

DANSK MARKEDS RET

6. UDGAVE

BENT OLE GRAM MORTENSEN
& MICHAEL STEINICKE

DJØF FORLAG

Dansk markedsret

Bent Ole Gram Mortensen
& Michael Steinicke

Dansk markedsret

6. udgave



Djøf Forlag
2022

Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke
Dansk handelsret

6. udgave, 1. oplag

© 2022 by Djøf Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Ecograf, Brabrand

Printed in Denmark 2022

ISBN 978-87-574-5257-0
E-bog ISBN 978-87-7198-635-8

Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	15
DEL I. Konkurrenceret	17
Kapitel 1. Dansk konkurrenceret generelt	19
1.1. Den danske konkurrenceregulering.....	19
1.2. Konkurrencerettens udvikling i Danmark.....	21
1.2.1. Betydningen af EU-konkurrenceretten for den danske konkurrenceregulering.....	24
1.3. Det økonomiske grundlag	24
1.4. Hensyn i konkurrencepolitikken	27
1.4.1. Formålet med konkurrenceloven	27
1.4.2. Konkurrencerettens overordnede indhold	29
1.5. Forholdet til EU-reglerne	29
1.6. Saglig udstrækning	32
1.6.1. Erhvervsvirksomhed.....	32
1.6.2. Undtagelse for visse konkurrencebegrænsninger	34
1.6.2.1. Yderligere betingelser for kommunale enheder	39
1.7. Løn- og arbejdsforhold	40
1.8. Territorial afgrænsning	42
1.9. Forbudsprincippet	43
1.9.1. Ugyldighed	44
1.9.2. Rule of reason eller per se	45
1.10. Markedsbegrebet og markedsafgrænsningen.....	46
1.10.1. Betydningen af markedsandele.....	46
1.10.2. Markedsafgrænsningen.....	47
1.10.2.1. Produktmarkedet	49
1.10.2.1.1. Efterspørgselssubstitution.....	50
1.10.2.1.2. Udbudssubstitution	52
1.10.2.1.3. Potentiel konkurrence	53
1.10.2.2. Det geografiske marked.....	53

1.11. Omsætningsberegningen	54
Kapitel 2. Konkurrencebegrænsende aftaler	57
2.1. Konkurrencebegrænsende aftaler generelt.....	57
2.2. Aftaler mv.	59
2.2.1. Aftaler mellem virksomheder.....	59
2.2.2. Vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder	60
2.2.3. Samordnet praksis	61
2.3. Vertikale eller horisontale aftaler	63
2.4. Konkurrencebegrænsning.....	65
2.5. Eksempler på forbudte aftaler	67
2.5.1. Aftaler, der ikke anses for konkurrencebegrænsende.....	68
2.5.2. Fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser.....	68
2.5.3. Begrænsninger af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investering.....	71
2.5.4. Opdeling af markeder eller forsyningskilder.....	72
2.5.5. Anvendelse af ulige vilkår.....	73
2.5.6. Krav om ikke-sædvanemæssig tillægsgydelse (tying)	74
2.5.7. Samordning af konkurrencebegrænsende adfærd gennem joint venture	75
2.5.8. Bindende videresalgspriser.....	76
2.5.9. Tilbudskoordinerings ved deltagelse i udbudskonkurrencer	78
2.6. Konkurrencebegrænsende aftale eller misbrug af dominerende stilling.....	80
2.6.1. Kollektiv dominans	81
2.7. Undtagelser fra forbuddet i § 6.....	82
2.7.1. Aftaler inden for samme koncern	82
2.7.2. Bagatelgrænse	85
2.7.3. Ikke-indgrebserklæring.....	88
2.7.4. Fritagelsesmuligheder.....	89
2.7.4.1. Fritagelse efter § 8.....	89
2.7.4.1.1. Forbedre effektiviteten af produktionen eller fordelingen af varerne eller fremme af tek- nisk eller økonomisk udvikling	91
2.7.4.1.2. Sikre forbrugerne en rimelig andel af for- delene herved	92

2.7.4.1.3.	Der må ikke pålægges virksomhederne begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål.....	93
2.7.4.1.4.	Der må ikke gives virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.....	93
2.7.4.1.5.	Anmeldelse.....	94
2.7.4.2.	Gruppefritagelser	95
2.7.4.2.1.	Forholdet mellem de danske gruppefritagelsesbekendtgørelser og forordningerne.....	97
2.7.4.2.2.	De enkelte gruppefritagelser.....	97
2.7.4.2.3.	Forskning og udvikling.....	97
2.7.4.2.4.	Specialiseringsaftaler	99
2.7.4.2.5.	Teknologioverførselsaftaler.....	101
2.7.4.2.6.	Vertikale aftaler.....	103
2.7.4.2.7.	Vertikale aftaler inden for motorkøretøjsbranchen	107
2.7.4.2.8.	Tidligere gruppefritagelser	108
Kapitel 3.	Misbrug af dominerende stilling.....	109
3.1.	Indledning.....	109
3.2.	Dominans.....	110
3.2.1.	Dominans og monopol	112
3.3.	Misbrug.....	113
3.3.1.	Påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller forretningsbetingelser	115
3.3.1.1.	Fastsættelse af priser	115
3.3.1.2.	Urimelige forretningsbetingelser.....	117
3.3.2.	Begrænsninger af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne.....	118
3.3.2.1.	Væsentlig betydning	119
3.3.2.2.	Dominerende stilling.....	120
3.3.2.3.	Ikke objektiv, saglig og rimelig begrundelse til nægtelse	121
3.3.2.4.	Essential facilities	123
3.3.3.	Anvendelse af ulige vilkår af ydelser af samme værdi....	125
3.3.4.	Krav om ikke-sædvanemæssige tillægsydelser	127
3.3.5.	Særligt om samhandelsbetingelser	128
3.4.	Retsvirkninger.....	133

Kapitel 4. Fusionskontrol	135
4.1. Indledende om fusionskontrol.....	135
4.1.1. Forholdet mellem EU-reglerne og konkurrenceloven.....	136
4.2. Fusionsbegrebet.....	138
4.2.1. Sammensmeltning af virksomheder.....	138
4.2.2. Opnåelse af kontrol.....	139
4.2.2.1. Enekontrol.....	139
4.2.2.2. Fælles kontrol.....	140
4.2.3. Særligt om joint ventures.....	141
4.2.3.1. Forholdet til konkurrencelovens § 6, stk. 1....	143
4.2.4. Undtagelser til fusionsbegrebet.....	143
4.3. Tærskelværdierne for danske fusioner.....	144
4.3.1. Omsætningsberegningen.....	145
4.3.2. Deltagende virksomheder.....	146
4.4. Den materielle bedømmelse.....	147
4.4.1. Den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.....	148
4.4.2. Navnlig skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling.....	150
4.4.3. Accessoriske begrænsninger.....	150
4.5. Anmeldelse og procedure.....	152
4.5.1. Frister.....	152
4.5.2. Om proceduren.....	153
4.6. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse.....	155
4.6.1. Forbud mod en fusion.....	155
4.6.2. Betinget godkendelse.....	156
4.6.3. Efterfølgende reaktionsmuligheder.....	158
Kapitel 5. Offentlig støtte	159
5.1. Indledning.....	159
5.1.1. Baggrund og formål bag reglerne om offentlig støtte.....	160
5.1.2. Europæisk regulering.....	161
5.1.2.1. Forskelle mellem de danske og fælleseuropæiske støtteregler.....	162
5.1.3. Internationale regler.....	162
5.2. Støttebegrebet.....	163
5.2.1. Støtte som kompensation for offentlige opgaver.....	166
5.2.2. Offentlig støtte.....	168
5.2.3. Forskellige støttetyper.....	168
5.3. Støttemodtager.....	169
5.4. Retsstridig støtte.....	169

5.4.1.	Konkurrenceforvridende støtte.....	169
5.4.2.	Lovlig eller ulovlig støtte	170
5.4.3.	Transparensbestemmelser.....	172
5.5.	Sanktioner	173
5.5.1.	Særligt om tilbagebetaling af støtte.....	174
5.6.	Anmeldelse	176
5.6.1.	Regler for anmeldelse.....	176
Kapitel 6.	Håndhævelse.....	179
6.1.	Indledning	179
6.2.	Konkurrencemyndighederne	180
6.2.1.	Kommissionen.....	181
6.2.2.	De danske konkurrencemyndigheder	181
6.2.2.1.	Konkurrencerådet.....	181
6.2.2.1.1.	Konkurrencerådets sammensætning.....	182
6.2.2.1.2.	Forretningsorden	183
6.2.2.1.3.	Konkurrencerådets anvendelse af EUF- traktatens konkurrenceregler	184
6.2.2.2.	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.....	185
6.2.2.2.1.	Sekretariatsfunktion i forbindelse med konkurrencesager	185
6.2.2.2.2.	Kontrolundersøgelser.....	186
6.2.2.3.	Konkurrenceankenævnet	188
6.3.	Anke	190
6.4.	Domstolsprøvelse	191
6.5.	Anmeldelse	192
6.6.	Offentlighed	193
6.6.1.	Anvendelse af offentlighedsloven (aktindsigt mv.).....	193
6.6.2.	Partsoffentlighed	195
6.6.3.	Almen offentlighed (mulighederne for offentliggørelse)	199
6.7.	Danske konkurrencemyndigheder og EU's konkurrenceregler	200
6.7.1.	Samarbejde ved kontrolundersøgelser	201
6.7.1.1.	Samarbejde vedrørende informationsudveksling	202
6.7.2.	Danske konkurrencemyndigheders anvendelse af EUF- traktatens art. 101/102	203
6.8.	Påbudsmuligheder	205
6.9.	Sanktioner	207
6.9.1.	Bøder	209
6.9.2.	Fysiske personer	210

Indholdsfortegnelse

6.9.3. Straflempelsesordninger	212
6.10. Erstatning	213
DEL II. Markedsføringsret	215
Kapitel 7. Markedsføringsbegrebet og regulering af markedsføring	217
7.1. Offentligretlig regulering på markedsføringsområdet	222
7.2. Retskilder på markedsføringsområdet	225
7.3. EU og markedsføringsregulering	228
7.3.1. Generelle direktiver	229
7.3.2. Forbrugerforhold	231
7.3.3. Særlige produkter eller produktkategorier.....	232
7.3.4. Særlige om cookies.....	234
7.4. Territorialt virkningsområde (jurisdiktion).....	236
7.5. Værneting.....	239
7.6. Tvangsfuldbyrdelse	241
Kapitel 8. Dansk markedsføringslovgivning	243
8.1. Forbrugerbegrebet i markedsføringslovgivningen.....	244
8.2. Medier og (skjulte) reklamer i markedsføring	246
8.2.1. Radio- og fjernsynsreklamer	248
8.2.2. Friluftreklamer	254
8.2.3. Tryksagsreklamer og andre trykte medier	258
8.2.4. Internetreklamer	260
8.3. Særlig regulering	261
8.3.1. Sektorer underlagt særlig regulering	261
8.3.2. Særlige forbrugergrupper	263
8.3.2.1. Børn og unge.....	263
8.3.2.2. Ikke-sundhedspersonale.....	268
8.3.3. Særlige produktkategorier	268
8.3.3.1. Det medicinske område	269
8.3.3.2. Nydelsesmidler – tobak og alkohol.....	270
8.3.3.3. Kemikalier (herunder parfume).....	273
8.3.3.4. Fødevarer.....	274
8.3.4. Miljøudsagn mv.....	276
8.3.5. Markedsføringsaftaler.....	280
8.3.6. Persondatalovgivningen	280
Kapitel 9. Markedsføringslovens bestemmelser	285
9.1. God skik-bestemmelserne	290

9.1.1.	Forholdet mellem god skik-bestemmelserne og specialbestemmelserne	296
9.1.2.	Generalklausulens selvstændige indhold.....	298
9.1.2.1.	Særlige sømmelighedskrav og andre samfundsinteresser mv.....	298
9.1.2.2.	Børn og unge.....	303
9.1.2.3.	Personlig integritet.....	303
9.1.2.4.	Hylderydning og lignende markedsfortrængning	307
9.1.2.5.	Forhandlerpræmiering	309
9.1.2.6.	Loyalitetspligt i samarbejde.....	311
9.1.2.7.	Boykot	312
9.1.2.8.	Produktefterligninger	314
9.1.2.8.1.	Særpræg.....	318
9.1.2.8.2.	Forvekselighed	319
9.1.2.8.3.	Illoyalitet	320
9.1.2.8.4.	LEGO-dommene.....	324
9.1.2.8.5.	Grænseflader og reservedele	326
9.1.2.9.	Aftalevilkår	326
9.1.3.	God erhvervsskik.....	327
9.1.3.1.	Handelspraksis	328
9.1.3.2.	Forvridningskravet.....	328
9.1.3.3.	Transaktionsbeslutning	329
9.1.3.4.	Gennemsnitsforbruger	330
9.1.3.5.	Vejledningspligt.....	332
9.2.	Specialbestemmelserne.....	334
9.2.1.	Vildledning.....	335
9.2.1.1.	Vildledende handlinger (B2C)	338
9.2.1.1.1.	Objektivt sande udsagn.....	338
9.2.1.1.2.	Eksempler på vildledning	338
9.2.1.1.3.	Vildledningstyper.....	342
9.2.1.1.3.1.	Prisvildledning	343
9.2.1.1.3.2.	Kvalitetsvildledning.....	349
9.2.1.1.3.3.	Oprindelsesvildledning.....	350
9.2.1.1.3.4.	Titulatur	351
9.2.1.1.4.	Anprisninger.....	353
9.2.1.1.5.	Dokumentationskrav	354
9.2.1.2.	Vildledende undladelser (B2C)	355
9.2.1.2.1.	Væsentlige oplysninger	356
9.2.1.2.2.	Reklameidentifikation.....	356

Indholdsfortegnelse

9.2.1.3.	Væsentlig forvriddning af den økonomiske adfærd (B2C).....	359
9.2.1.4.	Vildledning (B2B)	360
9.2.2.	Aggressiv markedsføring og utilbørigheder, herunder misrekommandering	361
9.2.2.1.	Utilbørlig påvirkning	362
9.2.2.2.	Misrekommandering.....	364
9.2.2.3.	Retorsion	368
9.2.2.4.	Straffeloven	368
9.2.2.5.	Aggressiv markedsføring.....	369
9.2.3.	Snyltende reklame	370
9.2.4.	Sammenlignende reklame	372
9.2.5.	Garanti	378
9.2.5.1.	Terminologi.....	379
9.2.5.2.	Vilkår.....	379
9.2.5.3.	Forbrugerbestemmelse.....	379
9.2.5.4.	I forbindelse med salg og uden særskilt vederlag	379
9.2.5.5.	Oplysningspligt og formkrav	380
9.2.5.6.	Den civilretlige dimension.....	380
9.2.6.	Loyalitetsprogrammer	381
Kapitel 10. Særlige emner		383
10.1.	Uanmodet henvendelse.....	383
10.1.1.	Elektroniske fjernkommunikationsmidler	385
10.1.2.	Andre fjernkommunikationsmidler	388
10.1.3.	Forbrugeraftaleloven (dørsalgsloven).....	391
10.1.4.	Henvendelse på anmodning	393
10.2.	Forretningskendetegn	397
10.2.1.	Forretningskendetegn og lignende, der ikke tilkommer den erhvervsdrivende.....	402
10.2.1.1	Domænenavne.....	403
10.2.1.2	Snylteri	406
10.2.2.	Benyttelse af egne kendetegn på en måde, der er egnet til at fremkalde forveksling med andres	408
10.2.3.	Søgeord og søgemaskineoptimering på internettet.....	414
10.3.	Prisoplysning og emballering	416
10.3.1.	Prismærkning og skiltning.....	417
10.3.2.	Oplysning om andre prisrelaterede forhold	420

10.3.3. Faktureringsforhold og gebyrer	421
10.3.4. Emballeringsregler og klassificering	422
10.4. Mærkningsbestemmelser i øvrigt	423
10.4.1. Markedsføringslovens mærkningsbestemmelser	424
10.4.2. Fødevarer	424
10.4.3. Kemikalier og kosmetik	425
10.4.4. Lægemidler	426
10.4.5. Tobaksvarer	426
10.4.6. Energimærkning	427
10.4.7. Miljømærkning	428
10.4.7.1. Offentlige miljømærker	430
10.4.7.2. Alment tilgængelige, privatretlige miljømærker	431
10.4.7.3. Eksklusive, privatretlige miljømærker	432
10.4.8. Etisk mærkning mv	432
10.4.9. Øvrige mærker	434
10.4.9.1. CE-mærket	434
10.4.9.2. E-mærket	435
10.5. Industrispionage, forretningshemmeligheder og tekniske tegninger	435
10.5.1. Strafferetlig beskyttelse	437
10.5.2. Lov om forretningshemmeligheder	438
10.6. Journalistik og annoncering	439
Kapitel 11. Håndhævelse af markedsføringsretlige bestemmelser	441
11.1. Tilsynsmyndigheder	441
11.1.1. Markedsføringsloven	441
11.1.1.1. Forbrugerombudsmandens nationale virke ...	443
11.1.1.2. Forbrugerombudsmandens EU-retlige opgaver	446
11.1.1.3. Forbrugerombudsmandens andre opgaver	447
11.1.2. Specielle myndigheder mv.	447
11.1.3. Domstolskontrol	449
11.2. Offentligretlige virkemidler	450
11.2.1. Markedsføringsloven	450
11.2.1.1. Forbrugerombudsmandens forhandlingsret ...	451
11.2.1.2. Retningslinjer og vejledninger	452
11.2.1.3. Afgivelse af forhåndsbesked	453
11.2.1.4. Påbudsret	455
11.2.1.5. Foreløbigt forbud	456

Indholdsfortegnelse

11.2.1.6.	Straf	456
11.2.1.6.1.	Uagtsomhed	457
11.2.1.6.2	Ansvarssubjekt.....	457
11.2.1.6.3.	Anklagemyndigheden	458
11.2.1.6.4.	Strafferetlig sanktion.....	458
11.2.1.6.5.	Forældelse	461
11.2.1.7.	Særlig om medvirken.....	462
11.2.1.8.	Sammenlignende undersøgelser	463
11.2.2.	Andre regelsæt.....	464
11.2.2.1.	Eksempler på bødestraf.....	464
11.2.2.2.	Autorisationsfortabelse	465
11.3.	Privatretlige virkemidler.....	465
11.3.1.	Erstatningsansvar.....	466
11.3.2.	Privat påtale ved skadelig omtale	469
11.3.3.	Civilretligt forbud.....	469
11.3.4.	Genopretning	470
11.3.5.	Bevissikring.....	470
Litteratur og retsakter		471
Bilag 1. Paragrafnøgle – ny og gammel markedsføringslov		491
Forkortelser		495
Doms- og afgørelsesregister		497
Stikordsregister		505

Forord

Med 6.-udgaven af bogen Dansk markedsret har vi bevaret opbygningen fra de tidligere udgaver. Det er således primært en fremstilling af konkurrencebegrænsningsretten og konkurrenceloyalitetsretten (markedsføringsreguleringen) i Danmark.

Fremstillingen beskæftiger sig primært med den del af lovgivningen, der kommer til udtryk i konkurrenceloven og markedsføringsloven. De to hovedområder har et væsentligt slægtskab med immaterialretten. Dette retsområde berøres perifert flere steder i fremstillingen, men er i øvrigt valgt fra, da immaterialretten udgør et selvstændigt retsområde, der på visse punkter adskiller sig væsentligt fra bogens to emneområder.

Med et fokus på konkurrenceloven og markedsføringsloven er det primært den offentligretlige regulering, der behandles. Privatretlige forhold, herunder erstatning, behandles kun sporadisk.

Vi har valgt at strukturere bogen således, at kapitlerne 1-6 (del I) omhandler konkurrencebegrænsningsretten og kapitlerne 7-11 (del II) omhandler markedsføringsreguleringen. Det har været væsentligt for os, at hver del kan læses selvstændigt. Michael Steinicke har forestået første udkast til del I og Bent Ole Gram Mortensen første udkast til del II.

I 6.-udgaven har vi indarbejdet de ændringer, der er sket siden 5.-udgaven i såvel konkurrenceloven som markedsføringsloven frem til 1. oktober 2021. Forslag til ændringer modtages med glæde (bom@sam.sdu.dk og micst@law.au.dk).

Odense og Aarhus, oktober 2021

Bent Ole Gram Mortensen

Michael Steinicke

Del I

Konkurrenceret

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Dansk konkurrenceret generelt

1.1. Den danske konkurrenceregulering

Konkurrencebegrænsningsretten reguleres i Danmark primært i konkurrenceloven.¹ Denne lov er derfor naturligt den primære fokus for den første del af denne bog.

Ud over den egentlige konkurrenceregulering findes desuden en række regler, der regulerer visse konkurrencerelaterede spørgsmål, som ikke er normeret i konkurrenceloven. Eksempelvis reguleres visse kommunale konkurrencespørgsmål i kommunalfuldmagten, der betegner de ulovbestemte aktivitetsmuligheder, som kommunerne er tillagt. Selv om kommunalfuldmagten indeholder visse regler, der i stort omfang er identiske med konkurrenceretlige grundsætninger (eksempelvis at en kommune ikke må yde støtte til en enkelt virksomhed), har kommunalfuldmagten udgangspunkt i kommunalretlige synspunkter og ikke konkurrenceretlige.² Der er endvidere en omfattende regulering af erhvervsmulighederne inden for en række erhverv, som ligeledes er underlagt visse konkurrencebegrænsninger. Denne del af lovgivningen benævnes ofte autorisationslovgivningen. Denne regulering har visse lighedstegn med den egentlige konkurrenceregulering, og der er endvidere et nært samspil mellem disse regelsæt.³

Reguleringen af konkurrenceforhold ses eksempelvis også i licitationsreguleringen. Denne del af den danske erhvervsregulering har til formål at sikre, at konkurrencen og markedets kræfter ikke sættes ud af spillet i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter. Dette sker ved at sikre, at der ved indgåelse af en lang række offentlige aftaler følges en bestemt procedure. De primære regler af licitationsretlig karakter er EU's udbudsdirektiver, lov

1. Lovbekendtgørelse nr. 360 af 4. marts 2021.
2. Om kommunalfuldmagten, se *Garde & Revsbech 2017* og *M. Heide-Jørgensen 1993*.
3. Disse erhvervsbegrænsninger skal ikke behandles nærmere i denne sammenhæng, men for en nærmere redegørelse for denne regulering, se *C. Heide-Jørgensen 2000*.

Kapitel 1. Dansk konkurrenceret generelt

om tilbudsindhentning på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter samt statens udbudscirkulære.⁴

Licitationsreguleringen vedrører som udgangspunkt udelukkende forholdet mellem ordregiver og de forskellige tilbudsgivere. Det traditionelle konkurrenceretlige problem vedrørende aftaler mellem tilbudsgiverne (karteller bl.a. i form af såkaldte mestergrise) og andre spørgsmål om forholdet mellem tilbudsgiverne må vurderes efter konkurrencereguleringen, herunder konkurrenceloven.

Markedsføringslovgivningen, dvs. primært markedsføringsloven, regulerer ligeledes i et vist omfang forholdet mellem konkurrerende virksomheder, se eksempelvis markedsføringslovens § 21 (sammenlignende reklame) og § 22 (anvendelse af andres forretningskendetegn). Disse spørgsmål behandles nærmere i kapitlerne om markedsføringsreguleringen.

For visse sektorer har der traditionelt været tilladt andre konkurrenceforhold end de sædvanlige. Disse anderledes forhold baseres på særlige aftaler eller overenskomster mellem konkurrencemyndighederne og lovgiverne. Det bedste eksempel på en sektor med særlige vilkår har tidligere været bogbranchen.⁵

Et område af den nationale regulering, som har nær tilknytning til konkurrenceretten, og som er stærkt influeret af EU-retten, er reguleringen af de liberaliserede sektorer. Disse sektorer omfatter energi, transport, post, telekommunikation samt andre. Disse områder er som udgangspunkt selvstændigt reguleret. I sektorreguleringen ses ofte reguleringen af en række konkurrenceretlige emner, eksempelvis spørgsmålet om tredjepartsadgang (essential facilities), dominans, prisfastsættelse og andre forhold. Det vil falde uden for rammerne af denne fremstilling at redegøre for denne regulering.⁶

4. Se således udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU), koncessionsdirektivet (direktiv 2014/23/EU), forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF), og tilbudsloven (lov nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter). Den hjemlige litteratur om denne regulering omfatter bl.a. *Troels Poulsen* m.fl. 2016, *Ølykke & Nielsen* 2017, *Fabricius* 2017, *Treumer* 2019, *Risvig Hamer* 2021 samt *Steinicke & Groesmeyer* 2008. Vedrørende tilbudsloven se *Boesgaard* 2002, *Hørlyck* 2013, *Kaltoft & Pedersen* 2008 samt *Steinicke* 2003.
5. Se mere nedenfor i kapitel 2, afsnit 2.5.2 om prisforhold.
6. Litteraturen om de liberaliserede sektorer er omfattende. Af den dansksprogede litteratur kan henvises til den samlede gennemgang af den europæiske regulering af *Bent Ole Gram Mortensen* i *Jessen m.fl.* 2016, kapitel XI samt en mere kortfattet redegørelse i *Steinicke* 2002.

Endelig er der en nær sammenhæng mellem konkurrencereguleringen og immaterialretten.⁷ Eksempelvis er dele af immaterialretten betragtet som en del af markedsretten eller konkurrenceretten. Immaterialretten er dog fravalgt her, da denne adskiller sig på flere væsentlige punkter fra konkurrenceloyalitetsretten og konkurrencebegrænsningsretten, som er hovedformålet med fremstillingen.

1.2. Konkurrencerettens udvikling i Danmark

Den danske konkurrenceregulering har undergået en springende udvikling.⁸ De første mange år var området for den nuværende konkurrencelov reguleret i prisaftaleloven fra 1937.⁹ Loven gav kontrolorganet, Priskontrolrådet, mulighed for at foretage indgreb i form af forhandling eller påbud. Indgrebene kunne foretages over for urimelige priser og indskrænkninger i den frie erhvervsudøvelse. Efter 2. verdenskrig blev der påbegyndt et reformarbejde på konkurrencerettens område, og dette udmøntede sig i 1955 i vedtagelsen af monopolloven. Denne indeholdt i hovedtræk en regulering af de samme forhold, som den nuværende konkurrenceregulering i konkurrenceloven.

Med monopolloven blev der i Danmark introduceret et kontrolprincip i konkurrencelovgivning. Efter dette princip vil der ikke foreligge en overtrædelse af konkurrencelovgivningen, førend konkurrencemyndighederne har statueret dette. Kontrolprincippet var det styrende princip indtil konkurrenceloven i 1989 og havde betydning i den danske konkurrenceregulering helt frem til 2000. Samtidig med indførelsen af kontrolprincippet blev der indført et offentlighedsprincip. Dette princip medfører, at der skal foretages registrering og offentliggørelse af visse af virksomhedernes dispositioner ud fra den antagelse, at en større offentlighed og den dermed følgende gennemsigtighed medfører en forbedret konkurrence. Offentlighedsprincippet spiller stadig en rolle i den danske konkurrenceregulering, se bl.a. konkurrencelovens § 13.

Det næste større spring i udviklingen af konkurrencereguleringen skete i 1989, hvor monopolloven blev erstattet af konkurrenceloven. I første omgang skete der ikke de helt store forandringer i konkurrencereguleringen, men fra

7. For mere om denne sammenhæng, se bl.a. *Koktvedgaard* 1965 og *Schovsbo* 1996.
8. For en mere uddybende gennemgang af den historiske udvikling, se *Levinsen* 2018, s. 63 ff.
9. Inden prisaftaleloven var der fra 1929 en vis regulering af erhvervsfriheden i lov om værn for erhvervs- og aftalefriheden. Denne lovs bestemmelser havde dog kun i begrænset omfang regler mod konkurrencebegrænsninger.

Kapitel 1. Dansk konkurrenceret generelt

begyndelsen af 1990'erne kom der for alvor gang i debatten i relation til den daværende konkurrenceregulering. Den øgede fokusering og betydning, som op gennem 1980'erne og 1990'erne blev tillagt den fælleseuropæiske regulering, var også i høj grad medvirkende til at igangsætte den danske debat om den fremtidige konkurrencelov. Debatten gav sig i 1997 udslag i den største reform af konkurrencereguleringen, der hidtil har været i Danmark. Den primære ændring var en markant tilnærmelse imod (dengang) EF-traktatens konkurrencebestemmelser og -principper. Tilnærmelsen skete med introduktionen af forbudsprincippet og af traktatens bestemmelser om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling. Selv om disse ændringer var gennemgribende og skete for forholdsvis få år siden, har konkurrenceloven været genstand for yderligere ændringer siden. Den første ændring skete med baggrund i ønsket om at få tillempet konkurrenceloven på det mest markante punkt, som endnu ikke var tilnærmet den europæiske regulering, nemlig reglerne om fusionskontrol. Med lovændringen findes nu en regulering til sikring af, at fusioner med national betydning ikke resulterer i etableringen af enheder, der opnår en dominans på markedet. For mere herom, se kapitel 4 nedenfor. Ud over fusionskontrolbestemmelser medførte ændringen i 2000 ligeledes regler om offentlig støtte. Se nærmere nedenfor i kapitel 5.

Med ændringen i 2002 skete der endnu engang visse tilnærmelser til det fælleseuropæiske system, men denne gang ikke forbudsbestemmelserne. Genstanden for ændringen var bl.a. en skærpelse af reglerne for afgivelse af bøder i forbindelse med overtrædelser af konkurrenceloven. Desuden blev der foretaget en ændring af reglerne om, hvem der kunne foretage vurderingen af, om en konkurrencebegrænsning var en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering (§ 2, stk. 2-5) og en præcisering af anvendelsen af § 6 (forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler) på joint ventures.

Der blev med lov nr. 1461 af 22. december 2004 igen foretaget ændringer i konkurrenceloven. Disse ændringer omfattede ændringer om bl.a. præcisering af formålsbestemmelsen, bindende videresalgspriser, ændring af anmeldelsessystemet, krav om indsendelse af standardforretningsbetingelser for dominerende virksomheder på visse betingelser samt fusionskontrolreglerne.

2007 medførte to ændringer i konkurrenceloven – begge med relation til håndhævelsen. Med lov nr. 523 af 6. juni 2007 blev der indsat et kapitel 9 a (§ 25) om civilretlige forældelse, hvor der med lov nr. 572 af samme dato blev foretaget ændringer i reglerne i kapitel 8 og 9 om henholdsvis bestemmelser om straf og straflempelse og regler om forholdet til EU-konkurrenceretten.

I 2008 blev der indføjet en § 11 c i konkurrenceloven. Denne bestemmelse udgør hjemmelsgrundlaget for bekendtgørelse nr. 590 af 20. juni 2008 om gennemskuelighed i forbindelsen mellem offentlige virksomheder og offentlige myndigheder, som implementerer det såkaldte transparensdirektiv (direktiv 2006/111).

Med lov nr. 495 af 12. maj 2010 blev der foretaget en ændring af konkurrenceloven, som vedrører flere temaer, herunder begrænsning af bagatelgrænsens anvendelse i relation til konkurrencebegrænsende aftaler, fusionskontrol, tilpasning af lovteksten til det nye udseende i EUF-traktaten (konkurrencebestemmelserne), håndhævelsesreglerne og støtteregele.

I 2009 nedsatte regeringen et konkurrencelovsudvalg, der havde til opgave at tage fat på en række spørgsmål inden for konkurrencelovens område, herunder muligheden for at indføre en bestemmelse om fængselsstraf for visse overtrædelser af loven samt muligheden for at forhøje bødeniveauet. Udvalget kom med sin rapport i marts 2012, og i slutningen af december samme år blev lov nr. 1385 vedtaget med baggrund i en række af udvalgets forslag. Loven vedrørte en række meget forskelligartede forslag bredt fordelt over hele konkurrenceloven, herunder ændringer inden for de områder, der var nævnt i kommissoriet. Derudover blev der med lov nr. 620 af 12. juni 2013 (om gebyrer for anmeldelse af fusioner) og med lov nr. 639 af 12. juni 2013 (konsekvensændringer efter justeringer af offentlighedsloven).

I 2014 skete en større tilpasning af Konkurrencerådet med lov nr. 1371 af 16. december 2014, hvor Konkurrencerådet bl.a. blev reduceret fra 18 til 7 medlemmer. Denne runde medførte også mindre ændringer i reglerne om fusionskontrol, ligesom der blev indført hjemmel til at der kunne foretages en offentliggørelse af straffedomme, hvor der idømmes fængselsstraf. Seneste ændring er fra 2015, jf. lov nr. 741 af 1. juni 2015, med justeringer af teknisk art i fusionskontrolbestemmelserne.

Med virkning fra 1. januar 2018 er der igen indført en række ændringer: ny bagatelgrænse til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler (§ 7), ændringer om fusionskontrol og nye regler om styrket nordisk samarbejde m.fl. Senest er der med lov nr. 207 af 15. februar 2021 foretaget en omfattende ændring af særligt reglerne om håndhævelse, som en implementering af direktiv 2019/1 af 11. december 2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked. Loven er senest konsolideret med love bekendtgørelse nr. 360 af 4. marts 2021.

1.2.1. Betydningen af EU-konkurrenceretten for den danske konkurrenceregulering

Den fælleseuropæiske konkurrenceret har en stor betydning for den danske regulering. EU-reguleringen har på forskellig måde påvirket konkurrence-systemet i Danmark. For det første er de primære materielle bestemmelser i konkurrenceloven inspireret eller endda direkte kopieret fra bestemmelserne i traktaten og den sekundære konkurrenceregulering. For det andet indeholder konkurrenceloven (og den europæiske regulering) regler om samspillet mellem de nationale og de fælleseuropæiske konkurrencemyndigheder. Disse regler om samspil mellem national ret og EU-ret blev først væsentligt udbygget med konkurrencelovsændringen på baggrund af forordning 1/2003, og dernæst med seneste ændring i 2021 på basis af direktiv 2019/1. For det tredje er der i den danske regulering en pligt til at fortolke de danske regler konformt med EU-reglerne. Dette har den betydning, at eksempelvis ved anvendelsen af konkurrencelovens § 6 om konkurrencebegrænsende aftaler skal konkurrencemyndighederne fortolke de danske regler i overensstemmelse med den praksis vedrørende den tilsvarende bestemmelse i art. 101 i EUF-traktaten, som er afsagt af Kommissionen, Retten samt Domstolen.

Litteraturen om de europæiske regler kan kaste et interessant (og nødvendigt) lys over de danske konkurrenceregler. Se således *Jesssen m.fl.* 2016, *Fejøl & Ølykke* 2014, *Bergqvist* 2019 og *Heide-Jørgensen m.fl.* 2009. For en fremstilling om de mere specielle konkurrenceregler, se *Neergaard* 1998, *Broberg* 2013, *Vesterdorf* 2009, *Poulsen* 2016, *Jessen* 2003 samt *Steinicke* 2002.

1.3. Det økonomiske grundlag

Grundlaget for den danske og den europæiske konkurrencelovgivning er markedsøkonomien.¹⁰ I den rene form medfører markedsøkonomien, at staterne ikke blander sig på markedet, men overlader virksomhedernes adfærd og skæbne til markedets kræfter, hvorefter de stærke virksomheder vil overleve, og de mindre stærke i sidste ende vil bukke under. Da man vanskeligt kan forestille sig sådanne uregulerede markeder, og da den rene liberalisme fungerer uhensigtsmæssigt, har de vestlige samfund indrettet deres markeder på en sådan måde, at man taler om blandingsøkonomier. Blandingsøkonomien medfører, at der som udgangspunkt er tale om en markedsøkonomisk til-

10. For mere om det økonomiske fundament for den nuværende konkurrenceregulering, se den udførlige redegørelse i *Fejøl* 1985, kapitel III.

gang, hvorefter virksomhederne skal have en høj grad af autonomi på markederne. Samtidig har man indset nødvendigheden af, at der foretages en eller anden regulering af markedet for at sikre dets funktion og for at sikre visse grundlæggende samfundsmæssige forhold.

Der har i den økonomiske teori været brugt megen energi på at kategorisere de forskellige markedstyper og begrebet konkurrence, herunder særligt effektiv konkurrence. Det ligger uden for rammerne af denne fremstilling at foretage en dybere analyse af det økonomiske fundament for konkurrenceretten. Blot skal enkelte centrale begreber præsenteres for at skitsere grundlaget for reguleringen.

Markedsstrukturen har en væsentlig betydning for opnåelsen af den konkurrencesituation, som tilstræbes med reguleringen. Der er således markant forskel på at opnå en effektiv konkurrence alt efter, hvilken markedsstruktur som er herskende på et givet marked.

De to ekstreme markedsstrukturer er på den ene side *monopol* og på den anden side *fuldkommen konkurrence*. Begrebet monopol udtrykker den situation, hvor der er én aktør på markedet, som således besidder hele markedet. Der findes flere forskellige typer af monopoler. Opdelingen mellem monopoltyperne har ofte taget udgangspunkt i tre typer: faktisk monopol, legalt monopol samt naturligt monopol. Forskellen mellem de tre former for monopol er den måde, hvorpå monoopolet er etableret og virker på markedet. For faktiske monopoler gør det sig gældende, at sådanne opstår på baggrund af en effektiv konkurrence fra den virksomhed, som opnår monoopolet. Et sådant monopol opstår således, hvor en virksomhed formår at tilkæmpe sig hele markedet. Et legalt monopol ses, hvor monoopolet er oprettet og tildelt af lovgivningsmagten eller de offentlige myndigheder. Således er et legalt monopol ikke funderet på en effektiv virksomhedsdrift, men er derimod et resultat af, at der retligt reserveres en aktivitet til en bestemt virksomhed.¹¹ Endelig betegner begrebet naturligt monopol den situation, hvor en virksomhed er i besiddelse af en facilitet eller en infrastruktur, som er afgørende for driften af en bestemt type af virksomhed. Typiske eksempler på sådanne monopoler er energinetværket og jernbanenetværket.

Et oligopolistisk marked kendetegnes derved, at der er få store aktører og mange mindre aktører på markedet. Således vil der være nogen konkurrence, men dog ikke så megen konkurrence, at markedet fungerer optimalt. Der vil

11. Inden for EU-retten er sådanne monopoler reguleret ved EUF-traktatens art. 106, og i dansk ret findes også flere eksempler på sådanne monopoler. Et af de mest markante eksempler inden for de senere år har været DSB's tidligere monopol på jernbanedriften.

Kapitel 1. Dansk konkurrenceret generelt

være en tendens til, at de få store aktører kan/vil iværksætte initiativer, som ikke ville ses på et marked med fuldkommen konkurrence.

Begrebet fuldkommen konkurrence udtrykker den anden ekstreme markedsstruktur og dækker over det forhold, at der på et marked er et stort antal købere og et stort antal sælgere, og hvor markedet endvidere er homogent derved, at vareudbuddet er standardiseret, således at hver køber er indifferent over for valget af sælger.

I relation til de forskellige markedsstrukturer taler man om to typer af markeder, nemlig *homogene* markeder og *heterogene* markeder. Homogene markeder kendetegnes ved, at produkterne som handles ikke adskiller sig meget fra hinanden (standardvarer), hvorimod et heterogent marked kendetegnes ved, at produkterne på markedet adskiller sig fra hinanden ved bl.a. pris, kvalitet mv.

Om de forskellige kombinationer af markedstype og markedsstrukturer, se *Fejøl* 1985, kapitel III.

Målet med konkurrencereguleringen er at opnå et tilfredsstillende niveau af konkurrence. Som udgangspunkt kan den fuldkomne konkurrence ses som det ideelle mål for konkurrencereguleringen. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Fuldkommen konkurrence anses ikke at bibringe den optimale situation,¹² hvorfor man i stedet har tilstræbt en anden målsætning for konkurrencereguleringen.

Grundlaget for den danske (og den europæiske) regulering er, at man søger at opnå det konkurrenceniveau, som betegnes som *virksom* eller *effektiv* konkurrence.¹³ Virksom konkurrence betegner den situation, hvor de strukturelle og adfærdsmæssige forhold sikrer en konkurrence, som fremmer samfundsøkonomisk effektivitet i henseende til ressourceanvendelse og omkostningsudvikling, og som lader aftagernes præferencer afspejle sig i mængden og sammensætningen af de udbudte varer.¹⁴

12. Fuldkommen konkurrence vil aldrig forekomme, og derudover har det været påpeget, at de samfundsmæssige konsekvenser af fuldkommen konkurrence ikke er udelukkende positive, se *Fejøl* 1985, s. 101 ff.

13. Herom, se *Fejøl* 1985, s. 127 ff.

14. *Madsen* 2021, s. 41.