

Individuel fritagelse af konkurrencebegrænsende aftaler

Individual exemption of anti-competitive agreements

af ASTRID LINDBERG NORS

I specialet undersøges det, hvornår en konkurrencebegrænsende aftale individuelt kan fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6. Reglerne om individuel fritagelse findes i konkurrencelovens § 8, der opstiller fire betingelser for fritagelse.

En gennemgang af teori og praksis viser, at der må foretages en afvejning af en konkurrencebegrænsende aftales konkurrencefremmende og konkurrenceskadelige virkninger. For at en aftale kan fritages skal den medføre effektivitetsgevinster af objektiv og samfundsøkonomisk art. Fordelene herved skal ikke alene komme aftaledeltagerne til gode, men en rimelig andel heraf skal også videreføres til senere led i værdikæden. Målet er således konkurrencefremmende effektivitetsgevinster til gavn for samfundet og midlet til opnåelse heraf er konkurrencebegrænsningen. Der skal være proportionalitet mellem mål og midler. Aftalen kan således ikke fritages, hvis parterne kunne opnå de samme resultater på mindre indgribende vis. Endelig kræves det, at konkurrencen ikke med aftalen bliver fuldstændig elimineret. Aftalen kan alene fritages, hvis der fortsat eksisterer et element af konkurrence parterne imellem eller i forhold til de øvrige aktører på det relevante marked.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	2
1.1. Problemformulering og specialets opbygning	2
1.2. Afgrænsninger	3
1.2.1. EU-ret.....	3
1.2.2. Gruppefritagelse jf. KRL § 10.....	3
1.2.3. Administrativ praksis.....	4
1.2.4. KRL § 8's materielle indhold	4
2. Den juridiske metode	4
3. Definition af begreber	4
3.1. Konkurrencebegrænsende aftaler jf. KRL § 6	4
3.2. Det relevante marked jf. KRL § 5a	6
3.3. Konkurrencemyndighederne	7
4. Individuel fritagelse jf. KRL § 8 (stk. 1)	7
4.1. Formål	7
4.2. Konkurrencebegrænsningens art	8
4.3. Bevisbyrderegler	9
4.4. Konkurrencemyndighedernes skønsudøvelse	11
4.5. Tidsmæssige aspekter	12
5. Effektivitetsgevinster jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 1	14

5.1. Omkostningsbesparelser.....	15
5.2. Kvalitative effektivitetsgevinster	20
6. Forbrugerfordele jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 2	26
7. Nødvendighed jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 3	34
8. Konkurrenceminimum jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 4	41
9. Konklusion	49
10. Kilder	50

1. Indledning

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i § 6 i konkurrenceloven¹ (i det følgende KRL) er en klar indskrænkning i det i dansk ret grundlæggende princip om aftalefrihed.

Forbuddet gælder dog ikke undtagelsesfrit. En af undtagelserne hertil skal findes i KRL § 8 om individuel fritagelse. Groft sagt kan en konkurrencebegrænsende aftale fritages, såfremt det skønnes, at de samfundsmæssige fordele opvejer de samfundsskadelige ulemper ved den pågældende aftale.

Med indførelsen af 1997-konkurrenceloven², og dermed skiftet i dansk ret fra kontrolprincippet til forbudsprincippet, indførtes reglerne om individuel fritagelse. Der gjaldt en anmeldelsespligt således, at en konkurrencebegrænsende aftale alene kunne opnå fritagelse efter anmeldelse til konkurrencemyndighederne. Med 2004-konkurrenceloven³ gik man fra obligatorisk til fakultativ anmeldelse. De materielle betingelser for fritagelse forblev imidlertid uændrede.

Skiftet fra anmeldelsespligt til anmeldelsesret har naturligt medført et fald af sager omhandlende KRL § 8 hos konkurrencemyndighederne. Da vurderingen af, om en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages, imidlertid, i det omfang at aftaledeltagerne vælger ikke at anmelde deres aftaler, skal foretages af parterne selv, er det både relevant og aktuelt at undersøge, hvad der kræves for, at betingelserne i KRL § 8 anses for opfyldt.

1.1. Problemformulering og specialets opbygning

En konkurrencebegrænsende aftale kan med hjemmel i KRL § 8 stk. 1 fritages individuelt fra forbuddet i KRL § 6 stk. 1.

Det er en forudsætning for individuel fritagelse, at fire betingelser anført i KRL § 8 stk. 1 nr. 1-4 er opfyldt. Aftaleparterne kan støtte ret direkte på bestemmelsen eller anmelde den pågældende konkurrencebegrænsende aftale til Konkurrence-

¹ Lovbekendtgørelse nr. 23 af 17.01.2013

² Lov nr. 384 af 10.6.1997

³ Lov nr. 1461 af 22.12.2004

rådet, som med hjemmel i KRL § 8 stk. 2 kan meddele individuel fritagelse, hvis rådet skønner, at de fire betingelser er opfyldt.

Med specialet gennemgås og analyseres bestemmelsen i KRL § 8 stk. 1 samt relevant praksis med henblik på at klarlægge, hvornår en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages. Det skal undersøges, hvad og hvor meget der skal til for, at de fire betingelser anses for opfyldt. Herunder skal det undersøges, hvad Konkurrencerådet lægger vægt på i sin skønsudøvelse.

I specialet foretages indledningsvis visse afgrænsninger i forhold til emnet, hvorefter metoden beskrives, ligesom begreber af betydning for specialet defineres. Herefter beskrives individuel fritagelse, KRL § 8 samt de overordnede forhold, der gør sig gældende for samtlige fire betingelser. De fire efterfølgende afsnit vil igennem en analyse af teori og praksis gå i dybden med hver af de fire betingelser for opnåelse af individuel fritagelse efter KRL § 8 stk. 1.

1.2. Afgrænsninger

1.2.1. EU-ret

KRL § 8 er baseret på EU-lovgivning. KRL § 8's EU-retlige modstykke findes i TEUF art. 101 stk. 3⁴. De to bestemmelser svarer materielt til hinanden, mens der er visse formelle forskelle.

Grundet den indholdsmæssige lighed mellem KRL § 8 og TEUF art. 101 stk. 3 fastslår forarbejderne til den danske bestemmelse, at konkurrencemyndighederne skal tage hensyn til Kommissionens og Fællesskabsdomstolens praksis ved udøvelsen af skønnet over, om betingelserne i KRL § 8 stk. 1 er opfyldt⁵.

Af pladsmæssige årsager behandles alene dansk ret i specialet. På trods af denne afgrænsning vælges det alligevel at medtage Kommissionens retningslinjer vedrørende art. 81 stk. 3, EF (nu TEUF art. 101 stk. 3)⁶, idet der henvises direkte her til i flere af konkurrencemyndighedernes afgørelser.

På grund af koblingen mellem national ret og EU-ret, bestemmes det i KRL § 8 stk. 5, at konkurrencemyndighederne kan undlade at behandle en anmeldelse, såfremt den har mærkbar samhandelspåvirkning mellem medlemsstaterne i EU. Bestemmelsen samt begrebet mærkbar samhandelspåvirkning behandles ikke i nærværende speciale.

1.2.2. Gruppefritagelse jf. KRL § 10

KRL § 10 bemyndiger økonomi- og erhvervsministeren til at udstede regler om fritagelse fra forbuddet i KRL § 6 stk. 1 for grupper af aftaler. Bemyndigelsen er

⁴ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

⁵ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3662, h.sp.

⁶ Meddelelse fra Kommissionen, Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08)

udnyttet ved udstedelse af danske bekendtgørelser for hver af de gældende EU-retlige gruppefritagelsesforordninger⁷.

En gruppefritagelse skal ligesom en individuel fritagelse opfylde betingelserne i KRL § 8 stk. 1 jf. KRL § 10 stk. 1. De enkelte gruppefritagelser kan derfor anvendes vejledende, når det nærmere indhold af betingelserne i KRL § 8 stk. 1 skal klarlægges⁸. Gruppefritagelserne behandles dog ikke i specialet.

1.2.3. Administrativ praksis

Der foretages en afgrænsning til afgørelser vedrørende KRL § 8 afsagt af konkurrencemyndighederne fra 2002 til og med den 1. marts 2013. Sidstnævnte skæringsdato er fastsat i sammenhæng med påbegyndelsen af specialeskrivningsprocessen.

Af pladmæssige årsager vil fokus være på de afgørelser, hvor myndighederne særligt udførligt har beskrevet retsstillingen samt de mest principielle afgørelser. Der er således ikke tale om en udtømmende gennemgang af praksis.

Desuden vil sagernes faktiske omstændigheder kun blive gennemgået i det omfang, det findes nødvendigt for forståelsen.

1.2.4. KRL § 8's materielle indhold

Fokus for specialet er det materielle indhold af KRL § 8 stk. 1. Reglerne i KRL § 8 stk. 2 – 6 vil kun i begrænset omfang blive behandlet.

2. Den juridiske metode

I specialet er den retsdogmatiske metode anvendt. De relevante konkurrenceretlige regler med tilhørende forarbejder samt relevant administrativ praksis anvendes til at identificere, systematisere og begrunde, hvad der må anses for gældende ret på området for individuel fritagelse. Til brug for analysen gennemgås endvidere konkurrenceretlig litteratur i et forsøg på at klarlægge, hvordan teorien kategoriserer og behandler området.

3. Definition af begreber

3.1. Konkurrencebegrænsende aftaler jf. KRL § 6

Konkurrencelovens kapitel 2 regulerer området for konkurrencebegrænsende aftaler. Selve forbuddet herimod findes i KRL § 6 stk. 1, der fastslår, at "det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen".

⁷ Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret s. 168

⁸ Dansk markedsret s. 89

Det konkurrenceretlige aftalebegreb skal forstås bredere end det obligationsretlige aftalebegreb⁹. Der gælder ingen formkrav, og alt fra skrevne kontrakter til løse gentlemens agreements synes at kunne omfattes heraf¹⁰.

Udover egentlige aftaler er også samordnet praksis mellem virksomheder (fx udveksling af information, der medfører en koordinering af de pågældende virksomheders adfærd) og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder (fx vedtægter inden for en brancheforening) omfattet af forbuddet jf. KRL § 6 stk. 3¹¹. I specialet bruges begrebet aftale som omfattende også samordnet praksis og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder.

Det er et overordnet krav, at aftalen er udtryk for en fælles vilje¹². Uden for begrebet konkurrencebegrænsende aftaler falder derfor parallel adfærd, hvor flere virksomheder uafhængigt af hinanden udviser samme adfærd på markedet¹³. Adfærd, der alene er udtryk for én virksomheds vilje baseret på dennes dominerende stilling på markedet, reguleres af KRL § 11 om misbrug af dominerende stilling.

Konkurrenceloven undtager selv visse aftaler fra forbuddet i KRL § 6 stk. 1. Det drejer sig om koncerninterne aftaler jf. KRL § 5, samt (visse typer af) aftaler mellem virksomheder med en begrænset omsætning og markedsandel jf. KRL § 7.

En aftale, der mærkbart påvirker eller kan påvirke konkurrencen negativt, det være sig aktuelt eller potentielt, er som udgangspunkt omfattet af forbuddet i KRL § 6 stk. 1.

Det er uden betydning, om aftalen har til "formål eller til følge at begrænse konkurrencen". Aftaler, der pr. definition har til formål at begrænse konkurrencen, er således omfattet af forbuddet, også selvom de reelt ikke har haft nogle konkurrenceskadelige følger. Ligeledes er aftaler med et legitimt formål omfattet, såfremt følgerne heraf reelt har været konkurrencebegrænsende¹⁴.

Aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, betegnes normalt som alvorlige eller hardcore konkurrencebegrænsende aftaler. Eksempler herpå er prisaftaler og markedsdelingsaftaler. Disse samt flere eksempler på aftaler, der må anses for konkurrencebegrænsende, findes i KRL § 6 stk. 2. Listen er ikke udtømmende.

Selvom ordlyden af KRL § 6 stk. 1 er, at der er tale om "at indgå aftaler", er også praktiseringen af og selve eksistensen af konkurrencebegrænsende aftaler om-

⁹ Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 160

¹⁰ Bemærk dog uenighed i teorien om gentlemens' agreements. Således anføres det i Dansk Markedsret s. 60, at disse er omfattet af aftalebegrebet, mens disse i Markedsret del 1 s. 96 henføres under begrebet samordnet praksis.

¹¹ Markedsret del 1 s. 100

¹² Dansk markedsret s. 60; Markedsret del 1 s. 98; Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 161

¹³ Dansk markedsret s. 63; Markedsret del 1 s. 101

¹⁴ Dansk markedsret s. 66; Markedsret del 1 s. 102

fattet af forbuddet¹⁵. Overtrædelse af forbuddet er strafsanktioneret jf. KRL § 23 stk. 1 nr. 1, ligesom Konkurrencerådet kan udstede påbud jf. KRL § 6 stk. 4. Udgangspunktet er, at konkurrencebegrænsende aftaler er ugyldige jf. KRL § 6 stk. 5, medmindre de særligt kan undtages, herunder fritages efter KRL § 8.

3.2. Det relevante marked jf. KRL § 5a

Med afgrænsningen af det relevante marked bliver det muligt at vurdere, hvor stor en del af et marked en eller flere aktører besidder. I forhold til specialet er afgrænsningen af det relevante marked særligt relevant i forbindelse med fjerde betingelse for fritagelse jf. KRL § 1 stk. 1 nr. 4. Se herom afsnit 8.

Det relevante marked består både af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked¹⁶. Afgrænsningen heraf skal ske gennem anvendelse af principperne om udbuds- og efterspørgselssubstitution samt potentiel konkurrence jf. KRL § 5a.

I forhold til det relevante produktmarked skal det undersøges, hvilke produkter og tjenesteydelser, der i kundernes bevidsthed svarer til hinanden i en sådan grad, at de betragtes som substituerbare (efterspørgselssubstitution)¹⁷. Derudover skal det vurderes, hvorvidt andre virksomheder umiddelbart har mulighed for at omstille sig således, at de vil være i stand til udbyde tilsvarende produkter (udbudssubstitution)¹⁸. Også den potentielle konkurrence tillægges betydning. Forskellen mellem udbudssubstitution og potentiel konkurrence skal findes i tidshorisonten. Udbudssubstitution baseres på andre leverandørers umiddelbare reaktion, mens potentiel konkurrence baseres på leverandørernes reaktion på længere sigt¹⁹.

Det relevante geografiske marked afgrænses fra tilstødende områder, hvorpå der er væsentlige forskelle i vilkårene for konkurrence²⁰. Ved vurderingen af udbuds- og efterspørgselssubstitutionen må det således undersøges, om virksomheder i andre områder kan udgøre en alternativ forsyningskilde. Momenter såsom varens art, transporttid og -omkostninger, praktiske adgangsbarrierer mm. kan inddrages²¹.

Når det relevante marked er afgrænset, kan virksomhedernes markedsandele herpå beregnes. Der kan ikke fastlægges bestemte markedsandelssatser for, hvornår konkurrencelovens bestemmelser finder anvendelse²². Markedsstyrken og markedsandelen skal vurderes i forhold den konkrete lovbestemmelse, den konkrete sag og de faktiske omstændigheder.

¹⁵ Dansk markedsret s. 59; Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 162; Lærebog i konkurrenceret s. 153

¹⁶ Markedsret del 1 s. 80; Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 156; Dansk markedsret s. 47

¹⁷ Markedsret del 1 s. 80

¹⁸ Dansk markedsret s. 49

¹⁹ Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 157

²⁰ Dansk markedsret s. 53

²¹ Markedsret del 1 s. 88

²² Dansk markedsret s. 46

3.3. Konkurrencemyndighederne

De danske administrative konkurrencemyndigheder består af Konkurrencerådet, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt Konkurrenceankenævnet. Organisationen og kompetencefordelingen herimellem fremgår af KRL kap. 6 og 7.

Det fastslås i KRL § 8 stk. 2, at Konkurrencerådet kan meddele fritagelse fra forbuddet i KRL § 6 stk. 1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fungerer som sekretariat for Rådet. Rådet forelægges alene større og principielle sager jf. § 7 stk. 3 i Konkurrencerådets forretningsorden²³. I praksis ligger den daglige administration af loven hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som derfor også træffer afgørelser på området²⁴. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen hed før en fusion i 2010 blot Konkurrencestyrelsen. De i specialet behandlede afgørelser omfatter således afgørelser afsagt af både Konkurrencestyrelsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet. I afgørelserne afsagt af Konkurrencerådet henvises desuden ofte til vurderinger og undersøgelser foretaget af hhv. Konkurrencestyrelsen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Der er i alle tilfælde tale om førsteinstans-afgørelser. Af hensyn til læsevenligheden er det derfor valgt samlet at betegne Rådet og de to styrelser som konkurrencemyndighederne i specialet. Er der tale om andeninstans-afgørelser afsagt af Konkurrenceankenævnet, vil dette fremgå særskilt.

4. Individuel fritagelse jf. KRL § 8 (stk. 1)

4.1. Formål

Området for individuel fritagelse reguleres i KRL § 8. Ved at opstille fire kumulative og udtømmende betingelser for fritagelse giver KRL § 8 stk. 1 mulighed for at undtage aftaler fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KRL § 6 stk. 1. Der er tale om to positive og to negative betingelser. De positive betingelser stiller krav om, at den pågældende aftale skal:

1. "bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling"
2. "sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved"

Med de to negative betingelser kræves det, at den pågældende aftale:

3. "ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og"
4. "ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser".

Med baggrund i disse fire betingelser vurderes en konkurrencebegrænsende aftales positive og negative virkninger. Når en aftales konkurrencefremmende virkninger opvejer dens konkurrenceskadelige virkninger, er den ud fra en samlet vurdering fremmende for konkurrencen²⁵.

²³ Bkg. nr. 174 af 22.02.2013 om forretningsorden for Konkurrencerådet

²⁴ Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 186

²⁵ Markedsret del 1 s. 127; Konkurrenceloven med kommentarer s. 518; K med pkt. 33

Det fremgår af forarbejderne, at fritagelse af en aftale endvidere skal være i overensstemmelse med lovens generelle målsætning om at fremme den samfundsøkonomiske effektivitet²⁶. Jens Fejø understreger den alene teoretiske værdi af dette udsagn: "I det praktiske retsliv vil man derfor næppe komme ud for, at en aftale m.v. opfylder betingelserne i § 8, men at der alligevel ikke meddeles fritagelse, fordi den angiveligt ikke fremmer den samfundsøkonomiske effektivitet"²⁷. Dette samt forarbejdernes brug af ordet "endvidere" kan forstås således, at der er tale om en yderligere femte betingelse for fritagelse. Dette synes ikke at være tilfældet. Forarbejderne må forstås som en understregning af, at en aftale skal styrke den samfundsøkonomiske effektivitet og dermed komme samfundet som helhed til gavn²⁸.

Samfundsgavn og samfundsøkonomisk effektivitet er centralt for konkurrencelovens formålsbestemmelse. I KRL § 1 fastlægges lovens formål som værende "at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomhed og forbrugere". Konkurrencelovens formål bliver klart afspejlet i de fire betingelser i KRL § 8 stk. 1, hvor kodeordene netop er effektivitet og udvikling, forbrugerfordele, nødvendighed og bevarelse af et vist konkurrenceminimum. De pågældende betingelser skal da også altid læses i lyset af formålsbestemmelsen²⁹.

Som anført indledningsvis er man med 2004-konkurrenloven gået fra obligatorisk til fakultativ anmeldelse.

At der nu gælder en anmeldelsesret frem for en anmeldelsespligt har ikke ændret på det materielle indhold af KRL § 8 stk. 1. Formålet og betingelserne er de samme, hvorfor også forarbejder til og litteratur om 1997-loven fortsat må fortolkes i vurderingen af bestemmelsens indhold.

4.2. Konkurrencebegrænsningens art

Alle typer af konkurrencebegrænsende aftaler kan opnå fritagelse. Der synes imidlertid at kræves mere for at anse betingelserne i KRL § 8 stk. 1 for opfyldt ved visse typer af konkurrencebegrænsende aftaler.

Her tænkes primært på de hardcore konkurrencebegrænsende aftaler. KRL § 8 stk. 1 sonderer ikke mellem alvorlige og ikke alvorlige konkurrencebegrænsninger. Det kan dog synes usandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsende aftaler, hvor selve formålet med aftalen er at begrænse konkurrencen, vil kunne opfylde betingelserne i KRL § 8 stk. 1.³⁰

Dette kommer klart til udtryk i praksis. Konkurrencemyndighederne er således skeptiske over for hardcore konkurrencebegrænsende aftaler.

²⁶ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3662, v.sp.

²⁷ Konkurrenceloven af 1997 – med kommentarer s. 128-129

²⁸ Konkurrenceloven med kommentarer s. 518

²⁹ Konkurrenceloven i praksis s. 200

³⁰ Konkurrenceloven med kommentarer s. 518-519; K med pkt. 46

I en sag fra 2009, hvor OK a.m.b.a. og DK Benzin A/S havde indgået konkurrencebegrænsende aftaler om bindende videresalgspriser, konstateres det, at "i princippet kan alle konkurrencebegrænsende aftaler (...) opnå fritagelse, men det må kræve en særlig begrundelse, hvis aftaler indeholdende alvorlige konkurrencebegrænsende aftaler skal kunne opfylde betingelserne for individuel fritagelse"³¹. Der kunne da heller ikke i den konkrete sag meddeles fritagelse.

I en nyere sag fra 2012 udtrykkes dette igen om end stærkere. En samordning i ejendomsbranchen om at boykotte en ekstern boligsøgeportalen for at beskytte branchens egen søgeportal fra konkurrence fandtes at være udtryk for udbudsbegrænsning i strid med KRL § 6 stk. 2 nr. 2. Ved fritagelsesvurderingen blev det slået fast, at det har: "formodningen imod sig, at aftaler mv., der indebærer alvorlige konkurrence begrænsninger, og hvor selve formålet er at begrænse konkurrencen, kan opfylde samtlige fire betingelser i § 8 stk. 1"³². Heller ikke her kunne der meddeles fritagelse.

Lignende udsagn kan findes i flere forskellige sager³³.

Selvom det med konkurrencemyndighedernes ord har formodningen imod sig, at hardcore konkurrencebegrænsende aftaler kan opnå fritagelse, er det vigtigt at erindre, at enhver aftale må vurderes på baggrund af sagens faktiske omstændigheder, herunder inden for rammerne af det relevante marked, som aftalen påvirker³⁴. Under visse markedsforhold kan en aftale således være effektivitetsfremmende, mens den i andre tilfælde vil kunne have den modsatte virkning. Hvis små virksomheder fx optræder samlet, kan det styrke effektiviteten. Omvendt kan det udelukke konkurrencen og dermed skade effektiviteten, hvis det er større virksomheder, der indgår en identisk aftale³⁵.

4.3. Bevisbyreregler

Når en virksomhed benytter sig af muligheden for at anmelde en aftale med henblik på fritagelse efter KRL § 8 stk. 1, bliver det relevant at diskutere bevisbyreregler. Bevisbyrereglerne vil også få betydning, såfremt en aftale anfægtes af myndighederne eller en anden (formentlig) konkurrerende virksomhed³⁶.

Konkurrencemyndighederne skal bevise, at en aftale er i strid med KRL § 6 stk. 1, mens bevisbyrden for, at aftalen kan undtages efter KRL § 8 stk. 1 påhviler virksomheden, der påberåber sig bestemmelsen³⁷. Spørgsmålet er herefter, hvor meget der skal til for at løfte denne bevisbyrde.

³¹ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0289-0072 pkt. 370. Se også s. 37.

³² Afg. af 25.01.2012 nr. 4/0120-0204-0259 pkt. 514. Afgørelsen stadfæstes i det meste, herunder fritagelsesvurderingen, mens enkelte af de udstedte påbud ophæves ved KAN kendelse af 16.11.2012 i sagerne nr. KL-1-2012 – KL-6-2012.

³³ Se fx afg. af 24.11.2010 nr. 4/0120-0289-0119; afg. af 25.01.2012 nr. 4/0120-0204-0259 og afg. af 20.02.2013 nr. 12/05672

³⁴ K med pkt. 43

³⁵ Konkurrenceloven i praksis s. 200-201

³⁶ FT 2004/2005, 1. samling, tillæg A, s. 1638 v.sp.

³⁷ FT 2004/2005, 1. samling, tillæg A, s. 1638 v.sp.; Konkurrenceloven med kommentarer s. 520; Markedsret del 1 s. 132

Det er ikke tilstrækkeligt med en general påstand om, at der med aftalen opstår effektivitetsgevinster af samfundsøkonomisk gavn i tråd med lovens formål. Det er heller ikke tilstrækkeligt, at aftaledeltagerne opstiller formodninger for omkostningsbesparelser eller lignende. En virksomhed skal derimod kunne dokumentere, at hver enkelt af de fire betingelser i KRL § 8 stk. 1 er opfyldt³⁸.

Effektivitetsgevinster i henhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 1 skal dokumenteres med effektivitetsgevinstens art, herunder at de er af objektiv art. Ligeledes skal årsagsforbindelsen mellem aftalen og effektivitetsgevinsterne dokumenteres, ligesom sandsynligheden for og størrelsen af gevinsterne samt tidspunktet for deres indtræden skal det³⁹.

Når det kommer til forbrugerfordele jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 2 anerkendes det, at det i mange tilfælde vil være svært at afdække forbrugernes fordele i fuldt omfang. Dokumentationen kan derfor omfatte skøn og andre oplysninger, der i rimelig grad dokumenterer virksomhedens påstande⁴⁰.

Virksomheder skal ved kravet om begrænsningernes nødvendighed jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 3 forklare og dokumentere, at mindre konkurrencebegrænsende alternativer ikke ville være lige så effektive. Det kræves alene, at virksomhederne skal overveje realistiske alternativer – ikke hypotetiske og teoretiske alternativer⁴¹.

I forhold til sidste betingelse om, at konkurrencen på et marked ikke må udelukkes jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 4, skal den faktiske og potentielle konkurrence dokumenteres, ligesom det skal dokumenteres, at kilderne til konkurrencen vil kunne lægge et reelt konkurrencepres på aftalens parter⁴².

Hvis blot en af de fire betingelser ikke er tilstrækkeligt dokumenteret, kan aftalen ikke fritages. I praksis ses flere eksempler på, at en aftale ikke er meddelt fritagelse, fordi dokumentationen ikke har været tilstrækkelig.

Således kan en sag fra 2009 nævnes, hvor brancheforeningen International Transport Danmark (ITD) havde overtrådt forbuddet i KRL § 6 stk. 1 ved bl.a. at stille omkostningsberegningmodeller, som var forhåndsudfyldte med tal og priser, der burde være individuelle, til rådighed for sine medlemmer, samt opfordre til, at medlemmerne skulle overvælte en række omkostninger på slutkunderne. Ved vurderingen af, om der kunne ske fritagelse jf. KRL § 8 stk. 1, angav ITD flere både kortere og længere påstande om fordelene ved aftalen. På trods af alle disse påstande er konkurrencemyndighedernes konklusion kort: "ITD har ikke fremlagt dokumentation for det anførte"⁴³. Aftalen blev derfor ikke fritaget.

³⁸ Konkurrenceloven med kommentarer s. 520

³⁹ K med pkt. 51-58

⁴⁰ K med pkt. 94

⁴¹ K med pkt. 75

⁴² K med pkt. 114

⁴³ Afg. af 25.02.2009 nr. 4/0120-0289-0079 pkt. 624-627. Se også s. 38 og 46. Nb. afgørelsen er i størstedelen – også mht. KRL § 8-vurdering – stadfæstet ved KAN kendelse af 26.11.2009 sag nr. 2009.0018991

Officialprincippet skal nævnes i denne sammenhæng. Som en del af forvaltningen er konkurrencemyndighederne naturligvis underlagt dette princip. Myndighederne må derfor ikke lade virksomhedernes oplysninger stå uprøvet hen. Særligt hvor der kan være tvivl om rigtigheden af de pågældende oplysninger, skal myndighederne foretage egne undersøgelser jf. almindelig forvaltningsret⁴⁴. Konkurrencemyndighederne kan derfor med hjemmel i KRL § 17 stk. 1 indhente yderligere oplysninger fra virksomheden eller tredjemand.

4.4. Konkurrencemyndighedernes skønsudøvelse

Vælger aftaleparterne at anmelde en aftale, kan myndighederne meddele fritagelse, hvis de skønner, at betingelserne i stk. 1 er opfyldt jf. KRL § 8 stk. 2. Forarbejderne til 1997-konkurrenceloven fastslår, at myndighederne har mulighed for at udøve et vist skøn ved denne vurdering. Skønnet skal foretages under hensyntagen til Kommissionens og Fællesskabsdomstolens praksis⁴⁵.

Konkurrencemyndighederne har, såfremt de skønner, at betingelserne i KRL § 8 stk. 1 er opfyldt, pligt til at fritage aftalen⁴⁶. Myndighederne har således på den ene side et vist spillerum og en vis frihed til at foretage et skøn. Når myndighederne imidlertid frem til, at betingelserne er opfyldt, er konsekvensen således, at fritagelse skal meddeles⁴⁷.

At konkurrencemyndighederne også reelt overlades et vist spillerum, når det kommer til skønsudøvelsen, bliver tydeliggjort ved et kig på Konkurrenceankenævnets afgørelser. Ankes en afgørelse afsagt af konkurrencemyndighederne til Konkurrenceankenævnet, foretager nævnet en prøvelse af, om det faktuelle grundlag og begrundelserne for myndighedernes afgørelse er tilstrækkelig. Ankenævnet afstår ikke fra at efterprøve det udøvede skøn, men idet der ikke i hidtidig praksis synes at være eksempler på ankenævnets tilsidesættelse af det af konkurrencemyndighederne udøvede §8-skøn, overlades myndighederne utvivlsomt et vidt skøn⁴⁸.

En afgørelse skal dog nævnes i denne forbindelse. Det drejer sig om Konkurrenceankenævnets kendelse af 31.01.2005⁴⁹, hvor en afgørelse blev ophævet og hjemvist til fornyet behandling. I den påklagede afgørelse fandt myndighederne, at en tillægsaftale (kaldet Strukturordningen) til en brancheaftale mellem Danisco og foreningen Danske Sukkerroedyrkere var i strid med forbuddet i KRL § 6 stk. 1, og at aftalen ikke kunne fritages jf. KRL § 8 stk. 1, nr. 2 og 3. Strukturordningen gav undtagelsesvis roedyrkere mulighed for indbyrdes at købe og sælge hinandens rettigheder til at dyrke og levere sukkerroer til Danisco. Konkurrenceankenævnet fandt også aftalen konkurrencebegrænsende. Det blev anført, at

⁴⁴ Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 190; Konkurrenceloven med kommentarer s. 521

⁴⁵ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3662, h.sp.

⁴⁶ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3662, v.sp.; Konkurrenceloven i praksis s. 200; Konkurrenceloven af 1997 – med kommentarer s. 130

⁴⁷ Konkurrenceloven af 1997 – med kommentarer s. 130

⁴⁸ Konkurrenceloven med kommentarer s. 514

⁴⁹ KAN kendelse af 31.01.2005 sag nr. 03-215.833. Se også s. 33.

”når strukturordningen anskues isoleret, er der ikke (...) grundlag for at tilside-sætte Konkurrencerådets vurdering”. Problemet bestod imidlertid i den isolerede anskuelse. Strukturordningen udgjorde en undtagelse til et totalt omsætningsforbud, og ophævelsen af aftalen betød derfor, ”at markedet bliver underkastet det totale omsætningsforbud. Da der ikke ved skønsudøvelsen er taget hensyn hertil, lider afgørelsen af en sådan mangel, at den må ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling.” Manglen bestod således i, at myndighederne ved skønsudøvelsen ikke havde set på, hvad virkningerne på markedet ville blive af, at der ikke blev givet en fritagelse⁵⁰.

4.5. Tidsmæssige aspekter

Konkurrencebegrænsende aftaler og en eventuel fritagelse heraf skal vurderes i forhold til den faktiske sammenhæng, hvori de indgår, og ud fra de omstændigheder, der foreligger på et givet tidspunkt⁵¹. Særligt det tidsmæssige aspekt er interessant at diskutere, når det skal vurderes, om der kan opnås fritagelse.

Grundlæggende kan det siges, at fritagelsesbestemmelsen i KRL § 8 stk. 1 gælder, så længe de fire betingelser er opfyldt, og ophører med at gælde, når det ikke længere er tilfældet. Dette er centralt for myndighedernes vurdering. De virksomheder, som fravælger anmeldelsesinstituttet, skal således være særligt opmærksomme på, at de ikke alene kan forlade sig på omstændighederne forud for og på tidspunktet for aftaleindgåelsen⁵².

Hvor en given aftale anfægtes, foretages en vurdering af de faktiske omstændigheder på det pågældende tidspunkt, frem for en vurdering af, hvorledes omstændighederne var på tidspunktet for aftalens indgåelse⁵³.

I visse tilfælde bliver man dog nødt til at se på tidspunktet for aftaleindgåelsen. Det gælder særligt for de såkaldte irreversible konkurrencebegrænsende aftaler. Der er her tale om aftaler, hvor det af den ene eller anden grund ikke er muligt at genoprette den situation, der bestod forud for aftaleindgåelsen. Som eksempel herpå nævnes i Kommissionens retningslinjer en aftale om sammenlægning af en række deltageres enkelte, selvstændige forskningsprojekter til ét samlet forskningsprojekt. De respektive individuelle forskningsprojekter vil blive opgivet, og det vil formentligt være umuligt for deltagerne på et senere tidspunkt at genoptage deres enkeltstående projekter⁵⁴. I tilfælde af en sådan irreversibel aftale kan det være berettiget at tage afsæt i omstændighederne på tidspunktet for aftaleindgåelsen, når de konkurrenceskadelige og -fremmende elementer af en aftale skal vurderes⁵⁵.

I andre tilfælde må man se på betingelsernes opfyldelse i et mere langsigtet perspektiv. Det anerkendes således, at der i visse tilfælde kan gå et stykke tid, før en

⁵⁰ Konkurrenceloven med kommentarer s. 515

⁵¹ K med pkt. 44

⁵² Konkurrenceloven med kommentarer s. 521

⁵³ Konkurrenceloven med kommentarer s. 522

⁵⁴ K med pkt. 45

⁵⁵ Konkurrenceloven med kommentarer s. 522

aftales effektivitetsgevinster og fordelene heraf slår igennem. Investeringer i eksempelvis et nyt distributionssystem eller en omlægning af produktionen vil oftest først medføre fordele efter en vis tids brug.

At omstændighederne kan ændre sig med tiden, er der taget højde for i KRL § 8 stk. 6. Konkurrencemyndighederne kan med hjemmel i denne bestemmelse ændre eller tilbagekalde en afgørelse om fritagelse, hvor de faktiske forhold har ændret sig på et for afgørelsen væsentligt punkt. Myndighederne kan desuden med hjemmel i bestemmelsen ændre eller tilbagekalde en afgørelse, såfremt aftaledeltagerne ikke overholder opstillede vilkår, eller såfremt aftalen er truffet på forkerte eller vildledende oplysninger fra aftaledeltagerne.

En individuel fritagelse er en begunstigende forvaltningsakt. Med bestemmelsen i KRL § 8 stk. 6 er enhver tvivl om, hvorvidt myndighederne kan ændre eller tilbagekalde til ugunst for de virksomheder, der har indrettet sig herefter, udelukket⁵⁶. I henhold til forarbejderne forudsættes myndighederne dog at administrere bestemmelsen med en vis tilbageholdenhed⁵⁷.

Omvendt kan det også tænkes, at de faktiske omstændigheder forbliver de samme og at de fire betingelser for fritagelse dermed forbliver opfyldte. I dette tilfælde har konkurrencemyndighederne mulighed for at forlænge en fritagelse jf. KRL § 8 stk. 4. Efter 2004-lovændringen er anmeldelse som ovenfor nævnt fakultativ. Derfor kan virksomheder, som er af den opfattelse, at betingelserne for fritagelse fortsat er opfyldt, undlade at ansøge om forlængelse efter KRL § 8 stk. 4, og i stedet blot lade aftalen være fritaget direkte i medfør af KRL § 8 stk. 1.

Vælger aftaleparterne at anmelde den pågældende aftale til myndighederne (uanset om det drejer sig om en oprindelig fritagelse eller forlængelse), skal myndighederne i afgørelsen angive, for hvilket tidsrum fritagelsen gælder jf. KRL § 8 stk. 3, 1. led. Længden af fritagelsesperioden vil hænge sammen med, med hvor stor sikkerhed myndighederne kan vurdere den pågældende aftale, de enkelte fritagelsesbetingelser og den fremtidige udvikling på markedet⁵⁸.

I KRL § 8 stk. 3, 2. led bestemmes det desuden, at fritagelsen kan meddeles på vilkår. Vilkår kan virke som selvstændigt bindende pålæg, fx en løbende indberetningspligt. I disse tilfælde kan fritagelsen meddeles med det samme. Vilkår kan også gøres til en betingelse for, at virksomhederne overhovedet kan få en fritagelse, fx at aftaleparterne skal ophæve en bestemt bestemmelse i den konkurrencebegrænsende aftale. I disse tilfælde kan fritagelsen først meddeles fra det tidspunkt, hvor betingelsen opfyldes⁵⁹.

Det bemærkes, at KRL § 8 stk. 2-6 alene finder anvendelse i relation til aftaler, der anmeldes til konkurrencemyndighederne.

⁵⁶ Markedsret del 1 s. 132

⁵⁷ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3664 h.sp.

⁵⁸ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3664 v.sp.

⁵⁹ Konkurrenceloven med kommentarer s. 561

5. Effektivitetsgevinster jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 1

Som den første betingelse for, at en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages, bestemmer KRL § 8 stk. 1 nr. 1, at aftalen skal bidrage til enten at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Der er ikke tale om kumulative betingelser, men flere alternative muligheder for at opfylde den første betingelse.

Kodeordet for bestemmelsen er effektivitet. Der skal være tale om objektive effektivitetsfordele, og aftalen skal således ikke vurderes ud fra parternes subjektive forestilling⁶⁰. I Kommissionens retningslinjer anføres det da også, at "det er en lovgivningsopgave at beskytte den loyale konkurrence (...) – det er ikke noget, virksomhederne selv skal regulere"⁶¹.

Effektivitet skal derfor ikke alene forstås som den enkelte virksomheds driftsøkonomiske effektivitet, men tillige som den overordnede samfundsøkonomiske effektivitet. I god tråd med konkurrencelovens formål, som lovfæstet i KRL § 1, skal fokus være på den samfundsøkonomiske effektivitet. Dette er evident både ifølge forarbejder⁶², litteratur⁶³ og praksis.

Ved fritagelsesvurderingen i en afgørelse fra 2005 har konkurrencemyndighederne således fastslået, at "der ved vurderingen af om betingelse 1) er opfyldt, ikke blot skal tages hensyn til den driftsøkonomiske men også den samfundsøkonomiske effektivitet, og at hovedvægten skal lægges på den samfundsøkonomiske effektivitet"⁶⁴. Sagen drejede sig om Danske Kroer og Hotellers (DKH) sammenlægning af de enkelte kroer og hotellers markedsføring bl.a. gennem en centraliseret udvikling og styring af hjemmeside, herunder fælles prisfastsættelse af visse produkter. DKH's påstand om betydelige besparelser ved sammenlægningen kunne ikke tages til følge, idet der både blev sået tvivl om besparelsernes størrelse, og idet der under alle omstændigheder var tale om besparelser af ren driftsøkonomisk karakter.

Der findes flere eksempler på lignende udsagn i praksis⁶⁵.

Lidt forenklet kan det siges, at det som udgangspunkt er samfundet og samfundsøkonomien, der skal have gavn aftalen. At virksomhederne også opnår fordele ved siden af de samfundsmæssige fordele er naturligvis ikke en hindring. Det vil formentligt også være svært at forestille sig en situation, hvor en række virksomheder indgår en aftale med samfundsøkonomiske effektivitetsgevinster, uden at enkelte af disse gevinster tilfalder virksomhederne selv.

Årsagsforbindelsen mellem aftalen og effektivitetsgevinsterne skal understreges. Kunne virksomhederne have opnået de samme resultater på egen hånd, kan afta-

⁶⁰ Konkurrenceloven med kommentarer s. 528

⁶¹ K med pkt. 47

⁶² FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3662 h.sp.

⁶³ Markedsret del 1 s. 128; Dansk markedsret s. 89

⁶⁴ Afg. af 21.12.2005 nr. 3/1120-0289-0097 pkt. 221. Se også s. 29 og 45.

⁶⁵ Se fx afg. af 24.11.2010 nr. 4/0120-0289-0119; afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041

len næppe fritages. Dette kommer også til udtryk gennem bestemmelsens tredje betingelse, der forudsætter aftalens nødvendighed. Se herom afsnit 7.

Effektivitetsgevinster kan opnås i ethvert led i en given virksomheds værdikæde – det være sig i forsknings- og udviklingsprocessen, produktionsprocessen så vel som distributions- og markedsføringsprocessen⁶⁶.

I forarbejderne til KRL § 8 stk. 1 nr. 1 nævnes forskellige typer af aftaler, herunder specialiseringsaftaler, eksklusive købsaftaler, eneforhandlingsaftaler, selektive distributionsaftaler, forsknings- og udviklingsaftaler mm⁶⁷. Forarbejderne skal dog læses i lyset af, at de er skrevet i 1997. For så vidt angår aftaler om selektiv distribution, eksklusive købsaftaler og eneforhandlingsaftaler er der siden forarbejdernes tilblivelse sket en udvikling i opfattelsen af konkurrencebegrænsningsbegrebet. Disse anses derfor ikke længere for generelt at være omfattet af forbuddet i KRL § 6 stk. 1. Ligeledes er mange af de nævnte aftaletyper i dag omfattet af diverse gruppefritagelser⁶⁸.

For en nærmere gennemgang af betingelse nr. 1 sondres, på samme måde som Kommissionen gør det i sine retningslinjer, mellem omkostningsbesparelser og kvalitative effektivitetsgevinster. Det bemærkes, at der ofte vil være overlap herimellem, og den samme aftale kan sagtens medføre flere fordele.

5.1. Omkostningsbesparelser

Omkostningsbesparelser kan opstå på flere forskellige måder. Udvikling af ny produktionsteknologi og nye produktionsmetoder, synergieffekter ved sammenlægning af eksisterende aktiviteter, "economies of scale", "economies of scope" (begreberne beskrives nedenfor) samt bedre produktionsplanlægning kan nævnes. Der er tale om ofte forekommende kilder til omkostningsreduktioner, men opremsningen kan ikke anses for udtømmende. Afgørende er blot, at virksomhederne gennem den konkurrencebegrænsende aftale sættes i stand til at reducere omkostningsniveauet.

Udvikling af ny produktionsteknologi og nye produktionsmetoder nævnes som en vigtig kilde til omkostningsbesparelser i Kommissionens retningslinjer. Som et eksempel herpå nævnes indførelsen af samlebandet, som et stort teknologisk spring, der medførte betragtelige besparelser i produktionen af biler⁶⁹. Dette er et godt eksempel på omkostningsbesparelse om end det ikke umiddelbart er et eksempel på omkostningsbesparelse som følge af en aftale. Forestiller man sig derimod, at Ford i sin tid var gået sammen med en række konkurrerende bilproducenter om at udvikle samlebandsteknologien, ville der være tale om omkostningsbesparelser som følge af en aftale.

En anden vigtig kilde til omkostningsbesparelser er aftaler, hvor der kan opnås synergieffekter ved sammenlægningen af parternes aktiviteter. Ved at udnytte

⁶⁶ K med pkt. 61

⁶⁷ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3662 h.sp.

⁶⁸ Konkurrenceloven med kommentarer s. 527

⁶⁹ K med pkt. 64

hinandens eksisterende og komplementære teknologi, er det således ofte muligt at reducere produktionsomkostninger og/eller at producere et bedre produkt⁷⁰.

Synergieffekter var kernen i effektivitetsvurderingen i en afgørelse fra 2012, hvor Telia og Telenor havde anmeldt en aftale om sammenlægning og udbygning af de to teleudbyderes Radio Access netværk (RAN) til et samlet RAN. Sammenlægningen betød, at parterne samlet set kunne nøjes med et mindre antal master og antenner, end hvis de hver især skulle udbygge deres eget RAN. Der var direkte omkostningsbesparelser forbundet hermed i form færre udgifter til nye investeringer samt til løbende drift og vedligeholdelse. Myndighederne vurderede derfor, at "parterne via netdelingssamarbejdet opnår omkostningsgevinster i form af bl.a. synergieffekter og skalafordele"⁷¹. Betingelse nr. 1 var ligesom de øvrige betingelser opfyldt, hvorfor der kunne meddeles fritagelse.

At besparelserne som følge af aftalen først vil blive en realitet fra 2014, idet der i starten af samarbejdet krævedes ekstra investeringer til implementering, konsolidering mm. ændrede ikke på myndighedernes vurdering. Sagen kan således ses som et eksempel på de tidsmæssige aspekter, beskrevet ovenfor i afsnit 4.5., som må indgå i en fritagelsesvurdering.

Konkurrencemyndighedernes stillingtagen til sagen om fællesudnyttelse af master og antenner er ikke enestående. Således har Telekommunikationsindustrien i Danmark i en sag fra 2003 anmeldt en brancheaftale med prisberegningsprincipper for lejebetaling for fællesudnyttelse af master. Myndighederne fandt, at de konkurrencebegrænsende prisberegningsregler opfyldte betingelsen i KRL § 8 stk. 1 nr. 1, da der bl.a. var omkostningsbesparelser forbundet hermed i form af en "hurtigere, nemmere og billigere etablering af teleinfrastruktur for operatørerne i nye områder"⁷². Desuden blev der lagt vægt på, at den fælles prisberegningmekanisme ville give åbne⁷³ og ikke-diskriminerende virkninger for lejerne. Brancheaftalen kunne efter en samlet vurdering fritages.

IT- og Telestyrelsen henvendte sig imidlertid senere til konkurrencemyndighederne, idet TDC og Sonofon ved brug af brancheaftalen fik betydelige overskud ved udlejning af antennepositioner. Ved en afgørelse fra 2006 tog myndighederne derfor fornyet stilling til brancheaftalen. Myndighederne fandt, "at de høje priser set i forhold til omkostningerne indebærer, at betingelserne for forlængelse af den eksisterende fritagelse ikke er til stede"⁷⁴. Også med denne afgørelse kan der således henvises til det ovenfor i afsnit 4.5 nævnte tidsaspekt, hvorefter en aftale altid skal vurderes ud fra de konkrete omstændigheder på det konkrete tidspunkt⁷⁵.

⁷⁰ K med pkt. 65

⁷¹ Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057 pkt. 531. Se også s. 22, 30, 37, 40 og 48.

⁷² Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282 pkt. 82. Se også s. 26, 29, 32, 41 og 49. For lignende betragtninger se også afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-266.

⁷³ Begrebet åbenhed og myndighedernes fokus herpå diskuteres nedenfor i afsnit 8.

⁷⁴ Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004 pkt. 7. Se også s. 26, 29, 32, 41 og 49.

⁷⁵ Aftaleparterne tilpassede prisberegningssmodellen på myndighedernes kritikpunkter og fik ved afg. af 20.12.2006 nr. 4/0120-0204-0034 fritagelse for den nye aftale.

Denne type af aftaler omkring deling af infrastruktur synes også at have effektivitetsfordele af kvalitativ art. Se herom afsnit 5.2.

Bedre produktionsplanlægning og bedre kapacitetsudnyttelse kan ligeledes danne grobund for omkostningsbesparelser. Som et eksempel herpå nævner Kommissionen anvendelse af "just-in-time" levering, hvor behovet for store omkostningskrævende lagre mindskes, idet leveringen finder sted løbende og i takt med, at virksomheden får brug for de enkelte komponenter⁷⁶.

I forlængelse af produktionsplanlægning og kapacitetsudnyttelse kan to engelske økonomiske begreber nævnes. Det drejer sig om "economies of scope" og "economies of scale".

Førstnævnte består i, at virksomheder opnår omkostningsbesparelser ved at producere forskellige produkter på basis af samme input, det være sig samme komponenter, samme maskiner og/eller samme medarbejdere.

"Economies of scale" består i stordriftsfordele. Her vil omkostningerne dale jo mere der produceres.

Stordriftsfordele blev diskuteret i en sag fra 2003⁷⁷ vedrørende en tillægsaftale – kaldet Strukturordningen – til Danisco og Danske Sukkerroedyrkeres brancheaftale. Ordningen gav undtagelsesvist roedyrkere adgang til at købe og sælge de rettigheder, de hver især var tildelt fra Danisco til at dyrke og levere sukkerroer. Ordningen indeholdt imidlertid visse geografiske prioriteringer, således at roedyrkerne tættest på Danisco fik forrang til at købe kontraktmængder. Det fik de ringest stillede roedyrkere til at klage over ordningen. Myndighederne fandt, at ordningen medførte sådanne effektivitetsgevinster, at betingelse nr. 1 var opfyldt. Effektivitetsgevinsterne bestod dels i en større udnyttelse af stordriftsfordele for de dyrkere, der ville få mulighed for at købe kontraktmængder, og dels i en reduktion af transportomkostninger ved gennem strukturordningen at flytte mere produktion tættere på Danisco. Klagernes påstande om, at både stordriftsfordele og besparelser på transportomkostninger ikke på længere sigt ville være mere effektive, da jorden på klagernes ejendomme gennemsnitligt var bedre, blev således ikke taget til følge. De øvrige betingelser i KRL § stk. 1 kunne dog ikke anses for opfyldt, hvorfor Strukturordningen ikke blev fritaget.

Selvom der sondres mellem "economies of scale" og "scope" er der visse overlap. I Kommissionens retningslinjer bruges da også det samme eksempel til forklaring af de to begreber – nemlig fælles transport. Omkostningerne til en lastbil vil være stort set ens, uanset om bilen er halvt eller helt fuld. Aftaler hvor virksom-

⁷⁶ K med pkt. 68

⁷⁷ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284. Se også s. 28, 33 og 51. Afgørelsen blev som nævnt ovenfor ophævet og hjemvist ved KAN kendelse af 31.01.2005 i sag nr. 03-215.833. KAN var ikke uenig i den konkrete effektivitetsvurdering, men fandt samlet set mangler ved skønsudøvelsen. Se herom s. 12. Imens sagen verserede for KAN lavede parterne en ny tillægsaftale om bortforpagtning af kontraktmængder i en tidsbegrænset periode. Myndighederne fandt ikke den nye aftale i strid med KRL § 6, hvorfor der blev givet en ikke-indgrebserklæring efter KRL § 9 ved afg. af 28.01.2004 nr. 3/1120-0301-0328.

heder sammenlægger deres transport vil således kunne medføre stordriftsfordele. Lastbilseksemplet går igen ved eksemplificeringen af "economies of scope", hvor en producent af frosne pizzaer og en producent af frosne grøntsager i distributionen af deres varer begge skal bruge en kølevogn. Ved at bruge samme maskine kan producenterne opnå besparelsesgevinster i form af "economies of scope"⁷⁸. Det kan diskuteres, hvorvidt producenter af hhv. frosne pizzaer og frosne grøntsager er konkurrenter, og om der dermed overhovedet består en konkurrencebegrænsende aftale. Begge er producenter af frosne fødevarer, men frosne pizzaer lader sig næppe i forbrugernes bevidsthed substituere med frosne grøntsager. Byttes producenten af frosne grøntsager ud med en producent af frosne færdigretter i eksemplet, vil enhver tvivl ophæves.

Forarbejderne kommer også ind på disse typer af fordele: "Inden for visse brancher kan der være betydelige fordele knyttet til store produktionsanlæg, landsdækkende distribution og lignende. Hvis to eller flere virksomheder ønsker et samarbejde for at blive et mere konkurrencedygtigt alternativ til større virksomheder på markedet, og bliver konkurrencen og dermed effektiviteten i den pågældende branche herved forøget, må betingelserne i nr. 1 og 2 anses for opfyldt"⁷⁹.

Dette synspunkt er kommet til udtryk i flere afgørelser⁸⁰. Herunder i en sag fra 2003 om en samarbejdsaftale mellem to lokalbaserede cateringgrossister. Grossisterne ønskede at gå sammen om at afgive ét fælles tilbud på levering af cateringvarer med det formål at deltage i konkurrencen om kontrakter med landsdækkende kunder. Aftalen fritages, og betingelserne i KRL § 8 stk. 1 nr. 1 er opfyldt, da det er myndighedernes opfattelse, at "samarbejdet sikrer, at der findes en ekstra spiller på markedet, der kan øge konkurrencen om leverancerne til de landsdækkende kunder og dermed styrke effektiviteten i distributionen af cateringvarer"⁸¹.

En anden form for effektivitetsgevinster beslægtet med stordriftsfordele er de gevinster, der kan opstå gennem større erfaring. Jo mere erfaring en virksomhed har med at udføre en bestemt opgave, des hurtigere og des mere effektivt vil opgaven blive udført, og produktiviteten vil derigennem øges⁸².

Både stordriftsfordele og større erfaring fandtes i en sag fra 2009 at medføre effektivitetsgevinster i et sådant omfang af betingelse nr. 1 var opfyldt. Samarbejde og stordriftsfordele i Taksatorringen (en forening af små og mellemstore motorkøretøjsforsikringsselskaber, der foretager opgørelser af motorkøretøjs-skader for sine medlemmer gennem et landsdækkende taksatornetværk) betød, at de enkelte deltagere opnåede betydelige besparelser ved ikke at skulle drive egne skadesopgørelsesafdelinger med egne taksatorer. Myndighederne fandt det oven i købet "overvejende sandsynligt, at Taksatorringens små medlemmer ikke

⁷⁸ K med pkt. 66 og 68

⁷⁹ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 v.sp.

⁸⁰ Se fx afg. af 25.11.1998 nr. 2/8032-33 s. 5 fornyet ved afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0378; afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 fornyet ved afg. af 28.03.2012 (intet journalnr.)

⁸¹ Afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132 pkt. 100. Se også s. 32, 35 og 36.

⁸² K med pkt. 66

rentabelt ville kunne drive deres egen skadesopgørelsesafdeling (...), da det kræver en "kritisk masse" af skader (...)"⁸³. Flere aktører får således adgang til markedet, hvorved udbuddet bliver større. Ved samarbejdet får Taksatorringens medarbejdere desuden væsentligt større erfaringer med skadesopgørelse, end det enkelte selskab ville opnå alene. "Det stabile sagsflow giver igennem medarbejdernes erfaring også foreningen en større erfaring og specialisering, således at foreningen kan gennemføre takseringerne hurtigere og bedre, end det enkelte selskab selv ville kunne og med mindskede omkostninger til følge"⁸⁴. Da også de øvrige betingelser var opfyldt, meddelte myndighederne fritagelse.

Omkostningsbesparelser vil som oftest være at finde hos aftaleparterne selv. Med henvisning til en sag fra 2005 kan omkostningsbesparelser i et senere omsætningsled også betragtes som effektivitetsgevinster i henhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 1. I et forsøg på at bekæmpe plasmacytose (en smitsom sygdom, der bl.a. rammer mink) indgik fire minkfodercentraler i Nordjylland et samarbejde, der bl.a. indebar en form for forsikring, der skulle udbetales til minkavlere ved udbrud af plasmacytose og efterfølgende sanering af deres minkfarm. Finansieringen heraf skulle foregå ved at pålægge hvert kg. foder en fast merpris. Myndighederne fritog aftalen, bl.a. fordi den konkurrencebegrænsende merprisfastsættelse medførte effektivitetsgevinster, herunder fordi "færre plasmacytoseudbrud både (vil) betyde et større udbytte hos avlerne (...) og lavere omkostninger i driften og specielt i forbindelse med bekæmpelsen"⁸⁵. Anskuet som et led i værdikæden udgør minkavlerne et senere omsætningsled i forhold til fodercentralerne. Det skal dog bemærkes, at fodercentralerne er andelsselskaber, der i sidste ende er ejet af minkavlerne. At en omkostningsbesparelse også kan forekomme i senere omsætningsled kan dog også læses af den anden betingelse for fritagelse, der fastslår, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af effektivitetsgevinsterne. Se herom afsnit 6.

Kommissionens retningslinjer henviser primært til besparelser i produktion og distribution. Der synes at være mange eksempler på denne type omkostningsbesparelser i praksis, men det er naturligvis også muligt at opnå besparelser på andet end produktions- og distributionsomkostninger. Afgørende er blot, at en virksomheds omkostninger reduceres, uanset i hvilket led i værdikæden dette sker.

I en afgørelse fra 2005 blev foreningen Praktiserende Dyrlægers Arbejdsgiverforenings vedtægter vurderet. Vedtægterne indeholdt bl.a. regler, der gav foreningen eneret til at forhandle aftaler om honorarer mv. på dyrlægernes vegne. Ved effektivitetsvurderingen anfører konkurrencemyndighederne, at "man kan overveje, om det forhold, at prisforhandlinger med kunder skal forestås af dyrlægernes interesseorganisation, medfører administrative lettelser for den enkelte dyrlægevirksomhed. De mulige besparelser, dette måtte betyde for den enkel-

⁸³ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/01200301-0041 pkt. 242. Se også s. 32, 35, 38 og 47.

⁸⁴ Samme afgørelse pkt. 248

⁸⁵ Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382 pkt. 112. Se også s. 25, 27, 30, 43 og 49. Afgørelsen er stadfæstet ved KAN kendelse af 12.04.2006 i sag nr. 2005-0003606.

te dyrlæge, opvejer imidlertid ikke de skadelige virkninger af aftalen i form af risiko for prisuniformering og dermed høje priser på dyrlægeydelser”⁸⁶.

I sagen er afvejningen af konkurrencegavnlig og konkurrenceskadelige effekter tydelig. Prisaftaler er som bekendt aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen og dermed alvorlige, hvorfor de konkurrencegavnlig administrative besparelser i den konkrete sag ikke kunne opveje de konkurrenceskadelige elementer.

Der ses også eksempler på, at hvad der umiddelbart påberåbes som omkostningsbesparende og dermed effektivitetsfremmende kan have den diametralt modsatte effekt. I 2006 tog konkurrencemyndighederne stilling til en orientering om en række autoværksteders procentvise omkostninger, som Håndværksrådet ønskede at udsende til sine medlemmer. Håndværksrådet anførte i forhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 1, at ”der er effektivitetsfordele forbundet ved ordningen, idet værksteder, der på grundlag af en benchmarking af deres egne omkostninger med det gennemsnitlige værkstedes omkostninger påbegynder en effektivisering, som i sidste ende kan give plads til lavere priser til forbrugerne”⁸⁷. Myndighederne var ikke enige i denne vurdering, idet der ved deling af information om omkostninger er risiko for den modsatte effekt – nemlig en tilpasning i forhold til de øvrige værksteders omkostninger med dertil følgende prisforhøjelser.

Afslutningsvis skal det igen understreges, at der alene kan tages hensyn til objektive fordele og effektivitetsgevinster. Det betyder i forhold til omkostningsbesparelser, at der ikke kan tages hensyn til sådanne, når de alene beror på parternes udøvelse af markedsstyrke. Et eksempel herpå kunne være to virksomheder, der besidder en sådan styrke, at de kan dele markedet imellem sig med en reduceret produktionen og dermed reducerede produktionsomkostninger til følge. Omkostningsbesparelser af denne type har ingen konkurrencefremmende virkninger på markedet, idet de alene sætter virksomhederne i stand til at øge deres indtjening⁸⁸.

5.2. Kvalitative effektivitetsgevinster

Hvor omkostningsbesparelser i sidste ende kan gøres op i kroner og ører, tænkes der med de kvalitative effektivitetsgevinster på fordele af mere løs og forskelligartet karakter. Eksempler herpå er kvalitetsforbedringer af varer og tjenesteydelser, forskning i og udvikling af nye produkter, effektivisering af distributionen, fremme af den miljømæssige udvikling mm. Opremsningen er ikke udtømmende.

Omkostningsbesparelser og effektivitetsgevinster af kvalitativ art kan ikke konsekvent adskilles. Således vil kvalitative effektivitetsgevinster direkte eller indirekte kunne medføre en reduktion i omkostningerne. I Kommissionens retningslinjer understreges det da også, at kvalitative effektivitetsgevinster ofte er en

⁸⁶ Afg. af 26.10.2005 nr. 3/1120-0301-0374 – særligt pkt. 112

⁸⁷ Afg. af 29.03.2006 nr. 4/0120-0389-0003 pkt. 82. Se også s. 41.

⁸⁸ K med pkt. 49 og Konkurrenceloven med kommentarer s. 528

vigtig kilde til økonomiske fordele⁸⁹. Omvendt vil også omkostningsbesparelser kunne give råderum til eksempelvis kvalitetsforbedringer af nuværende produkter eller investering i forskning og udvikling af nye produkter.

Der findes i praksis flere eksempler på, at kvalitetsforbedringer af produkter og tjenesteydelser er blevet anset for effektivitetsgevinster i overensstemmelse med KRL § 8 stk. 1 nr. 1. Ligesom aftaler, der medfører skabelsen af helt nye varer og tjenesteydelser, vil være det. Vigtigheden heraf er også understreget i Kommissionens retningslinjer, hvor det hedder sig, at tekniske og teknologiske fremskridt spiller en vigtig, dynamisk rolle i økonomien og skaber betydelige fordele i form af nye eller forbedrede varer og tjenester⁹⁰.

Afgørelsen fra 2012 om Telia og Telenors netdelingssamarbejde skal i den forbindelse nævnes. Udover at medføre omkostningsbesparelser betød samarbejdet også, at teleudbyderne samlet set kunne tilbyde et bedre netværk både i form af bedre dækning samt tidligere og mere udstrakt udvikling af ny teknologi. "Som følge af, at det fælles Radio Access netværk vil bestå af flere antennepositioner og et mere finmasket netværk og på baggrund af, at parterne hver især får umiddelbar adgang til forskellige og komplementære kvaliteter ved hinandens netværk (...) er det tilstrækkeligt sandsynliggjort, at netdelingssamarbejdet mellem Telia og Telenor vil medføre effektivitetsgevinster (...)"⁹¹.

At parterne vil få "adgang til forskellige og komplementære kvaliteter ved hinandens netværk" skyldes, at Telenor har et udbygget 2G netværk, mens Telia som en af de første har satset på udviklingen af ny 4G teknologi. Aftalen udgør således et godt eksempel på, hvordan synergieffekter ikke alene som ovenfor i afsnit 5.1. beskrevet kan medføre omkostningsbesparelser, men også effektivitetsgevinster af kvalitativ art.

Lignende synspunkter var fremme i en sag fra 2004, hvor en række ejendoms-mæglere, herunder EDC-mæglere og SAFE-mæglere, samt BRFKredit A/S havde anmeldt deres samarbejde i form af et kompleks af flere aftaler til konkurrencemyndighederne. Aftalerne indebar bl.a. administrativt samarbejde mellem EDC og SAFE gennem fx fælles anvendelse af telefonomstilling, mødelokaler og IT. Gennem aftalen fik SAFE-mæglere desuden adgang til direkte eller gennem EDC-gruppen at tilbyde flere produkter og ydelser. Myndighederne vurderede, at "samarbejdet skønnes endvidere at ville kunne gøre begge kæder mere konkurrencedygtige (...), hvilket alt andet lige må ventes at fremme udviklingen af bedre og/eller et mere varieret udbud af ydelser"⁹². Aftalen kunne fritages.

Ved samme sag skulle det vurderes om en aftale mellem EDC-gruppen A/S og de enkelte EDC-mæglere ligeledes kunne fritages. Her var fokus for effektivitetsvurderingen ligeledes udvikling. Aftalen indeholdt bl.a. regler om EDC-gruppens godkendelse forud for visse tiltag, forkøbsret og pligt til at anvende BRFKredit og Alm. Brand A/S i salgsopstillinger. Aftalen indeholdt desuden et i forhold til tidli-

⁸⁹ K med pkt. 70

⁹⁰ K med pkt. 70

⁹¹ Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057 pkt. 520. Se også s. 16, 30, 37, 40 og 48.

⁹² Afg. af 26.05.2004 nr. 3/1120-0301-0233 pkt. 81. Se også s. 34, 42 og 51.

gere aftaler forlænget opsigelsesvarsel. Særligt i forhold til det forlængede opsigelsesvarsel skønnede myndighederne, at det "kan være til at give samarbejdet en mere stabil form, som internt i EDC-kæden kan muliggøre mere langsigtede investeringer. I forhold til andre samarbejdspartnere, fx BRFkredit, kan samarbejdet sikre bedre vilkår og få kæden til at stå stærkere i konkurrencen generelt. Disse forhold må forventes at resultere i øget udvikling af bl.a. nye produkter og en mere effektiv virksomhed"⁹³. Betingelsen i KRL § 8 stk. 1 nr. 1 var således opfyldt, og også denne aftale kunne fritages.

Igen skal det understreges, at kun objektive effektivitetsgevinster kan tages under betragtning i forhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 1. Det gælder naturligvis også for så vidt angår de kvalitative effektivitetsgevinster.

I en sag fra 2009 vedrørende Viasat-koncernens vilkår om placering af TV3 og TV3+ i bestemte programpakker, ansås de af Viasat påberåbte fordele alene at være af subjektiv karakter uden konkurrencefremmende virkninger. Viasat stillede i sine distributør-vilkår krav om, at TV3 og TV3+ skulle placeres i den programpakke som ofte kaldes "mellempakken". Vilkåret ville ifølge Viasat sikre en fast masse af abonnementsindtægter, som igen ville sikre Viasats udbud af tv-kanaler af høj kvalitet samt en effektiv distribution heraf. Myndighederne fandt dog, at vilkåret havde den diametralt modsatte effekt, og at de gevinster, der evt. ville opnås alene var af subjektiv karakter: "Et vilkår som det foreliggende indebærer derimod, at Viasat ikke i samme grad som resten af markedet behøver at fokusere på produktudvikling og priskonkurrence, når det gælder spørgsmålet om at opnå en god placering (...). Dermed kommer vilkåret konkret til at fremstå som en faktor til fremme af ineffektivitet som følge af manglende konkurrence"⁹⁴.

Hvor udviklingsfremme i de ovennævnte aftaler diskuteres som en følge af samarbejdet på mere langsigtet niveau, kan forskning og udvikling også være selve formålet og kernen i en given aftale. I Kommissionens retningslinjer nævnes forsknings- og udviklingsaftaler som et typeeksempel på konkurrencebegrænsende aftaler med kvalitative effektivitetsgevinster⁹⁵. Der findes ikke mange eksempler herpå i praksis. Det skyldes formentlig, at der gælder en gruppefritagelse for visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler.

En afgørelse fra 2002 tydeliggør dog de konkurrencefremmende fordele ved samarbejdsaftaler med fokus på forskning og udvikling. DLF-Trifolium A/S og Danisco Seed A/S indgik en række aftaler, herunder en samarbejdsaftale om forædling af foderfrø, der kunne resultere i nye sorter. Selvom DLF-Trifolium og Danisco Seed var direkte konkurrenter på et forholdsvis snævert marked, som med aftalen ville miste en konkurrent, lagde myndighederne vægt på, "at der er tale om et vigende marked med en konstant og stærkt faldende omsætning (...) samarbejdet fremmer både produktion og den tekniske udvikling på et marked,

⁹³ Afg. af 26.05.2004 nr. 3/1120-0301-0233 pkt. 107. Se også s. 34, 42 og 51.

⁹⁴ Afg. af 30.09.2009 nr. 4/0120-0204-0150 pkt. 439. Afgørelsen er stadfæstet ved KAN kendelse af 08.06.2010 i sag nr. 2009-0020551.

⁹⁵ K med pkt. 70

der ellers kunne være i fare for at gå helt i stå⁹⁶. Aftalen kunne, da også de øvrige betingelser var opfyldt, fritages.

En anden vigtig kilde til effektivitetsgevinster er kvalitative forbedringer i distributionen af varer og tjenesteydelser. Der findes i praksis flere eksempler herpå⁹⁷.

I en afgørelse fra 2003 vedrørende Bestseller Wholesale A/S' forhandleraftaler for selvstændige konceptbutikker anerkendte myndighederne bl.a. en forbedret distribution som en effektivitetsgevinst i henhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 1. Der var tale om selektive distributionsaftaler, der bl.a. indeholdt bindende videresalgspriser og krævede at konceptbutikkerne indberettede salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller via et fælles IT-system. For så vidt angik de bindende videresalgspriser indvilligede Bestseller i at fjerne pligten til at følge disse. I forhold til IT-systemet fandt myndighederne, at det havde en række effektivitetsfremmende effekter, idet det bidrog til en effektiv lagerstyring og "til at effektivisere distributionen af produkterne på de relevante markeder. Begrundelsen herfor er, at Bestsellers koncept gør det lettere for nye forhandlere at trænge ind på markederne med Bestsellers produkter og kan dermed øge interbrand-konkurrencen"⁹⁸. Aftalen kunne dog ikke fritages, da tredje betingelse ikke fandtes opfyldt.

Selv alvorlige konkurrencebegrænsende aftaler, såsom prisbindingsaftaler, kan i visse tilfælde tænkes fritaget med henvisning til distributionen af varer og tjenesteydelser på markedet. Noget kunne i hvert fald tyde herpå i en afgørelse fra 2010. Witt Hvidevarer A/S havde indgået aftaler med sine forhandlere om bindende videresalgspriser for robotstøvsugere mm. Aftalerne kunne i det konkrete tilfælde ikke fritages, men myndighederne udtalte: "Witt har ikke peget på forhold, som kunne vise, at der var effektivitetsfordele ved prisbinding i denne sag. Der er fx ikke tale om et nyt produkt, der er i en introduktionsfase (...). Det er heller ikke forudsat, at forhandlerne af iRobot-produkter skal yde en ekstra særlig kundeservice forud for salg til kunderne"⁹⁹. Noget kunne altså tyde på, at de kvalitative effektivitetsgevinster, der er forbundet med overhovedet at komme ind på markedet ved introduktion af nye varer samt det, at der ydes en særlig service i forbindelse med distributionen af varerne, kan opveje de yderst konkurrenceskadelige begrænsninger, der er forbundet med prisbindingsaftaler.

Omkostningsbesparelser og effektivitetsgevinster af kvalitativ art kan som nævnt ikke konsekvent adskilles, da disse ofte vil fungere i samspil med hinanden. Den type aftaler, hvor stordriftsfordele og/eller en sammenlægning af aktiviteter gør virksomheder i stand til at agere på et marked, som de ellers ikke har

⁹⁶ Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0388-192 s. 2 nederst. Se også s. 36.

⁹⁷ Se fx afg. af 27.02.2002 nr. 3/1120-0301-139 – særligt pkt. 108 – og afg. af 24.04.2002 nr. 3/1120-0301-140 – s. 1 nederst

⁹⁸ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0301-0133 pkt. 127. Se også s. 31, 39 og 46. Afgørelsen er stadfæstet ved KAN kendelse af 27.10.2004 i sag nr. 03-201.492. Sagen er desuden afgjort ved dom afsagt af Vestre Landsret den 27.11.06 – J.nr. 14-3910. Sagen for Landsretten vedrørte alene et ved afgørelsen udstedt påbud. Afgørelsen blev stadfæstet.

⁹⁹ Afg. af 24.11.2010 nr. 4/0120-0289-0119 pkt. 397. Se også s. 35.

adgang til, må således også siges at have effektivitetsgevinster af kvalitativ art. Den kvalitative effektivitetsgevinst består deri, at udbuddet øges med øget konkurrence til følge.

Udover de ovenfor nævnte aftaler om hhv. samarbejde om ydelse af tilbud på cateringvarer samt samarbejdet mellem en række mindre forsikringsselskaber om fælles taksationsvirksomhed kan også en afgørelse fra 2012 nævnes. Med afgørelsen blev fritagelsen af en rammeaftale om levering af skærmbriller forlænget. Med forlængelsen har myndighederne slået fast, at der ikke var væsentlige ændringer i hverken aftalen eller markedsforholdene siden den oprindelige afgørelse fra 1998. Aftalen fritoges, selvom den kunne tænkes at have en eventuel prisstyrende effekt, da "de individuelle optikere kun ved fælles tilbud har mulighed for at imødekomme større virksomheders krav til aftalepartneren, må rammeaftalerne anses for at bidrage til en øget konkurrence om levering af disse produkter"¹⁰⁰.

Kvalitative effektivitetsgevinster kan desuden bestå af miljømæssige gevinster og fremme af den miljømæssige udvikling. I forarbejderne nævnes investeringer i eller anvendelse af miljøteknologi, der kan indebære fordele med hensyn til effektiv ressourceanvendelse eller reduktion af miljøskader. Det understreges dog, at det ikke vil være muligt at opnå fritagelse, hvis aftalen primært tjener konkurrencebegrænsende formål, selv om parterne forsøger at forklare aftalerne med en henvisning til miljøbeskyttelse¹⁰¹. Miljøhensynet kan dermed næppe bære en fritagelse fra forbuddet i KRL § 6 stk. 1 alene¹⁰².

Kommissionens retningslinjer omtaler ikke effektivitetsgevinster af miljømæssig karakter. I henhold til de danske lovforarbejder¹⁰³ er fremme af den miljømæssige udvikling dog i overensstemmelse med Kommissionens (tidligere) praksis. Dansk praksis tager utvivlsomt hensyn til effektivitetsfordele af miljømæssig karakter.

Oliebranchens Fællesrepræsentation fik med en afgørelse fra 2004 en aftale, vedrørende udfasning af stoffet MTBE i benzin, fritaget. Aftalen indebar bl.a. en konkurrencebegrænsende horisontal markedsdeling mellem visse servicestationer af særlig høj standard, idet der ved disse var en relativ lille risiko for benzinudslip med MTBE, som ville forurene både jord og grundvand. Dermed bevirkede aftalen "en mindre belastning af miljøet til gavn for hele samfundet"¹⁰⁴. Den mindre miljøbelastning var en klar effektivitetsgevinst, og da de øvrige betingelser ligeledes var opfyldt, kunne aftalen fritages.

Ordet "miljø" indgår ikke i afgørelsen om fritagelse af fire foderstofcentralers aftale med det formål at bekæmpe sygdommen plasmacytose blandt mink i Nordjylland. Et sygdomsbekæmpende formål må dog unægtelig anses for en ef-

¹⁰⁰ Afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 s. 5 nederst, fornyet ved afg. af 28.03.2012 (intet journalnr.)
Se også s. 31 og 43.

¹⁰¹ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 v.sp.

¹⁰² Markedsret del 1 s. 128 note 166

¹⁰³ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 v.sp.

¹⁰⁴ Afg. af 28.04.2004 nr. 3/1120-0301-0126 s. 1 midtfor. Se også s. 32 og 50.

fektivitetsgevinst af miljømæssig karakter. I afgørelsen nævnes da også udover en lang række økonomiske fordele ved bekæmpelsen af plasmacytose, at risikoen for, at sygdommen spredes til den øvrige del af Danmark, reduceres som følge af aftalen¹⁰⁵.

De ovenfor i afsnit 5.1. nævnte aftaler om fælles brug af master er udover at være omkostningsbesparende også eksempler på effektivitetsgevinster af miljømæssig karakter. Konkurrencemyndighederne fandt således første betingelse opfyldt i afgørelsen fra 2003 vedrørende Telekommunikationsindustrien i Danmarks brancheaftale, da aftalen "muliggør en mere rationel udnyttelse af den eksisterende infrastruktur, eftersom operatørerne anvender hinandens antennepositioner. (...) Fællesudnyttelsen betyder også en mindskelse af de miljømæssige påvirkninger som følge af etableringen af flere operatører og opsætning af færre master"¹⁰⁶.

Myndighederne fandt som bekendt i afgørelsen fra 2006, at fritagelsen af brancheaftalen ikke kunne forlænges. Myndighederne anerkendte de miljømæssige fordele samt at det måtte "være samfundsmæssigt effektivt at deles om infrastrukturen, når der som på masteområdet er tale om en begrænset ressource"¹⁰⁷. Samtidig fastslås det dog også, "at aftalen fører til priser, som samlet set er markant højere end, hvad der kan begrundes i de afholdte omkostninger med tillæg af en rimelig fortjeneste"¹⁰⁸. Myndighedernes afvejning af aftalens modsatrettede virkningerne fører til, at aftalen ikke opfylder betingelsen i KRL § 8 stk. 1 nr. 1. Sagen kan således ses som et eksempel på, at det ikke vil være muligt at opnå fritagelse, hvis aftalen primært tjener konkurrencebegrænsende formål, selv om parterne forsøger at forklare aftalerne med henvisning til miljøbeskyttelse.

Brugen af og adgangen til infrastruktur bliver også diskuteret i en anden afgørelse fra 2002. Brancheforeningen Sammenslutningen af Danske Havne havde anmeldt en standardlejekontrakt, der bl.a. indeholdt et konkurrencebegrænsende vilkår om omsætningsgaranti. Vilkåret indebar, at det lejede areal skulle benyttes til "havnevedkommende virksomhed", og at lejereren skulle garantere udlejereren, at der tilføres havnen skibs- og vareafgifter i et bestemt fastsat omfang. Konsekvensen af et sådant vilkår er, at det bliver mere attraktivt for virksomheder med havnerelateret virksomhed at leje sig ind, end det er for virksomheder med ikke-havnerelateret virksomhed. "Der sker således en sikring af, at arealerne fortrinsvis forbeholdes lejere, der kan gøre brug af havnebeliggenheden, der må anses for et knapt gode. Som følge heraf kan der argumenteres for, at vilkåret om omsætningsgaranti ud fra et samfundsmæssigt synspunkt anses for at fremme effektiviteten"¹⁰⁹.

Med henvisningen til fordelingen af knappe goder henledes opmærksomheden på den såkaldte "Essential Facilities Doctrine", hvorefter en monopolist kan forpligtes til at give andre adgang til et knapt gode, når det er umuligt for andre at få

¹⁰⁵ Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382 pkt. 112. Se også s. 19, 27, 30, 43 og 49.

¹⁰⁶ Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282 pkt. 82. Se også s. 16, 29, 32, 41 og 49.

¹⁰⁷ Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004 pkt. 134. Se også s. 16, 29, 32, 41 og 49.

¹⁰⁸ Samme afgørelse pkt. 138

¹⁰⁹ Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0301-122 pkt. 46. Se også s. 33, 47 og 48.

en lignende adgang, og når det samtidig er praktisk muligt at give adgang til den pågældende facilitet¹¹⁰. Med dette princip in mente synes aftaler om fordelingen af knappe goder og sikringen af adgangen til nødvendige faciliteter desto mere at kunne være effektivitetsfremmende jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 1.

6. Forbrugerfordele jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 2

Som den anden betingelse for, at en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages, bestemmes det i KRL § 8 stk. 1 nr. 2, at forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelene ved de effektivitetsgevinster, der opnås ved aftalen.

Forbrugerbegrebet skal forstås bredere end det almindelige forbrugerretlige forbrugerbegreb. Der tænkes ikke alene på slutforbrugeren, men også på producenter, grossister og detailforhandlere, der indgår som et senere mellemlid i distributionen. Begrebet omfatter således alle direkte eller indirekte brugere af produkter eller tjenesteydelser, som aftalen vedrører¹¹¹.

At flere led af brugere indgår i forbrugerbegrebet fremgår af afgørelsen fra 2005 vedrørende fire foderstofcentralers samarbejde om bekæmpelse af plasmacytose. Myndighederne fandt, at betingelsen i KRL § 8 stk. 1 nr. 2 var opfyldt, da "også forbrugerne opnår fordelene ved denne ordning, idet det først og fremmest er minkavlerne der opnår fordelene. Disse vil i næste led blive kanaliseret videre til slutbrugerne i form af større udbud og flere smukke pelse"¹¹².

Forbrugerhensynet er ikke enestående for KRL § 8 og den individuelle fritagelse. Hensynet gælder for hele konkurrencelovens anvendelse. Sammenhængen mellem forbrugerne og konkurrencelovens formål blev med 2004-lovændringen udtrykkeligt fastsat i lovens formålsparagraf¹¹³. Fremme af en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse skal således ske til gavn for virksomheder og forbrugere.

Det forhold, at forbrugerne skal sikres en "rimelig andel" af fordelene, indebærer på den ene side, at forbrugerne ikke har krav på alle de fordele, effektivitetsgevinsterne måtte medføre. På den anden side må "rimelig" dog medføre, at det ikke er en helt ubetydelig andel, der videregives til forbrugerne¹¹⁴.

I Kommissionens retningslinjer tolkes begrebet "rimelig andel" således, at de fordele forbrugerne får andel i, mindst skal opveje enhver faktisk eller sandsynlig negativ indvirkning, som konkurrencebegrænsningen måtte have for dem. Der må foretages en afvejning af aftalens positive virkninger for forbrugerne over for aftalens negative virkninger. Bliver forbrugerne stillet ringere efter aftalens indgåelse, er den anden betingelse ikke opfyldt¹¹⁵.

¹¹⁰ Markedsret del 1 s. 170

¹¹¹ K med pkt. 84

¹¹² Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382 pkt. 113. Se også s. 19, 25, 30, 43 og 49.

¹¹³ Dansk markedsret s. 90

¹¹⁴ Konkurrenceloven med kommentarer s. 544

¹¹⁵ K med pkt. 85

Ved afvejningen bliver typen af konkurrencebegrænsende aftale af betydning. Der er således tale om en glidende skala. Jo mere konkurrencebegrænsende en aftale er, desto større må gevinsterne og forbrugernes andele heri være¹¹⁶. Der henvises til afsnit 4.2., hvor det konstateres, at alle betingelser i KRL § 8 stk. 1 sjældent kan opfyldes, når det kommer til hardcore konkurrencebegrænsende aftaler.

Der er en naturlig sammenhæng mellem de fire kumulative betingelser i KRL § 8 stk. 1. Særligt sammenhængen mellem den første og den anden betingelse er tydelig. Det skyldes, at der skal være noget (effektivitetsgevinster), som forbrugerne kan få andel i.

Sammenhængen er tydelig i praksis, hvor der findes flere eksempler på en konstatering af, at allerede af den grund, at betingelse nr. 1 ikke er opfyldt, anses betingelse nr. 2 heller ikke for opfyldt. Således anføres det i en nyere afgørelse fra 2013 omkring foreningen Danske Revisorers kollegiale regler, der bl.a. indeholdt et konkurrencebegrænsende forbud mod at kapre hinandens kunder gennem priskonkurrence, at "den manglende opfyldelse af den første betingelse om effektivitetsfremme betyder, at heller ikke anden og tredje betingelse for en individuel fritagelse kan anses for opfyldt"¹¹⁷. Konkurrencemyndighederne vælger i langt de fleste tilfælde at gennemgå samtlige betingelser på trods af lignende konstateringer. Kernen er dog, at hvis en konkurrencebegrænsende aftale ikke medfører effektivitetsgevinster, er der således ingen fordele, som forbrugerne kan få andel i.

Det bemærkes, at den modsatte situation, hvor en aftale medfører effektivitetsgevinster, men hvor forbrugerne ikke opnår fordele herved, godt kan forekomme. Til eksempel kan ovennævnte aftale mellem Danisco og Danske Sukkerroedyrkere om dyrkernes køb og salg af kontraktsmængder nævnes. Den første betingelse var opfyldt, men da det ikke var "sandsynligt, at forbrugerne eller industrien som følge af de omkostningsreduktioner og effektivitetsfordele, som Strukturordningen vil medføre, vil mærke en effekt på prisniveauet på sukker"¹¹⁸, kunne anden betingelse derfor ikke anses for opfyldt.

På grund af den direkte forbindelse til første betingelse, kan forbrugerfordele således også bestå både af fordele af økonomisk karakter som følge af omkostningsbesparelser og fordele af kvalitativ karakter.

Fordele for forbrugerne kan omfatte et faldende prisniveau, adgang til nye eller forbedrede produkter, en forbedret distribution, flere valgmuligheder på markedet, et højere serviceniveau samt fordele af mere generel samfundskarakter såsom bedre udnyttelse af ressourcer og miljømæssige forbedringer. Oprensningen er ikke udtømmende.

¹¹⁶ K med pkt. 90

¹¹⁷ Afg. af 20.02.2013 nr. 12/05672 pkt. 177

¹¹⁸ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284 pkt. 185. Se også s. 18, 33 og 51.

De økonomiske fordele, som virksomhederne kan opnå via omkostningsbesparelser, kan kanaliseres videre til forbrugerne i form af prisreduktioner. Et lavere prisniveau vil uomtvisteligt udgøre en fordel omfattet af KRL § 8 stk. 1 nr. 2.

I afgørelsen fra 2003 vedrørende Telekommunikationsindustrien i Danmarks brancheaftale om prisberegningsprincipper for lejebetaling af fællesudnyttelse af master findes anden betingelse opfyldt, bl.a. fordi "forbrugerne vil opnå en rimelig andel af fordelene ved aftalen gennem billigere priser som følge af lavere etableringsomkostninger og en bedre udnyttelse af de eksisterende master"¹¹⁹.

Fritagelsen kunne som bekendt ikke senere forlænges. Det skyldtes, at aftalen i praksis havde ført til priser, der var for høje set i forhold til omkostningerne. Aftalen indeholdt fortsat en række fordele for forbrugerne i form af en mindskelse af de miljømæssige påvirkninger og en samfundsmæssig effektiv udnyttelse af eksisterende infrastruktur. Men ved afvejningen af de for forbrugerne positive og negative virkninger, vejede det høje prisniveau så tungt, at betingelse nr. 2 ikke ansås for opfyldt. "Forbrugerne ville kunne opnå større fordele af en aftale, som indebærer lavere priser for leje af kapacitetsenheder. Lavere priser vil både tilskynde til yderligere fællesudnyttelse og gøre det muligt for lejere at videregive omkostningsbesparelser til forbrugere på de efterfølgende markeder"¹²⁰.

Prisniveauet var ligeledes til diskussion under fritagelsesvurderingen af Danske Kroer og Hotellers (DKH) vedtægter, der bl.a. indeholdt regler om fælles mindstepriser. DKH var af den opfattelse, at forbrugerne opnåede fordele herigennem, da DKH tilbød værelser til markedets laveste priser. Myndighederne var ikke enige i den vurdering. Tværtimod anførte de, at "en horisontal aftale om mindstepriser har som formål at begrænse konkurrencen. Det giver risiko for, at kunderne kommer til at betale højere priser, fordi medlemmernes mulighed for at konkurrere på pris sættes ud af kraft. DKH har endvidere ikke dokumenteret, at de af DKH vedtagne priser er nogle af markedet laveste priser"¹²¹.

Med disse afgørelser in mente kunne det umiddelbart tænkes, at en aftale, der fører til et højere prisniveau, ikke kan opfylde betingelsen om forbrugerfordele. Dette er dog ikke nødvendigvis tilfældet.

Hvis en konkurrencebegrænsende aftale medfører et højere prisniveau, skal forbrugerne have fuld kompensation herfor i form af bedre kvalitet eller andre fordele¹²².

Afgørelsen fra 2005¹²³ om bekæmpelse af plasmacytose tjener som eksempel herpå. En del af foderstofcentralernes samarbejde bestod i en prisforhøjelse på op til 5 øre pr. kg. foder. Prisforhøjelsen blev anvendt til finansieringen af en for-

¹¹⁹ Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282 pkt. 83. Se også s. 16, 26, 33, 41 og 49.

¹²⁰ Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004 pkt. 145. Se også s. 16, 26, 33, 41 og 49. Nb. aftaleparterne ændrede efterfølgende i prisberegningsmodellen og den nye aftale blev fritaget i medfør af afg. af 20.12.2006 nr. 4/0120-0204-0034

¹²¹ Afg. af 21.12.2005 nr. 3/1120-0289-0097 pkt. 233. Se også s. 14 og 45.

¹²² K med pkt. 86

¹²³ Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382. Se også s. 19, 25, 27, 43 og 49.

sikringsordning, hvis konkurrencegavnige virkninger klart overvandt de skadelige virkninger.

Forbrugerfordele kan også være af kvalitativ art. Således kan et højere kvalitetsniveau udgøre fordele for forbrugerne. I henhold til de danske forarbejder gælder dette i hvert fald, hvis det kan opnås med et uændret eller ligefrem et faldende prisniveau¹²⁴. I henhold til Kommissionens retningslinjer kan forbedrede produkter, der har en sådan værdi, at forbrugerne kompenseres for aftalens konkurrenceskadelige virkninger, herunder også en højere pris, udgøre forbrugerfordele¹²⁵.

Det samme gør sig gældende for forbrugernes adgang til nye produkter og serviceydelser. Kommissionens retningslinjer nævner adgang til nye og forbedrede produkter som en vigtig kilde til forbrugervelfærd¹²⁶.

Forbrugernes adgang til både nye og forbedrede ydelser var med til at danne grundlag for individuel fritagelse i afgørelsen fra 2012 vedrørende Telia og Telenors netdelingsaftale. Med aftalen kunne parterne tilbyde forbrugerne i form af både engros- og detailkunder større udbredelse af ny teknologi og bedre netværksdækning, idet Telias kunder ville få adgang til Telenors 2G netværk, ligesom Telenors kunder ville få adgang til Telias LTE-netværk. Myndighederne fandt, at "effektivitetsgevinsterne i form af bedre dækning og teknologiudbud vurderes at opveje de potentielle skadevirkninger, der sandsynligvis følger af, at konkurrencen mellem Telia og Telenor bortfalder på netop disse parametre"¹²⁷.

Kvalitetsfordele behøver ikke at være knyttet direkte til varerne eller tjenesteydelserne. Også et højere serviceniveau kan indebære fordele for forbrugerne.

Med en afgørelse fra 2005 fik Danske Fragtmænd (DF) forlænget fritagelse for deres aftalekompleks fra 1998. Aftalekomplekset indeholdt regler om fordelingen af gods og kunder fragtcentralerne imellem, og DF fastsatte takster indenfor fragtmandssystemet. Vurderingen i den oprindelige afgørelse, der fortsat kunne lægges til grund, var, at forbrugerne ikke alene opnåede økonomiske fordele, men at det desuden umiddelbart var "en fordel for brugerne, at de ved indlevering af fragt kan få præcise oplysninger om, hvornår fragten er fremme ved bestemmelsesstedet og til hvilken pris"¹²⁸.

Et højere serviceniveau var også blandt årsagerne til, at anden betingelse var opfyldt i 2003-afgørelsen vedrørende Bestsellers forhandleraftaler for selvstændige konceptbutikker. Aftalerne skulle skabe et ensartet net af butikker, bl.a. gennem brugen af et fælles IT-system. Det var myndighedernes opfattelse, at forbrugerne fik andel i effektivitetsgevinsterne forbundet med aftalen, bl.a. fordi forbrugerne fik "adgang til at bytte varer hos enhver konceptbutik, selv om varen

¹²⁴ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3663 v.sp.

¹²⁵ K med pkt. 102

¹²⁶ K med pkt. 104

¹²⁷ Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057 pkt. 539. Se også s. 16, 22, 37, 40 og 48.

¹²⁸ Afg. af 25.11.1998 nr. 2/8032-33 s. 5 nederst, forlænget ved afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0378. Se også s. 50.

er købt i en anden konceptbutik. Endvidere skal konceptbutikkerne behandle kundereklamationer, uanset hvor i landet varen er købt¹²⁹.

Udover fordele i form af et højere serviceniveau fandtes anden betingelse opfyldt i afgørelsen vedrørende Bestseller, fordi forbrugerne blev sikret adgang til stabile leverancer samt let adgang til at finde Bestsellers produkter. Disse fordele knytter sig til distributionen af varer. En forbedret distribution med et større udbud og flere valgmuligheder for den enkelte forbruger kan således også udgøre en fordel i henhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 2.

Der findes i praksis adskillige eksempler på, at betingelse nr. 2 anses for opfyldt, idet den pågældende aftale medfører en forbedret distribution¹³⁰.

Afgørelsen fra 2012, der forlænger en fritagelse til foreningen Dansk Erhvervs-Optiks rammeaftaler om levering af skærmbriller oprindeligt givet i 1998, kan nævnes som eksempel herpå. De for medlemmerne frivillige aftaler indebar, at foreningen kunne indgive et samlet tilbud på medlemmernes vegne om levering af skærmbriller til en bestemt maksimumpris. Aftalerne gjorde de enkelte optikere i stand til at konkurrere med Synoptik, som indtil aftalens indgåelse, havde stort set hele handlen med skærmbriller. Derfor blev det af myndighederne slået fast, at "aftalerne bidrager til at styrke effektiviteten i distributionen af de varer og ydelser, der er omfattet heraf, ligesom brugerne har en fordel ved at få et reelt valg mellem konkurrerende aftaleparter"¹³¹.

Lignende synspunkter danner grundlag for afgørelserne fra hhv. 2003¹³² om en samarbejdsaftale mellem to cateringgrossister og 2009¹³³ om Taksatorringens vedtægter omhandlende en række forsikringsselskabers fælles taksationsvirksomhed. Med begge disse aftaler sættes virksomhederne i stand til at byde ind på områder, som de ikke ville være i stand til på egen hånd med større udbud på markedet og flere valgmuligheder for forbrugerne til følge.

Ovennævnte afgørelser er alle eksempler på, at forbrugerne får en mere eller mindre direkte fordel af den pågældende konkurrencebegrænsende aftale. Forbrugerfordelene kan imidlertid også bestå af mere indirekte samfundsmæssige fordele såsom bedre udnyttelse af ressourcer og fordele af miljømæssig karakter.

I afgørelsen fra 2004 var der eksempelvis forbrugerfordele forbundet med de miljømæssige effektivitets- og udviklingsfordele, der var omfattet af Oliebranchens Fællesrepræsentations aftale om en udfasningsplan for MTBE i benzin. Myndighederne konstaterer kort og kontant ved vurderingen af anden betingel-

¹²⁹ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0301-0133 pkt. 130. Se også s. 24, 39 og 46.

¹³⁰ Se fx afg. af 27.02.2002 nr. 3/1120-0301-139 pkt. 109 og afg. af 24.04.2002 nr. 3/1120-0301-140 s. 1

¹³¹ Afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 s. 6 øverst, fornyet ved afg. af 28.03.2012 (intet journalnr.) Se også s. 25 og 43.

¹³² Afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132. Se også s. 19, 35 og 36.

¹³³ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041. Se også s. 19, 35, 38 og 47.

se, at aftalen bevirker "en mindre belastning af miljøet til gavn for hele samfundet"¹³⁴.

Afgørelserne vedrørende fællesudnyttelse af master illustrerer også udmærket de miljømæssige fordele, der kan være forbundet med konkurrencebegrænsende aftaler.

Telekommunikationsindustrien i Danmark fik i afgørelsen fra 2003 fritagelse for sin brancheaftale indeholdende prisberegningsprincipper for lejebetaling for fællesudnyttelsen af master. Særligt i forhold til betingelse nr. 2 skyldes det, at "det også er forbrugernes fordel, at de miljømæssige påvirkninger minimeres som følge af et færre antal master"¹³⁵.

Som bekendt kunne fritagelsen af brancheaftalen ikke senere forlænges, selvom de positive miljømæssige virkninger bestod. Det skyldtes, at aftalen i praksis havde ført til et forhøjet prisniveau set i forhold til omkostningerne¹³⁶.

I visse tilfælde vil det ikke umiddelbart være til at få øje på forbrugerfordelene ved en given konkurrencebegrænsende aftale. Det kan i den forbindelse være nødvendigt at se på alternativet til aftalen.

I afgørelsen fra 2002 om Sammenslutningen af Danske Havnes standardlejekontrakt blev forbrugerfordelene netop vurderet ud fra alternativet til aftalen. Et vilkår om, at hver lejer skulle sørge for at tilføre havnen en vis omsætning i form af skibs- og vareafgifter, vil ved første øjekast næppe ligne en fordel, men "alternativet til vilkåret om omsætningsgaranti er at kræve en højere leje. Vilkåret må derfor anses for at være til fordel for lejer"¹³⁷.

At det generelt er vigtigt, at en aftale vurderes også i forhold til situationen på markedet uden den pågældende aftale blev evident med Konkurrenceankenævnets kendelse fra 2005¹³⁸. Her blev Konkurrencerådets afgørelse ophævet og hjemvist til fornyet behandling ikke fordi ankenævnet nødvendigvis var uenig i det konkrete skøn, men fordi myndighederne ikke havde inddraget, hvad virkningerne på markedet ville være uden en fritagelse af den pågældende aftale i skønsudøvelsen.

Som nævnt i afsnit 4.5. kan der være visse tidsmæssige aspekter forbundet med vurderingen i henhold til KRL § 8 stk. 1. Dette gælder også i forhold til betingelse nr. 2, hvor det kan være relevant at diskutere tidspunktet for indtrædelsen af forbrugerfordele.

Den omstændighed, at effektivitetsgevinsterne først kommer forbrugerne til fordel med en vis forsinkelse udelukker ikke, at anden betingelse anses for opfyldt. Jo længere tid, der går, før fordelenes indtræden, jo større skal disse være for at

¹³⁴ Afg. af 28.04.2004 nr. 3/1120-0301-0126 s. 1 midt. Se også s. 25 og 50.

¹³⁵ Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282 pkt. 83. Se også s. 16, 26, 29, 41 og 49.

¹³⁶ Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004. Se også s. 16, 26, 29, 41 og 49.

¹³⁷ Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0301-122 pkt. 49. Se også s. 26, 47 og 48.

¹³⁸ KAN kendelse af 31.01.2005 sag nr. 03-215-833. Se også s. 12.

kompensere forbrugerne for det tab, de blev påført i tiden indtil de fik andel i fordelene. Det aktuelle tab skal sammenholdes med den fremtidige gevinst med det faktum in mente, at en fremtidig gevinst ikke har samme værdi for forbrugerne som en aktuell gevinst¹³⁹.

Fremtidige gevinster og fordele kan dog være for hypotetiske til at kunne inddrages i vurderingen efter KRL § 8 stk. 1 nr. 2. Dette var eksempelvis tilfældet i myndighedernes afgørelse fra 2003 vedrørende Danisco og Danske Sukkerroedyrkeres tillæg (strukturordningen) til deres brancheaftale. Danisco gjorde under sagen gældende, at en effektivisering og liberalisering af branchen med deraf følgende reducerede omkostninger kunne medføre et fald i sukkerprisen til gavn for fødevarerindustrien og forbrugerne. Myndighedernes svar hertil var, at det ikke fandtes "særlig sandsynligt, at forbrugerne eller industrien som følge af de omkostningsreduktioner og effektiviseringsfordele, som Strukturordningen vil medføre, vil mærke en effekt på prisniveauet på sukker på kort sigt, idet både sukkerproducenterne og roedyrkerne gennem Sukkermarkedsordningen er sikret fastsatte minimumspriser for deres produkter. De muligheder, der ligger i en eventuel rationalisering på længere sigt er endnu for hypotetiske til at kunne inddrages"¹⁴⁰.

Den modsatte situation, hvor forbrugerne kun på kort sigt opnår fordele ved en konkurrencebegrænsende aftale, kan ligeledes føre til, at betingelse nr. 2 ikke er opfyldt¹⁴¹.

Ligesom tidspunktet for indtrædelse af forbrugerfordele kan diskuteres, er det også relevant at nævne stedet for fordelens indtræden. Her kommer afgrænsningen af det relevante marked på tale. De fordele, som forbrugerne får andel i i forbindelse med en konkurrencebegrænsende aftale, skal afvejes i forhold til de for forbrugerne konkurrenceskadelige virkninger på samme relevante marked. I Kommissionens retningslinjer fastslås det således, at negative virkninger for forbrugerne på et geografisk marked eller produktmarked normalt ikke kan afvejes mod og opvejes af positive virkninger for forbrugerne på et andet geografisk marked eller produktmarked, hvis der ikke er en forbindelse herimellem. Hvis der er en sammenhæng mellem to markeder kan der tages hensyn hertil, forudsat at de forbrugere, der påvirkes af konkurrencebegrænsningen også (i hvert fald i det væsentligste) er de forbrugere, der opnår fordele af effektivitetsgevinsterne¹⁴².

Afgrænsningen af og forholdene på det relevante marked er på anden vis af betydning for, hvorvidt forbrugerne vil opnå fordele. Tilstedeværelsen af aktuell eller potentiel konkurrence vil ofte være afgørende for, om virksomhederne vil have incitament til lade fordele ved en given aftale komme forbrugerne til gode.

¹³⁹ K med pkt. 87-88

¹⁴⁰ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284 pkt. 185. Se også s. 18, 28 og 51.

¹⁴¹ Konkurrenceloven med kommentarer s. 545

¹⁴² K med pkt. 43

Ved stærk konkurrence på det pågældende marked vil virksomhederne være tvunget til at lade fordele komme forbrugerne til gode¹⁴³.

Modsat er det tankegangen, at hvis der ikke er et vist niveau af konkurrence, der vil få forbrugerne til at skifte fra en vare til en anden, når prisniveauet hæves, vil der på det givne marked ikke være incitament til fx at sænke prisen i forbindelse med omkostningsbesparelser. Det kan dog tænkes, at aftaleparterne vil vælge den mulighed alligevel, selvom der ikke er markedsmæssige tilskyndelser, alene for at undgå aftalens ugyldighed¹⁴⁴.

Tilstedeværelsen af et vist konkurrencepres har været udslagsgivende i flere afgørelser, herunder i afgørelsen fra 2004, der bl.a. drejede sig om en samarbejdsaftale mellem EDC-gruppen og den enkelte EDC-mægler, der indeholdt regler om EDC-gruppens godkendelse forud for visse tiltag, forkøbsret og pligt til at anvende BRFkredit og Alm. Brand A/S i salgsoptillinger. Myndighederne fandt, at en rimelig andel af fordelene forbundet med aftalen ville komme forbrugerne til gode. Ved vurderingen blev der lagt vægt på, at "det konkurrencetryk, som kæden i dag er udsat for, normalt vil medføre, at de nye effektivitetsfordele og produktudviklingen i et vist omfang vil blive videreført til forbrugerne"¹⁴⁵.

Modsat i afgørelsen fra 2010 vedrørende Witt Hvidevarer A/S' styring af videre-salgspriser og hindring af parallelhandel. Særligt i forhold til Witts aftaler med leverandører, distributører og forhandlere om at hindre parallelhandel bemærker myndighederne, at disse netop er "indgået med henblik på at hindre et konkurrencebetinget pres på forhandlernes priser på iRobot-produkter fra lande med et lavere prisniveau end Danmark. Witts aftaler mv. har således til formål at hindre forbrugerne i at opnå fordele, der som udgangspunkt er forbundet med priskonkurrence gennem parallelimport"¹⁴⁶.

Vurderingen af, om forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelene ved en given aftale, skal derfor til en vis grad ses i sammenhæng med fjerde betingelse jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 4 om tilstedeværelsen af et vist konkurrenceminimum¹⁴⁷.

Netop på grund af konkurrencepresets betydning for om forbrugerne vil få en rimelig andel af fordelene forbundet med en konkurrencebegrænsende aftale, kan de ovennævnte afgørelser, hvor markedet får tilført ny konkurrence, nævnes endnu engang.

Således statueres det i afgørelsen fra 2009 om Taksatorringens vedtægter, at Taksatorringen er med til "at øge forbrugernes valgmulighed mellem forskellige forsikringsselskaber og produkter på markedet for motorkøretøjsforsikringer. Flere udbydere, der konkurrer med hinanden, vil indebære et større konkurrencepres og den del af gevinsterne herved vil tilfalde forbrugerne"¹⁴⁸.

¹⁴³ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 v.sp.

¹⁴⁴ Dansk markedsret s. 90

¹⁴⁵ Afg. af 26.05.2004 nr. 3/1120-0301-0233 pkt. 108. Se også s. 22, 42 og 51.

¹⁴⁶ Afg. af 24.11.2010 nr. 4/0120-0289-0119 pkt. 409. Se også s. 24.

¹⁴⁷ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 h.sp.

¹⁴⁸ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041 pkt. 256. Se også s. 19, 32, 38 og 47.

Ligeledes i afgørelsen fra 2003 om en samarbejdsaftale mellem to cateringgrossister. Samarbejdet retter sig mod kunder, der efterspørger landsdækkende cateringtilbud. "For disse kunder betyder samarbejdet en større valgmulighed og skærpet konkurrence, når de efterspørger leverancerne"¹⁴⁹. I begge afgørelser fandtes betingelse nr. 2 således for opfyldt.

Som tidligere nævnt berøres denne type af aftaler, hvor markedet får tilført en ny konkurrent også i forarbejderne, som anfører at betingelserne i KRL § 8 stk. 1 nr. 1 og 2 i disse tilfælde må anses for opfyldt¹⁵⁰.

7. Nødvendighed jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 3

Som tredje betingelse for, at en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages, bestemmes det i KRL § 8 stk. 1 nr. 3, at aftalen ikke må pålægge virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå de pågældende effektivitetsfordele.

Der er tale om en klassisk juridisk proportionalitetsvurdering, hvor der kræves proportionalitet mellem mål og midler. Målet er i denne forbindelse de ønskede effektivitetsgevinster. Midlet er den konkurrencebegrænsende aftale.

Der skal foretages en objektiv vurdering af, om aftaledeltagerne kunne opnå de samme effektivitetsgevinster ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger¹⁵¹. Det være sig helt uden den konkurrencebegrænsende aftale eller uden enkelte konkurrencebegrænsninger. Både aftalen som sådan samt aftalens enkelte dele skal således være nødvendige for at KRL § 8 stk. 1 nr. 3 kan anses for opfyldt¹⁵².

Afgørelsen fra 2002¹⁵³, hvor en samarbejdsaftale mellem DLF-Trifolium A/S og Danisco Seed A/S blev anmeldt med henblik på individuel fritagelse, tjener som eksempel på, at proportionalitetsvurderingen ikke alene skal foretages i forhold til aftalen generelt men også i forhold til dens enkelte dele. Formålet med samarbejdet var at fremme både produktionen og den tekniske udvikling på markedet for foderroefrø. Myndighederne fandt, at de fleste af aftalekompleksets konkurrencebegrænsninger var nødvendige for at nå disse mål. Dette gjaldt dog ikke for de meget lange opsigelsesvarsler og en konkurrenceklausul, der forhindrede DLF i at benytte den gennem aftalen oprettede "gene pool" i 5 år efter samarbejdets ophør. For så vidt angik de unødvendige konkurrencebegrænsninger indvilligede parterne dog i at ændre disse, og aftalekomplekset blev herefter fritaget.

¹⁴⁹ Afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132 pkt. 102. Se også s. 19, 32 og 36.

¹⁵⁰ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 v.sp.

¹⁵¹ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3663 h.sp.

¹⁵² Konkurrenceloven med kommentarer s. 538; K med pkt. 73

¹⁵³ Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0388-192. Se også s. 23.

Centralt for proportionalitetsvurderingen er, om der skabes større effektivitetsgevinster med konkurrencebegrænsningen end uden denne¹⁵⁴. Hvis aftalens effektivitetsgevinster begrænses eller slet ikke kan skabes uden den pågældende konkurrencebegrænsning, må tredje betingelse antages at være opfyldt.

Afgørelsen fra 2003 vedrørende samarbejdet mellem to cateringgrossister illustrerer tydeligt kravet om nødvendighed. Myndighederne udtaler om aftalen, der sætter de to cateringvirksomheder i stand til at afgive ét fælles tilbud på levering af cateringvarer til landsdækkende kunder, at "ganske vist indebærer samarbejdet, at parterne drøfter kommercielt følsomme oplysninger om priser, rabatter og andre forretningsbetingelser. Men dette er i sagens natur nødvendigt, når det drejer sig om afgivelse af fælles tilbud"¹⁵⁵. Da effektivitetsgevinsterne i form af øget konkurrence og en styrkelse af distributionen af cateringvarer ikke kan opnås uden parternes aftale, vurderes det således, at betingelse nr. 3 er opfyldt.

Modsat i afgørelsen fra 2009 vedrørende OK og DK Benzins forhandleraftaler, hvor aftaleparterne modbeviser sig selv i forhold til kravet om nødvendighed. Aftalerne indebar bindende videresalgspriser, bl.a. gennem en regel om, at forhandlerne ville miste avancestøtte ved prisnedsættelser ud over et vist beløb. Der var tale om en særregel, der ikke var en del af OK og DKs generelle avancestøttesystem. Myndighederne bemærkede heroverfor, at "det følger allerede af det forhold, at OK/DK har oplyst, at selskabet ikke generelt har anvendt reglen om bortfald af avancestøtte ved prisnedsættelser ud over [...] kr., at en sådan regel ikke er nødvendig. (...) Hvis reglen (...) måtte antages at være nødvendig, måtte OK/DK antages at ville have anvendt reglen generelt"¹⁵⁶.

I nødvendighedsvurderingen indgår en vurdering af alternativer til den pågældende konkurrencebegrænsning i et forsøg på at undersøge, om aftaleparterne kunne opnå de samme effektivitetsgevinster ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger. Spørgsmålet er hvor langt myndighederne kan gå i denne undersøgelse.

Proportionalitetsvurderingen skal ikke foretages ud fra rent hypotetiske og teoretiske alternativer. Centralt for vurderingen er alene tilsyneladende realistiske og mindre konkurrencebegrænsende alternativer. Den faktiske sammenhæng, som aftalen fungerer i, spiller derfor en stor rolle. Der må bl.a. tages hensyn til de faktiske markedsstrukturer (er det fx nemt eller svært at komme ind på det pågældende marked?) og de økonomiske omstændigheder (er der fx særlige økonomiske risici forbundet med aftalen?), der gør sig gældende for aftaledeltagerne¹⁵⁷.

Det er ikke meningen, at myndighederne skal foretage en revurdering af parternes forretningsmæssige vurderinger. Aftaleparterne skal derfor alene forklare og

¹⁵⁴ K med pkt. 74

¹⁵⁵ Afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132 pkt. 104. Se også s. 19, 32 og 35.

¹⁵⁶ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0289-0072 pkt. 389. Se også s. 9.

¹⁵⁷ K med pkt. 80

dokumentere, hvorfor sådanne tilsyneladende realistiske og mindre konkurrencebegrænsende alternativer vil være mindre effektive¹⁵⁸.

Der synes at være stor forskel på, i hvor høj grad myndighederne inddrager og beskriver alternativer til konkurrencebegrænsningen i praksis.

I afgørelsen fra 2012 om Telia og Telenors netdelingssamarbejde diskuterer myndighederne dybdegående, hvorvidt der fandtes alternative og mindre konkurrencebegrænsende løsninger. Det konstateres, at der findes andre former for netdeling end den model, parterne har valgt. I stedet for at dele hele Radio Access netværket, kunne parterne have aftalt såkaldt "site sharing". Her deles man om master og antennepositioner men ikke om selve netværket. De ovenfor beskrevne synergieffekter, hvor Telias kunder får adgang til Telenors 2G-netværk, og Telenors kunder får adgang til Telias LTE-netværk, kan således ikke opnås ved den mindre indgribende aftale. Det undersøges også, om parterne kunne nøjes med at roame, dvs. leje sig ind på hinandens netværk. Ved denne løsning vil det dog hverken være muligt at opnå synergieffekter eller omkostningsbesparelser. Da de ønskede effektivitetsgevinster ikke kan opnås gennem de mindre indgribende alternativer, konkluderer myndighederne, at aftaleparterne "ikke har valgt en samarbejdsmodel, der er mere restriktiv for konkurrencen end nødvendig til opnåelse af de ønskede effektivitetsgevinster"¹⁵⁹.

I afgørelsen fra 2009¹⁶⁰ vedrørende Taksatorringens vedtægter ser myndighederne ligeledes på alternativer til konkurrencebegrænsningen. Som et muligt alternativ til samarbejdet nævnes, at medlemmerne i stedet for at købe deres skadesopgørelse hos Taksatorringen kunne købe den hos de store forsikringsselskaber. Det er dog ikke attraktivt for medlemmerne af to årsager. For det første opstår der en risiko for, at det store forsikringsselskab vil bruge oplysninger om kunden til at markedsføre sig selv over for kunden. Kunderne har nemlig i forbindelse med en skade mulighed for at skifte forsikringsselskab uden hensyntagen til det normale opsigelsesvarsel, hvorfor selskaberne er særligt udsatte for kundetab i disse situationer. For det andet viste en undersøgelse af markedet for skadesopgørelse, at Taksatorringens pris for salg af skadesopgørelse var lavere end selv det billigste af de store selskaber. Heller ikke her syntes alternativet således at kunne medføre tilsvarende effektivitetsgevinster, hvorfor nødvendighedsbetingelsen i KRL § 8 stk. 1 nr. 3 var opfyldt.

Vurderingen af alternativer behøver dog ikke at indebære større markedsanalyser og undersøgelser af alternative aftaletyper. I afgørelsen fra 2009 om brancheforeningen International Transport Danmarks (ITD) informationsudveksling af priser og omkostninger, stillede ITD forhåndsudfyldte beregningsprogrammer til rådighed for sine medlemmer til brug for deres beregning af omkostninger og priser. Kravet om nødvendighed fandtes ikke opfyldt, da ITD's programmer kunne fungere uden de forhåndsudfyldte oplysninger. "ITD's medlemsvirksomheder kan beregne deres individuelle pris på en nem måde, uden at det er nødvendigt for ITD at forhåndsudfylde omkostningsberegninger, oplyse om faste ventetids-

¹⁵⁸ K med pkt. 75

¹⁵⁹ Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057 pkt. 555. Se også s. 16, 22, 30, 40 og 48.

¹⁶⁰ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041. Se også s. 19, 32, 35 og 47.

satser, angive forventningerne til det kommende år etc"¹⁶¹. Med den begrundelse fandtes tredje betingelse ikke opfyldt.

Proportionalitetsvurderingen er glidende i den forstand, at jo mere indgribende en konkurrencebegrænsning er, desto større krav stilles der til virksomhedernes dokumentation for begrænsningens nødvendighed¹⁶².

Typen af konkurrencebegrænsende aftale spiller derfor ofte en stor rolle i nødvendighedsvurderingen. Det nævnes direkte i Kommissionens retningslinjer, at det er usandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger vil blive anset for nødvendige¹⁶³.

Dette synspunkt kommer også til udtryk i praksis, hvor der ikke findes mange eksempler på hardcore konkurrencebegrænsende aftaler, der opfylder tredje betingelse for individuel fritagelse.

I en afgørelse fra 2011 kunne en hardcore konkurrencebegrænsende aftale om kundedeling ikke fritages, herunder fordi den ikke fandtes at være nødvendig. Mediacenter Danmark A/S (MCD) havde indgået aftaler med en række reklame- og kommunikationsvirksomheder om afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Aftalerne indeholdt bl.a. klausuler om kundedeling. Det konstateres, at en aftale, der indebærer kundedeling, er en alvorlig overtrædelse af KRL § 6 stk. 1, samt at disse normalt ikke vil opfylde de tre første betingelser. Konkret opfyldes den tredje betingelse da heller ikke. Myndighederne bemærker i forhold til nødvendigheden af klausulerne, at "loyal adfærd over for forretningspartnere, der samtidig er konkurrenter, ikke berettiger aftaler mellem konkurrenter om ikke at tage hinandens kunder. Sådanne loyalitetsforpligtelser udgør netop en begrænsning af konkurrencen"¹⁶⁴.

Aftaletypen spillede også en afgørende rolle i nødvendighedsvurderingen i afgørelsen fra 2003 vedrørende Bestsellers forhandleraftaler. Myndighederne fastslog, at "fastsættelse af bindende videresalgspriser udgør hard-core overtrædelser af konkurrenceloven (...) bindende videresalgspriser har ikke nogen sammenhæng med de fordele, der i øvrigt er ved Bestsellers selektive distributionsaftaler. Priskonkurrence er et væsentligt konkurrenceelement. En sådan konkurrencebegrænsning vil overskride målet med aftalen"¹⁶⁵. Bestseller indvilligede i at ophæve bestemmelserne om bindende videresalgspriser, men man ville ikke ændre på butikkernes indberetning af salgspriser og dækningsbidrag til Bestseller gennem det fælles IT-system. Hermed var man lige vidt, da det var myndighedernes opfattelse, "at konceptbutikkernes indberetninger af salgspriser og dækningsbidrag hindrer en effektiv ophævelse af de bindende priser. Da bindende priser ikke har nogen sammenhæng med de fordele, der i øvrigt er ved Bestsellers selektive distributionsaftaler, herunder det fælles IT-system, finder sty-

¹⁶¹ Afg. af 25.02.2009 nr. 4/0120-0289-0079 pkt. 625. Se også s. 10 og 46.

¹⁶² Konkurrenceloven med kommentarer s. 539

¹⁶³ K med pkt. 79

¹⁶⁴ Afg. af 25.05.2011 nr. 4/0120-0204-0219 pkt. 440

¹⁶⁵ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0301-0133 pkt. 133-134. Se også s. 24, 31 og 46.

relsen, at konceptbutikkernes indberetning af salgspriser og dækningsbidrag er unødvendige for at beskytte målet med Bestsellers koncept”¹⁶⁶.

Modsat i en afgørelse fra 2004, hvor en fritagelse af en prisaftale indgået mellem Forsikring & Pension (F&P) og en række læge-, tandlæge- og kiropraktorforeninger blev forlænget. Aftalerne indeholdt standardattester til brug for forsikrings-selskabernes virksomhed, og parterne havde aftalt faste honorarer for udfyldelse af attesterne. I den oprindelige afgørelse fra 2001¹⁶⁷ slås det allerede indledningsvist fast, at prisaftaler er alvorlige konkurrencebegrænsninger, som i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, og som derfor kun i særlige tilfælde kan fritages. I den konkrete sag fandtes aftalen at være nødvendig for at opnå effektivitetsgevinster i form af hurtigere sagsbehandling hos forsikringsselskaber med deraf følgende hurtigere udbetaling af forsikringssummer til forsikringstagerne. Myndighederne fandt, at det var nødvendigt for, at systemet kunne fungere, at forsikringsselskaberne ikke samtidig kunne indgå individuelle aftaler med enkelte sundhedspersoner. Der blev lagt vægt på, at det under alle omstændigheder var mest hensigtsmæssigt, at forsikringstagers egen læge udfærdigede attesten på grund af lægens særlige kendskab til forsikringstager. Samtidig var der tale om et marked med lav mobilitet blandt forbrugerne, idet patienter ikke har et stort prismæssigt incitament til at vælge mellem forskellige sundhedspersoner. Endeligt fandtes de ved aftalen fastsatte priser ikke at være unødvendigt høje.

Det er ikke alene typen af aftale, der kan være af betydning for nødvendigheds-vurderingen. Også typen af effektivitetsgevinst, der opnås ved den pågældende aftale, kan spille en rolle med hensyn til proportionalitetsvurderingen. Når der eksempelvis er tale om effektivitetsgevinster opnået gennem synergieffekter ved sammenlægning af eksisterende aktiver og kompetencer, må der således være en naturlig formodning for, at aftalen er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne¹⁶⁸.

Afgørelsen fra 2012¹⁶⁹ om Telia og Telenors netdelingssamarbejde kan nævnes som et eksempel. Ved nødvendighedsvurderingen blev det som ovenfor beskrevet slået fast, at sammenlægningen af de to teleudbyderes netværk medførte effektivitetsgevinster, som parterne ikke kunne opnå på egen hånd eller ved mindre konkurrencebegrænsende aftaler.

Omvendt når det drejer sig om effektivitetsgevinster i form af omkostningsbesparelser. Her må stilles strengere krav til virksomhedernes dokumentation for, hvorfor de samme gevinster ikke kunne opnås på egen hånd eksempelvis gennem intern vækst og priskonkurrence¹⁷⁰.

Dette var bl.a., hvad nødvendighedsvurderingen faldt på, i afgørelsen fra 2006 vedrørende Håndværksrådets orientering om autoværksteders omkostninger.

¹⁶⁶ Samme afg. pkt. 136

¹⁶⁷ Afg. af 30.05.2001 nr. 3/1120-0388-195 fornyet ved afg. af 28.01.2004 nr. 3/1120-0389-0041

¹⁶⁸ K med pkt. 76

¹⁶⁹ Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057. Se også s. 16, 22, 30, 37 og 48.

¹⁷⁰ K med pkt. 76

Håndværksrådet ønskede at udregne en procentsats, der skulle afspejle omkostningsudviklingen for et typisk værksted, og udsende denne til en række værksteder ud fra den tese, at værkstederne ved at holde egne omkostninger op mod det gennemsnitlige værksteds omkostninger ville påbegynde betydelige effektiviseringer, som i sidste ende skulle give plads til lavere priser til forbrugerne. Myndighederne bemærkede, at ordningen "går længere end nødvendigt for at realisere evt. effektivitetsfordele, der tilmed også ville realiseres ved fri prisdannelse"¹⁷¹. Tanken var, at et mindre effektivt værksted vil opleve en omsætningsnedgang som følge af, at kunderne vil skifte til et mere effektivt værksted, som kan tilbyde lavere priser på grund af lavere omkostninger. Dette vil på sigt tvinge det mindre effektive værksted til at nedbringe sine omkostninger. Da de påståede effektivitetsfordele kunne opnås ikke bare ved mindre indgribende foranstaltninger, men helt uden den pågældende aftale, kunne denne naturligvis ikke anses for nødvendig.

Som anført i afsnit 4.5. skal der i forbindelse med fritagelsesvurdering skeles til de tidsmæssige aspekter af en given aftale. Det gør sig ikke mindst gældende i forhold til proportionalitetsvurderingen.

I visse tilfælde kan en konkurrencebegrænsende aftale kun anses for nødvendig i et vist tidsrum. I så fald vil aftalen alene kunne fritages i dette tidsrum¹⁷².

Afgørelserne fra hhv. 2003 og 2006 om Telekommunikationsindustrien i Danmarks (TI) brancheaftale om beregningsprincipper for leje af fællesudnyttelse af master illustrerer tydeligt det tidsmæssige aspekt. Aftalen blev i 2003 fritaget. Ved vurderingen af om tredje betingelse er opfyldt, lagde myndighederne vægt på, at de konkrete prisberegningssprincipper vil muliggøre adgang til eksisterende antennepositioner på åbne og ikke-diskriminerende prisvilkår for lejerne. Samtidig understreges det dog også, at "det afgørende er imidlertid at der sker en egentlig koordinering af priserne og at det ikke på nuværende tidspunkt er muligt at vurdere virkningerne af disse priser (...). Da aftalen opererer med, at der efter et treårs forløb skal ske en revurdering af de grundelementer, der skal indgå i prisberegningen, vil det med fordel kunne gøres gældende, at en fritagelse blev givet for et sådant tidsrum af tre år. Kravet (tredje betingelse) anses derfor for opfyldt"¹⁷³.

Ved den senere afgørelse i 2006 var dette tidsrum forløbet, hvorfor det blev muligt at foretage en fornyet fritagelsesvurdering, herunder en ny proportionalitetsvurdering. Det var i den forbindelse myndighedernes vurdering, at "anvendelsen af en mekanisme til fælles prisberegning ikke i sig selv går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå aftalens mål om større fællesudnyttelse. Det er derimod samtidig styrelsens vurdering, at den konkrete prisberegningssmek-

¹⁷¹ Afg. af 29.03.2006 nr. 4/0120-0389-0003 pkt. 86. Se også s. 21.

¹⁷² K med pkt. 81

¹⁷³ Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282 pkt. 86. Se også s. 16, 26, 29, 32 og 49.

nisme, som fører til høje priser set ift. de afholdte omkostninger, ikke kan vurderes at være nødvendig for at nå målet om fællesudnyttelse”¹⁷⁴.

Det tidsmæssige aspekt kan også få betydning på anden vis. Ved proportionalitetsvurderingen må der således tages hensyn til, hvor lang tid det tager for parterne at opnå effektivitetsgevinsterne. Dette spiller en særlig stor rolle, hvor gevinsterne ikke kan opnås uden betydelige investeringer¹⁷⁵.

I afgørelsen fra 2004 vedrørende et anmeldt samarbejde mellem en række ejendomsrådgivere og BRFkredit så myndighederne bl.a. på, om et 30 måneders langt opsigelsesvarsel kunne anses for nødvendigt. Varslet ”i den konkrete situation, hvor samarbejdet indebærer væsentlige investeringer på it-området, inden for uddannelse af medarbejdere og med hensyn til markedsføring, må anses for rimeligt”¹⁷⁶. Havde parterne ikke foretaget de forskellige investeringer, vides det således ikke, om et langt konkurrencebegrænsende opsigelsesvarsel kunne findes nødvendigt.

Der er et vist samspil og en vis sammenhæng mellem de enkelte betingelser i KRL § 8 stk. 1. For så vidt angår betingelse nr. 3 er sammenhængen til betingelse nr. 1 særlig tydelig. Nødvendighedsvurderingen består som bekendt af en undersøgelse af, om der er proportionalitet imellem mål (effektivitetsgevinster) og midler (konkurrencebegrænsningen). Hvis målet slet ikke er opfyldt, bliver det således omsonst at diskutere om midlet er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Koblingen til første betingelse ses tydeligt i praksis. Eksempelvis i en afgørelse fra 2005 vedrørende et ulovligt apotekersamarbejde. Tre medicinalgrossister havde sammen med Danmarks Apotekerforening indgået en insolvensaftale. Aftalen havde til formål at hjælpe insolvente apotekere på fode. Aftalen medførte en konkurrencebegrænsende markedsdeling, bl.a. derved at apotekere med en stor underbalance blev afskåret fra at skifte leverandør. Myndighederne fandt ikke, at en fastlåsning af samhandelsmønstret ville bidrage til at styrke effektiviteten. I forhold til proportionalitetsvurderingen fastslog myndighederne derfor, at ”allerede fordi, aftalen ikke har nogen positive effekter på markedet, vil de begrænsninger der pålægges per definition være unødvendige”¹⁷⁷.

Ses der samlet på de afgørelser, hvor en konkurrencebegrænsende aftale er blevet fritaget i medfør af KRL § 8 stk. 1, synes myndighederne at lægge betydelig vægt på et moment i forbindelse med proportionalitetsvurderingen. Det drejer sig om virksomhedernes mulighed for fortsat selvstændig ageren og disponering også efter aftalens indgåelse.

¹⁷⁴ Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004 pkt. 148-149. Se også s. 16, 26, 29, 32 og 49. Parterne ændrede efterfølgende parametrene i prisberegningsmodellen, således af aftalen kunne fritages ved afg. af 20.12.2006 nr. 4/0120-0204-0034

¹⁷⁵ K med pkt. 81

¹⁷⁶ Afg. af 26.05.2004 nr. 3/1120-0301-0233 pkt. 83. Se også s. 22, 34 og 51.

¹⁷⁷ Afg. af 30.11.2005 nr. 3/1120-0289-0090 pkt. 216. Det bemærkes, at afgørelsen ved KAN kendelse af 08.06.2007 i sagerne 2005-000432, 2005-0004752 og 2005-0004753 er ophævet, idet KAN ikke fandt afgørelsen i strid med KRL § 6 stk. 1.

Dette synspunkt blev bl.a. lagt til grund i forbindelse med Dansk ErhvervsOptiks rammeaftaler om levering af skærmbriller, som senest har fået forlænget fritagelse i 2012. Ved den oprindelige afgørelse fra 1998 lægges der ved proportionalitetsvurderingen vægt på, at "det er frivilligt for medlemmerne, om de vil være omfattet af rammeaftalerne, og der er i øvrigt intet i aftalekonceptet der begrænser medlemmernes mulighed for at disponere frit, herunder deres mulighed for selv eller i fællesskab med andre optikere at konkurrere med de priser, der er indeholdt i aftalerne"¹⁷⁸.

Tilsvarende i afgørelsen fra 2005 om fire foderstofcentralers oprettelse af en forsikringsordning mm til bekæmpelse af sygdommen plasmacytose. Ordningen skulle finansieres ved at pålægge minkfoder en fast merpris. Myndighederne fandt ikke, at der herved blev pålagt fodercentralerne og minkavlerne begrænsninger, som var unødvendige for at nå målet om sygdomsbekæmpelse. Der lægges herved vægt på, at "fodercentralerne har stadig mulighed for at konkurrere på prisen, idet der alene er tale et tillæg, og alle andre konkurrenceparametre (leveringsvilkår, kredittid osv.) står åbne for fodercentralerne"¹⁷⁹. Desuden lægger myndighederne til grund, at det kun er det absolut nødvendige beløb, der afsættes til støtte fonden.

At virksomhederne m.fl. overlades et vist frit råderum uden for aftalens rækkevidde er fokus for nødvendighedsvurderingen i flere sager¹⁸⁰.

Som bekendt kan der ikke altid trækkes skarpe linjer mellem de forskellige betingelser. Undersøgelsen i forhold til nødvendighedsvurderingen minder således i høj grad om den vurdering, der foretages af de enkelte konkurrenceparametre, når det skal undersøges, om der eksisterer et vist konkurrenceminimum jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 4. Med det frie råderum overlades virksomhederne en mulighed for at konkurrere på de områder, som aftalen ikke omfatter, hvorfor det kan konstateres, at konkurrencen i hvert fald ikke på disse områder er udelukket jf. nedenfor om fjerde betingelse.

8. Konkurrenceminimum jf. KRL § 8 stk. 1 nr. 4

Fjerde og sidste betingelse for, at en konkurrencebegrænsende aftale kan fritages individuelt, er i henhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 4, at aftalen ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Det overordnede formål med KRL § 8 (samt de øvrige bestemmelser i konkurrenceloven) er at værne om konkurrencen. Dette kommer til udtryk i fjerde be-

¹⁷⁸ Afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 s. 6 øverst, fornyet ved afg. af 28.03.2012 (intet journalnr.)
Se også s. 25 og 31.

¹⁷⁹ Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382 pkt. 114. Se også s. 19, 25, 27, 30 og 49.

¹⁸⁰ Se fx afg. af 27.02.2002 nr. 3/1120-0301-139; afg. af 24.04.2002 nr. 3/1120-0301-140; afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132; afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0301-122

tingelse, idet en konkurrencebegrænsende aftale alene kan fritages, hvis der fortsat eksisterer et vist konkurrenceminimum.

Ved skønsudøvelsen af, om fjerde betingelse kan anses for opfyldt, kan der helt overordnet tages hensyn til, om der er en fornuftig balance mellem de forskellige interesser på markedet¹⁸¹.

Mere konkret betyder det, at konkurrencen ikke må udelukkes "for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser", at både det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked jf. KRL § 5a må afgrænses og indgå i vurderingen af, om der fortsat eksisterer et vist konkurrenceminimum¹⁸². Synspunktet deles dog ikke alle: "Det fremgår ingen steder, om en væsentlig del af de pågældende varer reelt kan ses som en henvisning til markedsafgrænsningen, som denne foretages generelt inden for konkurrenceretten" jf. Konkurrenceretlige emner fra 2004¹⁸³. I hvert fald enkelte af forfatterne til dette værk synes dog senere at være af den opfattelse, at KRL § 5a skal lægges til grund. Således fremgår det af Dansk Markedsret fra 2011: "Da denne del af fritagelsen [KRL § 8 stk. 1 nr. 4] har sammenhæng med dominansspørgsmålet, vil en markedsvurdering være nødvendig for vurderingen. Denne foregår dog efter de velkendte principper, som findes i konkurrencelovens § 5 a (...)"¹⁸⁴. Henset til KRL § 5a's placering i konkurrencelovens kapitel 1 om lovens formål og anvendelsesområdet samt henset til det faktum, at markedsafgrænsningen generelt lægges til grund inden for konkurrenceretten, synes det da også vanskeligt at se, hvorfor denne ikke også skal lægges til grund for vurderingen i KRL § 8 stk. 1 nr. 4.

Undersøgelsen af fjerde betingelse skal både foretages i forhold til konkurrencesituationen mellem aftaleparterne og i forhold til andre virksomheder på markedet og muligheden for konkurrence fra disse. Hvis der fortsat eksisterer et vist konkurrencepres mellem parterne vil det være mindre betænkeligt at fritage en konkurrencebegrænsende aftale. Hvis konkurrencen omvendt helt elimineres mellem aftaleparterne, kan en fritagelse kun komme på tale, såfremt der fortsat kan forventes et væsentligt konkurrencetryk fra andre virksomheder på markedet¹⁸⁵.

Der findes i praksis adskillige eksempler på, at konkurrencepreset vurderes både parterne imellem og i forhold til øvrige aktører på markedet¹⁸⁶. Herunder afgørelsen fra 2005 vedrørende Danske Kroer og Hotellers (DKH) vedtægter indeholdende bl.a. fælles mindstepriser. Der kunne ikke meddeles individuel fritagelse, da betingelse nr. 1-3 ikke var opfyldt. Fjerde betingelse var dog opfyldt, selvom "konkurrencen mellem medlemmerne for så vidt angår produktet dobbeltværelse med morgenmad samt miniferieproduktet er ophævet, således at der

¹⁸¹ Markedsret del 1 s. 130

¹⁸² Konkurrenceloven med kommentarer s. 550

¹⁸³ Konkurrenceretlige emner s. 57

¹⁸⁴ Dansk markedsret s. 91

¹⁸⁵ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3662 h.sp.

¹⁸⁶ Se fx afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382; afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 fornyet ved afg. af 28.03.2012 (intet journalnr); afg. af 25.11.1998 nr. 2/8031-33 fornyet ved afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0378 og afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057

for disse produkter slet ikke kan konkurreres på det væsentligste konkurrenceparameter pris. Dog vil medlemmerne have mulighed for at konkurrere på de andre produkter. Dette, sammenholdt med deres markedsandel på [ekstraheret] %, bevirker, at der kan forventes et konkurrencetryk fra andre virksomheder, der ikke er medlemmer af DKH¹⁸⁷.

Det afgørende er således, at parterne også efter aftalens indgåelse er udsat for et vist konkurrencepres – det være sig et konkurrencepres inter partes eller fra aktører uden for aftalen. Ved vurderingen skal det derfor både undersøges, hvilken grad af konkurrence, der bestod forud for aftalen, og hvor meget konkurrencen er svækket som følge af aftalen. Hvis der allerede er begrænset konkurrence på markedet forud for aftalen, skal der ikke så meget til at anse aftalen for konkurrenceeliminerende¹⁸⁸.

Ved vurderingen af konkurrencepreset skal både den aktuelle og potentielle konkurrence undersøges jf. også KRL § 5a og beskrivelsen heraf i afsnit 3.2.

I forhold til den aktuelle konkurrence skal der ikke alene ses på markedsandele, men også mere omfattende kvalitative og kvantitative analyser af, om konkurrenterne rent faktisk har evnen og viljen til at tage konkurrencen op, skal indtages¹⁸⁹.

Kilderne til aktuel konkurrence vil formentlig ofte være de for vurderingen mest centrale allerede af den grund, at de er lettest at identificere¹⁹⁰. Der har tidligere været en tendens til at anse en aftale, der kun svækker potentiel konkurrence for mindre "farlig". Dette er ikke længere tilfældet¹⁹¹. I Kommissionens retningslinjer stilles da også strenge betingelser for dokumentation af tilstedeværelsen af potentiel konkurrence. Ved vurderingen heraf skal adgangsbarriererne til det pågældende relevante marked og den reelle mulighed, konkurrenter har for at træde ind på markedet, undersøges. I forhold til denne vurdering vil følgende faktorer bl.a. være relevante: lovgivningsbarrierer, omkostninger ved at trænge ind på markedet, potentielle konkurrenters konkurrencemæssige styrke eller fordele, aftagernes position, de etablerede virksomheders sandsynlige reaktion samt de økonomiske udsigter i branchen¹⁹².

Aftaleparternes markedsandele er af stor betydning for vurderingen i henhold til KRL § 8 stk. 1 nr. 4. Dette fremgår også af forarbejderne, hvor det statueres, at jo større del af markedet en konkurrencebegrænsende aftale dækker, jo vanskeligere vil det være for aftaleparterne at opfylde fjerde betingelse¹⁹³.

Vurderingen af, om der eksisterer af et vist konkurrenceminimum, er i praksis i flere tilfælde foretaget alene under hensyntagen til parternes markedsandel.

¹⁸⁷ Afg. af 21.12.2005 nr. 3/1120-0289-0097 pkt. 240. Se også s. 14 og 29.

¹⁸⁸ Konkurrenceloven med kommentarer s. 549

¹⁸⁹ K med pkt. 109

¹⁹⁰ K med pkt. 114

¹⁹¹ Konkurrenceloven med kommentarer s. 549

¹⁹² K med pkt. 114-116

¹⁹³ FT 1996/1997, tillæg A, s. 3663 h.sp.

I afgørelsen fra 2003 vedrørende Bestsellers forhandleraftaler konkluderer myndighederne således, at "Bestseller har en markedsandel på mellem 4% og 9% på de relevante markeder. Styrelsen antager derfor, at Bestseller og Bestsellers konceptbutikker ikke vil kunne udelukke konkurrencen for en væsentlig del af varerne"¹⁹⁴.

Modsat i en afgørelse fra 2010 angående Danske Bedemænds etiske regler, der bl.a. indeholdt begrænsninger for medlemmernes mulighed for at markedsføre sig, hvilket i sidste ende ville begrænse medlemmernes afsætning. Her fastslås det i forhold til betingelse nr. 4, at reglerne giver Danske Bedemænd "mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de berørte varer og tjenesteydelser, idet Danske Bedemænds medlemmer har en samlet markedsandel på 55-60 pct."¹⁹⁵.

Gruppefritagelsesordningerne opererer med faste markedsandelssatser, der skal være opfyldt, før gruppefritagelsen finder anvendelse¹⁹⁶. Disse er ikke undersøgt nærmere jf. afgrænsningen i afsnit 1.2.2. Selvom markedsandelen spiller en stor rolle i forhold til fjerde betingelse, kan sådanne faste markedsandelssatser ikke opsættes i forbindelse med den individuelle fritagelse. Dette kommer bl.a. til udtryk i to afgørelser fra 2009.

I den første afgørelse, der drejer sig om brancheforeningen ITD's informationsudveksling, konstaterede myndighederne, at fjerde betingelse ikke var opfyldt, da "ITD's adfærd kan indebære en begrænsning af konkurrencen i et ikke ubetydeligt omfang Det skyldes bl.a., at ITD som nævnt ovenfor har ca. 420 medlemmer, der beskæftiger ca. 13.000 personer (...). Konkurrencestyrelsen har estimeret, at ITD's medlemmer på nuværende tidspunkt har ca. 25 pct. af det samlede antal danske tilladelser til eksportkørsel"¹⁹⁷.

Hvor en markedsandel på 25 % i den ene sag medførte en begrænsning i konkurrencen, ansås en markedsandel på 23 % ikke at have samme betydning i den anden afgørelse vedrørende Taksatorringens vedtægter. Her fastslog myndighederne, at samarbejdet og den heraf følgende markedsandel på 23 % "ikke indebærer, at Taksatorringens medlemmer samlet set har en dominerende stilling, og at konkurrencen for en væsentlig del af motorkøretøjsforsikringsmarkedet ikke udelukkes"¹⁹⁸.

Selvom det konkurrencemæssige problem i begge sager var en ensretning af medlemmerne af de to foreningers omkostninger, var der også forskelle i sagerne. Hvor ITD's informationsudveksling alene havde en prisnormerende og konkurrencebegrænsende effekt, havde Taksatorringens vedtægter en række positive virkninger i konkurrencemæssig forstand. Taksatorringen var med til at skabe

¹⁹⁴ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0301-0133 pkt. 140. Se også s. 24, 31 og 39.

¹⁹⁵ Afg. af 22.12.2010 nr. 4/0120-0204-0230 pkt. 212

¹⁹⁶ Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s. 156

¹⁹⁷ Afg. af 25.02.2009 nr. 4/0120-0289-0079 pkt. 632. Se også s. 10 og 38.

¹⁹⁸ Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041 pkt. 275. Se også s. 19, 32, 35 og 38.

et større udbud af motorkøretøjsforsikringer og samlet set at sænke adgangsbarriererne til markedet for små forsikringselskaber.

Som afgørelserne viser, inddrager myndighederne også andre momenter i vurderingen efter KRL § 8 stk. 1 nr. 4 end markedsandelen alene.

Dette var bl.a. centralt for opfyldelsen af fjerde betingelse i afgørelsen fra 2002 vedrørende Sammenslutningen af Danske Havnes standardlejekontrakt. Myndighederne konstaterede direkte i afgørelsen, at sammenslutningen med en markedsandel på ca. 72 % besad en dominerende stilling. På trods af den dominerende stilling kunne konkurrencen ikke anses for udelukket, da "forhold som pris for lejen, udlejers uopsigelsesperiode og størrelse af og beregningskriterier for omsætningsgarantien skal forhandles og udfyldes individuelt af kontraktparterne. Eftersom der resterer væsentlige konkurrenceparametre, anses vilkåret ikke for at udelukke konkurrencen på markedet for udlejning af havnearealer i Danmark"¹⁹⁹.

Begrebet udelukkelse af konkurrencen er et snævrere begreb end besiddelsen eller erhvervelsen af en dominerende stilling. En virksomhed, der indtager en dominerende stilling, kan, som afgørelsen viser, også være berettiget til en fritagelse. Udelukkelse af konkurrencen kan aldrig tillades, mens det at indtage en dominerende stilling ikke i sig selv er forbudt. Kun misbruget heraf er forbudt²⁰⁰.

Forholdet mellem risikoen for udelukkelse af konkurrencen og misbrug af dominans diskuteres i Kommissionens retningslinjer, hvor sammenhængen mellem art. 81 stk. 3 EF (nu TEUF art. 101 stk. 3 ≈ KRL § 8) og art. 82 EF (nu TEUF art. 102 ≈ KRL § 11) fastslås. Da begge bestemmelser tager sigte på at bevare en effektiv konkurrence, skal KRL § 8 fortolkes således, at en konkurrencebegrænsende aftale, der udgør misbrug af en dominerende stilling, ikke kan fritages. Det er imidlertid ikke alle konkurrencebegrænsende aftaler indgået af en dominerende virksomhed, der udgør et misbrug af den dominerende stilling²⁰¹.

Kommissionens fortolkning er kommet til udtryk i en afgørelse fra 2005 vedrørende Dansk Reklame Films (DRF) standardaftaler med danske biografer. Aftalerne indeholdt bl.a. krav til biografernes minimumssalg, et særligt afregningssystem, der tilgodeså store biografer, samt et forholdsvist langt opsigelsesvarsel. Alle bestemmelserne på nær opsigelsesvarslet var omfattet af en tidligere meddelt fritagelse. Da myndighederne fandt, at det lange opsigelsesvarsel ville medføre, at markedet blev yderligere afskærmet, blev det underlagt en selvstændig fritagelsesvurdering. DRF, der som den eneste virksomhed formidler landsdækkende reklamer til biografer i Danmark, indtog utvivlsomt en dominerende stilling. Under hensyntagen hertil henviste myndighederne direkte til Kommissionens retningslinjer. Det konstateres, at "undtagelsesbestemmelsen i artikel 81 stk. 3 ikke kan anvendes på konkurrencebegrænsende aftaler, der udgør et misbrug af dominerende stilling. Idet styrelsen vurderer, at der er en risiko for, at de anmeldte aftaler udgør et misbrug af dominerende stilling, er styrelsen derfor

¹⁹⁹ Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0301-122 pkt. 57. Se også s. 26, 33 og 48.

²⁰⁰ Konkurrenceloven med kommentarer s. 548

²⁰¹ K med pkt. 106

betænkelig ved at anse betingelserne i konkurrencelovens § 8 stk. 1 nr. 4 og artikel 81, stk. 1, nr. 4 for opfyldt²⁰².

Markedsandelen og spørgsmålet om dominans spiller unægteligt en væsentlig rolle i vurderingen efter KRL § 8 stk. 1 nr. 4, men som ovenfor nævnt, er det imidlertid ikke nok kun at se herpå.

De enkelte konkurrenceparametre må også undersøges særskilt. Udelukkes konkurrencen inden for en af de vigtigste konkurrenceparametre, kan fjerde betingelse formentligt ikke anses for opfyldt. I Kommissionens retningslinjer nævnes priskonkurrence og konkurrence på innovation og udvikling som de vigtigste konkurrenceparametre²⁰³.

Vurderingen af de enkelte konkurrenceparametre fylder meget i praksis.

Udover den ovenfor nævnte afgørelse fra 2002 om Sammenslutningen af Danske Havnes standardlejekontrakt²⁰⁴, kan også afgørelsen fra 2012 angående Telia og Telenors netdelingssamarbejde nævnes. Myndighederne fandt ikke, at den pågældende aftale kunne udelukke konkurrencen. "Selvom konkurrencen om parametrene dækning og teknologi bortfalder ved skabelsen af det fælles Radio Access netværk, sker der ikke en eliminering af pris- og produktkonkurrencen mellem parterne på engros- og detailmarkedet"²⁰⁵.

Lignende i afgørelsen fra 2005 vedrørende fire nordjyske minkfodercentralers ordning til bekæmpelse af plasmacytose, hvor myndighederne konstaterede, at "ganske vist omfatter den del af ordningen, der vedrører en merpris på foder, al foder på det geografisk afgrænsede marked. Imidlertid har fodercentralerne stadig mulighed for at konkurrere indbyrdes på andre parametre (distributionsomkostninger, forsyningssikkerhed, service mv.)"²⁰⁶. Fjerde betingelse fandtes dermed opfyldt.

Selvom priskonkurrence og konkurrence på innovation og udvikling udgør de vigtigste konkurrenceparametre, viser disse samt flere andre afgørelser²⁰⁷, at også andre parametre såsom distribution, udbud og service inddrages i vurderingen.

Også andre momenter kan indgå i vurderingen efter KRL § 8 stk. 1 nr. 4. I undersøgelsen af konkurrencepresset kan aftaledeltagernes faktiske adfærd eksempelvis bruges som indikator for, om aftalen udelukker konkurrencen. Hvis par-

²⁰² Afg. af 22.06.2005 nr. 3/1120-0301-0342 pkt. 130. Nb. Sagen afsluttedes ved, at DRF gav tilsagn, der imødekom myndighedernes betænkeligheder. Tilsagnene gjordes bindende jf. KRL § 16a stk. 1.

²⁰³ K med pkt. 110

²⁰⁴ Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0301-122. Se også s. 26, 33 og 47.

²⁰⁵ Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057 pkt. 562. Se også s. 16, 22, 30, 37 og 40.

²⁰⁶ Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382 pkt. 115. Se også s. 19, 25, 27, 30 og 43.

²⁰⁷ Se fx afg. af 26.10.2005 nr. 3/1120-0301-0374; afg. af 30.05.2001 nr. 3/1120-0388-195 fornyet ved afg. af 28.01.2004 nr. 3/1120-0389-0041

terne gennemfører og fastholder betydelige prisforhøjelser kan dette være et tegn på, at de ikke udsættes for et reelt konkurrencepres²⁰⁸.

Endvidere kan der i undersøgelsen af konkurrencepresset ses på, hvor indbyrdes substituerbare aftaleparternes enkelte produkter eller ydelser er. I Kommissionens retningslinjer fremhæves det, at "når virksomhedernes produkter er differentierede, er det konkurrencepres, de enkelte produkter lægger på hinanden forskelligt, alt efter hvor substituerbare aftaleparternes produkter er indbyrdes (...) jo mere substituerbare produkterne er indbyrdes, desto større vil den ændring, aftalen sandsynligvis vil føre til i retning af en begrænsning af konkurrencen være, og desto mere sandsynligt er det, at konkurrencen vil blive udelukket for en væsentlig del af de berørte varer"²⁰⁹. Til dette udsagn skal det bemærkes, at der må være grænser for, hvor differentierede produkter, der kan være tale om, når man fortsat skal befinde sig på samme marked.

Konkurrencemyndighederne taler i flere af deres afgørelser om åbenhed og det at konkurrencebegrænsende aftaler og vilkår er "åbne". Myndighederne synes særligt at lægge vægt på dette begreb i forbindelse med vurderingen af betingelsen i KRL § 8 stk. 1 nr. 4.

I afgørelsen fra 2003 vedrørende Telekommunikationsindustrien i Danmarks (TI) brancheaftale om prisberegningsprincipper for lejebetaling for fællesudnyttelse af master lægger myndighederne vægt på, at "alle medlemmer af TI har mulighed for på åbne og ikke-diskriminerende vilkår at anvende aftalekomplekset ved indgåelse af deres konkrete aftaler. Alle medlemmer såvel som ikke medlemmer vil således have mulighed for at opnå adgang til såvel markedet for antennepositioner som til markedet for teletjenester, hvorfor aftalekomplekset ikke kan anses for at udelukke konkurrencen (...)"²¹⁰.

Da myndighederne tog fornyet stilling til brancheaftalen i afgørelsen fra 2006, fandtes den at have ført til for høje priser set i forhold til de konkret afholdte omkostninger. De tre første betingelser i KRL § 8 stk. 1 var derfor ikke opfyldt. Det var fjerde betingelse derimod, og ved myndighedernes vurdering heraf blev begrebet åben yderligere beskrevet: "Brancheaftalen er åben for alle og kan anvendes af alle, som ønsker at udleje eller leje antennepositioner på master under 50 meters højde. Aftalen er således ikke kun forbeholdt aftaleparternes eller TI-medlemmer, men kan anvendes af alle ved indgåelse af deres konkrete bilaterale aftaler med fx aftaleparterne"²¹¹.

Åbenhed er også centralt for vurderingen af konkurrencen i afgørelsen fra 1998 angående Danske Fragtmænds aftalekompleks. Således fastslår myndighederne, at "aftalen vil ikke udelukke konkurrencen på nogle af de relevante delmarkeder. Det må specielt bemærkes, at systemet er åbent således at konkurrenter kan benytte DF's rutenet som underleverandører. Det må dog forudsættes, at DFs ad-

²⁰⁸ Konkurrenceloven med kommentarer s. 550; K med pkt. 111

²⁰⁹ K med pkt. 113

²¹⁰ Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282 pkt. 87. Se også s. 16, 26, 29, 32 og 41.

²¹¹ Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004 pkt. 152. Se også s. 16, 26, 29, 32 og 41.

ministration af rutekontraktsystemet (...) sker på åbne og ikke diskriminerende vilkår”²¹². Fritagelsen er blevet forlænget ved afgørelse fra 2005.

Når myndighederne diskuterer åbenhed og bruger faste vendinger som ”åbne og ikke-diskriminerende vilkår”, ser de således på de andre aktører på markedet og hvorvidt disse kan få adgang til og gøre brug af en given aftale. Udelukkes enkelte aktører fra en aftale og den del af markedet som aftalen vedrører, vil der således være en risiko for at konkurrencen udelukkes.

Frivillighed spiller også en vigtig rolle i denne sammenhæng. Risikoen for udelukkelse af konkurrencen vil således være mindre ved en aftale, der vedrører et stort omfang af aktører på et givet marked, hvis denne er frivillig for de enkelte aktører i stedet for påtvunget.

I afgørelsen fra 2004, hvor Oliebranchens Fællesrepræsentation fik fritagelse for en aftale, indgået af danske olieselskaber vedrørende en udfasningsplan for stof-fet MTBE i oktan 98 benzin, lægges til grund, ”at det er frivilligt for parterne at indgå i aftalen, og at ingen selskaber på det danske marked holdes ude af aftalen”²¹³. Dette sammenholdt med, at salget af oktan 98 benzin kun udgjorde en meget lille del af det relevante marked for motorbenzin medførte, at fjerde betingelse var opfyldt.

At myndighederne i flere afgørelser har lagt vægt på en aftales åbenhed og lighed for alle betyder ikke, at der kan sluttes modsætningsvis. Således var det i afgørelsen fra 2003 vedrørende Danisco og Danske Sukkerroedyrkeres tillægsaftale (Strukturordningen) et af klagernes argumenter, at de fik begrænset deres muligheder for effektivisering, idet de på grund af deres geografiske placering ikke fik fortrinsret til at købe kontraktmængder. Myndighederne var enige i, at ”Strukturordningens prioriteringer begrænser klagernes muligheder for at effektivisere deres roproduktion. Dette er dog ikke ensbetydende med, at prioriteringerne udelukker konkurrencen for en væsentlig del af markedet. Foruden den mulighed, som adgangen til sammenlægning giver visse dyrkere, kan det således ikke udelukkes, at klagerne får mulighed for at købe kontraktmængder”²¹⁴. Fjerde betingelse ansås derfor for opfyldt.

Afslutningsvis skal det nævnes, at idet formålet med fjerde betingelse er at forhindre aftaler, der eliminerer konkurrencen på markedet, må aftaler der ligefrem styrker konkurrencen så meget desto mere opfylde betingelsen.

Dette lagdes bl.a. til grund i afgørelsen fra 2004 angående samarbejdet mellem BRFkredit og en række ejendomsmæglere. Særligt for så vidt angik den del af aftalen, der vedrørte samarbejde mellem gruppen af EDC-mæglere og gruppen af SAFE-mæglere, fandt myndighederne, at fjerde betingelse var opfyldt bl.a. henset til parternes markedsandele og de øvrige konkurrenters størrelse. Myndighe-

²¹² Afg. af 25.11.1998 nr. 2/8032-33 s. 6, fornyet ved afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0378. Se også s. 31.

²¹³ Afg. af 28.04.2004 nr. 3/1120-0301-0126 s. 1 nederst. Se også s. 25 og 32.

²¹⁴ Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284 pkt. 195. Se også s. 18, 28 og 33.

derne lagde i den forbindelse vægt på, at de "forventer, at samarbejdet vil styrke parternes konkurrenceevne og skabe bedre ligevægt mellem de frivillige kæder og kapitalkæderne på ejendomsformidlingsmarkedet"²¹⁵.

Det er interessant, at forarbejderne alene ser på den situation, at konkurrencen styrkes i forhold til første og anden betingelse: "Hvis to eller flere virksomheder ønsker et samarbejde for at blive et mere konkurrencedygtigt alternativ til større virksomheder på markedet, og bliver konkurrencen og dermed effektiviteten i den pågældende branche herved forøget, må betingelserne i nr. 1 og 2 anses for opfyldt"²¹⁶. Praksis²¹⁷ tyder dog på, at også fjerde betingelse kan anses for opfyldt i disse tilfælde. Som bekendt synes der at være en vis systematik og sammenhæng mellem de enkelte betingelser i KRL § 8 stk. 1 nr. 1-4. Om et bestemt forhold behandles under en af betingelserne frem for en anden behøver således ikke at betyde noget for, om en aftale i sidste ende kan fritages.

9. Konklusion

Målet med specialet har været at belyse, hvornår en konkurrencebegrænsende aftale kan siges at opfylde de fire betingelser i KRL § 8 stk. 1 og dermed opnå individuel fritagelse.

Der kan næppe opstilles en eksakt formel for, hvad og hvor meget der skal til for at anse de fire betingelser for opfyldt, idet en konkurrencebegrænsende aftale og fritagelsen heraf naturligvis må ses i forhold til de konkrete omstændigheder og den faktiske sammenhæng, som aftalen indgår i. De enkelte betingelser kan derfor også opfyldes på flere forskellige måder.

En gennemgang af administrativ praksis og relevant litteratur viser at adskillige og forskelligartede momenter skal inddrages i vurderingen efter KRL § 8 stk. 1. Den konkurrencebegrænsende aftale skal vurderes og analyseres i en samfundsmæssig sammenhæng. Det er således centralt, at de effektivitetsgevinster, som en konkurrencebegrænsende aftale medfører, hvad end de består af rene omkostningsbesparelser eller gevinster af mere kvalitativ art, overordnet er af samfundsøkonomisk frem for rent driftsøkonomisk karakter.

Det samfundsøkonomiske perspektiv kommer også til udtryk derved, at ikke alene aftaleparterne men også senere led i værdikæden skal sikres en del af fordelene ved effektivitetsgevinsterne. Fordelene kan bestå i alt fra håndgribelige og umiddelbare fordele i form af et lavere prisniveau til fordele af mere abstrakt karakter som miljømæssige forbedringer.

²¹⁵ Afg. af 26.05.2004 nr. 3/1120-0301-0233 pkt. 84. Se også s. 22, 34 og 42.

²¹⁶ FT 1996/1997, Tillæg A, s. 3663 v.sp.

²¹⁷ Se fx afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132; afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 forlænget ved afg. af 28.03.2012 (intet journalnr.); afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041; afg. 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057

Det i juraen så velkendte proportionalitetsprincip må også inddrages i fritagelsesvurderingen, idet der kræves forholdsmæssighed mellem mål i form af effektivitetsgevinster og middel i form af konkurrencebegrænsning. I vurderingen må mindre indgribende tiltag og alternativer således også inddrages.

Endelig må den konkurrencebegrænsende aftale vurderes i forhold til det relevante marked. Både aftaleparternes egen og konkurrenternes stilling herpå må klarlægges i forsøget på at undersøge, om der også med aftalen eksisterer et vist konkurrenceminimum. Vurderingen må foretages ikke alene i forhold til de på tidspunktet for vurderingen konkrete omstændigheder, men også under hensyntagen til den senere potentielle udvikling af markedet.

De fire betingelser er kumulative og skal alle være opfyldt hver især. Der er dog en vis sammenhæng og et vist overlap imellem de enkelte betingelser. Det skyldes, at alle betingelserne skal ses i sammenhæng med konkurrencelovens overordnede målsætning om at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.

Dette er en målsætning, som næppe kan nås med faste og "firkantede" regler. KRL § 8 stk. 1 og muligheden for individuel fritagelse bringer således dynamik og fleksibilitet til et område, der er reguleret af et klart og omfattende forbud i form af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KRL § 6 stk. 1.

10. Kilder

Lov

- Konkurrenceloven, lovbekendtgørelse nr. 23 af 17.01.2013
- 1997-Koncurrenceloven, lov nr. 384 af 10.6.1997
- 2004-Koncurrenceloven, lov nr. 1461 af 22.12.2004

Folketingstidende

- FT 1996/1997, tillæg A 3662-3665
- FT 2004/2005, 1. samling, tillæg A 1638-1640

Bekendtgørelser

- Bekendtgørelse nr. 174 af 22.02.2013 om forretningsorden for Konkurrencerådet

Kommissionsmeddelelser

- Kommissionens Meddelelse, Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08)

Litteratur

- Fejø, Jens: Konkurrenceloven af 1997 – med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997

- Fosdal, Peter: Konkurrenceloven i praksis, Forlaget Thomson A/S, 1999
- Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012
- Iversen, Bent m.fl.: Konkurrenceretlige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004
- Koktvedgaard, Mogens: Lærebog i Konkurrenceret, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005
- Levinsen, Kirsten m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009
- Madsen, Palle Bo: Markedsret Del 1, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006
- Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael: Dansk Markedsret, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

Administrativ praksis

Afgørelserne kan findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside (www.kfst.dk).

- Afg. af 20.02.2013 nr. 12/05672
- Afg. af 29.02.2012 nr. 4/0120-0402-0057
- Afg. af 25.01.2012 nr. 4/0120-0204-0259
- Afg. af 25.05.2011 nr. 4/0120-0204-0219
- Afg. af 22.12.2010 nr. 4/0120-0204-0230
- Afg. af 24.11.2010 nr. 4/0120-0289-0119
- Afg. af 30.09.2009 nr. 4/0120-0204-0150
- Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0301-0041
- Afg. af 29.04.2009 nr. 4/0120-0289-0072
- Afg. af 25.02.2009 nr. 4/0120-0289-0079
- Afg. af 20.12.2006 nr. 4/0120-0204-0034
- Afg. af 26.04.2006 nr. 4/0120-0100-0004
- Afg. af 29.03.2006 nr. 4/0120-0389-0003
- Afg. af 21.12.2005 nr. 3/1120-0289-0097
- Afg. af 30.11.2005 nr. 3/1120-0289-0090
- Afg. af 26.10.2005 nr. 3/1120-0301-0374
- Afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0382
- Afg. af 22.06.2005 nr. 3/1120-0301-0342
- Afg. af 26.05.2004 nr. 3/1120-0301-0233
- Afg. af 28.04.2004 nr. 3/1120-0301-0126
- Afg. af 28.01.2004 nr. 3/1120-0301-0328
- Afg. af 26.11.2003 nr. 3/1120-0301-0132
- Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-0282
- Afg. af 29.10.2003 nr. 3/1120-0301-266
- Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0301-0133
- Afg. af 27.08.2003 nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284
- Afg. af 24.04.2002 nr. 3/1120-0301-140
- Afg. af 27.02.2002 nr. 3/1120-0301-139
- Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0388-192
- Afg. af 30.01.2002 nr. 3/1120-0301-122

- Afg. af 30.05.2001 nr. 3/1120-0388-195 fornyet ved afg. af 28.01.2004 nr. 3/1120-0389-0041
- Afg. af 25.11.1998 nr. 2/8032-33 s. 5 fornyet ved afg. af 31.08.2005 nr. 3/1120-0301-0378
- Afg. af 17.06.1998 nr. 2/8032-25 fornyet ved afg. af 28.03.2012 - intet journalnr. (se <http://www.kfst.dk/index.php?id=30923>)
- KAN kendelse af 16.11.2012 i sagerne nr. KL-1-2012 – KL-6-2012
- KAN kendelse af 08.06.2010 i sag nr. 2009-0020551
- KAN kendelse af 26.11.2009 i sag nr. 2009.0018991
- KAN kendelse af 08.06.2007 i sagerne 2005-000432, 2005-0004752 og 2005-0004753
- KAN kendelse af 12.04.2006 i sag nr. 2005-0003606
- KAN kendelse af 31.01.2005 i sag nr. 03-215.833
- KAN kendelse af 27.10.2004 i sag nr. 03-201.492

Retspraksis

- Dom afsagt af Vestre Landsret den 27.11.06 – J.nr. 14-3910 vedr. Bestselder (<http://www.kfst.dk/?id=19756>)

Forkortelser

- KRL – Konkurrenceloven – Lovbekendtgørelse nr. 23 af 17.01.2013
- K med - Kommissionens Meddelelse, Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08)
- KAN – Konkurrenceankenævnet