

Punkt 2
Rådsmødet den 27. oktober 2010

27-10-2010
ITE
4/0120-0204-0212
/BFJ /AWI /SNW

Scandlines' forbud mod videresalg

**KONKURRENCE-
FORBRUGERSTYRELSEN** **og**

1. Resume	2
2. Afgørelse	3
2.1. Tilsagn	3
3. Sagsfremstilling	4
3.1. Indledning	4
3.2. Virksomheden	5
3.3. Markedsbeskrivelse	6
3.4. Den påklagede adfærd	9
3.5. Høringssvar	10
4. Vurdering	12
4.1. Markedsafgrænsning	12
4.1.1. Det relevante produktmarked	12
4.1.2. Det relevante geografiske marked	14
4.1.3. Konklusion vedr. markedsafgrænsning	16
4.2. Samhandelspåvirkning	16
4.3. Konkurrencelovens § 6 og EUF-traktatens artikel 101	17
4.3.1. Virksomhedsbegrebet	17
4.3.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis	18
4.3.3. Til formål eller følge at begrænse konkurrencen	18
4.3.4. Mærkbar konkurrencebegrænsning	21
4.3.5. Konklusion vedr. § 6 og artikel 101	23
4.4. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 / Kommissionens bagatelmeddelelse	23
5. Konklusion	25
6. Afgørelse	25

**ØKONOMI- OG
ERHVERVS MINISTERIET**

1. Resume

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt Scandlines Danmark A/S (Scandlines) overtræder konkurrencereglerne ved at forbyde videresalg af færgebilletter.

2. Scandlines driver færgefart på en række ruter i Østersøen, heriblandt på ruterne Rødby-Puttgarden og Gedser-Rostock. Desuden driver Scandlines i samarbejde med Scandlines AB (Sverige) færgefart mellem Helsingør og Helsingborg via deres interessentskab Scandlines Øresund I/S.

3. HCS A/S Transport og Spedition (HCS) henvendte sig til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i begyndelsen af 2010 med en klage over Scandlines' forbud mod videresalg af billetter.

4. Forbuddet mod videresalg fremgår af Scandlines' standardkontrakt.

5. Scandlines' forbud mod videresalg hindrer mindre aktører i at opnå fordelagtige rabatter, idet en aktør, der ikke selv har volumen nok til at opnå de højeste rabatter, afskæres fra at indgå i et indkøbssamarbejde med andre mindre aktører. Et sådant samarbejde vil kunne øge de mindre aktørers konkurrenceevne i forhold til de store aktører, der kan opnå de højeste rabatter. Mindre vognmænd vil derfor have sværere ved at konkurrere med større aktører, der kan opnå en stor rabat i kraft af deres egne indkøb. Dette vil være skadeligt for konkurrencen og i sidste ende for forbrugerne.

6. Scandlines' adfærd kan således være egnet til at begrænse konkurrencen og kan udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 (samt EUF-Traktatens artikel 101) og en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, hvis Scandlines anses for at have en dominerende stilling. En yderligere vurdering i relation til § 11 foretages imidlertid ikke, henset til at Scandlines har afgivet tilsagn, som imødekommer styrelsens betænkeligheder ved videresalgsforbuddet.

7. Scandlines har den 3. september 2010 afgivet tilsagn, der i det hele imødekommer de betænkeligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde i forbindelse med klagen. På den baggrund er der ikke foretaget en endelig markedsafgrænsning i nærværende sag.

8. Ved vurderingen af, om sagen skal afsluttes med tilsagn på trods af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder det sandsynligt, at Scandlines' adfærd kan være egnet til at begrænse konkurrencen og kan udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 (samt EUF-Traktatens artikel 101), er der lagt vægt på en helhedsbedømmelse af flere forhold.

9. *For det første* har Scandlines meget tidligt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandling foreslået tilsagnsløsningen, hvilket betyder,

at de skadevirkninger der måtte være ved Scandlines' adfærd bringes hurtigt til ophør.

10. *For det andet* lægges der vægt på, at Scandlines har oplyst, at forbuddet ikke har været håndhævet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er bekendt med at aktører har handlet imod forbuddet og videresolgt billetter, uden at Scandlines har påtalt dette.

11. *For det tredje* er en tilsagnsløsning, der er fremkommet tidligt i processen, ressourcebesparende for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil bl.a. spare ressourcer ved ikke at skulle foretage mere tilbundsgående undersøgelse, herunder at lægge sig fast på en endelig markedsafgrænsning. Det bemærkes i den sammenhæng, at en endelig markedsafgrænsning vil kræve, at der tages stilling til om markedet geografisk skal afgrænses til de enkelte færgeruter eller om eksempelvis Øresundsbron er i konkurrence med Helsingør-Helsingborg overfarten og om Storebæltsbroen er i konkurrence med Gedser-Rostock og/eller Rødby-Puttgarden overfarterne.

12. *Endelig* medfører tilsagnsløsningen, at der opnås et resultat, som har samme virkning på konkurrencen, som hvis der var gennemført en omfattende undersøgelse af klagen, som resulterede i, at der var grundlag for et påbud, fordi Scandlines tilsidesatte forbuddene i konkurrencelovens § 6 (Traktatens artikel 101).

2. Afgørelse

13. Det vurderes, at de af Scandlines afgivne tilsagn af 3. september 2010 imødekommer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens betænkeligheder i forhold til en mulig overtrædelse af konkurrenceloven og EUF-traktaten i form af forbud mod videresalg af billetter.

14. Det indstilles på den baggrund, at de afgivne tilsagn gøres bindende fra og med 27. oktober 2010, jf. konkurrencelovens § 16 a, stk. 1.

2.1. Tilsagn

15. Scandlines afgiver følgende tilsagn:

”Scandlines forpligter sig til, at fjerne et forbud mod videresalg fra deres forretningsbetingelser.

Scandlines forpligter sig endvidere til, hverken direkte eller indirekte at forhindre videresalg.

Scandlines forpligter sig endeligt til, i forbindelse med indgåelse af årsaftaler for 2011 med rederiets kunder, at informere disse om ændringen af rederiets forretningsbetingelser i form af ophævelse af forbuddet mod videresalg.”

3. Sagsfremstilling

3.1. Indledning

16. Denne sag drejer sig om, hvorvidt Scandlines Danmark A/S (Scandlines) overtræder konkurrencelovens § 6 samt EUF-Traktatens artikel 101 ved i selskabets standardbetingelser for fragtaftaler, at have et forbud mod videresalg af billetter.

17. HCS A/S Transport og Spedition (HCS) henvendte sig til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i begyndelsen af 2010 med en klage over Scandlines. HCS klagede over, at Scandlines i deres forretningsbetingelser har et forbud mod videresalg af færgebilletter. Som dokumentation herfor fremlagde HCS kopi af en fragtaftale, hvoraf Scandlines' aftalebestemmelser fremgår, jf. afsnit 3.4.

18. På baggrund af klagen, henvendte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sig til Scandlines, som har oplyst, at forbuddet mod videresalg ikke er en del af Scandlines' handelsbetingelser, men at forbuddet fremgår af Scandlines' standardkontrakt. Handelsbetingelserne er fra 1999, men forbuddet mod videresalg er først indsat senere. Scandlines er ikke umiddelbart klar over, hvornår det er sket. Scandlines oplyste endvidere, at man allerede inden Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens henvendelse havde iværksat en revision af handelsbetingelser og standardkontrakt.

19. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undersøgte herefter indledningsvist markedet. Undersøgelsen indikerer, at Scandlines har en dominerende position på markedet for færgetransport af gods, såfremt markedet af-

¹ Første henvendelse fra HCS til Styrelsen var 29. december 2009. Klagen blev uddybet i brev af 9. februar 2010.

grænses til de enkelte point-to-point ruter, dvs. Helsingør-Helsingborg, Rødby-Puttgarden og Gedser-Rostock, i overensstemmelse med en del af Kommissionens praksis, jf. afsnit 4.1.2.

20. Efter drøftelser med styrelsen, har Scandlines tilbudt at afgive tilsagn til imødegåelse af styrelsens betænkeligheder. Scandlines vil således fjerne forbuddet mod videresalg fra deres forretningsbetingelser og standardkontrakt, ligesom Scandlines fortsat vil afholde sig fra at udøve et forbud mod videresalg af Scandlines' færebilletter.

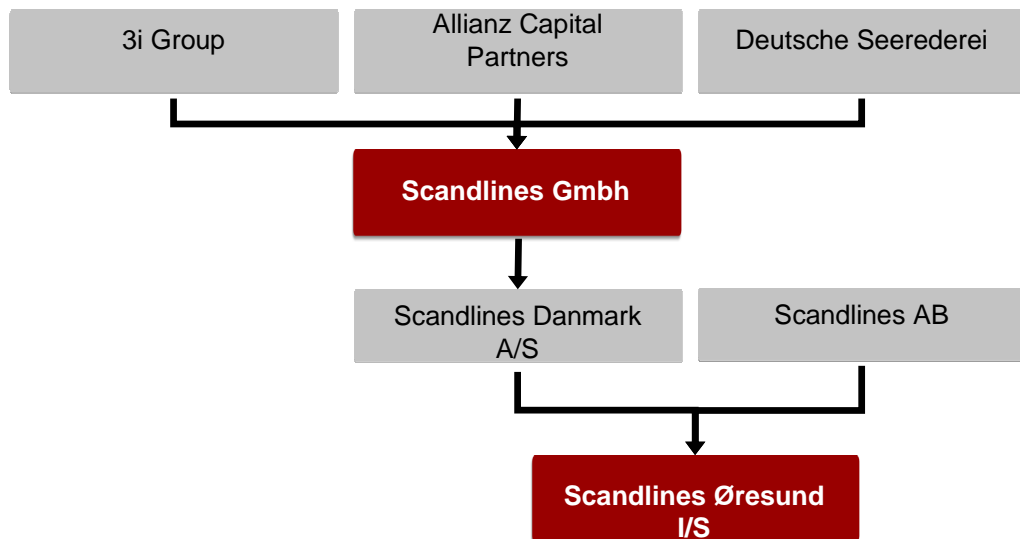
21. Styrelsen vurderer på denne baggrund, at spørgsmålet om den endelige markedsafgrænsning kan stå åben, når henses til at Scandlines' afgivne tilsagn, vil imødekomme styrelsens konkurrencemæssige betænkeligheder.

3.2. Virksomheden

22. Scandlines-koncernen er et af Europas største færgereheder. Af særlig interesse driver Scandlines færgefart på ruterne Rødby-Puttgarden og Gedser-Rostock. Endvidere driver Scandlines i samarbejde med Scandlines AB (Sverige) ruten Helsingør-Helsingborg via deres interessentskab Scandlines Øresund I/S. Scandlines besejler derudover en række ruter i Østersøen mellem eksempelvis Tyskland og Sverige.

23. Scandlines er ejet af Scandlines GmbH, som er ejet af et konsortium bestående af to kapitalfonde, 3i Group og Allianz Capital Partners GmbH, samt Deutsche Seereederei GmbH, jf. figur 1 nedenfor.

Figur 1. Organisationsdiagram



24. Scandlines Danmark A/S havde i 2009 en nettoomsætning på 966,6 mio. kr. og et samlet årsresultat på 519,0 mio. kr.² Dette skal ses på baggrund af, dels at der er tale om en nettoomsætning, og dels at bl.a. finansieringsudgifter, herunder forrentning af købesummen for Scandlines Danmark A/S indgår i koncernregnskabet, der udviser et samlet underskud for 2009.

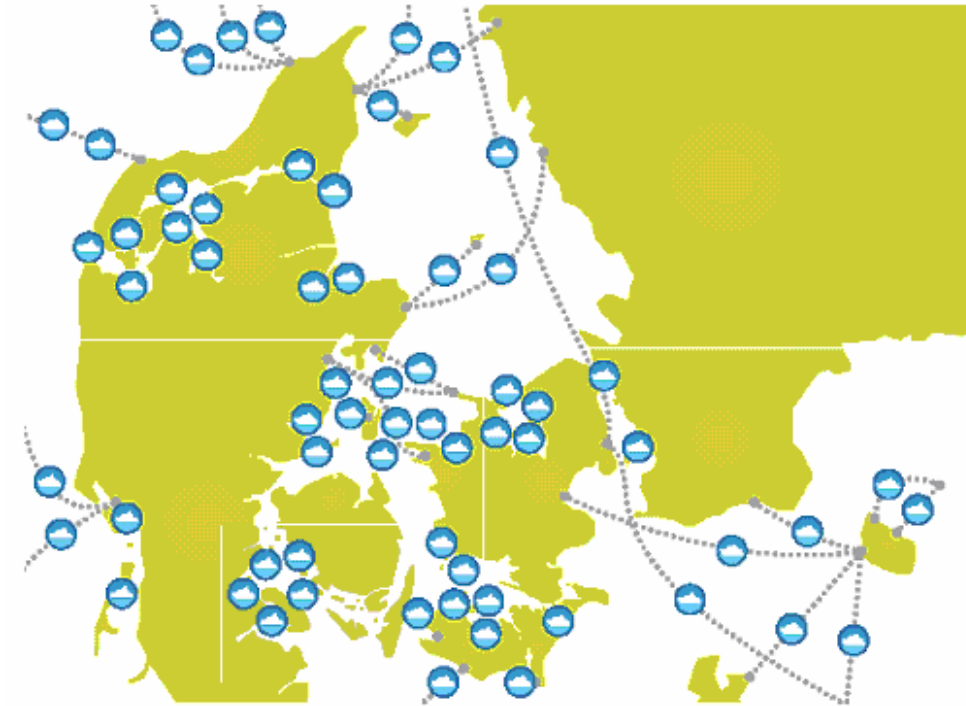
3.3. Markedsbeskrivelse

25. Der er i Danmark ca. 60 færgeruter beregnet til gods og/eller passagerer. Heraf er ca. 50 indenrigsruter og ca. 10 er udenrigsruter. Scandlines besejler 3 af udenrigsruterne; Helsingør-Helsingborg, Rødby-Puttgarden og Gedser-Rostock.

26. Udover Scandlines findes der 8 rederier, som besejler udenrigsruterne med færger, der er beregnet til både passagerer og gods. Et samlet overblik over ruter i Danmark samt liste over "udenrigs-rederier" fremgår nedenfor af figur 2.

² Jf. Scandlines' Årsrapport for 2009

Figur 2. Færgeruter i Danmark, kilde: www.faerge.dk



Rederier, som sejler på udenrigsruter i Danmark:

1. Bornholmstrafikken	Rønne- Ystad
	Rønne – Sassnitz
2. Colorline	Hirtshals – Larvik
	Hirtshals - Kristiansand
3. DFDS Seaways	København – Oslo
	Esbjerg - Hardwich
4. Fjordline	Hirtshals – Bergen
	Hirtshals - Stavanger
5. Polferries	København - Swinoujscie
	Rønne - Swinoujscie
6. Scandlines	Helsingør - Helsingborg
	Gedser – Rostock
	Rødby - Puttgarden
7. Smyril-line	Esbjerg - Thorshavn
	Hanstholm - Thorshavn
	Hanstholm - Seydisfjordur
8. Stenaline	Frederikshavn - Oslo
	Frederikshavn - Göteborg
	Grenaa – Varberg
9. Syltfaehre	Rømø – Sylt

27. Scandlines er i dag det eneste selskab, der sejler på de tre færgeruterne Helsingør-Helsingborg, Rødby-Puttgarden og Gedser-Rostock.

28. På færgeruten Helsingør-Helsingborg sejlede indtil 1. september 2009 både Scandlines Øresund I/S og HH-Ferries. [...].

29. Udover færgefart sker der også transport af gods og personer over vand via Øresundsbron og Storebæltsbroen. Det samlede antal lastbiler over broerne og via Scandlines' tre hovedruter til/fra Danmark er angivet nedenfor i figur 3.

Figur 3. Scandlines' lastbiltransport^{3 4} i 2008

	Antal lastbiler i 2008	Markedsandel
<i>Danmark – Sverige</i>		
Øresundsbroen	340.000	45,7 pct.
Helsingør-Helsingborg (Scandlines + HH Ferries)	404.000	54,3 pct.
<i>Danmark – Tyskland</i>		
Storebæltsbroen ⁵	1.256.000	77,6 pct.
Rødby-Puttgarden	260.404	16,1 pct.
Gedser-Rostock	102.534	6,3 pct.

30. Som det fremgår af tabel 2, kørte der i 2008 kørte 340.000 lastbiler over Øresundsbron, hvorimod 404.000 lastbiler benyttede Scandlines' færger [...] til at krydse Øresund. Scandlines havde således i 2008 en betydelig andel af den samlede trafik af lastbiler over Øresund.

3.4. Den påklagede adfærd

31. Scandlines' forbud mod videresalg af billetter er indeholdt i Scandlines' standardkontrakt, hvoraf det fremgår, at:

”Aftalebestemmelser i øvrigt: [...] Det følger endvidere, at enhver form for videreoverdragelse med eller uden fortjeneste for kunden, af de aftalte fragtpreiser til trediemand ikke er tilladt i henhold til denne aftale og betragtes som kontraktbrud. [...]”⁶ (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning).

32. Scandlines' forbud mod videresalg kan således være egnet til at begrænse konkurrencen, idet Scandlines med forbuddet ikke blot kontrollerer videresalget, men helt forbyder det. På denne baggrund er Scandlines' han-

³ Kilde: <http://dk.oresundsbron.com/page/227>; oplysninger fra Scandlines af 29. marts 2010 og sag 4/0120-8901-1224.

⁴ Markedsandele opgøres normalt på baggrund af en virksomheds omsætning. Da der er tale om en tilsagnssag, hvor markedet ikke afgrænses endeligt, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen imidlertid valgt at benytte tilgængelige data om Scandlines og andre virksomheder, der tilbyder transport over de pågældende farvande, i stedet for at iværksætte en detaljeret markedsundersøgelse.

⁵ Det skal bemærkes, at en stor del af lastbilerne, der benytter Storebæltsbroen sandsynligvis ikke kører videre til Tyskland.

⁶ Kopi af standardaftale mellem HCS og Scandlines

delsbetingelser egnet til at være mere begrænsende end et forbud mod passivt salg, som ifølge den vertikale gruppefritagelsesforordning udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning.

33. Scandlines' forbud mod videresalg kan have hindret mindre aktører i at opnå fordelagtige rabatter, idet en aktør, der ikke selv har volumen nok til at opnå de højeste rabatter, afskæres fra at indgå i et indkøbssamarbejde med andre mindre aktører. Et sådant samarbejde vil kunne øge de mindre aktørers konkurrenceevne i forhold til de store aktører, der kan opnå de højeste rabatter. Rabatten for Scandlines kunder er i nogle kategorier op til [TAL] pct. årligt.⁷ Mindre vognmænd vil derfor have sværere ved at konkurrere med større aktører, der kan opnå en stor rabat i kraft af deres egne indkøb. Dette vil være skadeligt for konkurrencen og i sidste ende for forbrugerne.

34. Forbuddet mod videresalg af billetter kan således være et konkurrenceretligt problem i forhold til konkurrencelovens § 6.

3.5. Høringssvar⁸

35. Scandlines har oplyst, at forretningsbetingelserne er fra 1999. De har dengang været forelagt den daværende kontorchef i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og senere i 2002 været fremsendt til Europakommissionen i forbindelse med forlængelse af aftalerne vedrørende Helsingør-Helsingborg og Hansa-ruten. Forbuddet mod videresalg er indsat i standardaftalen senere, men man ved ikke hvordan, og hvornår dette er sket.

36. Scandlines har endvidere oplyst, at forbuddet ikke har været håndhævet, og at forretningsbetingelserne er under revision.

37. Scandlines har oplyst, at forbuddet mod videresalg er indført for at forhindre diskrimination mellem kunderne. Scandlines mener, at der kan opstå diskrimination, fordi visse kundesegmenter opnår en højere rabat end andre. Hvis de kunder, der opnår en høj rabat, videresælger billetter til kunder i andre segmenter, vil disse kunder opnå en større rabat end deres konkurrenter.

38. Det er styrelsens umiddelbare vurdering, at yderligere foranstaltninger for at forhindre diskrimination er unødvendige, idet Scandlines har samme rabatsystem til vognmænd, der er aktive inden for samme segment. Dermed synes Scandlines at have sikret sig, at Scandlines ikke diskriminerer aktører på det samme marked.

⁷ [...] Det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke konkret har taget stilling til Scandlines rabatsystem i nærværende sag.

⁸ Scandlines høringssvar

39. Det er endvidere ikke en legitim begrundelse, at en virksomhed begrænser konkurrencen for at undgå andre konkurrencebegrænsninger, som de ikke selv udøver. Hvis Scandlines mener, at der er risiko for, at de selv overtræder konkurrenceloven, må de ændre deres rabatstruktur i stedet.⁹

40. Scandlines har endvidere anført, de blot har stillet sig i en konkurrencemæssig position, der modsvarer Storebæltsforbindelsens, idet Storebæltsbroen har et tilsvarende forbud mod videresalg af BroBizz.

41. Det er korrekt, at Storebæltsbroen har et tilsvarende forbud. Transportministeren har imidlertid i 2010 som svar på en § 2, stk. 4-henvendelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at forbuddet er en direkte følge af lov.

42. Det skal hertil bemærkes, at Øresundsbron ikke har et sådan forbud. Øresundsbron har overvejet at få indført et lignende forbud, men har afholdt sig herfra på baggrund af udtalelser fra Kammeradvokaten, advokatfirmaet Vinge og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Både Kammeradvokaten og advokatfirmaet Vinge har således udtalt, at et forbud mod videresalg må antages være i strid med konkurrencelovens § 6 (artikel 101). Endvidere vil det være i strid med § 11 (artikel 102), hvis Øresundsbron måtte være dominerende.¹⁰

43. Scandlines har oplyst, at Øresundsbron siden åbningen har taget trafik fra Helsingør-Helsingborg ruten, og som eksempel på substitution, henvist til, at selskabet tidligere har haft dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvordan det skulle reagere på konkurrencen fra broen om en af selskabets største kunder.

44. Endelig har Scandlines henvist til Konkurrenceankenævnets kendelse i TV2-sagen.¹¹ I denne sag fandt Konkurrenceankenævnet, at et videresalgsforbud for Tv-reklamer ikke udgjorde et misbrug. Ankenævnet henviste til, at videresalgsforbud var almindeligt forekommende på mediemarkedet både i Danmark og i udlandet, samt at der var særlige forhold på markedet for Tv-reklamer som følge af produktets karakter.

45. Hertil skal det indledningsvis bemærkes, at Konkurrenceankenævnets kendelse i TV2-sagen er helt særlig i relation til forbud mod videresalg, idet der i den konkrete sag forelå helt særlige omstændigheder omkring

⁹ Jf. også T-30/89 – *Hilti*, hvoraf det fremgår, at Hilti ikke måtte nægte at levere med henvisning til sikkerhedsforskrifter.

¹⁰ Kammeradvokaten og det svenske advokatfirma Vinge afgav i 2007 en udtalelse til Øresundsbron om forbud mod videresalg. Udtalelsen udsprang af et ønske fra Øresundsbrons side om at indføre et sådant forbud. Udtalelsen tager udgangspunkt i, at Øresundsbron ikke er dominerende og Kammeradvokaten konkluderer, at en sådan bestemmelse om videresalgsforbud vil blive anset for at udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning.

¹¹ Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. april 2002, sag j.nr. 00-214.216

markedet og det udbudte produkt. Konkurrenceankenævnet anfører således, at forbud mod videresalg var almindeligt forekommende på mediemarkedet i Danmark og i andre lande, og at der var særlige forhold på markedet som følge af, at det ikke var sendetid, men kontakt til en individuelt aftalt gruppe seere, der blev udbudt.¹²

46. Konkurrenceankenævnets afgørelse i TV2-sagen er således meget konkret begrundet, og kan derfor ikke bruges som argument for, at det på helt andre områder skulle være tilladt at indføre videresalgsforbud, der i udgangspunktet anses for at udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning, jf. nedenfor afsnit 4.3.3.

4. Vurdering

4.1. Markedsafgrænsning

47. For at vurdere om der foreligger en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, er det nødvendigt at definere det relevante marked. Afgrænsningen af det relevante marked består i en afgrænsning af henholdsvis det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

48. Det følger af konkurrencelovens § 5 a, og af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked,¹³ at det relevante marked skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgsels- og udbuds-substitutionen - suppleret med undersøgelser af den potentielle konkurrence.

4.1.1. Det relevante produktmarked

49. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelsernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.¹⁴

50. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører. Dernæst afgrænses, hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.

¹² Jf. KAN's bemærkninger, pkt. 6.1.2.2. i afgørelsen

¹³ Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02).

¹⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 7.

51. I denne sag skal udgangspunktet for afgrænsningen af det relevante marked tages i den ydelse, som Scandlines' tilbyder. Scandlines tilbyder færgetransport af gods.¹⁵

52. Konkurrencerådet fandt i sin afgørelse af 27. februar 2002 – *DTL's klage over taksterne på Storebæltsforbindelsen* – at produktmarkedet overordnet kan afgrænses til markedet for infrastruktur til transport af gods. Infrastruktur omfatter i denne forbindelse færger, broer, fragtskibe og fly.

53. I nærværende sag kan det diskuteres om broer, fragtskibe og fly reelt er substituerbare ydelser i forhold til færgetransport. Således anfører Scandlines i forhold til Storebæltsbroen og Øresundsbron, at disse er i direkte konkurrence med Scandlines' færgeruter, dvs. at transport af gods over broerne er substituerbare i forhold til transport af gods med færger mellem henholdsvis Danmark og Sverige, og Danmark og Tyskland. Heroverfor anfører HCS, at broerne og færgerne ikke er i konkurrence med hinanden, da øgede kilometerkørsel gør broerne uinteressante for godskørsel. HCS mener derfor, at der er tale om to separate markeder.

54. For så vidt angår transport af gods med fly og fragtskib, er det anført i DTL-afgørelsen, at:

”Transport med fly er dyrt og anvendes derfor primært til transport af gods med højt værdiindhold og/eller meget kort holdbarhed. Transport med skib (bortset fra færger) kan anvendes i et vist begrænset omfang, hvor både afsender og modtager har nem adgang til en havn. Både fly- og søtransport skal som hovedregel suppleres med landtransport (lastbil)”¹⁶

55. Også i Kommissionens beslutning af 21. december 1993 om en nægtelse af adgang til anlæggene i Rødby Havn fremgår det, at der kun er ringe substitutionsmulighed mellem henholdsvis flytransport og færgetransport, samt fragtskibe og færger.¹⁷

56. Scandlines har i deres høringssvar oplyst, at der er tale om et marked i stadig udvikling, hvor også togtransport er en del af billedet. Scandlines har således oplyst, at Hennes & Mauritz Textilhandel Group anvender både tog og lastbiler til transport af containere afhængigt af om transporten sker mellem Skandinavien og det europæiske kontinent eller om transporten er lokal. Ligeledes transporterer IKEA en væsentlig del af deres møbler ved togtransport. Endelig transporterer Volvo biler også med fragtskibe. Den

¹⁵ Forbud mod videresalg fremgår ikke af Scandlines' forretningsbetingelser, der gælder for (alm. forbruger-) køb af billetter til transport af passagerer med eller uden bil. Markedsafgrænsningen ift. forbuddet mod videresalg, er således kun relevant for transport af gods.

¹⁶ Jf. præmis 64 i afgørelse af 27. februar 2002 – *DTL's klage over taksterne på Storebæltsforbindelsen*

¹⁷ Jf. sag 94/119/EF præmis 5-9

stadig mere udbredte anvendelse af containere og løstrailere betyder også en større substitution. Det er dog således Kommissionens transportpolitiske mål, at flytte godstransport fra landevejen til skib og tog. Graden af substitution varierer efter hvilke produkter der transporteres. Der kan f.eks. siges, at være tale om en betydelig forskel på formålet og tilgængeligheden ved at anvende fly og fragtskibe til transport af gods, i forhold til at anvende broerne og færgerne.

57. Det er herefter styrelsens umiddelbare vurdering, at der kan afgrænses et overordnet produktmarked for transport af gods, men at der i denne sag også kan argumenteres for, at produktmarkedet afgrænses snævert til transport af gods med færge.

58. Til brug for nærværende sag kan spørgsmålet om den endelige markedsafgrænsning for så vidt angår det relevante produktmarked under alle omstændigheder lades stå åben. Det skyldes, at de betænkeligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved Scandlines' videresalgsforbud, - og som vil være til stede ved både den bredest og snævrere mulige afgrænsning af produktmarkedet - vil blive imødekommet ved Scandlines' afgivelse af tilsagn.

4.1.2. Det relevante geografiske marked

59. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.¹⁸

60. I beslutning af 21. december 1993 om en nægtelse af adgang til anlæggene i Rødby Havn anfører Kommissionen, at transporten på færgeruten Rødby-Puttgarden udgør et særskilt marked. Dette skyldtes, er der ikke fandtes at være noget gyldigt alternativ til Rødby Havn for søtransport mellem Østdanmark og Tyskland og dermed hele Vesteuropa. Dengang gik over 87,9 % af al lastbiltrafikken, der foregik til søs, via Rødby. Primært på grund af de særligt gode motorvejsforbindelser mellem Rødby og Helsingør på den danske side, og de særligt gode motorvejsforbindelser fra Puttgarden videre til det Vesttyske motorvejsnet på den tyske side.¹⁹

61. Det bemærkes, at denne afgørelse er fra før Storebæltsbroen og Øresundsbron var opført. Kommissionen lader det stå åbent, hvorvidt åbningen af Storebæltsbroen vil ændre markedsdefinition, idet denne på afgørelsens tidspunkt først vil ske fem år senere, men det ændrer ikke på, at ruterne over

¹⁸ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 8.

¹⁹ Jf. sag 94/119/EF præmis 5-9

broerne medfører betydeligt flere kilometer for godstransporten, hvilket kan betyde at broerne ikke umiddelbart er substituerbare i forhold til færgerne. Scandlines oplyser, at selskabet på passagersiden har fået foretaget en konsulentundersøgelse, der viser, at Storebæltsbroen i et betydeligt omfang tager trafik fra Rødby-Puttgarden.

62. Scandlines har tilkendegivet, at de mener, at Storebæltsbroen er i konkurrence med Rødby-Puttgarden og Gedser-Rostock ruterne. Dette begrundes med, at trafikmængden på de to færgeoverfarter er faldet efter broens åbning.

63. Ligeledes mener Scandlines, at Øresundsbron er i konkurrence med overfarten Helsingør-Helsingborg. HCS mener imidlertid, at Øresundsbron og færgeoverfarten ikke er i konkurrence med hinanden, da øgede kilometerkørsel gør broen uinteressant for godskørsel. HCS mener derfor, at der er tale om separate markeder.

64. Såfremt hver af de to broer er på samme geografiske marked som hver af færgeoverfarterne, har Scandlines (der nu har overtaget HH-Ferries tidligere kunder) en markedsandel på 54,3 pct. på lastbiltrafikken over Øresund, samt 22,4 pct. på lastbiltrafikken over Storebælt/til Tyskland, jf. figur 3 i afsnit 3.3.

65. Fra fællesskabspraksis kan i øvrigt nævnes Sea Containers mod Stena Sealink, der drejede sig om færgetrafikken mellem Storbritannien og Irland. I denne sag undersøgte Kommissionen, om markedet skulle afgrænses til samtlige (3) færgeruter mellem England og Irland, men nåede frem til, at markedet skal afgrænses til den konkrete rute, da de andre ruter ikke udgør et gyldigt alternativ og derfor ikke reelt er substituerbare hermed.²⁰

66. Det er styrelsens vurdering, at det geografiske marked i nærværende sag som udgangspunkt kan afgrænses til den pågældende rute. Det vil sige, at der er tale om tre separate markeder; 1) Helsingør-Helsingborg, 2) Rødby-Puttgarden og 3) Gedser-Rostock. Det kan dog overvejes om markederne evt. kan afgrænses bredere til transportforbindelser mellem henholdsvis Danmark og Sverige, og Danmark og Tyskland.

67. Da de konkurrenceretlige betæneligheder, som styrelsen har i denne sag, - og som vil være til stede på både det snævrere og bredest mulige afgrænsede geografiske marked - vil blive imødekommet af Scandlines' tilfald, finder styrelsen imidlertid, at en endelig afgrænsning af det geografiske marked kan lades stå åben.

²⁰ Jf. 94/19/EF præmis 11-14.

4.1.3. Konklusion vedr. markedsafgrænsning

68. Det er styrelsens umiddelbare vurdering, at det relevante produktmarked overordnet kan afgrænses til transport af gods via færgeoverfarter, broer, skibe og fly, der geografisk enten er afgrænset til de enkelte ruter eller til substituerbare ruter. Meget taler imidlertid for, at det relevante marked i nærværende sag kan afgrænses snævrere; til transport af gods med færger.

69. Til brug for nærværende sag kan spørgsmålet om den endelige markedsafgrænsning under alle omstændigheder lades stå åben. Det skyldes, at de betænkeligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved Scandlines' videresalg forbud, - og som vil være til stede ved både den bredest og snævrere mulige afgrænsning af produktmarkedet - vil blive imødekommet ved Scandlines' afgivelse af tilsagn.

4.2. Samhandelspåvirkning

70. Efter Rådets forordning nr. 1/2003,²¹ skal det undersøges, om en eventuelt konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende EF-Traktatens konkurrenceregler.

71. Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en eventuelt konkurrencebegrænsende aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen skal påvirkes mærkbart.²²

72. Scandlines' forbud mod videresalg af billetter angår transport af gods med færge på overfarterne mellem henholdsvis Danmark og Sverige, og Danmark og Tyskland. Da Scandlines' færgeruter går mellem Danmark og henholdsvis Sverige og Tyskland, er der tale om handel med tjenesteydelser mellem to eller flere medlemsstater.

73. EU-Domstolen har i praksis fastslået at misbrugsformer, som berører virksomheder, der udfører transport mellem to medlemsstater, er egnet til at påvirke samhandelen mærkbart. Således anførte Domstolen i sag C-18/93, der handlede om en lodsforenings prisfastsættelse for dennes ydelser i Genova havn, at:

²¹ Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002, som trådte i kraft den 1. maj 2004, om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 101 og 82.

²² Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 101 og 82 (2004/C 101/07).

*”Den diskriminerende praksis, [...], kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, idet den berører virksomheder, der udfører transport mellem to medlemsstater.”*²³

74. På baggrund af ovenstående er vurderes det umiddelbart, at Scandlines’ forbud mod videresalg, er egnet til at have en mærkbar påvirkning af samhandlen mellem medlemsstater.

75. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke foretaget en endelig vurdering af, hvorvidt videresalgsforbudet har haft til formål eller følge at begrænse konkurrencen *mærkbart*. Det skyldes, at de konkurrenceretlige betænkkeligheder ved videresalgsforbudet bliver løst ved Scandlines’ tilsagn.

76. Udkast til afgørelse i sagen har imidlertid været forelagt Europa-kommissionen, der ikke har ønsket at indlede procedure efter artikel 11, stk. 6, i forordning 1/2003. Konkurrencerådet kan derfor træffe afgørelse i denne sag.

4.3. Konkurrencelovens § 6 og EUF-traktatens artikel 101

77. Konkurrencelovens § 6 og EUF-traktatens artikel 101 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

78. Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen *mærkbart*, jf. konkurrencelovens § 6 og artikel 101.

79. Der er som udgangspunkt 4 betingelser, der skal være opfyldt for, at forbudet i konkurrencelovens § 6 og artikel 101 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder, der (ii) indgår en aftale/indgår en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøver samordnet praksis, som (iii) har til formål eller følge at begrænse konkurrencen (iv) *mærkbart*.

80. Ved vurderingen af, om disse 4 betingelser er opfyldt, skal fællesskabspraksis inddrages.

4.3.1. Virksomhedsbegrebet

81. Forbudet i konkurrencelovens § 6 og artikel 101 omfatter ”virksomheder”. Dette begreb fortolkes meget bredt. Det følger således direkte af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at lovens forbud gælder for enhver form for erhvervsvirksomhed. Det er desuden præciseret i forarbejderne, at det om-

²³ Jf. præmis 44. Se også C-242/95 GT-Link mod DSB præmis 45.

fatter ”enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester”²⁴. Det følger ligeledes af EU-Domstolens praksis, at virksomhedsbegrebet omfatter: ”enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde”.²⁵

82. Scandlines udøver økonomisk aktivitet i form af transport af gods og passagerer på færgeoverfarterne mellem Helsingør - Helsingborg, Rødby – Puttgarden og Gedser – Rostock.

83. Det kan således lægges til grund i nærværende sag, at Scandlines er en virksomhed i overensstemmelse med dansk og EU-konkurrenceret.

4.3.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

84. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, og det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt f.eks. ”gentlemen’s agreements.” Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Der stilles indenfor konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftalparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende, om virksomhederne har følt sig forpligtet - juridisk, faktisk eller moralsk - til at udvise den aftalte adfærd.²⁶ Dog er det hér som i andre sager således, at skriftlige aftaler, som udgangspunkt udgør juridisk bevis for, at der er indgået en aftale.

85. I nærværende sag er der tale om indgåelse af adskillige skriftlige fragtaftaler mellem Scandlines og deres kunder. Aftalerne er baseret på Scandlines’ standard-fragtaftale, hvoraf forbuddet mod videresalg af billetter fremgår af handelsbetingelserne.

4.3.3. Til formål eller følge at begrænse konkurrencen

86. En aftale omfattes kun af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis aftalen direkte eller indirekte enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

87. Forbuddet kan udgøre et konkurrenceretligt problem i forhold til konkurrencelovens § 6. Det skyldes, at en begrænsning af videresalget af en vare eller en tjenesteydelse kan hæmme konkurrencen, jf. nedenfor.

²⁴ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653.

²⁵ Jf. EU-Domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90 Höfner & Elser, præmis 21.

²⁶ Jf. eksempelvis Rettens dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200.

88. Hvis aftalen ikke har til formål at begrænse konkurrencen, skal det undersøges, om aftalen har til følge at begrænse konkurrencen. Der skal i den forbindelse foretages en konkret vurdering af aftalen.

89. Det fremgår af Konkurrenceankenævnets afgørelse i ITD-sagen, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, når:

*”... tiltaget efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrence-skadelige virkninger, at det til imødegåelse heraf ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.”*²⁷ (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning)

90. Det skal derfor undersøges, hvorvidt denne betingelse er opfyldt.

91. Kommissionens vertikale gruppefritagelse²⁸ er implementeret i dansk ret. Det fremgår af gruppefritagelsen, hvilke aftaler, der muligvis er i strid med artikel 101, stk. 1, men som altid vil kunne undtages efter artikel 101, stk. 3. Gruppefritagelsen finder kun anvendelse på aftaler, hvor leverandøren og kunden har en markedsandel på mindre end 30 pct. af det relevante marked. Det fremgår af gruppefritagelsen, at aftaler, der ikke indeholder en række alvorlige begrænsninger af konkurrencen, der er listet i gruppefritagelsen, er lovlige. Indeholder aftalen imidlertid bare én af de alvorlige begrænsninger, kan aftalen ikke fritages fra forbuddet i artikel 101, stk. 1, via gruppefritagelsen. I så fald skal der foretages en konkret vurdering af aftalen. Aftaler, der ikke falder under gruppefritagelsen, er derfor ikke nødvendigvis ulovlige.

92. Afhængig af markedsafgrænsningen vil Scandlines muligvis på ét marked være omfattet af den vertikale gruppefritagelse for så vidt angår selve markedsandelen, jf. figur 3 i afsnit 3.3. Videresalgsforbudet kan imidlertid udgøre én af de typer særligt grove overtrædelser af konkurrenceretten, der specifikt ikke er undtaget af den vertikale gruppefritagelse.

93. Kommissionen har i en afgørelse vedrørende hindring af videresalg af kaffebønner konkret fundet, at et sådan forbud var i strid med traktatens artikel 101.²⁹ Sagen drejede sig om en aftale indgået mellem det colombianske kaffeforbund og deres aftagere af kaffebønner. Det fremgik af aftalen, at aftagerne var forpligtet til at anvende bønnerne selv og dermed ikke måtte videresælge bønnerne. Kaffeforbundet ophævede efterfølgende forbuddet, men indførte i stedet en bestemmelse om, at kaffeforbundet skulle godkende videresalg af bønnerne.

²⁷ Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. november 2009 – *International Transport Danmark (ITD) mod Konkurrencerådet*, pkt. 6.3.

²⁸ Jf. Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010

²⁹ Jf. Kommissionens afgørelse af 10. december 1982, sag IV/30.077 – *Cafeteros de Colombia*.

94. Kommissionen fandt, at forbuddet i de ændrede aftaler begrænsede konkurrencen i betydelig grad. Kommissionen undersøgte ikke, om forbuddet havde til følge at begrænse konkurrencen. Kommissionen har dermed lagt til grund, at forbuddet havde til formål at begrænse konkurrencen på det relevante marked. Forbuddet har med andre ord haft et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det har haft til formål at begrænse konkurrencen, jf. ITD-sagen ovenfor.

95. Kommissionen udtalte, at:

”Den omstændighed, at det i den nye artikel 15 er fastsat, at ”this authorization will not be unreasonably withheld”, betyder ikke at FNC giver afkald på sin veto. Med andre ord forbyder eller begrænser disse aftaler salg af råkaffe fra ét kafferisteri til et andet og fra en videreforhandler til et kafferisteri, som ikke er godkendt.

Konkurrencen på markedet for columbiansk råkaffe, der afsættes af FNC, er derfor, om end ikke fjernet, så i hvert tilfælde påvirket i betydelig grad.

Denne indskrænkning af kafferisteriernes og videreforhandlernes økonomiske frihed må betragtes som en begrænsning af konkurrencen inden for Det europæiske Fællesskab i den i traktatens artikel [101, stk. 1], anførte betydning.”³⁰

96. Kommissionen henviste bl.a. til, at de forskellige kunder ikke kunne gå sammen om at købe grønne kaffebønner og dermed opnå større rabatter end de kunne opnå hver for sig:

”Gennem samlede indkøb ville kafferisterierne både kunne skaffe sig råkaffe til eget brug og afsætte råkaffe på markedet på gunstigere vilkår, hvilket igen kunne have fået indvirkning på salgsprisen for brændt kaffe.

Den konkurrencebegrænsning, der er omtalt under punkt 1 [præmis 37-39 ovenfor], forøges således ved, at også forbrugerpriserne berøres.”³¹

97. Scandlines’ forbud mod videresalg svarer til det forbud, som det colombianske kaffeforbund havde inden ændringen af aftalerne. Scandlines kontrollerer dermed ikke ”kun” videresalget – som det colombianske kaffeforbund gjorde efter ændringen af aftalen – men forbyder det helt. På den baggrund er Scandlines’ forretningsbetingelser mere begrænsende, end de

³⁰ Jf. Kommissionens afgørelse af 10. december 1982, sag IV/30.077 – *Cafeteros de Colombia*, præmis 37-39.

³¹ Jf. Kommissionens afgørelse af 10. december 1982, sag IV/30.077 – *Cafeteros de Colombia*, præmis 41-42.

betingelser Kommissionen fandt, havde til formål at begrænse konkurrencen i sagen mod det colombianske kaffeforbund. Dette taler for, at Scandlines' forretningsbetingelser har til formål at begrænse konkurrencen.

98. Det fremgår endvidere af praksis – eksempelvis OK/DK-sagen³² – at bindende videresalgspriser har til formål at begrænse konkurrencen. I tilfældet med bindende videresalgspriser hæmmer leverandøren ikke selve videresalget af varen eller tjenesteydelsen, men ”kun” prisen. Scandlines pålægger i forretningsbetingelserne, at billetterne slet ikke videresælges. Scandlines' forretningsbetingelser kan på denne baggrund ses at være mere begrænsende end et forbud mod bindende videresalgspriser, da der er tale om fuld kontrol over næste omsætningsled. Også dette forhold taler for, at et forbud mod videresalg har til formål at begrænse konkurrencen.

99. Ovenstående viser umiddelbart, at forretningsbetingelserne, der indeholder et forbud mod videresalg har til formål at begrænse konkurrencen, da de har ”*et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det til imødegåelse heraf ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger*”, jf. ITD-sagen.³³

100. Det er derfor ikke nødvendigt at påvise, at forbuddet har haft den følge, at konkurrencen er blevet påvirket mærkbart.

101. Umiddelbart kan det ikke udelukkes, at Scandlines' videresalgsforbud har til formål og/eller til følge at begrænse den effektive konkurrence. I samme forbindelse kan det heller ikke udelukkes, at Scandlines' videresalgsforbud udgør et forbud mod passivt salg, der har til formål at begrænse den effektive konkurrence.

102. Til brug for nærværende sag kan spørgsmålet om Scandlines' aftaler har til formål og/eller til følge at begrænse den effektive konkurrence lades stå åben. Det skyldes, at de konkurrenceretlige betænkeligheder ved videresalgsforbudet vil blive løst ved Scandlines' tilsagn.

4.3.4. Mærkbar konkurrencebegrænsning

103. Hvis en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det som sagt ikke nødvendigt at påvise, at aftalen har haft konkurrencebegrænsende virkninger. I overensstemmelse hermed er der en formodning for at, forbuddet i aftalerne opfylder reglernes krav om mærkbarhed. I tilfælde af at Scandlines' aftaler ikke har til formål, med derimod til følge at begrænse den effektive konkurrence, skal det vurderes, om aftalen er egnet til at have eller få mærkbare virkninger.

³² Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 29. april 2009 – OK/DK's pristilkendegivelser.

³³ Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. november 2009 – *International Transport Danmark (ITD) mod Konkurrencerådet*, pkt. 6.3.

104. Det er således en betingelse for anvendelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6 og artikel 101, at en til følge-konkurrencebegrænsning er mærkbar. Det vil sige, at en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.

105. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, beror dels på en kvantitativ og en kvalitativ vurdering.

106. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af konkurrencelovens § 7 og Kommissionens bagatelmeddelelse³⁴. Dette vil blive gennemgået nærmere nedenfor i afsnit 4.4.

107. Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav, og beror på en helhedsvurdering af den omtvistede aftale eller adfærds betydning for konkurrencen - set i den retlige og økonomiske kontekst, hvori den indgår³⁵.

108. Den kvalitative mærkbarhed vil bl.a. afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, det pågældende markeds særlige kendetegn, om samarbejdet har en særlig stilling på en del af markedet,³⁶ adgangsbarrierer til markedet, osv.

109. En alvorlig konkurrencebegrænsning vil være mere egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart end en mindre grov overtrædelse. Ved alvorlige konkurrencebegrænsninger gælder der således en generel formodning for mærkbarhed.

110. Såfremt det geografiske marked afgrænses til transport af gods mellem henholdsvis Danmark og Sverige samt Danmark og Tyskland, vil videresalgforbuddet i samtlige aftaler kunne påvirke konkurrencen på hele det relevante geografiske marked i betydeligt omfang. Forbuddet mod videresalg vil derfor kunne være egnet til at påvirke/begrænse konkurrencen mærkbart.

111. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer umiddelbart, som redegjort for i afsnit 4.3.3., at det ikke kan udelukkes, at Scandlines' forbud mod videreslag kan udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning. I overens-

³⁴ Kommissionens meddelelse om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 101, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07).

³⁵ Jf. f.eks. Retten' dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 m.fl., *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, præmis 136.

³⁶ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, *Møns Bank m.fl.*

stemmelse hermed er der en formodning for at, forbuddet i aftalerne opfylder reglernes krav om mærkbarhed.

112. Endvidere kan forbuddet allerede have haft til følge at konkurrencen er blevet begrænset (mærkbart), idet nogle aktører kan have afholdt sig fra at indgå indkøbssamarbejder pga. forbuddet. Hvis det er tilfældet vil forbuddet have afholdt aktørerne fra en mulighed for at sænke deres omkostninger, hvilket ville kunne komme slutkunderne til gode. Det er dog ikke muligt at dokumentere, hvorvidt aktører har overholdt forbuddet og det er på den baggrund ikke muligt at opgøre den økonomiske skadevirkning. Det er som nævnt også tilstrækkeligt at påvise at aftalen/videresalgsforbuddet har til formål at begrænse konkurrencen.

113. Scandlines og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er bekendt med, at flere aktører har handlet imod forbuddet og har videresolgt billetter, dette kunne indikere at andre aktører har haft samme ønske, men på grund af forbuddet i standardaftalen med Scandlines har afholdt sig herfra. Der kan således have foreligget en skadevirkning.

114. Til brug for nærværende sag kan den endelige vurdering af, om videresalgsforbuddet har haft til formål eller følge at begrænse konkurrencen *mærkbart* imidlertid lades stå åben. Det skyldes at de konkurrenceretlige betænkkeligheder ved forbuddet imødegås ved Scandlines' tilsagn.

4.3.5. Konklusion vedr. § 6 og artikel 101

115. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder, at der er meget som taler for, at videresalgsforbuddet i Scandlines' forretningsbetingelser har haft til formål at begrænse konkurrencen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger herved vægt på, at forbuddet ikke blot kontrollerer videresalget, men faktisk helt forbyder det. Forbuddet er således egnet til at være begrænsende for konkurrencen både for de umiddelbare købere og for de endelige købere, da et forbud mod videresalg også synes at indeholde et forbud mod passivt salg, der på tilsvarende vis er en til formål-overtrædelse.

116. Til brug for nærværende sag kan spørgsmålet om Scandlines' videresalgsforbud har til formål og/eller til følge at begrænse den effektive konkurrence lades stå åben. Det skyldes, at de konkurrenceretlige betænkkeligheder ved videresalgsforbuddet vil blive løst ved Scandlines' tilsagn.

4.4. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 / Kommissionens bagatelmeddelelse

117. Det følger af konkurrencelovens § 7, stk. 1 samt Kommissionens bagatelmeddelelse,³⁷ at visse konkurrencebegrænsende aftaler er undtaget fra forbuddet i § 6 og artikel 101, hvis de deltagende virksomheder har en vis mindre omsætning og/eller markedsandel.

118. Det fremgår imidlertid af Konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 1, at undtagelsen fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 ikke gælder, hvor virksomhederne eller sammenslutningen af virksomheder aftaler, samordner eller vedtager priser, avancer mv. for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser. Aftaler om samordning af priser er således ikke omfattet af undtagelsen i § 7, stk. 1.

119. Endvidere fremgår det af Kommissionens bagatelmeddelelse, at det er Kommissionens opfattelse, at aftaler mellem små og mellemstore virksomheder sjældent vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

120. Aftaler mellem disse virksomheder er derfor som udgangspunkt helt undtaget forbuddet i Traktatens artikel 101, stk. 1. Små og mellemstore virksomheder er defineret som virksomheder, som har færre end 250 ansatte og som har enten en årlig omsætning, der ikke overstiger 40 millioner euro, eller en årlig samlet balance, der ikke overstiger 27 millioner euro. Det bemærkes i denne sammenhæng at Scandlines omsætning i 2009 oversteg 40 millioner euro (hvilket svarer til ca. 300 mio.kr.), idet omsætningen var på 966,6 mio. kr. jf. afsnit 3.2.

121. Det skal endvidere bemærkes, at reglerne i Kommissionens bagatelmeddelelse ikke finder anvendelse på alvorlige overtrædelser af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Denne type konkurrencebegrænsninger er som udgangspunkt egnede til at have mærkbare virkninger, uanset parternes markedsandele.³⁸ Det fremgår således af Kommissionens bagatelmeddelelse, artikel 11, at bagatelreglerne bl.a. ikke gælder for aftaler der direkte eller indirekte har til formål at fastsætte priser for salg af produkter til tredjemand.

122. Såfremt Scandlines' videresalgsforbud antages at udgøre en alvorlig begrænsning af konkurrencen, er forbuddet således ikke undtaget fra konkurrencereglerne, § 6 og artikel 101, efter retningslinjerne i Kommissionens bagatelmeddelelse. I så fald finder bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7 og i Kommissionens bagatelmeddelelse ikke anvendelse.

³⁷ Kommissionens meddelelse om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 101, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07).

³⁸ Jf. dog minimumsgrænsen for mærkbarhed for så vidt angår små og mellemstore virksomheder i Kommissionens bagatelmeddelelse artikel 3 og NAAT-reglen i samhandelspåvirkningsmeddelelsens punkt 52

5. Konklusion

123. På baggrund af drøftelser mellem Scandlines og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har Scandlines afgivet tilsagn om, at ophøre med at anvende forbud mod videresalg af billetter som del af deres forretningsbetingelser.

124. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at Scandlines' tilsagn imødekommer de betænkeligheder, som styrelsen har i relation til konkurrencelovens § 6 og artikel 101. Det indstilles derfor, at Konkurrencerådet gør Scandlines' tilsagn bindende, jf. konkurrencelovens § 16a.

6. Afgørelse

125. Det vurderes, at de af Scandlines afgivne tilsagn af 3. september 2010 imødekommer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens betænkeligheder i forhold til en mulig overtrædelse af konkurrenceloven og EF-traktaten i form af forbud mod videresalg af billetter.

126. Det indstilles på den baggrund, at de afgivne tilsagn gøres bindende fra og med 27. oktober 2010, jf. konkurrencelovens § 16 a, stk. 1.