

Prosjektsamarbeid og konkurranseloven § 10

Kandidatnummer: 192338

Veileder: Eivind Stage

Antall ord: 14683



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.2013

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Problemstillingens aktualitet.....	6
1.3	Begrepet prosjektsamarbeid.....	7
2	RETTSKILDESITUASJON OG RETTSKILDEBRUK	7
3	UTGANGSPUNKTER FOR ANALYSEN	9
3.1	Konkurranseloven § 10	9
3.2	Konkurransereglene.....	11
3.2.1	Konkurransereglene formål.....	11
3.2.2	Konkurransereglene virkning.....	13
3.2.2.1	Markedsavgrensning	14
3.2.2.2	Virkningsanalysen	14
3.3	Skillet mellom formåls- og virkningsovertredelser	15
3.4	Kategorisering og avveining av hensyn	16
4	HVILKE FORMER FOR PROSJEKTSAMARBEID ER I STRID MED § 10?	17
4.1	Vurderinger felles for alle typer prosjektsamarbeid	17
4.1.1	Avgrensning mot tilgrensende samarbeidstilfeller.....	17
4.1.2	Blandede tilfeller	18
4.1.3	Begrepet konkurrenter	19
4.1.4	Betydningen av at samarbeidet er åpent	20
4.1.5	Informasjonsutveksling mellom parter i et prosjektsamarbeid og spill- overeffekter	22
4.2	Prosjektsamarbeid i anbudskonkurranser	24
4.2.1	Innledning.....	24
4.2.2	Hva skal til for at et foretak kan gjennomføre prosjektet på egenhånd?...	25
4.2.3	Foretakene leverer ett felles tilbud	27
4.2.3.1	Begge parter kan gjennomføre prosjektet på egenhånd.....	27
4.2.3.2	Ingen av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd.....	28
4.2.3.3	En av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd	29
4.2.4	Foretakene leverer hvert sitt tilbud	33
4.2.4.1	Begge parter kan gjennomføre prosjektet på egenhånd.....	33
4.2.4.2	Ingen av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd.....	35
4.2.4.3	En av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd	36
4.2.5	Generelle problemstillinger ved underleverandøravtaler – vertikale restriksjoner	39
4.2.5.1	Innledning.....	39
4.2.5.2	Binding av videresalgpris	39
4.2.5.3	Andre bindinger med betydning for volum av og kvalitet på produktet eller tjenesten som videreselges.....	40
4.2.5.4	Ekklusivitetsavtaler	40
4.2.5.5	Gjensidige underleverandøravtaler.....	41
4.3	Andre typer prosjektsamarbeid	41
5	OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	43
6	LITTERATURLISTE	43

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Enhver form for samarbeid, herunder prosjektsamarbeid, vil kunne rammes av Konkurranseloven¹ § 10 og de bakenforliggende EU-reglene i EØS-avtalen artikkel 53 og EU-traktaten artikkel 101. Disse bestemmelsene har i det vesentlige samme innhold: Samarbeid mellom selvstendige foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen forbyes. I denne avhandlingen vil "samarbeidsforbudet" brukes som fellesbetegnelse på bestemmelsene.²

Prosjektsamarbeid er et samarbeid mellom to eller flere foretak om å gjennomføre et enkeltprosjekt.³ Det kan innebære deling av ressurser, informasjonsutveksling eller underleveranser og kjennetegnes ved at det er begrenset i varighet og omfang. Denne typen samarbeid er ikke uvanlig i praksis, særlig ved anbudskonkurranser, men også ved andre oppdrag eller prosjekter som innledes på foretakenes egne initiativ.

Samarbeid som har et konkurransebegrensende formål er forbudt i sin rene form - jf. ordlyden "som har til formål *eller* virkning" (egen uthevninng). Derfor er det ved slike samarbeidsformer som utgangspunkt ikke nødvendig å bevise at det skjer en faktisk vridning eller begrensning av konkurransen i markedet.⁴ Vurderingen av samarbeidets formål er objektiv og baserer seg på at enkelte samarbeidsformer presumeres å være konkurranseskadelige på grunnlag av erfaring og økonomisk teori.⁵ Dersom samarbeidet ikke har et konkurransebegrensende formål, må samarbeidets mulige "virkning" i markedet vurderes. For de tilfellene som anses for å ha konkurransebegrensende formål eller virkning, kan det gjøres unntak på nærmere vilkår etter § 10 tredje ledd.

¹ Lov 5. januar 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

² Begrepet brukes av lovgiver i flere sammenhenger –jf. for eksempel Prop. 75 L (2012–2013) avsnitt 6.2.8 og NOU 2013: 6, avsnitt 9.2.

³ En slik definisjon kan utledes fra Ernst Nordtveit, *Oppdragssamarbeid: Joint Ventures I Oppdragsindustri, Entreprenørverksemd, Forsking Og Utvikling* (Bergen: Alma Mater, 1992), på s. 2. Nordtveit kan forstås slik at prosjektsamarbeid er samarbeid mellom foretak, både i forbindelse med egne prosjekter og prosjekter initiert av en utenforstående. Prosjekter som initieres av en utenforstående kalles oppdragssamarbeid.

⁴ Se for eksempel *Sak C-8/08, T-Mobile*, s. 21-22 (2009).

⁵ Okeoghene Odudu, "Restrictions of Competition by Object - What's the Beef?," *Comp Law* 11-17(2008): s. 11.

Konkurransbegrensende samarbeid foregår ofte mellom to eller flere foretak over lang tid, på markeder hvor det er lite tilsig av nye konkurrenter, lite innovasjon og få endringer i etterspørsel. Ofte vil samarbeidet *ikke* være inngått med sikte på et bestemt prosjekt, men heller for at aktørene skal kunne øke sin markedsmakt og konkurransedyktighet i markedet hvor de opererer til daglig. For enkelthetens skyld blir slike samarbeidsformer i det følgende kalt samarbeid utenom enkeltprosjekter. Det er særlig disse formene for samarbeid som beskrives eller legges til grunn for analyser i norsk og internasjonal teori og i EUs retningslinjer. Det er også disse samarbeidsformene som oftest har vært gjenstand for inngrep fra Kommisjonen og tvist i EU-domstolen.⁶

Prosjektsamarbeid skiller seg fra samarbeid utenom enkeltprosjekter på flere måter. Ved samarbeid om anbudskonkurranser konkurrerer de deltagende foretak om én etterspørrelse, mens det ellers vil kunne være et stort antall etterspørrelser. I anbudskonkurranser er det dessuten etterspørrelsen som tar initiativet til handel. Både anbudssamarbeid og samarbeid om andre enkeltprosjekter som foretakene initierer på egne vegne, er som nevnt begrenset i formål, varighet og omfang. Den samme hovedregelen som for samarbeid utenom prosjekt gjelder likevel for prosjektsamarbeid, og de samme vurderingsmomentene og argumentene kan og skal anvendes. Særegenhetene ved et prosjektsamarbeid innebærer imidlertid at både vurderingsmomentene og argumentasjonen må tilpasses, og i noen tilfeller ses helt bort fra, fordi de ikke passer. Det er viet liten plass til slik konkretisering i internasjonal og norsk teori.⁷ Behovet for en mer inngående behandling av prosjektsamarbeidstilfeller vurdert opp mot krrl. § 10 er grunnlaget for avhandlingens problemstilling: ***I hvilke tilfeller er prosjektsamarbeid i strid med krrl. § 10?***

Enkelte samarbeid faller etter sin natur utenfor forbudet i krrl. § 10. Dette gjelder horisontalt samarbeid mellom foretak som verken er faktiske eller potensielle konkurrenter, horisontalt samarbeid mellom konkurrenter som ikke kan gjennomføre aktiviteten på egenhånd og samarbeid som ikke har noen virkning på de relevante parametrene for konkurranse.⁸ Horisontale avtaler er avtaler inngått mellom foretak som opererer på samme omsetningsnivå i relasjon

⁶ Jf. for eksempel Sak C-8/08, *T-Mobile*; Sak C-439/09, *Pierre Fabre*, (2011); *Forente Saker C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 Og C-519/06 Glaxosmithkline Services Unlimited Mot Kommisjonen*, (2009); *ibid.m.fl.*

⁷ Se for eksempel Bent Iversen et al., *Regulating Competition in the Eu*, 2 ed. (Copenhagen: DJØF Publ., 2012). Forfatteren viser til den generelle delen om artikkel 101 for tilfeller av anbudssamarbeid.

⁸ Se for eksempel ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 24 og *Competition Law and Shipping: The Emlo Guide to Eu Competition Law in the Shipping and Port Industries* (London: Cameron May, 2010).

til avtalen, selv om foretakene ellers opererer på flere ulike omsetningsnivåer (vertikal integrasjon). Vertikale avtaler er avtaler som inngås mellom foretak som opererer på ulike omsetningsnivåer⁹ i relasjon til avtalen, også her uavhengig av om de er vertikalt integrerte.¹⁰ Horisontale samarbeid som i utgangspunktet ikke faller under krrl. § 10, kan likevel rammes av bestemmelsen dersom samarbeidet er mer omfattende enn nødvendig, for eksempel ved utveksling av konkurransesensitiv informasjon.¹¹

Når det gjelder anbudssamarbeid, sammenlignes ofte denne typen samarbeid med prissamarbeid og markedsdeling.¹² De to sistnevnte blir ansett som de mest alvorlige formene for samarbeid i strid med § 10. Det er imidlertid nærliggende at det i disse tilfellene siktes til de grove formene for samarbeid om anbud, slik som fiktive anbud der klare konkurrenter blir enige om hvem som skal levere laveste bud og tilfeller der konkurrerende foretak deler ulike anbud mellom seg. Poenget med en anbudskonkurranse, enten den er privat eller offentlig, er å skape konkurranse mellom leverandører for å oppnå et pris- og kvalitetsmessig optimalt tilbud.¹³ Denne optimale konkurransen oppnås ikke dersom foretakene inngir fiktive bud eller fordeler anbud. Mer tvilsomt er det om samarbeidet er i strid med § 10 dersom bare ett av foretakene kan inngi et selvstendig tilbud i den aktuelle anbudskonkurransen, slik at samarbeidet kan føre til at en ny aktør kan delta i konkurransen eller at en av aktørene blir en sterkere konkurrent som kan presse priser eller øke kvaliteten på leveransene. Drøftelsen av avhandlingens problemstilling innebærer en kategorisering og behandling av dette og andre tvilstilfeller.

I drøftelsene har skillet mellom avtaler med konkurransebegrensende formål og avtaler med konkurransebegrensende virkning stor betydning. Skillet bygger som nevnt på tanken om at det er mulig å peke på enkelte samarbeidsformer som normalt vil begrense konkurransen og derfor har et konkurransebegrensende formål etter sin natur. Et samarbeid kan imidlertid være komplekst, og i vurderingen av om det har et konkurransebegrensende formål skal det ses hen til både selve samarbeidets innhold og samarbeidets rettslige og økonomiske

⁹ Omsetningsnivået er foretak befinner seg på er foretakets plassering i produksjons- eller distribusjonskjeden jf. Olav Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 2 vols., vol. 1(Oslo: Universitetsforl., 2006).

¹⁰ Kommisjones horisontale retningslinjer, avsnitt 12.

¹¹ Nærmere om dette under punkt 4.1.5.

¹² For eksempel Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 384; *Eut 1973 L 140/17, European Sugar Industry*, punkt B11 (1973).

¹³ Dette kommer for eksempel frem i Konkurransetilsynets vedtak V2011-11.

kontekst.¹⁴ Grensen mellom samarbeid med konkurransebegrensende formål og konkurransebegrensende virkning kan derfor være vanskelig å trekke i praksis. Av denne grunn vies både denne grensedragningen og utfordringene ved kategorisering generelt plass i avhandlingen.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Klarleggingen av hvilke former for samarbeid som reelt sett kan skade konkurransen er viktig for å unngå at konkurranseskadelig samarbeid i forbindelse med enkeltprosjekter skjer. Dersom § 10 gis en snever rekkevidde, vil konkurranseskadelig samarbeid til skade for forbrukerne tillates. Anvender man bestemmelsen slik at den favner for vidt, vil det også kunne være samfunnsøkonomisk skadelig ved at effektivitetsfremmende og samfunnsøkonomisk gunstig samarbeid forbys.¹⁵

Spørsmålet om hvilke typer prosjektsamarbeid som utgjør formålsovertredelser er dessuten omstridt og svært aktuelt. Problemstillingen er behandlet både i Konkurransetilsynets utkast til ny veiledning om prosjektsamarbeid¹⁶ og i rettspraksis. To saker om prosjektsamarbeid skal opp for henholdsvis tingretten og lagmannsretten våren 2014. I saken som skal opp for tingretten er det klare bevis på at en ansatt i NCC og en ansatt i Veidekke har utvekslet priser i forbindelse med flere anbudskonkurranser. Gjenstanden for tvist er i hovedsak hvorvidt foretaket er ansvarlig for en ansatts lov- og instruksbrudd, samt utmålingen av ovetredelsesgebyret.¹⁷ Saken har derfor liten relevans for den aktuelle problemstillingen. I saken som skal opp for lagmannsretten står uenigheten særlig om hvorvidt konkurransebegrensningskriteriet¹⁸ i krrl. § 10 er oppfylt. Det gjelder et samarbeid mellom Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS som gjennom sistnevnte firma innga felles anbud i to anbudskonkurranser om pasienttransport ("Follo taxi-saken").¹⁹ Et sentralt spørsmål i saken er hvorvidt samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål. Både rettssaken og uenigheten for øvrig viser at temaet er aktuelt, og at det er behov for nærmere

¹⁴ Jf. for eksempel *Forente Saker C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 Og C-519/06 Glaxosmithkline Services Unlimited Mot Kommisjonen; Sak C-439/09, Pierre Fabre; Forente Saker 96/82 - 102/82, 104/82, 105/82 Og 110/82, Iaz International Belgium M. Fl.*, (1983).

¹⁵ D. G. Goyder, Joanna Goyder, and Albertina Albors-Llorens, *Goyder's Ec Competition Law*, 5 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2009), s. 111.

¹⁶ Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid fra 2012 med tilhørende kritiske høringsuttalelser.

¹⁷ V2013-3, Konkurransetilsynet mot NCC og Veidekke.

¹⁸ Kravet om at samarbeidet har konkurransebegrensende formål eller virkning.

¹⁹ Et samarbeid med konkurransebegrensende formål i strid med § 10.

avklaring.

1.3 Begrepet prosjektsamarbeid

Begrepet "prosjektsamarbeid" ble brukt i konkurranseloven fra 1993²⁰ og siktet både til samarbeid om anbud og andre tilbud, med avgrensning mot løpende og permanente samarbeid.²¹ For øvrig er begrepet lite brukt i rettspraksis og juridisk teori, men anvendes i Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid.

Begrepet "anbudssamarbeid" er mer innarbeidet, og går igjen både i rettspraksis og teori. Som nevnt innledningsvis brukes ofte begrepet med sikte på prissamarbeid eller markedsdeling i forbindelse med anbudskonkurranser. I denne avhandlingen brukes det imidlertid som betegnelse på enhver form for samarbeid relatert til en anbudskonkurranse. En anbudskonkurranse initieres ved anbudsinnbydelse, som kan defineres som "en formalisert innbydelse til en bestemt eller ubestemt krets av personer om å gi pris på et bestemt arbeid eller produkt". Svar på innbydelsen gis ved anbud, et skriftlig pristilbud.²² Dermed dekker begrepet anbudssamarbeid både samarbeid i forbindelse med private og offentlige anbudskonkurranser. Prosjektsamarbeidsbegrepet omfatter både anbudssamarbeid og samarbeid mellom flere foretak om et prosjekt som foretakene selv initierer uten at noen har invitert til anbud²³, forutsatt at samarbeidet ikke er varig eller permanent.

2 RETTSKILDESITUASJON OG RETTSKILDEBRUK

Rettskildebildet på konkurranserettens område er komplekst og i dette kapittelet tas det derfor kun sikte på å gi en oversikt over rettskildesituasjonen. I denne sammenheng gis det også en forklaring på hvorfor enkelte rettskilder som normalt ikke har særlig rettskildemessig tyngde, likevel vil kunne få stor vekt på dette rettsområdet og under den aktuelle problemstillingen.

Ettersom krrl. § 10 er harmonisert med reglene i EU- og EØS-retten, har praksis fra EU-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og ESA relevans og skal tillegges stor vekt ved

²⁰ § 3-5.

²¹ Ot.prp.nr.41 (1992-1993), s. 108-109.

²² NOU 1997:21, avsnitt 11.4.1.

²³ Se innledning.

tolkningen av den norske konkurranseloven.²⁴ Få rene prosjektsamarbeid har imidlertid vært gjenstand for vedtak for Kommisjonen eller oppe for EU-domstolen. Samarbeidstilfellene behandlet i domstolen og Kommisjonens avgjørelser er sammensatte og har ofte nødvendiggjort en grundig markeds- eller virkningsanalyse. Få av sakene har spesiell overføringsverdi til prosjektsamarbeid. I flere saker drøfter imidlertid domstolen hvorvidt det dreier seg om en formåls- eller virkningsovertredelse, og ut ifra disse avgjørelsene kan det utledes generelle vurderingsmomenter. Rettspraksis fra EU vies derfor mer plass i avhandlingens innledende del enn i analysen av hvilke tilfeller av prosjektsamarbeid som rammes av krr. § 10.

For øvrig gjelder alminnelig norsk rettskildelære ved tolkningen av krrl. § 10.

Konkurranselovens formål har dermed relevans og vekt. Formålet er i følge § 1 å "fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser", i tillegg til at forbrukernes interesser skal fremmes. Ettersom formålet om effektiv ressursbruk og ivaretagelse av forbrukernes interesser er felles for de fleste land, kan andre lands regler og praksis være relevante.²⁵ Slik utenlandsk praksis kan brukes støttemoment²⁶ og som illustrasjon på hvordan konkurranselovens formål og reelle hensyn kan ivaretas. Eksempler fra svensk, fransk og ungarsk rett vil derfor trekkes frem i analysen, ettersom problemstillinger ved prosjektsamarbeid har vært opp hos disse landenes konkurransemyndigheter.

Når det gjelder relevant praksis i Norge, følger det av krrl. § 29 fjerde ledd, første setning at Konkurransetilsynets vedtak som medfører ileggelse av overtredelsesgebyr ikke kan påklages.²⁷ Et foretak som blir ilagt overtredelsesgebyr kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å få vedtaket overprøvd av domstolen, og domstolen kan prøve "alle sider av saken" jf. § 29 fjerde ledd tredje og fjerde setning. Ettersom det er et begrenset antall vedtak hvor overtredelsesgebyr ilegges for brudd på § 10, er det et enda lavere antall slike saker som kommer opp for retten. Svært få kommer opp for Høyesterett. Konsekvensen er at det må ses hen til Konkurransetilsynets vedtak og underrettspraksis ved tolking av loven, og denne praksisen vil vektlegges i vurderingen av prosjektsamarbeid opp mot § 10.

²⁴ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 68; Fredrik Sejersted et al., *Eøs-Rett*, 3 ed.(Oslo: Universitetsforl., 2011), s. 55.

²⁵ Norge, Harald Evensen, and Eivind Sæveraas, "Konkurranseloven Og Eøs-Konkurranseloven: Med Kommentarer," Gyldendal akademisk.

²⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag Og Standpunkt*, 2 ed.(Bergen ; Oslo: Universitetsforl., 2004), 51.

²⁷ Konkurransetilsynets overordnede departement var fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet, nylig omgjort til kommunal- og moderniseringsdepartementet).

Konkurransetilsynet har før øvrig utarbeidet en veiledning om prosjektsamarbeid, offentliggjort i 2008. I 2012 publiserte tilsynet et utkast til ny veiledning, men utkastet har vært gjenstand for kritikk, særlig for å ha latt formålskategorien favne for vidt. Det er forventet at tilsynet gir ut en ny veiledning basert på utkastet og tilbakemeldingene på dette, i nærmeste fremtid. Slike veiledninger fra offentlig myndigheter er ingen autoritativ kilde.²⁸ Både gjeldende veiledning og utkastet til ny veiledning gir imidlertid uttrykk for Konkurransetilsynets holdning og tolkning av reglene, og denne kan være styrende for fremtidig praksis både hos Konkurransetilsynet og mellom foretakene. Derfor vil både gjeldende veiledning og det nye utkastet brukes som sammenligningsgrunnlag i forsøket på avklaring og kategorisering av ulike prosjektsamarbeidstilfeller.

3 UTGANGSPUNKTER FOR ANALYSEN

3.1 Konkurranseloven § 10

Før det drøftes hvilke prosjektsamarbeid som er i strid med krrl. § 10, må bestemmelsens vilkår kort presenteres. Konkurranseloven § 10 er en forbudsbestemmelse. I første ledd forbyr "enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen". I tillegg til vilkårene som fremgår av ordlyden er det sikker rett at konkurransen må påvirkes merkbart for at et samarbeidstilfelle skal kunne rammes av bestemmelsen.²⁹

Eksempler på mulig formålsbegrensende opptreden listes opp i bokstav a) til d) og inkluderer fastsettelse "på direkte eller indirekte måte [av] innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår", begrensning eller kontroll av "produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer", oppdeling av markeder eller forsyningskilder, diskriminering av handelspartnere og "å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden".

²⁸ Nygaard, *Rettsgrunnlag Og Standpunkt*, s. 43-48.

²⁹ Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 222.

I andre ledd angis virkningen av brudd på forbudet *inter partes*: en ulovlig avtale "skal ikke ha noen rettsvirkning". Andre viktige konsekvenser er at Konkurransetilsynet kan ilegge et overtredelsesgebyr og pålegge opphør av ulovlig virksomhet jf. krrl. § 29.

Det gjøres unntak fra samarbeidsforbudet i tredje ledd for samarbeid som "bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd". I tillegg kreves det at restriksjonen som pålegges foretakene ikke er "absolutt nødvendig" for å oppnå de nevnte gevinstene jf. bokstav a), og uten at foretakene får "mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder" jf. bokstav b). Det er partene selv som må dokumentere effektivitetsgevinstene.

Disse gevinstene kan oppstå på mange måter i et prosjektsamarbeid, for eksempel kan en av partene ha høyere kompetanse, noe som kan medføre at en del av leveransen eller leveransen samlet sett får høyere kvalitet.³⁰ En annen mulighet kan være at ett av foretakene har nyere teknologi som gir høyere kvalitet, raskere produksjon eller senker kostnadene ved gjennomføringen av prosjektet. Sammen blir foretakene da en sterkere konkurrent som kan presse prisene eller kvaliteten på leveransene i konkurransen om prosjektet. For det første må foretakene da bevise at gevinsten kommer etterspørre til gode i form av et pris- eller kvalitetsmessig bedre tilbud. Deretter må gevinstene for etterspørre måles opp mot konkurransebegrensningen som samarbeidet medfører, og de må i det minste veie opp etterspørres tap som stammer fra konkurransebegrensningen. Til sist må det undersøkes om det finnes alternative måter for foretakene å skaffe nødvendige ressurser eller teknologi på enn et samarbeid, og alternativene har betydning i vurderingen av om samarbeidet er nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinstene under § 10 tredje ledd.

I tillegg til dette unntaket gis en forskriftshjemmel for utdypning og presisering av unntak for gruppetilfeller i fjerde ledd. Det er imidlertid særlig vurderingen av om et prosjektsamarbeid er konkurransebegrensende som skiller seg ut i prosjektsamarbeidssammenheng, ettersom de samarbeidende foretaks evne til å gjennomføre prosjektet på egenhånd kan variere og det relevante markedet kan være snevert avgrenset. Vurderingen av om det foreligger en "avtale" eller "samordnet opptreden" skiller seg ikke ut og behandles derfor ikke i avhandlingen. Det samme gjelder merkbarhetskravet, skyldkravet og beviskravet. Fokuset i drøftelsen vil følgelig

³⁰ Erling Hjelmeng and Tommy Staahl Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid,"(2011), s. 14.

være på konkurransebegrensningskriteriet. En generell redegjørelse av dette kriteriet, og særlig grensen mellom konkurransebegrensende formål og virkning, er derfor nødvendig som et utgangspunkt for den nærmere analysen av ulike prosjektsamarbeidstilfeller i neste kapittel.

3.2 Konkurransereguleringskriteriet

3.2.1 Konkurranseregulerende formål

Vurderingen av om et samarbeid har konkurransebegrensende formål er objektiv. Partenes subjektive formål kan tas i betraktning, men det er ikke noen betingelse at partene har hatt en intensjon om å begrense konkurransen.³¹ Eksemplene som listes opp i krrl. § 10 første ledd er ikke uttømmende, og ikke alle eksemplene kan presumeres å være formålsovertredelser. Utgangspunktet er at horisontale avtaler om prisfastsetting og utveksling av strategi for fremtiden har et konkurransebegrensende formål. Det samme gjelder markedsdeling, kollektive eksklusivitetsavtaler og begrensnings av mengde, kvalitet eller andre egenskaper ved et produkt eller en tjeneste som leveres.³² I et prosjektsamarbeid vil imidlertid samarbeid om pris, volum eller kvalitet på det som selges kunne være nødvendig, og da vil andre vurderingsmomenter være avgjørende. Dette behandles nærmere i kapittel 4.

Selv om enkelte former for samarbeid normalt vil ha et konkurransebegrensende formål, må hvert samarbeid vurderes konkret. EU-domstolen har i en rekke saker uttalt at det i vurderingen av om en avtale eller et samarbeid har et konkurransebegrensende formål, må ses hen til samarbeidets innhold, formål og økonomiske og rettslige kontekst.³³ Selv om en full økonomisk analyse ikke er nødvendig, innebærer vurderingen av den økonomiske kontekst en viss markedsanalyse.³⁴ I lys av EU-domstolens og Kommisjonens praksis, er det imidlertid enkelte uklarheter rundt hvordan den rettslige og økonomiske konteksten skal anvendes og vektlegges i formålsvurderingen. Forholdet til unntaksbestemmelsen for effektivitetsgevinster har betydning i denne relasjonen. Dersom det tas lite hensyn til økonomisk kontekst i formålsvurderingen, og det henvises til unntaksbestemmelsen som grunnlag for å fange opp

³¹ Jf. blant annet *Sak C-8/08, T-Mobile.*, premiss 27 og Rt. 2012 s. 1556, premiss 64-65.

³² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*(Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 120-24.

³³ *Sak C-439/09, Pierre Fabre; Forente Saker C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 Og C-519/06 Glaxosmithkline Services Unlimited Mot Kommisjonen; Forente Saker 96/82 - 102/82, 104/82, 105/82 Og 110/82, Iaz International Belgium M. Fl. ; Sak C-209/07, Beef Industry*,(2008); *Forente Saker 56-65 Société Technique Minière (L.T.M.) Mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*,(1966).

³⁴ Norge, Evensen, and Sæveraas, "Konkurranseloven Og Eøs-Konkurranseloven: Med Kommentarer" s. 133. som det vises til i Konkurransetilsynets vedtak, for eksempel V2011-12. Denne saken er overprøvd i tingretten, men retten uttrykte ikke uengighet på det som ble sagt om markedsanalysen.

viktige nyanser i konteksten, veltes bevisbyrden over på partene. På grunn av den høye terskel for anvendelse av unntaksregelen og at det generelt er vanskelig å bevise konkrete effektivitetsgevinster, kan resultatet bli en "chilling effect".³⁵ I tredje ledd er det dessuten bare effektivitetsgevinstene som vurderes, og ikke konkurransefremmende tilleggsformål ved avtalen.

I forbindelse med Beef Industry-saken har Generaladvokat Trstenjak uttalt seg på generelt grunnlag om formålsvurderingen. Han mener at det først må vurderes hvorvidt konkurransebegrensning er en nødvendig konsekvens av avtalen eller samarbeidet.³⁶ Dersom konkurransebegrensning er en nødvendig, herunder svært sannsynlig, konsekvens, presumeres det at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål. Generaladvokaten presiserer at det etter hans syn ikke bare kan tas utgangspunkt i avtaler som åpenbart begrenser konkurransen. Det må ses hen til avtalens økonomiske og juridiske kontekst allerede ved presumsjonen.³⁷ Det er nok særlig den rettslige konteksten som vurderes på dette stadiet, for eksempel slik at flere avtaleklausuler eller selvstendige avtaler må ses i sammenheng.³⁸ Han skriver videre at det etter artikkel 81 første ledd³⁹ bare skal ses hen til de elementene i den juridiske og økonomiske konteksten som kan gjøre det tvilsomt om formålet er konkurransebegrensende. Det er naturlig å forstå dette slik at det ikke skal foretas noen full markedsanalyse, og effektivitetsgevinster skal forbeholdes unntaksbestemmelsen. Den fulle, økonomiske markedsanalysen foretas dersom det blir aktuelt å vurdere samarbeidets virkning. Det kan heller ikke, i følge generaladvokaten, gis noen uttømmende liste over tilfeller som har et konkurransebegrensende formål.

Dersom det presumeres at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål, kan presumsjonen i følge Generaladvokaten tilbakevises på grunnlag av konteksten. Tre mulige kategorier av argumentasjon stilles opp: 1) tilfeller der begrensningen av partenes evne til å

³⁵ En chilling effect er resultatet av at reglene er formulert eller praktisert strengt, slik at foretakene unngår praksis som kan være lovlig og samfunnsøkonomisk gunstig i frykt for represalier.

³⁶ *Opinion of Advocate General Trstenjak on Case C-209/07*,(2008). som siterer fra ; *Sak 19/77 Miller International Schallplatten GmbH Mot Kommisjonen*,(1978).

³⁷ Med videre henvisning til *Forente Saker 96/82 - 102/82, 104/82, 105/82 Og 110/82, Iaz International Belgium M. Fl. . ; Sak C-551/03, General Motors*,(2006); *Forente Saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 Og T-388/94, European Night Services*,(1998). Hjelmeng og Staahl Gabrielsen synes å argumentere for et noe strengere "inngangsvilkår" i betenkningen utformet for Konkurransetilsynet i forbindelse med utforming av en ny veiledning om prosjektsamarbeid.

³⁸ *Forente Saker 56-65 Société Technique Minière (L.T.M.) Mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) ; Sak C-209/07, Beef Industry*.

³⁹ I dag artikkel 101, med samme innhold.

foreta selvstendige markedstilpasninger ikke får noen konkurransemessig betydning, 2) tilfeller der samarbeidet har både konkurransebegrensende og konkurransefremmende formål og 3) tilfeller der avtalen er en tilknyttet begrensning som er nødvendig for å fremme et konkurransemessig aktverdig formål. Flere teoretikere slutter seg til en slik tolkning og systematisering av gjeldende rett på området.⁴⁰

Det kommer imidlertid ikke klart frem i EU-domstolens og Kommisjonens avgjørelser hvorvidt disse opererer med en slik presumsjon.⁴¹ Om et konkurransebegrensende formål presumeres for bestemte tilfeller eller ikke, trenger imidlertid ikke få stor betydning for resultatet så lenge presumsjonen kan tilbakevises ved hjelp av konteksten. Presumeres et stort antall avtaletyper å ha et konkurransebegrensende formål, vil det imidlertid kunne ha en "chilling effect" og muligens gi en større feilmargin, ettersom presumsjonen faktisk må tilbakevises.

Samarbeid med konkurransebegrensende formål betegnes dessuten som de mest alvorlige samarbeidsformene. Dersom et konkurransebegrensende formål er konstatert, anses det derfor i utgangspunktet som svært sannsynlig at markedet påvirkes merkbart, og lite sannsynlig at slike typer samarbeid gir tilstrekkelige effektivitetsgevinster. Derfor vil det også stilles strenge krav til bevisføring for effektivitetsgevinster og for hvorvidt effektivitetsgevinstene veier opp for konkurransebegrensningen. Slik vil diskusjonen rundt metoden for å vurdere en avtalens objektive formål, samt grensen mellom konkurransebegrensende formål og virkning, få betydning når det skal vurderes om et prosjektsamarbeid er i strid med krrl. § 10.

3.2.2 Konkurransbegrensende virkning

Dersom avtalen eller opptredenene ikke objektivt sett har noe konkurransebegrensende formål, må det vurderes om den har slik virkning. Det er virkningene *i det relevante markedet* som må analyseres. Det relevante markedet fastsettes gjennom markedsavgrensningen, som kort beskrives i det følgende.

⁴⁰ Odudu, "Restrictions of Competition by Object - What's the Beef?."; Munesh Ram Mahtani, "Thinking Outside the Object Box: An Eu and Uk Perspective," *European Competition journal* 8(2012); Saskia King, "The Object Box: Law, Policy or Myth," *European competition journal* 7(2011).

⁴¹ *Forente Saker C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 Og C-519/06 Glaxosmithkline Services Unlimited Mot Kommisjonen; Sak C-439/09, Pierre Fabre.* kan forstås slik at det stilles opp en presumsjon, men i ; *Sak C-209/07, Beef Industry; Forente Saker 96/82 - 102/82, 104/82, 105/82 Og 110/82, Iaz International Belgium M. Fl. ; Forente Saker 56-65 Société Technique Minière (L.T.M.) Mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.).* stilles det ikke opp noen eksplisitt presumsjon.

3.2.2.1 Markedsavgrensning

Markedsavgrensningen innebærer at produktmarkedet og det geografiske markedet avgrenses ut i fra en analyse av etterspørre og tilbyders substitusjonsmuligheter. Dette er utgangspunktet også når markedet for et prosjektsamarbeid skal avgrenses. Et foretak eller en offentlig myndighet lyser ut for anbud etter å ha analysert eget behov og hvordan behovet kan dekkes på best mulig måte. Analysen danner utgangspunktet for anbuds- eller tilbudskonkurransen, og anbudsutlysningen definerer de produktene eller tjenestene som er aktuelle. Dersom anbudsutlyser (etterspørre) har svært spesifikke behov vil anbudsutlyasers substitusjonsmuligheter være begrensede. I dette tilfellet kan markedet defineres til markedet som skapes i anbudsprosessen mens denne pågår.⁴²

I andre tilfeller kan produktet eller tjenesten være mindre spesialisert, og markedet kan da bli avgrenset uten at det er nødvendig å ta hensyn til at det er tale om et anbudssamarbeid. Den svenske "Marknadsdomstolen" anga klart markedets omfang i en sak der flere taxiselskaper inngitt felles anbud i en anbudskonkurranse.⁴³ Markedet ble her avgrenset til markedet for taxitransport i Västerbotten län, noe som omfattet langt flere taxiselskaper enn de som innga anbud i konkurransen.

Ved samarbeid om enkeltprosjekter som ikke er anbudssamarbeid, er markedsavgrensningen i større grad tilsvarende som ved samarbeid utenom prosjektsamarbeid. Det er her produktet eller tjenesten som er gjenstand for samarbeid som danner utgangspunkt for analysen.

3.2.2.2 Virkningsanalysen

I vurderingen av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkning analyseres avtalen eller opptreden i sin kontekst⁴⁴, og økonomisk analyse er en viktig del av dette. Analysens omfang og dybde vil variere etter sakens art og omfang, og etter hvor tvilsom effekten på konkurransen er.

I korte trekk går analysen ut på å sammenligne situasjonen som følger av det aktuelle samarbeidet med situasjonen slik den mest sannsynlig ville være uten det. For at det skal være

⁴² "Markets with Bidding Processes: Economic Discussion Paper," (DotEcon Ltd for Office of fair trading, 2007), avsnitt 4.7.

⁴³ MD 2000: 26. Nærmere om denne i 4.2.3.3.

⁴⁴ Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 274. med referanse til Sak 23/67 Brasserie de Haecht mot Wilkin-Janssen.

tale om noen konkurransebegrensende effekt må minst én av konkurranseparameterne påvirkes, for eksempel prisen, produksjonsmengden, produktkvaliteten, produktutvalget eller innovasjonen.⁴⁵ Det er imidlertid tilstrekkelig å påvise en potensiell negativ effekt, selv om konkurransen ikke er påvirket i praksis.⁴⁶

3.3 Skillet mellom formåls- og virkningsovertredelser

Det er flere grunner til at det skilles mellom samarbeid med konkurransebegrensende formål og virkning. Foretak oppnår en viss grad av forutberegnelighet ved at enkelte samarbeidstilfeller plasseres i formålskategorien og dermed som hovedregel vil være ulovlige. Samtidig sparer Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter ressurser på ikke å måtte foreta en full økonomisk analyse i tilfeller der det er høy sannsynlighet for konkurransebegrensende virkning (formålskategorien).⁴⁷

Dersom det oppstilles en rekke kategorier som uten unntak skal anses for å ha et konkurransebegrensende formål, er det en risiko for i ytterste konsekvens å forby samarbeid som innebærer effektiv allokering av ressurser, og eventuelt også gevinster for forbrukerne. Kategoriseringen sender dessuten signaler til foretakene. I frykt for høye og stadig økende gebyrer vil foretakene ønske å holde seg trygt innenfor regelverket. Plasseres tvilstilfeller kategorisk i formålskategorien, kan det gi en slik "chilling effect" som kan medføre at man går glipp av konkurransegunstig samarbeid. Selv om visse veiledende kategoriseringer er gjort, legger reglene opp til en konkret vurdering av hvert samarbeid.

Unntaksregelen for samarbeid som gir effektivitetsgevinster på nærmere vilkår brukes av flere som et argument for at det har mindre å si hvilke avtaler eller samarbeid som plasseres i formålskategorien. Som nevnt er det imidlertid en sterk presumsjon for at avtaler med konkurransebegrensende formål ikke oppfyller vilkårene for unntak. Det nye systemet med egenvurdering har dessuten ført til at det finnes bortimot ingen praksis som indikerer hvilke samarbeidstilfeller som faller utenfor artikkel 101(1). Selv om det har blitt gjort unntak for enkelte såkalte "hard core"-begrensninger, er dette svært sjeldent og i begrensede tilfeller, slik

⁴⁵ Kommisjonens horisontale retningslinjer, nederst på s. 8.

⁴⁶ *Sak C-7/95, John Deere*, premiss 77 (1998).

⁴⁷ King, "The Object Box: Law, Policy or Myth," s. 274; *Opinion of Advocate General Kokott I Sak C-8/08*, (2009).

som krisekarteller og enkelte vertikale begrensninger.⁴⁸ Unntaket i tredje ledd begrunner følgelig ikke en vid formålskategori.

3.4 Kategorisering og avveining av hensyn

Selv om konkurransereglene legger opp til konkrete vurderinger, er det svært vanlig med kategorisering av grove tilfeller av regelbrudd, vurderingsmomenter i tvilstilfeller og "safe harbours"⁴⁹. Kategoriseringene er resultatet av en grundig avveining mellom hensynet til forutberegnelighet, hensynet til ikke å ramme samarbeidsformer som etter økonomisk forskning og økonomiske modeller er konkurransemessig gunstige og hensynet til å unngå uønsket "chilling effect". Når ulike typer prosjektsamarbeid skal analyseres kategoriseres i kapittel 4, må disse hensynene balanseres.

Med ønsket om å kategorisere oppstår spørsmålet om hvor detaljert eller grov kategoriseringen bør være. I tillegg kan det være tvil om hvor bastant eller konkluderende man bør være. På den ene siden vil det være problematisk for foretak uten noen juridisk innsikt å skulle forholde seg til mer eller mindre vage konklusjoner. En risiko kan være at være at foretakene oppfatter konklusjoner med vage forbehold som definitive, og dermed oppstår en "chilling effect". På den andre siden foreskriver regelverket en konkret vurdering, og det er da grenser for hvor klare konklusjonene kan være. I de mer tvilsomme tilfellene blir løsningen som oftest å påpeke tvilstilfeller og hvilke momenter som da gjør seg gjeldende. Befinner foretaket seg i en tvilssituasjon må det enten søke juridisk bistand eller vurdere situasjonen på egen risiko. Dette har også en side til den pågående debatten om rettsliggjøring av samfunnet⁵⁰ og hvorvidt det er ønskelig å gjøre foretak avhengig av juridisk bistand. Slik bistand utgjør dessuten en betydelig kostnad som vil kunne veltes over på forbrukerne.

Generaladvokat i EUs General Court, Trstenjak, uttrykker skepsis til å bruke de mest grove konkurransebegrensende samarbeidstilfellene som sammenligningsgrunnlag for andre samarbeidstilfeller i sin vurdering av Beef Industry-saken. Han mener at man bør legge større vekt på ordlyden i artikkelens første setning og mindre vekt på eksemplene som listes opp i

⁴⁸ Alison Jones, "Left Behind by Modernisation?: Restriction by Object under Article 101(1)," *European competition journal* 6(2010): s. 669 flg.

⁴⁹ Typetilfeller som anses for ikke å være i strid med konkurransereglene.

⁵⁰ Jf. for eksempel Knut Papendorf, *Retten for Alle?: Rettsliggjøring Og Rettsfjerne Personers Mulighet Til Å Mobilisere Retten*(Oslo: Novus, 2012).

første ledd. Likevel medgir han at en kategorisering vil være nyttig for foretak og deres juridiske rådgivere, og han gir derfor en vurdering av avtaler som inngås for å begrense overproduksjon opp mot formålskriteriet i artikkelen.⁵¹

EU har i dag et system med "self-assessment", der Kommisjonen griper inn dersom den finner det hensiktsmessig ut i fra sine ressurser og hvor alvorlig trusselen mot effektiv konkurranse er. Systemet ble igangsatt blant annet fordi dispensasjonsordningen førte til en uheldig kategorisering.⁵² Dette er nok et argument for å vise forsiktighet i kategoriseringen. Det er imidlertid mulig å foreta en viss kategorisering for å veilede foretak, samtidig som domstoler og Kommisjonen fortsatt har en tilnærming der hver sak vurderes konkret og den ikke føler seg bundet av en kategorisering.

4 HVLKE FORMER FOR PROSJEKTSAMARBEID ER I STRID MED § 10?

4.1 Vurderinger felles for alle typer prosjektsamarbeid

4.1.1 Avgrensning mot tilgrensende samarbeidstilfeller

Krrl. § 10 rammer kun samarbeid mellom "foretak", og det følger av forarbeider og langvarig rettspraksis at de to foretakene må være uavhengige for at § 10 skal komme til anvendelse.⁵³ Dersom to foretak samarbeider, og et av dem har avgjørende innflytelse over det andre, er foretakene ikke uavhengige, og samarbeidet rammes ikke av samarbeidsforbudet. Avgjørende innflytelse kan for eksempel oppnås ved å erverve et tilstrekkelig antall aksjer i selskapet til å oppnå en kontrollerende innflytelse på selskapets generalforsamling.⁵⁴

En annen situasjon som faller utenfor samarbeidsforbudet er tilfeller der samarbeidspartene slår seg sammen eller lager et nytt felles foretak som plattform for samarbeidet. Dersom samarbeidspartene danner et fellesforetak, eller det ene foretaket overtar kontrollen over det andre, foreligger det en foretakssammenslutning etter krrl. § 17 første og annet ledd. I så tilfelle skal samarbeidet behandles etter krrl. §16 og ikke § 10.⁵⁵

⁵¹ *Opinion of Advocate General Trstenjak, Sak C-209/07 Beef Industry*, avsnitt 104-08 (2008).

⁵² Jonathan Faull and Ali Nikpay, *The Ec Law of Competition*, 2 ed.(Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 219-20; Jones, "Left Behind by Modernisation?: Restriction by Object under Article 101(1)."

⁵³ Ot.prp.nr. 6 (2003-2000) s. 225, og f.eks *Sak C-73/95 Viho Europe Mot Kommisjonen*,(1996).

⁵⁴ Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 623.

⁵⁵ En nærmere redegjørelse av grensdragningen finnes for eksempel i *ibid.*, s. 628-29.

Et grensetilfelle oppstår dersom samarbeidspartene oppretter et fellesforetak, og dette foretaket står ansvarlig for gjennomføring av prosjektet. Så snart prosjektet er gjennomført skal fellesforetaket avvikles. Spørsmålet er da om det er tale om en foretakssammenslutning som skal behandles etter krrl. § 16, eller et samarbeid som må vurderes opp mot § 10.

I følge krrl. § 17 er opprettelse av et fellesforetak som "på varig grunnlag overtar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet" en foretakssammenslutning (en "full-function joint venture"). Både praksis og retningslinjer viser at varigheten presumeres dersom morselskapene gir fellesforetaket tilstrekkelige ressurser til å operere som en selvstendig økonomisk enhet. Så lenge fellesforetaket har tilstrekkelig autonomi til å gjennomføre prosjektet, faller det dermed utenfor samarbeidsforbudet.⁵⁶ Dersom de samarbeidende foretak derimot bare lar fellesforetaket ta seg av deler av gjennomføringen, for eksempel forskning og utvikling eller produksjon av en innsatsfaktor, faller det utenfor fellesforetaksdefinisjonen og kan vurderes opp mot samarbeidsforbudet.⁵⁷

4.1.2 Blandede tilfeller

Man kan tenke seg at to foretak inngår et samarbeid, for eksempel om at deler av administrasjonen skal være felles og/eller at foretakene kjøper inn utstyr i fellesskap. Dette samarbeidet er varig, men i forbindelse med et enkeltprosjekt danner det en plattform for nærmere samarbeid om et prosjekt. Det blir da spørsmål om prosjektsamarbeidet og det varige samarbeidet skal vurderes samlet eller hver for seg. Prosjektsamarbeidet vil normalt skille seg fra det varige samarbeidet både i innhold og tidsbegrensning, og de to samarbeidsformene bør derfor etter min mening behandles separat.

En slik tilnærming har støtte i taxi-sakene.⁵⁸ Flere drosjeløyvehavere hadde startet aksjeselskap sammen for blant annet å ha felles administrasjon og markedsføring. I forbindelse med anbudskonkurranser innga taxiselskapene felles tilbud gjennom aksjeselskapet. Konkurransetilsynet problematiserte ikke foretakenes felles administrasjon og markedsføring, antagelig

⁵⁶ Commission notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89, avsnitt 15 jf. Faull and Nikpay, *The Ec Law of Competition*.

⁵⁷ *Sak Iv/M058 — Baxter/Nestle/Salvia*, (1991); *Sak Comp/M.3003 Electrabel/Energia Italian/Interpower*, (2003); *The Ec Law of Competition*, s. 439; Christopher Bellamy and Graham D. Child, *European Union Law of Competition*, 7 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), s. 337.

⁵⁸ V2011-12 og V-2009-7 og Follo tingrett 8. februar 2013

fordi det ikke påvirket noen konkurranseparametere. Anbudssamarbeidet ble vurdert som et enkeltprosjekt.

Ved samarbeid om en rekke prosjekter over lang tid oppstår spørsmålet om det skal anses som *ett varig samarbeid*, eller flere samarbeid om ulike enkeltprosjekter. I kartellsaker vurderes vanligvis flere avtaler eller samarbeid som fremmer samme formål, eller er en del av samme plan, som én vedvarende overtredelse.⁵⁹ Prosjektsamarbeidstilfellene, enten de kan anses som karteller eller ikke, kan behandles på tilsvarende måte. I øre/nese/hals-saken hadde to uavhengige foretak (legekontorer) felles resepsjon, utstyr og journalføring. Disse fellesfunksjonene var permanente. Legekontorene hadde i tillegg etter gjensidig avtale inngitt tilsvarende tilbudspriser i hvert sitt tilbud i en rekke anbudskonkurranser mellom 2002 og 2006. I sitt vedtak uttalte Konkurransetilsynet at det ikke var tale om et prosjektsamarbeid ettersom samarbeidet hadde pågått siden 2002.⁶⁰ Vedtaket kan forstås slik at Konkurransetilsynet ikke siktet til fellesfunksjonenes og samarbeidet før øvrig sin varighet, men til at det jevnlig var inngitt anbud med samordnede priser i samme periode. Dersom samme type samarbeid i forbindelse med flere enkeltprosjekter gjentas flere ganger, er det følgelig nærliggende å bedømme dette som et samarbeid utenom enkeltprosjekt.

4.1.3 Begrepet konkurrenter

Som nevnt innledningsvis, gjøres det unntak fra samarbeidsforbudet for horisontalt samarbeid mellom ikke-konkurrenter og konkurrenter som ikke kan gjennomføre den aktuelle aktiviteten på egenhånd. Når begrepet konkurrenter brukes i denne sammenhengen, er det med henblikk på foretak som ikke er konkurrenter i noen markeder. En slik tolkning er naturlig ettersom foretak som ikke kan gjennomføre det aktuelle prosjektet på egenhånd ikke er konkurrenter i relasjon til et konkret prosjekt, men kan være det på generell basis.

Det må derfor først kort gjøres rede for hva som skal til for at foretakene er konkurrenter i et hvilket som helst marked. Denne vurderingen er generell, mens vurderingen av om et foretak kan løfte et prosjekt på egenhånd er noe ulik ut ifra om det gjelder en anbudskonkurranse eller et prosjekt som foretakene selv initierer. Sistnevnte problemstilling behandles derfor ikke generelt innledningsvis, men underveis i analysedelen.

⁵⁹ Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, s. 124.

⁶⁰ V-2008-1, avsnitt 6.2.

Utgangspunktet for vurderingen av om foretakene er konkurrenter er en markedsavgrensning⁶¹. Dersom foretakene opererer i samme marked, er de faktiske konkurrenter. Ofte vil det ikke være tvil om dette, og dersom samarbeidet i tillegg har et konkurransbegrensende formål, er det ikke nødvendig å foreta noen full markedsanalyse.⁶² Grunnen til at et foretak ikke er en faktisk konkurrent kan være mangel på spesialkunnskap, erfaring, økonomiske ressurser, kapasitet eller geografisk tilstedeværelse i markedet som er fastlagt i markedsavgrensningen. Noen av disse manglene kan avbøtes ved hjelp av enkelte tiltak, og dersom dette er mulig kalles foretaket en potensiell konkurrent.⁶³

I Kommisjonens horisontale retningslinjer defineres potensielle konkurrenter som foretak som realistisk og innen kort tid kunne ha gjort nødvendige investeringer eller andre nødvendige tiltak for å kunne delta i markedet.⁶⁴ Kravet for hva som er en realistisk mulighet til å treffe nødvendige tiltak er at det må være "tilstrekkelig stor sannsynlighet" for at foretaket er interessert i "å etablere seg i det aktuelle marked", slik at foretaket er en "potensiell trussel" for markedsaktørene. Dette innebærer at foretaket skaper et visst konkurransetrykk, selv om det ikke konkurrerer i markedet der og da.⁶⁵ Hvis sannsynligheten for et foretaks etablering i markedet der det andre foretaket opererer ikke er stor nok, er foretakene ikke potensielle konkurrenter.

Foretak som verken er faktiske eller potensielle konkurrenter i noe marked kan vanskelig konkurrere om samme prosjekt. Horisontale samarbeid mellom slike foretak begrenser derfor ikke konkurransen og faller utenfor krrl. § 10.

4.1.4 Betydningen av at samarbeidet er åpent

Et åpent samarbeid kan være like skadelig for konkurransen som et skjult samarbeid. Selv om foretakenes åpenhet om samarbeidet kan indikere at partene ikke har noen intensjon om begrense konkurransen, er partenes intensjon som kjent ikke avgjørende.⁶⁶ En annen sak er at det i praksis er mer sannsynlig at foretak forsøker å skjule åpenbare overtredelser. Samtidig

⁶¹ Om særegenhet ved markedsavgrensning for prosjektsamarbeid se punkt 3.2.2.1. En kort fremstilling av generell markedsavgrensning finnes for eksempel i Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1.

⁶² Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 10 på s. 5.

⁶³ Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 10 på s. 5, *Sak C-234/89 Stergios Delimitis V Henninger Bräu Ag*, (1991); *Forente Saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 Og T-388/94, European Night Services*.

⁶⁴ Avsnitt 10 på s. 5.

⁶⁵ Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 417.

⁶⁶ Jf. fotnote 29.

er det ikke uvanlig at mindre foretak ikke kjenner til konkurransereglene og derfor samarbeider ulovlig, men helt åpent. Et eksempel på en grov overtredelse som skjedde åpent er øre/nese/hals- saken. Overtredelsen skyldtes her manglende kunnskaper om regelverket. Konkurransetilsynet la ikke vekt på åpenheten rundt samarbeidet eller partenes manglende kunnskaper i vurderingen av om samarbeidet hadde konkurransebegrensende formål, men brukte forholdene som begrunnelse for ikke å utmåle overtredelsesgebyr.

Tingrettens avgjørelse av Follo taxi-saken kan imidlertid tas til inntekt for at åpenhet kan vektlegges i vurderingen av om konkurransebegrensingskravet er oppfylt.

Follo taxi-saken:

Spørsmålet i saken var om inngivelsen av felles tilbud fra Follo taxi og Ski taxi i to anbudskonkurranser, anbudskonkurranse 1 og 2, var i strid med krrl. § 10. Konkurransetilsynet hadde ilagt foretakene overtredelsesgebyr på grunnlag av at samarbeidet hadde konkurransebegrensende formål, og taxiselskapene brakte saken inn for tingretten. Retten vurderte først om samarbeidet etter sin art falt utenfor § 10, noe som innebar tolking av anbudsgrunnlagene. Hver av de to anbudskonkurransene var delt inn i flere ulike anbudsområder. Anbudsgrunnlagene ble tolket slik at konkurrentene måtte tilby full kapasitet i anbudsområdene de valgte å konkurrere om. Med dette som grunnlag kom retten til at samarbeidet mellom taxiselskapene i anbudskonkurranse 1 var nødvendig og falt utenfor krrl. § 10. Samarbeidet i anbudskonkurranse 2 hadde i følge retten ikke konkurransebegrensende formål, men det var sannsynlig at det hadde konkurransebegrensende virkning. Retten foretok imidlertid ikke noen full virkningsanalyse da den kom til at konkurransen ikke ble merkbart påvirket. Konkurransetilsynets vedtak ble dermed opphevet og Konkurransetilsynet har anket avgjørelsen.

I tingrettens vurdering av om samarbeidet i anbudskonkurranse 2 hadde et konkurransebegrensende formål uttalte retten at man ikke "uten videre kan presumere at et åpent anbudssamarbeid er konkurransebegrensende. Det åpne samarbeidet vi vurderer, har knapt likhetstrekk med noen kjente formålsovertredelser ...". I tillegg la retten vekt på at hovedmotivet med samarbeidet var å tilby en etterspurt kapasitet i et marked med stort konkurransepress. Selv om retten ikke eksplisitt vektla åpenheten, kan understrekingen av at samarbeidet var åpent tilsi at det *de facto* ble vektlagt i vurderingen.

En uttalelse fra Bellamy & Child trekker i samme retning. Han skriver at "provided that the cooperation is carried out openly and made known to the party seeking the work, joint bids by competing companies may not infringe competition law." Samlet sett kan disse uttalelsen tilsi at det til en viss grad åpnes for å vektlegge åpenhet. Ettersom krrl. § 10 tar sikte på *konkurransbegrensende samarbeid*, og åpenhet ikke har noen direkte betydning for samarbeidets konkurransbegrensende potensial, bør man etter min mening likevel være forsiktig med å vektlegge dette. Ordlyden i bestemmelsen bør her være avgjørende.

4.1.5 Informasjonsutveksling mellom parter i et prosjektsamarbeid og spill-overeffekter

I et prosjektsamarbeid vil en del informasjonsutveksling være strengt nødvendig for å kunne utføre prosjektet. Det forutsettes her at selve samarbeidskonstellasjonen ikke er i strid med samarbeidsforbudet jf. punktene 4.2 og 4.3, der ulike samarbeidskonstellasjoner vurderes. Videre forutsettes det at foretakene er konkurrenter i ett eller flere markeder. I så tilfelle kan informasjonen foretakene får om hverandre gjennom samarbeidet kunne gi partene mulighet til å tilpasse seg hverandre i et av disse markedene, såkalte spill-overeffekter.⁶⁷

Høy konsentrasjon, gjennomsiktighet, stabilitet, symmetri og kompleksitet i et marked har betydning for om, eller hvordan, konkurransen i dette markedet påvirkes. Det påpekes i Kommisjonens horisontale retningslinjer at samarbeidsavtaler gir et egnet utgangspunkt for, og kan være et rent skalkeskjul for, informasjonsutveksling. I tilfeller der informasjonsutveksling er en mer naturlig del av samarbeidsavtalen, må mulig konkurransbegrensning vurderes ut fra avtalens kontekst.⁶⁸

Et eksempel kan være en etterspørter som ønsker å kjøpe inn en stor mengde produkter og setter i gang en prosess for å hente inn anbud. Produktet skal være spesialtilpasset etterspørterens behov, og etterspørter ønsker derfor ikke å dele opp kontrakten slik at et foretak leverer et visst antall, og et annet leverer resten. To foretak går sammen for å kunne inngi felles tilbud fordi ingen av dem har stor nok produksjonskapasitet til å produsere den ønskede mengden. Begge foretakene vil kunne bruke samme type innsatsfaktorer som foretakene normalt bruker i sin produksjon, og de har lignende metoder for å produsere og spesialtilpasse produktet.

⁶⁷ Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, s. 640., relatert til full-function joint ventures, men har overføringsverdi til andre samarbeidsformer.

⁶⁸ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 56.

Partene er dermed konkurrenter i markedet for produktet som må spesialtilpasses (i det følgende referert til som "hovedmarkedet"), men ikke i markedet for prosjektet, her kalt "det relevante markedet". Sistnevnte består av foretakene som kan ha mulighet til å produsere eller kjøpe, samt spesialtilpasse produktet i tilstrekkelig mengde.

Partene kan velge å bli enige kun om hvilken mengde hver av dem skal produsere, og at hver setter en pris på sin del av tilbudet uten å samordne med den andre. På denne måten vil ingen av partene utveksle informasjon som de kan bruke til å tilpasse sin atferd i hovedmarkedet. Samarbeid vil da verken ha konkurransebegrensende formål eller virkning. Det kan imidlertid tenkes at partene i stedet ønsker å bli enige om en felles pris, slik at de kan være sikre på tilbudet deres blir konkurransedyktig. Ofte vil det da være nødvendig å utveksle innkjøpspriser og produksjonskostnader. Spørsmålet er om informasjonsutvekslingen som skjer for at foretakene skal kunne samordne prisen på anbudet har konkurransebegrensende formål eller virkning i relasjon til hovedmarkedet som foretakene opererer i.

Deling av konkretiserte intensjoner for pris eller produksjonsmengde i fremtiden anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Utveksling av slike markedsstrategier vil gi foretakene indikasjoner på hvilket prisnivå de kan legge seg på uten å risikere å miste kunder.⁶⁹ I det aktuelle eksempelet vil innkjøpsprisene og produksjonskostnadene i forbindelse med det aktuelle prosjektet i stor grad være svarende til det som foretakene har ellers. Dermed er det lettere for dem å forutsi hvilket prisnivå den andre vil legge seg på. Det er imidlertid fortsatt usikkert hvor store påslag foretakene velger å bruke, slik at endelig prisfastsettelse ikke er gitt. Mange faktorer spiller inn i foretakets valg av påslag, slik som foretakets markedsrett og kapasitet, forventet etterspørsel og markedsmakten til de øvrige aktørene i markedet. Jo større innsikt de to foretakene har i de andre foretakenes kapasitet, etterspørsel mv, desto større er sjansen for at foretakene vil kunne sette opp prisen eller tilpasse seg på annen konkurransebegrensende måte uten å miste kunder.

Ettersom konkurransebegrensningspotensialet ved utveksling av innkjøpspriser og produksjonspriser beror på markedsforholdene og andre forhold rundt informasjonsutvekslingen, kan det ikke presumeres noe konkurransebegrensende formål. En virkningsanalyse må foretas.

⁶⁹ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 72-74.

I virkningsanalysen vurderes arten av informasjonen som utveksles opp mot forholdene på markedet uten informasjonsutvekslingen, og deretter undersøkes det hvorvidt informasjonsdelingen potensielt kan endre forholdene. Her har det i tillegg til momentene nevnt ovenfor, betydning hvor fersk informasjonen er, hvor ofte informasjonen deles, hvorvidt informasjonen er offentlig fra før og hvor detaljert eller aggregert den er.⁷⁰ Ved prosjektsamarbeid vil informasjonen som deles normalt være av nyere dato, ettersom det er gjeldende priser og vilkår, og eventuelt fremtidige priser og vilkår, som har betydning for prosjektet. Informasjon deles imidlertid kun over en begrenset periode. I vårt eksempel vil det bare være nødvendig å dele de gjeldende innkjøps- og produksjonskostnadene i forkant av prosjektet, og eventuelt samtidig som det pågår i tilfeller hvor prisene forandrer seg. Dersom slike kostnader hyppig forandrer seg, er sannsynligheten liten for at partene i etterkant av prosjektet vil kunne samordne seg med virkning for konkurransen i hovedmarkedet. Pågår prosjektet over lang tid og prisendringene er sjeldne eller følger et tydelig mønster, vil sannsynligheten for at informasjonsutvekslingen begrenser konkurransen i hovedmarkedet øke.

Markedets og produktet eller tjenestens karakteristika har også stor betydning. I vårt eksempel kjøper foretakene samme type innsatsfaktorer, og det er da større sannsynlighet for at utveksling av innkjøps- og produksjonskostnader fører til en samordning. Dersom foretakene har små markedsandeler er det imidlertid lite sannsynlig at konkurransen begrenses, ettersom de aktørene som ikke deltar i informasjonsutvekslingen fortsatt vil yte et markedspres.

Vurderingsmomentene angitt ovenfor kan anvendes i tilfeller der annen informasjon er utvekslet, uavhengig av hvilket prosjekt som har vært ramme for informasjonsutviklingen.

4.2 Prosjektsamarbeid i anbudskonkurranser

4.2.1 Innledning

Det finnes mange måter foretak kan samarbeide på. Et anbudssamarbeid kan være begrenset til ensidige eller gjensidige underleveranser, eller det kan innebære pooling av ressurser. Foretakene kan velge å inngi et felles tilbud eller hvert sitt tilbud i konkurransen. Skillet mellom tilfeller der partene inngir ett felles tilbud og hvert sitt tilbud er sentralt i vurderingen av om slike samarbeid er i strid med § 10 og brukes derfor som inndeling for den første delen av

⁷⁰ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 90-94.

drøftelsen i punkt 4.2. I tilfeller der underleverandøravtaler benyttes, oppstår noen generelle problemstillinger som behandles til slutt i punkt 4.2.

Det finnes svært få kilder hvor problemstillingene ved anbudssamarbeid behandles inngående. De mest sentrale er en utredning fra Hjelmeng og Gabrielsen og Follo taxi-saken. Disse blir derfor sentrale i drøftelsene, selv om deres vekt som rettskilder er begrenset.

4.2.2 Hva skal til for at et foretak kan gjennomføre prosjektet på egenhånd?

I punkt 4.1.3 er det gitt en kort fremstillingen av vurderingen om to eller flere foretak er potensielle konkurrenter i et hvilket som helst marked. Et annet spørsmål er om to foretak er potensielle konkurrenter *i relasjon til et bestemt prosjekt*. Dersom ingen eller bare ett av de to foretakene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, er de ikke potensielle konkurrenter i relasjon til det aktuelle prosjektet. En slik forståelse har støtte i Kommisjonens uttalelse i European Night Services-saken, der Kommisjonen uttaler: "the assumption of potential competitive circumstances presupposes that each parent alone is in a position to fulfil he tasks assigned to the joint venture."⁷¹ Om man stiller spørsmål om hvorvidt foretakene er potensielle konkurrenter i relasjon til prosjektet eller hvorvidt ingen eller bare ett av dem kan løfte prosjektet på egenhånd går dermed ut på det samme.

I vurderingen av om et foretak kan løfte et prosjekt som er ute på anbud på egenhånd blir anbudsutlysningen grunnlaget for vurderingen. I offentlige anbudskonkurranser angir oppdragsgiver kravene som en aktør må oppfylle for å kunne delta i konkurransen, såkalte kvalifikasjonskrav. I tillegg angis tildelingskriteriene, som er vurderingskriteriene som oppdragsgiver bruker for å velge leverandør. Anbudsgiver er ikke nødt til å stille opp kvalifikasjonskrav, men tildelingskriterier er strengt nødvendig.⁷² Selv om private anbudskonkurranser ikke behøver å være like formaliserte, vil de samme essensielle elementene normalt medtas.

Et foretak som ikke oppfyller kvalifiseringskravene utelukkes fra å kunne delta i anbudskonkurransen. Spørsmålet om hvilken betydning tildelingskriteriene har, er mer interessant. Hvis et foretak i lys av tildelingskriteriene har liten sannsynlighet for å vinne konkurransen på egenhånd, skal det bedømmes likt som et foretak som stiller sterkt ved å levere på egenhånd?

⁷¹ *Forente Saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 Og T-388/94, European Night Services*, premiss 137.

⁷² Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 del II §§ 8-1(1) b) og 8-4(1).

I Follo taxi-avgjørelsen⁷³ vurderte retten hvorvidt Follo taxi og Ski taxi kunne ha inngitt tilbud på egenhånd i stedet for å samarbeide. Som utgangspunkt for denne vurderingen tolket retten både kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene for å kartlegge hvilken kapasitet som ble etterspurt. Det ble ikke stilt opp som noe eksplisitt kvalifikasjonskrav i anbudskonkurransene at foretakene som leverte anbud skulle kunne dekke hele sykehusets transportbehov. Retten fant imidlertid en tvetydighet i anbudsgrunnlaget, ettersom det fulgte av tildelingskriteriene at anbudet skulle omfatte "komplette tjenester i henhold til konkurransegrunnlagets åpenbare intensjoner". Tilbyderne skulle gis poeng etter hvor høy prosentandel av totalt antall vognmateriell som ble dedikert til oppdraget.

Retten valgte derfor å forstå anbudsgrunnlaget slik at det ikke var "en realistisk mulighet å tilby et lavere antall biler enn den etterspurte kapasiteten i områdene ... i anbudskonkurranse 1 og 2". Et slikt vurderingstema er i tråd med vurderingen som vanligvis foretas for å kartlegge om foretakene er potensielle konkurrenter jf. punkt 4.1.3. Hva som gjør noe til en "realistisk mulighet" presiseres ikke, men det er nærliggende å forstå retten slik at det er mulighetene for å vinne konkurransen som ligger bak. Avgjørelsen kan følgelig tolkes slik at det ikke er kvalifikasjonskravene alene som er avgjørende for om en part kan inngi tilbud på egenhånd. Hele anbudsgrunnlaget må tolkes, og det må vurderes om det er en realistisk mulighet for å delta i konkurransen. Med andre ord må tilbudet være konkurransedyktig. Foretaket må ha en viss mulighet for å vinne konkurransen.

Det er mange faktorer som spiller inn i denne vurderingen. Det vil ikke være mulig å operere med noen klare grenser, for eksempel en bestemt prosentgrad av sannsynlighet. Man kan tenke seg en konkurranse om et transportoppdrag: Etterspøreren stiller ikke opp noe kvalifikasjonskrav om at tilbyderne har et visst antall kjøretøy, men antall kjøretøy som stilles til full disposisjon teller 30 %. Dersom et foretak bare vil kunne stille med halvparten av det antall kjøretøy som ville gi full dekning, må det ses hen til konkurrentenes kapasitet for å vite muligheten for å vinne frem. I så fall er man over i en full markedsanalyse, noe som taler for at en virkningsanalyse bør foretas i tilfeller der det er tvil om ett eller flere av foretakene kan løfte prosjektet på egenhånd. Med andre ord bør tilfeller der det er tvil om at en av partene kan løfte prosjektet alene *ikke* kunne kategoriseres som formålsovertredelser.

⁷³ Se om saksforholdet punkt 4.1.4.

Oppsummeringsvis er utgangspunktet at dersom det i lys av kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene er lite sannsynlig at foretaket ville kunne vinne frem ved å inngi et selvstendig tilbud, forutsettes det at foretaket ikke kan inngi tilbud på egenhånd.

4.2.3 Foretakene leverer ett felles tilbud

4.2.3.1 Begge parter kan gjennomføre prosjektet på egenhånd

Et prosjektsamarbeid mellom to parter som kan gjennomføre prosjektet hver for seg vil normalt ha konkurransebegrensende virkning. Dette gjelder selv om det ikke er sannsynliggjort at begge partene faktisk ville ha inngitt tilbud hver for seg.⁷⁴ Samarbeidet medfører at det blir en konkurrent mindre i konkurransen, noe som i seg selv er en konkurransebegrensning.⁷⁵ Dessuten fjernes foretakenes usikkerhet om hvorvidt den andre part vil delta, og dermed reduseres også konkurransen.⁷⁶ Slike samarbeid bør derfor anses for å ha et konkurransebegrensende formål.

I Follo-taxi- saken kom imidlertid retten til at samarbeidet i anbudskonkurranse 2 ikke hadde et konkurransebegrensende formål, etter at den hadde kommet til at Follo taxi og Ski taxi kunne ha inngitt egne tilbud i minst ett av anbudsområdene i konkurransen. Konklusjonen bygget særlig på to momenter: For det første viser retten til at samarbeidet knapt har likhetstrekk med noen «kjente formålsovertredelser» og at det ikke er noen eksempler på at et «åpent anbudssamarbeid» har blitt regnet som en formålsovertredelse. For det andre viser retten til konteksten; hovedmotivet var å tilby en etterspurt kapasitet i et marked der "en langt større aktør ... allerede utøvde konkurransepress". Når det gjelder den første begrunnelsen, har EU-domstolen i flere avgjørelser uttalt at det ikke finnes noen uttømmende liste for hvilke overtredelser som er formålsovertredelser, og at det ikke har særlig betydning hvorvidt samarbeidsformen ligner de mest alvorlige formene som hyppigst er blitt slått ned på i praksis.⁷⁷

Vedrørende konteksten, er det enighet om at man må se hen til den økonomiske konteksten,

⁷⁴ Dette følger av prinsippet om at en potensiell negativ effekt på konkurransen ertilstrekkelig jf. *Sak C-7/95, John Deere*.

⁷⁵ Andreas Christensen et al., *Konkurrenseretten I Eu*, 2 ed.(København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005), s. 178.

⁷⁶ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid." med henvisning til svenske saker, herunder Marknadsdomstolens sak MD 200:26.

⁷⁷ Som illustrert under punkt 3.2.1 og særlig er uttrykt i *Sak C-209/07, Beef Industry*. Det følger også implisitt om prinsippet om at avtalen må vurderes i lys av den økonomiske konteksten.

men det er uklart i hvilken grad. EU-domstolen har i tillegg, som illustrert i punkt 3.2.1, i enkelte tilfeller lagt vekt på at samarbeidet har hatt et konkurransefremmende formål ved siden av det konkurransebegrensende formålet. Tingretten legger imidlertid stor vekt på konkurransetrykket og partenes kapasitet som en del av konteksten. Når retten først har kommet til at partene var konkurransedyktige på et av anbudsområdene og samarbeidet dermed innebar at man mistet en konkurrent, er det etter min mening vanskelig å se at konkurransetrykket endrer på dette. Forbedret kapasitet er det nærliggende å vurdere som effektivitetsgevinster etter tredje ledd, og konkurransetrykket kan ha betydning i merkbarhetsvurderingen.

Rettsens konklusjon kan imidlertid ses i sammenheng med at retten vurderer samarbeidet om alle de fem anbudsområdene som inngikk i anbudskonkurranse 2 samlet. Dette inkluderer områdene der partene kunne inngitt tilbud hver for seg, for eksempel Ås, områder der bare Follo taxi kunne inngitt tilbud på egenhånd og et område der ingen av foretakene kunne ha inngitt eget tilbud; Oppegård. Det er dermed uklart hvilken betydning samarbeidet i de to sistnevnte områdene har i vurderingen. Særlig gjelder dette ettersom retten innledningsvis har kommet til at samarbeid mellom foretak der ingen eller bare ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet faller utenfor samarbeidsforbudet.⁷⁸ Gitt disse uklarhetene i domspremissene, i tillegg til at dommen ikke er rettskraftig og er avgitt av laveste instans, kan avgjørelsen ikke tillegges nevneverdig vekt ved tolkingen av gjeldende rett på området.

Dermed faller vi tilbake på at samarbeid mellom foretak som begge kan løfte prosjektet på egenhånd og leverer felles tilbud har et konkurransebegrensende formål, som utgangspunkt.

I henhold til unntaket § 10 tredje ledd må det vurderes om samarbeidet gir effektivitetsgevinster som veier opp for at det blir en konkurrent mindre i anbudskonkurransen. For eksempel kan partene ha ulike ekspertiseområder som til sammen gir økt kvalitet, eller partene får utvidet kapasitet. Sannsynligvis kreves det imidlertid betydelige gevinster for å veie opp for at konkurransepresset fra en av partene forsvinner.⁷⁹

4.2.3.2 Ingen av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd

Dersom ingen av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, er utgangspunktet at

⁷⁸ Nærmere om rettsens tolkning på dette punktet under punkt 4.2.3.3.

⁷⁹ Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 271.

foretakene kan samarbeide om prosjektet uten at det er i strid med krrl. § 10. I Eurotunnel-saken uttrykte Kommisjonen følgende: «even in the case of consortia formed by enterprises which normally compete with each other, there is no restraint of competition if the participating enterprises cannot execute a specific order by themselves.»⁸⁰ Spørsmålet for retten var om samarbeidet mellom en rekke foretak om konstruksjon, bygging, finansiering og drift av tunnelen under den engelske kanal var konkurransebegrensende. Uttalelsen er i tråd med det som er referert fra ESAs horisontale retningslinjer,⁸¹ der det går frem at samarbeid mellom to foretak der ingen av foretakene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd faller utenfor artikkel 53. I Kommisjonens horisontale retningslinjer er det presisert at samarbeidet må skje slik at minst mulig strenge restriksjoner ilegges samarbeidspartene. En naturlig videreføring av dette synspunktet er at selve samarbeidet heller ikke må gå lenger enn *nødvendig* for å gjennomføre prosjektet, også på andre områder enn begrensningene som avtales. I Norge har Konkurransetilsynet fulgt opp med samme utgangspunkt i retningslinjene for prosjektsamarbeid.⁸² Prosjektsamarbeid mellom to parter som ikke kan gjennomføre prosjektet på egenhånd anses dermed som en "safe harbour".

4.2.3.3 *En av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd*

Dersom kun én av partene kan gjennomføre prosjektet alene, er ikke partene potensielle konkurrenter i relasjon til prosjektet.⁸³ Det er imidlertid ikke dermed gitt at samarbeidet ikke kan begrense konkurransen. Første spørsmål er derfor om denne samarbeidskonstellasjonen kan anses for å ha et konkurransebegrensende formål.

Det er ingen avgjørelser fra Kommisjonen eller EU-domstolen som berører spørsmålet om slike samarbeidsformer kan presumeres å ha et konkurransebegrensende formål. Gjeldende veiledning om prosjektsamarbeid behandler ikke særskilt tilfellet der kun én av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd. I Konkurransetilsynets utkast til ny veiledning om prosjektsamarbeid, uttales det imidlertid at denne samarbeidskonstellasjonen normalt vil ha et konkurransebegrensende formål fordi det vil "fjerne usikkerheten med hensyn til om den andre part vil inngi et eget tilbud/anbud" og fordi det er risiko for å utelukke andre samarbeidskonstellasjoner i markedet.

⁸⁰ *Eut 1988 L 311/36, Eurotunnel*, premiss 17 a). (1988).

⁸¹ Jf. innledningen, punkt 1.1

⁸² Konkurransetilsynets veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid 15. august 2008.

⁸³ Nærmere om dette i punkt 4.1.3.

En nærmere analyse av den aktuelle situasjonen viser at risikoen Konkurransetilsynet viser til kun inntreffer ved bestemte markedsforhold. Et av risikotilfellene er dersom foretaket som kan gjennomføre prosjektet på egenhånd ("foretak 1") har betydelig markedsrett. ⁸⁴ En annen situasjon er der foretaket som ikke kan gjennomføre konkurransen på egen hånd ("foretak 2"), i stedet for å samarbeide med foretak 1, kunne ha samarbeidet med et annet foretak som heller ikke kan gjennomføre prosjektet på egenhånd ("foretak 3"). Dersom foretak 2 har kapasitet til å samarbeide både med både foretak 1 og foretak 3 samtidig, blir likevel ikke konkurransen begrenset med mindre det avtales full eksklusivitet i en av samarbeidsavtalene. ⁸⁵ De ulike hypotesene som må stilles opp for at konkurransebegrensning skal være sannsynlig, indikerer at den aktuelle samarbeidskonstellasjonen ikke hører hjemme i den såkalte "formålsboksen".

På den andre siden vil det være mulig å presumere at slike samarbeidskonstellasjoner har et konkurransebegrensende formål, men at konteksten i form av manglende alternative samarbeidskonstellasjoner, eller manglende eksklusivitetsbindinger, kan medføre at presumsjonen tilbakevises. En slik løsning vil imidlertid ikke gi foretakene bedre forutberegnelighet. De vil i alle tilfeller måtte vurdere markedsforholdene for å finne ut om samarbeidet kan tillates, og omfanget av en markedsanalyse er omfattende nok til at det vil være strengt å plassere denne situasjonen under formålskategorien. Å plassere konstellasjonen under formålskategorien vil kunne skape en "chilling effect", slik at foretakene ikke tar sjansen på samarbeid som ikke ville ha vært i strid med samarbeidsforbudet.

Den svenske "Marknadsdomstolen" kom i 2000 til at et samarbeid mellom en rekke taxisentraler, der noen av dem kunne inngi tilbud i konkurransen om pasienttransport på egenhånd, begrenset konkurransen merkbart. Vurderingen var svært kort, og det ble ikke presisert hvorvidt det var formålet eller virkningen av konkurransen som var konkurransebegrensende. ⁸⁶ På denne tiden hadde Sverige, i likhet med Norge, et system med godkjenning av avtaler som ikke var konkurransebegrensende eller ga tilstrekkelige

⁸⁴ Konkurransetilsynets Veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid 15. august 2008, s. 8 og ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 24.

⁸⁵ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid.", en betenkning gitt i forbindelse med Konkurransetilsynets utkast til ny veiledning om prosjektsamarbeid s. 13-14.

⁸⁶ MD 2006:26 s. 8-9.

effektivitetsgevinster. På grunn av mange søknader ble behandlingen kortere og summarisk. Avgjørelsen kan dermed ikke tas til inntekt for at samarbeid der én av partene kan gjennomføres normalt bør anses for å ha et konkurransebegrensende formål.

Follo taxi-saken kan på sin side tas til inntekt for at denne samarbeidskonstellasjonen kan falle helt utenfor krrl. § 10. Retten stiller først spørsmålet om det er tale om lovlige prosjektsamarbeid. Basert på den etterfølgende drøftelsen er det nærliggende å forstå retten slik at den drøfter hvorvidt unntakene som er stilt opp i Kommisjonens avgjørelser og Kommisjonens og ESAs horisontale retningslinjer kommer til anvendelse.

I drøftelsen viser retten til ulike kilder, herunder uttalelsen fra Eurotunnel som er sitert i punkt 4.2.2 ovenfor, og følgende sitat fra en avgjørelse fra EU-domstolens førsteinstans:

"... 'The assumption of potential competitive circumstances presupposes that each parent alone is in a position to fulfil the tasks assigned to the [joint venture] and that it does not forfeit its capabilities to do so by the creation of the [joint venture]. An economically realistic approach is necessary in the assessment of any particular case' (point 18)."⁸⁸

I de etterfølgende premissene vurderer imidlertid EUs førsteinstans blant annet hvorvidt samarbeidspartene kunne inngått samarbeid gjennom andre grupperinger, i stedet for å samarbeide med et foretak som kunne gjennomført prosjektet på egenhånd.⁸⁹ EUs førsteinstans kommer til at det ikke kan bevises at en slik alternativ gruppering kunne konkurrert om prosjektet. Når EU-domstolen behandler denne problemstillingen, tilsier det at et samarbeid ikke faller utenfor artikkel 101 *alene* på grunn av at bare én av partene kan løfte prosjektet på egenhånd. Tingretten adresserer imidlertid ikke dette.

Tingretten viser også til en uttalelse fra Bellamy & Child som sier at et felles anbud fra samarbeidende konkurrenter ikke nødvendigvis er i strid med konkurransereglene. Deretter uttaler retten at dersom samarbeidspartene ikke er potensielle konkurrenter i relasjon til det aktuelle prosjektet, kan samarbeidet "vanskelig ha som formål eller virkning å begrense konkurransen". Deretter viser retten til at "det er vanskelig å komme til" at to foretak er potensielle konkurrenter i relasjon til prosjektet dersom kun den ene kan levere tilbud på egenhånd. Rettens foreløpige konklusjon er at samarbeidet mellom taxiselskapene "kan ... ha

⁸⁸ *Forente Saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 Og T-388/94, European Night Services.*

⁸⁹ Premiss 140 flg.

vært lovlig" dersom én av samarbeidspartene "ikke kunne ha deltatt i de to konkurransene alene." Det er naturlig å forstå dette slik at retten er kommet til at samarbeid mellom foretak der det ene foretaket ikke kan gjennomføre prosjektet alene som utgangspunkt faller utenfor samarbeidsforbudet i § 10 jf. ordlyden i ESAs horisontale retningslinjer avsnitt 24, der det konstateres at slike tilfeller «faller utenfor artikkel 53".

Denne tolkningen av dommen underbygges av at retten senere kommer til samarbeidet i anbudskonkurranse 1 er lovlig fordi Ski Taxi ikke kunne ha inngitt eget tilbud i noen av de geografiske områdene. Ettersom retten stilte spørsmål om hvorvidt Ski Taxi var "en konkurrent til Follo Taxi", er det underforstått at Follo taxi kunne inngitt eget tilbud, i det minste for ett av anbudsområdene. Rettens avgjørelse kan dermed tas til inntekt for at samarbeid mellom foretak der én av partene ikke kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, faller utenfor krrl. § 10 i sin helhet, forutsatt at samarbeidet ikke går lenger enn nødvendig.

Dersom dette er en riktig tolkning av dommen, mangler denne delen av avgjørelsen etter min mening rettskildemessig dekning. Som tidligere vist, gir Kommisjonens praksis og retningslinjer kun rom for unntak der ingen av foretakene kan løfte prosjektet på egenhånd.⁹⁰ Ettersom dommen i tillegg ikke er rettskraftig og er avsagt av laveste instans, kan den ikke være avgjørende. Samarbeid der ett av foretakene kan løfte prosjektet alene må vurderes opp mot kriteriene i krrl. § 10.

Ut ifra analysen og avveiningen av hensyn foretatt lenger oppe, kan det ikke presumeres at de aktuelle tilfellene har et konkurransebegrensende formål. Metodisk kan løsningen være at partene ikke per definisjon anses som potensielle konkurrenter, men ettersom samarbeidet likevel vil kunne begrense konkurransen om prosjektet, må det foretas en analyse av den mulige virkningen.

I *virkningsanalysen* må det vurderes om foretak 2 ved å binde seg til foretak 1, utelukker andre samarbeidskonstellasjoner som ville ha medført flere konkurrenter. Måtene dette kan skje på er presentert innledningsvis i dette delkapittelet. Vurderingen har for øvrig likhetstrekk med vurderingen av hvilke aktører som er potensielle konkurrenter, og vurderingstemaet "realistiske muligheter" må gjelde også her. Som Hjelmeng og Gabrielsen skriver, bør ikke "ethvert avvik fra konkurransemessige ideelle allianser" anses for å ha konkurransebegrensende

⁹⁰ Støtte for en slik tolkning av kildene i Christensen et al., *Konkurrenseretten I Eu*, s. 176.

virkning.⁹¹ Et eksempel på dette er et tilfelle fra fransk rett, der en rekke ulike grupperinger av foretak hadde inngitt tilbud i flere anbudskonkurranser i 1995 og 1996. De franske konkurransemyndighetene vurderte samarbeidet i grupperingene og uttalte at selv om det ikke var de mest optimale sammensetningene av foretak, hadde ikke samarbeidene konkurransebegrensende formål eller virkning.⁹²

Vi kan forutsette at et prosjektsamarbeid anses for å ha konkurransebegrensende virkning fordi samarbeidet hindrer foretak 2 i å inngå et samarbeid med et foretak som ikke kunne inngi tilbud på egenhånd. Prosjektsamarbeidet kan likevel gi effektivitetsgevinster som omfattes av unntaket i § 10 tredje ledd. For eksempel kan de to foretakene sammen utnytte felles ressurser på en svært effektiv måte, slik at prisen på anbudet kan senkes tilstrekkelig til å veie opp for at det er én konkurrent mindre i konkurransen.

4.2.4 Foretakene leverer hvert sitt tilbud

4.2.4.1 Begge parter kan gjennomføre prosjektet på egenhånd

I tilfeller der to eller flere foretak kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, men velger å samarbeide for så å inngi hvert sitt tilbud, vil konkurransen mellom foretakene kunne begrenses på grunn av samordningen som skjer gjennom samarbeidet. Spørsmålet er om det kan presumeres at slikt samarbeid har et konkurransebegrensende formål.

I likhet med tilfellet der partene leverer et felles tilbud og begge partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, vil konkurransen som nevnt kunne begrenses i disse tilfellene. Situasjonen skiller seg imidlertid fra tilfellet der foretakene leverer et felles tilbud på et viktig punkt: Når begge foretakene leverer hvert sitt tilbud, er det fortsatt mulig for foretakene å konkurrere om prosjektet. Noen konkurranse er det selvsagt ikke i tilfeller der foretakene har blitt enige om hvilken pris som skal tilbys, for eksempel slik at det ene foretaket setter en høy pris for at det andre foretakets tilbud skal fremstå som gunstig. Det samme gjelder dersom partene har samordnet priser eller sentrale vilkår på andre måter, direkte eller indirekte. Slike samarbeid ligger i kjernen av samarbeidstilfeller som normalt anses for å ha et konkurransebegrensende formål.⁹³ Dette gjelder spesielt her, hvor foretakene fremstår som om de ikke

⁹¹ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid," s. 14.

⁹² Décision no 05-D-24 31. mai 2005, premiss 67.

⁹³ Se punkt 3.2.1.

har samarbeidet idet de inngir hvert sitt tilbud. Dermed forutsetter etterspøreren at foretakene konkurrerer på normalt vis.⁹⁴

Det kan imidlertid tenkes andre former for samarbeid som ikke inneholder hard-core overtredelser som også kan ha konkurransebegrensende virkning. For eksempel kan partene ha inngått et innkjøpssamarbeid for en innsatsfaktor for produktet som skal leveres, eller et verktøy eller en vare som trengs i et entrepriseprojekt. Selv et mer omfattende innkjøpssamarbeid karakteriseres normalt ikke som noen formålsovertredelse ved samarbeid utenom enkeltprosjekter, og dette vil heller ikke være naturlig i prosjektsamarbeidstilfellene. Innkjøpssamarbeidet kan begrenses slik at foretakene kun har felles innkjøpspriser, noe som ikke nødvendigvis medfører en samordning av pris eller sentrale vilkår i foretakenes tilbud. Hvor sannsynlig samordning av sentrale salgsvilkår ved deling av innkjøpspriser er, beror på om produktet som kjøpes inn er en helt sentral eller mindre bestanddel i prosjektet. I tillegg har det betydning om det relevante markedet ligner hovedmarkedet, og hvor stor gjennomslutning det i så fall er i hovedmarkedet. Disse vurderingene hører hjemme i en virkningsanalyse, noe som underbygger at et konkurransebegrensende formål ikke kan presumeres her.⁹⁵

Konklusjonen blir dermed at det må foretas en nærmere vurdering av samarbeidet i den aktuelle situasjonen for å vurdere om samarbeidet har et konkurransebegrensende formål. Er det tale om innkjøpssamarbeid eller annet samarbeid som ikke nødvendigvis påvirker konkurranseparametrene, må en virkningsanalyse foretas.

Dersom et innkjøpssamarbeid anses for å ha konkurransebegrensende formål eller virkning, må det vurderes om det har gitt effektivitetsgevinster som gir grunn til unntak for samarbeidsforbudet. Samarbeidspartene kan ha oppnådd lavere priser på produktene som kjøpes inn som følge av kvantumsrabatter eller større forhandlingskraft. Også mer omfattende samarbeid kan føre til at partene blir mer effektive konkurrenter, slik at unntaket i tredje ledd er aktuelt.⁹⁶

⁹⁴ Fremhevet i de franske konkurransemyndighetenes avgjørelse *décision* no 97-D-11 25. februar 1997.

⁹⁵ Det er her trekkes paralleller fra vurderingsmomentene som gjelder for hvorvidt informasjonsutveksling er konkurransebegrensende – jf. punkt 4.1.5.

⁹⁶ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid," s. 23.

4.2.4.2 *Ingen av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd*

Dersom ingen av foretakene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, men leverer hvert sitt tilbud, kan det for eksempel være tale om gjensidige underleverandøravtaler, en ensidig underleverandøravtale, samarbeid om innkjøp, produksjon eller forskning og utvikling.⁹⁷ Flere problemstillinger oppstår i slike situasjoner. Et spørsmål er om alle eller enkelte slike samarbeidskonstellasjoner kan presumeres å ha konkurransebegrensende formål. Hvis ikke dette er tilfellet, blir spørsmålet hvilke momenter som er sentrale når virkningen av samarbeidet i tilbudskonkurransen vurderes.

Både gjensidige og ensidige underleveranser kan brukes som skalkeskjul for "hard-core" overtredelser, for eksempel samordning av priser eller andre sentrale vilkår i tilbudene som inngis i konkurransen. I slike tilfeller kan det presumeres et konkurransebegrensende formål. Gran & Ekran-saken er et eksempel på dette. Her anførte entreprenørfirmaene Grunnarbeid AS og Gran og Ekran AS at de planla å bruke hverandre som underentreprenører, og at informasjonsutveksling var nødvendig for å kunne gjennomføre slike gjensidige underleveranser. Grunnarbeid leverte veiarbeid og arbeid med vann og avløp og hadde behov en underleverandør av betong til brobyggingen. Betongarbeider utgjorde rundt åtte prosent av arbeidet med brobyggingen. Gran & Ekran drev hovedsakelig med betongarbeid innen bygg og anlegg og ville derfor ha behov for underleveranser på mesteparten av arbeidet. Likevel leverte foretakene selvstendige tilbud i anbudskonkurransen, med hverandre som underleverandører. I forkant hadde foretakene utvekslet kalkulerte priser for det aktuelle prosjektet. Retten anså dette som en samordning med konkurransebegrensende formål ettersom det hadde skjedd en "utveksling av informasjon om elementer som er egnet til å påvirke den endelige prisen".⁹⁸ Avgjørelsen viser at to foretak som samarbeider om prisen på anbudene i en anbudskonkurranse, men inngir hvert sitt tilbud, ikke kan unnskyldes seg med at de har et gjensidig underleverandørforhold. Det samme må gjelde for annen deling av informasjon som faller under "hard-corekategorien".

I tilfeller der foretakene kun deler egne priser på underleveransen, er utgangspunktet mindre klart. Dersom foretakene har gjensidige underleverandøravtaler, er det på den ene siden mulig at foretakene vil sette uforholdsmessig høye priser på underleveransene for at det konkurrerende foretaket skal måtte tilby en høyere pris. Prisen i begge anbudene presses da opp. Et

⁹⁷ Ibid., s. 17 flg.

⁹⁸ LF-2010-139398

annet incentiv for å sette høye priser på underleveransen er at foretaket som taper konkurransen til fordel for det andre, uansett vil få høy profitt fra underleveransen.⁹⁹ Slik prispressing går i feil retning og er konkurransebegrensende. Dersom foretakene, eller foretaket ved ensidige underleveranser, har flere underleverandører å velge mellom, vil imidlertid ikke de respektive underleverandørene være konkurransedyktige hvis de tar en svært høy pris. Dermed er det markedsforholdene og den økonomiske konteksten som er avgjørende for om konkurransen begrenses.

Ved innkjøps- og produksjonssamarbeid er det problematisk at partene har felles innkjøpspriser eller produksjonskostnader. Her oppstår tilsvarende problemstillinger som dersom foretakene deler innkjøpsprisene eller produksjonskostnadene med hverandre. Disse problemstillingene er behandlet i punkt 4.1.5, hvor det går frem at slike samarbeid bare i enkelte markedssituasjoner fører til konkurransebegrensning.

I lys av ressurshensynet som ligger til grunn for skillet mellom virknings- og formålsovertredelser, samt hensynet til å unngå "chilling effect", må det foretas en virkningsanalyse i tilfeller der to foretak som ikke kan inngi tilbud hver for seg leverer hvert sitt tilbud.

I virkningsanalysen må det ses hen til om prisene i de gjensidige underleverandøravtalene settes høyere enn markedspris og hvorvidt det er andre konkurrenter som likevel kan skape et prispress.

Dersom underleverandøravtalene mellom to parter som ikke kan inngi tilbud på egenhånd først har konkurransebegrensende formål eller virkning, er det vanskelig å tenke seg hvordan avtalene kan gi effektivitetsgevinster.

4.2.4.3 En av partene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd

Et tilfelle der kun én av samarbeidspartene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd ("foretak 1"), og partene inngir hvert sitt tilbud, kan naturlig karakteriseres slik at foretaket som ikke kan gjennomføre prosjektet på egenhånd ("foretak 2") inngir anbud med foretak 1 som underleverandør.¹⁰¹ Foretak 1 inngir derimot tilbud på selvstendig grunnlag. Første spørsmål er om det kan oppstilles en presumsjon om at slike former for samarbeid normalt har et kon-

⁹⁹ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid."

¹⁰¹ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid," s. 20.

kurransbegrensende formål. Hvis ikke en slik presumsjon ka oppstilles, blir spørsmålet om det kan pekes på konkrete situasjoner der et slikt samarbeid vil ha et konkurransbegrensende formål, og noen situasjoner hvor virkningen i markedet må vurderes nærmere.

Bakgrunnen for denne samarbeidskonstellasjonen kan være anbudsrotasjon eller en annen avtale som innebærer at foretak 2 bare deltar i konkurransen for å inngi et dårligere anbud enn foretak 1, slik at foretak 1 har større mulighet til å vinne konkurransen. Denne typen samarbeid har utvilsomt et konkurransbegrensende formål, uavhengig av om samarbeidet inkluderer underleverandøravtaler eller ikke. Ser man bort ifra prisbindinger og de klare formålsovertredelsene som er nevnt, er utgangspunktet at den aktuelle samarbeidskonstellasjonen medfører at et foretak som ikke kunne ha deltatt i konkurransen får muligheten til å delta. Dette er konkurransfremmende, noe som taler mot å plassere samarbeidskonstellasjonen under formålskategorien.

I realiteten har imidlertid foretak 1 få incentiver til å samarbeide med foretak 2, ettersom samarbeidet vil medføre at foretak 1 får en ny konkurrent. Et av incentivene til foretak 1 kan være at foretak 2 er mer effektiv i utførelsen av den delen av prosjektet som det kan løfte på egenhånd.¹⁰² Det kan for eksempel tenkes at foretak 2 sitt anbud har en lavere pris på grunn av foretakets høye effektivitet på egen del, men foretak 1 leverer gjennomgående høyere kvalitet på produktet eller tjenesten. Dersom det da er usikkerhet med hensyn til hvilke andre forhold enn pris som vektlegges, eller hvor stor vekt disse forholdene får, vil foretak 1 ha større sjanse til å delta i prosjektet ved å levere eget anbud og samtidig bidra som underleverandør i foretak 2 sitt anbud.¹⁰³

Konkurransbegrensninger oppstår først dersom foretak 1 samarbeider med foretak 2 for å hindre at foretak 2 samarbeider med andre aktører som trenger en samarbeidspartner for å kunne gjennomføre prosjektet. For det første kan det avtales at foretak 2 må ha foretak 1 som eksklusiv underleverandør i det aktuelle prosjektet og dette kan utelukke samarbeid med et tredje foretak som ikke på egenhånd kan gjennomføre prosjektet. Også dersom foretak 2 mister muligheten til å samarbeide med en eksisterende tredje aktør fordi ressursene bindes opp i samarbeidet med foretak 1, vil konkurransen kunne begrenses. Dette forutsetter imidlertid at det finnes en tredje aktør som ikke kan gjennomføre prosjektet på egenhånd, og at det ikke

¹⁰² Ibid., s. 21.

¹⁰³ Ibid.

finnes andre med manglende evne til å gjennomføre prosjektet som denne tredje aktøren kan samarbeide med. Utestenging av en tredje aktør på et av disse visene kan også være en del av foretak 1 sin motivasjon for å inngå samarbeidet.¹⁰⁴ Etersom det her må foretas en omfattende markedsanalyse for å vurdere om det finnes andre aktører som blir utestengt, hører vurderingen hjemme i virkningsanalysen.

Konklusjonen er følgelig at det ikke kan presumeres at slike samarbeidskonstellasjoner har et konkurransebegrensende formål.

Samarbeidsavtaler der en av partene har et utestengende formål kan for øvrig unngås, for eksempel gjennom en avtale om at foretak 1 må tilby foretak 2 samme pris på underleveransen som samme del av prosjektet prises i foretak 1 sitt tilbud. Formålet med avtalen vil være at foretak 2 unngår at foretak 1 tar en svært høy pris, ettersom en høy pris ville gjøre det vanskelig for foretak 2 å inngi et konkurransedyktig tilbud og samtidig oppnå en viss inntjening.

Vertikale avtaler der samarbeidspartene fastsetter en minimumspris for videresalg anses normalt som formålsovertredelser. Begrunnelsen for dette er at intramerkekonkurransen begrenses¹⁰⁵ og mulighetene for samordning på horisontalt nivå økes ved at gjennomslippheten i videreselgerens marked reduseres.¹⁰⁶ Disse virkningene inntreffer fordi restriksjonen får virkning for alle de som kjøperen, som ofte er en distributør, selger videre til. Ved anbuds-samarbeid er det imidlertid kun én kunde som restriksjonen vil kunne påvirke, og dermed skiller slike samarbeidsavtaler seg ut. Prisen i tilbudet påvirkes imidlertid direkte dersom det fastsettes en minimums videresalgpris, noe som er konkurransebegrensende.¹⁰⁷ Utgangspunktet er dermed at et konkurransebegrensende formål bør presumeres. Hensett at bindingen av foretak 1 sin pris hindrer foretak 1 i å bruke foretak 2 for å stenge andre aktører ute fra konkurransen, kan det være grunn til å fravike presumsjonen om et konkurransebegrensende formål. Bindingens disiplinerende virkning er en del av den økonomiske konteksten som kan vektlegges for å tilbakevise presumsjonen.¹⁰⁸ Bindingen hindrer foretak 1 i å stenge

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Faull and Nikpay, *The Ec Law of Competition*, s. 427. Intramerkekonkurransen er konkurransen mellom ulike leverandører som leverer samme merkevare.

¹⁰⁶ Bellamy and Child, *European Union Law of Competition*, s. 427. med nærmere henvisning til en rekke avgjørelser fra EUs instanser.

¹⁰⁷ Hjelmeng and Gabrielsen, "Prosjektsamarbeid," s. 22.

¹⁰⁸ Ibid.

ute andre aktører, samtidig som samarbeidet bringer en ny aktør inn i anbudskonkurransen. Dermed kan presumsjonen fravikes og det må foretas en virkningsanalyse også i dette tilfellet.

I virkningsanalysen må det, i likhet med det som er illustrert under punkt 4.2.3.3, ses hen til bindingene som et samarbeid mellom foretak 1 og foretak 2 skaper. Det kan som nevnt ikke kreves at foretak 2 finner den konkurransemessig gunstigste samarbeidspartneren. De mulige konkurransebegrensende virkningene i denne situasjonen er presentert like ovenfor.

4.2.5 Generelle problemstillinger ved underleverandøravtaler – vertikale restriksjoner

4.2.5.1 Innledning

En underleverandør stiller i noen tilfeller vilkår for leveransen som begrenser kjøpers handlefrihet. Det kan også tenkes at underleverandøren blir ilagt restriksjoner. Disse kan innebære minimum eller maksimums videresalgspriser og ulike former for eksklusivitetsavtaler.¹⁰⁹ Slike bindinger kan være problematiske enten det inngis felles anbud eller hvert sitt anbud, og enten ett, alle eller ingen av foretakene kunne ha inngitt anbud på egenhånd. Restriksjonene får imidlertid ofte større betydning for konkurransen dersom samarbeidspartene er faktiske eller potensielle konkurrenter om det aktuelle anbudet, noe som vil illustreres i det følgende. Spørsmålet er hvilke slike bindinger som anses som formålsovertredelser, og hvilke som kan ha konkurransebegrensende virkning.

4.2.5.2 Binding av videresalgspris

Det kan tenkes at en underleverandør har en forretningsstrategi som innebærer at produktet den leverer aldri skal videreselges for en lavere pris enn fastsatt av underleverandøren, for eksempel fordi dette ivaretar leverandørens merkevare eller image som høykvalitetsleverandør. I så tilfelle er det tale om en fast praksis, selv om vilkåret også blir en del av et prosjekt-samarbeid. En slik praksis må vurderes opp mot krrl. § 10, men ettersom problemstillingen ikke er særegen for prosjektsamarbeidstilfellene behandles den ikke her.

Det kan likevel tenkes en situasjon hvor det er aktuelt for et foretak å begrense videresalgsprisen til det andre foretaket, uten at dette er en fast forretningsstrategi. Denne situasjonen er presentert og drøftet ovenfor i punkt 4.2.4.3.

¹⁰⁹ Eksempelene på restriksjoner er hentet fra kapittel 16 om vertikale avtaler i Whish and Bailey, *Competition Law*.

4.2.5.3 *Andre bindinger med betydning for volum av og kvalitet på produktet eller tjenesten som videreselges*

Når det gjelder begrensninger med betydning for volum som selges eller kvaliteten på produktet eller tjenesten som selges, anses dette normalt som en formålsovertredelse dersom avtalen om restriksjonen inngås horisontalt eller vertikalt mellom konkurrenter. En tilsvarende vertikal avtale mellom ikke-konkurrenter blir derimot gjenstand for en virkningsanalyse, ettersom mulig konkurransebegrensende virkning her beror på samarbeidspartenes markedsrett, etableringsbarrierer i markedet, markedets modenhet, produktet eller tjenestens egenskaper mv.¹¹⁰

Ved underleverandøravtaler i forbindelse med et prosjektsamarbeid blir utgangspunktet noe annerledes. Man kan tenke seg at en underleverandør pålegger begrensninger på gjennomføringen, volumet eller kvaliteten til det som skal leveres fra kjøperen når denne skal by i en anbudskonkurranse. Det er først dersom både kjøper og underleverandør inngir anbud i konkurransen at usikkerheten rundt innholdet i den andre parts anbud reduseres, med konkurransebegrensning som sannsynlig resultat. Er foretakene konkurrenter i anbudskonkurransen, kan et konkurransebegrensende formål derfor presumeres. Dersom partene ikke er konkurrenter, er det vanskelig å se hvordan konkurransen i anbudskonkurransen skal kunne påvirkes.

4.2.5.4 *Eksklusivitetsavtaler*

Vertikale, eksklusive distribusjonsavtaler mellom ikke-konkurrenter anses normalt ikke for å ha et konkurransebegrensende formål, men kan ha konkurransebegrensende virkning.¹¹¹ Eksklusivitetsavtaler mellom konkurrenter som er kollektive og gjensidige kan imidlertid ha konkurransebegrensende formål eller virkning.¹¹² I forbindelse med en anbudskonkurranse behøver ikke eksklusivitetsavtalen å være gjensidig eller kollektiv for å kunne påvirke konkurransen negativt. Avtalen behøver heller ikke være inngått mellom konkurrenter for å ha et konkurransebegrensende formål. Dersom det avtales restriksjoner som innebærer at en underleverandør ikke kan levere til andre foretak i forbindelse med den aktuelle anbudskonkur-

¹¹⁰ Ibid., s. 120-21. og Vertikale retningslinjer s. 36.

¹¹¹ Faull and Nikpay, *The Ec Law of Competition*, s. 444. og Vertikale retningslinjer s. 45 flg.

¹¹² Whish and Bailey, *Competition Law*, s. 550 flg.

ransen, kan konkurransen begrenses ved at andre foretak som har behov for underleveransen for å delta stenges ute fra konkurransen. Konkurransen begrenses imidlertid kun ved bestemte markedsforhold, og dette er illustrert i behandlingen av ulike samarbeidskonstellasjoner i punkt 4.2.2 til 4.2.4.3. Eksklusivitetsavtaler kan dermed ikke presumeres å ha et konkurransebegrensende formål, men virkningen på konkurransen må vurderes.

En annen eksklusivitetsavtale kan innebære at det ene foretaket må holde seg eksklusivt til den aktuelle underleverandøren i gjennomføringen av prosjektet som er ute for anbud. Det er ikke noen grunn til at en slik begrensning skal påvirke anbudskonkurransen, med mindre underleverandøren har samme avtale med flere av konkurrentene. I så tilfelle vil de ulike avtalene vurdert samlet stenge ute andre underleverandører, og underleverandøren vil kunne presse anbudsprisene oppover. Det må derfor foretas en virkningsanalyse i disse tilfellene.

4.2.5.5 Gjensidige underleverandøravtaler

Dersom to foretak leverer hvert sitt tilbud og i forkant har avtalt å bruke hverandre som underleverandører i tilfelle den andre part vinner, kan incentivet for å gi et mest mulig konkurransedyktig bud forsvinne.¹¹³ Dersom begge foretakene kunne inngitt selvstendige tilbud må dette anses som en formålsovertredelse, ettersom underleveranser er helt unødvendig. I andre tilfeller er det grunn til å foreta en virkningsanalyse, ettersom virkningen på konkurransen vil bero på hvor stort konkurransetrykket fra øvrige konkurrenter og potensielle konkurrenter er.

4.3 Andre typer prosjektsamarbeid

I motsetning til det som skjer i anbudskonkurranser kan det tenkes at to foretak tar initiativ til et prosjekt på egenhånd. Dersom samarbeidet gjelder et prosjekt som er begrenset i tid og omfang, kan også dette behandles som et prosjektsamarbeid. Formålet bak samarbeidet kan være å utvikle eller forbedre et produkt, en tjeneste eller et konsept. Dermed kan samarbeidet bestå av felles innkjøp, felles produksjon eller "pooling" av ressurser, eller kombinasjoner av disse. Det kan også tenkes at samarbeidspartene ønsker å teste kommersialisering av det nye konseptet i fellesskap. Årsakene til at foretakene velger å samarbeide om prosjektet, er ofte de samme som ved anbudssamarbeid: Foretakene kan ikke bære risikoen ved prosjektet på

¹¹³ Dette var tilfelle i den ungarske avgjørelsen Vj-28/2003, opprettholdt av ungarsk Høyesterett.

egenhånd eller de mangler nødvendig kapasitet eller tilstrekkelige ressurser til å kunne gjennomføre det. Høyere effektivitet og kvalitet ved samarbeid kan være en annen årsak.

Unntaksreglene som er presentert tidligere gjelder også her. Så lenge foretakene ikke er potensielle konkurrenter i et hvilket som helst marked, er samarbeidet i utgangspunktet tillatt.¹¹⁵ Selv om foretakene er potensielle konkurrenter i *ett* marked, kan samarbeidet likevel tillates dersom foretakene ikke kan løfte prosjektet på egenhånd. Dette gjelder under forutsetning av at samarbeidet ikke går lenger enn nødvendig.¹¹⁶

I spørsmålet om foretakene kan løfte prosjektet eller aktiviteten på egenhånd, har man i dette tilfellet ingen anbudsutlysning å ta hensyn til. Det blir dermed en vurdering av om foretakene er potensielle konkurrenter *om det aktuelle prosjektet*. Det generelle vurderingstemaet er sannsynligheten for at foretaket vil ha interesse i å gjøre de nødvendige tiltak for å kunne gjennomføre prosjektet. I forbindelse med et bestemt prosjekt, vil dette vurderingstemaet måtte tilpasses noe. Der er av betydning hvor økonomisk attraktivt det vil være å sette seg i stand til å gjennomføre prosjektet, herunder kostnader og risiko ved tiltaket. Foretakets subjektive vurdering av den økonomiske attraktiviteten er ikke avgjørende, men bør i følge Kolstad "veie tungt".¹¹⁷

Hvor raskt tiltakene må kunne gjøres beror på den faktiske situasjonen og den rettslige og økonomiske konteksten. Dersom det er spørsmål om to foretak som samarbeider er potensielle konkurrenter, godtas ofte mer tidskrevende tiltak enn i vurderingen av om et foretak som står utenfor samarbeidet er en potensiell konkurrent.¹¹⁸ Enkeltprosjekter skiller seg særlig ut ved at de ofte er ment å igangsettes innen kort tid, og det er bare foretak som kan gjøre de nødvendige tiltak innen igangsettelse som er potensielle konkurrenter. Tidsaspektet får dermed større betydning. I tillegg kan det være mindre grunn til å skille mellom vurderingen av samarbeidende foretak og aktører utenfor samarbeidet på dette punktet.

Dersom foretakene kan godtgjøre at ingen av dem kan gjennomføre prosjektet alene ut ifra momentene presentert ovenfor, kan samarbeidet tillates, under forbehold om at det ikke går

¹¹⁵ Jf. punkt 4.1.3.

¹¹⁶ Se innledning og avsnitt 4.1.5.

¹¹⁷ Kolstad, *Norsk Konkurranserett*, 1, s. 417. Kolstad skriver her om potensiell konkurranse i forbindelse med FoU-samarbeid, men det som skrives har generell overføringsverdi til samarbeid om andre prosjekter.

¹¹⁸ Kommisjonens horisontale retningslinjer note (3).

lenger enn nødvendig og ikke medfører utveksling av konkurransesensitiv informasjon og spill-overeffekter.

Dersom minst én av partene kan løfte prosjektet alene, og partene er konkurrenter i et marked, må samarbeidet vurderes opp mot vilkårene i krrl. § 10. Et prosjektsamarbeid vil ofte være nokså omfattende og kan inkludere felles innkjøp og felles produksjon. Det kan også innebære forskning på og utvikling av ny teknologi. Slike samarbeidstyper behandles i Kommissjonens horisontale retningslinjer. Vurderingsmomentene som presenteres i retningslinjene gjelder både for enkeltprosjekter, for mer eller mindre permanente samarbeid og andre samarbeid som ikke gjelder et bestemt prosjekt. Det er derfor tilstrekkelig å vise til retningslinjene for en nærmere vurdering av denne typen prosjektsamarbeid.

5 OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Hovedkonklusjonene som følger av drøftelsene over er at i enkelte tilfeller kan det presumeres at et anbudssamarbeid har et konkurransebegrensende formål. Kort oppsummert, og foruten "hard-core" tilfellene, gjelder dette for anbudssamarbeid der foretakene leverer et felles tilbud og begge parter kan gjennomføre prosjektet på egenhånd. Det gjelder også for anbudssamarbeid der foretakene leverer hvert sitt tilbud og begge foretakene kan gjennomføre prosjektet på egenhånd. Tilfeller der partene inngir felles tilbud og ingen av dem kan løfte prosjektet på egenhånd er lovlig og krever ingen nærmere vurdering. For de andre samarbeidskonstellasjonene må det foretas en virkningsanalyse.

Selv om et konkurransebegrensende formål i enkelte tilfeller kan presumeres, må det alltid foretas en konkret vurdering fra tilfelle til tilfelle. Ut i fra de nærmere drøftelsene i avhandlingen kan det konkluderes med at formålskategorien ikke bør være for vid. Dette for å oppnå en mest mulig korrekt bedømmelse av prosjektsamarbeid og dermed effektivt fremme forbruker- og samfunnsøkonomiske hensyn.

6 LITTERATURLISTE

Lover, forskrifter og traktater

Lov 5. januar 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (krrl).

Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006.

Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen) (1993).

Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte (TFEU) (2012).
Opphevet: Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet.

Forarbeider

Prop. 75 L (2012–2013)
Ot.prp.nr. 6 (2003-2000)
Ot.prp.nr.41 (1992-1993)
NOU 2012: 7
NOU 1997:21

Rettspraksis fra Norge

LF-2010-139398, Grunnarbeid AS og Gran & Ekran AS.
Follo tingrett 8. februar 2013, Follo taxi-saken.

Konkurransetilsynets praksis:

Konkurransetilsynets vedtak V-2008-1, Grunnarbeid AS og Gran & Ekran AS.
Konkurransetilsynets vedtak V2011-11, IcopalTak AS og Fløysand Tak AS.
Konkurransetilsynets vedtak V2011-12, Follo taxi-saken.
Konkurransetilsynets vedtak V-2009-7, Taxi Midt-Norge AS.
Konkurransetilsynets vedtak V2013-3, NCC og Veidekke.

Rettspraksis fra EU

Eut 1973 L 140/17, European Sugar Industry, (1973).
Eut 1988 L 311/36, Eurotunnel, (1988).
Forente Saker 56-65 Société Technique Minière (L.T.M.) Mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), (1966).
Forente Saker 96/82 - 102/82, 104/82, 105/82 Og 110/82, Iaz International Belgium M. Fl., (1983).
Forente Saker C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 Og C-519/06 Glaxosmithkline Services Unlimited Mot Kommisjonen, (2009).
Forente Saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 Og T-388/94, European Night Services, (1998).
Opinion of Advocate General Kokott I Sak C-8/08, (2009).
Opinion of Advocate General Trstenjak on Case C-209/07, (2008).
Opinion of Advocate General Trstenjak, Sak C-209/07 Beef Industry, (2008).
Sak 19/77 Miller International Schallplatten GmbH Mot Kommisjonen, (1978).
Sak C-7/95, John Deere, (1998).
Sak C-8/08, T-Mobile, (2009).
Sak C-73/95 Viho Europe Mot Kommisjonen, (1996).
Sak C-209/07, Beef Industry, (2008).
Sak C-234/89 Stergios Delimitis V Henninger Bräu Ag, (1991).
Sak C-439/09, Pierre Fabre, (2011).
Sak C-551/03, General Motors, (2006).
Sak Comp/M.3003 Electrabel/Energia Italian/Interpower, (2003).
Sak Iv/M058 — Baxter/Nestle/Salvia, (1991).

Litteratur

Bellamy, Christopher, and Graham D. Child. *European Union Law of Competition*. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Christensen, Andreas, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl, and Jens Schovsbo. *Konkurrenceretten I Eu*. 2 ed. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

- Faull, Jonathan, and Ali Nikpay. *The Ec Law of Competition*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Goyder, D. G., Joanna Goyder, and Albertina Albers-Llorens. *Goyder's Ec Competition Law* [in Engelsk]. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Iversen, Bent, Pernille Wegener Jessen, Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke, and Karsten Engsig Sørensen. *Regulating Competition in the Eu*. 2 ed. Copenhagen: DJØF Publ., 2012.
- Kolstad, Olav. *Norsk Konkurranserett*. 2 vols. Vol. 1, Oslo: Universitetsforl., 2006.
- Nordtveit, Ernst. *Oppdragsamarbeid: Joint Ventures I Oppdragsindustri, Entreprenørverksemd, Forsking Og Utvikling*. Bergen: Alma Mater, 1992.
- Norge, Harald Evensen, and Eivind Sæveraas. "Konkurranseloven Og Eøs-Konkurranseloven: Med Kommentarer." Gyldendal akademisk.
- Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag Og Standpunkt*. 2 ed. Bergen ; Oslo: Universitetsforl., 2004.
- Papendorf, Knut. *Rett for Alle?: Rettsliggjøring Og Rettsfjerne Personers Mulighet Til Å Mobilisere Retten*. Oslo: Novus, 2012.
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, and Olav Kolstad. *Eøs-Rett* [in Norsk]. 3 ed. Oslo: Universitetsforl., 2011.
- Wareham, Philip, ed. *Competition Law and Shipping: The Emlo Guide to Eu Competition Law in the Shipping and Port Industries*. London: Cameron May, 2010.
- Whish, Richard, and David Bailey. *Competition Law* [in Engelsk]. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Artikler

- Hjelmeng, Erling, and Tommy Staahl Gabrielsen. "Prosjektsamarbeid." 2011.
- Jones, Alison. "Left Behind by Modernisation?: Restriction by Object under Article 101(1)." *European competition journal* 6 (desember 2010 2010).
- King, Saskia. "The Object Box: Law, Policy or Myth." *European competition journal* 7 (august 2011 2011).
- Mahtani, Munesh Ram. "Thinking Outside the Object Box: An Eu and Uk Perspective." *European Competition journal* 8 (2012).
- "Markets with Bidding Processes: Economic Discussion Paper." 215: DotEcon Ltd for Office of fair trading, 2007.
- Odudu, Okeoghene. "Restrictions of Competition by Object - What's the Beef?" [In Engelsk]. *Comp Law* 11-17 (2009 2008).

Retningslinjer fra Kommisjonen og ESA

- Guidelines on the applicability of Article 101 TFEU to horizontal cooperation agreements, OJ 2011 C11/01 (Kommisjonens horisontale retningslinjer).
- Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2010 C130/0 (Kommisjonens vertikale retningslinjer).
- Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty 2004/C 101/08 (Retningslinjer for artikkel 81(3)).
- EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende, Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan 2002/EØS/55/01, Retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid (ESAs horisontale retningslinjer).
- Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC treaty to horizontal cooperation agreements, OJ 2001 C3/2.
- Commission notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ 1998 C66/01.
- Commission Notice concerning the assessment of cooperative joint ventures pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (Retningslinjer for joint ventures).

Norske veiledninger

Konkurransetilsynets veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid 15. august 2008.

Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid fra 2012 med tilhørende høringsuttalelser.

Rettspraksis og forvaltningsorganers praksis fra andre land

Conseil de la concurrence: Décision no 05-D-24 31. mai 2005.

Ungarske Konkurransetilsynet Vj-28/2003, Baucount/EPKER/KESZ.

Svenske marknadsdomstolen: MD 200:26, Vasterbotten Taxi AB 7. november 2000.

Conseil de la concurrence: Décision no 97-D-11 25. februar 1997.