt egnet til å inngi et separat tilbud etter en objektiv vurdering. Det kan likevel spørres hvordan en slik vurdering harmonerer med den restriktive regelen for formålsovertredelser, som sier at det må finnes robuste erfaringer med at avtalen begrenser konkurransen for at den skal anses som konkurransebegrensende. Problemstillingen blir om regelen er for vid i forhold til en slik restriktiv tolkning. Her kan man se vurderingen i sammenheng med utgangspunktet om at foretak skal bestemme sin opptreden på markedet selvstendig. Om et foretak har en objektiv mulighet til å innlevere et separat tilbud, har de muligheten til å bestemme opptreden sin selvstendig, og avtalen går dermed imot dette grunnleggende prinsippet. Videre vil et foretak mest sannsynlig aldri kunne gjennomføre alle aktuelle prosjekter, enten alene eller i samarbeid med andre. Det må uansett foretas prioriteringer, og slik sett er det ikke urimelig at disse prioriteringene blir tatt med i vurderingen av hvem som anses som potensielle konkurrenter. Det er også slik at en objektiv mulighet for flere bud skaper konkurransepress mot andre foretak som vil inngi et tilbud, da det er større mulighet at tilbudet møter sterkere konkurranse. Selv om regelen kan karakteriseres som streng, er den likevel innenfor den restriktive tolkningen av formålskategorien.

3.5 Betydningen av at samarbeidet skjedde åpent

I både Taxi-saken og El-Proffen var aktørene åpne om at de leverte et felles tilbud. Sakene har dermed aktualisert spørsmålet om hvilken betydning slik åpenhet skal ha for vurderingen av formålsvilkåret. Åpenheten blir omtalt av Høyesterett i Taxi-saken: «Jeg er enig i at det som regel vil være lettere å konstatere at det foreligger et konkurransebegrensende formål hvis anbudssamarbeidet er holdt skjult». ¹²⁹ De kommer likevel til at «det faktum at anbudssamarbeidet var åpent, endrer ikke at dette like fullt skadet konkurransen på de måter som jeg har beskrevet. En konkurrent ble eliminert – i den rettslige og økonomiske sammenhengen jeg har redegjort for. Etter min mening fratrar derfor ikke åpenheten dette

¹²⁹ HR-2017-1229-A avsnitt 48.

anbudssamarbeidets karakter av, objektivt sett, å ha et konkurransebegrensende formål». ¹³⁰ Det fremstår dermed som klart at Høyesterett mener at en slik åpenhet ikke endrer konklusjonen om at det foreligger en formålsovertredelse, til tross for formuleringen de bruker i den forgående setningen.

Innenfor juridisk teori er Ritter er skeptisk til at åpenhet om samarbeidet skal ha betydning for vurderingen av formålsvilkåret. ¹³¹ Han viser til at åpenheten har ingen betydning for de økonomiske virkningene av avtalen. Herrera Anchustegui er enig, og skriver at:

«However, the EFTA Court clarified that even if the joint bid is done publicly this does not prevent the conduct from being categorized as an object restriction, which attenuates or outright contradict the previous statement. These clarifications further ensured homogeneity by following the CJEU's precedent in Beef Industry Development Society and Barry Brothers, in which it was found that it was irrelevant for the finding of a breach of Article 101 TFEU by object whether the parties had openly agreed to reduce production capacity to diminish the effects of a sectoral crisis» ¹³²

Også de danske retningslinjene for prosjektsamarbeid gir uttrykk for samme synspunkt. ¹³³ Uttalelsene viser at Høyesteretts formulering om betydningen åpenhet i forbindelse med vurderingen av formålsvilkåret utgjør en dårlig regel. Det er ikke partenes intensjoner som er avgjørende, da formålsvilkåret er objektivt. Det må derfor konkluderes med at åpenhet om samarbeidet ikke kan få betydning i vurderingen av om avtalen utgjør en formålsovertredelse.

3.6 Kritikk av Ski Follo Taxi

Det kan spørres om en plassering av prosjektsamarbeidsavtaler mellom faktiske og potensielle konkurrenter i formålskategorien for streng. I juridisk teori har flere vært skeptiske til avgjørelsene i Taxi-saken, og mener at bruken av formålskategorien går for langt, særlig i lys

¹³⁰ Ibid, avsnitt 49.

¹³¹ Ritter (2017) s. 12.

¹³² Herrera Anchustegui (2017) s. 178.

¹³³ When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, s. 35.

av den restriktive tolkningen av formålsregelen i nyere praksis. Hjelmeng og Østerud er kritisk til avgjørelsen.¹³⁴ I kritikken av dommen viser de blant annet til EU-domstolens tilnærming til formålsvilkåret i *Cartes Bancaires*.¹³⁵ Forfatterne viser til at det ved en vurdering av virkningsvilkåret kun er behov for en minimal virkningsanalyse, og at det derfor er unødvendig å bruke formålskategorien. Det samme kan sies om andre avtaletyper i formålskategorien, som for eksempel prisfiksing; det er ikke nødvendig med en grundig virkningsanalyse for å si at dette gir konkurransebegrensende virkninger. Et slikt synspunkt kan ikke være avgjørende. Man må se på hvor konkurransebegrensende avtaletypen er, og prosjektsamarbeid mellom konkurrenter er som regel konkurransebegrensende.

Tveit viser i en artikkel til Hjelmeng og Østerud, og mener at vurderingen av potensiell konkurranse må bli «balanced and nuanced».¹³⁶ Han sier ikke mer konkret hva som menes med dette, men uttalelsen samsvarer godt med det jeg har konkludert med i drøftelsen min, nemlig at vurderingen av potensiell konkurranse kan i praksis bli noe streng. En mer balansert tilnærming hadde vært ønskelig.

Også Sanchez Graells er kritisk til dommen, og mener det er en for streng vurdering om samarbeid mellom potensielle konkurrenter anses som formålsovertredelse.¹³⁷ At potensielle konkurrenter som samarbeider i prinsippet kan være konkurransebegrensende er klart nok, da to foretak som enkelt kunne levert inn separate tilbud pålegger hverandre et konkurransepress som blir erstattet med samarbeid, og antall potensielle tilbud blir redusert. Det kan likevel spørres om den faktiske vurderingen av potensiell konkurranse er for streng for formålskategorien. Her kan det vises til kritikken av vurderingene i El-Proffen, som ble kommentert ovenfor. Sett i lys av den restriktive tolkningen av formålsvilkåret, kan det argumenteres for at vurderingen av om foretakene kunne levert separat tilbud burde være mindre streng.

¹³⁴ Hjelmeng og Østerud (2017) s. 16-20.

¹³⁵ Ibid, s. 19.

¹³⁶ Tveit (2020) s. 344.

¹³⁷ Sanchez Graells (2018) punkt IV.

Thomas uttrykker i en artikkel i *Journal of European Competition Law & Practice* skepsis til bruk av formålskategorien for «any reduction in the number of potential bidders constitutes a relevant restriction of competition». ¹³⁸ Han viser til restriktiv tolkning av formålskategorien, og at slike avtaler potensielt kan ha konkurransefremmende virkninger. Praksis fra Konkurransetilsynet/ EFTA blir ikke nevnt. Som nevnt tidligere er jeg enig i denne kritikken, se punkt 3.3 om faktiske eller potensielle konkurrenter og 3.4.3 om mulighet til å levere separate tilbud etter tilpasninger. Ikke enhver reduksjon i potensielle tilbud er tilstrekkelig konkurransebegrensende til at de bør havne innenfor formålskategorien. I noen tilfeller er en virkningsvurdering mer passende.

3.7 Oppsummering

Som oppsummering kan man si at prosjektsamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter er å anse som formålsovertredelser. Vurderingen av faktisk og potensiell konkurranse beror på en vurdering av om partene hadde muligheten til å levere separate tilbud, der man både må vurdere faktisk mulighet og muligheten til å levere tilbud etter tilpasninger. Vurderingen som man ser i praksis kan kanskje være noe streng, særlig sett opp mot den restriktive tolkningen av formålsvilkåret som rettspraksis gir uttrykk for.

¹³⁸ Thomas (2015) punkt V.

4 Konkurranseloven § 10 (3)

4.1 Innledning

Selv om en avtale er konkurransebegrensende etter krrl. § 10 første ledd, kan den bli lovlig gjennom å oppfylle vilkårene i tredje ledd. Tredje ledd er kun aktuelt å vurdere der en avtale oppfyller alle vilkårene i første ledd; hvis ikke er avtalen uansett lovlig. Her har foretakene selv bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.¹³⁹ Mens vilkårene i første ledd fokuserer på om avtalen begrenser konkurransen mellom foretak, fokuserer tredje ledd på eventuelle effektivitetsgevinster ved avtalen. Veier disse opp for ulempene etter første ledd, vil avtalen være gyldig om alle vilkårene er oppfylt. Bestemmelsen innebærer at avtaler som er samlet sett fordelaktige for samfunnet og fremmer konkurransen er lovlige, selv om deler av avtalen kan være konkurransebegrensende. Det gis dermed en helhetlig vurdering av avtalen der både fordelene og ulempene av avtalen må veies mot hverandre for å vurdere om avtalen er konkurransebegrensende.

I prinsippet kan enhver avtale oppfylle vilkårene i tredje ledd, også formålsovertredelser. Det vil som regel være vanskeligere å nå frem med denne bestemmelsen for formålsovertredelser.¹⁴⁰ Dette kan sees i sammenheng med at formålskategorien er ment for de mest alvorlige overtredelsene av krrl. § 10, nemlig avtaler som vanligvis vil være konkurransebegrensende. Det er likevel lite praksis rundt prosjektsamarbeid og vurderingen i krrl. § 10 (3), så hvordan denne terskelen forholder seg til slike samarbeid, er noe uklart.

Konkurranseloven § 10 (3) inneholder fire kumulative vilkår; for det første kreves det at avtalen «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Deretter må forbrukerne få en «rimelig andel av de fordeler som er oppnådd». Avtalen kan ikke «pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål», eller «gi disse foretak mulighet til å

¹³⁹ Se fotnote 21.

¹⁴⁰ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, avsnitt 46.

utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». Her vil vilkår nr. 1 og 3 være de mest relevante, og vil derfor bli diskutert nærmere i samband med prosjektsamarbeid.

4.2 Første vilkår

Første vilkår i krrl. § 10 tredje ledd er at avtalen «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Avtalen må altså gi fordeler som nevnt i paragrafen. Selv om det ikke nevnes eksplisitt i lovteksten følger det av sikker rett fra artikkel 101 TFEU at fordelene ved avtalen må overveie ulempene etter første ledd. EU-domstolen beskriver dette som at “this improvement must in particular show appreciable objective advantages of such a character as to compensate for the disadvantages which they cause in the field of competition”.¹⁴¹

Fordelene må videre være noe som kommer samfunnet som helhet til gode, ikke kun selskapene, slik at fordeler som kun øker foretakenes fortjeneste ikke omfattes.¹⁴²

Vurderingen er objektiv, slik at partenes vurdering av fordelene ikke har betydning.¹⁴³

Relevante fordeler kan være en mer effektiv bruk av ressurser, innovasjon av ny teknologi, et bredere utvalg av produkter, lavere priser, osv. De relevante fordelene omfatter mer enn bare de som kommer forbrukerne til gode, da vurderingen av at fordelene i rimelig grad kommer forbrukerne til gode er et eget vilkår i krrl. § 10 (3).¹⁴⁴ Bredere samfunnsmessige fordeler er dermed også relevante i vurderingen.

Det må vurderes når et prosjektsamarbeid «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Spørsmålet blir hvilke fordeler som kan komme ut av et prosjektsamarbeid, og hvor tungtveiende de må være for å kunne oppfylle vilkåret. Som nevnt er utgangspunktet for vurderingen at de

¹⁴¹ Sak 56/64 og 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, ECLI:EU:C:1966:41, s. 348.

¹⁴² Sak C-382/12 P, *Mastercard v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, avsnitt 234.

¹⁴³ *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 49.

¹⁴⁴ *Bailey og John (red.)* s. 216.

konkurranserefremmende virkningene må være mer tungtveiende enn de konkurranseregulerende virkningene. På samme måte som ved vurderingen i første ledd, finnes det lite praksis fra EU-domstolen omkring når konkurranserefremmende virkninger er tilstrekkelig tungtveiende til å gjøre et prosjektsamarbeid lovlig.

En fordel som kan oppstå ved prosjektsamarbeid, er at foretakene kan være i stand til å gi oppdragsgiveren et bedre tilbud enn de kunne gjort gjennom separate tilbud. Dette kan komme av besparelser som foretakene har på grunn av mer effektiv bruk av ressurser og personale. Oppdragsgiver vil dermed kunne oppnå store fordeler gjennom at foretakene samarbeider. Slike fordeler er relevante i vurderingen,¹⁴⁵ men problemstillingen blir når de veier opp for den konkurransereguleringen et prosjektsamarbeid utgjør. Dette blir et spørsmål om hvilken terskel som skal brukes for vurderingen; er det tilstrekkelig at tilbudet partene kan gi gjennom samarbeidet er bedre enn de kan gi hver for seg, eller må det kreves noe mer? Der partene vil kunne gi et objektivt bedre tilbud, vil avtalen medføre mer effektiv bruk av ressurser, og være positivt for oppdragsgiver, som får en tjeneste eller vare til en lavere pris enn ellers.

Som tidligere nevnt vil formålsovertredelser sjeldent oppfylle vilkårene i tredje ledd. Dette kan sees i sammenheng med at formålsovertredelser som regel påfører konkurransen betydelig skade, samtidig som de sjelden gir objektive fordeler.¹⁴⁶ Prosjektsamarbeid er en alvorlig overtredelse, da effektiv konkurranse mellom konkurrenter blir byttet ut med samarbeid. Samtidig er begrunnelsen for at slikt samarbeid anses som alvorlig at manglende konkurranse mellom konkurrenter kan føre til høyere priser eller lavere kvalitet i tilbudet fra foretakene. Om tilbudet som gis er objektivt sett bedre enn partene kunne gitt hver for seg, gjør ikke denne begrunnelsen seg gjeldende; tvert imot er avtalen gunstig for både samfunnet og avtalepartene. Av denne grunn må et objektivt bedre tilbud være tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret. Her er det likevel viktig at tilbudet faktisk må føre til et bedre tilbud for at vilkåret skal være oppfylt; det er ikke tilstrekkelig at kostnadene for de samarbeidende foretakene senkes. Om tilbudet ikke møter konkurranse, kan det i en slik sammenheng være lett for

¹⁴⁵ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, avsnitt 64-68.

¹⁴⁶ Ibid, avsnitt 46.

foretakene å øke prisen på tilbudet selv om de får lavere kostnader med prosjektet. Et slikt tilbud vil ikke oppfylle vilkåret.

Sanchez Graells viser her til en vurdering av “whether the terms of the joint tender are substantially better for the public buyer than those they could offer independently—ie, that there are specific and measurable efficiencies derived from the teaming or joint bidding strategy and that they are passed on to the public buyer”.¹⁴⁷ Han mener dermed at vilkåret kan oppfylles ved en vurdering av om vilkårene for avtalen er «betydelig bedre» enn de kunne ha inngitt hver for seg, der det sentrale punktet er om samarbeidet gir målbare fordeler som videreføres. En målbar fordel kan være om tilbudet er bedre enn partene kunne gitt hver for seg, slik at reduksjon i partenes kostnader i seg selv ikke er tilstrekkelig. Det avgjørende må dermed være om tilbudet objektivt sett er bedre for oppdragsgiveren enn de partene kunne gitt hver for seg.

4.3 Tredje vilkår

Avtalen kan ikke «pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse formål». I dette ligger det at fordeler som kan oppnås uten eller med mindre inngripende restriksjoner, kan ikke gjøre en avtale gyldig etter tredje ledd. Både avtalen og de individuelle restriksjonene må være nødvendige for at vilkåret skal være oppfylt.¹⁴⁸

For de ulike restriksjonene i avtalen innebærer dette en vurdering av om fraværet av restriksjonen “would eliminate or significantly reduce the efficiencies that follow from the agreement or make it significantly less likely that they will materialise”.¹⁴⁹ At de konkurransefremmende virkningene blir noe redusert ved et mindre inngripende samarbeid er dermed ikke tilstrekkelig, jf. formuleringen «significantly». For restriksjoner som er å anse

¹⁴⁷ Sanchez Graells (desember 2015) punkt 2.

¹⁴⁸ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, avsnitt 73.

¹⁴⁹ Ibid, avsnitt 79.

som formålsovertredelser er vurderingen strengere; jo mer inngripende restriksjon, jo høyere er terskelen for at de anses som «nødvendige».¹⁵⁰ Det må dermed vurderes når et prosjektsamarbeid kan sies å pålegge restriksjoner som ikke er «absolutt nødvendige» for å oppnå de konkurransefremmende virkningene vurdert etter første vilkår.

Det kan spørres om vilkåret er oppfylt i en situasjon der et potensielt samarbeid med et annet foretak hadde vært mindre inngripende enn det aktuelle samarbeidet. Her finnes det ulike oppfatninger i juridisk teori. Blant annet mener Ritter at vilkåret ikke er oppfylt om “achieving those efficiencies would not have been possible through a less restrictive alternative, such as [...] teaming up with another firm which is not a competitor”.¹⁵¹ Synspunktet kan sees i sammenheng med at det da hadde vært mulig å oppnå fordelene gjennom et samarbeid som ikke er konkurransebegrensende. Det kan da spørres om samarbeidet var absolutt nødvendig, når det var mulig å oppnå fordelene gjennom et alternativt, lovlig samarbeid, eller et samarbeid som er mindre inngripende.

En motstander av synspunktet til Ritter er Sanchez Graells, som har tatt avstand fra standpunktet i flere artikler. Han viser blant annet til Kommissjonens horisontale retningslinjer, som uttaler at:

*"It is particularly relevant to examine whether, having due regard to the circumstances of the individual case, the parties could have achieved the efficiencies by means of another less restrictive type of agreement and, if so, when they would likely be able to obtain the efficiencies. It may also be necessary to examine whether the parties could have achieved the efficiencies on their own"*¹⁵²

Retningslinjene synes å peke på en vurdering av om partene imellom seg kunne skapt fordelene gjennom en mindre inngripende avtale, eller på egenhånd. Sanchez Graells mener derfor at vurderingen ikke kan forlenges til en vurdering av potensielle samarbeid mellom

¹⁵⁰ Ibid, avsnitt 79.

¹⁵¹ Ritter (2017) s. 16.

¹⁵² Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, avsnitt 76.

andre foretak enn de faktisk involverte.¹⁵³ Han viser også i en annen artikkel til følgende synspunkt:

“[...] Once an undertaking has expressed its preference in collaborating with given consortium partner(s), it is difficult to accept the Authority’s role in second-guessing that an alternative collaboration would have been preferable (not only in competition terms, but also in business terms). The analysis of Art 101(3) TFEU should not involve this type of speculation, and it should suffice to establish that the joint bidders have not exceeded the limits required for the generation of the efficiencies derived from their agreement”¹⁵⁴

Ritters synspunkt kan føre til vanskelige vurderinger, ved at man i ettertid må vurdere hvilke andre samarbeid som hadde vært mulige, og hvor konkurransebegrensende de hadde vært i forhold til den aktuelle avtalen. Det er ikke sikkert at foretakene har full oversikt over hvem de kunne ha samarbeidet med for å gjennomføre prosjektet, og som samtidig ikke er potensielle konkurrenter. Dette kan som Sanchez nevner føre til spekulasjon og etterpåklokskap, noe som ikke passer seg i denne vurderingen. Han mener at hensynet til tredjeparter burde begrenses til vurderingen av fjerde vilkår:

“Conversely, where the agreement is between undertakings that would not have been potential competitors by themselves, the fact that a theoretically superior joint bidding arrangement could be conceived is irrelevant because the analysis under Article 101(3) TFEU must be limited to whether the arrangement in place generates efficiencies by the least restrictive means concerning the undertakings involved in the consortium. Considerations concerning third parties should be limited to an assessment of the fourth condition, concerning the consortium’s ability to eliminate competition for the contract [...].”¹⁵⁵

Siden man ikke har noen klare retningslinjer fra rettspraksis på hvordan vilkåret skal vurderes i dette tilfellet, er løsningen uklar. Sanchez Graells sitt synspunkt har likevel mange gode grunner for seg, da vurderinger av potensielle samarbeid ikke passer inn i vurderingen av tredje ledd. Hans synspunkt blir derfor lagt til grunn i denne drøftelsen.

¹⁵³ Sanchez Graells (februar 2017).

¹⁵⁴ Sanchez Graells (juli 2017) punkt 1.

¹⁵⁵ Ibid, punkt 1.

4.4 Oppsummering

Fire vilkår må være oppfylt for at tredje ledd skal komme til anvendelse. Det er særlig første og tredje vilkår som er problematisk ved vurderingen av prosjektsamarbeid. Ved første vilkår er det tilstrekkelig at fordelene overveier ulempene med avtalen, gjennom at tilbudet er objektivt sett bedre enn foretakene kunne gitt hver for seg, da slike avtaler er konkurransefremmende. Ved vurderingen i tredje vilkår kan det oppstå spørsmål om betydningen av potensielle samarbeid for vurderingen av om det aktuelle samarbeidet var nødvendig; som vist kom jeg frem til at slike potensielle samarbeid ikke kan tas i betraktning, men her finnes det forskjellige meninger.

5 Oppsummering

Som oppgaven viser, gir rettspraksis henvisning om en restriktiv tolkning av formålsvilkåret. Nyere praksis gjennom Budapest Bank har bygget videre på denne læren, gjennom krav om robuste erfaringer for at en avtale skal anses som en formålsovertredelse. Gjennom *Generics* endrer EU-domstolen forholdet mellom første og tredje ledd ved å åpne for at positive virkninger for konkurransen kan tas i betraktning etter første ledd, men regelen er snever.

Ved vurderingen av formålsvilkåret i saker om prosjektsamarbeid er det sentrale vilkåret om foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter, en vurdering som videre går ut på om foretakene kunne levert separate tilbud. Begge foretakene må kunne levere separate tilbud for å kunne regnes som konkurrenter. Der det ene foretaket kunne levert et separat tilbud gjennom samarbeid med annen bedrift er virkningsvurderingen mest passende. Ved vurdering av om foretakene kunne levert separate tilbud, må det foretas både en vurdering av den faktiske evnen til å levere separate tilbud, og evnen til å levere separate tilbud etter tilpasninger. Sistnevnte vurdering har i rettspraksis blitt formulert som hva foretakene lett kan skaffe seg mulighet til å gjennomføre, men har fått en streng tolkning i rettspraksis, som kan sies å gå for langt med tanke på den restriktive tolkningen av formålsvilkåret.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd inneholder fire vilkår, men kun to av de er problematiske i denne sammenheng. Første vilkår er oppfylt om tilbudet er objektivt sett bedre enn hva partene kunne levert hver for seg. For vurderingen av tredje vilkår er et spørsmål hvilken betydning det skal få for nødvendighetsvurderingen av alternative samarbeid var mulige. Her finnes det uenighet i juridisk teori, men jeg konkluderer med at det ikke passende å inkludere potensielle samarbeid i vurderingen av om samarbeidet var nødvendig.

Litteraturliste

Bøker:

Bailey, David, og Laura Elizabeth John (red.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8. utgave, Oxford University Press 2018

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2018

Hjelmeng, Erling J. og Lars Sørgard, *Konkurransopolitikk – Rettslig og økonomis analyse*, 1. utgave, Fagbokforlaget Vigmostad og Bjørke AS 2014

Sánchez Graells, Albert, *Public procurement and the EU competition rules*, 2. utgave, Hart Publishing 2015

Whish, Richard, og David Bailey, *Competition Law*, 9. utgave, Oxford University Press 2018

Artikler:

Herrera Anchustegui, Ignacio, «Joint bidding and Object Restrictions of Competition: The EFTA Court`s Take in the Taxi Case», *European Competition and Regulatory Law Review*, volume 1 issue 2 2017, s. 174-179, tilgjengelig på: <https://ssrn.com/abstract=2966374>

Hjelmeng, Erlend, og Eirik Østerud, «Anbuds-/prosjektsamarbeid – Høyesterettsdom 22. juni 2017 (HR-2017-1229-A) Ski Taxi SA, Follo Taxi SA, Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet», *Nytt i privatretten* 2017 nr. 3, s. 16-20, tilgjengelig på: <https://www.cappelendammundervisning.no/cdu/akademisk/nytt-i-privatretten/article158279.ece/BINARY/Nytt%20i%20privatretten%202017-3.pdf>

Ritter, Cyril, «Joint Tendering under EU Competition Law», 1. februar 2017, tilgjengelig på: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>

Sanchez Graells, Albert, «Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, mars 2018, s. 161-163, tilgjengelig på: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx043>

Thomas, Christopher, «Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint

Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 6, Issue 9, November 2015, s. 629–638, tilgjengelig på: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv016>

Tveit, Svein Terje, «Joint bidding: a smelly looking fish or a rockpool goby? An update from the Nordics», *European Competition Law Review*, 2020, 41(7), s. 335-344, tilgjengelig på: <https://www.adeb.no/globalassets/publikasjoner/english-publications/joint-bidding-a-smelly-looking-fish-or-a-rockpool-goby-an-update-from-the-nordics.pdf>

Bloggartikler:

Sanchez Graells, Albert, «Comments to Danish draft guidelines on joint tendering», 7. Juli 2017, tilgjengelig på: <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/7/7/0p5ahpp86745j76bemm6dflw6hwloz> , lest 3. mai 2021

Sanchez Graells, Albert, «Joint bidding and subcontracting under EU competition law: some critical comments on Thomas (2015)», 2. desember 2015, tilgjengelig på: <https://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html> , lest: 26. april 2021

Sanchez Graells, Albert, «New Analysis of Joint Tendering under EU Competition Law: A Few Comments on Ritter (2017)», 20. februar 2017, tilgjengelig på: <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/2/20/new-analysis-of-joint-tendering-under-eu-competition-law-ritter-2017?rq=joint%20tender> , lest: 26. april 2021

Lover og traktater:

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen), signert 2. mai 1992

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), signert 2. mai 1992

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), signert 13. desember 2007

Forarbeider:

NOU 2001:28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Innst. O. nr. 50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

Norske rettsavgjørelser:

Rt. 2000 s. 1811 Finanger I

HR-2016-2554-P Holship

HR-2017-1229-A Ski Follo Taxi

LB-2018-161470 (Borgarting lagmannsrett) Forlagssaken

Konkurransetilsynets vedtak:

KT-2011-12V Ski Follo Taxi

KT-2017-21V El-Proffen

Konkurranseskjennemerkets vedtak:

Sak 2018/112 og 2018/113 El-Proffen

EFTA-domstolen:

Sak E-3/16, Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet, Ct. Rep. 2016 s. 1002

EU-domstolen:

Sak 56/64 og 58/64, Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community, ECLI:EU:C:1966:41

Sak 56-65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), ECLI:EU:C:1966:38

Sak 5-69, Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:35

Sak C-8/08, T-Mobile Netherlands BV and others v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECLI:EU:C:2009:343

Sak C-501/06 etc, GlaxoSmithKline v Commission, ECLI:EU:C:2009:610

Sak C-226/11, Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others, ECLI:EU:C:2012:795

Sak C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others v Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160

Sak C-382/12 P, Mastercard v Commission, ECLI:EU:C:2014:2201

Sak C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission, ECLI:EU:C:2014:2204

C-286/13 P, Dolefood Inc Company v Commission, ECLI:EU:C:2015:184

Sak C-373/14 P, Toshiba Corporation v European Commission, ECLI:EU:C:2016:26

Sak C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others, ECLI:EU:C:2020:265

Sak C-307/18, Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52

Uttalelser fra Generaladvokater:

Sak C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission,
ECLI:EU:C:2014:1958

Sak C-373/14 P, Toshiba Corporation v European Commission, ECLI:EU:C:2015:427

Sak C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others,
ECLI:EU:C:2019:678

Underretten:

Sak T-472/13, H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v European Commission,
ECLI:EU:T:2016:449

EU-Kommisjonen:

OJ L 228, 22.8.1990, s. 31–34, Konsortium ECR 900, 90/446/EEC

Retningslinjer:

Danish Consumer and Competition Agency, When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law, september 2020

EU-Kommisjonen, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, 14. januar 2011

EU-Kommisjonen, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27. april 2004

EU-Kommisjonen, Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25. juni 2014

Konkurransetilsynet, Prosjektsamarbeid - utredning, november 2011, tilgjengelig på
forespørsel til Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet, Veiledning om prosjektsamarbeid, 24. februar 2014