

Misbrug af dominerende stilling

1 Generelt

En virksomhed eller sammenslutning af virksomheder kan opnå en så stor indflydelse, at der opnås mulighed for at misbruge den til at udøve en konkurrencebegrænsende kontrol med markedet. Dette gælder såvel offentligt som privat ejede erhvervsvirksomheder.

Selv om det ikke i sig selv er ulovligt at besidde en dominerende stilling på et marked, er der begrænsninger på, hvad denne position kan anvendes til, jf. konkurrencelovens § 11. Nedenfor gives en kort beskrivelse af de centrale begreber i dette forbud mod misbrug af en dominerende stilling, virksomheders muligheder at for en vurdering af spørgsmålet, samt sanktionerne ved overtrædelse.

2 Begrebet "Dominerende stilling"

Ved dominerende stilling forstås en økonomisk magtposition, som gør virksomheden i stand til ensidigt at handle på en måde eller i en skala, som ikke ville være mulig under sædvanlige markedsvilkår. Det er således karakteristisk for virksomheder med dominerende stilling at de i betydeligt omfang og over længere tid kan handle uden hensyntagen til konkurrenternes og kundernes reaktion. Altså at konkurrenter og kunder på deres side i betydelig grad ikke evner at påvirke den dominerende virksomheds adfærd, men blot passivt må indrette sig på den. Den effektive konkurrence er derfor sat ud af kraft, og da markedskræfterne følgelig ikke evner at imødegå misbrug fra den dominerende virksomhedens side, kan et sådant misbrug imødegås efter konkurrencelovens § 11.

Den dominerende stilling indtages på et bestemt relevant produktmarked, som afgrænses konkret for det enkelte produkt, jf. konkurrencelovens § 5. En virksomhed kan således være dominerende på et eller flere markeder, og samtidig ikke på andre. Fremstiller en virksomhed f.eks. en maskine, som den er eneste producent af, og leverandør af specielle reservedele til, vil virksomheden være dominerende på markedet for reparation af den pågældende maskine. Uden nødvendigvis at være det i forhold til selve salget af maskiner, hvis der findes andre producenter, der sælger samme type af maskiner, som kan udfylde samme funktion.

En dominerende stilling kan være en følge af en høj markedsandel, idet virksomheder, som har en markedsandel på over 40 % ofte – men langt fra altid - vil besidde en dominerende indflydelse på markedet, alene i kraft af deres massive tilstedeværelse på det. Er der tale om et marked, der konsekvent er særligt åbent for konkurrence, vil selv en massiv tilstedeværelse dog ikke medføre dominerende stilling, da konkurrencen fortsat er effektiv over for virksomheden. Er der tale om et faktisk monopol, hvor der slet ikke er nogen konkurrenter, vil der dog alene i kraft af dette være tale om en dominerende stilling.

Omvendt kan virksomheder med mindre markedsandele også besidde en dominerende stilling, hvis markedsforholdene giver dem kontrollerende indflydelse. F.eks. kan en virksomhed, der kun besidder en markedsandel på 25 % blive anset for dominerende, hvis der på markedet i øvrigt kun er meget små virksomheder, hvis det er svært for nye konkurrenter at etablere sig, hvis virksomheden har en særlig stor kapital at trække på, hvis den har enerettigheder, som de andre konkurrenter er afhængige af mv., og disse faktorer tilsammen indebærer, at virksomheden ikke kan udsættes for en effektiv konkurrence på markedet. Det er derfor ikke kun virksomhedens egne egenskaber, der er relevante for vurderingen, men også markedets. Særligt om der findes jævnbyrdige konkurrenter på markedet, og hvor let nye konkurrenter kan etablere sig.

Der vil kun sjældent være anledning til at statuere dominerende stilling for virksomheder, hvis markedsandel ligger på under 25 %, om end det ikke er udelukket. Endvidere vil selv en meget høj markedsandel på et helt nyt marked sjældent være nok, når det må forventes at konkurrenter relativt let kan og vil etablere sig.

En enekoncession på et marked indebærer i sig selv en dominerende stilling. Også en servicekontrakt kan medføre en sådan garanteret og uomgængelig tilstedeværelse på markedet, at virksomheden i betydeligt omfang kan handle uafhængigt af konkurrenter og kunder, og derfor indtager en dominerende stilling.

Er en virksomhed i tvivl om hvorvidt den indtager en dominerende stilling, kan der rettes forespørgsel til Konkurrencenævnet herom, jf. nedenfor.

3 Begrebet "misbrug"

Hvis en virksomhed besidder en dominerende stilling, må den ikke misbruge denne til at begrænse eller fordreje konkurrencen på markedet. Der vil være tale om at udvise en adfærd, som ikke kunne lade sig gøre under almindelige markedsmekanismer mellem forholdsvis jævnbyrdige parter, men som kun lader sig gøre i kraft af, at en effektiv konkurrence er fraværende på markedet. Hvis en adfærd også kunne udvises på et marked, hvor det var dominerende markedskræfter, vil der som udgangspunkt kun sjældent kunne tales om et misbrug af dominerende stilling. Det kan dog godt være tilfældet, jf. f.eks. nedenfor om dominerende virksomheders brug af loyalitetsrabat, hvor den dominerende stilling medfører, at sådanne - normalt lovlige - markedsføringstiltag ikke altid kan anvendes, da de på baggrund af skalaforholdene kan være egnede til at forvride konkurrencen.

En virksomhed må dog som udgangspunkt gerne gøre brug af de fordele som dens størrelse i medfør af de sædvanlige markedsmekanismer indebærer, f.eks. i form af stordriftsfordele og ydelse eller modtagelse af omkostningsbestemte mængderabatter. Det afgørende er, at konkurrenternes manglende reaktionsmuligheder ikke misbruges til at skade, ekskludere, eller udnytte dem eller andre på en måde, som markedskræfterne ville forhindre på et marked med effektiv konkurrence. Eller som (yderligere) mindsker konkurrencen på markedet.

Konkurrencelovens § 11, stk. 2 indeholder flere eksempler på aftaler og adfærd, der kan karakteriseres som misbrug. Der er ikke tale om en udtømmende opregning. Som eksempel nævnes bl.a. fastsættelse af urimeligt høje priser, som slet ikke kunne opretholdes, hvis det havde været de almindelige markedsmekanismer på et marked med en normal konkurrence, der havde været prisstyrende. Omvendt er fastsættelse af urimeligt lave og urentable priser også et misbrug, når det sker for helt at eliminere mindre kapitalstærke konkurrenter fra markedet og derefter hæve priserne igen (prisdumping). Også manglende produktudvikling kan udgøre misbrug, f.eks. hvor den dominerende virksomhed opkøber alle relevante patenter, ikke for selv at udvikle sine produkter, men for at forhindre konkurrenterne i at gøre brug af dem til skabe udvikling og konkurrence på markedet.

I samhandlen med andre virksomheder må den dominerende virksomhed ikke anvende urimelige vilkår, som den alene kan påtvinges samarbejdspartnerne i kraft af sin kontrol med markedet. Der kan f.eks. være tale om at tvinge handelspartnere til også at købe ikke-relaterede varer, hvis de vil købe den vare de efterspørger. Hvis den dominerende virksomhed kontrollerer centrale infrastrukturfaciliteter eller immaterielle rettigheder, som konkurrenter nødvendigvis må betjene sig af, hvis de skal ind på markedet, vil nægtelse af at indgå aftale om brugen af disse til normal markedspris udgøre misbrug af dominerende

stilling. Også leveringsnægtelser af mere almindelige produkter, der har væsentlig betydning for samhandelspartneren (f.eks. en markedsledende mærkevare) vil kræve, at den dominerende virksomhed har en saglig og rimelig grund til at afslå leverancen.

Der gælder endvidere særlige krav til ligebehandling af de forskellige handelspartnere. Handelspartnere og tilbudte vilkår kan fortsat differentieres i overensstemmelse med saglige hensyn, der også ville være til stede i en konkurrencemæssig normalsituation. Men der må ikke herudover ske forskelsbehandling til skade for konkurrencen. Ydes der f.eks. særlige rabatter til virksomheder, som konsekvent kun handler med den dominerende virksomhed, kan dette udgøre et misbrug af den dominerende stilling. Ligeledes kan eksklusivaftaler, hvorefter handelspartnere kun må købe hos den dominerende virksomhed, udgøre et misbrug. Det samme er tilfældet ved præmiering af virksomheder, som dropper deres hidtidige leverandør til fordel for den dominerende virksomhed. Der gælder således en særlig forpligtelse for den dominerende virksomhed til ikke at være for aktiv med tiltag, som har til formål yderligere at øge markedsconcentrationen og svække den allerede begrænsede konkurrence (om end den ikke har pligt til at afvise kunder, der af egen drift vil skifte over til den).

Også udnyttelse af en dominerende stilling på ét marked til at forbedre sin stilling på et andet marked omfattes af forbuddet i § 11. Der kan f.eks. være tale om at en virksomhed tildeler kunder på det marked, den ikke dominerer, særlige fordele ved indkøb hos virksomheden af varer på det dominerede marked.

Samlet set er mængden af forskellige adfærds- og aftaletyper, der kan udgøre misbrug af dominerende stilling, som nævnt ubegrænset. Opsummerende er der tale om adfærd der:

- Skader, ekskluderer eller udnytter aktuelle eller potentielle konkurrenter, samhandelspartnere eller forbrugere,
- Udøves i kraft af en økonomisk magtposition på et marked, og
- Er egnet til at begrænse eller fordreje konkurrencen på det relevante marked.

Er en virksomhed i tvivl om hvorvidt en adfærd, et aftalevilkår mv. vil udgøre misbrug af dominerende stilling, kan der rettes forespørgsel til Konkurrencenævnet herom, jf. nedenfor.

4 Vurdering af "dominerende stilling"

Da afgrænsningen af de ovenstående begreber ikke altid er let for den enkelte virksomhed, er det muligt at få vurderet, om ens virksomhed indtager en dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 5.

En virksomhed eller sammenslutning af virksomheder kan *efter forespørgsel* (Anmeldelsesblanket K1) få udstedt en erklæring fra konkurrencenævnet om den/de indtager en dominerende stilling på et bestemt marked. Hvis Konkurrencenævnet erklærer, at virksomheden ikke har en dominerende stilling, er denne erklæring bindende for nævnets vurdering af spørgsmålet, indtil den tilbagekaldes. Virksomheden vil derfor blive varslet via tilbagekaldelsen, hvis forholdene efter Konkurrencenævnets opfattelse har ændret sig så meget, at virksomheden nu indtager en dominerende stilling på det pågældende marked.

Hvis virksomheden forsætligt eller groft uagtsomt har afgivet vildledende eller mangelfulde oplysninger til brug for vurderingen, er erklæringen ugyldig. Der behøver derfor i denne situation ikke ske nogen

tilbagekaldelse, før misbrug af dominerende stilling kan sanktioneres. Afgivelsen af vildledende oplysninger om forholdet kan herudover sanktioneres selvstændigt, jf. konkurrencelovens § 29, stk. 1, nr. 10.

5 Vurdering af ”misbrug af dominerende stilling”

Alternativt kan en eller flere virksomheder *afgive forespørgsel om* (Anmeldelsesblanket K1) hvorvidt en konkret adfærd vil udgøre misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 4.

Ved en sådan forespørgsel tages stilling til om der aktuelt foreligger en dominerende stilling på det marked adfærden vedrører, og i givet fald om adfærden udgør et misbrug. Konkurrencenævnet vurderer spørgsmålene på baggrund af medsendte oplysninger, og andre forhold nævnet har kendskab til. Hvis nævnet på baggrund af disse forhold vurderer, at adfærden ikke falder ind under § 11, udstedes der en erklæring herom. Dette er en såkaldt negativattest.

En erklæring om at adfærden, ud fra de forhold nævnet har kendskab til, ikke er omfattet af § 11, er ikke en eviggyldig afgørelse. Konkurrencenavnets erklæring indebærer ikke, at spørgsmålet er afgjort indtil en tilbagekaldelse. Andre forhold, som virksomheden ikke har oplyst – eller ikke har kunnet oplyse – om, kan medføre, at adfærden alligevel er omfattet.

En erklæring vil dog afskære konkurrencemyndighederne fra at gribe ind på baggrund af de forhold, der lå til grund for erklæringen. Hvis en virksomhed loyalt har oplyst om alle forhold, som virksomheden har og burde have kendskab til af relevans for vurderingen, vil der normalt ikke blive tale om sanktionering eller erstatningsansvar i anledning af adfærden, selv hvis erklæringen senere måtte blive tilsidesat.

Det bemærkes, at en erklæring om, at en adfærd ikke udgør misbrug af dominerende stilling principielt ikke tager stilling til, hvorvidt adfærden er i overensstemmelse med kravet om at udvise god markedsføringskik efter markedsføringsloven.

6 Sanktionerne ved overtrædelse

Forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling kan sanktioneres med betydelige bøder. Ligeledes kan forsætlig eller uagtsom overtrædelse medføre erstatningsansvar over for de berørte konkurrenter eller samhandelspartnere. Domme og afgørelser mod virksomheder kan endvidere offentliggøres.

I alle tilfælde kan der meddeles påbud om at ophøre med overtrædelsen, enten straks eller fra en nærmere fastsat dato. Har en virksomhed under sagen afgivet tilsagn om at foretage eller ikke foretage en bestemt adfærd, kan dette tilsagn gøres bindende for virksomheden. Overtrædelse af påbud eller bindende tilsagn kan sanktioneres.