

Samhandelskriteriet i EF's Konkurrenceret

Av EF-konsulent JYTTE BOESGAARD

1. Samhandelskriteriets betydning

EØF-traktatens konkurrenceregler findes i artikel 85 — forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler m. v. — og artikel 86 — forbud mod misbrug af markedsdominans.

Forbudsbestemmelserne finder kun anvendelse, såfremt *samhandelen mellem medlemsstater kan påvirkes*.

Samhandelskriteriet har ifølge Domstolens afgørelse vedrørende *Société technique minière/Maschinenbau Ulm*¹ til formål at afgrænse fællesskabsretten fra national ret, og ifølge Domstolen er det især afgørende, om aftalen direkte eller indirekte, faktisk eller potentielt er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade opfyldelsen af traktatens målsætning om oprettelsen af et fælles marked.

Det kræves således ikke, at der faktisk har fundet nogen påvirkning sted, men det er tilstrækkeligt, at aftalen kan påvirke samhandelen. Påvirkningen skal dog forudses med nogen sandsynlighed, og den skal være mærkbar, jf. nedenfor.

I øvrigt svarer denne definition af samhandelsbegrebet til Domstolens definition i forbindelse med forbudet mod kvantitative importrestriktioner i artikel 30 i EØF-traktaten, jf. *Dassonville*-afgørelsen,² samt statsstøttereglerne i artikel 92.

Det er ifølge retspraksis tilstrækkeligt, at der foreligger en indirekte påvirkning af samhandelen, jf. *BNIC II.*-afgørelsen,³ og det er ligeledes tilstrækkeligt, at påvirkningen er potentiel, jf. *Miller*-afgørelsen.⁴ Der kræves således ikke bevis for, at samhandelen faktisk er blevet påvirket.

At adfærden har ført til en forøgelse af samhandelen — dvs. har en positiv virkning — udelukker heller ikke anvendelse af artikel 85, stk. 1 eller 86.

Ifølge retspraksis skal Kommissionen i sine beslutninger om overtrædelse af forbudsbestemmelserne i artikel 85, stk. 1 og 86

¹ Dom af 30. juni 1966 i sag 56/65.

² Dom af 11. juli 1974 i sag 8/74.

³ Dom af 3. december 1987 i sag 136/86.

⁴ Dom af 1. februar 1978 i sag 19/77.

begrunde, at der foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd, som er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

I afgørelsen vedrørende *Papiers peints de Belgique*⁵ annullerede Domstolen således Kommissionens beslutning om pålæggelse af bøder, fordi den givne begrundelse var utilstrækkelig, for så vidt angik påvirkningen af handelen mellem medlemsstater.

2. Praksis vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 1

2.1 "Nationale" aftaler

Selv om artikel 85, stk. 1 typisk omfatter aftaler mellem virksomheder fra flere medlemsstater, har såvel Kommissionen som Domstolen i en række tilfælde fastslået, at aftaler mellem to eller flere virksomheder inden for en enkelt medlemsstat kan påvirke handelen mellem medlemsstater som fastsat i artikel 85, stk. 1, især hvis aftalerne går ud på at begrænse, forhindre eller på en anden måde regulere aftaleparternes eksport til andre medlemslande.

I afgørelsen vedrørende den italienske bankforening (*ABI*)⁶ blev der meddelt en fritagelse til de aftaler, der omfattede udenlandske transaktioner, og i *Eirpage*-sagen,⁷ der vedrørte en fritagelse til en aftale mellem to irske virksomheder Telecom og Motorola om etablering af et joint venture (personsøgningsystem), fandt Kommissionen, at joint venture-aftalen ville kunne påvirke samhandelen inden for EF mærkbart, bl. a. fordi Motorola var et helejet amerikansk datterselskab.

Samhandelskriteriet var ifølge Kommissionens opfattelse også opfyldt i sagen vedrørende *Scottish Nuclear*,⁸ hvor Kommissionen meddelte en fritagelse til en atomkraftaftale, der var blevet indgået mellem tre skotske kernekraftværker.

Domstolen har i *Belasco*-sagen⁹ taget direkte stilling til spørgsmålet om, hvorvidt samhandelen mellem medlemsstaterne bliver berørt af et nationalt kartel.

Domstolen gav således Kommissionen medhold i, at i det omfang formålet med kartelaftalen var at beskytte aftaleparternes markedsandele, kunne aftalen ikke undgå at påvirke udenlandske EF-konkurrenters mulighed for at trænge ind på markedet.

Den omstændighed, at en kartelaftale kun tager sigte på markedsføring af produkter inden for en og samme medlemsstat, er ifølge Domstolen ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at samhandelen mellem medlemsstaterne kan blive berørt.

⁵ Dom af 26. november 1975 i sag 73/74.

⁶ Kommissionens beslutning af 12. december 1986.

⁷ Kommissionens beslutning af 18. oktober 1991.

⁸ Kommissionens beslutning af 30. april 1991.

⁹ Dom af 11. juli 1989 i sag 246/86.

Nationale salgs- eller købssystemer som f. eks. selektive salgssystemer og franchisesystemer kan ligeledes være omfattet af artikel 85, stk. 1, i det omfang de kan påvirke handelen mellem medlemsstater, jf. de indledende betragtninger til forordningerne om gruppefritagelse til henholdsvis eneforhandlingsaftaler, eksklusive købsaftaler, bilforhandlerkontrakter og franchiseaftaler.

2.2 Aftaler vedrørende tredielande

Også aftaler, der vedrører *import* fra tredielande, kan være omfattet af artikel 85, stk. 1, for så vidt aftalerne kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, jf. Kommissionens beslutning vedrørende ANSAC,¹⁰ der vedrørte et amerikansk eksportkartel for soda, og Domstolens aførelse vedrørende *EMI Records/CBS*.¹¹

Omvendt falder rene *eksportkarteller* uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1.

Dog har Domstolen i sagen vedrørende *CRAM*¹² udtalt, at en eksportklausul til tredielande kan udgøre en konkurrencebegrænsning, der er i strid med artikel 85, stk. 1.

Aftaler mv., der påvirker samhandelen mellem en enkelt medlemsstat og et tredieland, falder normalt uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1.

Konkurrencebegrænsende aftaler, der er egnede til at påvirke samhandelen mellem fællesmarkedet og et tredieland, der har indgået en *frihandelsaftale* med EF — f. eks. EFTA-landene Sverige, Norge, Finland, Island, Schweiz og Østrig — kan være uforenelige med den pågældende frihandelsaftale.

Efter etableringen af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) vil EFTA-landene i princippet blive underkastet EØF-traktatens konkurrenceregler fuldtud.

3. Praksis vedrørende artikel 86

I afgørelsen vedrørende *Hugin*,¹³ der vedrørte en overtrædelse af artikel 86, fastslog Domstolen følgende, for så vidt angår fortolkning af samhandelsbegrebet:

”Fortolkningen af anvendelsen af den i traktatens artikler 85 og 86 indeholdte betingelse vedrørende påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater må tage sit udgangspunkt i formålet med denne betingelse, som er at afgrænse fællesskabsrettens gyldighedsområde i forhold til den nationale rets for konkurrencerettens vedkommende. Fællesskabsretten omfatter således alle aftaler og alle former for samordnet praksis, der er

¹⁰ Kommissionens beslutning af 30. april 1991.

¹¹ Dom af 15. juni 1976 i sag 51, 86 og 96/75.

¹² Dom af 28. marts 1984 i sag 29 og 30/38.

¹³ Dom af 31. maj 1979 i sag 22/78.

egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked, især gennem en afskærmning af de nationale markeder eller gennem en ændring af konkurrencestrukturen i fællesmarkedet. En adfærd hvis virkninger udelukkende udfolder sig inden for en enkelt medlemsstats område, henhører derimod under national ret.”

4. Mærkbarhedskriteriet

Domstolen har desuden i afgørelsen vedrørende *Völk/Vervaecke*¹⁴ fastslået, at der skal være tale om en mærkbar påvirkning af samhandelen (og af konkurrencen).

Domstolen har dog ikke selv afgrænset mærkbarhedskriteriet, men overladt dette til Kommissionen i en særskilt *meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning* (bagatelmeddelelsen).

Kommissionens første meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning blev offentliggjort i 1970 og revideret i 1977.

Kommissionens seneste meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning, der blev offentliggjort den 3. september 1986, omfatter både *varer og tjenesteydelser*.

I denne meddelelse — som i de tidligere — giver Kommissionen udtryk for den opfattelse, at aftaler, som kun i ubetydeligt omfang påvirker handelen mellem medlemsstater eller konkurrencen, ikke falder ind under forbudet i artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten.

Aftaler er således kun forbudt, såfremt de udøver en mærkbar indflydelse på markedsforholdene, med andre ord, hvis udenforstående virksomheders og forbrugernes markedsposition, dvs. deres afsætnings- og forsyningsmuligheder, forandres *mærkbart*.

Kommissionen har i meddelelsen defineret mærkbarhedsbegrebet kvantitativt på en sådan måde, at virksomhederne selv kan beregne, om deres aftaler med andre virksomheder på grund af deres ringe betydning falder uden for artikel 85, stk. 1.

Kommissionen anser generelt, at en aftale ikke har nogen mærkbar indflydelse på markedsvilkårene, når de pågældende virksomheders markedsandel højst udgør 5 %, og når deres samlede omsætning ikke overstiger 200 mio. ECU (ca. 1,6 mia. Dkr.).

Da der er tale om kumulative kriterier, finder bagatelmeddelelsen kun anvendelse i det omfang, begge betingelser er opfyldt samtidigt.

Aftaleparternes markedsandel skal beregnes for ”det område inden for Fællesskabet, hvor aftalen har virkning”, det vil sig, hvor kontraktprodukterne regelmæssigt købes og sælges.

¹⁴ Dom af 9. juli 1969 i sag 5/69.

Det geografiske område kan herefter være hele Fællesskabet eller en mindre del — f. eks. en enkelt medlemsstat eller en bestemt region inden for en medlemsstat.

Navnlig små og mellemstore virksomheder kan drage fordel af bagatelmeddelelsen, og meddelelsen har hidtil haft stor praktisk betydning for mange danske virksomheder.

Det forventes i øvrigt, at Kommissionen i nær fremtid vil inflationsregulere omsætningskriteriet.

I den tidligere omtalte afgørelse vedrørende *ABI* konstaterede Kommissionen bl. a., at en række af de anmeldte aftaler, som vedrørte transaktioner i Italien, ikke påvirkede samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, og der blev følgelig meddelt en negativattest til disse aftaler.

5. Fusionskontrol

For så vidt angår EF's regler om fusionskontrol, er Rådets forordning nr 4064/89 baseret på et princip om forenelighed svarende til kontrolprincippet.

Det er alene Kommissionen, der kan træffe afgørelse i medfør forordningen, der finder anvendelse på sammenslutninger med fællesskabsdimension (fastlagt ved kvantitative omsætningsværdier).

Skillelinien mellem Kommissionens enekompetence og de nationale myndigheders kompetence i forbindelse med fusions-sager er derfor klar og entydig, og spørgsmålet om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater er alene omhandlet i den særlige bestemmelse i artikel 22, stk. 3, hvorefter en medlemsstat kan anmode Kommissionen om at vurdere en fusion, som ikke har fællesskabsdimension.

Bestemmelsen i artikel 22, stk. 3, der hidtil kun har været anvendt i et enkelt tilfælde — *British Airways/Danair*,¹⁵ har især betydning for de medlemslande, som f. eks. Danmark, som ikke har nationale regler om fusionskontrol.

6. Konkurrencen i EØS

I forbindelse med den tiltagende internationalisering af det europæiske marked, herunder navnlig gennemførelsen af det indre marked, hvor varer og tjenester skal kunne bevæge sig frit uden hensyntagen til grænser, kan man rejse det spørgsmål, om samhandelskriteriet ender med at blive et illusorisk begreb.

¹⁵ Kommissionens beslutning af 17. februar 1993.

Samme spørgsmål kan rejses i forbindelse med etableringen af EØS og den planlagte udvidelse af EF i 1995.

Forbudsbestemmelserne i artikel 85 og 86 i EØF-traktaten er opretholdt i *Traktaten om Den Europæiske Union*, der trådte i kraft den 1. november 1993.

En forudsætning for, at konkurrencereglerne finder anvendelse, er derfor fortsat, at der foreligger en påvirkning af samhandelen inden for EF/EØS.

Den foreliggende retspraksis viser klart, at der ikke skal meget til, før der foreligger en påvirkning af samhandelen inden for EF, og Kommissionen og Domstolen vil næppe fravige denne praksis vedrørende fortolkning af samhandelskriteriet i forbindelse med et "Europa uden grænser".

Kommissionens retningslinier for anvendelsen af EF's konkurrenceregler på *telekommunikationssektoren*¹⁶ synes allerede at bekræfte denne tendens, idet Kommissionen i forbindelse med definitionen af det geografiske marked har anført, at det geografiske marked (i forbindelse med telekommunikationssektoren) gradvis ventes at blive udvidet til at omfatte hele EF-området i takt med, at det indre marked virkeliggøres. Det må ligeledes antages, at både Kommissionen og Domstolen forsat vil vurdere samhandelskriteriet kvantitativt — dvs. der skal være tale om en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater, jf. Kommissionens bagatelmeddelelse fra 1986, der er baseret på retspraksis.

Som bekendt beregnes markedesandelen på grundlag af en afgrænsning af såvel det relevante varemarked som det relevante geografiske marked.

I forbindelse med oprettelsen og gennemførelsen af det indre marked er der meget, som tyder på, at det relevante geografiske marked i forbindelse med afgrænsningen af mærkbarhedskriteriet kommer til at omfatte hele EF-området, således som det allerede er fremhævet i Kommissionens retningslinier vedrørende telekommunikation.

Viser denne konklusion sig at falde rigtigt ud og under forbehold af, at tærskelværdierne i bagatelmeddelelsen vil kunne blive revideret, vil markedesandelen, såfremt den beregnes på grundlag af hele EF-området, komme til at ligge langt under de 5 %, som er den højst tilladte grænse i den gældende bagatelmeddelelse.

Hvis grænsen på 5 % opretholdes, vil de nationale myndigheders kompetenceområde således blive udvidet til også at omfatte sager, der tidligere har været omfattet af EF's konkurrenceregler, forudsat omsætningskriteriet heller ikke overskrides.

¹⁶ EF-Tidende nr C 233 af 6. september 1991.

Dette kan indebære, at der bliver etableret en form for arbejdsdeling mellem Kommissionen og de kompetente konkurrencemyndigheder i medlemsstaterne, hvor Kommissionen koncentrerer sig om de sager, der har grænseoverskridende "fællesskabsdimension", mens de nationale myndigheder tager sig af "bagatel"-sagerne.

En sådan udvikling kan tale for, at de nationale myndigheder baserer deres afgørelser på samme principper og kriterier som Kommissionen, idet de nationale konkurrencemyndigheder i realiteten får status som en slags "Kommissionens forlængede arm" i medlemsstaterne.

Der er ikke fra EF's side stillet krav om, at de nationale konkurrenceregler bliver harmoniseret med EF-retten, men det kan allerede nu konstateres, at de fleste EF-lande samt de øvrige nordiske lande (Finland, Sverige, Norge og Island) har gennemført regler, der bygger på stort set de samme principper som EF-reglerne — dvs. forbudsprincippet.

En undtagelse er den danske konkurrencelovgivning, der fortsat er baseret på kontrolprincippet.

I juni 1993 blev der imidlertid nedsat et udvalg til vurdering af konkurrencelovgivningen i Danmark. Udvalget skal udarbejde et lovudkast til illustration af, hvorledes en dansk konkurrencelovgivning baseret på et forbudsprincip svarende til EF-traktatens konkurrenceregler kan udformes samt overveje fordele og ulemper ved gennemførelse af regler om fusionskontrol i dansk konkurrencelovgivning.

Udvalget skal afslutte sit arbejde med udgangen af september 1994.

Også fra EF's side arbejdes der mod større decentralisering. I februar 1993 offentliggjorde Kommissionen således en meddelelse om uddelegering af kompetence i konkurrencesager til de nationale domstole og en tilsvarende meddelelse vedrørende de nationale administrative myndigheder ventes offentliggjort med henvisning til subsidiaritetsprincippet.