

PALLE BO MADSEN

7. UDGAVE

MARKEDSRET • DEL 1

Konkurrencebegrænsningsret

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Indholdsfortegnelse

Omnummerering af traktatbestemmelserne	12
Forord	13
Kapitel 1. Markedsretten som retsdisciplin	15
1. Markedsrettens placering i retssystemet	15
1.1. Lidt om baggrund og terminologi – de to første søjler	15
1.2. Immaterialrettens inddragelse – den tredje søjle	17
1.3. Forbindelsen til kontraktsretten	19
1.4. Forbindelsen til forbrugerbeskyttelse og bredere samfundsinteresser	20
2. Markedsretten som selvstændigt retsområde	21
3. Nærmere om markedsrettens afgrænsning	25
4. Markedsret og markedsøkonomi – nationalt og globalt	29
5. Målsætningskonflikter. Om samspil og modspil i markedsretten	31
Kapitel 2. Konkurrencebegrænsninger	37
1. Indledende om økonomi og jura	37
1.1. Om markedets økonomiske mekanismer – og om konkurrence	37
1.2. Koncentrationer på udbudssiden	38
1.3. Differentierede markeder	40
1.4. Virksom konkurrence i konkurrenceretlig forstand	43
2. Udviklingen i lovgrundlaget og de underliggende principper	46
2.1. Fra kontrolprincip til forbudsprincip	46
2.2. Ekskurs om principskiftet	51
3. Konkurrencelovens formål	54
3.1. Terminologi og reguleringsområde	54
3.2. Effektivitetsmålsætningen	54
3.3. Om andre hensyn – og om EU-tilpasning	57
4. Konkurrencelovens anvendelsesområde	65
4.1. Erhvervsvirksomhed	65
4.2. Offentlig og privat virksomhed	68

4.2.1.	Offentlig virksomhed og regulering	68
4.2.2.	Immaterielrettigheder	75
4.3.	Løn- og arbejdsforhold	77
4.4.	Territorial afgrænsning	79
4.5.	EU-reglernes betydning for lovens anvendelsesområde	80
5.	Nogle centrale kriterier: Marked, konkurrencebegrænsning og markedsdominans	84
5.1.	Betydningen af det relevante marked	84
5.2.	Afgrænsningen af det relevante marked	86
5.2.1.	Indledende om markedsafgrænsningen	86
5.2.2.	Produktmarkedet	87
5.2.3.	Det geografiske marked	97
5.2.4.	Et temporalt (midlertidigt) marked?	98
5.3.	Konkurrencebegrænsningskriteriet	99
5.4.	Dominansbegrebet	100
5.5.	Om Det indre Marked og dets betydning	104
6.	Konkurrencebegrænsende aftaler m.v.	106
6.1.	Lovens system	106
6.2.	Det generelle forbud	107
6.2.1.	Indledning	107
6.2.2.	Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis	107
6.2.3.	Direkte eller indirekte ... til formål eller til følge	116
6.2.4.	Forbudte aftaler m.v. – eksemplifikationer	133
6.2.5.	Påbud, tilsagn og ugyldighed	144
6.3.	Interne aftaler – koncernaftaler	146
6.4.	De kvantitative kriterier	149
6.4.1.	Undtagelser fra forbuddet	149
6.4.2.	Undtagelser fra undtagelserne	151
6.5.	Individuel fritagelse	154
6.5.1.	Indledende om fritagelse m.v.	154
6.5.2.	Betingelserne for fritagelse	155
6.5.3.	Fritagelsesprocedure og retsvirkninger	159
6.6.	Negativattest (Erklæring om ikke-indgreb)	162
6.7.	Gruppefritagelser	164
6.7.1.	Alment om gruppefritagelser	164
6.7.2.	Vertikale aftaler og samordnet praksis	166
6.7.3.	Forskning og udvikling	168
6.7.4.	Specialiseringsaftaler	169
6.7.5.	Teknologioverførselsaftaler	170

6.7.6.	Vertikale aftaler på eftermarkedet inden for motorkøretøjsbranchen	172
6.7.7.	Om kædesamarbejde i detailhandlen	173
7.	Dominerende virksomheder	174
7.1.	Indledende om forbudsreglen, herunder dominans og kollektiv dominans	174
7.2.	Misbrugsbegrebet	178
7.2.1.	Indledning	178
7.2.2.	Urimelige købs- eller salgspriser m.v.	182
7.2.3.	Leveringsnægtelse m.v.	195
7.2.4.	Nægtelse af adgang til infrastruktur	207
7.2.5.	Licensnægtelse – og lidt om SEP	210
7.2.6.	Diskriminerende rabatter m.v.	214
7.2.7.	Kombinationssalg (tying & bundling)	222
7.2.8.	Lidt mere om forholdet mellem § 6 og § 11	224
7.3.	Påbud m.v.	225
7.4.	Negativattest (Erklæring om ikke-indgreb)	226
7.5.	Dominerende virksomheders generelle samhandelsbetingelser	227
8.	Konkurrenceforvridende offentlig støtte	229
8.1.	Indledende om offentlig deltagelse i eller støtte til erhvervsvirksomhed	229
8.2.	Centrale begreber	232
8.3.	Reglens anvendelse m.v.	235
8.4.	Særligt om fritvalgsordninger	238
8.5.	Særlige transparenskrav	239
9.	Fusionskontrol	240
9.1.	Fusionskontrol i Danmark og EU	240
9.1.1.	Indførelse af fusionskontrol i Danmark	240
9.1.2.	Jurisdiktion	241
9.2.	Fusionsbegrebet – herunder joint ventures	242
9.3.	De kvantitative betingelser – omsætningstærsklerne	248
9.3.1.	De nedre tærskler	248
9.3.2.	De øvre tærskler.	251
9.4.	Anmeldelse og offentliggørelse	252
9.5.	Den materielle prøvelse	254
9.5.1.	Indledning	254
9.5.2.	Vurderingskriterierne	254
9.5.3.	Accessoriske begrænsninger	257
9.5.4.	Særligt om joint ventures	259

9.6. Sagsbehandling og afgørelse	260
10. Offentlighed, herunder aktindsigt	264
11. Myndighed og håndhævelse	268
11.1. Indledning	268
11.2. Konkurrencemyndighederne – råd og styrelse	269
11.2.1. Organisation og sammensætning	269
11.2.2. Opgaver og virke	271
11.2.3. Partsaktindsigt og partshøring	275
11.2.4. Påbudsbeføjelserne	279
11.2.4.1. Almindelige påbud i indgrebssager	279
11.2.4.2. Præciserende påbud	283
11.2.4.3. Foreløbige påbud	283
11.2.5. Tilsagn	284
11.2.6. Oplysningskrav og kontrolundersøgelser	286
11.2.7. Særligt om selvinkriminering – og oplysningspligtens grænser	291
11.2.8. Videregivelse af tavshedsbelagte oplysninger	292
11.3. Konkurrenceankenævnet	293
11.3.1. Sammensætning	293
11.3.2. Anke/Rekurs	294
11.4. Domstolsprøvelse	299
11.5. Straf m.v.	303
11.5.1. Bøder, tvangsbøder og fængsel	303
11.5.2. Bødestørrelserne	309
11.5.3. Straflempelse (leniency)	314
11.6. Erstatning	317
11.6.1. Regelgrundlaget	317
11.6.2. Erstatningsbetingelserne	318
11.6.3. Bevisværdien af tidligere myndigheds- og domstolsafgørelser	325
11.6.4. Solidarisk hæftelse	326
11.6.5. Kollision mellem straf og erstatning	327
11.6.6. Erstatningsprocessen	329
11.6.7. Mindelig tvistbilæggelse og forlig	332
11.6.8. International domstolskompetence	334
11.7. Håndhævelse af EU-konkurrencereglerne	335
11.7.1. Nationale myndigheders anvendelse af art. 101 og 102 TEUF	335
11.7.2. Bistand til andre myndigheders anvendelse af EU- og EØS-regler	338

12. Særlig konkurrenceregulering af visse områder	339
Forkortelsesliste	345
Litteraturliste	347
Afgørelsesregister	349
EU-domstolsafgørelser	349
Danske domstolsafgørelser	352
Ankenævnskendelser	353
Stikordsregister	357

Omnummerering af traktatbestemmelserne

Først ved Amsterdamtraktaten (med ikrafttrædelse 1.5.1999) og siden ved Lissabontraktaten (med ikrafttrædelse 1.12.2009) blev der gennemført en omnummerering af traktatbestemmelserne i EU-konkurrenceretten.

Efter Lissabontraktaten findes EU's traktatbestemte konkurrenceregler i »Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde« (TEUF).

I nærværende sammenhæng er de vigtigste omnummereringer følgende:

før Amsterdam	før Lissabon	efter Lissabon
EF-traktaten art. 30	art. 28 EF	art. 34 TEUF
EF-traktaten art. 36	art. 30 EF	art. 36 TEUF
EF-traktaten art. 59	art. 49 EF	art. 56 TEUF
EF-traktaten art. 85	art. 81 EF	art. 101 TEUF
EF-traktaten art. 86	art. 82 EF	art. 102 TEUF
EF-traktaten art. 90	art. 86 EF	art. 106 TEUF
EF-traktaten art. 92	art. 87 EF	art. 107 TEUF
EF-traktaten art. 93	art. 88 EF	art. 108 TEUF
EF-traktaten art. 177	art. 234 EF	art. 267 TEUF

Ved læsning af ældre domme og retsakter m.v. skal man være opmærksom på denne omnummerering.

De centrale regler om fri bevægelighed (art. 34-36 TEUF) og konkurrence (art. 101-102 TEUF) er indholdsmæssigt uændrede, hvorimod reglerne om statsstøtte (art. 107-108 TEUF) og præjudiciel forelæggelse (art. 267 TEUF) er ændret en smule.

»Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde« (TEUF) udgør nu sammen med »Traktaten om Den Europæiske Union« (TEU) og »Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder« det traktatmæssige grundlag for Unionen.

Forord

Den foreliggende 7. udgave af »Markedsret Del 1« rummer ligesom tidligere udgaver en indledende præsentation af markedsretten som retsdisciplin efterfulgt af en nærmere gennemgang af konkurrenceretten. Gennemgangen har fokus på den danske konkurrencelov, men inddrager i meget vidt omfang også EU-konkurrenceretten, som de nationale regler spejler sig i, og som samtidig virker i et tæt samspil med disse.

Fremstillingen af *konkurrencebegrænsningsretten* i denne Del 1 skal ses i sammenhæng med fremstillingerne af henholdsvis *markedsføringsretten* og *immaterialretten*, som udgives separat i en Del 2 og en Del 3. De tre dele vil tilsammen tegne disciplinen *Markedsret*, som denne her defineres.

Igen har mange og væsentlige ændringer i retsgrundlaget nødvendiggjort en ikke ubetydelig omskrivning af fremstillingen. Hertil kommer vigtig ny myndigheds- og domstolspraksis fra såvel EU som Danmark.

De ændringer i konkurrencelovgivningen, som er sket efter udgivelsen af bogens 6. udgave i 2014, har *bl.a.* budt på en helt ny og separat lov om erstatning for konkurrenceskader og nye regler for Konkurrencerådets sammensætning, organisering og opgavevaretagelse.

Seneste ændringslov er vedtaget af Folketinget ved 3. behandling den 30. november 2017 til ikrafttrædelse den 1. januar 2018. Herved ændres bagatelreglerne for konkurrencebegrænsende aftaler, fristreglerne ved tilsagn i fusionssager, reglerne om egenaces og databeskyttelse, reglerne om straflempelse samt reglerne for det nordiske samarbejde på konkurrenceområdet.

Manuskriptet er afsluttet den 2. december 2017.¹ Alle de nye regler er indarbejdet, således at fremstillingen beskriver retsstillingen ved indgangen til 2018.

1. Den på side 128 og 129 omtalte sag C-230/16 (Coty) er efter denne bogs deadline afgjort ved Domstolens dom af 6.12.2017 (EU:C:2017:941). Domstolen følger i det hele generaladvokatens forslag til afgørelse som omtalt i bogen l.c.

Forord

Omnummerering af traktatbestemmelserne

Først ved Amsterdamtraktaten (med ikrafttrædelse 1.5.1999) og siden ved Lissabontraktaten (med ikrafttrædelse 1.12.2009) blev der gennemført en omnummerering af traktatbestemmelserne i EU-konkurrenceretten.

Efter Lissabontraktaten findes EU's traktatbestemte konkurrenceregler i »Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde« (TEUF).

I nærværende sammenhæng er de vigtigste omnummereringer følgende:

før Amsterdam	før Lissabon	efter Lissabon
EF-traktaten art. 30	art. 28 EF	art. 34 TEUF
EF-traktaten art. 36	art. 30 EF	art. 36 TEUF
EF-traktaten art. 59	art. 49 EF	art. 56 TEUF
EF-traktaten art. 85	art. 81 EF	art. 101 TEUF
EF-traktaten art. 86	art. 82 EF	art. 102 TEUF
EF-traktaten art. 90	art. 86 EF	art. 106 TEUF
EF-traktaten art. 92	art. 87 EF	art. 107 TEUF
EF-traktaten art. 93	art. 88 EF	art. 108 TEUF
EF-traktaten art. 177	art. 234 EF	art. 267 TEUF

Ved læsning af ældre domme og retsakter m.v. skal man være opmærksom på denne omnummerering.

De centrale regler om fri bevægelighed (art. 34-36 TEUF) og konkurrence (art. 101-102 TEUF) er indholdsmæssigt uændrede, hvorimod reglerne om statsstøtte (art. 107-108 TEUF) og præjudiciel forelæggelse (art. 267 TEUF) er ændret en smule.

»Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde« (TEUF) udgør nu sammen med »Traktaten om Den Europæiske Union« (TEU) og »Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder« det traktatmæssige grundlag for Unionen.

Den foreliggende 7. udgave af »Markedsret Del 1« rummer ligesom tidligere udgaver en indledende præsentation af markedsretten som retsdisciplin efterfulgt af en nærmere gennemgang af konkurrenceretten. Gennemgangen har fokus på den danske konkurrencelov, men inddrager i meget vidt omfang også EU-konkurrenceretten, som de nationale regler spejler sig i, og som samtidig virker i et tæt samspil med disse.

Fremstillingen af *konkurrencebegrænsningsretten* i denne Del 1 skal ses i sammenhæng med fremstillingerne af henholdsvis *markedsføringsretten* og *immaterialretten*, som udgives separat i en Del 2 og en Del 3. De tre dele vil tilsammen tegne disciplinen *Markedsret*, som denne her defineres.

Igen har mange og væsentlige ændringer i retsgrundlaget nødvendiggjort en ikke ubetydelig omskrivning af fremstillingen. Hertil kommer vigtig ny myndigheds- og domstolspraksis fra såvel EU som Danmark.

De ændringer i konkurrencelovgivningen, som er sket efter udgivelsen af bogens 6. udgave i 2014, har *bl.a.* budt på en helt ny og separat lov om erstatning for konkurrenceskader og nye regler for Konkurrencerådets sammensætning, organisering og opgavevaretagelse.

Seneste ændringslov er vedtaget af Folketinget ved 3. behandling den 30. november 2017 til ikrafttrædelse den 1. januar 2018. Herved ændres bagatelreglerne for konkurrencebegrænsende aftaler, fristreglerne ved tilsagn i fusionssager, reglerne om egenaces og databeskyttelse, reglerne om straflempelse samt reglerne for det nordiske samarbejde på konkurrenceområdet.

Manuskriptet er afsluttet den 2. december 2017.¹ Alle de nye regler er indarbejdet, således at fremstillingen beskriver retsstillingen ved indgangen til 2018.

1. Den på side 128 og 129 omtalte sag C-230/16 (Coty) er efter denne bogs deadline afgjort ved Domstolens dom af 6.12.2017 (EU:C:2017:941). Domstolen følger i det hele generaladvokatens forslag til afgørelse som omtalt i bogen 1.c.