

Jens Fejø

Konkurrenceloven af 1997

med kommentarer



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1997

Konkurrenceloven af 1997 – med kommentarer
1. udgave, 1. oplag 1997

© 1997 by Jens Fejø, København

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslagsillustration: Marian Notarmaso
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1997
ISBN 87-574-4552-4

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 133
Postboks 2126
1015 København K

Telefon: 33 95 97 00
Telefax: 33 95 99 97
e-mail: fl@djoef.dk
Homepage: <http://www.djoef.dk/flhome.htm>

Konkurrenceloven af 1997

med kommentarer

Forord

Konkurrenceloven blev stadfæstet den 10. juni 1997 til ikrafttræden den 1. januar 1998. I forbindelse med skiftet fra kontrolprincippet i den hidtidige danske konkurrencelov til forbudsprincippet indeholder loven særlige overgangsregler, som må overvejes af private og offentlige virksomheder allerede i efteråret 1997. Kommentaren til den nye lov fremkommer derfor allerede før de bekendtgørelser, som loven forudsætter skal være udstedt, herunder gruppefritagelser, ser dagens lys. Det er hensigten, når dette materiale foreligger, at supplere nærværende kommentar med kommentarer hertil.

Med den nye lov er EU-konkurrencereglerne taget som forbillede. Dette er i bogen søgt indarbejdet med henvisninger til regelværk og praksis derfra.

København, den 15. september 1997

Jens Fejø

INDHOLD

FORKORTELSER	14
---------------------------	----

KONKURRENCELOVEN AF 1997	15
---------------------------------------	----

INDLEDNING

Principskifte i dansk konkurrenceret	33
---	----

Fra gennemsigtighed og kontrolprincip til forbud (og del- vis kontrolprincip)	33
1989-konkurrenceloven – ønsket om et principskifte	34
Lovens tilblivelse	39

KAPITEL 1

Lovens formål og anvendelsesområde	40
---	----

Indledning til kapitel 1	40
--------------------------------	----

Kommentar til § 1 – formålsbestemmelsen	44
---	----

Kommentar til § 2 – lovens anvendelsesområde	49
--	----

Indledende bemærkninger	49
-------------------------------	----

Nærmere til § 2	52
-----------------------	----

§ 2, stk. 1: Lovens anvendelsesområde: al erhvervsvirksomhed	52
---	----

Konkurrenceloven og anden lovgivning	57
--	----

§ 2, stk. 2: Konkurrencebegrænsninger, som er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, undtages fra kapit- lerne 2 og 3	58
--	----

§ 2, stk. 2, 1. pkt.: Hovedreglen om offentlig regulering	58
---	----

§ 2, stk. 2, 2. pkt.: Kvalificerede krav til konkurrencebegrænsninger, der er fastsat af en kommunalbestyrelse	64
§ 2, stk. 3: Beslutninger i et kommunalt fællesskab	72
§ 2, stk. 4: Afgørelse af om en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge træffes af den regulerende eller besluttende myndighed	72
§ 2, stk. 5: Konkurrencerådet kan påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen over for myndigheder m.v.	74
§ 2, stk. 6: Anmeldelsespligt for regelfastsættende offentlige myndigheder	76
 Kommentar til § 3 – ikke løn- og arbejdsforhold	 78
 Kommentar til § 4 – samvirken med EU-gruppefritagelserne	 81
Indledende bemærkninger. One-stop-shop princippet	81
Betydningen af § 4	83
 Kommentar til § 5 – koncerninterne aftaler	 86

KAPITEL 2

Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler	90
 Indledende bemærkninger til kapitel 2	 90
 Kommentar til § 6 – forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler	 93
Indledende bemærkninger	93
Nærmere til § 6	95
§ 6, stk. 1: Det generelle forbud	96
“Aftaler” ... mellem virksomheder	96
“Vedtagelser” ... inden for en sammenslutning af virksomheder . . .	103
“Samordnet praksis”	103
Virksomhedsbegrebet	105
Konkurrencebegrænsningskriteriet	105
§ 6, stk. 2: Forbudte konkurrencebegrænsninger, eksempler	107
§ 6, stk. 2, nr. 1): Fastsættelse af priser eller forretningsbetin-	

gelser	107
§ 6, stk. 2, nr. 2): Produktionsbegrænsning m.v.	108
§ 6, stk. 2, nr. 3): Markedsopdeling m.v.	11
§ 6, stk. 2, nr. 4): Aftaler om diskrimination	111
§ 6, stk. 2, nr. 5): Kombinationssalg	113
§ 6, stk. 3: Vedtagelser inden for sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis	114
§ 6, stk. 4: Hjemmel til at udstede påbud	114
§ 6, stk. 5: Ugyldighed	115
 Kommentar til § 7 – <i>de minimis</i> -undtagelserne	118
Indledende bemærkninger	118
Nærmere til § 7	119
§ 7, stk. 1: <i>De minimis</i> -undtagelserne fra § 6	119
§ 7, stk. 2: Undtagelser fra undtagelserne	122
Konkurrencebegrænsning pga. samlet virkning af lignende aftaler	123
Vertikal prisbinding	124
§ 7, stk. 3: Fastsættelse af nærmere regler	125
§ 7, stk. 4: Mindre overskridelser – fastsættelse af regler herfor ...	125
 Kommentar til § 8 – individuel fritagelse	127
Indledende bemærkninger	127
Fritagelse medfører, at aftalen er gyldig	131
§ 8, stk. 1, nr. 1)-4): Fritagelsesbetingelserne	132
Nærmere om de enkelte betingelser i § 8, stk. 1	133
§ 8, stk. 1, nr. 1): Styrkelse af effektivitet eller fremme af udvikling	133
§ 8, stk. 1, nr. 2): Sikres forbrugerne en rimelig andel af fordelene ved konkurrencebegrænsningen	136
§ 8, stk. 1, nr. 3): Ikke unødvendige begrænsninger	137
§ 8, stk. 1, nr. 4): Ikke væsentlig udelukkelse af konkurrencen	137
§ 8, stk. 2: Anmeldelse af aftaler m.v.	138
§ 8, stk. 3: Frister og vilkår	139
§ 8, stk. 4: Forlængelse af fritagelse	140
§ 8, stk. 5: Ændring eller tilbagekaldelse af fritagelse	140
Virkningerne af en anmeldelse	141

Kommentar til § 9 – dansk negativttest	142
Kommentar til § 10 – hjemmel for gruppefritagelse	146

KAPITEL 3

Misbrug af dominerende stilling

Indledning til kapitel 3	151
Kommentar til § 11 – misbrug af dominerende stilling	154
Virksomhedsbegrebet	154
Dominerende stilling	157
Det relevante marked	161
Misbrugsbegrebet – eksempelkataloget i § 11, stk. 2	164
§ 11, stk. 2	164
§ 11, stk. 2, nr. 1): Urimelige priser og forretningsbetin-	
gelser i øvrigt	165
§ 11, stk. 2, nr. 2): Produktionsbegrænsning m.v.	169
§ 11, stk. 2, nr. 3): Diskrimination af handelspartnere	171
§ 11, stk. 2, nr. 4): Tying	173
Andre eksempler på misbrug ?	174
§ 11, stk. 3 – Påbud om ophør	174
§ 11, stk. 4: Erklæring om ikke-indgreb	176

KAPITEL 4

Meddelelse om fusioner m.v.

Indledning til kapitel 4	177
Kommentar til § 12 – meddelelsespligt for fusioner	179

KAPITEL 5

Offentlighed	182
---------------------------	-----

Indledning til kapitel 5	182
--------------------------------	-----

Kommentar til § 13 – ikke offentlighedsloven	183
--	-----

KAPITEL 6

Konkurrencemyndigheden. Organisation og beføjelser	186
---	-----

Indledning til kapitel 6	186
--------------------------------	-----

Kommentar til § 14 – Konkurrencerådets opgaver	188
--	-----

Kommentar til § 15 – Konkurrencerådets sammensætning	196
--	-----

Kommentar til § 16 – påbud	198
----------------------------------	-----

Kommentar til § 17 – krav om oplysninger	204
--	-----

Kommentar til § 18 – kontrolundersøgelser	206
---	-----

KAPITEL 7

Anke	208
-------------------	-----

Indledning til kapitel 7	208
--------------------------------	-----

Kommentar til § 19 – Konkurrenceankenævnets kompetence	210
--	-----

Kommentar til § 20 – Konkurrenceankenævn og rekurs	215
--	-----

Kommentar til § 21 – Konkurrenceankenævnets sammensætning	217
---	-----

KAPITEL 8

Bestemmelser om straf	219
------------------------------------	-----

Indledning til kapitel 8	219
--------------------------------	-----

Kommentar til § 22 – tvangsbøder	221
--	-----

Kommentar til § 23 – bødestraf	222
--------------------------------------	-----

KAPITEL 9

Kontrolundersøgelser efter EU-reglerne	230
---	-----

Indledning til kapitel 9	230
--------------------------------	-----

Kommentar til § 24 – bistand til Kommissionen	233
---	-----

Kommentar til § 25 – Konkurrencestyrelsens EU-kontrolundersøgelser	234
--	-----

Kommentar til § 26 – bistand til Kommissionens kontrolundersøgelser	236
---	-----

KAPITEL 10

Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser	237
--	-----

Indledning til kapitel 10	237
---------------------------------	-----

Kommentar til § 27 – ikrafttrædelsesbestemmelsen	240
--	-----

Indledende bemærkninger	240
-------------------------------	-----

Nærmere til § 27	242
------------------------	-----

§ 27, stk. 1 – hovedregel: loven træder i kraft 1. januar 1998	242
§ 27, stk. 2 – ophævelse af 1989-konkurrenceloven	243
§ 27, stk. 3 – uafsluttede sager	244
§ 27, stk. 4 – “opretholdelses-regulering” for gamle aftaler m.v. . . .	245
§ 27, stk. 5 – anmeldelsespligt for “gamle” offentlige reguler- inger	251
§ 27, stk. 6 – faktureringsregler	251

Kommentar til § 28 – forbrugeroplysende gennemsigtighed	253
---	-----

Kommentar til § 29	255
------------------------------	-----

LITTERATUR	257
-----------------------------	------------

DOMSREGISTER	258
-------------------------------	------------

EF-domstolen og Retten i Første Instans	258
Kommissionsbeslutninger	261
Danske domme	261
Konkurrenceankenævnets kendelser	262

STIKORD	263
--------------------------	------------

Forkortelser

ECLR	European Competition Law Reports
EU	Den Europæiske Union
FT	Folketingstidende
FF	Folketingets forhandlinger
Kfo	Kommissionsforordning
KR-Dok	Konkurrencerådet Dokumentation
LBK	Lovbekendtgørelse
MTB	Monopoltilsynets årsberetning
Rfo	Rådsforordning
Sml.	Samling af Afgørelser fra Domstolen og Retten i Første Instans (De Europæiske Fællesskabers Domstol)
TEF	Traktatens om Det Europæiske Fællesskab
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
Till.A	Tillæg A (Folketingstidende)
Till.B	Tillæg B (Folketingstidende)
Till.C	Tillæg C (Folketingstidende)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen

Konkurrencelov

Lov nr. 384 af 10. juni 1997

KAPITEL 1

Lovens formål og anvendelsesområde

§ 1

Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence.

§ 2

Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed.

Stk. 2. Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning.

Stk. 3. Beslutninger truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse, sidestilles med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen, jf. stk. 2.

Stk. 4. Afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, træffes af den myndighed m.v., der har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen, eller, såfremt reguleringen er fastsat ved lov eller EF-forordning, af vedkommende minister.

Stk. 5. Hvis en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, kan Konkurrencerådet rette henvendelse til pågældende myndighed, påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på det pågældende område. Myndigheden skal svare på henvendelsen inden 3 måneder fra modtagelsen heraf.

Stk. 6. En myndighed m.v., der regulerer eller træffer beslutning om erhvervsvirksomhed, der udøves af myndigheden selv eller af en virksomhed, i hvis styrende organ myndigheden er repræsenteret, skal anmelde reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om anmeldelsespligten, herunder regler om anmeldelsespligtens omfang.

§ 3

Loven omfatter ikke løn- og arbejdsforhold. Konkurrencerådet kan dog til brug for sit arbejde kræve oplysninger af organisationer og virksomheder om løn- og arbejdsforhold.

§ 4

Bestemmelserne i kapitel 2 omfatter ikke konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der er meddelt fritagelse efter EF-Traktaten, eller som opfylder betingelserne i en forordning om fritagelse eller undtagelse af visse kategorier af aftaler m.v.

§ 5

Bestemmelserne i kapitel 2 finder ikke anvendelse på aftaler, vedtægter og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern.

Stk. 2. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om anvendelsen af stk. 1, herunder regler om, hvad der forstås ved aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern.

KAPITEL 2

Forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler

§ 6

Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Stk. 2. Aftaler efter stk. 1 kan f.eks. bestå i

- 1) at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,
- 2) at begrænse eller kontrollere produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer,
- 3) at opdele markeder eller forsyningskilder,
- 4) at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller
- 5) at stille som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

Stk. 3. Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

Stk. 4. Konkurrencerådet kan udstede påbud om at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør.

Stk. 5. Aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige, medmindre de er undtaget efter § 7, er fritaget efter § 8 eller § 10 eller er omfattet af en erklæring efter § 9.

§ 7

Forbudet i § 6, stk. 1, gælder ikke for aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder, såfremt de deltagende virksomheder har

- 1) en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct., jf. stk. 3, eller
- 2) en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr., jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. Undtagelsen i stk. 1, nr. 2, gælder ikke i tilfælde, hvor

- 1) konkurrencen inden for samme branche begrænses af den samlede virkning af lignende aftaler m.v. eller
- 2) virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder aftaler, vedtager eller på anden måde tilkendegiver, at der ved videresalg i efterfølgende omsætningsled skal overholdes mindstepriser eller -avancer.

Stk. 3. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om beregning af omsætningen efter stk. 1, herunder regler om, at de nævnte omsætningsgrænser skal beregnes på grundlag af andre værdier for finansielle virksomheder.

Stk. 4. Undtagelsen i stk. 1 gælder, selv om virksomhederne overskridet de nævnte grænser i to på hinanden følgende år. Erhvervsministe-

ren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler herom, herunder regler om mindre overskridelser af de nævnte grænser.

§ 8

Konkurrencerådet fritager efter anmeldelse aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder fra forbudet i § 6, stk. 1, hvis rådet skønner, at de

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser m.v. eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- 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 m.v.

Stk. 2. Anmeldelse af den pågældende aftale m.v. med anmodning om fritagelse efter stk. 1 skal indgives til Konkurrencestyrelsen. Rådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af særlige anmeldelsesskemaer.

Stk. 3. Afgørelser efter stk. 1 skal angive, for hvilket tidsrum fritagelsen gælder. Fritagelsen kan tidligst få virkning fra anmeldelsestidspunktet. Fritagelsen kan meddeles på vilkår.

Stk. 4. Efter anmeldelse forlænger Konkurrencerådet en fritagelse, såfremt rådet skønner, at betingelserne i stk. 1 fortsat er til stede. Stk. 3 finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 5. Konkurrencerådet kan ændre eller tilbagekalde en afgørelse efter stk. 1 og 4, hvis

- 1) de faktiske forhold har ændret sig på et for afgørelsen væsentligt punkt,

- 2) deltagerne i aftalen m.v. ikke overholder stillede vilkår eller
- 3) afgørelsen er truffet på grundlag af urigtige eller vildledende oplysninger fra deltagerne i aftalen m.v.

§ 9

Konkurrencerådet kan efter anmeldelse fra en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder erklære, at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, falder ind under forbudet i § 6, stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af § 6, stk. 4. Rådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af særlige anmeldelseskemaer.

§ 10

Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet regler om fritagelse for forbudet i § 6, stk. 1, for grupper af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som opfylder betingelserne i § 8, stk. 1.

KAPITEL 3

Misbrug af dominerende stilling

§ 11

Det er forbudt for en eller flere virksomheder m.v. at misbruge en dominerende stilling på det danske marked eller en del heraf.

Stk. 2. Misbrug efter stk. 1 kan f.eks. foreligge ved

- 1) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspri-
ser eller af andre urimelige forretningsbetingelser,
- 2) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til
skade for forbrugerne,
- 3) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for
handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller
- 4) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontra-
henten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge
handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

Stk. 3. Konkurrencerådet kan udstede påbud om at bringe overtrædel-
ser af stk. 1 til ophør.

Stk. 4. Konkurrencerådet kan efter anmeldelse fra en eller flere virk-
somheder erklære, at en given adfærd ikke efter de forhold, som Kon-
kurrencerådet har kendskab til, er omfattet af stk. 1, og at der derfor
ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af stk. 3. Rådet fast-
sætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af sær-
lige anmeldelsesskemaer.

KAPITEL 4

Meddelelse om fusioner m.v.

§ 12

Fusioner, virksomhedsovertagelser og sammenlægninger af virksom-
heder skal meddeles til Konkurrencestyrelsen. Dette gælder dog ikke,
hvis fusionen, virksomhedsovertagelsen eller sammenlægningen af
virksomheder er mellem moder- og dattervirksomheder eller mellem
dattervirksomheder i samme koncern.

Stk. 2. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om meddelelsespligten efter stk. 1, herunder regler om, at visse fusioner m.v. ikke skal meddeles.

KAPITEL 5

Offentlighed

§ 13

Lov om offentlighed i forvaltningen gælder ikke for sager efter denne lov bortset fra sager om fastsættelse af bestemmelser efter § 2, stk. 6, 2. pkt., § 5, stk. 2, § 7, stk. 3 og stk. 4, 2. pkt., § 8, stk. 2, 2. pkt., § 9, 2. pkt., § 10, § 11, stk. 4, 2. pkt., § 12, stk. 2, § 14, stk. 3, § 18, stk. 2, 2. pkt., og § 21, stk. 3.

Stk. 2. Konkurrencerådets henvendelser og vedkommende myndigheds svar efter § 2, stk. 5, anmeldelser efter § 2, stk. 6, 1. pkt., samt afgørelser truffet i medfør af loven kan offentliggøres.

Stk. 3. Konkurrencerådet kan offentliggøre oplysninger om Konkurrencerådets virksomhed og generelle redegørelser.

Stk. 4. Ved offentliggørelse efter stk. 2 og 3 kan oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder ikke offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår. Endvidere kan oplysninger om enkelte kunders forhold i virksomheder, der er under tilsyn af Finanstilsynet, ikke offentliggøres.

Stk. 5. Den, som skal afgive oplysninger til Konkurrencerådet, kan over for rådets formand begære, at oplysninger, som i medfør af stk. 4 ikke må udleveres eller gøres offentligt tilgængelige, heller ikke må

afgives over for rådets medlemmer. Formanden afgør endeligt, i hvilket omfang og i hvilken form oplysningerne bør afgives.

KAPITEL 6

Konkurrencemyndigheden. Organisation og beføjelser

§ 14

Konkurrencerådet påser overholdelsen af denne lov og de forskrifter, der er udstedt i medfør af loven, jf. dog § 2, stk. 4. Konkurrencerådet kan behandle sager af egen drift, efter anmeldelse, på grundlag af en klage eller som følge af en henvisning fra Europa-Kommissionen. Konkurrencerådet afgør, om en klage giver tilstrækkelig anledning til undersøgelse. Konkurrencerådet kan endvidere træffe beslutning om ikke at behandle sager, hvis Europa-Kommissionen har den samme sag under behandling efter EU-konkurrencereglerne.

Stk. 2. Konkurrencestyrelsen er sekretariat for Konkurrencerådet i sager efter denne lov og varetager på rådets vegne den daglige administration af loven.

Stk. 3. Erhvervsministeren fastsætter Konkurrencerådets forretningsorden og de nærmere regler for rådets og Konkurrencestyrelsens virksomhed, herunder regler om afskedigelse af rådsmedlemmer eller disses suppleanter efter indstilling fra Konkurrencerådets formand før en periodes ophør.

§ 15

Konkurrencerådet består af en formand og 18 medlemmer. Formanden udnævnes af kongen for en periode af op til 4 år. De øvrige med-

lemmer udnævnes af erhvervsministeren for en periode på op til 4 år. Rådet skal omfatte et alsidigt kendskab til offentlig og privat erhvervsvirksomhed, herunder juridiske, økonomiske, finansielle og forbrugermæssige forhold. Formanden og otte af rådets medlemmer skal være uafhængige af erhvervs- og forbrugerinteresser. Et af disse medlemmer skal have særlig indsigt i statslig erhvervsvirksomhed. Efter erhvervsministerens nærmere bestemmelse udnævnes syv medlemmer efter indstilling fra erhvervsorganisationer, et medlem efter indstilling fra forbrugerorganisationer og to medlemmer med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed efter indstilling fra de kommunale organisationer.

Stk. 2. Erhvervsministeren udpeger faste stedfortrædere for Konkurrencerådets medlemmer.

§ 16

De påbud, som Konkurrencerådet efter § 6, stk. 4, og § 11, stk. 3, kan udstede med henblik på at bringe de skadelige virkninger af konkurrencebegrænsninger til ophør, kan bl.a. omfatte:

- 1) Hel eller delvis ophævelse af aftaler, vedtagelser, forretningsbetingelser m.v.
- 2) At angivne priser eller avancer ikke må overskrides, eller at der ved beregningen af priser eller avancer skal anvendes bestemte kalkulationsregler.
- 3) Pligt for en eller flere af de pågældende virksomheder til at sælge til nærmere angivne købere på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg. Virksomheden kan dog altid kræve kontant betaling eller betryggende sikkerhed.
- 4) At give adgang til en infrastrukturfacilitet, der er nødvendig for at kunne udbyde en vare eller tjenesteydelse.

Stk. 2. Påbud efter stk. 1, nr. 2, kan fastsættes for indtil ét år ad gangen.

§ 17

Konkurrencerådet kan kræve alle oplysninger, herunder regnskaber, regnskabsmateriale, udskrift af bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som skønnes nødvendige for dets virksomhed eller til afgørelse af, om et forhold er omfattet af lovens bestemmelser.

§ 18

Konkurrencestyrelsen kan efter retskendelse og mod behørig legitimation til brug for rådets virksomhed efter loven

- 1) på stedet gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, og
- 2) få adgang til en virksomheds eller sammenslutnings lokaler og transportmidler.

Stk. 2. Politiet yder bistand ved udøvelsen af beføjelser efter stk. 1. Erhvervsministeren kan efter aftale med justitsministeren fastsætte nærmere regler herom.

KAPITEL 7

Anke

§ 19

Konkurrencerådets afgørelser truffet efter § 2, stk. 1 og stk. 6, 1. pkt., § 5, stk. 1, § 6, § 7, § 8, stk. 1 og 3-5, § 9, § 11, § 12, stk. 1, § 13, stk. 4, § 16 og § 27, stk. 4, 2. pkt., kan påklages til Konkurrenceankenævnet.

Stk. 2. Klage efter stk. 1 kan indgives af

- 1) den, afgørelsen retter sig til, og
- 2) den, som i øvrigt har individuel, væsentlig interesse i sagen.

Stk. 3. Beslutning efter § 14, stk. 1, om at afvise at behandle en klage kan ikke påklages til Konkurrenceankenævnet.

Stk. 4. Klage over afgørelse truffet efter § 13, stk. 4, har opsættende virkning. Klage over andre afgørelser kan af Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet tillægges opsættende virkning.

§ 20

Konkurrencerådets afgørelser efter denne lov kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed end Konkurrenceankenævnet og kan ikke indbringes for domstolene, før ankenævnets afgørelse foreligger.

Stk. 2. Klage til Konkurrenceankenævnet kan indgives senest fire uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Når særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet se bort fra overskridelsen af klagefristen.

Stk. 3. Konkurrenceankenævnets afgørelse kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Finder indbringelse ikke sted inden for fristen, er ankenævnets afgørelse endelig.

§ 21

Konkurrenceankenævnet består af en formand, der skal opfylde betingelserne for at være højesteretsdommer, samt to andre medlemmer, som skal have henholdsvis økonomisk og juridisk sagkundskab.

Stk. 2. Formanden og medlemmerne udnævnes af erhvervsministeren. De skal være uafhængige af erhvervsinteresser. Hvervet ophører med udgangen af den måned, hvori vedkommende fylder 70 år.

Stk. 3. Erhvervsministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om betaling for indbringelse af afgørelser for ankenævnet.

KAPITEL 8

Bestemmelser om straf

§ 22

Undlader nogen at give de oplysninger, som Konkurrencerådet kan kræve efter denne lov, eller at efterkomme et påbud meddelt i medfør af denne lov, kan rådet som tvangsmiddel pålægge den pågældende daglige eller ugentlige bøder, der kan inddrives ved udpantning.

§ 23

Medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, straffes med bøde den, der forsætligt eller groft uagtsomt

- 1) overtræder § 6, stk. 1,
- 2) overtræder § 11, stk. 1, hvis den pågældende virksomhed inden for de seneste 5 år har fået et påbud vedrørende et tilsvarende misbrug af dominerende stilling, jf. § 11, stk. 3,
- 3) undlader meddelelse efter § 12, stk. 1,
- 4) undlader at efterkomme påbud udstedt efter § 6, stk. 4, eller § 11, stk. 3, jf. § 16,
- 5) afgiver urigtige eller vildledende oplysninger til Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet eller fortier forhold af betydning for den pågældende sag eller
- 6) undlader at efterkomme krav efter § 17.

Stk. 2. Stk. 1, nr. 1, finder ikke anvendelse fra det tidspunkt, hvor en aftale m.v. er anmeldt til Konkurrencerådet efter § 8, stk. 2, og indtil rådet har meddelt sin afgørelse efter § 8, stk. 1.

Stk. 3. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Stk. 4. Forældelsesfrist for strafansvar er 5 år.

KAPITEL 9

Kontrolundersøgelser efter EU-reglerne

§ 24

Den bistand, som medlemsstaternes kompetente myndigheder skal yde Europa-Kommissionen efter Det Europæiske Fællesskabs forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger, ydes i Danmark af Konkurrencestyrelsen.

§ 25

Anmoder Europa-Kommissionen Konkurrencestyrelsen om at foretage en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 13 i forordning nr. 17/62, artikel 20 i forordning nr. 1017/68, artikel 17 i forordning nr. 4056/86, artikel 10 i forordning nr. 3975/87 eller artikel 12 i forordning nr. 4064/89, kan styrelsen efter retskendelse og mod behørig legitimation hos virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder

- 1) kontrollere bøger og andre forretningspapirer,
- 2) tage afskrifter eller lave ekstraktudskrifter af bøger og forretningspapirer,
- 3) kræve mundtlige forklaringer på stedet og

4) få adgang til virksomhedernes samtlige lokaler, grunde og transportmidler.

Stk. 2. Ved undersøgelsen skal der forevises en skriftlig fuldmagt fra styrelsen. Fuldmagten skal indeholde oplysning om Europa-Kommissionens anmodning og om kontrolundersøgelsens genstand og formål.

Stk. 3. Virksomhederne eller sammenslutningen har pligt til at underkaste sig kontrolundersøgelsen, hvis den foretages på grundlag af en Kommissionsbeslutning.

§ 26

Bestemmelserne i § 25 gælder også, når Konkurrencestyrelsen bistår Europa-Kommissionen ved kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17/62, artikel 21 i forordning nr. 1017/68, artikel 18 i forordning nr. 4056/86, artikel 11 i forordning nr. 3975/87 eller artikel 13 i forordning nr. 4064/89.

KAPITEL 10

Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

§ 27

Loven træder i kraft den 1. januar 1998. Dog træder bestemmelserne i § 14, stk. 3, og § 15 i kraft den 1. juli 1997.

Stk. 2. Ved lovens ikrafttrædelse ophæves konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, samt lov om kontrol med overholdelsen af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger, jf. lovbekendtgø-

relse nr. 449 af 10. juni 1991. En godkendelse, som er meddelt efter konkurrencelovens § 14, stk. 1, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, bevarer sin gyldighed, indtil Konkurrencerådet måtte træffe afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen. Afgørelsen træffes efter de hidtil gældende regler.

Stk. 3. Sager efter konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, der ikke er færdigbehandlede ved lovens ikrafttrædelse, bortfalder. Dette gælder dog ikke klagesager samt sager, der verserer ved Konkurrenceankenævnet.

Stk. 4. Konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som består på tidspunktet for lovens ikrafttrædelse, og som er forbudt i medfør af § 6, stk. 1, kan, hvis de anmeldes inden den 1. juli 1998 med henblik på en fritagelse efter § 8, opretholdes indtil 3 måneder efter, at Konkurrencerådet har truffet afgørelse i sagen, uanset at Konkurrencerådet meddeler afslag. Konkurrencerådet kan forlænge fristen på 3 måneder.

Stk. 5. Offentlig regulering, som er omfattet af § 2, stk. 6, og som er gældende på tidspunktet for lovens ikrafttrædelse, skal anmeldes til Konkurrencerådet inden den 1. juli 1998.

Stk. 6. De administrative regler, der er fastsat i medfør af § 7, nr. 2, i konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, forbliver i kraft, indtil nye regler eventuelt fastsættes efter § 4, stk. 3, i lov om mærkning og skiltning med pris m.v. som affattet ved denne lovs § 28, nr. 1. Administrationen af de hidtil gældende regler som nævnt i 1. pkt. overføres til Forbrugerstyrelsen. Forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af de hidtil gældende regler som nævnt i 1. pkt. straffes med bøde. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

§ 28

I lov om mærkning og skiltning med pris m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 456 af 17. juni 1991, som ændret ved lov nr. 429 af 1. juni 1994, foretages følgende ændringer:

1. I § 4 indsættes som stk. 3:

“Stk. 3. Inden for vare- og tjenesteydelsesområder, hvor det må antages at være af særlig betydning som prisvejledning for forbrugerne, kan Forbrugerstyrelsen fastsætte regler om fakturering og anden dokumentation for prisberegningen.”

2. Efter § 9 indsættes:

“§ 10. På vare- og tjenesteydelsesområder af særlig betydning for forbrugerne kan Forbrugerstyrelsen gennemføre og offentliggøre sammenlignende undersøgelser af priser, rabatter og bonus m.v.”

§ 29

Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland.

INDLEDNING

Principskifte i dansk konkurrenceret

Fra gennemsigtighed og kontrolprincip til forbud (og delvis kontrolprincip)

Med Konkurrenceloven af 1997 er et principskifte blevet markeret i dansk konkurrenceret. Fra tidligere at være baseret på et gennemsigtigheds-/offentlighedsprincip og et kontrolprincip (samt en enkelt forbudsbestemmelse, der rettede sig mod håndhævelse af bindende videresalgspriser) bygger den nye Konkurrencelov i vigtige henseender på et *forbudsprincip*, hvorved selve den pågældende handling – uden forudgående myndighedsindgriben og uden forudgående forhandling mellem virksomhed og myndighed – er gjort forbudt. Der er hermed søgt tilstræbt en tilnærmelse til de konkurrenceretlige principper, som er gældende inden for den Europæiske Union.

Forbudsprincippet kan dog næppe siges at være gennemført fuldstændigt, uagtet man kunne få det indtryk ved læsning af lovfremsettelsen og af lovforslagets almindelige bemærkninger. Ved en nærmere vurdering af loven må det således konstateres, at der *fortsat* består et *kontrolprincip* – eller at forbudsprincippet dog ikke er gennemført på linie med EU-konkurrenceretten – for så vidt angår *misbrug af dominerende stilling*. Derimod er *gennemsigtighedsprincippet ophævet*.

For så vidt angår *virksomhed, som indebærer konkurrencebegrænsning som følge af offentlig regulering*, holdes betydningsfulde dele uden for lovens forbudsbestemmelser og dermed uden for lovens reelle virkeområde. En sondring mellem offentlig virksomhed og ikke-offentlig virksomhed findes derimod ikke.

Det er en væsentlig *konsekvens af forbudsprincippet* i den nye Konkurrencelov, at ikke blot som hidtil under tidligere dansk konkurrencelovgivning konkurrencemyndigheden – Konkurrencerådet – men også *domstolssystemet* direkte har fået kompetence til at påse lovens overholdelse.

På trods af principskiftet er en række af de institutionelle, processuelle og sanktionsmæssige forhold vedrørende Konkurrenceloven kun i mindre omfang eller slet ikke undergået forandringer. Selv om forbilledet angiveligt har været

det EU-konkurrenceretlige system, har dette dermed ikke i enhver henseender sat sig igennem.

Fortalere for en skærpet dansk konkurrencelovgivning havde fundet støtte i OECD's landeanalyse fra 1993 og i efterfølgende analyser fra Det Økonomiske Råd og fra Finansministeriets Finansredegørelse, hvori det havde været påpeget, at en stramning af lovgivningen var nødvendig. Ikke mindst under indtrykket heraf, må man se ønsket om et principskifte fra den hidtil gældende konkurrencelov. I en publikation fra Det Økonomiske Råds Formandskab hed det således:

“Hovedprincippet i en ny dansk konkurrencelovgivning bør være et forbud mod konkurrencebegrænsende adfærd. Den bør omfatte alle former for aftaler om konkurrencebegrænsende adfærd, dominerende markedspositioner og fusioner. Et generelt forbud sikrer, at der ikke gælder forskellige regelsæt for forskellige typer af konkurrencebegrænsende adfærd, og det vil være lettere at håndhæve et forbud. Det flytter også til en vis grad bevisbyrden i forbindelse med bedømmelsen af en sag fra konkurrencemyndighederne og over til virksomhederne. Denne styrkelse af konkurrencemyndighederne og dermed forbrugerne og de andre virksomheder er nødvendig i betragtning af, at der er fundet tydelige tegn på, at der på en række markeder ikke er effektiv konkurrence. Anvendelsen af forbudsprincippet harmonerer endvidere med EF-traktatens konkurrenceregler, der hviler på et forbudsprincip. Der har i den forbindelse været nedsat et udvalg med det kommissorium at vurdere konkurrencelovgivningen i Danmark. Et mindretal anbefalede en fuld tilpasning til principperne i EU-lovgivningen, mens et flertal i udvalget kun anbefalede en delvis tilnærmelse, jf. Erhvervsministeriet (1995)”.¹

1989-konkurrenceloven – ønsket om et principskifte

Den hidtil gældende konkurrencelov var fra 1989.² I denne fremstilling betegnes den: “1989-konkurrenceloven”. Den byggede på hovedprincipperne om gennemsigtighed og kontrol.

Gennemsigtighedsprincippet blev anset for at indebære tilvejebringelse af den lettest og billigst mulige adgang for producenter, forhandlere og forbrugere til at skaffe sig relevant information om priser, forretningsbetingelser og andre oplys-

1. I *Det Økonomiske Råd, formandskabet: Dansk økonomi, Efterår 1995*, “Konklusion og anbefalinger”, side 158.

2. Lov nr. 370 af 7. juni 1989, jf. lovekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, som ændret ved lov nr. 357 af 9. juni 1995. Til 1989-Konkurrenceloven findes to kommentarer: *Evan Sølvkjær: Konkurrenceloven med kommentarer*, (København 1990) og *Peter Fosdal: Konkurrenceloven*, (København 1990).

ninger om konkurrenceforhold. Behov for konkurrenceregulerende indgreb skønnedes at blive mindre, jo mere gennemsigtighed der var i markedet. 1989-konkurrenceloven³ havde i denne sammenhæng som væsentligste virkemidler, hvad angik offentlighed, at der bestod pligt til anmeldelse med offentlighed til følge af aftaler og vedtagelser, hvorved der kunne udøves dominerende indflydelse på et markedsområde, og pligt til, efter pålæg fra Konkurrencerådet, løbende at indberette nærmere angivne arter af oplysninger, navnlig hvor konkurrencen ikke var tilstrækkelig virksom, eller hvor der af andre særlige grunde var behov for at følge konkurrenceforholdene eller skabe gennemsigtighed i prisforhold. Endvidere havde Konkurrencerådet bred adgang til at offentliggøre undersøgelser og andre informationer om konkurrenceforhold, ligesom Konkurrencerådet kunne kræve udlevering af alle oplysninger om konkurrenceforhold, der havde betydning for lovens administration.

I det traditionelle danske *kontrolprincip* lå, at en konkurrencebegrænsende aftale eller adfærd først var forbudt, når konkurrencemyndigheden havde foretaget et indgreb. Dette indebar, at forhandling mellem konkurrencemyndigheden (Konkurrencerådet)⁴ og den eller de berørte virksomheder om at bringe de skadelige virkninger til ophør skulle foretages, hvis Konkurrencerådet fandt, at der på et markedsområde forelå en konkurrencebegrænsning, der ville kunne medføre skadelige virkninger for konkurrencen og dermed effektiviteten i produktion og omsætning af varer eller tjenesteydelser m.v. eller begrænsninger i erhvervsfriheden. Kun hvis de skadelige virkninger ikke lod sig bringe til ophør ved forhandling, kunne Konkurrencerådet udstede påbud, som indebar mulighed for hel eller delvis ophævelse af aftaler, vedtagelser, bestemmelser og forretningsbetingelser.

1989-konkurrenceloven, der trådte i kraft den 1. januar 1990, var blevet udarbejdet på grundlag af *betænkning nr. 1075*, afgivet af et sagkyndigt udvalg i 1986, med titlen "Fra monopollov til konkurrencelov - om modernisering af monopolloven og pris- og avanceloven". 1989-konkurrenceloven havde til formål at bidrage til øget konkurrence og dermed effektivitet i produktion og omsætning. I forbindelse med den stigende internationalisering var det samtidigt

3. Og før den Monopolloven fra 1955. Af kommentarer til Monopolloven fandtes *Frederik Jensen, Uffe Schlichtkrull, Ingeborg Thomsen*: Monopolloven med kommentar, (København 1968), og *Evan Sølvkjær*: Monopolloven med kommentarer, (København 1984), samt *Steen Richter*: Monopolloven med kommentarer, (København 1955). Hertil kom navnlig *W.E. von Eyben*: Monopoler og Priser, (København 1980), der afspejlede erfaringerne fra arbejdet i Monopolrådet siden 1955.

4. Før det Monopoltilsynet.

Indledning

angivet, at der herved tilsigtedes en konkurrence- og effektivitetsbetinget udvikling af erhvervsstrukturen. Loven omfattede al erhvervsvirksomhed, men lovens indgrebsbeføjelser kunne dog ikke anvendes over for offentlig og offentligt reguleret erhvervsvirksomhed, ligesom lovens forbud mod bindende videresalgspriser ikke var gældende for denne type virksomhed. 1989-konkurrenceloven omfattede ikke løn- og arbejdsforhold.

1989-konkurrenceloven blev administreret af et uafhængigt kollegialt organ, Konkurrencerådet, der bestod af en formand og 14 medlemmer. Formanden og 7 af de øvrige medlemmer skulle være uafhængige af erhvervsinteresser, og Konkurrencerådet skulle omfatte et alsidigt kendskab til erhvervsforhold, herunder juridiske, økonomiske, finansielle og forbrugermæssige forhold. Formanden udnævntes af kongen uden tidsbegrænsning, de øvrige medlemmer af industriministeren/erhvervsministeren for en periode af 4 år.

Konkurrencerådet skulle træffe afgørelse i sager af principiel eller i øvrigt væsentlig betydning. Til Konkurrencerådet knyttedes et sekretariat til forberedelse og udførelse af Konkurrencerådets afgørelser, samt varetagelse af den løbende orientering af offentligheden om rådets virksomhed. De fleste af rådets afgørelser kunne indbringes for et uafhængigt ankenævn, Konkurrenceankenævnet, og Konkurrenceankenævnets afgørelser kunne prøves af domstolene.

Der fandt i 1993 drøftelser sted i Folketinget om et eventuelt principskifte i dansk konkurrencelovgivning.⁵ Industriministeren nedsatte juni 1993 et udvalg, der bl.a. fik til opgave at udarbejde et lovudkast til illustration af, hvorledes en dansk konkurrencelovgivning baseret på et forbudsprincip svarende til EF-Traktatens konkurrenceregler kunne udformes.

I august 1995 afgav udvalget *betænkning nr. 1297* med titlen "Konkurrencelovgivningen i Danmark". Udvalget delte sig, og blandt andet tog de 3 sagkyndige medlemmer afstand fra det fremlagte lovudkast. Også inden for flertallet udkrystalliserede der sig forskellige holdninger til det fremlagte lovudkast.

Betænkning 1297/95's lovudkast indebar et forbud mod visse (5 specifikt opregnede kategorier) konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem virksomheder. Dette gjaldt dog med undtagelse af aftaler m.v. mellem virksomheder med en samlet omsætning på under 1 mia. kr., eller en samlet markedsandel på under 10 pct. Kontrolprincippet blev imidlertid samtidigt foreslået videreført for visse af de konkurrencebegrænsende aftaler m.v., som ikke var undergivet forbudsprincippet. Misbrug af dominerende stilling blev fore-

5. Jf. FT 1992-93 sp. 7941 ff.

slået omfattet af et kontrolprincip. I lovudkastet angaves offentlig og privat erhvervsvirksomhed at være søgt ligestillet i videst muligt omfang. Lovudkastet ville afskaffe gennemsigtighedsprincippet. Det indeholdt ikke regler om fusionskontrol.

Erhvervsministeren sendte den 3. februar 1997 udkast til lovforslag med bemærkninger til ny konkurrencelov i høring til en række erhvervsorganisationer m.fl. med svarfrist den 12. samme måned, medens lovforslaget fremsattes 20. februar 1997.

Erhvervsministeren udtalte i sit høringsnotat, der fremtræder som bilag 2 i Folketingets Erhvervsudvalgs aktsystem, at "Lovforslaget bygger bl.a. på forslaget fra Konkurrencelovsudvalgets betænkning nr. 1297, 1995. [...] Lovforslaget afviger dog på væsentlige punkter fra Konkurrencelovsudvalgets forslag". Det anføres i lovbemærkningerne til den nye Konkurrencelov, at Erhvervsministeriet havde udarbejdet forslag til ændring af konkurrenceloven på baggrund af betænkningen, de afgivne høringssvar fra interesseorganisationer og offentlige myndigheder til hvem betænkningen var sendt ud i høring, samt Erhvervsministeriets rapport fra 1995 om "Offentlig/Privat - lige konkurrence".⁶ Man må nok på denne baggrund nå frem til, at lovforslaget til den nye Konkurrencelov ikke i større omfang baserer sig på betænkning 1297/1995.

Det hedder desuden i lovbemærkningerne:

"Dette lovforslag bygger alene på forbudsprincippet både for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler m.v. og misbrug af dominerende stilling. Kontrolprincippet foreslås således helt afskaffet".

Med det anførte citat kunne man få det indtryk, at kontrolprincippet er afløst af et fuldstændigt forbudsprincip i dansk konkurrenceret. Dette indtryk forstærkes ved læsning af lovbemærkningernes gentagelse af dette synspunkt, idet det anføres: "Det væsentligste middel til opnåelse af konkurrencelovens overordnede formål er indførelse af et forbudsprincip. [...] Med lovforslaget afskaffes kontrolprincippet. Forbudsprincippet har fundet udtryk i flere af forslagets centrale bestemmelser".⁷

De anførte udsagn er imidlertid næppe en ganske dækkende karakteristik af regelsættet i tilknytning til misbrug af dominerende stilling i Konkurrencelovens

6. FT 1996-97, Till.A side 3647, h.sp.

7. FT 1996-97, Till.A side 3648, v.sp.

Indledning

§ 11. Fuldstændig på samme måde som førhen under 1989-konkurrenceloven kan der nemlig ikke pålægges bøde for overtrædelse af det angivelige “forbud” i lovens § 11 mod misbrug af dominerende stilling, medmindre konkurrencemyndigheden/Konkurrencerådet forinden har foretaget et indgreb i form af et påbud. Det forekommer i øvrigt tvivlsomt, om og i givet fald i hvilket omfang domstolene på grundlag af § 11 vil kunne skride ind med andre reaktioner end straf over for misbrug, forinden Konkurrencerådet har udstedt påbud om at bringe overtrædelser af “forbudet” til ophør. Konkurrenceloven og dennes lovbemærkninger har således ikke taget stilling til, om overtrædelse af “forbudet” mod misbrug vil kunne afføde erstatningspligt, eller om der eventuelt ville kunne nedlægges forbud. I lovbemærkningerne hedder det da også: “I kontrolprincippet ligger, at en konkurrencebegrænsende aftale eller adfærd først er forbudt, når konkurrencemyndigheden har foretaget et indgreb”.⁸ For misbrug af dominerende markedsstillings vedkommende må det derfor være mere korrekt at karakterisere Konkurrenceloven som fortsat opererende under et *kontrolprincip*.

I loven er der – i forhold til betænkning 1297/95 – foretaget en række ændringer, hvoraf følgende navnlig kan fremhæves:

- Lovens § 2 i relation til offentlig regulering er, når den fortolkes på basis af lovforberedelsen, mere detaljeret end og i øvrigt forskelligartet fra betænkning 1297/95.
- Den i lovens § 6, stk. 2 indeholdte eksemplifikation af konkurrencebegrænsende aftaler er kun vejledende, ikke som i betænkningen udtømmende.
- Bagatelgrænserne i § 7, stk. 1, nr. 1) er gjort kumulative (*både* samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og markedsandel under 10%). I betænkningen var de alternative.⁹
- Den særlige bagatelgrænse, med undtagelser, i lovens § 7, stk. 1, nr. 2) for konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder med en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr. fandtes ikke i betænkning 1297/95. Betænkningen ville undtage aftaler mellem virksomheder med en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr., jf. ovenfor.
- Overgangsreglen i lovens § 27, stk. 4 – hvorefter aftaler, for hvilke der sker anmeldelse i perioden fra 1. januar 1998 til 1. juli 1998, men hvor Konkurrencerådet ikke

8. FT 1996-97, Till.A side 3647, h.sp.

9. I erhvervsministerens svar til Erhvervsudvalget (bilag 62) på spørgsmål 44 er det angivet, at man under det lovforberedende arbejde blev opmærksom på en række ulemper ved den i betænkning 1297/95 foreslåede bagatelgrænse.

giver fritagelse, vil være gyldige frem til 3 måneder efter Konkurrencerådets beslutning – er en skærpelse, og i visse henseender en ændring i øvrigt, i forhold til bestemmelsen i betænkning 1297/95.

Lovens tilblivelse

Lovforslaget fremsattes¹⁰ af erhvervsministeren i Folketinget den 20. februar 1997 som forslag L 172¹¹ (efter at høringsfristen var udløbet den 12. februar s.å., jf. ovenfor). I Folketinget fandt 1. behandlingen sted den 18. marts,¹² hvorpå lovforslaget gik i Erhvervsudvalget. Erhvervsudvalgets betænkning forelå 22. maj¹³ og 2. behandlingen fandt sted den 27. maj,¹⁴ hvorpå lovforslaget gik tilbage til Erhvervsudvalget, som fremkom med tillægsbetænkning den 29. maj.¹⁵ Det vedtoges ved 3. behandlingen den 30. maj¹⁶ og stadfæstedes som lov nr. 384/1997 den 10. juni 1997.

10. FT 1996-97, Till.A side 3680 (fremsættelsen).

11. FT 1996-97, Till.A side 3641 (lovforslaget).

12. FT 1996-97, FF side 4917.

13. FT 1996-97, Till.B side 1145.

14. FT 1996-97, FF side 7850.

15. FT 1996-97, Till.B side 1450.

16. FT 1996-97, FF side 8290. Lovforslaget som vedtaget: FT 1996-97, Till.C side 584.

KAPITEL 1

Lovens formål og anvendelsesområde

Indledning til kapitel 1

Efter lovforslagets almindelige bemærkninger til afsnittet “Lovforslagets formål og midler” anføres det, at lovforslaget er “udarbejdet ud fra den overordnede målsætning, at konkurrenceloven i videst mulig omfang skal sikre en *fri og effektiv konkurrence*”.¹ Det tilføjes, at dette indebærer, “at lovforslaget er udformet således, at det i videst mulig omfang rammer de *konkurrencebegrænsninger*, der hæmmer konkurrencen og effektiviteten på markedet. Lovforslaget søger både at fremme konkurrencen mellem *de virksomheder, der allerede er på markedet*, og at sikre konkurrencen ved *fri adgang til markedet for nye virksomheder*.”

Hensigten med lovforslaget er endvidere at skabe optimale muligheder for et godt *samspil* mellem de *danske* og de *EU-retlige konkurrenceregler* samt at sikre, at de *konkurrenceretlige vilkår her i landet ikke adskiller sig markant* fra det, der gælder efter *EU-reglerne*. Dette indebærer samtidig, at virksomhedernes handlemåde kun vil skulle tilpasses *ét regelsæt*.

Lovforslaget indebærer, at der indføres et *one-stop-shop princip*, det vil sige et princip om, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. som udgangspunkt enten skal behandles efter EU-konkurrencereglerne eller efter de nationale konkurrenceregler. Dette er *en lovfæstelse af praksis efter den gældende konkurrencelov*” (fremhævelserne er mine).

Med denne overordnede markering af Konkurrencelovens formål og midler kommer det for dagen, at det alene er adfærd i form af “konkurrencebegrænsninger”, som reguleres med loven. Samtidig er inspirationen fra EU-konkurrenceretten iøjnespringende. Som anført ovenfor i indledningen, påpeges det i bemærkningerne, at et principskifte skulle ske med Konkurrenceloven. Det hedder her ved i de almindelige bemærkninger under overskriften “*Principskifte*”, at

“Det væsentligste middel til opnåelse af konkurrencelovens overordnede formål er indførelse af et forbudsprincip. Samtidig har det været en intention bag lovforslaget, at

1. FT 1996-97, Till.A side 3648, v.sp.

loven, under hensyntagen til den danske erhvervsstruktur, i størst muligt omfang tilpasses EU-reglerne. Med lovforslaget afskaffes kontrolprincippet. Forbudsprincippet har fundet udtryk i flere af forslagens centrale bestemmelser”.

Gennem disse tilkendegivelser kommer det stærkt til orde, at en nyorientering tilsigtes. Det kan blandt andet på dette grundlag tages som udgangspunkt, at den hidtil foreliggende praksis efter 1989-konkurrenceloven (og forud for den Monopolloven) ikke længere vil være af interesse for fortolkningen af den nye Konkurrencelov, medmindre udtrykkelige referencer er gjort hertil i lovbemærkningerne – hvilket i øvrigt kun er tilfældet i relativt begrænset omfang – eller der i øvrigt måtte være særlige holdepunkter herfor.²

Man må imidlertid være opmærksom på, at den målsætning, som er markeret gennem de anførte tilkendegivelser, herunder tilkendegivelserne i relation til det EU-konkurrenceretlige system, ikke nødvendigvis finder sit direkte sidestykke i EU-retssystemet. Dette bør tages i betragtning, hvor en slavisk efterlevelse af de EU-konkurrenceretlige principper kunne være nærliggende.

Allerede forskellige bestemmelser i TEF's første del, der indeholder “PRINCIPPERNE”, angiver målsætninger for samarbejdet inden for TEF, som i et vist omfang kan være forskellige fra den danske målsætning. Der kan herved henvises til bestemmelsen i TEF *artikel 2*, hvorefter:

“Fællesskabet har til opgave gennem oprettelsen af et fælles marked og en økonomisk og monetær union samt gennem iværksættelsen af fælles politikker eller aktioner som omhandlet i artikel 3 og 3 A at fremme en harmonisk og afbalanceret udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed, en bæredygtig og ikke-inflationær vækst, som respekterer miljøet, en høj grad af konvergens med hensyn til de økonomiske resultater, et højt beskæftigelsesniveau, et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed samt solidaritet mellem Medlemsstaterne”.

-
2. Til § 2, stk. 1 som fastlægger, at loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed, angives det således i lovbemærkningerne, at eventuelle afgrænsningsproblemer forudsættes løst i forlængelse af Konkurrencerådets praksis efter 1989-konkurrenceloven. Desuden angives i lovbemærkningerne til § 2, at undtagelsen af offentlig “in house” produktion er en videreførelse af praksis efter 1989-konkurrenceloven. Bemærkningerne til § 2, stk. 5, hvorefter Konkurrencerådet kan rette henvendelse til en offentlig myndighed m.v. og påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen, påpeger, at bestemmelsen følger hidtidig praksis fra 1989-konkurrencelovens § 15.

I lovbemærkningerne til § 3 henvises der til, at det forudsættes, at bestemmelsen administreres i overensstemmelse med hidtidig praksis.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

Dette udbygges i *artikel 3* med bestemmelser om Fællesskabets forskellige politiske midler:

“Med de i artikel 2 nævnte mål for øje skal Fællesskabets virke under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne Traktat, indebære:

[...]

c) oprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem Medlemsstaterne,

[...]

g) gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes,

[...]

l) styrkelse af fællesskabsindustriens konkurrenceevne,

[...]

s) bidrag til styrkelse af forbrugerbeskyttelse,

[...]

t) indførelse af foranstaltninger på områderne energi, civilbeskyttelse og turisme”.

I denne sammenhæng er bestemmelsen i *artikel 3 A, stk. 1* ligeledes af interesse, idet det her hedder:

“Med de i artikel 2 nævnte mål for øje skal Medlemsstaternes og Fællesskabets virke under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne Traktat, indebære gennemførelse af en økonomisk politik, der bygger på snæver samordning af Medlemsstaternes økonomiske politikker, på det indre marked og på fastlæggelse af fælles mål, og som føres i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence”.

Oprettelse af en økonomisk og monetær union, iværksættelse af fælles politikker, herunder gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes og princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence er således led i det EU-retlige system og i fællesskabets og medlemsstaternes hertil knyttede virke.

Der er også anledning til at overveje, om den praksis, som EU-myndighederne har afstukket inden for konkurrencerettens område er specielt egnet til at blive overtaget af et nationalt retssystem, in concreto det danske. Man må holde sig

disse bemærkninger for øje, når man fortolker og anvender de enkelte bestemmelser i Konkurrenceloven.

Der er grund til at fremhæve, at et væsentligt element ved forbudsprincippet efter den nye Konkurrencelov er, at også *domstolssystemet* – og ikke blot som hidtil Konkurrencerådet – vil kunne anvendes til håndhævelse af loven. Dette indebærer f.eks., at der i tilfælde af overtrædelse af forbudsbestemmelsen i § 6 vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler direkte må kunne nedlægges forbud efter Retsplejelovens kapitel 57 og at overtrædelse af forbudet i § 6 vil kunne fastslås af domstolene under et civilt søgsmål, f.eks. som grundlag for gennemførelse af erstatningskrav over for den eller de krænkende virksomheder.³

3. Det må nok forekomme forbavsende, at hverken lovbemærkningerne, Erhvervsudvalgets betænkninger eller erhvervsministerens besvarelser af spørgsmål i forbindelse med behandlingen i Folketinget afspejler denne nye retstilstand, når man ser bort fra lovbemærkningerne om ugyldighed, FT 1996-97, Till.A side 3660, h.sp., og bestemmelser om straf, FT 1996-97, Till.A side 3676, hvoraf fremgår, at "I det omfang konkurrencebegrænsninger i strid med loven påfører en fysisk eller juridisk person et tab, vil der typisk være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for den skadelidte at søge erstatning gennem et civilt søgsmål. Da dette imidlertid følger af dansk rets almindelige regler, er det ikke fundet nødvendigt at indsætte en udtrykkelig bestemmelse herom". Se i øvrigt nærmere herom nedenfor side 95 i kapitel 2. Se i øvrigt kritik hos *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret*, 129 f.

§ 1

Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence.

Kommentar til § 1 – formålsbestemmelsen

Lovens formål er angivet i § 1, der forblev uændret ved folketingsbehandlingen. § 1 må ses som en generel programmerklæring om lovens hensigt, som næppe vil have betydning som fortolkningsbidrag ved siden af lovens specifikke bestemmelser. I de særlige bemærkninger til § 1 er der imidlertid anstillet forskellige betragtninger om lovens indhold og idé.

I lovforslagets særlige bemærkninger til § 1 hedder det således indledningsvis at, “Den overordnede målsætning for den foreslåede konkurrencelov er en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence. I forhold til den gældende konkurrencelov er det fundet hensigtsmæssigt at anvende en formulering af formålsbestemmelsen, der betoner, at kriteriet for en effektiv ressourceanvendelse er *samfundsøkonomisk effektivitet*.”

Effektivitetsbegrebet indebærer dels, at varer og tjenesteydelser produceres og distribueres til de lavest mulige omkostninger dels, at udbudet af varer og tjenesteydelser sker i en mængde og sammensætning, der afspejler brugernes og forbrugernes præferencer”.⁴ (Mine fremhævelser).

Effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence behandles herpå ved en gennemgang, som har fundet sin basis i traditionel økonomisk markedsökonomi.⁵ Der sker således dels en markering af, at det samfundsøkonomiske effektivitetsbegreb har to dimensioner: *statisk effektivitet* og *dynamisk effektivitet*, i bemærkningerne sat lig med *effektivitet på kort sigt* og *effektivitet på længere sigt*, dels en henvisning til fænomenet *virksom konkurrence*.

Bemærkningerne siger således om effektiviteten: “Ved *statisk effektivitet* forstås, at samfundets ressourcer er optimalt udnyttet på et givet tidspunkt eller inden for en kortere tidsperiode, mens *dynamisk effektivitet* refererer til ændringer

4. FT 1996-97, Till.A side 3651, h.sp.

5. Se en kritik af lovudkastet på dette punkt hos *Niels Blomgren-Hansen*: “Effektivitet versus konkurrence: En analyse af aftalerne om TV-transmission af fodboldkampe”. Institut for nationalekonomi. Working paper 3-97, side 8 f.

i samfundets ressourcer på en sådan måde, at de udnyttes stadig mere effektivt i overensstemmelse med ændringer i forbrugernes præferencer. Ved dynamisk effektivitet sigtes der især på erhvervslivets omstillingsevne, således at der udvikles ændringer eller innovationer i form af nye produktionsprocesser, produkter eller ydelser. Det konkurrencemæssige pres tvinger virksomhederne til løbende at foretage innovationer og reducere deres omkostninger for at fastholde deres markedsposition” (mine fremhævelser).

I forbindelse med bemærkningernes fremhævelse af *virksom konkurrence* sker der dels en beskrivelse af dette fænomen, dels en henvisning til “*naturlige monopol*”.

Ved beskrivelsen påpeges, at det af formålsbestemmelsen fremgår, at et væsentligt middel til opnåelse af målsætningen om effektiv ressourceanvendelse er virksom konkurrence, hvorved det tilføjes, at dette middel er naturligt i et markedspræget samfund, hvor virksom konkurrence normalt vil føre til effektiv ressourceanvendelse. En nærmere forklaring sker gennem henvisning til, at “begrebet virksom konkurrence sigter til både *strukturelle* og *adfærdsmæssige* forhold. De *strukturelle forhold*, som skal karakterisere et marked med virksom konkurrence, er bl.a., at antallet af aktører på markedet er tilstrækkeligt stort under hensyntagen til stordriftsfordele, og at adgangen til markedet ikke er begrænset. På den *adfærdsmæssige* side ligger bl.a. en forudsætning om uafhængige beslutninger taget af virksomheder, som er aktive på markedet”. Det siges således, at “konkurrencen kan kun fungere effektivt eller virksomt, hvis virksomhederne har en grundlæggende frihed til at indgå aftaler og til selv at disponere i økonomiske forhold. Denne frihed til økonomisk beslutningstagen er også en frihed til at tilpasse sig konkurrenternes adfærd på markedet. En virksom konkurrence vil derimod blive svækket eller sat ud af kraft, hvis virksomhedens kontakt på markedet afløses af *aftaler* eller *samordnet praksis*, hvis formål eller følge er at øve indflydelse på en aktuel eller potentiel konkurrents adfærd, eller hvis formål eller følge er at oplyse om virksomhedens egen fremtidige markedsadfærd. Kun under et stadigt konkurrencepres vil virksomhederne løbende tvinges til at tilpasse produktion og omsætning til et optimalt niveau”.⁶ (mine fremhævelser).

Bemærkningernes overvejelser over tilfælde, hvor virksom konkurrence *ikke*, som det ellers normalt er tilfældet, vil *føre til en mere effektiv ressourceanvendelse*

6. FT 1996-97, Till.A side 3652, v. og h.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

se, bringer eksistensen af *naturlige monopoler* frem. Der henvises herved til naturlige monopoler, der f.eks. foreligger i tilknytning til "visse samfundsmæssige infrastrukturinvesteringer". Samtidig påpeger bemærkningerne, at det i sådanne tilfælde må sikres, at det naturlige monopol ikke bringer målsætningen om effektiv ressourceanvendelse i fare. "Det kan f.eks. ske ved at sikre lige adgang til benyttelsen af de fælles infrastrukturfaciliteter under hensyntagen til de samfundsmæssige forpligtelser, som gælder for området". Den citerede passus må naturligt forstås som en reference til muligheden for "*tredjepartsadgang*" til en "*Essential Facility*", som ikke mindst inden for EU-reguleringen i de seneste år har givet anledning til betydelige overvejelser. Se herved nedenfor i kapitel 3.⁷

§ 1 omtaler hverken hvilke foranstaltninger, loven søger at regulere, eller hvilke konkurrenceregulerende midler loven tager i anvendelse. Foranstaltninger, der med loven ønskes reageret overfor, er imidlertid skitseret i lovbemærkningerne til § 1, hvor det siges, at lovens formål fremmes gennem regler, der *dels* sikrer, at en *konkurrencebegrænsning* ikke finder sted gennem *aftale, vedtagelse eller ved samordnet praksis*, som vil forårsage, at en virksomhed afgiver sin frihed til selvstændigt at konkurrere på markedet, *dels* sikrer, at en virksomheds mulighed for at konkurrere på markedet ikke begrænses ved, at en anden *virksomhed misbruger en dominerende stilling på markedet*. Endvidere fremmes lovens formål gennem adgangen til at *påpege konkurrenceskadelige virkninger af offentlig regulering*" (mine fremhævelser).

1989-konkurrencelovens formålsbestemmelse i § 1 omtalte "foranstaltninger imod *begrænsninger i erhvervsfriheden*". I modsætning hertil sker der ingen sådan henvisning i den nye Konkurrencelov. Dette begrundes med, at begrebet erhvervsfrihed er ikke entydigt, idet det dels kan forstås som etableringsfrihed, hvorved menes fri adgang til for enhver at nedsætte sig i hvilket erhverv, den pågældende vil, dels som en sikring imod indbyrdes ulighed mellem erhvervsudøvere eller urimelige vilkår for erhvervsudøvelsen. Hertil har bemærkningerne føjet, at det er hensigtsmæssigt, at formålsbestemmelsen i en ny konkurrencelov udformes så enkelt som muligt med en overordnet målsætning, hvorfor hensynet til erhvervsfriheden ikke udtrykkeligt nævnes. Samtidig pointeres det imidlertid, at erhvervsfriheden på samme måde som i den tidligere konkurrencelov indgår som et af de væsentlige hensyn.

7. Se om naturlige monopoler, Essential Facility-doktrinen og TPA nedenfor i kapitel 3, kommentaren til § 11, side 155.

Hensynet til forbrugerne blev i 1989-konkurrenceloven anset for varetaget ved den antagelse, at forbrugernes velfærd maksimeres, når samfundets ressourcer udnyttes optimalt. Bemærkningerne anser det fortsat for rigtigst, at alene effektivitetshensynet anføres som den overordnede målsætning for konkurrencelovgivningen. Der erindres dog om, at der under beskrivelsen af effektivitetshensynet i lovbemærkningerne er redegjort for, at virksom konkurrence er ønskelig, netop fordi det må anses som det mest effektive middel til at sikre det udbud af varer og tjenesteydelser, som bedst afspejler forbrugernes præferencer, både med hensyn til kvalitet og til pris.

Man kunne vel i denne sammenhæng have erindret om, at TEF artikel 85, stk. 3 gør dispensation betinget af, at den pågældende fordel ved en konkurrencebegrænsning kommer forbrugerne til gode, hvilket er overtaget af Konkurrenceloven gennem dels § 8, dels respekten for EU-gruppefritagelserne via § 4.

Såvel lovbemærkningerne som lovforslagets gang gennem Folketinget bærer præg af, at man har koncentreret sin interesse om Konkurrencelovens anvendelse i forhold til *sælgere*, være sig sælgers aftalearrangementer eller enkeltvirksomheder, der som udbyder har en stærk markedsposition. Lovtilblivelsen har således kun i forholdsvis behersket omfang givet anledning til udsagn om eller overvejelser over køberkarteller og udøvelse af *købermagt* i øvrigt, når man ser bort fra de ret knappe bemærkninger, der gøres om offentlige erhvervsvirksomheder som købere,⁸ og om den svenske gruppefritagelse for så vidt angår detailhandelskæder, som tænkes at give inspiration til en speciel dansk gruppefritagelse efter § 10.⁹ Det må imidlertid i lyset at de *køberkarteller*, som kendes fra EU-konkurrenceretlig erfaring, nok være nærliggende at formode, at det moderne distributionsmønster meget vel kan rumme situationer, hvor det vil kunne være på sin plads i forhold hertil at anvende § 6 og § 11 i forhold til købersiden. Vel vil lovens generelle bestemmelser i §§-ne 6 og 11 kunne bringes i anvendelse også her overfor,¹⁰ men en nærmere behandling heraf – på linie med den, der i

8. Lovbemærkningerne FT 1996-97, Till.A side 3653, v.sp.

9. Lovbemærkningerne FT 1996-97, Till.A side 3666, v.sp. Der kan dog også henvises til, at der i lovbemærkningerne til § 6, stk. 2, nr. 1) er nævnt, at denne bestemmelse gælder, hvor prisfastsættelsen sker inden for en "indkøbsorganisation".

10. Erhvervsministeren har ved besvarelse (bilag 103) af Erhvervsudvalget spørgsmål 93 givet udtryk for, at både sælgers og købers misbrug af dominerende stilling vil kunne rammes

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

bemærkningerne til § 1 er sket med andre markedsmæssige forhold – kunne nok have været hensigtsmæssig.

Man kan også hæfte sig ved, at Konkurrenceloven alene beskæftiger sig med adfærd, medens markedsstruktur eller markedsresultater, market performance, ikke er taget op. Konkurrenceloven indeholder ikke fusionskontrol.

Der er ikke i lovbemærkningerne anstillet betragtninger over det forhold, at en række konkurrencebetydende foranstaltninger ikke kan reguleres med konkurrencelovgivning. I det EU-retlige system har dette derimod fundet udtryk gennem reguleringen af handelshindringer, fri bevægelighed for personer og kapital, skateregulering, statsstøtterelevanter osv.

Det offentliges mulige konkurrenceskadelige adfærd gennem lovgivning og regulering i øvrigt er kun sparsomt behandlet i forbindelse med lovens formålsangivelser. Ved folketingsbehandlingen skete derimod en ganske nøje gennemgang af bestemmelsen i lovens § 2, således at en række forhold, navnlig i relation til offentlig regulering af erhvervsvirksomhed, herunder offentlig erhvervsvirksomhed, blev gjort til genstand for drøftelser. Se herved nærmere nedenfor under gennemgangen af § 2.

af lovens bestemmelser om henholdsvis konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling. Se herved i øvrigt nedenfor i kapitel 3.

§ 2

Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed.

Stk. 2. *Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning.*

Stk. 3. *Beslutninger truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse, sidestilles med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen, jf. stk. 2.*

Stk. 4. *Afgørelse af hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, træffes af den myndighed m.v., der har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen, eller, såfremt reguleringen er fastsat ved lov eller EF-forordning, af vedkommende minister.*

Stk. 5. *Hvis en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, kan Konkurrencerådet rette henvendelse til pågældende myndighed, påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på det pågældende område. Myndigheden skal svare på henvendelsen inden 3 måneder fra modtagelsen heraf*

Stk. 6. *En myndighed m.v., der regulerer eller træffer beslutning om erhvervsvirksomhed, der udøves af myndigheden selv eller af en virksomhed, i hvis styrende organ myndigheden er repræsenteret, skal anmelde reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om anmeldelsespligten, herunder regler om anmeldelsespligtens omfang.*

Kommentar til § 2 – lovens anvendelsesområde

Indledende bemærkninger

Under behandlingen af lovforslaget i Folketinget blev navnlig forslaget til § 2 gjort til genstand for betydelige politiske drøftelser, som mandede ud i, at den en-

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

delige lovtekst fik et noget andet indhold end det oprindelige lovforslag. Ændringerne kom for dagen ved erhvervsministerens ændrede forslag, der indgik i Erhvervsudvalgets betænkning af 22. maj 1997 til lovforslaget. En tillægsbetænkning af 29. maj s.å. fra Erhvervsudvalget mellem 2. og 3. behandlingen førte ikke til ændringer i lovteksten, men § 2 blev atter behandlet på basis af spørgsmål til ministeren. En række spørgsmål, som angik reguleringen i § 2 blev optrykt som bilag til de to betænkninger. Herudover var en række spørgsmål til og svar fra erhvervsministeren koncentreret om forståelsen af § 2. Med den ændrede formulering i forhold til det oprindelige lovforslag skete en skærpelse i forholdet til offentlig regulering, jf. nedenfor.

Under overskriften "*Ligestilling af offentlig og privat erhvervsvirksomhed*" anføres det i lovbemærkningerne, at det af hensyn til tilpasningen til EU-konkurrencereglerne og som en konsekvens af den stedfundne udvikling i samfundet er fundet nødvendigt i videst muligt omfang at sikre en ligestilling af offentlig og privat erhvervsvirksomhed.¹¹ I modsætning til 1989-konkurrenceloven skal lovens forbudsbestemmelser således finde anvendelse både på offentlig og på privat erhvervsvirksomhed. Dog skal en erhvervsvirksomheds konkurrencebegrænsning være undtaget fra lovens forbudsbestemmelser, hvis den er en direkte eller nødvendig følge af anden offentlig regulering. Herved sikres, at Konkurrencerådet ikke kan gribe ind over for en konkurrencebegrænsende adfærd, som er resultatet af en politisk bestemt beslutning. Der skal desuden indføres særskilt anmeldelsespligt for de regler, som en offentlig myndighed fastsætter på områder, hvor den pågældende offentlige myndighed selv driver erhvervsvirksomhed, og til disse anmeldelser skal der være offentlig adgang. I de særlige lovbemærkninger påpeges det følgelig,¹² at offentlig og privat erhvervsvirksomhed med lovforslagets § 2 ligestilles. Dette angives at stå i modsætning til 1989-konkurrenceloven, hvor forbuds- og indgrebsbestemmelserne ikke gjaldt for erhvervsvirksomhed, der udøvedes af stats- og kommunalforvaltningen.

I 1989-konkurrencelovens § 2 havde lovens anvendelsesområde været angivet således:

"Loven omfatter:

11. FT 1996-97, Till.A side 3650, v.sp.

12. FT 1996-97, Till.A side 3653, v.sp.

§ 2, stk. 1: Lovens anvendelsesområde: al erhvervsvirksomhed

1) Erhvervsvirksomheder og sammenslutninger af erhvervsdrivende. §§ 11-14 gælder ikke for erhvervsvirksomhed, hvis udøvelse i henhold til særlig hjemmel bestemmes eller godkendes af det offentlige, i det omfang det pågældende forhold er offentligt reguleret.

2) Erhvervsvirksomhed udøvet af stats- eller kommunalforvaltningen, og som består i at udbyde eller efterspørge varer eller tjenesteydelser m.v., som har betydning for konkurrencen i erhvervslivet. §§ 11-14 gælder ikke for sådan erhvervsvirksomhed”.

Der henvises desuden i lovbemærkningerne til, at en ligestilling af privat og offentlig erhvervsvirksomhed harmonerer med EU-konkurrencereglerne, hvor TEF artikel 85 og 86 gælder direkte for offentlige virksomheder, jf. artikel 90.

Sidstanførte henvisning til artikel 90 er for så vidt korrekt. Det særlige ved artikel 90 er imidlertid, at medlemsstaterne skal afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med bestemmelserne i TEF, “navnlig” konkurrencereglerne. En tilsvarende regel findes derimod ikke i den danske Konkurrencelov, som netop med § 2, stk. 2 anerkender muligheden for konkurrencebegrænsninger via offentlig regulering. Når man ser bort fra en konkurrencebegrænsning, som fastsættes af en kommunalbestyrelse eller af et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse, stilles der endda ikke krav om, at den skal være “nødvendig”.

TEF artikel 90 lyder:

1. Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 7 og 85-94 nævnte.
2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.
3. Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, Medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.

Nærmere til § 2

§ 2, stk. 1: Lovens anvendelsesområde: al erhvervsvirksomhed
§ 2, stk. 1 (sammen med § 3) afgrænser lovens anvendelsesområde. **Enhver form for erhvervsvirksomhed** er som udgangspunkt **omfattet**, idet begrebet erhvervsvirksomhed er gjort til det afgørende for **lovens anvendelsesområde**. I lovbemærkningerne er det herved udtalt,¹³ at begrebet **“erhvervsvirksomhed”** efter loven¹⁴ skal forstås bredt, således at enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester, er omfattet af loven. I overensstemmelse med hidtidig praksis er begrebet erhvervsvirksomhed således defineret bredt for at kunne modsvare en dynamisk erhvervsudvikling. Det kræves ikke, at der opnås en økonomisk gevinst. Således kan et “non-profit” foretagende også være omfattet af begrebet erhvervsvirksomhed, og valg af selskabsform (aktieselskab, andelsforening, brancheforening, selvejende institution m.v.) er ikke afgørende for lovens anvendelse. Bemærkningerne fortsætter med at tilføje, at eventuelle afgrænsningsproblemer forudsættes løst i forlængelse af Konkurrencerådets praksis efter 1989-konkurrenceloven.

Der kan herved henvises til en sag vedrørende Statens Luftfartsvæsen, hvor Konkurrencerådet efter 1989-konkurrenceloven havde fastslået, at erhvervsvirksomhed omfatter enhver aktivitet, der medfører økonomisk værditilvækst med betydning for konkurrence- og effektivitetsforholdene, medmindre der er tale om egentlig myndighedsudøvelse. Dette gælder, uanset om værditilvæksten sker i privat eller offentligt regi, og uanset om den pågældende aktivitet giver overskud, er non-profit eller giver underskud.¹⁵

Det fremgik i øvrigt af bemærkningerne til 1989-konkurrenceloven, at erhvervsvirksomhed, som helt eller delvis var offentligt reguleret, var omfattet af loven, medens offentlig eller offentligt godkendt virksomhed, som var led i myndighedsudøvelse, gratisydelse, indkomstoverførsler og lignende, faldt uden for lovens anvendelsesområde. I lovbemærkningerne var sontringen illustreret ved eksempler.

13. FT 1996-97, Till.A side 3653, v.sp.

14. I bemærkningerne siges: Begrebet ‘erhvervsvirksomhed’ skal *efter denne lov* forstås [...]. Med de af mig fremhævede ord har lovbemærkningerne markeret, at begrebet erhvervsvirksomhed hermed alene dækker erhvervsvirksomhed i relation til Konkurrenceloven, jf. herved erhvervsministerens begrundelse til ændring nr. 12 i Notat af 24. februar 1997, der indgår som bilag 2 til Erhvervsudvalgets aktsystem. Der kan således ikke uden videre deduceres fra begrebet “erhvervsvirksomhed” i anden lovgivning.

15. Jf. “Konkurrencerådets udtalelser til offentlige myndigheder”, 1996 side 12.

§ 2, stk. 1: *Lovens anvendelsesområde: al erhvervsvirksomhed*

Fra EU-praksis kan anføres, at EF-domstolen i *SAT Fluggesellschaft*¹⁶ udtalte, at inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde.

Og i *Fédération française des sociétés d'assurance*¹⁷ udtalte Domstolen, at et organ uden vinding for øje, der forvalter en alderdomsforsikringsordning, der er indført i henhold til lov som en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som i henhold til administrativt fastsatte bestemmelser har form af en kapitalforsikring, navnlig for så vidt angår betingelser for tilslutning, bidrag og ydelser, er en virksomhed i TEF art. 85 ff.'s forstand.

Loven gælder for såvel offentlig som for privat erhvervsvirksomhed. Ved **offentlig erhvervsvirksomhed** forstås ifølge lovbemærkningerne erhvervsvirksomhed, der udøves af stats- eller kommunalforvaltningen, og som består i at udbyde eller efterspørge varer eller tjenesteydelser m.v., som har betydning for konkurrencen.¹⁸ Dette forklares nærmere med, at hvis offentlige erhvervsvirksomheder udbyder eller efterspørger varer og ydelser på et marked, vil denne erhvervsvirksomhed være omfattet af loven. "Efterspørge" sigter herved på tilfælde, hvor offentlige erhvervsvirksomheder optræder som købere, og derigennem påvirker eller kan påvirke konkurrencen.

Det må påpeges, at hvor det offentlige efterspørger varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsopgaver m.v., samt hvor der er tale om forsyningsvirksomheder, er disse aktiviteter eventuelt tillige undergivet EU-direktiverne om *offentligt udbud*.

Lovbemærkningerne giver *eksempler* på *offentlig erhvervsvirksomhed*. Det vil således kunne findes inden for områderne offentlig værker, offentlig transport, offentlig havnevirksomhed og renovation. Indtægtsdækket virksomhed, som drives af en række statsinstitutioner, vil også være offentlig erhvervsvirksomhed. Desuden kan kommunal opgavevaretagelse for andre kommuner ifølge lovbemærkningerne være offentlig erhvervsvirksomhed.

Bemærkningerne bidrager yderligere til forståelsen af begrebet "offentlig erhvervsvirksomhed" gennem en negativ afgrænsning, ved at udtale, at dette skal

16. *SAT Fluggesellschaft* mod Eurocontrol, sag C-364/92, præ. afg. af 19.1.1994, Sml. 1994-I, 43.

17. *Fédération française des sociétés d'assurance* mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, sag C-244/94, præ. afg. af 16.11.1995, Sml. 1995-I, 4013.

18. FT 1996-97, Till.A side 3653, v.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

forstås således, at den form for offentlig erhvervsvirksomhed, som ikke består i at udbyde eller efterspørge varer eller tjenester m.v. på et marked, ikke falder ind under lovens anvendelsesområde. Det skyldes, at denne type erhvervsvirksomhed ikke har direkte betydning for konkurrencen i erhvervslivet. Sådan erhvervsvirksomhed angives at omfatte de aktiviteter, hvor stats- eller kommunalforvaltningen fremstiller varer eller ydelser ved egne ansatte og til eget brug, og ofte benævnes som **“in house”** produktion, hvor der som eksempler nævnes en kommunes egen udførelse af trykkeri- eller håndværksopgaver til kommunens eget brug. Undtagelsen af offentlig **“in house”** produktion angives at være en videreførelse af praksis efter 1989-konkurrenceloven.¹⁹

Et væsentligt – og vanskeligt – spørgsmål i denne sammenhæng ses ikke løst med loven eller lovbemærkningerne, nemlig spørgsmålet om udstrækningen af **“in house”** i relation til staten, således at forstå, at det ikke er klargjort, om staten i denne sammenhæng betragtes som et hele, så de enkelte statsinstitutioner kan servicere hinanden, eller om dette ikke er tilfældet. I mangel af præcisering heraf i loven eller lovbemærkningerne må en snæver in house-undtagelse antages at være reglen. Det skal i denne sammenhæng erindres, at EU's tjenesteydelsesdirektiv, Rdir 92/50, i artikel 43 bestemmer, at Kommissionen bl.a. skal undersøge **“de virkninger, statens selvudførelse af tjenesteydelser har for en effektiv liberalisering på dette område”**.

I Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning fandtes blandt bilagene erhvervsministerens besvarelse af en række spørgsmål. Herunder udgjorde spørgsmål nr. 115 en anmodning til erhvervsministeren vedrørende en henvendelse af 26. maj 1997 fra Kommunernes Landsforening (bilag 174), hvori indgik en række spørgsmål.

Det første spørgsmål fra KL indledtes med følgende overskrift og introduktion:

“1. Kommunal[...] virksomhed, der ikke er omfattet af konkurrenceloven. (Udbudspligt for børnepasning og affaldsforbrænding?)

Kommunale in-house opgaver er ikke omfattet af konkurrenceloven. Det gælder både den gamle og nye konkurrencelov. Det fremgår imidlertid ikke klart af lovens tekst og bemærkningerne til § 2, om definitionen på in-house opgaver (selvudførte opgaver) også omfatter kommunale løsninger inden for områder som børnepasning, ældrepleje og miljøbeskyttelse, herunder bl.a. opgaver inden for affaldshåndtering, spildevand og vandforsyning”.

19. I erhvervsministerens svar (bilag 50) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 23 om in house-produktion anføres, at denne **“foregår internt i virksomheden i et lukket kredsløb”**.

Herefter fulgte KL's spørgsmål:

"1.1. Griber den nye konkurrencelov ind i kommunalbestyrelsernes nuværende kompetence til frit at vælge at producere sådanne serviceydelser in-house? [...]"

Erhvervsministeren svarede herpå, at "De omtalte serviceydelser (børnepasning, ældrepleje og miljøbeskyttelse, herunder bl.a. opgaver inden for affaldshåndtering, spildevand og vandforsyning) er ikke in house efter konkurrenceloven, idet konkurrencelovens in house-begreb omfatter fremstilling af varer eller tjenesteydelser ved *egne* ansatte til *eget* brug.

De omtalte serviceydelser er i udgangspunktet omfattet af konkurrencelovens erhvervsbegreb, idet de består i at udbyde tjenesteydelser på et marked. Dermed har aktiviteten en betydning for konkurrencen. Det betyder imidlertid ikke, at kommunalbestyrelsen ikke – som i dag – kan vælge at producere sådanne serviceydelser. Konkurrencelovens bestemmelser griber ikke ind i kommunalbestyrelsernes nuværende kompetence til frit at vælge at producere sådanne serviceydelser".

Konkurrenceloven indebærer omvendt ingen pligt til at **udlicitere** offentlige opgaver, hvis disse ønskes håndteret in house. Der kan heller ikke af Konkurrenceloven udledes noget krav om pligt til at lade offentlige aktiviteter privatisere.

Spørgsmål om kommunernes pligt til **udlicitering** i forhold til Konkurrenceloven gav ikke desto mindre under folketingsbehandlingen anledning til en vis usikkerhed. Således lød spørgsmål 118 fra Erhvervsudvalget til erhvervsministeren:²⁰

"Kan ministeren bekræfte, at konkurrenceloven ikke medfører en pligt for kommuner til at udlicitere affalds-, spildevands- og vandforsyningsområdet?"

Svaret herpå lød: "Konkurrencelovens regler er ikke bestemmende for, hvornår staten eller kommunen skal udlicitere en opgave eller selv forestå varetagelsen. Det fremgår blandt andet af min besvarelse af spørgsmål 24 og 96. Jeg kan derfor bekræfte, at konkurrenceloven ikke medfører en pligt for kommunerne til at udlicitere affalds-, spildevands- og vandforsyningsområdet".

Derimod ligger **myndighedsudøvelse** uden for begrebet *erhvervsvirksomhed* og vil derfor ikke være omfattet af loven. Som eksempler på myndighedsudøvelse nævnes herved konkrete forvaltningsakter, regeludstedelse, regelfortolkning.

20. FT 1996-97. Till.B side 1458. h.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

regelhåndhævelse og betjening af Folketinget, minister, kommunalbestyrelse og amtsråd.²¹

Hvad angår **privat erhvervsvirksomhed**, dækker dette i forlængelse af Konkurrencerådets tidligere praksis enhver form for erhvervsvirksomhed, der udføres af private markedsaktører.

Kommunernes Landsforening var tilsyneladende i vildrede med forholdet mellem den nye Konkurrencelov og privat konkurrence over for kommunerne og de kommunale fællesskaber. Under folketingsbehandlingen indgik der således et spørgsmål som del af spørgsmål 115 til erhvervsministeren om, hvad der gjaldt i den situation, at private virksomheder ønsker at udbyde serviceydelser inden for det pågældende område.²² Svaret herpå var, naturligt nok, at medmindre der er en regulering, der direkte hindrer det, er der intet, der hindrer private virksomheder i at udbyde de omtalte serviceydelser. Hvorvidt serviceydelse udbydes af det offentlige eller private, er ikke reguleret af konkurrenceloven.

Det er ikke angivet i lovens § 2 på hvilket **geografisk marked**, loven finder anvendelse. I overensstemmelse med hidtidig praksis omfatter loven det *danske territorium*, jf. lovbemærkningerne.²³ *Grønland og Færøerne* er *undtaget* fra lovens anvendelsesområde, jf. nedenfor i kapitel 10 om § 29.

Loven eller lovbemærkningerne har ikke behandlet et vigtigt problem i forbindelse med den geografiske udstrækning, som følge af konkurrencebegrænsningers mulige udstrækning fra et eksternt territorium til Danmark. Eksempelvis kan en aftale, som indgås mellem danske virksomheder om opdeling af f.eks. det amerikanske og fjernasiatiske marked mellem aftaleparterne meget vel have konkurrencemæssige virkninger i Danmark. Således vil en sådan aftale måske forhindre den indbyrdes kappestrid i et sådant omfang, at de deltagende virksomheder bliver i stand til at blokere for en tredje dansk virksomheds aktiviteter på de af aftalen berørte markeder med skadelig virkning for den danske virksomhed og dermed på det danske område til følge. Tilfælde af denne art må, når de dukker op, behandles ud fra den synsvinkel, at der herved er tale om forhold, som vel ikke rummes af lovens direkte ordlyd, men synes at kunne falde inden for det tilkendegivne formål.

21. FT 1996-97, Till.A side 3653, h.sp.

22. FT 1996-97, Till.B side 1454, v.sp.

23. FT 1996-97, Till.A side 3653, h.sp.

Det siges i bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning, at det følger af § 2, stk. 1, at lovforslaget ikke skelner mellem konkurrencebegrænsninger, der optræder i forbindelse med privat erhvervsvirksomhed, og konkurrencebegrænsninger der optræder i forbindelse med offentlig erhvervsvirksomhed. Hvis en konkurrencebegrænsning følger af offentlig regulering m.v., vil den derfor være undtaget fra forbudsbestemmelserne i kapitel 2 og 3, uanset i hvilket regi – offentligt eller privat – erhvervsvirksomheden udføres, jf. § 2, stk. 2.²⁴

Det kan således konkluderes, at uanset om der er tale om offentlige eller private virksomheder sker der en ligestilling af konkurrencebegrænsninger, når erhvervsvirksomhed er underkastet offentlig regulering.

Til dette må det dog bemærkes, at den reelle prøve på dette udsagns rigtighed skal findes i indholdet af den offentlige regulering. Hvis der primært sker en favorisering af offentlige virksomheder, vil resultatet være en fortrinsstilling for disse i forholdet til de private virksomheder.

Konkurrenceloven og anden lovgivning

Lovbemærkningerne indeholder nogle vigtige betragtninger over *samspillet* mellem *Konkurrenceloven og anden lovgivning*: “En anden situation er den, at der i anden lovgivning er eller bliver fastsat bestemmelser med sigte på aktivt at fremme konkurrencen på et eller flere delmarkeder, som eksempelvis en række af bestemmelserne i telelovgivningen, der hjemler en række direkte indgreb i samtrafikpriser og -vilkår. De indgrebsmuligheder, der følger af sådan sektorspecifik lovgivning, jf. *lex specialis* princippet, består fortsat og vil skulle håndhæves af den pågældende ressortmyndighed.

Det må anses for hensigtsmæssigt, at Konkurrencerådet og de pågældende sektormyndigheder i forbindelse med eventuelle indgreb løbende koordinerer indsatsen med henblik på at undgå overlapning eller modstridende beslutninger.

Der kan således ikke opstå en retstilstand, hvor såvel Konkurrencerådet som en sektorspecifik myndighed har kompetence til at gribe ind over for det samme forhold.

Desuden bør den retstilstand, hvor hverken den sektorspecifikke myndighed eller Konkurrencerådet kan gribe ind, ikke kunne opstå”.²⁵

24. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp.

25. FT 1996-97, Till.A side 3654, v.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

Det må til disse overvejelser i lovbemærkningerne haves i erindring, at Konkurrenceloven har indført en (delvis) forbudslovgivning med den konsekvens, at selve handlingen, f.eks. en konkurrencebegrænsende aftale, udgør en overtrædelse af forbudsbestemmelsen og dermed udløser sanktioner (ugyldighed, straf, og eventuelt fogedforbud, erstatning m.v.). Dette indebærer, at en myndighedsafgrænsning med hensyn til indgreb grundet overtrædelse af forbudsbestemmelserne over for anden lovgivning vel kan være spørgsmål om hensigtsmæssighedsovervejelser, som det synes udtrykt med den citerede passus fra lovbemærkningerne. Den citerede passus synes at have villet give udtryk for, at en eventuel anden lovgivning, som ikke kan forliges med forbudslovgivningen efter Konkurrenceloven, må lede til en fortolkning af de kontrasterende regelsæt med henblik på en eventuel løsning til fordel for den sektorspecifikke lovgivning som en *lex specialis*.

I de tilfælde, hvor der er tvivl om omfanget af den sektorspecifikke lovgivning, må Konkurrencelovens forbudsbestemmelser – hvor disse er overtrådt – derimod nok antages at skulle fortolkes således, at den sektorspecifikke lovgivning må fortrænges.

Det må i sidste ende være op til domstolene at foretage en fortolkning, som eventuelt fører til en begrænset rækkevidde af Konkurrenceloven over for anden lovgivning. Bemærkningerne til lovforslaget eller andre udsagn fra lovgivers side har ikke bidraget til belysning af dette vigtige problem.

§ 2, stk. 2: Konkurrencebegrænsninger, som er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, undtages fra kapitlerne 2 og 3

§ 2, stk. 2, 1. pkt.: Hovedreglen om offentlig regulering

En erhvervsvirksomheds konkurrencebegrænsninger, som er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, er efter lovens § 2, stk. 2 undtaget fra reglerne i lovens kapitel 2 og 3 (forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og forbud mod misbrug af dominerende markedsstilling).

I bemærkningerne til forslaget til den oprindelige § 2, stk. 2 blev det angivet, at bestemmelsen var en præcisering af en lignende bestemmelse i 1989-konkurrencelovens § 2, nr. 1, 2. pkt., således at reglens ordlyd ville blive bragt i overensstemmelse med den praksis, der havde udviklet sig inden for 1989-konkurrenceloven.²⁶ I forbindelse med

26. FT 1996-97, Till.A side 3654, h.sp.

§ 2, stk. 2: konkurrencebegrænsninger – offentlig regulering

den ændrede formulering af § 2 i den endelige lovtæst er der ikke tilkendegivet noget i Erhvervsudvalgets betænkningens bemærkninger om, hvorvidt dette opretholdes.

Ifølge § 2, stk. 5 kan Konkurrencerådet i sådanne tilfælde rette en henvendelse til vedkommende myndighed og gøre opmærksom på eventuelle konkurrenceskadelige virkninger, og en sådan henvendelse og det pligtmæssige svar herpå kan offentliggøres, jf. § 13, stk. 2.

I bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning siges det, at “kan konkurrencemyndigheden rette en offentliggjort henvendelse”.²⁷ Man må hertil bemærke, at loven imidlertid ikke stiller ubetinget krav om offentliggørelse, jf. § 13, stk. 2. I loven er “konkurrencemyndigheden” i øvrigt præciseret som Konkurrencerådet, jf. § 2, stk. 5.

Det har været formålet med § 2, stk. 2 at sikre, at politisk bestemte reguleringer ikke kan underkendes af konkurrencemyndigheden, idet disse reguleringer kan være betinget af andre samfundshensyn end hensynet til konkurrencen, jf. herved bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning²⁸ og erhvervsministerens svar på spørgsmål 114, hvor det i øvrigt tilføjes, at “Heri ligger, at der kan være andre samfundsmæssige hensyn som f.eks. økonomi, sociale forhold, miljø, forsynings-sikkerhed m.v., som – set fra en overordnet betragtning – er vigtigere end hensynet til konkurrencen”. Det fremholdes i bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning,²⁹ at det er en given forudsætning ved administrationen af konkurrenceloven, at konkurrencemyndigheden ikke kan gå ind i en legalitetsprøvelse af offentlig regulering og beslutninger³⁰.

Det i bemærkningerne anførte om, at politisk bestemte reguleringer ikke skal kunne underkendes af konkurrencemyndigheden, da disse kan være betinget af andre samfundsmæssige hensyn end hensynet til konkurrencen, blev bekræftet ved både erhvervsministerens og miljø- og energiministerens besvarelse af spørgsmål 117 fra Erhvervsudvalget.

27. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp.

28. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp.

29. FT 1996-97, Till.B side 1149, h.sp.

30. Når § 2, stk. 3 sidestiller beslutninger, truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen, jf. § 2, stk. 2, fremstår udsagnet i Erhvervsudvalgets betænkning – hvori tillige nævnes “beslutninger” – sammenhængende.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

Spørgsmålet drejede sig imidlertid om noget andet, idet det lød: "Kan regeringen bekræfte, at der med ændringsforslaget til § 2, stk. 2, ikke er tale om en ændring af sigtet med bestemmelsen f.eks. med relation til affalds-, spildevands- og vandforsyningsområdet?" Med svaret synes man eventuelt at kunne udlede, at erhvervsministeren og miljø- og energiministeren var af den opfattelse, at der ikke var tale om nogen ændring med bestemmelsens sigte. Det forekommer dog næppe nødvendigvis at være tilfældet, idet der ikke skete en direkte besvarelse af det rejste spørgsmål, samtidig med, at en nøgtern læsning af lovændringen må føre til, at der er sket en skærpelse, jf. omtalen nedenfor.

§ 2, stk. 2, 1. pkt. kræver, at konkurrencebegrænsningen skal være en "**direkte eller nødvendig følge**" af offentlig regulering. Angiveligt er dette krav sat for at sikre en effektiv anvendelse af konkurrencereglerne, jf. bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning.³¹

I *Boligministeriets høringssvar* af 12. februar 1997 til udkast til lovforslaget³² omtales nogle bemærkninger, som *Kort- og Matrikelstyrelsen* havde gjort vedrørende forskellige "samordningsforanstaltninger", som Kort- og Matrikelstyrelsen og Boligministeriet efter lov om Kort- & Matrikelstyrelsen foretager, uden at der herved er tale om forvaltningsafgørelser; der kan f.eks. i stedet være tale om "aftaler med andre kort-producenter", uden at de fremtræder som resultat af, at hjemlen i anførte lovs § 3 er udnyttet. *Boligministeriet* tilføjer, at formålet med disse samordningsbeføjelser ikke er "at virke konkurrencebegrænsende, men derimod at sikre en så bred anvendelse som muligt af kort, data og registersystemer m.v. samt en samfundsøkonomisk optimal anvendelse heraf".

Det må om sådanne "samordningsforanstaltninger" kunne konstateres, at de – når de angivne oplysninger lægges til grund – ikke er omfattede af udtrykket "direkte eller nødvendig følge" af offentlig regulering. Det forekommer i øvrigt ikke overbevisende, at aftaler, som har til formål "at sikre en så bred anvendelse som muligt af kort, data og registersystemer m.v. samt en samfundsøkonomisk optimal anvendelse heraf" ikke skulle være konkurrencebegrænsende i strid med § 6. Hvis aftalerne er konkurrencebegrænsende – for eksempel ved aftalemæssigt at udelukke andre virksomheder fra adgang til efterspurgte data m.v., eller ved aftalemæssigt at afgrænse aftaleparternes indbyrdes kortproduktion – vil de være omfattet af § 6, stk. 1, og det er udgangspunk-

31. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp.

32. *Boligministeriets høringssvar* indgår i Erhvervsudvalgets bilag 2, som rummer erhvervsministerens svar på spørgsmål 1 (anmodning om tilsendelse af høringssvarene vedrørende *udkastet* af 3. februar 1997 til lovforslaget, samt et notat over, hvilke ændringer høringssvarene havde givet anledning til og begrundelserne herfor).

§ 2, stk. 2: konkurrencebegrænsninger – offentlig regulering

tet, at det ikke er op til parterne, men til lovgivningsmagten at varetage andre samfundsmæssige formål. Under de oplyste omstændigheder er dette netop ikke sket.

Det må påregnes, at en række aftaler, som under 1989-konkurrenceloven ikke blev indtaget, med den nye Konkurrencelov vil falde uden for § 2, stk. 2, således at bestemmelserne i specielt § 6 eventuelt vil kunne finde anvendelse herpå. Eksempelvis vil *taxisamarbejde* gennem bestillingskontorer, hvorved der gennem aftale sker en fastsættelse af en maksimalpris, uden at dette har været krævet ved de af kommunalbestyrelsen eventuelt fastsatte maksimalpriser, således ikke være undtaget gennem § 2, stk. 2 som en nødvendig følge af offentlig regulering.

Hvad der forstås ved lovens udtryk **offentlig regulering** kan give anledning til en vis usikkerhed, som opstår på grund af de forskellige formuleringer af bestemmelsen i § 2, stk. 2, 1. pkt. og tilhørende bemærkninger i de forskellige versioner under lovens tilblivelse.

I det lovudkast, som Erhvervsministeriet udsendte til høring den 3. februar 1997 lød § 2, stk. 2, 1. pkt.: "Hvis en erhvervsvirksomheds konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, gælder reglerne i kapitel 2 og 3 ikke". Lovbemærkningerne svarende til denne passus udtalte: "Ved 'offentlig regulering' forstås bl.a. lovgivning, bekendtgørelser, generelle budgetregler, aktstykker og *beslutninger inden for grænserne af kommunalfuldmagten samt kommunale regulativer*. Sidestillet med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen er beslutninger truffet af bestyrelsen i kommunale fællesskaber [...]"³³ (min fremhævelse).

Ved lovforslagets fremsættelse den 20. februar havde § 2, stk. 1, 1.pkt. i lovteksten i mellemtiden undergået en ændring, hvorved den fik denne ordlyd: "Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering eller af beslutning truffet af en kommunalbestyrelse eller en bestyrelse i et kommunalt fællesskab godkendt efter § 60 i lov om kommunernes styrelse". I lovbemærkningerne var der imidlertid ikke foretaget nogen ændring til klargørelse af, hvad denne ændrede formulering tog sigte på. Tværtimod hed det i lovbemærkningerne³⁴ på samme måde³⁵: "Ved 'offentlig regulering' forstås bl.a. lovgivning, bekendtgørelser, generelle budget-

33. Bemærkningerne til lovudkastet side 13, h.sp. og side 14. v.sp.

34. FT 1996-97, Till.A side 3653, h.sp. nederst og side 3654, v.sp. øverst.

35. Der var sket en enkelt ændring uden betydning i forhold til lovudkastet.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

regler, aktstykker og beslutninger inden for grænserne af kommunalfuldmagten samt kommunale regulativer. Sidestillet med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen er beslutninger truffet af bestyrelsen i kommunale fællesskaber, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse”. Man måtte dermed af lovforslagets tekst antages at kunne udlede, at der ikke var tale om “offentlig regulering”, når der forelå beslutninger inden for kommunalfuldmagten og kommunale regulativer, samt beslutninger i kommunale fællesskaber. Men af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgik klart det modsatte.

Erhvervsministeren skulle med besvarelse af Erhvervsudvalgets spørgsmål nr. 1 blandt andet udarbejde et notat over, hvilke ændringer høringssvarene havde givet anledning til og begrundelserne herfor. I sit *NOTAT af 24. februar* (bilag 2) over ændringer til konkurrencelovsforslaget siges det herved i begrundelsen til ændringen af § 2, stk. 2, 1. pkt., at “Begrebet offentlig regulering ikke dækker beslutninger truffet af en kommunalbestyrelse eller en beslutning truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab efter § 60 i lov om kommunernes styrelse. Det er derfor fundet nødvendigt, at disse beslutninger blev indført i lovteksten. Ændringerne i § 2, stk. 2, 1. [...] pkt., er en konsekvens heraf”. Dette svar bekræfter tydeligvis, at i perioden mellem lovudkastet (3. februar) og lovforslagets fremsættelse (20. februar) havde erhvervsministeren ændret opfattelse til, at offentlig regulering ikke dækker beslutninger truffet af en kommunalbestyrelse eller beslutninger i kommunale fællesskaber, hvorfor teksten i selve loven var omformuleret i lovforslaget, medens lovbemærkningerne ikke havde reflekteret denne ændrede opfattelse, men var fortsat med den formulering, som stammede fra bemærkningerne fra lovudkastet. Denne ændrede opfattelse bekræftes yderligere af erhvervsministerens svar, som er optaget som bilag til Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning, hvor det ved besvarelsen af spørgsmål 114 bl.a. er udtalt: “Offentlig regulering omfatter herefter ikke kommunale beslutninger eller kommunale regulativer. [...]”. Man kunne nok have ønsket sig, at der havde været en klar overensstemmelse mellem lovbemærkningerne og lovforslaget på dette punkt.

I *Erhvervsudvalgets betænkning* hedder det om *offentlig regulering* i det af erhvervsministeren fremsatte ændringsforslag,³⁶ at der herved “forstås bl.a. lovgivning og bekendtgørelser, generelle budgetregler, aktstykker, samt reglerne om kommunernes ulovbestemte opgaver (kommunalfuldmagten). Endvidere vil

36. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp.

§ 2, stk. 2: konkurrencebegrænsninger – offentlig regulering

forpligtelser efter f.eks. ratificerede konventioner og EF-forordninger falde ind under begrebet offentlig regulering”.³⁷ Ved denne i Erhvervsudvalgets betænkning givne definition af offentlig regulering er der således tilføjet, at også “reglerne om kommunernes ulovbestemte opgaver (kommunalfuldmagten)” er omfattet af begrebet offentlig regulering. Når tilføjelsen er sket, må det imidlertid forklares ved, at erhvervsministeren med “offentlig regulering” i bemærkningerne til sit ændringsforslag dermed tillige har inddraget de udvidelser, som tilføjelsen i § 2, stk. 2, 2. pkt. er udtryk for, jf. herom straks nedenfor.

Det synes at følge af den særlige regulering, der gennemgås nærmere nedenfor, for så vidt angår konkurrencebegrænsninger, der fastsættes af en kommunalbestyrelse ifølge § 2, stk. 2, 2. pkt. – og i øvrigt ved beslutninger truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, jf. § 2, stk. 3 – at der, for så vidt angår andre konkurrencebegrænsninger end de kommunalt m.v. fastsatte – altså f.eks. konkurrencebegrænsninger fastsat ved bekendtgørelser – stilles mindre krav til disse i relation til den offentlige regulering. Om dette har været tilsigtet fremgår ikke af lovbemærkningerne eller bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning.

§ 2, stk. 2, 1. pkt., indebærer **ikke indholdsmæssige krav til reguleringens ordlyd**.³⁸ Derimod er det “myndigheden – og ikke virksomhederne selv – der skal udmønte hensigten bag lovgivningen. Virksomhederne vil derfor ikke kunne påberåbe sig en bemyndigelsesbestemmelse som grundlag for en konkurrencebegrænsning. Det er således en forudsætning, at hjemlen til at gennemføre en offentlig regulering er udnyttet, svarende til hidtidig praksis efter den gældende konkurrencelov”, jf. herved bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning.³⁹

37. Sundhedsministeriet havde i sit *høringssvar* af 20. februar 1997 til udkast til lovforslaget, der indgår i Erhvervsudvalgets omtalte bilag 2, foreslået, at også “godkendte sygesikringsoverenskomster” indgik på linie hermed. Den overenskomstmæssige regulering af sundhedsvæsenets virksomhed på sygesikringsområdet er en direkte følge af sygesikringslovens bestemmelser og dermed overdraget til Sygesikringens Forhandlingsudvalg og de respektive organisationer, således at en erhvervsvirksomheds konkurrencebegrænsning, der udøves i henhold til godkendt sygesikringsoverenskomst, vil være omfattet af § 2, stk. 2. Jf. herved erhvervsministerens svar (bilag 46) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 46.

38. I bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning tales herved om “særlige” indholdsmæssige krav, jf. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp..

39. FT 1996-97, Till.B side 1148, h.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

Disse udtalelser må antages at stille et vist krav til myndighederne med hensyn til at klargøre lovgivningens hensigt til at resultere i en konkurrencebegrænsning. Det følger af ordet "udmønte". Desuden er det markant, at virksomhederne ikke kan påberåbe sig en bemyndigelsesbestemmelse, hvorved der *kunne* udstedes en offentlig regulering med konkurrencebegrænsende virkninger. I stedet er det de pågældende myndigheder, som skal tage stilling til, om de ønsker at udstede en regulering, som kan have en konkurrencebegrænsning til følge.

Under førstebehandlingen af lovforslaget i Folketinget fremdrog erhvervsministeren som eksempler på offentlig regulering, "at der er lovgivet om taxikørsel, der er lovgivet om amternes forpligtelse til at organisere den kollektive trafik, der er lovgivet om, at der skal være undtagelse for konkurrence på ombæring af post for breve op til 150 g. Der er altså tale om vedtaget offentlig regulering, hvor det accepteres, at konkurrencemyndighederne ikke kan gribe ind".⁴⁰

§ 2, stk. 2, 2. pkt.: Kvalificerede krav til konkurrencebegrænsninger, der er fastsat af en kommunalbestyrelse

I § 2, stk. 2, 2. pkt. præciseres det, at en konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, kun betragtes som en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning. Præciseringen gælder ifølge bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning alle former for kommunale konkurrencebegrænsninger. Eksempelvis gælder det således også konkurrencebegrænsninger, der er fastsat i et kommunalt regulativ.⁴¹

Konsekvensen af at visse kommunalt fastsatte konkurrencebegrænsninger ikke betragtes som nødvendige for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning, er, at de pågældende konkurrencebegrænsninger ikke undrages fra lovens kapitler 2 og 3, forbudene mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. og forbudet mod misbrug af dominerende markedsstilling. Det må nok forventes, at en ganske stor del af den traditionelle kommunale markeds-mæssige aktivitet herefter vil være underlagt Konkurrencelovens forbud m.v.

40. FT 1996-97, FF side 4930 v.sp.

41. FT 1996-97, Till.B side 1149, v.sp.

En **kommunalbestyrelse** må på baggrund af bestemmelserne i §§ 2 og 3 i loven om kommunernes styrelse⁴² anses at omfatte såvel primærkommunernes bestyrelser som amtsrådene, der udgør kommunalbestyrelsen i amtskommunerne. “Byråd” vil også være omfattet.⁴³

Bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning har som begrundelse for at undtage konkurrencebegrænsninger fastsat af en kommunalbestyrelse anført, at kommunalbestyrelsen skal have mulighed for at tilrettelægge de opgaver, den er pålagt efter lovgivningen.⁴⁴

Erhvervsudvalgets spørgsmål 111 søgte forholdet mellem kommunalfuldmagten og indholdet af kvalifikationen “**pålagt i henhold til lovgivning**” nærmere afklaret. Erhvervsministeren svarede herved spørgsmålet med, at “Beslutninger truffet på baggrund af de ulovbestemte regler i kommunalfuldmagten er ikke omfattet af betingelsen ‘pålagt i henhold til lovgivning’. Dette følger af det forhold, at kommunalfuldmagtens regler ikke direkte pålægger kommunalbestyrelsen at udføre bestemte opgaver, men alene åbner mulighed for, at kommunalbestyrelsen kan udføre opgaver af forskelligt indhold”.

Som nævnt ovenfor var det i erhvervsministerens svar på spørgsmål 114, der knyttede sig til Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning, bl.a. blevet sagt, at “Offentlig regulering omfatter herefter ikke kommunale beslutninger eller kommunale regulativer”. Erhvervsministeren tilføjede herpå: “Derfor har det været nødvendigt at indføre et nyt [§ 2, stk. 2,] 2. pkt. for at sikre, at andre hensyn end hensynet til konkurrencen ligeledes kan gøre sig gældende på det kommunale niveau. Men muligheden for konkurrencebegrænsninger på det kommunale niveau omfatter alene de områder, hvor kommunalbestyrelsen ved lov er pålagt en opgave. Det betyder, at kommunalbestyrelsen har mulighed for at tilrettelægge de opgaver, den er pålagt efter lovgivningen, og kommunalbestyrelsen kan i denne tilrettelæggelse tage andre samfundsmæssige hensyn end hensynet til konkurrencen”.

Med den ændrede formulering i den endelige lovbestemmelse i § 2, stk. 2, 2. pkt. er der *sket en stramning i forhold til kommunalbestyrelserne* (og de fælleskommunale selskaber, jf. stk. 3). For kommunalbestyrelserne og de fælleskommunale selskabers vedkommende var der nemlig ved det oprindelige lovforslag to mulig-

42. LBK 615/1995.

43. Jf. herved *Emil le Maire & Niels Preisler*: Lov om kommunernes styrelse med kommentarer, til §§ 2 og 3.

44. FT 1996-97, Till.B side 1149, v.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

heder for at “undvige” lovens kapitler 2 og 3. Enten hvis en konkurrencebegrænsning var en direkte eller en nødvendig følge af offentlig regulering⁴⁵. Eller hvis en konkurrencebegrænsning var en direkte eller nødvendig følge af en beslutning, truffet af en kommunalbestyrelse eller af en bestyrelse i et kommunalt fællesskab⁴⁶.

I den vedtagne lovtekst stilles der derimod krav om, at en konkurrencebegrænsning *altid* skal være en direkte eller nødvendig følge af en offentlig regulering. For så vidt angår en *beslutning, truffet af en kommunalbestyrelse* eller en *beslutning, truffet af en bestyrelse i et kommunalt fællesskab*, stiller den vedtagne lov *yderligere krav* om, at konkurrencebegrænsningen skal være *nødvendig* for, at kommunalbestyrelsen/bestyrelsen i det kommunale fællesskab kan opfylde de i henhold til lovgivningen pålagte opgaver.

Man kan give det billede, at det oprindelige lovforslag gav konkurrencebegrænsninger, som fulgte af kommunale beslutninger m.v., muligheder for at undvige kapitlerne 2 og 3 i loven, ved at være en direkte eller nødvendig følge af en offentlig regulering. Men selv om konkurrencebegrænsningerne ikke var det, kunne de undvige de pågældende kapitler ved blot at være en direkte eller nødvendig følge af en beslutning, truffet af en kommunalbestyrelse eller en beslutning, truffet af en bestyrelse i et kommunalt fællesskab. Den vedtagne lov har derimod nu stillet krav om, at konkurrencebegrænsninger, som følger af kommunale beslutninger m.v., *kun* har mulighed for at undvige kapitlerne 2 og 3 i loven ved *for det første* altid at skulle være en direkte eller nødvendig følge af en offentlig regulering og ved *for det andet* altid at skulle opfylde den betingelse, at den af kommunalbestyrelsen/et kommunalt fællesskab fastsatte konkurrencebegrænsning skal være *nødvendig* for at kommunalbestyrelsen/bestyrelsen i det

45. Dette krav var ikke specifikt for kommunerne eller de fælleskommunale selskaber, men gjaldt også for anden erhvervsvirksomhed. Dette er uforandret efter lovens vedtagelse, idet konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, er undtaget fra lovens kapitler 2 og 3.

Der er med andre ord tale om, at for andre konkurrencebegrænsninger, end dem, som fulgte af kommunalbestyrelsesbeslutninger eller af beslutning truffet af en bestyrelse i et fælleskommunalt selskab var – og er der fortsat under den vedtagne lov – alene denne mulighed for at falde ind under den drøftede undtagelsesbestemmelse i § 2, stk. 2, 1. pkt.

46. I dette tilfælde var der altså ved det oprindelige lovforslag ikke krav om, at konkurrencebegrænsningen skulle være en direkte eller nødvendig følge af “offentlig regulering”, idet det var tilstrækkeligt, at konkurrencebegrænsningen var en direkte eller nødvendig følge af kommunalbestyrelsens beslutning eller af en beslutning truffet i et fælleskommunalt selskab.

§ 2, stk. 2: konkurrencebegrænsninger – offentlig regulering

kommunale fællesskab kan opfylde de i henhold til lovgivningen pålagte opgaver.

Det er næppe fuldt ud klargjort i bemærkningerne til betænkningen eller i de af erhvervsministeren til Erhvervsudvalget givne svar, at der dermed er sket en skærpelse i forhold til det oprindelige lovforslag. Der er ikke her grund til at gå nærmere ind på denne udvidelse. Der skal herved blot henvises til de ovenfor nævnte svar fra erhvervsministeren (og miljøministeren) på spørgsmål 117.

Der stilles gennem den anvendte formulering “**fastsat**” i § 2, stk. 2, 2. pkt., krav om, at en konkurrencebegrænsnings konkrete indhold – for at kunne være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering – skal fremgå direkte af kommunalbestyrelsens beslutning, regulativ m.v. Det er således ikke tilstrækkeligt, at en konkurrencebegrænsning f.eks. følger af en mere generel beslutning truffet af en kommunalbestyrelse. Det kræves, at kommunalbestyrelsen direkte/-udtrykkeligt har truffet den konkurrencebegrænsende beslutning.⁴⁷

Det kræves desuden, at en konkurrencebegrænsning skal være **nødvendig** for, at kommunalbestyrelsen kan *varetage de opgaver, den er pålagt*. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er nødvendig afhænger af de hensyn eller mål, der ligger bag den pågældende lovgivning. Bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning påpeger, at formuleringen indebærer, at kommunen *skal vælge den mindst konkurrenceforvridende løsning* ved udførelsen af en given erhvervsvirksomhed, *hvor lovgivningen åbner mulighed for*, at virksomheden kan udføres på flere forskellige måder.⁴⁸

Netop kravet til nødvendighed af konkurrencebegrænsningen gav anledning til en række spørgsmål og forklaringer under behandlingen i Erhvervsudvalget.

Erhvervsudvalget bad således med spørgsmål 119 erhvervsministeren uddybe sætningen i bemærkningerne til ændringsforslaget til § 2 om, “*at en kommunalbestyrelse skal vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning*” i relation til affaldsbehandlingen, vandforsyningsområdet og spildevandsbehandlingen. Svaret herpå, der blev optaget som bilag i Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning, lød⁴⁹: “Som det er anført i bemærkningerne til mit ændringsforslag, kan kommunalbestyrelsen i sin tilrettelæggelse af de

47. Jf. herved i øvrigt Erhvervsministerens svar (bilag 143) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 17.

48. FT 1996-97, Till.B side 1149, v.sp.

49. FT 1996-97, Till.B side 1458, h.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

opgaver, den er pålagt efter lovgivningen, inddrage de hensyn, der ligger bag den konkrete lovgivning.

De hensyn, som kommunalbestyrelsen kan inddrage, hvis den fastsætter en konkurrencebegrænsning, vil afhænge af hensynene bag den konkrete lov. Der er således ikke tale om, at konkurrenceloven begrænser de hensyn, der måtte ligge bag den pågældende lovgivning, og som dermed ligger bag en kommunalbestyrelses beslutning.

Det er muligt for en kommunalbestyrelse at anlægge en mere helhedsorienteret løsning for at varetage de hensyn eller mål, der ligger bagved den pågældende lovgivning. Samfundsmæssige hensyn til økonomien, sociale forhold, miljø, forsyningssikkerhed m.v., kan således indgå i en helhedsorienteret kommunal beslutning.

Men når en kommune har tilgodeset de andre samfundsmæssige hensyn, og hvis kommunalbestyrelsen så stadig har flere løsningsmuligheder ved fastlæggelsen af rammerne for opgaven, så skal kommunalbestyrelsen vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning”.

Erhvervsministeren drog på denne baggrund den slutning, at “i relation til affaldsbehandling, vandforsyning og spildevandsområdet kunne *bemærkningerne* derfor *udddybes* på følgende måde: Konkurrenceloven regulerer ikke, om udførelsen af en opgave sker ved kommunens egen foranstaltning eller af tredjemand. Kommunen skal varetage de hensyn eller mål, der ligger bag den respektive lovgivning på affaldsbehandlingsområdet, vandforsyningsområdet og spildevandsbehandlingsområdet. Men når de hensyn er varetaget, bestemmer konkurrenceloven, at kommunen ved fastlæggelsen af rammerne for den eller dem, der udfører opgaven, skal vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning”.

Der var yderligere i bilaget til Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning med spørgsmål 115 skitseret en *CASE* fra Kommunernes Landsforenings side, som blev kommenteret af erhvervsministeren.⁵⁰ Også dette svar belyser kravet i § 2, stk. 2, 2. pkt. om, at konkurrencebegrænsningen er “*nødvendig* for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning”. KL anførte:

“CASE vedr. forbrændingseget affald – helhedssyn contra konkurrencehensyn

Kommunerne er pålagt at forbrænde alt forbrændingseget affald. Kommunerne sikrer gennem affaldsplanlægning, at der etableres tilstrækkelig forbrændingskapacitet. Når kommunerne gennem planlægningen har sikret sig adgang til den nødvendige kapacitet på et givet anlæg, anvises affaldet til dette anlæg. Anvisningen begrænser naturligvis konkurrencen.

50. FT 1996-97, Till.B side 1457, h.sp.

§ 2, stk. 2: konkurrencebegrænsninger – offentlig regulering

Bekendtgørelsen foreskriver ikke kommunerne at anvise kun til ét anlæg. Miljøbeskyttelsesloven pålægger kommunerne at 'forestå' affaldsbortskaffelsen, og lovens formål er bl.a. 'at fremme genanvendelse og begrænse problemer i forbindelse med affaldsbortskaffelse'. På den anden side er muligheden for at anvise til kun et anlæg en forudsætning for at kommunerne kan tage ansvar for, at der er den nødvendige kapacitet til rådighed i Danmark.

Der er således gode grunde til, at den kommunale regulering er hensigtsmæssig. Men det er uklart, om man kan sige, at kommunernes regulering er en 'nødvendig følge' af miljøbeskyttelsesloven, eller 'nødvendig for at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver den er pålagt'."

Erhvervsministerens svar på dette lød:

"Hvis den nødvendige forbrændingskapacitet kun kan sikres gennem den konkurrencebegrænsning, der ligger i at anvise alt affald til et enkelt forbrændingsanlæg, er konkurrencebegrænsningen nødvendig for at opfylde formålet om at 'begrænse problemer i forbindelse med affaldsbortskaffelse'. Derfor vil konkurrencebegrænsningen være undtaget fra konkurrencelovens indgrebsbestemmelser, jf. § 2, stk. 2, 2. pkt."

I erhvervsministerens svar på Erhvervsudvalgets spørgsmål 114, der indgik som bilag til Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning og angik en henvendelse fra Kommunernes Landsforening (bilag 170), blev blandt andet udtalt⁵¹:

"De hensyn, som kommunalbestyrelsen kan inddrage, hvis den fastsætter en konkurrencebegrænsning, vil afhænge af hensynene bag den konkrete lov, der pålægger kommunerne opgaven. Der er således ikke tale om, at konkurrenceloven begrænser de hensyn, der måtte ligge bag den pågældende lovgivning, og som dermed ligger bag en kommunalbestyrelses beslutning.

Det følger desuden af § 2, stk. 2, 2. pkt., at konkurrencebegrænsningen skal være nødvendig for at opfylde de opgaver, der er pålagt kommunen i henhold til lovgivning. Dette nødvendighedskriterium indebærer ikke, at alle andre samfundsmæssige hensyn f.eks. miljøhensyn skal tilsidesættes ved kommunale beslutninger. Det følger af bemærkningerne, at spørgsmålet om, 'hvorvidt en konkurrencebegrænsning er nødvendig afhænger af de hensyn eller mål, der ligger bagved den pågældende lovgivning'.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at der i nødvendighedsbetragtningen ligger et krav om, at en kommunalbestyrelse skal vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning. Dette betyder, at kommunalbestyrelsen, når den har truffet en beslutning, der i øvrigt tilgodeser andre hensyn end hensynet til konkurrencen, skal vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning ved udførelsen af en given opgave".

51. FT 1996-97, Till.B side 1451, h.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

I svaret tilføjes et citat fra *Kommunernes Landsforenings henvendelse*, "For alle disse opgaver gælder det, at de i dag kan udføres på flere forskellige måder, hvorimod kommunerne med ændringsforslaget tilsyneladende fratages mulighederne for at træffe helhedsorienterede beslutninger, hvori andre væsentlige samfundsmæssige hensyn end hensynet til at undgå konkurrencebegrænsninger kan indgå". Herpå reagerede erhvervsministeren med at, "Denne fortolkning er ikke korrekt", og forklaringen herpå blev givet med følgende redegørelse af erhvervsministeren:

"Som det fremgår af ovennævnte gennemgang af § 2, stk. 2, samt bemærkningerne til ændringsforslaget, er det netop muligt for en kommunalbestyrelse at anlægge en mere helhedsorienteret løsning for at varetage de hensyn eller mål, der ligger bagved den pågældende lovgivning.

Samfundsmæssige hensyn til økonomien, sociale forhold, miljø, forsyningssikkerhed m.v., kan således indgå i en helhedsorienteret kommunal beslutning.

Men når kommunerne har tilgodeset de andre samfundsmæssige hensyn som f.eks. miljøhensyn m.v., og hvis kommunalbestyrelsen har flere løsningsmuligheder for at varetage opgaven, så skal kommunalbestyrelsen vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning. Det vil derfor ikke være muligt at erstatte ordet 'nødvendig' med fx 'hensigtsmæssig'.

Ordet 'nødvendig' i § 2, stk. 2, er imidlertid ikke til hinder for, at en kommunalbestyrelse, ved opfyldelsen af sine lovbestemte opgaver kan varetage andre hensyn end hensynet til konkurrencen, ligesom det ikke er til hinder for, at kommunerne kan vælge selv at varetage en opgave. Det følger bl.a. af min besvarelse af spørgsmål 24 og 96, hvoraf det fremgår, at konkurrencelovens regler ikke er bestemmende for, hvornår staten eller kommunen skal udlicitere en opgave eller selv forestå varetagelsen. Med ordet 'nødvendig' ligger der ikke nogen begrænsninger i den hidtidige frihed for en kommune eller et kommunalt fællesskab til at bestemme, om en opgave pålagt efter lovgivningen skal varetages/udføres af kommunen selv eller en tredjemand. Det gælder lige så lidt, som konkurrencelovens regler er bestemmende for, om en privat virksomhed kan varetage en opgave selv, eller om virksomheden ønsker at varetage en opgave gennem underleverandører m.v."

Erhvervsministeren henviste til dette svar, da han med spørgsmål 115 blev stillet over for at belyse kravet om, at en konkurrencebegrænsning er "**nødvendig**", idet det blev spurgt⁵²: "Skal kravet om, at en konkurrencebegrænsning er 'nødvendig', alene forstås som et krav om, at en kommunes beslutning af en konkurren-

52. FT 1996-97, Till.B side 1454, h.sp.

cebegrænsning skal kunne begrundes som hensigtsmæssig ud fra en helhedsvurdering?

- En fortolkning af 'nødvendig' i retning af 'strengt nødvendig' vil medføre, at hensyn til konkurrenceforhold vil kunne medføre ringere løsninger for kommunerne og borgerne".

Svaret lød: "Som det fremgår af min besvarelse af spørgsmål 114, kan kommunerne efter mit ændringsforslag anlægge en helhedsorienteret løsning. Løsningen kan således tage højde for de hensyn eller mål, der ligger bag ved den lovgivning, som pålægger kommunerne at udføre en opgave.

Samfundsmæssige hensyn som f.eks. hensyn til økonomien, miljø, forsyningssikkerhed m.v. kan indgå i en kommunal beslutning. Men når kommunerne har tilgodeset disse samfundsmæssige hensyn, f.eks. hensynet til miljøet, og hvis kommunen så stadig har flere løsningsmuligheder for at varetage opgaven, så skal kommunalbestyrelsen vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning.

Det er derfor ikke muligt at erstatte 'nødvendig' med f.eks. 'hensigtsmæssig', ligesom en konkurrencebegrænsning ikke kan begrundes som hensigtsmæssig ud fra en helhedsbetragtning, netop fordi en kommunalbestyrelse skal vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning, når de øvrige hensyn bag lovgivningen i øvrigt er varetaget.

Ved at sikre, at kommunalbestyrelserne kan varetage de andre hensyn og mål, der ligger bag den lovgivning, som pålægger kommunen en opgave, vil kommunerne fortsat kunne levere løsninger af høj kvalitet for kommunen og dens borgere."

Også med det næste spørgsmål i samme forbindelse, måtte ministeren angive et svar vedrørende nødvendighedskriteriet, idet spørgsmålet angik, hvornår er en konkurrencebegrænsning **unødvendig**.

Erhvervsministeren svarede: "En konkurrencebegrænsning er unødvendig, når den er overflødig for at udføre den opgave, kommunerne er pålagt ved lovgivning på forsvarlig vis, og ud fra de hensyn, som ligger bag den pågældende lovgivning".

Der må af de mange besvarelser fra erhvervsministerens side og bemærkningerne i betænkningen kunne drages den konklusion, at der med kravet om, at konkurrencebegrænsningen skal være nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivningen, skal være tale om en **klassisk proportionalitetsgrundsætning**. Ved valget mellem forskellige mulige løsninger, skal kommunalbestyrelsen således vælge den mindst konkurrencebegrænsende.

At kommunalbestyrelsen skal være **pålagt** en *opgave* indebærer, at det *skal følge af lovgivningen*, at kommunalbestyrelsen har ansvaret for eller skal varetage en bestemt opgave. Det konkluderes derfor i bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning, at dette betyder, at hvis en kommunalbestyrelse fastsætter en konkurrencebegrænsning, der er unødvendig for at opfylde de opgaver, som den er pålagt i henhold til lovgivning, finder undtagelsen ikke anvendelse.⁵³

§ 2, stk. 3: Beslutninger i et kommunalt fællesskab

Det fremgår af § 2, stk. 3, at **beslutninger truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab**, jf. § 60 i lov om kommuners styrelse, **sidestilles** med beslutninger truffet af **kommunalbestyrelsen**, jf. § 2, stk. 2. Dette er både i bemærkningerne til det oprindelige lovforslag⁵⁴ og i bemærkningerne til Erhvervsudvalgets betænkning⁵⁵ begrundet med, at kommunale fællesskaber er karakteriseret ved, at der sker en kompetenceoverførsel fra de deltagende kommuner til fællesskabet. Et kommunalt fællesskab er således udtryk for, at den i lovgivningen fastsatte kompetence- og opgavefordeling er fraveget. Det kommunale fællesskab udøver ikke funktioner på kommunernes vegne i henhold til delegation, men har en selvstændig kompetence.

Som følge af sidestillelsen af beslutninger i et kommunalt fællesskab med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen, jf. § 2, stk. 2, er kravene for at undvige lovens kapitler 2 og 3 gjort til de samme, som er gennemgået ovenfor under omtalen af nævnte bestemmelse.

§ 2, stk. 4: Afgørelse af om en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge træffes af den regulerende eller beslutende myndighed

Det fremgår af § 2, stk. 4, at **afgørelse af**, hvorvidt en **konkurrencebegrænsning** er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering m.v., **træffes af den myndighed**, der har fastsat reguleringen eller har truffet beslutningen. Hvis reguleringen er fastsat ved lov eller EF-forordning træffes afgørelsen af vedkom-

53. FT 1996-97, Till.B side 1149, v.sp.

54. FT 1996-97, Till.A side 3654, v.sp.

55. FT 1996-97, Till.B side 1149, h.sp.

§ 2, stk. 4: Myndighed afgør selv om nødvendig konkurrencebegrænsning

mende minister. Det anføres i lovbemærkningerne⁵⁶ og i Erhvervsudvalgets betænkning,⁵⁷ at det dog følger af dansk rets almindelige regler, at den endelige afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt en erhvervsvirksomheds konkurrencebegrænsning er omfattet af § 2, stk. 2, henhører under domstolene.

Rækkevidden af sidstanførte udsagn kan give anledning til overvejelse. Der kan på den ene side ikke være tvivl om, at den fastsættende eller besluttende myndigheds afgørelse vil kunne efterprøves af domstolene. Det er imidlertid af interesse at få klarlagt, hvor intensiv denne efterprøvelse vil være. I så henseende vil domstolene utvivlsomt efterprøve, om der er foretaget en korrekt fortolkning af den offentlige regulering, som kræves efter § 2, stk. 2, 1. pkt. Der må tilsvarende kunne forventes en tilbundsgående efterprøvelse af, om konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af den offentlig regulering. Det må tilsvarende være nærliggende at formode, at domstolene vil foretage en tilbundsgående efterprøvelse af, om konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til den relevante lovgivning. Der er herved ikke gennem lovens bestemmelse overladt kommunerne noget skøn i henseende til nødvendigheden, og vel lægger bestemmelsen i § 2, stk. 4 op til, at konkurrencemyndighederne (Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet) ikke har kompetence, men der er ikke antydninger af, at domstolenes prøvelsesret skulle være indskrænket.

Under spørgsmål 115 fra Erhvervsudvalget, optaget som bilag til udvalgets tillægsbetænkning blev inddraget en tilkendegivelse fra *Kommunernes Landsforening, som ikke mente, at det klart fremgik, hvilken myndighed, der har kompetencen til at afgøre om en konkurrencebegrænsning er nødvendig*. Den stillede derfor det spørgsmål, som erhvervsministeren fik lejlighed til at besvare under folketingsbehandlingen, at "hvis en kommunalbestyrelse har besluttet en konkurrencebegrænsning, er det da kommunalbestyrelsen, der har kompetencen efter § 2, stk. 4 til at afgøre om konkurrencebegrænsningen har været nødvendig?" Ministeren svarede, at "det er kommunalbestyrelsen, der har kompetencen efter § 2, stk. 4, til at afgøre, om konkurrencebegrænsningen har været nødvendig. Det fremgår direkte af lovteksten samt bemærkningerne".⁵⁸

Erhvervsministerens svar (bilag 181) i bilaget til Erhvervsudvalgets tillægsbetænkning på spørgsmål 120, der var en henvendelse fra Kommunernes Landsforening af 28. maj

56. FT 1996-97, Till.A side 3654, v.sp.

57. FT 1996-97, Till.B side 1149, h.sp.

58. FT 1996-97, Till.B side 1455, h.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

1997, førte til den bemærkning, at "Landsforeningen giver i sin henvendelse udtryk for, at det er foreningens opfattelse, at spørgsmålet om en opgave overhovedet kan varetages af en kommune, som hidtil henhører under de almindelige kommunale tilsynsmyndigheders kompetence.

Konkurrencelovens bestemmelser berører ikke spørgsmålet om, hvilke opgaver kommunerne kan varetage. Afgørelse af dette spørgsmål vil derfor, i samme omfang som hidtil, henhøre under de kommunale tilsynsmyndigheders kompetence.

For så vidt angår spørgsmålet om at vurdere, om en kommunalt etableret konkurrencebegrænsning er i overensstemmelse med loven (konkurrenceloven), så træffes denne afgørelse efter lovforslagets § 2, stk. 4, af den myndighed m.v., der har truffet beslutningen. Det følger dog af dansk rets almindelige regler, at den endelige afgørelse af spørgsmålet henhører under domstolene, jf. grundlovens § 63. Dette fremgår af bemærkningerne til lovforslaget".

§ 2, stk. 5: Konkurrencerådet kan påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen over for myndigheder m.v.

§ 2, stk. 5 giver Konkurrencerådet (lovbemærkningerne og bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning taler om "konkurrencemyndigheden") mulighed for at **rette henvendelse til den pågældende myndighed m.v. og påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen.**

Det oprindelige lovudkast af 3. februar 1997 talte i lovteksten (i § 2, stk. 2, 3. pkt.) alene om "pågældende myndighed", og tilsvarende i udkastets bemærkninger. Imidlertid blev § 2, stk. 2, 1. pkt. ændret i selve lovforslaget, jf. ovenfor, hvorved "beslutning truffet af en kommunalbestyrelse eller en bestyrelse i et kommunalt fællesskab godkendt efter § 60 i lov om kommunernes styrelse" blev indføjet. Som en konsekvens heraf blev bemærkningerne til lovforslagets § 2, stk. 2, 3. pkt. præciseret således, at bestemmelsen giver "konkurrencemyndigheden mulighed for at rette henvendelse til den *pågældende myndighed m.v.*" (min fremhævelse). I lovteksten forekommer tilføjelsen "m.v." imidlertid kun i lovforslagets § 2, stk. 2, 2. pkt. og § 2, stk. 3, men ikke i § 2, stk. 2, 3. pkt. I den vedtagne lov er det samme tilfældet, idet lovens § 2, stk. 5 alene henviser til "pågældende myndighed".

Som det ses, er der med § 2, stk. 5 alene adgang for Konkurrencerådet til at rette henvendelse til den myndighed m.v., der har fastsat den konkurrencebegrænsende offentlige regulering. Konkurrencerådet har derimod ikke med denne bestemmelse hjemmel til at rette henvendelse til den eller de virksomheder, som i kraft af reguleringen udfører den konkurrencebegrænsende adfærd.

Bestemmelsen følger hidtidig praksis, idet der i 1989-konkurrencelovens § 15 var hjemmel til en sådan henvendelse, som skulle offentliggøres.⁵⁹ Der er imidlertid sket en "effektivisering" af bestemmelsen, idet der nu er pålagt en pligt for den pågældende myndighed til at svare på henvendelsen inden for 3 måneder fra modtagelsestidspunktet. Bestemmelsen præciserer endvidere, at Konkurrencerådet har adgang til i en sådan henvendelse at fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på det pågældende område.

Det siges i lovbemærkningerne⁶⁰ og i bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning,⁶¹ at Konkurrencerådet forud for en sådan henvendelse forudsættes at drøfte sagen med den pågældende myndighed.

En § 2, stk. 5-henvendelse **kan offentliggøres**, ligesom den offentlige myndigheds svar på Konkurrencerådets henvendelse **kan offentliggøres**, jf. § 13, stk. 2. Offentliggørelsen vil ske ved Konkurrencerådets foranstaltning. Heri ligger efter lovbemærkningerne og bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning en forudsætning om, at en offentlig myndighed i forbindelse med besvarelsen kommer med en begrundet stillingtagen til Konkurrencerådets anbefaling. I erhvervsministerens svar (bilag 75) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 39 angaves det, at Konkurrencerådet må forventes at ville offentliggøre de fleste henvendelser og svar, men det tilføjedes, at offentliggørelse kan undlades, hvis sagen skønnes kun at have uvæsentlig interesse eller interesse for de umiddelbart involverede parter.

Bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning (og tilsvarende i lovbemærkningerne) udtalte,⁶² at under 1989-konkurrenceloven var det altid Konkurrencerådet og ikke rådets sekretariat, der retter en offentliggjort § 15-henvendelse til andre offentlige myndigheder. Ud fra hensynet til at give henvendelser efter den nye Konkurrencelovs § 2, stk. 5 mest mulig vægt både over for den pågældende myndighed og i den offentlige debat er det fundet hensigtsmæssigt fortsat at lade denne del af konkurrencelovens anvendelsesområde varetage af Konkurrencerådet.

59. 1989-konkurrencelovens § 15 lød: "Om virksomhed, som efter § 2, nr. 1, 2. pkt., og nr. 2, ikke er omfattet af §§ 11-14, kan Konkurrencerådet rette henvendelse til vedkommende offentlige myndighed og påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen. Henvendelsen offentliggøres".

60. FT 1996-97, Till.A side 3654, h.sp.

61. FT 1996-97, Till.B side 1149, h.sp.

62. FT 1996-97, Till.B side 1150, v.sp.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

Man kan hertil bemærke, at Konkurrencerådets sekretariat under 1989-konkurrenceloven sendte en række skrivelser, som ikke var vedtaget af Konkurrencerådet, til offentlige myndigheder. Nogle af disse blev offentliggjort. Det må antages, at fortsættelsen af denne praksis ikke er afskåret med bemærkningerne til den nye § 2, stk. 5.

§ 2, stk. 6: Anmeldelsespligt for regelfastsættende offentlige myndigheder

Ifølge § 2, stk. 6, skal statslige og kommunale myndigheder m.v., der **udøver erhvervsvirksomhed** og **fastsætter regler for denne erhvervsvirksomhed**, **anmelde** reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen.

Ved brug af terminologien "**udøve**" forstås, at statslige og kommunale myndigheder alene forestår en erhvervsvirksomhed eller er repræsenteret i den pågældende erhvervsvirksomheds styrende organ. Lovbemærkningerne udtaler herved, at det **ikke kræves**, at myndigheden har **bestemmende indflydelse** i erhvervsvirksomheden for, at anmeldelsespligten indtræder.⁶³ Anmeldelsespligten omfatter tillige **koncessionsvilkår**. Ved anmeldelsespligten sikres, at Konkurrencerådet får mulighed for at blive bekendt med de tilfælde, hvor offentlige myndigheder optræder i dobbeltfunktioner.

Anmeldelse af myndigheders regulering m.v. af erhvervsvirksomhed, som udøves af myndigheden selv, skal kun ske i tilfælde, hvor erhvervsvirksomheden "**har betydning for konkurrencen**". Det er herved markant, at reguleringen ikke retter sig mod konkurrencebegrænsende foranstaltninger, men derimod mod betydningen for konkurrencen. Det kan mange forhold have, som vil være uden enhver form for konkurrencebegrænsende effekt, og reglen fremstår derfor for så vidt som en anomali i en konkurrencebegrænsningslovgivning.

Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet de **nærmere regler** for anmeldelsespligten, jf. § 2, stk. 6, 2. pkt. Det forudsættes i lovbemærkningerne, at de nærmere regler gøres så smidige, at kun de oplysninger, som vedrører forhold af betydning for konkurrencen, indsendes til Konkurrencestyrelsen.

63. FT 1996-97, Till.A side 3655.

§ 2, stk. 6: Anmeldelsespligt for regelfastsættende offentlige myndigheder

Erhvervsministerens svar (bilag 78) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 40 pointerede, at det er *selve reguleringen*, ikke erhvervsvirksomheden, som er omfattet af anmeldelsespligten.

I lovbemærkningerne siges det, at “de anmeldte forhold er offentligt tilgængelige i Konkurrencestyrelsen, jf. § 13, stk. 2”.⁶⁴ Det hedder derimod i § 13, stk. 2, at [...] anmeldelser efter § 2, stk. 6, 1. pkt., samt afgørelser truffet i medfør af loven *kan* offentliggøres. Tilsvarende hedder det i bemærkningerne til § 13, stk. 2.⁶⁵

For så vidt angår **offentlig regulering**, som er omfattet af § 2, stk. 6, og som er **gældende på tidspunktet for Konkurrencelovens ikrafttræden den 1. januar 1998**, skal **anmeldelse** ske til Konkurrencerådet inden den 1. juli 1998, jf. herved § 27, stk. 5.⁶⁶

64. FT 1996-97, Till.A side 3655, v.sp.

65. FT 1996-97, Till.A side 3571, h.sp.

66. Se herom nedenfor i kapitel 10, side 251.

§ 3

Loven omfatter ikke løn- og arbejdsforhold. Konkurrencerådet kan dog til brug for sit arbejde kræve oplysninger af organisationer og virksomheder om løn- og arbejdsforhold.

Kommentar til § 3 – ikke løn- og arbejdsforhold

Teksten i § 3 er identisk med det fremsatte lovforslag, og bestemmelsen **svare** **indholdsmæssigt til § 3 i 1989-konkurrenceloven** og indebærer, at der skal foretages en afgrænsning af løn- og arbejdsforhold over for erhvervsvirksomhed. Det siges i lovbemærkningerne til § 3, at det forudsættes, at bestemmelsen administreres i overensstemmelse med hidtidig praksis, hvorved det angives, at undtagelsen herefter kun omfatter forhold, der vedrører egentlige løn- og arbejdsforhold, og alene forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager i denne forbindelse, hvilket gælder, uanset om forholdene er indeholdt i kollektive overenskomster.

§ 3 i 1989-Konkurrenceloven svarede på sin side til den tidligere gældende Monopollovs § 2, stk. 2, 1. led, samt pris- og avancementlovens § 14, stk. 1, dog at 1989-konkurrenceloven i forhold til Monopolloven havde udvidet muligheden til at kræve oplysninger til også at omfatte arbejdsforhold. Dette angaves ved tilblivelsen af 1989-konkurrenceloven at have betydning for f.eks. arbejdstids- og miljøbestemmelser. Bemærkningerne til 1989-konkurrenceloven udtalte, at afgrænsningen af løn- og arbejdsforhold over for erhvervsvirksomhed forudsattes administreret i overensstemmelse med hidtidig praksis.

Man kan med disse motivudtalelser fra den nye Konkurrencelov og 1989-konkurrenceloven fastslå, at hidtidig praksis vil være af betydning for fortolkningen af § 3.

I et af erhvervsministerens svar til Erhvervsudvalget⁶⁷ blev der henvist til, at bestemmelsen i § 3 var en videreførelse af den hidtil gældende regel på dette område, som havde eksisteret siden 1931. I øvrigt noteredes, at foretagsvirksomhed ikke kan karakteriseres som ansættelsesforhold, og derfor omfattes af Konkurrenceloven. Det modsatte er tilfældet for undervisning. Der vil dog altid være tale om en konkret sagkyndig vurdering af sagerne.

67. Besvarelse af spørgsmål 3, der var ønsket om en kommentar til Akademikernes Centralorganisations henvendelse af 14. marts 1997, Erhvervsudvalgets bilag 29.

I den nye Konkurrencelov er der ikke adgang til at indbringe afgørelser, truffet af Konkurrencerådet efter § 3, 1. pkt. for Konkurrenceankenævnet, jf. herved § 19, stk. 1 *e.c.* Dette beror formentlig på en fejl. Jf. nærmere herom nedenfor i kapitel 7 under gennemgangen af § 19, stk. 1.

Det centrale ved afgrænsningen af løn- og arbejdsforhold, som ikke omfattes af Konkurrenceloven, må søges i forhold som arbejdsgivers instruktionsbeføjelse, betalingsforpligtelse, herunder om der består forpligtelser til betaling af lovpligtig ulykkesforsikring m.v. Selve betalingsformen må anses for at være af mindre betydning.

Fra tidligere praksis kan nævnes, at Højesteret i en dom⁶⁸ har fundet ved sin afgørelse at måtte lægge vægt på, at de mellem Dansk Beklædningsarbejderforbund og Foreningen af danske Fabrikanten af Herreklæder aftalte bestemmelser, der havde fundet udtryk i priskuranten for herrekonfektion, afskar en bestemt gruppe af forbrugere fra at få beklædning leveret efter en fremstillingsmåde, der stod åben for andre kunder. Bestemmelserne fandtes "for så vidt" at gå ud over de ved Monopollovens § 2, stk. 2, fra loven undtagne aftaler om løn- og arbejdsforhold, og parterne i aftalen fandtes ved dennes indgåelse at have varetaget sådanne erhvervsinteresser, at loven efter dens § 2, stk. 1, var anvendelig.

Forud herfor havde Østre Landsret i en dom fra 1959⁶⁹ fundet, at bestemmelsen i Monopollovens § 2, stk. 2 ikke fandtes at medføre, at der ved lovens administration skulle ses bort fra foreliggende aftaler om løn og arbejdsforhold, der kunne have betydning for udøvelsen af de til monopoltilsynet tillagte beføjelser, og at det herefter ved sagens afgørelse måtte tages i betragtning, at en opretholdelse af bagermesterforeningens lukkevedtagelse for en bagermester og konditor enten ville medføre tvungen butikslukning ud over lukkelovgivningens regler, eller at han ikke i sin virksomhed kunne beskæftige organiserede bager- eller konditorsvende som hidtil.

Tipsforhandlere er ikke blevet anset for omfattet af undtagelsesbestemmelsen,⁷⁰ medens de bestemmelser, Københavns Musiker- og Orkesterforening i forbindelse med fore-

68. UfR 1965.634 H. Se hertil *H. Schaumbourgs* kommentar i UfR 1965 B 260, hvori hensynet til, at aftaler ikke sker "på forbrugernes bekostning" særligt fremhæves.

69. UfR 1959.813 ØLD.

70. MTB 1981, 42.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

ningens løntarif havde fastsat om mindstebesætning for orkestre, der medvirkede ved dansearrangementer forskellige steder fandtes omfattet af løn- og arbejdsforhold.⁷¹

Under en langvarig konflikt, som bestod vedrørende restauranter i Nyhavn i København i forbindelse med affaldsbortskaffelse, skrev Konkurrencerådet den 10. marts 1997 til Københavns Kommune:

“Denne henvendelse rettes til Københavns Kommune i medfør af konkurrencelovens § 15 og vedrører de problemer, der er opstået for de konfliktramte restauranter i Nyhavn i forbindelse med affaldsbortskaffelsen. [...] “Renholdningsselskabet af 1898’s og I/S Amagerforbrændings nægtelse af at indsamle, transportere og bortskaffe affald fra de implicerede restauranter er konkurrenceretligt set en leveringsnægtelse, der har skadelige virkninger og medfører en væsentlig begrænsning i restauratørernes frie erhvervsudøvelse, uanset at leveringsnægtelsen har baggrund i en arbejdsretlig konflikt”.

De oplysninger, som Konkurrencerådet kan kræve ifølge § 3, 2. pkt., skal være “til brug for sit arbejde”. Denne kvalifikation giver næppe anledning til større indskrænkninger.

71. MTB 1960, 31.

§ 4

Bestemmelserne i kapitel 2 omfatter ikke konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der er meddelt fritagelse efter EF-Traktaten, eller som opfylder betingelserne i en forordning om fritagelse eller undtagelse af visse kategorier af aftaler m.v.

Kommentar til § 4 – samvirken med EU-gruppefritagelserne

Indledende bemærkninger. One-stop-shop princippet

Teksten i § 4 er identisk med det fremsatte lovforslag. Bestemmelsen tager sigte på at foretage en samvirken med EU-konkurrencereglerne for så vidt angår fritagelsesbestemmelsen i TEF artikel 85, stk. 3. Den overordnede linie er her ved blevet, at aftaler m.v., som på den ene eller anden måde, i kraft af fritagelsesbestemmelsen i artikel 85, stk. 3, nyder godt af fritagelse fra forbudet i artikel 85, stk. 1, er unddraget fra den danske forbudsbestemmelse mod konkurrencebegrænsende aftaler. Denne konsekvens havde ikke nødvendigvis – ud fra en EU-retlig synsvinkel – været påkrævet, og respekten for EU-dispensationssystemets konsekvenser for anvendeligheden af den danske Konkurrencelov har dermed været udtryk for et valg.

Med *VAG-Händlerbeirat*-dommen⁷² har EF-domstolen således klart fastslået, at hverken bestemmelserne i TEF artikel 85, stk. 3 eller bestemmelserne i Kfo 123/85 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national retspraksis vedrørende illoyal konkurrence, hvorefter et selektivt distributionssystem, der har opnået en fritagelse i henhold til de nævnte bestemmelser, kun kan håndhæves over for udenforstående, hvis det er "tæt". EU-konkurrenceretten stiller således ikke – som i dette tilfælde national ret – krav om "tæthed."

Denne afgørelse gør det klart, at selv om en aftale er fritaget i henhold til EU-konkurrencerettens gruppefritagelsesforordninger, kan den være ugyldig i henhold til national ret. Der er således ikke i denne henseende noget krav om "one-stop shop".

72. *VAG-Händlerbeirat* mod SYD-Consult, sag C-41/96, præ. afg. af 5.6.1997, Sml. 1997-I.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

Af lovbemærkningerne fremgår det ikke, at man i så henseende har anstillet betragtninger over nødvendigheden af den valgte løsning. Fremherskende i så henseende har været ønsket om at indføre et **one-stop-shop princip**.

Det politiske valg i Konkurrenceloven er i bemærkningerne kommet til udtryk ved en henvisning til, at "hensigten med lovforslagets § 4 er at indføre one-stop-shop princippet, det vil sige et princip om, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. som udgangspunkt enten skal behandles efter EU-konkurrencereglerne eller efter de nationale konkurrenceregler. Dette er en lovfæstelse af praksis efter den gældende konkurrencelov".⁷³

I lovbemærkningerne påpeges det yderligere i denne forbindelse, at EU-konkurrencereglerne finder anvendelse, når der kan konstateres en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, medens de nationale konkurrenceregler finder anvendelse på konkurrencebegrænsninger, der udspiller sig inden for de enkelte medlemsstaters territorialgrænser. Bemærkningerne gør dog i samme åndedrag opmærksom på, at der i et vist omfang vil være en overlapning mellem anvendelsesområdet for EU-konkurrencereglerne og de nationale konkurrenceregler, idet EU-konkurrencereglerne f.eks. kan anvendes ikke blot, hvor der i en konkurrencebegrænsende aftale eller adfærd deltager virksomheder fra flere medlemsstater, men tillige, hvor de deltagende virksomheder er beliggende i en enkelt medlemsstat, men aftalen m.v. gør det vanskeligere for virksomheder fra andre medlemsstater at trænge ind på den pågældende medlemsstats område.

Der kan sættes *spørgsmålstegn ved*, om loven med den valgte fremgangsmåde har nået sit erklærede ønskemål om at *gennemføre* et *one-stop-shop princip*. Det er vel korrekt, at aftaler, som omfattes af en EU-fritagelse, være sig individuel eller gruppefritagelse, i kraft af reglen i § 4 også dermed er unddraget indgrebsmuligheden efter den danske konkurrencelovs kapitel 2 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Konkurrencelovens § 4 relaterer sig imidlertid alene til fritagelse i kraft af TEF artikel 85, stk. 3. Anvendelsen af TEF artikel 85, stk. 3 udelukker ikke, at EU-konkurrencerettens forbudsbestemmelse i artikel 86 kan bringes i anvendelse, og en aftale, som måtte være omfattet af fritagelse i kraft af artikel 85, stk. 3 kan således meget vel krænke TEF artikel 86 om misbrug af dominerende stilling.⁷⁴ Der er ikke i Konkurrenceloven eller lovbemærkningerne m.v. taget stilling til, hvorledes en tilsvarende situation for dansk rets vedkom-

73. FT 1996-97, Till.A side 3655, h.sp.

74. Jf. herved nærmere min *EU-konkurrenceret*, kapitel III, K.

mende skal håndteres, således at en aftale, som vel er gruppefritaget i medfør af artikel 85, stk. 3 og dermed nyder godt af lovens § 4, samtidig overtræder lovens § 11 om forbud mod misbrug af dominerende stilling. På baggrund af den udtrykkelige ordlyd af § 4 må det antages, at § 11, uanset udtalelserne i bemærkningerne om at indføre one-stop-shop princippet, kan bringes i anvendelse.

Man kan yderligere notere sig, at *one-stop-shop princippet ikke er gennemført konsekvent* i forholdet til *artikel 85, stk. 1*. I forhold til artikel 85, stk. 1 indeholder Konkurrenceloven således ikke en til reguleringen i § 4 svarende undtagelse af anvendelse af lovens forbud. En aftale kan eksempelvis efter anmeldelse til Kommissionen have modtaget en "negativattest", hvilket betyder, at Kommissionen i kraft af Rfo 17/62 har "fastslået, at der ikke efter de forhold, Kommissionen har kendskab til, findes anledning til i medfør af traktatens artikel 85, stk. (1), eller artikel 86 at skride ind mod en aftale, vedtagelse eller [...] praksis". Selv om negativattest er meddelt, og virksomhederne for så vidt kan forlade sig på ikke at blive anset for at overtræde EU-konkurrencereglerne i artikel 85, vil den danske konkurrencelov imidlertid kunne finde anvendelse på det samme forhold. Det er vel i Konkurrencelovens § 14 fastlagt, at "Konkurrencerådet kan endvidere træffe beslutning om ikke at behandle sager, hvis Europa-Kommissionen har den samme sag under behandling efter EU-konkurrencereglerne". Men denne formulering har ikke skabt sikkerhed for virksomhederne med hensyn til at blive unddraget fra anvendelse af dansk konkurrencelov, derunder pålæg af bøder og ugyldighed eller erstatning for overtrædelse af § 6. Domstolenes selvstændige kompetence til at bringe forbudsbestemmelsen i § 6 i anvendelse er ikke beskåret ved § 14.

Det bør i samme åndedrag påpeges, at manglende dansk fusionskontrol, særundtagelser for offentlig regulering af virksomhed m.v. i kraft af § 2 og overgangsbestemmelserne i § 27 næppe kan siges af være afstemt med one-stop-shop princippet.

Betydningen af § 4

Af lovens § 4 fremgår, at en aftale m.v., der har fået en *individuel fritagelse* efter Traktatens artikel 85, stk. 3, ikke vil være omfattet af forbudsbestemmelserne i lovens kapitel 2. Endvidere vil aftaler m.v., der er omfattet af en *forordning om fritagelse* eller *undtagelse af visse kategorier af aftaler m.v.*, ikke være omfattet af bestemmelserne i lovens kapitel 2.

I lovbemærkningerne udtales det, at en "aftale m.v., der opfylder betingelserne i en EU-gruppefritagelse eller EU-undtagelse, opnår samme retlige gyldighed og

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

fordele, som opnås ved, at Konkurrencerådet træffer afgørelse om individuel fritagelse efter § 8, stk. 1. Fritagelsen opnås uden forudgående anmeldelse af aftalen m.v. til Konkurrencestyrelsen og dermed uden, at der er foretaget eller skal foretages nogen undersøgelse af eller træffes nogen afgørelse om, at den pågældende aftale opfylder betingelserne i § 8, stk. 1. Aftaleparterne kan derfor selv vurdere, hvorvidt en aftale m.v. er omfattet af en EU-gruppefritagelse eller EU-undtagelse”.⁷⁵

Det følger således, at § 4 dækker såvel individuel fritagelse, der følger af en beslutning truffet af Kommissionen i medfør af Rfo 17/62 artikel 9, stk. 1, som gruppefritagelse i kraft af en af EU-gruppefritagelsesforordningerne.

For den *individuelle fritagelses* vedkommende har Konkurrenceloven ikke særskilt behandlet de tilfælde inden for EU-konkurrenceretten, hvor en aftale ikke er blevet anmeldt til Kommissionen med henblik på opnåelse af fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, fordi parterne har skønnet, at den pågældende aftale var omfattet af *ikke-anmeldelsespligten i medfør af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2*. I det EU-konkurrenceretlige system kan parterne for de ikke-anmeldelsespligtige aftalers vedkommende påberåbe sig fritagelsesmuligheden efter artikel 85, stk. 3 og opnå en fritagelsesbeslutning, hvis Kommissionen finder betingelserne opfyldt i artikel 85, stk. 3. Det er vel nærliggende at foretage en indsnævrende fortolkning af undtagelsesbestemmelsen i § 4, således at det ikke medfører udelukkelse af anvendelse af bestemmelserne i lovens kapitel 2, at aftalen i det EU-konkurrenceretlige system har været ikke-anmeldelsespligtig. Bemærkningerne taler således om “en aftale m.v., der har fået en individuel fritagelse efter Traktatens artikel 85, stk. 3”.⁷⁶ Det har aftaler, som omfattes af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2 imidlertid ikke. Imod dette taler imidlertid, at loven angiveligt har haft til hensigt med § 4 at indføre “one-stop-shop princippet”. Dette princip må vel anses brudt, hvis en aftale efter EU-konkurrenceretten kan nyde godt af artikel 85, stk. 3, men alligevel, hvis Kommissionen ikke har haft sagen til prøvelse, kan blive undergivet forbud efter den danske Konkurrencelovs § 6.

For *EU-gruppefritagelsesforordningernes* vedkommende stiller situationen sig således, at disse forordninger virker ved at angive betingelser for, at en bestemt

75. FT 1996-97, Till.A side 3655, h.sp.

76. FT 1996-97, Till.A side 3665, h.sp.

aftaletype – uden anmeldelse til Kommissionen – nyder godt af fritagelsesbestemmelsen i artikel 85, stk. 3.

En aftale om teknologioverførelse, f.eks. en “blandet patent- og know how-licens-aftale”, som alene indeholder en eller flere af de bestemmelser, som er indeholdt i gruppefritagelsesforordning Kfo 240/96’s “hvide liste” – f.eks. bestemmelser om en forpligtelse for licenstageren til ikke at udnytte den overførte teknologi på licensgiverens område inden for fællesmarkedet og en forpligtelse for licenstageren til ikke at fremstille eller anvende licensproduktet og til ikke at benytte licensmetoden på de områder inden for fællesmarkedet, der er tildelt andre licenstagere, og en forpligtelse for licenstageren til at overholde mindstekrav til licensproduktets kvalitet – *samtidig med* at aftalen ikke indeholder “sorte klausuler” – som f.eks. at en af parterne er underlagt begrænsninger med hensyn til fastsættelse af priser, priselementer eller rabatter for licensprodukterne – skal ikke anmeldes til Kommissionen for at opnå fritagelse.

Sådanne aftaler er således i henhold til de EU-konkurrenceretlige regler ikke ugyldige som stridende mod artikel 85, og der kan ikke pålægges parterne bøde for at have indgået eller efterlevet aftalen.

I forhold til Konkurrencelovens § 4 betyder dette, at sådanne gruppefritagne aftaler ej heller kan rammes efter § 6. Men der kan, som ovenfor nævnt, være grund til at anføre, at sådanne aftaler eventuelt kan udgøre en overtrædelse af § 11 som misbrug af dominerende markedsstilling. § 4 giver ingen særstilling i forhold til § 11.

Når § 4 ikke blot taler om “fritagelse”, men også om “undtagelse” af visse kategorier af aftaler m.v., er dette ikke nærmere forklaret i lovbemærkningerne. Det kan eventuelt antages, at der hermed ønskes refereret til de forordninger inden for transportområdet, som anvender andre formuleringer end udtrykket “fritagelse”, men hvor virkningen er, at de involverede virksomheder ikke kan undergives sanktionerne i artikel 85, stk. 1, enten i kraft af artikel 85, stk. 3, eller i kraft af at artikel 85, stk. 1 ikke finder anvendelse herpå. Dette er eksempelvis tilfældet i Rfo 4056/86 “om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport”, hvor det i artikel 2 om tekniske aftaler hedder i indledningen til stk. 1: “De i traktatens artikel 85, stk. 1 fastsatte forbud gælder ikke for aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som udelukkende har til formål og til følge at gennemføre tekniske forbedringer eller samarbejde af teknisk karakter [...]ved [...]”.

§ 5

Bestemmelserne i kapitel 2 finder ikke anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern.

Stk. 2. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om anvendelsen af stk. 1, herunder regler om, hvad der forstås ved aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern.

Kommentar til § 5 – koncerninterne aftaler

Lovforslagets § 5 indgik efter folketingsbehandlingen uændret i loven. Den **undtager aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern** fra forbudsbestemmelserne i lovens kapitel 2. Såfremt en aftale m.v. derimod ikke er en virksomhedsintern eller koncernintern aftale, vil forbudsbestemmelserne i lovens kapitel 2 gælde fuldt ud.

I lovbemærkningerne til § 5 anføres, at bestemmelsen forudsættes administreret i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten for så vidt angår koncernforhold og at dette er ensbetydende med, at forbindelserne mellem virksomheder, der tilhører samme koncern i egenskab af modervirksomhed og dattervirksomhed eller i egenskab af dattervirksomheder under bestemmende indflydelse af samme modervirksomhed, ikke udgør en aftale eller samordnet praksis, hvorved den er omfattet af undtagelsen. Dette forudsætter, at virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken dattervirksomheden eller dattervirksomhederne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin eller deres adfærd på markedet.⁷⁷

Henvisningen til, at bestemmelsen forudsættes administreret i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten for så vidt angår koncernforhold må i første række være udtryk for en henvisning til EF-domstolens praksis vedrørende koncerninterne aftaler.

Domstolens praksis vedrørende koncerninterne aftaler daterer sig tilbage til Centrafarm BV og Adriaan de Peijper mod *Sterling Drug Inc.*, sag 15/74, præ. afg. af 31.10.1974, Sml. 1974, 1147 og Centrafarm BV og Adriaan de Peijper mod *Winthrop BV*, sag 16/74, præ. afg. af 31.10.1974, Sml. 1974, 1183. Domstolen udtalte i disse sager vedrørende aftaler indgået mellem virksomheder i samme koncern, at artikel 85 ikke angår aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der tilhører samme kon-

77. FT 1996-97, Till.A side 3665, v.sp.

cern, når de har status som moder- og datterselskab, hvis virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen virkelig frihed til at bestemme sin markedsadfærd, og hvis aftalerne eller den samordnede praksis blot udgør en intern opgavefordeling mellem virksomhederne.

Forud herfor havde Kommissionen for aftaler med et 100%-ejet datterselskabs nået samme resultat, jf. *Christiani & Nielsen*, 18.6.1969, ABL L 165/12. Se i øvrigt om koncerninterne aftaler min *EU-Konkurrenceret*, Kapitel II, B, 1, d.

Lovbemærkningerne anfører forskellige betragtninger om koncernbegrebet i Konkurrenceloven. Det fremhæves, at begreberne modervirksomhed og dattervirksomhed forudsætter, at der er tale om koncerner, hvor der i kraft af økonomisk ejerskab eller stemmerettigheder foreligger en bestemmende indflydelse. Desuden pointeres det, at koncernbegrebet er videre end i selskabslovgivningen, hvor det kun omfatter moder- og datterselskab. "I dansk selskabslovgivning opererer man således ikke med begrebet horisontale koncerner, men denne type koncerner kendes bl.a. fra tysk ret, ligesom man i EU-konkurrenceretten har behandlet horisontale koncerners stilling i forhold til artikel 85, stk. 1. I modsætning til vertikale koncerner er horisontale koncerner ikke kendetegnet ved en overordnet virksomheds bestemmende indflydelse gennem økonomisk ejerskab eller stemmemæssigt flertal. Derimod har to eller flere virksomheder – ofte gennem kontrakt, som til tider er udbygget yderligere gennem gensidige aktiebesiddelser (cross-holding) – stillet sig under fælles ledelse. Det følger af Kommissionens praksis, at hvis der i sådanne tilfælde er tale om effektivt udøvet fælles ledelse, og samtlige deltagere er underordnet en fælles ledelse, og der eksisterer en udligningsordning for forretningsmæssige og økonomiske risici, er der tale om en virksomhedssammenslutning.⁷⁸ Virksomhederne vil derfor blive opfattet som en økonomisk enhed, hvorfor deres indbyrdes aftaler ikke vil være omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 85, stk. 1. En sådan vurdering skal dog foretages konkret i hvert enkelt tilfælde".

Gennem disse henvisninger til EU-reguleringen og Kommissionens praksis er fortolkningen af Konkurrenceloven gjort afhængig af den til enhver tid gældende EU-retlige status for begrebet virksomhed og koncern i relation til interne aftaler m.v. Dette understreges af tilføjelsen i bemærkningerne, at "Lovforslagets § 5

78. Erhvervsministerens svar (bilag 64) på spørgsmål 38 fra Erhvervsudvalget gentager dette udsagn.

Kapitel 1. Lovens formål og anvendelsesområde

forudsættes for så vidt angår horisontale koncerner administreret i overensstemmelse med Kommissionens praksis”.⁷⁹

Konkurrenceloven har ikke optaget særskilte regler om *andelsselskaber*. I bemærkningerne til § 5 findes dog følgende udsagn: “I overensstemmelse med EU-konkurrenceretten omfatter virksomhedsbegrebet også andelsselskaber, jf. bemærkningerne til § 6. For så vidt angår andelsselskabers interne aftaleforhold, det vil sige forholdet mellem andelsselskabet som sådan og dets medlemmer samt medlemmernes indbyrdes forhold, og som fastlagt i eksempelvis andelsselskabets vedtægter, vil disse være omfattet af undtagelsen, såfremt de er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsselskabet, herunder af en kontraheringsstyrke”. Konkurrencelovens bemærkninger har herved anvist en anvendelse af § 5, som knytter sig til EF-domstolens praksis vedrørende andelsselskabers vedtægtsbestemmelser.

I denne sammenhæng er særlig *Göttrup-Klim-Grovvareforening mod DLG-dommen*⁸⁰ og *Loude Luttikhuis-dommen*⁸¹ af interesse.

Østre Landsret havde i *Göttrup-Klim-Grovvareforening mod DLG-sagen* forelagt EF-domstolen en række spørgsmål, herunder, om en vedtægtsbestemmelse i en andelsindkøbsforening, hvorved det forbydes foreningens medlemmer at deltage i andre former for organiseret samarbejde, der direkte konkurrerer med foreningen, er omfattet af forbudet i TEF artikel 85, stk. 1.

EF-domstolen svarede, at det måtte erkendes, at en vedtægtsbestemmelse i en andelsindkøbsforening, der begrænser dens medlemmers muligheder for at deltage i andre former for samarbejde i konkurrence med foreningen, og som derved afholder dem fra at købe hos andre, kunne have visse negative virkninger for konkurrencen. For ikke at være omfattet af forbudet i artikel 85, stk. 1, skal de begrænsninger, der påhviler medlemmerne i henhold til andelsindkøbsforeningernes vedtægter, derfor begrænses til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og for at opretholde dens kontraheringsstyrke over for producenterne.

79. FT 1996-97, Till.A side 3666, v.sp.

Det er ikke ganske klart, hvilken praksis fra Kommissionens side, der hermed refereres til. Sikker er i alt fald, at det primært er EF-domstolen, som har afstukket rammerne for afgrænsningen af koncerninterne aftaler, som ikke omfattes af artikel 85, stk. 1.

80. *Göttrup-Klim-Grovvareforening mod DLG*, sag C-250/92, præ: afg. af 15.12.1994, Sml. 1994 I-5641.

81. *Loude Luttikhuis mod Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, sag C-399/93, præ: afg. af 12.12.1995, Sml. 1995-I, 4515.

I *Loude Luttikhuis*-sagen vedrørte sagen navnlig en udtrædelsesgodtgørelse, som en national domstol ønskede belyst i relation til EU-konkurrencereglerne. EF-domstolen svarede herved, at ved afgørelsen af, om en ordning vedrørende udtrædelsesgodtgørelse i et andelsselskabs vedtægter er forenelig med artikel 85, stk. 1, skal den forelæggende ret tage hensyn til kriterierne vedrørende formålet med aftalen om denne ordning samt til aftalens følger og kriterierne vedrørende påvirkningen af samhandelen inden for Fællesskabet ud fra den økonomiske sammenhæng, som de erhvervsdrivende virker i, de varer og tjenesteydelser som aftalen angår, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.

Det må antages, at denne praksis fra EF-domstolens side vil blive retningsgivende for fortolkningen af Konkurrencelovens § 5 i forhold til andelsselskaber.

Ved bemyndigelsesbestemmelsen i § 5, stk. 2, hvorefter erhvervsministeren kan udstede en bekendtgørelse om anvendelse af § 5, stk. 1, har loven gjort det muligt at imødekomme et behov for at klargøre retsstillingen for markedsaktørerne og fastsætte præciserende regler.

KAPITEL 2

Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler

Indledende bemærkninger til kapitel 2

Konkurrencelovens kapitel 2, §§-ne 6-10, giver bestemmelser om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. Loven har herved fundet betydelig inspiration i opbygningen og indholdet af TEF artikel 85 og den sekundære EU-konkurrenceret.

I § 6 indeholdes således et generelt *forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.*, der svarer til TEF's artikel 85, stk. 1.

Hertil kommer bestemmelsen i lovens § 7, som angiver forskellige undtagelser fra anvendelsesområdet for forbudsbestemmelsen i § 6, stk. 1, som kan samles under betegnelsen en dansk "*bagatelregel*". I et vist omfang må Konkurrenceloven med denne bestemmelse herved siges i selve lovteksten at have indarbejdet en *de minimis*-regulering, som i det EU-konkurrenceretlige system i stedet har fundet udtryk gennem *praksis* fra EF-domstolens og Kommissionens side, til dels suppleret med Kommissionens "*Bagatelmeddelelse*".

Yderligere indeholdes, i § 5 (i lovens kapitel 1), en bestemmelse om, at forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler *ikke* finder anvendelse på *koncerninterne aftaler* m.v. En hertil svarende bestemmelse finder vel ikke sit modstykke i selve TEF artikel 85, stk. 1. Men regulering af koncerninterne aftaler i relation til artikel 85 er også på dette område udviklet gennem *EF-domstolens og Kommissionens praksis*.

Konkurrencelovens § 9 giver Konkurrencerådet mulighed for, efter anmeldelse fra en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder, at erklære, at en aftale m.v. ikke omfattes af forbudet i § 6, stk. 1, og at Konkurrencerådet derfor ikke vil skride ind herimod. Bestemmelsen i § 9 finder i det EU-konkurrenceretlige system sit modstykke i adgangen til på basis af Rfo 17/62 artikel 2 på begæring at få udstedt en "*negativattest*", hvorved Kommissionen erklærer, at der efter de forhold, den har kendskab til, ikke er grundlag for at skride ind i medfør af artikel 85, stk. 1 (eller artikel 86).

En bestemmelse, *svarende til TEF artikel 85, stk. 3, suppleret med Rfo 17/62 artikel 4, stk. 1*, indeholdes i lovens § 8, som bestemmer, at Konkurrencerådet

efter anmeldelse fritager aftaler m.v., der skønnes at opfylde de i § 8 angivne betingelser. Der er herved tale om *individuel fritagelse*.

Endelig giver lovens § 10 erhvervsministeren *bemyndigelse til* at udstede *nationale gruppefritagelsesbestemmelser*. Der er derved tale om en pendant til EU-konkurrencerettens hjemmelsforordninger, hvorved Rådet bemyndiger Kommissionen til at udstede gruppefritagelsesforordninger: Rfo 19/65, Rfo 2821/71, Rfo 1534/91 og hjemmelsforordningerne på transportområdet: Rfo 4056/86, Rfo 479/92, Rfo 3976/87, Rfo 1310/97.¹

I denne sammenhæng må endelig erindres om § 4, behandlet ovenfor i kapitel 1, hvorved aftaler m.v. undrages fra den danske forbudsregel, hvis de har EU-fritagelse, være sig individuelt eller som gruppefritagelse.

Som anført i kapitel 1 bærer såvel lovbemærkningerne som lovforslagets gang gennem Folketinget bærer præg af, at man har koncentreret sin interesse om Konkurrencelovens anvendelse i forhold til *sælgere*.²

1. Se om disse hjemmelsforordninger i min *EU-konkurrenceret*, kapitel VI, A.

2. Se herved bemærkningerne om købermagt m.v. i kapitel I side 47.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

Det nye danske system for håndteringen af konkurrencebegrænsende aftaler kan illustreres gennem følgende skematiske opstilling, hvorved bestemmelserne i §§ 4-10 ses at udgøre et sammenhængende hele:

- § 6 indeholder det **generelle forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.**, som ligger over et af de kvantitative kriterier, der er fastsat i § 7.
- § 7 indeholder **kvantitative kriterier** for, hvornår en konkurrencebegrænsende aftale m.v. **ikke** falder ind **under forbudsbestemmelsen i § 6**, dog med forbehold af den samlede virkning af lignende aftaler, og forbehold for aftaler om bindende videresalgspriser.
- § 5 fastlægger, at **koncerninterne aftaler** falder **uden for** det generelle forbud i § 6, og fortolkningen heraf støtter sig på EF-domstolens og Kommissionens praksis.
- § 9 giver **Konkurrencerådet** mulighed for efter anmeldelse at **erklære**, at et forhold efter de foreliggende oplysninger **ikke** falder ind **under forbudet i § 6, stk. 1**. (dvs. Konkurrencerådet kan udstede "**negativattest**").
- § 8 indeholder betingelserne for at opnå **individuel fritagelse** for en konkurrencebegrænsende aftale m.v., der omfattes af forbudet i § 6. Samtidig fastsætter § 8 en **pligt til anmeldelse** af aftaler m.v. **som betingelse** for at opnå en **individuel fritagelse**.
- § 10 giver **erhvervsministeren** en **bemyndigelse** til ved bekendtgørelse at **fritage grupper** af konkurrencebegrænsende aftaler m.v., der opfylder nærmere angivne betingelser. Herved bliver der tale om **nationale gruppefritagelser**.
- § 4 indebærer, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v., der i medfør af artikel 85, stk. 3 er omfattet af en **fritagelse fra EU-reglerne** i kraft af **individuel fritagelse** eller **gruppefritagelse**, tillige er **fritaget fra den danske forbudsbestemmelse i § 6**.

§ 6

Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Stk. 2. *Aftaler efter stk. 1 kan f.eks. bestå i*

- 1) at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,*
- 2) at begrænse eller kontrollere produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer,*
- 3) at opdele markeder eller forsyningskilder,*
- 4) at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller*
- 5) at stille som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.*

Stk. 3. *Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.*

Stk. 4. *Konkurrencerådet kan udstede påbud om at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør.*

Stk. 5. *Aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige, medmindre de er undtaget efter § 7, er fritaget efter § 8 eller § 10 eller er omfattet af en erklæring efter § 9.*

Kommentar til § 6 – forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler

Indledende bemærkninger

§ 6 er klart inspireret af forbudsbestemmelsen i TEF artikel 85, stk. 1. I væsentligt omfang er §-en således en gentagelse af artikel 85, stk. 1. Dog er der dels visse mindre formuleringsforskelle, dels enkelte, men betydningsfulde, indholdsmæssige forskelligheder. Til forskel fra betænkning 1297/1995 er det især markant, at § 6 ikke, som den tilsvarende bestemmelse i betænkningen, udtømmende opregner de aftaleformer, som kan udgøre en overtrædelse af bestemmelsen. Eksempelkatalogen er således – som tilsvarende i TEF artikel 85, stk. 1 – alene en illustration af, hvilke aftaler, der, når betingelserne er opfyldt, kan falde ind under forbudsbestemmelsen.

TEF artikel 85, stk. 1 har følgende ordlyd:

“Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem Medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og forbudt, navnlig sådanne, som består i:

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

Formuleringsmæssigt har § 6, stk. 1 således søgt at foretage en præcisering, som kan hente sit grundlag i Kommissionens og EF-domstolens praksis, således at § 6 taler om, at de pågældende aftaler m.v. “*direkte eller indirekte*” har konkurrencebegrænsning til formål eller til følge. En sådan formulering findes ikke i artikel 85. Der er desuden tale om, at artikel 6, stk. 1 alene omhandler “*aftaler*”, medens artikel 85, stk. 1 taler om “[...] *aftaler [...] vedtagelser [...] og [...] samordnet praksis*”. I § 6 er vedtagelser og samordnet praksis derimod henskudt til stk. 3.

I § 6, stk. 1 tales desuden alene om at “begrænse konkurrencen”, medens TEF artikel 85, stk. 1 taler om “hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen”. I lov-bemærkningerne til § 6 siges det imidlertid udtrykkeligt, at “bestemmelsen omfatter både hindring, begrænsning og fordrejning af konkurrencen”.³

Indholdsmæssigt udgør de største forskelle mellem Konkurrencelovens § 6 og TEF artikel 85, stk. 1, at den danske § 6, stk. 1 dels *ikke* indeholder noget krav om, at aftalerne m.v. “*kan påvirke handelen mellem Medlemsstater*”, dels *ikke* taler om, at aftalerne m.v. skal have konkurrencebegrænsning til formål eller til følge “*inden for fællesmarkedet*”. Disse forskelle er forklarlige ud fra det forhold, at der her er tale om en *national konkurrencelov*, ikke en regulering, der vedrører

3. FT 1996-97, Till.A side 3659, v.sp.

samhandelen mellem stater. For så vidt angår TEF's krav om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater indebærer fraværet af dette krav i den danske lov imidlertid et problem, hvilket er søgt løst med bestemmelsen i § 7; jf. herved nedenfor om *de minimis*-reguleringen i § 7.

EF-Domstolen havde allerede i *Société technique minière*-dommen⁴ fastslået, at kravet "kan påvirke handelen mellem Medlemsstater" skal afgrænse anvendelsesområdet for art. 85 i forholdet til de nationale monopolregler.

Nærmere til § 6

Udgangspunktet for bestemmelsen er, at alle konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis er forbudte. Herfra undtages dog:

- aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern (§ 5, stk. 1),
- aftaler m.v., som ligger under de kvantitative kriterier i § 7.
- aftaler m.v., som har opnået en individuel fritagelse efter § 8, stk. 1,
- aftaler m.v., som Konkurrencerådet på det foreliggende grundlag har erklæret falder uden for forbudet (§ 9),
- aftaler m.v., som er omfattet af en national gruppefritagelse (§ 10, stk. 1),
- aftaler m.v., der har opnået en individuel fritagelse efter TEF artikel 85, stk. 3, (§ 4)
- aftaler m.v., der er omfattet af en EU-gruppefritagelse eller EU-undtagelse (§ 4).

Lovbemærkningerne anfører, at "såfremt Konkurrencerådet efter klage, af egen drift eller efter henvisning fra Kommissionen konstaterer, at en virksomhed har overtrådt forbudet, kan der dels udstedes **påbud** om at bringe overtrædelsen til ophør efter lovens § 6, stk. 4, jf. § 16, dels kan der over for politiet anmodes om iværksættelse af **strafferetlig forfølgning** efter § 23, stk. 1, nr. 1".⁵

Ved dette udsagn (med de af mig foretagne fremhævelser) er det imidlertid ikke fuldt ud kommet for dagen, at der med den nye Konkurrencelov er tale om en forbudslovgivning.⁶ Hvis en tredjemand således måtte være krænkede ved en

4. *Société technique minière* mod Maschinenbau Ulm, sag 56/65, præ. afg. af 30.6.1966, Samml. 1966, 282, jf. herved min *EU-konkurrenceret*, Kapitel II, B, 2.

5. FT 1996-97, Till.A side 3657, h.sp.

6. Se allerede bemærkninger herom ovenfor i kapitel 1, side 43.

overtrædelse af § 6, stk. 1, kan vedkommende ved domstolene udtage stævning, med henblik på, at det i forhold til de pågældende aftaleparter fastslås, at de har krænket § 6 med den umiddelbare konsekvens, at der kan være tale om **ugyldighed**. Der kan eventuelt også udløses et **erstatningsansvar**. Til dette kommer, at forbudsbestemmelsen i § 6, stk. 1 må antages også at kunne afstedkomme, at en person eller virksomhed med den fornødne retlige interesse vil kunne anlægge **anerkendessøgsmål** og få fastslået, at aftaleparter har krænket § 6, stk. 1. Dette kan være hensigtsmæssigt i tilfælde, hvor domhaver ønsker dokumentation for, at en retskrænkelse i forhold til ham er indtrådt. Adgang til at få nedlagt **fogedforbud** grundet krænkelse af § 6, stk. 1 synes heller ikke udelukket. Det må nok om lovbemærkningerne og de under folketingsbehandlingen fremkomne svar og tilkendegivelser generelt kunne siges, at der i henseende til forbudsbestemmelsens betydning i forhold til domstolssystemet/domstolsanvendelsen savnes belysning. Dette savn føles især markant, når man har i erindring, at det ved den nye Konkurrencelov særligt er blevet fremhævet i forbindelse med lovfremsettelsen og behandlingen af lovforslaget, at et principskifte til forbudsprincippet foreligger.

§ 6, stk. 1: Det generelle forbud

Konkurrenceloven står med § 6, stk. 1 i tydelig modsætning til 1989-konkurrenceloven, som ikke indeholdt noget generelt forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

Der var i 1989-konkurrenceloven alene i § 14 indeholdt et forbud mod at fastsætte bindende videresalgsspriser i efterfølgende omsætningsled (vertikal prisfastsættelse/Resale Price Maintenance).

Udformningen af den nye Konkurrencelovs § 6 svarer herved til TEF artikel 85, stk. 1. Lovbemærkningerne anfører i denne forbindelse, at "Kommissionens og Domstolens praksis efter artikel 85, stk. 1, vil være vejledende for fortolkningen af § 6 i det omfang, det faktiske grundlag vurderet efter danske markedsforhold må antages at være det samme".⁷

7. FT 1996-97, Till.A side 3657, h.sp.

"Aftaler" ... mellem virksomheder

Kerneområdet for § 6 er konkurrencebegrænsende aftaler. En aftale kan indgås af to eller flere virksomheder. Selv om lovbemærkningerne anfører, at "Der stilles ikke krav om, at en aftale skal være juridisk bindende. F.eks. kan en såkaldt 'gentleman's agreement' være omfattet af aftalebegrebet"⁸ vil det nok ved den praktiske retsanvendelse være mere hensigtsmæssigt at henføre sådanne fænomener til "samordnet praksis". Der er ikke retlige forskelle mellem aftaler og samordnet praksis, bortset fra at ugyldighedssanktionen kun har mening ved aftalerne.

Lovbemærkningerne påpeger i denne forbindelse videre, som tilfældet i øvrigt er det inden for EU-konkurrenceretten, at der heller **ikke stilles krav om, at aftalen skal være skriftlig.** Ligeledes pointerer bemærkningerne, at aftalebegrebet omfatter såvel horisontale som vertikale aftaler, og at "Aftalebegrebet skal i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af aftalebegrebet i artikel 85, stk. 1, fortolkes bredt."

Det springer således ved læsning af lovbemærkningerne til § 6 i øjnene, at man her tydeligvis **har ønsket en fremtidig udvikling, som søger betydelig vejledning i EU-myndighedernes (Kommissionens og Domstolens) praksis.** Således er henvisning til disse myndigheders praksis nævnt adskillige gange, og hele den efterfølgende gennemgang i bemærkningerne af hvilke situationer, som vil omfattes af § 6, stk. 1, er tydeligvis inspireret af denne praksis, uden at der dog er sket direkte henvisninger hertil.

Omtalen i det følgende vil på dette grundlag søge at uddybe lovbemærkningerne ved inddragelse af EU-konkurrenceretlig praksis.

Når lovbemærkningerne kan udtale, at det er uden betydning for anvendelsen af § 6, hvilken betegnelse aftalen har, og hvorledes den er udformet, ligger også dette ganske på linie med den EU-konkurrenceretlige praksis.⁹

Det falder også godt i tråd med EU-konkurrenceretten, når lovbemærkningerne anfører, at "Eksempelvis vil standardsalgsbetingelser, der indgår i de almindelige forretningsforhold mellem en leverandør og dennes kunder, efter omstændighederne være omfattet af § 6".

8. FT 1996-97, Till.A side 3657, h.sp.

9. Jf. herved min *EU-konkurrenceret*, kapitel II, B, 1, a.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

I en af sag vedrørende *Peugeot's* forhandlersystem¹⁰ fandtes en cirkulæreskrivelse til de autoriserede forhandlere i et selektivt distributionssystem i forbindelse med bilforhandlerkontrakter at indebære en krænkelse af artikel 85, stk. 1. Samtidig udelukkede den "gruppefritagelse" i medfør af den tidligere gældende Kfo 123/85 (nu afløst af Kfo 1475/95).

Med lovbemærkningernes ord "efter omstændighederne" må i øvrigt være ment, at forholdet er omfattet af § 6, hvis de øvrige betingelser i §-en er opfyldt. For i sig selv må standardbetingelser altid anses at være "aftaler" i § 6's forstand.

Lovbemærkningerne må have ladet sig inspirere fra *Sandoz-dommen*¹¹ med udtalelsen om, at et vilkår, der indgår i teksten på en **faktura**, vil kunne anses for en aftale ved kundens stiltiende accept heraf, f.eks. ved at kunder i praksis følger de nævnte vilkår, eller ved kundens afgivelse uden indsigelser af nye ordrer på samme vilkår som hidtil.

I *Sandoz-dommen* blev virksomhedens anførsel "eksport forbudt" på fakturaer, som tilgik forhandlerne, anset for omfattet af de dispositioner, som art. 85, stk. 1 omfatter, i hvilken forbindelse forhandlerne stiltiende accept af klausulen bl.a. blev fundet opfyldt gennem en indgående antagelsesprocedure, som konsekvent blev praktiseret fra *Sandoz'* side. Der pålagdes bøder.

Lovbemærkningernes omtale af, at hvis der allerede foreligger en aftale, vil også **ensidige handlinger** med henblik på at sikre aftalens gennemførelse blive anset for en del af den samlede aftale, kan især finde sin inspiration i EF-domstolens praksis vedrørende "selektiv distribution".

EF-domstolen har således i *Ford-Werke-dommen*¹² fastslået, at en opfordring fra en motorkøretøjsfabrikant til dennes autoriserede forhandlere er en aftale i artikel 85, stk. 1 forstand, såfremt den er et led i en helhed af faste forretningsforbindelser, der er reguleret ved en på forhånd truffet generel aftale.

10. *Peugeot* mod Kommissionen, sag T-23/90, dom af 12.7.1991, Sml. 1991, II-653.

11. *Sandoz* mod Kommissionen, sag C-277/87, dom af 11.1.1990, Sml. 1990, 45.

12. *Ford-Werke* mod Kommissionen, sag 25 og 26/84, dom af 17.9.1985, Sml. 1985, 2725.

Denne opfattelse er bekræftet af Domstolen i *Bayerische Motorenwerke* mod ALD Auto-Leasing D¹³, hvor en opfordring til ikke at levere til uafhængige leasingselskaber indgik i en rundskrivelse som et led i de kontraktmæssige forbindelser mellem BMW og dets forhandlere. Rundskrivelsen henviste udtrykkeligt og flere gange til forhandlerkontrakten. Den opfordring, som skrivelsen indeholdt, blev derfor anset for et led i en helhed af faste forretningsforbindelser, der var reguleret ved en på forhånd truffet generel aftale. Denne opfordring måtte følgelig betragtes som en aftale i TEF artikel 85, stk. 1's forstand.

Lovbemærkningerne illustrerer selv sit udsagn om ensidige handlinger ved at udtale, at "Således kan en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd inden for rammerne af virksomhedens aftalesystem om videreförhandling være omfattet af § 6. Eksempelvis vil en leverandørs beslutning om at afslå en forhandler, der ellers opfylder betingelserne i et selektivt salgssystem, men som ikke er indforstået med at følge de salgsbindinger, som leverandøren har aftalt med andre forhandlere, være en handling, der vil være omfattet af § 6, eftersom formålet med afslaget er at sikre overholdelsen af de salgsbindinger, der ligger til grund for aftaler indgået mellem leverandøren og forhandlerne".

Lovbemærkningerne påpeger, at *rent ensidige handlinger* fra en virksomheds side, som *ikke* på nogen måde kan siges at være *aftalt* eller *accepteret* (udtrykkeligt eller stiltiende), og som heller ikke senere ændrer karakter til at blive en del af en aftale, omvendt *ikke* vil være *omfattet af aftalebegrebet i § 6*. Efter omstændighederne vil sådanne rent ensidige handlinger imidlertid kunne være omfattet af bestemmelserne i kapitel 3 om misbrug af dominerende stilling.

Fra EU-praksis kan herved peges på *Zink-sagen*,¹⁴ hvor EF-domstolen fandt, at Kommissionens antagelse om, at der forelå en samordnet praksis mellem de involverede virksomheder, hvilede på den forudsætning, at der ikke kunne være nogen anden forklaring på de faktiske omstændigheder, som var blevet lagt til grund i beslutningen. Det ville her overfor være tilstrækkeligt, at parterne godtgjorde, at der forelå omstændigheder, der kunne sætte de af Kommissionen konstaterede forhold i et andet lys. I den konkrete sag lykkedes dette ikke kontraktparterne.

13. *Bayerische Motorenwerke* mod ALD Auto-Leasing D, sag C-70/93, præ. afg. af 24.10.1995, Sml. 1995-I, 3439.

14. *Zink*: Compagnie royale asturienne des mines mod Kommissionen, sag 29 og 30/83, dom af 28.3.1984, Sml. 1984, 1679.

Se herved desuden *Lucazeau* mod SACEM, sag 110, 241 og 242/88, dom af 13.7.1989, Sml. 1989, 2811, og *Tournier*, sag 395/87, dom af 13.7.1989, Sml. 1989, 2521.

Lovbemærkningerne giver i tillæg hertil den rettesnor, at i de tilfælde, hvor f.eks. en mindre erhvervsvirksomhed passivt accepterer en konkurrencebegrænsende aftale med en større virksomhed, vil der ved strafudmålingen i forbindelse med domfældelse for overtrædelse kunne tages hensyn til dette forhold.

Dette harmonerer godt med Kommissionens praksis, jf. herved "Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager",¹⁵ hvoraf bl.a. fremgår, at Kommissionen lægger vægt på, at virksomheden ikke har tvunget en anden virksomhed til at deltage i et kartel. Se også f.eks. Kommissionens beslutning i *BASF Lacke + Farben AG*¹⁶ hvor bøder på henholdsvis 2.700.000 ECU (leverandøren) og 10.000 ECU (forhandleren) blev pålagt.

Det nævnes ikke i lovteksten eller i lovbemærkningerne, hvorledes **forholdet er mellem § 6 og § 11**. Det er imidlertid nærliggende, at det EU-konkurrenceretlige forbillede her må trænge igennem. Efter EU-konkurrenceretten kan en adfærd være omfattet af såvel TEF artikel 85, som artikel 86. Dette gælder ikke blot, hvor samme virksomhed eller virksomheder gennem forskellige tiltag krænker begge bestemmelser, men tillige, hvor samme adfærd samtidigt udgør en krænkelse af såvel artikel 85, som artikel 86. Det er også muligt efter EU-retten, at der gælder fritagelse, f.eks. i henhold til en gruppefritagelsesforordning for en given aftale, men at samme aftale udgør en overtrædelse af artikel 86. I så fald vil det naturligvis være muligt, at Kommissionen i medfør af den hjemmel, der findes i de forskellige EU-gruppefritagelsesforordninger til i det konkrete tilfælde at trække gruppefritagelsen tilbage for fremtiden, foretager en sådan tilbagetrækning. Om muligheden for at tilbagetrække danske gruppefritagelser, se nedenfor ved behandlingen af § 10.¹⁷

EF-domstolen statuerede således i *Ahmed Saeed*-dommen¹⁸ at både artikel 85, stk. 1 og artikel 86 i givet fald ville kunne bringes i anvendelse på samme forhold.

15. EFT 1996 C 207/4.

16. *BASF Lacke + Farben AG og SA Accinauto*, 12.7.1995, EFT L 272/16.

17. Se om tilbagetrækning i konkrete tilfælde af gruppefritagelse nedenfor side 149.

18. *Ahmed Saeed Flugreisen* mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, sag 66/86, præ. afg. af 11.4.1989, Sml. 1989, 803.

Ved spørgsmålet om samtidig anvendelse af fritagelsesbestemmelsen i artikel 85, stk. 3 og forbudsbestemmelsen i artikel 86 har Retten i første Instans i *Tetra Pak Rausing-dommen*,¹⁹ taget stilling hertil. Tetra Pak Rausing havde indbragt Kommissionens beslutning²⁰ for Retten, hvorved Kommissionen havde fundet, at Tetra Pak ved gennem køb af erhverve en anden virksomhed, som var indehaver af en eksklusiv patentlicens, havde krænket artikel 86 fra datoen for erhvervelsen, indtil eksklusiviteten var blevet bragt til ophør ved en erklæring fra Tetra Pak's side om, at de gav afkald på alle krav på eksklusivitet til den pågældende patentlicens. Retten fastslog herved, at fritagelsesbestemmelserne, enten individuel fritagelse eller gruppefritagelse under artikel 85, stk. 3, ikke som sådan kunne gøre forbudsbestemmelsen i art. 86 uanvendelig.

Lovbemærkningerne har imidlertid anlagt en anden angrebsvinkel end EU-konkurrenceretspraksis, hvad angår **joint ventures**. Det hedder således: "En aftale mellem to eller flere virksomheder om etablering af et såkaldt joint venture, en separat virksomhed, som kontrolleres i fællesskab af de stiftende virksomheder, falder som udgangspunkt også ind under forbudet i § 6. Efter EU-konkurrencereglerne betragtes visse joint ventures som fusioner, der behandles efter reglerne om kontrol med fusioner. Da lovforslaget ikke indeholder bestemmelser om fusionskontrol, foreslås alle former for joint ventures omfattet af § 6 – med forbehold af § 4 – idet der dog vil være mulighed for, at der kan opnås en individuel fritagelse efter § 8 eller opnås en erklæring om ikke-indgreb efter § 9, eller at et joint venture kan falde ind under en dansk gruppefritagelse udstedt i medfør af § 10".²¹

Det var naturligt, at en så markant afvigende håndtering, end det sker i EU-konkurrenceretten af en række tilfælde af stor praktisk betydning, måtte vække til forundring og i visse kredse til modstand. Under alle omstændigheder var der med disse lovbemærkninger tale om en vigtig rettesnor for praksis, som ikke fremgår af lovteksten, men alene af motiverne. Under folketingsbehandlingen blev flere spørgsmål stillet fra Erhvervsudvalget til erhvervsministeren, hvorved der gennem besvarelserne rides en mere nuanceret situation op.

I en af besvarelserne udtalte *erhvervsministeren*²², at "[e]n situation, hvor visse aftaler om joint ventures helt lades ureguleret, netop fordi man ikke har fusionskontrol i Dan-

19. *Tetra Pak Rausing* mod Kommissionen, sag T-51/89, dom af 10.7.1990, Sml. 1990, 309.

20. *Tetra Pak I (BTG-licens)*, 26.7.1988, EFT L 272/27.

21. FT 1996-97, Till.A side 3658, v.sp.

22. Erhvervsministerens svar (bilag 53) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 52.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

mark, hænger ikke sammen med ønsket om en effektiv konkurrencelov. At lade alle aftaler om joint ventures behandle under ét regelsæt – forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler – svarer i øvrigt til den retstilstand, som herskede i EU, inden fusionsforordning nr. 4064/89 trådte i kraft den 21. september 1990. Efter de nuværende EU-konkurrenceregler behandles visse aftaler om joint ventures,[...] under forordningen om fusionskontrol, mens andre aftaler om joint ventures behandles efter traktatens artikel 85 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det vil altså sige, at der ikke er nogen former for aftaler om joint ventures, der efter EU-konkurrencereglerne lades helt ureguleret”.

Denne besvarelse blev imidlertid uddybet i besvarelsen af et andet spørgsmål²³, hvor det blandt andet blev udtrykt, at “I aftaler om joint ventures, der ikke er omfattet af bagatelgrænserne, indebærer lovforslaget, at der skal foretages en vurdering af, om der er konkurrencebegrænsende elementer i den bagvedliggende joint venture-aftale. Det er således ikke selve joint venture-selskabets etablering, der skal vurderes, men alene den bagvedliggende joint venture-aftale. Kun, hvor denne indeholder konkurrencebegrænsende elementer, vil disse elementer være omfattet af forbudet, således at der må ansøges om fritagelse”.

Man kan notere sig, at medens lovforslaget behandledes i Folketinget og i dettes Erhvervsudvalg, blev der indgået politisk forlig i EU om ændring af fusionskontrollforordningen, Rfo 4064/89. Denne ændring udmøntedes senere i Rfo 1310/97²⁴ med ikrafttrædelsesdag den 1. marts 1998. Med ændringen af Rfo 4064/89 er der sket en væsentlig forandret fremtidig behandling af joint ventures, idet en række yderligere joint ventures end tidligere – nemlig de kooperative joint ventures,²⁵ som er fusioner – inddrages under fusionskontrollforordningen, men således at de behandles efter kriterierne i artikel 85, stk. 1 og stk. 3. Betydningen af dette vil primært blive, at disse joint ventures i det EU-konkurrenceretlige system ikke vil blive behandlet under proceduren i Rfo 17/62, men efter den hurtige procedure, der er gældende for fusioner i Rfo 4064/89 med dertil knyttede yderligere bestemmelser.²⁶

23. Erhvervsministerens svar (bilag 123) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 77.

24. Rfo 1310/97 af 30. juni 1997 “om ændring af forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser”, EFT 1997 L 180/I.

25. Kooperative joint ventures skulle tidligere ikke behandles efter bestemmelserne i Rfo 4064/89, men efter Rfo 17/62.

26. Se herved min *EU-konkurrenceret*, kapitel V og VI.

Så vidt ses blev Folketinget eller Erhvervsudvalget i forbindelse med behandlingen af forslaget til ny Konkurrencelov ikke orienteret om dette forlig i EU med den ændrede udformning af EU-konkurrenceretten til følge.

"Vedtagelser" ... inden for en sammenslutning af virksomheder

Ganske på linie med TEF artikel 85, stk. 1 omfatter Konkurrencelovens § 6 til-lige **vedtagelser**, der er truffet inden for en sammenslutning af virksomheder ved dennes kompetente organer. i Konkurrenceloven er dette sket gennem bestem-melsen i § 6, stk. 3. Begrebet vedtagelse er ikke veldefineret, men angives at kunne omfatte vedtægter, beslutninger og henstillinger. Det stilles ikke krav om, at vedtagelsen er juridisk bindende for medlemmerne. Begrebet **sammenslutning af virksomheder** omfatter brancheforeninger af enhver slags og enhver anden form for organiseret samarbejde mellem virksomheder. Lovbemærkningerne nævner som eksempel på vedtagelser brancheforeningers vedtagelser, hvad enten de er bindende eller vejledende for medlemmerne.

Fra EU-praksis kan nævnes *COAPI*-beslutningen,²⁷ hvor Kommissionen fastslog, at et reglement inden for et samvirke af spanske patentagenter udgjorde en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.

i *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf m.fl.*²⁸ fandt Kommissionen, at en sammenslutning af kranudlejere og en på samme adresse placeret sammenslutning, hvis formål var at fremme og opretholde kvaliteten af kranudlejningsvirksomheder, begge i Nederlandene, havde overtrådt artikel 85 ved gennem en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder blandt andet at have anvendt et system med vejledende priser og modregningspriser, hvorved medlemmerne kunne forudsige hinandens prispolitik.

"Samordnet praksis"

Samordnet praksis indebærer, at to eller flere virksomheder koordinerer deres adfærd, uden at der er indgået en egentlig aftale. En sådan adfærd rammes af for-budet i § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 3. Det kræves dog, at der har været kontakt mellem virksomhederne, f. eks. afholdelse af møder eller udveksling af informationer. Forholder virksomheder sig ensartet på markedet (parallel adfærd), uden at der dermed er tale om viljemæssig tilpasning, rammes de derimod ikke af forbudet.

27. *COAPI*, 30.1.1995, EFT L 122/37.

28. *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf m.fl.*, 29.11.1995, EFT L 312/79.

Lovbemærkningerne anfører, at begrebet samordnet praksis i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten vil kunne omfatte enhver direkte eller indirekte kontakt mellem virksomheder, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller potentiel konkurrents markedsadfærd eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til – eller overvejer – selv at følge. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor virksomheder på møder har udvekslet oplysninger om priser og produktionsmængder eller lignende forretningshemmeligheder, og hvor formålet har været at samordne den senere markedsadfærd.²⁹

Den praktiske betydning i Konkurrenceloven som i EU-konkurrenceretten af, at samordnet praksis er omfattet af forbudet, er navnlig af bevismæssig art, idet man herved kan ramme en adfærd, hvis eksistens ikke kan bevises med forekomsten af en egentlig aftale.

i EU-praksis har ikke mindst *Cellulose II*-sagen³⁰, hvor EF-domstolen efterprøvede Kommissionens beslutning,³¹ analyseret samordnet praksis. I sagen havde Kommissionen fundet, at en række selskaber der var beliggende uden for EU, havde overtrådt artikel 85 gennem samordnet praksis i relation til deres salg ind på EU-markedet af cellulose. Ved beslutningen var der samtidigt pålagt hovedparten af virksomhederne bøder. Domstolen fandt imidlertid, at samordning ikke var den eneste mulige forklaring på den parallelle adfærd, som var konstateret i sagen. Oprindeligt kunne de prisannonceringer, som forelå, forklares som en rationel reaktion på den omstændighed, at pulpemarkedet udgjorde et langtidsmarked, og at der bestod et behov såvel fra køberes som sælgeres side for at begrænse deres kommercielle risici. Videre kunne ligheden i data vedrørende prisannonceringer forklares som et direkte resultat af den høje grad af markedstransparens, som ikke nødvendigvis behøvede at beskrives som kunstig. Endelig kunne paralleliteten i priser og pristendenser tilfredsstillende forklares ved de oligopolistiske tendenser i markedet og gennem de særlige omstændigheder, som var fremherskende i visse perioder. Som følge heraf udgjorde den parallelle adfærd, som Kommissionen havde påvist, ikke noget bevis på samordning. Konklusionen heraf blev, at fraværet af en fast, præcis og konsistent mængde af bevis gjorde, at samordning vedrørende annoncerede priser ikke var blevet bevist fra Kommissionens side, hvorfor Kommissionens beslutning delvis annulleredes.

29. FT 1996-97, Till.A side 3658, v.sp.

30. *Cellulose II*: Ahlström mod Kommissionen, sag C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, dom af 31.3.1993, Sml. 1993, i-1307.

31. *Cellulose*, 19.12.1984, EFT 1985 L 85/1.

Retten i Første Instans har i *Polypropylen-dommene*³² fastslået, at samordnet praksis også kan foreligge, når blot samordning har fundet sted, uden at nogen praksis har kunnet påvises, idet de informationer, mødedeltagerne herved modtager, kan udnyttes til at fastlægge den fremtidige markedsadfærd.

Virksomhedsbegrebet

Lovbemærkningerne henviser vedrørende **virksomhedsbegrebet** i § 6 til bemærkningerne til § 2, stk. 1, vedr. begrebet “erhvervsvirksomhed”.³³

Konkurrencebegrænsningskriteriet

Det er tilsigtet, at enhver form for **konkurrencebegrænsning** skal rammes af forbudet i § 6. Bestemmelsen omfatter således såvel hindring, som begrænsning, som fordrejning af konkurrencen. Den omfatter også aftaler m.v., der “direkte eller indirekte har til formål eller til følge” at begrænse konkurrencen.

I den danske *transportbranche* findes eksempelvis landsdækkende netværk, der baseres på markedsopdeling og faste priser med henblik på en servicering af samtlige danske producenter, detailhandlere og forbrugere. Fra deltagernes egen side erkendes det, at disse samarbejder ofte involverer konkurrencebegrænsende elementer “for at sikre høj effektivitet og eksisterende samarbejder, som angiveligt tilgodeser brugerne på landsplan”.³⁴ Der kan næppe være fornuftig tvivl om, at sådanne netværk direkte omfattes af Konkurrencelovens § 6. Om de kan fritages i medfør af § 8 må konkret afgøres af Konkurrencerådet efter anmeldelse. Det forekommer åbenbart, at aftalerne ikke nyder godt af nogen EU-gruppefritagelsesforordning.

Udtrykket “**til formål eller til følge**” er alternative kriterier. Forbudet rammer således både aftaler m.v., der tilsigter begrænsninger, selv om de ikke får denne virkning, og aftaler m.v., der har sådanne virkninger, uanset intentionerne. § 6

32. *Rhône-Poulenc* mod Kommissionen, sag T-1/89, dom af 24.10.1991, Sml. 1991, II-867 (præmis 118-124); *Petrofina* mod Kommissionen, sag T-2/89, dom af 24.10.1991, Sml. 1991, II-1087; *Atochem* mod Kommissionen, sag T-3/89, dom af 24.10.1991, Sml. 1991, II-1177.

33. Også finansielle supermarkeder er omfattet af § 6, jf. erhvervsministerens besvarelse over for Erhvervsudvalget af spørgsmål 9.

34. Se herved *høringssvar* fra *Danske Vognmænd* af 12. februar 1997, der indgår i Erhvervsudvalgets bilag 2.

kræver således ikke, at der faktisk har fundet en påvirkning sted. I disse henseender er Konkurrenceloven og bemærkningerne hertil stærkt inspireret af EU-konkurrenceretten.

Domstolen har senest ved sin dom i *Ferriere Nord*-sagen³⁵ gennem en stadfæstelse af Rettens dom i samme sag³⁶ fastslået, at det fremgik af fast retspraksis, at de fællesskabsretlige bestemmelser skal fortolkes og anvendes ensartet i lyset af de versioner, der foreligger på de øvrige fællesskabssprog. Den omstændighed, at den italienske version af art. 85, betragtet for sig, var klar og utvetydig ved at kræve "til formål og til følge", ændrede ikke ved det resultat, som udtrykkeligt fremgik af de øvrige sproglige versioner, nemlig at betingelsen i TEF art. 85, stk. 1 er alternativ.

Derimod er der i lovbemærkningerne indarbejdet et udsagn om afgivelse af **fælles bud på en bestemt opgave**, som må betragtes som en anomali i forhold til EU-konkurrenceretten. I lovbemærkningerne hedder det således: "Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)".³⁷

Lovbemærkningernes udsagn må undre, og dets rækkevidde må give anledning til tvivl. Således vil der på den ene side heri ses en fra EU-konkurrenceretten afvigende regulering.

Fra EU-praksis kan herved især nævnes sagen vedrørende *Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene*,³⁸ som angik tilbudsgivning ved licitationer. Såvel Retten³⁹ som EF-

35. *Ferriere Nord* mod Kommissionen, sag C-219/95 P, dom af 17.7.1997, Sml. 1997, I-.

36. *Ferriere Nord SpA* mod Kommissionen, sag T-143/89, dom af 6.4.1995, Sml. 1995, II-917.

37. FT 1996-97, Till.A side 3659, v.sp.

I erhvervsministerens svar (bilag 84) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 54 uddybes det, at virksomhederne i tvivlstilfælde vil kunne anmode om en erklæring i henhold til § 9. I budsituationer, skal der imidlertid ofte handles hurtigt, og der vil derfor i givet fald kunne opstå særdeles komplicerede situationer for virksomhederne, hvis de er henvist til forlade sig på en § 9-erklæring.

38. *Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene*, 5.2.1992, EFT L 92/1.

39. *SPO m.fl.* mod Kommissionen, sag T-29/92, dom af 21.2.1995, Sml. 1995, II-289.

domstolen⁴⁰ opretholdt, at Kommissionen havde pålagt store bøder. Det var herved ikke et acceptabelt forsvar, at licitationer uden koordinerende bud ville føre til ruinerende konkurrence.

På den anden side vil der utvivlsomt kunne indgås aftaler på det horisontale plan, som dækkes af dette udsagn, men som samtidig vil have stærkt konkurrencebegrænsende virkning, idet den omstændighed, at ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven, ikke nødvendigvis efter EU-konkurrenceretten ville berettige til indgåelse af aftaler som de nævnte. Gennem sådanne aftaler vil enkeltstående virksomheder, som ikke deltager i det pågældende samarbejde, let blive stillet ringere gennem den modvægt i budsituationen, der etableres med det skitserede samvirke. Det må også kunne forventes, at større virksomheder, som vel kunne klare den pågældende opgave alene, men alligevel ville ønske at indgå i et samarbejde med mindre virksomheder om opgaven, ved den skitserede tilladte adfærd lider skade med skade for konkurrencen til følge.

§ 6, stk. 2: Forbudte konkurrencebegrænsninger, eksempler

§ 6, stk. 2, nr. 1)-5), anfører en række **eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler m.v.** Eksemplerne er skrevet af efter artikel 85, stk. 1's eksempler. Opregningen i nr. 1)-5) er – som tilsvarende i artikel 85 – ikke udtømmende, men er alene en eksemplificering, jf. ordene “f.eks. bestå i”.

§ 6, stk. 2, nr. 1): Fastsættelse af priser eller forretningsbetingelser

§ 6, stk. 2, nr. 1), omfatter for det første **fastsættelse af priser**, herunder bl.a. karteller, der kan indskrænke konkurrencen betydeligt, f.eks. fordi den normale priskonkurrence fjernes eller begrænses væsentligt gennem aftaler eller samordnet praksis mellem producenter eller distributører. Dette gælder også, hvor prisfastsættelsen sker inden for en brancheorganisation, indkøbsorganisation eller lignende, jf. § 6, stk. 3. Endvidere omfatter forbudet aftaler mellem indbyrdes konkurrerende producenter, **horisontale aftaler**, om fastsættelse af priser eller om etablering af rabataftaler. Også *vejledende prissamarbejde*, som f.eks. horisontale listepreiser, der ofte i praksis har vist sig at være prisstyrende og

40. (SPO): Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid mod Kommissionen, sag C-137/95P, kendelse af 25.3.1996, Sml. 1996-I, 1611.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

hyppigt har været udsendt af bl.a. brancheorganisationer, er – som i EU-konkurrenceretten – omfattet af forbudet.

Lovbemærkningerne anmærker, at forbudet også omfatter **vertikale aftaler** m.v. mellem f.eks. en producent og en forhandler om fastsættelse af priser m.v. (herunder rabat- og bonusaftaler) ved videresalg i efterfølgende omsætningsled. Dette forekommer i sig selv fuldt forståeligt og falder helt i tråd med EU-konkurrenceretten.⁴¹

Hertil kommer imidlertid, at Konkurrenceloven i § 7, stk. 2, nr. 2) indeholder den særskilte regel om vertikale prisaftaler, som ikke nyder godt af bagatelreglen angående en samlet omsætning på under 150 mio. kr. Se nærmere herom nedenfor under kommentaren til § 7.

Under udtrykket “**andre forretningsbetingelser**” falder bl.a. fælles konkurrencebegrænsende afsætningsvilkår, vilkår for betaling, garantier, rabatter m.v.

Der skal her henvises til den eksemplificering, der er gjort i min EU-konkurrenceret.⁴² Som eksempler fra EU-praksis kan i denne forbindelse blot nævnes *Belasco*-sagen⁴³, som angik en aftale mellem deltagerne i et kooperativt belgisk selskab oprettet i 1955. Den omfattede belgiske producenter af asfaltpap og selskaber, der var medlemmer af Belasco. Aftalen gik blandt andet ud på at fastsætte priser og salgsvilkår for alle leverancer af asfaltpap i Belgien, at fastsætte fordelingskvoter til medlemmerne og at gennemføre bestemmelser om kollektiv annoncering m.v. EF-domstolen fandt, som Kommissionen havde gjort det,⁴⁴ at virksomhederne havde begrænset konkurrencen for så vidt angik priserne. Den påpegede specielt, at parternes meddelelse om deres planer til virksomheder, som ikke var medlemmer af Belasco, havde til formål at forøge virkningen af aftalen uden for Belasco-kredsen. Den omstændighed, at de fastlagte priser ikke i praksis var blevet respekteret, var ikke nogen gyldig undskyldning. Domstolen opretholdt pålagte bøder.

§ 6, stk. 2, nr. 2): Produktionsbegrænsning m.v.

§ 6, stk. 2, nr. 2), omfatter i følge lovbemærkningerne bl.a. *selvbegrænsningsaftaler*, der har til formål at opretholde et højt prisniveau gennem en **begrænsning**

41. FT 1996-97, Till.A side 3659, v.sp.

42. EU-konkurrenceret, kapitel VIII, B, 1, a.

43. *Belasco* mod Kommissionen, sag 246/86, dom af 11.7.1989, Sml. 1989, 2117.

44. *Asfaltpap*, 10.7.1986, EFT L 232/15.

af udbudet af et produkt.⁴⁵ Man må hertil imidlertid erindre, at § 6 angår “aftaler”, hvilket indebærer, at kravet om to eller flere virksomheders medvirken skal opfyldes. Med “selvbegrænsningsaftaler” må derfor menes aftaler indgået mellem “selvbegrænseren” og en anden virksomhed.

Fra EU-praksis vedrørende selvbegrænsningsaftale findes en ældre sag om *Fransk-japansk aftale vedrørende kuglelejer*⁴⁶, hvor der mellem japanske og franske producenter var indgået aftale, hvorved de japanske producenter havde givet tilsagn om ikke at ville forhøje prisen på de kuglelejer, som eksporteredes til Frankrig. De franske producenter tog dette til efterretning. Kommissionen udtalte, at det var tilstrækkeligt for at art. 85, stk. 1 kan anvendes, at en af parterne frivilligt forpligter sig til at begrænse sin handelfrihed over for den anden part, og Kommissionen forbød aftalen.

Kollektive boykot-foranstaltninger mod en enkelt virksomhed er forbudt. Det gælder også *konkurrenceklausuler* i forbindelse med virksomhedsoverdragelse. Lovbemærkningerne siger herved, at dette gælder, “hvis de går ud over, hvad der efter Kommissionens og Domstolens praksis kan anses for nødvendigt – i tids- og produktmæssig samt geografisk henseende”.

I *Reuter/BASF*-beslutningen,⁴⁷ godkendte EU-Kommissionen, men med en kortere periode end parterne havde aftalt, at en konkurrenceklausul var blevet pålagt en enkeltperson i forbindelse med en overdragelse af dennes virksomhed. Konkurrenceklausulen blev anset for en aftale, der omfattedes af art. 85.

I *Remia*-dommen⁴⁸ foretog EF-domstolen en nærmere analyse af tilfælde, hvor konkurrenceklausuler i forbindelse med virksomhedsoverdragelse kan accepteres efter EU-konkurrenceretten.

I lovbemærkningerne siges det: “Visse former for konkurrencebegrænsende aftaler m.v., der falder under denne kategori, har dog ikke udelukkende negative virkninger. Dette gælder f.eks. selektive distributionsaftaler, specialiseringsaftaler, aftaler om forskning og udvikling, licensaftaler m.v. Efter en afvejning af om den foreliggende aftale m.v. i andre henseender har så gunstige virkninger, at den

45. FT 1996-97, Till.A side 3659, h.sp.

46. *Fransk-japansk aftale vedr. kuglelejer*, 29.11.1974, EFT L 343/19.

47. *Reuter/BASF*, 26.7.1976, EFT L 254/40.

48. *Remia* mod Kommissionen, sag 42/84, dom af 11.7.1985, Sml. 1985, 2545.

bør tillades, kan der indrømmes en individuel fritagelse til aftalen, jf. § 8, ligesom der er mulighed for, at sådanne aftaler kan være fritaget efter en EU-gruppefritagelse, jf. § 4, eller en gruppefritagelse fastsat af erhvervsministeren, jf. § 10.”⁴⁹

Det må til lovbemærkningernes udsagn på dette punkt noteres, at der dér er henvist til fritagelsesbestemmelsen i § 8, der svarer til TEF artikel 85, stk. 3, for så vidt angår individuel fritagelse og til gruppefritagelsesmuligheden. I EU-konkurrenceretten er der imidlertid fra EF-domstolens side i flere tilfælde tale om, at en restriktion er blevet vurderet som ikke omfattet af forbudet i artikel 85, stk. 1, fordi den efter sin karakter ikke krænker denne bestemmelse. Det gælder f.eks. netop en af de aftalekategorier, som omtales i lovbemærkningerne til § 6, nemlig ”selektiv distribution”.⁵⁰ For alle de øvrigt omtalte former for konkurrencebegrænsende aftaler er der i det EU-konkurrenceretlige system udstedt gruppefritagelsesforordninger, således Kfo 417/85 for specialiseringsaftaler, Kfo 418/85 for aftaler om forskning og udvikling, og Kfo 240/96 for licensaftaler m.v. (teknologioverførselsaftaler). Lovbemærkningerne synes dog ikke hermed at have udelukket, at den gunstige virkning af de pågældende typer af aftaler af andre grunde end de nævnte unddrages forbudsbestemmelsen i § 6 på linie med EF-domstolens praksis vedrørende aftaler, der ikke har en ugunstig virkning på konkurrencen, og derfor ikke er omfattet af artikel 85, stk. 1.

§ 6, stk. 2, nr. 3): Markedsopdeling m.v.

Lovbemærkningerne fremhæver, at § 6, stk. 2, nr. 3) omfatter såvel **horisontale** som **vertikale** markedsdelingsaftaler. For *horisontale markedsdelingsaftalers* vedkommende nævnes som eksempel opdeling efter geografiske områder, kvoter eller kundekategorier. For *vertikale markedsdelingsaftalers* vedkommende fremhæves aftaler mellem producenter og distributører, om f.eks. geografisk afgrænsede salgsområder, opdeling af kundekredse m.v. Der er også her grund til at erindre om, at der i EU-konkurrenceretten findes flere gruppefritagelsesforordninger udstedt, som i kraft af Konkurrencelovens § 4 medfører, at der i en række situationer ikke vil foreligge en krænkelse af § 6. Det gælder således bl.a. for

49. FT 1996-97, Till.A side 3659, h.sp.

50. Se hertil min *EU-konkurrenceret*, kapitel IX, E.

eneforhandlingsaftaler, Kfo 1983/83, eksklusivt køb, Kfo 1984/83, franchising, Kfo 4087/88.⁵¹ Kfo 240/96 om teknologioverførelsesaftaler kan også i et vist omfang nævnes i denne sammenhæng.⁵²

§ 6, stk. 2, nr. 4): Aftaler om diskrimination

Under § 6, stk. 2, nr. 4) falder ifølge lovbemærkningerne *typisk vertikale konkurrencebegrænsende aftaler* om f.eks. prisdiskrimination, rabatter m.v., *der diskriminerer* forskellige købere eller kategorier af købere. Horisontale aftaler om rabatter anføres derimod direkte at ville falde ind under § 6, stk. 2, nr. 1), idet aftaler mellem indbyrdes konkurrenter om rabatter er en indirekte prisfastsættelse eller regulering af prisniveauet.⁵³

Dette synspunkt forekommer umiddelbart rigtigt. Det må imidlertid påpeges, at det er uden retlig betydning, om, og i givet fald under hvilken, bestemmelse i eksempelkatalogen en given adfærd vil falde. § 6, stk. 2 tillægger ikke – i modsætning til § 11-eksemplerne – nogen retsvirkning til det forhold, at en adfærd er omfattet af et bestemt af eksemplerne.

Lovbemærkningerne påpeger, at *en enkelt virksomheds ensidige adfærd*, som medfører diskrimination, *ikke* vil være omfattet af § 6, stk. 2, nr. 4), da de generelle betingelser i § 6, stk. 1, skal være opfyldt. “En sådan adfærd kan dog efter omstændighederne være omfattet af forbudet i § 11, stk. 1, hvis virksomheden har en dominerende stilling”.

Forbeholdet “efter omstændighederne” i det sidstanførte citat er mindre klart. Der kan vist ikke tænkes tilfælde, hvor en dominerende virksomhed, som udøver diskrimination, ikke dermed har opfyldt betingelserne i § 11, stk. 1.

Lovbemærkningerne beskæftiger sig specielt med forskellige rabat- og bonusformer. Det hedder således: “Som hovedregel anses de rabat- og bonusformer, der er omkostningsmæssigt begrundede, det vil sige har deres grundlag i sparede omkostninger hos sælgeren, ikke at medføre skadelige virkninger for konkurrencen.

51. Se herved nærmere min *EU-konkurrenceret*, kapitel IX.

52. Se herom *EU-konkurrenceret*, kapitel VIII.

53. FT 1996-97, Till.A side 3659, h.sp.

Tværtimod kan de fremme en effektiv konkurrence, såfremt de baserer sig på objektive og rimelige kriterier og er kendte for køberne.

Med hensyn til de rabat- og bonusformer, der ikke modsvares af omkostningsbesparelser hos sælgeren, men som er et led i sælgerens almindelige salgspolitik, vil en række rabatformer kunne påvirke konkurrencen mellem virksomhederne og dermed adgangen til markedet på en måde, der skader effektiviteten og strukturtilpasningen. Dette gælder navnlig rabatter, der har til formål at bevare et kundeforhold (troskabsbetingede rabatter)⁵⁴.

Det må nok undre, at lovbemærkningerne stiller det som en betingelse, at de pågældende rabat- og bonusformer skal være *kendte* for køberne for ikke at være omfattet af § 6. Der forekommer således talrige rabatter i erhvervslivet, hvoraf mange vil være ukendte for køberne. Dette forekommer ingeniende kritisabelt, idet omkostningsbestemte rabatter ikke kan betegnes som skadelige for konkurrencen og den samfundsmæssige effektivitet.

Til dette kommer imidlertid, at der ved rabatter snarere vil være tale om problemer i relation til § 11, end til § 6. Lovbemærkningerne synes da også på dette sted at have ladet sig inspirere fra EU-konkurrencerettens praksis med tilknytning til artikel 86 (svarende til Konkurrencelovens § 11), snarere end med hensyn til artikel 85 (svarende til § 6). Således er den straks nedenfor foretagne henvisning til en "engelsk klausul", i forbindelse med EU-konkurrenceretten, blevet vurderet efter artikel 86. Men er betingelserne i § 6 opfyldt, vil de foretagne illustrerende eksempler naturligvis kunne rammes af bestemmelsen i § 6.

Lovbemærkningerne henviser til, at "en yderligere skærpelse af konkurrencebegrænsningen i et rabat- og bonussystem foreligger i de tilfælde, hvor der er knyttet en 'engelsk klausul' til. Den engelske klausul går ud på, at en leverandør fra aftagerne får leveret detaljerede oplysninger om de mest favorable tilbud fra konkurrerende virksomheder med henblik på altid at kunne tilbyde priser, der ikke overstiger konkurrenternes laveste tilbudte priser"⁵⁵.

Som anført er dette tilfælde i EU-konkurrenceretten behandlet i relation til TEF artikel 86, og det burde vel rettelig have været taget op i relation til § 11. Dette er i øvrigt gjort i lovbemærkningerne til § 11.⁵⁶

54. FT 1996-97, Till.A side 3660, v.sp.

55. FT 1996-97, Till.A side 3660, v.sp.

56. FT 1996-97, Till.A side 3669, h.sp. Se herved nedenfor i kapitel 3, side 172 om Hoffmann-LaRoche-sagen og dennes engelske klausul.

Lovbemærkningerne påpeger med rette, at en enkelt dominerende virksomheds leveringsnægtelse og anden diskrimination ikke rammes af dette forbud, men skal vurderes efter bestemmelserne i kapitel 3 om misbrug af dominerende stilling.

Der sker imidlertid ikke i lovbemærkningerne nogen tilkendegivelse om, at § 6-tilfældene eventuelt tillige kan behandles efter § 11. Jf. herved ovenfor omtalen af muligheden herfor.

§ 6, stk. 2, nr. 5): Kombinationssalg

§ 6, stk. 2, nr. 5) omfatter bl.a. konkurrencebegrænsende aftaler m.v. om tillægsydelse, hvilket vil sige, at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at den anden part påtager sig yderligere forpligtelser, som hverken efter deres natur eller ifølge handelssædvane har forbindelse med aftalens genstand. I traditionel dansk terminologi har dette gået under betegnelsen “**kombinationssalg**” (eller tying).⁵⁷

Forbudet omhandler ifølge lovbemærkningerne først og fremmest det forhold, at en virksomhed er i besiddelse af et attraktivt produkt, som den kun vil sælge, hvis køberen tillige aftager andre varer eller tjenesteydelser fra virksomheden, selv om disse ville kunne fås bedre og billigere andetsteds. Det nævnes yderligere i bemærkningerne, at den modsatte situation, hvor køberen lokkes med tillægsydelse, er reguleret af markedsføringslovens § 6.⁵⁸

Bemærkningerne har ikke herved taget stilling til den drøftelse, der har været i tilknytning til den samme regel i TEF artikel 85, stk. 1, hvor spørgsmålet har været, om selve *aftalen* mellem leverandøren og den bundne aftager konstituerer den konkurrencebegrænsende aftale, som fordres efter § 6, jf. artikel 85. Bestemmelsen i § 6, stk. 2, nr. 5) er i øvrigt identisk med bestemmelsen i § 11, stk. 2, nr. 4).

Erhvervsministeren påpegede flere gange i svar til Erhvervsudvalget,⁵⁹ at § 6 er udformet i overensstemmelse med TEF artikel 85, stk. 1, og at Kommissionens og Domstolens praksis derfor vil være vejledende for konkurrencemyndighedens fortolkning og anvendelse af § 6. Erhvervsministeren tilføjede ved svaret på spørgsmål 55, at “fra praksis fra EU kan fx nævnes en licensaftale om salg og

57. Se f.eks. *Frederik Jensen, Uffe Schlichtkrull, Ingeborg Thomsen: Monopolloven med kommentar*, 157 og *Evan Sølvkjær: Konkurrenceloven med kommentarer*, 189.

58. FT 1996-97, Till.A side 3660, v.sp.

59. På spørgsmål 50, 51 og 55 (jf. bilag 63).

fremstilling af patentbeskyttet udstyr (sejl og mast) til windsurfing. Aftalen indeholdt bl.a. en bestemmelse om, at det patentbeskyttede udstyr kun måtte sælges sammen med sejlbrætter, der på forhånd var godkendt af patenthaver. Hertil kom, at det patentbeskyttede udstyr ikke måtte sælges særskilt. Aftalen medførte således at sejl og mast skulle sælges sammen med et sejlbræt, og dette sejlbræt skulle godkendes af patenthaver.

EU-domstolen anså bestemmelsen for at være i strid med artikel 85, stk. 1, idet godkendelsesproceduren for sejlbrætter ikke havde den fornødne sammenhæng med aftalens egentlige formål, som var salg og fremstilling af sejl og mast. Domstolen lagde herved især vægt på, at patentbeskyttelsen kun omfattede sejl og mast, og at patenthaver iøvrigt ikke havde en saglig begrundelse for kravet om, at sejl og mast kun måtte sælges sammen med sejlbrætter, der var godkendt af patenthaver”.⁶⁰

I erhvervsministerens svar refereredes også til tidligere dansk praksis om vedtægter inden for hotelområdet om alt-inklusive-priser (værelse, morgenmad, betjening) uden mulighed for valgfrit salg, og til sælgers pålæggelse på køberne af kopimaskiner til yderligere køb af reservedele hertil.

§ 6, stk. 3: Vedtagelser inden for sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis

Ved § 6, stk. 3 er det bestemt, at forbudet i § 6, stk. 1 også gælder for **vedtagelser** inden for en **sammenslutning af virksomheder** og **samordnet praksis** mellem virksomheder. Hermed er loven bragt på linie med TEF artikel 85, stk. 1, som i sin opregning også inddrager disse adfærdsformer. Jf. i øvrigt omtalen herom ovenfor.

§ 6, stk. 4: Hjemmel til at udstede påbud

Konkurrencerådet gives med § 6, stk. 4 hjemmel til at udstede **påbud** om at bringe overtrædelse af § 6, stk. 1 til ophør. Der kræves ingen påviselig anledning til at udstede påbudet. Lovbemærkningerne anfører, at dette kan ske på eget

60. Erhvervsministerens svar refererede sig herved til *Windsurfing International* mod Kommissionen, sag 193/83, dom af 25.2.1986, Sml. 1986, 611. Se hertil min *EU-konkurrenceret*, Kapitel VIII, D.

initiativ, efter klage eller som følge af henvisning fra Kommissionen.⁶¹ Påbud bl.a. efter § 6, stk. 4 er nærmere reguleret i § 16. Lovbemærkningerne anfører i øvrigt, at et påbud i overensstemmelse med Konkurrencerådets hidtidige praksis vil være skriftligt. Det må nok på grundlag af dette udsagn i lovbemærkningerne antages, at et mundtligt påbud ikke ville imødekomme de fornødne krav til retssikkerhed.

Et påbud indebærer, at der dels foreligger en konkurrencebegrænsning i strid med § 6, stk. 1, dels at den pågældende konkurrencebegrænsning skal bringes til ophør. Herudover kan der blive tale om strafferetlig forfølgning for den begåede lovovertrædelse efter § 23, stk. 1, nr. 1).

Lovbemærkningerne omtaler ikke ugyldighed i relation til § 6, stk. 4. Det må hænge sammen med, at ugyldigheden følger af selve forbudet mod aftaleindgåelsen, ikke af det meddelte påbud.

Man kunne i øvrigt eventuelt overveje, om et meddelt påbud yderligere konstituerer et særskilt erstatningsgrundlag ved en eventuel manglende overholdelse heraf.

§ 6, stk. 5: Ugyldighed

§ 6, stk. 5, bestemmer, at konkurrencebegrænsende aftaler og vedtagelser, som er forbudt i medfør af § 6, stk. 1, er **ugyldige**, medmindre de er undtaget efter § 7 eller er fritaget i medfør af § 8 eller § 10, eller er omfattet af en erklæring efter § 9. Det følger i øvrigt af § 4, at ugyldighed heller ikke indtræder for aftaler m.v., der har opnået en individuel fritagelse efter TEF artikel 85, stk. 3, eller opfylder betingelserne i en EU-gruppefritagelse eller EU-undtagelse for konkurrencereglerne anvendelse.

Lovbemærkningerne nævner ikke, at der er forskel mellem den danske Konkurrencelov og EU-konkurrencereglerne for så vidt angår ugyldighedssanktionen i relation til "negativttest" i henhold til henholdsvis Konkurrencelovens § 9 og Rfo 17/62 artikel 2. Ifølge EU-konkurrenceretten kan en aftale, for hvilken der er udstedt "negativttest" således antagelig findes ugyldig som stridende mod artikel 85, stk. 1 af nationale

61. FT 1996-97, Till.A side 3660, h.sp.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

domstole, medens en negativttest efter § 9 ifølge § 6, stk. 5 indebærer, at ugyldighed ikke kan bestå som følge af en krænkelse af § 6.⁶²

Lovbemærkningerne siger om ugyldigheden, at hvor den indtræder, sker det såvel mellem parterne som i forhold til tredjemand. Dog er det kun de konkurrencebegrænsende bestemmelser i en aftale m.v., der bliver ugyldige, og hele aftalen er kun ugyldig, hvis de konkurrencebegrænsende bestemmelser ikke kan udskilles fra aftalens øvrige bestemmelser. Virkningen af ugyldigheden vil i øvrigt skulle fastlægges efter dansk rets almindelige regler.

Ved Højesterets dom i *Catena Systems-sagen*⁶³ blev en aftale delvis erklæret for ugyldig. Sagen vedrørte spillet mellem en gruppefritagelsesforordning, Kfo 1983/83, og mere vidtgående konkurrencebegrænsninger, end forordningen havde tilladt. En dansk producent, Catena, af låse til møntdeponering, beregnet for indkøbsvogne til supermarkeder m.v., havde i 1982 indgået aftale med en fransk virksomhed, Supermarket Systems SA, om dennes eneforhandling i Frankrig. Møntdeponeringssystemet indebar, at kunden indsatte en bestemt møntstørrelse i vognkontrol-indretningen og derved fik vognen fri, medens han modtog mønten eller en mønt af tilsvarende værdi retur, når vognen blev bragt retur. Eneforhandlingsaftalen indeholdt bl.a. i punkt 9.4 en konkurrenceklausul gående ud på, at eneforhandleren ikke – i aftalens løbetid og tre år herefter – måtte producere og/eller sælge møntlåssystemer til indkøbsvogne, der var baseret på et deponeringskoncept. Der blev på et tidspunkt indgået forlig mellem den franske eneforhandler og en anden producent af møntlåse, R, der havde sagsøgt eneforhandleren for patentkrænkelser, og den danske producent og den franske eneforhandler indgik herved en tillægsaftale, som indebar, at eneforhandleren kunne forhandle “især et nyt produkt”, som var fremstillet af R og baseret på, at vogne skulle fæstnes i en skinne, når de ikke var i brug. I marts 1988 hævdede den danske producent imidlertid aftalen og krævede erstatning, bl.a. med henvisning til, at eneforhandleren havde påbegyndt forhandling af en ny møntlås, der var fremstillet af R, som imidlertid – ligesom den danske producents lås – var baseret på, at vognene skulle kobles til hinanden med en kæde.

Højesteret fandt, at den franske forhandlers forhandling af R's nye møntlås, uanset tillægsaftalen, måtte anses for en klar overtrædelse af konkurrenceklausulen. Højesteret udtalte hertil, at: “Bestemmelsen i eneforhandlingsaftalens punkt 9.4, stk. 1, in fine, hvorefter konkurrenceklausulen tillige skulle være gældende i 3 år efter aftalens ophør, er ikke omfattet af gruppefritagelsen efter Kommissionens forordning 1983/83 om

62. Se herved nærmere nedenfor under kommentaren til § 9, side 143. Se i øvrigt kritisk til lovens § 6, stk. 5, sammenholdt med § 9 *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret*, 169.

63. UfR 1997.856 HD.

anvendelse af EF-traktatens art. 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler og må anses for stridende mod traktatens art. 85, stk. 1. Dette kan imidlertid ikke være til hinder for, at den øvrige del af aftalens punkt 9.4, tillægges virkning, således at [producenten] tilkendes erstatning for det tab, selskabet har lidt ved [eneforhandlerens] overtrædelse af konkurrenceklausulen inden for aftalens normale opsigelsesperiode”.⁶⁴

I det EU-retlige system kan overtrædelse af artikel 85, stk. 1 fastslås såvel af Kommissionen som af de nationale domstole. For så vidt angår ugyldigheden viser den sig ved den manglende mulighed for tvangsfuldbyrdelsen ved de nationale domstole af aftalen. I denne forbindelse kan i øvrigt vedrørende ugyldighed henvises til EF-domstolens udtalelse i *Dijkstra*-sagen⁶⁵, hvor det i præmis 26 hedder: “Som Domstolen nemlig har præciseret i dommen af 30. januar 1974, BRT (sag 127/73, Sml. s. 51), har artikel 85, stk. 1, direkte virkninger i forholdet mellem private og skaber direkte rettigheder for borgerne, som disse nationale retter skal beskytte”.

Lovbemærkningerne påpeger, at der hertil kommer, at en eventuel skadelidt kan have krav på erstatning.⁶⁶ Dette udsagn skal sammenholdes med lovbemærkningernes omtale af erstatningsmuligheden.⁶⁷

Spørgsmålet om ugyldighed var i 1989-konkurrenceloven kendt i relation til anmeldelsespligten i § 5. Aftaler og vedtagelser, der skulle have været anmeldt i henhold til lovens § 5, stk. 1, var således efter § 5, stk. 3 ugyldige, hvis de ikke var blevet anmeldt inden 14 dage. Se nedenfor i kapitel 10 om denne bestemmelses centrale betydning i relation til overgangsreglerne ved den nye Konkurrencelovs ikrafttræden.

64. Se til sagen i øvrigt mit bidrag til *Festskrift for Ole Lando*, 145.

65. *Dijkstra* m.fl. mod Zuivelcoöperatie Campina Melkunie, sagerne C-319/93, C-40/94 og C-224/94, præ. afg. af 12.12.1995, Sml-I, 4471.

66. FT 1996-97, Till.A side 3660, h.sp.

67. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp. Se nærmere herom nedenfor.

§ 7

Forbudet i § 6, stk. 1, gælder ikke for aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder, såfremt de deltagende virksomheder har

- 1) en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct., jf. stk. 3, eller*
- 2) en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr., jf. dog stk. 2 og 3.*

Stk. 2. *Undtagelsen i stk. 1, nr. 2, gælder ikke i tilfælde, hvor*

- 1) konkurrencen inden for samme branche begrænses af den samlede virkning af lignende aftaler m.v. eller*
- 2) virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder aftaler, vedtager eller på anden måde tilkendegiver, at der ved videresalg i efterfølgende omsætningsled skal overholdes mindstepriser eller -avancer.*

Stk. 3. *Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om beregning af omsætningen efter stk. 1, herunder regler om, at de nævnte omsætningsgrænser skal beregnes på grundlag af andre værdier for finansielle virksomheder.*

Stk. 4. *Undtagelsen i stk. 1 gælder, selv om virksomhederne overskrider de nævnte grænser i to på hinanden følgende år. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler herom, herunder regler om mindre overskridelser af de nævnte grænser.*

Kommentar til § 7 – de minimis-undtagelserne **Indledende bemærkninger**

I TEF artikel 85, stk. 1 stilles der krav om, at aftalen m.v. skal kunne “påvirke handelen mellem Medlemsstater”. Hertil kommer, at EF-domstolen har fastlagt, at en konkurrencebegrænsende aftale skal have “følelige” eller “mærkbare” virkninger på konkurrencen og samhandelen. Tilsvarende krav er vanskelige at indføre i en national konkurrencelovgivning, og den nye Konkurrencelov har i stedet valgt de undtagelser, som rummes i § 7. Der er dermed dels tale om undtagelser, som har fundet inspiration i Kommissionens “bagatelmeddelelse”, dels om en specifik dansk bagatelbestemmelse.

Nærmere til § 7

§ 7, stk. 1: De minimis-undtagelserne fra § 6

Af § 7, stk. 1, nr. 1), fremgår, at forbudet i § 6, stk. 1, ikke gælder, såfremt virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder har en **samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr., og aftaleparternes samlede markedsandel** for den pågældende vare eller tjenesteydelse samtidig er **under 10 pct.** Disse betingelser er **kumulative**, således at opfyldelse af begge kriterierne er en nødvendig betingelse for at undtage de deltagende virksomheders aftale m.v. fra forbudet i § 6, stk. 1.

Denne undtagelse har tydeligvis fundet inspiration i EU-Kommissionens “bagatelmaneddelelse”. I punkt 7 i bagatelmaneddelelsen hedder det således:

“Kommissionen er af den opfattelse, at aftaler mellem virksomheder, hvis formål det er at producere eller distribuere varer eller yde tjenesteydelser, almindeligvis ikke falder ind under forbudet i art. 85, stk. 1,

- såfremt de varer og tjenesteydelser (i det følgende benævnt ‘kontraktprodukter’), aftalen omfatter, og de af de deltagende virksomheders andre varer og tjenesteydelser, der på grund af deres egenskaber, pris og anvendelse af forbrugeren anses som værende af samme art, ikke på den del af det fælles marked, som berøres af aftalen, udgør mere end 5% af markedet for disse varer eller tjenesteydelser (i det følgende benævnt ‘produkter’), og
- såfremt de deltagende virksomheders samlede omsætning i et regnskabsår ikke overstiger 300 millioner ECU”.

Bestemmelsen i § 7, stk. 1, nr. 1) vil kræve en nøje vurdering af det “relevante marked” og markedsandele herpå. EU-bagatelmaneddelelsen har igennem årene voldt virksomhederne og disses advokater betydelige vanskeligheder. Igen gennem et stykke tid har Kommissionen i samarbejde med medlemsstaterne – uden at dette dog ses nævnt i lovbemærkningerne eller andetsteds i forbindelse med lovtilblivelsen – arbejdet med udkast til en betydelig ændret EU-bagatelmaneddelelse, som i januar 1997 færdiggjordes med offentliggørelse af et udkast til en revideret bagatelmaneddelelse.⁶⁸

68. EFT 1997 C 29/3, 30.1.1997.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

Man må nok forvente, at der også vil opstå komplicerede situationer med konkurrence-lovens § 7. En enkelt situation, som ikke har været berørt af Konkurrenceloven eller nævnt i lovbemærkningerne, skal blot nævnes her:

Man kunne således overveje det tilfælde, at der er indgået en konkurrencebegræn-sende aftale mellem virksomhed nr. 1 og virksomhed nr. 2 om et produkt, A. En af virksomhederne, f.eks. virksomhed nr. 1, har desuden et produkt, B, som ikke omfattes af aftalen, men befinder sig på samme produktmarked. Vil B da skulle inddrages i vurderingen af, om aftaleparterne tilsammen har en markedsandel på 10%? Svaret på dette spørgsmål synes at måtte være bekræftende. Under indtryk af den betydelige respekt EU-konkurrenceretten mødes med i lovbemærkningerne, derunder gennem de vurderinger, som ligger bag bagatelmeddelelsen, må det være naturligt, på linie med den første "pind" i den ovenfor citerede passus fra bagatelmeddelelsen, også at inddrage produktet B i forbindelse med vurderingen efter § 7. Man kan i givet fald søge støtte herfor i ordlyden i Konkurrencelovens § 7, stk. 1, "markedsandel for den pågældende vare".

Endvidere er der i § 7, stk. 1, nr. 2), indsat en nedre "**bagatelgrænse**". Denne bagatelgrænse indebærer, at hvis aftaleparternes samlede **omsætning** er på under **150 mio. kr.**, omfattes deres konkurrencebegrænsende aftaler m.v., **uanset** deres samlede **markedsandel**, heller ikke af **forbudet** i § 6, stk. 1.

Aftaler, der herved omfattes af de kvantitative kriterier i § 7, lades helt ureguleret. Dette står i modsætning til Betænkning nr. 1297, hvor udvalgets flertal med dets udkast ville lade aftaler, som ikke var omfattet af forbudsbestemmelsen, falde under et kontrolprincip. Mindretallet gik mod denne noget komplicerede lovopbygning, som indebar en blanding af kontrolprincip og forbudsprincip.

Hvis en virksomhed er en del af en koncern, skal beregning af den samlede omsætning ske ud fra *koncernomsætningen*. Koncernomsætning forstås herved som koncernens samlede årlige omsætning med fradrag af den interne omsætning mellem koncernens virksomheder.⁶⁹ I lovbemærkningerne er det desuden samme steds anført, at i de tilfælde, hvor en virksomhed har *indgået en række lignende aftaler* med andre virksomheder på markedet, er det *summen* af de deltagende virksomheders samlede omsætning, som skal lægges til grund ved beregningen.

Dette udsagn – som tydeligvis har EU-bagatelmeddelelsens pkt. 15 som inspirationskilde – vil, sammenholdt med lovbestemmelsens ordlyd, antagelig indebære, at en række

69. FT 1996-97, Till.A side 3661, v.sp.

aftaler, som bliver indgået med mindre virksomheder, vil blive inddraget under forbudsreglen i § 6, stk. 1. Eksempelvis må det således formodes, at eneforhandlingsaftaler, som indgås af mindre producenter med større forhandlere i forskellige områder og indeholder konkurrencebegrænsende forpligtelser af mere vidtrækkende indhold, eller aftaler med forskellige distributører om mærkeloyalitet m.v., vil blive grebet af § 6, stk. 1, uden at undtagelsesbestemmelserne i § 7 kan finde anvendelse herpå. Dette kan eventuelt anspore til at anvende mindre eneforhandlere eller distributører med en mindre rationel distribution til følge.

Omsætningen for brancheforeninger er den samlede omsætning for samtlige medlemmer i foreningen med tillæg af foreningens egen omsætning.

Lovbemærkningerne har også på dette sted påpeget, at det relevante marked er af betydning.⁷⁰ Således anføres det, at for at en virksomhed kan beregne, om betingelsen med hensyn til *markedsandel* er opfyldt, er det nødvendigt at afgrænse *det relevante marked*, det vil sige det marked, som i det konkrete tilfælde berøres af en given aftale m.v. Dette sker gennem en afgrænsning af produktmarkedet og det geografiske marked.

Produktmarkedet udgøres af de produkter eller tjenesteydelser, som er genstand for aftalen m.v., og af alle andre produkter, som er eller af brugerne betragtes som identiske eller ligeværdige. De omhandlede produkter skal således være substituerbare. Hvorvidt dette er tilfældet, skal vurderes ud fra brugernes synspunkt. Der skal herved foretages en helhedsvurdering af, om produkterne med hensyn til pris, funktion og egenskaber i øvrigt kan tilfredsstille samme behov hos brugerne.

Det *geografiske marked* er det område i Danmark, i hvilket aftalen m.v. har virkning. Det geografiske marked kan således omfatte hele landet eller en del af det. Faktorer, som har betydning for afgrænsningen af det geografiske marked, kan f.eks. være de distributionsmuligheder, der findes, det pågældende produkts transportafhængighed i fysisk og økonomisk forstand, og de muligheder, som køberne har for at anvende forskellige leverandører. For et givet produkt kan det geografiske marked være en mindre del af Danmark, hvis køberne i området i praksis i det væsentlige kun efterspørger det lokale produkt.

I *Erhvervsministerens svar* på et af Erhvervsudvalgets spørgsmål udtaltes imidlertid,⁷¹ at "En fuld tilpasning til EU-konkurrenceretten indebærer, at det relevante geografiske marked ikke blot kan omfatte hele Danmark eller en del heraf. Men at det relevante geografiske marked også kan omfatte markedsområder, der

70. FT 1996-97, Till.A side 3661, v.sp.

71. Erhvervsministerens svar (bilag 126) på Erhvervsudvalget spørgsmål 48.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

rækker ud over landets grænser. Der vil således kunne forekomme tilfælde, hvor det relevante geografiske marked vil være bredere end det danske territorium, *hvilket er en udvidelse i forhold til bemærkningerne til lovforslagets § 7*.⁷²

Der er ved denne fremhævelse af produktmarkedet og det geografiske marked tale om en fra EU-konkurrenceretten velkendt indkredsning af det relevante marked. Således falder bemærkningernes udsagn herom godt i tråd med f.eks. bagatelmeddelelsens udviklinger herom.

Lovbemærkningerne har ikke anstillet overvejelser over betydningen af en "verdensmarkedspris" på visse produkter. Det må imidlertid kunne fastslås, at f.eks. en brancheforenings prisangivelse af verdensmarkedsprisen med henblik på at denne skal indgå i medlemmernes prisforhandlinger, meget vel vil kunne udgøre en aftale eller samordnet praksis i strid med § 6, idet en indretning efter en sådan prisangivelse vil kunne substituere individuelle prisforhandlinger.

I lovbemærkningerne er der yderligere anstillet nogle betragtninger over den *usikkerhed*, som kan foreligge *hos virksomhederne*. "Såfremt en virksomhed er i tvivl om, hvorvidt en aftale m.v. opfylder betingelserne for at være undtaget fra forbudsbestemmelsen i § 6, vil den kunne anmode Konkurrencestyrelsen om en uformel udtalelse".⁷³ Lovbemærkningerne anfører ikke, hvilke retsvirkninger en sådan eventuel uformel udtalelse må antages at have. Det skal hertil bemærkes, at der inden for det EU-konkurrenceretlige system findes de såkaldte "comfort letters", også kaldet "administrative skrivelser", udsendt af Kommissionen. Lovbemærkningerne har ikke henvist hertil, men det må formodes, at retsvirkningen af en "uformel udtalelse" i relation til § 6 vil svare til retsvirkningen i EU-konkurrenceretten.⁷⁴

§ 7, stk. 2: Undtagelser fra undtagelserne

Ifølge § 7, stk. 2 er der to tilfælde, hvor undtagelsesbestemmelserne i § 7, stk. 1 ikke gælder. Med disse tilfælde føres retstilstanden tilbage til hovedreglen om forbud i § 6, stk. 1.

72. Min fremhævelse. Jf. i øvrigt tilsvarende svar (bilag 129) på spørgsmål 109.

73. FT 1996-97, Till.A side 3661, v.sp.

74. Se herved nærmere min *EU-Konkurrenceret*, kapitel VI, B.

Konkurrencebegrænsning pga. samlet virkning af lignende aftaler

Efter § 7, stk. 2, nr. 1) gælder den nedre bagatelgrænse på 150 mio. kr. således **ikke**, hvor **konkurrencen** inden for samme branche **begrænses** af den **samlede virkning af lignende aftaler m.v.**⁷⁵ Disse aftaler m.v. omfattes således af forbudet i § 6. Som eksempel på sådanne lignende aftaler m.v. nævner lovbemærkningerne lokale aftaler inden for samme branche. Det anføres i tilknytning hertil, at med denne bestemmelse vil omgåelse af forbudet desuden kunne hindres derved, at medlemmerne i en brancheforening kunne erstatte en landsdækkende aftale m.v. med en række lokale aftaler m.v.⁷⁶ Bestemmelsen synes inspireret af EU-bagatelmeddelelsens punkt 16, hvori det hedder, at “denne meddelelse finder ikke anvendelse i de tilfælde, hvor konkurrencen inden for det relevante marked begrænses af den kumulative virkning af parallelle net af lignende aftaler indgået af flere producenter eller forhandlere”. Om forskelligheden herfra har været tilsigtet, fremgår ikke af lovbemærkningerne.

Udformningen af bagatelmeddelelsen er mere heldig end Konkurrencelovens § 7, idet der inden for samme branche meget vel kan være tale om forskellige markeder, hvilket imidlertid ikke giver mulighed efter § 7, stk. 2, nr. 2) for at påberåbe sig bestemmelsen, hvis konkurrencen er blevet begrænset inden for branchen.

Grænsen på 150 mio. kr. er ifølge lovbemærkningerne valgt, fordi der efter den gældende konkurrencelov kun har været få sager om aftaler med alvorlige konkurrencebegrænsninger under denne grænse.

Man kunne synes, at denne begrundelse ikke fremtræder som relevant i lyset af den systemændring, der sker med den nye Konkurrencelovs håndtering af de konkurrencebegrænsende aftaler. Således har der i henhold til EU-konkurrenceretten ikke været undladt indgreb med den begrundelse, at virksomhedernes omsætning alene var for lille. Det afgørende for en konkurrencemæssig/konkurrenceretlig bedømmelse forekommer da også alene at være markedsandelene, medens virksomheders omsætningstal ikke har indflydelse på det konkurrencemæssige potentiale.

Ved det ovenfor omtalte udkast til ny bagatelmeddelelse, som så dagens lys 22. januar 1997, men i øvrigt forud havde været cirkuleret i tidligere versioner, derunder

75. I lovbemærkningerne tales herved om “parallelle aftaler”; FT 1996-97, Till.A side 3646, h.sp.).

76. FT 1996-97, Till.A side 3661, h.sp.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

gennem en høring af medlemsstaterne,⁷⁷ er der da også tale om, at Kommissionen påtænker at ophæve omsætningskriteriet.

Vertikal prisbinding

Efter § 7, stk. 2, nr. 2) gælder den nedre omsætningsgrænse på 150 mio. kr. heller ikke, hvor virksomheder m.v. aftaler, vedtager eller på anden måde tilkendegiver, at der ved videresalg i efterfølgende omsætningsled skal overholdes **mindstepriser eller -avancer**.⁷⁸

Sådanne aftaler eller tilkendegivelser vil i givet fald være omfattet af forbudet i § 6.

§ 7, stk. 2, nr. 2), indebærer, at indkøbsforeninger, der selvstændigt foretager indkøb, etablerer varelager og videresælger til medlemmerne – med tilkendegivelse af, at der ved videresalg skal overholdes de angivne mindstepriser eller avancer – også er omfattet af bestemmelsen.

Det er i lovbemærkningerne blevet fremhævet, at forbudet omfatter enhver tilkendegivelse af, at et efterfølgende omsætningsled skal overholde mindstepriser eller -avancer, hvad enten tilkendegivelsen sker skriftligt, herunder i prislister, ved stempeling eller påtegning på varenes emballage, i annoncer og reklamer, eller mundtligt, herunder tilkendegivelser gennem sælgers repræsentant eller ved varens levering. Såvel tilkendegivelser, der generelt retter sig mod efterfølgende omsætningsled, som tilkendegivelser over for enkeltvirksomheder, er omfattet.

Man må nok undre sig over sammenhængen mellem § 7, stk. 2, nr. 2) – hvorefter fastsættelse af videresalgspriser, *vertikale pris aftaler*, ikke er accepteret – og § 6. I kraft af undtagelsesbestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 2) gælder forbudsbestemmelsen i § 6 således, selv om virksomhederne er meget små. Det må på den anden side bemærkes, at antageligt langt mere konkurrencebegrænsende *horisontale pris aftaler* – som i EU-konkurrenceretten er fundet særligt farlige og dermed klart forbudte i h.t. artikel 85, stk. 1, uden at der gives fritagelse i h.t. artikel 85, stk. 3 – kan nyde godt af undtagelsesbestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 2). Hertil kommer i øvrigt den pudsighed, at § 7, stk. 2, nr. 2) afskærer anvendelse af den anden *de minimis*-regel – dvs. bestemmelsen i § 7, stk. 1, nr. 2) –, men ikke den første i § 7, stk. 1, nr. 1), hvor dette ellers ville have

77. Som ovenfor nævnt, lades revisionsarbejdet med Kommissionens bagatelmeddelelse uomtalt i lovbemærkningerne.

78. I lovforslagets bemærkninger tales i relation til denne bestemmelse om, at virksomheder "aftaler eller tilkendegiver bindende videresalgspriser".

været i god overensstemmelse med det hidtidige gældende generelle forbud i 1989-konkurrencelovens § 14 mod vertikal prisbinding. Den danske bestemmelse forekommer at være et levn fra en noget fjern fortid, hvor økonomisk rationale ikke var i højsædet.

§ 7, stk. 3: Fastsættelse af nærmere regler

Efter § 7, stk. 3 kan **erhvervsministeren** efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet **fastsætte nærmere regler om beregning af omsætningen** efter stk. 1, herunder regler om, hvorledes omsætningsgrænserne skal beregnes på grundlag af andre værdier for **finansielle virksomheder**. Det ville være mindre hensigtsmæssigt, hvis man anvendte opgørelsesforhold vedrørende den finansielle sektor som ellers. For så vidt angår finansielle virksomheder, kan der nemlig ikke på samme måde som for andre virksomheder beregnes en omsætning ved f.eks. at opgøre salget af ydelser i et år. Som lovbemærkningerne påpeger skyldes dette bl.a., at de finansielle ydelser typisk er udstrakt over tiden og i betydeligt omfang afregnes ved løbende betalinger til de finansielle virksomheder i form af renter, forsikringspræmier, løbende gebyrer m.v. En opgørelse af de finansielle virksomheders omsætning må afspejle disse forhold uden dog, at kravet til selve omsætningstærsklen ændres.⁷⁹

Det må imidlertid nok antages, at for finansielle virksomheders vedkommende vil de ofte ikke kunne nyde godt af § 7, stk. 1, idet de ikke vil opfylde *de minimis*-kriterierne heri.

§ 7, stk. 4: Mindre overskridelser – fastsættelse af regler herfor

Efter § 7, stk. 4, kan **erhvervsministeren** efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet **fastsætte nærmere regler om undtagelsen for overskridelser af omsætnings- og markedsandelsgrænserne**. Loven og lovbemærkningerne taler herved om "*mindre overskridelser*".⁸⁰

Undtagelsesbestemmelsen indebærer, at virksomheder, der har ligget under disse grænser, ikke efterfølgende bliver omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v., blot fordi virksomhederne i 2 på hinanden følgende år

79. FT 1996-97, Till.A side 3661, h.sp.

80. FT 1996-97, Till.A side 3661, h.sp.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

har en omsætning eller markedsandel, der i mindre omfang overskrider de i stk. 1 nævnte grænser. Det er anført i lovbemærkningerne,⁸¹ at det ved fastsættelsen af de nærmere regler for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen vil blive præciseret, at bestemmelsen ikke kan anvendes til at omgå omsætnings- og markedsandelsgrænserne, f.eks. ved, at store virksomheder overtager mindre virksomheder, der har indgået konkurrencebegrænsende aftaler.

Man kan nok overveje, hvilken betydning det har, at dette ikke fremgår af lovteksten, men alene af lovbemærkningerne. Af retssikkerhedsmæssige grunde havde en direkte lovbestemmelse, møntet på anførte situation, været at foretrække.

81. FT 1996-97, Till.A side 3662, v.sp.

§ 8

Konkurrencerådet fritager efter anmeldelse aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder fra forbudet i § 6, stk. 1, hvis rådet skønner, at de

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser m.v. eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,*
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,*
- 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 m.v.*

Stk. 2. *Anmeldelse af den pågældende aftale m.v. med anmodning om fritagelse efter stk. 1 skal indgives til Konkurrencestyrelsen. Rådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af særlige anmeldelseskemaer.*

Stk. 3. *Afgørelser efter stk. 1 skal angive, for hvilket tidsrum fritagelsen gælder. Fritagelsen kan tidligst få virkning fra anmeldelsestidspunktet. Fritagelsen kan meddeles på vilkår.*

Stk. 4. *Efter anmeldelse forlænger Konkurrencerådet en fritagelse, såfremt rådet skønner, at betingelserne i stk. 1 fortsat er til stede. Stk. 3 finder tilsvarende anvendelse.*

Stk. 5. *Konkurrencerådet kan ændre eller tilbagekalde en afgørelse efter stk. 1 og 4, hvis*

- 1) de faktiske forhold har ændret sig på et for afgørelsen væsentligt punkt,*
- 2) deltagerne i aftalen m.v. ikke overholder stillede vilkår eller*
- 3) afgørelsen er truffet på grundlag af urigtige eller vildledende oplysninger fra deltagerne i aftalen m.v.*

Kommentar til § 8 – individuel fritagelse

Indledende bemærkninger

§ 8 er i væsentligt omfang en gentagelse af fritagelsesbestemmelsen i TEF artikel 85, stk. 3. Dog indeholder bestemmelsen den *fravigelse* herfra, at § 8 alene beskæftiger sig med fritagelse i individuelle tilfælde, medens artikel 85, stk. 3 ikke blot rummer “aftaler” – i form af individuel fritagelse – men tillige

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

“enhver [...] kategori af aftaler”, altså gruppefritagelsesmuligheden. I den danske lov er gruppefritagelsesmuligheden i stedet reguleret i henholdsvis § 4 og § 10. Med § 4 er det system indført, at bestemmelserne i lovens kapitel 2 bl.a. ikke omfatter konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som opfylder betingelserne i en forordning om fritagelse eller undtagelse af visse kategorier af aftaler m.v. efter TEF, altså en EU-gruppefritagelsesforordning.⁸² § 10 giver erhvervsministeren adgang til, efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet, at fastsætte regler om fritagelse fra forbudet i § 6, stk. 1, for grupper af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som opfylder betingelserne i § 8, stk. 1.⁸³ § 4 er således en bestemmelse, som knytter forbindelse til EU-konkurrencereglerne, medens § 10 alene vedrører den danske konkurrenceregulering.

I TEF artikel 85, stk. 3 hedder det:

“3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:

- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder,
- enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og
- enhver samordnet praksis eller kategori deraf,

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der:

- a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål;
- b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.”

Det anføres i lovbemærkningerne, at i § 8, stk. 1 fastsættes de nærmere betingelser for en fritagelse fra forbudet i § 6, stk. 1. Det tilføjes herved, at betingelsen for at kunne give en fritagelse efter § 8, stk. 1, er, at den foreliggende aftale m.v. i andre henseender har så gunstige virkninger, at den bør tillades, selv om den som konkurrencebegrænsende aftale er omfattet af § 6, stk. 1. Desuden siges det, at en fritagelse af aftalen endvidere skal være i overensstemmelse med lovens

82. Se herved om § 4 ovenfor i kapitel 1, side 81.

83. Se om § 10 nedenfor i dette kapitel side 146.

generelle målsætning om at fremme den samfundsøkonomiske effektivitet.⁸⁴ Sidstnævnte betingelse fremgår imidlertid ikke af lovens tekst. Det er nok også tvivlsomt, om dette udsagn, som således alene findes i bemærkningerne til lovforslaget, har nogen betydning. I praksis vil de gunstige virkninger af en aftale m.v., som ligger til grund for fritagelsesmuligheden i § 8, antagelig altid bidrage til at fremme den samfundsøkonomiske effektivitet. 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.

En fritagelse i henhold til § 8 er resultatet af en myndighedshandling, idet fritagelse efter § 8, stk. 1, i kraft af § 8, stk. 2, kun kan opnås, hvis parterne har *anmeldt* aftalen m.v. til Konkurrencestyrelsen med ansøgning om fritagelse.

Herved adskiller den danske lov sig fra den fremgangsmåde, som er valgt i EU-konkurrenceretten. I medfør af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2 og artikel 5, stk. 2 gives der nemlig i de derved opregnede tilfælde mulighed for fritagelse i medfør af TEF artikel 85, stk. 3, *uden* at en *anmeldelse* af aftalen m.v. er *nødvendig*.

Den danske regel forekommer at være uhensigtsmæssig, idet den tvinger virksomheder, som indgår konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i strid med § 6, til at foretage anmeldelse af disse aftaler m.v., *i alle tilfælde*, hvor de ønsker at gøre brug af dispensationsmuligheden i § 8. Selv om bestemmelserne i § 2, stk. 2, § 4, § 5, § 7 og § 10 vel unddrager en række tilfælde fra forbudsbestemmelsen i § 6, måtte det dog have været nærliggende på dette punkt at have ladet sig inspirere fra EU-retssystemet. Der findes ikke i lovens bemærkninger nogen henvisning til det EU-retlige system på dette punkt eller nogen angivelse af, hvorfor man har undladt at tage denne mulighed op. Tilsyneladende har man end ikke været opmærksom herpå. I lovbemærkningerne siges det således med relation til § 8, at "Endvidere er der efter EU-konkurrence-reglerne mulighed for, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. kan blive fritaget fra forbudet, hvis de opfylder visse betingelser. Der er typisk tale om aftaler, som ud fra en mere langsigtet og bredere vurdering skønnes at kunne bidrage til øget samfunds-mæssig effektivitet, selvom de på kort sigt og isoleret betraget indebærer en konkurrencebegrænsning. En sådan fritagelse kan enten ske individuelt, det vil sige for den enkelte aftale, eller for grupper af aftaler, f.eks. eneforhandlingsaftaler, efter fælles betingelser fastlagt i en såkaldt gruppefritagelse. [...] Der er en væsentlig forskel mellem individuel fritagelse og gruppefritagelse. *En individuel fritagelse forudsætter en anmeldelse* (min fremhævelse) og en konkret afgørelse for hver enkelt konkurrence-begrænsende aftale m.v., mens en gruppefritagelse gælder automatisk for alle konkur-

84. FT 1996-97, Till.A side 3662, v.sp.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

rencebegrænsende aftaler m.v., der opfylder de fastlagte fælles betingelser, uden at der hertil kræves en anmeldelse og en forudgående administrativ afgørelse”.⁸⁵

Ved læsning af lovbemærkningerne på dette sted må man vel få det indtryk, at forskellen mellem individuel fritagelse og gruppefritagelse i det EU-konkurrenceretlige system er baseret på en forskel mellem aftaler, som skal *anmeldes* og aftaler, som *ikke skal anmeldes* for at nyde godt af artikel 85, stk. 3. Dette er imidlertid – som det fremgår af det ovenfor anførte – ikke korrekt.

Der kunne nok med fordel ved udarbejdelsen af den danske lov have været anstillet overvejelser over, *om typer af aftaler* burde kunne *fritages individuelt uden anmeldelse*. Der er utvivlsomt gode argumenter af administrativt besparende karakter knyttet til muligheden for fritagelse for ikke-anmeldelsespligtige aftaler. Denne mulighed er afskåret inden for den nye Konkurrencelov.

Beføjelse til at meddele *fritagelse* i henhold til § 8 er tillagt Konkurrencerådet. Trods ordvalget i § 8, stk. 1 “hvis rådet skønner” er det i bemærkningerne anført, at såfremt betingelserne efter stk. 1 skønnes opfyldt, har Konkurrencerådet *pligt* til at fritage aftalen m.v. ved en skriftlig afgørelse. Disse retningslinier må antagelig indebære, at Konkurrencerådet på den ene side har en vis frihed med hensyn til at foretage et skøn over, om de fire betingelser i § 8 er opfyldt. Hvis Konkurrencerådet imidlertid er nået frem til den vurdering, at betingelserne er opfyldt, skal det heraf drage den konsekvens, at aftalen m.v. skal fritages i medfør af § 8. Samtidig må det dog erkendes, at der må forventes at være tillagt Konkurrencerådet et ikke ubetydeligt spillerum med hensyn til vurderingen af, om betingelserne i § 8 er opfyldt, hvorfor en nøjere efterprøvelse af vilkårenes tilstedeværelse næppe vil kunne forventes at ville finde sted i praksis.

En *anmeldelse medfører* – ud over at være en betingelse for opnåelse af fritagelse i henhold til § 8 – at det anmeldte forhold fra anmeldelsestidspunktet *ikke er strafbart*. Hvis Konkurrencerådet imidlertid finder, at der ikke kan ske fritagelse, genindtræder strafbarheden, jf. § 23, stk. 2.

Lovbemærkningerne har ikke klart udtalt sig om forholdet mellem *anmeldelse* i henhold til § 8 og *ugyldighed*, for det tilfælde, hvor en anmeldt aftale *ikke* måtte opnå *fritagelse* i henhold til § 8. Lovbemærkningerne til § 8 har således alene beskæftiget sig med forholdet mellem anmeldelse og ugyldighed i relation til tilfælde, hvor Konkurrencerådet når frem til, at en *aftale opfylder betingelserne for fritagelse* i henhold til § 8. Det anføres således her, at “En aftale, der er i strid med § 6, stk. 1, er efter § 6, stk. 5, ugyldig, indtil Konkurrencerådet har truffet beslutning om at give en fritagelse

85. FT 1996-97, Till.A side 3656, h.sp. og 3657, v.sp.

efter § 8, stk. 1. Hvis Konkurrencerådet træffer afgørelse om, at aftalen kan fritages fra forbudet i § 6, stk. 1, bliver aftalen gyldig med virkning fra anmeldelsestidspunktet”.⁸⁶ Fra dette udsagn kan man imidlertid næppe drage nogen sikker slutning vedrørende den her drøftede periode mellem anmeldelsen og forud for Konkurrencerådets *afslag* på fritagelsesansøgning.

I det EU-konkurrenceretlige system indebærer anmeldelse ikke, at ugyldighed i medfør af artikel 85 udelukkes. EF-domstolens oprindelige praksis om “foreløbig gyldighed” blev på dette punkt revurderet af Domstolen selv med den følge, at aftaler som anmeldes til Kommissionen – bortset fra aftaler, som bestod før ikrafttræden af Rfo 17/62 – ikke dermed opnår gyldighed, såfremt Kommissionen måtte nå frem til, at betingelserne i artikel 85, stk. 3 for fritagelse ikke er opfyldt. Aftalerne er ugyldige *ex tunc*, fra aftaleindgåelsestidspunktet.⁸⁷

Det må nok – med nogen tvivl – antages, at EF-domstolens praksis om ugyldighed *ex tunc* vil være gældende.

I lovbemærkningerne til § 8 fremhæves det, at det som udgangspunkt er op til parterne at tilvejebringe tilstrækkelige informationer til, at Konkurrencerådet kan fastslå, at betingelserne i § 8, stk. 1 for at kunne udstede en fritagelse er opfyldt. Konkurrencerådet kan dog tillige af egen drift indhente yderligere informationer fra de berørte parter, i hvilken forbindelse bemærkningerne henviser til § 17. Det må hertil bemærkes, at det nok følger af god administrativ praksis, at myndighederne, herunder Konkurrencerådet, må være undergivet en passende selvstændig undersøgelsesforpligtelse i forbindelse med deres arbejde. En overtrædelse af lovens § 6 foreligger således ikke allerede fordi en eller flere virksomheder har anmeldt en aftale med anmodning om fritagelse i henhold til § 8. Der må herved fra Konkurrencerådets side ske en selvstændig sagsbehandling, som naturligt må inddrage elementer, som falder ind under § 8-vurderingen. Bemærkningerne bør derfor på dette punkt læses med en vis reservation.

Fritagelse medfører, at aftalen er gyldig

En aftale, der er i strid med § 6, stk. 1, er ugyldig, indtil Konkurrencerådet har truffet beslutning om at meddele fritagelse i henhold til § 8, stk. 1, jf. herved ovenfor om § 6, stk. 5. Lovbemærkningerne til § 8 anfører modsætningsvis, at

86. FT 1996-97, Till.A side 3662, v.sp.

87. Se hertil nærmere min *EU-konkurrenceret*, kapitel II, D.

hvis Konkurrencerådet træffer afgørelse om, at aftalen kan fritages fra forbudet i § 6, stk. 1, bliver aftalen gyldig “med virkning fra anmeldelsestidspunktet”.⁸⁸

Dette er imidlertid ikke ganske lovens ordlyd, idet § 8, stk. 3 har fastlagt, at afgørelser efter stk. 1 skal angive, for hvilket tidsrum fritagelsen gælder, hvortil føjes, at fritagelsen “kan tidligst få virkning fra anmeldelsestidspunktet”. Lovens ordlyd har således åbnet en vis mulighed for fravigelse af en automatisk tilbageføring af fritagelsestidspunktet til anmeldelsestidspunktet. Dette er i overensstemmelse med den fremgangsmåde EU-konkurrencereglerne har stipuleret, for så vidt angår virkningerne af fritagelse. I Rfo 17/62 siges det i artikel 6, stk. 1, om beslutninger i henhold til artikel 85, stk. 3, at når Kommissionen træffer en beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, skal den deri angive det tidspunkt, fra hvilket beslutningen skal have virkning. Dette tidspunkt kan ikke ligge forud for anmeldelsesdagen.

Det skaber usikkerhed, at bemærkningerne ikke stemmer overens med lovteksten. Det må dog af retssikkerhedsgrunde nok antages, at lovbemærkningerne under de foreliggende omstændigheder må blive udslaggivende.

§ 8, stk. 1, nr. 1)-4): Fritagelsesbetingelserne

§ 8 indeholder – på ganske samme måde som TEF artikel 85, stk. 3 – fritagelsesbetingelser, hvoraf to er positive, to negative.

For at opnå fritagelse skal de konkurrencebegrænsende aftaler m.v. således ifølge § 8, stk. 1, nr. 1) medføre fordele *enten* i henseende til produktion eller distribution *eller* i henseende til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Lovbemærkningerne til § 8 kalder denne betingelse for “de positive alternative betingelser”. § 8, stk. 1, nr. 2) stiller samtidig krav om, at det skal sikres, at forbrugerne får en rimelig andel af disse fordele. Lovbemærkningerne betegner dette som “den obligatoriske positive betingelse”.

§ 8, stk. 1, nr. 3) og nr. 4) betinger samtidig fritagelse af, at aftalerne m.v. ikke må pålægge aftaleparterne unødvendige konkurrencebegrænsninger og ikke må give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. Disse betingelser betegner bemærkningerne til § 8 som “de negative og kumulative betingelser”.

Den i lovbemærkningerne gjorte sondring mellem obligatoriske og alternative betingelser forekommer u hensigtsmæssig. Der vil – som tilsvarende inden for EU-kon-

⁸⁸. FT 1996-97, Till.A side 3662, v.sp.

kurrenceretten i medfør af TEF artikel 85, stk. 3 – i alle tilfælde være tale om, at alle fire betingelser er obligatoriske, altså om *kumulative* betingelser. Her indenfor vil der for den første betingelses vedkommende være forskellige muligheder (flere end to, som betegnelsen *alternative* alene synes at indikere).

I lovbemærkningerne til § 8 anføres det, at Konkurrencerådet har mulighed for at udøve et vist skøn ved vurderingen af, hvorvidt betingelserne i § 8, stk. 1, er opfyldte, og at Konkurrencerådet “ved udøvelsen af dette skøn skal [...] tage hensyn til Kommissionens og Domstolens praksis”.⁸⁹

Nærmere om de enkelte betingelser i § 8, stk. 1

Som følge af at de enkelte betingelser har fundet inspiration i betingelserne i TEF artikel 85, stk. 3, er det let forståeligt, at lovbemærkningerne ved deres redegørelse for betingelsernes indhold i vidt omfang har fundet støtte i den praksis herom, som har udviklet sig hos Kommissionen. Den følgende gennemgang her, udgør i væsentligt omfang en gengivelse af lovbemærkningernes gennemgang, suppleret med enkelte kommentarer, primært ud fra en EU-konkurrenceretlig synsvinkel.

§ 8, stk. 1, nr. 1): Styrkelse af effektivitet eller fremme af udvikling

Denne bestemmelse har fået et fra TEF artikel 85, stk. 3 forskelligt indhold, idet artikel 85, stk. 3 fastslår, at der skal foreligge en aftale m.v. “som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling”, medens § 8, stk. 1, nr. 1) stiller som betingelse for at opnå fritagelse, at den konkurrencebegrænsende aftale m.v. bidrager til enten at **styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen** eller til at **fremme den tekniske eller økonomiske udvikling**.

Lovbemærkningerne har tilkendegivet, at der ved vurderingen af effektivitet skal tages hensyn ikke blot til den driftsøkonomiske effektivitet, men tillige til den samfundsøkonomiske effektivitet. I overensstemmelse med formålsbestemmelsen i § 1 skal hovedvægten lægges på den samfundsøkonomiske effektivitet. Det skal udtrykkeligt fremgå af anmeldelsen, på hvilken måde aftalen m.v. vil bidrage til at forbedre produktionen eller distributionen eller til at forbedre den tekniske eller økonomiske udvikling. Der kan også være tale om aftaler m.v., der

89. FT 1996-97, Till.A side 3662, h.sp.

fremmer den miljømæssige udvikling, gennem eksempelvis udvikling af ny miljøteknologi, miljøbevarende foranstaltninger og lignende.⁹⁰

Lovbemærkningerne har tilføjet, at "Efter Kommissionens praksis kan specialiseringsaftaler føre til en forbedring af produktionen eller distributionen, hvis de f.eks. udnytter stordriftsfordele, reducerer produktionsomkostninger eller fører til et mere varieret vareudbud eller højere kvalitetsniveau. Eksklusive købsaftaler kan forbedre sikkerhed og regelmæssighed i afsætningen og dermed produktionsplanlægningen. Ligeledes kan eneforhandlingsaftaler forbedre distributionen ved, at eneforhandleren kan koncentrere sin markedsføringsindsats om bestemte salgsområder. Endelig kan selektive distributionssystemer føre til et højere serviceniveau for forbrugere.

Aftaler om fælles forskning og udvikling eller licensaftaler om anvendelse af ny teknologi (patent- og know-howlicensaftaler) vil efter Kommissionens praksis kunne fremme den teknologiske udvikling".⁹¹

De i lovbemærkningerne fremdragne eksempler, som taler om Kommissionens praksis (i relation til TEF artikel 85, stk. 3, må det formodes), må undre. Det nævnes nemlig intetsteds i denne sammenhæng i lovbemærkningerne, at de eksempler, der således er skitseret med henvisning til Kommissionens praksis, i det EU-konkurrenceretlige system enten er underlagt gruppefritagelsesforordninger – og derfor ikke undergives en til § 8 svarende individuel fritagelsesprøvelse – eller af EF-domstolen er fundet slet ikke at krænke artikel 85, stk. 1.

For *specialiseringsaftaler* er der således udstedt gruppefritagelsesforordning, Kfo 417/85, for *eksklusive købsaftalers* vedkommende gælder gruppefritagelsesforordning, Kfo 1984/83, for *eneforhandlingsaftaler* gælder gruppefritagelsesforordning, Kfo 1983/83, og for *selektive distributionssystemer* har EF-domstolen for den grundlæggende models vedkommende fundet, at der ikke herved foreligger en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, hvorfor dispensation i medfør af artikel 85, stk. 3 ikke er fornøden. Aftaler om *fælles forskning og udvikling* nyder godt af gruppefritagelse i kraft af Kfo 418/85, og *licensaftaler om anvendelse af ny teknologi (patent- og know-howlicensaftaler)* er underlagt gruppefritagelse i kraft af Kfo 240/96.

I alle disse tilfælde vil der således ikke være behov for individuel fritagelse efter artikel 85, stk. 3, når virksomhedernes aftaler ligger inden for de i forordningerne afstukne rammer eller inden for de af Domstolen opstillede rammer ved selektiv distribution. I kraft af Konkurrencelovens § 4 vil EU-gruppefritagelsen have som

90. FT 1996-97, Till.A side 3662, h.sp.

91. FT 1996-97, Till.A side 3662, h.sp.

konsekvens, at bestemmelserne i lovens kapitel 2 ikke finder anvendelse på disse aftaler. Lovbemærkningerne er derfor på dette sted misvisende.⁹²

Lovbemærkningerne har tilføjet, at “Endvidere vil efter Kommissionens praksis aftaler om fælles, endelig reduktion af strukturelt betinget overkapacitet og rationalisering kunne fremme den økonomiske udvikling. Men det er en forudsætning for at kunne meddele fritagelse, at virksomhederne som følge af ekstraordinære forhold ikke på egen hånd vil kunne gennemføre den nødvendige kapacitetstilpasning”.⁹³

Lovbemærkningerne har yderligere anført, at

“Efter Kommissionens praksis vil f.eks. fremme af investeringer i eller anvendelse af miljøteknologi ud fra samfundsøkonomiske effektivitetsbetragtninger kunne indebære sådanne fordele med hensyn til effektiv ressourceanvendelse eller reduktion af miljøskader, at dette kan begrunde en fritagelse af aftaler, der er nødvendige for at muliggøre disse mål. Det vil dog ikke være muligt at opnå en fritagelse, hvis der er tale om en aftale m.v., som primært tjener konkurrencebegrænsende formål, selv om parterne forsøger at begrunde aftalerne m.v. med henvisning til miljøbeskyttelse.”⁹⁴

Der er ikke angivet nærmere henvisning til, hvilken praksis der herved er tænkt på. Givet er imidlertid, at miljøbeskyttelse ikke i EU-konkurrenceretten i sig selv vil være en berettiget grund til at foretage konkurrencebegrænsende aftaler eller aftaleelementer, og fritagelse kan ikke gives i medfør af artikel 85, stk. 3, hvis en miljøbeskyttende konkurrencebegrænsning findes i en aftale, medmindre de 4 betingelser i artikel 85, stk. 3 er opfyldt. Reduktion af miljøskader er således ikke nævnt i artikel 85, stk. 3,⁹⁵ og udgangspunktet er derfor, at det er lovgivers ansvar at varetage dette, medens virksomhederne ikke uden hjemmel er berettigede til gennem konkurrencebegrænsende aftaler at varetage dette hensyn. Den danske Konkurrencelov må antages her at skulle fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten.

92. Se om drøftelsen af EU-gruppefritagelsernes betydning for anvendelsen af Konkurrencelovens kapitel 2 ovenfor i kommentaren til § 4, side 81. Se også nedenfor side 146 om forholdet mellem danske gruppefritagelser og EU-gruppefritagelsesforordningerne.

93. FT 1996-97, Till.A side 3663, v.sp.

94. FT 1996-97, Till.A side 3663, v.sp.

95. Men kan naturligvis være til fordel for forbrugerne.

Det skal endelig til de gengivne afsnit fra lovbemærkningerne anføres, at Kommissionens praksis vedrørende første betingelse i artikel 85, stk. 3 må antages at kunne danne baggrund for Konkurrencerådets fremtidige stillingtagen til anmeldte aftaler. Man må dog nok herved have i erindring, at Kommissionens praksis inden for forskellige områder igennem årene ikke har ligget ganske fast, hvorved det tidsmæssige perspektiv tillige må iagttages. Hertil kommer, at Kommissionens dispensationspraksis i henhold til artikel 85, stk. 3 har været konkret og derfor næppe let lader sig kopiere til håndteringen efter den danske Konkurrencelov.

§ 8, stk. 1, nr. 2): Sikres forbrugerne en rimelig andel af fordelene ved konkurrencebegrænsningen

Forbrugerbegrebet skal forstås bredt. Der tænkes ikke alene på den endelige forbruger, men tillige på mellemlid i distributionen (brugere). Lovens forbrugerbegreb går derfor ud over forbrugerbegrebet i forbrugerlovgivningen. Når loven ikke anvender et andet begreb, skyldes det angiveligt sammenhængen med TEF artikel 85, stk. 3, der i den danske oversættelse bruger begrebet "forbrugerne".

Fordele for forbrugerne kan følge af omkostningsreduktioner, forbedring af distributionen, miljømæssige forbedringer eller et højere serviceniveau. Også et højere kvalitetsniveau kan indebære fordele for forbrugerne, i hvert fald hvis det kan opnås med uændret eller endog faldende prisniveau.

Lovbemærkningerne anfører, at der inden for visse brancher kan være betydelige konkurrencemæssige fordele knyttet til store produktionsanlæg, landsdækkende distribution og lignende. Hvis to eller flere mindre virksomheder ønsker at 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. Kravene efter stk. 1, nr. 3) og 4), vil dog skulle afstemmes i forhold til de positive virkninger, som aftalerne har for en styrkelse af effektiviteten i distributionen og produktionen og fordelene for forbrugerne herved.

I almindelighed vil tilstedeværelsen af et aktuelt eller potentielt konkurrencetryk være afgørende for, om fordele ved aftalen m.v. vil komme forbrugerne til gode, idet aftaleparterne i tilfælde af stærk konkurrence på det pågældende marked vil være tvunget til at lade fordelene ved f.eks. en omkostningsreduktion komme forbrugerne til gode i form af lavere priser. Vurderingen af, om en aftale m.v. vil medføre fordele for forbrugerne, hænger derfor snævert sammen med

vurderingen af, om der vil være tilstrækkelig aktuel eller potentiel konkurrence, jf. betingelsen herom i 4).⁹⁶

I Kommissionens praksis er opfyldelsen af den tilsvarende betingelse ofte blevet godtgjort ved en henvisning til, at der ved den konkurrencebegrænsende aftale sker en øgning i servicekvaliteten og, at en omkostningssænkning vil afspejle sig i lavere priser for forbrugerne.⁹⁷

§ 8, stk. 1, nr. 3): Ikke unødvendige begrænsninger

Det er kun nødvendige konkurrencebegrænsninger, der kan opnå en fritagelse i medfør af § 8, stk. 1. Dette indebærer, at der stilles krav om, at aftaleparterne ikke vil kunne nå de samme mål ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger. Dette er en udmøntning af proportionalitetsprincippet. Det er således ikke tilstrækkeligt, at konkurrencebegrænsningerne medfører konkrete fordele efter nr. 1), idet begrænsningerne tillige skal kunne anses for nødvendige for, at aftalen m.v. kan opnå disse fordele.

I Kommissionens fritagelsespraksis har anvendelsen af proportionalitetsprincippet ofte ført til, at fritagelse er blevet afvist, eller at en aftale m.v. dog har måttet ændres på en række punkter, hvor konkurrencebegrænsningerne gik videre end aftalens m.v. formål nødvendiggjorde. Som eksempel nævner lovbemærkningerne herved, at aftaler om kapacitetsreduktioner ikke må indeholde bestemmelse om fælles prisfastsættelse eller produktionskvoter.⁹⁸

§ 8, stk. 1, nr. 4): Ikke væsentlig udelukkelse af konkurrencen

Ifølge den sidste betingelse kræves det, at der opretholdes et konkurrencemini-mum. Ved vurderingen af, om aftalen m.v. vil kunne eliminere konkurrencen, skal der både tages hensyn til, hvor meget konkurrence der vil være tilbage mellem aftaleparterne, og til muligheden for konkurrence fra andre virksomheder på markedet. Hvis en aftale m.v. vil føre til, at konkurrencen mellem aftaleparterne i det væsentlige ophæves, vil en fritagelse alene kunne gives, hvis der fra andre virksomheder på markedet kan forventes et væsentligt konkurrencetryk.

96. FT 1996-97, Till.A side 3663, v.sp.

97. Jf. således f.eks. Kommissionens beslutninger i *Lufthansa/SAS*, 16.1.1996, EFT L 54/28, og *Banque nationale de Paris – Dresdner Bank*, 24.6.1996, EFT L 188/37.

98. FT 1996-97, Till.A side 3663, h.sp.

Hvis en aftale m.v. omvendt kun på snævert afgrænsede områder begrænser konkurrencen mellem aftaleparterne, vil en stor markedsandel ikke i sig selv forhindre fritagelse af en sådan aftale. Lovbemærkningerne anfører, at jo større en del af markedet en konkurrencebegrænsende aftale m.v. dækker, jo vanskeligere vil det være for aftaleparterne at opfylde dette kriterium, og dermed kriterierne for en fritagelse efter § 8, stk. 1.⁹⁹

§ 8, stk. 2: Anmeldelse af aftaler m.v.

Konkurrencelovens § 8, stk. 1 har fastsat de indholdsmæssige betingelser for, at en aftale m.v. kan fritages fra forbudet i § 6. **§ 8, stk. 2** har fastsat den **procedure**, som betinger fritagelse. Det er herved gjort til en **betingelse**, at der er sket **anmeldelse af aftalen m.v. til Konkurrencestyrelsen**.

I lovbemærkningerne anføres det, at en tilsvarende procedure – som den der er fastsat i EU-konkurrenceretten – med en forudgående anmeldelse og administrativ afgørelse om fritagelse er indsat ved § 8, stk. 2.¹⁰⁰

Om den EU-konkurrenceretlige procedure havde lovbemærkningerne herved udtalt, at “Traktatens artikel 85, stk. 3, fastsætter de indholdsmæssige betingelser for, at en aftale m.v. kan fritages fra forbudet i artikel 85, stk. 1, mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.. Efter forordning nr. 17/62 artikel 4, stk. 1, kan en sådan fritagelse alene opnås, hvis aftalen m.v. er blevet anmeldt til Kommissionen. Omvendt har Kommissionen pligt til at behandle alle sådanne anmeldelser og dermed træffe afgørelse om, hvorvidt betingelserne for, at en aftale m.v. kan opnå individuel fritagelse, er opfyldt.”

Denne gengivelse af den EU-konkurrenceretlige procedure er, som det har været påpeget ovenfor side 129, ikke korrekt. I EU-konkurrenceretten er der tillige mulighed for individuel fritagelse uden anmeldelse i medfør af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2 og artikel 5, stk. 2.

Det kan under alle omstændigheder konstateres, at Konkurrenceloven ikke giver adgang til individuel fritagelse, hvis anmeldelse ikke foreligger.

Lovbemærkningerne erindrer videre om, at der også i 1989-konkurrenceloven i § 5 fandtes en bestemmelse om anmeldelse af konkurrencebegrænsende aftaler m.v. Anmeldelsespligten har imidlertid dér haft et andet udgangspunkt og tjent et andet formål end anmeldelse efter § 8, stk. 2. Det har dér alene været aftaler m.v. med en

99. FT 1996-97, Till.A side 3663, h.sp.

100. FT 1996-97, Till.A side 3664, v.sp.

dominerende indflydelse på markedsforholdene, der har været undergivet anmeldelsespligt, mens den nye Konkurrencelovs § 8, stk. 2, sammenholdt med § 6, stk. 1, omfatter *enhver* konkurrencebegrænsende aftale m.v., der ikke opfylder de kvantitative kriterier, der er fastsat i § 7, stk. 1, nr. 1), eller nr. 2). Endvidere er der den forskel, at der efter 1989-konkurrencelovens § 5 har været tale om en strafsanktioneret egentlig anmeldelsespligt, mens anmeldelse efter § 8, stk. 2, ikke er en pligt i sig selv, men en betingelse for at opnå individuel fritagelse fra det generelle forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i § 6, stk. 1.

Konkurrencerådet kan efter **§ 8, stk. 2, 2. pkt.** fastsætte nærmere regler for anmeldelse, herunder foreskrive brug af særlige anmeldesskemaer. Lovbemærkningerne anfører, at såfremt en aftale m.v. er anmeldt til Kommissionen med henblik på fritagelse efter artikel 85, stk. 3, kan anmeldelse til Konkurrencestyrelsen ske ved fremsendelse af en kopi af den anmeldelse, som er indgivet til Kommissionen, jf. § 4.

§ 8, stk. 3: Frister og vilkår

Ifølge **§ 8, stk. 3**, skal en **fritagelse** efter § 8, stk. 1, **angive fra hvilket tidspunkt**, den gælder, og **i hvor lang tid** den er gældende.

Lovbemærkningerne til § 8, stk. 3 anfører, at "Tidspunktet for fritagelsen vil typisk være fra anmeldelsestidspunktet. Hvis der efter anmeldelsen er foretaget ændringer af aftalen m.v., som har været afgørende for Konkurrencerådets indrømmelse af fritagelsen, får fritagelsen først gyldighed fra ændringen af aftalen m.v. En aftale m.v. vil ikke kunne blive tillagt gyldighed forud for anmeldelsestidspunktet".¹⁰¹

Det har ovenfor under omtalen af, at fritagelse medfører, at aftalen er gyldig, været omtalt, at den danske lovtekst og lovbemærkningerne ikke stemmer overens vedrørende virkningstidspunktet for en anmeldelse.

Den periode en fritagelse gives for afhænger bl.a. af, hvor sikker analysen af de forhold, der betinger fritagelsen, er – herunder navnlig med hensyn til den fremtidige udvikling. Jo mindre sikkerhed, des kortere periode. Endvidere fremgår det af § 8, stk. 3, at Konkurrencerådet kan meddele **vilkår** til en fritagelse efter § 8, stk. 1. Lovbemærkningerne anfører, at der som hovedregel vil blive meddelt vilkår til en fritagelse, i hvert fald i form af indberetningspligt. Som udgangspunkt

101. FT 1996-97, Till.A side 3664, v.sp.

vil vilkårene blive mindre byrdefulde for virksomhederne, jo kortere fritagelsesperioden er. Antallet af vilkår vil navnlig afhænge af fritagelsesperiodens længde.

§ 8, stk. 4: Forlængelse af fritagelse

Af § 8, stk. 4, fremgår, at **Konkurrencerådet** efter begæring **forlænger** en **fritagelse**, såfremt **betingelserne i § 8, stk. 1, fortsat er tilstede**. Dette kræver dog en fornyet anmeldelse af aftalen m.v., for at Konkurrencerådet kan fastslå, om samtlige kriterier i § 8, stk. 1, fortsat er tilstede, ligesom Konkurrencerådet har mulighed for at ændre på vilkår, der tidligere har været knyttet til fritagelsen, hvis der er behov herfor. Ved en forlængelse af en fritagelse efter § 8, stk. 4, skal det **angives, fra hvilket tidspunkt** fritagelsen gælder, og **i hvor lang tid** den er gældende.

§ 8, stk. 5: Ændring eller tilbagekaldelse af fritagelse

Lovbemærkningerne anfører, at ud fra retssikkerhedsmæssige betragtninger er det fundet hensigtsmæssigt at indføje bestemmelser om tilbagekaldelse i § 8. En afgørelse om individuel fritagelse eller en forlængelse heraf er en begunstigende forvaltningsakt af afgørende betydning for virksomhedernes retsstilling. Det er derfor præciseret i § 8, stk. 5, **hvornår der foreligger særlige hensyn, der kan begrunde en tilbagekaldelse**. Af Kommissionens hidtidige praksis fremgår, at Kommissionen stort set aldrig har benyttet sig af muligheden for at tilbagekalde en individuel fritagelse.¹⁰²

Ifølge § 8, stk. 5, nr. 1) kan Konkurrencerådet tilbagekalde en fritagelse, hvis **de faktiske forhold har ændret sig på et for afgørelsen væsentligt punkt**. Denne betingelse vedrører forhold, som ikke kunne forudses, og som parterne ikke nødvendigvis har haft indflydelse på. Det anføres herved i lovbemærkningerne, at der i væsentlighedsbetingelsen ligger, at mindre ændringer i de faktiske forhold ikke vil kunne begrunde en tilbagekaldelse af en fritagelse, specielt ikke hvis fritagelsen er givet for en kortere periode. Hvis fritagelsen er givet for en længere årrække, og ændringer i markedsforholdene medfører, at fritagelsen nu vil skade konkurrencen alvorligt, kan en tilbagekaldelse dog være nødvendig. Mindre ændringer i de faktiske forhold kan dog begrunde en ændring af betingelserne for fritagelsen, men Konkurrencerådet forudsættes at administrere

102. FT 1996-97, Till.A side 3664, h.sp.

Udtrykket "stort set" dækker vist over, at det aldrig er sket.

denne mulighed med tilbageholdenhed. Hvis det findes nødvendigt med en tilbagekaldelse på grund af ændringer i de faktiske forhold, vil der blive indrømmet aftaleparterne m.v. en *vis frist* til at få ændret deres aftaler m.v., således at de ikke rammes af forbudet i § 6.

Ifølge § 8, stk. 5, nr. 2) kan Konkurrencerådet ændre eller tilbagekalde en fritagelse, hvis **deltagerne i aftalen m.v. ikke overholder stillede vilkår**. Det følger imidlertid af almindelige forvaltningsretlige regler om proportionalitet, at mindre overtrædelser af meddelte vilkår ikke medfører, at en fritagelse kan tilbagekaldes.

Hvis **virksomhederne over for Konkurrencerådet afgiver urigtige eller vildledende oplysninger**, vil rådet normalt tilbagekalde fritagelsen, jf. § 8, stk. 5, nr. 3). Beslutningsgrundlaget har i så fald været forkert, medmindre der er tale om oplysninger, som har været uden betydning for vurderingen af, om fritagelsesbetingelserne var opfyldt. Det er alene urigtige eller vildledende oplysninger, som virksomhederne har tilvejebragt til brug for Konkurrencerådet, som kan medføre tilbagekaldelse af afgørelsen. Hvis der derimod er tale om urigtige oplysninger, som Konkurrencerådet af egen drift har indhentet fra andre end parterne eller disses repræsentanter, kan afgørelsen ikke tilbagekaldes efter § 8, stk. 5, nr. 3), idet det i givet fald måtte ske efter § 8, stk. 5, nr. 1).

Virkningerne af en anmeldelse

Hvis man søger at sammenfatte virkningerne af en anmeldelse af en konkurrencebegrænsende aftale m.v. kan man konstatere, at disse dels er, at anmeldelse er en betingelse for dispensation i kraft af § 8, dels at der med anmeldelsen indtræder en midlertidig strafimmunitet i perioden fra anmeldelsestidspunktet til det eventuelle tidspunkt, hvor Konkurrencerådet måtte finde, at der ikke kan ske fritagelse; jf. herved § 23, stk. 2. Anmeldelse af aftalen kan derimod ikke anses at have betydning for spørgsmålet om aftalens gyldighed, hvis fritagelse ikke opnås.

§ 9

Konkurrencerådet kan efter anmeldelse fra en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder erklære, at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, falder ind under forbudet i § 6, stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af § 6, stk. 4. Rådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af særlige anmeldelsesskemaer.

Kommentar til § 9 – dansk negativattest

Med § 9 er en “**dansk negativattest**” for **aftaler m.v.** blevet institueret. I lovbemærkningerne er det herved fremhævet,¹⁰³ at bestemmelsen i det væsentlige svarer til bestemmelsen i Rfo 17/62 artikel 2 for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler.¹⁰⁴ Konkurrencerådet kan således ifølge § 9 efter anmeldelse fra en virksomhed m.v. erklære, at en aftale m.v. efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, ikke falder ind under forbudet i § 6, stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at skride ind i medfør af § 6, stk. 4.

Ifølge **artikel 2 i Rådsforordning nr. 17/62** kan Kommissionen efter begæring fra en virksomhed udstede en såkaldt **negativattest**, hvorved Kommissionen fastslår, at der ikke, efter de forhold som den har kendskab til, findes anledning til i medfør af Traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86, at skride ind over for en aftale, vedtagelse eller praksis.

I den danske version af Rfo 17/62 artikel 2 tales i stedet for “praksis” om “samordnet praksis”. Dette er en misforståelse/oversættelsesfejl.¹⁰⁵

Lovbemærkningerne anfører, at årsagerne til at kunne udstede en negativattest, set i relation til artikel 85, stk. 1, bl.a. kan være, at Kommissionen finder, at der enten ikke foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning eller, at der ikke

103. FT 1996-97, Till.A side 3665, h.sp.

104. I § 11, stk. 4, findes tilsvarende en dansk negativattest for så vidt angår misbrug af dominerende stilling.

105. Jf. herved min *EU-konkurrenceret*, Kapitel VI, B, 1. a, fodnoten.

foreligger en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne.¹⁰⁶ Man kunne herved eventuelt tilføje, at den omstændighed, at aftalen slet ikke vedrører EU, kunne være en yderligere årsag.

En negativattest efter det EU-konkurrenceretlige system har en relativt begrænset virkning. Den indebærer således, at Kommissionen på baggrund af de foreliggende oplysninger ikke ser anledning til at gribe ind over for den virksomhed, som har begæret negativattesten. Kommissionens afgørelse vil antagelig¹⁰⁷ kunne tages op til revision, hvis forholdene ændrer sig. Samtidig må det påpeges, at en negativattest ikke er en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3. Det forhold, at en eller flere virksomheder har indgivet begæring om negativattest, udelukker således ikke – i modsætning til hvad tilfældet er for de virksomheders vedkommende, som har anmeldt deres aftale med henblik på at opnå dispensation i h. t. artikel 85, stk. 3 – at der kan pålægges bøder. En negativattest er en beslutning, og kan derfor efterprøves af EF-domstolen.

Fordelen for virksomhederne ved at begære negativattest er, at det – eventuelt på forhånd – kan afklares i forhold til Kommissionen, om de væsentlige betingelser for, at forbudet finder anvendelse, er til stede eller ej.

Inden for det EU-retlige system vil de nationale domstole imidlertid parallelt med Kommissionen antagelig kunne behandle spørgsmål om overtrædelse af artikel 85, stk. 1 (eller artikel 86).¹⁰⁸ I denne forbindelse vil den nationale domstol eventuelt kunne nå frem til en anden fortolkning af de foreliggende omstændigheder i forhold til disse bestemmelser end Kommissionen. Den nationale domstol vil eksempelvis kunne statuere, at den ikke er enig med Kommissionen i en af denne gennem negativattest konstateret manglende anvendelse af artikel 85, stk. 1, hvorved en part, trods negativattesten, vil kunne påberåbe sig ugyldighed af den pågældende aftale, baseret på en overtrædelse af artikel 85. Dette problem har dog ikke fundet sin afgørelse i EU-retlig praksis.

Man må herved være opmærksom på, at der er en forskel mellem en negativattest fra det EU-konkurrenceretlige system og en *dansk negativattest* på dette punkt.¹⁰⁹

I den danske Konkurrencelov er det således i § 6, stk. 5 bestemt, at aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige, medmindre de [...] er omfattet af en erklæring efter § 9.¹¹⁰ Lovbemærkningerne til § 6 synes herved at have taget som

106. FT 1996-97, Till.A side 3665, h.sp.

107. Dette har været omdiskuteret i retsteorien.

108. Se herved f.eks. min *EU-konkurrenceret* kapitel VI, B, 1 og *Nils Wahl: Konkurrensförhållanden* 193 ff.

109. Se herved ovenfor i dette kapitel side 115.

110. *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret*, 169, er kritisk til § 6, stk. 5, sammenholdt med § 9.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

udgangspunkt, at en dansk negativttest indebærer, at anvendelsen af § 6, stk. 1 generelt vil være ganske afskåret. Der tales nemlig dér om: "Endvidere omfatter forbudet ikke [...] aftaler m.v., som Konkurrencerådet på det foreliggende grundlag har erklæret falder uden for forbudet (§ 9)".¹¹¹ Til dette udsagn i lovbemærkningerne kan imidlertid bemærkes, at dette næppe ganske harmonerer med lovteksten, hvorefter det er "forbudt" at indgå de i § 6 anførte aftaler m.v. Man måtte formode, at et forbud ikke "ophæves" ved en erklæring efter § 9, som blot taler om, at Konkurrencerådet kan "erklære" at aftalen ikke falder ind under § 6, stk. 1, og at "der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af § 6, stk. 4". Med § 6, stk. 5 er der ganske vist tale om, at forbudet ikke kan afføde ugyldighed, hvis der er udstedt negativttest. Men den omstændighed, at Konkurrencerådets påbud som udgangspunkt kun er én af de reaktioner, overtrædelse af forbudet i § 6, stk. 1 vil kunne medføre, og at ugyldighed er en anden mulig reaktion, synes ikke nødvendigvis at afskære domstolene fra selvstændigt at anvende § 6 med eventuelle andre reaktioner, uanset at en negativttest foreligger. Eksempelvis kunne muligheden for – uanset forekomsten af en negativttest – at tilkende erstatning ikke nødvendigvis anses for udelukket gennem § 6, stk. 5 og lovbemærkningerne. Der synes nok vedrørende den danske Konkurrencelov, med baggrund i EU-konkurrencerettens system og med lovtekstens klare ord om forbud i § 6, stk. 1, at kunne tales for, at det med nogen tøven bør kunne antages, at § 6, stk. 5 ikke har forhindret domstolene i at bringe § 6 i anvendelse, selv om der måtte foreligge en negativttest.

Udstedelsen af en erklæring efter § 9 forudsætter en anmeldelse, som indgives til Konkurrencestyrelsen. Lovbemærkningerne noterer, at det forudsættes, at såfremt en virksomhed m.v. har indgivet en anmeldelse efter § 9, har Konkurrencerådet pligt til at træffe en afgørelse.

Hvorledes denne pligt i givet fald er sanktioneret er ikke omtalt i loven eller lovbemærkningerne. De almindelige forvaltningsretlige regler må her komme i anvendelse.

En *erklæring* fra Konkurrencerådet *efter § 9* medfører, at der *ikke vil kunne pålægges bøder*. Dette fremgår ikke af loven, men er angivet i lovbemærkningerne til § 23, hvor det hedder: "Det følger af straffebetingelsen i stk. 1, at virksomheder, der har modtaget erklæring fra Konkurrencerådet efter § 9 eller § 11, stk. 4 (ikke-indgrebserklæring), ikke vil kunne pålægges straf. En ikke-indgrebserklæring

111. FT 1996-97, Till.A side 3657, h.sp.

bevirker, at kravet om forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse ikke kan anses for opfyldt”.¹¹²

Lovbemærkningerne giver udtryk for, at hvis Konkurrencerådet finder, at der ikke kan udstedes en erklæring efter § 9, er dette *ensbetydende* med, at den pågældende aftale m.v. *er omfattet af forbudet i § 6*.¹¹³ Hvis virksomheden ikke indgiver en anmeldelse om fritagelse efter § 8, kan der pålægges bøder, ligesom aftalen m.v. er ugyldig.

Til dette udsagn må vel bemærkes, at den mulighed også synes at stå åben, at Konkurrencerådet med sit afslag på en anmodning om en negativattest ikke på det foreliggende grundlag har ønsket at tage stilling, uden at det formødne grundlag for at konstatere en overtrædelse har været tilvejebragt.

En *erklæring binder Konkurrencerådet*, dog ikke i det omfang, hvor Konkurrencerådets grundlag for afgørelsen ændrer sig, eller der gør sig forhold gældende, som Konkurrencerådet ikke havde kendskab til.

For klarhedens skyld har lovbemærkningerne anført, at “hvis en virksomhed anmelder en aftale m.v. med henblik på kun at opnå en erklæring efter § 9, kan Konkurrencerådet ikke af sig selv undersøge, om betingelserne for en fritagelse efter § 8 er til stede”. Dette udsagn bekræfter i øvrigt, at individuel fritagelse efter Konkurrencelovens system altid vil være betinget af en “anmeldelse”.¹¹⁴

Det kan drøftes, hvorledes retstillingen vil være, hvis Konkurrencerådet finder en aftale omfattet af en EU-gruppefritagelsesforordning og som følge heraf udsteder en dansk negativattest, jf. § 9, men Kommissionen efterfølgende ikke er enig i denne EU-konkurrenceretlige vurdering. Det synes dog at måtte være konsekvensen, at negativattesten opretholdes i det omfang en tilbagekaldelse heraf ikke kan foretages efter Konkurrenceloven. Tilsvarende problem rejser sig i øvrigt i forhold til den situation, hvor EF-domstolen måtte komme til det resultat, at aftalen ikke er omfattet af den pågældende gruppefritagelsesforordning.

112. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp.

113. FT 1996-97, Till.A side 3665, h.sp.

114. FT 1996-97, Till.A side 3665, h.sp.

§ 10

Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet regler om fritagelse for forbudet i § 6, stk. 1, for grupper af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som opfylder betingelserne i § 8, stk. 1.

Kommentar til § 10 – hjemmel for gruppefritagelse

Konkurrencelovens § 4 indebærer, at aftaler m.v., der opfylder betingelserne i en EU-gruppefritagelse, ikke omfattes af forbudet i § 6.

I § 10 fastsættes, at erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet kan udstede særlige **danske gruppefritagelser**, der fritager grupper af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis fra forbudet i § 6, stk. 1. Lovbemærkningerne anfører, at “visse af EU-gruppefritagelserne indeholder markedsandele eller øvrige forhold, som er knyttet til fællesmarkedet som sådant, det vil sige, at gruppefritagelserne forudsætter et grænseoverskridende element – eksempelvis EU-gruppefritagelsen for eneforhandlingsaftaler”.¹¹⁵

Lovbemærkningerne anfører, at “gruppefritagelserne er begrundet i, at visse typer af konkurrencebegrænsende aftaler m.v. indebærer samfundsøkonomiske fordele, som overstiger eller er væsentligere end de ulemper, som konkurrencebegrænsningen medfører. For aftaler m.v., der kun har virkning i Danmark, ville det være urimeligt, om ikke også disse skulle kunne nyde godt af en gruppefritagelse, udstedt med henblik på danske forhold. Dette indebærer, at de gruppefritagelser, som kan udstedes efter § 10, for det første kan være *gruppefritagelser, der bygger på EU-gruppefritagelserne*, men tilpasset danske forhold. For det andet kan der gøre sig specielle konkurrenceforhold gældende i Danmark, som der ikke er gjort op med i en EU-gruppefritagelse. Dette kan nødvendiggøre *specielle danske gruppefritagelser*”.¹¹⁶ (mine fremhævelser).

Det skal til udsagnet om, at det for aftaler m.v., der kun har virkning i Danmark, ville være urimeligt, om ikke også disse skulle kunne nyde godt af en gruppefritagelse, bemærkes, at dette udsagn – og henvisningen til et grænseoverskridende element – synes at bygge på den antagelse, at gruppefritagelserne inden for det EU-konkurrenceretlige system kræver, at en overtrædelse af artikel 85, stk. 1 er til stede. Dette er

115. FT 1996-97, Till.A side 3665, h.sp.

116. FT 1996-97, Till.A side 3666, v.sp.

for så vidt et rationelt udgangspunkt, idet der i det EU-konkurrenceretlige system ikke er “behov” for gruppefritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, hvis der ikke foreligger en overtrædelse af artikel 85, stk. 1. Man kan imidlertid overveje, om der efter EU-konkurrenceretten kræves tilstedeværelse af en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, for at der kan gælde gruppefritagelse i henhold til forordningerne, eller sagt på en anden måde, om gruppefritagelsesforordningerne har gjort det til en betingelse for deres anvendelighed, at artikel 85, stk. 1 er overtrådt. Dette synes ikke nødvendigvis på forhånd at være sikkert. Således stiller EU-gruppefritagelserne ikke efter deres ordlyd krav om at artikel 85, stk. 1 er overtrådt, derunder at aftalen er grænseoverskridende. Vel er artikel 1 i de forskellige gruppefritagelsesforordninger formuleret således, at der deri henvises til artikel 85, stk. 1. Men dette synes at ske for dermed at markere, at *hvis* denne bestemmelse er overtrådt, vil aftalen ikke desto mindre nyde godt af fritagelse i kraft af artikel 85, stk. 3 gennem vedkommende forordning. Når man kan være i tvivl om, at gruppefritagelsesforordningerne i det EU-konkurrenceretlige system forudsætter en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, hænger dette ud over ordlyden af forordningerne yderligere sammen med, at flere af forordningerne udtrykkeligt henviser til, at der ikke er sikkerhed for, at klausuler, som omfattes af gruppefritagelsen, overhovedet er konkurrencebegrænsende og dermed krænker artikel 85, stk. 1. I gruppefritagelsesforordningen om teknologioverførselsaftaler, Kfo 240/96, hedder det således eksempelvis i præamblen, i tilknytning til bestemmelsen i selve forordningens artikel 2, at “Der bør i denne forordning opregnes en række forpligtelser, som normalt findes i licensaftaler, men som *generelt ikke er konkurrencebegrænsende*, således at det sikres, at disse forpligtelser også falder ind under gruppefritagelsen, såfremt de som følge af særlige økonomiske eller juridiske omstændigheder skulle være omfattet af artikel 85, stk. 1. Opregningen i artikel 2 er ikke udtømmende”.¹¹⁷ Det hedder svarende hertil i selve forordningens tekst, at “Falder de i stk. 1 nævnte aftalebestemmelser *undtagelsesvis* ind under artikel 85, stk. 1, er de også fritaget, selv om de ikke er ledsaget af nogen af de forpligtelser, der er fritaget efter artikel 1”.¹¹⁸ Herudover har artikel 2, stk. 3 optaget en bestemmelse, som lader det mindre i det mere nyde godt af gruppefritagelsen, idet det siges: “Fritagelsen efter stk. 2 gælder også, når parterne i deres aftaler fastsætter bestemmelser af samme art som de i stk. 1 omhandlede, men med mere begrænset rækkevidde”.

Disse bestemmelser – og andre tilsvarende bestemmelser i andre gruppefritagelsesforordninger¹¹⁹ – synes dermed ikke at basere sig på den forudsætning, at en overtrædelse af artikel 85, stk. 1 er til stede, men giver gruppefritagelse, hvad enten artikel 85, stk. 1 er overtrådt eller ej.

117. Kfo 240/96 præamblen pkt. (18).

118. Kfo 240/96 artikel 2, stk. 2 (mine fremhævelser).

119. Se herved f.eks. også betænkning 1297/1995, Bind 2, side 245 om franchisingforordningen, Kfo 4087/88.

Kapitel 2. Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

De her gjorte overvejelser i retning af ikke nødvendigvis at anse gruppefritagelse efter EU-konkurrenceretens forordninger som betinget af overtrædelse af artikel 85, stk. 1, synes at måtte støttes af det forhold, at Kommissionen har udstedt gruppefritagelsesforordninger inden for områder, som af EF-domstolen forud var blevet fastslået ikke at udgøre overtrædelser af artikel 85, stk. 1, jf. herved klare gruppefritagelsesforordningen om franchising-aftaler, Kfo 4087/88, der blev udstedt efter afsigelsen af *Pronuptia-dommen*¹²⁰, og hvori blandt andet gruppefritages en række aftaleklausuler m.v., som EF-domstolen vedrørende distributionsfranchising – som også er dækket af Kfo 4087/88¹²¹ – havde fundet ikke udgjorde overtrædelser af artikel 85, stk. 1.¹²²

Tager man udgangspunkt i den her anførte tvivl om nødvendigheden af krænkelse af artikel 85, stk. 1, for at være omfattet af EU-gruppefritagelse i henhold til forordningerne herom, vil dette antagelig indebære, at de danske gruppefritagelsesforordninger, som agtes udstedt i kraft af § 10, og som er "*gruppefritagelser, der bygger på EU-gruppefritagelserne*", men er tilpasset danske forhold, næppe vil være nødvendige i det omfang, der allerede i det EU-konkurrenceretlige system findes den samme gruppefritagelsesforordning. Dette skyldes bestemmelsen i lovens § 4, som bestemmer, at lovens kapitel 2 (§ 6 ff.) blandt andet ikke omfatter konkurrencebegrænsende aftaler m.v. som opfylder betingelserne i en EU-gruppefritagelsesforordning. Hvis en dansk gruppefritagelse således ikke i samme omfang som en EU-gruppefritagelsesforordning giver fritagelse, ville virksomhederne efter denne opfattelse således antagelig kunne påberåbe sig § 4. Et andet resultat måtte i givet fald støtte sig på den forudsætning, at Konkurrencelovens lovbemærkninger har lagt grænseoverskridende virkning til grund for beskyttelsen efter § 4. Det måtte i givet fald være et spørgsmål, som eventuelt kunne prøves under en præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen, idet der herved kunne være tale om fortolkningen af rækkevidden af en gruppefritagelsesforordning.

Lovbemærkningerne stiller i udsigt, at særlige nationale gruppefritagelser skal fastlægges i overensstemmelse med de betingelser, der gælder for opnåelse af individuel fritagelse efter bestemmelserne i § 8, stk. 1, og at en gruppefritagelse efter § 10 udstedes i overensstemmelse med EU-reglerne for et bestemt tidsrum.

Af *specielle danske gruppefritagelser* for forbudet i § 6 tænkes bl. a. udstedt en fritagelse for *detailhandelen*, som det er tilfældet i Sverige.

120. *Pronuptia de Paris GmbH* mod Schillgalis, sag 161/84, præ. afg. af 28.1.1986, Sml. 1986, 353.

121. Jf. Kfo 4087/88 præambelens pkt. (3)-(5).

122. Se nærmere til de her fremdragne forhold min *EU-konkurrenceret*, kapitel VIII, D, 2, c, og kapitel IX, D.

Den svenske gruppefritagelse for detailhandelen fastslår, hvad der er tilladt for kæder med en markedsandel på mindre end 15 pct., henholdsvis hvad der er tilladt for kæder med en markedsandel på 15 pct., men under 35 pct.

Den svenske gruppefritagelse indeholder ingen negative kriterier, som det kendes fra EU-gruppefritagelsesforordningerne, men alene positive kriterier for hvilke aftaleformer de to kædetyper må indgå.

Der er fælles regler for så vidt angår indkøbssamarbejde, fælles markedsføring, retten til at sælge de i fællesskab indkøbte varer, samt samarbejde om butiksetablering, finansielle og administrative tjenester m.v. De mindre kæder må i højere grad end de store kæder indgå aftaler m.v. om kalkulationshjælp samt prissamarbejde i den fælles markedsføring.

For begge kædetyper i den svenske gruppefritagelse gælder, at der alene må aftales maksimalpriser, samt at de indgåede aftaler m.v. alene må indgås mellem medlemmer af en og samme kæde.

En dansk gruppefritagelse for kædesamarbejde i detailhandelen vil ifølge lovbemærkningerne skulle udformes under hensyn til konkurrenceforholdene på det danske marked, hvor detailhandelen er karakteriseret ved kapitalkæder, frivillige kæder og kædesamarbejde inden for brugsforeningsbevægelsen, hvis indbyrdes konkurrenceforhold skal afspejles i gruppefritagelsen.

Det forekommer nok mindre overbevisende i Danmark, med korte afstande m.v., end i Sverige, at udforme en særskilt gruppefritagelse for detailhandelen.

Erhvervsministeren kan ændre eller ophæve en gruppefritagelse udstedt efter § 10, hvis forholdene har ændret sig på et punkt, der har været væsentligt for gruppefritagelsens udstedelse. I så fald fastsættes en tilpasningsfrist for aftaler m.v., som var omfattet af den oprindelige gruppefritagelse.

Loven eller lovbemærkningerne har *ikke*, som tilfældet er det i EU-gruppefritagelsesforordningerne, nævnt adgangen til *i konkrete tilfælde at tilbagekalde* en ellers gældende gruppefritagelse. Dette måtte ellers nok forekomme som en hensigtsmæssig ordning. Eventuelt kan der ved udformningen af de enkelte gruppefritagelser indarbejdes en sådan adgang. Det må dog stille sig som usikkert, om den fornødne hjemmel hertil findes i Konkurrenceloven eller kan etableres på basis heraf, idet det må anses for udelukket, at erhvervsministeren skulle kunne

gribe ind med en tilbagekaldelse. Denne måtte i givet fald besluttes af Konkurrencerådet.

Til illustration af tilbagekaldelsessystemet i EU-konkurrenceretten kan herved eksempelvis peges på artikel 7 i Kfo 240/96 om teknologioverførselsaftaler, hvori det hedder:

“Kommissionen kan i overensstemmelse med artikel 7 i forordning nr. 19/65/EØF lade fordelene ved anvendelsen af nærværende forordning bortfalde, såfremt den i et konkret tilfælde fastslår, at en aftale, der er fritaget efter denne forordning, alligevel har visse virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, og navnlig når:

- 1) aftalen bevirker, at licensprodukterne på licensområdet ikke udsættes for effektiv konkurrence fra identiske produkter eller tjenesteydelser eller produkter eller tjenesteydelser, der af brugerne betragtes som udskiftelige eller substituerbare med licensprodukterne som følge af deres egenskaber, pris og anvendelse, hvilket bl.a. kan være tilfældet, når licenstageren har en markedsandel på over 40 %.
- 2) licenstageren uden objektiv grund nægter at efterkomme ordrer, som uopfordret afgives af brugere eller forhandlere, der er etableret på andre licenstageres område, jf. dog artikel 1, stk. 1, nr. 6
- 3) parterne:
 - a) uden at det er objektivt berettiget, nægter at efterkomme ordrer fra brugere eller forhandlere, der er etableret på deres respektive område, og som agter at afsætte produkterne på andre områder inden for fællesmarkedet eller
 - b) lægger hindringer i vejen for, at brugere og forhandlere kan købe produkterne hos andre forhandlere inden for fællesmarkedet, bl.a. når de håndhæver intellektuelle ejendomsrettigheder eller træffer foranstaltninger til at forhindre disse brugere eller forhandlere i at erhverve produkter uden for licensområdet eller i, inden for licensområdet, at afsætte produkter, som er lovligt markedsført inden for fællesmarkedet af licensgiveren eller med dennes samtykke
- 4) parterne på tidspunktet for meddelelsen af licensen var indbyrdes konkurrerende producenter, og licenstagernes forpligtelse til at producere en vis minimumsmængde og udnytte den overførte teknologi efter bedste evne, jf. artikel 2, stk. 1, nr. 9 og 17, bevirker, at licenstageren afskæres fra at benytte konkurrerende teknologier”.

KAPITEL 3

Misbrug af dominerende stilling

Indledning til kapitel 3

Udformningen af Konkurrencelovens **kapitel 3** om misbrug af dominerende stilling har, som det hedder i lovbemærkningerne, været “**inspireret af**” bestemmelsen i **TEF artikel 86**.¹ Der er således ved lovens **§ 11** en væsentlig indholdsmæssig overensstemmelse med bestemmelsen i artikel 86. Der består dog samtidig den betydningsfulde forskel fra forbudet i TEF artikel 86, at forbudet i § 11, stk. 1 ikke er undergivet administrative bøder, (eller som tilfældet er ved overtrædelser af § 6, stk. 1 er strafsanktioneret). Konkurrenceloven har i stedet fastlagt, at der alene kan pålægges straf i form af bøde efter § 23, stk. 1, nr. 2), hvor den virksomhed, som overtræder “forbudet”, allerede forinden har modtaget et tilsvarende påbud efter § 11, stk. 3 inden for de seneste 5 år. Loven forudsætter således en myndighedsakt, som dermed virker konstituerende for forbudet, i relation til strafsanktionen.

Man kan derfor efter sædvanlig sprogbrug næppe med rette betegne § 11 som en forbudsbestemmelse, idet bestemmelsen bærer væsentlige lighedstræk med en traditionel kontrolbestemmelse. Lovbemærkningerne taler imidlertid om forbudsprincippet også i relation til § 11.² *Koktvedgaard* taler om en “maskeret kontrollov” og om, at “kontrolprincippet i nogen grad har overlevet lovreformen”.³

Bestemmelsen i **§ 11, stk. 2**, angiver **eksempler på misbrug**, som Konkurrencerådet kan forbyde.

Når Konkurrencerådet konstaterer, at en virksomhed har overtrådt “forbudet”, kan der udstedes påbud om at bringe overtrædelsen til ophør efter **§ 11, stk. 3**. En sådan konstatering kan ifølge lovbemærkningerne ske “efter klage, af egen

1. FT 1996-97, Till.A side 3666, h.sp.

2. I *Advokatrådets høringsvar* til lovudkastet – der indgår i Erhvervsudvalgets bilag 2, som rummer erhvervsministerens svar på spørgsmål 1 – konstateredes det, at misbrugsbestemmelserne reelt ikke indebærer en ændring i forhold til 1989-konkurrenceloven.

3. *Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 129.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

drift eller efter henvisning fra Kommissionen". Overtrædelser af dette påbud i henhold til § 11, stk. 3, er sanktioneret med bødestraf efter § 23, stk. 1, nr. 4).

Kapitel 3 – eller lovbemærkningerne hertil – omtaler ikke muligheden for **erstatning**. I lovbemærkningerne til kapitel 8 indeholdes imidlertid et udsagn, som i denne forbindelse er af interesse. Det siges her, at

"I det omfang konkurrencebegrænsninger i strid med loven påfører en fysisk eller juridisk person et tab, vil der typisk være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for den skadelidte at søge erstatning gennem et civilt søgsmål. Da dette imidlertid følger af dansk rets almindelige regler, er det ikke fundet nødvendigt at indsætte en udtrykkelig bestemmelse herom".⁴

Det må på grundlag af denne udtalelse kunne overvejes, om en overtrædelse af "forbudet" i § 11 mod misbrug af dominerende stilling, som det nærmere belyses nedenfor i kapitel 8, kan udløse erstatning som følge af den ikke strafbelagte, retsstridige handling.⁵ Det må i øvrigt stille sig som centralt, om forbudsbestemmelsen i § 11 kan give grundlag for andre sanktioner, således navnlig anerkendelsesdom eller nedlæggelse af fogedforbud.⁶

TEF artikel 86 lyder:

En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem Medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

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

4. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp.

5. Se herved nedenfor i kapitel 8, side 220.

6. Ovenfor i kapitel 2 har det side 95 været berørt, om bestemmelsen i § 6 kan afføde forskellige sanktioner.

Ved Rådets forordning 17/62, artikel 15, stk. 2 er bødesanktionen – som en ikke-strafferetlig sanktion – fastlagt således:

“Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1.000 og højst 1.000.000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

- a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (1), eller artikel 86, eller
- b) [...]”.

§ 11

Det er forbudt for en eller flere virksomheder m.v. at misbruge en dominerende stilling på det danske marked eller en del heraf.

Stk. 2. *Misbrug efter stk. 1 kan f.eks. foreligge ved*

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

Stk. 3. *Konkurrencerådet kan udstede påbud om at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør.*

Stk. 4. *Konkurrencerådet kan efter anmeldelse fra en eller flere virksomheder erklære, at en given adfærd ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, er omfattet af stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af stk. 3. Rådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af særlige anmeldelseskemaer.*

Kommentar til § 11 – misbrug af dominerende stilling

Virksomhedsbegrebet

§ 11 finder anvendelse på en eller flere “**virksomheder**”, som misbruger en dominerende stilling på det danske marked. Med hensyn til virksomhedsbegrebet henviser lovbemærkningerne til bemærkninger til § 2, stk. 1, vedrørende begrebet “erhvervsvirksomhed”.⁷ Det var dér udtalt, at begrebet “erhvervsvirksomhed” efter loven skal forstås bredt, således at enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester, er omfattet.

Det siges i lovbemærkningerne, at “hvis der er tale om et misbrug foretaget af to eller flere uafhængige virksomheder, og hvis dette misbrug er udslag af en aftale eller samordnet praksis mellem disse virksomheder, vil forholdet skulle

7. FT 1996-97, Till.A side 3666, h.sp.

afgøres efter § 6, jf. bemærkningerne til § 6 om aftalebegrebet, henholdsvis om samordnet praksis. Det fremgår heraf, at kravene til bevis for samordnet praksis er lempelige, hvis der har været kontakt mellem de pågældende virksomheder”.

Dette udsagn kunne tolkes således, at hvis både § 6 og § 11 var overtrådt, skulle alene § 6 bringes i anvendelse. Dette ville imidlertid være en uhensigtsmæssig ordning. Hvis en adfærd både udgør et forhold, som omfattes af § 11 og en aftale, som omfattes af § 6, stk. 1, må det være berettiget ikke blot at ramme den efter § 6, men tillige at udstede et påbud efter § 11, stk. 3. Hvis en eller flere af de deltagende virksomheder inden for de seneste 5 år har modtaget et tilsvarende påbud, bør der ikke være nogen hindring for at bringe bestemmelserne i § 23 i anvendelse.

Dette ville i øvrigt harmonere godt med det EU-konkurrenceretlige system, hvor det er praksis for at ramme aftaler såvel efter artikel 85, som efter artikel 86, jf. ovenfor i kapitel 2 ved omtalen af “*Aftaler*” ... *mellem virksomheder*.⁸ Desuden stemmer det vel bedst med lovens ordlyd.

Fra EU-praksis foreligger herved navnlig *Ahmed Saeed Flugreisen-dommen*⁹ og *Tetra Pak Rausing-dommen*.¹⁰ Og se ovenfor i kapitel 2 og nærmere min *EU-konkurrenceret* kapitel III, K.

§ 11 finder også anvendelse i tilfælde, hvor en offentlig virksomhed misbruger sin markedsdominans, selv om den dominerende stilling f.eks. skyldes en lovbestemt eneret.

Lovbemærkningerne påpeger, at med hensyn til en (offentlig eller privat) **forsynings- eller transportvirksomhed m.v.** med en dominerende markedsposition, der udbyder tjenesteydelser på et marked, hvor der **aktuelt eller potentielt er konkurrerende virksomheder**, kan der bestå en mulighed for et misbrug af den dominerende stilling ved, at det pågældende selskab vanskeliggør eller hindrer andre tjenesteudbydere adgang til forsynings- eller transportvirksomhedens infrastruktur m.v. Disse andre kan være allerede eksisterende tjenesteudbydere eller nye tjenesteudbydere, der ønsker at komme ind på markedet.¹¹

8. Jf. kapitel 2, side 100.

9. *Ahmed Saeed Flugreisen* mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, sag 66/86, præ. afg. af 11.4.1989, Sml. 1989, 803.

10. *Tetra Pak Rausing* mod Kommissionen, sag T-51/89, dom af 10.7.1990, Sml. 1990, II-309.

11. FT 1996-97, Till.A side 3666, h.sp.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

Lovbemærkningerne bidrager imidlertid ikke nærmere til afklaring af, hvornår forsynings- eller transportvirksomheder m.v. har overskredet grænsen og dermed gjort sig skyldige i misbrug. Og man må hæfte sig ved den angivne kvalifikation, at der skal være tale om konkurrerende virksomheder, aktuelt eller potentielt, på markedet. Hermed har lovbemærkningerne, uden direkte at anvende udtrykket, formodentlig søgt at referere til det i nyere tid hyppigt anvendte fænomen "**Essential Facilities**".¹²

Lovbemærkningerne til § 11 må i denne forbindelse læses i sammenhæng med lovbemærkningerne, omtalt ovenfor i kapitel 1 om "naturlige monopoler"¹³, og desuden sammen med bestemmelsen med tilhørende bemærkninger i § 16, stk. 1, nr. 4). Efter sidstnævnte bestemmelse vil de påbud, som Konkurrencerådet efter blandt andet § 11, stk. 3 kan udstede med henblik på at bringe de skadelige virkninger af konkurrencebegrænsninger til ophør, blandt andet kunne omfatte: "4) At give adgang til en infrastrukturfacilitet, der er nødvendig for at kunne udbyde en vare eller tjenesteydelse". Denne bestemmelsen må tillige anses at være en reference til "Essential Facilities". Som gengivet nedenfor i kapitel 6 i kommentaren til § 16 har lovbemærkningerne hertil fremholdt,¹⁴ at det f.eks. kan være adgang til et elnet, havn eller lufthavn, idet hjemmelen til at udstede påbud om at give tredjeparter adgang til en virksomheds infrastrukturfacilitet alene omfatter de tilfælde, hvor potentielle konkurrerende virksomheder er afskåret fra selv at opbygge de fornødne faciliteter. Det angives dog samtidigt, at spørgsmålet om adgang til infrastrukturfaciliteter er udtømmende reguleret på *teleområdet* via

12. Se hertil omtalen af "*Essential Facility-doktrin*" i min *EU-Konkurrenceret*, side 96, hvor det kort er anført, at der hermed centrerer om den problemstilling, at en indtrængende virksomhed søger at få adgang til en indretning (facility) med sigte på at kunne levere til et tilknyttet marked, normalt videre i omsætningskæden (downstream).

Se i øvrigt f.eks. *D. Ridyard*: "Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law", [1996] 8 ECLR 438. Desuden *Timothy Cowen*: "The Essential Facilities Doctrine in EC Competition Law", 1995 Fordham Corporate Law Institute.

Om det alene er offentlige virksomheder, over for hvem Essential Facility-doktrinen kan finde anvendelse, skal ikke tages op her, men det synes ikke at være åbenbart, at dette er tilfældet.

13. Se herved ovenfor i kapitel 1, side 46.

14. Se herved nedenfor i kapitel 6, side 202.

samtrafiklovgivningen¹⁵, ligesom adgangen til *jernbane* og *lufthavnsfaciliteter* i hovedsagen er EU-reguleret. Og for *havne*, hvortil der er offentlig adgang, er det et generelt princip, at en havn har pligt til at modtage skibe i det omfang, pladsforholdene tillader det.

Det må antages at være ønsket med de anførte lovbemærkninger til § 11, at denne bestemmelse udgør den fornødne materielle hjemmel til at instituere *tredjepartsadgang*, hvis betingelserne herfor i øvrigt er til stede.

Selv om doktrinen om Essential Facilities kan føres langt tilbage også i retslig sammenhæng¹⁶, må det dog anses for tvivlsomt, om den har fundet sit endelige leje. Der synes imidlertid herom for det praktiske formåls vedkommende at kunne fastslås, at der kun foreligger en essential facility i de situationer, hvor der alene findes en enkelt udbyder, som er indehaver af en indretning, der ikke lader sig erstatte af andre passende løsninger på de behov, som dækkes af indretningen, samtidig med, at denne indretning har en særlig samfundsmæssig betydning. Essential Facility-doktrinen vil herved kunne føre til adgang til den pågældende indretning under forudsætning af, at denne adgang lader sig udsondre.¹⁷

Med lovbemærkningernes henvisning til eventuelt misbrug ved vanskeliggørelse eller hindring for andre tjenesteyderes adgang til virksomhedens infrastruktur m.v. må der således formodes at være sket en udvidelse af dansk ret i forhold til 1989-konkurrenceloven.¹⁸

Ved Lov 486/1996 om ændring af elforsyningsloven er der skabt basis for en begrænset tredjepartsadgang via ellovgivningen. Loven er endnu ikke trådt i kraft.

Dominerende stilling

15. Erhvervsministeren henviser herved i sit svar (bilag 65) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 37 til lov 467 af 12.6.1996.

16. I USA kom doktrinen således frem med Supreme Courts afgørelse i *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 US 383 (1912).

17. Sml. herved den amerikanske Court of Appeals-dom i *MCI Communications v AT & T*, 708 F. 2d 1081, 1132 (7th Cir. 1983).

18. Se herved nærmere nedenfor i kapitel 6, side 201, ved omtalen under kommentaren til § 16 af Konkurrenceankenævnets kendelse af 18.6.1996 i sagen om Elkraft ctr. Konkurrencerådet, hvor tredjepartsadgang ikke kunne anerkendes under de foreliggende omstændigheder efter dagældende lovgivning.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

Lovbemærkningerne anfører, at Kommissionens og Domstolens praksis vil være vejledende ved fortolkningen af begrebet dominerende stilling i § 11, og det påpeges, at dette indebærer ændrede betingelser i forhold til den gældende konkurrencelov for at statuere dominans, idet der efter Kommissionens og Domstolens praksis foreligger en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden mulighed for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans forbrugerne.¹⁹

Lovbemærkningernes udsagn om, at den omstændighed, at Kommissionens og Domstolens praksis vil være vejledende for fortolkningen, indebærer ændrede betingelser i forhold til den gældende konkurrencelov for at statuere dominans, uddybes ikke. Det er imidlertid ikke ganske klart, hvad lovbemærkningerne kan have ment hermed. Allerede med indførelsen af terminologien "dominerende indflydelse" i 1989-konkurrenceloven, i stedet for det tidligere efter Monopolloven anvendte begreb "væsentlig indflydelse", måtte der nemlig siges at være sket en tilpasning til bestemmelserne i TEF. *Sølvkjer* 118, angav eksempelvis således, at "Bestemmelsen af begrebet 'dominerende indflydelse' i KL [altså 1989-konkurrenceloven] svarer i store træk til, hvad der er gældende praksis for afgrænsningen heraf inden for EF-konkurrenceretten".

Det må siges, at den efterfølgende praksis fra Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet også vanskeligt i denne henseende synbart lader sig adskille fra EU-konkurrenceretlig praksis.

Lovbemærkningernes efterfølgende udviklinger vedrørende dominerende stilling har tydeligvis fundet sit fundament i EU-konkurrenceretlig praksis. Det anføres således, at efter Kommissionens og Domstolens praksis er virksomhedens **markedsandel** et vigtigt kriterium for vurderingen af, om der foreligger dominerende stilling. I de tilfælde, hvor markedsandelen ikke i sig selv er tilstrækkelig til at statuere dominerende stilling, må der inddrages supplerende kriterier. Der kan navnlig lægges vægt på den aktuelle og potentielle konkurrence på markedet, samt strukturelle og adfærdsmæssige forhold på det relevante marked.

19. FT 1996-97, Till.A side 3667, v.sp.

Det påpeges, at en markedsandel på 25 pct. og derunder formentlig ikke vil være tilstrækkeligt til at statuere dominerende stilling. Med en så begrænset markedsandel vil en virksomhed sjældent være i stand til at hindre den effektive konkurrence gennem sin markedsstilling.

Markedsandele på mellem 25 og 40 pct. er formentlig ikke alene tilstrækkelige til at statuere dominans på det relevante marked. En dominerende stilling må derfor bekræftes ved supplerende kriterier.

Ved en markedsandel på over 40 pct. er der en formodning for, at virksomheden(erne) indtager en dominerende stilling på markedet. Dette gælder under alle omstændigheder i de tilfælde, hvor denne markedsandel er fastholdt over en længere periode.

En markedsandel på 50 pct. eller derover kan i sig selv udgøre beviset for, at der foreligger dominerende stilling.

Opstillingen i lovbemærkningerne af de forskellige niveauer for betydningen af markedsandele kan finde støtte i EF-domstolens og Kommissionens afstukne retningslinier.

EF-Domstolen har herved for det første indtaget den holdning, at en virksomhed kun kan indtage en dominerende stilling på markedet for et produkt, hvis det er lykkedes den at erhverve en ikke ubetydelig del af dette marked.²⁰

I *AKZO*-dommen,²¹ præmis 60, har Domstolen accepteret, at en markedsandel på 50% var tilstrækkelig i sig selv.

I *Michelin*-dommen²² har EF-domstolen fundet, at der kræves yderligere bevis, hvis afgrænsningen af det relevante marked er vanskelig.

I *DLG*-dommen²³ udtalte Domstolen, at det er rigtigt, at den omstændighed, at en virksomhed har en stor markedsandel, i visse tilfælde kan betragtes som et stærkt indicium for en dominerende stilling. Domstolen tilføjede, at "ifølge den forelæggende ret forsynede DLG, da vedtægterne blev ændret i 1988, ca. 36% af det danske marked for gødning og 32% af det danske marked for planteværnsmidler. Selv om det ikke kan udelukkes, at en virksomhed, der har sådanne markedsandele, under hensyn til dens konkurrenters styrke og antal betragtes som en virksomhed med en dominerende

20. *Bananer*: United Brands Company mod Kommissionen, sag 27/76, dom af 14.2.1978, Sml. 1978, 207, præmis 107. Dette fremgår også af *Vitaminer*: Hoffmann-LaRoche mod Kommissionen, sag 85/76, dom af 13.2.1979, Sml. 1979, 461, præmis 39-41.

21. *AKZO* mod Kommissionen, sag C-62/86, dom af 3.7.1991, Sml. 1991, I-3359.

22. *Michelin NL* mod Kommissionen, sag 322/81, dom af 9.11.1983, Sml. 1983, 3461.

23. *Gøttrup-Klim-Grovvareforening* mod *DLG*, sag C-250/92, præ. afg. af 15.12.1994, Sml. 1994 I-5641.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

stilling, kan sådanne markedsandele ikke i sig selv være det afgørende bevis for, at der foreligger en dominerende stilling”.²⁴

EF-domstolen har i *Metro-dommen*²⁵ fundet, at hvis markedsandelen er under 10%, er det i realiteten umuligt at indtage en dominerende stilling.

I *Rfo 4064/89* om kontrol med virksomhedsfusioner m.v. har Rådet i præambelens pkt. 15 fastslået, at fusioner, der på grund af de deltagende virksomheders begrænsede markedsandele ikke er tilbøjelige til at hindre den effektive konkurrence, kan anses for at være forenelige med fællesmarkedet; der kan især foreligge tegn herpå, når de berørte virksomheders markedsandel ikke overstiger 25%.

Der er herved grund til at erindre om, at der kan være andre markedsstrukturelle forhold, som er af betydning for, om den pågældende virksomhed indtager en markedsdominerende stilling. Situationerne må i forhold til EU-konkurrenceretten – og vel nu også i forhold til dansk konkurrenceret – bedømmes med åbent sind.²⁶

Lovbemærkningerne påpeger, at en dominerende stilling forudsætter, at indflydelsen kan opretholdes over en vis periode. En midlertidig markedsandel af betydelig størrelse angives derfor ikke i sig selv at være nok til at statuere dominerende stilling.

Ved erhvervsministerens besvarelse af Erhvervsudvalgets spørgsmål 59 blev det tilkendegivet,²⁷ at markedsdominans forudsætter, at indflydelsen kan opretholdes over en vis periode. En midlertidig markedsandel af betydelig størrelse er derfor ikke i sig selv nok til at statuere markedsdominans. Rækkevidden af dette svar er usikker, idet svaret samtidig henviser til, at fortolkningen skal ske med udgangspunkt i praksis efter EU-konkurrenceretten. Denne praksis harmonerer næppe nødvendigvis med svaret.

Selv om lovbemærkningerne synes at have koncentreret sig om dominans på sælger/udbyder-side må lovens formulering – på linie med EU-konkurrencerettens – anses for tillige at rumme *køberdominans* og misbrug heraf.²⁸

24. Præmis 48.

25. *Metro mod Kommissionen, sag 75/84*, dom af 22.10.1986, Sml. 1986, 3021.

26. Jf. i øvrigt min *EU-konkurrenceret*, kapitel III, C.

27. Erhvervsudvalgets bilag 110.

28. Erhvervsministeren har ved besvarelse (bilag 103) af Erhvervsudvalget spørgsmål 93 givet udtryk for, at både sælgers og købers misbrug af dominerende stilling vil kunne rammes af lovens bestemmelser om henholdsvis konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling. Meningen hermed har nok været at give udtryk for, at Konkurrence-lovens regler, såvel i § 6 om *aftaler* som i § 11 om *misbrug*, kan finde anvendelse såvel på

Det relevante marked

Lovbemærkningerne indeholder en længere redegørelse for betydningen og indholdet af begrebet “det relevante marked”. Ved denne redegørelse synes bemærkningerne ikke i større omfang at have ladet sig inspirere fra EU-konkurrencerettlig praksis, men er i stedet søgt tilbage i mere almene betragtninger herom.

I lovbemærkningerne siges det således, at for at kunne vurdere, om der er tale om dominerende stilling, er det nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

Markedsandelen for en virksomhed, som kan være stor på et snævert defineret produktmarked, f.eks. teglsten, kan være lille på et bredere defineret produktmarked, f.eks. byggematerialer. På tilsvarende måde kan en virksomhed have en stor markedsandel, hvis det geografiske marked afgrænses til en del af det danske marked, men lille hvis det geografiske marked f.eks. er hele Danmark. Afgrænsningen af det relevante produkt- og geografiske marked er derfor af væsentlig betydning for anvendelsen af § 11.²⁹

Lovbemærkningerne fortsætter herved med at fastslå, at **det analytiske udgangspunkt** ved afgrænsningen af det relevante marked er en **efterspørgselsbeting** vurdering af, hvornår der er et betydeligt spring i kæden af substituerende produkter, teoretisk målt ved hjælp af krydspriselasticiteten imellem forskellige udbyderes produkter eller tjenesteydelser til samme geografiske marked. Der skal anlægges en **både statisk og dynamisk** vurdering af den virksomme konkurrence. Krydspriselasticiteten udtrykker, i hvilket omfang forbrugernes efterspørgsel af beslægtede varer påvirkes af prisændringer.

Konkurrencerådet kan som sit analytiske udgangspunkt fra sag til sag vurdere, hvad de involverede virksomheder selv opfatter som det relevante marked. Det kan f.eks. komme til udtryk igennem markedsføringen: Hvilke kundegrupper henvender man sig til, hvilke anvendelsesområder har produktet (det funktionelle aspekt), og hvilke produkter sammenlignes det eventuelt med.

Det er vel her på sin plads at indskyde den bemærkning, at lovbemærkningerne med de gengivne overvejelser over det relevante marked og hvilket analytisk udgangspunkt, Konkurrencerådet kan tage, ganske klart har haft i tankerne, at der med den nye Konkurrencelovs bestemmelser i § 11 stiles mod en *kontrollovgivning*, hvad angår misbrug af dominerende stilling. Havde det været en forbudslovgivning, kunne lovbemærkning-

adfærd på køberside som på sælgerside.

29. FT 1996-97, Till.A side 3667, h.sp.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

gerne ikke, som det er sket, have indsnævret sin redegørelse til alene at koncentrere sig om Konkurrencerådets vurdering, men måtte tillige have givet plads for domstolenes håndtering af konkurrencereglerne i tilknytning til afgrænsning af det relevante marked i relation til § 11.

Det bør dog tilføjes, at afgrænsningen af det relevante marked vil være af betydning inden for alle grene af konkurrencebegrænsningsretten, derunder også f.eks. i relation til forbudsbestemmelsen i § 6, som blandt andet selvstændigt kan bringes i anvendelse af domstolene. Om lovbemærkningernes indsnævring ved omtalen af § 11 til Konkurrencerådets analytiske udgangspunkt vil have nogen begrænsende effekt på domstolshåndteringen i forbindelse med denne bestemmelse, må dog anstille sig som mindre sandsynligt. Se i øvrigt nedenfor i kapitel 8.

Lovbemærkningerne anfører videre, at der ved **produktmarked** forstås markedet for de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som substituerbare på grund af produkternes art, pris og anvendelse (funktion).³⁰

Et produktmarked kan bestå af et antal produktgrupper. Med en produktgruppe menes et produkt eller en mindre gruppe af produkter, som har næsten samme fysiske eller tekniske karakteristika, og som er substituerbare. Inden for en sådan produktgruppe er forskellen mellem de enkelte produkter ubetydelig og beror som regel kun på mærke- og/eller imageaspekter. Produktmarkedet vil normalt svare til den klassificering, som virksomhederne benytter i egen markedsføring.

Det bør hertil bemærkes, at omdrejningspunktet for afgrænsningen af det relevante marked er en *efterspørgselsvurdering*, jf. også gengivelsen af lovbemærkninger hertil

30. Ved erhvervsministerens svar (bilag 121) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 86 og 97 udtaltes, at forskellige ... "momenter indebærer en ændring i forhold til praksis efter den gældende lov. [...] Et marked afgrænset til høje, justerbare barnestole er ligeledes et eksempel på en meget snæver markedsafgrænsning. Hensynet til den potentielle konkurrence og den forventede udvikling i substituerbarheden vil her kunne føre til en bredere afgrænsning. [...] Ændringerne indebærer, at markedsafgrænsningen bringes på linie med markedsafgrænsningen i EU".

Til dette udsagn bør det nok bemærkes, at der ikke synes belæg for den i citatet foretagne afstandtagen til tidligere dansk konkurrenceretlig praksis ved sammenligningen med EU-praksis. Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets udgangspunkt for så vidt angår afgrænsningen af et relevante marked for "høje, justerbare barnestole", jf. herved Konkurrenceankenævnets kendelse *Stokke Danmark ApS* ctr. Konkurrencerådet, sag 94-67.382, KR-Dok 1995, 230, om Tripp Trapp-stolen, må således antages at være helt på linie med EU-praksis, sml. herved f.eks. blot EF-domstolens afgrænsning i *Michelin NL* mod Kommissionen, sag 322/81, dom af 9.11.1983, Sml.1983, 3461, og *British Leyland* mod Kommissionen, sag 226/84, dom af 11.11.1986, Sml. 1986, 3263.

lige ovenfor. Når bemærkningerne på dette sted lægger særlig vægt på virksomhedernes markedsføring må dette derfor antages at forudsætte, at denne markedsføringsstrategi har at gøre med forbrugernes attitude over for de forskellige produktklassificeringer.

Ved det relevante **geografiske marked** forstås det område, hvor de konkrete virksomheder afsætter deres produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelige homogene konkurrencevilkår, og som kan adskilles fra afgrænsede områder på grund af væsentlige forskelle i konkurrencevilkårene. Blandt de elementer, som indgår ved identifikationen af det geografiske marked, er varens eller tjenestens art og karakteristika, eventuelle barrierer for adgangen til det pågældende område, forbrugsvaner, store forskelle mellem virksomhedernes markedsandele i dette og tilgrænsende områder eller større prisforskelle.

Lovbemærkningerne er desuden inde på de **tidsmæssige aspekter** af det relevante marked. Medens det er klart, siges det, at efterspørgselsmæssige forhold i sidste instans betinger markedsafgrænsningen, er det dog klart, at faktorer som smag, mode, mærkevarepræferencer m.v. normalt alene er af en ringe tidsmæssig interesse. Konkurrencesituationen fastlægges i nutidens markeder for varer og tjenesteydelser oftest ikke kun af de helt aktuelle konkurrenceforhold, men også på kort – og naturligvis i endnu højere grad på lang – sigt af den potentielle konkurrence. Dette taler mod en meget snæver markedsafgrænsning alene byggende på korttidskrydspriselasticitet. Et vare- eller tjenestemarked karakteriseres typisk af en kæde af substitutter, der langsigtet tilfredsstiller samme behov, og ved fastlæggelsen af markedet må der derfor også tages hensyn til den potentielle konkurrence og den forventede udvikling i substituerbarheden.³¹

Lovbemærkningerne siger i det afsluttende afsnit vedrørende “det relevante marked”, at “I overensstemmelse med EU-retten vil der hyppigt ved afgrænsningen af det relevante marked skulle tages hensyn til såkaldt udbudssubstitution, det vil sige spørgsmålet om, hvorvidt andre udbydere af lignende varer vil være i stand til uden større omkostninger og på kort sigt at omlægge deres produktion til de pågældende varer. Denne indfaldsvinkel indebærer en ændring i forhold til den nuværende praksis”.

Det er ikke klart, hvad der menes med sidste punktum i det citerede afsnit. Således må det forekomme usandsynligt, at udbudssubstitution eller en manglende udbudssub-

31. FT 1996-97, Till.A side 3668, v.sp.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

stitution under 1989-konkurrenceloven ikke skulle have været af betydning for Konkurrencerådets vurdering af sagsmaterialet. Lovbemærkningerne bidrager imidlertid ikke med yderligere forklaring på udsagnet.

Misbrugsbegrebet – eksempelkataloget i § 11, stk. 2

§ 11, stk. 2, anfører en række **eksempler på misbrug**. Opregningen i nr. 1)-4) er identisk med opregningen i TEF artikel 86, litra a)-d) og er ligesom eksemplerne dér ikke udtømmende, jf. ordene “f.eks. foreligge ved [...]”. Eksemplerne angives i lovbemærkningerne at være en vejledende illustration af typiske forhold, der kan være et misbrug, som har skadelig virkning efter bestemmelsen i § 11, stk. 1.

Ved gennemgangen i lovbemærkningerne af eksemplerne sker der på dette sted flere gange en henvisning til den praksis, som foreligger fra EF-domstolens side. Det må på baggrund heraf og af det faktum, at “Udformningen af § 11, er “inspireret af” bestemmelsen i artikel 86”, jf. ovenfor om den indledende passus i bemærkningerne til kapitel 3, antages, at EF-domstolens og Kommissionens praksis vedrørende tilfælde, som omfattes af “misbrug” i artikel 86’s forstand vil blive retningsgivende for den fremtidige retsudvikling i Danmark. Det må dog bemærkes, at danske domstole næppe vil kunne forelægge spørgsmål om den rette fortolkning af de EU-konkurrenceretlige bestemmelser for EF-domstolen under en præjudiciel procedure under TEF artikel 177 med henblik på at søge afklaret, hvordan TEF artikel 86 skal fortolkes med henblik på en parallel fortolkning af Konkurrencelovens § 11, idet et præjudicielt spørgsmål efter artikel 177 forudsætter, at der skal finde en anvendelse af EU-ret sted for national domstol, hvilket ikke ville være tilfældet ved anvendelsen af Konkurrenceloven.³² Konkurrencerådet kan dog eventuelt forelægge spørgsmål for Kommissio

32. EF-domstolen har derimod i *Leur-Bloem* mod Inspecteur der Belastingdienst, sag C-28/95, præ.afg. af 17.7.1997, endnu ikke i Sml., udtalt vedrørende *direktiver*, at Domstolen i medfør af TEF artikel 177 har kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvor denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angår, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret har fastsat at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten.

Når *Leur-Bloem*-dommen ikke kan antages at angå fortolkning af TEF’s bestemmelser med henblik på at løse en konflikt efter national konkurrenceret, skyldes det netop, at

nen herom, dog naturligvis under forudsætning af, at dette er i overensstemmelse med danske forvaltningsretlige principper.

Parallelt til opregningen i TEF artikel 86 er **følgende misbrugsformer** opregnet i § 11, stk. 2:

§ 11, stk. 2, nr. 1): Urimelige priser og forretningsbetingelser i øvrigt

§ 11, stk. 2, nr. 1), omfatter urimelige købs- eller salgspriser eller andre urimelige forretningsbetingelser. I lovbemærkningerne er det anført, at bestemmelsen blandt andet omfatter “misbrug, der består i fastsættelse af urimeligt høje priser til skade for efterspørgerne af varer eller tjenesteydelser”.³³ Det tilføjes, at “efter Domstolens praksis kræves der imidlertid detaljeret bevis for, at der kan statueres urimeligt høje priser. Dette kan ske gennem en analyse af omkostningsstrukturen ved at sammenligne den pågældende vares salgpris med varens produktionspris og dermed fastlægge fortjenstmargenen. På dette grundlag kan det vurderes, om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris. I bekræftende fald må det undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig. Domstolen har dog anført, at også andre metoder kan bringes i anvendelse med henblik på at opstille kriterier for, hvornår prisen for en vare eller en tjenesteydelse er urimelig.

Udgangspunktet ved vurderingen er, ligesom praksis efter den gældende konkurrencelov, de priser, der ville dannes på markedet med virksom konkurrence”.

Domstolen i sin dom påberåbte sig, at den i en tidligere sag havde afstået fra at foretage en fortolkning, fordi det ikke i den pågældende stats ret var blevet bestemt, at de konventionsbestemmelser, sagen drejede sig om [her svarende til TEF artikel 85 og 86], der var forelagt EF-domstolen til fortolkning, skulle gælde som sådanne. Domstolen havde i den tidligere sag således fundet, at den pågældende nationale lovgivning blot anvendte konventionen som forbillede og kun til dels gengav konventionens bestemmelser. Desuden havde EF-domstolen i øvrigt fastslået, at den omhandlede nationale lov udtrykkeligt gav myndighederne i den pågældende stat hjemmel til at vedtage ændringer, der var beregnet på at “fremkalde divergenser” mellem lovens bestemmelser og de tilsvarende bestemmelser i konventionen. Efter loven sondredes der tillige udtrykkeligt mellem bestemmelser, der fandt anvendelse på henholdsvis fællesskabsretlige forhold og nationale forhold. I nationale forhold kunne de nationale domstole tage hensyn hertil, men skulle ikke nødvendigvis gøre det. Situationen efter den danske Konkurrencelov må siges at være ganske nær den situation, som forelå i sagen om konventionen, ikke som den i *Leur-Bloem*.

33. FT 1996-97, Till.A side 3668, v.sp.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

Man kan til dette udsagn notere sig, at EF-domstolen ikke konkret har fundet grundlag for at statuere, at en prissætning udgør et misbrug i strid med artikel 86 i form af, at priserne er for høje. Dette må mane til en vis forsigtighed.

EF-domstolen udtalte imidlertid i *Sirena*-sagen,³⁴ at et produkts højere pris ikke i sig selv beviser, at der nødvendigvis foreligger misbrug, men dog kan være et afgørende indicium herfor, hvis prisen er særlig høj og sagligt ubegrundet. Tilsvarende sagde EF-domstolen i *Deutsche Grammophon*-dommen³⁵, at en forskel mellem den bindende pris og prisen på produkter, der er reimporteret fra andre medlemsstater, ikke ubetinget tillader en følgeslutning om et misbrug i artikel 86's forstand, men dog kan være et afgørende indicium for et sådant misbrug, når forskellen er stor og ikke sagligt kan forklares. EF-domstolen fandt i *Tournier*-sagen³⁶ og *Lucazeau*-sagen³⁷ for så vidt angik artikel 86, at når en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, pålægger tariffer for sine serviceydelser, der er væsentligt højere end dem, der pålægges i andre medlemsstater, og når en sammenligning af tarifniveaue er blevet foretaget på et ensartet grundlag, må denne forskel betragtes som et indicium for eksistensen af et misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 86.

Lovbemærkningerne fortsætter på følgende måde³⁸: "Lovforslaget indebærer, at enkeltvarekalkulationsprincippet fortsat vil være udgangspunktet. Dette betyder, at der foretages en analyse af omkostningsstrukturen med henblik på beregning af de omkostninger, som medgår til at fremstille det enkelte produkt. Producerer virksomheden flere ydelser eller produkter, skal beregningen foretages for hver enkelt af disse produkter. Anvendelsen af dette princip ligger både i forlængelse af Domstolens praksis og i forlængelse af hidtidig praksis efter den gældende konkurrencelov".

Der kendes ikke eksempler på, at EF-domstolen har anvendt enkeltvarekalkulationsprincippet, og lovbemærkningernes henvisning hertil må derfor fremstå som mindre

34. *Sirena* mod EDA, sag 40/70, præ. afg. af 18.2.1971, Samml. 1971, 69.

35. *Deutsche Grammophon Gesellschaft* mod Metro-SB-Grossmärkte, sag 78/70, præ. afg. af 8.6.1971, Samml. 1971, 487.

36. Anklagemyndigheden mod *Tournier*, sag 395/87, dom af 13.7.1989, Sml. 1989, 2521.

37. *Lucazeau* mod SACEM, sag 110, 241 og 242/88, dom af 13.7.1989, Sml. 1989, 2811.

38. FT 1996-97, Till.A side 3668, h.sp.

overbevisende.³⁹ I den EU-konkurrenceretlige praksis har der ganske enkelt ikke fra EF-domstolens side været anledning til at foretage sådanne kalkulationer.

Enkeltvarekalkulationsprincippet er derimod ganske velkendt fra hidtidig dansk praksis. 1989-konkurrencelovens lovbemærkninger indeholdt således en nærmest identisk sprogbrug med den der findes i den nye Konkurrencelov, med henvisning til, at dette var en videreførelse af principperne fra Monopolloven (jf. herved lovbemærkningerne til 1989-konkurrenceloven side 18-19). Læser man lovbemærkningerne til den nye Konkurrencelov til § 11, stk. 2, nr. 1) må man derfor få det gennemgående indtryk, at lovbemærkningerne på dette sted er en gentagelse – med kun enkelte ombytninger i rækkefølgen på afsnittene – af lovbemærkningerne til 1989-konkurrenceloven, der på sin side støttede sig kraftigt til synspunkterne fra Monopolloven; til disse lovbemærkninger er der så føjet henvisninger til, at dette ligger i forlængelse af EF-domstolens praksis.

Når lovbemærkningerne imidlertid foretager denne anvisning af enkeltvarekalkulationsprincippet, må dette for den fremtidige håndtering af Konkurrenceloven indebære, at dette vil blive den fortolkning, der må forventes at blive afgørende i relation til § 11. Det tilsvarende må siges om de næstfølgende afsnit fra lovbemærkningerne, hvor det yderligere angives, at bedømmelsen af omkostningsstrukturen skal foretages på grundlag af forholdene i en virksomhed, der drives på en teknisk og kommercielt hensigtsmæssig måde. Som ved administrationen af 1989-konkurrenceloven tages udgangspunkt i de regnskabsmæssige vurderingsprincipper, som normalt anvendes i branchen eller virksomheden. Dette har normalt ført til, at kostprincippet er anvendt. Det afgørende er, at det samme princip lægges til grund i hele den periode, der bedømmes.

“Enkeltvarekalkulationsprincippet kan fraviges, hvor vægtige hensyn, herunder til forsknings- og udviklingsintensive produktionsmåder, taler derfor” er en ordret gentagelse af bemærkningerne til 1989-konkurrenceloven og denne bestemmelse blev vedtaget af et bredt politisk flertal i 1983.

Man kunne herved nok formode, at der i EU-konkurrencereten ville blive anlagt en herfra afvigende fortolkning af artikel 86, men de udtrykkelige lovbemærkninger tillader antagelig en formodning om, at hidtidig dansk opfattelse på dette punkt fortsat vil blive lagt til grund.

Videre hedder det, at ved vurderingen af om urimelige købs- eller salgspriser foreligger, skal det afgøres, om prisen eller avancen klart overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed ville kunne opnås på et marked med virksom konkurrence.⁴⁰ Den nærmere fastlæggelse af prisen eller avancen må ske gennem en

39. I sagen vedrørende *Bananer*: United Brands Company mod Kommissionen, sag 27/76, dom af 14.2.1978, Sml. 1978, 207, påpegede EF-domstolen tvært imod kompliceretheden ved at foretage kalkuler i relation til artikel 86, jf. præmisserne 248 ff.

40. Lovbemærkningerne, FT 1996-97, Till.A side 3668, h.sp. Samme ordlyd genfindes i øvrigt i lovbemærkningerne til § 16, stk. 1, nr. 2), FT 1996-97, Till.A side 3674, v.sp.)

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. Ved vurderingen af, hvad der er en rimelig indtjening, tages der udgangspunkt i markedsforholdene. Hvis en virksomhed under fri prisdannelse og konkurrence kan opretholde et givet prisniveau, kan prisen ikke være urimelig.⁴¹

Det må bemærkes, at de i lovbemærkningerne anviste vurderingsprincipper forekommer mindre overbevisende ved en lovgivning som den nye Konkurrencelovs § 11, som baserer sig på, at en bestemt adfærd skal modvirkes. De er snarere relevante, hvor der alene skal ske indgreb og prisregulering.

Lovbemærkningerne påpeger som noget naturligt, at **lave priser** sammen med kvalitet og service normalt er de konkurrenceparametre, som virksomhederne benytter for at kunne vinde markedsandele. I princippet er skarp priskonkurrence et samfundsmæssigt ønskværdigt fænomen, og hvis en væsentlig lavere pris er resultatet af stordriftbetinget omkostningseffektivitet, er dette ikke kun konkurrencemæssigt acceptabelt, men i fuld overensstemmelse med den effektivitetsmålsætning, der er grundlæggende for al konkurrencelovgivning.

Dog vil en dominerende virksomhed kunne misbruge sin markedsdominans, hvis den benytter urimeligt lave priser (**predatory pricing** - "dræbende priskrig") i en længere periode med henblik på at fortrænge svagere stillede konkurrenter, der ikke i længere tid er i stand til at holde lige så lave priser. Forudsætningen for, at der kan være tale om urimeligt lave priser, angives dog at være, at den lave pris ikke skyldes en stordriftsbetinget effektivitet, men alene er betinget af større kapitalstyrke. Dette vil nemlig være indikation for, at virksomheden har til hensigt at forhøje priserne, såsnart konkurrenten er fortrængt fra markedet.

I *AKZO-sagen*⁴² har EF-domstolen fundet, at det udgør et misbrug i strid med artikel 86, hvis en dominerende virksomhed fjerner en konkurrent og på denne måde styrker sin stilling ved at gribe til andre midler end dem, som følger af en konkurrence, der er baseret på dygtighed. Det er tilfældet, hvis virksomheden tager priser, der er *lavere* end de *gennemsnitlige variable omkostninger*, hvorved en dominerende virksomhed søger at eliminere en konkurrent. Priser, der er *lavere* end de *gennemsnitlige samlede omkostninger*, der omfatter såvel de faste omkostninger som de variable omkostninger, men er højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må betragtes som misbrug, når de er *fastsat efter en plan*, der har til formål at eliminere en konkurrent.⁴³

41. Jf. herved identisk udsagn i lovbemærkningerne til 1989-konkurrenceloven.

42. *AKZO mod Kommissionen, sag C-62/86*, dom af 3.7.1991, Sml. 1991, I-3359.

43. Se nærmere til sagen min *EU-konkurrenceret*, kapitel III, H.

Lovbemærkningerne anfører, at § 11, stk. 2, nr. 1) endvidere omfatter misbrug, der består i, at en dominerende virksomhed **betinget sig**, at der ved **videresalg i efterfølgende omsætningsled** skal overholdes **mindstepriser eller -avancer**. Dette forbud gælder både bestemmelser, der generelt retter sig mod efterfølgende omsætningsled og konkrete bestemmelser over for enkeltvirksomheder.

Der er ikke i bemærkningerne anstillet nogen betragtninger over, hvornår bindende videresalgspriser falder ind under § 11, og hvornår en overtrædelse af § 6 er til stede. Dette vil med Konkurrenceloven være betydningsfuldt, idet alene § 6 er sanktioneret med forbud, medens en overtrædelse af § 11 som grundlag for eventuel bøde er betinget af et forudgående påbud fra Konkurrencerådet.

§ 11, stk. 2, nr. 2): Produktionsbegrænsning m.v.

Med eksemplet i **§ 11, stk. 2, nr. 2)** har Konkurrenceloven villet lægge sig tæt op ad praksis inden for EU-konkurrenceretten. Det siges således i lovbemærkningerne – efter at det har været nævnt, at eksemplet f.eks. omfatter leveringsnægtelse, det vil sige, at en virksomhed vægrer sig ved at levere f.eks. til aftagere, der ikke opfylder visse af den dominerende virksomheds fastsatte krav, og at der også kan være tale om nægtelse af at levere reservedele til et allerede leveret produkt – at “Lovforslaget skal administreres i overensstemmelse med Kommissionens og Domstolens praksis vedrørende leveringsnægtelser”.⁴⁴ Det tilføjes i bemærkningerne, at denne praksis i vidt omfang svarer til 1989-konkurrencelovens praksis vedrørende leveringsnægtelser. “Der er dog enkelte fravigelser. Bl.a. stiller Kommissionen og Domstolen krav til større markedsposition (dominanskravet)”.

Det forekommer ikke ganske klart, hvorfor bemærkningerne på dette sted, hvor talen er om eksemplet i § 11, stk. 2, nr. 2) om leveringsnægtelse m.v., kommer ind på dominanskravet. Der synes således ikke at være nogen sammenhæng mellem

44. FT 1996-97, Till.A side 3669, v.sp.

I erhvervsministerens svar (bilag 82) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 60 anføres til illustration et referat af *Banan-sagen*: United Brands Company mod Kommissionen, sag 27/76, dom af 14.2.1978, Sml. 1978, 207, *Zoja-sagen*: Istituto Chemioterapico Italiano mod Kommissionen, sag 6 og 7/73, dom af 6.3.1974, Sml. 1974, 223, og *Hugin* mod Kommissionen, sag 22/78, dom af 31.5.1979, Sml. 1979, 1869. Se til disse sager min *EU-konkurrenceret*, kapitel III.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

dominanskravet og leveringsnægtelse på dette sted, medmindre det med bemærkningernes henvisning til dominanskravet blot er ønsket tilkendegivet, at 1989-konkurrence-loven har stillet mindre krav til dominans end EF-domstolen, når tilfælde af indgriben over for leveringsnægtelse har skullet behandles. Om dette i øvrigt er korrekt kan nok betvivles.

Det anføres i lovbemærkningerne, at det er udgangspunktet ved leveringsnægtelser, at leverandøren har ret til selv at bestemme, hvem han ønsker at handle med. En klagers erhvervsmæssige interesse i levering skal derfor afvejes over for leverandørens krav på frihed til selv at vælge sine forretningsforbindelser. Det er til lige en forudsætning, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, som medfører eller vil kunne medføre skadelige virkninger. Disse afvejninger indebærer, at en leverandør som udgangspunkt ikke vil kunne nægte at levere, såfremt:

- 1) adgang til leverancer er af væsentlig betydning for den, der ønsker leverancerne,
- 2) at leverandøren har en dominerende stilling på markedet, og
- 3) at leverandøren ikke har givet en *objektiv, saglig og rimelig* begrundelse for leveringsnægtelsen, der *administreres konsekvent* af den pågældende.

Leveringsnægtelse blev fra EF-domstolens side for første gang prøvet i *Zoja-sagen*.⁴⁵ Den amerikanske *Commercial Solvent Corporation (CSC)* og det italienske datterselskab *Istituto Chemioterapico Italiano (ICI)* havde et verdensomspændende monopol på fremstillingen af visse kemiske produkter, der var virksomme i kampen mod tuberkulose. CSC afsatte indtil 1970 sin produktion i Europa, dels gennem uafhængige virksomheder, bl.a. den italienske virksomhed *Zoja*, dels gennem datterselskaber bl.a. ICI. Kort tid efter, at CSC forgæves havde forsøgt at opkøbe *Zoja*, standsede CSC leverancer til *Zoja*. EF-domstolen påpegede, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, fsv. angår området for fremstilling af råmaterialer, og derfor kan kontrollere leverancer til fabrikanter af følgeprodukter, misbruger sin dominerende stilling, hvis den – fordi den beslutter sig til selv at påbegynde produktionen af disse følgeprodukter, hvorved den bliver konkurrent til sine tidligere kunder – standser leverancer til disse kunder.

I *BP-oliekrise-sagen*⁴⁶ havde oliekrisen i perioden fra november 1973 til udgangen af marts 1974 ført til, at den hollandske indkøbsforening ABG fik reduceret sine leverancer af motorbenzin fra BP. Kommissionen fandt, at BP havde misbrugt sin domi-

45. *Zoja-sagen*: Istituto Chemioterapico Italiano mod Kommissionen, sag 6 og 7/73, dom af 6.3.1974, Sml. 1974, 223.

46. *BP mod Kommissionen*, sag 77/77, dom af 29.6.1978, Sml. 1978, 1513. Kommissionens beslutning i *ABG*, 19.4.1977, EFT L 117/1.

§ 11 – Misbrug: Diskrimination af handelspartnere

nerende stilling i strid med artikel 86 ved uden objektive grunde at nedskære forsyningerne til ABG mere, end selskabet havde gjort til andre kunder. EF-domstolen fandt imidlertid, at ABG ikke forud for krisen kunne betegnes som stamkunde i forhold til BP. Domstolen ophævede derfor Kommissionens beslutning.

Der har i øvrigt foreligget leveringsnægtelse i flere EU-konkurrenceretlige sager, blandt andet i *Banan*-dommen, omtalt ovenfor. Se i øvrigt min *EU-konkurrenceret*, kapitel III, E og H.

Selv om eksemplerne i § 11, stk. 2, nr. 2) ud over begrænsning af produktion og afsætning omtaler begrænsning af teknisk udvikling, anføres der i lovbemærkningerne ingen kommentarer hertil. Det må dog antages, at EF-domstolens og Kommissionens praksis også vedrørende denne del af eksemplet vil være retningsgivende for den fremtidige danske praksis. Se til denne min *EU-konkurrenceret*, kapitel III, H.

I sagerne om *Magill TV Guide* opretholdt Retten⁴⁷ den beslutning, Kommissionen havde truffet,⁴⁸ hvorefter det udgjorde en overtrædelse af art. 86 ikke at stille sine forhåndsprogramoversigter til rådighed for tv-programblade. Også Domstolen forkastede appellerne.⁴⁹

Kommissionens beslutning fra 1988 havde angået de tre tv-selskaber RTE, ITV og BBC. Retten havde opretholdt beslutningen ved tre domme fra 1991. RTE og ITV indbragte Rettens afgørelse for Domstolen, som gennem en indgående prøvelse af Rettens dom kunne fastslå, at appellerne kunne forkastes.⁵⁰

§ 11, stk. 2, nr. 3): Diskrimination af handelspartnere

Med bestemmelsen i § 11, stk. 2, nr. 3), omfattes f.eks. misbrug, der består i, at en virksomhed tilbyder visse af sine aftagere af varer eller tjenesteydelser **rabatter eller bonus**, som ikke ydes til andre aftagere, der under samme omstændigheder får leveret samme mængder.

47. I sagerne *Radio Telefis Eireann* mod Kommissionen, sag T-69/89, dom af 10.7.1991, Sml. 1991, II-485; *The British Broadcasting Corporation* and *BBC Enterprises Limited* mod Kommissionen, sag T-70/89, dom af 10.7.1991, Sml. II-535, og *Independent Television Publication Limited* mod Kommissionen, sag T-76/89, dom af 10.7.1991, Sml. II-575.

48. *Magill TV Guide*, 21.12.1988, EFT 1989 L 78/43.

49. *Radio Telefis Eireann (RTE)* mod Kommissionen (*Magill*), sag C-241/91 P og C-242/91 P, dom af 6.4.1995, Sml. 1995, I-743.

50. Se til dommen min *EU-konkurrenceret*, kapitel VIII, E.

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

Lovbemærkningerne påpeger heroverfor, at de omkostningsbegrundede rabat- og bonusformer, (det vil sige prisnedslag, der er begrundet i omkostningsbesparelser) derimod som hovedregel ikke anses at medføre skadelige virkninger på priserne eller konkurrencen. Tværtimod angives de at kunne fremme en effektiv konkurrence, såfremt de baserer sig på objektive og rimelige kriterier og er kendte for køberne.⁵¹

Det har været omtalt ovenfor under kommentaren til § 8, at kendskab til omkostningsbestemte rabatter ikke forekommer at være nødvendigt, når talen er om aftaler herom (mellem ikke dominerende virksomheder). Noget andet er imidlertid situationen her, hvor drøftelserne angår en markedsdominerende virksomheds rabatter. Der må her være tale om *kendte* rabatter, idet forholdet ellers må anses for at udgøre et misbrug.

De efterspørgselsbetingede/afsætningsbegrundede rabat- og bonusformer (det vil sige prisnedslag, der alene baserer sig på afsætningsmæssige hensyn, f.eks. troskabsrabatter) vil derimod kunne påvirke konkurrencen mellem virksomhederne og dermed adgangen til markedet på en måde, der skader effektiviteten og strukturtilpasningen. Dette vil især være tilfældet på markeder, hvor mulighederne for aktiv konkurrence er begrænset, blandt andet som følge af virksomheder med dominerende indflydelse på konkurrencevilkårene.

En yderligere skærpelse foreligger i tilfælde, hvor der er knyttet en **“engelsk klausul”** til en aftale om rabat eller bonus, således at den dominerende virksomhed fra aftagerne får leveret detaljerede oplysninger om de mest favorable tilbud fra konkurrerende virksomheder med henblik på altid at kunne tilbyde priser, der ikke overstiger konkurrenternes lavest tilbudte priser.

I *Vitamin-sagen*⁵² havde det schweiziske firma Hoffmann-LaRoche indgået *loyalitätskontrakter* med en række virksomheder, der alle udøvede produktions- og salgsvirksomhed inden for EU. Kontrakterne forpligtede kunderne til at give Hoffmann-LaRoche eneret eller fortrinsstilling, når de købte vitaminer. EF-domstolen fandt, at Hoffmann-LaRoche havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med TEF artikel 86 ved over for kunderne at pålægge disse en udtrykkelig eksklusivitetsforpligtelse, ved at yde loyalitetspræmier eller ved med andre midler at have bundet kunderne til udelukkende eller fortrinsvis at dække deres efterspørgsel hos Hoffmann-LaRoche. De på-

51. FT 1996-97, Till.A side 3669, v.sp.

52. *Vitaminer*: Hoffmann-LaRoche mod Kommissionen, sag 85/76, dom af 13.2.1979, Sml. 1979, 461.

gældende kontrakter indeholdt typisk også en "*engelsk klausul*", som også fandtes af have en ekskluderende effekt. Efter denne klausul skulle kunderne oplyse Hoffmann-LaRoche om eventuelle tilbud, de modtog fra andre producenter, hvis disses priser lå under Hoffmann-LaRoche's. Hvis Hoffmann-LaRoche ikke nedsatte sine priser tilsvarende, ville køberne være berettigede til frit at købe hos de pågældende producenter uden fortabelse af loyalitetsbonus på de køb, der allerede var foretaget hos Hoffmann-LaRoche. Klausulen gjorde det lettere for Hoffmann-LaRoche at holde sig orienteret om konkurrenternes priser og gav Hoffmann-LaRoche ret til at afgøre, om de pågældende kunne købe frit hos konkurrenten, som tilbød vitaminer til lavere priser. Hvis den pågældende ordre interesserede Hoffmann-LaRoche, fordi den omfattede en stor mængde eller et vigtigt vitamin, eller fordi tilbudet hidrørte fra en kendt konkurrent, kunne Hoffmann-LaRoche på grund af sin styrke på markedet for vitaminer tilpasse sin pris og dermed bevare sin forsyningsmæssige eksklusivitet over for den pågældende kunde.

Lovbemærkningerne påpeger, at det imidlertid altid i hvert enkelt tilfælde vil være nødvendigt på grundlag af nærmere undersøgelser konkret at vurdere, hvorvidt de pågældende rabat- og bonusydelser har urimelige virkninger, herunder om de gives til imødegåelse af lignende rabat- og bonusydelser fra andre konkurrenter. Dette udsagn må dog nok formodes alene at trænge igennem, hvis der ikke foreligger større markedsdominans hos den pågældende virksomhed.

§ 11, stk. 2, nr. 4): Tying

Det hedder i lovbemærkningerne om eksemplet i § 11, stk. 2, nr. 4) at det omfatter "f.eks." **tying**, "det vil sige, at en virksomhed, der besidder en stærk stilling på markedet for et produkt, gør brug af sin magt til at pålægge aftagerne af dette produkt løbende at aftage andre produkter, der befinder sig på et konkurrenceudsat marked".⁵³

Bemærkningerne indeholder ikke andre kommentarer til denne bestemmelse. Det må imidlertid bemærkes, at udtalelsen om, at der skal være tale om *løbende* at aftage produkter næppe forekommer i harmoni med EU-konkurrenceretten. Således vil også et enkeltstående salg med aftagepligt for en enkelt supplerende ydelse antagelig falde ind under det traditionelle tying-fænomen og dermed omfattes af artikel 86. Tilsvarende må det – trods udtalelserne i lovbemærkningerne – nok anses omfattet af Konkurrencelovens bestemmelse i § 11, stk. 2, nr. 4).

53. FT 1996-97, Till.A side 3669, h.sp.

Andre eksempler på misbrug ?

Opregningen i § 11, stk. 2 er ikke udtømmende, og der kan højst sandsynligt forekomme andre fænomener end dem, der på basis af TEF artikel 86 har fundet vej til bestemmelsen. Det afgørende vil således være ordlyden i § 11, stk. 1. For rækkevidden af strafbestemmelsen i § 23, stk. 1, nr. 2), som opererer med udtrykket "et tilsvarende misbrug", er det imidlertid af interesse at få fastslået rækkevidden heraf. Se herom nedenfor i kapitel 8.

§ 11, stk. 3 – Påbud om ophør

Bestemmelsen i § 11, stk. 3, giver Konkurrencerådet hjemmel til at give virksomheder påbud om at bringe en konkurrencebegrænsende adfærd omfattet af stk. 1 til ophør. Ved § 16 er påbudsmulighederne angivet, idet der dog dér alene er tale om eksemplificeringer. Lovbemærkningerne til § 11, stk. 3 giver udtryk for, at et påbud fra Konkurrencerådets side kan være på eget initiativ, efter klage eller som følge af en henvisning fra Kommissionen. Videre siges det, at et påbud i overensstemmelse med Konkurrencerådets hidtidige praksis vil være skriftligt. I påbudet ligger dels, at der foreligger en konkurrencebegrænsning i strid med § 11, stk. 1, dels at konkurrencebegrænsningen skal bringes til ophør.⁵⁴

Et påbud om ophør kan udstedes, så snart Konkurrencerådet konstaterer, at forbudet i stk. 1 er overtrådt.

Herved adskiller den nye Konkurrencelovs bestemmelse vedrørende misbrug af markedsdominans sig i forhold til 1989-konkurrenceloven, som forinden påbud i medfør af § 12 kunne udstedes, krævede, at Konkurrencerådet skulle søge de skadelige virkninger bragt til ophør ved forhandling. Først hvis de skadelige virkninger ikke kunne bringes til ophør ved forhandling, kunne Konkurrencerådet udstede påbud, som kunne omfatte hel eller delvis ophævelse af aftaler, vedtagelser, bestemmelser og forretningsbetingelser.

Lovbemærkningerne angiver, at et påbud om, at en forbudt adfærd skal bringes til ophør, som udgangspunkt **skal overholdes fra datoen, hvor påbudet meddeles**. I ganske særlige tilfælde kan Konkurrencerådet **dog** indsætte en **frist**,

54. FT 1996-97, Till.A side 3670, v.sp.

inden for hvilken den forbudte adfærd skal bringes til ophør. Fristen fastsættes ud fra en afvejning af hensynet til virksomhedens praktiske mulighed for umiddelbart at bringe den konkurrencebegrænsende adfærd til ophør over for hensynet til, at den effektive konkurrence genoprettes, herunder særligt hensynet til virksomheder, der direkte påvirkes af konkurrencebegrænsningen.

Det kan for så vidt undre, at et misbrug, som er “forbudt” ikke under alle omstændigheder straks fra Konkurrencerådets konstatering skal standses. Fra dette tidspunkt er det for det første blevet fastslået, at et misbrug foreligger, og for det andet er det klart, at “forbudet” er overtrådt. Lovbemærkningernes udsagn stemmer mindre godt med det ønskede system og med lovens ordlyd. Det er desuden nærliggende at antage – hvis man lægges adgangen til at få erstatning ved overtrædelser af § 11 til grund – at domstolene vil regne overtrædelsens fra begyndelsestidspunktet.

Et påbud **kan** endvidere **indeholde særlige vilkår**. De kan eksempelvis bestå i, at virksomheden skal ændre sine forretningsbetingelser, at virksomheden skal levere til en bestemt virksomhed på nærmere fastsatte vilkår eller lignende. Et vilkår, angives det i lovbemærkningerne, må imidlertid være proportionalt med konkurrencebegrænsningens karakter.

Overtrædes et påbud eller vilkår heri, som er udstedt i henhold til § 11, stk. 3, er dette sanktioneret med bødestraf efter § 23, stk. 1, nr. 4).

Forbudet i § 11, stk. 1, er derimod ikke strafsanktioneret. Dog gælder, at hvis den pågældende virksomhed, som overtræder forbudet i § 11, stk. 1, inden for de seneste 5 år har modtaget påbud for en overtrædelse, der udgør et “tilsvarende” misbrug af dominerende stilling efter § 11, stk. 3, kan den pålægges bøde, jf. herved § 23, stk. 1, nr. 2).

Lovbemærkningerne anfører, at “Det er hensynet til virksomhederne, der har begrundet, at forbudet i stk. 1 som udgangspunkt ikke er strafsanktioneret. Afgrænsningen af, hvornår en virksomhed er dominerende, og hvornår betingelserne for misbrug er opfyldt, kan være vanskelig at foretage. Virksomheder kan derfor have svært ved selv at bedømme, hvornår de overtræder forbudet i stk. 1. Har en virksomhed derimod inden for en periode af 5 år allerede en gang overtrådt forbudet i stk. 1, må der være en formodning for, at virksomheden er blevet gjort opmærksom på forbudet og bekendt med den praktiske administration heraf. Femårsfristen regnes fra datoen for påbudets meddelelse”.

Spørgsmålet, om misbrug af dominerende stilling skulle undergives et forbudsprincip eller et kontrolprincip, var et af de mest omdebatterede under Konkurrencelovens udar-

Kapitel 3. Misbrug af dominerende stilling

bejdelse, hvilket blandt andet afspejlede sig i den betydelige uenighed, der kom for dagen i Konkurrencelovsudvalgets betæknings forskellige standpunkter. De efterfølgende drøftelser skabte ikke nærmere enighed, og Konkurrenceloven – og præsentationen heraf fra erhvervsministerens side – har derfor på dette punkt naturligt været udtryk for en politisk balancegang.

§ 11, stk. 4: Erklæring om ikke-indgreb

Med bestemmelsen i § 11, stk. 4 er der givet hjemmel til, at Konkurrencerådet **efter anmeldelse** fra en virksomhed **kan erklære**, at en given adfærd **ikke er omfattet af forbudet** i § 11, stk. 1. Der er hermed tale om en **“dansk negativat-test”** i forhold til § 11. Anmeldelse indgives til Konkurrencestyrelsen. Det forudsættes – som tilsvarende ved § 9-anmeldelser – at såfremt en virksomhed m.v. har indgivet en anmeldelse efter § 11, stk. 4, har Konkurrencerådet pligt til at træffe en afgørelse. Se i øvrigt kommentaren ovenfor i kapitel 2 til § 9.

KAPITEL 4

Meddelelse om fusioner m.v.

Indledning til kapitel 4

Der er ikke med Konkurrenceloven gennemført fusionskontrol, men i kapitel 4, der udgøres af § 12, er der foreskrevet en meddelelsespligt. Hermed er der bevidst blevet truffet et valg om ikke på dette område at efterligne EU-konkurrenceretten.¹

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget anføres, at der af hensyn til den danske erhvervsstruktur, der er kendetegnet ved mange små og mellemstore virksomheder, ikke indføres fusionskontrol, men i overensstemmelse med Konkurrencelovsudvalgets lovudkast indføres en pligt for virksomhederne til at underrette Konkurrencerådet om fusioner, virksomhedsovertagelser og sammenlægninger.² I de særlige bemærkninger til lovforslaget begrundes meddelelsespligten med et ønske om derved at sikre Konkurrencestyrelsen en mulighed for at følge udviklingen på markederne. Undladelse af at give meddelelse er underlagt bødestraf, jf. § 23, stk. 1, nr. 3).³

Man kan i denne forbindelse hæfte sig ved, at den angivne meddelelsespligt ikke har konkurrenceretlig relevans i den forstand, at der på grundlag heraf skal foretages nogen konkurrencemæssig vurdering af fusionen m.v. I de almindelige lovbemærkninger anføres således, at selve meddelelsen ikke kan danne grundlag for en beslutning eller et indgreb i relation til fusionen m.v. fra Konkurrencerådets side.⁴ I de særlige bemærkninger hedder det imidlertid mere præcist, at meddelelsen ikke i sig selv vil give anledning til, at der indledes en undersøgelse vedrørende misbrug af dominerende stilling.⁵ Det må dog være klart, at Konkurrencerådet ikke er afskåret fra at gribe ind på grund af oplysninger, der hidrører fra en meddelelse i henhold til § 12.

-
1. Flere spørgsmål til erhvervsministeren fra Erhvervsudvalget angik fusionskontrol.
 2. FT 1996-97, Till.A side 3649, h.sp.
 3. FT 1996-97, Till.A side 3670, h.sp.
 4. FT 1996-97, Till.A side 3649, h.sp.
 5. FT 1996-97, Till.A side 3670, h.sp.

Kapitel 4: Meddelelse om fusioner m.v.

Der vil ejheller kunne gribes ind mod en påtænkt eller gennemført fusion på basis af bestemmelserne i Konkurrenceloven. Kun hvor en fusion måtte føre til et misbrug af dominerende markedsstilling, vil der, i overensstemmelse med reglerne i § 11, kunne gribes ind fra Konkurrencerådets side.

I lighed med 1989-konkurrenceloven og den tidligere Monopollov er der således fortsat ingen fusionskontrol i Danmark til forskel fra den EU-retlige regulering gennem Rfo 4064/89 og den supplerende regeludstedelse i tilknytning hertil. De til Konkurrencestyrelsen meddelte oplysninger kan der ikke gives aktindsigt i. Derimod vil Konkurrencerådet som hidtil under iagttagelse af bestemmelsen om undtagelse fra offentlighed i § 13, stk. 4, kunne offentliggøre oplysninger om fusioner m.v., jf. nedenfor.

Det skal i øvrigt bemærkes, at der ifølge den selskabsretlige lovgivning findes detaljerede regler om anmeldelse, registrering- og offentliggørelsespligt for så vidt angår fusioner. Hertil kommer, at de lovpligtige årsregnskaber og årsberetninger for aktie- og anpartsselskaber m.v. indeholder oplysninger om fusioner, virksomhedsovertagelser m.v.

Ved Rfo 4064/89 er der i EU indført fusionskontrol bestående af pligt til anmeldelse til Kommissionen af de heraf omfattede fusioner m.v. Anmeldelse og Kommissionens godkendelse af fusionen er en gyldighedsbetingelse.

Under folketingsbehandlingen oplyste erhvervsministeren, at alle EU-medlemslande med undtagelse af Luxembourg og Finland fra 1. januar 1998 enten har tvungen eller frivillig fusionskontrol i deres nationale konkurrencelovgivning og at Finland overvejer at indføre fusionskontrol.⁶

6. Erhvervsministerens svar (bilag 89) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 67. Desuden svar (bilag 108) på spørgsmål 68.

§ 12

Fusioner, virksomhedsovertagelser og sammenlægninger af virksomheder skal meddeles til Konkurrencestyrelsen. Dette gælder dog ikke, hvis fusionen, virksomhedsovertagelsen eller sammenlægningen af virksomheder er mellem moder- og dattervirksomheder eller mellem dattervirksomheder i samme koncern.

Stk. 2. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om meddelelsespligten efter stk. 1, herunder regler om, at visse fusioner m.v. ikke skal meddeles.

Kommentar til § 12 – meddelelsespligt for fusioner

Med § 12 har loven indført **pligt til at meddele fusioner**, virksomhedsovertagelser og sammenlægninger af virksomheder **til Konkurrencestyrelsen**. Bestemmelsen er i lovbemærkningerne begrundet i, at Konkurrencestyrelsen bør være orienteret om større koncentrationer i Danmark med henblik på vurdering af behovet for at følge disse større virksomheders fremtidige markedsadfærd.⁷ Meddelelsespligten er desuden tænkt som et hjælpemiddel til at give Konkurrencestyrelsen overblik over virksomhedskoncentrationen inden for de forskellige brancheområder. Meddelelsen vil imidlertid ikke i sig selv give anledning til, at der indledes en undersøgelse vedrørende misbrug af dominerende stilling, men vil som ovenfor anført ikke afskære Konkurrencerådet fra at gribe ind på grund af oplysninger, der hidrører fra en meddelelse i henhold til § 12. Der skal først gives meddelelse, når fusionen m.v. har fundet sted.

Lovbemærkningerne nævner, at fusionsbegrebet skal forstås i overensstemmelse med aktie- og anpartsselskabslovens fusionsregler, hvorved der kan være tale om enten de såkaldte uegentlige fusioner, hvor et eller flere selskaber fusioneres ind i et andet, eller de egentlige fusioner, hvor to eller flere selskaber fusioneres til et nyt selskab.

Man må nok stille sig tvøvende over for, at der vedrørende fusioner i en konkurrencelovgivning sker en overtagelse af fusionsbegrebet fra selskabslovgivningen. Der gør sig forskelligartede hensyn gældende i de to regelsæt, og de forhold, som har udviklet fusionsbegrebet i selskabslovgivningen, vil typisk ikke på samme måde gøre sig gældende, når det sker en drøftelse i forbindelse med konkurrencereguleringen. Det viser eksem-

7. FT 1996-97, Till.A side 3670, h.sp.

Kapitel 4: Meddelelse om fusioner m.v.

pelvis den EU-retlige regulering af fusioner i henholdsvis selskabslovgivningen og konkurrencelovgivningen.

For konkurrencelovens vedkommende er den korrekte betydning af fusionsbegrebet imidlertid alene af praktisk betydning i relation til strafbestemmelsen i § 23, stk. 1, nr. 3), hvorefter den kan straffes med bøde, der forsætligt eller groft uagtsomt undlader meddelelse efter § 12, stk. 1.

Det anføres i lovbemærkningerne til § 12, at "Med hensyn til et såkaldt **joint venture**, en separat virksomhed, som kontrolleres i fællesskab af to eller flere virksomheder, behandles det efter reglerne i kapitel 2. Der henvises til bemærkningerne til § 6" (min fremhævelse).⁸

Ved denne underlæggelse af joint ventures under reglerne for konkurrencebegrænsende aftaler, har lovforslaget gjort dem til genstand for konkurrenceretlig regulering efter forbudsreglen i § 6, særreguleringen i tilknytning hertil i § 7 og dispensationsreglen i § 8. En sådan inddragelse under reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler harmonerer ikke med EU-reguleringen. Dette måtte vel derfor naturligt give anledning til reaktioner under folketingsbehandlingen. Med erhvervsministerens uddybende redegørelser gennem besvarelse af spørgsmål fra Erhvervsudvalget synes situationen nu afklaret. Der henvises herom til omtalen ovenfor i kapitel 2.⁹

I lovbemærkningerne noteres det desuden, at der ved virksomhedsovertagelser i denne bestemmelse forstås erhvervelse af så stor en del af en virksomheds kapital eller stemmerettigheder, at den eller de virksomheder eller den personkreds, der overtager kapitalandelen eller stemmerettighederne, opnår en *bestemmende indflydelse* på selskabets dispositioner. Sammenlægninger af virksomheder skal i denne sammenhæng forstås som et samlebegreb for øvrige virksomhedskoncentrationer, som ikke kan siges at være fusioner i selskabsretlig forstand eller en decideret virksomhedsovertagelse. Som eksempel herpå nævnes sammenlægning af to andelsselskaber.

Efter undtagelsesbestemmelsen i § 12, stk. 1, 2. pkt. er **koncerninterne fusioner** mellem moderselskaber og datterselskaber og fusioner mellem datterselskaber undtaget fra meddelelsespligten. Det angives i bemærkningene, at en fusion må anses for koncernintern, når det ene af de fusionerende selskaber har bestem-

8. FT 1996-97, Till.A side 3670, h.sp. nederst.

9. Jf. ovenfor side 101.

mende indflydelse i de øvrige deltagere i fusionen, eller når fusionsdeltagerne direkte eller indirekte er undergivet bestemmende indflydelse fra samme virksomhed. I disse tilfælde sker der ikke yderligere koncentration af indflydelsen på markedsandelen, hvorfor disse former for fusion ikke er omfattet af meddelelsespligten.¹⁰

De meddelelsespligtige **fusioner m.v.** omfattes i kraft af Konkurrencelovens § 13, stk. 1 **ikke af offentlighedsloven**, hvorfor der ikke kan gives aktindsigt i de meddelte oplysninger. Konkurrencerådet vil derimod, som det også tidligere skete, kunne offentliggøre oplysninger om fusioner m.v., jf. herved § 13, stk. 3, dog under iagttagelse af bestemmelsen om undtagelse fra offentlighed i § 13, stk. 4.

Erhvervsministeren har efter § 12, stk. 2 hjemmel til efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet at **udstede nærmere regler** om omfanget af meddelelsespligten i henhold til § 12, stk. 1. Til lovens ordlyd om , at dette kan være “regler om, at visse fusioner m.v. ikke skal meddeles” er der i lovbemærkningerne givet den forklaring, at “Bekendtgørelsen kan angive en nedre grænse for meddelelsespligtens omfang baseret f.eks. på fusionsparternes omsætning eller andre begrænsninger i meddelelsespligtens omfang”.

10. FT 1996-97, Till.A side 3671, v.sp.

KAPITEL 5

Offentlighed

Indledning til kapitel 5

Ved gennemførelsen af 1989-konkurrenceloven blev offentlighed og gennemsigtighed gjort til de bærende principper. Dette kom til udtryk gennem en række af lovens centrale bestemmelser og var stærkt fremhævet i den til grund for loven liggende betænkning 1075/1986. Den omfattende gennemsigtighed blev ved en ændring af loven i 1992 indsnævret således, at offentlighedens almindelige adgang til aktindsigt i Konkurrencerådets sager blev begrænset til sager om anmeldelsespligt efter § 5 for “aftaler og vedtagelser, hvorved der udøves eller vil kunne udøves dominerende indflydelse på et markedsområde”, og til oplysninger, der var indberettet i henhold til lovens § 7, nr. 1), hvor konkurrencen ikke var tilstrækkelig virksom.

Med den nye Konkurrencelovs kapitel om offentlighed sker en radikal ændring. Offentlighedsloven gælder således ikke for sager efter Konkurrenceloven. Dog gælder der offentlighed om sager vedrørende fastsættelse af regler efter loven. Konkurrencerådet kan offentliggøre afgørelser, der træffes efter loven, dog med visse undtagelser for forretningshemmeligheder m.v.

Sager om anmodning om hemmeligholdelse af oplysninger vil således ikke længere kunne opstå.¹

I erkendelse af, at der fortsat vil være behov for forbrugeroplysende gennemsigtighed, er de hidtidige bestemmelser om forbrugergennemsigtighed, ligesom bestemmelser i 1989-konkurrenceloven om mærkning eller skiltning med pris og mængde, imidlertid overført til forbrugerlovgivningen, jf. nærmere nedenfor i kapitel 10 om § 28. Endvidere er der medtaget en generel hjemmel for Konkurrencerådet til offentliggørelse af oplysninger.

Ved den nye Konkurrencelovs offentlighedsbestemmelser er der ikke tale om nogen regulering af parters rettigheder. De er reguleret af forvaltningsloven.

1. Se fra praksis under 1989-konkurrenceloven: UfR 1994.823 HKK(Gyproc).

§ 13

Lov om offentlighed i forvaltningen gælder ikke for sager efter denne lov bortset fra sager om fastsættelse af bestemmelser efter § 2, stk. 6, 2. pkt., § 5, stk. 2, § 7, stk. 3 og stk. 4, 2. pkt., § 8, stk. 2, 2. pkt., § 9, 2. pkt., § 10, § 11, stk. 4, 2. pkt., § 12, stk. 2, § 14, stk. 3, § 18, stk. 2, 2. pkt., og § 21, stk. 3.

***Stk. 2.** Konkurrencerådets henvendelser og vedkommende myndigheders svar efter § 2, stk. 5, anmeldelser efter § 2, stk. 6, 1. pkt., samt afgørelser truffet i medfør af loven kan offentliggøres.*

***Stk. 3.** Konkurrencerådet kan offentliggøre oplysninger om Konkurrencerådets virksomhed og generelle redegørelser.*

***Stk. 4.** Ved offentliggørelse efter stk. 2 og 3 kan oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder ikke offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår. Endvidere kan oplysninger om enkelte kunders forhold i virksomheder, der er under tilsyn af Finanstilsynet, ikke offentliggøres.*

***Stk. 5.** Den, som skal afgive oplysninger til Konkurrencerådet, kan over for rådets formand begære, at oplysninger, som i medfør af stk. 4 ikke må udleveres eller gøres offentligt tilgængelige, heller ikke må afgives over for rådets medlemmer. Formanden afgør endeligt, i hvilket omfang og i hvilken form oplysningerne bør afgives.*

Kommentar til § 13 – ikke offentlighedsloven

Udgangspunktet er, at **offentlighedsloven ikke gælder** for sager efter Konkurrenceloven, jf. § 13, stk. 1. Dog er der offentlighed om sager vedrørende fastsættelse af regler efter Konkurrenceloven, hvor det er normen at ministeren skal indhente udtalelse fra Konkurrencerådet, eller hvor Konkurrencerådet selv fastsætter regler.

§ 13, stk. 2 giver mulighed for, at **Konkurrencerådets henvendelser** og vedkommende **myndigheders svar** efter § 2, stk. 5 kan offentliggøres. Det drejer sig om tilfælde, hvor en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, i hvilket tilfælde Konkurrencerådet kan rette hen-

Kapitel 5. Offentlighed

vendelse til den pågældende myndighed m.v.,² påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på det pågældende område. Myndigheden er pligtig at svare på henvendelsen inden 3 måneder fra modtagelsen heraf. Der er ikke fastsat sanktioner i Konkurrenceloven for manglende efterkommelse af denne pligt.

Desuden **kan anmeldelser efter § 2, stk. 6, 1. pkt. offentliggøres**. Det angår de tilfælde, **hvor en myndighed m.v. regulerer eller træffer beslutning om erhvervsvirksomhed, der udøves af myndigheden selv eller af en virksomhed, i hvis styrende organ myndigheden er repræsenteret**. Her skal myndigheden anmelde reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen. Endelig **kan der ske offentliggørelse af afgørelser truffet i medfør af loven**. Lovbemærkningerne anfører, at det må anses for at være af generel interesse for virksomhederne og offentligheden iøvrigt at få kendskab til disse afgørelser og anmeldelser og dermed til praksis på disse områder.³ Ved offentliggørelse af oplysninger efter § 13, stk. 2 vil bestemmelsen i § 13, stk. 4 finde anvendelse, lige som de almindelige forvaltningsretlige regler om tavshedspligt og restriktioner i relation til videregivelse af oplysninger vil finde anvendelse.

§ 13, stk. 3 indebærer, at **Konkurrencerådet kan offentliggøre**, hvad rådet **beskæftiger sig med**. Det kan desuden fremkomme med mere **generelt oplysende redegørelser**. Lovbemærkningerne nævner som eksempel de redegørelser om fusioner, som Konkurrencerådet efter 1989-konkurrenceloven har udsendt. Ved offentliggørelse af oplysninger efter § 13, stk. 3 vil der ligeledes være tale om, at bestemmelsen i § 13, stk. 4 vil finde tilsvarende anvendelse, lige som de almindelige forvaltningsretlige regler om tavshedspligt og restriktioner i relation til videregivelse af oplysninger også her finder anvendelse.

Som en undtagelse til § 13, stk. 2 og 3 har **§ 13, stk. 4** fastlagt, at **oplysninger om tekniske forhold og drifts- og forretningshemmeligheder**, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den pågældende person eller virksomhed, **undtages** fra Konkurrencerådets mulighed for offentliggørelse. Ved denne bestemmelse er det tilsigtet at skabe overensstemmelse med undtagelserne i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2), (som fastslår, at retten til aktindsigt ikke omfatter oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om

2. Se i denne sammenhæng kommentaren ovenfor i kapitel 1, side 74, til § 2, stk. 5 til den her i teksten foretagne tilføjelse "m.v." i forhold til lovteksten i § 2, stk. 5.

3. FT 1996-97, Till.A side 3671, h.sp.

drifts- eller forretningsforhold eller lignende for så vidt det er af væsentlig betydning for den person eller virksomhed, oplysningen angår, at begæringen ikke imødekommes). Det påpeges dog i lovbemærkningerne,⁴ at “drifts- og forretningshemmeligheder” i Konkurrenceloven er en mere snæver formulering end i offentlighedsloven. Dette skyldes, at det ville gøre formålet med offentliggørelse af afgørelser illusorisk, hvis forretningsforhold som sådan kan undtages fra offentlighed. Det er af væsentlig betydning for forståelsen og anvendelsen af en afgørelse, at det er muligt i et vist omfang at referere faktuelle oplysninger vedrørende drifts- og forretningsforhold.

§ 13, stk. 4, 2. pkt. har generelt **undtaget oplysninger om enkelte kunders forhold i virksomheder**, der er **under tilsyn af Finanstilsynet**, fra Konkurrencerådets offentliggørelse af afgørelser.

I § 13, stk. 5 bliver der givet **Konkurrencerådets formand** eksklusiv og endelig **kompetence** til på begæring at bestemme, at **oplysninger**, som i medfør af § 13, stk. 4 ikke må udleveres eller gøres offentligt tilgængelige, heller **ikke må afgives over for rådets medlemmer**.

4. FT 1996-97, Till.A side 3672, v.sp.

KAPITEL 6

Konkurrencemyndigheden. Organisation og beføjelser

Indledning til kapitel 6

Kapitel 6, der omfatter §§-erne 14-18, har fastlagt opbygning og beføjelser for "*Konkurrencemyndigheden*". Administrationen af Konkurrenceloven varetages, som hidtil 1989-konkurrenceloven er blevet det, af *Konkurrencerådet*, der er et uafhængigt kollegialt organ, nu bestående af 19 medlemmer. Rådets sekretariatsforretninger varetages af en styrelse under Erhvervsministeriet, *Konkurrencestyrelsen*. Denne fungerer derudover som en styrelse med andre opgaver.

Efter 1989-konkurrenceloven var der til Konkurrencerådet tilknyttet Konkurrencesekretariatet under ledelse af en direktør.

I en overgangsperiode fra 1. juli til udgangen af 1997 har der skullet bestå såvel det "gamle Konkurrenceråd" under 1989-konkurrenceloven som det "nye Konkurrenceråd", jf. herved § 27, stk. 1, sammenholdt med § 15 og lovbemærkningerne.¹

Det er i lovbemærkningerne anført², at Konkurrencerådet "forudsættes at behandle sager af principiel eller særlig stor betydning, samt sager i hvilke der foreligger særlig tvivl, mens den daglige administration af loven forudsættes varetaget af Konkurrencestyrelsen på rådets vegne".

Konkurrenceankenævnet er bevaret som rekursinstans. Afgørelser efter loven kan således ikke indklages for erhvervsministeren, men kan alene indbringes for Konkurrenceankenævnet. I sidste ende vil afgørelserne kunne indbringes for domstolene. Afgørelser, som ikke kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, kan ligeledes indbringes for domstolene, ikke for erhvervsministeren. Dette siges vel ikke i loven eller lovbemærkningerne, men må følge af almindelige principper, jf. herved Grundlovens § 63.

1. FT 1996-97, Till.A side 3678, v.sp. Der var endnu ikke ved manuskriptets aflevering den 15. september 1997 udnævnt et nyt Konkurrenceråd.

2. 3 gange, med identisk ordlyd: FT 1996-97, Till.A side 3650, v.sp., side 3672, v.sp., samt side 3673, h.sp).

Konkurrencerådet efter 1989-konkurrenceloven var sammensat dels af uafhængige medlemmer dels af medlemmer udpeget efter indstilling fra organisationerne. Med henvisning til at en væsentlig del af rådets virksomhed vedrørte offentlig erhvervsvirksomhed og regulering heraf, blev det fundet hensigtsmæssigt, at personer med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed repræsenteres i Konkurrencerådet under den nye Konkurrencelov. Endvidere forudsættes rådet at repræsentere en bredere samfundsmæssig sagkundskab. Med den nye sammensætning af Konkurrencerådet er der tale om en udvidelse af antallet af medlemmer i forhold til tidligere (fra 15 til nu 19).

I det EU-konkurrenceretlige system findes ikke et til Konkurrencerådet svarende organ, hvori repræsentanter for erhvervsinteresser m.v. deltager. Kommissionen er som administrativ myndighed kompetent, navnlig i medfør af Rfo 17/62 til at træffe beslutninger m.v. Kommissionens beslutninger kan indbringes for Retten i Første Instans med appelmulighed (for så vidt angår jus) til EF-domstolen.

§ 14

Konkurrencerådet påser overholdelsen af denne lov og de forskrifter, der er udstedt i medfør af loven, jf. dog § 2, stk. 4. Konkurrencerådet kan behandle sager af egen drift, efter anmeldelse, på grundlag af en klage eller som følge af en henvisning fra Europa-Kommissionen. Konkurrencerådet afgør, om en klage giver tilstrækkelig anledning til undersøgelse. Konkurrencerådet kan endvidere træffe beslutning om ikke at behandle sager, hvis Europa-Kommissionen har den samme sag under behandling efter EU-konkurrencereglerne.

Stk. 2. *Konkurrencestyrelsen er sekretariat for Konkurrencerådet i sager efter denne lov og varetager på rådets vegne den daglige administration af loven.*

Stk. 3. *Erhvervsministeren fastsætter Konkurrencerådets forretningsorden og de nærmere regler for rådets og Konkurrencestyrelsens virksomhed, herunder regler om afskedigelse af rådsmedlemmer eller disses suppleanter efter indstilling fra Konkurrencerådets formand før en periodes ophør.*

Kommentar til § 14 – Konkurrencerådets opgaver

Ifølge § 14, stk. 1, påser Konkurrencerådet overholdelsen af Konkurrenceloven og de forskrifter, der er udstedt i medfør heraf, dog med respekt af § 2, stk. 4. Sidstnævnte bestemmelse – hvorefter afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af § 2, stk. 2, træffes af den myndighed m.v., der har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen, eller, såfremt reguleringen er fastsat ved lov eller EF-forordning, af vedkommende minister – er herved en indskrænkning af Konkurrencerådets kompetence som led i den nationale politiske ligestilling af offentlige myndigheder.

Konkurrencerådet – og Konkurrencestyrelsen, når denne udøver sin sekretariatsfunktion for Konkurrencerådet – er ved administrationen af Konkurrenceloven uafhængige af erhvervsministeren.³ Dette indebærer, at erhvervsministeren ikke har instruktionsbeføjelser med hensyn til sagernes behandling, ligesom erhvervsministeren ikke kan ændre eller omgøre Konkurrencerådets eller Konkurrencestyrelsens afgørelser. Og konkrete afgørelser kan ikke indbringes for erhvervsministeren, men alene for Konkurrenceankenævnet.

3. Jf. herved lovbemærkningerne FT 1996-97, Till.A side 3673, v.sp.

Man må med den indførte forbudslovgivning for konkurrencebegrænsende aftalers vedkommende have i erindring, at forbudet er generelt gældende i den forstand, at det eventuelt kan fastslås umiddelbart af domstolene, uden at en forudgående indgriben fra Konkurrencerådets side har foreligget. I en vis forstand er domstolene – og voldgiftsretter – således også i en situation, hvor de “påser overholdelsen af” Konkurrenceloven. Dette afspejler sig ikke i bemærkningerne til loven.

Bestemmelsen i § 14, stk. 1, 2. pkt. om, at **Konkurrencerådet kan behandle sager af egen drift, efter anmeldelse, på grundlag af en klage** eller som følge af en **henvisning fra Europa-Kommissionen**, er så omfattende, at der vel næppe ville kunne tænkes tilfælde, som kan afholde Konkurrencerådet fra at behandle en sag under Konkurrenceloven.

Med bestemmelsen i § 14, stk. 1, 3. pkt. hvor det fastslås, at **Konkurrencerådet afgør, om en klage giver tilstrækkelig anledning til undersøgelse**, er det klargjort, at der **ikke foreligger nogen ubetinget pligt til at behandle en klage**. Der må således forventes en prioritering af Konkurrencerådets arbejde ud fra et hensyn til en hensigtsmæssig anvendelse af disponible ressourcer.⁴

Da § 14, stk. 1, 3. pkt. taler om “klage”, omfatter den dermed *ikke* de af § 8 omfattede *anmeldelser* med henblik på fritagelse eller *erklæringer* efter anmeldelser om ikke-indgreb efter § 9 og § 11, stk. 4. Det er anført i lovbemærkningerne, at Konkurrencerådet i disse sidstnævnte situationer vil være forpligtet til at behandle sagen og træffe afgørelse.⁵ Hertil må dog føjes den bemærkning, at der næppe vil være effektive retlige midler til rådighed for virksomhederne til at få en sådan forpligtelse til at handle sat igennem. Konkurrenceankenævnet har ikke beføjelse til at pålægge Konkurrencerådet at træffe afgørelse, jf. herved § 19, stk. 1, hvorefter det alene er de af Konkurrencerådet truffne afgørelser, der kan påklages til Konkurrenceankenævnet, og erhvervsministeren har ej heller beføjelser hertil. Der ville i givet fald kunne hentes en bebrejdende udtalelse m.v. fra ombudsmanden, jf. herved navnlig Ombudsmandslovens⁶ §§-er 21, 22 og 24:

§ 21. Ombudsmanden skal bedømme, om myndigheder eller personer, der er omfattet af ombudsmandens virksomhed, handler i strid med gældende ret eller på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udøvelsen af deres opgaver.

4. Jf. herved lovbemærkningerne FT 1996-97, Till.A side 3672, h.sp.

5. FT 1996-97, Till.A side 3672, h.sp.

6. LBK nr. 752 af 15.8.1996.

Kapitel 6. Konkurrencemyndigheden

§ 22. Ombudsmanden kan fremsætte kritik, afgive henstillinger samt i øvrigt fremsætte sin opfattelse af en sag.

§ 24. Såfremt ombudsmandens undersøgelse af en sag viser, at der i den offentlige forvaltning må antages at være begået fejl eller forsømmelser af større betydning, skal ombudsmanden give meddelelse om sagen til Folketingets Retsudvalg og til vedkommende minister henholdsvis vedkommende kommunalbestyrelse.

Inden for EU-konkurrenceretten består der en vis pligt for Kommissionen til at behandle indgivne klager. Retten i første Instans har således i *Guérin automobiles-dommen* udtalt,⁷ at

“I en sag som den foreliggende, hvor der er indgivet en klage i henhold til artikel 3 i Rådets forordning nr. 17, af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 skal Kommissionen foretage en indledende undersøgelse og indhente de nødvendige oplysninger for at kunne vurdere, hvorledes den vil forholde sig til klagen. Den skal derpå tage stilling til klagen inden for en rimelig frist (jf. Rettens dom af 18.9.1992, sag T-28/90, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2285, præmis 29). Såfremt klagen er begrundet, indleder den en konkurrenceretlig procedure ved at sende en meddelelse om klagepunkter til den eller de virksomhed(er), der klages over. Hvis der ikke er grundlag for at tage klagen til følge, tilsendes klageren en skrivelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 med angivelse af grunden til den påtænkte afvisning af klagen, og klageren opfordres til at afgive sine eventuelle bemærkninger. Derefter træffer Kommissionen endelig beslutning (jf. Rettens dom af 18.5.1994, sag T-37/92, BEUC og NCC mod Kommissionen, Sml. II, s. 285, præmis 29, af 24.1.1995, sag T-74/92, Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 115, præmis 61, samt Domstolens dom af 18.3.1997, sag C-282/95 P, *Guérin automobiles* mod Kommissionen,[...] præmis 36)”.

Af § 14, stk. 1, 4. pkt. fremgår det, at **Konkurrencerådet** kan træffe beslutning om **ikke at behandle sager**, hvis **Kommissionen** har den **samme sag under behandling efter EU-konkurrencereglerne**. Lovbemærkningerne til denne bestemmelse anfører hertil, at “denne regulering af håndhævelsen af den danske konkurrencelov hænger sammen med gennemførelsen af et **one-stop-shop princip**, som for så vidt angår den materielle regulering er behandlet i [...] § 4” (min fremhævelse).⁸

7. *Guérin automobiles* under konkurs mod Kommissionen, sag T-38/96, dom af 10.7.1997, endnu ikke i Sml. II-, præmis 25.

8. FT 1996-97, Till.A side 3672, h.sp.

Det må vel hertil bemærkes, at det såkaldte *one-stop-shop princip*, som har fundet udtryk i Konkurrencelovens § 4, i tilknytning til denne bestemmelse alene vedrører tilfælde, hvor en fritagelse eller undtagelse i medfør af *TEF artikel 85, stk. 3* er gældende. Hvis man tager udgangspunkt i sammenhængen med § 4, vil dette betyde, at tilfælde, hvor en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3 ikke er på tale – f.eks. fordi der ikke er sket anmeldelse af en anmeldelsespligtig aftale, som ikke er omfattet af en EU-gruppefritagelsesforordning, eller hvori betingelserne i en EU-gruppefritagelsesforordning ikke er opfyldt – synes det at ville være uhjemlet for Konkurrencerådet at træffe beslutning om ikke at ville behandle en sag med den begrundelse, at Kommissionen havde samme sag under behandling efter EU-konkurrencereglerne. Lovbemærkningerne ses ikke at have behandlet denne problemstilling⁹.

Hvis Konkurrencerådet beslutter at afvise en klage vil dette ikke kunne indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 3, men beslutningen vil, som der er redegjort for i lovbemærkningerne¹⁰ kunne indbringes for domstolene og Folketingets Ombudsmand¹¹.

Det anføres i lovbemærkningerne, at

“bestemmelsen i § 14, stk. 1, 4. pkt., betyder, at Konkurrencerådet skal holde sig løbende orienteret om Kommissionens tiltag i relation til virksomheder, der er omfattet af den danske Konkurrencelov”.¹²

Det tilføjes herved, at

“så snart det kommer til Konkurrencerådets kendskab, at Kommissionen har *taget en sag op*, bør det overvejes, om en dansk sag vedrørende samme konkurrencebegrænsning bør afvente Kommissionens afgørelse.

Som hovedregel må Konkurrencerådet afstå fra at behandle sager, hvis Kommissionen har *indledt procedure* vedrørende de samme konkurrencebegrænsninger med henblik på forbud efter artikel 85, stk. 1, eller artikel 86, eller med henblik på fritagelse efter artikel 85, stk. 3. Derimod vil det forhold, at Kommissionen har indledt procedure med henblik på udstedelse af negativattest eller har afvist en klage, som oftest ikke for-

9. Man kunne måske have ønsket, at det havde været præciseret i lovens tekst, hvor langt Konkurrencerådets adgang til at træffe beslutning om ikke at behandle sager i denne sammenhæng rækker.

10. FT 1996-97, Till.A side 3672, h.sp. og FT 1996-97, Till.A side 3675, h.sp.

11. Jf. herved bemærkningerne ovenfor side 189, om Ombudsmandens eventuelle reaktioner.

12. FT 1996-97, Till.A side 3672, h.sp. og side 3673 v.sp.

Kapitel 6. Konkurrencemyndigheden

hindre behandlingen af en sag efter de danske konkurrenceregler, idet et sådant skridt er udtryk for, at Kommissionen er af den opfattelse, at forholdet ikke er omfattet af EU-konkurrencereglerne, typisk fordi der ikke er tale om en mærkbar påvirkning af samhandelen. Der kan på den anden side forekomme tilfælde, hvor det er klart, at Kommissionen har *taget stilling til*, om et forhold udgør en konkurrencebegrænsning, og Konkurrencerådet bør ved sin stillingtagen tage hensyn hertil ved behandlingen af samme spørgsmål.

Kommissionen indleder som regel først procedure på tidspunktet for meddelelse af klagepunkter eller ved offentliggørelsen i EF-Tidende af en artikel 19, stk. 3-meddelelse efter forordning nr. 17/62 om, at Kommissionen har til hensigt at give en individuel fritagelse efter artikel 85, stk. 3, eller træffe beslutning om negativattest. Kommissionen kan dog også indlede procedure på et tidligere stadium i sagsbehandlingen, f.eks. når den over for en virksomhed begærer fornødne, nærmere definerede oplysninger.

Der kan dog tænkes situationer, hvor der vil være behov for, at Konkurrencerådet, uanset at Kommissionen har indledt procedure, kan fortsætte sagsbehandlingen. Der kan på det danske marked gøre sig så specielle forhold gældende, at den danske sag vanskeligt vil kunne afvente en beslutning eller stillingtagen fra Kommissionen. Det vil i så fald påhvile Konkurrencerådet at godtgøre, at det er nødvendigt at fortsætte sagsbehandlingen, jf. bemærkningerne til [...] § 4. Det forudsættes, at sådanne sager er af så principiel betydning, at de behandles af Konkurrencerådet” (mine fremhævelser).

Til den netop citerede passus fra lovbemærkningerne til § 14, stk. 1, 4. pkt. må det bemærkes, at denne tydeligvis tilsigter at klargøre grænserne for, hvornår en sag skal betragtes som “under behandling” af Kommissionen. De anvendte begreber er imidlertid næppe i sig selv ganske skarpe og indeholder nok også nogen upræcised. Det er således ikke ganske klart afgrænseligt, hvad der ligger i udtrykket, at Kommissionen har “taget en sag op”. Udtrykket har ingen eksakt retlig betydning i det EU-konkurrenceretlige system. Det er næppe heller en naturlig følge af bestemmelsen i lovens § 4, at Konkurrencerådet “som hovedregel” må afstå fra at behandle sager, hvis Kommissionen har “indledt procedure” vedrørende de samme konkurrencebegrænsninger med henblik på forbud efter artikel 85, stk. 1, eller artikel 86, jf. det netop citerede. Som ovenfor anført, angår Konkurrencelovens § 4 således alene situationer, hvor artikel 85, stk. 3 kan komme i anvendelse. Det havde derfor nok været mere konsekvent, hvis det andet afsnit i den citerede passus fra bemærkningerne alene havde talt om, at Kommissionen har indledt procedure “med henblik på fritagelse efter artikel 85, stk. 3”.

I tillæg til dette må det noteres, at bemærkningerne til § 14 opererer med forskellige udtryk som beskrivelse for Kommissionens handlemåder. Der tales om, at Kommissionen har “taget en sag op”, der tales om, at Kommissionen har “indledt procedure”, og der tales om at Kommissionen har “taget stilling til”, om et forhold udgør en konkurrencebegrænsning. Disse udtryk er ikke synonymer. Specielt har udtrykket “indledt procedure” en helt specifik juridisk betydning i den EU-retlige terminologi. Ved Rfo 17/62 artikel 9, stk. 3 har begrebet, at Kommissionen “indleder procedure”, således fundet vej frem. Det hedder i bestemmelsen: “Så længe Kommissionen ikke har indledt nogen procedure i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6, forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente til i henhold til traktatens artikel 88 at bringe bestemmelserne i traktatens, i artikel 85, stk. (1), og artikel 86 anvendelse [...]”. Det må samtidig konstateres, at Rfo 17/62 artikel 9, stk. 3 alene taler om de nationale myndigheders kompetence til at bringe bestemmelserne i artikel 85, stk. 1 og artikel 86 anvendelse. Bestemmelsen angår derimod ikke – hvad der kunne være relevant for fastlæggelse af rækkevidden af Konkurrencelovens § 14, smh. med § 4 – forholdet mellem de EU-konkurrenceretlige regler og national konkurrenceret. Dette forhold er ikke reguleret ved Rfo 17/62.

Efter § 14, stk. 2 er **Konkurrencestyrelsen** i sager efter Konkurrenceloven **sekretariat for Konkurrencerådet** og **varetager den daglige administration af loven** på rådets vegne. Lovbemærkningerne påpeger herved, at Konkurrencestyrelsen i denne egenskab er uafhængig af erhvervsministeren, således at erhvervsministeren ikke har instruktionsbeføjelser med hensyn til sagernes behandling og ikke kan ændre eller omgøre styrelsens afgørelser.

§ 14, stk. 3 giver **bemyndigelse til erhvervsministeren** til at **fastsætte Konkurrencerådets forretningsorden** samt til at **fastsætte nærmere regler** for Konkurrencerådets og Konkurrencestyrelsens **virksomhed**, herunder regler om afskedigelse af rådsmedlemmer eller disses suppleanter efter indstilling fra Konkurrencerådets formand før en periodes ophør. Sidste del af bestemmelsen, som tillægger erhvervsministeren den særlige afskedigelseshjemmel, kom ind i loven under folketingsbehandlingen.

I Erhvervsudvalgets betænkning siges det,¹³ at bestemmelsen af hensyn til retssikkerheden for Konkurrencerådets medlemmer og af hensyn til Konkurrencerådets uafhængighed forudsætter, at erhvervsministeren skal fastsætte klare regler for, hvornår afskedigelse kan finde sted. Det påpeges herved, at afskedigelse kun kan finde sted i tilfælde af overtrædelse af tavshedspligten eller ved grov tilsidesættelse af medlemmernes øvrige pligter efter Konkurrencerådets forretningsorden.

13. FT 1996-97, Till.B side 1150, h.sp.

Kapitel 6. Konkurrencemyndigheden

Afskedigelse for *overtrædelse af tavshedspligten* omfatter tilfælde, hvor rådsmedlemmer enten har udtalt sig om fortrolige sager eller har udleveret fortrolige dokumenter. Det er fundet nødvendigt at præcisere rådsmedlemmernes tavshedspligt, idet det blandt andet må forventes, at rådsmedlemmerne i øget omfang vil få adgang til fortrolige EU-dokumenter. Det forudsættes, at der ikke sker en ændring af hidtidig praksis, hvorefter et organisationsindstillet medlem af Konkurrencerådet kan drøfte problemstillinger i sager, der er til behandling i rådet, med personer i de indstillende organisationer, under den pågældendes eget ansvar for at fortrolige oplysninger ikke prisgives.

Erhvervsministeren vil endvidere kunne fastsætte regler om afskedigelse af rådsmedlemmer i tilfælde, hvor *rådsmedlemmer i øvrigt groft tilsidesætter deres pligter i henhold til Konkurrencerådets forretningsorden*. Afskedigelse i denne forbindelse kan kun ske i særligt grove tilfælde, og der vil således normalt kun være adgang til afskedigelse, hvor der er tale om gentagen tilsidesættelse af de pligter, der påhviler et rådsmedlem.

Det tilføjes vedrørende forslaget i Erhvervsudvalgets betænkning, at dette ikke berører Konkurrencerådets status, og rådet er således stadig uafhængigt af erhvervsministeren. Til sikring af Konkurrencerådets uafhængighed skal reglerne om afskedigelse indeholde en procedure, hvorefter afskedigelse kun kan finde sted efter indstilling fra Konkurrencerådets formand. Erhvervsministeren kan således ikke på eget initiativ foranledige en afskedigelse af et rådsmedlem.

Adgangen til afskedigelse omfatter ikke Konkurrencerådets formand, idet formanden udnævnes af kongen.

Lovbemærkningerne anviser, at Konkurrencerådet som hidtil forudsættes at behandle sager om henvendelse til offentlige myndigheder i de tilfælde, hvor en erhvervsvirksomheds konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. § 2, stk. 5.¹⁴

Ved en række bestemmelser i Konkurrenceloven er Konkurrencerådet tillige tillagt kompetence til at afgive udtalelse til erhvervsministeren forud for udstedelse af administrative forskrifter samt gruppefritagelser. Der henvises herom til kapitel 10, de indledende bemærkninger til § 27.

I lovbemærkningerne gøres der opmærksom på, at Konkurrencestyrelsen i forbindelse med administrationen af loven vil få brug for at samarbejde tæt såvel med Kommissionen som med andre nationale konkurrencemyndigheder, bl.a. med henblik på udveksling af oplysninger. Navnlig præciseres det, at det vil være nødvendigt for Konkurrencestyrelsen at have et tæt samarbejde med Kommissio-

14. FT 1996-97, Till.A side 3673, h.sp.

nen af hensyn til administrationen af det one-stop-shop princip, som følger af § 4 og af § 14, stk. 1, 4. pkt.¹⁵

Det er samtidigt i lovbemærkningerne tilkendegivet, at arbejdsdelingen mellem Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen efter udløbet af en overgangsperiode på 2 år efter Konkurrencelovens ikrafttræden [den 1. januar 1998] bør tages op til overvejelse. Såfremt det viser sig, at den fastsatte arbejdsdeling medfører uhensigtsmæssigt lange sagsbehandlingstider, kan det overvejes, om der skal indføres tidsfrister for sagsbehandlingen, i hvilken forbindelse der udelukkende tænkes på sagbehandlingstider i relation til anmeldelser efter lovens § 8, stk. 2, § 9 og § 11, stk. 4.

15. FT 1996-97, Till.A side 3673, h.sp.

§ 15

Konkurrencerådet består af en formand og 18 medlemmer. Formanden udnævnes af kongen for en periode af op til 4 år. De øvrige medlemmer udnævnes af erhvervsministeren for en periode på op til 4 år. Rådet skal omfatte et alsidigt kendskab til offentlig og privat erhvervsvirksomhed, herunder juridiske, økonomiske, finansielle og forbrugermæssige forhold. Formanden og otte af rådets medlemmer skal være uafhængige af erhvervs- og forbrugerinteresser. Et af disse medlemmer skal have særlig indsigt i statslig erhvervsvirksomhed. Efter erhvervsministerens nærmere bestemmelse udnævnes syv medlemmer efter indstilling fra erhvervsorganisationer, et medlem efter indstilling fra forbrugerorganisationer og to medlemmer med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed efter indstilling fra de kommunale organisationer.

Stk. 2. Erhvervsministeren udpeger faste stedfortrædere for Konkurrencerådets medlemmer.

Kommentar til § 15 – Konkurrencerådets sammensætning

Antallet af medlemmer af Konkurrencerådet og Konkurrencerådets sammensætning er ændret i forhold til 1989-konkurrenceloven. Det er herved fundet hensigtsmæssigt, at Konkurrencerådet besidder et alsidigt kendskab til både offentlig og privat erhvervsvirksomhed, og at det repræsenterer en bredere samfundsmæssig sagkundskab. Formanden udnævnes af kongen, de øvrige medlemmer af erhvervsministeren. Der er tale om **tidsbegrænsede udnævnelser**, alle for en periode på op til 4 år.

Efter 1989-konkurrenceloven var formanden udnævnt af kongen, men uden tidsbegrænsning. I det oprindeligt fremsatte lovforslag var formandsperioden heller ikke gjort tidsbegrænset. Ændringen for formandens funktionsperiode til 4 år kom ind under folketingsbehandlingen, idet erhvervsministerens ændringsforslag i Erhvervsudvalgets betænkning påpegede, at der herefter skulle være mulighed for genudnævnelse eller udnævnelse af en ny formand. "Henset til, at udnævnelsen til formand for en række andre råd som f.eks. Fondsrådet og Forsikringsrådet i dag er tidsbegrænset, er det fundet hensigtsmæssigt også for Konkurrencerådets vedkommende at indføre en ordning med tidsbegrænset udnævnelse". Det blev tilføjet, at "forslaget [ikke] berører Konkurrencerådets status, og rådet er således stadig væk uafhængigt af erhvervsministeren. Ligeledes er det stadig væk kongen, der udnævner formanden for Konkurrencerådet".

Da der således er mulighed for genudnævnelse, og da Konkurrencerådets afgørelser er offentlige, er der med den nye regel skabt en teoretisk risiko for mindre uafhængighed af erhvervsministeren/regeringen. 4-års-reglen skaber på den anden side en vis større fleksibilitet.

Konkurrencerådet består af **formanden plus 18 medlemmer**. Erhvervsministeren udnævner syv medlemmer efter indstilling fra erhvervsorganisationer, ét medlem efter indstilling fra forbrugerorganisationer og to medlemmer med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed efter indstilling fra de kommunale organisationer. Der vil efter loven være 8 medlemmer af rådet samt formanden, som skal være uafhængige af erhvervsinteresser. Et af disse medlemmer skal have særlig indsigt i statslig erhvervsvirksomhed.

Med forøgelsen af medlemsantallet fra 15 til 19 er der samtidigt sket en fordeling, hvorved der ikke længere, som tilfældet var under 1989-konkurrenceloven, er tale om, at flertallet af medlemmerne skulle være uafhængige af erhvervsinteresser, idet det var fastlagt i 1989-konkurrencelovens § 4, stk. 2, at "Formanden og 7 af rådets medlemmer skal være uafhængige af erhvervsinteresser".

§ 15, stk. 2 indebærer, at der til forskel fra 1989-konkurrenceloven **udpeges faste stedfortrædere** for Konkurrencerådets medlemmer.

§ 16

De påbud, som Konkurrencerådet efter § 6, stk. 4, og § 11, stk. 3, kan udstede med henblik på at bringe de skadelige virkninger af konkurrencebegrænsninger til ophør, kan bl.a. omfatte:

- 1) Hel eller delvis ophævelse af aftaler, vedtagelser, forretningsbetingelser m.v.*
- 2) At angivne priser eller avancer ikke må overskrides, eller at der ved beregningen af priser eller avancer skal anvendes bestemte kalkulationsregler.*
- 3) Pligt for en eller flere af de pågældende virksomheder til at sælge til nærmere angivne købere på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg. Virksomheden kan dog altid kræve kontant betaling eller betryggende sikkerhed.*
- 4) At give adgang til en infrastrukturfacilitet, der er nødvendig for at kunne udbyde en vare eller tjenesteydelse.*

Stk. 2. Påbud efter stk. 1, nr. 2, kan fastsættes for indtil ét år ad gangen.

Kommentar til § 16 – påbud

§ 16, som ikke undergik ændringer under folketingsbehandlingen, har **angivet en ikke-udtømmende liste af beføjelser**, der kan anvendes i forbindelse med påbud efter § 6, stk. 4 (om at bringe overtrædelse af § 6, stk. 1 til ophør), og § 11, stk. 3 (om at bringe overtrædelse af § 11, stk. 1 til ophør). § 16, stk. 1 har opregnet de almindeligst forekommende typer af påbud. **Påbudsbestemmelserne er ligestillede og alternative beføjelser**, som kan anvendes over for forskellige former for konkurrenceskadelige tiltag. Der må ske en konkret vurdering af konkurrencebegrænsningens art og virkninger, for at der kan tages stilling til, hvorledes denne mest hensigtsmæssigt bringes til ophør.

§ 16, stk. 1 taler om “*skadelige virkninger*” af konkurrencebegrænsninger. Det forekommer påfaldende, når man betænker, at Konkurrenceloven, såvel i § 6, stk. 1, som i § 11, hvor der tales om, at det er forbudt henholdsvis at indgå aftaler m.v., som har til formål eller til følge at “begrænse konkurrencen”, og at “misbruge” en dominerende stilling, i ingen af de to bestemmelser har gjort det til en betingelse, at en konkurrencebegrænsning skal have “skadelige virkninger”. Det ville være en markant afvigelse fra EU-konkurrenceretten, hvis man indlagde det krav i den danske lovs forbudsbestemmelser, at konkurrencebegrænsningerne skal have “skadelige virkninger”. Bestemmelsen i § 16, stk. 1 synes at være en videreførelse af 1989-konkurrencelovens bestemmelser, som netop talte om “skadelige virkninger” for konkurrencen af en konkur-

rencebegrænsning, jf. navnlig denne lovs §§ 11 og 12. I sammenhæng med §§ 6 og 11 bør kravet til "skadelige virkninger" næppe opretholdes som grundlag for Konkurrencerådets påbud. Hvis der foreligger en konkurrencebegrænsning, turde dette være tilstrækkeligt.¹⁶

§ 16, stk. 1, nr. 1) om udstedelse af påbud om hel eller delvis ophævelse af aftaler, vedtagelser, forretningsbetingelser m.v. svarer til formuleringen i 1989-konkurrencelovens § 12, stk. 1, 1. led.

§ 16, stk. 1, nr. 2) giver mulighed for at udstede påbud om, at angivne priser eller avancer ikke må overskrides, eller at der ved beregningen af priser eller avancer skal anvendes bestemte **kalkulationsregler**.

Dette er ligeledes en formulering, som hidrører fra 1989-konkurrenceloven, jf. dennes § 13, stk. 1, nr. 2)¹⁷. I bemærkningerne til 1989-lovens § 13 hed det herved: "Den nærmere fastlæggelse af prisen eller avancen må ske gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. Der kan derfor ikke kræves et egentligt bevis for, hvad prisen/avancen ville være, men der kræves en sandsynliggørelse".¹⁸ En helt enslydende formulering genfindes til § 16, stk. 1, nr. 2) i lovbemærkningerne til den nye Konkurrencelov.¹⁹ Den er i øvrigt også enslydende anvendt i lovbemærkningerne til den nye Konkurrencelovs § 11, stk. 2, nr. 1), jf. ovenfor i kapitel 3).²⁰

Om påbud efter § 16, stk. 1, nr. 2), der kan ske i form af fastsættelse af priser eller avancer, der ikke må overskrides, eller ved fastsættelse af bestemte kalkulationsregler, der skal anvendes ved beregningen af priser og avancer, er det i bemærkningerne udtalt, at der herved er tilsigtet den størst mulige fleksibilitet i forbindelse med påbud vedrørende priser og avancer, hvor der fortsat kan foretages prisregulering således, at virksomheden m.v. får mulighed for og tilskyndelse til at forbedre effektiviteten.

16. Se herved tillige *Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret*, 140.

17. Det fremgår dog ikke af lovbemærkningerne til den nye Konkurrencelov, at 1989-loven herved har været kilden til denne bestemmelse.

18. Bemærkningerne til 1989-loven side 18, v.sp.

19. FT 1996-97, Till.A side 3674, v.sp.

20. Og se lovbemærkningerne FT 1996-97, Till.A side 3668, h.sp.

Kapitel 6. Konkurrencemyndigheden

Man må sige, at den nye Konkurrencelov således helt har indskibet sig i formuleringer, som finder deres oprindelse i den tidligere gældende kontrol- og indgrebslovgivning. Dette forekommer næppe overbevisende hensigtsmæssigt i sammenhæng med det ny-indførte forbudsprincip mod konkurrencebegrænsende aftaler. Forbudsprincippet virker i stedet ved at afskrække markedsaktørerne fra at indgå konkurrencebegrænsende aftaler m.v., og den naturlige reaktion på overtrædelse af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler er derfor ugyldighed og bøder. Påbud om prisfastsættelse er i modsætning hertil reminiscenser fra en prisreguleringsperiode. Hvad angår misbrug af dominerende stilling, er der vel ikke indført et forbud herimod, med også den derpå rettede lovregulering i den nye Konkurrencelov tager i sit endemål naturligt sigte på at afskrække fra misbrug, snarere end på prisregulering.

Til sammenligning kan herved i øvrigt peges på, at *EU-konkurrencelovgivningen* ikke tilsvarende indeholder en regulering, som sigter mod prisfastsættelse og lignende. I Rfo 17/62 er disse forhold dels reguleret ved artikel 3 om "standsning af overtrædelser", dels i artikel 15 om "bøder". I artikel 3, stk. 1 bestemmes det således, at "Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør". I *Radio Telefis Eireann (RTE) mod Kommissionen (Magill-dommen)*²¹ bemærkede EF-domstolen, at "anvendelsen af artikel 3 i forordning nr. 17 må ske under hensyn til arten af den konstaterede overtrædelse og vil kunne omfatte såvel påbud om at udføre visse handlinger eller præstere visse ydelser, der ulovligt har været undladt, som forbud mod at fortsætte med visse handlinger eller at opretholde en vis praksis eller situation, der er i strid med traktaten".²²

Artikel 15 hjemler bl.a. Kommissionen adgang til at pålægge bøder på op til 1. mio. ecu eller 10% af den samlede årsomsætning hos deltagerne for overtrædelse af bestemmelserne i artikel 85, stk. 1 eller 86. Hertil kommer ugyldighedsbestemmelsen i TEF artikel 85, stk. 2.

Efter §16, stk. 1, nr. 3), kan der udstedes **påbud** til en virksomhed **om at sælge til nærmere angivne købere på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg**. Virksomheden kan dog altid kræve kontant betaling eller betryggende sikkerhed. Denne bestemmelse er overtaget fra 1989-konkurrencelovens § 12, stk. 2. En vis vejledning til fortolkningen heraf må dermed kunne hentes i den praksis, der var knyttet til denne bestemmelse.

21. *Radio Telefis Eireann (RTE) mod Kommissionen (Magill)*, sag C-241/91 P og C-242/91 P, dom af 6.4.1995, Sml. 1995, I-743.

22. Præmis 90.

Også vedrørende denne bestemmelse må det imidlertid bemærkes, at den præsenterer sig som en anomali under en forbudslovgivning.

§ 16, stk. 1, nr. 4), giver hjemmel til at udstede et **påbud** om at give **adgang** til en **infrastrukturfacilitet**, der er nødvendig for at kunne udbyde en vare eller tjenesteydelse. Bestemmelsen er ny i dansk konkurrencelovgivning, idet der efter 1989-konkurrenceloven alene kunne gribes ind i det omfang, som fulgte af § 12, stk. 2. Den tidligere regel i § 12, stk. 2 (som nu genfindes i § 16, stk. 1, nr. 3), fastlagde, at “Kan de skadelige virkninger ikke bringes til ophør ved påbud efter stk. 1, kan rådet udstede påbud til en eller flere af de pågældende virksomheder om at sælge til nærmere angivne købere *på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg*. Virksomheden kan dog altid kræve kontant betaling eller betryggende sikkerhed.” De herved af mig fremhævede ord indebar imidlertid, at der måtte kræves i hvert fald et vist sædvanligt marked for ydelsen. Dette vil imidlertid ofte ikke være tilfældet ved infrastrukturfaciliteter.

I Konkurrenceankenævnets kendelse af 18.6.1996, *Elkraft ctr. Konkurrencerådet*, havde Konkurrencerådet bemyndiget sekretariatet til at optage § 11-forhandling med Elkraft med henblik på at sikre Dansk Kraftmægling A/S adgang til transmissionsnettet på åbne og ikke-diskriminerende vilkår. Konkurrencerådet havde herved lagt vægt på, at spørgsmålet om tredjepartsadgang og levering af transmissionsydelser ikke var omfattet af Elkraft's bevilling eller i øvrigt reguleret gennem elforsyningslovens bestemmelser, hvilket efter rådets opfattelse betød, at 1989-konkurrencelovens indgrebsbestemmelser i §§ 11-14 ville kunne anvendes. Elkraft havde et faktisk monopol med hensyn dels til det overordnede transmissionsnet på Sjælland dels til udlandsforbindelserne og havde dermed dominerende indflydelse på det marked, der omfatter transmissionsydelser på el. For Dansk Kraftmæglings vedkommende var adgang til transmissionsydelserne en helt afgørende forudsætning for den del af selskabets erhvervsudøvelse, der vedrørte formidling af elleverancer til industrielle aftagere, idet manglende adgang ville umuliggøre denne. Selskabet havde derfor efter Konkurrencerådets opfattelse en væsentlig erhvervsmæssig interesse i at opnå levering af transmissionsydelsen fra Elkraft. Konkurrencerådet havde derfor fundet, at såfremt transmissionsnettet ikke blev stillet til rådighed for andre ud fra objektive og saglige betingelser, indebar dette en konkurrencebegrænsning, der medfører eller kunne medføre skadelige virkninger for konkurrencen, jf. 1989-konkurrencelovens § 11.

Konkurrenceankenævnet ophævede imidlertid Konkurrencerådets afgørelse. Efter de oplysninger, der var forelagt ankenævnet, måtte det lægges til grund, at Elkraft ikke drev nogen virksomhed med salg af el-transmission, der kunne sammenlignes med den ydelse, der var omtvistet under den foreliggende sag. Uanset om de i 1989-konkurrencelovens § 11 nævnte skadelige virkninger måtte antages at foreligge, og uanset at lo-

Kapitel 6. Konkurrencemyndigheden

vens § 12, stk. 2, måtte antages også at angå salg af tjenesteydelser m.v., fandt ankenævnet, at ordlyden af § 12, stk. 2 – “påbud . . . om at sælge . . . på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg” – ikke gav den fornødne hjemmel for at meddele påbud til Elkraft som sket. Ankenævnet fandt heller ikke, at ordlyden sammenholdt med bestemmelsens forarbejder gav støtte for at fastslå en sådan hjemmel.

I lovbemærkningerne til § 16, stk. 1, nr. 4) angives det, at der ved denne bestemmelse er tale om at give tredjeparter adgang til en virksomheds *eksisterende* infrastrukturfacilitet, der er nødvendig for at kunne udbyde en vare eller tjenesteydelse. Det kan f.eks. være adgang til et elnet, havn eller lufthavn. “Hjemlen til at udstede påbud om at give tredjeparter adgang til en virksomheds infrastrukturfacilitet omfatter alene de tilfælde, hvor potentielle konkurrerende virksomheder er afskåret fra selv at opbygge de fornødne faciliteter”.²³ I bemærkningerne henvises der herved til, at spørgsmålet om adgang til infrastrukturfaciliteter udtømmende er reguleret på *teleområdet* via samtrafiklovgivningen, ligesom adgangen til *jernbane* og *lufthavnsfaciliteter* i hovedsagen er EU-reguleret.

Yderligere påpeger bemærkningerne, at for *havne*, hvortil der er offentlig adgang, er det et generelt princip, at en havn har pligt til at modtage skibe i det omfang, pladsforholdene tillader det. Vedrørende statshavne skal et eventuelt påbud om at give tredjeparter adgang til havnefaciliteter i en situation, hvor pladsforholdene ikke gør det muligt for nye operatører at komme til, indeholde alternativer om at, enten skal infrastrukturen udvides, eller også skal eksisterende operatører afgive plads.²⁴

I *Rødby Havn*-beslutningen²⁵ har EU-Kommissionen under henvisning til art. 90, stk. 3 fundet, at den danske stat havde overtrådt art. 90, stk. 1, sammenholdt med art. 86,

23. FT 1996-97, Till.A side 3674, h.sp.

24. Jf. i øvrigt hertil de generelle bemærkninger til Lov nr. 294 af 28.4.1997 om ændring af lov om trafikhavne m.v. (Nævnsbehandling af sager vedrørende tildeling af anløbsplads), hvor det indledningsvis siges: “Det gælder som almindeligt princip for alle havne, hvortil der er offentlig adgang, at der er modtagepligt for skibe (herunder færges) i det omfang, pladsforholdene tillader det.

I henhold til det gældende standardreglement for overholdelse af orden m.v. i danske havne anvises skibe som udgangspunkt plads i den rækkefølge, de ankommer til havnen, men havnebestyrelsen kan dog reservere faste anløbspladser (lejer) til skibe (færges), som går i fast rutefart på havnen.”.

25. *Rødby Havn*, 21.12.1993, EFT 1994 L 55/52.

ved at afslå ansøgninger om tilladelse til at anlægge en ny havn i umiddelbar nærhed af Rødby Havn, dels til at benytte de allerede eksisterende anlæg i Rødby Havn.

Bestemmelsen i § 16, stk. 2 angiver, at **påbud efter stk. 1, nr. 2)** (om at angivne priser eller avancer ikke må overskrides, eller at der ved beregningen af priser eller avancer skal anvendes bestemte kalkulationsregler) kan fastsættes for **op til 1 år** ad gangen.

§ 17

Konkurrencerådet kan kræve alle oplysninger, herunder regnskaber, regnskabsmateriale, udskrift af bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som skønnes nødvendige for dets virksomhed eller til afgørelse af om et forhold er omfattet af lovens bestemmelser.

Kommentar til § 17 – krav om oplysninger

§ 17 hjemler Konkurrencerådet **adgang til at indhente oplysninger**. Bestemmelsen er – med undtagelse af en betydningsløs sproglig korrektion, som kom ind under folketingsbehandlingen – identisk med 1989-konkurrencelovens § 6. Denne bestemmelse var i sig selv en videreførelse af Monopollovens § 15, stk. 1, idet denne bestemmelse med 1989-konkurrenceloven dog var undergået visse ændringer. Der må ved fortolkningen af § 17 kunne tillægges 1989-lovens tilsvarende bestemmelse en vis betydning.

Man kan i øvrigt notere sig, at lovteksten ikke angiver, hvem der er pligtige at efterkomme krav fra Konkurrencerådets side, og at den til § 17 svarende strafbestemmelse i § 23, stk. 1, nr. 6) alene taler om “den”, der undlader at efterkomme krav efter § 17. I lovbemærkningerne til § 17 siges det derimod, at Konkurrencerådet kan indhente oplysninger “fra virksomheder og sammenslutninger af virksomheder”.²⁶ Der synes dermed indlagt en begrænsning i Konkurrencerådets muligheder for tvangsmæssigt at indhente oplysninger, f.eks. fra enkeltpersoner. Det synes imidlertid mindre klart, om virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, som ikke er involveret i konkurrencebegrænsende adfærd, er pligtige at afgive oplysninger. Det kunne f.eks. være konkurrerende virksomheder eller en brancheorganisation, som ikke kan sættes i forbindelse med en eventuel konkurrencebegrænsning, som er genstand for undersøgelsen.

I lovbemærkningerne til den identiske bestemmelse i 1989-konkurrencelovens § 6 hed det derimod, at “Monopollovens regel om, at der kan indkaldes personer til mundtlig forklaring, ophæves”.

26. FT 1996-97, Till.A side 3674, h.sp.

Lovbemærkningerne præciserer, at Konkurrencerådet alene vil kunne indhente oplysninger m.v. med henblik på udførelsen af de opgaver, rådet er tillagt efter loven i henhold til § 14. Konkurrencerådet skønner selv, hvilke oplysninger, der er nødvendige for dets arbejde.²⁷ Bemærkningerne påpeger, at hvis der er tale om strafbart forhold, skal rådet anmelde dette til politiet, der varetager den videre efterforskning efter retsplejelovens regler.

Spørgsmålet om, hvorvidt rådets krav om oplysninger er berettiget, kan ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet, men må i givet fald indbringes for domstolene, jf. herved § 19, stk. 1, som ikke henviser til § 17.

Lovbemærkningerne angiver endelig, at Konkurrencerådet efter bestemmelsen kan indhente oplysninger fra offentlige og private virksomheder, sammenslutninger og offentlige myndigheder med henblik på at vurdere, om der foreligger forhold, som er omfattet af lovens bestemmelser. Til vurdering heraf kan Konkurrencerådet også iværksætte bredere undersøgelser af konkurrenceforholdene på et marked.

Lov om offentlighed i forvaltningen gælder ikke for de oplysninger, som er indhentet i medfør af § 17, jf. herved § 13, stk. 1. Dog kan Konkurrencerådets henvendelser og vedkommende myndigheders svar efter lovens § 2, stk. 5, anmeldelser efter § 2, stk. 6, 1. pkt., samt afgørelser truffet i medfør af loven kan offentliggøres, jf. § 13, stk. 2. Konkurrencerådet kan desuden offentliggøre oplysninger om Konkurrencerådets virksomhed og generelle redegørelser i medfør af § 13, stk. 3, og oplysninger heri må, helt eller delvis, kunne være baseret på oplysninger m.v., der er indhentet i medfør af § 17.

27. FT 1996-97, Till.A side 3674, h.sp.

§ 18

Konkurrencestyrelsen kan efter retskendelse og mod behørig legitimation til brug for rådets virksomhed efter loven

- 1) på stedet gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, og*
- 2) få adgang til en virksomheds eller sammenslutnings lokaler og transportmidler.*

Stk. 2. Politiet yder bistand ved udøvelsen af beføjelser efter stk. 1. Erhvervsministeren kan efter aftale med justitsministeren fastsætte nærmere regler herom.

Kommentar til § 18 – kontrolundersøgelser

§ 18 har næsten samme ordlyd som 1989-konkurrencelovens § 21, stk. 1 og 2, idet kompetencen til at foretage **kontrolundersøgelser** dog nu er tillagt **Konkurrencestyrelsen** i modsætning til tidligere “repræsentanter for Konkurrencerådet”.

I lovbemærkningerne henvises der til, at hvor 1989-konkurrencelovens § 21 forudsatte, at Konkurrencestyrelsen alene benyttede adgangen til at foretage kontrolundersøgelser i de tilfælde, hvor pålæg af tvangsbøder ikke skønnedes at være et tilstrækkeligt eller hensigtsmæssigt middel til at fremskaffe de ønskede oplysninger, skal Konkurrencestyrelsens adgang til at foretage kontrolundersøgelser efter den nye Konkurrencelov **ikke være subsidier i forhold til tvangsbødeinstituttet**. Konkurrencestyrelsen kan foretage kontrolundersøgelser, **efter at have indhentet retskendelse**, i de tilfælde, hvor styrelsen skønner, at sagens karakter gør det påkrævet at indhente de fornødne oplysninger på denne måde.²⁸

Der er tillige ved Konkurrencelovens kapitel 9 hjemlet Konkurrencestyrelsen adgang til at foretage kontrolundersøgelser til opfyldelse af forpligtelser efter EU-konkurrencereglerne til at yde Kommissionen bistand. Se herom nedenfor.

Konkurrenceloven har ikke – som det tilsvarende er situationen efter EU-konkurrenceretten, jf. herved navnlig EF-domstolens dom vedrørende *AM & S*

28. FT 1996-97, Till.A side 3674, h.sp.

*Europe-sagen*²⁹ – undtaget korrespondance mellem en virksomhed og denne advokat vedrørende rådgivning om konkurrencebegrænsende forhold. Situationen er ejheller omtalt i forarbejderne til loven. Det må nok antages, at en tilsvarende adgang til at undtage sådan korrespondance vil blive anerkendt.

29. *AM & S Europe* mod Kommissionen, sag 155/79, dom af 18.5.1982, Sml. 1982, 1575. Se nærmere hertil min *EU-konkurrenceret*, kapitel VI, B, 3.

KAPITEL 7

Anke

Indledning til kapitel 7

Konkurrenceankenævnet er bevaret som rekursmyndighed ("ankeinstans") for afgørelser truffet af Konkurrencerådet.

Lovbemærkningerne har henvist til, at ankenævnet dermed fortsat vil kunne virke besparende for det almindelige domstolssystem, samtidig med at afgørelserne vil blive truffet af en instans med særlig indsigt i konkurrencespørgsmål og en domstolslignende sagsbehandling.¹

I tilfælde, hvor Konkurrencerådet anmoder om tiltalerejsning for overtrædelser, der bør strafpålægges, indgives der dog politianmeldelse med henblik på, at anklagemyndigheden kan rejse tiltale. Konkurrencerådets anmodning om tiltalerejsning for overtrædelse af loven er ikke en afgørelse og kan derfor ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet.²

Under folketingsbehandlingen undergik lovforslaget visse ændringer med hensyn til, hvilke afgørelser, truffet af Konkurrencerådet, der skulle kunne indbringes for ankenævnet.

I det EU-konkurrenceretlige system optræder ikke en til Konkurrenceankenævnet korresponderende institution, idet Kommissionens beslutninger ikke kan indbringes for anden administrativ instans, men derimod for Retten i Første Instans med appelmulighed (for så vidt angår jus) til EF-domstolen.

Man kan i øvrigt rejse det spørgsmål, om Konkurrenceankenævnet må anses for en "ret" i en medlemsstat i TEF artikel 177's forstand. Herom har EF-domstolen udtalt i *Vaassen Goebbels*-sagen³, at begrebet ret efter TEF artikel 177 må defineres ved at opstille en række kriterier, som et sådant organ skal opfylde: Det skal være et ved lov oprettet permanent organ, der virker som obligatorisk retsinstans, som anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, og som træffer afgørelse på grundlag af gældende ret. Domstolen har suppleret disse kriterier

1. FT 1996-97, Till.A side 3675, v.sp.

2. FT 1996-97, Till.A side 3675, h.sp.

3. *Vaassen Goebbels*, sag 61/65, præ. afg. af 30.6.1966, Sml. 1965-1968, s. 227.

ved bl.a. at fremhæve kravet om retsinstansens uafhængighed⁴. Konkurrenceankenævnet synes at opfylde disse kriterier, og det vil således eventuelt kunne blive aktuelt i en sag at forelægge spørgsmål om blandt andet EU-gruppefritagelsesforordningernes rækkevidde for at få afgrænset kompetencen ifølge Konkurrencelovens § 4.⁵

4. *Pretore di Salo*, sag 14/86, præ. afg. af 11.6.1987, Sml. 1987, 2545, præmis 7. Jf. desuden *Pardini*, sag 338/85, præ. afg. af 21.4.1988, Sml. 1988, 2041, præmis 9, og *Corbiau*, sag C-24/92, præ. afg. 30.3.1993, Sml. 1993, I-1277.

5. Se ovenfor i kapitel 3, side 164, drøftelsen af mulighederne for at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen angående fortolkningen af EU-konkurrenceretten, når problemet er at bringe national konkurrenceret, der har ladet sig inspirere af EU-konkurrenceretten, i anvendelse.

§ 19

Konkurrencerådets afgørelser truffet efter § 2, stk. 1 og stk. 6, 1. pkt., § 5, stk. 1, § 6, § 7, § 8, stk. 1 og 3-5, § 9, § 11, § 12, stk. 1, § 13, stk. 4, § 16 og § 27, stk. 4, 2. pkt., kan påklages til Konkurrenceankenævnet.

Stk. 2. Klage efter stk. 1 kan indgives af

1) den, afgørelsen retter sig til, og

2) den, som i øvrigt har individuel, væsentlig interesse i sagen.

Stk. 3. Beslutning efter § 14, stk. 1, om at afvise at behandle en klage kan ikke påklages til Konkurrenceankenævnet.

Stk. 4. Klage over afgørelse truffet efter § 13, stk. 4, har opsættende virkning. Klage over andre afgørelser kan af Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet tillægges opsættende virkning.

Kommentar til § 19 – Konkurrenceankenævnets kompetence

Der er med den nye Konkurrencelovs § 19 ikke tilsigtet nogen ændringer i forhold til 1989-konkurrencelovens § 18. Udgangspunktet er som hidtil, at stort set alle Konkurrencerådets afgørelser kan ankes.⁶

I § 19, stk. 1 sker der en opregning af de afgørelser, som Konkurrencerådet har truffet, der kan indbringes for Konkurrenceankenævnet. Bestemmelsen undergik under folketingsbehandlingen forskellige ændringer, jf. nedenfor.

Afgørelser om, hvorvidt der er tale om erhvervsvirksomhed, jf. § 2, stk. 1, kan således indbringes for ankenævnet. Dette er også tilfældet for **afgørelser, om hvorvidt der er anmeldelsespligt for offentlig regulering**, jf. § 2, stk. 6, 1. pkt.

Desuden kan **afgørelser** efter 5, stk. 1 om **ikke-anvendelse af kapitel 2 på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern** indbringes for ankenævnet. Det samme gælder, for så vidt angår **afgørelser** efter § 6, som **forbyder virksomheder m.v. at indgå aftaler**, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at **begrænse konkurrencen**. **Afgørelser** efter § 7, som **undtager visse aftaler på kvantitativt grundlag** (og afgørelser om undtagelse fra disse undtagelser), kan også indbringes, og **afgørelser** efter § 8, stk. 1 og § 8, stk. 3-5, om **afslag på ansøgning om individuel**

6. FT 1996-97, Till.A side 3675, v.sp. og Erhvervsudvalgets betænkning, FT 1996-97, Till.B side 1151, v.sp.

fritagelse fra forbudet i § 6, samt **indholdet, varigheden, forlængelsen** eller **tilbagekaldelsen af fritagelsen** kan ligeledes indbringes for ankenævnet.

Det siges ikke udtrykkeligt i lovbemærkningerne til § 19⁷ eller i Erhvervsudvalgets betænkning,⁸ at der i relation til § 8, stk. 3 kan være tale om at efterprøve de i sidste punktum af denne bestemmelse omhandlede "vilkår". Dette må dog nok antages, jf. lovtekstens ordlyd i § 19, hvor der ikke er gjort indskrænkninger i så henseende.

Erklæringer efter § 9, hvorved **Konkurrencerådet** afgiver **erklæring** om, at anmeldte forhold **ikke falder ind under forbudet i § 6, stk. 1**, og at der **ikke** er grundlag for at udstede **påbud** i medfør af § 6, stk. 4, kan ligeledes indbringes for Konkurrenceankenævnet. Dette gælder også for **afgørelser** truffet efter § 11 om **misbrug af dominerende stilling** og afgørelse om meddelelsespligt for **fusioner m.v.**, jf. § 12, stk. 1, samt afgørelser om, **hvilke oplysninger om tekniske forhold og drifts- og forretningshemmeligheder m.v. der skal undtages fra offentliggørelse**, jf. § 13, stk. 4.

Under folketingsbehandlingen blev yderligere givet mulighed for at indbringe Konkurrencerådets afgørelser efter § 16 om **indholdet og varigheden af Konkurrencerådets påbud**, der kan anvendes i forbindelse med § 6, stk. 4, og § 11, stk. 3. Desuden blev der givet mulighed for at indbringe afgørelser efter § 27, stk. 4, 2. pkt. for Konkurrenceankenævnet. Efter sidstnævnte bestemmelse kan Konkurrencerådet **forlænge den normale frist på 3 måneder efter Konkurrencerådets afgørelse** – hvori det normalt er berettiget at opretholde "gamle" konkurrencebegrænsende aftaler i – når aftalerne inden for 6-måneders fristen er blevet behørigt anmeldt.⁹

I det oprindelige lovforslags § 19, stk. 1 var der henvisning til, at også "Konkurrencerådets afgørelser truffet efter [...] § 3, 1. pkt. [...] kan påklages til Konkurrenceankenævnet". I de hertil relaterede lovbemærkninger hed det derfor: "Afgørelser om [...], hvorvidt der er tale om løn- og arbejdsforhold, jf. § 3, 1. pkt., kan indbringes for ankenævnet".

Denne **adgang til at indbringe afgørelser for Konkurrenceankenævnet**, for så vidt angik **spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om løn- og arbejdsforhold**, er

7. FT 1996-97, Till.A side 3675, h.sp.

8. FT 1996-97, Till.B side 1151, v.sp.

9. Denne 6-måneders frist regnes fra lovens ikrafttræden den 1. januar 1998.

Kapitel 7. Anke

imidtled **udgået af loven**, idet lovforslagets henvisning i § 19, stk. 1 til bestemmelsen i § 3, 1. pkt. ikke gentages.

Det kan være tvivlsomt, om dette har været tilsigtet. Under behandlingen i Folketingets Erhvervsudvalg indeholdt erhvervsministerens ændringsforslag, som blev indstillet til vedtagelse af flertallet i udvalget og senere vedtaget som den endelige lov, den ændrede formulering til § 19. I dette ændringsforslag var henvisningen til § 3, 1. pkt. udgået af lovteksten. Erhvervsministerens ændringsforslag fremstod imidlertid i første række som en konsekvensændring for så vidt angik de ændringer, som under folketingsbehandlingen førte til en ændret formulering af § 2. Desuden indeholdtes tilføjjelsen vedrørende koncernreglen i § 5 og forskellige præciseringer og udvidelser vedrørende øvrige bestemmelser.

Erhvervsministerens bemærkninger til den ændrede § 19, stk. 1, som optoges i betænkningen, indeholder til de øvrige ændringer nærmere henvisninger. For så vidt angår henvisningen til den i lovteksten udgåede § 3, 1. pkt. findes der derimod ikke nogen omtale heraf, men tværtimod gentages indholdet af de oprindelige lovbemærkninger til henvisningen til § 3, idet det i Erhvervsudvalgsbetænkningens bemærkninger hedder: "Afgørelser om, [...], samt hvorvidt der er tale om løn- og arbejdsforhold, jf. § 3, 1. pkt., kan indbringes for ankenævnet".

Det er langt fra uden interesse at notere sig denne diskrepans mellem lovens tekst og bemærkningerne i udvalgsbetænkningen. Spørgsmål om afgrænsningen af, hvorvidt der er tale om løn- og arbejdsforhold, kan meget vel være af praktisk interesse, jf. herved senest Skraldemandskonflikten i Nyhavn, omtalt ovenfor i kommentaren til § 3.

Det må nu – på baggrund af de utvetydige lovord – anses for overmåde vanskeligt for Konkurrenceankenævnet at finde hjemmel for at tage stilling til Konkurrencerådets afgørelser om afgrænsning af løn- og arbejdsforhold. Hvis der har været tale om en fejl – og det kan der være noget der tyder på – er den altså sket ved erhvervsministerens fremsendelse af ændringsforslaget (der fremtræder som bilag 131 hos Erhvervsudvalget). Der kan dermed næppe repareres på den pågældende situation, uden at en egentlig lovændring foretages. Den formodede manglende adgang til at indbringe § 3-spørgsmål for Konkurrenceankenævnet må anses for en afsvækkelse af den retsgaranti, ankenævnsmuligheden normalt ellers udgør.

I § 19, stk. 2 er kredsen af klageberettigede lagt fast. Foruden den, afgørelsen retter sig til, vil tredjemand, der har en individuel, væsentlig interesse i sagen, kunne indbringe Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet.

I lovbemærkningerne til § 19, stk. 2 angives det desuden, at "tredjemand, der efter retsplejeloven har den fornødne retlige interesse i en sag, tillige [vil] kunne indbringe

Konkurrenceankenævnets afgørelse for Landsretten”.¹⁰ Det er ikke helt forståeligt, at bemærkningerne på dette sted udtaler sig om indbringelse af Konkurrenceankenævnets afgørelser for domstolene. Dette er særskilt reguleret i lovens § 20, stk. 3, jf. bemærkningerne hertil nedenfor.

I **§ 19, stk. 3** er det bestemt, at Konkurrencerådets beslutning efter § 14, stk. 1 om at **afvise at behandle en klage, ikke kan indbringes for Konkurrenceankenævnet**.

Lovbemærkningerne udtrykker dette under omtalen af § 19, stk. 3 ved at sige, at beslutning om “afvisning fra videre behandling ikke kan indbringes for anden administrativ myndighed”. Dette – ud over manglende kompetence for Konkurrenceankenævnet – fremgår imidlertid direkte af § 20, stk. 1.

Lovbemærkningerne påpeger hertil yderligere, at en afvisning i stedet vil kunne indbringes for domstolene¹¹ og eventuelt Folketingets Ombudsmand.

Det kan hertil føjes, at hvis Konkurrencerådet har afvist at behandle en klage, vil vedkommende klager eventuelt kunne gå direkte til domstolene og f.eks. søge forbud nedlagt eller erstatningspligt fastslået. Det følger af forbudsbestemmelsernes eksistens.

§ 19, stk. 4 indebærer, at **klage over afgørelser om undtagelse fra offentliggørelse efter § 13, stk. 4 automatisk vil have opsættende virkning**. Klage over **andre afgørelser kan tillægges opsættende virkning** såvel af Konkurrencerådet som af Konkurrenceankenævnet. I lovbemærkningerne siges det herved, at hvis anmodning om opsættende virkning indgives til Konkurrenceankenævnet, vil Konkurrencerådet afvente ankenævnets afgørelse af anmodningen.

Lovbemærkningernes udsagn på dette punkt følger ikke af lovteksten, og det ville næppe heller være udtryk for en ubetvivlelig naturlig følge af lovens opbygning. Da Konkurrencerådet efter § 14 kan træffe beslutning om ikke at behandle en klage, og dermed ganske kan afstå fra at give påbud eller på anden måde reagere,¹² kunne det mindre skridt – at give opsættende virkning som opfølgning af en til Konkurrenceankenævnet indgiven klage over en truffen afgørelse, uden dermed endeligt at foregribe sagens ultimative afgørelse – eventuelt være en nærliggende mulighed. Den omstændighed,

10. FT 1996-97, Till.A side 3675, h.sp.

11. Se herved fra tidligere UfR 1958.315 HD (med kommentar i TfR 1959.209) og UfR 1962.162 HD (med kommentar i TfR 1962.450).

12. Dette ville i givet fald ikke kunne påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 3.

Kapitel 7. Anke

at loven udtrykkeligt taler om, at såvel Konkurrencerådet som Konkurrenceankenævnet kan tillægge klage opsættende virkning, taler i øvrigt for dette.

§ 20

Konkurrencerådets afgørelser efter denne lov kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed end Konkurrenceankenævnet og kan ikke indbringes for domstolene, før ankenævnets afgørelse foreligger.

Stk. 2. Klage til Konkurrenceankenævnet kan indgives senest fire uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Når særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet se bort fra overskridelsen af klagefristen.

Stk. 3. Konkurrenceankenævnets afgørelse kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Finder indbringelse ikke sted inden for fristen, er ankenævnets afgørelse endelig.

Kommentar til § 20 – Konkurrenceankenævn og rekurs

Domstolsbehandling af afgørelser afgjort af **Konkurrencerådet** kan ikke finde sted, forinden **Konkurrenceankenævnet** har afsluttet sin behandling af Konkurrencerådets afgørelse af sagen. Dette er i fuld overensstemmelse med 1989-konkurrenceloven. For så vidt angår Konkurrencerådets anmodning om tiltalerejsning for overtrædelse af loven, er der i følge lovbemærkningerne ikke tale om en “afgørelse”. Den kan derfor ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet. Det siges desuden i bemærkningerne, at “ved indbringelse af Konkurrenceankenævnets afgørelser for domstolene, er det efter hidtidig praksis Konkurrencerådet, der indstævnes, mens retssagens genstand er Konkurrenceankenævnets kendelse. Dette udelukker dog ikke, at Konkurrenceankenævnet i givet fald kan indstævnes”.¹³

Bestemmelsen i § 20 er ikke til hinder for, at en konkurrencelovssag under den nye Konkurrencelov nu må kunne indbringes for de almindelige domstole, uden at en forudgående prøvelse har fundet sted for Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet. Forbudsbestemmelsen i § 6, stk. 1 er således ved § 6, stk. 5 sanktioneret ved ugyldighed, og dette må domstolene under et direkte søgsmål uden Konkurrencerådets forudgående indgriben eller stillingtagen herom kunne tage stilling til. Skulle Konkurrencerådet af den ene eller anden grund beslutte at afvise en klage, eller undlader Konkurrencerådet uden beslutning at tage en mulig overtrædelse af Konkurrenceloven

13. FT 1996-97, Till.A side 3675, h.sp. nederst og side 3676, v.sp. øverst.

Det følger af Retsplejelovens § 225, at Konkurrenceankenævnets afgørelser indbringes for landsretten.

Kapitel 7. Anke

under behandling, vil dette ikke afskære en virksomhed eller anden med den fornødne retlige interesse, f.eks. en forbruger, fra at indbringe en sag om § 6 for domstolene. Det samme ville gælde en sag om misbrug af dominerende stilling, under alle omstændigheder, hvis Konkurrencerådet forud i medfør af § 11, stk. 3 har udstedt et påbud.

Lovbemærkningerne eller bemærkningerne i betænkningen eller tillægsbetænkningen har ikke behandlet disse situationer.

§ 21

Konkurrenceankenævnet består af en formand, der skal opfylde betingelserne for at være højesteretsdommer, samt to andre medlemmer, som skal have henholdsvis økonomisk og juridisk sagkundskab.

Stk. 2. Formanden og medlemmerne udnævnes af erhvervsministeren. De skal være uafhængige af erhvervsinteresser. Hvervet ophører med udgangen af den måned, hvori vedkommende fylder 70 år.

Stk. 3. Erhvervsministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om betaling for indbringelse af afgørelser for ankenævnet.

Kommentar til § 21 – Konkurrenceankenævnets sammensætning

Ifølge § 21, stk. 1 skal Konkurrenceankenævnet bestå af en formand, der skal opfylde betingelserne for at være højesteretsdommer, samt af to andre medlemmer, som skal have henholdsvis økonomisk og juridisk sagkundskab. Dette er en fortsættelse af bestemmelsen i 1989-konkurrencelovens § 17, stk. 2.

Kravet om, at formanden skal “opfylde betingelserne for at være højesteretsdommer” er i praksis ensbetydende med, at formanden er højesteretsdommer. Et af lovgivningens krav for at opfylde nævnte betingelser er således, at den pågældende har prøvetoteret i Højesteret, jf. retsplejelovens § 43, stk. 2.

Kravet om henholdsvis økonomisk og juridisk sagkundskab er mindre utvetydigt. Man kan således eksempelvis for kravet om juridisk sagkundskab spørge, om dette forudsætter yderligere kvalifikationer end juridisk kandidateksamen – og eventuelt om dette overhovedet er et krav, eller om andre juridiske kundskaber ville kunne erstatte denne kvalifikation – ligesom man for den økonomiske sagkundskabs vedkommende kan overveje, hvilke forkundskaber der i så henseende vil kunne stilles. I hidtidig praksis har de sagkyndige været økonomiske og juridiske professorer ved universiteter eller universitære institutioner.

Efter § 21, stk. 2 **udpeges** formanden og de to uafhængige medlemmer af **erhvervsministeren**. Dette er ligeledes en fortsættelse af den efter 1989-konkurrenceloven eksisterende ordning, og i lovbemærkningerne siges det i tillæg hertil, at der endvidere som hidtil forudsættes udnævnt suppleanter for de pågældende.

Det kan vel umiddelbart undre, at spørgsmålet om suppleanter, for så vidt angår konkurrenceankenævnets medlemmer, er henskudt til lovbemærkningerne, medens det til-

Kapitel 7. Anke

svarende spørgsmål vedrørende "faste stedfortrædere" for medlemmerne af Konkurrencerådet findes i selve lovens tekst, jf. § 15, stk. 2.

Efter § 21, stk. 3 fastsætter erhvervsministeren nærmere regler for ankenævnets virksomhed, hvorved de hidtil gældende regler om adgang til at begære mundtlig procedure samt ankenævnets mulighed for at indhente yderligere oplysninger ifølge lovbemærkningerne forudsættes opretholdt. Der er herved alene tale om en hjemmel vedrørende den praktiske tilrettelæggelse af ankenævnets arbejde. Loven indeholder derimod ikke adgang for erhvervsministeren til at regulere, hvilke spørgsmål der kan indbringes for ankenævnet. Instruktionsbeføjelser i forhold til Konkurrenceankenævnet er der heller ikke tale om.

Under 1989-konkurrenceloven har der i kraft af bekendtgørelsen om Konkurrenceankenævnet, bek. 680/1995 som ændret ved bek. 319/1996, været tale om, at ankenævnet oftest har truffet afgørelse på basis af mundtlig forhandling og som følge af, at det er et forvaltningsorgan, har afgørelserne måttet træffes på grundlag af alt foreliggende materiale i sagen. Den mundtlige forhandling for Konkurrenceankenævnet må imidlertid, generelt betragtet, anses for at have været særdeles betydningsfuld, idet voteringen sker umiddelbart i tilknytning hertil og dermed under det umiddelbart forudgående indtryk herfra.

KAPITEL 8

Bestemmelser om straf

Indledning til kapitel 8

Den nye Konkurrencelovs strafbestemmelser har indebåret en vigtig nydannelse i dansk konkurrenceret, idet **forbudsbestemmelsen i § 6, stk. 1**, for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler m.v., er **direkte strafsanktioneret**. Ingen forudgående konstituerende myndighedshandling er påkrævet. Der er tillige indført straf for krænkelse af det "forbud", der er institueret, når Konkurrencerådet har givet påbud om ophør af misbrug af dominerende stilling, således at der straffes med bøde, hvis den pågældende virksomhed inden for de seneste 5 år har fået påbud efter § 11, stk. 3 om et tilsvarende misbrug af dominerende stilling.¹ Ligeledes er undladelse af at opfylde pligten til at give meddelelse om fusioner bødesanktioneret. I øvrigt er 1989-konkurrencelovens bestemmelse om tvangs-bøder som tvangsmiddel, når nogen undlader at give oplysninger til Konkurrencerådet, blevet videreført. Muligheden for, som efter 1989-konkurrencelovens § 20, stk. 3 at pålægge juridiske personer strafansvar, er bevaret, og for så vidt angår den tidligere gældende forældelsesfrist på 5 år, er denne blevet bevaret.

I lovbemærkningerne er det angivet, at det er hensigten, at indførelsen af et forbudsprincip i konkurrencelovgivningen medfører en **væsentlig skærpelse af sanktionsniveauet** i forhold til 1989-konkurrenceloven.²

I Konkurrencelovsudvalgets betænkning 1297/1995 er det side 273 oplyst, at der kun i to tilfælde har været gjort brug af straffebestemmelserne "i de senere år". I den ene sag drejede det sig om overtrædelse af leveringspåbud efter 1989-konkurrencelovens § 12, stk. 2, hvor sagen afsluttedes med vedtagelse af en bøde på 10.000,- kr., medens den anden sag drejede sig om en overtrædelse af 1989-konkurrencelovens § 14 om forbud mod bindende videresalgsmindstepriser, hvor sagen afsluttedes med vedtagelse af bøde på 2.500,- kr.

-
1. Overtrædelse af selve det i medfør af § 11, stk. 2 udstedte påbud om at bringe overtrædelser af § 11, stk. 1 til ophør er tillige strafsanktioneret.
 2. FT 1996-97, Till.A side 3676, v.sp.

Kapitel 8: Straf

Som omtalt ovenfor i kapitel 3, siges det tillige i lovbemærkningerne, at “i det omfang konkurrencebegrænsninger i strid med loven påfører en fysisk eller juridisk person et tab, vil der typisk være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for den skadelidte at søge **erstatning** gennem et civilt søgsmål. Da dette imidlertid følger af dansk rets almindelige regler, er det ikke fundet nødvendigt at indsætte en udtrykkelig bestemmelse herom” (min fremhævelse).³

Dette udsagn peger i retning af, at også *forbud*, som *ikke er strafsanktioneret* eller på anden måde sanktioneret i Konkurrenceloven, kan afføde *erstatningskrav*. Også dette vil være en væsentlig nydannelse i dansk konkurrenceret og af stor praktisk interesse især i forhold til konkurrencelovens § 11, stk. 1, hvorefter det er “forbudt” for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling på det danske marked eller en del heraf. Hvis anførte udsagn fra bemærkningerne indebærer, at erstatningspligt må antages at indtræde – når erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt – må det eksempelvis medføre, at en dominerende virksomhed, som udøver leveringsnægtelse over for en anden virksomhed, uden at dette er berettiget af anerkendelsesværdige grunde, kan være undergivet et endog særdeles føleligt erstatningsansvar. Det stiller sig dog næppe som utvivlsomt, at domstolene vil indlægge en sådan fortolkning i § 11, sammenholdt med lovbemærkningernes herpå rettede udsagn. Om mulighederne for i øvrigt at søge *anerkendelsesdom* gennemført og *fogedforbud* nedlagt, se bemærkningerne ovenfor side 95 i kapitel 2.

3. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp.

§ 22

Undlader nogen at give de oplysninger, som Konkurrencerådet kan kræve efter denne lov, eller at efterkomme et påbud meddelt i medfør af denne lov, kan rådet som tvangsmiddel pålægge den pågældende daglige eller ugentlige bøder, der kan inddrives ved udpantning.

Kommentar til § 22 – tvangsbøder

1989-konkurrencelovens bestemmelse i § 19 om adgang til at pålægge den, der undlader at afgive pligtmæssige oplysninger til Konkurrencerådet, tvangsbøder, er blevet videreført. Kompetencen til at pålægge tvangsbøder tilkommer Konkurrencerådet. Også undladelse af at efterkomme et meddelt påbud kan sanktioneres med tvangsbøder. Dette står i modsætning til retstilstanden under 1989-konkurrenceloven, hvor der for denne forseelse alene var straffjemmel i § 20, stk. 1, nr. 4). Det har med tvangsbødemuligheden været formålet at indføre en sanktion – som i højere grad end truslen om at rejse straffesag med henblik på pålæggelse af bødestraf – kan formå virksomhederne til at efterkomme et påbud. Lovbemærkningerne påpeger, at Konkurrencerådet med Konkurrenceloven har fået mulighed for at inddrive tvangsbøder, også efter at det forhold, som tvangsbøden udspringer af, er bragt til ophør.⁴

4. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp.

§ 23

Medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, straffes med bøde den, der forsætligt eller groft uagtsomt

- 1) overtræder § 6, stk. 1,*
- 2) overtræder § 11, stk. 1, hvis den pågældende virksomhed inden for de seneste 5 år har fået et påbud vedrørende et tilsvarende misbrug af dominerende stilling, jf. § 11, stk. 3,*
- 3) undlader meddelelse efter § 12, stk. 1,*
- 4) undlader at efterkomme påbud udstedt efter § 6, stk. 4, eller § 11, stk. 3, jf. § 16,*
- 5) afgiver urigtige eller vildledende oplysninger til Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet eller fortier forhold af betydning for den pågældende sag eller*
- 6) undlader at efterkomme krav efter § 17.*

Stk. 2. *Stk. 1, nr. 1, finder ikke anvendelse fra det tidspunkt, hvor en aftale m.v. er anmeldt til Konkurrencerådet efter § 8, stk. 2, og indtil rådet har meddelt sin afgørelse efter § 8, stk. 1.*

Stk. 3. *Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.*

Stk. 4. *Forældelsesfrist for strafansvar er 5 år.*

Kommentar til § 23 – bødestraf

Ifølge § 23, stk. 1 straffes **forsætlige** og **groft uagtsomme** overtrædelser af de i nr. 1)-6) opregnede forhold. Heraf følger modsætningsvis, at virksomheder, der har modtaget en “negativattest” i form af en erklæring fra Konkurrencerådet efter § 9 (om at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis ikke efter de forhold, Konkurrencerådet har kendskab til, falder ind under forbudet i § 6, stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af § 6, stk. 4.) eller “negativattest” efter § 11, stk. 4 (om at en given adfærd ikke efter de forhold, Konkurrencerådet har kendskab til, er omfattet af § 11 stk. 1 som misbrug af dominerende stilling, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af § 11, stk. 3) ikke vil kunne pålægges straf. En sådan ikke-indgrebs-

klæring bevirker således efter lovbemærkningerne, at kravet om forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse ikke kan anses for opfyldt.⁵

Straf i form af **bøde**, som kan pålægges efter § 23, stk. 1, nr. 1) for **overtrædelse af § 6, stk. 1**, er lovens væsentligste nyskabelse. Med denne bestemmelse er der i dansk konkurrenceret introduceret et generelt forbudsprincip for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler m.v. Strafbestemmelsen har vel fundet inspiration i EU-konkurrencerettens bestemmelse i Rfo 17/62 artikel 15, stk. 2, men det er åbenbart, at tilsvarende alvorlige bøder, som ses dér, ikke har været tilsigtet med den danske bestemmelse, jf. herved straks nedenfor.

I bødebestemmelsen i Rfo 17/62 artikel 15, stk. 2 hedder det:

“Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1.000 og højst 1.000.000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

- a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (1), eller artikel 86, eller
- b) [...]

Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed”.⁶

Med formuleringen “**et tilsvarende misbrug**” i § 23, stk. 1, nr. 2), har det været tilsigtet, at strafpåleggelse for overtrædelse af forbudet mod misbrug af en dominerende stilling i § 11, stk. 1, kun kan komme på tale, såfremt Konkurrencerådet påviser, at et misbrug af en “tilsvarende karakter” inden for de seneste 5 år har givet anledning til udstedelse af et påbud efter § 11, stk. 3. Der skal være tale om et **påbud til den pågældende virksomhed**, hvilket er klargjort under folketingsbehandlingen, jf. herved erhvervsministerens ændringsforslag i Erhvervsudvalgets betænkning, hvor det i bemærkningerne til ændringsforslaget er tilkendegi-

5. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp.

6. EF-domstolen har i (*SPO*): Vereniging van Samenwerkende Prijsregulende Organisaties in de Bouwnijverheid mod Kommissionen , sag C-137/95P, kendelse af 25.3.1996, Sml. 1996, I-1611, fremhævet (præmis 55), at uagtsomme overtrædelser ikke ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er mindre grove end forsætlige overtrædelser.

Kapitel 8: Straf

vet, at det med den ændrede formulering af § 23, stk. 1, nr. 2), var tilsigtet at præcisere, at straf for overtrædelse af forbudet mod misbrug af en dominerende stilling i § 11, stk. 1, kun kan komme på tale, såfremt Konkurrencerådet påviser, at den pågældende virksomhed inden for de seneste 5 år har modtaget et påbud efter § 11, stk. 3, for et tilsvarende misbrug.⁷

Erhvervsministeren besvarede et af Erhvervsudvalgets spørgsmål i relation til § 23 med, at "et tilsvarende misbrug" betyder, at hvis en virksomhed tidligere har fået et påbud om at ophøre med at nægte at levere til en kunde, og trods dette igen nægter at levere til en anden kunde, kan virksomheden pålægges bøde. Derimod vil virksomheden ikke kunne pålægges bøde, hvis den efterfølgende fx fastsætter urimeligt høje priser. Her er der ikke tale om et misbrug, der er "tilsvarende" med leveringsnægtelsen.⁸

Lovbemærkningerne har i denne forbindelse angivet, at "ved vurderingen af, om der tidligere har været tale om misbrug af tilsvarende karakter, lægges de eksempler på misbrugsformer, der findes i § 11, stk. 2, til grund. Således vil f.eks. leveringsnægtelse kunne henføres til § 11, stk. 2, nr. 2), mens urimeligt høje priser vil kunne henføres til § 11, stk. 2, nr. 1). Kategorierne af misbrugsformer anses for at dække stort set alle typer af misbrug af dominerende stilling".⁹

Man må til bemærkningernes retningslinier for vurderingen af "et tilsvarende misbrug" nok have for øje, at samme fænomen ofte lader sig rubricere under forskellige af de i § 11 opregnede eksempler, og at dette kan give anledning til en vis vilkårlighed, når det skal afgøres, om "et tilsvarende misbrug" tidligere har givet anledning til udstedelse af et påbud. Således vil f.eks. en leveringsnægtelse fra en dominerende virksomheds side ofte kunne omfattes af beskrivelsen "en begrænsning af [...] afsætning [...] til skade for forbrugerne", som ville kunne rammes af § 11, stk. 1, nr. 2), jf. herved den citerede passus fra lovbemærkningerne ovenfor. Samtidig kan den samme leveringsnægtelse imidlertid meget vel være et resultat af en "direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser", som beskrevet i § 11, stk. 1, nr. 3). Samme fænomen kan i øvrigt ligeledes undertiden ses som led i et forhold, som dækkes af beskrivelsen i § 11, stk. 1, nr. 4) "at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelse, som

7. FT 1996-97, Till.B side 1151, h.sp.

8. Erhvervsministerens svar (bilag 85) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 62.

9. FT 1996-97, Till.A side 3676, h.sp.

efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand”.

Til dette kommer desuden bemærkningernes udsagn om, at kategorierne anses “stort set” at dække alle misbrugstyper. Dette udsagn kan enten indebære, at visse misbrugstyper ikke kan anses for dækket af eksemplerne – hvorved det angivne vurderingskriterium vanskeliggøres eller umuliggøres – eller være udtryk for, at man med § 11, sammenholdt med § 23, stk. 1, nr. 2) har erkendt en vanskelighed, som ikke har kunnet løses. Man har adopteret formuleringen fra TEF artikel 86, men har ikke villet etablere et forbudssystem svarende til EU-reglerne. Det har den konsekvens, at der er skabt en retlig usikkerhed.

At der skal ske en **snæver fortolkning** af § 23 fremgår af lovbemærkningernes udsagn om, at “Såfremt en virksomheds misbrug f.eks. henføres til § 11, stk. 2, nr. 1), vil virksomhederne normalt ikke kunne pålægges bødestraf, selvom virksomheden inden for de seneste 5 år har foretaget et misbrug, der kan henføres til en anden kategori, f.eks. § 11, stk. 2, nr. 4). Således vil adfærd, der kan henføres til forskellige kategorier af eksempler, normalt ikke kunne udgøre et ‘tilsvarende’ misbrug.

Hvis der er tale om adfærd, der må henregnes til samme kategori af eksempler, f.eks. leveringsnægtelse, er udgangspunktet, at der er tale om et tilsvarende misbrug; men det vil altid bero på en konkret vurdering”.¹⁰

Bestemmelsen i § 23, stk. 1, nr. 3) om straf for **undladt meddelelse om fusioner** efter § 12, stk. 1 er ikke en sanktion, pålagt for overtrædelse af konkurrencebegrænsningsregler, men alene at betragte som en “ordensforskrift”. Der er ikke i Konkurrenceloven nogen fusionskontrol, og det følger naturligt heraf, at meddelelsespligten, for så vidt angår fusioner, ikke har knyttet bødeniveauet til graden af en eventuel konkurrenceskadelighed.

Med straffebestemmelsen i § 23, stk. 1, nr. 4) for **undladt efterkommelse af påbud** udstedt efter § 6, stk. 4 (påbud om at bringe overtrædelser af § 6, stk. 1 – forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. – til ophør), eller § 11, stk. 3 (påbud om at bringe overtrædelser af § 11, stk. 1 – forbud mod misbrug af dominerende stilling – til ophør), jf. § 16 (nærmere angivelser af, hvad Konkurrencerådets påbud kan omfatte) er der tale om instituering af strafsanktionerede påbud. Bestemmelsens betydning i relation til § 11, stk. 3 er, at en *gentagen adfærd*, som

10. FT 1996-97, Till.A side 3677, v.sp.

Kapitel 8: Straf

ligger inden for det i påbudet specificerede, udløser straf efter § 23, stk. 1, nr. 4), medens en adfærd, som er en overtrædelse af § 11, stk. 1 – og samtidigt, inden for en 5-årsperiode, følger efter et tilsvarende *andet misbrug* af dominerende stilling, for hvilket der er givet påbud, jf. § 11, stk. 3 – danner basis for straf efter § 23, stk. 1, nr. 2).

§ 23, stk. 1, nr. 5) om straf for den, som **afgiver urigtige eller vildledende oplysninger** til Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet eller fortier forhold af betydning for den pågældende sag, er overtaget fra 1989-konkurrencelovens § 20, stk. 1, nr. 2) og § 20, stk. 1, nr. 5).

§ 23, stk. 1, nr. 6) hjemler **straf** for den, der **undlader at efterkomme krav efter § 17**, ifølge hvilken Konkurrencerådet kan kræve alle oplysninger, som skønnes nødvendige for dets virksomhed eller til afgørelse af, om et forhold er omfattet af lovens bestemmelser. Bestemmelsen er – uden at dette ses anført i lovbemærkningerne – en ændring i forhold til 1989-konkurrencelovens § 6, sammenholdt med § 19, hvorefter der alene var hjemlet tvangsbøder for undladt efterkommelse af Konkurrencerådets krav.

Bestemmelsen i **§ 23, stk. 2** indebærer, at der **ikke** kan pålægges **bøder** for handlinger, som foretages **efter at anmeldelse** til Konkurrencerådet er sket, men **inden Konkurrencerådet træffer afgørelse** efter § 8, stk. 1. Dette er dog kun tilfældet for så vidt angår handlinger, som ligger inden for det, der er beskrevet i anmeldelsen. Der kan i denne sammenhæng blive tale om tvivlsomme tilfælde, som må finde deres løsning med udgangspunkt i den foretagne anmeldelse, sammenholdt med den pågældende konkurrencebegrænsning.

§ 23, stk. 2 adskiller sig fra EU-konkurrencereglerne på dette punkt, idet der i kraft af Rfo 17/62 artikel 15, stk. 5, litra a) vel gælder den regel, at

“De bøder, som er omhandlet i stk. 2, litra a), kan ikke pålægges for handlinger,

a) som foretages efter, at anmeldelse er sket til Kommissionen, og inden denne træffer beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. (3), for så vidt de ligger inden for grænserne for den i anmeldelsen beskrevne erhvervsudøvelse”.

I artikel 15, stk. 6 er et såkaldt “*blåt brev*” imidlertid institueret, hvorefter:

“Bestemmelserne i stk. 5 finder ikke anvendelse, så snart Kommissionen har meddelt de pågældende virksomheder, at den efter en foreløbig undersøgelse er af den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 85, stk. (1), er til stede, og at der ikke findes grundlag for anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (3)”.

Efter det EU-konkurrenceretlige system er der således tale om, at Kommissionen kan foretage en “foreløbig undersøgelse” og på dette grundlag danne sig den “opfattelse”, at artikel 85, stk. 1 er overtrådt, uden at der er grundlag for dispensation i henhold til artikel 85, stk. 3, hvorefter den kan fratage virksomhederne den bødeimmunitet, som en anmeldelse af aftalen som udgangspunkt medfører. Den danske regel i § 23, stk. 2 indebærer derimod, at bødeimmunitet ved anmeldelse efter Konkurrenceloven opretholdes, indtil Konkurrencerådet har “meddelt sin afgørelse efter § 8, stk. 1”. Dette indebærer antagelig, at Konkurrenceloven dermed stiller krav om, at Konkurrencerådet har foretaget en tilbundsgående undersøgelse af den foretagne anmeldelse og af den mulige tilstedeværelse af betingelserne for fritagelse i medfør af § 8, således at en hurtig reaktion, som svarende til EU-konkurrencerettens efter Rfo 17/62 artikel 15, stk. 6 næppe vil være praktisk mulig. Dette er betænkeligt, idet der herved gives mulighed for etablering af skadelige karteller, som kan få mulighed for ustraffet at udspille sig over ikke ganske kort tid.

Det siges i lovbemærkningerne, at “ved udmåling af bødestørrelsen i forbindelse med overtrædelser af forbudet i § 6, stk. 1, eller forbudet i § 11, stk. 1, skal der tages hensyn til størrelsen af en opnået eller tilsigtet økonomisk fordel i det omfang, denne fordel ikke er blevet konfiskeret. Konfiskation kan ske efter reglerne i straffeloven, når der foreligger et strafbart forhold”.¹¹

Loven har ikke – som det er tilfældet for bøder i EU-retten, hvor der kan pålægges bøder, som kan være betragtelige, nemlig bøde op til 1 mio. ecu eller op til 10% af de deltagende virksomheders samlede årsomsætning – fastsat noget bødemaximum. Og i lovbemærkningerne hedder det, at “Det er ikke fundet i overensstemmelse med dansk strafferetlig tradition at foreslå sanktioner på et niveau, der svarer til niveauet for bøderne for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne, som bl.a. kan bestå i en vis procentdel af omsætningen. Det foreslås i stedet at give mulighed for at graduere bødens størrelse i forhold til den økonomiske fordel, som er opnået eller tilsigtet ved overtrædelsen af forbudet i

11. FT 1996-97, Till.A side 3677, v.sp.

Kapitel 8: Straf

§ 6, stk. 1, eller ved en overtrædelse af forbudet i § 11, stk. 1”. Bemærkningerne fortsætter herefter med at påpege, at det kan være vanskeligt at fastsætte den indvundne eller tilsigtede fortjeneste i forbindelse med en overtrædelse af forbudet mod visse konkurrencebegrænsende aftaler m.v. eller forbudet mod misbrug af dominerende stilling, og der henvises til, at Kommissionens praksis vedrørende beregning af gevinst vil være vejledende.¹²

Det kan være tvivlsomt, hvad lovbemærkningerne sigter til ved henvisningen til Kommissionens praksis vedrørende beregning af gevinst. Det er således ikke gjort til et kriterium for bødeudmålingen efter Rfo 17/62 artikel 15, hvilken gevinst de konkurrencebegrænsende virksomheder måtte have haft. Lovbemærkningerne indeholder ingen referencer på dette punkt.

Lovbemærkningerne indeholder ret præcise tilkendegivelser for, hvorledes der skal foretages bedømmelse af en overtrædelses grovhed. Det siges således, at “ved bedømmelsen af en overtrædelses grovhed skal der tages hensyn til antallet og værdien af de varer eller tjenesteydelser, som overtrædelsen omfatter, samt antallet og størrelsen af de involverede virksomheder og som følge heraf den økonomiske virkning, som en konkurrencebegrænsende aftale m.v. eller misbruget af en dominerende stilling har haft på markedet. Herudover skal der tages hensyn til overtrædelsens varighed, ligesom forsøg på at hemmeligholde en konkurrencebegrænsende aftale for Konkurrencerådet kan anses for en skærpende omstændighed. For så vidt angår forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v., skal hver enkelt af de deltagende virksomheder vurderes for sig, således at der ved udmåling af bøden tages hensyn til graden af deltagelse i aftalen og virksomhedens størrelse (omsætning)”.¹³

Med den citerede passus fra lovbemærkningerne lægger Konkurrenceloven sig tæt op ad den praksis, der er gældende inden for EU-konkurrenceretten. Lovbemærkningerne er imidlertid på dette punkt usædvanlige, og det må anses for uafklaret, i hvilket omfang de danske domstole vil føle sig forpligtet til at følge sådanne retningslinier for strafudmålingen.

12. FT 1996-97, Till.A side 3677, v.sp.

13. FT 1996-97, Till.A side 3677 v.sp. nederst, h.sp. øverst.

Ved § 23, stk. 3 er den hidtidige **mulighed** for at **straffe juridiske personer**, blevet bevaret. I lovbemærkningerne påpeges det, at staten, en kommune eller et kommunalt fællesskab kan pålægges bødeansvar.¹⁴

§ 23, stk. 4 bevarer 1989-konkurrencelovens **forældelsesfrist på 5 år** uændret. Lovbemærkningerne præciserer herved det naturlige forhold, at forældelsesfristen alene vil gælde for konkurrencebegrænsende handlinger, f.eks. misbrug af dominerende stilling i strid med et påbud. Derimod vil f.eks. opretholdelse af en konkurrencebegrænsende aftale være et tilstandsdelikt, som ikke forældes.

14. FT 1996-97, Till.A side 3677, h.sp.

KAPITEL 9

Kontrolundersøgelser efter EU-reglerne

Indledning til kapitel 9

Med den nye Konkurrencelovs kapitel 9 er der sket en inkorporering af den tidligere særlige lov – Lov om kontrol om overholdelsen af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger¹ – som fastlagde Konkurrencerådets sekretariats rolle ved udførelse af kontrolundersøgelser for Kommissionen eller ved bistand til Kommissionen ved sådanne undersøgelser. Lovbemærkningerne til kapitel 9 indskrænker sig derfor til at henvise til lovbemærkningerne til den oprindelige lov, Lov 505 af 29.11.1972, og senere ændringer af denne. Konkurrenceloven har således ikke tilsigtet nogen ændring af retstilstanden vedrørende disse kontrolundersøgelser.

Lovbemærkningerne angiver, at indarbejdningen i loven sker i forbindelse med regeringens målsætning om at forenkle lovgivningen.²

For så vidt angår bemærkningerne til de enkelte bestemmelser, må der herved søges tilbage i bemærkninger til forslaget til den hidtil gældende kontrollov. For *Lov 505/1972* således til FT 1971-72, Till.A, sp. 1523-28. For de senere ændringers vedkommende: *Lov 160/1989* til FT 1988-89, Till.A, sp. 3291; *Lov 818/1989* til FT 1989-90, Till.A, sp. 1501, og *Lov 214/1991* til FT 1990-91 (2.saml.), Till.A, sp. 1011.

I lovbemærkningerne til den oprindelige Kontrollov, Lov 505/1972, hed det bl.a. om baggrund for at udfærdige den særlige kontrollovgivning, at

“behandlingen af sager vedrørende kartel- og monopolspørgsmål forudsættes at foregå i nær og vedvarende kontakt mellem Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder, jfr. art. 10, stk. 2, i forordning nr. 17/62 og art. 16, stk. 1, i forordning nr. 1017/68. Det påhviler Kommissionen at fremsende de vigtigste sagsakter til medlemsstaternes myndigheder, jfr. bl.a. art. 10, stk. 1, i forordning nr. 17/62 og art. 16, stk. 2, i forordning nr. 1017/68. Medlemsstaternes myndigheder kan fremsætte be-

1. Jf. LBK 449 af 10. juni 1991.

2. FT 1996-97, Till.A side 3677, h.sp.

mærkninger til sagsbehandlingen, jfr. art. 10, stk. 2, i forordning nr. 17/62 og art. 16, stk. 1, i forordning nr. 1017/68. Ifølge art. 13, stk. 1, i forordning nr. 17/62 og art. 20, stk. 1, i forordning nr. 1017/68 kan Kommissionen anmode medlemsstaternes myndigheder om at foretage undersøgelser, som Kommissionen anser for nødvendige eller har påbudt ved beslutning. Kommissionen kan endvidere anmode medlemsstaternes myndigheder om at bistå Kommissionens funktionærer ved undersøgelser, disse foretager, jfr. art. 14, stk. 5, i forordning nr. 17/62 og art. 21, stk. 5, i forordning nr. 1017/68. Såfremt en virksomhed modsætter sig en undersøgelse, der er påbudt foretaget af Kommissionen, påhviler det vedkommende medlemsstat at yde Kommissionens funktionærer den fornødne støtte, jfr. art. 14, stk. 6, i forordning nr. 17/62 og art. 21, stk. 6, i forordning nr. 1017/68. *Disse bestemmelser forudsætter eksistensen af en national myndighed til at bistå Kommissionen i dens administration af fællesskabets konkurrenceregler.* Danmarks medlemskab af EØF medfører derfor, at der må udpeges en myndighed og gives denne beføjelser til at foretage de pålagte undersøgelser. Kommissionen og den udpegede myndighed kan i henhold til forordning nr. 17/62 og forordning nr. 1017/68 træde i direkte kontakt med hinanden”.³ (min fremhævelse).

De oprindelige forordninger, der var omfattet af den danske Kontrollov, var således Rfo 17/62 om anvendelse af konkurrencereglerne i Traktatens artikel 85 og 86 og Rfo 1017/68 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje.

Ved ændring af Kontrolloven gennem Lov nr. 160/1989 skete indføjelse af kompetence i forhold til senere tilkomne fællesskabsretlige forordninger, der var blevet vedtaget vedrørende *luft- og søfart* i relation til konkurrencebestemmelserne i artikel 85 og 86. Ved Rådets forordning (EØF) 4056/86 af 22. december 1986 var der således blevet fastsat nærmere retningslinier for anvendelsen af Traktatens artikel 85 og 86 på *søtransport*, og ved Rådets forordning (EØF) nr. 3975/87 af 14. december 1987 blev der fastsat regler for anvendelse af konkurrencereglerne på virksomheder i *luftfartssektoren*.⁴ Samtlige erhvervssektorer var herefter omfattet af forordninger om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 85 og 86. Lovændringen skete ved indføjelse af “artikel 17 i forordning nr. 4056/86 eller artikel 10 i forordning nr. 3975/87” i den tekst, som nu findes i § 25 og indføjelse af “artikel 18 i forordning nr. 4056/86 eller artikel 11 i forordning nr. 3975/87” i teksten, svarende til § 26.

Ved § 2 i lov 818/1989 blev – som en konsekvens af vedtagelsen af 1989-konkurrenceloven – Kontrolloven ændret således, at “Monopoltilsynets direktorat”

3. FT 1971-72, Till.A, sp. 1525.

4. Se om disse forordninger min *EU-konkurrenceret*, kapitel XII.

Kapitel 9. Kontrolundersøgelser efter EU-reglerne

blev erstattet af “Konkurrencerådets sekretariat” og “direktoratet” af “sekretariatet”.

Med vedtagelsen af Rådets fusionskontrolforordning, Rfo 4064/89, blev kompetencen ved lov 214/1991 udvidet til også at omfatte henholdsvis artikel 12 i forordning nr. 4064/89 (indføjedes i den til § 25 svarende bestemmelse) og artikel 13 i forordning nr. 4064/89 (til bestemmelsen tilsvarende § 26).

Grundlaget for reglerne i Konkurrencelovens kapitel 9 er således den *opdelte kompetence*, der er tale, om for så vidt angår behandling af overtrædelser af TEF artiklerne 85 og 86 og fusionskontrolforordningen, Rfo 4064/89, *mellem Kommissionen og medlemsstaternes nationale konkurrencemyndigheder*. Ved de forskellige forordninger, som gennemfører bestemmelserne i TEF inden for konkurrenceområdet, sker en instituering af et samarbejde mellem EU-Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder. Til opfyldelse af de danske forpligtelser over for sidstnævnte lovgivning findes bestemmelserne dermed i §§ 24-26 i Konkurrenceloven.

Konkurrencemyndighederne er i i alt 7 medlemsstater tillige blevet tillagt beføjelse ved deres nationale konkurrencelovgivning til direkte at kunne anvende EU's forbudsbestemmelser.⁵ Det er ikke tilfældet med den danske lovgivning.

5. Jf. herved erhvervsministerens svar (bilag 92) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 75.

§ 24

Den bistand, som medlemsstaternes kompetente myndigheder skal yde Europa-Kommissionen efter Det Europæiske Fællesskabs forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger, ydes i Danmark af Konkurrencestyrelsen.

Kommentar til § 24 – bistand til Kommissionen

Med lovens § 24 er Konkurrencestyrelsen blevet udset til at yde bistand til Kommissionens aktiviteter i henhold til EU-konkurrencereglerne, når Danmark inddrages. Konkurrencestyrelsen er herved trådt ind i den funktion, som Konkurrencerådets sekretariat [og før det Monopoltilsynets direktorat] tidligere udøvede.

Baggrunden for, at oprindelig Monopoltilsynets direktorat, senere – med gennemførelsen af 1989-konkurrenceloven – Konkurrencerådets sekretariat, blev udpeget som myndighed, var angivet i lovbemærkningerne til Lov 505/1972: “Når Kommissionen har taget en sag op i henhold til forordning nr. 17/62 og forordning nr. 1017/68, består opgaverne for den nationale myndighed i foretagelse af undersøgelser og afgivelse af udtalelser. Herefter må indsigt i kartel- og monopolspørgsmål være en forudsætning for at løse de nævnte opgaver, og det vil derfor være hensigtsmæssigt, at opgaverne pålægges monopoltilsynet. Da beslutningen om undersøgelser træffes af Kommissionen, og den endelige vurdering af resultaterne også foretages af denne, vil det være naturligt, at den administrative bistand, der skal ydes af de nationale myndigheder, varetages af monopoltilsynets direktorat [nu Konkurrencestyrelsen]. For så vidt angår forordning nr. 1017/68 skal en i transportspørgsmål sagkyndig embedsmand være repræsenteret i det rådgivende udvalg for kartel- og monopolspørgsmål inden for transportområdet, jfr. art. 16, stk. 4. Enhver medlemsstat kan endvidere i henhold til art. 17, stk. 2, kræve Rådet sammenkaldt til drøftelse af de principspørgsmål vedrørende den fælles transportpolitik, som den finder forbundet med en konkret sag, inden Kommissionen træffer afgørelse i denne. Med henblik herpå forudsættes det, at der fastsættes nærmere regler for samarbejdet mellem monopoltilsynets direktorat [Konkurrencestyrelsen] og ministeriet for offentlige arbejder inden for området af forordning nr. 1017/68.”⁶

6. FT Till.A 1971-72, sp. 1525 f.

§ 25

Anmoder Europa-Kommissionen Konkurrencestyrelsen om at foretage en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 13 i forordning nr. 17/62, artikel 20 i forordning nr. 1017/68, artikel 17 i forordning nr. 4056/86, artikel 10 i forordning nr. 3975/87 eller artikel 12 i forordning nr. 4064/89, kan styrelsen efter retskendelse og mod behørig legitimation hos virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder

- 1) kontrollere bøger og andre forretningspapirer,*
- 2) tage afskrifter eller lave ekstraktudskrifter af bøger og forretningspapirer,*
- 3) kræve mundtlige forklaringer på stedet og*
- 4) få adgang til virksomhedernes samtlige lokaler, grunde og transportmidler.*

Stk. 2. *Ved undersøgelsen skal der forevises en skriftlig fuldmagt fra styrelsen. Fuldmagten skal indeholde oplysning om Europa-Kommissionens anmodning og om kontrolundersøgelsens genstand og formål.*

Stk. 3. *Virksomhederne eller sammenslutningen har pligt til at underkaste sig kontrolundersøgelsen, hvis den foretages på grundlag af en Kommissionsbeslutning.*

Kommentar til § 25 – Konkurrencestyrelsens EU-kontrolundersøgelser

§ 25 angår tilfælde, hvor **Konkurrencestyrelsen** på anmodning **foretager kontrolundersøgelser** i henhold til **EU-konkurrenceretten**. I lovbemærkningerne til den oprindelige Lov 505/1972 var det herved blandt andet anført, at “De beføjelser, der ved denne bestemmelse tildeles de af monopoltilsynets direktorat [dvs. nu Konkurrencestyrelsen] udpegede tjenestemænd og medhjælpere, svarer til de beføjelser, der ved forordning nr. 17/62 og forordning, nr. 1017/68 er tillagt Kommissionens funktionærer. Beføjelserne svarer endvidere til de beføjelser, der i de nuværende medlemsstater er tildelt disses myndigheder. Kravene til undersøgelsesordren er en gentagelse af kravene i art. 13 i forordning nr. 17/62 og i art. 20 i forordning nr. 1017/68. I stk. 3 er det præciseret, at der kun er adgang til tvangsmæssig gennemførelse af en undersøgelse, når der er tale om en undersøgelse, hvorom Kommissionen har truffet beslutning. [...] Såfremt en virksomhed under en undersøgelse, der i henhold til nærværende lov foretages af monopoltilsynets direktorat [Konkurrencestyrelsen], kun ufuldstændigt fremlægger de for-

langte bøger eller øvrige forretningspapirer eller nægter at underkaste sig en undersøgelse, som Kommissionen har påbudt ved beslutning, kan de i forordning nr. 17/62 og i forordning nr. 1017/68 hjemlede bøder og tvangsbøder bringes i anvendelse af Kommissionen. Virksomheden kan indbringe Kommissionens beslutning om at foretage undersøgelse og dens eventuelle beslutninger om at pålægge bøder og tvangsbøder for Fællesskabets Domstol. I henhold til Rom-traktatens art. 185 har indbringelse for domstolen dog ikke opsættende virkning”.

For så vidt angår kravet om, at der skal indhentes **retskendelse forud**, er der i lovbemærkningerne til den nye Konkurrencelov anført, at “Af tekniske grunde er der i lovforslaget indsat et udtrykkeligt krav om, at en kontrolundersøgelse kun kan finde sted efter indhentet retskendelse”.

Hertil kan anføres, at det fulgte af lovbemærkningerne til den oprindelige Kontrollov, Lov 505/1972, at “I overensstemmelse med, hvad der antages at gælde inden for monopollovens område, forudsættes det, at beføjelserne i forslaget § 2, stk. 1, kun kan gennemtvinges efter indhentet retskendelse”.⁷

7. FT 1971-72, Till.A, sp.1526.

§ 26

Bestemmelserne i § 25 gælder også, når Konkurrencestyrelsen bistår Europa-Kommissionen ved kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17/62, artikel 21 i forordning nr. 1017/68, artikel 18 i forordning nr. 4056/86, artikel 11 i forordning nr. 3975/87 eller artikel 13 i forordning nr. 4064/89.

Kommentar til § 26 – bistand til Kommissionens kontrolundersøgelser

Medens § 25 angår Konkurrencesekretariatets egne kontrolundersøgelser efter Kommissionens anmodning, omfatter § 26 de tilfælde, hvor **Kommissionen selv foretager undersøgelser** med hjemmel i EU-konkurrencereglerne og i denne situation **anmoder Konkurrencesekretariatet om bistand**.

Det hed om denne bestemmelse i lovbemærkningerne til den oprindelige lov 505/1972: "I henhold til denne bestemmelse har de af monopoltilsynets direktorat [dvs. nu Konkurrencestyrelsen] udpegede tjenestemænd og medhjælpere de samme beføjelser, når de bistår Kommissionen, som når de selv – efter Kommissionens anmodning – foretager undersøgelser". Der kan herved henvises til § 25.

KAPITEL 10

Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser

Indledning til kapitel 10

§§-ne 27-29 udgør lovens ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser. Det oprindelige lovforslag undergik for disse bestemmelser vedkommende nogle få ændringer under folketingsbehandlingen.

Det var således tilfældet for så vidt angik en *konsekvenstilføjelse* som følge af, at § 14, stk. 3 i lovforslaget under folketingsbehandlingen blev tilføjet en bestemmelse om, at erhvervsministeren, der fastsætter Konkurrencerådets forretningsorden og de nærmere regler for rådets og Konkurrencestyrelsens virksomhed, blev tilføjet ordene "herunder regler om afskedigelse af rådsmedlemmer eller disses suppleanter efter indstilling fra Konkurrencerådets formand for en periodes ophør". § 14, stk. 3-tilføjelsen affødte i § 27, stk. 1 den tilføjelse, at også bestemmelserne i § 14, stk. 3 – ligesom det fra starten var foreslået for § 15's vedkommende – skulle træde i kraft allerede den 1. juli 1997.

Desuden skete der under folketingsbehandlingen en tilføjelse i § 27, stk. 2 om, at en godkendelse, som var "meddelt efter [1989-konkurrencelovens] § 14, stk. 1 [...], bevarer sin gyldighed, indtil Konkurrencerådet måtte træffe afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen. Afgørelsen træffes efter de hidtil gældende regler". Den godkendelse, der herved var tale om efter den tidligere konkurrencelov, relaterede sig til denne lovs *forbud mod vertikale prisaftaler*. Konkurrencerådet kunne dispensere fra forbudet ved at godkende, at virksomheder eller sammenslutninger m.v. – på trods af det generelle forbud mod at aftale, vedtage, bestemme eller på anden måde betinge sig, at der ved videresalg i efterfølgende omsætningsled skal overholdes mindstepriser eller -avancer – indgik sådanne aftaler m.v.

Med indførelsen af et forbudsprincip for aftaler m.v.'s vedkommende med tilhørende dispensationsadgang er ikrafttrædelses- og overgangskapitlets bestemmelser af stor praktisk betydning. Samtidig betyder den forskelligartede – i forhold til det EU-konkurrenceretlige regelsæt – formulering af bestemmelserne vedrørende anmeldelse, at virksomhederne og disses rådgivere må være særligt vagtsomme, hvis de vil handle optimalt. Der er således ikke, som tilfældet er i EU-konkurrenceretten, adgang til at få individuel fritagelse i medfør af konkurrence-

Kapitel 10. Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

lovens § 8, uden at der er sket anmeldelse, jf. herved formuleringen i § 8, stk. 1: "efter anmeldelse".

I EU-konkurrenceretten kan der opnås individuel dispensation uden anmeldelse i medfør af artikel 85, stk. 3 for de i Rfo 17/62 artiklerne 4, stk. 2 og 5, stk. 2 nævnte aftaler. Jf. herved nærmere omtalen ovenfor i kapitel 2, side 129, i de indledende bemærkninger i kommentaren til § 8.

Det i Danmark nu indførte system vil utvivlsomt føre til anmeldelse af en række aftaler, hvor der næppe vil bestå større risiko for forstyrrelse af markedsforholdene. Det må samtidig forventes, at en række aftaler, som vel krænker lovens § 6 fordi de er konkurrencebegrænsende i lovens forstand, ikke vil blive anmeldt til Konkurrencerådet med henblik på opnåelse af en fritagelse, men hvor Konkurrencerådet ellers måtte antages at ville have fritaget disse aftaler, hvis anmeldelse havde foreligget, men nu med lovens system er afskåret herfra på grund af den manglende anmeldelse. Når det i denne sammenhæng samtidigt iagttages, at overgangsreglerne i § 27, stk. 4 har givet mulighed for, at konkurrencebegrænsende aftaler i strid med § 6, stk. 1, der ikke kan opnå fritagelse i medfør af § 8, kan opretholdes i en længere periode efter lovens ikrafttræden, vil betydningen af lovens kapitel 10 blive særlig synlig.

§ 27

Loven træder i kraft den 1. januar 1998. Dog træder bestemmelserne i § 14, stk. 3, og § 15 i kraft den 1. juli 1997.

Stk. 2. Ved lovens ikrafttrædelse ophæves konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, samt lov om kontrol med overholdelsen af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 449 af 10. juni 1991. En godkendelse, som er meddelt efter konkurrencelovens § 14, stk. 1, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, bevarer sin gyldighed, indtil Konkurrencerådet måtte træffe afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen. Afgørelsen træffes efter de hidtil gældende regler.

Stk. 3. Sager efter konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, der ikke er færdigbehandlet ved lovens ikrafttrædelse, bortfalder. Dette gælder dog ikke klagesager samt sager, der verserer ved Konkurrenceankenævnet.

Stk. 4. Konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som består på tidspunktet for lovens ikrafttrædelse, og som er forbudt i medfør af § 6, stk. 1, kan, hvis de anmeldes inden den 1. juli 1998 med henblik på en fritagelse efter § 8, opretholdes indtil 3 måneder efter, at Konkurrencerådet har truffet afgørelse i sagen, uanset at Konkurrencerådet meddeler afslag. Konkurrencerådet kan forlænge fristen på 3 måneder.

Stk. 5. Offentlig regulering, som er omfattet af § 2, stk. 6, og som er gældende på tidspunktet for lovens ikrafttrædelse, skal anmeldes til Konkurrencerådet inden den 1. juli 1998.

Stk. 6. De administrative regler, der er fastsat i medfør af § 7, nr. 2, i konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993, forbliver i kraft, indtil nye regler eventuelt fastsættes efter § 4, stk. 3, i lov om mærkning og skiltning med pris m.v. som affattet ved denne lovs § 28, nr. 1. Administrationen af de hidtil gældende regler som nævnt i 1. pkt. overføres til Forbrugerstyrelsen. Forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af de hidtil gældende regler som nævnt i 1. pkt. straffes med bøde. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Kommentar til § 27 – ikrafttrædelsesbestemmelsen

Indledende bemærkninger

Lovbemærkningerne tilkendegiver i indledningen til ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelserne, at det forudsættes, at der vil være et **vist tidsrum fra lovens vedtagelse til dens ikrafttrædelse**. I denne mellemliggende periode vil det være muligt for Konkurrencestyrelsen at foretage den nødvendige *oplysningsvirksomhed* om loven. Samtidig vil Konkurrencerådet endvidere kunne *forberede de nærmere regler om anmeldelse*. Der kan desuden *udarbejdes de nødvendige forslag til bekendtgørelser*, som erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet forudsættes at udstede.¹

Der sigtes i lovbemærkningerne yderligere mod, at der *kan fastsættes nærmere regler i henhold til § 18, stk. 2*, hvorefter erhvervsministeren efter aftale med justitsministeren kan fastsætte nærmere regler *om politiets bistand* ved udøvelsen af Konkurrencestyrelsens beføjelser efter §18, stk. 1 til på nærmere angivne betingelser på stedet at gøre sig bekendt med og tage kopier af enhver oplysning og få adgang til en virksomheds eller sammenslutnings lokaler og transportmidler.

Bemærkningerne henviser endelig til, at *visse overgangsregler for bestående konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis er påkrævet*.

Bemærkningernes sidstnævnte udsagn må give anledning til en vis uklarhed. Ved § 27, stk. 4 er der således givet ganske præcise bestemmelser for, at sådanne aftaler gennem anmeldelse inden den 1. juli 1998 opnår adgang til at blive opretholdt i 3 måneder efter Konkurrencerådets afgørelse, uanset om der er meddelt afslag på fritagelsesansøgningen. Hvilke øvrige overgangsregler lovbemærkningerne har overvejet gennemført for sådanne aftalers vedkommende er det vanskeligt at se.

Det må anses for givet, at der, som lovbemærkningerne har lagt op til, er behov for en betydelig *oplysningsvirksomhed* fra Konkurrencestyrelsens side ved overgangen fra et kontrolprincip til et forbudsprincip, for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler og fritagelsesmuligheden. Mange aftaler, som kunne efterleves uden problemer i forhold til den tidligere konkurrencelovgivning, må nu anses for muligt omfattet af den nye Konkurrencelov, hvilket hos

1. FT 1996-97, Till.A side 3677, h.sp.

virksomhederne blandt andet må antages at skabe ønske om oplysning fra myndighedernes side.

Konkurrencerådets og Konkurrencestyrelsens *forberedelse af nærmere regler om anmeldelse* vil således primært angå problemer angående:

- § 8, stk. 2, med anmodning om fritagelse efter § 8, stk. 1;
- § 9, 2. pkt., hvorefter Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse for at opnå fritagelse i henhold til § 8, herunder regler om brug af særlige anmeldelsesskemaer;
- 11, stk. 4, 2. pkt., som bestemmer, at Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler om anmeldelse, herunder regler om brug af særlige anmeldelsesskemaer med henblik på at opnå en erklæring om ikke-indgreb i relation til § 11 om misbrug af dominerende markedsstilling.

Erhvervsministerens *udarbejdelse af forslag til bekendtgørelser* angår bestemmelserne i:

- § 2, stk. 6, 2. pkt., hvorefter erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler om anmeldelsespligten og dennes omfang for så vidt angår den pligt, der påhviler en myndighed m.v. – der regulerer eller træffer beslutning om erhvervsvirksomhed, der udøves af myndigheden selv eller af en virksomhed, i hvis styrende organ myndigheden er repræsenteret – til at anmelde reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen;
- § 5, stk. 2, som anordner, at erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler om anvendelsen af § 5, stk. 1 (der fastlægger, at bestemmelserne i lovens kapitel 2 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler ikke finder anvendelse på aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern), herunder regler om, hvad der forstås ved aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern;
- § 7, stk. 3, hvorefter erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler om beregning af omsætningen efter § 7, stk. 1;
- § 7, stk. 4, 2. pkt., der i relation til undtagelsen i § 7, stk. 1 bestemmer, erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler herom, herunder regler om mindre overskridelser af de i stk. 1 nævnte grænser;
- § 10, hvorefter erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet fastsætter regler om fritagelse for forbudet i § 6, stk. 1, for grupper af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som opfylder betingelserne i § 8, stk. 1;

Kapitel 10. Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

- § 12, stk. 2, om at erhvervsministeren efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet fastsætter nærmere regler om meddelelsespligten efter § 12, stk. 1 om fusioner, herunder regler om, at visse fusioner m.v. ikke skal meddeles;
- § 14, stk. 3, hvorefter erhvervsministeren fastsætter Konkurrencerådets forretningsorden og de nærmere regler for rådets og Konkurrencestyrelsens virksomhed, herunder regler om afskedigelse af rådsmedlemmer eller disses suppleanter efter indstilling fra Konkurrencerådets formand før en periodes ophør;
- § 21, stk. 3, som hjemler erhvervsministeren beføjelse til at fastsætte nærmere regler for Konkurrenceankenævnets virksomhed, herunder regler om betaling for indbringelse af afgørelser for ankenævnet.

Nærmere til § 27

§ 27, stk. 1 – hovedregel: loven træder i kraft 1. januar 1998

Det bliver i lovbemærkningerne til § 27 angivet, at den forskelligartede ikrafttræden – hvorved loven som helhed træder i kraft den 1. januar 1998, jf. § 27, stk. 1, men bestemmelsen i § 15 om Konkurrencerådet træder i kraft allerede den 1. juli 1997 – sikrer, at der oprettes et nyt Konkurrenceråd, der kan deltage i udstedelse af de supplerende administrative forskrifter inden lovens ikrafttrædelse. I perioden fra 1. juli 1997 til 1. januar 1998 skulle det da eksisterende Konkurrenceråd og det nye Konkurrenceråd fungere samtidigt.² Som anført i indledningen ovenfor blev det under folketingsbehandlingen desuden fastlagt, at også bestemmelsen i § 14, stk. 3 skulle træde i kraft allerede den 1. juli 1997. Hermed sikredes det, at erhvervsministerens fastsættelse af Konkurrencerådets forretningsorden samt af nærmere regler for rådets og Konkurrencestyrelsens virksomhed trådte i kraft samtidig med bestemmelsen om udnævnelse af det nye Konkurrenceråd.

Det nye Konkurrenceråd var imidlertid ikke udpeget den 1. juli 1997, som lovbemærkningerne havde forudsat, og det må på baggrund af bemærkningerne til loven anses for udelukket, at det hidtidige Konkurrenceråd kan remplacere det påtænkte nye Konkurrenceråd. Selv om der kan foretages et forberedende arbejde i Erhvervsministeriet og i Konkurrencesekretariatet under 1989-konkurrenceloven med henblik på de ovenanførte arbejdsopgaver, som kræver det nye Konkurrenceråds medvirken, må den forsinkelse, som må påregnes, antages at ville få praktiske konsekvenser for

2. FT 1996-97, Till.A side 3678, v.sp.

den nye lovs gennemførelse, hvor dette beror på myndighedshandling. Den 15. september 1997 var der endnu ikke sket udnævnelse af det nye Konkurrenceråd.

§ 27, stk. 2 – ophævelse af 1989-konkurrenceloven

Samtidig med ikrafttræden af den nye Konkurrencelov sker der en **ophævelse** – i kraft af § 27, stk. 2 – af **1989-konkurrenceloven**. Der sker også en **ophævelse af lov om kontrol med overholdelsen af EF's forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger**³.

Under folketingsbehandlingen kom bestemmelsen i § 27, stk. 2, 2. pkt. og § 27, stk. 2, 3. pkt. ind i loven, hvorefter en godkendelse, som er meddelt efter 1989-konkurrencelovens § 14, stk. 1 bevarer sin gyldighed, indtil Konkurrencerådet måtte træffe afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen. Afgørelsen træffes efter de hidtil gældende regler.

Det siges i lovbemærkningerne i relation til § 27, stk. 2,⁴ at "samtidig [...] ophæves dermed også de bestemmelser, som er udstedt med hjemmel i denne lov, jf. dog stk. 6".⁵

Lovbemærkningernes udsagn om, at der samtidig med ophævelsen af 1989-konkurrenceloven sker ophævelse af *bestemmelser, som er udstedt med hjemmel i denne lov*, kan give anledning til tvivl. Det må utvivlsomt betyde de *generelle* bestemmelser i form af bekendtgørelser m.v., som er udstedt, f.eks. bekendtgørelse 680/1995 om Konkurrenceankenævnet som ændret ved bek. 319/1996. Men udtrykket i lovbemærkningerne kunne eventuelt fortolkes bredere, således at det også omfatter konkrete afgørelser, udstedt i medfør af 1989-konkurrenceloven. Det kunne f.eks. betyde, at et af Konkurrencerådet givet påbud om ophør af en konkurrencebegrænsende aftale i h.t. § 12 dermed vil ophøre. Ligeledes at et leveringspålæg, som var udstedt med hjemmel i 1989-konkurrenceloven, ikke længere skal være gældende. Denne forståelse synes be styrket, når bestemmelsen i § 27, stk. 2, 2. pkt. iagttages, idet denne bestemmelse fastlægger, at en godkendelse, som er meddelt efter 1989-konkurrencelovens § 14, stk. 1 "bevarer sin gyldighed, indtil Konkurrencerådet måtte træffe afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen". Bestemmelsen i § 27, stk. 2, 2. pkt. ville være overflødig, hvis tidligere udstedte bestemmelser om godkendelser efter 1989-konkurrencelovens § 14 fortsat skulle være gældende.

-
3. I forbindelse med ophævelse af kontrolloven er der sket indarbejdelse heraf i Konkurrencelovens kapitel 9, jf. herom ovenfor i foregående kapitel.
 4. FT 1996-97, Till.A side 3678, v.sp.
 5. I § 27, stk. 6 findes særlige overgangsregler, jf. herved nedenfor herom.

Kapitel 10. Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

Imidlertid synes bestemmelsen i § 27, stk. 3 om bortfald af sager efter 1989-konkurrenceloven, der ikke er færdigbehandlede ved lovens ikrafttrædelse – *dog ikke klagesager samt sager, der verserer ved Konkurrenceankenævnet* – at tale mod det anførte. Hvis man nemlig følger lovbemærkningernes til § 27, stk. 2 anførte udsagn om, at der samtidig med ophævelsen sker ophævelse af bestemmelser, som er udstedt med hjemmel i 1989-konkurrenceloven, ville det være meningsløst, at en sag, hvor der f.eks. har været klaget over en konkurrents markedsadfærd eller over konkurrerende virksomheders eksklusivaftale, fortsat skulle behandles også efter den 1. januar 1998 på basis af 1989-konkurrenceloven, jf. § 27, stk. 3. Det måtte vel være således, at hvis lovbemærkningernes udsagn skulle følges, ville dette indebære, at også f.eks. sager, der er indbragt for Konkurrenceankenævnet, dermed måtte ophæves. Den vej har loven imidlertid ikke konsekvent fulgt, jf. netop § 27, stk. 3. Den rette forståelse af Konkurrencelovens § 27, stk. 2 synes derfor at måtte være – at de “bestemmelser”, der omtales i lovbemærkningernes udsagn alene er sådanne generelle bestemmelser, som har været udstedt med hjemmel i 1989-konkurrenceloven. Der måtte også være knyttet betænkelighed til, at en ubetinget ophævelse af alle tidligere givne påbud ikke længere kunne opretholdes.

Som nævnt kom de afsluttende to punktummer i § 27, stk. 2 ind i loven under folketingsbehandlingen, hvorved det i erhvervsministerens ændringsforslag, som optoges i Erhvervsudvalgets betænkning, angives, at bestemmelsen indebærer, at en **godkendelse af bindende videresalgspriser**, som er meddelt efter 1989-konkurrencelovens § 14, stk. 1, forbliver i kraft, indtil Konkurrencerådet måtte træffe afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen.⁶ Det tilføjes, at såfremt Konkurrencerådet træffer afgørelse om at tilbagekalde godkendelsen, skal denne afgørelse træffes efter de hidtil gældende regler.⁷ Det er næppe ganske klart, hvad bestemmelsen i § 27, stk. 2, sidste punktum indebærer.

§ 27, stk. 3 – uafsluttede sager

Med bestemmelsen i § 27, stk. 3 tages sigte på **sager efter 1989-konkurrenceloven, der ikke er færdigbehandlede** ved den nye konkurrencelovs ikrafttræden, den 1. januar 1998. Sådanne sager **bortfalder**. Det gælder **dog ikke** for sager, der behandles på grundlag af en **klage** eller sager, der **verserer ved Konkurrenceankenævnet**. Lovbemærkningerne anfører hertil, at sager, der behandles på

6. FT 1996-97, Till.B side 1151, h.sp.

7. En ligelydende bestemmelse fandtes i betænkning 1297/1995 § 29, stk. 2 og efterlystes i *Den danske Forlæggerforenings høringssvar til lovudkastet* af 3. februar 1997, som indgik i Erhvervsudvalgets bilag 2, der rummer erhvervsministerens svar på spørgsmål 1.

grundlag af en klage, overføres til det nye Konkurrenceråd og færdigbehandles efter den nye lovs bestemmelser. Sager, der den 1. januar 1998 verserer ved Konkurrenceankenævnet, skal færdigbehandles efter 1989-konkurrenceloven.⁸ Det tilføjes dog i lovbemærkningerne, at “Konkurrenceankenævnet kan dog efter en konkret vurdering beslutte ikke at færdigbehandle en ankesag i de tilfælde, hvor Konkurrenceankenævnet finder, at en afgørelse vil være uden retlig interesse”.

Loven har ikke optaget en hertil svarende bestemmelse, og man kunne vel rejse det spørgsmål, om Konkurrenceankenævnet har tilstrækkelig kompetence alene med hjemmel i motivudtalelsen. Der er under alle omstændigheder tale om en hensigtsmæssig ordning.

Lovbemærkningernes udsagn om overførelse af en klage til det nye Konkurrenceråd og færdigbehandling heraf efter den nye lovs bestemmelser må kunne rejse problemer. Hvis der således eksempelvis er klaget over en konkurrencebegrænsende aftale efter 1989-konkurrenceloven, men denne ikke bliver færdigbehandlet af Konkurrencerådet inden 1. januar 1998, vil dette efter lovbemærkningerne føre til, at den overføres til det nye Konkurrenceråd og skal behandles efter den nye Konkurrencelov. En konkurrencebegrænsende aftale, som er indgået under 1989-konkurrenceloven, kan imidlertid i kraft af § 27, stk. 4, hvis den anmeldes inden 1. juli 1998 med henblik på at opnå fritagelse efter § 8, opretholdes indtil 3 måneder efter Konkurrencerådets eventuelle afslag på fritagelsesbegæringen. Det synes at måtte følge heraf, at en ikke færdigbehandlet klagesag over en konkurrencebegrænsende aftale dermed ikke vil kunne føre til et påbud m.v. forud for 1. juli 1998, og efter dette tidspunkt vil en eventuel anmeldelse, som er sket af den pågældende aftale inden 1. juli 1998, skulle behandles af det nye Konkurrenceråd efter den nye Konkurrencelov med den konsekvens, at aftalen kan opretholdes mindst yderligere 3 måneder. Selv om Konkurrenceloven således har optaget en særbestemmelse vedrørende tilfælde, hvor der er indgivet klage under 1989-konkurrenceloven, forekommer lovbemærkningernes udtalelse herom således ikke klare. Det kan måske samtidig forekomme urovækkende, at lovbemærkningerne ikke har omtalt dette for konkurrencen særdeles væsentlige problem.

§ 27, stk. 4 – “opretholdelses-regulering” for gamle aftaler m.v.
Af § 27, stk. 4 følger, at virkningen af at bestående konkurrencebegrænsende aftaler m.v., som er omfattet af forbudet i § 6, og som bliver anmeldt inden 1. juli 1998 med henblik på opnåelse af fritagelse i henhold til § 8 – altså senest 6 måneder fra lovens ikrafttræden – er, at de “kan opretholdes” indtil 3

8. FT 1996-97, Till.A side 3678, v.sp.

måneder efter, at Konkurrencerådet har truffet afgørelse i sagen. At aftalerne “kan opretholdes” er i lovbemærkninger forklaret som, at de “er gyldige og ikke indebærer en strafbar overtrædelse efter § 23, stk. 1, nr. 1”. I bemærkningerne præciseres det, at det drejer sig om afgørelse “i henhold til § 6 eller § 8”. Man kan med denne bestemmelse tale om en “opretholdelses-regulering” for “gamle aftaler”.

Der er ikke i loven eller lovbemærkningerne foretaget nogen regulering af, hvilke retsvirkninger i forhold til § 27, stk. 4 en eventuel indbringelse af Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet måtte have i forhold til den særlige “opretholdelses-regulering”. Situationen må imidlertid antages at stille sig således:

Hvis Konkurrencerådet har anset § 6, stk. 1 for overtrådt og skønnet, at **betingelserne i § 8 for fritagelse ikke har været til stede**, vil en sådan afgørelse kunne påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 1. Ved klage til Konkurrenceankenævnet kan Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet tillægge klagen opsættende virkning i medfør af § 19, stk. 4. Såfremt **der gives opsættende virkning**, men **Konkurrenceankenævnet** ved den efterfølgende endelige kendelse **opretholder Konkurrencerådets oprindelige afgørelse**, synes det herefter at måtte være konsekvensen, at 3-måneders “opretholdelses-reguleringen” skal regnes fra tidspunktet for Konkurrenceankenævnets kendelse. Først fra dette tidspunkt kan aftalens ugyldighed regnes. Det må imidlertid erkendes, at dette resultat ikke er ubetvivleligt. Da der ved § 6 er indført et forbud, kan det derfra være nærliggende at drage den konsekvens, at ugyldigheden skal regnes fra Konkurrencerådets oprindelige afgørelse plus 3 måneder. Aftalen m.v. har været i strid med § 6, stk. 1 og har ikke været fritaget i medfør af § 8 efter udløbet af 3-måneders fristen,⁹ og for en strikt vurdering vil der for perioden efter 3-månedersfristens udløb være tale om, at virksomhederne ikke opfylder betingelserne for unddragelse i forhold til lovens forbud. Dette ville indebære, at de udsættes for bøderisiko og ugyldighed, selv om sagen endnu verserer for Konkurrenceankenævnet.

Hvis Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet **ikke tillægger klagen opsættende virkning**, må 3-måneders “opretholdelses-reguleringen” antages at skulle regnes fra Konkurrencerådets oprindelige afgørelse, uanset indbringelsen for Konkurrenceankenævnet.

Det anføres i lovbemærkningerne til § 27, stk. 4, at “Går Konkurrencerådets afgørelse ud på, at aftalen kan fritages efter § 8, vil fritagelsen have virkning *fra afgørelsestidspunktet*” (min fremhævelse).¹⁰ Dette må bero på en lapsus eller i

9. Der ses herved bort fra den mulighed, at Konkurrencerådet kan have forlænget fristen, jf. § 27, stk. 4, 2. pkt.

10. FT 1996-97, Till.A side 3678, v. sp.

bedste fald betragtes som en uheldig formulering. Den nye Konkurrencelovs system må nemlig anses at være bygget op over den læst, at en aftale, som krænker § 6, men samtidig opfylder betingelserne i § 8 – når denne aftale er behørigt anmeldt – opnår fritagelse, og dermed bliver gyldig, med virkning *fra anmeldelsestidspunktet* (som for de “gamle” aftalers vedkommende skal regnes tilbage til 1. januar 1998). Tydeligst fremgår dette af lovbemærkningerne til § 8, hvor det siges: “Hvis Konkurrencerådet træffer afgørelse om, at aftalen kan fritages fra forbudet i § 6, stk. 1, bliver aftalen gyldig *med virkning fra anmeldelsestidspunktet*” (min fremhævelse).¹¹ Det må dog erkendes, at dette grundprincip har fået en lidt upræcis formulering i selve lovteksten, idet det i § 8, stk. 3 hedder: “Afgørelser efter stk. 1 skal angive, for hvilket tidsrum fritagelsen gælder. Fritagelsen kan tidligst få virkning fra anmeldelsestidspunktet [...]”. Af denne formulering kunne det vel udledes, at en fritagelse eventuelt først får virkning fra et senere tidspunkt end anmeldelsestidspunktet.

Sådan er den gældende ordning i øvrigt i EU-konkurrenceretten, hvor det i Rfo 17/62 artikel 6, stk. 1 hedder, at “Når Kommissionen træffer en beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. (3), skal den deri angive det tidspunkt, fra hvilket beslutningen skal have virkning. Dette tidspunkt kan ikke ligge forud for anmeldelsesdagen”.

Men det må kunne fastslås, at formuleringen af den nye Konkurrencelovs § 27, stk. 4 vedrørende “gamle aftaler”, uanset bemærkningerne hertil, må føre til det resultat, at fritagelsen skal gælde fra anmeldelsestidspunktet (der her skal regnes fra 1. januar 1998).

Hvis man ville anse dette for ukorrekt, for så vidt angår de “gamle aftaler”, fordi disse “kan opretholdes” indtil 3 måneder efter Konkurrencerådets afslag, måtte hertil bemærkes, at fritagelsen efter § 8 “fra afgørelsestidspunktet” ville være uden mening, idet det først med udløbet af 3-måneders-fristen ville være af interesse at have opnået fritagelse. Lovbemærkningerne skaber desværre kun forvirring i systemopbygningen ved henvisningen til “afgørelsestidspunktet”.

Til dette kommer imidlertid, at det ligger klart, at en manglende anmeldelse af aftaler som krænker § 6, vil medføre, at *ugyldigheden* – efter udløbet af første halvår af 1998 – vil indtræde med virkning *tilbage fra den 1. januar 1998*.

11. FT 1996-97, Till.A side 3662, v. sp.

Kapitel 10. Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

Man kunne således have ønsket sig, at Konkurrencerådets afgørelse om fritagelse efter anmeldelse i første halvår af 1998 af "gamle" aftaler havde været formuleret således (i lovteksten), at *fritagelsen tillægges virkning fra 1. januar 1998 at regne*.¹²

Med den nu valgte beskrivelse i bemærkningerne kan det fejlagtige indtryk skabes, at de gamle, men i første halvår af 1998 anmeldte aftaler indtil afgørelsestidspunktet ikke har været "fritaget". Desuden at de ikke er fritagne i perioden efter "afgørelsestidspunktet". Ingen af delene er, som det forstås, korrekt.

Det er derimod for de "gamle" aftalers vedkommende, som anmeldes i første halvår af 1998 en naturlig konsekvens af § 27, stk. 4, smh. m. §§-ne 6 og 8, at hvis Konkurrencerådet finder, at der ikke kan udstedes en fritagelse efter § 8, stk. 1, vil dette betyde, at aftalen m.v. er forbudt, således at der indtræder ugyldighed, som omhandlet i § 6, stk. 5, men først at regne 3 måneder efter afgørelsestidspunktet. Er aftalen inden dette tidspunkt ophørt, indtræder der således ikke ugyldighed.

Det ligger på den anden side klart, at hvis en bestående konkurrencebegrænsende aftale eller vedtagelse ikke anmeldes inden fristen på 6 måneder til udløb den 1. juli 1998, bliver aftalen eller vedtagelsen ugyldig. I lovbemærkningerne til § 27 anføres det hertil, at "Endvidere kan der pålægges bøder for overtrædelse af forbudet tilbage til lovens ikrafttrædelsestidspunkt". Man burde nok have tilføjet, at andre virkninger af forbudsbestemmelsen tillige kan indtræde med virkning tilbage til 1. januar 1998.¹³

Det kan være vanskeligt at vurdere, hvor mange aftaler, der består den 1. januar 1998, som vil blive anmeldt til Konkurrencerådet i medfør af § 27, stk. 4. Konkurrencerådets sekretariats skøn i forbindelse med folketingsbehandlingen, som blev gengivet i erhvervsministerens svar på spørgsmål fra Erhvervsudvalget, var, at omkring 500 af de indeværende anmeldte aftaler m.v. ville blive anmeldt.¹⁴ Imidlertid er forholdet nok det, at en række eksisterende aftaler, som utvivlsomt vil krænke den nye Konkurrencelovs § 6, ikke er blevet anmeldt under 1989-konkurrenceloven (eller tidligere Monopollo-

12. Mindre pædagogisk, men stadig forståeligt, ville det have været at angive, at fritagelsen regnes fra *afgørelsestidspunktet plus 3 måneder*.

13. Se herom navnlig drøftelserne ovenfor i kapitel 2 i kommentaren til § 6 om det generelle forbud.

14. Jf. erhvervsministerens svar (bilag 96) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 49.

ven), hvorimod der nu – grundet de ændrede kriterier med bestemmelsen i § 6, det indførte forbudsprincip og den tilhørende fritagelsesadgang betinget af anmeldelse efter § 8 – sker en ansparing for virksomhederne til at foretage en genovervejelse for disse aftalers vedkommende. Ikke blot vil der nu være risiko for ugyldighed ved manglende anmeldelse af aftalerne, men tillige risiko for bøde, fagedforbud m.v. Det er uhyre vanskeligt at forudse omfanget af eksistensen af sådanne aftaler og dermed omfanget af eventuelle anmeldelser. Til dette kommer imidlertid, for så vidt angår anmeldelser, at de nye kriterier i § 7 – 1 mia. kr. eller over 10% markedsandel – indebærer et antal aftaler, som der ingen oplysninger foreligger om, men hvor antallet skønsmæssigt vil dreje sig om flere hundrede.¹⁵

Man kan **sammenfatte overgangsreglerne med det nye anmeldelses- og fritagelsessystem således for “gamle” aftalers vedkommende, at:**

- Ved lovens ikrafttræden den 1. januar 1998 indtræder “opretholdelses-regulering”, hvorved ugyldighed og bødemulighed for konkurrencebegrænsende aftaler i strid med § 6 ikke indtræder, selv om loven er trådt i kraft. I halvårsperioden fra 1. januar 1998 til 1. juli 1998 kan ugyldighed således ikke konstateres af domstole eller Konkurrenceråd.
- Der kan opnås dispensation i medfør af § 8, *såfremt* betingelserne i denne bestemmelse er opfyldt, *og såfremt* der inden den 1. juli 1998 sker anmeldelse af aftalen til Konkurrencerådet.
- Hvis der ikke er sket anmeldelse inden 1. juli 1998, indtræder ugyldighed og bøderisiko med tilbagevirkende effekt at regne fra den 1. januar 1998.
- Hvis anmeldelse er sket i perioden fra 1. januar 1998 til 1. juli 1998 vil en *fritagelse* i praksis virke fra 1. januar 1998.
- Hvis anmeldelse er sket i perioden fra 1. januar 1998 til 1. juli 1998, *men* Konkurrencerådet *ikke* skønner, at der kan meddeles *fritagelse*, vil aftalen være gyldig frem til tidspunktet for Konkurrencerådets beslutning, som eventuelt kan ligge mange år frem i tiden, *plus 3 måneder*. Der kan endda ved Konkurrencerådets bestemmelse ske forlængelse af denne 3-måneders “opretholdelses-regulering”.

Den således indførte *overgangsordning* forekommer *kritisabel*.

15. Jf. herved erhvervsministerens svar (bilag 98) på Erhvervsudvalgets spørgsmål 84.

- For det første må det forventes, at der fra de virksomheder og koncerners side, som ud fra egne interesser opererer optimalt, ikke vil indløbe anmeldelser til Konkurrencerådet før den 30. juni 1998.
- Der vil for det andet være et betydeligt incitament for virksomheder og koncerner til at indgå endog alvorligt konkurrencebegrænsende aftaler med formodet stor skadelig virkning for mindre virksomheder, arbejdspladser og det danske samfund som helhed, umiddelbart før den nye konkurrencelovs ikrafttræden. Dette kan helt risikofrit gøres de sidste 13 dage af december 1997, idet konkurrencebegrænsende aftaler – af hvad art og indhold de end måtte være – lovligt kan indgås under den på det tidspunkt stadigt gældende 1989-konkurrencelov. Aftalerne er gyldige, idet det alene er en gyldighedsbetingelse i henhold til 1989-konkurrenceloven, at aftalerne anmeldes til Konkurrencerådet inden 14 dage, jf. denne lovs § 5, stk. 1 og stk. 2. Ved den nye Konkurrencelovs ikrafttræden den 1. januar 1998 ophæves 1989-konkurrenceloven, og de således indgåede aftaler – som altså f.eks. kan bestå i markedsopdeling, prisregulering, aftaler om leveringsnægtelse og eksklusivitet, for her blot at nævne enkelte normalt særdeles skadelige aftaler – vil kunne leve videre en lang tid, måske mange år, fremover, indtil 3 måneder er forløbet efter Konkurrencerådets ageren på basis af en vurdering i medfør af §§-ne 6 og 8.
- For det tredje må der forventes at komme mange anmeldelser af “gamle” aftaler til Konkurrencerådet, hvilket en god tid fremover vil lægge et betydeligt beslag på Konkurrencerådets arbejdskapacitet med den følge, at Konkurrencerådets kapacitet til at behandle sager, hvor der kunne være anledning til at gribe ind på grund af alvorlige brud på § 6 – og sager, hvor forbud forudgående kræver Konkurrencerådets stillingtagen, som tilfældet er ved konstatering af misbrug af dominerende stilling i strid med § 11, stk. 1 – let kan blive sat på prøve. Ligeledes vil nyindgåede aftaler, som anmeldes, dermed eventuelt ikke i praksis kunne blive sagsbehandlet inden for en overskuelig tidshorisont. Alternativet kan blive, at Konkurrencerådet må vælge at koncentrere sin indsats om at ekspedere forbudstilfælde, som ser dagens lys efter 1. januar 1998, hvorved de “gamle” aftaler m.v., som allerede bestod den 1. januar 1998, ikke bliver taget op. Dette kan have den konsekvens – hvis den ovenfor skitserede frie adgang til helt legalt uden øjeblikkelig anmeldelse at indgå stærkt konkurren-

ceskadelige aftaler de sidste 13 dage af 1997 udnyttes fra virksomhedernes side – at de “gamle” aftaler ikke kan imødegåes med ugyldighed eller andre former for reaktioner, idet de ikke længere vil kunne håndteres efter den tidligere Konkurrencelov.

- Det må tilføjes, at de her påpegede problemer i tilknytning til overgangsreglerne for konkurrencebegrænsende aftaler ikke vil kunne afhjælpes med bestemmelsen om “forbud” mod misbrug af dominerende stilling i § 11. Denne bestemmelse vil dels i talrige tilfælde ikke kunne bringes i anvendelse over for konkurrencebegrænsende aftaler, idet betingelserne herfor ikke er til stede, dels er anvendelsen af bestemmelsen betinget af Konkurrencerådets forudgående indgriben.

§ 27, stk. 5 – anmeldelsespligt for “gamle” offentlige reguleringer

Konkurrencelovens § 27, stk. 5 er en regulering, som er forbundet med § 2, stk. 6. Ved § 2, stk. 6 er det pålagt en myndighed m.v., der regulerer eller træffer beslutning om erhvervsvirksomhed, der udøves af myndigheden selv eller af en virksomhed, i hvis styrende organ myndigheden er repræsenteret, at anmelde reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen. For **offentlig regulering**, som er omfattet af § 2, stk. 6, og som er **gældende** på tidspunktet for lovens ikrafttræden den **1. januar 1998**, er der ved § 27, stk. 5 pålagt **pligt** til at foretage **anmeldelse** til Konkurrencerådet **inden den 1. juli 1998**. Denne anmeldelsespligt er ikke sanktioneret i loven.

§ 27, stk. 6 – faktureringsregler

Efter § 27, stk. 6 forbliver **faktureringsregler** udstedt **efter 1989-konkurrencelovens § 7, nr. 2, i kraft**, indtil nye regler eventuelt fastsættes efter bestemmelsen i prismærkningsloven. Det følger af lovbemærkningerne til § 28, at Forbrugerstyrelsen i samarbejde med de relevante parter kan vurdere faktureringsreglerne med henblik på en bedømmelse af, om der skal ske en ændring af reglerne. Administrationen af faktureringsreglerne er med ophævelsen af 1989-konkurrenceloven blevet overført til Forbrugerstyrelsen. Det fremgår endvidere af § 27, stk. 6, at forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af faktureringsreglerne kan straffes med bøde. Dette svarer til straffebestemmelsen i 1989-konkurrencelovens § 20,

Kapitel 10. Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

stk. 2. Endvidere er det bestemt, at der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

§ 28

I lov om mærkning og skiltning med pris m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 456 af 17. juni 1991, som ændret ved lov nr. 429 af 1. juni 1994, foretages følgende ændringer:

1. I § 4 indsættes som stk. 3:

“Stk. 3. Inden for vare- og tjenesteydelsesområder, hvor det må antages at være af særlig betydning som prisvejledning for forbrugerne, kan Forbrugerstyrelsen fastsætte regler om fakturering og anden dokumentation for prisberegningen.”

2. Efter § 9 indsættes:

“§ 10. På vare- og tjenesteydelsesområder af særlig betydning for forbrugerne kan Forbrugerstyrelsen gennemføre og offentliggøre sammenlignende undersøgelser af priser, rabatter og bonus m.v.”

Kommentar til § 28 – forbrugeroplysende gennemsigtighed

I 1989-Konkurrenceloven var **offentlighed og gennemsigtighed** gjort til bærende principper. Det er **afskaffet med den nye Konkurrencelov**. Det anføres imidlertid i lovbemærkningerne til § 13 om “offentlighed”, at der dog fortsat vil være behov for **forbrugeroplysende gennemsigtighed**, f.eks. undersøgelser om pris- og rabatforhold eller forretningsbetingelser i en branche, fakturering eller anden dokumentation for prisberegning m.v.¹⁶ Den forbrugeroplysende gennemsigtighed angives herved at adskille sig fra konkurrencemæssig gennemsigtighed ved, at gennemsigtigheden begrænses til markedsføringsforhold, der er relevante for dispositioner i forbrugerforhold, mens konkurrencemæssig gennemsigtighed også omfatter en virksomheds interne forretningsforhold. Med den nye Konkurrencelov er det herefter med § 28 gennemført, at bestemmelserne om **forbrugergennemsigtighed** og bestemmelserne i 1989-konkurrenceloven om **mærkning eller skiltning med pris og mængde overføres til forbrugerlovgivningen**. Der sker med § 28 således ændringer i prismærkningsloven med henblik på at give Forbrugerstyrelsen hjemmel til at fastsætte faktureringsregler samt at offentliggøre prisundersøgelser til gavn for forbrugerne. I lovbemærkningerne til § 28 siges det desuden, at ud over de ændringer, der følger af § 28, nr. 1 og 2, forudsættes 1989-konkurrencelovens § 7, nr. 3) (som fastlægger, at hvor konkurrencen ikke

16. FT 1996-97, Till.A side 3671, h.sp.

Kapitel 10. Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

er tilstrækkelig virksom, eller hvor der af andre særlige grunde er behov for at følge konkurrenceforholdene eller skabe gennemsigtighed i prisforhold, kan Konkurrencerådet: ... 3) fastsætte regler om mærkning eller skiltning med pris og mængde), videreført ved prismærkningslovens §§ 1 og 4.

I henhold til **§ 27, stk. 6, forbliver faktureringsregler** udstedt efter 1989-konkurrencelovens § 7, nr. 2, **i kraft**, indtil nye regler fastsættes efter bestemmelsen i prismærkningsloven. Administrationen af faktureringsreglerne overføres dog med ophævelsen af den gældende konkurrencelov til Forbrugerstyrelsen.

Ved § 28, nr. 2 videreføres bestemmelserne i 1989-konkurrencelovens §§ 8 og 9 om undersøgelser og offentliggørelse af oplysninger inden for rammerne af prismærkningsloven.

§ 29

Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland.

Kommentar til § 29

1989-Konkurrenceloven var ikke gældende for Færøerne og Grønland, og efter lovbemærkningerne er dette begrundelsen for, at heller ikke den nye Konkurrencelov skal gælde for disse områder.

Litteratur

- Niels Blomgren-Hansen*: "Effektivitet versus konkurrence: En analyse af aftalerne om TV-transmission af fodboldkampe". Institut for nationaløkonomi. Working paper 3-97.
- Timothy Cowen*: "The Essential Facilities Doctrine in EC Competition Law", 1995 Fordham Corporate Law Institute.
- W.E. von Eyben*: Monopoler og Priser, (København 1980).
- Festskrift for Ole Lando*, (København 1997)
- Jens Fejø*: EU-konkurrenceret, (2. udg., København 1997).
- Peter Fosdal*: Konkurrenceloven, (København 1990).
- Frederik Jensen, Uffe Schlichtkrull, Ingeborg Thomsen*: Monopolloven med kommentar, (København 1968).
- Mogens Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, (3. udg., København 1997).
- Emil le Maire & Niels Preisler*: Lov om kommunernes styrelse med kommentarer, (2. udg., København 1996).
- Steen Richter*: Monopolloven med kommentarer, (København 1955).
- D. Ridyard*: "Essential facilities and the Obligation to Supply competitors under UK and EC Competition Law", [1996] 8 ECLR 438.
- Evan Sølvkjær*: Konkurrenceloven med kommentarer, (København 1990).
- Evan Sølvkjær*: Monopolloven med kommentarer, (København 1984).
- Nils Wahl*: Konkurrensförhållanden, (Stockholm 1994).
- Det Økonomiske Råd, formandskabet*: Dansk økonomi, Efterår 1995.

DOMSREGISTER

EF-domstolen og Retten i Første Instans

<i>Ahmed Saeed Flugreisen</i> mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, sag 66/86, præ. afg. af 11.4.1989, Sml. 1989, 803.	100, 155
<i>AKZO</i> mod Kommissionen, sag C-62/86, dom af 3.7.1991, Sml. 1991, I-3359.	159, 168
<i>AM & S Europe</i> mod Kommissionen, sag 155/79, dom af 18.5.1982, Sml. 1982, 1575.	207
<i>Atochem</i> mod Kommissionen, sag T-3/89, dom af 24.10.1991, Sml. 1991, II-1177. ...	105
<i>Bananer</i> : United Brands Company mod Kommissionen, sag 27/76, dom af 14.2.1978, Sml. 1978, 207.	159, 167, 169
<i>Bayerische Motorenwerke</i> mod ALD Auto-Leasing D, sag C-70/93, præ. afg. af 24.10.1995, Sml. 1995-I, 3439.	99
<i>BP</i> mod Kommissionen, sag 77/77, dom af 29.6.1978, Sml. 1978, 1513.	170
<i>Belasco</i> mod Kommissionen, sag 246/86, dom af 11.7.1989, Sml. 1989, 2117.	108
<i>The British Broadcasting Corporation</i> and BBC Enterprises Limited mod Kommissionen, sag T-70/89, dom af 10.7.1991, Sml. II-535.	171
<i>British Leyland</i> mod Kommissionen, sag 226/84, dom af 11.11.1986, Sml. 1986, 3263.	162
<i>Cellulose II</i> : Ahlström mod Kommissionen, sag C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, dom af 31.3.1993, Sml. 1993, I-1307.	104
<i>Centrafarm BV</i> og <i>Adriaan de Peijper</i> mod <i>Sterling Drug Inc.</i> , sag 15/74, præ. afg. af 31.10.1974, Sml. 1974, 1147.	86
<i>Centrafarm BV</i> og <i>Adriaan de Peijper</i> mod <i>Winthrop BV</i> , sag 16/74, præ. afg. af 31.10.1974, Sml. 1974, 1183.	86
<i>Corbiau</i> , sag C-24/92, præ. afg. 30.3.1993, Sml. 1993, I-1277.	209

<i>Deutsche Grammophon Gesellschaft mod Metro-SB-Grossmärkte, sag 78/70, præ. afg. af 8.6.1971, Samml. 1971, 487.</i>	166
<i>Dijkstra m.fl. mod Zuivelcoöperatie Campina Melkunie, sagerne C-319/93, C-40/94 og C-224/94, præ. afg. af 12.12.1995, Sml-I, 4471.</i>	117
<i>Fédération française des sociétés d'assurance mod Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, sag C-244/94, præ. afg. af 16.11.1995, Sml. 1995-I, 4013.</i>	53
<i>Ferriere Nord SpA mod Kommissionen, sag T-143/89, dom af 6.4.1995, Sml. 1995, II-917.</i>	106
<i>Ferriere Nord mod Kommissionen, sag C-219/95 P, dom af 17.7.1997, Sml. 1997, I-.</i>	106
<i>Ford-Werke mod Kommissionen, sag 25 og 26/84, dom af 17.9.1985, Sml. 1985, 2725.</i>	98
<i>Guérin automobiles under konkurs mod Kommissionen, sag T-38/96, dom af 10.7.1997, endnu ikke i Sml. II-</i>	190
<i>Göttrup-Klim-Grovvareforening mod DLG, sag C-250/92, præ. afg. af 15.12.1994, Sml. 1994 I-5641.</i>	88, 159
<i>Hugin mod Kommissionen, sag 22/78, dom af 31.5.1979, Sml. 1979, 1869.</i>	169
<i>Independent Television Publication Limited mod Kommissionen, sag T-76/89, dom af 10.7.1991, Sml. II-575.</i>	171
<i>Leur-Bloem mod Inspecteur der Belastingdienst, sag C-28/95, præ. afg. af 17.7.1997, endnu ikke i Sml.</i>	164
<i>Loude Luttikhuis mod Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, sag C-399/93, præ. afg. af 12.12.1995, Sml. 1995-I, 4515.</i>	88
<i>Lucazeau mod SACEM, sag 110, 241 og 242/88, dom af 13.7.1989, Sml. 1989, 2811.</i>	99, 166
<i>Magill, se Radio Telefís Éireann og The British Broadcasting Corporation og Independent Television Publication.</i>	
<i>Metro mod Kommissionen, sag 75/84, dom af 22.10.1986, Sml. 1986, 3021.</i>	160

Domme og afgørelser

<i>Michelin NL</i> mod Kommissionen, sag 322/81, dom af 9.11.1983, Sml.1983, 3461.	159, 162
<i>Pardini</i> , sag 338/85, præ. afg. af 21.4.1988, Sml. 1988, 2041	209
<i>Petrofina</i> mod Kommissionen, sag T-2/89, dom af 24.10.1991, Sml. 1991, II-1087. ...	105
<i>Peugeot</i> mod Kommissionen, sag T-23/90, dom af 12.7.1991, Sml. 1991, II-653.	98
<i>Polypropylen-dommene (Rhône-Poulenc, Petrofina og Atochem)</i>	105
<i>Pretore di Salò</i> , sag 14/86, præ. afg. af 11.6.1987, Sml. 1987, 2545.	209
<i>Pronuptia de Paris GmbH</i> mod Schillgalis, sag 161/84, præ. afg. af 28.1.1986, Sml. 1986, 353.	148
<i>Radio Telefís Éireann</i> mod Kommissionen, sag T-69/89, dom af 10.7.1991, Sml. 1991, II-485.	171
<i>Radio Telefís Éireann (RTE)</i> mod Kommissionen (<i>Magill</i>), sag C-241/91 P og C-242/91 P, dom af 6.4.1995, Sml. 1995, I-743.	171, 200
<i>Remia</i> mod Kommissionen, sag 42/84, dom af 11.7.1985, Sml. 1985, 2545.	109
<i>Rhône-Poulenc</i> mod Kommissionen, sag T-1/89, dom af 24.10.1991, Sml. 1991, II-867	105
<i>SAT Fluggesellschaft</i> mod Eurocontrol, sag C-364/92, præ. afg. af 19.1.1994, Sml. 1994-I, 43.	53
<i>Sandoz</i> mod Kommissionen, sag C-277/87, dom af 11.1.1990, Sml. 1990, 45.	98
<i>Sirena</i> mod EDA, sag 40/70, præ. afg. af 18.2.1971, Samml. 1971, 69.	166
<i>Société technique minière</i> mod Maschinenbau Ulm, sag 56/65, præ. afg. af 30.6.1966, Samml. 1966, 282.	95
<i>SPO m.fl.</i> mod Kommissionen, sag T-29/92, dom af 21.2.1995, Sml. 1995, II-289. ...	106
(<i>SPO</i>):Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid mod Kommissionen , sag C-137/95P, kendelse af 25.3.1996, Sml. 1996, I-1611.	107, 223

<i>Tetra Pak Rausing</i> mod Kommissionen, <i>sag T-51/89</i> , dom af 10.7.1990, Sml. 1990, 309.	101, 155
<i>Tournier</i> , <i>sag 395/87</i> , dom af 13.7.1989, Sml. 1989, 2521.	99, 166
<i>Vaassen Goebbels</i> , <i>sag 61/65</i> , præ. afg. af 30.6.1966, Sml. 1965-1968, s. 227.	208
<i>VAG-Händlerbeirat</i> mod SYD-Consult, <i>sag C-41/96</i> , præ. afg. af 5.6.1997, Sml. 1997-I.	81
<i>Vitaminer: Hoffmann-LaRoche</i> mod Kommissionen, <i>sag 85/76</i> , dom af 13.2.1979, Sml. 1979, 461, præmis 39-41.	159, 172
<i>Windsurfing International</i> mod Kommissionen, <i>sag 193/83</i> , dom af 25.2.1986, Sml. 1986, 611.	114
<i>Zink: Compagni royale asturienne des mines</i> mod Kommissionen, <i>sag 29 og 30/83</i> , dom af 28.3.1984, Sml. 1984, 1679.	99
<i>Zoja-sagen: Istituto Chemioterapico Italiano</i> mod Kommissionen, <i>sag 6 og</i> <i>7/73</i> , dom af 6.3.1974, Sml. 1974, 223.	169, 170

Kommissionsbeslutninger

<i>ABG</i> , 19.4.1977, EFT L 117/1.	170
<i>Asfaltpap</i> , 10.7.1986, EFT L 232/15.	108
<i>Banque nationale de Paris – Dresdner Bank</i> , 24.6.1996, EFT L 188/37.	137
<i>BASF Lacke + Farben AG og SA Accinauto</i> , 12.7.1995, EFT L 272/16.	100
<i>Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene</i> , 5.2.1992, EFT L 92/1.	106
<i>Cellulose</i> , 19.12.1984, EFT 1985L 85/1.	104
<i>Christiani & Nielsen</i> , 18.6.1969, ABL L 165/12.	87
<i>COAPI</i> , 30.1.1995, EFT L 122/37.	103
<i>Fransk-japansk aftale vedr. kuglelejer</i> , 29.11.1974, EFT L 343/19.	109

Domme og afgørelser

<i>Lufthansa/SAS</i> , 16.1.1996, EFT L 54/28.	137
<i>Magill TV Guide</i> , 21.12.1988, EFT 1989 L 78/43.	171
<i>Reuter/BASF</i> , 26.7.1976, EFT L 254/40.	109
<i>Rødby Havn</i> , 21.12.1993, EFT 1994 L 55/52.	202
<i>Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf m.fl.</i> , 29.11.1995, EFT L 312/79.	103
<i>Tetra Pak I (BTG-licens)</i> , 26.7.1988, EFT L 272/27.	101

Danske domme

UfR 1958.315 HD	213
UfR 1959.813 ØLD	79
UfR 1962.162 HD	213
UfR 1965.634 H.	79
UfR 1994.823 HKK	182
UfR 1997.856 HD	116

Konkurrenceankenævnets kendelser

<i>Elkraft ctr. Konkurrencerådet</i> , kendelse af 18.6.1996.	201
<i>Stokke Danmark ApS ctr. Konkurrencerådet</i> , sag 94-67.382, KR-Dok 1995, 230	162

STIKORD

Adgang til en infrastrukturfacilitet	201
Affaldsforbrænding	54
Aftaler om diskrimination	111
Aftaler mellem virksomheder	95
Aktuel konkurrence	158
Andelsselskaber	88
Anmeldelse	130
Betingelser for fritagelse	128
Ikke strafbart	130
Virkningerne af	141
Anmeldelse af aftaler m.v.	138
Anmeldelsespligt for "gamle" offentlige reguleringer	251
Anmeldelsesskemaer	139
Artikel 86	152
Bagatelgrænse	120
Begrænsning af teknisk udvikling	171
Begrænsninger i erhvervsfriheden	46
Bekendtgørelser	241
Beslutninger i et kommunalt fællesskab	72
Betænkning 1075/1986	35, 182
Gennemsigthed	182
Offentlighed	182
Betænkning 1297/1995	36, 93, 147
Bistand til Kommissionens kontrolundersøgelser	236
Blåt brev	226
Bødestraf	222
Et tilsvarende misbrug	223
Forsætlige og groft uagtsomme overtrædelser	222
Forældelsesfrist på 5 år	229
Immunitet	226, 227
Juridiske personer	229
Udmåling	227
Undladelse af at efterkomme krav om oplysninger	226
Undladt efterkommelse af påbud	225
Undladt meddelelse om fusioner	225
Urigtige eller vildledende oplysninger	226

Børnepasning	54
Comfort letters	122
Dansk Kraftmægling A/S	201
Dansk negativattest	142, 176
<i>De minimis</i> -undtagelser	118
Relevante marked	121
Direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering	60
Fastsat af en kommunalbestyrelse	64
Kort- og matrikelstyrelsen	60
Taxisamarbejde	61
Diskrimination af handelspartnere	171
Rabatter eller bonus	171
Dominerende stilling	157
Aktuel konkurrence	158
Geografiske marked	163
Markedsandel	158
Potentiel konkurrence	158
Produktmarked	162
Relevante marked	161
Dræbende priskrig	168
Dynamisk effektivitet	44
Elkraft	201
Engelsk klausul	112, 172
Enkeltvarekalkulationsprincippet	166
Ensidige handlinger	98
Erhvervsvirksomhed	52
Erklæring om ikke-indgreb	176
Erstatning	96, 152, 220
Essential facilities	156
Essential facility	46, 156
EU-gruppefritagelsesforordning	83
Faktura	98
Faktureringsregler	251, 254
Forbrugerlovgivningen	182
Forbrugerne	47, 136
Forbud	43, 96
Domstolssystemet	43

Ikke ved EU-fritagelse	83
Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler	90, 96
Det generelle forbud	96
Ensidige handlinger	98
Faktura	98
Påbud	114
Standardsalgsbetingelser	97
Ugyldighed	115
“Aftaler” mellem virksomheder	96
“Samordnet praksis”	103
“Vedtagelser” inden for en sammenslutning af virksomheder	103
Forbudsprincip	40
Forbudte konkurrencebegrænsninger, eksempler	107
Aftaler om diskrimination	111
Fastsættelse af priser eller forretningsbetingelser	107
Kollektive boykot-foranstaltninger	109
Kombinationssalg	113
Konkurrenceklausuler	109
Markedsopdeling m.v.	110
Produktionsbegrænsning m.v.	108
Tying	113
Forholdet mellem § 6 og § 11	100
Forsyningsvirksomhed	155
Forsætlige og groft uagtsomme overtrædelser	222
Forvaltningsloven	182
Fritagelse	131
Aftalen er gyldig	131
Forbrugerne	136
Forlængelse	140
Fritagelsesbetingelserne	132
Ikke unødvendige begrænsninger	137
Ikke væsentlig udelukkelse af konkurrencen	137
Ændring eller tilbagekaldelse	140
Fusioner	177
Ikke offentlighedsloven	181
Joint ventures	180
Koncerninterne	180

Fælles bud	106
Færøerne	56, 255
Gennemsigtighedsprincippet	34
Geografiske marked	56, 163
Gruppefritagelse	146
Tilbagekalde	149
Grønland	56, 255
Horisontale markedsdelingsaftaler	110
Ikke-anmeldelsespligt	84
Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser	237
1. Januar 1998	242
"Opretholdelses-regulering" for gamle aftaler	245
Sammenfatning heraf	249
Uafsluttede sager	244
In house	54
Individuel fritagelse	83, 127
Anmeldelse af aftalen	129
Konkurrencerådet	130
§ 8	127
Infrastrukturfacilitet	201
Infrastrukturinvesteringer	46
Joint ventures	101, 180
Juridiske personer	229
Kalkulationsregler	199
Kollektive boykot-foranstaltninger	109
Kombinationssalg	113
Kommunalbestyrelse	64
Opgaver pålagt i henhold til lovgivning	64
Kommunale fællesskaber	62, 72
Kommunale regulativer	62
Kommunalfuldmagten	62
Kommissionen samme sag under behandling efter EU-konkurrencreglerne	189
Koncern	86
Koncerninterne aftaler	86
Koncerninterne fusioner	180
Koncessionsvilkår	76

Konkurrenceankenævnet	186, 208
Klageberettigede	212
Opsættende virkning	213
Rekurs og appel	215
"Ret" i en medlemsstat ?	208
Rekursmyndighed	208
Sammensætning	217
Fastsat af en kommunalbestyrelse	64
Nødvendig	67
Konkurrencebegrænsningskriteriet	105
Fælles bud	106
Konkurrenceklausuler	109
1989-konkurrenceloven	34, 182, 186
Gennemsigthed	182
Konkurrencesekretariatet	186
Offentlighed	182
Konkurrenceloven af 1997	33, 100, 182
Anden lovgivning	57
Anvendelsesområde	52
Forholdet mellem § 6 og § 11	100
Formål	40, 44
I forhold til betænkning 1297/95	38
Ikke løn- og arbejdsforhold	78
Kommissionen samme sag under behandling efter EU-konkurren- cencereglerne	189
Midler	40
Offentlighedsloven gælder ikke	182
Tilblivelse	39
Konkurrencemyndigheden	186
Konkurrencerådet	186, 188, 215, 242
Kommissionen samme sag under behandling efter EU-kon- kurrenereglerne	190
19 medlemmer	186
Faste stedfortrædere	197
Konkurrencestyrelsen	186
Krav om oplysninger	204
Ombudsmandsloven	189

Påser overholdelsen af konkurrenceloven	188
Rekurs og appel	215
Sammensætning	196
Uafhængige af erhvervsministeren	188
Konkurrencestyrelsen	186
Kontrolundersøgelser	206
Sekretariat for Konkurrencerådet	193
Konkurrencestyrelsens EU-kontrolundersøgelser	234
Kontrolprincippet	35
Kontrolundersøgelser	206
Efter at have indhentet retskendelse	206
Kontrolundersøgelser efter EU-reglerne	230
Bistand til Kommissionen	233
Krav om oplysninger	204
Iværksætte bredere undersøgelser	205
Lave priser	168
Leveringsnægtelse	169
Lex specialis	57
Ligestilling af offentlig og privat erhvervsvirksomhed	50
Lovbestemt eneret	155
Løn- og arbejdsforhold	78
Markedsandel	158
Markedsdelingsaftaler	110
Horisontale	110
Vertikale	110
Markedsresultater	48
Markedsstruktur	48
Market performance	48
Meddelelse om fusioner m.v.	177
Miljøbeskyttelse	54
Mindstepriser eller -avancer	124, 169
Misbrug af dominerende stilling	151, 154
Diskrimination af handelspartnere	171
Dræbende priskrig	168
Erklæring om ikke-indgreb	176
Forsynings- eller transportvirksomhed m.v.	155
Lovbestemt eneret	155

Mindstepriser eller -avancer	169
Negativattest	176
Predatory pricing	168
Produktionsbegrænsning	169
Påbud om ophør	174
Rabatter eller bonus	171
Tying	173
Urimelige priser og forretningsbetingelser i øvrigt	165
Virksomhedsbegrebet	154
Misbrugsbegrebet	164
Eksempelkataloget	164
Misbrugsformer	165
Myndighedsudøvelse	55
Naturlige monopoler	45
Negativattest	83, 142, 176
EU	143
Non-profit foretagende	52
Nyhavn-sagen	80
Offentlig erhvervsvirksomhed	53
Offentlig regulering	61, 251
Anmeldelsespligt for "gamle" aftaler	251
Ikke indholdsmæssige krav	63
Myndigheden udmønter hensigten	63
Sygesikringsoverenskomster	63
Offentlighed	182
Drifts- og forretningshemmeligheder	184
Fastsættelse af regler efter konkurrenceloven	183
Konkurrencerådets henvendelser	183
Myndigheders svar	183
Redegørelser	184
Tekniske forhold	184
Under tilsyn af Finanstilsynet	185
Offentligt udbud	53
Ombudsmandsloven	189
One-stop-shop princip	40, 82, 83, 190
Ophævelse af 1989-konkurrenceloven	243
"Opretholdelses-regulering" for gamle aftaler	245

Opsættende virkning	213
Overgangsbestemmelser	237, 242
Politiet	205
Polypropylen-dommene	105
Potentiel konkurrence	158
Predatory pricing	168
Prismærkningsloven	253
Prisregulering	199
Prissamarbejde	107
Produktionsbegrænsning	108, 169
Begrænsning af teknisk udvikling	171
Leveringsnægtelse	169
Produktmarked	162
Proportionalitetsgrundsætning	71
Præjudicelle spørgsmål	164, 208
Påbud	114, 115, 199
Adgang til en infrastrukturfacilitet	201
Angivne priser eller avancer	199
At sælge til nærmere angivne købere	200
Erstatningsgrundlag	115
Kalkulationsregler	199
Ophævelse af aftaler	199
Prisregulering	199
Påbud om ophør	174
Rabat- og bonus	111, 171
Engelsk klausul	112, 172
Omkostningsmæssigt begrundede	111
Troskabsbetingede	112
Regelfastsættende offentlige myndigheder	76
Anmeldelsespligt	76
Rekurs og appel	215
Relevante marked	161
Geografiske marked	56, 163
Produktmarked	162
Tidsmæssige aspekter	163
Udbudssubstitution	163
“Ret” i en medlemsstat	164, 208

Retskendelse	235
Rfo 17/62	153
Samfundsøkonomisk effektivitet	44
Samordnet praksis	103, 114
Samtidig anvendelse af § 6 og § 11	155
Sektorspecifik lovgivning	57
Standardsalgsbetingelser	97
Statens Luftfartsvæsen	52
Statisk effektivitet	44
Straf	219
Væsentlig skærpelse af sanktionsniveauet	219
TEF	41, 51, 152, 208
Artikel 85	90, 94
Artikel 86	152
Artikel 90	51
Artikel 177	164, 208
Målsætning	41
Transportvirksomhed	155
Tredjepartsadgang, TPA	46, 157
Tvangsbøder	221
Tying	113, 173
Uafsluttede sager efter 1989-konkurrenceloven	244
Udbudssubstitution	163
Udlisicering	55
Uformel udtalelse	122
Ugyldighed	115
Urimelige priser og forretningsbetingelser i øvrigt	165
Vandforsyning	54
“Vedtagelser” inden for en sammenslutning af virksomheder	103, 114
Vejledende prissamarbejde	107
Verdensmarkedspris	122
Vertikal prisbinding, RPM	124
Vertikale markedsdelingsaftaler	110
Virksom konkurrence	44, 165
Virksomhedsbegrebet	50, 105, 154
Virksomhedssammenslutning	87
Ældrepleje	54