

Fortolkningen af til formål-kriteriet i konkurrenceretten

The Interpretation of the object-criteria in competition law

af ALEXANDER ENEVOLDSEN

Det centrale arbejdsspørgsmål for afhandlingen har været at analysere og vurdere, hvorledes "til formål-kriteriet" fortolkes ved anvendelsen af nationale og EU-retlige konkurrenceregler. Aftaler skal alene have "til formål" at begrænse konkurrencen, førend de kan forbydes i praksis. I afhandlingen gennemgås den seneste udvikling på retsområdet, hvor særligt EU-Domstolens nyere retspraksis har ydet væsentlige fortolkningsbidrag for anvendelsen af kriteriet i praksis.

*Analysen illustrerede, at EU-Domstolen har reformeret sin fremgangsmåde i retspraksis, idet man har bevæget sig væk fra en mere formalistisk fremgangsmåde og over til en analytisk tilgang, hvor aftalekonteksten er central for vurderingen. Udviklingen er derimod ikke stringent gennem retspraksis og der findes stadig en modvilje mod at acceptere klassiske priskarteller. Der er således opstået en intern konflikt mellem "til formål-kriteriets" formalistiske natur og retsinstitutionernes ønske om en økonomi- og effektbaseret tilgang. Dette kan særligt udledes af domsafsigelserne i sag C-67/13 *Groupements des cartes bancaires* og sag C-286/13 *P Dole*.*

Afslutningsvist perspektiveres der til forbuddet mod dominerende virksomheders misbrug. Analysen viste, at "til formål-kriteriet" også anvendes mod sådanne former for misbrug, idet en overtrædelse af konkurrencereglerne er til stede, såfremt virksomhedens adfærd blot er egnet til at begrænse konkurrencen. I afhandlingen fastlås det afslutningsvist, at EU-Domstolene for alvor har forenet forbudsbestemmelserne gennem større grad af dikotomi i regelanvendelsen.

Afhandlingen behandler ikke retspraksis, der er offentliggjort efter den 10. juli 2015.

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion	4
1.1. Problemformulering	4
1.2. Metodevalg	4
1.3. Afgrænsning	4
2. Konkurrencereglernes formål og sammenspil	5
2.1. Den danske Konkurrencelovs formål	5
2.2. EU-konkurrencereglernes formål	5
2.3. Sæmmenspillet mellem danske og EU-retlige konkurrenceregler	6
2.3.1. Indledning	6
2.3.2. Fællesskabsdimension	6
2.3.3. EU-konform fortolkning i dansk konkurrenceret	6
2.4. Opsummering	7
3. Til formål-kriteriet i TEUF art. 101 og KRL § 6	7
3.1. Konkurrencereglernes anvendelsesområde	7
3.1.1. "Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis"	7
3.1.2. "indgået mellem virksomheder"	8
3.1.3. "der kan påvirke handelen mellem medlemsstater"	9
3.1.4. "til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen"	9

3.2.	Hensynene bag til formål-kriteriet	10
3.2.1.	Aftaler der i sagens natur kan betragtes skadelige for konkurrencen	10
3.2.2.	Forøget retssikkerhed og en afskrækkende virkning	11
3.2.3.	En effektiv håndhævelse og ressourcibesparende proces	11
3.3.	Identificeringen af aftaler med konkurrencebegrænsende formål.....	12
3.3.1.	Aftalens indhold, formål og kontekst	12
3.3.1.1.	Aftalens indhold.....	12
3.3.1.2.	Aftaleparternes subjektive intentioner.....	13
3.3.1.3.	Den økonomiske og retlige kontekst.....	14
3.3.2.	Traktatens eksempler, hardcore begrænsninger og retspraksis	14
3.3.2.1.	Eksemplerne i TEUF art. 101, stk. 1 a-c	15
3.3.2.2.	Hardcore konkurrencebegrænsninger.....	15
3.3.2.3.	Henvisninger til tidligere retspraksis.....	16
3.3.3.	Den retlige udvikling – Sondringen mellem til formål og til følge?.....	17
3.3.3.1.	Inddragelsen af potentielle virkninger.....	17
3.3.3.2.	Udvidelsen af kontekstanalysen	18
3.3.3.3.	Indførelsen af en indskrænkende fortolkning	20
3.3.3.4.	Den summariske formålsvurdering	23
3.4.	Bagatelmeddelelsen og mærkbarhedskravet.....	24
3.4.1.	EU-Kommissionens meddelelsers retskildestatus	24
3.4.2.	Et kvantitativt og kvalitativt mærkbarhedskrav.....	24
3.4.3.	Undtagelser i Bagatelmeddelelsen.....	25
3.4.4.	Retsvirkningerne ved lempelsen af mærkbarhedskravet.....	26
3.5.	Fritagelsesmuligheder.....	27
3.5.1.	Rule of reason-doktrinen.....	27
3.5.2.	Accessoriske konkurrencebegrænsninger.....	31
3.5.3.	Fritagelsesreglerne i TEUF art 101, stk. 3 og KRL § 8.....	31
4.	Perspektivering til TEUF art. 102 og KRL § 11	32
4.1.	Introduktion	32
4.2.	Dominansbegrebet	32
4.3.	Misbrugsbegrebet	33
4.3.1.	Anvendelsesområdet for TEUF art. 102 og KRL § 11	33
4.3.2.	Misbrugsbegrebet	34
4.3.3.	Udnyttende og ekskluderende adfærd.....	35
4.3.4.	Et objektivt begreb	35
4.4.	Til formål-kriteriet i TEUF art. 102 og KRL § 11?	36
4.5.	Udviklingen i retspraksis.....	37
4.5.1.	Tidligere retspraksis	37
4.5.2.	EU-Kommissionens vejledning om TEUF art. 102	37
4.5.3.	Retspraksis efter udstedelsen af EU-Kommissionens Vejledning	38
4.5.4.	Den fremtidige tilgang	41
5.	Konklusion.....	41
6.	Litteraturliste.....	42

If Intel tells us "don't look for effects if you don't need to", Cartes Bancaires says "only use by object if you are pretty sure that it's there".

Alexander Italianer

*Director-General for Competition,
European Commission.*

1. Introduktion

Konkurrencen mellem erhvervsdrivende er et centralt element i vor erhvervsstruktur, og dermed afgørende såvel for det enkelte individ som for hele samfundet. Siden bekendtgørelsen af den danske Monopollov (senere Konkurrenceloven)¹ og oprettelsen af Den Europæiske Union, har det været et vigtigt politisk mål at sikre en effektiv og virksom konkurrence på markedet.

TEUF² art. 101 og KRL § 6 forbyder erhvervsvirksomheder at indgå aftaler, der kan påvirke handelen, og ”*som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen*”. Konkurrencemyndigheder og domstole er således ikke forpligtede til at bevise konkurrenceskadelige virkninger ved håndhævelsen af forbuddet, idet en aftale alene skal have ”*til formål*” at begrænse konkurrencen. Spørgsmålet er imidlertid, hvilke former for aftaler, der indeholder et ”*konkurrencebegrænsende formål*”, og hvor langt retsinstitutionerne kan gå i bekæmpelsen af konkurrenceskadelig adfærd, uden samtidigt at begrænse erhvervsdrivendes aftalefrihed?

EU-Domstolen har i de seneste år offentliggjort en række afgørelser, som har ydet væsentlige fortolkningsbidrag til anvendelsen af ”*til formål-kriteriet*”. I litteraturen har det været anført, at EU-Domstolen har indledt en mere tilbageholdende og effektbaseret anvendelse af kriteriet. Samtidigt er der blevet draget paralleller til retsudviklingen for TEUF art. 102 og KRL § 11, som indeholder et forbud mod dominerende virksomheders misbrug. I litteraturen har det bl.a. været diskuteret, hvorvidt ”*til formål-kriteriet*” også anvendes i håndhævelsen af dette forbud. Disse væsentlige fortolknings-spørgsmål danner baggrund for nærværende fremstilling.

1.1. Problemformulering

Det centrale arbejdsspørgsmål for afhandlingen er at analysere og vurdere, hvordan ”*til formål-kriteriet*” skal fortolkes ved anvendelsen af nationale og EU-retlige konkurrenceregler. Specialet sigter mod at analysere den seneste udvikling på retsområdet, hvor der er opstået væsentlige problemer ved identificeringen af aftaler med ”*konkurrencebegrænsende formål*”.

I fremstillingen foretages der også en perspektivering til TEUF art. 102 og KRL § 11, hvor det analyseres, om der kan drages paralleller mellem retsudviklingen for forbudsbestemmelserne.

1.2. Metodevalg

Det teoretiske udgangspunkt for afhandlingen er den retsdogmatiske metode.³

Afhandlingen vil med udgangspunkt heri foretage en analyse af gældende ret ved systematisk at gennemgå relevante retskilder. Fremstillingen baseres på litteratur af både nyere og ældre dato, juridiske artikler, samt danske og EU-retlige retskilder. I belysningen af retsudviklingen og den nuværende retsstilling, vil der i vidt omfang blive inddraget retspraksis fra EU-Domstolene, generaladvokaters forslag, samt relevante meddelelser og afgørelser fra EU-Kommissionen.

1.3. Afgrænsning

Retsgrundlaget for afhandlingen er både danske og EU-retlige retskilder, men fremstillingen vil primært omfatte sidstnævnte grundet EU-rettens betydning i dansk konkurrenceret.

Ved EU's konkurrenceregler forstås de fællesskabsregler, der tilsigter at modvirke konkurrencebegrænsninger, hvilket navnlig vil sige forbudsreglerne i TEUF art. 101 og 102. Reglerne om fusionskontrol og statsstøtte inkluderes også i almindelighed, men fremstillingen vil udelukkende koncentrere sig om den mere klassiske kerne af konkurrencereglerne.

I afhandlingen henvises der til amerikansk antitrustpraksis, men reglerne bliver ikke analyseret særskilt, idet fremstillingen alene behandler danske og europæiske konkurrenceforhold.

¹ Senere omtalt KRL.

² Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

³ Evald & Schaumburg-Müller: Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære, s. 212 ff.

Konkurrenceretten har som juridisk disciplin store brydningsflader med økonomiske teorier, men sådanne behandles ikke indgående i afhandlingen. Det begrundes med, at afhandlingen kun vil omhandle den juridiske fortolkning af ”til formål-kriteriet”.

I fremstillingen behandles de mere redegørende dele af afhandlingen kortfattet og præcist, herunder betingelserne for anvendelsen af TEUF art. 101 og 102.

Indledningsvist vil der blive redegjort for de danske og EU-retlige konkurrencereglers formål og sammenspil, hvilket er nødvendigt i besvarelsen af afhandlingens problemformulering.

Afhandlingen behandler ikke retspraksis, som er offentliggjort efter den 10. juli 2015.

2. Konkurrencereglernes formål og sammenspil

2.1. Den danske Konkurrencelovs formål

KRL § 1 angiver, at ”Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere”.

Ved lovreformen i 1997 blev princippet om *effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse* udpeget som formålet med reglerne, mens *virksom konkurrence*⁴ blev udpeget som midlet.⁵ Loven er udformet således, at den søger at ramme alle konkurrencebegrænsninger, som hæmmer effektiviteten i produktion og omsætning af varer og tjenesteydelser på markedet. Sigtet er at fremme konkurrencen og at skabe fri adgang for nye indtrædende virksomheder.⁶ Det overordnede formål med loven er grundlæggende at sikre konkurrenceprocessen.

2.2. EU-konkurrencereglernes formål

Der findes ikke nogen formålsbestemmelse for Unionens konkurrenceregler. Regelsættet blev indført i den oprindelige Romtraktat fra 1957, og har været en del af fællesskabets grundlag siden begyndelsen. Baggrunden for konkurrencereglerne findes i amerikansk antitrust-lovgivning, der har sit udspring i The Sherman Act fra 1890. Denne regulerings art. I-II har givet inspiration til udformningen af TEUF art. 101 og 102.⁷

De EU-retlige konkurrenceregler antages at have to grundlæggende formål: 1) *Beskyttelsen af konkurrenceprocessen* og 2) *markedsintegration*.⁸ Beskyttelsen af konkurrenceprocessen er et velkendt formål for konkurrencelovgivningen i en række medlemsstater, hvorimod formålet om markedsintegration er særegent i EU-retssystemet.

Oprettelsen af det fælles indre marked, har fra begyndelsen stået helt klart i EU-samarbejdet. Allerede i Romtraktatens art. 3 var det fastlagt, som led i samarbejdet, at der skete ”*gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen indenfor det indre marked ikke fordrejes.*” I dag anføres det i Lissabontraktaten som ét af Unionens mål, i TEU art. 3, at ”*Unionen opretter et indre marked. Den arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa baseret på en afbalanceret økonomisk vækst og prisstabilitet, en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne...*”

Fællesskabet hviler på markedsøkonomien, og det er dens grundlæggende processer og begreber, der danner udgangspunktet for konkurrencereglerne. Det kan bl.a. udledes af TEUF art 119, hvori det fremhæves, at Unionens økonomiske politik ”(...) *føres i overensstemmelse med princippet om åben*

⁴ Virksom konkurrence: Antallet af aktører er tilstrækkeligt stort under hensyntagen til stordriftsfordele, og adgangen til markedet er ikke begrænset, jf. FT 1996-97, Tillæg A, 3652, v.sp.

⁵ FT 1996-97, Tillæg A, 3648 h.sp.

⁶ Madsen: Markedsret del 1, s. 56.

⁷ Daniel mfl.: Grundlæggende EU-ret, s. 685.

⁸ Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, s. 79 ff.

markedsøkonomi med fri konkurrence...”. Det er ligesom i dansk ret ikke *fuldkommen konkurrence*⁹ som tilstræbes, men derimod *virksom konkurrence*.¹⁰

2.3. Sammenspillet mellem danske og EU-retlige konkurrenceregler

2.3.1. Indledning

Jens Fejø har i litteraturen sat spørgsmålstegn ved, om der overhovedet findes en selvstændig dansk konkurrenceret set i lyset af Danmarks medlemskab af Unionen.¹¹

Traktaten om den Europæiske Union stiller intet krav til medlemsstaterne om etablering af nationale konkurrenceregler. Det er af den grund nødvendigt at undersøge, hvornår danske erhvervsdrivende er bundet af EU-konkurrencereglerne pga. *forrangsprincippet*,¹² og i hvilket omfang der derudover foretages en EU-konform fortolkning af dansk konkurrencelovgivning.

2.3.2. Fællesskabsdimension

Konkurrenceloven virker i tæt samspil med EU-konkurrencereglerne, og gennemførelsesforordningen regulerer forholdet mellem de nationale konkurrenceregler og TEUF art. 101-102.¹³ Forordningens art. 3, stk. 1 forlanger, at når medlemsstaternes myndigheder eller domstole skal anvende nationale konkurrenceregler, skal de ligeledes anvende TEUF art. 101 og 102, hvis betingelserne herfor er til stede. Det fremgår yderligere af art. 3, stk. 2, 1. pkt., at anvendelsen af national konkurrenceret ikke må føre til forbud af aftaler, hvis de kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og ikke forbydes efter TEUF art 101, stk. 1.

Gennemførelsesforordningen medfører, at hvor *samhandelskriteriet er opfyldt*, vil nationale myndigheder og domstole ikke have mulighed for at gøre brug af konkurrenceregler, som er mere restriktive end betingelserne i TEUF art. 101, stk. 1 og 3.¹⁴

Det fremgår modsætningsvist af art. 3, stk. 2, 2. pkt., at medlemsstaterne ikke er afskåret fra at vedtage mere restriktiv lovgivning mod ensidig adfærd fra erhvervsdrivendes side. Hvad der forstås ved ensidig adfærd udspecificeres ikke, men både *Palle Bo Madsen* og *Jens Fejø* mener, at der henvises til virksomheders misbrug af en dominerende stilling på markedet.¹⁵

2.3.3. EU-konform fortolkning i dansk konkurrenceret

Det må formodes, at størstedelen af erhvervsdrivendes konkurrencebegrænsende adfærd ikke vil opfylde kravet om fællesskabsdimension som følge af *samhandelskriteriet*.

I dansk konkurrencelovgivning blev der ikke stillet krav om EU-konformitet før KRL fra 1997. Førhen var der tale om et andet system med en anden opbygning, og tilblivelsen af KRL fra 1989 kan ikke siges at tage hensyn til udviklingen i EU.¹⁶ Det følger af lovbemærkningerne til 1997-loven (med dennes senere ændringer), at de enkelte elementer i KRL §§ 6 og 11, skal fortolkes i lyset af EU-Kommissionens og EU-Domstolens fortolkning af TEUF art. 101-102.¹⁷ Ser man bort fra opretholdt særregler i KRL § 8, stk. 2 og 5, samt §§ 9 og 11, stk. 5, kan der ikke herske tvivl om, at der i dansk lovgivning er en pligt for både konkurrencemyndigheder og domstole at påse, at der foretages en EU-konform fortolkning af de respektive danske regler.

⁹ Fuldkommen konkurrence: Et åbent marked med et stort antal købere, hvor der samtidig findes mange sælgere, og hvor markedet er homogent i den forstand, at vareudbuddet er standardiseret, således at enhver køber er identificeret over for valget af sælger, jf. Madsen: Markedsret del 1, s. 38.

¹⁰ C-26/76 Metro, pr. 20.

¹¹ Jessen & Steinicke: EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, s. 97.

¹² EU-rettens forrang over nationale regler blev statueret i C-6/64 Costa vs. ENEL.

¹³ Rfo 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

¹⁴ Samhandelskriteriet omtales i afsnit 3.1.3.

¹⁵ Madsen: Markedsret del 1, s. 81;

Jessen & Steinicke: EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, s. 102.

¹⁶ Betænkning 1075/1986, Fra Monopollov til Konkurrencelov.

¹⁷ FT 1996-97, Tillæg A, p. 3657 h.sp.

2.4. Opsummering

Konklusionen er, at konkurrencereglerne formål om at sikre konkurrenceprocessen, må anses for at være "kernen" i dansk og EU-retlig konkurrenceret. Dertil eksisterer et ønske om en åben markedsøkonomi med *virksom konkurrence*, hvilket såvel konkurrencemyndigheder som domstole har pligt til at tage højde for i fortolkningen og anvendelsen af regelsættene.

Det kan i øvrigt konkluderes, at de danske og EU-retlige konkurrenceregler formål er identiske med undtagelse af EU-rettens særegne formål om markedsintegration. I Danmark har man valgt at fortolke lovgivningen EU-konformt foruden de situationer, hvor *samhandelskriteriet* er opfyldt, og EU-retten har forrang. Det indledende spørgsmål stillet af *Jens Fejøl* skal således besvares med, at der fortsat findes en dansk konkurrenceret. Retsstillingen bevirker derimod, at retskilder fra EU er af væsentlig betydning for fortolkningen af reglerne.

Afhandlingen vil af ovennævnte grunde kun behandle retspraksis fra EU-Domstolene.

3. Til formål-kriteriet i TEUF art. 101 og KRL § 6

3.1. Konkurrencereglerne anvendelsesområde

TEUF art. 101 og KRL § 6 forbyder erhvervsdrivende at indgå aftaler, som kan påvirke handlen, og som har "*til formål*" eller "*til følge*" at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Udformningen af forbuddet i KRL § 6 er identisk med ordlyden i TEUF art. 101,¹⁸ og i reglerne opregnes der ikke-udtømmende eksempler på forbudte aftaleformer,¹⁹ herunder:

- a) *Direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser, eller af andre forretningsbetingelser,*
- b) *begrænsninger af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer,*
- c) *opdeling af markeder og forsyningsvilkår,*
- d) *anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller*
- e) *at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.*

Efter TEUF art. 101, stk. 2 og KRL § 6, stk. 5 er aftaler i strid med konkurrencereglerne ugyldige, og kan sanktioneres med både forbud og bøder. TEUF art. 101, stk. 1 er desuden umiddelbart anvendelig og kan håndhæves af private ved domstolene.²⁰

En aftale anses for at være i strid med forbudsbestemmelserne, hvis den opfylder en række betingelser, idet der skal være tale om en:²¹

- I. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis,
- II. indgået mellem virksomheder eller inden for sammenslutninger af virksomheder,
- III. der kan påvirke handelen [mellem medlemsstater], og
- IV. som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

Afhandlingen vil hovedsageligt fokusere på den sidstnævnte betingelse, idet fremstillingens hovedopgave er at analysere og fastlægge fortolkningen af "*til formål-kriteriet*".

3.1.1. "Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis"

Det fremgår af TEUF art. 101 og KRL § 6, at forbuddet rammer en bred vifte af adfærd, f.eks. aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for sammenslutninger af virksomheder.

¹⁸ Der er danske tilføjelser i KRL § 6, stk. 2, nr. 6-7.

¹⁹ Fejøl & Ølykke: EU-Konkurrenceret, s. 85.

²⁰ Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, s. 97.

²¹ Iversen mfl.: Regulating competition in the EU, s. 31.

Bestemmelserne omfatter skriftlige og mundtlige aftaler, der er indgået såvel stiltiende som udtrykkeligt.²² Aftalebegrebet fortolkes bredt,²³ og en indgået aftale behøver ikke være juridisk bindende, hvorfor også en *gentlemen's agreement* kan være omfattet.²⁴

Ensidige handlinger fra virksomheders side rammes ikke af bestemmelserne, medmindre de kan siges at være accepteret af den anden part eller sker til gennemførelse af en aftale i øvrigt. En virksomheds forretningsbetingelser, som ensidigt tilføjes i en faktura eller lignende, vil efter omstændighederne blive en del af aftalen, hvis modtageren ikke aktivt reklamerer herover.²⁵ Kravet er blot, at arrangementet er udtryk for en "fælles vilje", således som det eksempelvis udtrykkes i *de forenede sager C-2/01 og 3/01 P Bayer*.²⁶

Vedtægelse, der er truffet inden for en sammenslutning af virksomheder, omfattes også af TEUF art. 101 og KRL § 6. Begrebet "vedtægelse" kan bl.a. omfatte henstillinger, vejledende retningslinjer m.v., som ikke er juridisk bindende for medlemmerne, men som har tilsigtet, at de pågældende udmeldinger skal være anvendelige til at koordinere medlemmernes adfærd.²⁷

Samordnet praksis omfattes tillige af aftalebegrebet, og skal ifølge EU-Domstolens udtalelse i *sag C-8/08 T-Mobile*, forstås som "(...) en form for koordinering mellem virksomheder, hvor disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde...".²⁸

I praksis kommer inddragelsen af samordnet praksis til at fremstå som en lempelse af de bevismæssige krav til en aftale, men det er stadig en forudsætning, at parterne udviser en form for "viljemæssig tilpasning". Det fremgår f.eks. af *sag C-48/69 Imperial Chemical Industries*, hvor det i sagen blev undersøgt, om sagens parter havde foretaget en "bevidst koordinering" af deres konkurrencebegrænsende adfærd.²⁹

Mindstekravene for at statuere en aftaleindgåelse vil derfor være, at der er tale om en plan eller en forståelse, som er indgået mellem erhvervsdrivende på frivillig basis.

3.1.2. "indgået mellem virksomheder"

Det er et krav, at aftalen indgås mellem mindst to selvstændige virksomheder, hvorfor ensidig adfærd udvist af en enkelt virksomhed, ikke kan bedømmes efter TEUF art. 101 og KRL § 6.³⁰

EU-Domstolen har i *sag C-41/90 Höfner* defineret en virksomhed, som "enhver enhed, der udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde".³¹ Det følger heraf, at såvel personligt drevne virksomheder som virksomheder i selskabsform, omfattes af begrebet.³² Offentlige virksomheder og myndigheder vil også være omfattet af konkurrencereglerne, hvis de udøver erhvervmæssig aktivitet. Hvis der kun sker myndighedsudøvelse, vil aktiviteten ikke være omfattet, selvom opgaven er overladt til private enheder.³³

²² Madsen: Markedsret del 1, s. 106-107.

²³ Det konkurrenceretlige aftalebegreb fortolkes bredere end det obligationsretlige, jf. Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, s. 160.

²⁴ C-41/69 Chemifarma, pr. 106 ff.; C-209/78 Van Landewyck, pr. 86.

²⁵ Madsen: Markedsret del 1, s. 108; C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici.

²⁶ C-2/01 P & C-3/01 P Bayer, pr. 97.

²⁷ Levinsen: Konkurrenceloven med kommentarer, s. 277; Fejø & Ølykke: EU-Konkurrenceret, s. 45 ff.

²⁸ C-8/08 T-Mobile, pr. 26.

²⁹ C-48/69 Imperial Chemical Industries, pr. 64.

³⁰ Alternativt TEUF art. 102 og KRL § 11.

³¹ C-41/90 Höfner, pr. 21.

³² Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, s. 73.

³³ C-343/95 Diego Cali, pr. 23.

3.1.3. ”der kan påvirke handelen mellem medlemsstater”

EU-Kommissionen har i *Meddelelsen om begrebet påvirkning af handlen i TEUF art. 81 og 82 indsat samhandelskriteriet*, der er et krav om fornøden EU-dimension, hvorefter det forlanges, at 1) *handlen mellem medlemsstater* 2) *kan påvirkes* 3) *mærkbart*.³⁴

Det afgørende er, om det på baggrund af objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver mærkbar indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemslandene, jf. *de forenede sager C-240/82 m.fl. Stichting Sigarettenindustrie*.³⁵ EU-Kommissionen har i *Meddelelsen* foreskrevet NAAT-reglen (*No Appreciable Affectation of Trade*), der skaber en generel formodning om, hvornår en aftale ikke har fornøden samhandelspåvirkning.

EU-Kommissionen opererer i reglen med to kumulative betingelser:³⁶

- a) *Parterne må ikke på noget relevant marked have en samlet markedsandel på over 5 %.*
- b) 1) *For horisontale aftalers vedkommende må de deltagende virksomheders samlede omsætning inden for EU af produkterne i aftalen, ikke overstige 40 mio. EUR.*
2) *For vertikale aftalers vedkommende må leverandøren af produkterne i aftalen, ikke have en samlet årlig omsætning inden for EU på over 40 mio. EUR.*

3.1.4. ”til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen”

Udtrykket ”til formål eller til følge” angiver alternative kriterier. EU-Domstolen afviste således i *sag C-219/95 Ferriere Nord* ordlyden af den italienske sprogversion af TEUF art. 101, stk. 1, hvor aftalen både skulle have ”til formål” og ”til følge” at begrænse konkurrencen.³⁷

En fuldbyrdet overtrædelse af TEUF art. 101 og KRL § 6, kræver altså ikke, at en aftale med et ”konkurrencebegrænsende formål” har udmøntet sig i en negativ markedspåvirkning. Det kan udledes af *de forenede sager C-56 & 58/64, Consten & Grundig*, hvor EU-Domstolen udtalte, at:

*”I øvrigt behøver man (...) ikke at tage hensyn til en aftales faktiske følger, såfremt det viser sig, at aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen”.*³⁸

Hvis en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis ikke antages at have ”til formål” at begrænse konkurrencen, må man undersøge, om den i stedet har en ”konkurrencebegrænsende følge”. Dette resulterer i en undersøgelse bestående af to etaper, hvilket *Advokatgeneral Tesouro* præciserede i hans *forslag til en afgørelse i sag C-250/92 Gøttrup-Klim*,³⁹ hvor han henviste til EU-Domstolens principielle dom i *sag C-56/65 Société Technique Minière*.⁴⁰

Det skal dertil tilføjes, at der i konkurrenceretten ikke findes nogen autoritativ definition af ”konkurrencebegrænsningskriteriet”.⁴¹ Det er derimod et grundideal, at hver markedsaktør selv skal kunne fastsætte sin markedsadfærd ud fra egne omkostningsforhold, og hvis dette ikke er tilfældet, vil der kunne foreligge en konkurrencebegrænsning på markedet.⁴²

I vurderingen af, om en aftale har ”til følge” at begrænse konkurrencen, skal der desuden også tages hensyn til faktiske og potentielle skadelige virkninger, som i rimelig grad kan påvises eller sandsyn-

³⁴ Kmedd. vedr. begrebet påvirkning af handlen i traktatens artikel 81 og 82, 2004 C 101/07, pkt. 18.

³⁵ C-240/82 m.fl. *Stichting Sigarettenindustrie*, pr. 48.

³⁶ Kmedd. vedr. begrebet påvirkning af handlen i traktatens artikel 81 og 82, 2004/ C 101/07, pkt. 52.

³⁷ C-219/95 *Ferriere Nord*, pr. 14-15.

³⁸ C-56/64 & 58/64 *Consten & Grundig*, s. 255.

³⁹ Forslag fra *Tesouro* i C-250/92, *Gøttrup-Klim*, pr. 16.

⁴⁰ C-56/65 *STM*, s. 218; se også C-238/05 *Asnef-Equifax*, pr. 48.

⁴¹ *Heide-Jørgensen mfl.*: *Konkurrenceretten i EU*, s. 118.

⁴² Kmedd. om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08, pkt. 14.

liggøres. Udgangspunktet for vurderingen må tages i konkurrenceforholdene, som de må antages at være, uden aftalens tilstedeværelse (hypotetisk/kontrafaktisk).⁴³

I afhandlingen skal det efterfølgende undersøges, hvordan ”til formål-kriteriet” skal fortolkes og anvendes i fremtidig retspraksis. Det skal imidlertid først afklares, hvorfor det overhovedet er fundet hensigtsmæssigt at arbejde med kriteriet i regelsættene.

3.2. Hensynene bag til formål-kriteriet

I litteraturen har man arbejdet med tre hensyn, der danner grundlag for, at enkelte former for aftaler kan anses for at have ”til formål” at begrænse konkurrencen.⁴⁴ For det første er der konsensus om, at et begrænset antal af aftaler med rimelig sikkerhed vil være egnede til at skade konkurrencen. For det andet sikrer ”til formål-kriteriet” øget retssikkerhed på markedet og har en afskrækkende virkning på markedsaktørerne. For det tredje indføres der en analytisk tilgang til regelsættene, som gør det lettere for retsinstitutionerne at sikre en effektiv håndhævelse og en ressourcebesparende anvendelse af forbudet. Argumentationen støttes af *generaladvokat Kokott*, som i sit forslag til en afgørelse i sag C-8/08 T-Mobile udtalte, at:

*”Forbuddet mod (...) konkurrencebegrænsende formål er begrundet i, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår. Når sådanne former for praksis, der generelt anses for skadelige for samfundet, forbydes per se (...) skaber det retssikkerhed og giver alle markedsdeltagere mulighed for at indrette deres adfærd herefter. Ydermere aflastes konkurrencemyndighedernes og domstolens ressourcer derigennem på hensigtsmæssig vis”.*⁴⁵

3.2.1. Aftaler der i sagens natur kan betragtes skadelige for konkurrencen

Aftaler, der har ”til formål” at begrænse konkurrencen indebærer en definitiv overtrædelse af TEUF art. 101 og KRL § 6.⁴⁶ Dette skyldes aftalens karakter, idet ”til formål-kriteriet” søger at forbyde aftaler, som formodes at have negative virkninger for den almindelige konkurrence. Det kan bl.a. udledes af sag C-207/09 BIDS, hvor EU-Domstolen sondrede mellem de alternative kriterier i TEUF art. 101, stk. 1:

*”Sondringen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« skyldes den omstændighed, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår”.*⁴⁷

EU-Domstolens udtalelse er blevet uddybet nærmere af EU-Kommissionen i *Meddelelsen om anvendelsen af traktatens artikel 101, stk. 3*, hvor kriteriet begrundes med, at:

*”(...) Der er tale om konkurrencebegrænsninger, der i lyset af formålene med EU's konkurrenceregler har et så stort potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det (...) ikke er nødvendigt at påvise nogen konkrete virkninger på markedet. En sådan antagelse baseres på konkurrencebegrænsningens alvorlige karakter og erfaringer, der viser, at aftaler med konkurrencebegrænsende formål må antages at have negative virkninger på markedet og truer virkeliggørelsen af de mål, der ligger til grund for EU's konkurrenceregler...”*⁴⁸

⁴³ Ibid., pkt. 17 ff.

⁴⁴ Bailey: Restrictions of Competition by object under article 101 TFEU, s. 560;

Mahtani: Thinking Outside the Object Box; An EU and UK Perspective, s. 36.

⁴⁵ Forslag fra Kokott i C-8/08 T-Mobile, pr. 43.

Se også forslag fra Wahl i C-67/13 CB, pr. 34-35.

⁴⁶ Forslag fra Tesouro i C-250/92 Gøttrup-Klim, pr. 16.

⁴⁷ C-209/07 BIDS, pr. 17.

⁴⁸ Kmedd. om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08, pkt. 21.

Synspunktet er blevet bekræftet i EU-Kommissionens *Meddelelse om anvendelse af TEUF art. 101 på horisontale aftaler*, hvor en lignende ordlyd gengives om hensynene bag kriteriet.⁴⁹ Hertil er det vigtigt at understrege, at der i *Meddelelserne* henvises til konkurrencereglernes formål, samt det økonomiske grundlag i EU. Nogle aftaleformer er altså så potentielt skadelige for konkurrenceprocessen, at de truer Unionens økonomiske politik om åben markedsøkonomi med *virksom konkurrence*, hvorfor de forbydes uden nogen påvisning af konkrete virkninger.

Genereladvokat Trstenjak har i sit forslag til afgørelse i sag C-209/07 BIDS, lavet en passende analogi mellem ”til formål-kriteriet” og *faredeliktet*, som finder anvendelse i strafferetten.⁵⁰ Begrebet indebærer, at en lovovertrædelse kan finde sted, alene gennem fremkaldelse af fare. *Genereladvokat Kokott* har sidenhen lavet et eksempel på sammenligningen i sit forslag til en afgørelse i sag C-8/08 T-Mobile, hvor analogien illustreres med fornøden klarhed:

”(…) Hvis man kører bil i væsentligt alkohol- eller narkotikapåvirket tilstand, udsætter man i de fleste retsordninger sig selv for straffe- og forvaltningsretlige sanktioner, ganske uanset om man rent faktisk har bragt nogen i fare i trafikken eller har forårsaget et uheld. På samme måde overtræder virksomheder europæisk konkurrenceret og kan pålægges bøder, hvis de gør brug af samordnet praksis med konkurrencebegrænsende formål på markedet. Hvorvidt visse markedsdeltagere eller offentligheden rent faktisk lider skade i et konkret tilfælde, er uden betydning”.⁵¹

3.2.2. Forøget retssikkerhed og en afskrækkende virkning

I EU-Domstolens retspraksis, forbudsbestemmelsernes eksempler og EU-Kommissionens meddelelser skabes der et overblik over, hvilke aftaleformer, der normaltvis anses for at have ”konkurrencebegrænsende formål”. Derudover har EU-Kommissionen for nyligt udstedt en ny *Bagatelmeddelelse* med en tilhørende *Meddelelse om konkurrencebegrænsende formål*,⁵² som skal sikre en større gennemsigthed for markedsaktørerne i kvalificeringen af forbudt adfærd.

Erhvervsdrivende bliver gennem disse retskilder i stand til at vurdere, hvorvidt en påtænkt aftale, vil være i strid med konkurrencereglerne. Det er utvivlsomt en kilde til forudsigelighed og dermed retssikkerhed for forbrugerne på markedet. Forudberegneligheden har også en afskrækkende effekt på markedsaktørerne, idet de opnår kendskab til de retlige konsekvenser (især i form af forbud og sanktioner) af deres påtænkte handlinger. Dette underbygges af en stigende intensitet og styrke af sanktionsmulighederne gennem de seneste års retspraksis.⁵³

3.2.3. En effektiv håndhævelse og ressourcebesparende proces

”Til formål-kriteriet” sikrer en effektiv håndhævelse af forbudsbestemmelserne i regelsættene, idet myndigheder og domstole ikke forpligtes til at dokumentere konkurrencebegrænsende virkninger på markedet, førend erhvervsdrivendes adfærd kan forbydes. Dette fremgår f.eks. af sag C-407/04 P *Dalmine*, hvor EU-Domstolen afviste anbringender om, at et endnu ikke etableret kartel skulle analyseres anderledes end i de tilfælde, hvor karteldannelse allerede har fundet sted.⁵⁴ *Generaladvokat Geelhoed* forklarede sit forslag til en afgørelse i sagen, hvorfor en sådan sondring ville være uhensigtsmæssig i retspraksis:

”(…) Dette gælder så meget mere, som de konsekvenser, der ville følge heraf – en betydelig skærpelse af Kommissionens opklarings- og bevisbyrde, idet Kommissionen da også skulle undersøge og påvise følgerne af den pågældende overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, der i sig

⁴⁹ Kmedd. om anvendelse af TEUF art. 101 på horisontale aftaler, 2011/ C 11/01, pkt. 24.

⁵⁰ Forslag fra Trstenjak i C-209/07 BIDS, pr. 46.

⁵¹ Forslag fra Kokott i C-8/08 T-Mobile, pr. 47.

⁵² Kmedd. om konkurrencebegrænsende formål af den 25.6.2014.

⁵³ Fejø & Ølykke: EU-Konkurrenceret, s. 613 ff.

Sanktionsmuligheder behandles ikke i afhandlingen.

⁵⁴ C-407/04 P *Dalmine*, pr. 83-84.

*selv er alvorlig – ville begrænse effektiviteten af denne centrale regel i EF-traktaten i alvorlig grad”.*⁵⁵

Der findes utallige eksempler i EU-Kommissionens og EU-Domstolens praksis, som viser, at der gennem årene er sket en lempelse af bevisbyrden for anvendelsen af ”til formål-kriteriet”. Nedenfor opregnes seks uddrag fra retspraksis, der illustrerer udviklingen på retsområdet.⁵⁶

For det første har EU-Domstolen udtalt, at det ikke er et krav for anvendelsen af til ”formål-kriteriet”, at aftalen skal kunne komme forbrugerne til skade.⁵⁷ *For det andet* vil økonomiske og statistiske analyser ikke medføre, at retsinstitutionerne ser bort fra entydig dokumentation på, at et kartel reelt har bestået.⁵⁸ *For det tredje* er det ikke nødvendigt for EU-Kommissionen i sagsbehandlingen at afdække dokumenter, som entydigt fastslår, at formålet med kommunikationen mellem erhvervsdrivende var konkurrenceskadelig.⁵⁹ *For det fjerde* har EU-Domstolen præciseret, at formålsvurderingen ikke afhænger af, om aftalen er af kommerciel interesse for aftaleparterne.⁶⁰ *For det femte* ekskluderes aftaler af kortere levetid ikke fra forbuddet.⁶¹ *For det sjette* sker der en simplificering af markedsafgrænsningen,⁶² hvilket f.eks. kan udledes af EU-Kommissionens afgørelse i *Industrial Bags-sagen*, hvori det blev præciseret, at markedsafgrænsningen ikke skulle ske med den samme præcision som i TEUF art. 102.⁶³

Det vil altså sige, at det ikke blot er aftalens konkurrencebegrænsende karakter eller en øget retssikkerhed, som nødvendiggør anvendelsen af ”til formål-kriteriet”, men det også sker for at sikre en effektiv og pragmatisk håndhævelse af forbudsbestemmelserne. Derved tilsikres også en ressourcebesparende tilgang til formålsvurderingen, da retsinstitutionerne ikke forpligtes til at foretage dybdegående analyser af markedet, førend skadelige aftaler kan forbydes.

Fremstillingen har indtil videre beskæftiget sig med de bagvedliggende hensyn og centrale betingelser for anvendelsen af ”til formål-kriteriet”. Det skal i de efterfølgende afsnit vurderes, hvorledes kriteriet fortolkes og anvendes i den moderne konkurrenceret.

3.3. Identificeringen af aftaler med konkurrencebegrænsende formål

3.3.1. Aftalens indhold, formål og kontekst

Identificeringen af aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål” sker gennem en analyse af forskellige faktorer, herunder 1) *aftalens indhold*, 2) *formål* og 3) *den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår*.⁶⁴ Når der i retspraksis bliver henvist til ”aftalens formål”, menes der ikke aftaleparternes subjektive intentioner, men det objektive formål med aftalen.⁶⁵

3.3.1.1. Aftalens indhold

I formålsvurderingen er det først og fremmest relevant at vurdere aftalens indhold, herunder hvad aftaleparterne har skrevet, sagt eller gjort.⁶⁶ Det er ikke fyldestgørende, at aftalen alene har begrænset

⁵⁵ Forslag fra Geelhoed i C-407/04 P Dalmine, pr. 137.

⁵⁶ Bailey: Restrictions of competition by object under article 101 TEFU, s. 568-570.

⁵⁷ C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline, pr. 54-64.

⁵⁸ T-305/94 mfl. PVC, pr. 741 & 749; T-25/95 mfl. Cimenteries, pr. 108.

⁵⁹ Bananas, C(2008)5955, pr. 302.

Tilgangen bekræftes i C-286/13 P Dole Food.

⁶⁰ C-403 & 405/04 P Sumitomo Metal Industries, pr. 44-46.

⁶¹ C-209/07 BIDS, pr. 39; T-217 & 245/03 Fédération nationale, pr. 134.

⁶² Markedsafgrænsningen behandles ikke i afhandlingen.

⁶³ Industrial Bags, C(2005)4634, pr. 27.

Se også T-213/00 CMA CGM, hvor markedsafgrænsning ikke var nødvendigt.

⁶⁴ C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline, pr. 58; C-209/07 BIDS, pr. 16; C-32/11 Allianz, pr. 36;

Kmedd. om anvendelsen af TEUF art. 81, stk. 3, pkt. 22, 2004/C 101/08.

⁶⁵ Whish & Bailey: Competition Law, s. 119.

⁶⁶ C-107/82 AEG Telefunken, pr. 67-134; T-53/03 BPB, pr. 143-144.

parternes handlefrihed.⁶⁷ Konkurrencemyndigheder og domstole skal vurdere, hvorfor aftalen skal forbydes, uden at analysere dens virkninger på markedet.

Tilgangen blev iagttaget i *sag C-209/07 Beef Industry Development Society*, som omhandlede en sammenslutning af irske kødproducenter (*BIDS*), der lavede en aftale med *Barry Brothers Meats Ltd* (selskab i kødforarbejdningssektoren) om, at produktionen skulle reduceres med 25 % inden for et år. Det skete på baggrund af en offentlig undersøgelse fra 1998, hvori det blev konstateret, at det var nødvendigt at mindske antallet af forarbejdningsvirksomheder for at reducere overkapaciteten i sektoren. *BIDS* indgik aftaler mellem de tilbageblivende og de udtrædende virksomheder, hvorefter de tilbageblivende skulle betale kompensation og afgifter til de udtrædende, mens de udtrædende ikke måtte drive konkurrerende virksomhed i to år.

De irske myndigheder fandt aftalerne konkurrencebegrænsende og anmodede High Court om at pålægge *BIDS* og *Barry Brothers* at afstå fra at gennemføre aftalerne. Anmodningen blev afvist, og der blev iværksat appel til Supreme Court, som valgte at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, jf. TEUF art. 267. EU-Domstolen fastslog, at formålet med aftalerne var at ændre markedsstrukturen mærkbart ved en mekanisme, som havde ”*til formål*” at fremme konkurrerende virksomheders udtrædelse.⁶⁸ EU-Domstolen udtalte på dette grundlag, at:

*”Denne type aftaler er åbenbart i modstrid med den grundtanke, der ligger bag EF-traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet. Artikel 81, stk. 1, EF opstiller således et forbud mod enhver form for koordinering, der bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde”.*⁶⁹

Afgørelsen illustrerer, at der lægges betydelig vægt på aftalers indhold i formålsvurderingen. I sagen kunne der ikke herske tvivl om, at parterne forfulgte et legitimt formål som følge af overkapacitet i erhvervssektoren. Aftalerne erstattede imidlertid risikoen, som er forbundet med normal konkurrence på markedet, hvilket bliver anset for at være i strid med grundtanken i konkurrenceretten. EU-Domstolen bestred modsætningsvist ikke, at aftalerne muligvis kunne opnå fritagelse i henhold til TEUF art. 101, stk. 3.⁷⁰ Aftalerne blev dog alligevel anset for at have ”*til formål*” at begrænse konkurrencen på baggrund af deres objektive karakteristika.

3.3.1.2. Aftaleparternes subjektive intentioner

EU-Domstolen fastslog yderligere i den ovennævnte sag, at parternes subjektive hensigt med *BIDS*-aftalerne, var irrelevant i vurderingen af aftalernes konkurrencebegrænsende karakter:

*”Selv om det i denne forbindelse antages, at det er godtgjort, at parterne i en aftale har handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, men med det formål at afhjælpe virkningerne af en krise i sektoren, er sådanne betragtninger ikke relevante ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse”.*⁷¹

Udtalelsen er i overensstemmelse med EU-Domstolens og EU-Kommissionens faste praksis.⁷² Det er ikke nødvendigt at dokumentere, hvorvidt aftaleparterne er bevidste om, at adfærden er i strid med konkurrencereglerne.⁷³ EU-Kommissionen har dertil præciseret i *Meddelelsen om anvendelsen af TEUF art. 101, stk. 3*, at aftaleparters subjektive intentioner kan indgå som en relevant faktor, men det ikke er nogen forudsætning for anvendelsen af TEUF art. 101, stk. 1.⁷⁴

⁶⁷ T-99/04 AC Trehaund, pr. 126.

⁶⁸ C-209/07 BIDS, pr. 31.

⁶⁹ Ibid., pr. 34.

⁷⁰ Ibid., pr. 39.

⁷¹ Ibid., pr. 21.

⁷² C-29 & 30/83 CRAM, pr. 26; Flat Glass, C(2007)5791, pr. 372-384.

⁷³ C-19/77 Miller, pr. 18; T-29/92 SPO, pr. 356.

⁷⁴ Kmedd. om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08, pkt. 22.

EU-Domstolen har ligeledes accepteret inddragelsen af aftaleparternes subjektive intentioner i formålsvurderingen,⁷⁵ hvilket kan udledes af *sag C-8/08 T-Mobile*, hvori det udtales, at:

*”Selv om parternes hensigt ikke er afgørende for vurderingen af, hvorvidt en samordnet praksis er konkurrencebegrænsende, er der intet til hinder for, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber eller Fællesskabets retsinstanter tager den i betragtning”.*⁷⁶

3.3.1.3. Den økonomiske og retlige kontekst

I vurderingen af om en aftale har et *”konkurrencebegrænsende formål”*, er det endvidere en forudsætning at undersøge den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Med andre ord er det nødvendigt at vurdere de faktiske omstændigheder, der lægger til grund for aftalen, og den sammenhæng, hvori den skal fungere, før der kan tages stilling til, om den er konkurrencebegrænsende.⁷⁷ Kontekstanalysen anvendes konsekvent i nyere retspraksis,⁷⁸ og det er blevet besluttet, at vurderingen ikke må foretages ud fra en abstrakt formel.⁷⁹

Kontekstanalysen blev f.eks. anvendt i *sag C-306/96 Javico*, hvor det blev fastlåst, at en aftale, der forbød reimport af kosmetikprodukter, ikke havde *”til formål”* at begrænse konkurrencen, idet aftalen alene gav producenten mulighed for at trænge ind på et marked uden for EU.⁸⁰ Aftalekonteksten var af afgørende betydning, idet samhandelen ikke kunne påvirkes negativt.

Der er gennem retspraksis opstået store fortolkningsproblemer i forhold til afgrænsningen af, hvilke faktorer der skal inddrages i analysen af markedssammenhængen. Vurderingen har til tider været forvekslet med *”til følge-analysen”*, men forskellen er, at formålsvurderingen ikke kan strækkes så langt, at man undersøger konkurrenceskadelige virkninger på markedet.⁸¹ Derudover er det generelle standpunkt, at der i kontekstanalysen kun skal tages hensyn til de omstændigheder, som kan rejse tvivl om, hvorvidt konkurrencen begrænses.⁸²

Der er for nyligt sket en større udvikling på retsområdet, hvilket både angår kontekstanalysens bekræftende og afkræftende karakter. Retsudviklingen omtales i afsnit 3.3.3 og 3.5.1.

3.3.2. Traktatens eksempler, hardcore begrænsninger og retspraksis

En anden metode, som anvendes af konkurrencemyndigheder og domstole til identificering af aftaler med *”konkurrencebegrænsende formål”*, foregår ved referencer til 1) *eksemplerne i TEUF art. 101, stk. 1, a-c*, 2) *listen over ”hardcore” og ”alvorlige” konkurrencebegrænsninger i gruppefritagelsesordninger, retningslinjer mv. og 3) EU-Domstolens tidligere retspraksis.*

Metoden er med til at skabe retssikkerhed, idet den praktiske erfaring giver erhvervsdrivende mulighed for at vurdere, om en påtænkt aftale vil være i strid med konkurrencelovgivningen. Retsinstitutionernes brug af erfaring og intuition resulterer omvendt i en risiko for en omfattende grad af vilkårlig beslutningstagning, idet faktuelle undersøgelser af markedet undlades.

Der opstår derved større risiko for, at erhvervsdrivendes aftalefrihed begrænses uden reel grund, hvilket i sidste ende kan begrænse konkurrencen og komme forbrugerne til skade. Det skal derfor på forhånd fremhæves, at uanset om der er tale om hardcorebegrænsninger, skal myndigheder og domstole

⁷⁵ C-96/82 mfl. IAZ, pr. 23-25; T-368/00 General Motors, pr. 27.

⁷⁶ C-8/08 T-Mobile, pr. 27.

⁷⁷ Kmedd. om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08, pkt. 22.

⁷⁸ T-368/00 General Motors, pr. 66; C-8/08 T-Mobile, pr. 27; C-209/07 BIDS, pr. 16.

⁷⁹ C-250/92 Gøttrup Klim, pr. 31.

⁸⁰ C-306/96 Javico, pr. 19-20.

⁸¹ T-49/02 mfl. Brasserie nationale, pr. 108; kontekstanalysens udstrækning i effektanalysen fremgår af C-23/67 Brasserie de Haecht, s. 423 & C-234/89 Delimitis, pr. 14-27.

⁸² Forslag fra Trstenjak i C-209/07 BIDS, pr. 50; C-235/92 Montecatini, pr. 114-128.

altid anvende analysemodellen, der er omtalt i afsnit 3.3.1.⁸³ EU-Domstolen har fastholdt fremgangsmåden siden domsafsigelse i *sag C-209/07 BIDS*.⁸⁴

3.3.2.1. Eksemplerne i TEUF art. 101, stk. 1 a-c

I *de forenede sager T-374/94 mfl. European Night Services* blev pris aftaler, deling af markedet og afsætningskontrol defineret som ”åbenlys konkurrencebegrænsninger”. I sagen blev der henvist til eksemplerne i TEUF art. 101, stk. 1, a-c, hvorefter det blev statueret, at sådanne aftaler er ulovlige ”*per se*”, hvorfor kontekstanalysen ikke nødvendigvis gøres i disse situationer.⁸⁵

Denne formalistiske metode har været tiltrådt i retspraksis, hvor der ofte er blevet henvist til eksemplerne i traktaten.⁸⁶ Det er dog sidenhen blevet præciseret, at en aftale ikke skal være ”åbenlys konkurrencebegrænsende”, inden den kan være i strid med TEUF art. 101, stk. 1.⁸⁷ EU-Domstolen har også efterfølgende bekræftet, at eksemplerne i TEUF art. 101, stk. 1, a-c ikke henviser til begrebet ”hardcorebegrænsninger”, hvilket gennemgås nærmere nedenfor.⁸⁸

3.3.2.2. Hardcore konkurrencebegrænsninger

EU-Kommissionen har meddelt, at aftaler, der er sortlistede i *gruppefritagelsesordninger*, eller som betegnes for ”*alvorlige*” eller ”*hardcore*” i retningslinjer og meddelelser, normalt vist må anses for at have ”*til formål*” at begrænse konkurrencen på markedet.⁸⁹

Dertil er det vigtigt at påpege, at der både i EU’s konkurrenceregler og i dansk konkurrenceret foretages en sondring mellem *horisontale* og *vertikale aftaler*.⁹⁰ Sondringen er af væsentlig betydning, idet aftaleformerne vurderes forskelligt som følge af deres påregnelige følger. Der har traditionelt været en lempeligere tilgang til de *vertikale aftaler*, hvilket begrundes med, at *horisontale aftaler* indgås mellem selskaber på samme omsætningsniveau, hvorimod *vertikale aftaler* indgås af erhvervsdrivende på forskellige niveauer i omsætningen.⁹¹ Der vil formodningsvist opstå en større risiko for negative konkurrencevirkninger, hvis konkurrencebegrænsende aftaler indgås mellem virksomheder på det samme marked.

Hardcoreovertrædelser er for horisontale aftalers vedkommende:⁹² Prisaftaler,⁹³ produktionsbegrænsninger,⁹⁴ samt markeds- og kundedeling.⁹⁵ For vertikale aftaleforhold inkluderes:⁹⁶ Bindende og mindste videresalgspriser,⁹⁷ samt absolut områdebeskyttelse, herunder særligt begrænsninger i adgangen til passivt salg.⁹⁸

I EU-Kommissionens *Meddelelse om konkurrencebegrænsende formål* angives nye variationer af aftaler, der har ”*til formål*” at begrænse konkurrencen.⁹⁹ Heri inkluderes bl.a. bud-karteller, boykot

⁸³ Bellamy & Child: European Union Law of Competition, s. 153.

⁸⁴ C-209/07 BIDS, pr. 16; FN 64.

⁸⁵ T-374/94 mfl. European Night Services, pr. 136.

⁸⁶ T-148/89 Trefilunion, pr. 109; T-67/01 JCB, pr. 121; T-217 & 245/03 Fédération nationale, pr. 83.

⁸⁷ Forslag fra Trstenjak i C-209/07 BIDS, pr. 47; C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline, pr. 108.

⁸⁸ C-439/09 Pierre Fabre, pr. 32.

⁸⁹ Kmedd. om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08, pkt. 23.

⁹⁰ Heide-Jørgensen: Lærebog i Konkurrence- og markedsføringsret, s. 109 og s. 169.

⁹¹ Madsen: Markedsret del 1, s. 121.

⁹² Kmedd. om anvendelse af TEUF art. 101 på horisontale samarbejdsaftaler, 2011/C 11/01, pkt. 160; Gruppefritagelsesordning for specialiseringsaftaler 1218/2010, pkt. 11 ff.

⁹³ C-238/99 P mfl., ICI.

⁹⁴ C-209/07 BIDS.

⁹⁵ C-41/69 Chemifarma.

⁹⁶ Kmedd. om vertikale begrænsninger, 2010/C 130/01, pkt. 48-50;

Gruppefritagelsesordning for vertikale aftaler og samordnet praksis, 330/2010, pkt. 4.

⁹⁷ C-243/83 Binon v. AMP.

⁹⁸ C-70/93 BMW v. ALD Autoleasing.

⁹⁹ Kmedd. om konkurrencebegrænsende formål af den 25.6.2014.

aftaler og informationsudveksling. *Meddelelsen* udgør et nyt redskab til sondringen mellem hardcorebegrænsninger og aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål”.¹⁰⁰

3.3.2.3. Henvisninger til tidligere retspraksis

Aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål” identificeres også i retspraksis gennem EU-Domstolens referencer til tidligere domme. Det fremgår f.eks. af *de forenede sager C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline*, hvor EU-Domstolen fastslog, at EU-retten fejlagtigt havde afvist, at *GlaxoSmithKlines*’s aftaler om parallelhandel af lægemidler ikke begrænsede konkurrencen. EU-Domstolen henviste i sagen til tidligere retspraksis, hvor det blev konstateret i *de forenede sager C-32/78 mfl. BMW Belgium*¹⁰¹ og *sag C-19/77 Miller*,¹⁰² at aftaler der begrænser parallelhandel, generelt bør anses for at have ”til formål” at begrænse konkurrencen.¹⁰³

Som nævnt ovenfor, er det fortsat nødvendigt for konkurrencemyndigheder og domstole at foretage en analyse af den konkrete aftale, inden adfærden kan vurderes at have ”til formål” at begrænse konkurrencen. Det kan f.eks. udledes af *Generaladvokat Mazáks forslag til en afgørelse i sag C-439/09 Pierre Fabre*, hvor han afviste en formålsvurdering, som alene baseres på tidligere erfaringer fra retspraksis:

*”Selv om visse (...) aftaler ud fra tidligere erfaringer således vil kunne anses for umiddelbare overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål, fritager dette ikke Kommissionen eller en national konkurrencemyndighed for (...) at gennemføre en individuel vurdering af en aftale. Efter min opfattelse kan en vurdering være ret summarisk i visse tilfælde, f.eks. hvor der foreligger tydelige beviser for, at et horisontalt kartel har til hensigt at kontrollere produktionen for at holde priserne oppe, men den kan ikke helt undlades”.*¹⁰⁴

Generaladvokat Mazák fastslog efterfølgende i *forslaget*, at der skal foretages en individuel vurdering af den konkrete aftale, uanset om den indeholder en hardcorebegrænsning:

*”Det er derfor nødvendigt med en individuel undersøgelse for at vurdere, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, selv hvis den indeholder en begrænsning, der er omfattet af artikel 4, litra c), i forordning nr. 2790/1999 (...)”.*¹⁰⁵

Generaladvokat Trstenjak indtog den samme holdning i sit *forslag til en afgørelse i sag C-209/07 BIDS*, og konstaterede yderligere, at det ikke er realistisk at lave en udtømmende liste over alle aftale typer, som kan kvalificeres som havende ”konkurrencebegrænsende formål”.¹⁰⁶

Det kan heraf udledes, at det ikke tilstræbes i konkurrenceretten, at virksomheders aftalefrihed indskrænkes uden en individuel analyse af aftalen og dens konkurrenceskadende karakter. Retsstillingen bevirker, at der løbende inkluderes nye forbudte aftaleformer gennem analysen. Konkurrencemyndigheder, domstole og virksomheder kan således ikke blot forholde sig til erfaring og intuition, men må i stedet foretage et skøn, inden påtænkte aftaler gennemføres. Retsstillingen resulterer i en manglende gennemsigtighed af konkurrencereglerne, da det ikke forekommer realistisk at danne sig et fuldt overblik over ”til formål-kriteriets” udstrækning.¹⁰⁷

Formålsvurderingen kan imidlertid blive forholdsvis summarisk, da visse aftaleformer nærmest ”per se” anses for konkurrencebegrænsende, herunder de såkaldte hardcorebegrænsninger. I afhandlingen

¹⁰⁰ Sondringen omtales af Goyder i *Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements*, s. 328, men er udeladt i afhandlingen af afgrænsningsmæssige grunde.

¹⁰¹ C-32/78 mfl. BMW Belgium, pr. 20-28 & 31.

¹⁰² C-19/77 Miller, pr. 7 & 18.

¹⁰³ C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline, pr. 58-61.

¹⁰⁴ Forslag fra Mazák i C-439/09 Pierre Fabre, pr. 27.

¹⁰⁵ Ibid., pr. 30.

¹⁰⁶ Forslag fra Trstenjak i C-209/07 BIDS, pr. 104.

¹⁰⁷ Der kan ikke opstilles en ”by object box”, jf. Whish & Bailey: *Competition Law*, s. 124.

vil der efterfølgende blive sat spørgsmålstegn ved, om dette fortsat er tilfældet, set i perspektiv af udviklingen på retsområdet.

3.3.3. Den retlige udvikling – Sondringen mellem til formål og til følge?

De følgende afsnit skal sammenholdes med afhandlingens afsnit 3.1.4, hvor der blev redegjort for den grundlæggende sondring mellem konkurrencebegrænsende ”formål” og ”følger”.

Der er i retspraksis sket en udvikling på konkurrenceområdet, hvorefter ”til formål-kriteriet” er blevet vanskeligere at anvende i praksis. Det retlige udgangspunkt for anvendelsen af kriteriet er blevet fastlagt ved en vurdering af, om aftalen med ”tilstrækkelig klarhed” fremtræder som konkurrencebegrænsende, eller hvis aftalen i sig selv anses som ”tilstrækkelig skadelig” for konkurrencen.¹⁰⁸ I fremstillingen gennemgås EU-Domstolens nye og væsentlige afgørelser, hvor relevante passager analyseres og fortolkes.

3.3.3.1. Inddragelsen af potentielle virkninger

I sag C-8/08 T-Mobile udvidede EU-Domstolen anvendelsesområdet for ”til formål-kriteriet”. EU-Domstolen anvendte en formalistisk tilgang i sagen og fastslog, at kriteriet kan anvendes i tilfælde, hvor aftalen alene ”potentielt” kan resultere i konkurrencebegrænsende virkninger.

Sagen omhandlede fem netværksoperatører i Holland, der mødtes en enkelt gang i juni 2001, hvor de diskuterede reduktioner i standardgodtgørelser til sælgere af telefoner med tilhørende abonnementer. Derudover fandtes det dokumenteret under sagen, at selskaberne havde udvekslet fortrolige oplysninger, men det blev aldrig klargjort, hvilke oplysninger der var tale om. Den hollandske konkurrencemyndighed NMa fandt, at virksomhederne havde foretaget en samordnet praksis, der havde ”til formål” at begrænse konkurrencen. Den nationale domstol forelagde EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, hvilket gav anledning til følgende udtalelse:

”(...) for at en samordnet praksis kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det tilstrækkeligt, at den kan påvirke konkurrencen negativt. Med andre ord skal den samordnede praksis blot konkret – dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng – kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet...”¹⁰⁹

EU-Domstolens udtalelse er blevet kritiseret i litteraturen,¹¹⁰ f.eks. af Bernd Meyring i artiklen ”T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors”. Han forholder sig særligt skeptisk til de lempelige vilkår for anvendelsen af kriteriet og fremhæver:

”it would be wrong to conclude that any potential to have a negative impact is sufficient to establish that a practice is a restriction by object. First this would do away with restrictions by effect altogether because practices that are not even capable of having anticompetitive effect will not produce such effects in any event – and all other restrictions would be restrictions by object. Second the concept of a violation by object is a narrow one. As the Court notes in point

¹⁰⁸ C-209/07 BIDS, pr. 15; C-8/08 T-Mobile, pr. 28; C-32/11 Allianz, pr. 34; C-67/13 GB, pr. 53.

Supplerende bemærkninger:

Der har været sproglige uoverensstemmelser i EU-Domstolens præcisering af det juridiske kriterium til konstateringen af ”konkurrencebegrænsende formål”. Det gælder også i danske domsversioner, hvor både ”tilstrækkelig klarhed” og ”tilstrækkelig skadelig” har været anvendt i retspraksis. I de franske og spanske domsversioner har man været mere konsistente i anvendelsen af ”klarhedskravet”, hvorimod man i de engelske domsversioner først i nyere retspraksis er gået fra vurderingen af, hvorvidt en aftale er ”sufficiently deleterious”, til hvornår en aftale udviser ”a sufficient degree of harm to competition”. Der er dog ikke forskel på vurderingen, da kriteriet er forskelligt, efter hvilken sprogversion der vælges.

¹⁰⁹ C-8/08 T-Mobile, pr. 31.

¹¹⁰ Jones: Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101 (1), s. 658.

29, restrictions by object are only the severest form of collusion that 'can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition'.¹¹¹

Bernd Meyrings holdninger tiltrædes i afhandlingen, idet EU-Domstolen synes at gå for vidt med dens fortolkningstilgang i sagen. EU-Domstolens udtalelse skaber væsentlige problemer på konkurrenceområdet og er modstridende med de centrale hensyn bag ”til formål-kriteriet”.

For det første vil det juridiske kriterium til statueringen af ”konkurrencebegrænsende formål”, kunne have den negative effekt for erhvervslivet, at ”til formål-kriteriet” anvendes i sager, hvor der kun er minimale chancer for, at adfærden vil resultere i konkurrenceskadelige virkninger. Det konstateres også af David Bailey i artiklen, ”Restrictions of competition by object under 101 TFEU”, hvori han argumenterer for, at barren bliver sat for lavt i henhold til klassificeringen af aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål”.¹¹² For det andet vil private markedsaktørers aftalefrihed kunne reduceres uden påviselig grund, hvilket i sidste ende vil kunne begrænse konkurrencen på markedet, og dermed komme forbrugerne til skade. For det tredje fastslår EU-Domstolen indirekte selv, at virksomhedernes adfærd ikke er konkurrenceskadelig af natur, idet potentielle følgevirkninger inddrages i vurderingen. For det fjerde har Bernd Meyring ret i, at inddragelsen af potentielle virkninger, vil eliminere anvendelsen af effektanalysen, idet alle aftaler der eventuelt kan skade konkurrencen, vil skulle behandles under ”til formål-kriteriet”.

Det er dog værd at bemærke, at der i den konkrete sag var tale om et oligopolitisk marked.¹¹³ Et oligopol defineres ved et marked, hvor der eksisterer få, store udbydere.¹¹⁴ Selvom der i sådanne situationer består konkurrencemuligheder, vil den enkelte udbyder ofte forholde sig tilbageholdende med at konkurrere på prisen, og ofte vil der opstå en stiltiende forståelse blandt udbyderne om at afholde sig derfra. Hvis tilstanden får aftalekarakter, taler man om etablering af karteller, hvilket kvalificeres som en hardcorebegrænsning i retspraksis.

EU-Domstolen undersøgte markedsf forholdene i sagen, hvorfor det er nærliggende at antage, at markedsformen influerede EU-Domstolens beslutning om at inddrage potentielle virkninger i formålsvurderingen.¹¹⁵ David Bailey indtog den samme holdning i den førømtalte artikel, hvori han tilkendegav, at ”The factual context of T-Mobile helps explain why the Court held that the exchange of information between competitors was capable of restricting competition and thus had an anti-competitive object”.¹¹⁶

3.3.3.2. Udvidelsen af kontekstanalysen

I EU-Domstolens nyere retspraksis kan der modsætningsvist anskues tendenser mod en mere effektbaseret tilgang til klassificeringen af aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål”.

Den 14. marts 2013 offentliggjorde EU-Domstolen en vigtig afgørelse i sag C-32/11 Allianz. Sagen omhandlede en række bilforhandlere, der havde et dobbelt forhold til forsikringsselskaberne, Allianz og Generali. På den ene side reparerede bilforhandlerne skader på de biler, som var forsikret hos forsikringsselskaberne, og på den anden side fungerede de som mæglere ved salg af forsikringer. I sagen havde Allianz og Generali indgået prisaftaler med bilforhandlerne og deres brancheorganisation. Forhandlingerne tog udgangspunkt i det antal bilforsikringer, som forhandlerne solgte for forsikringsselskaberne, og antallet af bilforsikringer fik indflydelse på den pris, som forhandlerne opnåede for reparationer af forsikrede biler.

Den ungarske konkurrencemyndighed GVH fandt, at aftalerne havde ”til formål” at begrænse konkurrencen på markedet for både bilforsikringer og -reparationer. I sagen var der tale om bilaterale verti-

¹¹¹ Meyring: Further confusion on information exchanges between competitors, s. 31.

¹¹² Bailey: Restrictions of competition by object under 101 TFEU, s. 589.

¹¹³ C-8/08 T-Mobile, pr. 10.

¹¹⁴ Madsen: Markedsret del 1, s. 39.

¹¹⁵ C-8/08 T-Mobile, pr. 34.

¹¹⁶ Bailey: Restrictions of competition by object under 101 TFEU, s. 590.

kale aftaler, som ikke tidligere har været anset som ulovlige i retspraksis.¹¹⁷ Den ungarske domstol valgte på den baggrund at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål om lovligheden af aftalerne. EU-Domstolen bekræftede den almindelige formålsvurdering i sagen,¹¹⁸ men valgte til stor overraskelse at udvide kontekstanalysen:

”... I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. Expedia-dommen præmis 21...)”.¹¹⁹

”Derudover har disse aftaler ligeledes et konkurrencebegrænsende formål i det tilfælde, hvor den forelæggende ret konstaterer, at det er sandsynligt, at konkurrencen på det nævnte marked, henset til den økonomiske sammenhæng, vil være udelukket eller i alvorlig grad svækket som følge af indgåelsen af disse aftaler. For at vurdere risikoen for en sådan konsekvens bør den forelæggende ret bl.a. tage hensyn til markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke”.¹²⁰

Faktorerne der inddrages i kontekstanalysen går væsentligt videre end dem, som har været inkluderet i nyere retspraksis, hvor man ikke har vurderet markedets opbygning, selskabernes markedsstyrke mv. i formålsvurderingen.¹²¹ EU-Domstolen anvendte i sagen den samme kontekstanalyse, som blev foretaget i sag C-56/65 *Société Technique Minière*, og som tidligere kun har været anvendt i ældre afgørelser.¹²² Tilgangen fremprovokerer en effektbaseret fortolkning af ”til formål-kriteriet”, idet der kræves en indgående analyse af markedssammenhængen, inden en aftale kan kvalificeres som konkurrencebegrænsende på grund af sit formål.

Csongor István Nagy har i artiklen *”The Distinction between Anti-Competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”* forholdt sig kritisk over for EU-Domstolens afgørelse. I artiklen sammenligner han EU-konkurrencereglerne med amerikansk antitrustpraksis og udviser en mere positiv holdning til ”per se metoden”.¹²³ Han mener således ikke, at markedsstruktur, -styrke mv. skal tages i betragtning under formålsvurderingen:

”First, an agreement is anti-competitive by object if it has an anti-competitive nature. Anti-competitive ‘by nature’ means that the serious anti-competitive potential originates from the agreement’s characteristics and not from the conjunct effect of the agreement and the market circumstances it operates in; that is such agreement restrict competition whatever the market structure is, whether the parties have market power or not, etc. This parallels US antitrust law’s notion that those agreements are regarded as per se illegal that are ‘always or almost always’ anti-competitive. It follows that if the arrangement’s competitive assessment hinges on whether the undertaking’s market share is high or low, the arrangement cannot be anti-competitive by nature”.¹²⁴

Csongor István Nagy kan have en pointe i, at EU-Domstolen tager afstand fra synspunktet om, at aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål” forbydes som følge af deres skadelige natur. Der kan

¹¹⁷ Forslag fra Villalón, pr. 77; C-32/11 Allianz, pr. 43.

¹¹⁸ C-32/11 Allianz, pr. 34.

¹¹⁹ Ibid., pr. 36; i C-226/11 Expedia henvises der til C-238/05 Asnef-Equifax, som primært omhandlede effektanalysen. Udtalelsen i Allianz-sagen kan derfor have været baseret på forkerte forudsætninger.

¹²⁰ Ibid., pr. 48.

¹²¹ T-49/02 & T-51/02 Brasserie nationale, pr. 108; C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline, pr. 58;

C-403/08 Premier League, pr. 136.

Harrison: The Allianz Hungária Case – The ECJ’s judgment could have ugly consequences, s. 10.

Analysen er blevet kaldt *”the abridged competitive analysis”*, jf. T-168/01 GlaxoSmithKline, pr. 119.

¹²² C-56/65 STM, s. 216 ff.; C-22/71 Béguelin, pr. 13-18; C-399/93 Oude Luttikhuis, pr. 10.

¹²³ Nagy: The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?, s. 551 ff.; ”per se-metoden” omtales i afsnit 3.5.1.

¹²⁴ Ibid., s. 554.

argumenteres for, at analysen ikke behøver at strækkes så langt, når aftalens objektive karakteristika indikerer, at der vil indtræde konkurrenceskadelige virkninger på markedet.

Modsætningsvist kan der fremsættes argumenter om, at EU-Domstolen bevæger sig væk fra en formalistisk fortolkningstilgang, og over til en effektbaseret og økonomisk vurdering, hvor EU-Domstolen lægger vægt på at finde frem til den ”rigtige” afgørelse. Metoden medfører, at de erhvervsdrivendes aftalefrihed ikke begrænses unødvendigt, men der gives samtidigt også et uforholdsmæssigt stort spillerum for kvalificeringen af aftaler under ”til formål-kriteriet”.¹²⁵

Hvis EU-Domstolens udvidede kontekstanalyse danner præcedens i fremtidig konkurrenceret, vil det imidlertid bevirke, at det er den samme analytiske ramme der anvendes, uafhængigt af om det er konkurrencebegrænsende ”formål” eller ”følger”, der undersøges. I effektanalysen indgår de samme elementer, som blev inkluderet under formålsvurderingen i *Allianz-sagen*.¹²⁶

Problematikken ved retsstillingen er, at virkningen af om en aftale har et ”konkurrencebegrænsende formål” eller har ”konkurrencebegrænsende følger”, ikke er af afgørende betydning. I ingen af de to situationer er det nødvendigt at påvise skadelige virkninger på markedet.¹²⁷ Det kan f.eks. udledes af sag *T-374/94 European Night Services*, hvor EU-Domstolen angav, at der i effektanalysen skulle tages hensyn til såvel aktuelle som potentielle følger.¹²⁸ Det kræves alene, at konkurrenceskadelige virkninger i rimelig grad kan påvises eller sandsynliggøres. Denne hensyntagen til potentielle virkninger i effektanalysen begrundes med, at der er behov for at forkaste konkurrencebegrænsende aftaler, inden de materialiserer sig på markedet.¹²⁹

Allianz-sagen medfører ifølge *Dan Harrison*, at der indirekte stilles krav om dokumentation af en aftales virkninger, når myndigheder og domstole ønsker at anvende ”til formål-kriteriet”.¹³⁰ Hvis det i realiteten er tilfældet, vil strukturen i TEUF art. 101, stk. 1 ændres fra et ”tostrengt” til et ”enstrengt” system. Dertil skal det dog fremhæves, at der findes enkelte forskelle i analysemodellerne, herunder 1) *den kontrafaktiske analyse*,¹³¹ 2) *mærkbarhedsvurderingen*,¹³² og 3) *præcisionen af markedsafgrænsningen*.¹³³ Afgørelsen må alligevel anses for problematisk, da strukturen i TEUF art. 101 udviskes, hvorfor regelanvendelsen forekommer uforudsigelig.

3.3.3.3. Indførelsen af en indskrænkende fortolkning

Den 11. september 2014 offentliggjorde EU-Domstolen endnu en betydningsfuld afgørelse i sag *C-67/13 Groupement des cartes bancaires* (senere omtalt som *C-67/13 CB* og *CB-sagen*), hvor EU-Domstolen indledte en mere indskrænkende fortolkning af ”til formål-kriteriet”.

Sagen omhandlede en økonomisk interessegruppe af de største franske banker, der var dannet med henblik på at sikre interoperabilitet mellem systemerne for betaling og hævnning ved hjælp af bankkort (CB-kort) udstedt af dens medlemmer. I december 2002 anmeldtes der nye regler, som påtænkte indført for CB-Systemet, bestående bl.a. i tre gebyrforanstaltninger.

For det første etableredes en ordning benævnt *MERFA*, hvor der blev givet økonomiske fordele til de banker med den største tilslutningsaktivitet i forhold til deres udstedelsesaktivitet. *For det andet* skete der en reform af gebyret ved tiltrædelsen af *Groupement*, der ud over et fast beløb på EUR 50.000 skulle bestå af en afgift pr. udstedt CB-kort, som var aktivt i tre år efter tiltrædelsen. Hertil indførtes

¹²⁵ Komossa: *Allianz Hungária*, s. 419

¹²⁶ C-238/05 *Asnef-Equifax*, pr. 49; C-234/89 *Delimitis*, pr. 13-15.

¹²⁷ C-32/11 *Allianz*, pr. 38; Fejø & Ølykke: *EU-Konkurrenceret*, s. 75-76.

¹²⁸ T-374/94 *European Night Services*, pr. 137.

Se også C-7/95 *John Deere*, pr. 77.

¹²⁹ Nagy: *The Distinction between Anti-Competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, s. 559.

¹³⁰ Harrison: *The Allianz Hungária Case – The ECJ’s judgment could have ugly consequences*, s. 10.

¹³¹ Madsen: *Markedsret del 1*, s. 115.

¹³² Mærkbarhedskravet omtales i afsnit 3.4.

¹³³ C- 234/89 *Delimitis*, pr. 15-18.

yderligere afgifter for de banker, hvis antal CB-kort var øget væsentligt inden for en periode på seks år. *For det tredje* etableredes en ordning benævnt *Vækning af sovende medlemmer* bestående i en afgift pr. udstedt CB-kort, som anvendes på medlemmer, der er inaktive/lidt aktive forud for datoen for nye foranstaltninger ikrafttræden.

EU-Kommissionen fandt, at gebyrpolitikken havde et *"konkurrencebegrænsende formål"*, idet ordningen skulle styrke bankernes markedsposition og hindre konkurrence fra nyttilkomne.¹³⁴ Sagen blev indbragt for EU-Retten, og efterfølgende appelleret til EU-Domstolen, som valgte at irettesætte tidligere instansers afgørelser. EU-Domstolen fastslog indledningsvist, at EU-Retten benyttede det forkerte juridiske kriterium med henvisning til *sag C-8/08 T-Mobile*:¹³⁵

*"Retten undlod (...) for det første, da den i den appellerede doms præmis 125 definerede begrebet »konkurrencebegrænsende formål« (...) , at henvide til Domstolens faste praksis (...), og undlod herved at tage hensyn til, at det (...) juridiske kriterium for at afgøre, om en samordning mellem virksomheder indebærer et sådant »konkurrencebegrænsende formål«, bunder i (...), at en sådan samordning i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen".*¹³⁶

EU-Domstolen bevæger sig dermed væk fra de lempelige betingelser til konstateringen af *"konkurrencebegrænsende formål"*, som blev statueret i *sag C-8/08 T-Mobile*.¹³⁷ En aftale skal være *"tilstrækkelig skadelig"* for konkurrencen, hvorfor statueringen af *"potentielle skadelige virkninger"*, ikke kan udgøre et *"konkurrencebegrænsende formål"*. EU-Domstolen fastslog efterfølgende, at *"til formål-kriteriet"* skal fortolkes indskrænkende af bevismæssige årsager:

*"Henset til denne retspraksis var det for det andet med urette, at Retten (...) fastslog, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« ikke skal fortolkes »indskrænkende«. Idet det ellers risikeres, at Kommissionen fritages for sin pligt til at bevise den konkrete virkning for markedet af aftaler, med hensyn til hvilke det slet ikke er godtgjort, at de efter deres art kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår, kan begrebet (...) kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig..."*¹³⁸

EU-Domstolen traf endelig afgørelse om at hjemvise sagen til fornyet behandling, idet der var begået retlige fejl i forrige instans.¹³⁹ Afgørelsen blev begrundet med, at EU-Retten ikke havde dokumenteret foranstaltningernes konkurrenceskadelige natur eller anvendt de relevante retlige kriterier i formålsvurderingen.¹⁴⁰ EU-Domstolen fastslog i den forbindelse, at EU-retten skulle have anvendt den udvidede kontekstanalyse, som blev foretaget i *Allianz-sagen*.¹⁴¹ Den udvidede kontekstanalyse må derfor anses for at udgøre den retlige standard i fremtiden.

Der blev imidlertid også redegjort for de forskellige faktorer, der inddrages i kontekstanalysen, afhængigt af om aftalen enten har *"til formål"* eller *"til følge"* at begrænse konkurrencen. EU-Domstolen konstaterede i sagen, at der under formålsvurderingen skulle tages hensyn til det toledede marked bestående af henholdsvis udstedelses- og tilslutningsaktiviteter.¹⁴² Dernæst fastslog EU-Domstolen, at EU-retten fejlagtigt i sin afgørelse havde undersøgt gebyrforanstaltningernes konkurrenceskadelige virkninger og ikke deres formål:

¹³⁴ C-67/13 CB, pr. 8-9.

¹³⁵ T-491/07 CB, pr. 125.

¹³⁶ C-67/13 CB, pr. 57.

¹³⁷ Scordamaglia-Tousis og Calzado: *Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What Is not a 'by object' Restriction of Competition*, s. 2.

¹³⁸ C-67/13 CB, pr. 58.

¹³⁹ Ibid., pr. 89 ff.

¹⁴⁰ Ibid., pr. 69 & 89.

¹⁴¹ Ibid., pr. 53.

¹⁴² Ibid., pr. 79.

”Det må således fastslås, at Retten under dække af en undersøgelse af de »muligheder«, som de pågældende foranstaltninger giver Groupements medlemmer, i den appellerede doms præmis 161-193, efter hvilken den i denne doms præmis 194 konkluderede, at »MERFA i praksis gav de banker, som var omfattet heraf, to muligheder: at betale et gebyr eller at begrænse udstedelsen af CB-kort«, i virkeligheden vurderede de potentielle virkninger af de nævnte foranstaltninger, idet den analyserede bankernes vanskeligheder med at udvikle indløsningsaktiviteten på grundlag af oplysninger om markedet, erklæringer fra visse banker og dokumenter indsamlet under undersøgelser, idet den således selv angav, at de pågældende foranstaltninger »efter deres art« ikke kan anses for at være skadelige for de normale konkurrencevilkår”.¹⁴³

EU-Domstolen afgrænsede dermed kontekstanalysen, som blev etableret i *sag C-32/11 Allianz*. Analysen af aftalekonteksten kan ifølge EU-Domstolen, aldrig strækkes så langt, at potentielle følgevirkninger skal overvejes.¹⁴⁴ Der kan derimod argumenteres for, at afgrænsningen ikke er fornøden, hvis man ønsker at bibeholde fordelene ved anvendelsen af ”til formål-kriteriet”.

Hvis en indgående analyse kræves i hver enkelt sag bliver det vanskeligt for erhvervsdrivende at kunne forudse, hvilke former for aftaler, der har ”til formål” at begrænse konkurrencen.¹⁴⁵ Derved fjernes forudberegneligheden og retssikkerheden i anvendelsen af bestemmelserne, men samtidigt også ressourcebesparelsen i processen, idet der i praksis altid vil kræves en kompleks undersøgelse af markedsforholdene. Det kan derfor med rette diskuteres, hvorvidt EU-Domstolen i virkeligheden har fjernet det ”smarte” ved benyttelsen af ”til formål-kriteriet”.

Generaladvokat Wahl havde i hans *forslag til en afgørelse i CB-sagen* diskuteret problemerne ved EU-Domstolens anvendelse af den udvidede kontekstanalyse.¹⁴⁶ I *forslaget* påpegede han fordele og ulemper ved såvel en kasuistisk som en standardiseret metode.¹⁴⁷ Han forholdte sig imidlertid kritisk over for udviklingen retspraksis, og argumenterede for, at afgrænsningen af begreberne ”formål” og ”følger”, bør fastlægges mere klart i fremtiden.¹⁴⁸

Wahl indtog den holdning, at hensyntagen til sammenhængen, hvori aftalen indgår, kun kan underbygge eller ophæve undersøgelsen af selve indholdet af den formodede praksis.¹⁴⁹ Hans udtalelser indebærer i virkeligheden, at der skal etableres et hierarki i analysen, hvorefter følgende elementer inddrages i den anførte rækkefølge: 1) *indhold*, 2) *formål* og 3) *kontekst*.¹⁵⁰ Wahl accepterede dog samtidigt, at en formalistisk tilgang ikke er uproblematisk, idet fremgangsmåden risikerer at skade de almene interesser, som konkurrencereglerne beskytter.¹⁵¹ Derfor foreslog han, at erfaring og økonomisk videnskab, bør vægtes højere i vurderingen:

”Kun adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen og den økonomiske videnskab foreligger og er let at påvise, bør således anses for at have et konkurrencebegrænsende formål og ikke aftaler, som, henset til den sammenhæng de indgår i, har tvetydige virkninger på markedet, eller som indebærer accessoriske begrænsende virkninger, der er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges”.¹⁵²

Der kan anskues tendenser mod, at EU-Domstolen tilegnede sig enkelte dele af Wahls model. EU-Domstolen bekræftede i sagen, at visse former for hemmelig adfærd, såsom kartellers horisontale

¹⁴³ Ibid., pr. 82.

¹⁴⁴ Dette er fastslået tidligere i C-56 & 58/64 Consten Grundig, men Allianz-sagen skabte forvirring.

¹⁴⁵ Nagy: The Distinction between Anti-Competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?, s. 555.

¹⁴⁶ Forslag fra Wahl i sag 67/13 CB, pr. 47 ff.

¹⁴⁷ Ibid., pr. 27 ff.

¹⁴⁸ Ibid., pr. 52.

¹⁴⁹ Ibid., pr. 44.

¹⁵⁰ Ibid., pr. 45.

¹⁵¹ Ibid., pr. 54.

¹⁵² Ibid., pr. 56.

pristfastsættelser, erfaringsmæssigt kan have så negative virkninger på prisen, kvantiteten og kvaliteten af varer og tjenesteydelser, at skadelige virkninger ikke skal godtgøres.¹⁵³ Dermed synes EU-Domstolen at lægge større vægt på erfaring end set i tidligere retspraksis, hvilket også bemærkes af *Javier Ruiz Calzado* og *Andreas Scordamaglia-Tousis* i litteraturen.¹⁵⁴

CB-sagen indebærer, at selv en ”*til formål-afgørelse*” skal træffes under hensyntagen til den konkrete markedssammenhæng, i hvert fald hvor der ikke er tale om ”klare” lovovertrædelser. Afgørelsen er af væsentlig betydning, da selv en hardcorebegrænsning som en prisvedtagelse, ikke altid ”*per se*” skal fordømmes. EU-Domstolen har i sagen indledt en mere indskrænket og effektbaseret fortolkning af ”*til formål-kriteriet*”, men tager samtidigt forbehold om at kunne forbyde adfærd, som erfaringsmæssigt må formodes at have konkurrenceskadelige følger.¹⁵⁵

3.3.3.4. Den summariske formålsvurdering

EU-Domstolen har den 19. marts 2015 afsagt dom i *sag C-286/13 P Dole Food*. Sagen vedrørte en række større frugtproducenter, herunder *Dole-gruppen*, *Chiquita* og *Weichert*, der internt havde samordnet deres referencepriser for bananer, som blev markedsført i Centraleuropa.

EU-Domstolen fastslog i sagen med direkte reference til *sag C-8/08 T-Mobile*, at en aftale om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter er i strid med konkurrencereglerne, såfremt den fjerner usikkerhedsgraden om markedets funktion og følgelig begrænser konkurrencen.¹⁵⁶ Dette synspunkt er i overensstemmelse med fast retspraksis,¹⁵⁷ og fremgår endvidere af EU-Kommissionens *Meddelelse om konkurrencebegrænsende formål*.¹⁵⁸ EU-Domstolen afgjorde på dette grundlag, at både EU-Kommissionen og EU-retten med rette havde konstateret, at de pågældende virksomheder var indtrådt i et konkurrencebegrænsende kartel.¹⁵⁹ Afgørelsen blev begrundet med EU-Rettens forklaring om, at ”(...) *referencepriserne fungerede som signaler, tendenser eller indikationer til markedet om den forventede udvikling i bananprisen...*”¹⁶⁰

Umiddelbart virker sagen uproblematisk og i overensstemmelse med afhandlingens tidligere konklusioner.¹⁶¹ Der kan dog alligevel sættes kritiske spørgsmålstejn ved, om EU-Domstolen fortolkede ”*til formål-kriteriet*” indskrænkende, således som det blev præciseret i *CB-Sagen*.¹⁶² *Dole-selskaberne* havde i sagen argumenteret for, at kommunikationen mellem selskaberne blev foretaget af ansatte, som ikke var ansvarlige for fastsættelsen af referencepriserne.¹⁶³ Denne påstand var ikke blevet bestridt af EU-Kommissionen i den tidligere sagsbehandling.¹⁶⁴ Derudover blev det fastslået, at selskabernes aftaleforhold kunne falde ind under ”*til formål-kriteriet*”, selvom kommunikationen ikke var direkte knyttet til detailpriserne på markedet.¹⁶⁵ Man kan derfor undre sig over, hvordan selskabernes adfærd kunne kvalificeres som værende ”*tilstrækkelig skadelig for konkurrencen*” under hensyntagen til de konkrete omstændigheder.

¹⁵³ C-67/13 CB, pr. 51.

¹⁵⁴ Scordamaglia-Tousis og Calzado: *Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What Is not a 'by object' Restriction of Competition*, s. 2.

¹⁵⁵ EU-Domstolen bekræfter teorien om *neccessary effects* for klare overtrædelser, jf. f.eks. Odudu: *Interpreting Article 81 (1): The Object Requirement Revisited*, s. 379.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pr. 121, jf. C-8/08 T-Mobile, pr. 35.

¹⁵⁷ T-25/95 mfl. *Cimenteries; T-380/10 Wabco*, pr. 39.

¹⁵⁸ Kmedd. om konkurrencebegrænsende formål af den 25.6.2014, pkt. 2.6.

¹⁵⁹ C-286/13 P *Dole Food*, pr. 134.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pr. 130.

¹⁶¹ Hugmark & Becher argumenterer for, at afgørelsen er i overensstemmelse med retspraksis i *Dole v Commission: Exchange of Information, Between Competitors, On Price-Related Parameters*, s. 1-2.

¹⁶² C-67/13 CB, pr. 58.

¹⁶³ C-286/13 P *Dole Food*, pr. 106.

¹⁶⁴ *Bananas*, C(2008)5955.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pr. 123.

Afgørelsen bekræfter imidlertid den summariske formålsvurdering af hardcorebegrænsninger i form af klassiske priskarteller.¹⁶⁶ Disse forbydes fortsat ”*per se*” pga. deres konkurrenceskadelige natur. Det kan af sagen udledes, at der ikke foretages en indskrænkende fortolkning af sådanne aftaletyper, idet erfaringen dokumenterer deres konkurrenceskadelige virkninger. *Dole-sagen* må derfor siges at ligge i smuk forlængelse af udtalelserne i *CB-sagen*.¹⁶⁷

3.4. Bagatelmeddelelsen og mærkbarhedskravet

EU-Domstolen har i retspraksis etableret en *de minimis doktrin*, hvorefter aftaler som kun i ringe omfang påvirker markedet, ikke omfattes af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1. Dette krav er ikke udtrykt i ordlyden af bestemmelsen, men blev første gang statueret i *sag C-5/69 Völk*. I sagen blev det afvist, at en leverandørs eneforhandlingsaftale kunne resultere i konkurrenceskadelige virkninger, da selskabet alene besad markedsandele mellem 0,2 og 0,5 %.¹⁶⁸

Sidenhen blev der i *sag C-19/77 Miller* indført en procentgrænse for markedsandele, hvilket har dannet baggrund for EU-Kommissionens udstedelse af de såkaldte *Bagatelmeddelelser*.¹⁶⁹ I *Miller-sagen* blev et eksportforbud af en producent med en markedsandel på 5-6 % anset for en mærkbar konkurrencebegrænsning.¹⁷⁰ I de følgende afsnit diskuteres *Bagatelmeddelelsens* retskildestatus og *mærkbarhedskravets* indflydelse på fortolkningen af ”*til formål-kriteriet*”.

3.4.1. EU-Kommissionens meddelelsers retskildestatus

EU-Kommissionen har den 25. juni 2014 offentliggjort en ny *Bagatelmeddelelse*,¹⁷¹ som har afløst *Bagatelmeddelelsen fra 2001*.¹⁷² Det skal i afhandlingen tilføjes, at *Bagatelmeddelelsen* er en meddelelse, hverken andet eller mere.¹⁷³ Den er ikke bindende for nationale domstoles eller EU-Domstolens fortolkning af *mærkbarhedskravet*.¹⁷⁴ *Meddelelsen* specificerer blot, hvorledes EU-Kommissionen internt skal fortolke reglerne. EU-Kommissionen vil ikke, hverken efter anmodning eller på eget initiativ, indlede procedurer i sager omfattet af *Meddelelsen*.¹⁷⁵

I KRL § 7, stk. 1 har man alligevel valgt at indsætte bagatelregler, som opererer med tærskelværdier for, hvornår en aftale mærkbart vil kunne begrænse konkurrencen. Reglerne er igen baseret på EU-retten, men der foreligger ikke EU-kongruens, idet man i EU-Kommissionens *Bagatelmeddelelse* har fjernet omsætningsgrænserne, og alene undersøger markedsandele.¹⁷⁶

3.4.2. Et kvantitativt og kvalitativt mærkbarhedskrav

Palle Bo Madsen og *Caroline Heide-Jørgensen* har i litteraturen sondret mellem henholdsvis et *kvalitativt* og et *kvantitativt mærkbarhedskrav* for konkurrencebegrænsende aftaler.¹⁷⁷

I *Bagatelmeddelelsen* er det *kvantitative mærkbarhedskrav* udgangspunktet, hvorefter *mærkbarhedsvurderingen* foretages på baggrund af aftaleparternes markedsandele. *Meddelelsen* opererer med markedsstærskler på 10 % for aftaler mellem konkurrenter (typisk horisontale aftaler) og 15 % for aftaler mellem ikke-konkurrenter (typisk vertikale aftaler).¹⁷⁸ Tærskelværdien sænkes til 5 % i de tilfælde, hvor der foreligger en kumulativ markedsafskærmning i form af parallelle netværk af lignende afta-

¹⁶⁶ Afsnit 3.3.2.3.

¹⁶⁷ C-67/13 CB, pr. 51.

¹⁶⁸ C-5/69 Völk, pr. 5-7.

¹⁶⁹ Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, s. 145.

¹⁷⁰ C-19/77 Miller, pr. 9-10.

¹⁷¹ De minimis Notice, 2014/C 291/ 01.

¹⁷² De minimis Notice 2001/C 368/13.

¹⁷³ Meddelelser er ”soft law” i modsætning til forordninger og direktiver, jf. TEUF art. 288.

¹⁷⁴ De minimis Notice, 2014/C 291/ 01, pkt. 7.

¹⁷⁵ Ibid., pkt. 5.

¹⁷⁶ Madsen: Markedsret del 1, s. 142.

Der redegøres ikke for de danske tærskelværdier i afhandlingen.

¹⁷⁷ Ibid., s. 115; Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 162 ff.

¹⁷⁸ De minimis Notice, 2014/C 291/ 01, pkt. 8-9.

ler.¹⁷⁹ EU-Kommissionen anser ikke tærskelværdierne for overtrådt, medmindre markedsandelene ligger 2 % over de angivne tærskler i to år i træk.¹⁸⁰ Der er tale om de samme tærskler og betingelser, som fandtes i *Bagatelmeddelelsen fra 2001*, hvorfor EU-Kommissionen må have anset værdierne for at have en passende størrelse.¹⁸¹

Det kvalitative mærkbarhedskrav baseres modsætningsvist på aftalens art samt den retlige og økonomiske kontekst, som den indgår i, herunder bl.a. konkurrencebegrænsningens karakter, virksomhedernes kommercielle og økonomiske forhold, markedets vilkår, adgangsbarrierer.¹⁸² I *Bagatelmeddelelsen* fremgår det således, at selvom en konkurrencebegrænsende aftale overskrider tærskelværdierne, er det ikke sikkert, at aftalen påvirker konkurrencen betydeligt.¹⁸³ Derudover eksisterer der en række undtagelser i *Bagatelmeddelelsen*, hvor de ovennævnte tærskelværdier ikke finder anvendelse, da enkelte aftaletyper altid kvalificeres som mærkbare.

3.4.3. Undtagelser i Bagatelmeddelelsen

Bagatelmeddelelsen gælder fortsat ikke for ”hardcore” og ”alvorlige” begrænsninger.¹⁸⁴ Desuden nævnes, som en simplificering i forhold til tidligere, de situationer med hardcorebegrænsninger, hvor de forskellige gruppefritagelsesordninger ikke kan finde anvendelse.¹⁸⁵ Det er derfor ikke muligt for en ikke-gruppefritaget aftale at undslippe mærkbarhedskravet.¹⁸⁶

Palle Bo Madsen har i litteraturen forklaret undtagelsen ved, at hardcorebegrænsninger efter deres art, vil være mere egnede til at begrænse konkurrencen mærkbart end mindre grove begrænsninger, hvorfor der normalt ikke kræves dokumentation for deres mærkbarhed.¹⁸⁷ Hardcorebegrænsninger er tillige undtaget i dansk konkurrencelovgivning, jf. KRL § 7, stk. 2, hvilket igen understreger den EU-konforme fortolkning herhjemme.

Den væsentligste præcisering, som *Bagatelmeddelelsen* fra 2014 førte med sig, var derimod, at bagatelreglerne nu ikke gælder for aftaler, som har ”til formål” at begrænse konkurrencen.¹⁸⁸ Denne præcisering skyldes primært EU-Kommissionens ønske om at bringe *Meddelelsen* i overensstemmelse med EU-Domstolens kontroversielle dom i *sag C-226/11 Expedia*.¹⁸⁹

Expedia-sagen omhandlede et aftalt samarbejde mellem rejsebureauerne *SNCF* og *Expedia*. Partnerskabet ledte til oprettelsen af et fælles datterselskab ved navn *GL Expedia* (senere *Agence de voyages SNCF.com*), som udbød salg af ferierejser til forbrugere over internettet. De franske konkurrencemyndigheder besluttede i 2009, at samarbejdet havde ”til formål” at begrænse konkurrencen, idet partnerskabet favoriserede datterselskabet på markedet for rejsebureau-tjenester. Sagen blev efterfølgende indbragt for de franske domstole, hvor *Expedia* påstod, at markedsandelen på 10 % ikke var overskredet og aftalen ikke havde en mærkbar indflydelse på markedet. Den nationale domstol forelagde EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, hvorefter det skulle vurderes, om konkurrencemyndighederne havde mulighed for at anvende TEUF art. 101, stk. 1 på en aftale under tærskelværdierne i *Bagatelmeddelelsen*.¹⁹⁰

¹⁷⁹ Ibid., pkt. 10.

¹⁸⁰ Ibid., pkt. 11.

¹⁸¹ Scordamaglia-Touses: New De Minimis Communication: 'De Minimis' and 'By Object' Restrictions of Competition Law, s. 699.

¹⁸² Madsen: Markedsret del 1, s. 116.

¹⁸³ De minimis Notice, 2014/C 291/ 01, pkt. 3.

T-374/94 mfl. European Night Services, pr. 102; T-7/93 Langnese-Iglo, pr. 98.

¹⁸⁴ De minimis Notice, 2014/C 291/ 01, pkt. 13-14.

¹⁸⁵ Ibid., pkt. 13 sml. De minimis Notice, 2001/C 368/07, pkt. 11.

¹⁸⁶ Gruppefritagelsesordningerne behandles ikke i afhandlingen.

¹⁸⁷ Madsen: Markedsret – del 1, s. 116.

¹⁸⁸ De minimis Notice, 2014/C 291/ 01, pkt. 2.

¹⁸⁹ Ibid., pkt. 2; FN 2.

¹⁹⁰ C-226/11 Expedia, pr. 13.

EU-Domstolen henviste i sagen til sin faste praksis og forklarede, at det ikke er nødvendigt at tage hensyn til en aftales ”virkninger”, såfremt den har ”til formål” at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.¹⁹¹ EU-Domstolen angav derefter, at sondringen mellem de alternative kriterier i TEUF art. 101 skyldes, at enkelte aftaler anses som konkurrenceskadelige af natur.¹⁹² EU-Domstolen fastslog på den baggrund, at aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål” altid skal kvalificeres som mærkbare: ”(...) en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen”.¹⁹³

Det blev dog efterfølgende konstateret, at der intet er til hinder for, at en national konkurrencemyndighed anvender bestemmelsen på aftaler, som ikke overstiger tærsklerne i *Bagatelmeddelelsen*, ”(...) forudsat at aftalen udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen...”¹⁹⁴ Udtalelserne harmonerer ikke med hinanden, hvorfor *Palle Bo Madsen* berettiget har sat spørgsmålstegn ved dommens præjudikatsværdi i litteraturen.¹⁹⁵ *Pinar Akman* har i artiklen ”The new shape of the de minimis defence for anti-competitive agreements” også forholdt sig kritisk til sagen, da hun mener, at dommen var forkert, og burde korrigeres i senere praksis.¹⁹⁶ EU-Kommissionen, har som nævnt ovenfor, afvist mærkbarhedskravet i *Bagatelmeddelelsen*, hvilket nødvendiggør en vurdering af reformens retlige konsekvenser for ”til formål-kriteriet”.

3.4.4. Retsvirkningerne ved lempelsen af mærkbarhedskravet

Reformen af mærkbarhedskravet må karakteriseres som værende i overensstemmelse med de centrale hensyn bag ”til formål-kriteriet”. Hvis en aftale anses som konkurrenceskadelig af natur, skabes der en generel formodning om, at denne tillige opfylder mærkbarhedskravet. Derudover sikrer reformen en pragmatisk og effektiv tilgang, hvor virksomheder og forbrugere kan føle sig sikre på, at mistænkelige aftaler analyseres individuelt, og dermed ikke undslipper nåleøjet gennem de såkaldte ”safe harbours”. På denne måde forøges retssikkerheden på markedet, og der skabes samtidigt en afskrækkende virkning for de virksomheder, der kunne overveje at indgå forbudte aftaler, som de ikke selv har anset som mærkbare.

Der findes imidlertid større ulemper end fordele ved lempelsen af mærkbarhedskravet.

Indledningsvist skal det fremhæves, at retskravet vil miste sin betydelige rolle i retspraksis. Retsstillingen vil utvivlsomt medføre en øget sagsbehandling og en omkostningsfuld retssagsproces, idet erhvervsdrivende ikke længere vil kunne forsvare sig bag *the de minimis defence*. Dermed opstår der mulighed for, at der kan ske sanktioneringer af aftaler, som aldrig vil kunne skade konkurrencen. Reformen kan have katastrofale følger, idet erhvervsdrivende formentligt vil agere mere tilbageholdende på markedet, hvorfor konkurrencen kraftigt kan reduceres.

Pinar Akman, har som nævnt ovenfor, forholdt sig kritisk over for *Expedia-sagen* i litteraturen. Hun finder sagen problematisk, idet EU-Domstolen fraviger tidligere retspraksis, og fjerner gennemsigtigheden på retsområdet.¹⁹⁷ Hun argumenterer også for, at reformen er formalistisk og modstridende med den økonomiske tilgang, som kendetegner konkurrenceretten i EU:

”The Court’s ruling in *Expedia* conflicts with the more economic approach to EU competition law which was at the core of the modernization process. To suggest that an agreement where the parties have, for example, a 2 % market share, has an appreciable effect on competition,

¹⁹¹ Ibid., pr. 35.

¹⁹² Ibid., pr. 36.

¹⁹³ Ibid., pr. 37.

¹⁹⁴ Ibid., pr. 38.

¹⁹⁵ Madsen: *Markedsret* del 1, s. 116.

¹⁹⁶ Akman: *The new shape of the De Minimis Defence for anti-competitive agreements*, s. 266.

¹⁹⁷ Akman: *The new shape of the De Minimis Defence for anti-competitive agreements*, s. 265-266.

*provided that the agreement affects trade between Member States, is a conclusion detached from economic reality”.*¹⁹⁸

Csongor István Nagy har tillige kritiseret retsinstitutionernes lempelse af *mærkbarhedskravet*, idet han ikke mener, at den udvidede kontekstanalyse, som blev foranlediget i *Allianz-sagen* (og tiltrådt i *CB-sagen*), harmonerer med den formalistiske metode i *Expedia-sagen*:

*”It would be self-contradictory to contend that the existence of anti-competitive object depends on the real conditions of the functioning of the market and on market structure, while holding that agreements anti-competitive by object are prohibited irrespective of the real conditions of the functioning and the structure of the market”.*¹⁹⁹

Forfatterens argumenter kan ikke anfægtes, da reformen forekommer modstridende med udviklingen på retsområdet. I min optik virker det derimod oplagt, at EU-Domstolen kan have fortrudt tilgangen i *Expedia-sagen*, hvorfor man senere i *Allianz-* og *CB-sagerne* indledte en effektbaseret fortolkning af *”til formål-kriteriet”*. EU-Domstolens sagsbehandling må anses som innovativ og man har ikke tidligere fraholdt sig fra at korrigere fejltagelser i retspraksis.

3.5. Fritagelsesmuligheder

3.5.1. Rule of reason-doktrinen

a) Amerikansk antitrustpraksis:

Som tidligere beskrevet i afhandlingen, findes der betydelige sammenfald mellem amerikansk antitrustpraksis og EU-konkurrenceretten, og i amerikansk ret eksisterer der et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, som svarer til TEUF art. 101. De amerikanske domstole har udviklet to tests til anvendelsen af forbuddet, som betegnes *”per se”* og *”rule of reason”*.²⁰⁰

En *”per se”* anvendelse af konkurrencereglerne medfører, at der udelukkende ses på den pågældende aftales karakter, og det bestemmes derudfra, hvorvidt der er sket en overtrædelse. En *”rule of reason”* anvendelse dækker over, at der ikke kan statueres en overtrædelse af forbuddet, inden der er foretaget en afvejning mellem henholdsvis aftalens skadelige og gavnlige virkninger for konkurrencen.²⁰¹ Derudover har man i retspraksis udarbejdet en *”mellemløst”* benævnt *”quick look analysen”*, hvor domstolene tager et *”hurtigt kig”* på aftalens nærmere sammenhæng, forinden adfærden forbydes.²⁰² Metoden anvendes i de tilfælde, hvor selv en elementær forståelse af markedsadfærden i den givne kontekst, vil føre til den konklusion, at aftalen kan påvirke konkurrencen negativt.²⁰³ I sådanne situationer etableres der en omvendt bevisbyrde, hvorefter de erhvervsdrivende skal bevise gavnlige virkninger af aftalen.²⁰⁴

Det har i litteraturen været diskuteret, hvorvidt *konkurrencebegrænsnings-* og *mærkbarhedskravene*, skal ses som et udtryk for en slags *”rule of reason”* i Unionens konkurrenceret.²⁰⁵ I fremstillingen undersøges det, om doktrinen anvendes under formålsvurderingen i EU.

¹⁹⁸ Ibid., s. 265.

¹⁹⁹ Nagy: The Distinction between Anti-Competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?, s. 560.

²⁰⁰ Madsen: Markedsret del 1, s. 117.

²⁰¹ Iversen mfl.: Regulating competition in the EU, s. 57 ff.

²⁰² Nagy: EU and US Competition Law: Divided in Unity? : The Rule on Restrictive Agreements and Vertical Intra-brand Restraints. s. 7.

²⁰³ Ibid., s. 121.

²⁰⁴ Ibid., s. 126.

²⁰⁵ Whish & Bailey: Competition Law, s. 128-136; Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten I EU, s. 128.

b) Strukturelle forskelle i regelsættene:

Den opmærksomme læser vil have bemærket, at ”*rule of reason-doktrinen*” skulle have været diskuteret i relation til ”*konkurrencebegrænsningskriteriet*”, og ikke fritagelsesmulighederne. Emnet behandles i dette afsnit, da metoden kan afkræfte en aftales konkurrenceskadelige karakter og skabe konflikt i strukturen mellem TEUF art. 101, stk. 1 og 3 (og KRL § 6 og 8).

Det teoretiske udgangspunkt er efter opbygningen af regelsættene, at aftaler kun kan fritages, hvis de kumulative fritagelsesbetingelser i TEUF art. 101, stk. 3 eller KRL § 8, stk. 1 opfyldes.²⁰⁶ Denne holdning indtages også af EU-Kommissionen i *Meddelelsen om anvendelsen af TEUF art. 101, stk. 3*, hvori det præciseres, at ”(...) Afvejningen af konkurrenceskadelige og konkurrencefremmende virkninger foretages udelukkende inden for rammerne af TEUF art. 81, stk. 3”.²⁰⁷

I det amerikanske retssystem er forbudsbestemmelsen bygget anderledes op derved, at der ikke til reglen er knyttet nogen fritagelsesbestemmelse.²⁰⁸ I sådanne tilfælde opstår der et naturligt behov for at kunne lempe på anvendelsen af forbuddet for aftaler med klare fordele.

Derudover vil implementeringen af ”*rule of reason-doktrinen*” indebære, at myndigheder og domstole forpligtes til at foretage en afvejning af konkurrencefremmende og -begrænsende elementer i deres egen sagsbehandling. Det skyldes, at retsinstitutionerne har bevisbyrden for at dokumentere overtrædelser af forbudsbestemmelserne.²⁰⁹ Fremgangsmåden må anses for at være i strid med TEUF art. 101, stk. 3 og KRL § 8, stk. 1, hvor bevisbyrden i stedet påhviler de erhvervsdrivende, der ønsker at påberåbe sig fritagelse.²¹⁰

Doktrinen er derfor ikke forenelig med strukturen i de danske og EU-retlige konkurrenceregler.

c) Afkræftelsen af et konkurrencebegrænsende formål:

Diskussionen om ”*rule of reason*” har haft en begrænset betydning for ”*til formål-kriteriet*”. Det er gennem retspraksis blevet fastslået, at aftaler med ”*konkurrencebegrænsende formål*” anses som konkurrenceskadelige, uden nogen nærmere dokumentation for deres indvirkning eller mærkbarhed på markedet.²¹¹ Sådanne aftaler anses som ulovlige, uanset om de forfølger andre, lovlige formål.²¹² *Pieter Van Cleynenbreugel og David Bailey* har på baggrund af EU-Domstolens udtalelser argumenteret for, at indgåelsen af sådanne aftaler burde resultere i en definitiv overtrædelse af TEUF art. 101, hvorfor sagsbehandlingen ikke behøver at fortsætte.²¹³

EU-Domstolen har alligevel i retspraksis statueret, at kontekstanalysen kan afkræfte, hvad der på facaden fremtræder som konkurrencebegrænsende. Det er endvidere blevet fastslået, at aftaler med ”*konkurrencebegrænsende formål*” kan være ”*objektivt begrundede*” eller have ”*legitime formål*”, som eventuelt kan undtage sanktioneringen af den pågældende adfærd. Denne terminologi er ikke tidligere blevet anvendt i håndhævelsen af TEUF art. 101, stk. 1.²¹⁴

I de forenede sager *C-403 og 429/08 Premier League* blev det fastslået, at en indeholdt klausul i en licensaftale havde ”*til formål*” at begrænse konkurrencen, medmindre aftalekonteksten kunne affærdige aftalens konkurrenceskadelige natur.²¹⁵ EU-Domstolen udtalte i *sag C-439/09 Pierre Fabre*, at

²⁰⁶ Iversen mfl.: *Regulating competition in the EU*, s. 58.

²⁰⁷ Kmedd. om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3. 2004/C 101/08, pkt. 11.

²⁰⁸ Iversen mfl.: *Regulating competition in the EU*, s. 58.

²⁰⁹ Rfo nr. 1/2003, art. 2, 1. pkt.; FT 2004/2005, tillæg A, s. 1638 v.sp.

²¹⁰ *Ibid.*, art. 2, 2. pkt.; *ibid.*, s. 1638 v.sp.

²¹¹ C-226/11 *Expedia*, pr. 35-36; C-209/07 *BIDS*, pr. 17.

²¹² C-96/82 mfl. *IAZ*, pr. 25; C-551/03 *P General Motors*, pr. 64; C-209/07 *BIDS*, pr. 21.

²¹³ *Van Cleynenbreugel*: *Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting Legal Form to the Realities of Modernization?*, s. 1419; *Bailey*: *Restrictions of competition by object under article 101 TFEU*, s.579-580.

²¹⁴ Terminologien anvendes ift. TEUF art. 102 og reglerne om de frie bevægeligheder, jf. f.eks.

T-201/04 *Microsoft*, pr. 688; C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, pr. 129

²¹⁵ C-403 & 429/08 *Premier League*, pr. 140.

selektive distributionssystemer er lovlige, hvis de er ”objektivt begrundede”.²¹⁶ I sag C-32/11 Allianz blev det påpeget, at de indgåede aftaler mellem forsikringsselskaberne og bilforhandlerne, eventuelt kunne fritages, hvis aftalerne var begrundet med forbrugerfordele, og havde hjemmel i national lovgivning.²¹⁷ I sag C-67/13 GB forholdte EU-Domstolen sig kritisk til sagsbehandlingen i tidligere instans, hvor EU-Retten anså bekæmpelsen af parasitisk adfærd som et ”legitimt formål”, men alligevel valgte at forbyde gebyrforanstaltningerne.²¹⁸

EU-Domstolens udtalelser indikerer, at kontekstanalysen er ”toledet” i den forstand, at den ikke blot anvendes til identificeringen af aftaler med ”konkurrencebegrænsende formål”, men samtidigt også vil kunne afkræfte en sådan formodning. I de førnævnte sager blev der derimod ikke redegjort for, hvilke betingelser der kan begrunde en fritagelse i TEUF art. 101, stk. 1. Retsstillingen giver anledning til følgende spørgsmål: *Har EU-Domstolen accepteret ”rule of reason-doktrinen” og har man i realiteten fjernet det kvalitative mærkbarhedskrav?*

EU-Domstolen har tidligere anerkendt, at enkelte aftaler falder uden for TEUF art. 101, stk. 1. Det fremgår f.eks. af sag C-27/87 Erauw-Jaquery, hvor en licensaftale om såsæd lovligt kunne indeholde en klausul, hvorefter licenstagere ikke måtte sælge basissåsæd videre til andre formeringsvirksomheder. EU-Domstolen forklarede i sagen, at udviklingen af basislinjer, ofte er forbundet med betydelige økonomiske ofre, hvorfor produktionsindsatsen skulle anerkendes. Klausulen udsprang af licenshaverens rettigheder og kunne af den grund ikke forbydes.²¹⁹

I C-238/05 Asnef-Equifax fandtes en horisontal informationsudveksling om kreditoplysninger, ikke at have ”til formål” at begrænse konkurrencen, da den skulle gøre relevante oplysninger om låntagere tilgængelige for kreditudbydere på markedet.²²⁰ Informationsudvekslingens positive egenskaber opvejede, at der var tale om en aftaleform, der normalt forbydes i praksis.

Hvis fokus i stedet vendes mod terminologien ”legitime formål” og ”objektive begrundelser”, så har EU-Domstolen ikke afgrænset begreberne fra hinanden eller kontekstanalysen i praksis. *Generaladvokat Mazák* forsøgte i sit forslag til *Pierre Fabre-sagen* at argumentere for, at en ”objektiv begrundelse” skal være af offentligtretlig karakter, inden den kan afkræfte en aftale med et ”konkurrencebegrænsende formål”.²²¹ I forslaget henviste han til *Wouters-sagen*, som vedrørte det hollandske advokatsamfunds forbud mod samarbejder for advokater og revisorer.

I C-309/99 *Wouters* statuerede EU-Domstolen, at ikke alle aftaler, der begrænser parternes handlefrihed, er omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, men at konteksten skal tages i betragtning, herunder hvilket mål, der søges opnået.²²² I sagen nåede EU-Domstolen frem til, at reglerne ikke gik længere end nødvendigt for at sikre en ordentlig retspleje i branchen.²²³ ”*Wouters-testen*” er sidenhen blevet bekræftet i afgørelser af tilsvarende karakter, herunder i sager omhandlende dopingregler, uddannelsesregler og et nationalt geologiråds tarif.²²⁴

EU-Domstolen valgte derimod i *Pierre Fabre-sagen* at henvise til C-26/76 *Metro*, hvori det blev præciseret, at selektive distributionssystemer anses for lovlige, hvis udelukkelsen af aftagere, objektivt kan begrundes i afsætnings- og effektivitetshensyn.²²⁵ *Pierre Fabre* havde i sagen stillet krav til sine forhandlere om uddannet personale til salg af kosmetik og kropsplejemidler. EU-Domstolen vurderede i sagen, at varernes egenskaber ikke nødvendiggjorde sådanne tiltag, og ønskede om at bevare et

²¹⁶ C-439/09 *Pierre Fabre*, pr. 39.

²¹⁷ C-32/11 *Allianz*, pr. 47

²¹⁸ C-67/13 *CB*, pr. 75.

²¹⁹ C-27/87 *Erauw-Jaquery*, pr. 9-11; se også C-258/78 *Nungesser*, pr. 43.

²²⁰ C-238/05 *Asnef-Equifax*, pr. 46-48.

²²¹ Forslag fra *Mazák* i C-439/09 *Pierre Fabre*, pr. 31-35;

Holdningen støttes af *Goyder* i ”*Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements*”, s. 330.

²²² C-309/99 *Wouters*, pr. 97.

²²³ *Ibid.*, pr. 110.

²²⁴ C-519/04 *P Meca-Medina*, pr. 42; C-1/12 *OTOS*, pr. 65-92; C-136/12 *Consiglio nazionale*, pr. 55

²²⁵ C-439/09 *Pierre Fabre*, pr. 41, jf. C-26/76 *Metro*, pr. 20 (”*Metro-doktrinen*”).

prestigebetonet image heller ikke udgjorde et ”*legitimt formål*”.²²⁶ Dommen illustrerer dog alligevel, at kommercielle hensyn som opretholdelsen af specialhandel for ydelser af teknisk høj kvalitet, kan begrunde en begrænsning af konkurrencen.²²⁷

Det må af ovennævnte grunde anses for tvivlsomt, at der eksisterer en reel forskel mellem kontekst-analysens afkræftende karakter og EU-Domstolens nye terminologi på retsområdet. I EU-Kommissionens *Meddelelse om konkurrencebegrænsende formål* foretages der heller ikke en afgrænsning af metoderne. Heri tilføjes det, at sådanne aftaler undtagelsesvist kan være kompatible med TEUF art. 101, hvis de er objektivt nødvendige for indgåelsen af en bestemt type aftale eller for at beskytte en legitim målsætning, såsom sundhed og sikkerhed.²²⁸

I *Meddelelsen* henvises der til vertikale aftaler, som enten styrker konkurrencen på et marked, åbner et marked eller giver en ny konkurrent adgang til markedet.²²⁹ Fritagelsesmuligheden har primært været anvendt under effektanalysen, hvor man har fritaget aftaler, som i konkrete situationer har resulteret i konkurrencefremmede fordele, f.eks. licensaftaler, franchiseaftaler, selektive distributionssystemer og eksklusive købsaftaler med særlige forbrugerfordele.²³⁰

EU-Domstolens retspraksis må siges at indeholde en overvejelse af konkurrencefremmende og -begrænsende elementer i formålsvurderingen.²³¹ Der er derimod ikke tale om en egentlig afvejning ligesom i amerikansk antitrustpraksis. EU-Domstolen benytter i stedet en metode, hvor det først vurderes, om der foreligger en begrænsning, og dernæst om den er nødvendig for at sikre et legitimt formål (kommerciel/offentlig) eller et konkurrencefremmende formål.²³² Analogien med ”*rule of reason*” er derfor ikke passende med løsningsmodellen i EU-retten, hvilket også kan forklare, hvorfor EU-Retten tidligere har afvist doktrinen i retspraksis.²³³

Udviklingen harmonerer imidlertid ikke med EU-Domstolens udtalelser om, at sådanne aftaler forbydes, uanset de forfølger andre, lovlige formål. Udsagnene kan måske forenes på det grundlag, at et legitimt formål ikke er nok, men at aftalen også skal gavne konkurrencen. Derudover kan analysen ikke meningsfuldt adskilles fra det *kvalitative mærkbarhedskrav*, som blev afvist i *Expedia-sagen* og senere af EU-Kommissionen. Analysen indebærer en kvalificering af en aftales indflydelse på markedet, herunder om dens fordele opvejer eventuelle ulemper.

Retsstillingen er præget af usikkerhed og analysens udstrækning bør afklares i fremtiden.

d) Bevisbyrderegler:

EU-Domstolens tilgang har mange lighedspunkter med ”*quick look-analysen*” i amerikansk ret, hvorfor spørgsmålet om en omvendt bevisbyrde, tillige er opstået i EU-konkurrenceretten. *David Bailey* har argumenteret for, at bevisbyrden forbliver hos konkurrencemyndighederne og domstolene, men at dokumentationen for de underliggende, faktiske omstændigheder påhviler aftaleparterne.²³⁴ *Andrangelli og Odudu* er gået endnu længere og har påpeget, at aftaleparterne skal demonstrere fraværet af en aftales konkurrenceskadelige karakter.²³⁵

²²⁶ Ibid., pr. 46-47.

²²⁷ Ibid., pr. 40.

²²⁸ Kmedd. om konkurrencebegrænsende formål af den 25.6.2014, s. 4.

²²⁹ Ibid., FN 10, jf. Kmedd. om vertikale begrænsninger, 2010/C 130/01, pkt. 60-62;

Kmedd. om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/08, pkt. 18.

²³⁰ Bellamy & Child: *European Union Law of Competition*, s. 162-164.

²³¹ Mahtani: *Thinking Outside the Object Box; An EU and UK Perspective*, s. 37.

²³² C-309/99 *Wouters*, pr. 97; C-519/04 P *Meca-Medina*, pr. 42; C- 439/09, *Pierre Fabre*, pr. 41.

²³³ T-112/99 *Métropole télévision*, pr. 72-78; T-65/98 *Van den Bergh Foods*, pr. 106-107.

²³⁴ *Bailey: Presumptions in EU Competition Law*: s. 20.

²³⁵ *Andrangelli: From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty*, s. 225;

Odudu: Restrictions of Competition By Object – what’s the beef?, s. 14-15.

Diskussionen blussede for alvor op i *Premier League-sagen*, hvor en tv-licensaftale til engelsk fodbold fandtes konkurrenceskadelig, hvorefter bevisbyrden blev pålagt licensudbyderen.²³⁶ Retsstillingen er muligvis blevet bekræftet i *sag C-286/13 P Dole Food*, hvor EU-Domstolen igen fastslog, at selskaberne skulle føre modbevis for, at de ikke havde taget hensyn til referencepriserne i prisfastsættelsen af bananer.²³⁷ Det må derfor antages, at det er op til sagens parter at rejse anbringender om en mulig fritagelse på baggrund af sagens faktiske omstændigheder.

3.5.2. Accessoriske konkurrencebegrænsninger

EU-Domstolen har med inspiration i amerikansk ret besluttet, at en aftale kan indeholde en accessorisk konkurrencebegrænsning, hvis hovedindholdet af aftalen ikke har ”til formål” eller ”til følge” at begrænse konkurrencen, men alene forfølger legitime, kommercielle formål.²³⁸ Undtagelsen gælder kun accessoriske tiltag, der har en underordnet karakter i aftaleforholdet, og som direkte er knyttet til og er objektivt nødvendige for hovedaftalens gennemførelse.²³⁹

Metoden overlapper med fremgangsmåden i kontekstanalysen, hvorfor *Whish* og *Bailey* har argumenteret for, at det blot er denne metode, som har været anvendt gennem retspraksis.²⁴⁰ Man kan muligvis argumentere for, at en begrænsning altid vil være accessorisk i forhold til en aftales konkurrencefremmende formål, men der er formentligt tale om alternative metoder.²⁴¹

3.5.3. Fritagelsesreglerne i TEUF art 101, stk. 3 og KRL § 8

I TEUF art. 101, stk. 3 og KRL § 8 er der oprettet hjemmel til fritagelse af konkurrenceskadelige aftaler, som alternativt omfattes af bestemmelserne i TEUF art. 101, stk. 1 og KRL § 6, stk. 1.²⁴² Fritagelse kan gives til aftaler, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:²⁴³

- 1) *Aftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,*
- 2) *forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelene herved,*
- 3) *virksomhederne pålægges ikke begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og*
- 4) *virksomhederne må ikke have mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.*

Reglerne indebærer en egentlig afvejning mellem konkurrencefremmende og -begrænsende faktorer, hvorfor vurderingen klart adskiller sig fra kontekstanalysen i formålsvurderingen. Undtagelsesmuligheden er desuden et subsidiært trin i sagsbehandlingen, i modsætning til kontekstanalysen, som i stedet foretages for at finde frem til en aftales ”præcise formål”.

Som tidligere nævnt, kan kontekstanalysen være forholdsvis summarisk i tilfælde, hvor der er tale om ”klare” lovovertrædelser. Fritagelsesreglerne har derfor en større rolle i mere alvorlige sager, hvilket også fremgår af *sag T-461/07 Visa*, hvor EU-Retten præciserede, at ”åbenlyse konkurrencebegrænsninger” kun fritages, hvis betingelserne TEUF i art. 101, stk. 3 opfyldes.²⁴⁴

EU-Retten har også tidligere fastslået i *sag T-17/93 Matra Hachette*, at ”der i princippet ikke kan findes former for konkurrencebegrænsende praksis, som uanset omfanget af dens virkninger for et

²³⁶ C-403 & 429/08 Premier League, pr. 143.

²³⁷ C-286/13 Dole Foods, pr. 127.

²³⁸ Iversen mfl.: *Regulating competition in the EU*, s. 59.

²³⁹ C-399/93 Oude Luttikhuis, pr. 12-14; T-112/99 Métropole télévision, pr. 104 ff; Kmedd. om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 2004/C 101/08, pkt. 28-31.

²⁴⁰ *Whish & Bailey: Competition Law*, s. 128 ff.

²⁴¹ Forslag fra Trstenjak i C-209/07 BIDS, pr. 53-54.

²⁴² Reglerne danner også baggrund for gruppefritagelser, og der er i KRL § 10 oprettet særlig hjemmel.

²⁴³ Betingelserne, som er opregnet i KRL § 8, stk. 1, nr. 1-4, er en tillempet gengivelse af kriterierne i TEUF art. 101, stk. 3, jf. Kmedd. for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, 2004/C 101/97.

²⁴⁴ T-461/07 Visa, pr. 67.

bestemt marked ikke kan fritages".²⁴⁵ Der gøres derfor ikke brug af "per se-metoden" i EU-konkurrenceretten, hvorfor selv hardcorebegrænsninger kan opnå fritagelse.²⁴⁶

Afslutningsvist skal det påpeges, at aftaler indeholdende "konkurrencebegrænsende formål", sjældent vil opfylde betingelserne for fritagelse.²⁴⁷ Retsstillingen kan muligvis forklare, hvorfor retsinstitutionerne har accepteret en overvejelse af fordele og ulemper i kontekstanalysen. Erhvervsdrivende har derfor nu en øget mulighed for at undslippe forbudsbestemmelserne.

4. Perspektivering til TEUF art. 102 og KRL § 11

4.1. Introduktion

EU-Kommissionen har primært fokuseret på håndhævelsen af TEUF art. 101, men der er i de seneste år sket en udvikling i henhold til håndhævelsen af TEUF art. 102, som omhandler virksomheders misbrug af en dominerende stilling.²⁴⁸ Det er særligt sket ved, at EU-Kommissionen på det politiske niveau har forsøgt at nå frem til en hensigtsmæssig ordning for anvendelsen af bestemmelsen, idet denne tidligere er blevet anset som formalistisk kontra TEUF art. 101.²⁴⁹

Disse politiske tiltag er kommet til udtryk i EU-Kommissionens "Discussion Paper" fra 2005²⁵⁰ og senere ved opfølgning heraf med *Vejledningen om håndhævelsen af TEUF art. 102* i 2009.²⁵¹ Vejledningen markerer et paradigmeskifte fra en formalistisk tilgang, hvor flere adfærdsformer "per se" har været forbudt, til en mere effektbaseret tilgang. Kommissionen vil nu kun gribe ind, hvis der er sammenhængende og overbevisende dokumentation for, at adfærden er egnet til at føre til konkurrencebegrænsende markedsafskærmning.²⁵² I *Vejledningen* introduceredes der nye analysefaktorer, begreber og tests, hvoraf de mest relevante omtales i fremstillingen.

I afhandlingen foretages der en større perspektivering til den retlige udvikling i TEUF art. 102, som også har indflydelse på anvendelsen af KRL § 11 pga. *gennemførelsesforordningen*, og den EU-konforme fortolkning i dansk ret. Det centrale spørgsmål i afhandlingen er at vurdere og undersøge, hvorvidt "til formål-kriteriet" også anvendes under TEUF art. 102 og KRL § 11, da dette ikke fremgår af forbudsbestemmelsernes ordlyd.

Det er først og fremmest nødvendigt at redegøre for de centrale betingelser for anvendelsen af TEUF art. 102, hvor udgangspunktet er, at tre betingelser skal være opfyldt.²⁵³

- 1) Virksomheden skal indtage en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf,
- 2) den dominerende stilling skal være misbrugt, og
- 3) misbruget skal kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

4.2. Dominansbegrebet

I modsætning til TEUF art. 101, er det et krav i TEUF art. 102, at den eller de virksomheder som udøver misbrug, indtager en dominerende stilling på markedet.²⁵⁴ Det er imidlertid ikke en betingelse, at

²⁴⁵ T-17/93 Matra Hachette, pr. 85.

²⁴⁶ Bailey & Whish: Competition Law, s. 153.

²⁴⁷ Bailey: Restrictions of competition by object under article 101 TFEU, s. 593 ff.

²⁴⁸ Fejøl & Ølykke: EU-Konkurrenceret, s. 324

²⁴⁹ Colomo: The Law on Abuses of Dominance and the System of Judicial Remedies, s. 391;

Petit: From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, s. 485-488.

²⁵⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary abuses

²⁵¹ Kmedd. om håndhævelsesprioriteringer af TEUF art. 102, 2009/C 45/02.

²⁵² Ibid., pkt. 20.

²⁵³ Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, s. 110.

²⁵⁴ Markedsafgrænsningen behandles ikke i afhandlingen.

virksomheden indtager et *monopol*.²⁵⁵ Hvis dette er tilfældet, betyder det til gengæld, at en dominerende stilling er til stede, jf. f.eks. *de forenede sager C-6 og 7/73 Zoja*.²⁵⁶ Forbudsreglen omfatter også virksomheder, som er tildelt et ”legalt monopol”.²⁵⁷

Hvis der derimod ikke foreligger et *monopol*, indebærer anvendelsen af TEUF art. 102, at der skal foretages en konkret vurdering af forskellige faktorer, bl.a. markedsstrukturen, adgangsbarrierer, potentiel konkurrence og en vurdering af virksomhedernes økonomiske evne mv.²⁵⁸ Linjen blev lagt af EU-Kommissionen i *Continental Can-sagen*, hvorefter en markedsdominans foreligger, hvis en virksomhed har mulighed for en uafhængig adfærd, der sætter den i stand til at handle uden nogen større hensyntagen til konkurrenter, aftagere og leverandører.²⁵⁹ I *sag 85/76 Hoffmann-La Roche* valgte EU-Domstolen at definere begrebet mere indgående:

*”Begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne”.*²⁶⁰

Det følger endvidere af retspraksis, at man ved konkretiseringen af den ”abstrakte” definition af markedsdominans arbejder med markedsandele, idet der herved gives et fingerpeg om den styrke, som virksomheden har opnået på det relevante marked.²⁶¹ I EU-Domstolens retspraksis er man efterhånden nået frem til at arbejde med følgende kategorier:²⁶²

- En markedsandel på *mere end* 50 % vil under normale omstændigheder i sig selv være tilstrækkeligt til, at dominans antages at foreligge.
- Har virksomheden *mellem* 40 og 50 % i markedsandel, skabes der en formodning for dominans, og virksomheden vil blive anset for dominerende, såfremt der er supplerende indicier for dominans, herunder f.eks. konkurrenternes styrke og adfærd.
- Med en markedsandel på *mellem* 25 og 40 % er der en formodning for, at virksomheden ikke er dominerende, og her kan der kun i særlige tilfælde tænkes statueret dominans.
- Kommer markedsandelen *under* 25 %, er det meget usandsynligt, at virksomheden vil kunne blive anset for at være dominerende.

Den høje og stabile markedsandel skal fastholdes over en vis tidshorisont, der efter hidtidig domspraksis fastsættes til ca. 3 år.²⁶³

4.3. Misbrugsbegrebet

4.3.1. Anvendelsesområdet for TEUF art. 102 og KRL § 11

TEUF art. 102 og KRL § 11 anvendes over for en eller flere virksomheder, som misbruger deres dominerende stilling på markedet.²⁶⁴ Virksomhedsbegrebet defineres på samme måde som for konkurrencebegrænsende aftaler²⁶⁵ og forbuddet rammer både købers og sælgers misbrug.²⁶⁶ KRL § 11 er

²⁵⁵ Monopol: Der optræder reelt kun én sælger på markedet eller flere sælgere som en enhed.

Monopolisten kan ensidigt fastsætte sine priser og betingelser, jf. Madsen: Markedsret del 1, s. 38.

²⁵⁶ C-6 & 7/73 Zoja, pr. 9-18.

²⁵⁷ C-260/89 ERT-AE, pr. 31.

²⁵⁸ Kmedd. om håndhævelsesprioriteringer af TEUF art. 102, 2009/C 45/02, pkt. 12-18.

²⁵⁹ Continental Can, ABL 1972 L 7/25; C-27/76 United Brands, pr. 65 ff.

²⁶⁰ C-85/76 Hoffmann-La Roche, pr. 38 ff.

Definition har etableret sig i retspraksis: C-62/86 Akzo, pr. 69; C-202/07 France Télécom, pr. 103; C-52/09 TeliaSonera, pr. 23; C-549/10 P Tomra, pr. 38.

²⁶¹ C-85/76 Hoffmann-La Roche, pr. 41.

²⁶² Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, s. 112.

²⁶³ C-85/86 Hoffmann La-Roche; T-191/98 Atlantic Container Line;

Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, s. 112.

²⁶⁴ Virksomheder i forening kan have en kollektiv dominans på markedet, jf. Iversen mfl.: Regulating Competition in the EU, s. 267 ff.

²⁶⁵ Whish & Bailey: Competition Law, s. 177

udformet i overensstemmelse med TEUF art. 102, og bestemmelserne opregner et sæt ikke-udtømmende eksempler på konkurrencebegrænsende misbrug, herunder:²⁶⁷

- a) *Direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller andre urimelige forretningsbetingelser,*
- b) *begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne,*
- c) *anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere som derved stilles ringere i konkurrencen, eller*
- d) *at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.*

4.3.2. Misbrugsbegrebet

EU-Domstolen har i *sag 85/76 Hoffmann-La Roche* lavet en definition på misbrugsbegrebet.²⁶⁸

”Misbrugsbegrebet er et objektivi begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udført adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser”.

Definitionen går igen i nyere retspraksis,²⁶⁹ og indebærer særligt to elementer.²⁷⁰

For det første, at der er tale om adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked. Misbruget skal derfor kunne opretholde eller styrke den dominerende virksomheds stilling på markedet, herunder ved at eliminere eksisterende konkurrenter, eller holde nye konkurrenter ude fra markedet (markedsafskærmning). Markedsstrukturen skal kunne påvirkes i forhold til, hvad der alternativt havde været gældende, uden at adfærden var gennemført.

EU-Kommissionen har i *Vejledningen om håndhævelsen af TEUF art. 102* angivet syv generelle faktorer, som den finder relevante for vurderingen af, om en virksomheds adfærd vil kunne resultere i konkurrenceskadelig markedsafskærmning:²⁷¹

- 1) *Den dominerende virksomheds stilling,*
- 2) *forholdene på det relevante marked,*
- 3) *den stilling, den dominerende virksomheds konkurrenter indtager,*
- 4) *kundernes eller inputleverandørernes stilling,*
- 5) *omfanget af det pågældende misbrug,*
- 6) *mulige beviser på, at der faktisk foreligger markedsafskærmning og*
- 7) *direkte bevis på en eksklusiverende strategi.*

For det andet, at der tages andre midler i brug end i den ”normale konkurrence” om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på baggrund af de erhvervsdrivendes ydelser.

Det vil sige, at der anvendes midler, som ikke er forbeholdt dominerende virksomheder, men som i kraft af markedsstillingen, har negative virkninger på markedet (f.eks. loyalitetsrabatter).

²⁶⁶ Madsen: Markedsret - del 1, s. 167.

²⁶⁷ *Ibid.*, s. 170.

²⁶⁸ C-85/76 Hoffmann, La Roche, pr. 91.

²⁶⁹ C-62/85 AKZO, pr. 69; C-95/04 P British Airways, pr. 66; C-202/07 P France Télécom, pr. 104; C-280/08 Deutsche Telekom, pr. 174 mfl.

²⁷⁰ Fejø & Ølykke: EU-Konkurrenceret, s 326 ff.

²⁷¹ Kmedd. om håndhævelsesprioritering af TEUF art. 102, 2009/C 45/02, pkt. 20.

En dominerende virksomhed har altså en generel forpligtelse til ikke at skade konkurrencen,²⁷² men vil omvendt være berettiget til at ”konkurrere på ydelser”.²⁷³

EU-Kommissionen har i *Vejledningen om håndhævelsen af TEUF art. 102* etableret ”*equally efficient competitor test*”, hvorefter man kun vil gribe ind, hvis adfærden har begrænset eller er egnet til at begrænse konkurrencen for konkurrenter, der er mindst lige så effektive som den dominerende virksomhed.²⁷⁴ EU-Domstolen har i *sag 209/10 Post Danmark* forbundet testen med benyttelsen af ”normale midler” ved at forklare, at en sådan adfærd kan medføre, at ikke lige så effektive konkurrenter må forlade markedet.²⁷⁵

Afslutningsvist skal det påpeges, at det afgørende ikke er beskyttelsen af konkurrenterne eller forbrugerne, men beskyttelsen af den effektive konkurrenceproces. Virksomheder har forsøgt en argumentation i retning af, at der kun foreligger misbrug, hvis forbrugerne rammes direkte. Det er blevet afvist af EU-Domstolen, som har fastslået, at TEUF art. 102 også forbyder adfærd, som indirekte forvolder forbrugerne skade ved at hindre en virksom konkurrencestruktur.²⁷⁶

4.3.3. Udnyttende og ekskluderende adfærd

Et misbrug af en dominerende stilling kan være *udnyttende* ved at gennemtvinge unormale fordele, eller det kan være *ekskluderende* ved at holde konkurrenter ude af markedet.²⁷⁷

Det *udnyttende* misbrug rammer typisk virksomhedens aftagere og samhandelspartnere, mens det *ekskluderende* misbrug typisk rammer konkurrenterne. Misbrugseksemplerne i TEUF art. 102 og KRL § 11, stk. 3 er særligt rettet mod *udnyttende* misbrug (tying/bundling, predatory pricing og diskriminerende rabatter), men misbruget kan også antage *ekskluderende* karakter.

Sondringen er af væsentlig betydning, idet EU-Kommissionens *Vejledning om håndhævelsen af TEUF art. 102* alene omhandler virksomheders *ekskluderende adfærd*.

4.3.4. Et objektivt begreb

Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, der omfatter enhver dominerende virksomheds adfærd, som eventuelt kan påvirke konkurrenceprocessen og strukturen på markedet negativt.²⁷⁸ Bestemmelsen beskæftiger sig ikke med alternative kriterier ligesom i TEUF art. 101 og KRL § 6, men der stilles krav om, at adfærden skal være ”egnet til at skade konkurrencen”.

Det er derfor ikke en betingelse, at der skal påvises skadevirkninger på markedet, jf. f.eks. *sag T-203/01, Michelin II*, hvori det blev fastslået, at såfremt en dominerende virksomheds adfærd har ”*til formål*” at begrænse konkurrencen, vil denne adfærd tillige være egnet til at have en sådan ”*virkning*”.²⁷⁹ I *sag 95/04 P British Airways* afviste EU-Domstolen også et argument fra den tiltalte om, at EU-Kommissionen burde have undersøgt adfærdens sandsynlige virkninger. EU-Domstolen fandt det i sagen tilstrækkeligt, at man alene havde undersøgt de omtvistede rabatorordningers funktion og dokumenteret, at de havde en loyalitetsskabende virkning.²⁸⁰

²⁷² C-322/81 Michelin I, pr. 57.

²⁷³ Kmedd. om håndhævelsesprioriteringer af TEUF art. 102, 2009/C 45/02, pkt. 1 og 6.

²⁷⁴ Ibid., navnlig pkt. 23 & 41.

²⁷⁵ C-209/10 Post Danmark, pr. 24.

²⁷⁶ C-468 & 479/06 Sot. Lélou, pr. 180; C-52/09 TeliaSonera, pr. 24.

²⁷⁷ Whish & Bailey: Competition Law, s. 201-203.

²⁷⁸ Jf. C-85/76 Hoffmann, La Roche, pr. 91; C-62/86 AKZO, pr. 69;

²⁷⁹ T-203/01 Michelin II, pr. 241.

²⁸⁰ C-95/04 P British Airways, pr. 92-98.

4.4. Til formål-kriteriet i TEUF art. 102 og KRL § 11?

Palle Bo Madsen har i litteraturen argumenteret for, at det objektive kriterium i TEUF art. 102 og KRL § 11 er en pendant til formålsvurderingen i TEUF art. 101 og KRL § 6.²⁸¹ I afhandlingen sættes der spørgsmålstegn ved, om denne påstand er i overensstemmelse med retstillingen.

Indledningsvist må det konstateres, at begge objektive kriterier forfølger det samme formål, idet målet er at forbyde konkurrencebegrænsende adfærd, inden den materialiserer sig, og får konkurrenceskadelige virkninger på markedet. *Colomo* støtter dette synspunkt i litteraturen, hvor han indtager den holdning, at det objektive kriterium i TEUF art. 102 forbyder adfærd, som i retspraksis antages at være konkurrenceskadelig af natur, og som må formodes at have konkurrenceskadelige virkninger på markedet.²⁸²

Analogien med ”til formål-kriteriet” er endnu mere passende, hvis man tager hensyn til den måde, hvorpå karakteren af misbrugen identificeres. Konkurrencemyndigheder og domstole skal alene lægge vægt på objektive faktorer, men akkurat som i TEUF art. 101, stk. 1 og KRL § 6, kan subjektive intentioner være en relevant faktor i misbrugsvurderingen.²⁸³

Derudover kan konkurrencebegrænsende adfærd være ”objektivt begrundet” i begge regelsæt. I EU-Kommissionens *Vejledning om håndhævelsen af TEUF art. 102* fremgår det, at fritagelsen gælder i tilfælde, hvor sundheds- eller sikkerhedsmæssige årsager er nødvendige, eller hvis begrænsningen medfører proportionelle effektivitetsgevinster.²⁸⁴ Sidstnævnte er i realiteten et modstykke til TEUF art. 101, stk. 3, idet TEUF art. 102 ikke indeholder en tilsvarende regel.²⁸⁵ Det er også her op til virksomheden at rejse anbringender om en fritagelse.²⁸⁶

Forbuddene er dog møntet på forskellige situationer, da TEUF art. 101 kræver en ”fælles vilje” blandt flere markedsaktører, hvorimod TEUF art. 102 omhandler en eller flere virksomheders ”ensidige” misbrug på markedet.²⁸⁷ Reglerne tager også afsæt i forskellige virkeligheder, idet konkurrencebegrænsende aftaler indgås på et konkurrencepræget marked, hvor aktørerne har et ønske om at gøre konkurrenceforholdene mildere, mens et misbrug af en dominerende stilling sker på et marked, hvor reelt kun én virksomhed dikterer tempoet.

Lisa Lovdahl Gormsen omtaler endvidere de strukturelle forskelle mellem TEUF art. 101 og 102 i artiklen, ”*Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?*”. Heri påpeger hun, at der i TEUF art. 101 findes et retligt krav om en analyse i to etaper, hvor myndigheder og domstole forpligtes til at foretage formålsvurderingen, inden aftalens ”følger” undersøges.²⁸⁸ Dertil fremhæver hun korrekt og med reference til *sag T-65/98 Van den Bergh*, at intet forhindrer retsinstitutionerne i at anvende effektanalysen under TEUF art. 102, men det ikke er noget retligt krav for anvendelsen af forbuddet.²⁸⁹

EU-Retten har også tidligere afvist eksistensen af alternative kriterier under TEUF art. 102. Selvom det præciseres i *sag T-203/01 Michelin II*, at der alene stilles krav om et ”konkurrencebegrænsende formål” for anvendelsen af TEUF art. 102, blev det samtidigt konstateret, at en sådan adfærd også vil have ”konkurrenceskadelige følger”.²⁹⁰ EU-Retten fastslog yderligere, at bestemmelsen kun forbyder adfærd, som kan begrænse konkurrencen på markedet.²⁹¹

²⁸¹ Madsen: Markedsret del 1, s. 170.

²⁸² Colomo: Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, s. 15.

²⁸³ C-549/10 P Tomra, pr. 20-21.

²⁸⁴ Kmedd. om håndhævelsesprioriteringer af TEUF art. 102, 2009/C 45/02, pkt. 29-30.

²⁸⁵ Bellamy & Rose: European Union Law of Competition, s. 789-790.

²⁸⁶ T-201/04 Microsoft, pr. 688; T-321/05 AstraZeneca, pr. 686.

²⁸⁷ T-51/89 Tetra Park, pr. 22.

²⁸⁸ Gormsen: Are Anti-Competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU, s. 227-228.

²⁸⁹ Ibid.; T-65/98 Van den Bergh og senere opretholdt i C-552/03 P Unilever Bestfoods.

²⁹⁰ T-203/01 Michelin II, pr. 241.

²⁹¹ Ibid., pr. 237.

EU-Domstolen har alligevel indarbejdet en dikotomi i TEUF art. 102, hvilket uddybes nedenfor.

4.5. Udviklingen i retspraksis

4.5.1. Tidligere retspraksis

Tidligere retspraksis i EU illustrerede to gennemgående linjer: På den ene side eksisterede der adfærdsformer, hvor det altid var nødvendigt at påvise konkurrenceskadelige virkninger, og på den anden side misbrugsformer, som blev anset for konkurrenceskadelige af natur.

EU-Domstolene anså særligt tre misbrugsformer for at være konkurrenceskadelige ”*per se*”, inden offentliggørelsen af *Vejledningen* i 2009. Det omhandlede specifikt: 1) *loyalitetsskatter*, 2) *eksklusivitetsforpligtelser*, og 3) *underbudspriser*.²⁹² Sådanne adfærdsformer var ikke lovlige, medmindre de blev undtaget som ”*objektivt nødvendige*” i ekstraordinære tilfælde.²⁹³

De skadelige effekter, som loyalitetsskabende rabatter og eksklusive købsaftaler kan have, er i retspraksis antaget at have tre mulige dimensioner: 1) *De har til formål at gøre det umuligt for eller hindre køberen i at vælge sine egne forsyningskilder*, 2) *de begrænser markedsadgangen for andre leverandører (markedsafskærmning)* og 3) *kan medføre, at der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for konkurrerende kunder*.²⁹⁴ Sådanne adfærdsformer er ikke blevet anset for ”normale midler” i konkurrencen, idet de styrker virksomhedernes dominans.

EU-Domstolen statuerede også i *sag 62/86 AKZO*, at priser, der er lavere end gennemsnittet af virksomheders variable omkostninger (AVC), uden et økonomisk grundlag, har en klar hensigt om at eliminere en konkurrent, hvorfor de må betragtes som misbrug.²⁹⁵ Priser, der er lavere end de *gennemsnitlige samlede omkostninger* (ATC), men dog højere end de *gennemsnitlige variable omkostninger* (AVC), er derimod kun blevet betragtet som misbrug, hvis det samtidigt godtgøres, at der var en plan om at eliminere en konkurrent på markedet.²⁹⁶

EU-Domstolen har imidlertid afvist, at der skulle gælde et generelt forbud mod leverings- og licensnægtelse, idet selskaber selv skal kunne bestemme, hvem de ønsker at handle med.²⁹⁷ Derudover har man i nyere praksis indledt en effektbaseret tilgang til misbrugsformen tying.²⁹⁸ Den formalistiske fortolkningstilgang har alligevel præget retsbilledet gennem en årrække, hvorfor EU-Kommissionens *Vejledning* blev anset som et muligt vendepunkt på retsområdet.

4.5.2. EU-Kommissionens vejledning om TEUF art. 102

I henhold til de ovenfor angivne misbrugsformer, blev der med EU-Kommissionens *Vejledning* etableret nye analysemodeller til misbrugsvurderingen. ”*Equally efficient competitor testen*” blev indsat som den overordnede fremgangsmåde,²⁹⁹ og forbudsreglen skulle nu kun anvendes i tilfælde, hvor der findes klare beviser på et misbrug.³⁰⁰

For prisbaseret ekskluderende adfærd blev der indført en moderniseret pris-/omkostningstest. I vejledningen fravalgtes modellerne AVC og ATC, og i stedet blev fokus lagt på henholdsvis de *gennemsnitlige undgåelige omkostninger* (AAC) og de *langsigtede gennemsnitlige meromkostninger*

²⁹² Forslag fra Colomer i C-468/06 mfl. Sot. Léllos, pr. 56-59.

²⁹³ C-27/76 United Brands pr. 184; C-209/10 Post Danmark, pr. 40-42; C-202/07 France Telekom, pr. 111.

²⁹⁴ C-85/76 Hoffmann-La Roche, pr. 89-90; C-549/10 Tomra, pr. 71.

²⁹⁵ C-62/86 AKZO, pr. 71.

²⁹⁶ Ibid., pr. 72.

²⁹⁷ C-241-242/91 P Magill, pr. 50; C-418/01 IMS Health, pr. 40-47.

²⁹⁸ C-333/94 P Tetra Park, pr. 36-37 sml. med T-201/04 Microsoft, navnlig pr. 1035.

²⁹⁹ Kmedd. om håndhævelsesprioriteringer af TEUF art. 102 (2009/C 45/02), navnlig pkt. 23 & 41.

³⁰⁰ Ibid., pkt. 20.

(LRAIC).³⁰¹ Samtidigt blev der stillet krav om en konkret vurdering i tilfælde, hvor prisen ligger mellem LRAIC og AAC, hvor fokus stadigvæk er på prissætterens elimineringshensigt.³⁰²

Vejledningen indeholdte også en større opblødning i henhold til eksklusivitetsforpligtelser, da en sådan adfærd skal være til skade for forbrugere og købere på markedet, førend forbuddet finder anvendelse i praksis. I vurderingen skal der lægges vægt på den kumulerede virkning af samtlige de forpligtelser, som den dominerende virksomhed pålægger sine købere i praksis.³⁰³

EU-Kommissionen etablerede en ny ”effective price test” i forhold til betingede rabatter.³⁰⁴ Testen indebærer en undersøgelse af, hvilken pris en konkurrent er nødt til at tilbyde, for at kompensere over en konkurrents misbrug af loyalitetsrabatter. Den pris, som en konkurrent skal matche, er ikke den dominerende virksomheds gennemsnitspris, men den effektive pris, som anvendes på den konkurrenceudsatte del af efterspørgslen, dvs. den normale pris minus den rabat, som kunden mister ved at skifte leverandør. Hertil benyttes den samme pris/omkostningstest, som bruges mht. prisbaseret adfærd.³⁰⁵ I de tilfælde, hvor prisen ligger gråzonen mellem hhv. AAC og LRAIC, skal der foretages en supplerende vurdering af, hvorvidt konkurrenterne vil have effektive modstrategier på markedet.³⁰⁶

Det skal i de efterfølgende afsnit undersøges, om EU-Domstolene har taget Kommissionens Vejledning til sig, og dermed indledt en effektbaseret fremgangsmåde under TEUF art. 102.

4.5.3. Retspraksis efter udstedelsen af EU-Kommissionens Vejledning

Solvay:

Den første afgørelse, som blev afsagt efter udstedelsen af EU-Kommissionens Vejledning, var sag T-57/01 Solvay af den 17. december 2009.³⁰⁷ Solvay var blevet pålagt en bøde på EUR 20.000.000 for at have indgået aftaler med deres kunder om, at disse ubegrænset eller for en usædvanlig lang periode udelukkende eller næsten udelukkende skulle dække deres behov for soda hos Solvay. Selskabet havde supplerende ydet loyalitetsskabende ”top slice rabatter” til de kunder, som foretog deres merindkøb hos Solvay, og dermed ikke hos deres konkurrenter.

EU-Kommissionens afgørelse forelå den 15. januar 2003, hvilket vil sige inden udstedelsen af Vejledningen.³⁰⁸ Selvom EU-Rettens afgørelse omhandlede en appel af EU-Kommissionens afgørelse, og derfor var uanvendelig i den relevante sag, valgte EU-Retten til stor forundring, ikke at omtale EU-Kommissionens nye forslag.³⁰⁹ EU-Retten ignorerede Vejledningen og fandt, at rabatterne ikke var begrundet i økonomiske fordele som følge af effektivitet og stordrift, men i stedet udgjorde en loyalitetsrabat.³¹⁰ EU-Retten konkluderede på den baggrund og med henvisning til tidligere retspraksis, at loyalitetsrabatter er konkurrenceskadelige af natur.³¹¹

Deutsche Telekom og TeliaSonera:

I sag C-280/08 P Deutsche Telekom af den 14. oktober 2010 indledte EU-Domstolen derimod en effektbaseret fremgangsmåde til misbrugsformen ”margin squeeze”. Deutsche Telekom havde tidligere haft et lovfæstet monopol på telemarkedet i Tyskland, men var blevet udsat for en øget konkurrence pga. liberalisering af markedet. Selskabets telenet omfattede stadigvæk et stort antal abonnementsled-

³⁰¹ Ibid., pkt. 25.

³⁰² Ibid., pkt. 64-66.

³⁰³ Ibid., pkt. 33.

³⁰⁴ Ibid., pkt. 41.

³⁰⁵ Ibid., pkt. 43-44.

³⁰⁶ Ibid., pkt. 44.

³⁰⁷ Sagen har været indbragt for EU-Domstole (C-109/10 P), men EU-Rettens dom er mere interessant, idet EU-Domstolen annullerede Kommissionens beslutning pga. teorien om ”retten til forsvar”.

³⁰⁸ COMP/33.133 – C: Soda- Solvay.

³⁰⁹ Gormsen: Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?, s. 238.

³¹⁰ T-57/01 Solvay, pr. 354.

³¹¹ Ibid., pr. 316-320.

ninger til alle slutbrugere i Tyskland, og virksomheden solgte adgang til ledningerne til såvel forbrugere som konkurrenter. *Deutsche Telekom* var pålagt prisregulering fra staten, men blev alligevel beskyldt for at holde engrospriserne kunstigt oppe.

EU-Kommissionen fandt i 2003, at *Deutsche Telekom* havde overtrådt TEUF art. 102 ved at udøve et unødigt avancepres, som begrænsede konkurrencen på det pågældende marked.³¹² Selskabet fik en bøde på EUR 12.800.000, hvorefter sagen blev indbragt for EU-Domstolene.

I appelsagen fastslog EU-Domstolen, med henvisning til den etablerede omkostningsanalyse, at en prisklemme med ekskluderende hensigt ikke udgør et misbrug, hvis den ikke vanskeliggør konkurrerende virksomheders mulighed for at komme ind på markedet.³¹³ Selskabet blev i sagen dømt for at ekskludere sine konkurrenter,³¹⁴ men det ændrer ikke ved, at EU-Domstolen indledte en effektbaseret fremgangsmåde i forhold misbrugsformen ”margin squeeze”.

Fremgangsmåden er senere blevet bekræftet i *sag C-52/09 TeliaSonera* af den 17. februar 2011, der omhandlede lignende forhold angående ADSL-linjer i Sverige. EU-Retten udtalte i sagen, at ”(...) for at det kan fastslås, at sådanne afgifter har karakter af misbrug, skal deres konkurrencebegrænsende virkning på markedet foreligge...”³¹⁵

Post Danmark:

Den 27. marts 2012 offentliggjorde EU-Domstolen den principielle *sag 209/10 Post Danmark*. Sagen omhandlede omdeling af adresseløse forsendelser i Danmark, hvor *Post Danmark* primo 2004 havde overtaget tre af *Forbruger Kontrakts* vigtigste kunder, *Coop*, *SuperBest* og *Spar*. *Post Danmark* havde ifølge Konkurrencerådet misbrugt sin markedsstilling ved at anvende selektive lave priser til at kapre konkurrenternes kunder, hvilket også senere blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet og Østre Landsret. Højesteret valgte imidlertid at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, hvorefter det skulle vurderes, om *Post Danmark* uden hensigt kunne fastsætte sine priser mellem *ATC* og *AVC* og alligevel overtræde TEUF art. 102.³¹⁶

EU-Domstolen henviste i sagen til ”*equally efficient competitor test*” og konstaterede, at der kun foreligger et misbrug, hvis den dominerende virksomhed benytter sig af andre midler end konkurrence på pris og kvalitet.³¹⁷ Dernæst blev det tilføjet, at de forskellige priser ikke i sig selv indikerer, at der foreligger et ekskluderende misbrug, eller at forholdet kan kvalificeres som prisdiskrimination i TEUF art. 102.³¹⁸ EU-Domstolen erkendte dog, at priserne kan være vejledende i vurderingen, idet selektive lave priser som dækker de væsentligste omkostninger til varer og tjenesteydelser, er lovlige, hvis ikke de eliminerer en lige så effektiv konkurrent.³¹⁹

Afslutningsvist fastslog EU-Domstolen, at selektive lave priser ikke udgør et misbrug alene med den begrundelse, at prisen er lavere end de *gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC)*, når prisen ligger over de *gennemsnitlige inkrementelle omkostninger*.³²⁰ I sådanne situationer skal det undersøges, om en lige så effektiv konkurrent faktisk eller sandsynligvis elimineres til skade for konkurrencen og forbrugerne.³²¹ Denne vurdering skulle foretages af Højesteret,³²² som i *U.2013.1342 H* afsagde dom om, at en lige så effektiv konkurrent ville have mulighed for at konkurrere på *Post Danmarks* priser, hvorfor der ikke blev statueret misbrug i sagen.

³¹² *Deutsche Telekom*, EUT 2003 L 263/9.

³¹³ C-280/08 P *Deutsche Telekom*, pr. 254.

³¹⁴ *Ibid.*, pr. 255.

³¹⁵ C-52/09 *TeliaSonera*, pr. 64

³¹⁶ C-209/10 *Post Danmark*, pr. 18, sml. med *AKZO-testen*, pr. 72.

³¹⁷ *Ibid.*, pr. 25.

³¹⁸ *Ibid.*, pr. 30.

³¹⁹ *Ibid.*, pr., 38.

³²⁰ *Ibid.*, pr. 37

³²¹ *Ibid.*, pr. 44.

³²² *Ibid.*, pr. 45.

Afgørelsen illustrerer en effektbaseret tilgang til misbrugskategorien ”*selektive lave priser*”. EU-Domstolen fulgte ikke *AKZO-testen*, hvor der forlanges en elimineringshensigt i tilfælde, hvor prisen ligger mellem *AVC* og *ATC*.³²³ Konkurrencerådet havde i deres sagsbehandling ikke formålet at bevise nogen konkurrenceforvridende intention, hvorfor EU-Domstolen fandt sig forpligtet til undersøge adfærdens virkninger på markedet.³²⁴ EU-Domstolen synes dermed for alvor at have skabt en dikotomi mellem ”*formål*” og ”*følger*” i anvendelsen af TEUF art. 102.

Tomra:

I *sag 549/10 P Tomra*, som blev afsagt kun få uger efter afgørelsen i *sag 209/10 Post Danmark*, havde Domstolen mulighed for at ændre sin restriktive tilgang til loyalitetsbestemte rabatter. *Tomra-koncernen* fremstillede returautomater til tom drikkevareemballage og besad i længere perioder en markedsandel på over 95 % i Europa. EU-Kommissionen pålagde *Tomra-gruppen* en bøde på EUR 24.000.000 med den begrundelse, at selskabet havde forsøgt at hindre nye konkurrenter adgang til markedet.³²⁵ Det skete gennem eksklusivtetaftaler, som pålagde supermarkeder individuelle mængdeforpligtelser og bonusordninger med retroaktiv virkning.

EU-Kommissionens beslutning i *Tomra* gik forud for *Vejledningen*, hvorfor den blev anset for uanvendelig af EU-Domstolen.³²⁶ Appellanten forsøgte desuagtet at påberåbe sig, at alene adfærd i form af prissætning under selskabets omkostninger kunne resultere i et misbrug.³²⁷ Det blev imidlertid afvist af EU-Domstolen, som valgte at forbyde selskabets rabatorgning.³²⁸

EU-Domstolen lagde i stedet vægt på *Tomra-koncernens* adfærd og ikke ordningens virkninger på markedet.³²⁹ I sagen var det kun nødvendigt at dokumentere, at koncernens ekskluderende adfærd var i stand til at begrænse konkurrencen på markedet, idet ”(...) *en rabatorgning skal betragtes som værende i strid med artikel 102 TEUF, hvis den har til formål at hindre, at den dominerende virksomheds kunder foretager indkøb hos konkurrerende producenter.*”³³⁰

Dommen adskiller sig grundlæggende fra *sag T-203/01 Michelin*, da vurderingen udelukkende omhandlede adfærdens konkurrenceskadelige natur.³³¹ I sagen var der heller ikke tale om et decideret ”*per se*” forbud, idet EU-Domstolen tiltrådte EU-Rettens tilgang i forrige instans, hvor man havde overvejet sagens nærmere omstændigheder.³³² *Tomra-sagen* må derfor anses som endnu et bevis på en formålsvurdering i TEUF art. 102, og adskiller sig fra *Post Danmark-sagen*, hvor det fandtes nødvendigt at vurdere adfærdens virkninger på markedet.

Intel:

I *Intel* havde EU-Kommissionen bestemt, at *Vejledningen om håndhævelsen af TEUF art. 102* ikke ville blive anvendt i sagsbehandlingen.³³³ Ved sin afgørelse fra 2009, der var foranlediget af en klage fra en konkurrent, pålagde EU-Kommissionen *Intel* en bøde på EUR 1.060.000.000 for at have ydet rabatter til de kunder, som forpligtede sig til at bruge selskabets x86 CPU’er. *Intel* havde en dominerende stilling på markedet, idet de besad en markedsandel på hele 70 %.

³²³ C-62/86 AKZO, pr. 72.

³²⁴ C-209/10 Post Danmark, pr. 29

³²⁵ Tomra, EUT 2008 C 219/11.

³²⁶ C-549/10 P Tomra, pr. 83.

³²⁷ Ibid., pr. 50-53.

³²⁸ Ibid., pr. 73

³²⁹ Ibid., pr. 67.

³³⁰ Ibid., pr. 72.

³³¹ Afsnit 4.3.4.

³³² C-549/10 P Tomra, pr. 43, jf. T-155/06 Tomra, pr.213, 215 & 242.

³³³ Intel, EUT 2009, C 227/13.

Sagen blev indbragt for EU-retten, som i sin afgørelse skelnede mellem tre typer af rabatter, herunder 1) kvantumrabatter, 2) eksklusivitetsrabatter og 3) loyalitetskabende rabatter.³³⁴ EU-Retten fastslog, at den tredje kategori forudsætter en undersøgelse af konteksten, navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet. I den forbindelse skal det undersøges, om rabatten eliminerer eller begrænser køberens mulighed for at vælge sine forsyningskilder, hindrer konkurrenternes adgang til markedet eller styrker virksomhedens markedsdominans. EU-Retten nåede dog i sagen frem til, at *Intel* i stedet anvendte eksklusivitetsrabatter, hvilke anses som konkurrenceskadelige af natur, hvorfor yderligere analyser ikke var nødvendige.³³⁵ *Intel-dommen* indebærer derfor et ”*per se-forbud*” mod eksklusivitetsrabatter.

4.5.4. Den fremtidige tilgang

Det kan på baggrund af afhandlingen forrige afsnit konkluderes, at EU-Domstolene har indledt en mere effektbaseret fortolkning af TEUF art. 102. Der findes dog fortsat tilfælde, hvor det alene er fornødent at vurdere adfærdens karakter, herunder mht. eksklusivitetsforpligtelser.

EU-Kommissionens *Vejledning* er blevet fravalgt i hidtidig retspraksis, og EU-Domstolene har ikke anvendt nye pris/omkostningstests for bl.a. prisbaseret adfærd.³³⁶ Der er ikke noget nyt i EU-Domstolens anvendelse af ”*equally efficient competitor testen*”, som i forvejen var iværksat i *AKZO-sagen*.³³⁷ Det kan derimod ikke udelukkes, at EU-Domstolene vil begynde at anvende *Vejledningen* i fremtiden, hvilket også bemærkes af *Jens Fejø* og *Grith Ølykke* i litteraturen.³³⁸

Man kan alligevel sætte spørgsmålstegn ved, hvorfor den effektbaserede tilgang ikke er blevet anvendt i henhold til eksklusivitetsrabatter. I litteraturen har det bl.a. været diskuteret, om eksklusivitetsrabatter overhovedet udgør prisbaseret adfærd, hvorfor en omkostningsanalyse ikke er en adækvat løsningsmodel.³³⁹ Forklaringen er formentligt en anden, idet Domstolene konsekvent har fastslået, at eksklusivitetsforpligtelser anses for konkurrenceskadelige af natur.

Dette kan endvidere udledes af EU-Rettens afvisning af *mærkbarhedskravet* i *Intel-sagen*,³⁴⁰ hvilket illustrerer EU-Domstolenes ønske om at forene regel anvendelsen i TEUF art. 101-102. En sådan fortolkning kan eventuelt også forklare, hvorfor man har implementeret teorien om ”*objektivt begrundede konkurrencebegrænsninger*” i TEUF art. 101. EU-Domstolen har desuden på et tidligt stadie konstateret, at der skal foretages en kontekstanalyse under TEUF art. 102.³⁴¹

Fremgangsmåden blev imidlertid ikke benyttet i *Intel-sagen*, hvilket ikke er en ønskværdig retsstilling, da selv konkurrencefremmende foranstaltninger vil kunne forbydes i retspraksis.³⁴² En sådan tilgang har nærmest karakter af et ”*per se-forbud*”, hvilket er i strid med udviklingen på retsområdet. Retsstillingen kan sammenlignes med EU-Domstolens summariske tilgang til klassiske priskarteller i TEUF, art. 101, stk. 1, men en analyse bør og skal ikke udelukkes helt. Retsstillingen bliver forhåbentligt afklaret i *sagerne 413/14 P Intel* og *24/11 Post Danmark II*.

5. Konklusion

Formålet med afhandlingen har været at analysere og vurdere, hvordan ”*til formål-kriteriet*” skal fortolkes ved anvendelsen af nationale og EU-retlige konkurrenceregler.

³³⁴ T-286/09 *Intel*, pr. 75-78 – Der sker alene navneændring fra ”loyalitetsrabat” til ”eksklusivrabat”.

³³⁵ *Ibid.*, pr. 85-87.

³³⁶ Omkostningsanalyse adskiller sig meget lidt fra tidligere. jf. Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, s. 718.

³³⁷ 62/86 *AKZO*, pr. 72.

³³⁸ Fejø & Ølykke: EU-Konkurrenceret, s. 370

³³⁹ Whish: *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on*, s. 2; Colomo: *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 4.

³⁴⁰ T-286/09 *Intel*, pr. 116.

³⁴¹ C-322/81 *Michelin I*, pr. 73; T-228/97 *Irish Sugar*, pr. 114, C-549/10 *P Tomra*, pr. 43.

³⁴² T-286/09 *Intel*, pr. 85-87.

Der er i EU-Domstolens retspraksis opstået en intern konflikt mellem ”*til formål-kriteriets*” formalistiske natur og retsinstitutionernes ønske om en økonomi- og effektbaseret tilgang. EU-Domstolen har gennem retspraksis bevæget sig væk fra en formalistisk fortolkningsstilgang, hvor ”*til formål-kriteriet*” var begrundet i aftalers konkurrenceskadelige natur, og over til en effektbaseret fortolkning, hvor det i stedet tilsigtes at finde frem til den ”rigtige” afgørelse.

Dette er kommet til udtryk ved, at kontekstanalysen er blevet udvidet, hvorfor der nu kræves en indgående analyse af markedssammenhængen, inden aftaler falder ind under kriteriet. Analysen har til tider været overlappende med effektanalysen, men den principielle forskel er stadigvæk, at der i formålsvurderingen ikke skal tages hensyn til virkningerne på markedet. Særligt i *Allianz-sagen* var man alligevel tæt på at anvende, hvad der lignede en effektanalyse, men EU-Domstolen har senere indledt en indskrænket fortolkning af kriteriet i *CB-sagen*.

På nuværende tidspunkt anvendes der i realiteten en ”hybrid metode”, som både indeholder et analytisk og et formalistisk tilsnit. Der kan alene benyttes en summarisk analyse i tilfælde, hvor der er tale om ”klare” overtrædelser. EU-Domstolen har kun begrænset kategorien til klassiske priskarteller, men det kan ikke udelukkes, at andre hardcorebegrænsninger omfattes.

Kontekstanalysen bruges dog ikke kun til at identificere aftaler med ”*konkurrencebegrænsende formål*”, men den anvendes også til at afkræfte en aftales konkurrenceskadelige karakter. I retspraksis er man begyndt at låne terminologi fra TEUF art. 102, hvorfor forbudte aftaler kan være ”objektivt begrundede”. EU-Domstolen har ikke redegjort for brugen af terminologien, men i retspraksis vurderes det, om et gavnligt og nødvendigt formål opvejer begrænsninger.

Afslutningsvist blev der perspektiveret til TEUF art. 102, hvor EU-Domstolene for alvor har skabt dikotomi i regel anvendelsen. EU-Domstolene har indledt en effektbaseret fortolkning med undtagelse af eksklusivitetsforpligtelser, som fortsat anses konkurrenceskadelige af natur.

EU-Domstolene må siges, at have indledt en mere indskrænket, økonomisk-, og effektbaseret fortolkning af ”*til formål-kriteriet*” for anvendelsen af reglerne i TEUF art. 101 og 102, hvilket tillige influerer dansk ret pga. gennemførelsesforordningen og EU-konform fortolkning.

6. Litteraturliste

Bøger:

- Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Sten: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 1. udgave, 5. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Wegener Jessen, Pernille; Steinicke, Michael: EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, 1. udgave, 1. oplag, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Levinsen, Kirsten; Bork, Frederik André; Hollerup, Pernille; Klöcker, Michael: Konkurrenceloven med kommentarer, 3. udgave, 1. oplag Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- Heide-Jørgensen, Caroline; Jakobsen, Peter Stig; Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers; Langseth, Jan Magne; Neergaard, Ulla; Poulsen, Sune Troels; Ryhl, Charlotte Friis Bach; Schovsbo, Jens: Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, 1 oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael: Grundlæggende EU-ret, 2. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2011.
- Whish & Bailey: Competition Law, 7. udgave, 1. oplag Oxford University Press, 2012.
- Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012.

- Iversen, Bent; Jessen, Pernille Wegener; Mortensen, Bent Ole Gram; Steinicke, Michael; Sørensen, Karsten Engsig: Regulating competition in the EU, 2. udgave, 1. oplag, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2012.
- Bellamy, Christopher; Child, Graham D.; Rose, Vivien; Bailey, David: European Union Law of Competition, 7. Udgave, 1. oplag, Oxford University Press, 2013.
- Nagy: EU and US Competition Law: Divided in Unity? : The Rule on Restrictive Agreements and Vertical Intrabrand Restraints, Farnham, GBR, Ashgate Publishing Group, 2013.
- Heide-Jørgensen, Caroline: Regelsamling i konkurrenceret – Danske & EU-retlige konkurrenceregler, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- Madsen, Palle Bo: Markedsret Del 1 – Konkurrencebegrænsningsret, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- Fejø, Jens; Ølykke, Grith Skovgaard: EU-Konkurrenceret – Almindelig del, 5. Udgave, 2. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.

Artikler:

- Odudu, Okeoghene: Interpreting Article 81 (1): The Object Requirement Revisited, European Law Review, 2001, vol. 26, nr. 4, S. 379-390.
- Petit, Nicolas: From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, World Competition, Bind 32, Hæfte 4, S. 485-503.
- Odudu, Okeoghene: Restrictions of Competition by Object: what's the beef?, Competition Law Journal, 2009, 9 (1), S. 11-17.
- Bailey, David: Presumptions in EU Competition Law, European Competition Law Review, 2010, Vol. 31, S. 362-369.
- Meyring, Bernd: T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors, Journal of European Competition Law & Practice, 2010, Vol. 1, nr. 1.
- Jones, Alison: Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1), European Competition Journal, 2010 Bind 6, Hæfte 3, S. 649-676.
- Andreangeli, Arianna: From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty, World Competition, Bind 34, Hæfte 2, S. 215-243.
- Goyder, Joanna: Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements, Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Bind 2, Hæfte 4, S. 327-339.
- Mahtani, Munesh Ram: Thinking Outside the Object Box: an EU and UK Perspective, European Competition Journal, 2012, Bind 8, Hæfte 1, s. 1.
- Bailey, David: Restrictions of Competition by object under article 101 TFEU, Common Market Law Review, 2012, bind 49, hæfte 2.
- Nagy, Csongor István: The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition, World Competition, 2013, bind 6, s. 541,

- Rousseva, Ekaterina; Marquis, Mel: Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct Under Article 102 TFEU, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, nr. 1.
 - Colomo, Pablo Ibáñez: The Law on Abuses of Dominance and the System of Judicial Remedies, *Yearbook of European Law*, 2013, Bind 32, Hæfte 1, S. 389 ff.
 - Harrison, Dan: The Allianz Hungária Case – The ECJ’s judgment could have ugly consequences, *Competition Law Insight*, 2013, p. 10-12.
 - Gormsen, Liza Lovdahl: Are anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under article 102 TFEU?, *World Competition*, 2013, Bind 36, Hæfte 2, S. 223-245.
 - Komossa, Jan Philipp: Allianz Hungariá, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, Bind 4, Hæfte 5, s. 417-419.
 - Akman, Pinar: The new shape of the de minimis defence for anti-competition agreements, *Cambridge Law Journal*, 2014, bind 73, hæfte 2, S. 263-266.
 - Scordamaglia-Tousis, Andreas: New De Minimis Communication: ‘De Minimis’ and ‘By Object’ Restrictions of Competition Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 10.
 - Cleynenbreugel, Pieter Van: Article 101 and the EU Courts: Adapting legal form to the realities of modernization?, *Common Market Law Review*, 2014, Bind 51, Hæfte 4, s. 1381-1436.
 - Colomo, Pablo Ibáñez: Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy, *LSE Law, Society and Economy Working Papers 29/2014*, London School of Economics and Political Science, Law Department.
- Artiklen kan findes her: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530878
- Whish, Richard: Intel v Commission: Keep Calm and Carry on, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Bind 6, Hæfte 1, s. 1-2.
 - Scordamaglia-Tousis, Andreas; Calzado, Javier Ruiz: Shedding Light on What Is not a ‘by object’ Restriction of Competition, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, not yet reported.
 - Hugmark, Kristian; Becher, My: Dole v Commission: Exchange of Information, Between Competitors, on Price-Related Parameters, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015.

Love, betænkninger, forarbejder mv.:

- Konkurrenceloven, lovbekendtgørelse nr. 869 af 8.07.2013.
- 1997-Konkurrenceloven, lovbekendtgørelse nr. 384 af 10.6.1997.
- 1955-Monopolloven, lovbekendtgørelse nr. 102 af 31.3.1955.
- Betænkning 1075/1986, Fra monopollov til konkurrencelov.
- FT 1996-97, Tillæg A, s. 3648 h.sp.

- FT 1996-97, Tillæg A, s. 3652 v.sp.
- FT 1996-97, Tillæg A, s. 3657 h.sp.
- FT 2004/2005, Tillæg A, s. 1638 v.sp.

Traktater:

- Traktaten om den Europæiske Union.
- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

Danske domme:

- U.2013.1342 H – Post Danmark.

Unionsdomstolens afgørelser:

Den Europæiske Unions Domstol:

- C-6/64 *Costa vs. ENEL* af 15. juli 1964.
- C-56/65 *Société technique minière* af 30. Juni 1966.
- C-56/64 & C-58/64 *Consten & Grundig* af 13. juli 1966.
- C-23/67 *Brasserie de Haecht* af 12. december 1967.
- C-5/69 *Völk* af 9. juli 1969.
- C-41/69 *Chemifarma* af 15. juli 1970.
- C-22/71 *Béguelin* af 25. november 1971.
- C-48/69 *Imperial Chemical Industries* af 14. juli 1972.
- C- 6 & 7/73 *Zoja* af 6. marts 1974.
- C-26/76 *Metro* af 25. oktober 1977.
- C-19/77 *Miller* af 1. februar 1978.
- C-27/76 *United Brands* af 14. februar 1978.
- C-85/76 *Hoffmann-La Roche* af 13. februar 1979.
- C-32/78 mfl. *BMW Belgium* af 12. juli 1979.
- C-209/78, *Van Landewyck* af 29. oktober 1980.
- C-258/78 *Nungesser* af 8. juni 1982.
- C-262/81 *Coditel* af 6. oktober 1982.
- C-107/82 *AEG Telefunken* af 25. oktober 1983.
- C-96/82 mfl. *IAZ* af 8. november 1983.
- C-322/81 *Michelin I* af 9. november 1983.
- C-29 & 30/83 *CRAM* af 28. marts 1984.
- C-243/83 *Binon v. AMP* af 3. juli 1985
- C-240/82 mfl. *Stichting Sigaretenindustrie* af 10. december 1985.
- C-27/87 *Erauw-Jaquery* af 19. april 1988.
- C-277/87 *Sandoz Prodotti Formaceutici* af 11. januar 1990.
- C-234/89 *Delimitis* af 28. februar 1991.
- C-41/90 *Höfner* af 23. april 1991.
- C-260/89 *ERT-AE* af 18. juni 1991.
- C-62/86 *AKZO* af 3. juli 1991.
- C-250/92 *Göttrup-Klim* af 15. december 1994.
- C-241 & 242/91 *P Magill* af 6. april 1995.
- C-70/93 *BMW v. ALD Autoleasing* af 24. oktober 1995.
- C-399/93 *Oude Luttikhuis* af 12. december 1995.
- C-343/95 *Diego Calì* af 18. marts 1997.
- C-219/95 *Ferriere Nord* af 17. juli 1997.
- C-306/96 *Javico* af 28. april 1998

- C-7/95 John Deere af 28. maj 1998.
- C-235/92 P Montecatini af 8. juli 1999.
- C-309/99 Wouters af 19. februar 1999.
- C-238/99 P ICI af 15. oktober 2002.
- C-322/01 Deutscher Apothekerverband af 11. december 2003.
- C-2/01 & C/01 P Bayer af 6. januar 2004.
- C-418/01 IMS Health af 29. april 2004.
- C-519/04 P Meca-Medina af 18. juli 2006.
- C-552/03 P Unilever Bestfoods af 28. september 2006.
- C-238/05 Asnef-Equifax af 23. november 2006.
- C-403/04 P Sumitomo Metal Industries af 25. januar 2007.
- C-407/04 P Dalmine af 25. januar 2007.
- C-95/04 P British Airways af 15. marts 2007.
- C-468 & 479/06 Sot. Lélou af 16. september 2008.
- C-209/07 Beef Industry Development Society af 20. november 2008.
- C-202/07 France Télécom af 2. april 2009.
- C-8/08 T-Mobile af 4. juni 2009.
- C-501/06 P mfl. GlaxoSmithKline af 6. oktober 2009.
- C-280/08 Deutsche Telekom af 14. oktober 2010.
- C-52/09 TeliaSonera af 17. februar 2011.
- C-403/08 Football Association Premier League af 4. oktober 2011.
- C-439/09 Pierre Fabre af 13. oktober 2011.
- C-109/10 P Solvay af 25. oktober 2011.
- C-209/10 Post Danmark af 27. marts 2012.
- C-549/10 Tomra af 19. april 2012.
- C-226/11 Expedia af 13. december 2012.
- C-1/12 OTOS af 28. februar 2013.
- C-32/11 Allianz af 14. marts 2013.
- C-132/12 Consiglio Nazionale af 18. juli 2013.
- C-67/13 Groupement des cartes bancaires af 11. september 2014.
- C-286/13 P Dole Food af 19. marts 2015.
- C-24/11 Post Danmark – ikke afsagt endnu.
- C-413/14 P Intel – Ikke afsagt endnu.

Den Europæiske Unions Ret:

- T-51/89 Tetra Park af 10. juli 1990.
- T-17/93 Matra Hachette af 15. juli 1994.
- T-29/92 SPO af 21. februar 1995.
- T-148/89 Trefilunion af 6. april 1995.
- T-7/93 Langnese-Iglo af 8. juni 1995.
- T-374/94 mfl. European Night Services af 15. september 1998.
- T-305/94 mfl. PVC af 20. april 1999.
- T-228/97 Irish Sugar af 7. oktober 1999.
- T-25/95 mfl. Cimentieres af 15. marts 2000.
- T-112/99 Métropole télévision af 18. september 2001.
- T-358/00 General Motors af 20. marts 2002.
- T-213/00 CMA CGM af 19. marts 2003.
- T-191/98 AtlanticContainer Line af 30. september 2003.
- T-203/01 Michelin II af 30. september 2003.
- T-65/98 Van den Bergh Foods af 23. oktober 2003.
- T-67/01 JCB Service af 13. januar 2004.
- T-49/02 Brasserie nationale af 27. juli 2005.
- T-168/01 GlaxoSmithKline af 27. september 2006.

- *T-217/03 & 245/03 Fédération nationale af 13. december 2006.*
- *T-201/04 Microsoft af 17. september 2007.*
- *T-53/03 BPB af 8. juli 2008.*
- *T-99/04 AC Trehaund af 8. juli 2008.*
- *T-57/01 Solvay af 17. december 2009.*
- *T-321/05 AstraZeneca af 1. Juli 2010.*
- *T-155/06 Tomra af 9. september 2010.*
- *T-461/07 VISA af 14. april 2011.*
- *T-491/07 Groupement des cartes bancaires af 29. november 2012.*
- *T-380/10 Wabco af 16. September 2013.*
- *T-286/09 Intel af 12. Juni 2014.*

Generaladvokaters forslag til afgørelser:

- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro i C-250/92 Gøttrup-Klim af 16. juni 1994.
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed i C-407/04 P Dalmine af 12. september 2006.*
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Colomer i C-468/06 mfl. Sot. Lélós af 1. april 2008.*
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Trstenjak i C-209/07 BIDS af 4. september 2008.*
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i C-8/08 T-Mobile af 19. februar 2009.*
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Mazák i C-439/09 Pierre Fabre af 13. oktober 2011.*
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Villalón i C-32/11 Allianz af 25. oktober 2012.*
- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Wahl i C-67/13 CB af 27 marts 2014.*

EU-forordninger:

- Rådets Forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.
- Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.
- Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions fremgangsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler.

EU-Kommissionens meddelelser:

- 2001/C 368/13 – Kommissionens Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.
-
- 2004/C 101/07 – Kommissionens Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handlen i traktatens artikel 81 og 82.
- 2004/C 101/08 – Kommissionens meddelelse om anvendelsen af artikel 81, stk. 3.

- EU-Kommissionens udkast til 2009/C 45/02 – DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.
- 2009/C 45/02 – Kommissionens meddelelse– Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd.
- 2010/C 130/01 Kommissionens meddelelse om vertikale begrænsninger.
- 2011/C 11/01 – Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler.
- EU-Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsende formål af den 25.6.2014, SWD (2014) 198 final, s. 3.
- 2014/C 291/01 – Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (bagatelmeddelelsen).

EU-Kommissionens afgørelser:

- ABL 1972 L 7/25; Continental Can, Kommissionens afgørelse af den 9. december 1971.
- C(2005)4634, Industrial Bags, Kommissionens afgørelse af den 30. november 2005.
- C(2007)5791, Flat Glass, Kommissionens afgørelse af den 28. november 2007.
- C(2008)5955, Bananas, Kommissionens afgørelse af den 15. oktober 2008.
- Deutsche Telekom, EUT 2003 L 263/9.
- COMP/33.133 – C: Soda- Solvay.
- Tomra, EUT 2008 C 219/11.
- Intel, EUT 2009, C 227/13.