



NORGES HØYESTERETT

Den 22. juni 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-1229-A, (sak nr. 2015/1026), sivil sak, anke over dom,

Ski Taxi SA
Follo Taxi SA

Ski Follo Taxidrift AS

(advokat Stephan L. Jervell)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Wennerås)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Falch**: Saken gjelder spørsmålet om et åpent anbudssamarbeid hadde til formål å begrense konkurransen, og dermed er i strid med konkurranseloven § 10 første ledd.
- (2) Konkurransetilsynet traff 4. juli 2011 tre vedtak hvor Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS – sistnevnte omtales som SFT – ble ilagt overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 for brudd på lovens § 10. Gebyrene var på henholdsvis 250 000 kroner, 400 000 kroner og 2 200 000 kroner. Selskapene ble i tillegg pålagt å opphøre med "tilsvarende anbudssamarbeid som beskrevet i dette vedtaket", jf. lovens § 12.
- (3) Grunnlaget for sanksjonene var at Ski Taxi og Follo Taxi – i fellesskap omtalt som taxiselskapene – gjennom deres heleide selskap SFT, høsten 2010 hadde inngitt felles tilbud i to anbudskonkurranser om kjøp av pasientreiser. Konkurransetilsynet kom til at samarbeidet medførte at taxiselskapene ikke innga separate og konkurrerende tilbud, noe de hadde reell mulighet til å gjøre. Tilsynet konkluderte derfor med at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende *formål*, som er forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det innebar at tilsynet ikke gjorde noen særskilt analyse av om samarbeidet hadde konkurransebegrensende *virksomheter*, som er et alternativt vilkår i § 10 første ledd. Tilsynet kom videre til at vilkårene for unntak i § 10 tredje ledd ikke var oppfylt.

- (4) Ski Taxi og Follo Taxi yter drosjetjenester med små personbiler. De har begge drevet virksomheten sin i hele Follo, som består av kommunene Nesodden, Frogn, Vestby, Ås, Enebakk, Ski og Oppegård. Ski Taxi har likevel hovedsakelig drevet i Ski, Ås og Oppegård, mens Follo Taxi hovedsakelig har drevet i Ås, Nesodden, Vestby, Frogn og Enebakk. Høsten 2010 var ca. 24 drosjeløyvehavere knyttet til Ski Taxi og 46 løyvehavere knyttet til Follo Taxi.
- (5) Taxiselskapene opprettet SFT i 2001, som de eide med en halvpart hver. SFT har ivaretatt administrative fellesoppgaver for eierne, slik som drift av bestillingssystem, sentralbord, kommunikasjon, IT-infrastruktur, betalingssystemer, fakturering, regnskapsføring og kursing. Taxiselskapene har av den grunn selv ikke hatt ansatte.
- (6) I tillegg har SFT inngitt tilbud på vegne av taxiselskapene i flere anbudskonkurranser. Når anbud er vunnet, har SFT stått som avtalepart og mottatt oppgjør, mens løyvehaverne som er knyttet til taxiselskapene, har vært underleverandører.
- (7) Den *første* av de to anbudskonkurransene vedtakene gjelder, ble utlyst av Oslo Universitetssykehus HF – heretter sykehuset – med tilbudsfrist 30. august 2010. Tilbyderne ble invitert til å konkurrere om rammeavtale om kjøp av pasientreiser for to år, med opsjon på forlengelse. Innbydelsen var oppdelt i ni geografiske områder i Oslo og Akershus, hvorav ett gjaldt Søndre Follo – kommunene Nesodden, Ås, Frogn og Vestby – og ett Nordre Follo – kommunene Ski, Enebakk og Oppegård. Tilbud kunne inngis i ett eller flere av områdene. Det var anslått et volum på omkring 40 000 turer i året i hele Follo, spredt over hele døgnet alle dager. Inntil tre rammeavtaler kunne inngås for hvert område. I tildelingskriteriene ble pris og kvalitet vektet med 50 prosent hver. Kvalitet var oppdelt i fire likeverdige underkriterier – opplæring og kompetanse, kapasitet, vognmateriellets tilstand og utstyr samt mottaksapparat – hver med en vekt på 12,5 prosent.
- (8) SFT innga, på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi, ett tilbud som dekket Søndre Follo og Nordre Follo. Det fremgikk av tilbudet at de var gitt på vegne av de to taxiselskapene.
- (9) SFT var eneste tilbyder i begge Follo-områdene. Sykehuset avlyste derfor konkurransen der.
- (10) Den *andre* anbudskonkurransen, som bare omfattet Follo, ble utlyst av sykehuset med tilbudsfrist 5. november 2010. Konkurranses grunnlaget var det samme som i den avlyste konkurransen, med unntak av inndelingen av de geografiske områdene. Denne gangen var konkurransen inndelt i fem mindre områder; Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby.
- (11) SFT innga tilbud i alle fem områdene. Også denne gangen fremgikk det av tilbudet at det var inngitt på vegne av de to taxiselskapene. I tillegg kom det inn tilbud fra to andre aktører – Oslo Taxi og Konsentra – for alle de fem områdene.
- (12) Sykehuset tildelte alle de tre tilbyderne rammeavtale. SFT ble tildelt avtale på andre prioritet i alle områdene, mens de to andre tilbyderne ble tildelt dels første og dels tredje prioritet i de forskjellige områdene.

(13) Ski Taxi, Follo Taxi og SFT saksøkte staten v/Konkurransetilsynet for Follo tingrett med krav om at Konkurransetilsynets vedtak ble kjent ugyldige. Tingretten avsa dom 8. februar 2013 med denne slutningen:

"1. Konkurransetilsynets vedtak av 04.07.2011 i sak V2011-12 oppheves.

2. Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å betale 1 983 946 – enmillionnihundreogåttitretusenihundreogførtiseks – kroner i saksomkostninger til Ski Taxi BA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse."

(14) Tingretten vurderte faktum annerledes enn Konkurransetilsynet, og kom til at taxiselskapene ikke var konkurrenter i den første anbudskonkurransen, mens de bare delvis var konkurrenter i den andre anbudskonkurransen. Tingretten kom videre til at anbudssamarbeidene ikke hadde et konkurransebegrensende formål. Riktignok hadde samarbeidet i den andre anbudskonkurransen trolig en konkurransebegrensende virkning, men da uten å ha påvirket konkurransen merkbart.

(15) Staten anket dommen, og Borgarting lagmannsrett avsa 17. mars 2015 dom med denne slutningen:

"1. Ski Follo Taxidrift AS ilegges et overtredelsesgebyr på 1 – én – million kroner for brudd på konkurranseloven § 10.

2. Follo Taxisentral SA ilegges et overtredelsesgebyr på 200 000 – tohundretusen – kroner for brudd på konkurranseloven § 10.

3. Ski Taxi SA ilegges et overtredelsesgebyr på 100 000 – etthundretusen – kroner for brudd på konkurranseloven § 10.

4. Hver part dekker egne saksomkostnader for tingretten og lagmannsretten."

(16) Lagmannsretten kom til at taxiselskapene var konkurrenter i begge anbudskonkurransene, at anbudssamarbeidene hadde et konkurransebegrensende formål og at unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd ikke kom til anvendelse. Størrelsen på overtredelsesgebyrene ble imidlertid redusert, særlig fordi lagmannsretten kom til at selskapene ikke hadde utvist forsett.

(17) Ski Taxi, Follo Taxi og SFT har anket dommen til Høyesterett. De har bare anket over rettsanvendelsen hva gjelder konkurransebegrensningsvilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd.

(18) Høyesteretts ankeutvalg tillot 24. juli 2015 anken fremmet. Forhandlingene i Høyesterett ble begrenset, slik at det foreløpig bare skulle forhandles om spørsmålet om anbudssamarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål.

(19) Fordi konkurranseloven § 10, med nasjonale tilpasninger, svarer til EØS-avtalen artikkel 53, besluttet Høyesterett å stille spørsmål til EFTA-domstolen om tolkingen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, jf. domstoloven § 51a. EFTA-domstolen avsa 22. desember 2016 dom hvor den, som svar på de spørsmålene Høyesterett hadde stilt, ga en rådgivende uttalelse. Jeg kommer tilbake til innholdet i den.

(20) *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS* har i hovedsak gjort gjeldende:

- (21) Partenes åpne anbudssamarbeid hadde ikke til formål å begrense konkurransen. Formålet var, objektivt sett, å tilby etterspurt kapasitet gjennom et samarbeid som innebar en hensiktsmessig sammenslåing av ressurser. Det dreier seg her om to små taxiselskaper, i en bransje preget av store konkurrenter, som har samarbeidet i en for dem stor anbudskonkurranse. Da var det ingen iboende risiko for en særlig alvorlig skadelig virkning på konkurransen. Det må legges stor vekt på at samarbeidet skjedde åpent.
- (22) Lagmannsretten har lagt terskelen for lavt når den bygget på at det er tilstrekkelig at samarbeidet er "egnet" til å begrense konkurransen. EFTA-domstolen har rett i at terskelen etter EØS-avtalen artikkel 53, og dermed konkurranseloven § 10, er høyere. Samarbeidet må "fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen". Det var ikke tilfellet. Samarbeidet hadde liten, om noen, betydning for konkurransen, noe også erfaring viser. Dette er i særlig grad tilfellet når lagmannsretten ikke fant det bevist at Ski Taxi rent faktisk ville inngitt tilbud alene.
- (23) De ankende parter er enige i de kriteriene EFTA-domstolen oppstiller i sine svar, med unntak av svar nr. 5, som anføres å være uriktig. Her isolerer domstolen vurderingen til to kriterier som ikke har noe med formålsvurderingen å gjøre. De kriteriene er inngangskriterier som må være oppfylt for at artikkel 53, og dermed § 10, i det hele tatt skal komme til anvendelse. Formålsvurderingen skal være vesentlig bredere, noe særlig EU-domstolens dom 11. september 2014 i sak C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB)* viser.
- (24) Under enhver omstendighet, for det tilfelle at EFTA-domstolens svar nr. 5 skulle bli anvendt, utgjorde taxiselskapenes felles pris til sykehuset en nødvendig "tilknyttet begrensning" til selve anbudssamarbeidet, som gikk ut på å levere en felles tjeneste gjennom å slå sammen sine ressurser.
- (25) De ankende parter har fremsatt denne påstanden:
- "1. Follo tingretts dom i sak nr. 11-2022508TVI-FOLL av 08.02.2013 stadfestes.**
 - 2. Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsrett og Høyesterett."**
- (26) *Staten ved Konkurransetilsynet* har i hovedsak gjort gjeldende:
- (27) Som lagmannsretten kom til, hadde selskapenes anbudssamarbeid et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10 første ledd. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse gir et dekkende uttrykk for hvordan dette kriteriet skal forstås. EU-domstolens dom i CB-saken tilsier ingen annen fortolkning.
- (28) Utgangspunktet er at enhver avtale som erstatter konkurranse med samarbeid, er forbudt. I anbudskonkurranser er selvstendige tilbud helt essensielt. Prissamarbeid, som dette var, er av de mest skadelige samarbeidsformene. I selskapenes egne dokumenter fremgår det at formålet var konkurransebegrensende. Taxiselskapene var konkurrenter fordi de hadde mulighet til å inngi selvstendige tilbud. Da spiller det ingen rolle hva de faktisk ville gjort hver for seg. De felles tilbudene utgjør heller ingen "tilknyttet begrensning". I dette tilfellet har det ingen betydning at samarbeidet var åpent.

- (29) Skulle selskapene vinne frem, må konsekvensen bli opphevelse av lagmannsrettens dom, ikke stadfesting av tingrettens dom, som de har påstått.
- (30) Staten ved Konkurransetilsynet har fremsatt denne påstanden:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS dømmes – en for alle og alle for en – til å betale sakskostnader for Høyesterett til staten v/Konkurransetilsynet."**
- (31) *Jeg har kommet til at anken må forkastes.*
- (32) Det spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til, er om samarbeidet mellom Ski Taxi og Follo Taxi, gjennom SFT, om å inngi felles tilbud til sykehuset i de to omtalte anbudskonkurransene, hadde "til formål [...] å hindre, innskrenke eller vri konkurransen", jf. konkurranseloven § 10 første ledd. Selskapene har bare anket over rettsanvendelsen.
- (33) Første del av konkurranseloven § 10 første ledd har denne ordlyden:
- "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, er forbudt, særlig slike som består i**
- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,**
- ..."**
- (34) Med ett unntak er ordlyden den samme i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som tilsvarende Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsområde artikkel 101 nr. 1. Unntaket er at de nevnte artiklene 53 og 101 i tillegg inneholder et vilkår om at samarbeidet mellom selskapene må kunne påvirke handelen mellom avtalepartene, det vil si mellom de statene som inngår i henholdsvis EØS og EU. Det er ikke holdepunkter for, og heller ikke hevdet, at dette samhandelsvilkåret er oppfylt i denne saken. Konsekvensen er at det aktuelle samarbeidet reguleres av konkurranseloven, ikke av EØS-avtalen.
- (35) Konkurranseloven § 10 skal ellers, som det klare utgangspunktet, forstås på samme måte som EØS-avtalen artikkel 53. Jeg nøyer meg her med å vise til det som fremgår av Rt-2011-910 avsnitt 63 *Tine* og Rt-2012-1556 avsnitt 27 *Gran & Ekran*.
- (36) Av den grunn innhentet Høyesterett, som nevnt, EFTA-domstolens rådgivende uttalelse om fortolkningen av de relevante delene av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. EFTA-domstolen ga disse svarene i sak E-3/16:
- "1. For at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.**
- 2. For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til**

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

3. En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt 'rule of reason'.
4. For å vurdere om det å gi et felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i. Partenes hensikt kan også tas i betraktning, selv om dette ikke er en nødvendig faktor ved vurderingen.
5. Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om partene i en avtale er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.
6. Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles kan være et tegn på at partene ikke hadde til hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Dette er likevel ikke i seg selv en forutsetning for å kunne avgjøre om en avtale kan regnes som formålsrestriksjon."

- (37) Partene har gitt uttrykk for at svar nr. 1 til 4 og 6 er dekkende også for tolkningen av konkurranseloven § 10. Det er jeg enig i. Jeg kommer tilbake til svar nr. 5.
- (38) EFTA-domstolens svar nr. 1 til 4 og 6 innebærer, for det første, at det aktuelle formålskriteriet er et objektivt begrep. De samarbeidende partenes subjektive formål – deres hensikt – er ikke avgjørende, se svar nr. 2, 4 og 6.
- (39) For det andre er det ikke tilstrekkelig å konstatere at partenes samarbeid "er egnet" til å begrense konkurransen. For å rammes av formålsalternativet i § 10 første ledd, må samarbeidet "fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen", slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet, se svar nr. 1. Dette representerer en klargjøring og utdyping av vilkåret slik lagmannsretten anvendte det, og slik det er omtalt i Rt-2012-1556 avsnittene 64 og 65 *Gran & Ekran*.
- (40) For det tredje skal det ved bedømmelsen "tas hensyn til" innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i, se svar nr. 2 og 4. Dette innebærer at avgjørelsen av om vilkåret er oppfylt, må treffes på grunnlag av en konkret bedømmelse av det aktuelle saksforholdet. Noen full undersøkelse av samarbeidets faktiske og mulige virkninger skal imidlertid ikke finne sted. En

formålsrestriksjon forutsetter at samarbeidets "skadelige natur lett lar seg påpeke", i lys av erfaringer og økonomiske forhold, se svar nr. 3.

- (41) Med disse utgangspunktene går jeg over til å bedømme det aktuelle saksforholdet.
- (42) Lagmannsretten la til grunn at sykehuset, i sine utlysinger av anbudskonkurransene, ikke stilte noen krav til tilbydernes størrelse og kapasitet. Tilbyderne trengte derfor ikke å dekke sykehusets samlede behov for biler i de geografiske områdene de innga tilbud. Kapasitet var riktig nok ett av tildelingskriteriene, med en vekt på 12,5 prosent. Men konkurransene var innrettet slik at også mindre aktører – slik Ski Taxi og Follo Taxi var – kunne inngi tilbud.
- (43) Lagmannsretten fastslo videre at begge taxiselskapene *kunne* ha inngitt tilbud alene i begge anbudskonkurransene. Den konklusjonen hvilte både på de nevnte kvalifikasjonskravene i utlysingen, og på en analyse av Ski Taxis – det minste taxiselskapets – tilgjengelige kapasitet, som hadde vært omtvistet. Lagmannsretten konkluderte derfor med at Ski Taxi og Follo Taxi var "potensielle konkurrenter".
- (44) Når to aktører hver for seg har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud til en oppdragsgiver i en anbudskonkurranse, vil de utsette hverandre for et konkurransepress. Begge må da ta stilling til hvor fordelaktig deres respektive tilbud må være hva gjelder pris og kvalitet for at de skal kunne utkonkurrere den andre, for ellers kan oppdraget gå tapt. At det i ettertid kan konstateres at den ene trolig ville valgt ikke å inngi tilbud alene, har i denne sammenheng liten betydning. Konkurransepresset består så lenge *muligheten* for et konkurrerende tilbud er til stede.
- (45) Dette konkurransepresset bortfaller dersom de to aktørene i stedet slår seg sammen og inngir et felles tilbud. Et slikt felles tilbud kan gi rom for å tilby oppdragsgiver mindre fordelaktige vilkår enn om de to hadde opptrådt selvstendig.
- (46) Etter min mening er det derfor klart at et anbudssamarbeid, som det vi her står overfor, er skadelig for konkurransen. Denne "skadelige natur" lar seg lett påpeke, basert på erfaring og kunnskap om økonomiske sammenhenger. Riktignok var Ski Taxi og Follo Taxi mindre aktører, men det kan ikke være avgjørende. Blant annet måtte de være klar over at det neppe fantes mange andre konkurrenter i Follo. Dette fremsto klart i den andre anbudskonkurransen, som etterfulgte den avlyste konkurransen, hvor ingen andre tilbydere hadde meldt seg. Det må derfor også legges til grunn at samarbeidet var egnet til å ha, i det minste, en viss innvirkning på konkurransen.
- (47) At formålet med selskapenes anbudssamarbeid objektivt sett var å begrense konkurransen, underbygges av de dokumentene som etablerer samarbeidet – en strategiplan fra 2009 og en aksjonæravtale fra 2007. Lagmannsretten har bygget på at det følger av disse at formålet med å inngi felles tilbud var å styrke markedsposisjonen, blant annet ved å begrense konkurransen mellom de samarbeidende selskapene.
- (48) Selskapene har fremholdt at det har stor betydning at anbudssamarbeidet skjedde åpent. Jeg er enig i at det som regel vil være lettere å konstatere at det foreligger et konkurransebegrensende formål hvis anbudssamarbeidet er holdt skjult. Et åpent samarbeid kan indikere at partene subjektivt sett ikke har ment å begrense konkurransen,

og det kan etter omstendighetene også gi oppdragsgiver et bedre grunnlag for sine beslutninger enn hva et skjult samarbeid vil gjøre.

- (49) Men det faktum at anbudssamarbeidet var åpent, endrer ikke at dette like fullt skadet konkurransen på de måter som jeg har beskrevet. En konkurrent ble eliminert – i den rettslige og økonomiske sammenhengen jeg har redegjort for. Etter min mening fratår derfor ikke åpenheten dette anbudssamarbeidets karakter av, objektivt sett, å ha et konkurransebegrensende formål.
- (50) Selskapene har videre gjort gjeldende at deres objektive formål var å tilby etterspurt kapasitet på en måte som innebar en hensiktsmessig sammenslåing av ressurser.
- (51) Det er riktig at et anbudssamarbeid, slik som i denne saken, består av flere elementer. Dels innebærer det at partene fastsetter en felles pris, noe som er uttrykkelig forbudt i konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a. Men i tillegg innebærer det at partenes ressurser slås sammen, hvilket for eksempel kan resultere i at de samlet kan tilby en større kapasitet enn hva de til sammen kunne gjort hver for seg. Lagmannsretten legger da også til grunn at denne betraktningen kan "ha noe for seg" i dette tilfellet, fordi samarbeidet økte fleksibiliteten i bilparkene.
- (52) Etter min mening må imidlertid slike og eventuelle andre effektivitetsgevinster som et samarbeid måtte lede til, bedømmes etter konkurranseloven § 10 tredje ledd, slik også Konkurransetilsynet gjorde. Når vilkårene der er oppfylt, vil et konkurranseskadelig samarbeid likevel ikke være forbudt. Sammenhengen mellom de to reglene tilsier etter min mening at det etter første ledd skal tas stilling til om et samarbeid har et konkurransebegrensende formål, mens betydningen av mulige effektivitetsgevinster skal bedømmes etter tredje ledd, se EFTA-domstolens svar nr. 3.
- (53) Selskapene har i denne forbindelse også fremhevet CB-dommen, hvor de mener EU-domstolen legger opp til en vesentlig bredere bedømmelse enn den EFTA-domstolen legger opp til i sitt svar nr. 5. Saken gjaldt en avtale mellom ni banker om gebyrer ved tilslutning til et felles system for bruk av betalingskort. Kommisjonen og Retten hadde kommet til at gebyrstrukturen hadde til formål å begrense konkurransen, men EU-domstolen opphevet Rettens dom fordi rettsanvendelsen var uriktig. Det fremgår at EU-domstolen la til grunn at det blant annet skulle legges vekt på at avtalen forfulgte et legitimt mål om å bekjempe gratispassasjerer i systemet, se særlig avsnitt 62, og videre at det var en nødvendig sammenheng mellom den aktiviteten som gikk ut på å utstede betalingskort og den som tilrettela for utbredelsen av kortterminaler, se særlig avsnittene 76 og 77.
- (54) Dette er etter min mening betraktninger som knytter seg til den økonomiske og rettslige sammenhengen samarbeidet inngikk i. De betraktninger selskapene i saken her mener skal trekkes inn i vurderingen, er av en annen karakter. Jeg kan ikke se at CB-dommen gir støtte for at mulige effektivitetsgevinster knyttet til et anbudssamarbeid skal trekkes inn i vurderingen av om samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. I det hele mener jeg at CB-dommen ikke gir grunnlag for en annen forståelse av bestemmelsen enn den som følger av EFTA-domstolens svar.
- (55) Det følger av det jeg har sagt, at jeg mener at også EFTA-domstolens svar nr. 5 gir uttrykk for en riktig forståelse av konkurranseloven § 10 første ledd, i et tilfelle som dette.

Når det, som her, foreligger anbudssamarbeid som omfatter en felles prisfastsettelse til sykehuset, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenhengen som samarbeidet inngår i, kunne begrenses slik EFTA-domstolen beskriver.

- (56) Det gjenstår da for meg å ta stilling til selskapenes anførsel om at den felles prisfastsettelsen utgjør en nødvendig "tilknyttet begrensing".
- (57) Selskapene har ikke anført at den felles prisfastsettelsen var direkte knyttet til, og objektivt nødvendig for, at SFT skulle kunne utføre de administrative fellesoppgavene for taxiselskapene som jeg beskrev innledningsvis. Anførselen er at den felles prisfastsettelsen var direkte knyttet til, og objektivt nødvendig for, selve anbudssamarbeidet, som gikk ut på å slå sammen begrensede ressurser.
- (58) Denne anførselen kan ikke føre frem. Anbudssamarbeidet kan ikke, selv om det inneholdt et element av koordinering av ressurser, i denne sammenheng anses som en lovlig hovedvirksomhet. Anbudssamarbeidet var, i dette tilfellet, etter sin art konkurransebegrensende. Det foreligger derfor ingen lovlig hovedvirksomhet som prisfastsettelsen er direkte knyttet til.
- (59) Jeg har etter dette kommet til at samarbeidet mellom Ski Taxi og Follo Taxi, gjennom SFT, om å inngi felles tilbud til sykehuset i de to omtalte anbudskonkurransene, fremtrådte som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at de hadde et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Anken må derfor forkastes.
- (60) Staten har krevd erstattet sakskostnader for Høyesterett. I betraktning av at ankesaken har reist rettsspørsmål som tidligere ikke er avklart, har jeg blitt stående ved at sakskostnader ikke bør tilkjennes, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (61) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (62) Dommer **Endresen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (63) Dommer **Normann:** Likeså.
- (64) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (65) Dommar **Utgård:** Det same.
- (66) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekrefte: